

**Titel:**

**kein Anspruch auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung für nicht Gemeindeangehörige**

**Normenkette:**

BayGO Art. 15 Abs. 1 S. 1, Art. 21 Abs. 1 S. 1

BayKiBiG Art. 12 Abs. 1, Art. 21 Abs. 5 S. 2

GG Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1

SGB VIII § 24 Abs. 3

kommunale Kindertageseinrichtungen-Benutzungssatzung (KITBS)

**Leitsatz:**

**Betreibt eine Gemeinde ihre Kindertageseinrichtungen als öffentliche Einrichtungen, verfügt sie bei der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses über eine weitreichende und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Gestaltungsbefugnis, zu der insbesondere auch das Recht gehört, den Zugang auf bestimmte Personengruppen zu beschränken. Außerhalb der Gemeinde wohnende Personen haben jedenfalls dann, wenn die Ungleichbehandlung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG durch Sachgründe, die mit dem Wohnort untrennbar zusammenhängen, gerechtfertigt ist, grundsätzlich keinen Anspruch auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde. (Rn. 28 – 31) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Widmung einer kommunalen Kindertageseinrichtung für Ortsansässige, Ausschluss aus dem Kindergarten nach Wegzug, Gleichbehandlung, integrativer Kindergartenplatz, Härtefall, Kindertagesstätte, öffentliche Einrichtung, Widmung, Zulassung, Wegzug

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 10.11.2022 – 4 CS 22.2036

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsklage gegen den Ausschluss vom Besuch der städtischen Kindertagesstätte der Antragsgegnerin.

2

Die am ... 2018 geborene Antragstellerin besucht seit September 2021 die städtische Kindertagesstätte der Antragsgegnerin im Kinderhaus L. Zum 1. März 2022 zog die Antragstellerin gemeinsam mit ihrer alleinerziehenden Mutter sowie ihrer älteren Schwester vom Stadtgebiet der Antragsgegnerin in die ... im Landkreis Regensburg.

3

In einer Stellungnahme vom 28. März 2022 bezüglich der Gastkindanträge der Antragstellerin und ihrer Schwester zur Vorlage im Amt für Tagesbetreuung von Kindern spricht das Amt für Jugend und Familie der Stadt Regensburg eine dringende Empfehlung für den weiteren Besuch der Antragstellerin und ihrer Schwester im integrativen Kinderhaus L. aus. Vor allem aufgrund der Diagnosen und des erhöhten (therapeutischen) Förderbedarfs entspreche der Verbleib im Kinderhaus L. dem Wohl beider Kinder.

#### 4

Aus dem (undatierten) Entwicklungsbericht für die Antragstellerin des Amtes für Tagesbetreuung von Kindern, Städtisches Kinderhaus L., ergibt sich, dass ab September 2022 ein integrativer Betreuungsplatz im Haus für die Antragstellerin angedacht sei, da in den Bereichen Sozialkompetenz, Aufmerksamkeit und Konzentration, Emotionalität und Selbststeuerung ein spezieller Förderbedarf bestehe. Die Antragstellerin sei einerseits fröhlich, hilfsbereit und gehe offen auf andere zu. Andererseits falle es ihr schwer, eigene Bedürfnisse zurückzustellen, sich über einen längeren Zeitraum zu konzentrieren und mit Konflikten umzugehen. Sie habe sich im Kindergarten schnell eingewöhnt und rasch Vertrauen zu den Erwachsenen geschlossen. Sie könne durch Mimik und Gestik ihre Gefühle ausdrücken, diese aber nicht verbalisieren und besonders starke Gefühle auch nicht kontrollieren. Die Antragstellerin zeige eine verminderte Frustrationstoleranz, traue sich an manchen Tagen selbst wenig zu, lasse sich schnell entmutigen und reagiere empfindlich, wobei sie dann häufig weine, laut schreie und körperliche Nähe und Trost von Seiten der Bezugspersonen suche. An die gängigen Abläufe und Regeln im Kindergarten könne sie sich wenig halten, besonders nach längerem Aufenthalt zu Hause falle ihr dies schwer. Sie habe Schwierigkeiten mit Kritik umzugehen, sich anderen unterzuordnen und das Nähe- und Distanzbedürfnis anderer einzuschätzen, sodass es oft zu Konflikten komme und es ihr schwerfalle, tiefgehende Freundschaften in der Gruppe zu entwickeln. Die Kindergartengruppe setze sich aus zwölf Regelkindern und fünf Kindern mit einem integrativen Status zusammen, die gemeinsam betreut würden. Mit dieser geringeren Kinderzahl und mehr Betreuungs- und Förderkräften pro Gruppe bleibe für das einzelne Kind mehr Zeit für eine intensive Betreuung, Unterstützung und Förderung. Die Antragstellerin könne gut in dieser integrativen Gruppe begleitet werden, da die räumlichen, personellen und strukturellen Voraussetzungen dafür gegeben seien. Auf den Bericht wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

#### 5

Mit E-Mail vom 31. Mai 2022 wandte sich der Geschäftsführer der Arbeitgeberin der Mutter der Antragstellerin, Herr ..., mit der Bitte um Unterstützung an Bürgermeisterin ... (Stadt Regensburg). In dieser legte er dar, warum die Berufstätigkeit der Mutter der Antragstellerin ohne die Betreuung im Kinderhaus L. ernsthaft in Frage gestellt sei und wie sich die Situation der Antragstellerin sowie ihrer Schwester und Mutter aus seiner Sicht darstelle. Auf die E-Mail wird umfassend Bezug genommen.

#### 6

Aus einem Attest für einen integrativen Betreuungsplatz von Dr. med. B., Facharzt für Pädiatrie, vom 17. August 2022 ergibt sich, dass bei der Antragstellerin ein kombinierter Entwicklungsrückstand vorliege, diese in Teilbereichen der Entwicklung mehr als sechs Monate von der Altersnorm abweiche und deshalb zum Personenkreis der § 53, § 54 SGB XII gehöre. Sie benötige einen heilpädagogischen oder integrativen Kindergartenplatz. Die Hinzuziehung von Ergotherapie sei wünschenswert. Im Hinblick auf die entwicklungsneurologische Verlaufskontrolle des Kindergartens sei ein möglichst stabiles Umfeld im Rahmen der Betreuung (Kindergartensituation) zu gewährleisten. Häufige Wechsel in den Einrichtungen seien für die Gesamtentwicklung der Antragstellerin ungünstig.

#### 7

Mit Bescheid vom 17. August 2022, der Bevollmächtigten der Antragstellerin zugestellt am selben Tag, schloss die Antragsgegnerin die Antragstellerin vom Besuch der städtischen Kindertagesstätte im Kinderhaus L. aus und beendete das bestehende öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis mit Ablauf des 31. August 2022 (Ziffer 1). Zudem wurde die sofortige Vollziehung von Ziffer 1 des Bescheides angeordnet (Ziffer 2). Bereits im November 2021 sei der Familie in mehreren Gesprächen erläutert worden, dass ein Umzug in den Landkreis gemäß der Städtischen Kindertageseinrichtungen - Benutzungssatzung ein Ausschlussgrund vom Besuch der Städtischen Kindertageseinrichtung im neuen Betreuungsjahr 2022/23 sei. Eine Anfrage der Einrichtungsleitung bezüglich eines Gastantrags für die Antragstellerin ab September 2022 sei von der Leiterin des Amtes für Tagesbetreuung von Kindern mit E-Mail vom 26. November 2021 unter Bezugnahme auf die rechtliche Lage abgelehnt worden, worüber die Mutter der Antragstellerin ebenfalls informiert worden sei. In der Folgezeit sei die Anfrage nach Betreuungsplätzen für die Antragstellerin und ihre Schwester im Kinderhaus L. ab September 2022 von verschiedenen Seiten an verschiedene Stellen in der Stadt Regensburg - bis hin zur Oberbürgermeisterin - herangetragen und erläutert worden (wird näher ausgeführt). Zuletzt habe sich im Juli 2022 die Bevollmächtigte der Antragstellerin an das Referat für Bildung gewandt, woraufhin das Amt für Tagesbetreuung von Kindern mit Schreiben vom 2. August geantwortet, der Mutter der Antragstellerin nochmals Gelegenheit zur

