

**Oberverwaltungsgericht NRW, 12 B 793/13**

---

**Datum:** 14.08.2013  
**Gericht:** Oberverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 12. Senat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 12 B 793/13

---

**Vorinstanz:** Verwaltungsgericht Köln, 19 L 864/13

**Schlagworte:** U3, Förderung, Rechtsanspruch, Kindergartenplatz, frühkindliche Förderung, Wohnortnähe, wohnortnahe Förderung, Kindertagesstätte, Kindertagespflege, Tagesmutter, Wunsch- und Wahlrecht, Gewährleistungspflicht, unbedingte Gewährleistungspflicht, Kapazitätserweiterung

**Normen:** SGB VIII §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 2 Satz 1

**Leitsätze:** Steht für ein Kind unter drei Jahren (U3) ein freier, bedarfsgerechter und wohnortnaher Betreuungsplatz nur noch bei einer Tagesmutter und nicht in einer von den Eltern gewünschten Kindertagesstätte zur Verfügung, erfüllt der Jugendhilfeträger den Rechtsanspruch auf U3-Betreuung mit dem Angebot dieses freien Platzes. Ein Anspruch auf Kapazitätserweiterung besteht nicht.

---

**Tenor:** Der angefochtene Beschluss des Verwaltungsgerichts wird abgeändert.

Der Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des gerichtskostenfreien Verfahrens beider Instanzen.

---

**Gründe:**

Die zulässige Beschwerde ist begründet. 1

Der Antrag des Antragstellers, die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu verpflichten, ihm zum 1. August 2013 vorläufig einen ganztägigen Betreuungsplatz in einer wohnortnahen städtischen Kindertageseinrichtung in L. -M. oder L. -T. zur Verfügung zu stellen, ist unbegründet. 2

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Erforderlich ist die 3

4

Glaubhaftmachung sowohl eines Anordnungsanspruches als auch eines Anordnungsgrundes, vgl. § 123 Abs. 3 VwGO, § 920 Abs. 2 ZPO.

Der Senat, der mit seiner Entscheidung aufgrund der vom Antragsteller unter dem 30. Juli 2013 erbetenen zweiwöchigen Frist zur Stellungnahme über den 1. August 2013 hinaus zugewartet hat, kann offen lassen, ob der Antrag für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum ab dem 1. August 2013 bis zum 14. August 2013 schon unstatthaft geworden ist. Der Antragsteller hat jedenfalls einen Anordnungsanspruch auf frühkindliche Förderung in einer der Kindertagesstätten in L. -M. oder L. -T. nicht glaubhaft gemacht.

5

Die Antragsgegnerin hat den Rechtsanspruch des Antragstellers auf frühkindliche Förderung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII in der ab dem 1. August 2013 gültigen Fassung mit dem Nachweis von Plätzen in der Kindertagespflege unter dem 17. Mai 2013 bereits erfüllt. Die Antragsgegnerin hatte dem Antragsteller hier mitgeteilt, man habe fünf in der Anlage aufgeführte Träger der freien Jugendhilfe beauftragt, in seinem Namen freie Betreuungsplätze in der Kindertagespflege passgenau zu vermitteln. Es seien auch ausreichend Betreuungsplätze in Kindertagespflege vorhanden.

6

Der vom Antragsteller erstmals im Beschwerdeverfahren unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung seiner Mutter erfolgte Vortrag, diese habe sich umgehend nach Erhalt des Schreibens vom 17. Mai 2013 sowohl an die dort genannten freien Träger der Jugendhilfe als auch an die wenigen ihr benannten Tageseltern gewandt und man habe ihr einen ihren Anforderungen entsprechenden Platz nicht anbieten können, reicht nicht aus, unglaublich zu machen, dass ein Platz in der Tagespflege entgegen der Angaben der Antragsgegnerin tatsächlich nicht zur Verfügung steht. Insoweit hätte es - insbesondere vor dem Hintergrund des ausdrücklichen Hinweises des Antragstellers im erstinstanzlichen Verfahren, er wolle "nicht in der Kindertagespflege betreut werden" und werde "eine Betreuung ausschließlich in einer Kindertagesstätte akzeptieren" - über die dann pauschale Behauptung hinaus, solche Gespräche hätten umgehend stattgefunden, zumindest konkreter Angaben zu den genauen Zeitpunkten, den jeweiligen Ansprechpartnern und dem genauen Inhalt dieser Gespräche bedurft.

7

Nach der Vorschrift des § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII hat ein Kind, das - wie der Antragsteller - das erste Lebensjahr vollendet hat, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege.

