

Cramer, Jens

Trägerauswahl bei Kindertagesstätten
Rechtsgrundlagen, Verwaltungspraxis und Rechtsschutz

eingereicht als

MASTERARBEIT

an der

HOCHSCHULE MITTWEIDA (FH)

UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Fachbereich Soziale Arbeit

Roßwein 2013

Erstprüfer: Prof. Armin Wöhrle

Zweitprüferin: Prof. Dr. Hans-Joachim Artmeyer

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	S. 1
2.	Kinderbetreuungsbedarf in Deutschland	S. 3
3.	Praxis der Trägersauswahl - Ergebnisse einer Umfrage unter allen deutschen Jugend- und Landesjugendämtern, ergänzt durch weitere Recherchen	S. 5
3.1	Baden-Württemberg	S. 6
3.2	Bayern	S. 6
3.3	Brandenburg	S. 7
3.4	Hessen	S. 7
3.5	Niedersachsen	S. 7
3.6	Nordrhein-Westfalen	S. 8
3.7	Rheinland-Pfalz	S. 9
3.8	Sachsen	S. 9
3.9	Sachsen-Anhalt	S. 9
3.10	Schleswig-Holstein	S. 10
3.11	Thüringen	S. 10
4.	Landesrechtliche Finanzierungsgrundlagen im Bereich der Kindertagesbetreuung	S. 11
4.1	Bundesrecht	S. 11
4.2	Landesrecht	S. 14
4.2.1	Baden-Württemberg	S. 14
4.2.2	Bayern	S. 16
4.2.3	Berlin	S. 18
4.2.4	Brandenburg	S. 20
4.2.5.	Bremen	S. 21
4.2.6	Hamburg	S. 23
4.2.7	Hessen	S. 24
4.2.8	Mecklenburg-Vorpommern	S. 26
4.2.9	Niedersachsen	S. 28
4.2.10	Nordrhein-Westfalen	S. 29
4.2.11	Rheinland-Pfalz	S. 31
4.2.12	Saarland	S. 33

4.2.13	Sachsen	S. 34
4.2.14	Sachsen-Anhalt	S. 36
4.2.15	Schleswig-Holstein	S. 38
4.2.16	Thüringen	S. 39
4.2.17	Zusammenfassung	S. 40
5.	Rechtliche Würdigung der Verfahren zur Trägersauswahl	S. 42
5.1	Bedarfsplanung als Grundlage der Trägersauswahl	S. 42
5.1.1	Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit	S. 43
5.1.1.1	Der Betrieb einer Kindertageseinrichtung als Beruf i. S. d. Art. 12 GG	S. 44
5.1.1.2	Die Nichtaufnahme einer Kindertageseinrichtung in den Bedarfsplan als Eingriff in die Berufsfreiheit	S. 45
5.1.2	Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs	S. 46
5.1.3	Rechtsschutz	S. 54
5.1.4	Zusammenfassung	S. 57
5.2	Trägersauswahl und Vergaberecht	S. 58
5.2.1	Einleitung	S. 58
5.2.2	Verhältnis von Vergaberecht und Sozialrecht	S. 59
5.2.3	Anwendung des Vergaberechts im Falle der Trägersauswahl für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung	S. 62
5.2.3.1	Einführung in das Vergaberecht	S. 62
5.2.3.2	Tatbestandsmerkmale der §§ 97ff. GWB	S. 64
5.2.3.2.1	Beteiligte des Vergabeverfahrens	S. 64
5.2.3.2.2	Erfordernis eines öffentlichen Auftrages	S. 65
5.2.3.3	Schwellenwerte	S. 71
5.2.3.4	Rechtsschutz	S. 72
5.2.4	Zusammenfassung	S. 74
6.	Vorschlag für die Ausgestaltung eines rechtmäßigen und interessengerechten Verfahrens zur Bedarfsdeckung	S. 75
7.	Zusammenfassung / Ergebnis	S. 78

Literaturverzeichnis	S. IV
Abkürzungsverzeichnis	S. X
Anlagenverzeichnis	S. XI

Literaturverzeichnis

Ax, Thomas / Schneider, Matthias: Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen. Erich Schmidt Verlag, Berlin 2011, (zit.: Ax/Schneider, S. ...)

Banafsche, Minou: Die Leistungsvergabe im Recht der Kinder- und Jugendhilfe in Form der Sozialraumvergabe. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, Jahrgang 2010, Heft 7, S. 227 - 236, (zit.: Banafsche 2010, S. ...)

Brünner, Frank: Ausschreibungspflicht für soziale Dienstleistungen? Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 36. Jahrgang 2005, Heft 3, S. 70 - 81, (zit.: Brünner 2005, S. ...)

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Untersuchung zum Stand des Ausbaus der Kindertagesbetreuung für Kinder im Alter von unter drei Jahren – 2008, Repräsentative Stichprobenerhebung bei 180 Jugendämtern, Berlin 2008, (zit.: BMFSFJ 2008, S. ...)

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes - Bericht der Bundesregierung 2013 nach § 24a Abs. 5 SGB VIII über den Stand des Ausbaus für ein bedarfsgerechtes Angebot an Kindertagesbetreuung für Kinder unter drei Jahren für das Berichtsjahr 2012, Berlin 2013, (zit.: BMFSFJ 2013, S. ...)

Burmeister, Thomas / Seith, Sebastian: Die Kindergartenförderung nach dem neuen Kindergartengesetz. Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, Jahrgang 2004, Heft 6, S. 201 - 207, (zit.: Burmeister/Seith 2004, S. ...)

Cremer, Georg: Ausschreibung sozialer Dienstleistungen als Problem - Wie lassen sich Transparenz, Wirtschaftlichkeit und das Wahlrecht der Hilfeberechtigten sichern? In: Aufderheide, Detlef / Dabrowski, Martin (Hg.), Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft / Wirtschaftsethische und moralökonomische Perspektiven für den Pflegesektor, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 551, S. 250 - 269, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2007, (zit.: Cremer 2007, S. ...)

- Engler, Ulla: Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010, (zit.: Engler 2010, S. ...)
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Edition 17, Stand 01.01.2013, Verlag C. H. Beck München, (zit.: *Bearbeiter* in BeckOK, Art. ..., Rn. ...)
- Forkel, Hans-Walter: Kinder- und Jugendhilferecht: Zur Systematik der Förderung freier Träger der Jugendhilfe. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, Jahrgang 2010, Heft 1, S. 5 - 12, (zit.: Forkel 2010, S. ...)
- Fridrich, Alexandra / Lieber, Thomas 2008: Förderansprüche der freien Träger von Kindergärten und Kinderkrippen. Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, Jahrgang 2008, Heft 3, S. 81 - 92, (zit.: Fridrich/Lieber 2008, S. ...)
- Hoyer, Martin: Leistungsentgeltfinanzierung für Kindertagesstätten freier Träger in Berlin. Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, Jahrgang 44.2000, S. 36 - 40, (zit.: Hoyer 2000, S. ...)
- Krohn, Wolfram: Vergaberecht und Sozialrecht - Unvereinbarkeit oder Konkordanz? Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 36. Jahrgang 2005, Heft 3, S. 90 - 105, (zit.: Krohn 2005, S. ...)
- Kunkel, Peter-Christian (Hg.): Kommentar zum SGB VIII, 4. Auflage 2011, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, (zit.: *Bearbeiter* in Kunkel 2011, § ..., Rn. ...)
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter: Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattwerk 67. Auflage 2013, Verlag C. H. Beck, München, (zit.: *Bearbeiter* in M/D 2013, Art. ..., Rn. ...)

Meyer, Dirk: Ausschreibungen und personengebundene Budgets als neue Steuerungsmodelle in der Sozialwirtschaft - Plädoyer für die Ausweitung von Marktkonzepten bei sozialen Diensten. Zeitschrift für Sozialreform, 56. Jahrgang 2010, Heft 1, S. 85 - 111, (zit.: Meyer 2010, S. ...)

Mrozynski, Peter: Leistungsverträge zwischen hoheitlicher Steuerung und privatrechtlichem Wettbewerb. Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, Jahrgang 47.2001, S. 29 - 56, (zit.: Mrozynski 2001, S. ...)

Neumann, Volker: Subventionen oder Leistungsentgelte? - Drei Anmerkungen zum Leistungserbringungsrecht des SGB VIII. Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, Jahrgang 31.1996, S. 42 - 61, (zit.: Neumann 1996, S. ...)

Neumann, Volker / Nielandt, Dörte / Philipp, Albrecht: Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?", Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Caritasverbandes und des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland mit Unterstützung des Diözesan-Caritasverbandes für das Erzbistum Köln und der Katholischen Bundesarbeitsgemeinschaft Integration durch Arbeit (IDA) im Deutschen Caritasverband, April 2004, abgerufen unter: www.erev.de/fileadmin/service/Referate_Manuskripte/GUTACHTENNeumann.pdf, verfügbar am 05.04.2013, (zit.: Neumann u. a. 2004, S. ...)

Neumann, Volker: Was kennzeichnet das Leistungserbringungsrecht der Sozialhilfe? Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 36. Jahrgang 2005, Heft 3, S. 3 - 9, (zit.: Neumann 2005, S. ...)

Nielandt, Dörte: Die Beteiligung freier Träger bei der Vergabe von Sozialleistungen. Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, Jahrgang 57.2005, S. 44 - 57, (zit.: Nielandt 2005, S. ...)

Philipp, Albrecht: Der Rechtskonflikt zwischen Vergabe- und Sozialrecht. Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 36. Jahrgang 2005, Heft 3, S. 82 - 88, (zit.: Philipp 2005, S. ...)

- Prieß, Hans-Joachim / Krohn, Wolfram: Die Durchführung förmlicher Vergabeverfahren im Sozialhilfereich. Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 36. Jahrgang 2005, Heft 3, S. 34 - 47, (zit.: Prieß/Krohn 2005, S. ...)
- Pünder, Hermann / Schellenberg, Martin: Kommentar zum Vergaberecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011, (zit.: Bearbeiter in P/S 2011, § ..., Rn. ...)
- Rixen, Stephan: Vergaberecht im SGB II - nach Ermessen? Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 36. Jahrgang 2005, Heft 3, S.106 - 125, (zit.: Rixen 2005, S. ...)
- Schäffer, Rebecca: Die freien gemeinnützigen Träger im europäischen Vergaberecht. Johannes Herrmann Verlag, Gießen 2009, (zit.: Schäffer 2009, S. ...)
- Schellhorn, Walter / Fischer, Lothar / Mann, Horst / Schellhorn, Helmut / Kern, Christoph: Kommentar zum SGB VIII, 4. Auflage 2012, Luchterhand, Köln, (zit.: *Bearbeiter in S/F/M/S/K 2012, § ..., Rn. ...*)
- Schoch, Friedrich / Schneider, Jens-Peter / Bier, Wolfgang, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblattwerk, Stand August 2012, Verlag C. H. Beck, München, (zit.: Bearbeiter in S/S/B 2012, § ..., Rn. ...)
- Sell, Stefan: Objekt-/Subjektfinanzierung und Regelungsstrukturen oder: Wie sinnvoll ist der Einsatz von Gutscheinen zur Angebots- und Nachfragesteuerung im Bereich der Kindertagesbetreuung?, Präsentation zum Vortrag beim „Fachforum ‚Kita-Gutscheinsystem‘ – Chancen, Risiken und Nebenwirkungen“ der Arbeitsgemeinschaft der Familienverbände in Niedersachsen (AGF) am 25.01.2010, abgerufen unter: http://www.agf-nds.de/02-aktuell/material/Praesentation_Sell_Kita-Gutschein.pdf, verfügbar am 24.02.2013, (zit.: Sell 2010a, S. ...)

Sell, Stefan: Argumente gegen eine Angebots- und Nachfragesteuerung von Kindertageseinrichtungen durch Gutscheine. In: Betz, Zanja / Diller, Angelika / Rauschenbach, Thomas (Hg.), Kita-Gutscheine - Ein Konzept zwischen Anspruch und Realisierung, S. 71 - 87, Verlag Deutsches Jugendinstitut, München 2010, (zit.: Sell 2010b, S. ...)

Stähr, Axel: Auswahl von Leistungserbringern im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, Jahrgang 2006, Heft 4, S.180 - 185, (zit.: Stähr 2006, S. ...)

Statistisches Bundesamt: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Kinder in Kindertageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege in Deutschland - Modellrechnungen für das Jahr 2013, Wiesbaden 2009, (zit.: KJH-Statistik 2009, S. ...)

Statistisches Bundesamt: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 01.03.2012, Wiesbaden 2012, (zit.: KJH-Statistik 2012, S. ...)

Terbille, Michael, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Verlag C. H. Beck, München 2009, (zit.: Bearbeiter in Terbille 2009, Rn. ...)

Wabnitz, Reinhard Joachim: Rechtsanspruch auf Förderung von Tageseinrichtungen für Kinder gemäß § 74 SGB VIII gegebenenfalls auch nach dem 31.12.2004. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), Jahrgang 2009, Heft 10, S. 398 - 400, (zit.: Wabnitz 2009, S. ...)

Wiesner, Reinhard: Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und die Einheit der Jugendhilfe. In: Zentralblatt für Jugendrecht, Kindheit - Jugend - Familie, 90. Jahrgang, Heft 8-9/2003, S. 293 - 300, (zit.: Wieser 2003, S. ...)

Wiesner, Reinhard: Ist das Kita-Gutscheinsystem kompatibel zum KJHG? In: Betz, Zanja / Diller, Angelika / Rauschenbach, Thomas (Hg.), Kita-Gutscheine - Ein Konzept zwischen Anspruch und Realisierung, S. 89 - 96, Verlag Deutsches Jugendinstitut, München 2010, (zit.: Wieser 2010, S. ...)

Wilhelmi, Rüdiger: Spielräume der Ausschreibung sozialer Dienstleistungen im deutschen und europäischen Vergaberecht. In: Aufderheide, Detlef / Dabrowski, Martin (Hg.), Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft / Wirtschaftsethische und moralökonomische Perspektiven für den Pflegesektor, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 551, S. 279 - 288, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2007, (zit.: Wilhelmi 2007, S. ...)

Ziekow, Jan / Völlnik, Uwe-Carsten, Kommentar zum Vergaberecht, Verlag C. H. Beck, München 2011, (zit.: Bearbeiter in Z/V 2011, § ..., Rn. ...)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
Amtsbl	Amtsblatt
BremGBI	Bremisches Gesetzblatt
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
GBI	Gesetzblatt
GVBI	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBI LSA	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt
GVOBI	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVOBI M-V	Gesetz- und Verordnungsblatt Mecklenburg-Vorpommern
GV NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
HmbGVBI	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds GVBI	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
SächsGVBI	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A

Soweit darüber hinaus Abkürzungen für Gesetze verwendet werden, sind diese jeweils bei der erstmaligen (vollständigen) Benennung des Gesetzes in Klammern dahinter gesetzt.

Anlagenverzeichnis

Anlage 1 = Schreiben an die Jugendämter

Anlage 2 = Schreiben an die Landesjugendämter

1. Einleitung

Der Markt der Kindertagesbetreuung ist in Bewegung. Zum einen betrifft dies bestehende Einrichtungen der Kindertagesbetreuung, bei denen die bisherigen (privaten und öffentlichen) Träger sich aus den unterschiedlichsten Gründen zurückziehen und ihre Einrichtungen an andere Träger abgeben. Zum anderen ist und bleibt aber vor allem der Ausbau der Kindertagesbetreuungskapazitäten im sog. U3-Bereich ein Thema.

Als potentielle Betreiber von Kindertagesstätten agieren freie Träger (große kirchliche Träger wie Diakonie und Caritas, Kirchengemeinden, Elterninitiativen, (Ideal-)Vereine unterschiedlichster Couleur sowie Träger mit Unternehmensstrukturen) einerseits sowie öffentliche Träger (Kommunen) andererseits. Umso mehr sich zwischen diesen Trägern ein Wettbewerb entwickelt, umso mehr rückt die Frage in den Vordergrund, in welchem rechtlichen Rahmen dieser stattfindet. Dies gilt insbesondere Hinblick auf die Finanzierung der Kindertagesbetreuung mit öffentlichen Mitteln bzw. die Entscheidung, welche Träger in den Genuss dieser Mittel kommen. Die dabei angesprochenen Rechtsfragen, die in dieser Arbeit unter dem Stichwort „Trägerauswahl“ behandelt werden, bewegen sich sowohl auf der Ebene des Grundsätzlichen als auch auf einer verfahrensrechtlichen Ebene:

- Ist die in den meisten Ländern getroffene Regelung verfassungsgemäß, wonach Einrichtungen (bzw. ihre Träger), die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden, keine öffentlichen Finanzmittel erhalten?
- Wann bedarf es für die Auswahl eines Trägers der Durchführung eines formalen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)?

Mit dieser Masterarbeit sollen deshalb zum einen die genannten Rechtsfragen beantwortet und die sich daraus ergebenden Handlungsmöglichkeiten für das Management eines auf dem Markt der Kindertagesbetreuung agierenden Trägers dargestellt werden. Zum anderen sollen Vorschläge dazu entwickelt werden, wie ein Verfahren zur Bedarfsdeckung ausgehend von den mit dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnissen ausgestaltet werden sollte.

Um zu entsprechenden Aussagen zu gelangen wird zunächst der aktuelle Stand des Ausbaus der Kindertagesbetreuung und hier insbesondere der weitere Ausbaubedarf im Bereich der U3-Betreuung beschrieben, um damit die praktische Relevanz des

Themas „Trägerauswahl“ zu verdeutlichen. Daran anschließend werden die Ergebnisse einer Umfrage zur Verwaltungspraxis der Trägerauswahl bei allen Landesjugendämtern und Jugendämtern in Deutschland sowie die landesrechtlichen Finanzierungsgrundlagen im Bereich der Kindertagesbetreuung dargestellt. Unter Bezugnahme auf die landesrechtlichen Regelungen und die Praxisbeispiele folgen dann schließlich die Ausführungen zu den o. g. Rechtsfragen sowie ein Vorschlag für die Ausgestaltung eines rechtmäßigen und interessengerechten Verfahrens zur Bedarfsdeckung (und damit auch zur Trägerauswahl) im Bereich der Kindertagesbetreuung.