Stellungnahme gegeben und schließlich den streitgegenständlichen Bescheid erlassen habe. Die Antragsgegnerin sei als kommunale Trägerin des „Kinderhauses L.“, das sie gemäß § 1 Abs. 1 der Kindertageseinrichtungen-Benutzungssatzung (KiTBS) der Stadt Regensburg vom 5. Mai 2021 als öffentliche Einrichtung betreibe, für den Erlass dieses Bescheides örtlich und sachlich zuständig (Art. 3 Abs. 1 Nr. 3a BayVwVfG; Art. 23, 24 Abs. 1 Nr. 1 GO i. V. m. § 1 Abs. 1, § 5, § 7 Abs. 1 KiTBS). Gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 Bayerische Gemeindeordnung (GO) seien alle Gemeindeangehörigen - nach Art. 15 Abs. 1 Satz 1 GO alle Gemeindeglieder - nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Das Recht zur Benutzung vermittele auch einen öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch. Nicht-Gemeindeglieder hätten den gleichen Anspruch dann, wenn die Gemeinde ihre öffentliche Einrichtung auch Nichtwohnern zur Nutzung gewidmet habe, was vorliegend nach § 5 Abs. 1 KiTBS nicht der Fall sei. Mit der Aufnahme der Antragstellerin durch feststellenden begünstigenden (konkludenten) Verwaltungsakt sei ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis begründet worden. In der KiTBS seien die Beendigung, welche nach der Rechtsprechung des BayVGH ebenfalls eines Verwaltungsakts bedürfe, und die dafür erforderlichen Gründe in § 7 KiTBS („Ausschluss“) geregelt. Diese Gründe seien mit dem Wegzug der Familie in den Landkreis Regensburg zum 1. März 2022 gegeben. Seitdem seien die Antragstellerin und ihre Mutter keine Gemeindeglieder der Antragsgegnerin mehr und hätten somit gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO i.V.m. § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1 KiTBS keinen Anspruch auf weitere Benutzung der Städtischen Kindertageseinrichtung. Als unmittelbare Rechtsfolge sehe § 7 Abs. 1 KiTBS den Ausschluss der Antragstellerin vom Besuch der Städtischen Kindertagesstätte im Kinderhaus L. nach Ablauf des Besuchsjahres 2021/2022, d.h. gemäß § 11 KiTBS nach Ablauf des 31. August 2022, vor. Aufgrund der entsprechenden Widmung handle es sich dabei um eine gebundene Entscheidung. Mit dem Ausschluss erst zu Beginn des neuen Betreuungsjahres gewähre die Stadt dem im Laufe des Betreuungsjahres weggezogenen Kind bzw. seinen Personensorgeberechtigten auch eine angemessene Zeit, um in der neuen Wohnsitzgemeinde einen bedarfsgerechten Betreuungsplatz zu finden. Die sofortige Vollziehung des unter Ziffer 1. verfügten Ausschlusses der Antragstellerin werde gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowohl im öffentlichen Interesse als auch im überwiegenden Interesse der dort angemeldeten Kinder mit Hauptwohnsitz in Regensburg angeordnet. Im Fall eines Widerspruchs- bzw. Klageverfahrens könne sich der Eintritt der Bestandskraft des Bescheids noch mehrere Monate hinziehen. Ein Verbleib der Antragstellerin während eines solchen Zeitraums sei jedoch aus im öffentlichen Interesse und im überwiegenden Interesse der Beteiligten liegenden Gründen nicht hinnehmbar. Die verfügbaren Betreuungsplätze im Gebiet der Antragsgegnerin seien im Betreuungsjahr 2022/23 besonders knapp. Auch für die Kindertagesstätte im Kinderhaus L. lägen zum 1. September 2022 mehr Anmeldungen von Kindern mit Hauptwohnsitz im Stadtgebiet der Antragsgegnerin vor als integrative bzw. Regelplätze zur Verfügung stünden, sodass diese auf der Warteliste stünden. Darüber hinaus habe sich die Personalsituation dort, wie in vielen anderen städtischen Einrichtungen, zusätzlich verschlechtert. Die Antragstellerin würde ab dem 1. September 2022 einen integrativen Betreuungsplatz beanspruchen, der dann einem behinderten oder von Behinderung bedrohten Kind mit Hauptwohnsitz im Gebiet der Antragsgegnerin trotz dessen Rechtsanspruch nicht mehr zur Verfügung stünde. Bereits dieser Zustand sei, auch unter Berücksichtigung des nun nicht mehr gegebenen Anspruchs aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO und der Tatsache, dass die Gemeindeglieder für die öffentlichen Einrichtungen der Antragsgegnerin von ihren Gemeindegliedern zu tragen seien, im öffentlichen Interesse nicht zu vertreten. Entsprechendes gelte für die Interessen der Personensorgeberechtigten mit Hauptwohnsitz im Stadtgebiet der Antragsgegnerin. Auf den Bescheid wird im Übrigen Bezug genommen.

## 8

Gegen den Bescheid ließ die Antragstellerin mit am 19. August 2022 bei Gericht eingegangenem Anwaltsschriftsatz Klage erheben (Az. RO 3 K 22.2065) und mit weiterem Schriftsatz am selben Tag den in diesem Verfahren gegenständlichen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stellen (Az. RN 3 S 22.2063).

## 9

Zur Begründung wird im Klageverfahren wie im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes im Wesentlichen geltend gemacht, die Antragstellerin werde zu Unrecht aus der städtischen Kindertagesstätte ausgeschlossen und der Bescheid vom 17. August 2022 sei daher rechtswidrig. Unter Bezugnahme auf das oben angeführte Attest sowie die Stellungnahmen lässt die Antragstellerin begründen, warum ein integrativer Betreuungsplatz im Kinderhaus L. für die Antragstellerin notwendig sei. Schon im März 2022 habe das Jugendamt der Antragsgegnerin erklärt, dass ein weiterer Besuch der Antragstellerin sowie ihrer

Schwester im integrativen Kinderhaus dringend empfohlen werde. Die alleinerziehende Mutter der Antragstellerin arbeite als examinierte Altenpflegerin für die ... GmbH und habe berufsbegleitend zwischenzeitlich ihre Ausbildung zur Pflegefachkraft abgeschlossen. Ohne die angemessene Betreuung der Antragstellerin sowie deren Schwester wäre dies für die alleinerziehende Mutter nicht möglich gewesen und wäre auch ihre weitere Berufstätigkeit ernsthaft in Frage gestellt, wie auch ihr Arbeitgeber in seinem Schreiben vom 31. Mai 2022 bestätige. Grund für den Umzug nach ... sei gewesen, dass der Mutter der Antragstellerin über Monate hinweg von der Familienhilfe empfohlen worden sei, sich eine größere Wohnung zu suchen, diese aber aufgrund ihrer beengten finanziellen Verhältnisse nur im Landkreis Regensburg, jedoch sehr nah an der Stadtgrenze, fündig geworden sei. Aufgrund dieser Tatsache - und ohne Berücksichtigung der außerordentlichen Gesamtumstände - sei die Antragstellerin nun zu Unrecht mit Bescheid vom 17. August 2022 aus dem Kinderhaus L. ausgeschlossen und das Benutzungsverhältnis beendet worden. § 5 Abs. 1 KiTBS lege zwar fest, dass nur Kinder aufgenommen würden, die den Hauptwohnsitz in der Stadt Regensburg hätten. Um eine Aufnahme gehe es vorliegend aber nicht, da diese bereits 2021 - gemäß § 5 Abs. 5 KiTBS unbefristet - erfolgt sei. Die Besuchsdauer eines Kindes dürfe nur von der Altersbegrenzung und der Nutzungsart der jeweiligen Einrichtung abhängig gemacht werden. Sämtliche Stellen hätten den Verbleib der Antragstellerin sowie ihrer Schwester im Kinderhaus L. als notwendig erachtet und dies auch an die Antragsgegnerin herangetragen. Dass § 7 Abs. 1 KiTBS eine zwingende Rechtsfolge bedingen würde, sei nicht zutreffend, was sich alleine schon aus der Norm, welche in § 7 Abs. 3, 5 KiTBS Rechtsbehelfe vorsehe, ergebe. Darüber hinaus habe der städtische Referent für Bildung dem Arbeitgeber der Mutter der Antragstellerin gegenüber telefonisch erklärt, dass zum Beispiel eine medizinische Indikation ein gewichtiges Argument für den Verbleib der Antragstellerin und ihrer Schwester im Kinderhaus sein könnte. Hinzu komme, dass es im Kindergarten in L. keine Integrativplätze und schlichtweg keinen Platz im örtlichen Kindergarten gebe, um die Antragstellerin auf ihre Bedürfnisse bezogen betreuen zu können. Zudem sei bei einem Ausschluss der Antragstellerin aus der ihr bekannten Einrichtung mit der konkret auf ihre Belange ausgerichteten Betreuung und den Erziehern, zu denen sie eine Bindung hergestellt habe, die bei einem Wechsel zerstört werde, zu befürchten, dass sie irreparable, erhebliche gesundheitliche und insbesondere psychische Schäden davontrage. Auch seien genügend Betreuungsplätze vorhanden, da die Leitung des Kinderhauses der Mutter der Antragstellerin bestätigt habe, dass der Platz für die Antragstellerin nicht vergeben sei, bis eine gerichtliche Klärung der Angelegenheit stattgefunden habe. Des Weiteren habe die Schwester der Antragstellerin ab September 2022 einen integrativen Schulplatz in der Grundschule ... in der ...straße und eine Schulbegleitung erhalten, welche sie unproblematisch zum Hort in der L. bringen könne. Wenn aber die Schwester einen Hortplatz in der L. erhalten würde, müssten anhand der Anlage 1 zu § 5 Abs. 3 KiTBS die beiden Mädchen als Geschwisterkinder in derselben Einrichtung untergebracht werden. Bei Berücksichtigung der sozialen Notlage der Mutter der Antragstellerin als Alleinerziehende sowie sämtlicher weiterer Umstände sei der Bescheid der Antragsgegnerin aufzuheben. An der sofortigen Vollziehung eines rechtswidrigen Bescheides bestehe kein überwiegendes Interesse. Ohne die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wäre die Antragstellerin ab sofort ohne Betreuungsplatz. Auf den Schriftsatz samt Anlagen wird im Übrigen Bezug genommen.

