



12.09.2016

## Wichtige neue Entscheidung

### Kinder- und Jugendhilferecht: Anspruch auf einen Kinderkrippenplatz, Aufwändungsersatzanspruch bei Nichterfüllung des Anspruchs durch den Jugendhilfeträger

§ 24 Abs. 2, § 36 a, § 90 Abs. 3 SGB VIII, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 BayLKrO, Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayGO, Art. 15 Abs. 1 Satz 2, Art. 45a AGSG

Anspruch auf einen Platz in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege  
Sekundäranspruch  
Aufwändungsersatz  
Gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss  
Zumutbarkeit eines Einrichtungswechsels

*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 22.07.2016, Az. 12 BV 15.719*

### Leitsätze:

1. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe (Landkreis oder kreisfreie Stadt) hat dem nach § 24 Abs. 2 SGB VIII allein anspruchsberechtigten Kind entsprechend seiner Gewährleistungsverantwortung aus § 79 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB I entweder einen Platz in einer eigenen Kindertageseinrichtung zuzuweisen (zu verschaffen) oder in einer Einrichtung eines anderen (freien) Trägers bzw. einer kreisangehörigen Gemeinde oder in Kindertagespflege bei einem Tagesvater oder einer Ta-

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

[www.landesanwaltschaft.bayern.de](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de)

gesmutter nachzuweisen (bereitzustellen), der/die bereit ist, das Kind aufzunehmen, sofern ein entsprechender Bedarf gemäß § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45a AGSG rechtzeitig geltend gemacht wird.

2. Den Träger der öffentlichen Jugendhilfe trifft insoweit eine unbedingte Garantie- und Gewährleistungshaftung, die unabhängig von der jeweiligen finanziellen Situation der Kommunen zur Bereitstellung eines bedarfsgerechten Angebots und damit – sofern entsprechende Betreuungsplätze fehlen – zu einer Kapazitätserweiterung zwingt; dem Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII kann der Einwand der Kapazitätserschöpfung nicht entgegen gehalten werden.
3. Der Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII kann nach Art. 45a AGSG bei allen Einrichtungen der Gemeinde bzw. des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, namentlich in den kommunalen Kinderkrippen selbst, geltend gemacht werden. Voraussetzung ist lediglich, dass der Wille des Anspruchstellers bzw. seiner Eltern, nicht nur den einrichtungsbezogenen Anspruch aus Art. 21 Abs. 1 BayGO, sondern den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII geltend zu machen, hinreichend deutlich hervortritt.
4. Der Rechtsanspruch erschöpft sich nicht in einem „Versorgtsein mit einem Betreuungsplatz“; er erfordert auf der Grundlage der aus § 79 Abs. 2 SGB VIII folgenden Gewährleistungsverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe die Verschaffung bzw. Bereitstellung eines entsprechenden Platzes durch aktives Handeln (Vermitteln) des örtlich zuständigen Trägers. Dementsprechend stellt sich die Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes im Vergleich zur Erlangung eines solchen im Wege des § 24 Abs. 2 SGB VIII als aliud dar. Allein der Umstand, dass der Rechtsanspruch auch durch den Nachweis eines Platzes bei einem freien oder privaten Träger erfüllt werden kann, bewirkt keine wie auch immer geartete öffentlich-rechtliche Überformung dieses Betreuungsangebots. Demzufolge kann die (Selbst-) Beschaffung eines Betreuungsplatzes durch die Eltern eines anspruchsberechtigten Kindes auch keine Erfüllung des Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bewirken.
5. § 24 Abs. 2 SGB VIII begründet einen echten Alternativanspruch („Tageseinrichtung oder Kindertagespflege“), der von keinen weiteren Voraussetzungen als dem Errei-

chen des in der Vorschrift genannten Alters abhängt. Letzteres bedeutet, dass die Eltern als Vertreter des allein anspruchsberechtigten Kindes vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht auf die Inanspruchnahme einer Tagesmutter oder eines Tagesvaters verwiesen werden können, wenn Plätze in einer Tageseinrichtung nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen und umgekehrt.

6. Nach § 24 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII richtet sich der Umfang der täglichen Förderung nach dem konkret-individuellen Bedarf des anspruchsberechtigten Kindes und seiner personensorgeberechtigten Eltern. Die Erziehungsberechtigten können, da der Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII – anders als der aus Absatz 1 – nicht von der Erfüllung von Bedarfskriterien abhängig ist, auch dann eine Halb- oder Ganztagsbetreuung für ihr Kind in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege in Anspruch nehmen, wenn sie überhaupt nicht oder nur zum Teil erwerbstätig sind, im Rahmen der Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts des Kindes (§ 5 SGB VIII) aber gleichwohl professioneller Betreuung den Vorzug geben wollen. Maßgeblich ist infolgedessen der durch die Erziehungsberechtigten definierte individuelle Bedarf, begrenzt allein durch das Wohl des zu betreuenden Kindes.
7. Angemessen Rechnung getragen wird dem Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege regelmäßig nur dann, wenn diese entsprechend dem das Jugendhilferecht beherrschenden Prinzip der Wohnortnähe vom Wohnsitz des Kindes aus in vertretbarer Zeit erreicht werden können. Welche Entfernung zwischen Wohnort und Tagesstätte noch zumutbar ist, lässt sich nicht abstrakt-generell festlegen. Vielmehr sind einerseits die Zumutbarkeit für das Kind selbst und andererseits auch der Zeitaufwand für den begleitenden Elternteil zu berücksichtigen. Einzu beziehen ist dabei auch die Entfernung zur Arbeitsstätte und der damit verbundene gesamte zeitliche Aufwand für die Eltern.
8. Ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht imstande, entsprechend dem jeweiligen Elternwillen einen Betreuungsplatz in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege zur Verfügung zu stellen, so hat er Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII zu leisten. Zu erstatten sind in der Regel diejenigen Aufwendungen, die der Selbstbeschaffer unter Berücksichtigung der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln nach Lage der Dinge für erforderlich halten durfte. Abzusetzen sind im Wege

des Vorteilsausgleichs etwaige Kostenbeiträge nach § 90 Abs. 1 SGB VIII.

9. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind verpflichtet, alle ihre Bürger gleich zu behandeln (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 AGSG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 BayLKrO, Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayGO). Verboten ist daher ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, einem anderen jedoch vorenthalten bleibt. Dies gilt auch dann, wenn kein Rechtsanspruch auf kostenfreie Leistung besteht.
10. Der Jugendhilfeträger kann deshalb, insbesondere dann, wenn er – als kreisfreie Stadt – Gemeinde und Jugendhilfeträger zugleich ist, mit anderen Worten eine Doppelrolle wahrnimmt, ohne Vorschaltung eines alle Interessenten gleichermaßen einbeziehenden Auswahlverfahrens und ohne Festlegung sach- und interessengerechter Vergabekriterien, ein im Wesentlichen vergleichbares Angebot unterstellt, nicht einerseits einem Teil des anspruchsberechtigten Personenkreises einen „günstigen“ Platz in einer eigenen oder kommunalen Einrichtung verschaffen, einen anderen, in gleicher Weise anspruchsberechtigten Personenkreis jedoch auf „weniger günstige“ Einrichtungen eines freigemeinnützigen Trägers oder gar „erheblich teurere“ Einrichtungen eines privaten Trägers verweisen.
11. Kann ein Kind ohne Vorliegen sachlich rechtfertigender Gründe nur auf einen Platz mit einem höheren Elternbeitrag verwiesen werden, so ist der damit verbundene gleichheitswidrige Begünstigungsausschluss durch Zahlung eines Ausgleichsbetrags (§ 90 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII) zu kompensieren.
12. Der Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz erlischt, wenn der Jugendhilfeträger nachträglich einen geeigneten Betreuungsplatz anbietet und dem anspruchsberechtigten Kind unter Berücksichtigung des Kindeswohls und der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln ein Einrichtungswechsel zumutbar ist.

#### Hinweise:

Der Kläger begehrt die Erstattung von Mehraufwendungen für die Unterbringung in einer privaten Kindertagesstätte von der Beklagten als örtlichem Träger der öffentlichen Ju-

gendhilfe, die ihm keinen Kinderbetreuungsplatz zur Verfügung gestellt hatte. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung änderte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) das Urteil ab und verpflichtete die Beklagte über den Kostenersatz für einen selbstbeschafften Krippenplatz nach den gerichtlichen Maßgaben neu zu entscheiden.

Nach Art. 24 Abs. 2 SGB VIII hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe dem anspruchsberechtigten Kind entsprechend dem Willen der Eltern entweder einen Platz in einer Kindertageseinrichtung oder in der Kindertagespflege zuzuweisen, sofern ein entsprechender Bedarf rechtzeitig geltend gemacht wird (vgl. hierzu auch BayVGH, Beschluss vom 17.11.2015, Az. 12 ZB 15.1191, ebenfalls als „Wichtige neue Entscheidung“ veröffentlicht).

Der BayVGH betont, dass der Jugendhilfeträger verpflichtet sei, alle anspruchsberechtigten Interessenten gleich zu behandeln. Er könne deshalb nicht ohne Vorschaltung eines Auswahlverfahrens einem Teil des anspruchsberechtigten Personenkreises einen Platz in einer eigenen Einrichtung verschaffen, während ein anderer anspruchsberechtigter Personenkreis auf weniger günstige anderweitige Einrichtungen verwiesen werde.

Der Senat ist der Auffassung, dass dem Anspruch nur angemessen Rechnung getragen werde, wenn der Betreuungsplatz vom Wohnsitz des Kindes aus in vertretbarer Zeit erreicht werden könne. Welche Entfernung noch zumutbar sei, lasse sich nicht generell festlegen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hielt der Senat den erforderlichen Zeitaufwand von zwei Stunden täglich (für Hin- und Rückweg) nicht mehr für vertretbar.

Das Gericht führt aus, dass der Jugendhilfeträger, der keinen zumutbaren Betreuungsplatz zur Verfügung stellen könne, zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet sei, die durch die Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes entstehen. Ausgeschlossen seien nur vermeidbare, nicht auf einem zwingenden Leistungskatalog des Anbieters beruhende Luxusaufwendungen. Im streitgegenständlichen Fall sei nicht ersichtlich, dass die angefallenen monatlichen Kosten in Höhe von 1380 € vermeidbare Luxusaufwendungen enthielten, da die Eltern nur die Möglichkeit gehabt hätten, den Leistungsumfang des privaten Anbieters zu akzeptieren oder auf das Betreuungsangebot zu verzichten.

Die Beklagte hat gegen das Urteil Revision eingelegt, die vom BayVGH wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen worden war.

Mühlich  
Landesanwältin

12 BV 15.719  
M 18 K 14.2448

*Großes Staats-  
wappen*

## **Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

### **Im Namen des Volkes**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\* \*\*\*\*\* (\*\*. \*\*. \*\*. \*\*\*\*),  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* . \*\* \* , \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* ,

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*.  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \_\*\*\*\*\* ,  
\*\*\*\*\* . \*\* , \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* ,

gegen

**Landeshauptstadt München,**  
Referat für Bildung und Sport  
Bayerstr. 28, 80335 München,

- Beklagte -

beteiligt:

**Landesrechtsanwaltschaft Bayern**  
**als Vertreterin des öffentlichen Interesses,**  
Ludwigstr. 23, 80539 München,

wegen

Kinder- und Jugendhilferechts;  
Förderung in Tageseinrichtung (Aufwendungsersatz);  
hier: Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungs-

gerichts München vom 21. Januar 2015,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 12. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayer,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Kurzidem,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Abel

aufgrund mündlicher Verhandlung vom **21. Juli 2016**  
am **22. Juli 2016**

folgendes

### **Urteil:**

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Januar 2015 – M 18 K 14.2448 – wird geändert.

Die Beklagte wird verpflichtet, über den Aufwendungsersatzanspruch des Klägers für die Monate April bis einschließlich Juni 2014 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

- II. Von den Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen tragen die Beklagte 3/5 und der Kläger 2/5. Das Verfahren ist gerichtskostenfrei.
- III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Den Beteiligten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

- 1 Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Mehraufwendungen für die Unter-

bringung des Klägers in einer privaten Kindertagesstätte.

- 2 Mit E-Mail vom 25. September 2013 meldete die Mutter des am 30. August 2011 geborenen Klägers bei der Beklagten den Bedarf für einen Vollzeitbetreuungsplatz (Tagesmutter oder Krippe) für den Kläger, da sie im November von K. nach M. ziehen würden. In einem am 3. Dezember 2013 bei der Beklagten eingegangenen Formblatt zur Bedarfsfeststellung wurde angegeben, ab dem 1. April 2014 einen Betreuungsplatz (Montag bis Freitag 7.30/8.00 bis 16.00 Uhr) zu benötigen. Mangels aktueller Wohnadresse in M. wurde die Adresse der künftigen Zahnarztpraxis (A.str. 4) der Mutter des Klägers in M. als „Arbeitsadresse“ angegeben.
- 3 Mit E-Mail vom 29. Januar 2014 benannte die Beklagte freie Plätze bei insgesamt sechs Tagespflegepersonen, die mit E-Mail vom gleichen Tage von der Klägerseite abgelehnt wurden, da die vorgeschlagenen Tagespflegeangebote entweder zu früh schließen würden oder Freitag nicht geöffnet hätten. Am 5. Februar 2014 schlossen die Eltern des Klägers für diesen einen Betreuungsvertrag mit der privat betriebenen Kindertagesstätte „T.“, in die er ab 1. April 2014 aufgenommen wurde.
- 4 Mit Schriftsatz vom 21. Mai 2014, aus dem erstmals die Wohnadresse des Klägers (A.str. 25A) in M. hervorging, teilte die Klägerbevollmächtigte der Beklagten mit, dass die Mutter des Klägers diesen in verschiedenen städtischen Einrichtungen angemeldet, aber nur Absagen erhalten habe. Die Vermittlung eines Platzes bei einem freien Träger sei nicht angeboten worden. Der wegen der Dringlichkeit beschaffte Ersatzplatz in einer völlig überbezahlten privaten Einrichtung liege mit 1.380,- Euro monatlich weit über dem zumutbaren 1,5-fachen Basiswert bzw. über dem Betrag der städtischen Kinderkrippen. Um Zurverfügungstellung eines städtischen oder vergleichbaren Platzes eines freien Trägers werde gebeten.
- 5 Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 1. Juli 2014 mit, dass der Kläger für einen Betreuungsplatz in einer städtischen Einrichtung (M.straße 7) vorgesehen sei, die voraussichtlich im August 2014 eröffne. Sollte vorab dringend ein Betreuungsplatz benötigt werden, werde versucht, im Rahmen der Tagespflege oder in einer befristeten Übergangsgruppe in einer anderen Einrichtung einen Platz bereitzustellen. Die Einrichtung M.straße 7 hat im Oktober 2014 eröffnet.
- 6 Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (M 18 E 14.2447) wurde mit Schriftsatz der Bevollmächtigten am 16. Juli 2014 zurückgenommen, weil für den Kläger ein Betreuungsplatz in einer privaten Einrichtung ab dem 1. September 2014 gefunden wurde.

- 7 Die mit Schriftsatz vom 7. Juni 2014 erhobene Klage auf Erstattung der Kosten für einen selbstbeschafften Kinderbetreuungsplatz wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 21. Januar 2015 ab. Selbst wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36a Abs. 1 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) vorliegen sollten und damit ein Sekundäranspruch dem Grunde nach entstanden wäre, würde dieser inhaltlich – hinsichtlich der Höhe der zu erstattenden Aufwendungen – leerlaufen. Nach § 36a Abs. 3 SGB VIII könnten diese nur dann verlangt werden, wenn bei einer rechtzeitigen Beschaffung durch den Jugendhilfeträger dieser für die inmitten stehende Maßnahme die Kosten dem Grunde nach zu tragen hätte. Eine Kostenerstattung im Rahmen des Sekundäranspruchs ohne Kostentragungspflicht des Jugendhilfeträgers für den Primäranspruch würde zu einer Besserstellung der „Selbstbeschafter“ führen. Eine Verpflichtung zur Kostentragung könne weder aus den Vorschriften des Achten Buchs Sozialgesetzbuch noch aus dem Bayerischen Landesrecht entnommen werden. Die insoweit in Bezug genommene Norm des Art. 20 Satz 1 Nr. 3 des Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetzes (BayKiBiG) sei für die hier maßgebliche Frage der Förderung in Kindertageseinrichtungen nicht einschlägig. Die Erfüllung des Primäranspruchs aus § 24 Abs. 1 und Abs. 3 SGB VIII unterliege im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kostenbeitragspflicht nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII keiner gesetzlichen Zumutbarkeitsschranke. Da der streitgegenständliche Sekundäranspruch inhaltlich an die Verpflichtung des Jugendhilfeträgers zur Kostenerstattung bei Erfüllung des Primäranspruches anknüpfe, gelte insoweit das Gleiche. Hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit der Kostenbeiträge für die Inanspruchnahme einer Kindertageseinrichtung existiere mit § 90 Abs. 3 und Abs. 4 SGB VIII bereits ein gesetzliches Korrektiv.
- 8 Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung verfolgt die Klägerseite ihr Begehren weiter. In der am 22. Mai 2015 mit Poststempel vom 17. Mai 2015 beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingegangenen Berufungsbegründung ist im Wesentlichen ausgeführt, die von der Beklagten angebotene Betreuung im Kindertagespflegebereich sei nicht geeignet gewesen, die notwendigen Betreuungszeiten abzudecken. Der früheste Tagespflegeplatz (C.-B. 128) sei erst ab 7.45 Uhr mit einer Fahrzeit von 30 Minuten mit dem öffentlichen Nahverkehr verfügbar gewesen. Zur Zeit der Praxisgründung habe die Mutter des Klägers auch keinen Pkw besessen. Ein Sekundäranspruch nach § 36a Abs. 3 SGB VIII könne nicht nur in dem Umfang bestehen, in dem der Jugendhilfeträger auch bei rechtzeitiger Erfüllung des Primäranspruchs zur Kostentragung verpflichtet sei. Das Verwaltungsgericht übersehe, dass es bei dem Anspruch aus § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII um die „geschuldete Leistung“ Tageseinrichtung gehe, ohne dass § 24 SGB VIII dies näher definiere. Der

Rechtsanspruch auf einen Kinderbetreuungsplatz sei nicht erfüllt, wenn der Betreuungsplatz nur für einen Elternbeitrag zur Verfügung stehe, der den im Betreuungsbereich durchschnittlichen Elternbeitrag um ein Vielfaches übersteige. Nichts anderes sagten auch die „Hinweise zur Auslegung des Rechtsanspruchs für Kinder ab dem vollendeten 1. Lebensjahr mit Wirkung ab 1. August 2013“. Der Verweis auf § 90 Abs. 3 SGB VIII stehe im Widerspruch zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. September 2013 (Az. 5 C 35/12). In der alleinigen Bezugnahme auf den Anspruch aus § 90 Abs. 3 SGB VIII liege zugleich ein Verstoß gegen Art. 3 GG.