2. Kinderbetreuungsbedarf in Deutschland

Während der Bedarf an Betreuungsplätzen für Kinder ab dem 3. Lebensjahr in Deutschland als nahezu vollständig gedeckt angesehen werden kann (die Betreuungsquote betrug am 01.03.2012 im Bundesdurchschnitt 93,4% - vgl. die Angaben des Statistischen Bundesamtes unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/Betreuungsquote2012.html> , abgerufen am 14.04.2013) verhält sich das für Kinder im Alter von unter 3 Jahren deutlich anders. In Deutschland werden deshalb seit einigen Jahren verstärkt Anstrengungen unternommen, die Betreuung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege auszubauen. Seinen legislativen Niederschlag haben diese Bemühungen im Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG) gefunden. Als Kern des Gesetzes wurde für Kinder, die das erste Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres, ein Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege normiert. Vorausgegangen war dieser Gesetzesänderung der sog. „Krippengipfel“ (vgl. Zwischenbericht 2012, S. 1), auf dem Bund, Länder und Kommunen vereinbart hatten, bis zum 01.08.2013 für mindestens jedes dritte Kind unter drei Jahren ein bedarfsgerechtes Angebot an Plätzen in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege zur Verfügung zu stellen. Diese Versorgungsquote von ca. 35 Prozent entsprach nach den damals vorliegenden Zahlen einem Bedarf von ca. 750.000 Betreuungsplätzen. Aufgrund aktueller Erhebungen hat sich diese Zahl um ca. 30.000 Plätze auf 780.000 Betreuungsplätze erhöht. Was den tatsächlichen Betreuungsbedarf angeht, ist davon auszugehen, dass dieser noch etwas höher liegt, als die angestrebten 35 Prozent. Ausgehend von den seitens der Erziehungsberechtigten geäußerten Betreuungswünschen liegt der Bedarf danach bei 39,4 Prozent (vgl. Zwischenbericht 2012, S. 3). In absoluten Zahlen bedeutet dies, dass ca. 878.000 Betreuungsplätze benötigt werden.

Die letzten vorliegenden Zahlen, den Ist-Stand der Kindertagesbetreuung für Kinder im Krippenalter betreffend, stammen aus dem März 2012. Zu diesem Zeitpunkt wurden 558.208 Kinder im Alter von null bis drei Jahren in Kindertageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege betreut (KJH-Statistik 2012, S. 82). Dies entspricht einer Betreuungsquote von 27,6 Prozent (vgl. BMFSFJ 2013, S. 3). Im März

2009 betrug die Zahl der betreuten Kinder unter drei Jahren ca. 417.000 (vgl. KJH-Statistik 2009, S. 3). Auf Grundlage dieser Zahl und unter Berücksichtigung des Ziels, bis zum August 2013 eine Betreuungsquote von 35 Prozent zu erreichen, wurde ein durchschnittlicher jährlicher Anstieg von zwischen 68.700 und 72.700 Betreuungsplätzen errechnet (die unterschiedlichen Zahlen ergeben sich aus den verschiedenen Modellen, die unter Zugrundelegung unterschiedlicher Annahmen gerechnet wurden – vgl. KJH-Statistik 2009, S. 9). Tatsächlich wurden dann im Zeitraum vom April 2009 bis März 2012 durchschnittlich (nur) 47.000 neue Betreuungsplätze geschaffen.

Betrachtet man nun die vorstehend genannten Zahlen, so ergibt sich, dass noch ein erheblicher Zuwachs an Betreuungskapazitäten notwendig ist, um die geplante bzw. erwünschte Bedarfsdeckung zu erreichen. In zeitlicher Hinsicht ist dabei davon auszugehen, dass zur Erreichung der genannten Ziele noch vier bis sieben Jahre benötigt werden (unter Zugrundelegung der augenblicklichen Zuwächse einerseits und der geplanten bzw. seitens der Eltern gewünschten Bedarfsdeckungsquote andererseits). Es bietet sich hier mithin ein weites Betätigungsfeld für freie Träger, die am Betrieb von Kindertageseinrichtungen interessiert sind. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass in entsprechenden Befragungen 67 Prozent der Jugendämter den Neubau von Kindertageseinrichtungen als Strategie zum Ausbau der Kindertagesbetreuung genannt haben (vgl. Zwischenbericht 2013, S. 17).

3. Praxis der Trägersauswahl - Ergebnisse einer Umfrage unter allen deutschen Jugend- und Landesjugendämtern, ergänzt durch weitere Recherchen

Um mir einen Eindruck von der Praxis im Hinblick auf die Auswahl von Trägern für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung zu verschaffen, habe ich eine entsprechende Umfrage bei allen Jugendämtern und Landesjugendämtern in Deutschland durchgeführt. Die entsprechenden Anschreiben sind als Anlage beigelegt. Zwar verhält es sich so, dass die Zuständigkeit für die Bedarfsplanung und Bedarfsdeckung von den örtlichen Trägern der Jugendhilfe häufig auf Grundlage entsprechender Vereinbarungen auf die Gemeinden übertragen worden ist. Ich habe mich aber gleichwohl für diesen Adressatenkreis entschieden, da ich davon ausgegangen bin, dass auch den örtlichen Trägern der Jugendhilfe bekannt sein sollte, nach welchen Vorgaben die Kommunen ihre Bedarfsplanung durchführen (schließlich ändert die Übertragung der Planungszuständigkeit nichts daran, dass die öffentlichen Träger der Jugendhilfe weiterhin dafür verantwortlich sind, dass die in § 24 SGB VIII geregelten Rechtsansprüche erfüllt werden können). Vergleichbare Erwägungen haben mich auch dazu veranlasst, die Landesjugendämter anzuschreiben. Was die Jugendämter angeht, habe ich es für die Zwecke der Umfrage zudem als ausreichend angesehen, auf diesem Wege zumindest Informationen von der Verfahrensweise in den kreisfreien Städten zu erhalten, in denen es eine entsprechende Aufgabenübertragung bezüglich der Bedarfsplanung nicht gibt.

Insgesamt habe ich 68 verwertbare Antworten auf meine Umfrage erhalten. Angesichts der Zahl der Antworten sowie auch teilweise aufgrund ihres recht knappen Inhalts kann nun sicherlich nicht davon ausgegangen werden, dass diese Antworten repräsentativen Charakter im Hinblick auf die Praxis der Trägersauswahl bzw. Bedarfsplanung in Deutschland haben. Dies war aber auch nicht Sinn und Zweck der Umfrage. Es ging mir lediglich darum, einen gewissen Eindruck von dieser Praxis bzw. entsprechende Praxisbeispiele zu erhalten. Diesen Zweck hat die Umfrage jedenfalls erfüllt. Nur in diesem Sinne werden die Ergebnisse auch nachfolgend zum Gegenstand dieser Arbeit gemacht.

3.1 Baden-Württemberg

Aufgrund meiner Umfrage erhielt ich drei Antworten von Jugendämtern in Baden-Württemberg. Von keinem dieser Jugendämter wird bei der Auswahl von Trägern für Kindertageseinrichtungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) angewendet. Auch wurden keine sonstigen formalisierten Auswahlverfahren benannt. Soweit Ausführungen zur konkreten Auswahlpraxis in der Vergangenheit gemacht wurden, wurde darauf verwiesen, dass der Betreuungsbedarf mit den vorhandenen Trägern verhandelt wurde. Zudem wurde die Aufnahme des Trägers in die Bedarfsplanung als Voraussetzung für eine Förderung benannt. Im Rahmen einer Internetrecherche zu Vergabeverfahren in Bezug auf die Auswahl von Trägern für Kindertageseinrichtungen bin ich zudem auf eine Ausschreibung der Rems-Murr-Kliniken gGmbH gestoßen. Die Ausschreibung betraf die Übernahme einer Trägerschaft für eine neue Kindertagesstätte der Rems-Murr-Kliniken gGmbH. Die Ausschreibung erfolgte dabei nach den Vorgaben der VOL (www.ausschreibungen-deutschland.de/66230_trägerschaft_für_eine_neue_kindertagesstätte_der_rems-murr-kliniken_ggmbh_2012_waiblingen, abgerufen am 08.04.2013).

3.2 Bayern

Aufgrund meiner Umfrage erhielt ich neun Antworten von Jugendämtern in Bayern. Von keinem dieser Jugendämter wird bei der Auswahl von Trägern für Kindertageseinrichtungen die VOL angewendet. Auch wurden keine sonstigen formalisierten Auswahlverfahren benannt. Zum Teil wurde allerdings auf Interessenbekundungsverfahren verwiesen. Nähere Angaben dazu, wie dieses Interessenbekundungsverfahren ausgestaltet ist, machte lediglich die Landeshauptstadt München. Auch von den bayrischen Jugendämtern kam häufig die Aussage, dass die Übernahme neuer Einrichtungen bzw. die Bereitstellung weiterer Plätze mit den bereits vorhandenen Trägern verhandelt wurde. Zum Teil wurde auch die Auskunft erteilt, dass es diesbezüglich seit Längerem keine Veränderungen gegeben habe bzw. solche auch nicht zu erwarten seien, weil bereits eine 100%ige Bedarfsdeckung erreicht sei (jedenfalls den Bedarf an Betreuungsplätzen für Kinder ab dem 3. Lebensjahr betreffend).

3.3 Brandenburg

Die vier Antworten, die ich von Jugendämtern aus Brandenburg bekommen habe, fielen recht unterschiedlich aus. So erhielt ich zum einen im Hinblick auf die Bedarfsplanung die Auskunft, dass sich die Aufnahme in den Bedarfsplan (ausschließlich) nach dem nachgewiesenen Bedarf richte, d. h., wer eine Kita betreibt und nachweisen kann, dass die Plätze der Kita in Anspruch genommen werden, wird auch in den Bedarfsplan aufgenommen. Zum Erhalt einer Förderung ist dann lediglich noch der Beitritt zur Rahmenvereinbarung erforderlich. Seitens einer anderen Kommune wurde erklärt, dass im Prinzip jeder Träger in die Bedarfsplanung aufgenommen wird, der die aus dem Kindertagesstättengesetz zu entnehmenden Anforderungen an den Betrieb einer Kindertagesstätte erfüllt. Soweit die Jugendämter aus dem ländlichen Raum stammten, wurde zudem mitgeteilt, dass das Thema „Trägerauswahl“ faktisch keines ist. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass auf dem Land eher mit einem Rückgang des Bedarfs zu rechnen ist (dies deckt sich mit den vorhandenen statistischen Aussagen zur örtlichen Verteilung des noch nicht gedeckten Betreuungsbedarfs - vgl. BMFSFJ 2008, S. 11). Lediglich von einem Jugendamt erhielt ich die Aussage, dass neben fachlich und konzeptionellen Erwägungen auch die VOL beachtet werden müsse. Ansonsten wurde die Frage nach der Anwendung der VOL oder sonstigen formalen Verfahren verneint.

3.4 Hessen

Von den in Hessen angeschriebenen Jugendämtern habe ich lediglich zwei Antworten erhalten. Diesen war zum einen zu entnehmen, dass die Vorgaben der VOL nicht zu beachten seien. Zum andern wurde auch die Frage nach der Anwendung sonstiger formaler Verfahrensvorgaben verneint.

3.5 Niedersachsen

Von den in Niedersachsen angeschriebenen Jugendämtern erhielt ich fünf Antworten. Die Frage zur Anwendung der VOL wurde durchgehend verneint (entweder in dem Sinne, dass die Notwendigkeit verneint wurde oder dass erklärt wurde, dass dies in der Praxis bislang keine Rolle gespielt habe). Ebenfalls überwiegend verneint wurde die Frage nach sonstigen formalen Vorgaben für die Trägerauswahl. Lediglich von einer

Kommune (Stadt Braunschweig) wurden etwas detailliertere Angaben zur Durchführung eines schriftlichen Interessenbekundungsverfahrens gemacht (an dessen Ende der Vorschlag einer Auswahlkommission steht, der in den kommunalpolitischen Gremien beraten und beschlossen wird). Ansonsten wurde zum einen die Auskunft erteilt, dass zusätzliche Bedarfe mit den vorhandenen Einrichtungen verhandelt wurden. Zum anderen erhielt ich von einem Jugendamt (Landkreis Cloppenburg) die Auskunft, dass neue zusätzliche Kindertagesstätten ausschließlich in Trägerschaft der Kommunen betrieben werden!

3.6 Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen habe ich von 16 Jugendämtern Antworten auf meine Umfrage erhalten. Darunter befindet sich mit dem Jugendamt der Stadt Hennef auch das einzige Jugendamt, das zur Vergabe der Trägerschaft für den Betrieb von drei Kindertageseinrichtungen ein Vergabeverfahren nach der VOL durchgeführt hat (vgl. die Bekanntmachung vergebener Aufträge unter www.ausschreibungen-deutschland.de/71242_betrieb_von_kindertageseinrichtungen_durch_freie_träger_2012_hennef, abgerufen am 08.04.2013 um 17:50 Uhr).

Neben dem Jugendamt Hennef bejahte ein weiteres Jugendamt die Frage nach der Anwendung der VOL (allerdings ohne weitere Angaben zu machen oder Beispiele zu nennen). Alle anderen Jugendämter verneinten die Frage nach der Anwendung der VOL. Als Antwort auf die Frage nach sonstigen formalen Auswahlverfahren wurde zum Teil auf die Durchführung von Interessenbekundungsverfahren (zum Teil nur mit ausgewählten Trägern) verwiesen. Etwas ausführlichere Angaben zur Durchführung dieser Verfahren machten lediglich die Jugendämter der Städte Pulheim, Köln und Bielefeld. Von der Stadt Köln wurde dabei u. a. mitgeteilt, dass der Verfahrensablauf in aller Regel so ist, dass ein Investor anbietet, eine Kindertageseinrichtung zu bauen und dabei (unter anderem bei der Trägerschaftssuche) um Unterstützung bittet. Dem Investor werde dann nach Durchführung eines entsprechenden Auswahlverfahrens ein möglicher Träger vorgeschlagen. Die abschließende Entscheidung liege dann bei dem Investor, der dann auch die notwendigen Vertragsverhandlungen mit dem potenziellen Träger der Einrichtungen führe.

Auch seitens einiger nordrhein-westfälischer Jugendämter wurde darauf verwiesen, dass zusätzlicher Bedarf an Kinderbetreuungskapazitäten mit dem vorhandenen Träger verhandelt wird. In einem Fall (Stadt Oer-Erkenschwick) wurde mitgeteilt, dass der zusätzliche Bedarf an Plätzen zur U-3-Betreuung aufgrund des zurückgehenden Bedarfes an Plätzen zur Ü-3-Betreuung bislang vollständig durch entsprechende Umwandlungen gedeckt werden konnte.

3.7 Rheinland-Pfalz

Von den in Rheinland-Pfalz angeschriebenen Jugendämtern habe ich lediglich eine Antwort erhalten. Es wurde mitgeteilt, dass die Anwendung der VOL nicht in Betracht komme. Zudem verhalte es sich so, dass aufgrund der demografischen Entwicklung keine Trägervergaben anstünden. Derzeit stünden 16 Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft, zwei in der Trägerschaft von Vereinen und 28 in der Trägerschaft von Ortsgemeinden. Eine Veränderung dieser Trägerlandschaft sei nicht geplant.

3.8 Sachsen

Von den in Sachsen angeschriebenen Jugendämtern habe ich vier Rückmeldungen erhalten. In allen Fällen ergibt sich, dass die VOL nicht als einschlägig angesehen wird. Allerdings gibt es jedenfalls in den Kommunen Chemnitz und Dresden sowie im Landkreis Zwickau mehr oder weniger formalisierte Auswahlverfahren. Vom Jugendamt des Landkreises Sächsische Schweiz-Osterzgebirge wurde bezüglich der Auswahl von Trägern auf ortsübliche bzw. überörtliche Ausschreibungen verwiesen (allerdings, wie eingangs bereits festgestellt, nicht auf Grundlage der VOL).

3.9 Sachsen-Anhalt

Von den in Sachsen-Anhalt angeschriebenen Jugendämtern habe ich lediglich eine Antwort erhalten. Danach kommt die VOL nicht zur Anwendung. Es gebe auch kein formalisiertes Verfahren, es werde in der Regel vielmehr ausgeschrieben und dann seitens des örtlich zuständigen Gemeinderates auf Grundlage der Kriterien konzeptionelle Ausrichtung und Finanzierung ein Beschluss gefasst.

3.10 Schleswig-Holstein

Von den in Schleswig-Holstein angeschriebenen Jugendämtern habe ich vier Antworten erhalten. Die Frage nach der Anwendung der VOL wurde in allen Antworten verneint bzw. der Hinweis gegeben, dass die Frage nach der Anwendung der VOL in der Praxis bislang noch nicht von Relevanz war. Ebenfalls verneint wurde die Frage nach einem sonstigen formalisierten Verfahren. Diesbezüglich wurde in der Regel auf die Bedarfsplanung verwiesen bzw. auf die Aufnahme des Trägers in die Bedarfsplanung als Voraussetzung für seine Förderung. Von zwei Jugendämtern wurde zudem mitgeteilt, dass sich die Frage nach der Trägersauswahl in der Praxis bislang deshalb nicht gestellt habe, weil es zu wenig Träger gibt, die an der Übernahme einer Kita interessiert sind. Es verhalte sich dementsprechend so, dass jeder Träger dankbar aufgenommen werde.

Zudem hat das Landesjugendamt des Landes Schleswig-Holstein mir (als einziges Landesjugendamt) meine Fragen beantwortet: Die Frage nach der Anwendung der VOL wird verneint. Es wird allerdings gleichzeitig darauf hingewiesen, dass angesichts der augenblicklich geführten Diskussion über die Anwendung des Vergaberechts im Bereich der Erbringung von Leistungen nach dem SGB VIII nicht ausgeschlossen werden könne, dass die VOL in Einzelfällen Relevanz erlangt. Im Übrigen wird bezüglich der Voraussetzungen für eine Trägerschaft bzw. die Förderung eines Trägers auf die Vorgaben zur Bedarfsplanung verwiesen.

3.11 Thüringen

Von den in Thüringen angeschriebenen Jugendämtern habe ich eine Antwort erhalten. Es wurde allerdings nur mitgeteilt, dass die Kindertagesstätten vor über 10 Jahren an freie Träger übergeben wurden und heute keine Aussagen mehr dazu getätigt werden könnten, wie der Prozess des Trägerwechsels seinerzeit gestaltet wurde.