## 10

Mit Schriftsatz vom 29. August 2022 lässt die Antragstellerin darüber hinaus vortragen, dass im Kindergarten in L. keine Integrationsplätze verfügbar und auch keine speziell für Integrationsplätze ausgebildeten Fachkräfte vorhanden seien und eine den Bedürfnissen der Antragstellerin angepasste Betreuung daher grundsätzlich nicht möglich sei. Darüber hinaus schließe der Kindergarten in L. bereits um 14:00 Uhr, sodass die Mutter der Antragstellerin ihren Arbeitsplatz aufgeben müsste, wenn die Antragstellerin dort in den Kindergarten gehen würde. Auch die dringend benötigten und bisher im Kindergarten durchgeführten Therapien könnten in L. nicht fortgeführt werden und die Antragstellerin habe im Kinderhaus Bezugspersonen, die ihrem benötigten Förderungsbedarf gerecht werden könnten. Es seien erhebliche psychische und physische Folgen bei einem Wechsel der Einrichtung zu befürchten. Für die Mutter der Antragstellerin sei nach wie vor nicht nachvollziehbar, dass eine Rechtsnorm über die Bedürfnisse ihrer Kinder gestellt werde und aufgrund der speziellen Gesamtumstände keine Ausnahmeregelung getroffen werden könne. Darüber hinaus könne der Mutter der Antragstellerin gerade nicht vorgeworfen werden, dass sie untätig geblieben sei. Sie habe mit Hilfe verschiedenster Stellen und über Monate hinweg versucht, die Rechte ihrer Kinder durchzusetzen. Dass seitens der Antragsgegnerin

die Sache in die Länge gezogen und erst jetzt ein Bescheid erlassen worden sei, könne nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen.

**11**

Die Antragstellerin beantragt,

Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin vom 19. August 2022 gegen den Bescheid der Stadt Regensburg vom 17. August 2022 wird wiederhergestellt.

**12**

Die Antragsgegnerin beantragt,

Der Antrag wird abgewiesen.

**13**

Mit Schriftsatz vom 25. August 2022 nimmt die Antragsgegnerseite vollumfänglich Bezug auf ihren Bescheid vom 17. August 2022 und trägt darüber hinaus Folgendes vor: Der zulässige Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO sei unbegründet, da an der Rechtmäßigkeit des Ausschlussbescheides der Antragsgegnerin vom 17. August 2022 keine ernsthaften Zweifel bestünden, die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt sei und der Vollzug keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte darstelle. Bei dem einschlägigen Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 KiTBS handle es sich angesichts dessen, dass die Antragsgegnerin die von ihr betriebenen Kindertageseinrichtungen nur zur Nutzung durch Kinder mit Hauptwohnsitz in Regensburg gewidmet habe, um eine gebundene und nicht um eine Ermessensentscheidung. Die von der Antragstellerin vorgetragene und durch Stellungnahmen bzw. Atteste bestätigten außerordentlichen, in der Person der Antragstellerin begründeten Umstände seien deshalb von der Antragsgegnerin vorliegend nicht zu berücksichtigen. Eine im Rahmen einer Gastkinderregelung vorgesehene Härtefallregelung, bei der zwingende persönliche Gründe den Besuch eines außerhalb der Aufenthaltsgemeinde gelegenen Betreuungsplatzes rechtfertigen könnten, sehe das BayKiBiG seit dem 1. Januar 2013 nicht mehr vor. Für die Erfüllung des Rechtsanspruchs der Antragstellerin auf einen Betreuungsplatz nach § 24 Abs. 3 SGB VIII in einer Kindertageseinrichtung ab dem 1. September 2022 sei die Gemeinde ... zuständig, in der die Antragstellerin nunmehr ihren (Haupt) Wohnsitz habe. Die Beratung und Unterstützung gegenüber einer Kindertageseinrichtung im Landkreis Regensburg erfolge durch das Landratsamt Regensburg. Jede Kindertageseinrichtung in Bayern werde durch die gesetzliche Finanzierung durch den Bezirk und durch die in Art. 21 Abs. 5 BayKiBiG normierten Gewichtungsfaktoren in die Lage versetzt, durch Einzelintegration behinderte und von Behinderung bedrohte Kinder aufzunehmen. Behinderte Kinder hätten einen Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz in ihrer Sitzgemeinde. Falls in einer Einrichtung keine Integrationsgruppe vorhanden sei, was in der Mehrheit aller Fälle in Bayern der Fall sein dürfte, gebe es die Einzelintegration für Kinder mit Behinderung. Die Aufnahme, die Bedingungen und die Kostenabwicklung seien in einem Merkblatt der Bezirke Niederbayern und Oberpfalz zusammengefasst. Auf das im Internet abrufbare Merkblatt wird Bezug genommen. Zudem sehe Art. 12 Abs. 1 BayKiBiG vor, dass Kinder mit Behinderung und solche, die von einer Behinderung bedroht seien, in einer Kindertageseinrichtung gemeinsam mit Kindern ohne Behinderung betreut und gefördert würden, um ihnen eine gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen. Dies gelte für die Kindertageseinrichtung in ... genauso wie für das Städtische Kinderhaus L. Die Mutter der Antragstellerin sei bereits seit November 2021 von der (damaligen) Leitung des Städtischen Kinderhauses L., über die Konsequenzen eines Wegzugs informiert worden und habe seit März 2022 Zeit gehabt, für die Antragstellerin, ggf. mit Hilfe des Landratsamtes Regensburg, im Landkreis Regensburg einen geeigneten Betreuungsplatz zu finden. Sollte die Antragstellerin, wie in der Antragschrift erwähnt, ohne Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab sofort ohne Betreuungsplatz sein, so wäre dies ausschließlich von ihrer Mutter zu vertreten und nicht von der Antragsgegnerin. Der Mutter der Antragstellerin sei auch mündlich mehrfach mitgeteilt worden, dass ein Verbleib der Antragstellerin im Kinderhaus L. im neuen Betreuungsjahr 2022/2023 ausscheide, da er in klarem Widerspruch zu § 5 Abs. 1 und § 7 Abs. 1 KiTBS stünde und darüber hinaus einen Präzedenzfall begründen würde, was unter allen Umständen zu vermeiden sei. Im Stadtgebiet der Antragsgegnerin seien derzeit über 1.000 unversorgte Kindergarten- und Krippenkinder, die aktuell keine Platzzusage für das kommende Kindergartenjahr 2022/2023 erhalten hätten. Diese Kinder mit Hauptwohnsitz in Regensburg seien Nachrücker für die während des Jahres 2022/2023 neu zu eröffnenden oder durch den Wegzug anderer Kinder freiwerdenden Plätze. Auf die Nachfrage des Gerichts sei mitzuteilen, dass in der Vergangenheit bzw. aktuell in den