9 Der Kläger beantragt,

10 das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 21. Januar 2015 insoweit aufzuheben als seine Klage abgewiesen wurde und die Beklagte zu verurteilen, ihm für die Selbstbeschaffung eines Kinderbetreuungsplatzes in den Monaten April bis August 2014 einen Betrag in Höhe von 3.771,85 Euro zu zahlen.

11 Die Beklagte beantragt,

12 die Berufung zurückzuweisen.

13 Der Anspruch sei zum einen bereits durch das bedarfsdeckende Angebot im C.-B. 128 erfüllt. Ein darüber hinausgehender Bedarf werde bestritten. Dieser bestimme sich nach dem individuellen Bedarf des Kindes und nicht durch den der Erziehungsberechtigten. Der Regelförderbedarf liege bei 20 Stunden pro Woche bzw. einem Halbtagesplatz. Zum anderen habe der Kläger seit dem 1. April 2014 einen Platz in einer privaten Krippe im Wege der Selbstbeschaffung erhalten. Genau diesen Platz hätte auch die Beklagte ihm im Rahmen des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII vermitteln können, wenn er nicht bereits von ihm belegt gewesen wäre. Ein Bereitstellen durch aktives Handeln sehe das Gesetz nicht vor. Auf den Rechtsgedanken des § 267 BGB werde verwiesen. Hilfsweise werde angemerkt, dass ein Tun im Sinne des § 194 BGB auch in der geschuldeten frühen Förderung selbst gesehen werden könnte.

14 Im Übrigen seien zu jeder Zeit Übergangsplätze vorhandenen gewesen oder hätten bereitgestellt werden können, wenn diese nachgefragt worden wären. Im Falle des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO hätte die Beklagte dem Kläger jederzeit sofort einen geeigneten Platz angeboten. Sie benennt beispielhaft einige in angemessener Zeit erreichbare Platzfreimeldungen sowie freie Plätze, die an den Kläger vermittelt oder von diesem hätten in Anspruch genommen werden

können. Sie betont erneut ihre Auffassung der Gleichwertigkeit von Tagespflege und Einrichtung und verweist auf die Grenzen des Wunsch- und Wahlrechts im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten, das bei ihr bestehende Konzept von Anmeldung und Geltendmachung des Rechtsanspruchs sowie auf die bei ihr vorliegende Trägervielfalt.

15 Des Weiteren sei sie über den Bedarf nicht rechtzeitig in Kenntnis gesetzt worden, jedenfalls sei die Frist des Art. 45a AGSG noch nicht abgelaufen gewesen. Auch der gewöhnliche Aufenthalt des Klägers habe seinerzeit noch nicht in ihrem Zuständigkeitsbereich gelegen. Ebenso wenig seien die tatbestandlichen Voraussetzungen analog § 36a Abs. 3 SGB VIII gegeben. Selbst wenn man jedoch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 36a Abs. 3 SGB VIII analog unterstellen wolle, ergäbe sich auf der Rechtsfolgenseite kein Aufwendungsersatz, da eine kostenlose oder kostengünstigere Zurverfügungstellung von Betreuungsplätzen nach bayerischem Landesrecht nicht geschuldet sei. Auch eine einschränkende Auslegung des § 24 SGB VIII dahingehend, dass nur Betreuungsplätze mit zumutbaren Elternbeiträgen erfüllungsg geeignet seien, sei unzulässig, weil der Bundesgesetzgeber mit § 90 Abs. 3, 4 SGB VIII in Fällen einer individuell unzumutbaren Belastung bereits eine (volle oder teilweise) Übernahme des Beitrags vorgesehen habe. Sollte es nach dem Willen des Landesgesetzgebers tatsächlich eine Deckelung von Elternbeiträgen auf das 1,5-fache der staatlichen Förderung entsprechend den Auslegungshinweisen geben, wäre eine solche für den Bereich der Kindertagesbetreuung im Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz zu verankern. Eine Verwaltungspraxis zur Leistung von einkommensunabhängigem Kostenersatz in vergleichbaren Fällen gebe es nicht. Die Beklagte könnte ihre derzeitige Gebühr im Krippenbereich von 370,00 € für einen 8-Stunden-Platz gem. Art. 8 Abs. 2 KAG bis zur Deckung der tatsächlichen Kosten um rund 663,00 € auf 1033,00 € erhöhen. Eine unterschiedliche Elternbeitragsbelastung sei angesichts der uneinheitlichen Finanzierungssysteme nach der geltenden Bundes- sowie ergänzenden bayerischen Landesgesetzgebung unvermeidlich. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor.

16 Bestritten werde, dass der Vater zur Betreuung im Hinblick auf das Bringen und Holen des Klägers umfassend verhindert sein solle; auch sei die Frage der Zugriffsmöglichkeit auf einen Pkw durch Vater oder Mutter bzw. des Carsharings nicht hinreichend geklärt. Hinsichtlich der zumutbaren Entfernung zwischen Wohnung und Tagesstätte werde auf den öffentlichen Personennahverkehr verwiesen, aber auch auf die Zumutbarkeit, sich einen Pkw zu verschaffen. Die Eltern des Klägers hätten nicht mitgeteilt, dass sie auf den öffentlichen Personennahverkehr angewiesen seien. Die Wegstreckenentfernung sei zulässig mittels Routenplaner zu ermitteln. Bestritten

werde zudem die Erforderlichkeit der von der gewählten Einrichtung angebotenen „überobligatorischen Zusatzleistungen“, die zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Förderziele nicht notwendig seien.

- 17 Die Klägerbevollmächtigte hält dem entgegen, dass der Vater des Klägers im Außendienst tätig sei und sich unter der Woche nicht in M. aufhalte. Der Mutter habe weder zurzeit der Praxisgründung noch im streitbefangenen Zeitraum ein Pkw zur Verfügung gestanden. Es sei dem Kläger ab dem 1. Juli 2014 auch lediglich ein Betreuungsplatz in Aussicht gestellt worden. Die angedachte Einrichtung habe erst im August 2014 öffnen sollen.
- 18 Die Landesrechtsanwaltschaft Bayern ist dem Verfahren als Vertreterin des öffentlichen Interesses beigetreten. Sie teile nicht die Auffassung des Verwaltungsgerichts, nach der die Anknüpfung an die Leistungspflicht des Jugendhilfeträgers zur Folge habe, dass dieser im Fall des Bestehens eines Anspruchs analog § 36a Abs. 3 SGB VIII nur das zahlen müsse, was er bei rechtzeitiger Leistung hätte zahlen müssen und ausschließlich § 90 Abs. 3 SGB VIII die Zumutbarkeitsgrenze hinsichtlich der finanziellen Belastbarkeit definiere. Die Höhe des Anspruchs sei beschränkt durch den Vorbehalt der Erforderlichkeit, so dass zumutbare Möglichkeiten der Kostenbegrenzung im Rahmen der Selbstbeschaffung zu nutzen seien. Der Anspruchsinhaber solle nicht besser gestellt werden als derjenige, dessen Leistungsbegehren rechtzeitig erfüllt worden sei. § 90 Abs. 3 SGB VIII sei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Fälle der Selbstbeschaffung von Kinderbetreuungsplätzen nicht zugeschnitten und auch Art. 20 Satz 1 Ziff. 3 BayKiBiG greife nicht unmittelbar ein, weil die Vorschriften nur die Fördervoraussetzungen im Verhältnis Freistaat Bayern zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Bereich der Kindertagespflege regle. Aus dieser Vorschrift lasse sich jedoch ableiten, dass – soweit nicht § 90 Abs. 3 SGB VIII unmittelbar greife – Eltern zumindest das 1,5-fache des staatlichen Förderanteils zumutbar sei. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift überschreite nicht die Kompetenzen des Landesgesetzgebers, da die Regelungen des BayKiBiG keine konkurrierenden Regelungen darstellten, sondern den Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz unterstützten und ergänzten, indem ein Sicherungsauftrag normiert, eine gesetzliche Grundförderung sichergestellt und eine qualitative Grundlage geschaffen werde. Mangels weiterer Regelung sei die finanzielle Zumutbarkeitsschwelle darüber hinaus individuell zu bestimmen. Die Beiträge, die sich Eltern anrechnen lassen müssten, seien unter Berücksichtigung der konkreten Einkommenssituation und der Höhe der Elternbeiträge der zumutbaren Kindertageseinrichtung festzustellen.

19 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die beigezogenen Gerichts- und Behördenakten, den in der Form eines Beschlusses ergangenen Vergleichsvorschlag des Senats vom 19. November 2015 sowie auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 21. Juli 2016 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

20 Die zulässige Berufung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

#### **A.**

21 Die Berufung ist zulässig. Dem Kläger ist wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Die Frist für die Begründung des Rechtsmittels lief am 20. Mai 2015 ab, der Berufungsbegründungsschriftsatz ging jedoch erst am 22. Mai 2015 beim Bayer. Verwaltungsgerichtshof ein. Allerdings ist dem Briefumschlag zu entnehmen, dass die Aufgabe zur Post bereits am 17. Mai 2015 (Datum des Poststempels), mithin 3 Tage vor Fristablauf erfolgte, sodass dem Kläger bereits von Amts wegen Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zu gewähren ist, weil offen zu Tage liegende Umstände – der Poststempel auf dem die Berufungsbegründung enthaltenden Umschlag – die Fristversäumung als unverschuldet erkennen lassen (vgl. BVerwG, B.v. 27.3.2000 – 3 B 41/00 –, NJW 2000, 1967; Czybulka, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 60 Rn. 129 f., 63).

#### **B.**

22 Die Berufung ist auch überwiegend begründet. Dem Kläger steht ein Aufwendungsersatzanspruch analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII für die Monate April, Mai und Juni 2014 zu, weil die Beklagte dem Rechtsanspruch der Kläger aus § 24 Abs. 2 SGB VIII erst mit Schreiben vom 1. Juli 2014 in einer Übergangsgruppe, nicht aber wie gewünscht ab dem 1. April 2014 entsprechen konnte. Insoweit ist über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch erneut entsprechend der Rechtsauffassung des Senats zu entscheiden (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO analog). Im Übrigen (für die Monate Juli und August 2014) war die Klage abzuweisen und die Berufung zurückzuweisen.

#### **I.**

23 1.) Die örtlich (§ 86 SGB VIII) und sachlich (§ 85 Abs. 1 SGB VIII) zuständigen Träger der Jugendhilfe, im Freistaat Bayern die Landkreise und kreisfreien Städte (vgl. § 69 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. Art. 15 Abs. 1 AGSG), haben im Rahmen ihrer Gewährleistungsverantwortung (§ 79 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB I) sicherzustellen, dass für jedes Kind, das einen Rechtsanspruch (§ 24 Abs. 2 SGB VIII) besitzt und für das ein entsprechender Bedarf gemäß § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45a AGSG an die dort genannten Stellen herangetragen wird, auch tatsächlich ein Platz zur Verfügung steht (vgl. Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 13; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 20). Insoweit besteht eine unbedingte Gewährleistungspflicht (vgl. Rixen, NJW 2012, 2839 f.; Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 12 f.; Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Lfg. 1/14, § 24 Rn. 40 m.w.N.), die der Sache nach auf die Bereitstellung oder Verschaffung eines entsprechenden Platzes in einer Tageseinrichtung (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII) oder in Kindertagespflege (§ 22 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 23 SGB VIII) gerichtet ist (vgl. Grube, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 24 Rn. 20; siehe auch BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [450 f.] Rn. 24). Die ausschließlich objektiv-rechtliche Verpflichtung der Gemeinden aus Art. 5 Abs. 1 des Bayerischen Kinderbildungs- und Betreuungsgesetzes – BayKiBiG (vgl. hierzu Jung/Lehner, BayKiBiG, 2. Aufl. 2009, Rn. 20; Bauer/Hundmeyer, Kindertagesbetreuung in Bayern, Art. 5 Anm. 3; Dunkl/Eirich, BayKiBiG, 4. Aufl. 2015, Art. 5 Anm. 1.1 u. 3), im eigenen Wirkungskreis und in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zu gewährleisten, dass die nach der Bedarfsplanung (vgl. hierzu Art. 7 BayKiBiG) notwendigen Plätze in Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege rechtzeitig zur Verfügung stehen, lässt die Gewährleistungsverantwortung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe unberührt (vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 und Art. 7 Satz 3 BayKiBiG).

24 a) Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat dem anspruchsberechtigten Kind (und nicht den sorgeberechtigten Eltern, vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1260] Rn. 47) deshalb entweder einen Platz in einer eigenen Kindertageseinrichtung zuzuweisen (zu verschaffen) oder in einer Einrichtung eines anderen (freien) Trägers bzw. einer kreisangehörigen Gemeinde oder in Kindertagespflege bei einem Tagesvater oder einer Tagesmutter nachzuweisen (bereitzustellen), der/die bereit ist, das Kind aufzunehmen (vgl. Lakies in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 12, 67; Rixen, NJW 2012, 2839 [2840]; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 20; Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 20; Grube, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 24 Rn. 20; Schübel-Pfister, NVwZ 2013,

385 [387]; Wiesner, ZKJ 2014, 458), sofern ein entsprechender Bedarf gemäß den Voraussetzungen des § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45a AGSG rechtzeitig geltend gemacht wird (vgl. BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [451] Rn. 25). Nach diesen Vorschriften setzt die Zuweisung eines Betreuungsplatzes gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII in der ab dem 1. August 2013 geltenden Fassung grundsätzlich voraus, dass die Erziehungsberechtigten die Gemeinde und bei einer gewünschten Betreuung durch eine Tagespflegeperson den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe mindestens drei Monate vor der geplanten Inanspruchnahme in Kenntnis setzen (vgl. näher LT-Drucks. 16/16443, S. 12). Im Zeitraum vom 16. Juli 2013 bis einschließlich 15. August 2013 galt Art. 45 a AGSG mit der Maßgabe, dass die Frist zwei Wochen, im Zeitraum ab dem 16. August 2013 bis einschließlich 16. Oktober 2013 mit der Maßgabe, dass die Frist vier Wochen betrug (vgl. Art. 118 Abs. 2 AGSG a.F.).

- 25      b) Der Anspruch kann bei allen Einrichtungen der Gemeinde bzw. des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, namentlich in den kommunalen Kinderkrippen selbst, geltend gemacht werden, da sich § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45 AGSG nicht entnehmen lässt, dass der Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bei einer bestimmten Stelle innerhalb der Gemeinde bzw. des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zu erheben wäre. Voraussetzung ist lediglich, dass der Wille des Anspruchstellers bzw. seiner Eltern, nicht nur den einrichtungsbezogenen Anspruch aus Art. 21 Abs. 1 BayGO, sondern den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII geltend zu machen, hinreichend deutlich hervortritt. Denn nur in diesen Fällen kann (und muss) die Gemeinde bzw. der örtlich zuständige Jugendhilfeträger nach Weiterleitung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 SGB I erkennen, dass sich der Bedarf des Anspruchsberechtigten nicht lediglich auf die konkret angefragten Einrichtungen beschränkt und im Hinblick auf den durch § 24 Abs. 2 SGB VIII gewährten Rechtsanspruch bislang unerfüllt geblieben ist (vgl. hierzu näher BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1703 –, NJW 2016, 1460 [1461] Rn. 26). Macht der nach § 24 Abs. 2 SGB VIII Anspruchsberechtigte zunächst nur den einrichtungsbezogenen Anspruch aus Art. 21 Abs. 1 BayGO in einer oder mehreren bestimmten Kinderkrippen geltend und erhält er insoweit Absagen, so muss er deshalb entweder im Rahmen der Rückmeldung zur Aufrechterhaltung seiner Vormerkung oder aber durch Anmeldung des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII innerhalb des durch § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45a AGSG vorgesehenen Verfahrens selbst kundtun, dass sein Bedarf weiterhin fortbesteht, sich mithin auch auf entsprechende Plätze bei freien und privaten Trägern erstreckt, um das Anspruchssystem des § 24 Abs. 2 SGB VIII zu aktivieren (vgl. hierzu näher BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1703 –, NJW 2016, 1460 [1462] Rn. 32).