4. Landesrechtliche Finanzierungsgrundlagen im Bereich der Kindertagesbetreuung

Um die Frage zu beantworten, in welcher Form die öffentliche Hand den Betrieb von Kindertagesstätten finanziert und wer in den Genuss der entsprechenden Mittel kommen kann, wird nachfolgend zunächst ein Blick auf die einschlägigen jugendhilferechtlichen Regelungen geworfen, d. h. das Achte Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB VIII) und die im Hinblick auf den Betrieb von Tageseinrichtungen erlassenen Landesgesetze. Dabei beschränken sich die Ausführungen dem Thema der Arbeit entsprechend zum einen auf die für Kindertageseinrichtungen getroffenen Regelungen (außen vor bleiben deshalb z. B. die Regelungen für den Bereich der Kindertagespflege). Zum anderen werden nur die Grundzüge der Finanzierung dargestellt (weshalb keine detaillierten Ausführungen zur möglichen Höhe der Finanzierung gemacht werden).

4.1 Bundesrecht

Bundesrechtliche Regelungen den Betrieb von Kindertagesstätten betreffend finden sich im SGB VIII. Wie sich aus § 2 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 3 ergibt, gehören Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen zu den Leistungen und anderen Aufgaben der Jugendhilfe nach dem SGB VIII. Dementsprechend finden sich im SGB VIII zum einen spezielle Vorschriften für Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (vgl. insbesondere die §§ 22 bis 25 SGB VIII). Daneben kommen aber auch die sonstigen Vorschriften des SGB VIII auf den Betrieb von Kindertageseinrichtungen zur Anwendung, soweit es sich nicht um spezielle Vorschriften für andere Leistungen und Aufgaben der Jugendhilfe handelt.

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung und zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Tagesbetreuungsgesetz – TAG) am 01.01.2005 gehörten auch die Vorschriften über die Zusammenarbeit mit der freien Jugendhilfe (§§ 73ff SGB VIII) einschränkungslos zu den auf den Betrieb von Kindertagesstätten zur Anwendung kommenden Vorschriften des SGB VIII. Damit kam insbesondere auch § 74 SGB VIII zur Anwendung (vgl. hierzu z. B. die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 18.12.2006 - 12 S 2474/06 -, die dem freien Träger einer Kindertagesstätte einen klagbaren Anspruch auf Förderung gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe zusprach). Durch das TAG

wurde im SGB VIII jedoch ein neuer § 74a „Finanzierung für Tageseinrichtungen für Kinder“ eingefügt. Dieser sieht vor, dass die Finanzierung von Tageseinrichtungen das Landesrecht regelt. Begründet wurde diese gesetzliche Neuregelung mit in den Ländern herausgebildeten Finanzierungsformen, „die von den beiden im SGB VIII geregelten Systemen, nämlich der Förderungsfinanzierung (§ 74) und der Entgeltfinanzierung (§§ 78a ff.) abweichen“ (Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 06.09.2004, Bundestagsdrucksache 15/3676, Seite 39). Dabei wird in der Gesetzesbegründung weiter festgestellt, dass (insbesondere) die Förderungsfinanzierung nach § 74 SGB VIII bzw. ihre Voraussetzungen nicht mit der Praxis der Ermessensausübung seitens der Jugendämter zusammenpassen (vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 06.09.2004, Bundestagsdrucksache 15/3676, Seite 39). Hinzu kommt, dass die Finanzierung der Kindertagesbetreuung durch freie Träger über § 74 SGB VIII ohnehin seit Einführung des Rechtsanspruchs gem. § 24 Abs. 1 SGB VIII nicht mehr zweckdienlich war bzw. der Systematik des SGB VIII im Übrigen entsprach (vgl. Nonninger in Kunkel 2011, § 74a Rn. 1; Sell 2010a, S. 12f).

Ausgehend von den vorgenannten Begründungen war die Schaffung des § 74a SGB VIII allerdings nicht notwendig oder gar zwingend. Naheliegender wäre es meines Erachtens gewesen, entweder den Katalog des § 78a Abs. 1 SGB VIII zu erweitern oder § 78a Abs. 2 SGB VIII dahingehend zu erweitern, dass ihm ein zweiter Satz angefügt worden wäre, wonach als andere Leistungen im Sinne des Satzes 1 insbesondere die Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen anzusehen ist. Alternativ dazu hätte es sich angeboten, § 77 SGB VIII entsprechend zu ergänzen.

Auch ohne eine solche Ergänzung des SGB VIII wäre es zudem spätestens seit Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindertagesstättenplatz naheliegender gewesen, die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen in Trägerschaft der freien Jugendhilfe über § 77 SGB VIII zu gewährleisten. Dies gilt jedenfalls unter der Annahme dass § 77 SGB VIII immer dann zur Anwendung kommen sollte, wenn es um die Inanspruchnahme von durch freie Träger zur Verfügung gestellte Leistungen geht, auf die ein Rechtsanspruch besteht (vgl. Wiesner 2003, S. 298, der bzgl. entsprechender Rechtsgutachten auf Neumann/Mönch-Kalina, Jugendhilferechtlich Sozialleistungs- und Teilhabeansprüche im Kindergartenbereich, Stuttgart 1997, verweist; Wiesner 2010, S. 93; Kern in S/F/M/S/K 2012, § 74 Rn. 20; Forkel 2010, S. 9). Abgeleitet wird

dieser Anwendungsvorrang des § 77 SGB VIII im Verhältnis zur Zuwendungsförderung nach § 74 SGB VIII u. a. aus der Verwendung der Formulierung „Inanspruchnahme“ in § 77 SGB VIII. Eine Inanspruchnahme komme demnach nur in Betracht, wenn ein Rechtsanspruch des Leistungsberechtigten gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe besteht (vgl. Schindler in Kunkel 2011, § 77 Rn. 1 m. w. N.). Hinzu kommt, dass die Anwendung des § 77 SGB VIII auf die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen auch eher der heutigen Trägerlandschaft entspricht. Während früher die Trägerschaft von Kindertageseinrichtungen nahezu ausschließlich in öffentlicher Hand oder in der Hand der Kirchen lag, ist das Trägerspektrum heute deutlich vielfältiger geworden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf freie gemeinnützige Träger, die zum Teil nicht nur gemeinde- sondern länderübergreifend Kindertageseinrichtungen betreiben. Bei solchen Trägern kann meines Erachtens nicht (mehr) davon ausgegangen werden, dass sie mit dem Betrieb von Kindertageseinrichtungen das für eine Zuwendung nach § 74 vorausgesetzte eigene Interesse zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwirklichen (vgl. Kern in S/F/M/S/K 2012, § 77 Rn. 14).

Der hier vertretenen Einschätzung der richtigen Verortung der Finanzierung von Kindertagesstätten im Bereich des Leistungserbringungsrechts sind im Übrigen, wie nachfolgend zu sehen sein wird, mittlerweile auch einige Bundesländer mehr oder weniger weitgehend gefolgt.

Tatsache ist nun allerdings, dass der Gesetzgeber nicht den Weg über die §§ 77, 78a ff. SGB VIII gewählt, sondern sich für die Einfügung des § 74a SGB VIII in das SGB VIII entschieden und den Ländern damit die Möglichkeit eingeräumt hat, die Finanzierung von Kindertageseinrichtung vom SGB VIII „abzukoppeln“ (vgl. Kunkel in Kunkel 2011, § 74 Rn. 1; Kern in S/F/M/S/K 2012, § 74a, Rn. 6). Betrachtet man die in den einzelnen Bundesländern getroffenen Finanzierungsregelungen, so fällt auf, dass die Bundesländer die ihnen durch § 74a SGB VIII eingeräumte Regelungskompetenz anders als dies in der Literatur teilweise dargestellt wird (vgl. Kern a.a.O., Rn. 3) nicht immer vollständig in Anspruch genommen haben. So finden sich z. B. in den einschlägigen niedersächsischen Landesregelungen (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 4.1.9) nur sehr „rudimentäre“ Finanzierungsregelungen. Nach zum Teil vertretener Auffassung ist in solchen Fällen davon auszugehen, dass die Finanzierungsvorschriften des SGB VIII weiterhin ergänzend zur Anwendung kommen (vgl. Nonninger in Kunkel 2011, § 74a,

Rn. 3; Wabnitz 2009, S. 398f.; BVerwG, 21.01.2010 - 5 CN 1.09, Rn. 18ff.; VG Braunschweig, 15.04.2010 – 3 A 122/09, das § 74 SGB VIII anwendet, ohne dies in irgend einer Weise zu problematisieren; a. A.: Fridrich/Lieber 2008, S. 83f; OVG Münster, Beschluss vom 26.06.2008 - 12 B 799/08). Soweit die Länder von ihrer Regelungskompetenz Gebrauch gemacht haben, ist dies zudem, wie bereits angeklungen ist, in sehr unterschiedlicher Art und Weise erfolgt. Die Spanne reicht hier von der althergebrachten Zuwendungsfinanzierung bis hin zur sicherlich weitestgehenden Abkehr von diesem Finanzierungsmodell, nämlich der Einführung sog. „Gutscheinsysteme“. Ob und in welchem Umfang der Träger einer Kindertageseinrichtung einen Anspruch auf Finanzierung der von ihm im Bereich der Kindertagesbetreuung erbrachten Leistungen hat, hängt als Ergebnis dessen maßgeblich davon ab, für welches Finanzierungssystem sich das jeweilige Land entschieden hat. Innerhalb des jeweiligen Finanzierungssystems spielen dabei zudem die jeweiligen Regelungen zur Bedarfsplanung (und damit zur Trägersauswahl, s. u. Ziff. 5.1) bzw. die jeweilige Verwaltungspraxis der öffentlichen Träger der Jugendhilfe bzw. der Kommunen bei der Anwendung der landesgesetzlichen Vorgaben (einschließlich der Bedarfsplanung) eine entscheidende Rolle.

4.2 Landesrecht

In allen 16 Bundesländern bzw. Stadtstaaten existieren spezielle Gesetze mit Regelungen die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen betreffend. Diese Gesetze regeln u. a. auch mehr oder weniger ausführlich und eindeutig, in welchem Umfange die (freien) Träger von Kindertageseinrichtungen öffentliche Mittel für den Betrieb ihrer Einrichtungen erlangen können und von wem auf Seiten der öffentlichen Hand diese Kosten zu tragen sind (Land, öffentliche Träger der Jugendhilfe, Kommunen). Zudem finden sich in den Gesetzen Regelungen zur Bedarfsplanung und zwar oft in der Art, dass die Aufnahme einer Einrichtung in den jeweiligen Bedarfsplan ausdrücklich zur Finanzierungsvoraussetzung gemacht wird.

4.2.1 Baden-Württemberg

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Baden Württemberg ist das Gesetz über die Betreuung und Förderung von Kindern in Kindergärten, anderen Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege (Kin-

dertagesbetreuungsgesetz – KiTaG) vom 19. März 2009, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Oktober 2010 (GBl. S. 748). Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KiTaG sind die Gemeinden zuständig für die Förderung von Einrichtungen freier und privat-gewerblicher Träger im Sinne des Gesetzes. Gemäß § 8 Abs. 2 KiTaG erhalten Träger von Einrichtungen, die in die Bedarfsplanung nach § 3 Abs. 3 KiTaG aufgenommen sind, von der Standortgemeinde einen Zuschuss in Höhe von mindestens 63% der Betriebsausgaben. Zusätzlich ist in vollem Umfange die Erhöhung der Personalausgaben zu erstatten, die sich aus einer Veränderung des Bundespersonalschlüssels nach den weiteren gesetzlichen Regelungen des KiTaG ergibt. Soweit in der Bedarfsplanung aufgenommene Einrichtungen Kinderkrippen betreiben, erhalten sie von der Standortgemeinde einen erhöhten Zuschuss in Höhe von mindestens 68 % der Betriebsausgaben. In § 8 Abs. 4 KiTaG ist eine Regelung für Träger von Einrichtungen vorgesehen, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen sind. Diese haben Anspruch auf einen dort näher geregelten Zuschuss gegenüber der Standortgemeinde für jeden belegten Platz. Dabei besteht der Anspruch nur für die Monate, in denen für das Kind in der Einrichtung ein Betreuungsverhältnis besteht.

In § 8 Abs. 5 KiTaG ist vorgesehen, dass eine über die vorgenannten Ansprüche hinausgehende Förderung in einem Vertrag zwischen der jeweiligen Gemeinde und dem Einrichtungsträger geregelt wird. Diesbezüglich sieht § 8 Abs. 6 KiTaG vor, dass die kommunalen Landesverbände mit den Kirchen und den Verbänden der sonstigen freien Träger der Jugendhilfe eine Rahmenvereinbarung über Planung, Betrieb und Finanzierung abschließen, die die Grundlage für die Einrichtungsträger und die jeweilige Gemeinde bildet. Die entsprechende Rahmenvereinbarung wurde am 25. Juli 2003 geschlossen. Sie enthält (mehr oder weniger allgemeine) Festlegungen zum Betrieb der Einrichtungen, zur Mitwirkung der bürgerlichen Gemeinde beim Betrieb der Einrichtungen sowie zur Finanzierung der Einrichtungen. Die Regelung zur Finanzierung der Einrichtungen enthält dabei allerdings keine konkreten Vorgaben im Hinblick darauf, wie der zusätzliche Zuschuss der Gemeinden der Höhe nach auszugestalten ist. In erster Linie werden lediglich Aussagen dazu gemacht, welche Kostenarten berücksichtigungsfähig sind.

Schließlich enthält die Rahmenvereinbarung auch Vorgaben bezüglich der Durchführung der Bedarfsplanung, die allerdings ebenfalls relativ allgemein gehalten sind (vgl.

zum Ganzen die Rahmenvereinbarung vom 25. Juli 2003 zwischen den kommunalen Landesverbänden, den Kirchen und den Verbänden der sonstigen freien Träger der Jugendhilfe zur Umsetzung der § 8 Abs. 5 des Kindergartengesetzes für Baden-Württemberg, zu finden unter anderem unter www.lvkit.de/media/files/rahmenvereinbarung_vom_25.wdfa, abgerufen am 19.02.2013).

Eine Förderung von Investitionsmaßnahmen sieht das KiTaG nicht vor, d. h. die Landesförderung von Investitionsmaßnahmen ist auf die Umsetzung der U3-Förderung nach der Verwaltungsvereinbarung U3 beschränkt. Diese Förderung erfolgt auf Grundlage der Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Kultus, Jugend und Sport zur Umsetzung der Investitionsprogramme des Bundes "Kinderbetreuungsfinanzierung" (VwV Investitionen Kleinkindbetreuung - Az.: 31-6930.160/76 -) vom 21. Februar 2013.

4.2.2 Bayern

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Bayern ist das Bayrische Gesetz zur Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege (Bayrisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz – BayKiBeG) vom 08. Juli 2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Dezember 2012 (GVBl. S. 644). Gemäß Art. 18 BayKiBeG haben Träger von Kindertageseinrichtungen nach Maßgabe des Gesetzes einen kindbezogenen Förderanspruch gegenüber den Gemeinden, in denen die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I haben. Voraussetzung für eine Förderung nach Art. 18 BayKiBeG ist gemäß Art. 19 u. a., dass der Träger

- eine Betriebserlaubnis nachweisen kann;
- geeignete Qualitätssicherungsmaßnahmen durchführt;
- die Grundsätze der Bildungs- und Erziehungsarbeit und die Bildungs- und Erziehungsziele des Gesetzes seiner eigenen träger- und einrichtungsbezogenen pädagogischen Konzeption zugrunde legt;
- die Einrichtung an mindestens vier Tagen und mindestens 20 Stunden die Woche öffnet;
- die Elternbeiträge entsprechend den Buchungszeiten nach Art. 21 Abs. 4 Satz 6 BayKiBeG staffelt, diese für Kinder ab dem vollendeten 3. Lebensjahr bis zur Ein-

schulung nicht nach Alter oder Dauer der Einrichtungszugehörigkeit differenziert festsetzt und sie für Kinder im Kindergartenjahr im Sinne des Art. 23 Abs. 3 Satz 1 BayKiBeG in der Höhe des staatlichen Zuschusses ermäßigt;

- den vollständigen Förderantrag bis 30. April des auf den Bewilligungszeitraum folgenden Jahres stellt;
- die Aufnahme eines Kindes mit gewöhnlichem Aufenthalt außerhalb der Sitzgemeinde der Einrichtung binnen drei Kalendermonaten der Aufenthaltsgemeinde oder in den Fällen des Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BayKiBeG dem öffentlich zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe in Textform anzeigt;
- die aktuellen Daten für die kindbezogene Förderung unter Verwendung des vom Freistaat kostenlos zur Verfügung gestellten Computerprogramms jeweils zum 15. Januar, 15. April, 15. Juli und 15. Oktober jedes Jahres an das zuständige Rechenzentrum meldet.

Gemäß Art. 22 BayKiBeG hat der Träger einer Kindertageseinrichtung gegenüber den Gemeinden einen Anspruch in Höhe der staatlichen Förderung, die die Gemeinden selbst erhalten, erhöht um einen Eigenanteil der Gemeinden. Dabei können Sachleistungen der Gemeinde auf die kommunale Förderung angerechnet werden.

Eine Förderung von Investitionsmaßnahmen sieht zum einen Art. 27 BayKiBeG vor. Demnach gewährt der Staat nach Maßgabe des Art. 10 des Gesetzes über den Finanzausgleich zwischen Staat, Gemeinden und Gemeindeverbänden (Finanzausgleichsgesetz - FAG) in der jeweils geltenden Fassung Finanzhilfen zu Investitionsmaßnahmen an Kindertageseinrichtungen, soweit Gemeinden, Landkreise, Verwaltungsgemeinschaften und kommunale Zweckverbände die Investitionskosten unmittelbar oder in Form eines Investitionskostenzuschusses tragen. Voraussetzung für eine Förderung ist weiterhin, dass die Einrichtung die in Art. 19 BayKiBeG genannten Voraussetzungen erfüllt. Schließlich beschränkt sich die Förderung nach Art. 27 BayKiBeG auf den nach Art. 7 BayKiBeG anerkannten Bedarf. Zum anderen ist die Förderung investiver Maßnahmen auf Grundlage der Richtlinie zur Förderung der Betriebskosten von Plätzen für Kinder unter drei Jahren in Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege vom 28. Oktober 2009 Az.: VI4/7360/368/08 möglich (Umsetzung der U3-Förderung nach der Verwaltungsvereinbarung U3).