städtischen Kindertageseinrichtungen keine Kinder aufgenommen würden, die ihren Wohnsitz nicht im Stadtgebiet hätten. Auf die Frage des Gerichts, ob in der Vergangenheit bzw. aktuell in den städtischen Kindertageseinrichtungen auch Kinder betreut worden wären bzw. würden, deren Wohnsitz in ein Gebiet außerhalb des Stadtgebiets verlegt worden sei, sei mitzuteilen, dass dies im Januar 2022 sechs Kinder, im Februar 2022 fünf Kinder, im März 2022 vier Kinder gewesen seien. Diese Kinder hätten - analog zur Antragstellerin - bis zum Kindergartenjahresende bleiben dürfen, da ihre Eltern unterjährig aus dem Stadtgebiet weggezogen seien. Die Daten stammten aus dem Zuschusstool KiBiG.web. Im gesamten Kinderhaus L. habe sich im Übrigen durch mehrere erst neu zu besetzende Stellen zum Ende des Betreuungsjahres die Personal- und Platzsituation nochmal verschärft. Alles in allem finde dort zur Zeit in der Personalstruktur ein großer Wechsel statt, wodurch verlässliche Bezugsstrukturen für die Kinder, auch in den Kindergartengruppen, nicht bzw. nur sehr bedingt gegeben seien. Zudem ändere sich zu Beginn eines neuen Betreuungsjahres auch immer die Gruppenzusammensetzung einer Kindergartengruppe durch Abgänge von schulpflichtigen Kindern und Neuzugänge. Auf den Schriftsatz wird wegen der Einzelheiten verwiesen.

#### 14

Zur Vervollständigung des Sachverhaltes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten in den Verfahren RO 3 E 22.2063 sowie RO 3 K 22.2065 Bezug genommen.

II.

#### 15

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz bleibt ohne Erfolg.

#### 16

Der Antrag ist zwar zulässig. Insbesondere ist er wegen des behördlich nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) angeordneten Sofortvollzugs gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft und der streitgegenständliche Bescheid ist aufgrund rechtzeitig erfolgter Klageerhebung auch noch nicht bestandskräftig geworden.

#### 17

Der Antrag ist allerdings unbegründet. Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung wiederherstellen. Soweit die Behörde den Sofortvollzug besonders angeordnet hat (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO), muss das Gericht zunächst überprüfen, ob die Begründung der zuständigen Behörde für die Anordnung des Sofortvollzugs den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO genügt. Nur wenn dies der Fall ist oder wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelt, der kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist, nimmt das Gericht eine eigene, originäre Interessenabwägung vor (vgl. BVerwG, B.v. 22.3.2010 - 7 VR 1.10 - juris Rn.13; BayVGh, B.v. 12.7.2010 - 14 CS 10.327 - juris Rn. 21). Das Gericht hat dann bei der Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage abzuwägen zwischen dem öffentlichen Interesse an einer sofortigen Vollziehung des Bescheides und dem Aussetzungsinteresse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs. Bei dieser Abwägung sind zunächst die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein erforderliche und gebotene summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse des Antragstellers regelmäßig zurück. Erweist sich hingegen der Rechtsbehelf schon bei der gebotenen und erforderlichen summarischen Prüfung als offensichtlich erfolgreich, besteht hingegen kein Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheids. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hinreichend absehbar, verbleibt es bei einer allgemeinen Interessenabwägung (vgl. BVerwG, B.v. 22.3.2010 - 7 VR 1.10 - juris Rn. 13).

#### 18

1. Die im streitgegenständlichen Bescheid enthaltene schriftliche Begründung für die Anordnung des Sofortvollzugs erfüllt vorliegend die notwendigen formellen Voraussetzungen aus § 80 Abs. 3 VwGO und ist damit formell rechtmäßig. Grundsätzlich muss die Begründung auf den konkreten Einzelfall abstellen und darf sich nicht mit „formelhaften“ Erwägungen begnügen (vgl. BayVGh, B.v. 30.10.2009 - 7 CS 09.2606 - juris Rn. 17). Die Begründung soll den Betroffenen einerseits in die Lage versetzen, seine Rechte wirksam wahrnehmen zu können. Andererseits soll sie der Behörde den Ausnahmecharakter vor Augen führen und sie veranlassen genau zu prüfen, ob und warum ausnahmsweise der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Anfechtungsrechtsbehelfen durchbrochen werden soll (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl. 2021, § 80 Rn. 84 ff.). Die Behörde muss konkret die Gründe angeben, die dafür sprechen, dass die

sofortige Vollziehung aufgrund erheblicher öffentlicher Interessen notwendig ist und warum die Interessen des Betroffenen dahinter zurückstehen müssen.

## 19

Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Begründung. Sie benennt die in Rede stehenden Interessen und legt dar, warum in diesem Fall das öffentliche Interesse an der Vollziehung überwiegt. Die Antragstellerin begründet plausibel, dass bzw. warum die zur Verfügung stehenden Betreuungsplätze im Betreuungsjahr 2022/2023 im Stadtgebiet besonders knapp seien. Ferner führt sie aus, dass ein integrativer Betreuungsplatz im Falle einer Beanspruchung durch die Antragstellerin über mehrere Monate bis zur Entscheidung in der Hauptsache einem behinderten oder von Behinderung bedrohten Kind mit Hauptwohnsitz im Stadtgebiet der Antragsgegnerin nicht mehr zur Verfügung stünde, was vor dem Hintergrund, dass Gemeindelasten für die öffentlichen Einrichtungen der Antragsgegnerin von ihren Gemeindeangehörigen zu tragen seien, im öffentlichen Interesse nicht zu vertreten sei.

## 20

Die von der Behörde dargelegten Erwägungen sind aus formeller Sicht nicht zu beanstanden. Ob die von der Behörde berücksichtigten Gründe auch inhaltlich zutreffen, ist bei der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit der Vollzugsanordnung unbeachtlich (vgl. Schoch in Schoch/Schneider, VwGO, Stand 42. EL Februar 2022, § 80 Rn. 246).

## 21

2. Die in materieller Hinsicht vorzunehmende Interessenabwägung fällt zu Ungunsten der Antragstellerin aus. Maßgebliches Kriterium innerhalb der im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung ist - wie bereits dargelegt - regelmäßig die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Vorliegend überwiegen bei Anwendung des gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfungsmaßstabes die Interessen der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, weil diese durch den angefochtenen Bescheid voraussichtlich nicht in eigenen Rechten verletzt wird und ihre Anfechtungsklage deshalb voraussichtlich erfolglos sein wird, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

## 22

a) Der auf § 7 Abs. 1 der Satzung über die Benutzung der Kindertageseinrichtungen der Stadt REGENSBURG (Kindertageseinrichtungen-Benutzungssatzung - KiTBS) beruhende Bescheid ist formell rechtmäßig, da die Antragsgegnerin als Trägerin der kommunalen Einrichtung gemäß Art. 3 Abs. 1 Nr. 3a Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG) örtlich und gemäß Art. 23, 24 Abs. 1 Nr. 1 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung - GO), §§ 1, 5, 7 Abs. 1 KiTBS sachlich zuständig ist und der Bescheid sowohl formgerecht als auch verfahrensfehlerfrei erlassen wurde. Insbesondere liegt auch die gemäß Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG und § 7 Abs. 3 KiTBS erforderliche Anhörung vor.

## 23

b) Der angegriffene Bescheid vom 17. August 2022 ist voraussichtlich auch materiell rechtmäßig. Nach § 7 Abs. 1 KiTBS ist ein Kind nach Ablauf des jeweiligen Besuchsjahres vom Besuch einer Kindertageseinrichtung ausgeschlossen, wenn sein Hauptwohnsitz im Laufe des Besuchsjahres außerhalb des Stadtgebietes Regensburg verlegt wird (Wegzug). Nach der im Eilverfahren veranlassten Prüfung stellt sich diese Bestimmung voraussichtlich als wirksam dar und sind auch ihre Voraussetzungen erfüllt.

## 24

(1) Dass die (insoweit einzige) tatbestandliche Voraussetzung des § 7 Abs. 1 KiTBS, die Verlegung des Hauptwohnsitzes im Laufe des Besuchsjahres außerhalb des Stadtgebietes Regensburg (Wegzug), gegeben ist, steht vorliegend außer Frage.