- 26 c) Hinsichtlich der Modalitäten der Anmeldung macht Art. 45a AGSG bewusst keine Vorgaben, um nicht in bereits vorhandene und bewährte Anmeldeverfahren einzugreifen (vgl. LT-Drucks. 16/16443, S. 12). Die Gemeinden bzw. örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben jedoch die Möglichkeit, das Anmeldeverfahren durch Satzungsrecht näher auszugestalten (vgl. LT-Drucks. 16/16443, S. 12). Geschieht dies nicht, so bietet Art. 45a AGSG keine Handhabe, über das Kriterium des Herantragens des Bedarfs im Wege eines bloßen „In-Kenntnis-Setzens“ hinaus weitere Anforderungen an den Beginn des Laufs der Anmeldefrist zu stellen. Fehlen der Gemeinde bzw. dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die Erfüllung des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII noch weitere Informationen, so tritt allein dadurch eine Hemmung oder gar Unterbrechung des Laufs der Anmeldefrist nicht ein. Vielmehr muss die Gemeinde bzw. der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die großzügig bemessene Frist des Art. 45a AGSG nutzen, um sich die noch fehlenden Informationen unter Mitwirkung des Antragstellers (vgl. §§ 60 ff. SGB I) zu beschaffen. Ungeachtet dessen dürfen Sozialleistungen wegen fehlender Mitwirkung auch nur versagt werden, nachdem der Leistungsberechtigte oder sein gesetzlicher Vertreter auf diese Folge schriftlich hingewiesen worden und seiner Mitwirkungspflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist nachgekommen ist (§ 66 Abs. 3 SGB I).
- 27 d) Hat der Leistungsberechtigte seinen Bedarf den Anforderungen des Art. 45a AGSG entsprechend an die dort genannten Adressaten herangetragen, so trifft den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 SGB VIII eine unbedingte Garantie- und Gewährleistungshaftung, die unabhängig von der jeweiligen finanziellen Situation der Kommunen zur Bereitstellung eines bedarfsgerechten Angebots und damit – sofern entsprechende Betreuungsplätze fehlen – zu einer Kapazitätserweiterung zwingt; dem Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII kann der Einwand der Kapazitätserschöpfung nicht entgegengehalten werden (vgl. BVerfG, U.v. 21.7.2015 – 1 BvF 2/13 –, NJW 2015, 2399 [2401] Rn. 43; siehe auch Grube, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 24 Rn. 40; Lakies, in: Mün-der/Meysen/ Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 67; Schübel-Pfister, NVwZ 2013, 385 [387] jeweils m.w.N.).
- 28 e) Der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII erschöpft sich nicht in einem wie auch immer gearteten „Versorgtsein mit einem Betreuungsplatz“; er erfordert auf der Grundlage der aus § 79 Abs. 2 SGB VIII folgenden Gewährleistungsverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe die Verschaffung bzw. Bereitstellung eines entsprechenden Platzes durch aktives Handeln (Vermitteln) des örtlich zuständigen

Trägers (vgl. näher Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Lfg. 1/14, § 24 Rn. 20; Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 12, 67; Rixen, NJW 2012, 2839 [2840]; Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 20; Schübel-Pfister, NVwZ 2013, 385 [387]; Wiesner, ZKJ 2014, 458; siehe auch bereits BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [450] Rn. 21). Zu Recht bezieht die Beklagte deshalb auch Personen, die sich zum Zeitpunkt des Herantragens des Bedarfs bzw. des Inkrafttretens des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII am 1. August 2013 bereits im Besitz eines zum damaligen Zeitpunkt (notgedrungen) außerhalb des staatlichen Anspruchssystems der Jugendhilfe selbst beschafften, naturgemäß teureren privaten Betreuungsplatzes befanden, in ihre Vermittlungsbemühungen ein. § 24 Abs. 2 SGB VIII begründet einen Verschaffungsanspruch (so ausdrücklich BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1257] Rn. 14 u. 17), nicht lediglich einen Selbstbeschaffungsanspruch. Letzteres ist in einer freien Gesellschaft selbstverständlich und bedürfte keiner gesetzlichen Regelung. Die Inanspruchnahme von Betreuungsleistungen „auf dem freien Markt“ bleibt jedem Leistungsberechtigten unbenommen (vgl. statt aller Meysen, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 36a Rn. 40). Sie erfolgt ausschließlich im Bereich und mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts (vgl. Wiesner, ZKJ 2014, 458 [463]).

29 Dementsprechend stellt sich die Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes im Vergleich zur Erlangung eines solchen Platzes im Wege des Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch (lediglich) als ein aliud dar (verkannt von VG Darmstadt, U.v. 9.11.2015 – 5 K 1331/14. DA – juris, Rn. 29). Allein der Umstand, dass der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch durch den Nachweis eines Platzes bei einem freien oder privaten Träger erfüllt werden kann, bewirkt keine wie auch immer geartete öffentlich-rechtliche Überformung dieses Betreuungsangebots. Die freien und privaten Träger gestalten ihr Rechtsverhältnis zum Bürger autonom und agieren dabei ausschließlich im Bereich des bürgerlichen Rechts (vgl. Wiesner, ZKJ 2014, 458 [463]). Weder das Achte Buch Sozialgesetzbuch noch das Bayerische Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz verleihen freien oder privaten Trägern hoheitliche Befugnisse. Eine wie auch immer geartete „Beauftragung“ liegt nicht vor (vgl. BayVGH, U.v. 23.10.2013 – 12 BV 13.650 –, BayVBl. 2014, 309 Rn. 18). Wer – wie die freien und privaten Träger – in Erfüllung einer eigenen (vertraglichen) Verbindlichkeit leistet, ist auch nicht Dritter im Sinne des § 267 BGB (vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 267 Rn. 2). Die freien bzw. privaten Träger erbringen deshalb auch keine Leistung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen des § 24 Abs. 2 SGB VIII, sondern eine eigene.

- 30 Demzufolge kann die (Selbst-)Beschaffung eines Betreuungsplatzes durch die Eltern eines anspruchsberechtigten Kindes auch keine Erfüllung des Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bewirken. Erfüllung tritt stets nur dann ein, wenn die geschuldete Leistung – die Verschaffung eines Platzes auf der Grundlage von § 24 Abs. 2 SGB VIII – bewirkt wird (vgl. Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 3; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 362 Rn. 3). Tritt der Erfolg ohne eine Leistung des Schuldners (Träger der öffentlichen Jugendhilfe) ein, etwa dadurch, dass die Eltern eine Selbst- oder Ersatzbeschaffung bei einem freien oder privaten Träger vornehmen, so erlischt die gesetzliche Verpflichtung aus § 24 Abs. 2 SGB VIII hierdurch nicht (vgl. Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 2 m.w.N.). In einem solchen Fall wird vielmehr eine andere als die geschuldete Leistung erbracht. Eine Erfüllungswirkung tritt dadurch nicht ein (vgl. Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 3; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 362 Rn. 3). Ersatz- bzw. Selbstbeschaffung einerseits und Verschaffungsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII andererseits mögen letztlich auf dasselbe Interesse – die Erlangung eines Betreuungsplatzes – gerichtet sein; sie sind aber gleichwohl nicht identisch. Die Selbstbeschaffung lässt den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII vielmehr unberührt. Infolgedessen kann das Innehaben eines selbst beschafften Betreuungsplatzes den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII nicht erfüllen. Dieser Primäranspruch wandelt sich vielmehr unter den Voraussetzungen analog § 36a Abs. 3 SGB VIII in einen Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz um.
- 31 Wer die Leistungsverwaltung durch Auslagerung von Aufgaben der Daseinsvorsorge in den privaten Sektor mehr und mehr zur bloßen Gewährleistungsverwaltung herabstuft, darf sich nicht wundern, wenn die kraft Gesetzes Leistungsberechtigten sich notgedrungen auch außerhalb des staatlichen Anspruchssystems bedienen, ohne dass dadurch eine Erfüllungswirkung zu Gunsten der Anspruchsverpflichteten (Träger der öffentlichen Jugendhilfe) eintritt. Das Handeln der Eltern lässt folglich die Gewährleistungsverantwortung des Jugendamtes unberührt.
- 32 f) Nach zutreffender Ansicht handelt es sich bei dem Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII um einen echten Alternativanspruch („Tageseinrichtung oder Kindertagespflege“), der von keinen weiteren Voraussetzungen als dem Erreichen des in der Vorschrift genannten Alters abhängt (vgl. Rixen, NJW 2012, 2039; Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 67; Richter, NJW 2013, 2650 f.; VG Köln, B.v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 –, JAmt 2013, 412 [413]; U.v. 9.5.2014 – 19 K 3602/13 – juris, Rn. 17 ff.; a.A. OVG NRW, B.v. 14.8.2013 – 12 B 793/13 –, NJW 2013, 3803 [3804 f.]; VGH BW, B.v.

29.11.2013 – 12 S 2175/13 –, JAmt 2014, 40 [41]; HessVGH, B.v. 4.2.2014 – 10 B 1973/13 –, NJW 2014, 1753 [1754] Rn. 8 allerdings jeweils unter Missachtung des bereits im Gesetzeswortlaut [„Tageseinrichtung oder Kindertagespflege“] mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommenden Willens des (Bundes-) Gesetzgebers, eine Betreuung entsprechend dem Elternwillen alternativ entweder in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege zu eröffnen, vgl. BT-Drs. 16/9299, S. 15:

33 „Dieser Rechtsanspruch wird entsprechend den Wünschen bzw. Bedürfnissen des Kindes und der Eltern sowohl in Tageseinrichtungen ... als auch in Kindertagespflege ... erfüllt.“

34 und BT-Drucks. 16/9299, S. 2:

35 „Eltern und Kinder benötigen aufgrund ihrer unterschiedlichen Lebenssituationen und Bedürfnisse Betreuungsangebote in großer Vielfalt. Dies kann nicht allein durch die Bereitstellung neuer Plätze in Tageseinrichtungen sichergestellt werden. Es geht um die Vielfalt der Angebote in Kinderkrippen, in altersgemischten Gruppen und in der Kindertagespflege.“

36 sowie BT-Drucks. 16/9299, S. 10:

37 „Nur durch eine vielfältige Betreuungslandschaft kann das Wahlrecht der Eltern vollständig realisiert werden.“;

38 siehe insoweit auch die Äußerung der damaligen, im Gesetzgebungsverfahren zuständigen Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend von der Leyen in der 2. Lesung des Bundestages, BT-Plenarprotokoll 16/180, S. 19236 (D):

39 „... Wir werden den Eltern nicht vorschreiben, wo und wie sie ihre Kinder betreuen und fördern. Sie sollen selbst organisieren, wie sie ihren Alltag mit Kindern leben, ob zu Hause, in einer altersgemischten Gruppe, einer Krippe oder der Kindertagespflege, ob wohnortnah oder betriebsnah. Wie immer sie ihren Alltag organisieren wollen, das liegt alleine im Ermessen der Eltern.“).

40 Letzteres bedeutet, dass die Eltern als Vertreter des allein anspruchsberechtigten Kindes vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht auf die Inanspruchnahme einer Tagesmutter oder eines Tagesvaters verwiesen werden können, wenn Plätze in einer Tageseinrichtung nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen und umgekehrt (vgl. Rixen, NJW 2012, 2039; Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 67; Richter, NJW 2013, 2650 f.; Schwarz/Lammert, ZKJ 2014, 360 [362; 364] – „Wahlschuld mit Wahlrecht der Eltern“; Schewe, NZFam 2015, 740; VG Köln, B.v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 –, JAmt 2013, 412 [413]; U.v. 9.5.2014 – 19 K 3602/13 – juris, Rn. 17 ff.; a.A. Wiesner/Grube/Kössler, Der Anspruch auf frühkindliche Förderung und seine Durchset-

zung, 2013, S. 29; Schübel-Pfister, NVwZ 2013, 385 [389]; Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 266, 267; Wiesner, ZKJ 2014, 458; Dunkl/Rath, BayVBl. 2016, 438 [439 f.]; OVG NRW, B.v. 14.8.2013 – 12 B 793/13 –, NJW 2013, 3803 [3804 f.]; VGH BW, B.v. 29.11.2013 – 12 S 2175/13 –, JAmt 2014, 40 [41]; HessVGH, B.v. 4.2.2014 – 10 B 1973/13 –, NJW 2014, 1753 [1754] Rn. 8).

41 Beide Alternativen stehen vielmehr gleichrangig – wenn auch nicht gleichwertig (vgl. zum „professionellen Gefälle“ zwischen Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 22 Rn. 24; Schwarz/Lammert, ZKJ 2014, 360 [362f.] – „lediglich fingierte Gleichrangigkeit“) – nebeneinander (vgl. Rixen, NJW 2012, 2839; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 22). Gewährt der Staat – wie in § 24 Abs. 2 SGB VIII geschehen – soziale Leistungen, so besteht damit zugleich auch ein aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitendes, derivatives Teilhabe- und Leistungsrecht auf gleichheitsgerechte Entscheidung über die Leistungsgewährung (vgl. statt aller Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 53 m.w.N.). Dem Träger der Jugendhilfe kommt es infolgedessen nicht zu, das anspruchsberechtigte Kind entgegen dem Elternwillen gleichheitswidrig von der gewünschten Begünstigung – Tageseinrichtung statt Kindertagespflege – auszuschließen (im Ergebnis ebenso Rixen, NJW 2012, 2039; Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 67; Richter, NJW 2013, 2650 f.; Schwarz/Lammert, ZKJ 2014, 360 [362; 364]; Schewe, NZFam 2015, 740; **a.A.** unter unzutreffendem Hinweis auf den Gesichtspunkt der Gleichrangigkeit beider Betreuungsformen Schübel-Pfister, NVwZ 2013, 385 [389] u. NJW 2014, 1216 [1217]).

42 Der Gesichtspunkt der Gleichrangigkeit besagt lediglich, dass der Rechtsanspruch des Kindes – nach Wahl der Eltern – entweder in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege erfüllt werden kann; er legitimiert kein im Gesetz nicht vorgesehenes Zuweisungsrecht des Jugendhilfeträgers entgegen dem Elternwillen. Nach den Wünschen der Eltern und den Bedürfnissen des Kindes (vgl. BT-Drucks. 16/9299, S. 15), nicht aber nach den Vorstellungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe hat sich die Erfüllung des Rechtsanspruchs zu richten. Ungeachtet dessen ist im Lichte des verfassungsrechtlichen Erziehungsprimats der Eltern (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, § 1 Abs. 2 SGB VIII) auch nicht ersichtlich, weshalb der Staat besser als die Erziehungsberechtigten selbst wissen sollte, was gut oder besser für das Kind ist und was nicht. Dies schließt zugleich auch eine wie auch immer geartete Ersetzungsbefugnis des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe aus. Kann der jugendhilferechtliche Bedarf im Einzelfall durch mehrere Hilfearten (Tageseinrichtung oder Kindertagespflege) gedeckt werden, so umfasst das Wunsch- und Wahlrecht aus § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB

VIII (ausnahmsweise) auch die Art der Hilfe (vgl. statt aller Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 5 Rn. 11). Das Recht, zwischen einer Leistungsgewährung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege zu wählen, steht daher entgegen der Auslegungsregel des § 262 BGB, nach der das Wahlrecht zwischen mehreren alternativ geschuldeten Leistungen lediglich im Zweifel dem Schuldner zukommt, nach dem Willen des Gesetzgebers allein den Eltern zu (vgl. hierzu auch bereits BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [451 f.] Rn. 27 – 33). Dies gilt auch im Fall von Kapazitätsengpässen (verkannt von OVG NRW, U.v. 20.04.2016 – 12 A 1262/14 – juris, Rn. 79). § 24 Abs. 2 SGB VIII begründet einen einklagbaren Leistungsanspruch, der nicht unter Kapazitätsvorbehalt gestellt ist (so ausdrücklich BVerfG, U.v. 21.7.2015 – 1 BvF 2/13 –, NJW 2015, 2399 [2401] Rn. 43).

43 Die Systematik des Gesetzes (§ 24 Abs. 3 SGB VIII) steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil der Gesetzgeber den Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung (§ 24 Abs. 2 SGB VIII) gänzlich anders ausgestaltet hat als den Rechtsanspruch auf Besuch einer Tageseinrichtung für Kinder über drei Jahren bis zum Schuleintritt (§ 24 Abs. 3 SGB VIII). Während § 24 Abs. 2 SGB VIII den Eltern ein Wahlrecht zwischen den Betreuungsformen der Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege eröffnet, gewährt § 24 Abs. 3 SGB VIII für über dreijährige Kinder „lediglich“ einen Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung und nur für den Fall eines besonderen Bedarfs bzw. ergänzend auch eine Förderung in Kindertagespflege (vgl. § 24 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII). Die Vorschrift des § 24 Abs. 3 SGB VIII gibt daher für die Auslegung des § 24 Abs. 2 SGB VIII entgegen der Ansicht von Dunkl/Rath (vgl. BayVBl. 2016, 438 [439 f.]) nichts her. § 24 Abs. 2 SGB VIII und § 24 Abs. 3 SGB VIII betreffen unterschiedliche Sachverhalte, Personengruppen und Regelungsadressaten, weshalb Schlussfolgerungen aus der einen für die andere Vorschrift nicht gezogen werden können und dürfen.