In den Art. 5 ff. BayKiBeG sind die Sicherstellung eines ausreichenden Betreuungsangebotes und die entsprechende Planung geregelt. Eine ausdrückliche Regelung, wonach der Träger einer Kindertageseinrichtung nur dann einen Anspruch auf Förderung hat, wenn er in die Bedarfsplanung aufgenommen wurde, findet sich im BayKiBeG nicht. In Art. 7 BayKiBeG ist aber geregelt, dass die Gemeinden entscheiden, welchen örtlichen Bedarf sie unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Eltern und ihrer Kinder für eine kindgerechte Bildung, Erziehung und Betreuung sowie sonstiger bestehender schulischer Angebote anerkennen.

4.2.3 Berlin

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Berlin sind das Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz – KitaFöG) vom 23. Juni 2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Juli 2011 (GVBl. S. 344) sowie das Gesetz über die Beteiligung an den Kosten der Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege sowie in außerunterrichtlichen schulischen Betreuungsangeboten (Tagesbetreuungskostenbeteiligungsgesetz – TKBG) vom 23. April 2010, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Juni 2012 (GVBl. S. 166). Weitere Rechtsgrundlage ist die Verordnung über das Verfahren zur Gewährleistung eines bedarfsgerechten Angebotes von Plätzen in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege und zur Personalausstattung in Tageseinrichtungen (Kindertagesförderungsverordnung – VOKitaFöG) vom 04. November 2005, zuletzt geändert durch Änderungsverordnung vom 08. Juni 2012 (GVBl. S. 213).

Zentrale Norm für die Finanzierung der Tageseinrichtungen in Trägerschaft der freien Jugendhilfe ist Art. 23 KitaFöG. Demnach soll die Finanzierung von Tageseinrichtungen der Träger der freien Jugendhilfe auf Grundlage einer landesweiten Leistungsvereinbarung zwischen dem Land Berlin und den Trägern der freien Jugendhilfe erfolgen. Die Finanzierung der Betriebskosten erfolgt durch eine Kostenerstattung des Landes Berlin, angemessene Eigenleistungen des Trägers und eine Kostenbeteiligung der Eltern. Die Kostenerstattung durch das Land Berlin erfolgt dabei bezogen auf das jeweilige Kind unter Berücksichtigung von Art und Dauer des in Anspruch genommenen Platzes gemäß einem in der VOKitaFöG geregelten Gutscheilverfahren. Die Eigenbe-

teiligung der Eltern ist im TKBG geregelt. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Kostenerstattungsanspruches durch einen freien Träger ist Art. 23 Abs. 3 KitaFöG u. a., dass

- der Träger die Voraussetzungen einer Anerkennung nach § 75 SGB VIII erfüllt;
- der Träger der Leistungsvereinbarung nach Art. 23 Abs. 1 KitaFöG beigetreten ist;
- im Zusammenhang mit der Förderung beim Träger für die Eltern nur insoweit über die Kostenbeteiligung hinausgehende finanzielle Verpflichtungen bestehen, wie sie sich aufgrund von den Eltern gewünschter besonderer Leistungen des Trägers ergeben und diese Verpflichtungen von den Eltern ohne Beendigung der Förderung jederzeit einseitig aufgehoben werden können;
- der Träger der Qualitätsentwicklungsvereinbarung nach § 13 KitaFöG beigetreten ist, die daraus folgenden Verpflichtungen einhält und auf Anforderung des Landes Berlin diesem gegenüber eine unabhängige Evaluation gewährleistet;
- die Leistung dem Bescheid über den Förderungsbedarf entspricht;
- eine Inanspruchnahme aufgrund eines Betreuungsvertrages erfolgt, der den Vorgaben in § 16 KitaFöG entspricht;
- alle in der Tageseinrichtung geförderten Kinder unter Berücksichtigung ihrer individuellen Fähigkeiten an den im Zusammenhang mit der Förderung angebotenen Leistungen teilhaben können.

Gesondert geregelt ist im KitaFöG die Finanzierung von Bau- und Errichtungskosten. Gemäß § 21 des Gesetzes gewährt das Land Berlin den Trägern der freien Jugendhilfe im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel nach § 74 SGB VIII in Verbindung mit § 47 des Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes Zuwendungen für den Bau und die Erstausrüstung von Tageseinrichtungen. Daneben besteht für das Jahr 2013 noch die Möglichkeit der Förderung investiver Maßnahmen nach der Förderrichtlinie über die Gewährung von Zuwendungen für Maßnahmen zum bedarfsgerechten Ausbau der Kindertagesbetreuung in Berlin (Förderrichtlinie - Kitaausbauprogramm) in der Fassung vom 03.07.2012.

Schließlich sieht auch das KitaFöG Regelungen zur Planung eines bedarfsgerechten Angebotes der Tagesförderung vor. Eine Aufnahme in die Bedarfsplanung ist aber nach dem Berliner KitaFöG keine Voraussetzung für die Geltendmachung eines An-

spruchs auf Kostenerstattung nach § 23 KitaFöG. Dies ist in § 7 Abs. 3 Satz 4 der VO-KitaFöG ausdrücklich geregelt.

4.2.4 Brandenburg

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Brandenburg ist das Zweite Gesetz zur Ausführung des 8. Buches des Sozialgesetzbuches – Kinder- und Jugendhilfe – (Kindertagesstättengesetz – KitaG) vom 27. Juli 2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juli 2010 (GVBl. I/10, Nr. 25). Gemäß § 16 Abs. 1 KitaG werden die Kosten der Kindertagesbetreuung durch Eigenleistungen des Trägers, durch Elternbeiträge, durch die Gemeinde sowie durch Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe gedeckt. Örtlich zuständig ist die Gebietskörperschaft, in deren Zuständigkeitsbereich die Einrichtung gelegen ist. Gemäß § 16 Abs. 2 KitaG gewährt der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe dem Träger der Kindertagesstätte einen Zuschuss zu den Kosten des notwendigen pädagogischen Personals der Einrichtung. Der Zuschuss beträgt 86,3% dieser Kosten für jedes betreute Kind im Alter bis zum vollendeten 3. Lebensjahr, 85,2% dieser Kosten für jedes betreute Kind vom vollendeten 3. Lebensjahr bis zur Einschulung und 84% dieser Kosten für jedes betreute Kind im Grundschulalter. Gemäß § 16 Abs. 3 KitaG stellt die Gemeinde dem Träger einer Kindertagesstätte, die in dem nach § 12 Abs. 3 KitaG aufzustellenden Bedarfsplan ausgewiesen ist, das Grundstück einschließlich der Gebäude zur Verfügung und trägt die bei sparsamer Betriebsführung notwendigen Bewirtschaftungs- und Erhaltungskosten für Gebäude und Grundstücke. Zudem soll die Gemeinde für den Träger einer solchen Kindertagesstätte, der auch bei sparsamer Betriebsführung und nach Ausschöpfung aller zumutbaren Einnahmemöglichkeiten aus dem Betrieb der Kindertagesstätte nicht in der Lage ist, die Einrichtung weiterzuführen, den Zuschuss entsprechend erhöhen.

Eine Förderung von Investitionsmaßnahmen sieht das KitaG nicht vor, d. h. die Landesförderung von Investitionsmaßnahmen ist auf die U3-Förderung nach der Verwaltungsvereinbarung U3 beschränkt. Diese erfolgt in Brandenburg auf Grundlage der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Investitionsmaßnahmen zur Umsetzung des Investitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung“

2008 – 2013 im Land Brandenburg (RL Kinderbetreuungsfinanzierung) vom 31.03.2008 in der Fassung der Änderungen vom 22.02.2010.

Regelungen zur Bedarfsplanung finden sich in § 12 des KitaG. Demnach stellt der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Benehmen mit den Trägern der freien Jugendhilfe und den Gemeinden einen Bedarfsplan für die Kindertagesbetreuung auf und schreibt diesen rechtzeitig fort. Der Bedarfsplan soll dabei die Einrichtungen ausweisen, die zur Erfüllung des in § 1 des KitaG geregelten Rechtsanspruchs auf Tagesbetreuung als erforderlich erachtet werden. Eine Regelung, wonach nur freie Träger, deren Einrichtung in den Bedarfsplan aufgenommen wurde, in den Genuss einer Förderung nach § 16 Abs. 1 und 2 kommen können, findet sich im Brandenburgischen KitaG nicht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist allerdings die in § 16 Abs 3 geregelte Förderung (Bereitstellen des Grundstücks und der Gebäude + Erhöhung des Zuschusses nach den Abs. 1 u. 2) unter den Vorbehalt einer Aufnahme in den Bedarfsplan gestellt.

4.2.5 Bremen

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Bremen ist das Bremische Tageseinrichtungs- und Kindertagespflegegesetz vom 19. Dezember 2000 (BremKTG) zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. September 2012 (Brem.GBl. S. 410). Gemäß § 18 BremKTG sollen freie Träger im Rahmen der jeweiligen Angebots- und Finanzplanung Zuwendungen von den Stadtgemeinden für die notwendigen Neu-, Um- oder Erweiterungsbauten von Tageseinrichtungen und zu den angemessenen Personal- und Sachausgaben für den laufenden Betrieb von Tageseinrichtungen erhalten. In Absatz 2 des § 18 BremKTG wird auf die §§ 8 Abs. 2-4, 19 Abs. 5 sowie 74 des SGB VIII verwiesen. Gemäß § 18 Abs. 4 BremKTG regeln die Stadtgemeinden das Nähere über die Voraussetzung, die Art, die Höhe und das Verfahren der Zuwendung zu den Ausgaben für den Bau und die Ausstattung, zu den laufenden Ausgaben einer Tageseinrichtung und zu den Eigenleistungen der Träger nach Anhörung der freien Träger.

Für die Förderung von Tageseinrichtungen von rechtsfähigen, gemeinnützigen Elternvereinen und sonstigen anerkannten, in der Gruppenarbeit mit Kindern erfahrenen,

gemeinnützigen Trägern sind zudem die auf Grundlage von § 18 Abs. 5 BremKTG erlassenen Richtlinien zu beachten. Gemäß Ziffer 3 der Richtlinien können auf Antrag Zuschüsse zu den Personalkosten, Mieten, Investitionen sowie für die Einrichtungsleitung gezahlt werden. Die Zuschüsse werden nach festgelegten Höchstsätzen (die gruppenbezogen sind, d. h. von der Größe einer Gruppe und der regelmäßigen Betreuungsdauer pro Woche abhängen) als Festbetrag gewährt. Die Gewährung erfolgt dabei als Projektförderung im Rahmen des § 44 der Landeshaushaltsordnung, wobei ergänzend zu den Richtlinien die allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (AN-Best-E) zur Anwendung kommen.

Als allgemeine Förderungsvoraussetzungen sehen die Richtlinien u. a. vor, dass

- die Tageseinrichtung über eine Betriebserlaubnis der §§ 45 bis 48 SGB VIII verfügt;
- die Tageseinrichtung hinsichtlich ihres Standorts und ihres Platzangebots Bestandteil des durch die Stadtgemeinde Bremen veranlassten und mit der zuständigen senatorischen Behörde verhandelten Betreuungsangebotes ist;
- die Bestimmungen des Aufnahme- und Betreuungszeitenortsgesetzes – BremA-BOG – beachtet werden und der Träger durch seinen Vorstand die volle rechtliche, finanzielle, organisatorische und pädagogische Verantwortung für die Tageseinrichtung übernimmt.

Für die Förderung von Investitionen finden sich im BremKTG keine spezifischen Regelungen. Auch gibt es keine spezielle Richtlinie o. ä. für die Umsetzung der U3-Förderung nach der Verwaltungsvereinbarung U3. Zur Anwendung kommt insoweit vielmehr (nur) die Richtlinien für die Förderung der außerschulischen Jugendbildung, der Jugendinformation und der Jugendverbandsarbeit im Lande und in der Stadtgemeinde Bremen vom 1. Dezember 2009.

Zur Sicherstellung eines bedarfsgerechten, sich gegenseitig ergänzenden Angebotes an Tageseinrichtungen und an Plätzen in Tageseinrichtungen im Sinne des § 24 SGB VIII sind die Stadtgemeinden verpflichtet, jährlich eine Angebotsplanung nach § 80 SGB VIII zu erstellen bzw. fortzuschreiben. In § 17 Abs. 2 BremKTG ist geregelt, dass eine Stadtgemeinde, die im Rahmen ihrer regionalen Angebotsplanung eine Krippe, einen Kindergarten oder einen Hort neu zu errichten beabsichtigt oder einen Träger-

wechsel anstrebt, den freien Trägern durch Offenlegung der Planung die Möglichkeit geben soll, sich für die Trägerschaft zu bewerben.

4.2.6 Hamburg

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Hamburg ist das Hamburger Kinderbetreuungsgesetz (KibeG) vom 27. April 2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juni 2012 (HmbGVBl. S. 263). In Hamburg kommt, ähnlich wie in Berlin, das sogenannte Gutscheinmodell zur Anwendung. Das Gesetz regelt dem entsprechend zum einen, dass Kinder, die die Förderung in einer Tageseinrichtung in Anspruch nehmen, gegenüber der Hansestadt Hamburg Anspruch auf Kostenerstattung haben, wenn die diesbezüglich im Gesetz geregelten Voraussetzungen (vgl. § 7 KibeG) erfüllt sind. Die Erfüllung des Anspruchs auf Kostenerstattung erfolgt – abzüglich eines Familieneigenanteils – durch Zahlung direkt an den Träger der Einrichtung (vgl. § 7 Abs. 3). In § 21 KibeG wird den Trägern zudem ein eigener Rechtsanspruch auf Zahlung der Kostenerstattung durch die Freie und Hansestadt Hamburg eingeräumt.

Die Rechtsbeziehungen zwischen den Trägern und der Freien Hansestadt Hamburg werden im Einzelnen durch verschiedene Vereinbarungen ausgestaltet (Leistungsvereinbarung, Qualitätsentwicklungsvereinbarung und Entgeltvereinbarungen). Der Vertragsschluss erfolgt dabei dergestalt, dass die freien Träger bezüglich der Leistungsarten und der Qualitätsentwicklung sowie bezüglich der Grundsätze der Leistungsentgeltberechnung dem gemäß § 15 Abs. 1 KibeG zwischen Freien und Hansestadt Hamburg und Verbänden der Träger der Freien Jugendhilfe in Hamburg, der Vereinigung Hamburger Kindertagesstätten gGmbH und den Vereinigungen sonstiger Leistungserbringer geschlossenen Rahmenvertrag beitreten und die konkrete Höhe des Leistungsentgelts in Einzelvereinbarungen mit der Freien und Hansestadt Hamburg regeln.

Für die Förderung von Investitionen finden sich im KibeG keine spezifischen Regelungen. Es gibt jedoch eine Richtlinie der Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration zum Investitionsprogramm Krippenausbau 2008 – 2013 in der Fassung vom 15.06.2011. Dieser ist zum einen zu entnehmen, dass „In Hamburg ... die gebäudebezogenen Kosten für die Kindertageseinrichtungen nicht über Zuwendungen finanziert“

werden, „sondern durch einen bestimmten pauschalierten Teil der für die Betreuung der Kinder gezahlten Leistungsentgelte ...- dem so genannten ‚Teilentgelt Gebäude‘. Zum anderen sieht die Richtlinie zur Förderung von Investitionsmaßnahmen im Krippenbereich zusätzlich die Gewährung von Zuwendungen vor.

Explizite Regelungen bezüglich einer Bedarfsplanung bzw. etwa Regelungen dahin gehend, dass nur solche Träger Anspruch auf Kostenerstattung haben, die in einen Bedarfsplan aufgenommen sind, finden sich in den einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen zur Kindertagesbetreuung nicht. Bezüglich der Planung verbleibt es insoweit bei den allgemeinen Vorgaben des SGB VIII (vgl. § 80 des SGB VIII). Bezüglich des Kostenerstattungsanspruches heißt dies, dass, wie bereits ausgeführt, jeder Träger Anspruch auf Kostenerstattung hat, der dem Landesrahmenvertrag Kinderbetreuung in Tageseinrichtungen beigetreten ist und auf Grundlage dieses Vertrages bzw. einer Entgeltvereinbarung der Freien und Hansestadt Hamburg sowie eines privatrechtlichen Vertrages mit den Sorgeberechtigten Kinder betreut.

4.2.7 Hessen

Rechtsgrundlagen für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Hessen ist das Hessische Kinder- und Jugendhilfegesetzbuch (HKJGB) vom 18. Dezember 2006, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. Dezember 2011 (GVBl. I S. 820), in Verbindung mit der auf Grundlage des HKJGB erlassenen Verordnung zur Landesförderung für Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege in der Fassung vom 7. November 2011. Es findet dabei eine Trennung zwischen der Förderung der Tagesbetreuung von Kindern unter 3 Jahren sowie der Förderung der Tagesbetreuung von Kindern im Kindergartenalter statt.

Die Tagesbetreuung von Kindern unter 3 Jahren in Kinderkrippen und altersübergreifenden Tageseinrichtungen wird gemäß § 1 der Verordnung zur Landesförderung durch jährliche Zuweisungen zu allgemeinen Betriebskostenförderungen an die Gemeinden gefördert. Die jährliche Zuweisung orientiert sich der Höhe nach an der täglichen Betreuungszeit und beträgt zwischen 1 200 und 3 000 Euro für jedes Kind. Förderanträge können von den Städten und Gemeinden gestellt werden. Gemäß § 1 Abs. 5 Satz 3 der Verordnung zur Landesförderung haben die Kommunen die Zuweisungen

anteilig nach der Zahl und Betreuungszeit der dort betreuten Kinder an nichtkommunale Träger von Tageseinrichtungen weiterzuleiten, soweit dort Kinder unter 3 Jahren betreut werden. Voraussetzung für die Erlangung der Förderung ist u. a. gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 der Verordnung zur Landesförderung, dass die Tageseinrichtung über eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII verfügt. In Hessen existiert zudem eine Richtlinie zur Förderung des beschleunigten und qualitätsvollen Ausbaus von Betreuungsplätzen für Kinder unter drei Jahren (U3-Neuplatzbonus) in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege. Danach können Träger für die Schaffung neuer Plätze einen Bonus i. H.v. 800 Euro pro Platz erhalten.