8

Entgegen der Annahme des Antragstellers werden die frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung und die frühkindliche Förderung in Kindertagespflege vom Gesetz schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift als gleich geeignete, mithin gleichwertige Formen der Tagesbetreuung von unter dreijährigen Kindern eingestuft. Beide Betreuungsformen stehen danach in einem gesetzlichen Gleichrangigkeitsverhältnis. Dies hat zur Folge, dass der zuständige Träger der Jugendhilfe seine Verpflichtung zur Förderung von unter dreijährigen Kindern gleichermaßen mit dem Nachweis eines zumutbaren Platzes in einer Kindertagesstätte und mit dem Nachweis eines zumutbaren Platzes in der Kindertagespflege - also regelmäßig bei einer sogenannten Tagesmutter - erfüllen kann. Letzteres ist hier - wie oben dargelegt - erfolgt. Diese Möglichkeit ist auch nicht infolge des Zuweisungsbescheid von 5. Juni 2013 hinfällig oder obsolet geworden, weil die Eltern des Antragstellers einseitig auf eine Betreuungsform festgelegt worden wären und das öffentlich-rechtliche Verhältnis konkretisiert und individualisiert worden wäre. Die Zuweisung eines Platzes in einer Kindertagesstätte

9

erfolgte - ergänzend zum Angebot der Kindertagespflege - auf das ausdrücklichen Begehren der Eltern des Antragstellers hin, ihnen (nur) einen Platz in einer Kindertagesstätte zu vermitteln.

10  
Etwas anderes gilt auch nicht im Lichte des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII. Allerdings steht in Anwendung der für sämtliche kinder- und jugendhilferechtlichen Leistungen geltenden Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII den Leistungsberechtigten - hier wahrgenommen durch die Eltern des Antragstellers als dessen gesetzliche Vertreter - das Recht zu, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern, sofern dies nicht i.S.d. § 5 Abs. 2 SGB VIII mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Das zuständige Jugendamt ist in Ansehung dieses Wunsch- und Wahlrechts verpflichtet, den Leistungsberechtigten auch die ihren Wünschen entsprechende Betreuungsform zu vermitteln.

11  
Das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII findet jedoch dann seine Grenze, wenn keine Plätze in der gewünschten Betreuungsform (mehr) vorhanden oder verfügbar sind. Stehen nur freie Plätze in Tageseinrichtungen oder bei bestimmten Kindertagespflegepersonen zur Verfügung, beschränkt sich das Wunsch- und Wahlrecht auf diese freien Plätze. Insoweit gilt nichts anderes als im Zusammenhang mit den anderen kinder- und jugendrechtlichen Leistungsformen, unter anderem auch mit dem bereits seit langem gesetzlich verankerten Rechtsanspruch von über dreijährigen Kindern auf einen Kindergartenplatz. Hier ist anerkannt, dass das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII keinen Anspruch auf die Schaffung neuer Dienste und Einrichtungen schafft, sondern sich nur auf das tatsächlich vorhandene Angebot, d.h. auf die tatsächlich zur Verfügung stehenden Plätze, beschränkt. Kann der Anspruch auf frühkindliche Förderung weder in der einen noch in der anderen vom Gesetz vorgesehenen Betreuungsform erfüllt werden, kommen daher nur noch Ersatzansprüche in Betracht.

12  
Vgl. Fischer, in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 4. Auflage 2012, § 24, Rn. 19 und § 5, Rn. 9; Schindler, in: LPK-SGB VIII, 4. Auflage 2011, § 5, Rn. 5; Wiesner und Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage 2011, § 5, Rn. 9 sowie § 24, Rn. 23; Münder, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage 2013, § 5, Rn. 11, jeweils m.w.N.; auch: Meysen/ Beckmann, Rechtsanspruch U 3: Förderung in Kita und Kindertagespflege, S. 84ff., 87; Schübel-Pfister, Kindertagesbetreuung zwischen (Rechts-) Anspruch und Wirklichkeit, NVwZ 2013, 385.

13  
Nichts anderes wird in der Gesetzesbegründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiFöG), BT-Drucks. 16/8299 vom 27. Mai 2008, S. 15, zu der ab dem 1. August 2013 geltenden Neufassung des § 24 Abs. 2 SGB VIII deutlich, wenn dort ausgeführt wird, dieser Rechtsanspruch werde entsprechend den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes sowohl in Tageseinrichtungen als auch in Kindertagespflege erfüllt. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts lässt sich diesem allgemeinen Hinweis nichts Substantiiertes für den Willen des Gesetzgebers entnehmen, im Rahmen des § 24 Abs. 2 SGB VIII über das kapazitätsabhängige allgemeine Wunsch- und Wahlrecht des § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII hinaus – sowohl abweichend von der Rechtslage beim Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz für über dreijährige Kinder als auch abweichend von der Rechtslage bei allen übrigen kinder- und jugendhilferechtlichen Leistungsarten – eine unbedingte Gewährleistungspflicht des zuständigen Trägers der Jugendhilfe hinsichtlich der von den Eltern konkret

gewünschten Form der frühkindlichen Förderung zu begründen und damit einen Anspruch auf eine entsprechende Kapazitätserweiterung zu schaffen.