## 25

Die Rechtsfolge des Ausschlusses, welche die KiTBS an den Umstand des Wegzugs knüpft, ergibt sich aus Sicht des Gerichts unmittelbar aus § 7 Abs. 1 KiTBS. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass es sich hierbei schon aufgrund der vorgesehenen Rechtsbehelfe um eine Ermessensentscheidung handeln müsse, ist dem der eindeutige Wortlaut der Regelung („ist ausgeschlossen“) entgegenzuhalten, der keinerlei behördlichen Spielraum vorsieht. Zudem ist nicht ersichtlich, warum Rechtsbehelfe allein gegen Ermessensentscheidungen vorgesehen sein sollten. Auch der Verweis darauf, dass die Aufnahme in die

Kindertagesstätten gemäß § 5 Abs. 5 KiTBS unbefristet erfolge und die Besuchsdauer eines Kindes in der aufgenommenen Kindertageseinrichtung nur von der Altersbegrenzung und der Nutzungsart der jeweiligen Einrichtung (§ 1 Abs. 2) abhängig sei, ist für den vorliegenden Fall unerheblich, da § 7 Abs. 1 KiTBS erkennbar als *lex specialis* zu § 5 Abs. 5 KiTBS ausgestaltet ist und zusammen mit § 5 Abs. 1 KiTBS den Umfang der Widmung der kommunalen Einrichtung nach Art. 21 Abs. 1 GO konsequent festlegen soll.

## **26**

Mithin soll die Nutzung der städtischen Kindertagesstätten der Antragsgegnerin, wozu auch das Kinderhaus L. gehört, eindeutig den Gemeindeangehörigen (Art. 15 Abs. 1 GO) vorbehalten sein und auch nicht etwa dem Gemeingebrauch (Art. 21 Abs. 5 GO) dienen. Auch eine faktische Erweiterung der Widmung durch tatsächliches Verwaltungshandeln ist nicht anzunehmen. Insofern hat die Antragsgegnerin plausibel vorgetragen, auch bisher keine Kinder nach dem Wegzug länger als bis zum Ende des Betreuungsjahres in den Kindertagesstätten behalten zu haben und Präzedenzfälle vermeiden zu wollen.

## **27**

(2) Da die Voraussetzungen für einen Ausschluss somit vorliegen und auch die Rechtsfolge eindeutig geregelt ist, kommt es zur Beurteilung des streitgegenständlichen Verwaltungsaktes maßgeblich darauf an, ob die Beschränkung auf ortsansässige Kinder, vor allem in der Ausprägung des § 7 Abs. 1 der KiTBS, sich auch als voraussichtlich wirksam, insbesondere verfassungsmäßig, darstellt. Nach der gebotenen summarischen Prüfung ist dies nach Ansicht des Gerichts der Fall, da die Bestimmung auf der verfassungsmäßigen Grundlage des Art. 21 Abs. 1 GO beruht und auch in ihrer konkreten Ausgestaltung voraussichtlich nicht zu beanstanden ist.

## **28**

Gemäß § 1 Abs. 1 KiTBS betreibt die Antragsgegnerin ihre Kindertageseinrichtungen als öffentliche Einrichtungen. Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass gemäß Art. 21 GO alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt sind, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Die jeweilige Gemeinde kann dabei der Nutzung einer kommunalen Einrichtung - unter anderem hinsichtlich der Art der Nutzung sowie des berechtigten Personenkreises - durch Widmung bestimmte Grenzen setzen. Hierbei steht den Gemeinden aufgrund ihrer Selbstverwaltungsgarantie ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer Gestaltungsspielraum zu (vgl. Stepanek in BeckOK Kommunalrecht Bayern, 15. Ed., Stand 2022, Art. 21 GO Rn. 22). Wenn eine Gemeinde sich dafür entscheidet, das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich auszugestalten, dann werden die näheren Einzelheiten der Ausgestaltung per kommunaler Satzung (Art. 23, 24 Abs. 1 Nr. 1 GO) festgelegt (vgl. auch Stepanek in BeckOK Kommunalrecht Bayern, 15. Ed., Stand 2022, Art. 21 GO Rn. 28).

## **29**

Hierbei ist eine Gemeinde als Hoheitsträgerin, auch hinsichtlich der Zulassung zu ihren öffentlichen Einrichtungen und bei der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses für diese, an die Beachtung der Grundrechte, insbesondere des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) sowie Art. 118 Abs. 1 Bayerische Verfassung (BV), gebunden (vgl. Stepanek in BeckOK Kommunalrecht Bayern, 15. Ed., Stand 2022, Art. 21 GO Rn. 30 m.w.N.). Daraus folgt jedoch keine unmittelbare Pflicht von Gemeinden, in Bezug auf die Zulassung und die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen, auswärtige Personen ihren Gemeindeangehörigen vollständig gleichzustellen.

## **30**

Zum einen ist es im Wortlaut der Rechtsgrundlage für die getroffene Regelung - Art. 21 Abs. 1 GO - bereits angelegt, dass eine Gemeinde (vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen) die Nutzung ihrer Einrichtungen Ortsansässigen vorbehalten darf (vgl. Hölzl/Hien/Huber, Stand 2021, Erl. 5.1 zu Art. 21 GO) und dass Personen oder Vereinigungen, die nicht gemäß Abs. 1 zu den Anspruchsberechtigten gehören, in solchen Fällen grundsätzlich keinen Anspruch auf Zulassung haben, sofern die jeweilige Einrichtung nicht gemäß Art. 21 Abs. 5 GO für den Gemeingebrauch gewidmet wurde. Ob für sonstige Personen grundsätzlich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht, ist umstritten. Spricht man sich für die grundsätzliche Möglichkeit aus, Nicht-Ortsansässigen einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung einzuräumen, ist aber von der Konzeption des Gesetzes her von vornherein zu berücksichtigen, dass, jedenfalls bei begrenzten Kapazitäten, eine Zulassung von Nicht-Ortsansässigen nicht zur Einschränkung des Zulassungsanspruchs der Gemeindeangehörigen führen darf (vgl. Stepanek in BeckOK Kommunalrecht Bayern, 15. Ed., Stand 2022, Art. 21 GO Rn. 21).

### 31

Es ist davon auszugehen, dass diese gesetzliche Regelung keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV begründet. Denn sie nimmt zwar durch die Wertungsentscheidung zugunsten der Gemeindeangehörigen eine Ungleichbehandlung vor beziehungsweise eröffnet zumindest die Möglichkeit für eine Gemeinde, die Widmung für ihre Einrichtungen entsprechend auszugestalten. Jedoch ist davon auszugehen, dass diese gesetzgeberische Entscheidung schon im Hinblick darauf, dass die Gemeindeangehörigen auch die Lasten der Gemeinde tragen, durch vertretbare sachliche Differenzierungsgründe gerechtfertigt ist und auch die Erweiterung des Kreises der Nutzungsberechtigten in Art. 21 Abs. 3, 4 GO zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit beiträgt (vgl. Geuer, BayVBl. 2011, 752, 753).

### 32

Auf diese verfassungskonforme Rechtsgrundlage können die Gemeinden sodann auch grundsätzlich - und abhängig von der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall - Bestimmungen stützen, die etwa die Nutzung der Einrichtung durch Widmung von vornherein auf die Ortsansässigen beschränken, oder eine Einrichtung zwar auch für Nicht-Ortsansässige öffnen, bei der näheren Ausgestaltung dann aber wiederum differenzieren.

### 33

Im Kontext einer Regelung wie der zuletzt angesprochenen geht etwa das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass insbesondere dann, wenn die Bevorzugung von Einheimischen dazu dient, knappe Ressourcen auf den eigenen Aufgabenbereich nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zu beschränken, Gemeindeangehörigen einen Ausgleich für besondere Belastungen zu gewähren, oder die kulturellen und sozialen Belange der örtlichen Gemeinschaft zu fördern und den Zusammenhalt in der Gemeinde zu stärken, eine solche Bevorzugung auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsgemäß sein kann (vgl. BVerfG, B.v. 19.7.2016 - 2 BvR 470/08 - NVwZ 2016, 1553 Rn. 40 sowie Stepanek in BeckOK Kommunalrecht Bayern, 15. Ed., Stand 2022, Art. 21 GO Rn. 30).