Anders als bei der Förderung der Tagesbetreuung von Kindern unter 3 Jahren sieht die Verordnung zur Landesförderung bezüglich der Förderung der Tagesbetreuung von Kindern im Kindergartenalter einen unmittelbaren Anspruch auf Förderung nichtkommunaler Träger vor (§ 5 der Verordnung). Nichtkommunale Träger erhalten demnach für jeden im Rahmen der Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII genehmigten Platz in einem Kindergarten oder in einer altersübergreifenden Einrichtung eine Pauschale von jährlich bis zu 160 Euro. Je nach der durchgehenden vertraglichen Betreuungszeit erhalten die nichtkommunalen Träger zudem für bis zu 24 Kinder im Kindergartenalter eine zusätzliche Pauschale von bis zu 7.670 Euro. Schließlich sieht die Verordnung zur Landesförderung weitere Pauschalen für Maßnahmen zur Integration von Kindern mit Migrationshintergrund im Kindergartenalter vor. Wie bereits ausgeführt, kann die Förderung für die Tagesbetreuung von Kindern im Kindergartenalter von den nichtkommunalen Trägern selbst beim Land beantragt werden. Voraussetzung ist neben den im Hinblick auf die Betreuungszeit genannten Vorgaben lediglich, dass der Träger über eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII verfügt.

Spezifische Regelungen zur Förderung von Investitionen existieren in Hessen nur bezüglich der Tagesbetreuung von Kindern unter 3 Jahren. Hier sieht zum einen § 2c der Verordnung zur Landesförderung für Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege die Förderung sog. „kleiner Bauvorhaben“ vor (Umfang von mind. 10.000 Euro bis max. 50.000 Euro). Daneben werden Investitionsmaßnahmen über die Richtlinie zur Förderung von Investitionen im Rahmen des Investitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung“ 2008 bis 2013 sowie die Richtlinie zur Förderung von Investitionen für den U3-Ausbau gefördert.

Regelungen zur Bedarfsplanung und Sicherstellung des Angebotes an Plätzen für Kinder in Tageseinrichtungen finden sich in § 30 des Hessischen Kinder- und Jugendhilfegesetzbuchs (HKJGB). Demnach ermitteln die Gemeinden in Zusammenarbeit mit den Trägern der Freien Jugendhilfe den Bedarf. Der Bedarfsplan berücksichtigt die voraussehbare Bedarfsentwicklung und beschreibt die erforderlichen Maßnahmen. § 30 Abs. 2 sieht zudem vor, dass die Gemeinden in eigener Verantwortung dafür Sorge tragen, dass die im Bedarfsplan vorgesehenen Plätze in Tageseinrichtungen zur Verfügung stehen. In den einschlägigen hessischen Regelungen zur Bedarfsplanung bzw. zur Landesförderung findet sich kein ausdrücklicher Vorbehalt dahin gehend, dass die Aufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan Voraussetzung dafür ist, die Landesförderung zu erhalten. Abweichendes gilt jedoch für die Förderung von Investitionsmaßnahmen nach der Richtlinie zur Förderung von Investitionen im Rahmen des Investitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung“ 2008 bis 2013 sowie der Richtlinie zur Förderung von Investitionen für den U3-Ausbau. Voraussetzung für eine Förderung nach diesen Richtlinien ist nämlich, dass neu geschaffene Betreuungsplätze im Bedarfsplan nach § 30 Abs. 1 HKJGB vorgesehen sind.

4.2.8 Mecklenburg-Vorpommern

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Mecklenburg-Vorpommern ist das Gesetz zur Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz – KiföG M-V) vom 1. April 2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2010 (GVBl. M-V S. 396). Das Gesetz sieht in § 16 vor, dass der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe Vereinbarungen über den Betrieb der Kindertageseinrichtungen nach den §§ 78b bis 78e des SGB VIII oder vergleichbare Vereinbarungen mit den Trägern dieser Einrichtungen abschließen. Die Vereinbarungen sind im Einvernehmen mit der Gemeinde abzuschließen. Mit den Vereinbarungen werden Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungsangebote sowie differenzierte Entgelte für die Leistungsangebote und die betriebsnotwendigen Investitionen der jeweiligen Kindertageseinrichtungen festgelegt. § 16 sieht weiterhin vor, dass die kommunalen Landesverbände mit den Verbänden der Träger der freien Jugendhilfe und den Vereinigungen sonstiger Leistungserbringer

auf Landesebene einen Rahmenvertrag gemäß § 78f SGB VIII über den Inhalt der Vereinbarungen schließen.

Träger der Kosten für die Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen sind nach den Regelungen des KiföG in jedem Fall das Land und die öffentlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe sowie ergänzend die Kommunen und die Eltern (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 Kindertagesförderungsgesetz). Das Land gewährt den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe dabei seit dem Jahr 2012 eine Zuweisung für jeden in Vollzeitäquivalente umgerechneten belegten Platz in Höhe von 1 258 Euro; ab dem Jahr 2013 steigt diese Zuweisung um zwei Prozent jährlich. Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe leitet diese Landesanteile an die Träger von Kindertageseinrichtungen und Tagespflegepersonen weiter und gewährt darüber hinaus aus eigenen Mitteln einen Betrag in Höhe von 28,8 vom Hundert des auf sie jeweils entfallenden Landesanteils an die Träger). Gemeinden und Eltern sind verpflichtet, den restlichen Finanzierungsbedarf zu tragen. Eine Eigenbeteiligung der Träger für Kindertageseinrichtungen ist lediglich als „Kann-Regelung“ vorgesehen. Zudem ist für zusätzliche Angebote vorgesehen, dass die Träger von Kindertageseinrichtungen einen angemessenen Beitrag leisten sollen (vgl. § 17 Abs. 2 Kindertagesförderungsgesetz).

Auch in Mecklenburg-Vorpommern wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Hierfür gilt die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Investitionen zum bedarfsgerechten Ausbau der Kindertagesförderung für Kinder bis zum vollendeten dritten Lebensjahr vom 2. Juni 2008. Danach können Zuwendungen für erforderliche Neubau-, Ausbau-, Umbau-, Umwandlungs-, Sanierungs-, Renovierungs-, Modernisierungsmaßnahmen und für Ausstattungsinvestitionen sowie für mit den Investitionen verbundene Dienstleistungen, die der Kindertagesförderung von Kindern bis zum vollendeten dritten Lebensjahr dienen, gewährt werden.

Die Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebotes an Einrichtungen und Diensten ist in § 14 KiföG geregelt. Demnach stellen die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach Maßgabe der §§ 3, 4 und 5 KiföG sowie des § 80 Abs. 3 SGB VIII im Benehmen mit den Gemeinden fest, welcher Bedarf an Förderung unter Berücksichtigung sozialer und sozialräumlicher Gegebenheiten besteht. Die örtlichen Träger der

öffentlichen Jugendhilfe haben sicherzustellen, dass der Bedarf durch einen den Anforderung des Gesetzes genügenden Bestand durch Einrichtungen und Diensten gedeckt wird. Die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe können den Sicherstellungsauftrag durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen an geeignete Gemeinden ihres Zuständigkeitsbereichs übertragen. Eine ausdrückliche Regelung, wonach Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages über den Betrieb einer Kindertageseinrichtung die Aufnahme des entsprechenden Trägers in die Bedarfsplanung ist, sieht das Kindertagesförderungsgesetz nicht vor. Abweichendes gilt jedoch für die Förderung von Investitionsmaßnahmen nach der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Investitionen zum bedarfsgerechten Ausbau der Kindertagesförderung für Kinder bis zum vollendeten dritten Lebensjahr. Demnach setzen Zuwendungen nach dieser Richtlinie den Nachweis des Bedarfes des Betreuungsangebotes für Kinder bis zum vollendeten dritten Lebensjahr gemäß der örtlichen Jugendhilfeplanung nach § 80 in Verbindung mit § 71 Abs. 2 SGB VIII voraus.

Das Kindertagesförderungsgesetz steht im Übrigen gerade vor einer Novellierung. Die Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern hat am 18.12.2012 einen Gesetzesentwurf zur Novellierung des Kindertagesförderungsgesetzes beschlossen. Dieser enthält allerdings keine grundlegenden Änderungen des Finanzierungssystems.

4.2.9 Niedersachsen

Die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen in freier Trägerschaft ist im Land Niedersachsen nur in sehr geringem Umfang geregelt. Zwar gibt es auch in Niedersachsen für die Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen eine gesetzliche Grundlage, nämlich das Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder (KiTaG) in der Fassung vom 7. Februar 2002, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. November 2012 (Nds. GVBl. S. 417). Das Gesetz sieht allerdings lediglich vor, dass anerkannte Träger der freien Jugendhilfe bzw. sonstige juristische Personen, die eine Tageseinrichtung betreiben und damit gemeinnützige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgen, eine Finanzhilfe in Höhe von 20 % ihrer Personalausgaben für die nach dem Gesetz vorgesehenen Kräfte in Kindertagesstätten erhalten können. Darüber hinaus findet sich lediglich eine Sonderregelung für Krippen und kleine Kindertagesstätten, in denen ausschließlich Kinder unter 3 Jahren aufgenommen sind. Hier gewährt das Land als Zuschuss zu den

Personalausgaben und den zur Betreuung erforderlichen Sachausgaben eine Finanzhilfe in Höhe von aktuell 46 % und ab dem 1. August 2013 in Höhe von 52 %. Zudem wird für Kinder in altersübergreifenden und altersgemischten Gruppen, die am 1. März des jeweiligen Jahres noch nicht 3 Jahre alt sind, der Finanzhilfesatz in Höhe von 20 % der Personalausgaben aktuell um 2,0 % je Kind und ab dem 1. August 2013 um 2,5 % je Kind erhöht. Darüber hinausgehende finanzielle Leistungen an die nicht öffentlichen Träger von Kindertageseinrichtungen sieht das niedersächsische Landesrecht nicht vor.

Auch in Niedersachsen wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Grundlage der Förderung ist die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen für den Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder unter drei Jahren in der Fassung vom 01. November 2012. Danach können neu geschaffene Betreuungsplätze, die die Gesamtzahl der Betreuungsplätze für unter dreijährige Kinder in der Kindertageseinrichtung oder in der Kindertagespflege erhöhen, gefördert werden.

Die Bedarfsplanung ist in § 13 des Gesetzes über Tageseinrichtungen für Kinder geregelt. Demnach sind die örtlichen Träger dafür verantwortlich, das vorhandene Angebot an Plätzen in Krippen, Kindergärten, Horten sowie in kleinen Kindertagesstätten und den entsprechenden Bedarf an Plätzen in diesen Einrichtungen jährlich für die nächsten 6 Jahre festzustellen. Eine Regelung dahin gehend, dass nur solche nicht öffentlichen Träger in den Genuss der Landesförderung kommen können, die in einer solchen Bedarfsplanung berücksichtigt sind, enthält das Gesetz nicht.

4.2.10 Nordrhein-Westfalen

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Nordrhein-Westfalen ist das Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz – KiBiz) vom 30. Oktober 2007, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Juli 2011 (GV. NRW. S. 385). Gemäß § 19 KiBiz wird die finanzielle Förderung der Kindertageseinrichtungen in Form von Pauschalen für jedes in einer Kindertageseinrichtung aufgenommene Kind (Kindpauschalen) gewährleistet. Anders als in anderen Gesetzen beinhaltet das Kinderbildungsgesetz bereits eine Dynamik im

Hinblick auf die Erhöhung der Kindpauschalen. Gemäß § 19 Abs. 2 erhöhen sich diese jährlich um 1,5 %. Zur Auszahlung an den Träger der Einrichtung gelangt nun allerdings nicht die Pauschale als solche, sondern gemäß § 20 des Kinderbildungsgesetzes nur ein bestimmter Prozentsatz dieser Pauschale, der je nachdem, wer Träger der Einrichtung ist, 79, 88, 91 oder 96 % der Pauschale beträgt. Zusätzlich zu prozentualen Zahlungen auf die Kindpauschalen erhalten Träger, denen nicht das Eigentum oder das Erbbaurecht am Gebäude der Einrichtung zusteht und die nicht wirtschaftlich dem Eigentümer gleichgestellt sind, neben dem Zuschuss nach Abs. 1 einen zusätzlichen Zuschuss auf Grundlage der zu zahlenden Kaltmiete. Voraussetzung ist allerdings, dass das Mietverhältnis am 28. Februar 2007 bestand. Für Mietverhältnisse, die nach diesem Zeitpunkt begründet wurden oder werden, ist der Zuschuss auf der Grundlage von Pauschalen zu leisten. Gemäß § 20 Abs. 4 KiBiz hat der Träger der Einrichtung gegenüber dem Jugendamt nachzuweisen, dass die im Rahmen des Gesetzes gezahlten Mittel einschließlich des Trägeranteils zur Erfüllung von Aufgaben nach dem Gesetz verwendet wurden.

Auch in Nordrhein-Westfalen wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Grundlage der Förderung sind die Richtlinien über die Gewährung von Zuwendungen für Investitionen in Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege zum Ausbau von Plätzen für Kinder unter drei Jahren in der Fassung vom 08. Juni 2012. Gefördert werden Investitionsmaßnahmen in Kindertageseinrichtungen oder in der Kindertagespflege, die im Zeitraum zwischen dem 18. Oktober 2007 und dem 31. Dezember 2013 durchgeführt und abgeschlossen werden und die der Schaffung und Inbetriebnahme neuer Betreuungsplätze für Kinder unter drei Jahren dienen.

Anders als andere Landesgesetze enthält das Kinderbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen keine gesonderte Norm, die sich mit dem Thema Bedarfsplanung befasst. Gleichwohl ist aber die Bedarfs- bzw. Jugendhilfeplanung in Nordrhein-Westfalen eng mit der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen verknüpft. So sieht § 18 Abs. 2 KiBiz vor, dass die finanzielle Förderung der Kindertageseinrichtungen die Bedarfsfeststellung auf der Grundlage der öffentlichen Jugendhilfeplanung voraussetzt. Weiterhin ist in § 18 Abs. 2 KiBiz geregelt, dass Eltern beim Abschluss des Betreuungsvertrages mit der Einrichtung zwischen den in einer Anlage zum Gesetz genannten Betreuungs-

zeiten wählen können, soweit diese als Ergebnis der kommunalen Jugendhilfeplanung von der Einrichtung als bedarfsgerecht angeboten werden. Der Betreuungsvertrag ist wiederum Grundlage für die Berechnung der finanziellen Förderung. In § 18 Abs. 3 KiBiz ist als weitere Voraussetzung der finanziellen Förderung der Kindertageseinrichtung geregelt, dass die Einrichtung die Aufgaben auf der Grundlage der örtlichen Jugendhilfeplanung wahrnimmt. Gemäß § 19 Abs. 3 KiBiz wird im Rahmen der Jugendhilfeplanung entschieden, welche Gruppenformen mit welcher Betreuungszeit in den Einrichtungen angeboten werden. Schließlich sieht § 19 Abs. 4 KiBiz vor, dass sich aus der Entscheidung der Jugendhilfeplanung nach § 19 Abs. 3 KiBiz Höhe und Anzahl der auf eine Einrichtung entfallenden Kindpauschalen ergeben. Auch ohne dass das im KiBiz ausdrücklich formuliert wird, ergibt sich nach alledem, dass ein Einrichtungsträger nur dann in den Genuss der finanziellen Förderung des Kinderbildungsgesetzes kommen kann, wenn und soweit seine Einrichtung in der entsprechenden Jugendhilfeplanung berücksichtigt wurde (vgl. hierzu auch die Entscheidung des OVG Münster vom 26.06.2008 – 12 B 799/08).

4.2.11 Rheinland-Pfalz

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Rheinland-Pfalz ist das Kindertagesstättengesetz vom 15. März 1991, zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.03.2008 (GVBl. S. 52). Das Kindertagesstättengesetz sieht in den §§ 12 ff. (ausschließlich) eine Förderung der Personalkosten einer Kindertagesstätte vor. Die Personalkosten in ihrer Gesamtheit sollen danach durch Elternbeiträge, Eigenleistungen des Trägers, Zuweisung des Landes und Zuwendungen des Trägers des Jugendamtes getragen werden. Zudem sollen die im Einzugsbereich der Kindertagesstätte liegenden Gemeinden sich im Rahmen ihrer Finanzkraft an den Personalkosten beteiligen (was dann gegebenenfalls zu einer Verminderung der Zuwendung des Trägers des Jugendamtes führt). Die Eigenleistung soll bei Kindertagesstätten, die in nicht öffentlicher Trägerschaft stehen, je nach Art der Kindertagesstätte zwischen 5 und 12,5 % betragen.

Bezüglich der laufenden Sachkosten der Kindertagesstätten regelt § 14 Kindertagesstättengesetz ausdrücklich, dass diese vom Träger der Kindertagesstätte aufzubringen sind. Laufende Sachkosten sind gem. § 14 alle Aufwendungen, die nicht Personalkos-

ten nach § 12 des Gesetzes sind. In § 15 Abs. 2 Kindertagesstättengesetz ist zudem geregelt, dass der Träger für die Aufbringung der Bau- und Ausstattungskosten einer Kindertagesstätte verantwortlich ist. Allerdings ist dort auch vorgesehen, dass der Träger des Jugendamts sich entsprechend seiner Verantwortung für die Sicherstellung ausreichender und bedarfsgerechter Kindertagesstätten an den notwendigen Kosten angemessen zu beteiligen hat. Bei Kindertagesstätten freier Träger sollen zudem die im Einzugsbereich liegenden Gemeinden entsprechend ihrer Finanzkraft zur Deckung der Kosten beitragen.