So Rixen, Kein Kita-Platz trotz Rechtsanspruch?, NJW 2012, 2839 und Lakies, in: 14  
FK-SGB VIII, 7. Auflage 2013, § 24, Rn. 67 und 68.

Auch der Verweis des Verwaltungsgerichts auf eine Äußerung der damaligen 15  
Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vor dem Bundestag, wonach im Rahmen des Rechtsanspruchs auf Förderung in einer Kindertagesstätte und in der Tagespflege eine echte Wahlfreiheit der Eltern in dem Sinne hergestellt werden solle, dass diesen nicht vorgeschrieben werden solle, wo und wie sie ihre Kinder betreuen und fördern, sondern sie selbst im eigenen Ermessen organisieren sollten, wie sie ihren Alltag mit Kindern lebten, ob zuhause, in einer altersgemischten Gruppe, einer Krippe oder der Kindertagespflege, ob wohnortnah oder betriebsnah, führt zu keinem anderen Ergebnis. Hierbei handelt es sich ersichtlich um eine politisch motivierte Formulierung der mit der Neuregelung idealerweise angezielten Sachlage und nicht um eine bindende Willensäußerung des Bundesgesetzgebers zu einer grundlegenden Umgestaltung des jugendhilferechtlichen Fördersystems durch die Schaffung eines unbedingten Anspruchs auf Kapazitätserweiterung.

Da die Kapazitäten in den vom Antragsteller auch unter Gesichtspunkten der 16  
Wohnortnähe für zumutbar erachteten Kindertagesstätten in L. -M. und L. - T. erschöpft sind, ist folglich der insoweit noch relevante Wunsch seiner Eltern nach einer wohnortnahen Förderung durch den Nachweis eines Platzes in der Kindertagespflege erfüllt. Für die Vermutung des Antragstellers, die Antragsgegnerin habe den Antrag des Antragstellers in gesetzeswidriger Weise schlicht unbearbeitet gelassen und so mutwillig sein Recht auf einen Platz in der Kindertagesstätte trotz rechtzeitiger Antragstellung vereitelt, bestehen mit Blick darauf, dass die Antragsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren ihre - zulässigen - Vergabekriterien offen gelegt hat, keine hinreichenden Anhaltspunkte. Auf die ergänzenden Angaben der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom heutigen Tag kommt es daher nicht an.

Das Vorhalten eines ausreichenden Angebots in beiden Betreuungsformen spricht 17  
zudem gegen die Fehlerhaftigkeit der Bedarfsplanung der Antragsgegnerin. Ferner bestehen insbesondere mit Blick auf das Eignungserfordernis und die Eignungskriterien des § 23 Abs. 1 und Abs. 3 SGB VIII keine Anhaltspunkte dafür, dass die dem Antragsteller konkret angebotene Kindertagespflegeperson in qualitativer Hinsicht unzureichend und damit das Angebot deshalb unzumutbar wäre. Dass die Eltern des Antragstellers nach ihrem eigenen Bekunden bei früheren Suchen nach einer Tagesmutter schlechte Erfahrungen gemacht haben, reicht offensichtlich nicht aus, die Eignung der angebotenen Tagespflegeperson substantiiert in Frage zu stellen.

Der Senat kann vor diesem Hintergrund im Ergebnis offen lassen, ob die 18  
Einschätzung des Verwaltungsgerichts zutrifft, bei einer pauschalierenden Betrachtung seien die Fahrtzeiten für das Zurücklegen einer Fahrtstrecke von mehr als fünf Kilometern im städtischen Ballungsraum - insbesondere zu den Hauptverkehrszeiten am Morgen und am frühen Abend - regelmäßig nicht mehr zumutbar. Dies könnte allerdings deshalb Zweifeln unterliegen, weil die Fahrtzeiten für vergleichbare Entfernungen schon in unterschiedlichen Stadtteilen derselben Großstadt durchaus erheblich voneinander abweichen dürften. Der Senat weist ferner darauf hin, dass Pauschalisierungen bei der Prüfung der - von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängigen - Frage, ob eine Tageseinrichtung

oder eine Tagespflegestelle vom Wohnort des Kindes aus in vertretbarer Zeit erreichbar ist, grundsätzlich allenfalls einen ersten groben Anhalt bieten und jedenfalls in streitigen Fällen allein eine abschließende Beurteilung nicht tragen können. Das gilt auch für die Wertung der Antragsgegnerin, ein Zeitaufwand von 30 Minuten sei für das Kind und die Eltern generell zumutbar. Die Bewertung der Zumutbarkeit einer Entfernung zur Tageseinrichtung oder Tagespflegestelle ist nämlich immer auch kontextabhängig. Außer den konkreten örtlichen Verhältnissen wird daher - in Anlehnung an die bereits vorhandene Literatur und Rechtsprechung zur zumutbaren Entfernung zwischen Wohnort des über dreijährigen Kindes und dem Kindergarten,