44 Die „Ministerialbürokratie“ in Bund und Ländern mag mit der Formulierung „in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege“ in § 24 Abs. 2 SGB VIII durchaus die (rechtsirrig) Vorstellung verbunden haben, sie könne die Zuweisung von Betreuungsplätzen im Verwaltungsvollzug entsprechend eigenem Gutdünken nach Kapazitätsgesichtspunkten steuern (so offenbar auch Dunkl/Rath, BayVBl. 2016, 438 [440]). Indes sind diese Vorstellungen, wie sich den Gesetzgebungsmaterialien mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen lässt, nicht Gesetz geworden. Sie wären darüber hinaus auch mit höherrangigem Recht (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbar, denn nach welchen Auswahlkriterien und in welchem Auswahlverfahren sollte ohne konkrete Vorgaben des Gesetzgebers entschieden werden, welches Kind im Falle eines Ka-

pazitätsengpasses einen Betreuungsplatz in einer Tageseinrichtung erhält und welches sich entgegen dem Elternwillen mit einem solchen bei einer Tagesmutter oder einem Tagesvater begnügen muss und umgekehrt. Es bestanden daher entgegen Dunkl/Rath (vgl. BayVBl. 2016, 438 [440]) sehr wohl sachliche Gründe seitens des Gesetzgebers, die Wahl zwischen einem Platz in einer Tageseinrichtung oder in Tagespflege nicht dem Jugendhilfeträger, sondern den Eltern zu überlassen.

- 45 g) Aufgrund der Verweisung in § 24 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII auf § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII richtet sich der Umfang der täglichen Förderung nach dem konkret-individuellen Bedarf des anspruchsberechtigten Kindes und seiner personensorgeberechtigten Eltern. Dieser kann nach Art und Dauer differieren und von einer Vormittags- oder Nachmittags- bis hin zu einer Ganztagsbetreuung reichen. Bedarfsgerecht ist ein Angebot nur dann, wenn es geeignet ist, die Nachfrage tatsächlich zu befriedigen. Bei einer Vormittags- oder Nachmittagsbetreuung muss die Betreuungsdauer in der Einrichtung oder in Tagespflege unter Berücksichtigung der Arbeits-, An- und Abfahrtszeiten der Eltern jeweils mindestens 6 Stunden, bei einer Ganztagsbetreuung mindestens 8 bis 9 Stunden und bei langen An- und Abfahrtszeiten auch bis zu 10 Stunden betragen (vgl. Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 67 u. 45; Rixen, NJW 2012, 2839 [2840]). Die Erziehungsberechtigten können, da der Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII – anders als der aus Absatz 1 – nicht von der Erfüllung von Bedarfskriterien abhängig ist, auch dann eine Halb- oder Ganztagsbetreuung für ihr Kind in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege in Anspruch nehmen, wenn sie überhaupt nicht oder nur zum Teil erwerbstätig sind, im Rahmen der Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts des Kindes (§ 5 SGB VIII) aber gleichwohl professioneller Betreuung den Vorzug geben wollen (vgl. BT-Drucks. 16/9299, S. 15: „Dieser Rechtsanspruch wird entsprechend den Wünschen bzw. Bedürfnissen des Kindes und der Eltern .... erfüllt“). Eine Differenzierung zwischen einem „infrastrukturellen Regelangebot (Grundanspruch)“ und einer „einzelfallindizierten Erweiterung dieses Regelangebots“ (hierfür namentlich Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, 2013, Rn. 45, 129 ff. u. 138 ff.) findet in § 24 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII keine Stütze (zu Recht ablehnend Wiesner/Grube/Kößler, Der Anspruch auf frühkindliche Förderung und seine Durchsetzung, S.10; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 27 m.w.N.). Maßgeblich ist infolgedessen stets der durch die Erziehungsberechtigten definierte individuelle Bedarf, begrenzt allein durch das Wohl des zu betreuenden Kindes (insoweit zutreffend Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, 2013, Rn. 196 ff.). Der Anspruch des Kindes aus § 24 Abs. 2 SGB VIII ist an keinerlei Bedingungen geknüpft und hat – abgesehen von der Vollendung des ersten Lebensjahres – keine weiteren Voraussetzungen (so zutreffend Schewe, NZFam 2015, 697

[699]).

- 46 h) Angemessen Rechnung getragen wird dem Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege regelmäßig nur dann, wenn diese entsprechend dem das Jugendhilferecht beherrschenden Prinzip der Wohnortnähe (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII) vom Wohnsitz des Kindes aus in vertretbarer Zeit erreicht werden können (vgl. Wiesner/Grube/Kößler, *Der Anspruch auf frühkindliche Förderung und seine Durchsetzung*, 2013, S. 29 f.; Lakies, in: *Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII*, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 69 u. 21; Struck, in: *Wiesner, SGB VIII*, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 38 ff.; Kaiser, in: *Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII*, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 18; siehe auch BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, *BayVBl.* 2016, 448 [452] Rn. 34 f.).
- 47 In der Regel ist von der am nächsten gelegenen Einrichtung am Wohnort des Kindes auszugehen (vgl. OVG Lüneburg, B.v. 22.12.2008 – 4 ME 326/08 –, *NVwZ-RR* 2009, 425 [426]; VG Göttingen, B.v. 21.8.1998 – 2 B 2297/98 –, *NVwZ-RR* 1999, 130). Wünschenswert ist eine fußläufige Erreichbarkeit (vgl. OVG Frankfurt/Oder, B.v. 30.12.1996 – 4 B 175/96 –, *NVwZ-RR* 1997, 555 [558]), allerdings ist es den Kindern und damit auch ihren Eltern regelmäßig zumutbar, für den Weg zur Kindertageseinrichtung öffentliche Verkehrsmittel bzw. ihren (bereits vorhandenen) privaten PKW zu benutzen (vgl. Wiesner/Grube/Kößler, *Der Anspruch auf frühkindliche Förderung und seine Durchsetzung*, 2013, S. 30; siehe auch VG Halle, B.v. 27.9.2010 – 7 B 238/10 – *juris*, Rn. 8. u. 9). Eine Obliegenheit oder gar rechtliche Verpflichtung, sich im Wege des Car-Sharing einen PKW erst zu beschaffen bzw. einen Mietwagen zu benutzen, um auch weiter entfernt liegende Einrichtungen noch zeitgerecht erreichen zu können, besteht indes nicht.
- 48 In der Rechtsprechung wurde ein kombinierter Fuß- und Busweg von 30 Minuten für eine Wegstrecke als nicht mehr zumutbar angesehen (vgl. VG Schleswig, B.v. 12.1.2000 – 15 B 62/99 –, *ZfJ* 2000, 193). Nach engerer Auffassung soll die Grenze bereits bei 20 Minuten zu ziehen sein (so OVG Saarlouis, B.v. 16.12.1997 – 8 W 6/97 –, *NVwZ-RR* 1998, 435 [436]). Welche Entfernung zwischen Wohnort und Tagesstätte noch zumutbar ist, lässt sich indes nicht abstrakt-generell festlegen (vgl. VG Hannover, B.v. 26.11.2002 – 7 B 5435/02 – *juris*, Rn. 15; OVG NRW, B.v. 14.8.2013 – 12 B 793/13 –, *NJW* 2013, 3803 [3805]). Vielmehr ist einerseits die Zumutbarkeit für das Kind selbst und andererseits auch der Zeitaufwand für den begleitenden Elternteil zu berücksichtigen (vgl. Lakies, in: *Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII*, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 69 u. 21; Wiesner/Grube/Kößler, *Der Anspruch auf frühkindliche Förderung und seine Durchsetzung*, 2013, S. 30; Mey-

sen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, Rn. 306 ff.). Einzubeziehen sind dabei auch die Entfernung zur Arbeitsstätte und der damit verbundene gesamte zeitliche Aufwand für die Eltern (vgl. Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 40) bzw. den nach Absprache (§ 1627 BGB) primär betreuenden Elternteil (vgl. hierzu näher Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2015, § 1627 Rn. 5, 6 u. 7). Letztlich maßgeblich ist damit eine konkret-individuelle Betrachtung im Einzelfall (vgl. Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 39).

49 2.) Ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe entgegen seiner Gewährleistungsverpflichtung (§ 79 SGB VIII) nicht imstande, entsprechend dem jeweiligen Elternwillen einen angemessenen Betreuungsplatz in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege zur Verfügung zu stellen mit der Folge, dass der Rechtsanspruch des anspruchsberechtigten Kindes aus § 24 SGB VIII leerläuft, so hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Aufwendungsersatz in Form der Kostenerstattung für einen selbstbeschafften Tagesstättenplatz bzw. für entsprechende Aufwendungen im Rahmen einer privaten Elterninitiative analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII zu leisten, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen (vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 – NJW 2014, 1256 [1257] Rn. 17; OVG RhPf, U.v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 –, JAmt 2012, 603 [604 f.]; Schübel-Pfister, NJW 2014, 1216 ff.; Grube, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 24 Rn. 42; Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23 ff.). Die Primärverantwortung des Trägers schlägt in eine Sekundärverantwortung um, die darin besteht, nunmehr die Kosten der Ersatzbeschaffung zu tragen (vgl. BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [452] Rn. 36).

50 a) Einer Beachtung des allgemeinen Grundsatzes, dass Primäransprüche gegenüber Sekundäransprüchen vorrangig im Wege der Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz (§ 123 VwGO) geltend zu machen sind, bedarf es im Rahmen der Verwirklichung des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII regelmäßig nicht (vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1261] Rn. 51: „Im Wortlaut des § 36a Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII ... hat das Erfordernis des Eilrechtsschutzes keinen Ausdruck gefunden“). Der Grundsatz der Vorrangigkeit des verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes kommt – wenn überhaupt – nur dann zum Tragen, wenn das Nachsuchen um vorläufigen Rechtsschutz überhaupt zumutbar ist, mit anderen Worten, Abhilfe durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe tatsächlich erwartet werden kann (vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1261] Rn. 52). Daran fehlt es, wenn dem Rechtsanspruch nur unter Überschreitung des von Art. 45a AGSG vorgegebenen Rahmens und damit unter einer erheblichen zeitlichen Verzögerung, teilweise auch nur mittels ad hoc angebotener Übergangs-

gruppen Rechnung getragen werden kann und infolgedessen nicht von vornherein absehbar ist, wann der Träger seiner Bereitstellungs- und Nachweisverpflichtung im Einzelnen wird genügen können (BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1261] Rn. 52; OVG Rheinland-Pfalz, U.v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 –, JAmt 2012, 603 [605]; BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [452] Rn. 37; Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3; Rn. 444). Eine Verpflichtung, ein offensichtlich aussichtsloses Rechtsmittel einzulegen, ist der Rechtsordnung fremd (vgl. Fischer, in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 4. Aufl. 2012, § 36a Rn. 30 a.E.).

51      b) Der Umfang der nach § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII vom Träger der Jugendhilfe zu übernehmenden Aufwendungen entspricht in der Regel dem Betrag, der bei rechtzeitiger Gewährung der Hilfe entsprechend den zugrundeliegenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu tragen gewesen wäre (vgl. BVerwG, U.v. 1.3.2012 – 5 C 12.11 –, BVerwGE 142, 115 [122] Rn. 22). Können die Anspruchsteller die erforderliche Hilfe zu diesen Konditionen jedoch selbst nicht beschaffen, etwa weil diese durch erhebliche staatliche Förderungen unter dem ansonsten Üblichen gehalten wird, so haben sie Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die sie bei rechtmäßigem Handeln des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe erspart hätten (vgl. Meysen, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 36a Rn. 55). Damit bezieht sich der Erstattungsanspruch aus § 36a Abs. 3 SGB VIII grundsätzlich auf die Aufwendungen, die im Rahmen anderweitiger Selbstbeschaffung tatsächlich entstanden sind (vgl. Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, 6. Aufl. 2016, SGB VIII, § 24 Rn. 24; Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 475 m.w.N.). In der Höhe orientiert sich der Aufwendungsersatz infolgedessen letztlich an § 670 BGB (vgl. Meysen, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 36a Rn. 55). Der Anspruch unterliegt insoweit grundsätzlich weder dem Mehrkostenvorbehalt des § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII noch sind die Anspruchsteller verpflichtet, einen Leistungserbringer zu wählen, mit dem der Träger eine Vereinbarung nach § 78b SGB VIII abgeschlossen hat (vgl. Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 36a Rn. 54). Zu erstatten sind damit in der Regel diejenigen Aufwendungen, die der Selbstbeschaffer unter Berücksichtigung der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln nach Lage der Dinge für erforderlich halten durfte (vgl. Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 477 f.; Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, 6. Aufl. 2016, SGB VIII, § 24 Rn. 24; Grube, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 24 Rn. 44; siehe auch OVG NRW, B.v. 17.3.2014 – 12 B 70/14 – juris, Rn. 31 ff.; VG Stuttgart, U.v. 28.11.2014 – 7 K 3274/14 –, JAmt 2015, 98 [102]). Dies schließt vermeidbare, nicht auf einem zwingenden Leistungskatalog des privaten Anbieters beruhende Luxusaufwendungen aus und aus sachlichen Gründen zu recht-

fertigende Mehrausgaben ein. Gegebenenfalls ist eine Deckelung auf das Erforderliche vorzunehmen (vgl. auch bereits BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [452] Rn. 38). Den Nachweis einer (behaupteten) Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu führen (vgl. Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 478 m.w.N.).

52 Erbringt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die von Gesetzes wegen geschuldete Leistung nicht, so sind die Betroffenen gezwungen, eine eigene Entscheidung über die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Maßnahmen zur angemessenen Lösung der Belastungssituation zu treffen. Dies hat zur Folge, dass die Verwaltungsgerichte nur das Vorhandensein des jugendhilferechtlichen Bedarfs zu prüfen haben, sich aber hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der selbstbeschafften Hilfe auf eine fachliche Vertretbarkeitskontrolle aus ex-ante Sicht der Leistungsberechtigten beschränken müssen (vgl. BVerwG, U.v. 18.10.2012 – 5 C 21.11 –, BVerwGE 145, 1 [10] Rn. 34; Wiesner, ZKJ 2015, 50 [61]; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 48). Die Höhe der Aufwendungen richtet sich deshalb nach dem auch sonst bei freien bzw. privaten Trägern Üblichen. Abzusetzen sind im Wege des Vorteilsausgleichs etwaige ersparte (fiktive) Kostenbeiträge nach § 90 Abs. 1 SGB VIII (vgl. OVG NRW, B.v. 17.3.2014 – 12 B 70/14 – juris, Rn. 35 m.w.N.; VG Stuttgart, U.v. 28.11.2014 – 7 K 3274/14 –, JAmt 2015, 98 [102]; Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23 a.E.; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 48 m.w.N.), die sich, sofern konkrete Anhaltspunkte für eine Bestimmung – wie etwa der in der Wunscheinrichtung zu zahlende Betrag – fehlen, im Wege einer typisierenden Betrachtung nach dem jeweiligen Durchschnitt der (gegebenenfalls nach dem Elterneinkommen gestaffelten) Beiträge der kommunalen Einrichtungen im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Jugendhilfeträgers richten, allerdings nur dann, wenn den Eltern und dem Kind die Übernahme eines solchen Beitrags überhaupt gemäß § 90 Abs. 3 SGB VIII zuzumuten gewesen wäre (vgl. BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [452 f.] Rn. 39; siehe auch Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 492 ff. m.w.N.). Da es sich um eine rein fiktive Berechnung handelt, sind die Beteiligten jeweils so zu stellen, wie wenn sie in den besagten Einrichtungen tatsächlich Aufnahme gefunden und mögliche Ermäßigungsanträge rechtzeitig gestellt hätten sowie etwaige Ausschlussfristen beachtet worden wären. Der nicht von vorneherein gänzlich unberechtigten Sorge, freie und private Träger könnten ihre Elternbeiträge beliebig erhöhen und die Eltern den Träger der öffentlichen Jugendhilfe auf Ausgleich auch dieser erhöhten Beträge in Anspruch nehmen, ist im Rahmen einer sachgerechten Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung (§ 79 SGB VIII) zu begegnen. Den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe bleibt es in den Grenzen der Verpflichtung zur Vorhal-

tung eines pluralen Angebots unbenommen, den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch ausschließlich mit kommunalen Angeboten zu erfüllen oder durch Abschluss sog. Leistungssicherstellungsvereinbarungen mit freien und privaten Trägern, die naturgemäß zugleich auch eine Defizitübernahme durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe beinhalten, ein im wesentlichen einheitliches Preisniveau herzustellen (vgl. zur Problematik näher Wiesner, ZKJ 2014, 458 [462]; Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 13 ff. m.w.N.; siehe auch BayVGH, U.v. 23.10.2013 – 12 BV 13.650 –, BayVBl. 2014, 309 f. Rn. 18, 21 f., 28).