Schließlich gibt es eine Verwaltungsvorschrift über die Gewährung von Zuwendungen aus dem Investitionsprogramm „Kinderbetreuungsfinanzierung“ 2008 bis 2013 sowie die Gewährung von Landeszuwendungen zu den Bau- und Ausstattungskosten von Kindertagesstätten (Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft, Jugend und Kultur vom 15. September 2008). Gemäß der Verwaltungsvorschrift können Träger von Kindertageseinrichtungen für den Bereich der U3-Betreuung Zuwendungen für erforderliche Neubau-, Ausbau-, Umbau- und Umwandlungsmaßnahmen sowie die dazu gehörenden Ausstattungsinvestitionen und mit den Investitionen verbundene Dienstleistungen erhalten. Zudem können sie Zuwendungen für Ausstattungs- und Qualitätsverbesserungen bei vorhandenen Plätzen für Kinder unter 3 Jahren in Kindertageseinrichtungen erhalten. Für den Bereich der Ü3-Betreuung können Träger von Kindertageseinrichtungen nach der Verwaltungsvorschrift ebenfalls Zuwendungen zu den Bau- und Ausstattungskosten erhalten.

Detaillierte Regelungen zur Bedarfsplanung und Sicherstellung finden sich in § 9 des Kindertagesstättengesetzes sowie in den §§ 1ff. der Landesverordnung zur Ausführung des Kindertagesstättengesetzes in der Fassung vom 27. Dezember 2005. Eine Förderung nach dem Kindertagesstättengesetz kommt gemäß § 12 Abs. 2 Kindertagesstättengesetz nur für solche Kindertagesstätten in Betracht, die im Bedarfsplan ausgewiesen sind.

4.2.12 Saarland

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern im Saarland ist das Saarländische Kinderbetreuungs- und Bildungsgesetzes (SKBBG) vom 18. Juni 2008, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juni 2011 (Amtsbl. I S. 230). Bezüglich der Kosten der Tageseinrichtung sieht § 7 des Gesetzes vor, dass diese vom Land, kommunalen Gebietskörperschaften, Einrichtungsträgern sowie den Erziehungsberechtigten getragen werden. Regelungen dazu, wie die Förderung im Einzelnen gestaltet ist, trifft die auf Grundlage des Gesetzes erlassene Verordnung zur Ausführung des saarländischen Kinderbetreuungs- und Bildungsgesetzes vom 2. September 2008, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juni 2011 (Amtsbl. I S. 230). In § 14 der Verordnung wird die Finanzierung der Betriebskosten geregelt, wobei zwischen Personal- und Sachkosten differenziert wird. Bezüglich der Personalkosten sieht die Verordnung dabei vor, dass der Einrichtungsträger aktuell eine Eigenleistung in Höhe von 10% erbringen soll. Der übrige Teil der Personalkosten wird vom Land, dem öffentlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und den Eltern getragen. Dabei soll die Summe der Elternbeiträge maximal 25% der angemessenen Personalkosten betragen. Bezüglich der Sachkosten sieht die Verordnung vor, dass die Städte und Gemeinden einen Anteil von mindestens 60% tragen.

In der Verordnung finden sich weiterhin Regelungen zur Finanzierung von Investitionskosten (§ 16). Danach können freie Träger einer Kindertageseinrichtung Zuschüsse in Höhe von bis zu 70% der Investitionskosten erhalten. Die Zuschüsse sind dabei von der Gebietskörperschaft, bei der das örtlich zuständige Jugendamt unterrichtet ist, der Sitzgemeinde und dem Land zu tragen.

Auch im Saarland wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Grundlage der Förderung sind die Richtlinien zur Förderung von Investitionen im Rahmen des Investitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung“ 2008 – 2013 Vom 15. Mai 2008. Gefördert werden danach erforderliche Investitionen für Neubau-, Ausbau-, Erweiterungsbau-, Umbau- und Umwandlungsmaßnahmen sowie für die Ausstattung, soweit diese der Schaffung neuer Betreuungsplätze für Kinder unter drei Jahren in Kindertageseinrichtungen dienen. Zudem können auf Grundlage entsprechender Richtlinien Zuwendungen zu Substanz erhaltenden Sanierungsmaßnahmen in Kindertageseinrichtungen gewährt werden (Richtlinien zur Ge-

währung von Zuwendungen des Landes zu Substanz erhaltenden Sanierungsmaßnahmen für Kindertageseinrichtungen vom 2. Juli 2009).

Regelungen zur Bedarfsplanung finden sich in § 6 SKBBG sowie in § 7 der Verordnung zur Ausführung des saarländischen Kinderbetreuungs- und Bildungsgesetzes. Demnach sind die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die hier als Entwicklungsplanung bezeichnete Bedarfsplanung zuständig. Die Entwicklungspläne sind mit dem Ministerium für Bildung abzustimmen und alle drei Jahre vorzuschreiben. In den Entwicklungsplänen sind Angaben über die Errichtung und Erweiterung von Einrichtungen zu machen sowie Angaben dazu, welche Einrichtungen (neu) in den Entwicklungsplan aufgenommen werden sollen. Eine ausdrückliche Regelung, wonach nur Träger einer Tageseinrichtung, die im Bedarfsplan aufgenommen wurde, in den Genuss der öffentlichen Finanzierungsmittel kommen kann, findet sich weder im Gesetz noch in der Ausführungsverordnung. Wie sich nicht zuletzt aus dem einrichtungsbezogenen Charakter der Finanzierung und den Regelungen des Gesetzes bzw. der Ausführungsverordnungen in ihrer Gesamtheit ergibt, dürfte dem aber so sein (vgl. insbesondere § 8 der Ausführungsverordnung, die im Hinblick auf die Trägerschaft ausschließlich auf die Trägerschaft für „geplante Kindertageseinrichtungen“ abstellt).

4.2.13 Sachsen

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Sachsen ist das Sächsische Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (Gesetz über Kindertageseinrichtungen - SächsKitaG) vom 27.11.2001, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Januar 2012 (SächsGVBl. S. 130, 144). In den §§ 13 ff. des Gesetzes ist die Finanzierung von Bau- und Betriebskosten geregelt. Bezüglich der Baukosten sieht § 13 SächsKitaG vor, dass diese vom Träger zu tragen sind. Allerdings sind die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, angemessene Zuschüsse zu übernehmen. Für Einrichtungen, deren Träger ein Träger der freien Jugendhilfe ist, sieht § 13 SächsKitaG zudem vor, dass die Gemeinde in der Regel die nicht anderweitig gedeckten Kosten übernehmen soll, soweit sie angemessen sind und der Träger Eigenleistungen nicht erbringen kann. Gemäß § 14 Abs. 4 SächsKitaG werden die Betriebskosten einer Kindertageseinrichtung eines Trägers der freien Jugendhilfe (Personal- und Sachkosten) durch die Gemeinde (einschließlich des

Landeszuschusses), durch Elternbeiträge und einen Eigenanteil des Trägers aufgebracht. Eine Sonderregelung findet sich in § 14 Abs. 5 SächsKitaG für die Betriebskosten einer Einrichtung, die die Betriebserlaubnis besitzt und nicht im Bedarfsplan enthalten ist. Die Betriebskosten einer solchen Einrichtung werden durch den Landeszuschuss, die Elternbeiträge und den Eigenanteil des Trägers aufgebracht. Eine Finanzierungsverpflichtung der Gemeinde besteht insoweit jedoch nicht. Anders als bei Einrichtungen, die in den Bedarfsplan einbezogen sind, ist der Träger der Einrichtung bei der Gestaltung der Elternbeiträge frei. In § 17 Abs. 2 SächsKitaG ist schließlich geregelt, dass in den Fällen, in denen der Träger einer Kindertageseinrichtung ein Träger der freien Jugendhilfe ist, die Gemeinde den durch Elternbeiträge und den Eigenanteil des Trägers nicht gedeckten Anteil der erforderlichen Betriebskosten nach § 14 SächsKitaG des Gesetzes zu übernehmen hat. Die Höhe und das Verfahren der Erstattung sind mit dem Träger vertraglich zu vereinbaren, dabei ist zu beachten, dass der Gemeindeanteil dem Anteil vergleichbar sein soll, den die Gemeinde für Eigeneinrichtungen abzüglich des Eigenanteils des Trägers bereitstellt.

Investitionsmaßnahmen können in Sachsen auf Grundlage der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Kultus über die Gewährung pauschalierter Fördermittel für Baumaßnahmen und Ausstattung für Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen (VwV Kita Bau) vom 10. April 2012 gefördert werden. Gegenstand der Förderung kann die Errichtung, Sanierung, Instandsetzung und Modernisierung von Kindertageseinrichtungen sein. Eine Verwaltungsvorschrift o. ä. zur Umsetzung des Investitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung 2008 – 2013“ gibt es in Sachsen nicht. Die entsprechende Förderung erfolgt vielmehr auf Grundlage der allgemeinen Finanzierungsregelungen.

Regelungen zur Bedarfsplanung finden sich in § 8 SächsKitaG. Demnach gewährleistet der zuständige örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe, dass in seinem Gebiet die nach dem Gesetz erforderlichen Plätze in Kindertageseinrichtungen bedarfsgerecht zur Verfügung stehen. In § 8 Abs. 1 Satz 3 SächsKitaG ist ausdrücklich geregelt, dass die Aufnahme einer Einrichtung oder Kindertagespflegestelle in den Bedarfsplan Voraussetzung für den Erhalt von Finanzierungszuschüssen nach den §§ 13, 14 Abs. 1 - 4 und Abs. 6 sowie §§ 15 - 20 des Kindertagesstättengesetzes ist. Zudem setzt eine Förderung nach der VwV Kita Bau voraus, dass die zu fördernde Kindertageseinrich-

tung oder Kindertagespflegestelle in den Bedarfsplan des Jugendamtes aufgenommen oder deren Aufnahme vom Jugendamt verbindlich bestätigt wurde.

4.2.14 Sachsen-Anhalt

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Sachsen-Anhalt ist das Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen in der Tagespflege (Kinderförderungsgesetz - KiFöG) vom 5. März 2003, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Januar 2013 (GVBl. LSA S. 38). Durch das Änderungsgesetz vom 23. Januar 2013 wurden die Finanzierungsregelungen grundlegend geändert. Die neuen Regelungen treten zwar erst am 1. August 2013 in Kraft. Angesichts des kurzen Übergangszeitraums wird deshalb bereits aber schon jetzt ausschließlich auf diese neuen Regelungen abgestellt.

Gemäß § 11 Abs. 1 KiFöG wird die Förderung und Betreuung in Tageseinrichtungen sowie in Tagespflegestellen gemeinsam durch das Land, die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die Gemeinden, Verbandsgemeinden oder Verwaltungsgemeinschaften, in deren Gebiet die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, sowie die Eltern finanziert. Nicht benannt als Träger der Finanzierung werden damit die nicht öffentlichen Träger von Tageseinrichtungen. Gemäß § 12 KiFöG erhalten die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe vom Land eine Zuweisung für jedes betreute Kind. Diese Zuweisung leiten die örtlichen Träger gemäß § 12a Abs. 1 KiFöG an die Träger von Tageseinrichtungen weiter. Darüber hinaus gewähren die örtlichen Träger den Einrichtungsträgern aus eigenen Mitteln einen Betrag in Höhe von 53% der auf sie entfallenden Zuweisungen des Landes. In § 12b KiFöG ist geregelt, dass die Gemeinde, Verbandsgemeinde und Verwaltungsgemeinschaft, in deren Gebiet das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, den nicht durch die Zuweisungen des Landes und des örtlichen Trägers gedeckten Teil des Finanzierungsbedarfs in Höhe von mindestens 50% zu tragen hat. Hinsichtlich der Beteiligung der Eltern an den Kosten der Förderung und Betreuung von Kindern sieht § 13 KiFöG vor, dass die Gemeinde, Verbandsgemeinde oder Verwaltungsgemeinschaft, in deren Gebiet das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nach Anhörung der Träger von Tageseinrichtungen und der Gemeinde-Elternvertretung Kostenbeiträge festlegt. Ebenfalls der Zuständigkeit der Gemeinden, Verbandsgemeinden oder Verwaltungsgemeinschaften unterfällt die Erhebung der

Kostenbeiträge. Allerdings kann die Erhebung auf die Träger von Tageseinrichtungen übertragen werden. In § 11a KiFöG ist schließlich vorgesehen, dass der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit den Trägern von Tageseinrichtungen für seine Zuständigkeit Vereinbarungen über den Betrieb der Tageseinrichtungen nach den §§ 78 b - 78 e des SGB VIII schließt. Dabei hat der örtliche Träger das Einvernehmen mit den Gemeinden, Verbandsgemeinden oder Verwaltungsgemeinschaften herzustellen. Gemäß § 11a Abs. 4 KiFöG koordiniert das für Kinder- und Jugendhilfe zuständige Ministerium den von § 78 f SGB VIII geforderten Rahmenvertrag zwischen dem Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt sowie dem Landkreistag Sachsen-Anhalt und den Verbänden der Träger der freien Jugendhilfe und den Vereinigungen sonstiger Leistungserbringer auf Landesebene. Das für Kinder- und Jugendhilfe zuständige Ministerium kann dabei anstelle eines Rahmenvertrages durch Verordnung entsprechende Vorschriften erlassen, falls der Rahmenvertrag nicht innerhalb von sechs Monaten nach einer schriftlichen Aufforderung der Landesregierung zustande gekommen ist.

Auch in Sachsen-Anhalt wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Grundlage hierfür ist die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Investitionen in Kinderkrippen aus Bundesmitteln vom 15.6.2009. Gegenstand der Förderung können Investitionsvorhaben sein, die gemäß Artikel 1 der Verwaltungsvereinbarung Investitionsprogramm „Kinderbetreuungsfinanzierung“ der Schaffung und Sicherung von Betreuungsplätzen für Kinder unter drei Jahren in Kindertageseinrichtungen und Tagespflegestellen durch Neubau und Sanierung von Einrichtungen dienen (d. h. Neubau-, Ausbau-, Umbau-, Umwandlungsbau-, Sanierungs-, Renovierungs-, Modernisierungsmaßnahmen und Ausstattungsinvestitionen sowie mit den Investitionen verbundene Dienstleistungen).

Die Bedarfsplanung ist in § 10 KiFöG geregelt. Demnach sind die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe verantwortlich für die Vorhaltung einer an den Bedürfnissen von Familien und Kindern orientierten, konzeptionell vielfältigen, leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen Struktur von Tageseinrichtungen. Hierfür haben sie eine Bedarfsplanung gemäß § 80 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 SGB VIII aufzustellen und dabei mit den kreisangehörigen Gemeinden, Verbandsgemeinden, Verwaltungsgemeinschaften, den Trägern der freien Jugendhilfe und dem überörtlichen Träger der Sozialhilfe in allen Phasen der Bedarfsplanung das Benehmen herzustellen. In

§ 12 a Abs. 2 KiFöG ist festgelegt, dass der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe die ihm nach § 12 KiFöG gewährten Zuweisungen des Landes nur an solche Träger von Tageseinrichtungen weiterleiten darf, die in die Bedarfsplanung aufgenommen sind.

4.2.15 Schleswig-Holstein

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Schleswig-Holstein ist das Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen (Kindertagesstättengesetz - KiTaG) vom 12. Dezember 1991, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Januar 2013 (GVBl. S. 16, 20). Das Gesetz differenziert insoweit zwischen der Finanzierung von Baukosten und der Finanzierung von Betriebskosten. Gemäß § 23 KiTaG werden die Baukosten von Trägern durch Eigenleistungen des Trägers und Zuschüsse der Gemeinden, der Kreise und der kreisfreien Städte und des Landes aufgebracht. Dabei regelt § 23 Abs. 2 KiTaG, dass das Land den Ausbau von Betreuungsplätzen für Kinder unter 3 Jahren mit einem Investitionsprogramm für die Jahre 2010 bis 2015 fördert. Hinsichtlich der Betriebskosten sieht § 25 KiTaG vor, dass diese durch Zuschüsse des Landes, Teilnahmebeiträge oder Gebühren, Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, Zuschüsse der Gemeinden und Eigenleistungen des Trägers aufgebracht werden. Gemäß § 24 Abs. 4 KiTaG trägt die Standortgemeinde, wenn sie Träger der Kindertageseinrichtung ist, die nach Abzug der Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, des Landes sowie der Teilnahmebeiträge oder Gebühren verbleibenden Kosten des Betriebes. Im Falle von Kindertageseinrichtungen, die von einem anerkannten Träger der freien Jugendhilfe betrieben werden, schließen die Standortgemeinde und der Träger schriftliche Vereinbarungen über die Finanzierung und die die Finanzierung betreffenden Angelegenheiten ab (mithin also insbesondere darüber, wer die nach Abzug der Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, des Landes sowie der Teilnahmebeiträge oder Gebühren verbleibenden Kosten des Betriebes der Einrichtung trägt). Nähere Festlegungen zur Höhe der Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und des Landes trifft das Kindertagesstättengesetz nicht.

Auch in Schleswig-Holstein wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Grundlage hierfür ist die Richtlinie des Landes Schleswig-Holstein zur Umsetzung des Landesinvestitionsprogramms U 3 Ausbau und des Bundesinvestitionsprogramms "Kinderbetreuungsfinanzierung" für Kindertageseinrichtungen in kommunaler Trägerschaft der kreisfreien Städte (U 3-Investitionsförderrichtlinie) in der Fassung vom 28.03.2011. Gegenstand der Förderung können danach u. a. Umwandlungsmaßnahmen, Umbau- und Erweiterungsbaumaßnahmen und der Erwerb von Gebäuden sowie Neubaumaßnahmen sein.

Die Bedarfsplanung ist in den §§ 6, 7 KiTaG geregelt. Demnach erstellen die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe jährlich einen Bedarfsplan. Gemäß § 7 Abs. 3 KiTaG ist die Aufnahme einer Kindertageseinrichtung in den Bedarfsplan Voraussetzung für eine finanzielle Förderung nach den §§ 3, 25, 25a und 30 KiTaG.