### 34

Vorliegend hat die Antragsgegnerin die näheren Einzelheiten der Benutzung ihrer städtischen Kindertageseinrichtungen in der KiTBS geregelt und darin den Benutzerkreis auf Kinder beschränkt, die ihren Hauptwohnsitz im Stadtgebiet der Antragsgegnerin haben, was auch im hier maßgeblichen § 7 Abs. 1 KiTBS zum Ausdruck kommt. Ein Verstoß dieser konkreten Regelung gegen höherrangiges Recht kann voraussichtlich nicht angenommen werden.

### 35

Im Zusammenhang mit dem Zugang nicht ortsansässiger Kinder zu einem städtischen Kindergarten hat etwa der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (B.v. 31.8.1999 - 7 ZS 99.2168 - juris Rn. 20 ff.) in der Vergangenheit bereits Folgendes festgehalten:

„Diese Satzungsregelungen sind im Rahmen der hier vorzunehmenden Inzidentprüfung - wozu der Senat trotz der zwischenzeitlich abgelaufenen Zweijahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zur Erhebung einer Normenkontrollklage berechtigt und verpflichtet ist (Lotz BayVBl 1997, 257; Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 47 RdNr. 64; a.A Eyermann/Jörg Schmidt, VwGO, 10. Aufl. 1998, § 47 RdNr. 74) - nicht als nichtig anzusehen.

Entscheidet sich eine Gemeinde beim Betrieb einer öffentlichen Einrichtung gemäß Art. 21 GO wie hier für die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, so ist sie grundsätzlich verpflichtet, dieses durch Satzung zu regeln (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayer. Kommunalgesetze, Stand Mai 1998, Art. 21 RdNr. 23). Aufgrund der Satzungsautonomie des Art. 23 GO kommt ihr hierbei ein Gestaltungsspielraum zu. Der Antragsgegner hat in § 4 Abs. 2 Buchst. a, Abs. 3 Satz 1 sowie insbesondere Abs. 4 der Satzung in der Gemeinde wohnenden Kindern den Vorrang vor auswärtigen Kindern einräumen wollen. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der genannten Bestimmungen. Ungeachtet der Frage, ob die in § 4 Abs. 2 Buchst. b bis g genannten „Dringlichkeitsstufen“ im Sinne einer strikt einzuhaltenden Rangfolge zu verstehen sind, wird aus den genannten Regelungen deutlich ersichtlich, daß den einheimischen Kindern grundsätzlich ein Vorrang, jedenfalls bei der Aufnahme in die Kindertageseinrichtung, zukommen soll. Dies ist - vom Grundsatz her - rechtlich nicht zu beanstanden. Gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen (also gewidmeten) Einrichtungen zu benutzen. Hieraus

folgt ein subjektiv-öffentliches Recht der Gemeindeangehörigen auf Benutzung der öffentlichen Einrichtung (Widtmann/Grasser, Bayer. Gemeindeordnung, Stand Oktober 1998, Art. 21 RdNr. 1 f.; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 21 RdNr. 26). Auswärtigen steht dieser Rechtsanspruch, soweit sie wie hier nicht unter die Bestimmungen des Art. 21 Abs. 3 bis 5 GO fallen, grundsätzlich nicht zu (Masson/Samper, Art. 21 RdNr. 29; Widtmann/Grasser, Art. 21 a.a.O.), wenngleich sie von den Einrichtungen der Gemeinde Gebrauch machen können.

Diese Grundsätze gelten auch für die Vergabe von Kindergartenplätzen. Die unterschiedliche Behandlung von in der Gemeinde wohnenden und auswärtigen Kindern verstößt insbesondere auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Es entspricht der völlig herrschenden Meinung, daß ein sachliches Unterscheidungskriterium, das gerade im kommunalen Bereich Bedeutung hat, die Herkunft (hier: des Kindes) aus der Gemeinde ist (Bauer/ Böhle/ Masson/Samper, Art. 21 a.a.O.; Widtmann/Grasser, Art. 21 a.a.O.; Bauer/ Hundmeyer Kindertageseinrichtungen in Bayern, Stand 1. Juni 1999, 60.00 Ziff. 3.3). Demzufolge sind Gemeinden grundsätzlich nicht zur Aufnahme von Kindern verpflichtet, die außerhalb des durch den Bedarfsplan bezeichneten Einzugsgebiets des Kindergartens bzw. außerhalb des Gemeindegebiets wohnen (vgl. auch BayVGH BayVBI 1995, 112). Nimmt die Gemeinde wie hier gleichwohl nicht ortsansässige Kinder in den Kindergarten auf, so kann daraus allein noch kein Anspruch auf den weiteren Verbleib hergeleitet werden (ebenso Bauer/ Hundmeyer a.a.O.). Im Gegenteil ist die Gemeinde sogar verpflichtet, darauf zu achten, daß durch die Zulassung gemeindefremder Personen, denen kein Zulassungsanspruch zusteht, nicht der Zulassungsanspruch der Gemeindeangehörigen unzulässigerweise beschränkt wird. Aus diesen Gründen dürfen gemeindefremde Kinder grundsätzlich nicht in einen gemeindlichen Kindergarten aufgenommen werden, solange dort nicht die gemeindeangehörigen Kinder untergebracht sind (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 21 a.a.O.).

Diesen Grundsätzen hat der Antragsgegner mit den genannten Satzungsbestimmungen Rechnung getragen. Zu Recht hat er deshalb in § 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der Satzung einen Vorrang einheimischer Kinder bei der Aufnahme in die Kindertageseinrichtung vorgesehen, während er nach § 4 Abs. 4 der Satzung für den Fall des nachträglichen Bedarfs einheimischer Kinder eine Widerrufsmöglichkeit nach Ermessen geregelt und es hiermit ermöglicht hat, die Interessen aufgenommener auswärtiger Kinder dabei zu berücksichtigen. Der Antragsgegner als Satzungsgeber war auch nicht durch eine dem Art. 21 Abs. 1 GO vorgehende spezielle gesetzliche Vorschrift - wie sie etwa im Schulrecht für das Verhältnis von ortsansässigen zu auswärtigen Gemeindebürgern in Art. 27 Abs. 4 des Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) geregelt ist - des Kindergartenrechts gehindert, derartige Regelungen zu treffen.“

### **36**

Auch das Bayerische Verwaltungsgericht München kam zu dem Schluss, dass ein nicht (mehr) ortsansässiges Kind keinen Anspruch auf Aufnahme bzw. Verbleib in einer kommunalen Kindertagesstätte habe und führt in seinem Beschluss vom 6. September 2007 (M 17 E 07.3484 - juris Rn. 15 ff.) Folgendes aus:

„Die Antragsgegnerin betreibt die Kindertagesstätten als öffentliche Einrichtungen gemäß ihrer Kindertagesstättensatzung. Gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen zu benutzen. Hieraus folgt ein subjektiv-öffentliches Recht der Gemeindeangehörigen auf Benutzung der öffentlichen Einrichtungen. Diese Grundsätze gelten auch für die Vergabe von Plätzen in Kindertageseinrichtungen, soweit nicht in Spezialvorschriften ein Rechtsanspruch eingeräumt wird. Gemeinden sind grundsätzlich nicht zur Aufnahme von Kindern verpflichtet, die außerhalb des durch den Bedarfsplan bezeichneten Einzugsgebietes des Kindergartens bzw. außerhalb des Gemeindegebiets wohnen. Eine Gemeinde ist verpflichtet, darauf zu achten, dass durch die Zulassung gemeindefremder Personen, denen kein Zulassungsanspruch zusteht, nicht der Zulassungsanspruch der Gemeindeangehörigen auf unzulässige Weise beschränkt wird. Deshalb dürfen gemeindefremde Kinder grundsätzlich nicht in einen gemeindlichen Kindergarten aufgenommen werden, so lange dort nicht die gemeindeangehörigen Kinder untergebracht sind (BayVGH vom 31.8.1999, DÖV 2000, 646).

Nach summarischer Prüfung widerspricht § 4 Abs. 6 der Kindertagesstättensatzung der Antragsgegnerin, geändert durch Änderungssatzung vom 19. Juni 2007, in Kraft getreten am 1. September 2007, diesen höherrangigen Gesetzesvorschriften nicht. Aus § 4 Abs. 6 der Satzung ergibt sich, dass nicht

gemeindeangehörige Kinder aufgenommen werden können, soweit freie Plätze verfügbar sind, die nicht für Freisinger Kinder benötigt werden.