53 Für eine Begrenzung des Aufwendungsersatzanspruchs aus § 36a Abs. 3 SGB VIII auf den das 1,5-fache des staatlichen Förderanteils in der Kindertagespflege übersteigenden Betrag analog Art. 20 Satz 1 Ziffer 3 BayKiBiG (in diese Richtung offenbar die unter Mitwirkung des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, des Bayerischen Gemeindetags, des Bayerischen Städtetags, des Bayerischen Landkreistags, des Bayerischen Landesjugendamts, der bayerischen Jugendbehörden und des Staatsinstituts für Frühpädagogik erarbeiteten Hinweise zur Auslegung des Rechtsanspruchs für Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr mit Wirkung ab dem 1. August 2013 [Stand 2. Juli 2013], Bayer. Gemeindetag 2013, 334 [335]) besteht ohne ausdrückliche (bundes-)gesetzliche Anordnung keine Grundlage (vgl. auch bereits BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [453] Rn. 40). Zum einen betrifft Art. 20 Satz 1 Ziffer 3 BayKiBiG nur die Kindertagespflege, nicht aber die Höhe der Elternbeteiligung bei der Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen. Zum anderen ist der bundesrechtlich konturierte Aufwendungsersatzanspruch analog § 36a Abs. 3 SGB VIII einer – zumal lediglich interpretatorischen – Einschränkung bzw. Überformung durch den Landesgesetzgeber bzw. das lediglich für die Umsetzung zuständige Landesministerium nicht zugänglich (vgl. hierzu in ähnlichem Zusammenhang bereits Wiesner, ZKJ 2014, 458 [461 ff.]).

54 Reine „Praktikabilitätsüberlegungen“ können eine analoge Anwendung von Art. 20 Satz 1 Ziffer 3 BayKiBiG entgegen Dunkl/Rath (vgl. BayVBl. 2016, 438 [441 f.]) ebenfalls nicht rechtfertigen. § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII legt den Umfang des nach einer Selbstbeschaffung zu gewährenden Betrages mittels der Verpflichtung des Jugendhilfeträgers „zur Übernahme der erforderlichen Aufwendungen“ selbst abschließend fest. Für eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der Analogie bleibt insoweit keinerlei Raum, zumal eine solche letztlich auf eine Beschränkung des Anspruchsumfanges gerichtet wäre und sich deshalb als contra legem erweise. Ebenso wenig eröffnet das Abstellen auf die Wunscheinrichtung bei der Bemessung der abzusetzenden (fiktiven) Kostenbeiträge die Möglichkeit der Manipulation. Die Eltern

werden als Wunscheinrichtungen meist die kostengünstigeren kommunalen Einrichtungen wählen. Können sie nur erheblich teurere private Einrichtungen finden, so lässt sich in der Verpflichtung des Jugendhilfeträgers, die Differenz im Wege des Aufwendungsersatzes analog § 36a SGB VIII zu übernehmen, eine Manipulation auch nicht ansatzweise erkennen. Ungeachtet dessen hat der Jugendhilfeträger jederzeit die Möglichkeit – siehe hierzu später – durch auch nachträgliches Anbieten eines erfüllungstauglichen (kostengünstigeren) Platzes das Erlöschen des Sekundäranspruchs auf Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 SGB VIII zu bewirken (verkannt von Dunkl/Rath, BayVBl. 2016, 438 [441]).

55 c) Dem Anspruch auf Kostenerstattung analog § 36a Abs. 3 SGB VIII steht auch nicht entgegen, dass die Eltern des anspruchsberechtigten Kindes im Falle des „Systemversagens“ für dieses selbst einen Betreuungsplatz bei einem freien Träger beschafft haben (so aber Beutel, DVBl. 2014, 313; in diese Richtung nunmehr offenbar auch Wiesner, ZKJ 2015, 60 [61] u. Kepert, ZKJ 2015, 267 [268], die annehmen, der Primäranspruch werde dadurch ebenfalls erfüllt und ein etwaiger Sekundäranspruch könne infolgedessen gar nicht erst entstehen). Die Selbstbeschaffung ist entgegen dieser Auffassung vielmehr Anspruchsvoraussetzung für den Kostenerstattungsanspruch überhaupt und lässt ihn deshalb gerade nicht entfallen (so zutreffend VG Stuttgart, U.v. 28.11.2014 – 7 K 3274/14 –, JAmt 2015, 98 [101]; im Ergebnis ebenso Kaiser, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23 ff.; Schübel-Pfister, NJW 2014, 1216 [1218]; Grube, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 24 Rn. 41 ff.).

56 § 24 Abs. 2 SGB VIII vermittelt die Befugnis, von einem anderen – hier dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe – ein aktives Tun zu verlangen (vgl. hierzu auch die Legaldefinition des Anspruchs in § 194 BGB). Infolgedessen kann auch lediglich die Anspruchsbefriedigung durch den Schuldner – den Jugendhilfeträger – selbst, nicht aber die Ersatzbeschaffung durch das anspruchsberechtigte Kind bzw. dessen Eltern anspruchserfüllend wirken (unzutreffend daher Kepert, ZKJ 2015, 267 [268]). Nicht ohne Grund hat die Beklagte eigens eine Servicestelle eingerichtet, die sich ausschließlich um die Zuweisung und Bereitstellung (Vermittlung) von Betreuungsplätzen kümmert. Diese wäre weithin überflüssig, wenn allein das Tätigwerden der Eltern anspruchserfüllend wirken würde. Eine solche Ersatzbeschaffung kann die Gewährleistungsverantwortung (§ 79 Abs. 2 SGB VIII) des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nicht beseitigen; sie ist vielmehr Ausdruck des „Systemversagens“, in dessen Folge sich der ursprüngliche Primäranspruch in einen Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz umwandelt. Der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII erschöpft sich nicht in einem wie auch immer gearteten „Versorgtsein mit einem Betreuungsplatz“ (so unzutreffend Beutel, DVBl. 2014, 313 u. Kepert, ZKJ 2015, 267);

er erfordert auf der Grundlage der aus § 79 Abs. 2 SGB VIII folgenden Gewährleistungsverantwortung die Verschaffung bzw. Bereitstellung eines entsprechenden Platzes (vgl. näher Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Lfg. 1/14, § 24 Rn. 20; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 24 Rn. 20; siehe auch bereits BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [453] Rn. 41).

57 Letzteres gilt auch dann, wenn der Anspruchsteller vor Inkrafttreten des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bzw. des Erreichens der Anspruchsvoraussetzungen (Altersgrenze) bereits einen „auf dem freien Markt“ (selbst) beschafften Betreuungsplatz inne hatte, er aber nunmehr nach Inkrafttreten des Anspruchs bzw. dem Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen – aus welchen Gründen auch immer – das staatliche Anspruchssystem durch Anmeldung seines Bedarfs erstmals aktiviert (vgl. § 24 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45a AGSG) und dadurch das Entstehen seines Leistungsanspruchs bewirkt (vgl. § 40 Abs. 1 SGB I). Die Inanspruchnahme von Betreuungsleistungen „auf dem freien Markt“ bleibt jedem Leistungsberechtigten unbenommen (vgl. statt aller Meysen, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 36a Rn. 40). Sie erfolgt ausschließlich im Bereich und mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts (vgl. Wiesner, ZKJ 2014, 458 [463]). Dementsprechend stellt sich die Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes – wie bereits dargelegt – im Vergleich zur Erlangung eines solchen Platzes im Wege des Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch (lediglich) als ein aliud dar (verkannt von VG Darmstadt, U.v. 9.11.2015 – 5 K 1331/14. DA – juris, Rn. 29). Allein der Umstand, dass der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch durch den Nachweis eines Platzes bei einem freien oder privaten Träger erfüllt werden kann, bewirkt keine wie auch immer geartete öffentlich-rechtliche Überformung dieses Betreuungsangebots.

58 Demzufolge kann die (Selbst-)Beschaffung eines Betreuungsplatzes durch die Eltern eines anspruchsberechtigten Kindes auch keine Erfüllung des Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bewirken und dem Anspruch auf Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. In einem solchen Fall wird vielmehr eine andere als die geschuldete Leistung erbracht. Eine Erfüllungswirkung tritt dadurch nicht ein (vgl. Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 3; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 362 Rn. 3). Das Innehaben eines vor Entstehen der Anspruchsvoraussetzungen selbst beschafften Betreuungsplatzes kann infolgedessen den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII nicht erfüllen. Ebenso wenig steht das Innehaben eines solchen, bei einem freien oder privaten Träger vor Entstehung des Rechtsanspruchs selbst beschafften, naturgemäß teureren Platzes der Anspruchsbe-

reichtigung aus § 24 Abs. 2 SGB VIII entgegen.

- 59 Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben deshalb auch Personen, die sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII am 1. August 2013 bzw. des erstmaligen Herantragens des Bedarfs nach Entstehen der Anspruchsvoraussetzungen bereits im Besitz eines zum damaligen Zeitpunkt (notgedrungen) außerhalb des staatlichen Anspruchssystems der Jugendhilfe selbst beschafften, naturgemäß teureren privaten Betreuungsplatzes befanden, in ihre Vermittlungsbemühungen einzubeziehen. § 24 Abs. 2 SGB VIII begründet einen Verschaffungsanspruch (so ausdrücklich BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1257] Rn. 14 u. 17), nicht lediglich einen Selbstbeschaffungsanspruch. Letzteres ist in einer freien Gesellschaft selbstverständlich und bedürfte – wie bereits erwähnt – keiner gesetzlichen Regelung.
- 60 Kann der Jugendhilfeträger dieser – durch eigenes, aktives Handeln (Vermitteln) zu erfüllenden – Verpflichtung aus welchen Gründen auch immer nicht genügen und muss der Anspruchsberechtigte sich die Leistung deshalb selbst beschaffen, sei es weil er bislang weder einen kommunalen Betreuungsplatz noch einen solchen bei einem freien oder privaten Anbieter nachgewiesen erhalten hat, sei es weil er im Wege der Eigeninitiative vor Entstehen des Rechtsanspruchs bzw. des Eintritts der Anspruchsvoraussetzungen lediglich einen naturgemäß erheblich teureren Platz „auf dem freien Markt“ zu beschaffen vermochte, ohne dass der Jugendhilfeträger in der Lage wäre, ihm nunmehr einen geeigneten und zumutbaren Platz zu vermitteln, so hat der Träger die Kosten der Ersatzbeschaffung abzüglich etwaiger ersparter (fiktiver) Kostenbeiträge zu tragen. Jede andere Sicht der Dinge müsste dem System der staatlichen Jugendhilfe mit einem Rechtsanspruch auf kindgerechte Förderung einerseits und einer Ausfallhaftung analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII im Falle des „Systemversagens“ andererseits die Grundlage entziehen (vgl. auch bereits BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [453] Rn. 41).
- 61 d) Ebenso wenig kann dem Anspruch auf Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 SGB VIII mit der Erwägung entgegengetreten werden, die Kostenerstattung im Rahmen eines Sekundäranspruchs erfordere unabhängig vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen, dass auch der zugrundeliegende Primäranspruch eine Kostenerstattungspflicht des öffentlichen Jugendhilfeträgers beinhalte (so namentlich VG München, U.v. 21.1.2015 – M 18 K 14.2448 –, Umdruck, S. 10 ff.) oder anders gewendet, wenn bereits der Primäranspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII keine Kostenfreiheit vermittele, könne eine solche auch nicht im Wege eines Sekundäranspruchs aus § 36a Abs. 3 SGB VIII in Betracht kommen (so namentlich Kepert, ZKJ 2015,

267 [268]). Wer so argumentiert, berücksichtigt nicht, dass es sich beim Primäranspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII um einen Sachleistungsanspruch, beim Sekundäranspruch aus § 36a Abs. 3 SGB VIII hingegen um einen Geldleistungsanspruch handelt mit der Folge, dass Maßstäbe und Grundsätze, die für den einen Anspruch gelten, nicht unbesehen auf den anderen übertragen werden können; er blendet zugleich auch den in der Vermittlung eines kostengünstigen kommunalen Betreuungsplatzes regelmäßig liegenden geldwerten Vorteil stillschweigend aus. Letzteres indes kommt im Lichte der Bindung jeglichen staatlichen Handelns an die Beachtung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht in Betracht (siehe hierzu nachfolgend 3). Vielmehr ist der mangelnden Kostenfreiheit des Primäranspruchs auch im Rahmen des Sekundäranspruchs Rechnung zu tragen, nämlich dadurch, dass sich der Anspruchsteller im Wege des Vorteilsausgleichs etwaige Kostenbeiträge nach § 90 Abs. 1 SGB VIII anspruchsmindernd entgegenhalten lassen muss (vgl. statt aller Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 492 ff. m.w.N.). Dies hat zur Folge, dass der Sekundäranspruch im Fall der mangelnden Kostenfreiheit des Primäranspruchs der Sache nach lediglich auf den Ersatz der Mehrkosten der Selbstbeschaffung gerichtet ist. Dadurch wird zugleich erreicht, dass Primär- und Sekundäranspruch einander dem Werte nach entsprechen. Der Selbstbeschaffer wird damit entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts München nicht etwa besser, sondern allenfalls gleichgestellt (vgl. auch bereits BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [453 f.] Rn. 42).

62 Maßgebend ist mithin allein, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe den Bedarf des anspruchsberechtigten Kindes nicht gedeckt hat und derjenige, der sich eine unaufschiebbar notwendige Leistung, deren Gewährung zu Unrecht abgelehnt wurde oder über die nicht rechtzeitig entschieden wurde, selbst beschafft hat, nicht schlechter stehen darf, als derjenige, dessen Leistungsbegehren rechtzeitig erfüllt wurde (so ausdrückl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1259] Rn. 37 m.w.N.). Es verstieße gegen die gesetzliche Gewährleistung des Rechtsanspruchs schlechthin, wenn der Hilfebedürftige seiner Rechte alleine deshalb verlustig ginge, weil er die ihm zustehende Hilfe nicht rechtzeitig vom Leistungsträger erhalten hat (vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1259] Rn. 37 a.E. m.w.N.; VG Stuttgart, U.v. 28.11.2014 – 7 K 3274/14 –, JAmt 2015, 98 [101]) und in der Folge im Wege der Selbstbeschaffung tätig werden musste (vgl. auch bereits BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [453 f.] Rn. 43).

63 e) Anders verhält es sich lediglich dann, wenn der Anspruchsberechtigte sich die begehrte Leistung ohne jede Inanspruchnahme des staatlichen Systems der Jugendhilfe von vornherein „auf eigene Faust“ bei einem freien oder privaten Träger

„besorgt“ und auch später keinen entsprechenden Bedarf an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe heranträgt. Hier wird der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII mangels Anmeldung (§ 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Art. 45a AGSG) schon gar nicht erst effektuiert und das staatliche System der Jugendhilfe überhaupt nicht aktiviert, weder primär noch im Wege des Aufwendungsersatzes sekundär. Das Jugendamt kann in einem solchen Fall auch später nicht als reine „Zahlstelle“ in Anspruch genommen bzw. „missbraucht“ werden (vgl. Meysen, in: MünchKommBZ/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 36a Rn. 2 m.w.N.; siehe zum Erfordernis der „Vorbefassung des Trägers der Jugendhilfe“ auch BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1260] Rn. 40).

64 3.) Ungeachtet dessen sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe (Landkreise und kreisfreie Städte), insbesondere dann, wenn sie – wie die kreisfreien Städte – Gemeinde und Jugendhilfeträger zugleich sind, ohne Vorliegen eines besonderen – hier nicht ersichtlichen – Rechtstitels verpflichtet, alle ihre Bürger gleich zu behandeln (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 AGSG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 BayLKrO, Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayGO). Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 1, 14 [52]; 98, 365 [385]; 110, 412 [431]; st.Rspr.). Er verbietet ungleiche Belastungen ebenso wie ungleiche Begünstigungen (vgl. BVerfGE 79, 1 [17]; 110, 412 [431]). Verboten ist daher insbesondere ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss (vgl. BVerfGE 93, 386 [396]; 105, 73 [110 ff., 133]; 110, 412 [431]), bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, einem anderen jedoch vorenthalten bleibt, ohne dass sich ausreichende Gründe für eine solche Differenzierung finden lassen (vgl. BVerfGE 93, 386 [396 f.]; 112, 164 [174]; 116, 164 [180]; 124, 251 [265]). Dies gilt selbst dann, wenn im Einzelfall kein Rechtsanspruch auf (kostenfreie) Leistung besteht (vgl. statt aller Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 11; nicht gesehen von Wiesner, ZKJ, 2014, 458 [460; 461 ff.] u. Keper, ZKJ 2015, 267 [268 f.]).

65 Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber und die Verwaltung (vgl. Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, 67. Lfg. Okt. 1992, Art. 3 Rn. 130 u. 177), die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 110, 274 [291]; 112, 164 [174]; 124, 251 [265]). Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG liegt regelmäßig vor, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für eine Differenzierung nicht finden lässt (vgl. BVerfGE 1, 14 [52]; 89, 132 [141]; 105, 73 [110]) oder wenn eine Gruppe von Normadressaten im Ver-

gleich zu einer anderen Gruppe unterschiedlich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 93, 386 [397]; 105, 73 [110]; 107, 27 [45 f.]; 133, 377 [408] Rn. 76).