4.2.16 Thüringen

Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern in Thüringen ist das Gesetz über die Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflege (Thüringer Kindertageseinrichtungsgesetz - ThürKitaG) vom 16. Dezember 2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Januar 2013 (GVBl. S. 22). Gemäß § 18 ThürKitaG werden die Kosten der Kindertagesbetreuung durch Zuschüsse des Landes, durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, durch die Wohnsitzgemeinden, durch Elternbeiträge und nach Möglichkeit durch Eigenleistung des Trägers gedeckt. § 18 Abs. 4 ThürKitaG sieht weiterhin vor, dass bei Einrichtungen, die in nicht öffentlicher Trägerschaft stehen, die für die Einrichtung zuständige Gemeinde den durch die Elternbeiträge und den möglichen Eigenanteil des Trägers nicht gedeckten Anteil der erforderlichen Betriebskosten zu übernehmen haben. Die Höhe und das Verfahren der Erstattung sind mit dem Träger vertraglich zu vereinbaren. Der Gemeindeanteil soll in der Regel den Anteil, den die für die Einrichtung zuständige Gemeinde für eine eigene Einrichtung abzüglich des Eigenanteils des Trägers bereitstellt, nicht übersteigen. In § 18 Abs. 8 ThürKitaG ist definiert, dass Betriebskosten im Sinne des Gesetzes die angemessenen Personal- und Sachkosten sind, die für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung erforderlich sind (einschließlich der Kosten für Fortbildung).

Auch in Thüringen wird der Ausbau der U3-Betreuung auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung U3 gefördert. Grundlage hierfür ist die Verwaltungsvorschrift zum Investitionsprogramm "Kinderbetreuungsfinanzierung" 2008 bis 2013 vom 28. April 2008. Gegenstand der Förderung können Investitionen zur Schaffung, zum Ausbau und zur Sicherung von Plätzen für Kinder unter drei Jahren in Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege sein (d. h. Neubau-, Ausbau-, Umbau-, Umwandlungsbau-, Sanierungs-, Renovierungs-, Modernisierungsmaßnahmen und Ausstattungsinvestitionen sowie mit den Investitionen verbundene Dienstleistungen).

Die Bedarfsplanung ist in § 17 ThürKitaG geregelt. Demnach hat der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Aufgabe, die Kindertagesbetreuung nach § 2 ThürKitaG zu gewährleisten. Hierfür stellen die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe rechtzeitig vor Beginn des Kindergartenjahres für ihr Gebiet einen Bedarfsplan für die Kindertagesbetreuung in Tageseinrichtungen auf und schreiben ihn rechtzeitig fort. Der Bedarfsplan weist für die Gemeinden die Einrichtungen, die Plätze und den Personalbedarf aus, die/der zur Erfüllung des Betreuungsanspruchs nach § 2 ThürKitaG erforderlich sind/ist. Der Bedarfsplan ist nach Anhörung der Elternbeiräte der Tageseinrichtungen im Benehmen mit den örtlichen Trägern der freien Jugendhilfe und den Gemeinden aufzustellen. In § 18 Abs. 2 ThürKitaG ist geregelt, dass die Aufnahme der Kindertageseinrichtung in den Bedarfsplan Voraussetzung für die Finanzierung nach dem Kindertageseinrichtungsgesetz ist.

4.2.17 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann zunächst festgestellt werden, dass sich aus 11 Landesgesetzen mehr oder weniger eindeutig ergibt, dass die Aufnahme einer Einrichtung bzw. ihres Trägers in die Bedarfsplanung Voraussetzung dafür ist, ob bzw. in welchem Umfang der Träger öffentliche Mittel zum Betrieb der Einrichtung erhalten kann. In keinem dieser Landesgesetze bzw. in keiner der auf Grundlage dieser Landesgesetze ergangenen Normen finden sich allerdings Aussagen dazu, nach welchem Verfahren die Auswahl der in den Bedarfsplan aufzunehmenden Einrichtung bzw. die Auswahl des Trägers für diese Einrichtung zu erfolgen hat. In drei Ländern (Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen) äußern sich die entsprechenden Gesetze nicht ein-

deutig zu einer Verknüpfung von Finanzierungsansprüchen und Bedarfsplanung. Nur in Berlin und Hamburg gibt es eine Verknüpfung von Finanzierungsansprüchen und Bedarfsplanung eindeutig nicht.

Bei der Art der Finanzierung lässt sich eine gewisse Entwicklung weg von der einrichtungsbezogenen hin zu belegungsbezogenen Finanzierung erkennen. So gibt es nur noch 8 Bundesländer, die die Kosten von Einrichtungen zur Kindertagesbetreuung unabhängig von ihrer Auslastung (co-)finanzieren (Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen). Die anderen Länder sehen entweder (bezogen auf die Betriebskosten einer Einrichtung) kombinierte Finanzierungsmodelle vor (Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt) oder gar solche, die ausschließlich auf die Belegung abstellen (Berlin, Bayern, Hamburg).

Ähnlich heterogen stellt sich auch die formale Ausgestaltung der Finanzierung dar. Sieben Ländergesetze sehen zur Regelung der Finanzierung einer Einrichtung den Abschluss entsprechender Verträge vor (Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen). Dabei wird zum Teil auf die §§ 78a ff. SGB VIII verwiesen. In 8 Bundesländern erfolgt die Finanzierung in Form eines Bescheides (Bayern, Brandenburg, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland). In einem Bundesland (Baden-Württemberg) kommt eine Kombination aus Vertrag und Bescheid zur Anwendung.

Schließlich ist festzuhalten, dass freie Träger unter den dort genannten Voraussetzungen (schon) auf Grundlage der entsprechenden Landesgesetze erhebliche Mittel zum Betrieb von Kindertageseinrichtungen erhalten können.

5. Rechtliche Würdigung der Verfahren zur Trägersauswahl

5.1 Bedarfsplanung als Grundlage der Trägersauswahl

Wie eingangs dargelegt wurde, befasst sich diese Arbeit unter der Überschrift „Trägersauswahl“ insbesondere mit der Frage, in welchem rechtlichen Rahmen sich die Entscheidung der öffentlichen Verwaltung, welche Träger einer Kindertageseinrichtung öffentliche Mittel zur Finanzierung des Einrichtungsbetriebes erhalten, bewegt bzw. bewegen muss. Wie die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer 4 gezeigt haben, spielt hierbei die Bedarfsplanung der öffentlichen Verwaltung bzw. die Entscheidung darüber, welche Einrichtungen in den Bedarfsplan aufgenommen werden, eine maßgebliche Rolle. Zwar kann natürlich jeder Träger, der im Besitz einer entsprechenden Betriebserlaubnis ist, eine Kindertageseinrichtung betreiben. Ohne Aufnahme in den Bedarfsplan wird dies jedoch in den Ländern, in denen dies Voraussetzung für den Erhalt öffentlicher Finanzierungsmittel ist, nur in Ausnahmefällen praktikabel sein. Tatsächlich wird dies nur solchen Trägern gelingen, die es entweder aufgrund besonderer atypischer Umstände schaffen, Betreuungspreise anzubieten, die den geförderten Kindertageseinrichtungen gleichkommen, oder die aufgrund ihrer spezifischen Ausrichtung genug Kinder betreuen können, deren Eltern bereit sind, deutlich höhere Betreuungsentgelte zu zahlen, als sie von öffentlich geförderten Einrichtungen verlangt werden (bedingt durch die nicht unbeträchtlichen Mittel, die diesen Einrichtungen zufließen - vgl. insoweit zur vergleichbaren Problematik bei der Aufnahme von Krankenhäusern in Krankenhausbedarfspläne den Beschluss des BVerfG vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86). Angesichts dieser Evidenz der Entscheidung über die Aufnahme einer Kindertageseinrichtung in einen Bedarfsplan drängen sich diverse rechtliche Fragen auf. Diese betreffen zum einen die Frage, ob bzw. auf welche Weise der Träger einer Einrichtung die Entscheidung, seine Einrichtung nicht in Bedarfsplan aufzunehmen, gerichtlich überprüfen lassen und dabei insbesondere einen Anspruch auf Aufnahme seiner Einrichtung in den Bedarfsplan geltend machen kann. In unmittelbarem Zusammenhang damit steht die Frage, ob der Träger einer Einrichtung, die nicht in den Bedarfsplan aufgenommen wurde, die Aufnahme von Einrichtungen anderer Träger in den Bedarfsplan verhindern kann. Zudem müsste sich aber auch eine ganz andere Frage aufdrängen, nämlich die, ob es denn rechtlich überhaupt zulässig ist, die Entscheidung über die Finanzierung einer Kindertageseinrichtung von der Aufnahme der Einrichtung in die Bedarfsplanung abhängig zu machen. Überraschenderweise wird diese Frage in der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung, soweit ich dies fest-

stellen konnte, an keiner Stelle mit dieser Deutlichkeit angesprochen. Dies überrascht nicht zuletzt deshalb, weil es zum einen in anderen Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe Beispiele gibt, in denen vergleichbare Auswahlverfahren als rechtswidrig weil nicht verfassungsgemäß, erkannt wurden (es handelt sich um die Fälle der Bildung von Leistungskontingenten bzw. sozialraumbezogener Budgets, auf die an späterer Stelle noch näher eingegangen werden wird). Zum anderen gibt es Bereiche des Sozialwesens, wo es vergleichbare Strukturen und Rechtswirkungen einer Bedarfsplanung gibt, bei denen eine Auseinandersetzung mit der Frage der Rechtmäßigkeit dieser Bedarfsplanung stattgefunden hat (es handelt sich um Fälle der Bedarfsplanung im Bereich des Gesundheitswesens, auf die ebenfalls an späterer Stelle noch näher eingegangen werden wird). Begründet sein mag diese vorbehaltlose Anerkennung des Systems der Bedarfsplanung im Bereich der Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen allerdings damit, dass vor der Einführung eines Rechtsanspruchs für die Betreuung von Kindern unter drei Jahren und den jetzt dazu entwickelten Anstrengungen, entsprechende Betreuungskapazitäten aufzubauen, ein nennenswerter Wettbewerb von Kitaträgern untereinander nicht stattgefunden hat. Dies könnte sich nunmehr allerdings, jedenfalls in den Ballungsgebieten und Großstädten, ändern.

5.1.1 Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit

Anknüpfungspunkt für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Bedarfsplanung und der damit verbundenen Auswahlentscheidung ist Artikel 12 Grundgesetz (GG). Art. 12 GG schützt die Berufsfreiheit, d. h. insbesondere die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung. Eingriffe in das Recht der Berufsfreiheit sind nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig. Dabei gilt dieser Gesetzesvorbehalt, entgegen des insoweit missverständlichen Wortlauts des Art. 12 Abs. 1 GG, in gleicher Weise für die Berufswahl und die Berufsausübung (vgl. Scholz in M/D 2013, Art. 12, Rn. 22). Diese einheitliche Betrachtungsweise trägt auch der Tatsache Rechnung, dass im Hinblick auf Beschränkungen der Berufsfreiheit nicht immer klar abgegrenzt werden kann, ob es sich um eine Beschränkung der Berufswahl oder eine Beschränkung der Berufsausübung handelt. Die Geltung des Gesetzesvorbehaltes sowohl für die Berufsausübung als auch für die Berufswahl bzw. richtigerweise gesagt die Möglichkeit, sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl durch Gesetz oder auf Grundlage eines Gesetzes zu beschränken, hat nun allerdings nicht zur Folge, dass

bei der Anwendung des Gesetzesvorbehalts im Hinblick auf beide Grundrechtsausprägungen die gleichen Maßstäbe anzulegen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat insofern vielmehr die sog. Stufentheorie entwickelt, die heute in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt ist. Danach sind an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf freie Berufswahl deutlich höhere Anforderungen zu stellen als an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf freie Berufsausübung (vgl. Scholz a. a. O., Rn. 27).

5.1.1.1 Der Betrieb einer Kindertageseinrichtung als Beruf i. S. d. Art. 12 GG

Als Beruf im Sinne des Art. 12 GG ist nach herrschender Meinung „jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung“ anzusehen (Scholz a. a. O., Rn. 28). Allerdings darf diese Definition nicht zu eng verstanden werden. Dies gilt u. a. für den Aspekt der „Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“. Insofern sind nicht nur Tätigkeiten vom Berufsbegriff erfasst, die konkret darauf gerichtet sind, einer bestimmten Person oder einer Gruppe von Personen eine Lebensgrundlage zu verschaffen, sondern prinzipiell alle Tätigkeiten, die Erwerbszwecken jedweder Art dienen. (vgl. Scholz a. a. O., Rn. 31f.; Ruffert in Beck OK 2013, Art 12 Rn. 38; BVerfG, Beschluss vom 17.10.2007 - 2 BvR 1095/05). Der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur entspricht es dabei, dass sich auch juristische Personen des Privatrechts auf die Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, wenn sie eine entsprechende Tätigkeit ausüben (vgl. Ruffert a. a. O.; BVerfG a. a. O.). Infrage gestellt wird angesichts dieser Definition des Berufsbegriffs indes immer wieder, ob auch gemeinnützige juristische Personen einen Beruf im Sinne des Art. 12 GG ausüben können. Dies ist nach mittlerweile herrschender Meinung jedenfalls dann der Fall, wenn die gemeinnützige Körperschaft satzungsgemäß einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zur Erreichung ihrer Ziele unterhält bzw. unterhalten muss (vgl. Ruffert a. a. O.; BVerfG, Beschluss vom 07.11.2001 – 1 BvR 325/94; für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 09.07.2010 – 4 ME 306/09). Dies ist bei einer gemeinnützigen Körperschaft des Privatrechts, zu deren satzungsgemäßen Zwecken der Betrieb einer Kindertageseinrichtung gehört, der Fall.

5.1.1.2 Die Nichtaufnahme einer Kindertageseinrichtung in den Bedarfsplan als Eingriff in die Berufsfreiheit

Angesichts der vorstehenden Ausführungen kann zunächst als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sowohl natürliche als insbesondere aber auch juristische Personen sich in ihrer Funktion als Träger einer Kindertageseinrichtung auf den Schutz des Art. 12 GG berufen können. Für die hier vorzunehmende rechtliche Beurteilung der Entscheidung über die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan stellt sich mithin als nächstes die Frage, ob in dieser Entscheidung, d. h. konkret in der Entscheidung, eine Einrichtung nicht in den Bedarfsplan aufzunehmen, ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährten Freiheitsrechte gesehen werden kann. Problematisch könnte insoweit sein, dass die Entscheidung über die Aufnahme in den Bedarfsplan keinen Eingriff in die Berufsfreiheit der nicht berücksichtigten Träger bezweckt, d. h., es sich nicht um einen unmittelbaren Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG handelt. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der nicht berücksichtigten Träger stellt sich vielmehr als eine mittelbare Folge dessen dar, dass die bzw. eine Einrichtung des Trägers nicht in den Bedarfsplan aufgenommen wurde. Diese mittelbare Folge ergibt sich dabei daraus, dass es dem Träger zwar auch ohne Aufnahme in den Bedarfsplan bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, die für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung erfüllt werden müssen, unbenommen ist, diese Einrichtung zu betreiben. Faktisch wird die Nichtaufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan in der Regel aber angesichts der damit verbundenen finanziellen Konsequenzen das Aus der betroffenen Einrichtung bedeuten bzw. bewirken, dass der Betrieb schon gar nicht aufgenommen wird. Die Entscheidung, die Einrichtung eines Trägers nicht in den Bedarfsplan aufzunehmen, hat dementsprechend jedenfalls tatsächlich ganz erhebliche Auswirkung auf seine berufliche Betätigung auf dem Gebiet des Betriebes von Kindertageseinrichtungen (vgl. zur vergleichbaren Problematik bei der Aufnahme von Krankenhäusern in Krankenhausbedarfspläne den Beschluss des BVerfG vom 12.06.1990 - 1 BvR 355/86; sowie Stähr 2006, S. 182 für die vergleichbare Problematik der Vereinbarung sozialraumbezogener Budgets).

Die Frage nach der Relevanz einer mittelbaren Einwirkung auf die durch Art. 12 GG geschützten Rechtspositionen ist allerdings heute in Literatur und Rechtsprechung geklärt. Demnach verhält es sich so, dass Art. 12 GG „ganz allgemein ebenso vor unmittelbaren wie mittelbaren Eingriffen schützt“ (Scholz a. a. O., Rn. 300). Die Grenze

zur Nichtanwendbarkeit des Art. 12 GG im Hinblick auf eine mittelbar die Berufsfreiheit beeinträchtigende Regelung oder Maßnahme ist dabei erst dann überschritten, wenn die Regelung oder Maßnahme lediglich ganz allgemein dazu geeignet ist, die Berufsfreiheit zu beschränken, ohne dass erkennbar wird, welcher Personenkreis konkret betroffen ist (vgl. Scholz a. a. O., Rn. 300f.; Ruffert a. a. O., Rn. 82). Vor diesem Hintergrund kann z. B. auch allein die Gewährung von Subventionen (an einen beschränkten Personenkreis) einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit darstellen (vgl. Ruffert a. a. O., Rn. 83; BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86; Neumann u. a. 2004, S. 9). Diesen Grundsätzen folgend hat die Rechtsprechung dann konsequenterweise auch Zulassungsbeschränkungen, die auf Grundlage einer Bedarfsplanung erfolgten, in der Regel als Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86; BSG, Urteil vom 18.03.1998 – B 6 KA 37-96 R; Neumann u. a. 2004, S. 13).

5.1.2 Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Nach dem Vorstehenden kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Entscheidung eines örtlichen Trägers der Jugendhilfe, eine Kindertageseinrichtung nicht in den Bedarfsplan aufzunehmen, einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit des betroffenen Trägers darstellt. Wie eingangs bereits ausgeführt, ist ein solcher Eingriff allerdings nur dann zulässig, wenn er durch ein Gesetz oder auf Grundlage eines Gesetzes erfolgt. Geeignet, einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit zu rechtfertigen, sind damit zum einen Gesetze im formellen Sinne und zwar sowohl Bundes- als auch Landesgesetze. Darüber hinaus wird durch die Formulierung „auf Grundlage eines Gesetzes“ aber auch die Möglichkeit eröffnet, das Grundrecht der Berufsfreiheit durch untergesetzliche Rechtsetzungsakte (der Exekutive) wie beispielsweise Rechtsverordnungen oder berufsständische Satzungen zu beschränken (vgl. Scholz a. a. O., Rn. 321f, 326). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene Wesentlichkeitstheorie. Danach darf „der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt der ... zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben“ (BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62). Das Bundesverfassungsgericht führt in der zitierten Entscheidung weiter aus, dass die Ab-

grenzung, welche Regelungen im Hinblick auf eine vorgesehene Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit von der Legislative getroffen werden müssen, und welche Regelungen der Exekutive überlassen werden können, von der Intensität des Eingriffs abhängt. Dabei kann, so das Bundesverfassungsgericht, „die in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung entwickelte, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete Stufentheorie ... entsprechend herangezogen werden“. Im Ergebnis stellt das Bundesverfassungsgericht zudem nochmals fest, dass Entscheidungen, die die Berufswahl betreffen, stets einer Regelung durch die Legislative vorbehalten sind, d. h. der Exekutive in diesem Zusammenhang „allenfalls Einzelfragen fachlich-technischen Charakters“ zur Regelung überlassen werden können.