Im vorliegenden Fall sind die Antragstellerin und ihre Mutter aus F. weg- und in die Gemeinde H. ... gezogen, so dass sie keine Gemeindeangehörigen mehr sind. Es besteht auch kein Grund, daran zweifeln, dass alle Hortplätze in F. belegt sind. Die Antragsgegnerin hat somit den Antrag der Antragstellerin vom ... Juli 2007 ermessensfehlerfrei abgelehnt. Selbst wenn die Antragstellerin bisher einen Hortplatz hatte, besteht aufgrund der am ... September 2007 in Kraft getretenen Satzung die Möglichkeit, die Aufnahme eines auswärtigen Kindes zu widerrufen, wenn der Platz für ein Kind aus dem Gebiet der Antragsgegnerin benötigt wird. Anders lautende Auskünfte von Lehrern oder Erziehern vermögen an der Rechtslage nichts zu ändern. Da das Gericht allein nach rechtlichen Maßstäben entscheiden darf, müssen die von der Mutter der Antragstellerin vorgetragenen persönlichen Umstände und sozialen Härten bei der Entscheidung des Gerichts unberücksichtigt bleiben.“

### **37**

Auch die vorliegende Satzung der Antragsgegnerin inklusive der Regelung in § 5 Abs. 1, § 7 Abs. 1 KiTBS ist nach vorläufiger Prüfung mit höherem (Verfassungs-)Recht vereinbar, obwohl sie, anders als die den zitierten Entscheidungen zugrunde liegenden Satzungen, von vornherein nicht die Möglichkeit vorsieht, Kindern trotz ihres unterjährigen Wegzugs den Verbleib in der Kindertagesstätte zu ermöglichen und obwohl für Kinder im Alter der Antragstellerin nach neuerer Rechtslage grundsätzlich ein Anspruch auf Zuweisung eines Kindergartenplatzes gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 Sozialgesetzbuch (SGB) - Achtes Buch (VIII) besteht.

### **38**

Zum einen dient sie dazu, den Gemeindeangehörigen, welche auch die Lasten der Gemeinde tragen, eine bestmögliche Versorgung mit Betreuungsplätzen zu gewährleisten und so auch die sozialen Belange der örtlichen Gemeinschaft zu fördern. Weiterhin schließt sich das Gericht den in den zitierten Entscheidungen dargestellten grundsätzlichen Erwägungen zu Art. 3 GG hinsichtlich der Aufnahme in den Kindergarten nur ortsansässiger Kinder an.

### **39**

Zum anderen ist die Antragsgegnerin nicht gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII anspruchspflichtig (dies ist vorliegend gemäß § 79 Abs. 2, § 86 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 SGB VIII, Art. 15 Satz 1 des Gesetzes zur Ausführung der Sozialgesetze - AGSG, der Landkreis REGENSBURG als örtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe), sodass die Antragsgegnerin nicht als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe in der Pflicht steht, sondern vorliegend allein in ihrer Funktion als Trägerin der kommunalen Einrichtungen zu sehen ist.

### **40**

Schließlich folgt auch trotz der für die einzelnen betroffenen Familien sehr schwerwiegenden Folge des Ausschlusses eine besondere, unverhältnismäßige Härte, welche die Unwirksamkeit von insbesondere § 7 Abs. 1 KiTBS nach sich ziehen würde, auch nicht daraus, dass die Vorschrift hinsichtlich des Ausschlusses von Kindern, die unterjährig weggezogen sind, kein Ermessen für die Antragsgegnerin eröffnet und auch keine Härtefallklausel vorsieht. In Betracht kommt insofern - neben dem oben angesprochenen Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 GG, Art. 118 BV sowie dem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG -, dass eine Pflicht zur Aufnahme einer Härtefallklausel grundsätzlich aus dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der ausgeschlossenen Kinder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, oder aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG folgen könnte. Denn insofern können im Einzelfall etwaige psychische Folgen für Kinder, die von einem Kindertagenausschluss und -wechsel betroffen sind, oder auch schwerwiegende Folgen für die jeweiligen Familien nicht ausgeschlossen werden. Allerdings ist bereits fraglich, ob die Antragsgegnerin durch ihre Satzung in diese Rechte eingreift, jedenfalls aber könnte ein solcher Eingriff gerechtfertigt werden. Denn die Gewährleistungsverantwortung der Antragsgegnerin geht nicht so weit, stets Konstanz gewährleisten und jeglichen Wechsel der Bezugspersonen vermeiden zu müssen, da ein solcher Wechsel, wie die Antragsgegnerin anführt, auch unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung nicht ausgeschlossen ist und zudem durch den (freiwilligen, wenn auch in Einzelfällen wie dem vorliegenden durch tatsächliche finanzielle Engpässe bedingten) Umzug der jeweiligen Familie veranlasst wird. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin mit ihrer Satzung den Ausschluss als Gegenstück zur Aufnahme transparent und für betreute Kinder sowie deren Erziehungsberechtigte auch von Anfang an klar ersichtlich geregelt hat. Schließlich liegt der Beschränkung auf Ortsansässige auch eine nachvollziehbare und

verhältnismäßige Abwägung zugrunde, in die nicht nur die im Einzelfall sehr schwierige Situation der ausgeschlossenen Kinder, sondern auch die Situation derjenigen ortsansässigen Kinder miteinzubeziehen ist, die möglicherweise ebenfalls einen besonderen Betreuungsbedarf aufweisen und die wegen knapper Kapazitäten, welche die Antragsgegnerin plausibel geschildert hat, sowie möglicherweise ebenfalls aus finanziellen Gründen sehr dringend auf einen passenden Betreuungsplatz angewiesen sind. Diesen Kindern gegenüber hat die Antragsgegnerin kommunalrechtliche und als kreisfreie Gemeinde in der Regel auch aus § 24 SGB VIII folgende Verpflichtungen.

#### 41

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass für Kinder - wie die Antragstellerin - in ihrer Wohnsitzgemeinde ein integrativer Kindergartenplatz bzw. ein Kindergartenplatz, der die für die jeweiligen Eltern nötige (Ganztags-)betreuung gewährleisten könnte, nicht zur Verfügung steht, da nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung ein Anspruch auf einen integrativen Kindergartenplatz oder einen Ganztagesplatz schon gegenüber dem nach dem SGB VIII zuständigen Träger der örtlichen Jugendhilfe - und daher erst recht nicht gegenüber örtlich nicht zuständigen Trägern - nicht besteht.

#### 42

So führt etwa das Verwaltungsgericht Köln (B.v. 6.10.2015 - 19 L 2074/15 - juris Rn. 6) zur insoweit parallelen Rechtslage in Nordrhein-Westfalen aus:

„Ein gesetzlicher Anspruch eines behinderten Kindes auf Förderung in einer integrativen Kindertageseinrichtung besteht nicht. § 22 a Abs. 4 SGB VIII und § 8 Kibiz NRW verpflichten den Träger der öffentlichen Jugendhilfe lediglich dazu, Kinder mit Behinderungen gemeinsam mit Kindern ohne Behinderung zu fördern. Die gesetzlich geregelte Pflicht zur gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderung kann aber sowohl durch eine Förderung in integrativen Einrichtungen als auch durch Einzel-Integration in einem Regelkindergarten erfüllt werden. Der höhere medizinische und pädagogische Förderbedarf für Kinder mit Behinderungen ist auch bei einer Betreuung in einer Regelkindertageseinrichtung gewährleistet. Der Träger der Regelkindertageseinrichtung erhält nach Anlage 1 zu § 19 Kibiz NRW für Kinder mit Behinderung oder Kinder, die von einer wesentlichen Behinderung bedroht sind, und bei denen dies von einem Träger der Eingliederungshilfe festgestellt wurde, eine erhöhte Kindpauschale, die ihm eine Reduzierung der Gruppengröße der betreuten Kinder ermöglicht. Kinder mit Behinderungen erhalten - sofern dies ihre Behinderung erfordert - im Rahmen der Einzelintegration in Regeleinrichtungen darüber hinaus als Eingliederungshilfe heilpädagogische Leistungen gem. §§ 54 SGB XII i.V.m. §§ 55 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 56 SGB IX.“