66 a) Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann deshalb, insbesondere dann, wenn er – als kreisfreie Stadt – Gemeinde und Jugendhilfeträger zugleich ist, mit anderen Worten eine Doppelrolle wahrnimmt, ohne Vorschaltung eines alle Interessenten gleichermaßen einbeziehenden Auswahlverfahrens und ohne Festlegung sach- und interessengerechter Vergabekriterien, ein im Wesentlichen vergleichbares Angebot unterstellt, nicht einerseits einem Teil des anspruchsberechtigten Personenkreises einen „günstigen“ Platz in einer eigenen oder kommunalen Tageseinrichtung verschaffen, einen anderen, in gleicher Weise anspruchsberechtigten Personenkreis jedoch auf „weniger günstige“ Einrichtungen eines freigemeinnützigen oder gar „erheblich teurere“ Einrichtungen eines privaten Trägers verweisen bzw. mit der Folge der Selbstbeschaffung von vornherein ohne jedes Angebot belassen und damit letztlich ebenfalls einem erheblich teureren Privaten anheimgeben, der zwar bereit ist, das Kind aufzunehmen, jedoch zu einem erheblich höheren Betrag als in einer eigenen oder kommunalen Einrichtung. Hierin läge, ein im Wesentlichen vergleichbares Leistungsangebot unterstellt, ein weder verfassungsrechtlich (Art. 3 Abs. 1 GG) noch einfach-rechtlich (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 AGSG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 BayLKrO bzw. Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayGO) zulässiger – gleichheitswidriger – Begünstigungsausschluss (vgl. auch bereits BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [454] Rn. 47).

67 Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die in der Regel kostengünstigeren Plätze in kommunalen Einrichtungen würden bereits im Rahmen des einrichtungsbezogenen Anspruchs aus Art. 21 BayGO vergeben; insoweit habe jedes Kind die gleiche Chance, ebenfalls einen kostengünstigen Platz zu erlangen. Eine solche Betrachtung verkennt nicht nur, dass es sich bei dem hier in Rede stehenden Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII um den im Vergleich mit Art. 21 BayGO weitergehenden Anspruch handelt; sie lässt zugleich auch unberücksichtigt, dass Art. 21 BayGO nicht als Gesamtvergabeanspruch hinsichtlich aller kostengünstigen (kommunalen) Betreuungsplätze konzipiert ist, sondern ausschließlich einen bestimmten Platz in einer konkreten Einrichtung zum Gegenstand hat. Die L. M. kennt kein zentrales Vergabe- bzw. Vermittlungsverfahren. Über den einrichtungsbezogenen Anspruch aus Art. 21 BayGO entscheidet auf der Grundlage der städtischen Krippensatzung allein die Leitung der jeweiligen Einrichtung (vgl. hierzu näher Wiesner, ZKJ 2014, 458 [460]). Es können deshalb gerade nicht alle Gemeindebürger gleichermaßen

ßen in den Genuss des geldwerten Vorteils eines günstigeren kommunalen Platzes gelangen, weil die Beklagte diese Plätze nicht in das gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. § 79 Abs. 2 SGB VIII geschuldete Vermittlungsverfahren einbezieht und dementsprechend auch keine den Anforderungen des Gleichheitssatzes Rechnung tragende Vergabekriterien entwickelt hat, sondern lediglich außerhalb dieses Verfahrens einen einrichtungsbezogenen Anspruch (Art. 21 BayGO) gewährt, der – wie bereits erwähnt – von vorneherein nicht als den Anforderungen des Gleichheitssatzes entsprechender Gesamtvergabeanspruch hinsichtlich aller kostengünstigen (kommunalen) Plätze konzipiert ist.

68 Der Gesichtspunkt der Vergabe kostengünstigerer kommunaler Plätze im Verhältnis zu erheblich teureren bei freien und privaten Trägern spielt nach der Krippensatzung der L. M. vom 26. Juli 2006 (vgl. Bek. vom 21.8.2006, MüABl. S. 257, in der Fassung vom 2.9.2015, MüABl. S. 318) für die Vergabeentscheidung keine Rolle. Diese richtet sich in dem (regelmäßig vorliegenden) Fall, dass nicht genügend freie Plätze verfügbar sind, ausschließlich nach Rangstufen (1 und 2) und innerhalb der Rangstufen nach Dringlichkeitsstufen (vgl. § 2 Abs. 4 d. Satzung). Sofern das aufzunehmende Kind nicht bereits im Vorjahr einen Platz in der Einrichtung erhalten hatte (Rangstufe 1), erfolgt die Verteilung auf die einzelnen Altersstufen in Rangstufe 2 entsprechend der jeweiligen Hauskonzeption (vgl. § 3 d. Satzung) und sodann nach den Dringlichkeitsstufen, „Erwerbstätigkeit beider Personensorgeberechtigten (Dringlichkeitsstufe A)“, „beide Personensorgeberechtigten arbeitssuchend (Dringlichkeitsstufe B)“ und „Kinder, die im Interesse der sozialen Integration der Betreuung bedürfen (Dringlichkeitsstufe C)“. Innerhalb der Dringlichkeitsstufe A erfolgt die Verteilung zusätzlich nach einem Punktesystem (vgl. § 4 d. Satzung). Die Platzvergabe nach der städtischen Satzung ist daher von vorneherein nicht auf die Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit hinsichtlich der Vergabe kostengünstigerer kommunaler Plätze im Verhältnis zu erheblich teureren bei freien und privaten Trägern ausgerichtet.

69 Ungeachtet dessen darf auch nicht verkannt werden, dass zwischen freien und privaten Trägern ebenfalls ein erhebliches Kostengefälle besteht. Auch insoweit ist den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen und ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss zu vermeiden, entweder dadurch, dass ein im Wesentlichen einheitliches Preisniveau für alle im Sinne des § 24 Abs. 2 SGB VIII erfüllungsgerechten Plätze hergestellt wird oder sachgerechte Kriterien für eine „Verwaltung des Mangels an kostengünstigen Einrichtungen“, beispielsweise unter Beachtung der Einkommensverhältnisse der Eltern (vgl. zur Berücksichtigung des Familieneinkommens im Bereich gleichheitskonformer Rechtsanwendung allgemein BVerfGE 97, 332 [344]), entwickelt werden.

70 Der L. kommt kein – vergleichbar etwa dem (Bundes-) Gesetzgeber – weiter Gestaltungsspielraum zu (vgl. hierzu BVerfGE 17, 210 [216]; 93, 319 [350]; 122, 1 [23]), der ihr Handeln legitimieren und einen hieraus resultierenden gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss rechtfertigen könnte (verkannt von Kaiser, in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 13, der das Tätigwerden der Verwaltung in unzulässiger Weise und unter unzutreffender Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit einem solchen des Gesetzgebers gleichsetzt). Vielmehr ist die L. von Verfassungs wegen gehalten, ihre Verwaltung nach Art, Umfang und Leistungsvermögen entsprechend den Anforderungen sachgerechter Erledigung des sich aus der Bundesgesetzgebung ergebenden Aufgabenbestandes (vgl. § 24 Abs. 2 SGB VIII) einzurichten (vgl. BVerfGE 55, 274 [318]) und den Anforderungen des Gleichheitssatzes Rechnung zu tragen. Die L. kann daher entweder ein einheitliches Preisniveau für alle Plätze herstellen, indem sie die Preise der kommunalen Einrichtungen auf das Niveau der freien und privaten Träger anhebt oder mit den freien bzw. privaten Trägern im Rahmen von Leistungssicherungsvereinbarungen ein einheitliches Preisniveau festlegt und diesen einen entsprechenden Defizitausgleich gewährt (vgl. hierzu BayVGH, U.v. 23.10.2013 – 12 BV 13.650 –, BayVBl. 2014, 309 f. Rn. 18, 21 f., 28), den betroffenen Eltern im Falle der Vermittlung eines teureren Platzes einen Ausgleichsbetrag zahlt und den Freistaat Bayern auf Gewährung eines Mehrbelastungsausgleichs (Art. 83 Abs. 3 Satz 2 BV) in Anspruch nimmt (vgl. hierzu näher Wolff, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 83 Rn. 127 ff.; Wollenschläger, in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaats Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 83 Rn. 75 ff.; Zieglmeier, NVwZ 2008, 270 [273 ff.]; Huber/Wollenschläger, VerwArch 2009 (100), 305 [330, 338 f.]) oder den Mangel an kostengünstigen Plätzen durch Entwicklung den Anforderungen des Gleichheitssatzes Rechnung tragender Kriterien in einem einheitlichen Verfahren sachgerecht verteilt. Welchen Weg sie letztlich wählt, liegt alleine in ihrem Ermessen.

71 b) Die unter Mitwirkung des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, des Bayerischen Gemeindetags, des Bayerischen Städtetags, des Bayerischen Landkreistags, des Bayerischen Landesjugendamts, der bayerischen Jugendbehörden und des Staatsinstituts für Frühpädagogik erarbeiteten Hinweise zur Auslegung des Rechtsanspruchs für Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr mit Wirkung ab dem 1. August 2013 (Stand 2. Juli 2013) nehmen diese Gesichtspunkte auf und tragen ihnen, da sowohl das Herstellen eines einheitlichen Preisniveaus als auch die Anwendung „mangelverwaltender Kriterien“ auf nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen würde, durch folgende Vorgabe Rechnung (vgl. Bayer. Gemeindetag 2013, 334 [335]):

72 „Kann ein Kind nur auf einen Platz mit einem höheren Elternbeitrag verwiesen werden, ist den Eltern für die Dauer des Besuchs der zugewiesenen Einrichtung ein Ausgleichsbetrag zu zahlen.“

73 Auch wenn die genannten Auslegungshinweise eine Rechtsgrundlage für die Zahlung des Ausgleichsbetrags nicht ausdrücklich benennen, so ist diese nach dem zuvor Gesagten doch gleichwohl im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit seinen einfach-rechtlichen Ausprägungen in der Landkreis- und Gemeindeordnung zu sehen. Die Auszahlung selbst ist im Rahmen des § 90 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII zu bewirken (vgl. auch bereits BayVGH, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [454] Rn. 50). Insoweit gilt: Kann ein Kind ohne Vorliegen sachlich rechtfertigender Gründe nur auf einen Platz mit einem höheren Elternbeitrag verwiesen werden, so ist der damit verbundene gleichheitswidrige Begünstigungsausschluss, der dem anspruchsberechtigten Kind regelmäßig auch ohne Berücksichtigung der Einkommensverhältnisse seiner Eltern unzumutbar ist, durch Zahlung eines Ausgleichsbetrags (§ 90 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII) bzw. im Falle der Selbstbeschaffung durch Übernahme der Mehrkosten analog § 36a Abs. 3 SGB VIII zu kompensieren. Die Höhe der entsprechenden Beträge bestimmt sich, sofern konkrete Anhaltspunkte für eine Bemessung fehlen, grundsätzlich nach der Differenz der tatsächlichen Kosten für einen Betreuungsplatz bei einem freien oder privaten Träger zu denen in einer kommunalen Einrichtung. Für eine Begrenzung auf den das 1,5-fache des staatlichen Förderanteils in der Kindertagespflege übersteigenden Betrag entsprechend Art. 20 Satz 1 Ziffer 3 BayKiBiG (in diese Richtung offenbar die unter Mitwirkung des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, des Bayerischen Gemeindetags, des Bayerischen Städtetags, des Bayerischen Landkreistags, des Bayerischen Landesjugendamts, der bayerischen Jugendbehörden und des Staatsinstituts für Frühpädagogik erarbeiteten Hinweise zur Auslegung des Rechtsanspruchs für Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr mit Wirkung ab dem 1. August 2013 [Stand 2. Juli 2013], Bayer. Gemeindetag 2013, 334 [335]) besteht ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung keine Grundlage. Art. 20 Satz 1 Ziffer 3 BayKiBiG betrifft im Übrigen auch nur die Kindertagespflege, nicht aber die Höhe der Elternbeteiligung bei der Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen (vgl. hierzu näher Wiesner, in: ZKJ 2014, 458 [461 ff.]).

74 4. Bietet der örtlich zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe nachträglich einen auch hinsichtlich der Entfernung zum Wohnort der Familie geeigneten Betreuungsplatz an, so erlischt der Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz dann, wenn dem anspruchsberechtigten Kind unter Berücksichtigung des Kindeswohls und der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln ein Einrichtungswechsel zumutbar ist (vgl.

OVG Rheinland-Pfalz, U.v. 28.5.2014 – 7 A 10276/14 –, JAmt 2014, 464 [466]; BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [455] Rn. 54; Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 486 ff.).

75 Zwar soll einem Kind der Aufbau einer neuen Beziehung verbunden mit einem Wechsel der Betreuungsperson nicht allzu oft zugemutet werden; leider lässt er sich aufgrund der Wechselfälle des Lebens (Ausscheiden der Betreuungsperson aus dem Berufsleben infolge Heirat, Schwangerschaft, Weiterbildung, Krankheit oder Erreichen der Altersgrenze bzw. Wohnsitzverlagerung der Eltern) aber nie ganz vermeiden. Von einer generellen Unzumutbarkeit eines solchen Wechsels kann daher nicht ausgegangen werden (so zutreffend OVG Rheinland-Pfalz, U.v. 28.5.2014 – 7 A 10276/14 –, JAmt 2014, 464 [466]; BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [455] Rn. 55).

76 Auch eine weitreichende Verfestigung des Aufenthalts in einer bestimmten Einrichtung, die unter dem Gesichtspunkt der Hilfekontinuität (vgl. hierzu näher Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 489) einen Wechsel unzumutbar erscheinen ließe mit der Folge, dass die durch die selbst gesuchte Betreuung entstehenden Mehrkosten unter Zurückstellung der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Verhalten auch weiterhin vom Jugendhilfeträger zu erstatten wären (vgl. Meysen/Beckmann, a.a.O., Rn. 490), wird deshalb nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen, etwa dann, wenn der Wechsel in den Kindergarten (§ 24 Abs. 3 SGB VIII) unmittelbar oder zumindest innerhalb weniger Monate bevorsteht.

## II.

77 Gemessen an diesen Maßstäben und Grundsätzen steht dem Kläger ein Aufwendungsersatzanspruch analog § 36a Abs. 3 SGB VIII für die Monate April bis einschließlich Juni 2014 zu, weil die Beklagte dem Rechtsanspruch des Klägers erst mit Schreiben vom 1. Juli 2014, nicht aber wie gewünscht ab dem 1. April 2014 entsprechen konnte. Für die Monate Juli und August 2014 hingegen kommt ein Aufwendungsersatzanspruch nicht in Betracht, da die Eltern des Klägers das im Schreiben vom 1. Juli 2014 unterbreitete Angebot eines Betreuungsplatzes in einer Übergangsgruppe nicht nachgefragt haben.

78 1. Die Eltern des Klägers haben den Bedarf für einen Vollzeitplatz bereits mit E-Mail vom 25. September 2013 (vgl. Bl. 2 der Behördenakte) an die Beklagte herangetragen (§ 36a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII analog). Mit E-Mail vom 21. November 2013

(vgl. Bl. 1 d. Behördenakte) wurde als „(Arbeits-)Adresse“ die Praxisanschrift „A.straße 4“ angegeben. In dem am 3. Dezember 2013 bei der Beklagten eingegangenen Formblatt (vgl. Bl. 4 ff. der Behördenakte) wurde der Bedarf näher konkretisiert (ab 1.4.2014, Montag bis Freitag 7:30/8:00 bis 16:00). Dass die Eltern des Klägers zu diesen beiden Zeitpunkten – 25. September bzw. 3. Dezember 2013 – noch nicht in M. gemeldet waren, sondern erst zum 1. April 2014 von K. nach M. übersiedeln wollten, hindert die Annahme der Zuständigkeit der Beklagten für den beantragten Zeitraum ab 1. April 2014 nicht. Der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII entfaltet „Vorwirkung“. Wird der Bedarf – wie hier – für einen Zeitraum ab Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes rechtzeitig an den Jugendhilfeträger herangetragen, haben dessen Bemühungen unverzüglich einzusetzen. Den Anforderungen des Art. 45a AGSG war damit durch rechtzeitiges Herantragen des Bedarfs am 25. September 2013 mit Beginn ab dem 1. April 2014 Rechnung getragen. Die Anmeldefrist dieser Vorschrift lief unmittelbar mit Eingang der E-Mail am 25. September 2013 und nicht erst mit dem Rücklauf des Bedarfsformulars – ein solches ist in Art. 45a AGSG gar nicht vorgesehen – an, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass zum damaligen Zeitpunkt noch die Übergangsregelung des Art. 118 Abs. 2 AGSG a.F. galt und die Frist lediglich 4 Wochen betrug. Aufgrund des Vorlaufs von über einem halben Jahr (25.09.2013 – 1.04.2014) kommt es auf Beginn und Länge der Frist indes nicht entscheidungserheblich an. Ungeachtet dessen gilt die Anmeldefrist des Art. 45a AGSG entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift auch nur grundsätzlich.