vgl. z.B. Bayer.VGH, Urteil vom 30. März 1994 - 7 B 93.2773 -, BayVBI 1995, 341, juris, und Beschluss vom 2. Dezember 2003 - 7 CE 03.2722 -, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. Dezember 1996 - 4 B 175/96 -, NVwZ-RR 1997, 555, juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 22. Dezember 2008 - 4 ME 326/08 -, NVwZ-RR 2009, 425, juris; VG Göttingen, Beschluss vom 21. August 1998 - 2 B 2297/98 -, NVwZ-RR, 130; Fischer, in Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 4. Auflage 2012, § 24, Rn. 15; Kaiser, in: LPK-SGB VIII, 4. Auflage 2011, § 24, Rn. 13; Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage 2013, § 24, Rn. 21, jeweils m.w.N.; auch: Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U 3: Förderung in Kita und Kindertagespflege, S. 95ff; Schübel-Pfister, Kindertagesbetreuung zwischen (Rechts-) Anspruch und Wirklichkeit, NVwZ 2013, 385, - 19

neben allgemeinen und individuellen kind- und/oder elternbezogenen Bedarfsgesichtspunkten (etwa ob und inwieweit nicht berufstätige Hilfspersonen Unterstützung leisten) in die Prüfung mit einzubeziehen sein, ob und aus welchen sachlich gerechtfertigten Gründen das Kind zu Fuß, mit dem Auto oder mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Betreuungsort gebracht werden soll. Je nach Art der Transportnotwendigkeit können sich unterschiedliche Höchstgrenzen für die noch zumutbare Entfernung und den noch zumutbaren Zeitaufwand ergeben. Jedenfalls aber bedarf es konkreter Ermittlungen zu dem jeweils maßgeblichen, durchschnittlichen Zeitaufwand während der voraussichtlichen Bring- und Abholzeiten. Vor diesem Hintergrund dürfte vorliegend zumindest der - schon keine Angaben zum Zeitpunkt enthaltende - Hinweis des Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin, er habe persönlich überprüft, dass die Wegstrecke mit öffentlichen Verkehrsmitteln in 29 Minuten zu bewältigen sei, nicht ausreichen. Ob seine Angabe, mit dem Auto könne die Strecke in 11 Minuten zurückgelegt werden, was den Berechnungen des Routenplaners in der Internetseite [www.google.maps](http://www.google.maps) entspricht, zu den hier maßgeblichen Zeiten praktisch verifiziert wurde, ist den Angaben des Prozessbevollmächtigten nicht eindeutig zu entnehmen. Die Frage, ob die Mutter des Antragstellers, die einer Ganztagsbeschäftigung in einem Umfang von 40 Wochenstunden ohne Pausenzeiten in C. nachgeht, unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten überhaupt darauf verwiesen werden könnte, ihren Sohn mit öffentlichen Verkehrsmitteln zur Kindertagesstätte zu bringen, bedarf hier ebenfalls keiner abschließenden Entscheidung. 20

Dasselbe gilt auch für die weitere Frage, ob und wenn ja, welche Auswirkungen der Umstand, dass der Antragsteller unter Berücksichtigung der von seiner Mutter geltend gemachten - erheblichen - berufsbedingten Abwesenheitszeiten in zeitlicher Hinsicht einen individuellen Betreuungsbedarf haben dürfte, der deutlich über der unter Kindeswohlgesichtspunkten hinnehmbaren Obergrenze für eine Fremdbetreuung von neun Stunden täglich und 45 Stunden wöchentlich liegt, 21

22

vgl. Meysen/ Beckmann, Rechtsanspruch U 3: Förderung in Kita und Kindertagespflege, S. 75,

auf den Inhalt seines Rechtsanspruchs gegenüber der Antragsgegnerin hat. Bei einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden und einer Fahrtzeit von einer Stunde für die einfache Wegstrecke bis zum Arbeitsplatz ergibt sich nämlich bereits ein zeitlicher Betreuungsbedarf des Antragstellers von 50 Stunden (der sich bei Pausenzeiten von einer Stunde täglich sogar auf 55 Stunden erhöhen würde), so dass sich die Geeignetheit der hier begehrten wohnortnahen Förderung gegenüber einer arbeitsplatznahen Förderung in C. jedenfalls nicht ohne vertiefende Begründung erschließt. 23

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 188 Satz 2 Halbsatz 1 VwGO. 24

Dieser Beschluss ist nach § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar. 25

---