#### 43

In Bayern finden sich dem § 8 Kinderbildungsgesetz (Kibiz NRW) und der Anlage 1 zu § 19 Kibiz NRW entsprechende Regelungen in Art. 12 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 5 Satz 2 des Bayerischen Gesetzes zur Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege (Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungs-gesetz - BayKiBiG). Auch diese Vorschriften sehen einen Anspruch auf Förderung in einer inklusiven Kindertagesstätte nicht vor (vgl. auch Dunkl/Eirich in PdK Bayern, Stand 2022, Art. 12 BayKiBiG Erl. 47, wonach „nach dem Grundsatz der Inklusion nicht nur die sog. integrativen Kindertageseinrichtungen, sondern alle Tageseinrichtungen den speziellen Förderbedarf der Kinder mit (drohender) Behinderung erfüllen und spezielle Anstrengungen unternehmen müssen, diesem Anspruch gerecht zu werden“.). Soweit die Antragsgegnerin auf die bis zum 31. Dezember 2012 geltende Fassung des Art. 23 Abs. 4 BayKiBiG, wonach die Aufenthaltsgemeinde in Ausnahmefällen auf Antrag der Eltern einen Betreuungsplatz außerhalb der Gemeinde fördern konnte, wenn zwingende persönliche Gründe, die insbesondere die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit betreffen, die Wahl des Betreuungsplatzes rechtfertigten, verfängt dies zwar nicht unmittelbar, da auch nach neuer Rechtslage unter anderem § 18 Abs. 1 Satz 1 KiBiG einen kindbezogenen Förderanspruch von Trägern von Kindertageseinrichtungen gegen die Aufenthaltsgemeinden von Kindern vorsieht, wenn diese eine Kindertageseinrichtung außerhalb ihrer Aufenthaltsgemeinde besuchen (vgl. auch die Ausführungen im Gesetzesentwurf zu § 1 Nr. 18 (Art. 23 BayKiBiG), LT-Drs. 16/12782 S. 25). Allerdings ist weder nach alter noch nach neuer Rechtslage anzunehmen, dass aus den genannten Vorschriften ein Anspruch gegen eine bestimmte Einrichtung oder eine bestimmte Gemeinde beziehungsweise einen örtlich nicht zuständigen Träger auf Aufnahme in eine Kindertageseinrichtung außerhalb der Wohnsitzgemeinde hergeleitet werden konnte beziehungsweise kann. Vielmehr setzt(t) en beide Normen den Besuch einer solchen Einrichtung

voraus, um sich ausgehend davon mit der Finanzierung eines entsprechenden Platzes auseinanderzusetzen.

#### 44

Hinsichtlich einer gewünschten Betreuungszeit auch nach 14 Uhr gilt, dass gemäß § 24 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII - anders als bei § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII - ein subjektiver Anspruch auf einen ganztägigen Betreuungsplatz nicht besteht, sondern Kinder in dieser Altersgruppe lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Bereitstellung eines Ganztagsplatzes innerhalb der Kapazitätsgrenzen haben (Etzold in beckOGK, Art. 24 SGB VIII Rn. 88).

#### 45

Da jedenfalls nach summarischer Prüfung schon innerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe weder ein Anspruch auf einen Integrationsplatz noch auf einen Ganztagesplatz besteht, kann ein solcher erst recht nicht mit Erfolg gegen einen Träger der öffentlichen Jugendhilfe außerhalb des eigenen Zuständigkeitsbereichs geltend gemacht werden. Damit können diese Umstände voraussichtlich auch nicht dazu führen, dass eine entsprechende Härtefallklausel als notwendig anzusehen wäre.

#### 46

Nach alledem stellt sich § 7 Abs. 1 KiTBs voraussichtlich als wirksam dar.

#### 47

(3) Selbst dann, wenn man davon ausginge, dass die Satzung nur dann verfassungsgemäß sei, wenn in verfassungskonformer Auslegung eine entsprechende Härtefallklausel hineingelesen würde, könnte eine solche Klausel - mit Hinblick auf die ortsansässigen Kinder - wiederum nur Bestand haben, wenn sie auch die Belange der ortsansässigen Kinder berücksichtigen würde. Aus diesem Grund müsste diese somit voraussichtlich beispielsweise - wie es etwa in der Satzung, die der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (B.v. 31.8.1999 - 7 ZS 99.2168 - juris) geprüft hat, auch vorgesehen war - mit dem Vorbehalt versehen sein, dass die Plätze nicht für ortsansässige Kinder benötigt werden und/oder der Antragsgegnerin Ermessen einräumen.

#### 48

Dies würde vorliegend dazu führen, dass der Antragstellerin auch bei Anwendung einer hypothetischen Härtefallklausel und trotz der zweifellos sehr schwierigen Lage kein Anspruch darauf zustünde, in der Kindertagesstätte zu bleiben. Denn die Antragsgegnerin hat ausführlich und plausibel dargelegt, dass der Betreuungsbedarf von Kindern mit Wohnsitz im Stadtgebiet - auch bei behinderten oder von Behinderung bedrohten Kindern - das Angebot weit übersteigt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Antragstellerin, der Platz werde bis zur gerichtlichen Klärung des Falles freigehalten, da dies ersichtlich als vorübergehende Regelung zulasten eines auf der Warteliste stehenden Kindes gedacht ist. Ein Kapazitätsvorbehalt würde sich also zulasten der Antragstellerin auswirken.

#### 49

Schließlich kann auch nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass eine auf einer solchen Härtefallklausel basierende Entscheidung zulasten der Antragstellerin, obwohl sie eine zu berücksichtigende gravierende persönliche Härte für die Antragstellerin und ihre Familie bedeutet, unverhältnismäßig wäre. Insofern wäre das von der Antragsgegnerin verfolgte Ziel, ihr Angebot und insbesondere die Betreuungsplätze im Kinderhaus L., das als kommunale Einrichtung betrieben wird, den eigenen Ortsansässigen vorrangig zur Verfügung zu stellen, legitim. Das gewählte Mittel - der Ausschluss von Kindern zum Ende des Betreuungsjahres, die ihren Wohnsitz unterjährig aus dem Gebiet der Antragsgegnerin verlegen - wäre hierfür geeignet und auch angemessen, da mildere und gleich effektive Mittel, zumindest unter Einbeziehung der Kapazitätsengpässe, nicht ohne Weiteres ersichtlich sind. Ein Ausschluss wäre im Hinblick auf eine Abwägung der mit ihm verfolgten Gründe gegen die Interessen der Antragstellerin voraussichtlich auch nicht unangemessen. So sind zum einen die Kinder miteinzubeziehen, die auf der Warteliste stehen und potenziell ebenfalls dringend auf einen entsprechenden Betreuungsplatz angewiesen sind. Zudem hat die Antragsgegnerin eine Verantwortung - im Fall der Antragsgegnerin als kreisfreie Stadt als Gemeinde und als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe -, in ihrem Bereich genügend Plätze vorzuhalten. Zudem ist gerade bei kommunalen Einrichtungen auch zu beachten, dass die Lasten hierfür von Gemeindeangehörigen getragen werden. Zudem ist auch die Überlegung der Antragsgegnerin legitim, nicht durch die Zulassung von einzelnen Kindern einen Präzedenzfall schaffen zu wollen, der unter

Umständen eine faktische Erweiterung der Widmung ihrer öffentlichen Einrichtung beziehungsweise eine Bindung in künftigen Fällen unter dem Blickwinkel der Selbstbindung der Verwaltung zur Folge haben könnte. Schließlich spricht es für die Verhältnismäßigkeit, dass die Mutter der Antragstellerin schon früh über die Konsequenzen eines Wegzugs informiert und die vorgebrachten Belange auch geprüft wurden. Dass die Schwester der Antragstellerin ebenfalls das Kinderhaus besuchen möchte und Geschwister nach § 5 Abs. 3 KiTBS i.V.m. der Anlage 1 zur KiTBS grundsätzlich bei der Platzvergabe zu berücksichtigen sind, führt ebenfalls zu keiner gegenteiligen Bewertung, da diese Regelung nur zur weiteren Auswahl unter mehreren grundsätzlich nach § 5 Abs. 1 KiTBS Berechtigten dienen soll.

#### **50**

Da der Tatbestand von § 7 Abs. 1 KiTBS erfüllt ist, die Regelung eine gebundene Entscheidung bedingt, diese voraussichtlich nicht als nichtig anzusehen ist und selbst bei hilfswieser Annahme einer Härtefallklausel diese der Antragstellerin vorliegend voraussichtlich keinen Anspruch verschaffen würde, ist auch der angegriffene Verwaltungsakt voraussichtlich rechtmäßig und verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten.

#### **51**

Da der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach alldem unbegründet ist, ist er mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

#### **52**

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.