79 Der Kenntnis der künftigen Wohnadresse der Eltern des Klägers bedurfte es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht. Fehlen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die Erfüllung des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII noch weitere Informationen, so tritt allein dadurch eine Hemmung oder Unterbrechung des Laufs der Anmeldefrist nicht ein. Vielmehr muss die Gemeinde bzw. der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Frist des Art. 45a AGSG nutzen, um sich die noch fehlenden Informationen unter Mitwirkung des Antragstellers (§ 60 ff. SGB I) zu beschaffen. Ungeachtet dessen dürfen Sozialleistungen auch nur versagt werden, nachdem der Leistungsberechtigte oder sein gesetzlicher Vertreter schriftlich auf die Folgen fehlender Mitwirkung hingewiesen wurde und seiner Mitwirkungspflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist nachgekommen ist (§ 66 Abs. 3 SGB I). Die Beklagte hätte die Eltern des Klägers deshalb (rechtzeitig) zu einer Benennung der künftigen Wohnadresse auffordern müssen, um einen Ausschluss zu bewirken. Unabhängig hiervon war der Beklagten zumindest die Praxisadresse der Mutter des Klägers als insoweit maßgeblicher örtlicher Bezugspunkt für die Bereitstellung und Vermittlung eines bedarfsgerechten Angebots bekannt. Die (Drei-Monats-)Frist des

Art. 45a AGSG lief daher nicht – wie die Beklagte rechtsirrig meint – erst mit Bekanntwerden der neuen Wohnadresse des Klägers in M. am 21. Mai 2014, sondern bereits am 25. September 2013 für den Zeitraum ab 1. April 2014 an. (Spätestens) ab diesem Zeitpunkt hatte der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt (§ 30 Abs. 1 SGB I) in M. mit der Folge, dass die L. zuständig (§ 86 Abs. 1 SGB VIII) und der Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII fällig (§§ 41, 40 SGB I) war.

80 Der individuelle Bedarf des Klägers wurde durch die Angabe in „Vollzeit“ von vornherein auf einen Ganztagsplatz festgelegt (vgl. Bl. 2 d. Behördenakte). Gleiches gilt aufgrund der Angabe 7:30/8:00 Uhr bis 16:00 Uhr im Bedarfsmeldeformular (vgl. Bl. 5 d. Behördenakten). Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht aus dem „Steckbrief Tagespflege“ vom 27. Januar 2014 (vgl. Bl. 84 f. der VG-Akte). Dort hat die Mutter des Klägers ebenfalls konkrete Zeiten (Mo – Fr., 7.30 bzw. 8.00 Uhr bis 15.00 bzw. 16.00 Uhr) angegeben und ergänzend handschriftlich ausgeführt „kann Zeiten momentan noch nicht festlegen“. Hieraus folgt entgegen der Auffassung der Beklagten jedoch nicht, es seien keine Betreuungszeiten über die „Regelförderung“ hinaus erforderlich. Die Mutter des Klägers hat lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Zeiten noch nicht exakt festlegen kann. Ein wie auch immer gearteter „Regelförderungsbedarf“, der den Anspruch des Klägers auf eine Halbtagsbetreuung reduzieren würde, existiert entgegen der Auffassung der Beklagten nicht. Eine solche Einschränkung findet im Gesetz keine Stütze. Jedenfalls müssen die Eltern sich auf einen solchen – mangels Bedarfskriterien – nicht verweisen lassen. Dass eine Vollzeitbetreuung dem Kindeswohl des Klägers widersprechen würde, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

81 2. Der Umstand, dass die Eltern des anspruchsberechtigten Klägers (bereits) am 5. Februar 2014 selbst auf eigenes Risiko einen Betreuungsplatz für den Zeitraum ab dem 1. April 2014 beschafften (vgl. Betreuungsvertrag, Bl. 23 ff. d. VG-Akte-Eilverfahren), lässt den Primäranspruch des Klägers aus § 24 Abs. 2 SGB VIII unberührt und kann dementsprechend dem Aufwendungsersatzanspruch analog § 36a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. § 24 Abs. 2 SGB VIII begründet einen Verschaffungsanspruch, nicht lediglich einen Selbstbeschaffungsanspruch. Letzteres ist in einer freien Gesellschaft selbstverständlich und bedürfte keiner gesetzlichen Regelung. Die Inanspruchnahme von Betreuungsleistungen „auf dem freien Markt“ bleibt jedem Leistungsberechtigten unbenommen. Sie erfolgt ausschließlich im Bereich und mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts.

82 Dementsprechend stellt sich die Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes im Vergleich zur Erlangung eines solchen Platzes im Wege des Verschaffungsan-

spruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch (lediglich) als ein aliud dar. Allein der Umstand, dass der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auch durch den Nachweis eines Platzes bei einem freien oder privaten Träger erfüllt werden kann, bewirkt keine wie auch immer geartete öffentlich-rechtliche Überformung dieses Betreuungsangebots. Weder das Achte Buch Sozialgesetzbuch noch das Bayerische Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz verleihen freien oder privaten Trägern hoheitliche Befugnisse. Eine wie auch immer geartete „Beauftragung“ liegt nicht vor. Die Beklagte hat nach eigenem Bekunden auch keine Leistungssicherstellungsvereinbarungen mit freien oder privaten Trägern abgeschlossen (vgl. Bl. 258 d. Senatsakten). Wer – wie die freien und privaten Träger – in Erfüllung einer eigenen (vertraglichen) Verbindlichkeit leistet, ist auch nicht Dritter im Sinne des § 267 BGB. Die freien bzw. privaten Träger erbringen deshalb auch keine Leistung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen des § 24 Abs. 2 SGB VIII, sondern eine eigene.

83 Demzufolge kann die (Selbst-)Beschaffung eines Betreuungsplatzes durch die Eltern eines anspruchsberechtigten Kindes auch keine Erfüllung des Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bewirken. Erfüllung tritt stets nur dann ein, wenn die geschuldete Leistung – die Verschaffung eines Platzes auf der Grundlage von § 24 Abs. 2 SGB VIII – bewirkt wird. Tritt der Erfolg ohne eine Leistung des Schuldners (Träger der öffentlichen Jugendhilfe) ein, etwa dadurch, dass die Eltern eine Selbst- oder Ersatzbeschaffung bei einem freien oder privaten Träger vornehmen, so erlischt das gesetzliche Schuldverhältnis aus § 24 Abs. 2 SGB VIII hierdurch nicht. In einem solchen Fall wird vielmehr eine andere als die geschuldete Leistung erbracht. Eine Erfüllungswirkung tritt dadurch nicht ein. Der Verschaffungsanspruch kann nur durch ein „aktives Handeln“ des Jugendhilfeträgers erfüllt werden; es gibt keine „Erfüllung durch Unterlassen“. Infolgedessen kann das bloße Innehaben eines selbst beschafften Betreuungsplatzes den Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII nicht erfüllen. Ebenso wenig steht das Innehaben eines entsprechenden, bei einem freien oder privaten Träger vor Entstehung bzw. Fälligkeit des Rechtsanspruchs selbst beschafften, naturgemäß teureren Platzes der Anspruchsberechtigung aus § 24 Abs. 2 SGB VIII entgegen. Vielmehr wandelt sich dieser Primäranspruch unter den Voraussetzungen analog § 36a Abs. 3 SGB VIII in einen Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz um. Die vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe geschuldete Vermittlungsleistung wird deshalb – soweit die Anspruchsberechtigten einen entsprechenden Bedarf an einem naturgemäß kostengünstigeren Platz rechtzeitig (Art. 45a AGSG) an den Jugendhilfeträger herantragen – nicht entbehrlich.

84 Kann der Jugendhilfeträger dieser – durch eigenes, aktives Handeln (Vermitteln) zu erfüllenden – Verpflichtung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht genügen und muss der An-

spruchsberechtigte sich die begehrte Leistung durch weitere Inanspruchnahme des zuvor auf eigenes Risiko „auf dem freien Markt“ besorgten Platzes selbst beschaffen, hat der Träger der Jugendhilfe die Kosten der (Ersatz-)Beschaffung abzüglich etwaiger ersparter (fiktiver) Kostenbeiträge zu tragen. Der Umstand, dass die besorgten Eltern des Klägers sich bereits unter dem 5. Februar 2014 für den Fall, dass die Beklagte zum 1. April 2014 „nicht werde liefern können“ auf eigenes Risiko einen Platz auf dem „freien Markt“ beschafft haben, steht daher weder der weiteren Geltendmachung des Primäranspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII nach diesem Zeitpunkt noch dem Einfordern von Aufwendungsersatz aufgrund Systemversagens bei weiterem Ausbleiben der Leistung entgegen.

85 3. Dem Anspruch auf Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte den Eltern des Klägers Tagesmutterplätze angeboten hat (vgl. E-Mail vom 29.01.2014, Bl. 86 d. VG-Akte), die diese nicht angenommen haben (vgl. E-Mail vom 29.01.2014, Bl. 87 d. VG-Akte). Zum einen haben die Eltern des anspruchsberechtigten Kindes nach dem Willen des Gesetzgebers gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe ein Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII) und können damit selbst entscheiden, ob der Bedarf des Kindes in Kindertagespflege oder in einer Kindertageseinrichtung gedeckt werden soll. Die Eltern des Klägers haben dieses Wahlrecht auch betätigt, indem sie zum einen am 5. Februar 2014 einen Platz in einer (privaten) Tageseinrichtung beschafften (vgl. Betreuungsvertrag, Bl. 23 ff. d. VG-Akte-Eilverfahren) und darüber hinaus die Beklagte mittels eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Vermittlung eines ebensolchen Platzes in Anspruch nahmen (vgl. Bl. 2. d. VG-Akte-Eilverfahren). Zum anderen waren bereits fünf der sechs von der Beklagten angebotenen Tagesmutterplätze nach dem im Formular abgefragten Bedarf von vornherein nicht bedarfsdeckend. Die Angebote „D.str. 59“ und „R.str. 53“ deckten den Freitag nicht ab. Die Angebote „S. Str. 183“ und „O.-Str.“ endeten am Dienstag und Donnerstag bereits um 15.00 Uhr, statt um 16.00 Uhr, und das Angebot „L. Str. 40“ konnte entgegen den Anforderungen am Mittwoch und Freitag keine Betreuung liefern (vgl. im Einzelnen Bl. 84 u. 86 d. VG-Akte). Auch eine Kombination aus diesen Angeboten kommt nach der Überzeugung des Senats aufgrund des damit verbundenen ständigen Wechsels der Bezugs- und Betreuungspersonen und der daraus resultierenden Beeinträchtigung des Kindeswohls nicht in Betracht, ungeachtet dessen, dass die Beklagte eine solche Kombination in ihrer E-Mail vom 29. Januar 2014 (vgl. Bl. 86 d. VG-Akte) gar nicht angeboten, sondern erstmals im Berufungsverfahren als Möglichkeit in den Raum gestellt hat. Auf einen sogenannten Grundbedarf (Halbtagsbetreuung) müssen die Eltern des anspruchsberechtigten Kindes sich – wie bereits erwähnt – nicht verweisen lassen.

86 Der von der Beklagten benannte Tagesmutterplatz „C.-B. 128“ (vgl. Bl. 86 d. VG-Akte) wäre zwar nach dem angegebenen individuellen Bedarf noch am ehesten geeignet gewesen, sofern man davon absieht, dass der Kläger dienstags und donnerstags bereits ab 7.30 Uhr eine Betreuung benötigte (vgl. Bl. 84 d. VG-Akte), die Tagesmutter jedoch erst ab 7.45 Uhr zur Verfügung gestanden hätte (vgl. Bl. 86 d. VG-Akte). Allerdings steht insoweit, was aufgrund des Umstands, dass nur ein zumutbarer Platz anspruchserfüllend wirken kann, bereits von Amts wegen zu prüfen ist, entgegen, dass der Tagesbetreuungsplatz vom Wohnsitz des Kindes bzw. der damals allein vorhandenen Praxisadresse der Mutter des Klägers aus nicht in vertretbarer Zeit erreicht werden konnte. Da die Mutter des Klägers im Zeitpunkt der möglichen Inanspruchnahme April 2014 – August 2014 mangels eigenem Auto auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen war, hätte der erforderliche Zeitaufwand für die einfache (schnellste) Wegstrecke zum Tagesmutterplatz – im Normalfall 29 bzw. 30 Minuten betragen (vgl. Bl. 96 d. VG-Akte [Berechnung Praxis] u. Bl. 92 u. 100 d. VG-Akte [Berechnung Wohnsitz]). Dabei ist nicht nur zu berücksichtigen, dass neben einem insgesamt 10 Minuten in Anspruch nehmenden Fußweg zusätzlich auch noch Bus und U-Bahn hätten benutzt werden müssen (vgl. Bl. 100 u. 101 d. VG-Akte), vielmehr ist darüber hinaus auch zu beachten, dass dieser Weg im Ballungsraum der L. M. zu Zeiten des Berufsverkehrs hätte zurückgelegt werden sollen. Im Hinblick auf das das Jugendhilferecht beherrschende Prinzip der Wohnortnähe war dieses Angebot nach der Überzeugung des Senats infolgedessen nicht mehr zumutbar und deshalb auch nicht geeignet, den Rechtsanspruch des Klägers zu erfüllen. Allein der Zeitaufwand der freiberuflich erwerbstätigen Mutter des Klägers für die Bewältigung des Hin- und Rückwegs hätte zwei Stunden pro Tag betragen. Eine Obliegenheit oder gar Verpflichtung der Eltern, sich des Carsharings oder eines Mietwagens zu bedienen, um die Wegezeiten zu verkürzen, bestand entgegen der Ansicht der Beklagten nicht. Ebenso wenig waren die Eltern verpflichtet, sich die Bewältigung des täglichen Hin- und Rückwegs zur Betreuungseinrichtung zu teilen und damit erträglicher zu gestalten. Gemäß § 1627 BGB bestimmen allein die Eltern, wer sich der Betreuung des Kindes primär zu widmen hat und die Bewältigung des Weges zur Betreuungseinrichtung und zurück übernimmt (vgl. hierzu näher Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2015, § 1627 Rn. 5, 6 u 7). Ungeachtet dessen kam der Vater des Klägers aufgrund seiner Außendienstverwendung außerhalb M. für eine Begleitung zur Betreuungseinrichtung von vorneherein nicht in Frage. Der Senat war daher entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht gehalten, die persönlichen Lebensumstände der Familie, namentlich diejenigen des Vaters des Klägers (Arbeitsorte, Arbeitszeiten, eigenes Kraftfahrzeug), über die abgegebenen Erklärungen (vgl. Schreiben vom 11. Juli 2016, Bl. 397 ff. d. Senatsakten) hinaus weiter aufzuklären.

- 87 Ebenso wenig waren die Eltern des Klägers verpflichtet, der Beklagten – ungefragt – mitzuteilen, dass sie auf die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel angewiesen seien. Vielmehr durften die Eltern entsprechend dem das Jugendhilferecht beherrschenden Prinzip der Wohnortnähe (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII) erwarten, dass sie nur in zumutbarer Entfernung zur angegebenen „Arbeitsadresse“ A.straße 4 gelegene Angebote erreichen. Diese lag von der späteren Wohnung der Familie auch lediglich 450 Meter entfernt (vgl. Bl. 98 d. VG-Akte).
- 88 Soweit die Beklagte mit Schreiben vom 13. Juli 2016 erstmals mitgeteilt hat, sie hätte dem Kläger aufgrund von Platzfreimeldungen zum 1. April 2014 weitere Plätze vermitteln können (vgl. Bl. 355 ff. d. Senatsakten), kommt dieses Angebot – über 2 Jahre nach dem maßgeblichen Zeitpunkt am 1. April 2014 – nunmehr deutlich zu spät. Ungeachtet dessen sagt eine bloße Platzfreimeldung über die tatsächliche Nachfragelage am 1. April 2014 und damit die Erfüllbarkeit des Anspruchs auch überhaupt nichts aus.
- 89 4. Der Bedarf des Klägers war des Weiteren auch unaufschiebbar (§ 36a Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII analog), da die durch § 24 Abs. 2 SGB VIII gewährte Leistung für die Vergangenheit nicht nachholbar ist und eine Betreuung, die nicht für den Zeitraum gewährt wird, für den sie begehrt wird, in irreversibler Weise unerfüllt bliebe (vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –, NJW 2014, 1256 [1259] Rn. 38). Eine weitere Vorenthaltung staatlicher bzw. staatlich vermittelter frühkindlicher Förderung ist regelmäßig unzumutbar, wenn sie bei rechtzeitiger Anmeldung nicht fristgerecht ermöglicht werden kann (vgl. Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3, Rn. 439 m.w.N). Angesichts des Ausbleibens eines zumutbaren Angebots seitens der Beklagten, haben sich die Eltern des Klägers zu Recht herausgefordert gesehen, am 5. Februar 2014 für den Zeitraum ab dem 1. April 2014 eine „Eigenbeschaffung“ auf dem „freien Markt“ durch Abschluss eines Betreuungsvertrages mit einer privaten Einrichtung ins Werk zu setzen (vgl. Betreuungsvertrag, Bl. 23 ff. d. VG-Akte-Eilverfahren), die mit dem endgültigen Ausbleiben jeglichen zumutbaren Angebots der Beklagten am 1. April 2014 in eine „Selbstbeschaffung“ analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII überging. Nach der Überzeugung des Senats war vor dem Hintergrund des Umzugs der Familie von K. nach M. und der bevorstehenden Praxiseröffnung am 1. April 2014 jedes weitere Zuwarten unzumutbar. Die Familie benötigte Planungssicherheit.
- 90 Ebenso wenig waren die gesetzlichen Vertreter des Klägers gehalten, zunächst Primärrechtsschutz im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

(§ 123 VwGO) in Anspruch zu nehmen. Der Grundsatz der Vorrangigkeit des Primärrechtsschutzes kommt – wenn überhaupt (vgl. BVerwG, U.v. 12.9.2013 – 5 C35/12 –, NJW 2014, 1256 [1261] Rn. 51) – nur dann zum Tragen, wenn das Nachsuchen um vorläufigen Rechtsschutz dem Betroffenen zumutbar ist, mit anderen Worten, Abhilfe auch tatsächlich erwartet werden kann und der Verweis auf dieses „Erfordernis“ nicht von vornherein als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) oder gar als schikanös (§ 226 BGB) erscheinen muss. An einer solchen Zumutbarkeit fehlt es, wenn dem Rechtsanspruch – wie hier – nur unter Überschreitung des von Art. 45a AGSG vorgegebenen Rahmens und damit unter einer erheblichen zeitlichen Verzögerung mittels einer „ad hoc“ angebotenen Übergangsgruppe Rechnung getragen werden kann und infolgedessen von vornherein nicht absehbar ist, wann der Träger seiner Bereitstellungs- und Nachweisverpflichtung im Einzelnen würde genügen können. Die Beklagte kann nicht einerseits den Leistungszeitpunkt 1. April 2014 mit der Folge des Eintritts des Schuldnerverzuges analog § 286 BGB (vgl. zur entsprechenden Anwendbarkeit Ernst, in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 5 m.w.N.) ohne Verschaffung eines Platzes verstreichen lassen und andererseits vortragen, für den Fall des Erlasses einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) durchaus in der Lage gewesen zu sein, einen Platz zur Verfügung zu stellen. Ein solches Vorgehen ist nicht nur rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB); es erweist sich zugleich auch als schikanös (§ 226 BGB).

91 Die Ausübung und das Beharren auf einem (vermeintlichen) Recht sind unzulässig, wenn sie – wie hier – ausschließlich den Zweck verfolgen, einem anderen – dem Kläger und dessen Eltern – Schaden zuzufügen, indem sie die Folgen des Verzugs eintritts – die Verpflichtung zur Leistung von Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII – für eine nicht unerhebliche Zeit hinausschieben oder gar gänzlich unmöglich machen (vgl. näher Ellenberger, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 226 Rn. 2). Ungeachtet dessen hat der Kläger vorliegend unter dem 7. Juni 2014 auch tatsächlich einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, gerichtet auf die Zur-Verfügung-Stellung eines Betreuungsplatzes in einer Kindertageseinrichtung, stellen lassen, ohne dass die Beklagte diesem Begehren unmittelbar hätte entsprechen können. Erst mit Schreiben vom 1. Juli 2014 vermochte sie einen Platz in der städtischen Einrichtung M.straße 7 ab voraussichtlich August 2014 in Aussicht zu stellen und für die Zwischenzeit einen Platz in einer Übergangseinrichtung anzubieten. Die Einrichtung M.straße 7 hat dann auch nicht im August, sondern erst im Oktober 2014 geöffnet.

92 5. Allerdings steht dem Kläger ein Aufwendungsersatzanspruch analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII nur für die Monate April bis Juni 2014 zu. Weitergehende

(Aufwendungsersatz-)Ansprüche für die Monate Juli und August 2014 kommen – wie bereits erwähnt – nicht in Betracht:

- 93 Bietet der örtlich zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe, wie vorliegend unter dem 1. Juli 2014 geschehen, nachträglich einen auch hinsichtlich der Entfernung zum Wohnort der Familie geeigneten Betreuungsplatz an, so erlischt der Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz dann, wenn dem anspruchsberechtigten Kind unter Berücksichtigung des Kindeswohls und der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln ein Einrichtungswechsel zumutbar ist (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, U.v. 28.5.2015 – 7 A 10276/14 –, JAmt 2014, 464 [466]; Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, Rn. 486 ff.; siehe zum Ganzen auch BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [455] Rn. 54).
- 94 Dem Kläger wurde am 1. Juli 2014 für den Fall eines dringenden Bedarfs im Rahmen des Angebots für die Kinderkrippe in der M.straße zugleich ein Platz in einer Übergangsgruppe in einer anderen Einrichtung angeboten, der von ihm hätte in Anspruch genommen werden können, sofern dies von den Eltern gewünscht worden wäre. Die von der Beklagten im Schriftsatz vom 15. September 2015 (vgl. Bl. 91 d. Senatsakte) genannte Einrichtung „C.krippe M.“ in der P.-Str. 29 b + c war auch in einer zumutbaren Entfernung zum Wohnort des Klägers gelegen (vgl. Bl. 30 d. Behördenakten).
- 95 Einem Kind soll zwar der Aufbau einer neuen Beziehung verbunden mit einem Wechsel der Betreuungsperson nicht allzu oft zugemutet werden; leider lässt er sich aufgrund der Wechselfälle des Lebens (Ausscheiden der Betreuungsperson aus dem Berufsleben in Folge Heirat, Schwangerschaft, Weiterbildung, Krankheit oder Erreichen der Altersgrenze bzw. Wohnsitzverlagerung der Eltern) aber nie ganz vermeiden. Von einer generellen Unzumutbarkeit kann daher nicht ausgegangen werden (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, U.v. 28.5.2014 – 7 A 10276/14 –, JAmt 2014, 464 [466]; BayVGh, B.v. 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191 –, BayVBl. 2016, 448 [455] Rn. 55).
- 96 Vorliegend wäre es dem Kläger nach Auffassung des Senats zumutbar gewesen, die zunächst zur Verfügung gestellte Betreuungsmöglichkeit in der Übergangsgruppe in Anspruch zu nehmen und damit unnötige Kosten für die Allgemeinheit zu vermeiden. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Kindeswohls. Die Eltern des Klägers haben keine Anhaltspunkte dafür benannt, die einen Wechsel zum damaligen Zeitpunkt hätten als unzumutbar erscheinen lassen. Insbesondere haben sie, nachdem sie zunächst selbst einen privaten Betreuungsplatz gefunden hatten, ihrem Kind – aus Kostengründen – ebenfalls einen Einrichtungswechsel zugemutet.

- 97 6. Dem Kläger steht danach Aufwendungsersatz gemäß § 36a Abs. 3 SGB VIII analog für den Zeitraum April bis einschließlich Juni 2014 zu. Dieser erstreckt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht lediglich auf einen sogenannten Grundbedarf (Halbtagsbetreuung). Der Primäranspruch des Klägers ist einer derartigen Beschränkung nicht unterworfen, ebenso wenig ist es der Sekundäranspruch analog § 36a SGB VIII. Zu erstatten sind damit – vorbehaltlich noch abzusetzender Beträge – diejenigen Aufwendungen, die die Eltern unter Berücksichtigung der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln nach Lage der Dinge für erforderlich halten durften, vorliegend mithin die Kosten der Betreuung des Klägers in der privaten Einrichtung „T.“ vom 1. April bis 30. Juni 2014.
- 98 Anhaltspunkte dafür, dass in dem monatlich anfallenden Betrag in Höhe von 1380 Euro „vermeidbare“, nicht auf einem zwingenden Leistungskatalog des Anbieters beruhende „Luxus“-Aufwendungen enthalten waren, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich. Die Eltern des Klägers hatten nach dem vorliegenden Vertragstext (vgl. Bl. 23 ff. d. VG-Akte-Eilverfahren) nur die Möglichkeit, den Leistungsumfang des privaten Anbieters zu akzeptieren oder auf dessen Angebot zu verzichten mit der Folge dass ihr Sohn ohne Betreuung geblieben und seines Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII für den zurückliegenden Zeitraum (ab 1. April 2014) verlustig gegangen wäre. Ungeachtet dessen trägt die L. mit Schreiben vom 13. Juli 2016 (vgl. Bl. 379 d. Senatsakten) selbst vor, dass ihr ein kommunaler Kindertagesstättenplatz – ohne Aufwendungen für Gebäude (Investitionskosten AfA, Heizung, Strom, Wasser, Immobilienbewirtschaftung, Reinigung) – (ebenfalls) 1033 Euro kostet. Der von der privaten Einrichtung erhobene Betrag von 1380 Euro lässt deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten nicht von vornherein darauf schließen, dass dort „Luxus“ geboten würde. Der Private muss mit und nicht ohne die in der L. besonders hohen Gebäudekosten kalkulieren. Ferner beträgt der Stundensatz in der privaten Einrichtung nach dem Vertrag vom 5. Februar 2014 lediglich 8 Euro (vgl. Bl. 25 Rückseite d. VG-Akte-Eilverfahren). Auch dies lässt den Einwand der Beklagten, dort würde übertriebener „Luxus“ geboten, als von vornherein fernliegend erscheinen. Soweit die Beklagte darüber hinaus Aufwendungen der Eltern des Klägers für das Essensgeld bestreitet, ist darauf hinzuweisen, dass diese nach dem Betreuungsvertrag (vgl. Bl. 25 Rückseite d. VG-Akte-Eilverfahren) von vornherein nicht in dem vom Kläger eingeklagten Betrag von 1380 Euro monatlich enthalten sind und das Essensgeld von den Eltern gesondert entrichtet wurde (vgl. Kontoauszüge, Bl. 293 d. Senatsakte).
- 99 Aufgrund des den Eltern zukommenden Beurteilungsspielraums hat der Senat auch lediglich das Vorhandensein des jugendhilferechtlichen Bedarfs (die – unstreiti-

ge – Vollendung des ersten Lebensjahres des Klägers) zu prüfen, sich aber hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme auf eine fachliche Vertretbarkeitskontrolle aus ex-ante Sicht des Leistungsberechtigten zu beschränken (vgl. BVerwGE, U.v. 18.10.2012 – 5 C 21.11 –, BVerwGE 145, 1 [10] Rn. 34). Im Lichte dieses Maßstabes ist angesichts des vollständigen Ausfalls der von der Beklagten geschuldeten Vermittlungsleistung gegen die Auswahl der privaten Einrichtung „T.“ nach der Überzeugung des Senats nichts zu erinnern. Der Anspruch aus § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII unterliegt weder dem Mehrkostenvorbehalt des § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII noch ist der Anspruchsteller verpflichtet, einen Leistungserbringer zu wählen, mit dem der Träger eine Vereinbarung nach § 78b SGB VIII abgeschlossen hat (vgl. Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 36a Rn. 54), da die Beklagte als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe ihrer Steuerungsverantwortung in vorwerfbarer Weise nicht nachgekommen ist. Die Beklagte trägt darüber hinaus selbst vor, dass sie dem Kläger im Rahmen seines Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII genau denselben Platz bei der besagten privaten Einrichtung hätte vermitteln können, wenn er nicht bereits von ihm selbst belegt gewesen wäre. Damit ist ihr jedweder Einwand, die Eltern hätten sich um einen kostengünstigeren Platz bemühen müssen, aus der Hand genommen. Die Beklagte kann den Kläger nicht einerseits ohne jedes zumutbare Angebot belassen und damit die Rechtswirkungen der Auslegungshinweise des Bayer. Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen vom 2. Juli 2013 (vgl. Bayer. Gemeindetag 2013, 334 [335]) sehenden Auges unterlaufen, die für den Fall der Zuweisung eines Platzes mit einem höheren Elternbeitrag die Zahlung eines Ausgleichsbeitrags ausdrücklich vorsehen, dem Kläger sodann jedoch andererseits im Rahmen des § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII analog entgegenhalten wollen, er habe in seiner Not eine zu teure – weil nicht in gleicher Weise wie die kommunalen Plätze subventionierte – Einrichtung gewählt. Ein solches Verhalten ist in hohem Maße widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich.

100 Kommt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe seiner Verschaffungspflicht nicht oder nur verspätet nach, so muss er die von den Eltern getroffene Beschaffungsentcheidung respektieren und kann nicht einwenden, er hätte – weil kostengünstiger – eine andere Lösung für geeigneter gehalten (vgl. BVerwGE, U.v. 18.10.2012 – 5 C 21.11 –, BVerwGE 145, 1 [10] Rn. 34 a.E.). Ungeachtet dessen hat alleine der Träger der öffentlichen Jugendhilfe den Nachweis einer behaupteten Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwands zu führen (vgl. Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, Rn. 478 a.E.). Ein solcher Nachweis ist angesichts des Umstands, dass die Beklagte nach eigenem Bekunden für das Zur-Verfügung-Stellen eines kommunalen Platzes – ohne Berücksichtigung der Gebäudekosten (Investitionskosten AfA, Heizung, Strom, Wasser, Immobilienbewirtschaftung, Reinigung) – bereits ebenfalls 1033 Euro mo-

natlich aufwenden muss, nicht zur Überzeugung des Senats erbracht worden. Der private Anbieter kann nur inklusive der in der L. besonders hohen Gebäudekosten kalkulieren. Insoweit erscheinen 1380 Euro pro Monat für eine Vollzeitbetreuung im Umfang von 40 Wochenstunden nicht unverhältnismäßig hoch, zumal die Betreuungskosten pro Stunde insoweit lediglich 8 Euro betragen (vgl. Bl. 25 Rückseite d. VG-Akte-Eilverfahren).

101 7. Abzusetzen sind im Wege des Vorteilsausgleichs ersparte (fiktive) Kostenbeiträge (§ 90 Abs. 1 SGB VIII), die sich nach den in der Wunscheinrichtung zu zahlenden Beträgen richten. Vorliegend haben die Eltern des Klägers sich am 2. April 2014 um Aufnahme ihres Sohnes in kommunale (städtische) Einrichtungen bemüht, ohne jedoch Berücksichtigung finden zu können. Auf dem einheitlichen Aufnahmeantrag für Krippenplätze, Kindergartenplätze und Horte (vgl. Bl. 9 d. VG-Akte-Eilverfahren) ist zwar die Rubrik „Kindergartenplatz“ angekreuzt worden, allerdings findet sich auf dem Antragsformular unter dem Stichwort „gewünschter Zeitpunkt der Aufnahme“ der Eintrag „schnellstmöglich“. Angesichts des Umstandes, dass der am 30. August 2011 geborene Kläger am 2. April 2014 die Voraussetzungen für eine Aufnahme in den Kindergarten – die Vollendung des dritten Lebensjahres – noch gar nicht erfüllte, geht der Senat deshalb davon aus, dass nicht ein Kindergarten-, sondern ein Kinderkrippenplatz begehrt wurde und es sich insoweit lediglich um eine „Falschbezeichnung“ handelt. Letzteres deckt sich mit einem an den „Städtischen Kindergarten S.straße 23“ gerichteten Schreiben der Eltern vom 2. Mai 2014 (vgl. Bl. 15 d. VG-Akte-Eilverfahren), in dem ausdrücklich gebeten wird, den Kläger auf der Vormerkliste zu belassen, da man „unbedingt auf einen Kita-Platz angewiesen“ sei und sich eine private Kinderbetreuungseinrichtung langfristig nicht leisten könne. Nach der Überzeugung des Senats bestehen daher keine vernünftigen Zweifel, dass Wunscheinrichtung der Eltern des Klägers in jedem Fall eine kommunale Kindertagesstätte war. Mithin sind ausschließlich diese Einrichtungen für die Berechnung des fiktiven Abzugsbetrages maßgebend. Da es sich um eine rein fiktive Berechnung handelt, sind die Beteiligten so zu stellen, wie wenn sie in den begehrten Einrichtungen tatsächlich Aufnahme gefunden hätten, etwaige Ermäßigungsanträge rechtzeitig gestellt und mögliche Ausschlussfristen beachtet worden wären.

102 Die Durchführung des Berechnungsverfahrens obliegt der Beklagten auf der Grundlage der vorgenannten Erwägungen im Rahmen einer entsprechenden Anwendung ihrer Kindertageseinrichtungsgebührensatzung nach vorheriger Erhebung der Daten zu den Einkommensverhältnissen der Eltern. Dies setzt die Durchführung eines eigenen Verwaltungsverfahrens voraus, dem im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht vorgegriffen werden kann. Der Senat muss sich deshalb auf den

Erlass eines Bescheidungsurteils analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO beschränken (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 113 Rn. 193, 195 und 197; Knauff, in: Gärditz, VwGO, § 113 Rn. 101 f.).

103 Nach allem hat die Berufung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

### III.

104 1. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 155 Abs. 1 i.V.m. § 188 Satz 2 VwGO.

105 2. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

106 3. Gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO war die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen. Der vorliegende Fall gibt dem Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit, Inhalt und Umfang des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII und des auf ihn bezogenen Sekundäranspruchs analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII im Anschluss an seine Entscheidung vom 12. September 2013 – 5 C 35.12 –, NJW 2014, 1256 näher zu konturieren. Derzeit sind weitere fünf vergleichbare Fälle aus dem Geschäftsbereich der Beklagten beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof anhängig. Eine nicht näher bekannte Anzahl ähnlicher Fälle beschäftigen das Verwaltungsgericht München.

## **Rechtsmittelbelehrung**

107 Nach § 139 VwGO kann die Revision innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) eingelegt werden. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig (Postfachanschrift: Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig), einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

108 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Dr. Mayer      Kurzidem      Abel