Im Hinblick auf die vorliegend zu klärende Rechtsfrage ist nun zum einen zu prüfen, ob die Nichtaufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan einen Eingriff in die Berufswahl- oder Berufsausübungsfreiheit des betroffenen Trägers darstellt. Je nachdem, wie diese Frage zu beantworten ist, ist dann in einem zweiten Schritt ggf. zu prüfen, ob die bestehenden gesetzlichen oder ggf. auch untergesetzlichen Regelungen ein Gesetz im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG darstellen und damit geeignet sind, den festgestellten Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.

Meines Erachtens handelt es sich bei der Regelung, wonach nur solche Träger einer Kindertageseinrichtung mit öffentlichen Mitteln finanziert werden, die in einem Bedarfsplan aufgenommen wurden, um einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl. Maßgeblich sind insoweit die vorstehend bereits beschriebenen Konsequenzen, die die Nichtaufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan für die betroffene Einrichtung in der Regel haben werden: Mit der Entscheidung über die Aufnahme in den Bedarfsplan steht und fällt in der Regel die Existenzgrundlage für die Einrichtung, d. h., falls die Einrichtung nicht (mehr) in den Bedarfsplan aufgenommen wird, wird dies regelmäßig die Schließung der Einrichtung nach sich ziehen. Anderes wird, wie bereits ausgeführt wurde, nur in wenigen Ausnahmefällen gelten. Gegen eine solche Einschätzung spricht auch nicht die theoretische Möglichkeit, dass der Träger, dessen Einrichtung nicht in den Bedarfsplan aufgenommen wurde, den Versuch unternehmen kann, seine Einrichtung in einem anderen Ort zu betreiben, an dem es ihm gelingt, in die Bedarfsplanung aufgenommen zu werden bzw. an dem die Aufnahme in den Bedarfsplan nicht Voraussetzung ist, um in den Genuss öffentlicher Mittel zu gelangen (wie z. B. in den Stadt-

staaten Hamburg und Berlin). Eine solche Beschränkung würde meines Erachtens verkennen, dass die Berufsfreiheit auch die Freiheit beinhaltet, zu entscheiden, wo die jeweilige berufliche Tätigkeit ausgeübt wird. Jedenfalls dann, wenn ein geografisch und rechtlich abgegrenzter Bereich beruflicher Betätigung von der Bedarfsplanung erfasst wird, kann die theoretische Möglichkeit, diesen Bereich zu verlassen und die berufliche Tätigkeit an einem anderen Ort zu entfalten, keine Rolle spielen (vgl. Stähr 2006, S. 183; OVG Hamburg, Beschluss vom 10.11.2004 – 4 Bs 388/04; OVG Berlin, Beschluss vom 04.04.2005 – OVG 6 S 415.04). Solche Erwägungen spielen zudem für die hier abstrakt zu beantwortende Frage, ob es verfassungsmäßigen Bedenken begegnet, die Finanzierung einer Kindertageseinrichtung mit öffentlichen Mitteln von einer Aufnahme in den Bedarfsplan abhängig zu machen, keine Rolle (gleiches gilt im Übrigen für den im Einzelfall eventuell denkbaren Einwand, dass ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl ausgeschlossen sei, weil ein Träger mehrere, zum Teil bereits mit öffentlichen Mitteln finanzierte Einrichtungen betreibt). Insoweit muss es ausreichen, dass jedenfalls in einer ganzen Reihe von Fällen damit zu rechnen ist, dass es zu einer konkreten Einschränkung der Berufswahlfreiheit kommt.

Davon ausgehend, dass es bei der hier zu prüfenden Regelung der Trägersauswahl mittels Bedarfsplanung um einen Eingriff in das Grundrecht der freien Berufswahl geht, stellt sich die Frage, ob dieser zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich ist. Da es sich bei Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl durch Bedarfsplanung um Eingriffe auf Grundlage objektiver Voraussetzungen handelt (vgl. Scholz a. a. O., Rn. 366) ist zudem zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG „im Allgemeinen ... nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ einen entsprechenden Eingriff wird rechtfertigen können (BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56).

Vorliegend ist für mich nun allerdings nicht erkennbar, worin die nachweisbare und höchstwahrscheinliche schwere Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zu sehen sein soll, die es rechtfertigt, nur solche Einrichtungen in den Genuss öffentlicher Mittel kommen zu lassen, die vorher in einen Bedarfsplan aufgenommen wurden. Es besteht im Gegenteil eher die - wie die Ausführungen unter Ziff. 3 zeigen sehr reale - Gefahr, dass aufgrund der Bedarfsplanung bestehende Strukturen im Sinne eines

„closed shops“ zementiert und außen stehenden Dritten dauerhaft der Marktzugang in rechtlich unzulässiger Weise versperrt wird (vgl. Stähr 2006, S. 184; Friedrich/Lieber 2008, S. 91; BVerwG, Urteil vom 25.11.2004 - 5 C 66.03). Zwar ist zuzugestehen, dass das Bundesverfassungsgericht in aktuelleren Entscheidungen offenbar von den strengen Voraussetzungen, die es in der zitierten Entscheidung vom 11.06.1958 aufgestellt hat, insoweit abgewichen ist, als es dem Gesetzgeber „mehr und mehr – im Rahmen seiner wirtschafts-, arbeits- und sozialpolitischen Entscheidungsfreiheit – auch einen „Prognosespielraum“ bzw. eine ‚Einschätzungsprärogative‘ hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes einräumt“ (Scholz a. a. O., Rn. 339). Im Ergebnis verhält es sich daher heute so, dass das Bundesverfassungsgericht anders als in der Entscheidung vom 11.06.1958 nicht mehr eingehend überprüft, ob die genannten Gefahren in der entsprechenden Qualität tatsächlich („nachweisbar“) gegeben sind, sondern sich darauf beschränkt, zu überprüfen, ob die Einschätzung des Gesetzgebers bezüglich einer aktuellen oder zu erwartenden Gefahrenlage vertretbar bzw. evident fehlerhaft ist. Es kommt damit quasi zu einer Art Beweislastumkehr, d. h. im Streit darüber, ob ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Berufswahl sich innerhalb der durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 gesetzten Schranken bewegt, muss nicht mehr der Gesetzgeber eine entsprechende Gefahrenlage nachweisen, sondern derjenige, der sich auf die Unrechtmäßigkeit des Eingriffs beruft, muss nachweisen, dass eine solche Gefahrenlage nicht gegeben ist. Diesen Nachweis kann man meines Erachtens allerdings durchaus führen. Dies gilt dabei allein schon deshalb, weil es in der Praxis mittlerweile erprobte Finanzierungssysteme gibt, die die Gewährung öffentlicher Mittel (ausdrücklich) nicht von der Aufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan abhängig machen. Man muss sich in diesem Zusammenhang auch vor Augen führen, dass es hier nicht darum geht, die Bedarfsplanung an sich infrage zu stellen. Selbstverständlich ist es notwendig und sinnvoll, dass die örtlichen Träger der Jugendhilfe als Teil der Jugendhilfeplanung auch eine Bedarfsplanung für den Bereich der Kindertageseinrichtungen durchführen. Die Frage, die hier zu stellen ist, ist allein die, ob es zulässig bzw. notwendig ist, eine Verbindung zwischen der Aufnahme einer solchen Einrichtung in den Bedarfsplan und ihrer Finanzierung herzustellen. Hinzu kommt, dass es bereits insoweit ein Instrument der Gefahrenabwehr auf der Ebene der subjektiven Zulassungsbeschränkungen gibt, als nur solche Träger eine Einrichtung zur Kindertagesbetreuung betreiben dürfen, die hierfür eine entsprechende Betriebserlaubnis erhalten haben. Sofern also neben diesen subjektiven Zulassungsbeschränkungen auch noch objektive

Zulassungsbeschränkungen hinzutreten sollen, können diese nur gerechtfertigt sein, wenn es über die Gefahren hinaus, deren Abwehr die subjektiven Zulassungsbeschränkungen dienen, weitere abwehrbedürftige Gefahren gibt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit einerseits bzw. aus der Notwendigkeit, zur „Sicherstellung der finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme“ (Cremer 2007, S. 259) eine „angebotsorientierte Nachfrage“ (Cremer 2007, S. 260) zu vermeiden, andererseits. Auch im Hinblick auf die Gewährung der notwendigen Versorgungssicherheit im Sinne einer Bereitstellung von Betreuungsplätzen in ausreichender Zahl kann zunächst wieder auf vergleichbare Sachlagen verwiesen werden. Dies betrifft zum einen die Betreuungsquote in Berlin und Hamburg, die auch ohne eine Verknüpfung von Bedarfsplanung und öffentlicher Finanzierung weitestgehend dem Bundesdurchschnitt entspricht (vgl. die unter Ziffer 2 zitierten Angaben des Statistischen Bundesamtes). Zum anderen betrifft dies die Besonderheit, dass Leistungen der Kindertagesbetreuung nach wie vor auch von öffentlichen Trägern angeboten werden, bzw. die zuständigen öffentlichen Träger nach den (landes)gesetzlichen Regelungen (zum Teil ausdrücklich) verpflichtet sind, einen Fehlbedarf mit eigenen Angeboten auszugleichen. Im Hinblick auf das Argument der Notwendigkeit einer angebotsorientierten Nachfrage aus den o. g. Gründen verhält es sich so, dass die Bereiche der Erbringung sozialer Leistungen in denen dieses Argument durchaus zur Rechtfertigung eines Grundrechteingriffs tauglich ist, mit dem Bereich der Kindertagesbetreuung nicht vergleichbar sind. Es handelt sich nämlich um Bereiche, in denen der potentielle Nachfragebedarf für die öffentliche Hand nicht erkennbar ist bzw. Erfahrungen gezeigt hatten, dass zusätzliche Angebote zu einer zusätzlichen Nachfrage führen (steigende Nachfrage nach ärztlichen Leistungen aufgrund steigender Niederlassungszahlen bei den Ärzten - vgl. Cremer 2007, S. 260; Philipp 2005, S. 84).

Für den Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII ergibt sich die fehlende Vergleichbarkeit nun daraus, dass der Leistungsgewährung jeweils eine Entscheidung des örtlichen Trägers der Jugendhilfe vorausgeht, eine Selbstbeschaffung mithin ausgeschlossen ist (vgl. Cremer 2007, S. 258f.). Ähnliches gilt aber auch für den Bereich der Kindertagesbetreuung. Zum einen ist hier die Zahl der potenziell Anspruchsberechtigten bekannt und zum anderen besteht über die Feststellung des individuellen Bedarfs gem. § 24 Abs. 3 S. 3 SGB VIII (bzw. gem. § 24 Abs. 2 S. 2, Abs. 1 S. 3 SGB VIII in

der ab dem 01.08.2013 geltenden Fassung) ebenfalls eine entsprechende Steuerungsmöglichkeit. Zudem widerlegen auch hier wieder die in Berlin und Hamburg gemachten Erfahrungen das Argument, es bestehe die Notwendigkeit, mittels einer Bedarfsplanung eine angebotsorientierte Nachfrage zu verhindern.

Zuzugestehen ist nun zwar sicherlich, dass die Einschränkung der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen auf solche Einrichtungen, die in einen Bedarfsplan aufgenommen wurden, aus finanzwirtschaftlicher Sicht nachvollziehbar ist. Entsprechende Überlegungen sind soweit ich dies feststellen konnte, auch in erster Linie der Grund für diesbezügliche gesetzliche Regelungen. Recht gut erkennbar wird dies insbesondere im Hinblick auf die Rechtslage in Sachsen-Anhalt. Der Aufnahme in das dortige Landesgesetz war eine durch einen Antrag der Landtagsfraktion DIE LINKE ausgelöste Debatte zur Bedarfsfeststellung von Kindertageseinrichtungen vorausgegangen, in der die Notwendigkeit einer solchen Bedarfsfeststellung mit finanzwirtschaftlichen Argumenten begründet wurde (vgl. den stenografischen Bericht der 73. Landtagssitzung am 18. März 2010, Plenarprotokoll 5/73 zum Beratungspunkt 17) Vergleichbares gilt auch für die Bundesländer Baden-Württemberg (vgl. Burmeister/Seith 2004, S. 201f., 207) und Sachsen (vgl. den Regierungsentwurf der Sächsischen Staatsregierung für ein Sächsisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen vom 13.06.2001, Landtagsdrucksache 3/4408, S. 6 der Begründung; vgl. im Übrigen auch Neumann 1996, S. 43, 49). Solche finanzwirtschaftliche Erwägungen sind aber ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht geeignet, die Erwartung höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zu begründen.

Im Übrigen ist zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber verlangt, dass er die betreffende gesetzliche Regelung revidiert, wenn er später erkennt, dass sich seine Prognose bzw. Einschätzung im Hinblick auf die abzuwendenden Gefahren als falsch herausstellt (vgl. Scholz a. a. O., Rn. 339). Auch insofern ist die gelebte Praxis der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen in Berlin und Hamburg ein deutlicher Hinweis darauf, dass dem so ist, es also keine Gefahren gibt, deren Abwehr es erfordert, die Finanzierung einer Kindertageseinrichtung von ihrer Aufnahme in einen Bedarfsplan abhängig zu machen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang schließlich auch der Blick auf einen anderen Bereich der Leistungserbringung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, nämlich den Bereich der Hilfe zur Erziehung. In diesem Bereich hat es diverse Versuche der örtlichen Träger der Jugendhilfe gegeben, Leistungskontingente von ausgewählten Trägern zu erwerben bzw. unter der Überschrift Sozialraumorientierung ausgewählte Träger mit der Erbringung (zum Teil niedrigschwelliger) Angebote gegen Zahlung pauschalierter Entgelte vertraglich zu binden. All diesen Versuchen ist allerdings von der Rechtsprechung eine klare Absage erteilt worden. Entscheidend war dabei jeweils, dass der Abschluss von Verträgen zur „Bewirtschaftung“ von Sozialräumen als Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit der nicht berücksichtigten Träger angesehen wurde (vgl. OVG Hamburg a. a. O.; OVG Berlin a. a. O.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.03.2006 – 4 ME 1/06; Neumann 1996, S. 49). Zuzugestehen ist allerdings, dass es relativ offensichtlich sein dürfte, dass das SGB VIII eine gesetzliche Grundlage für die in diesen Fällen vorgenommene Grundrechtsbeschränkung nicht enthält. Dies ist vorliegend insoweit anders, als es bezüglich der bedarfsabhängigen Finanzierung von Kindertageseinrichtungen solche gesetzlichen Regelungen gibt und es mithin hier (nur) um die Frage geht, ob diese gesetzlichen Regelungen verfassungsgemäß sind. Gleichwohl liefern aber auch diese Entscheidungen deutliche Hinweise im Hinblick auf den durch das Grundgesetz und hier insbesondere Art. 12 GG gewährleisteten Schutz der im „Markt der Jugendhilfeleistungen“ agierenden Träger.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass ein am Bedarf orientierter Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vorliegend grundsätzlich zulässig ist, bestünden nach meinem Dafürhalten erhebliche Zweifel daran, ob die jeweiligen Landesgesetze (alle) den Anforderungen an die Ausgestaltung einer entsprechenden Eingriffsnorm genügen. Insoweit ist, wie bereits ausgeführt, zu beachten, dass die gesetzliche Regelung, die einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vorsieht, selbst Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lassen muss. Soweit eine gesetzliche Regelung möglich ist, muss dabei der Gesetzgeber selbst diese Regelungen treffen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86). Wie das Bundesverfassungsgericht in der zitierten Entscheidung weiter ausführt, bedeutet dies zwar nicht, dass sich solche Regelungen unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssen. Sie müssen sich aber zumindest „mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschich-

te der Regelung“ (BVerfG a. a. O.). Die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beschäftigt sich mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG). In § 1 KHG finden sich nun allerdings tatsächlich einige Hinweise darauf, welche Gesichtspunkte im Rahmen der gemäß § 6 anzustellenden Planungen zu berücksichtigen sind. Dabei ist angesichts der Tatsache, dass sich das Gesetz ausschließlich mit der Frage der Finanzierung bzw. ausdrücklich sogar der wirtschaftlichen Sicherung von Krankenhäusern befasst, auch eindeutig, dass es ausschließlich um Planungskriterien finanzieller Art geht. Eine solche Sach- und Rechtslage findet sich bei den landesgesetzlichen Regelungen, die die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen von ihrer Aufnahme in die Bedarfsplanung abhängig machen, allerdings häufig nicht. Zu finden sind vielmehr oft nur allgemeine und undetaillierte Regelungen zur örtlichen Bedarfsplanung, ohne dass ein Bezug zur Finanzierung der Kindertagesbetreuung hergestellt wird. In solchen Ländern ist deshalb meiner Auffassung nach unabhängig davon, ob ein Eingriff in die Ausübung der Berufsfreiheit dem Grunde nach gerechtfertigt ist, die Verknüpfung der Finanzierung einer Einrichtung mit ihrer Aufnahme in die Bedarfsplanung (auch) aus dem Grunde verfassungswidrig, dass die gesetzliche Regelung den sich aus Art. 12 GG ergebenden Anforderungen an die gesetzliche Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen nicht genügt. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Regelungen in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Saarland und Sachsen (vgl. bezüglich der Regelung in Baden-Württemberg auch die Ausführungen von Burmeister/Seith 2004, S. 203, wo es im Hinblick auf einen Vergleich der Planungsvorgaben im Krankenhausfinanzierungsgesetz und im Kindergartenengesetz für Baden-Württemberg heißt, dass die Regelung der Kindergartenbedarfsplanung so schlank ausgefallen ist, dass ihr keine dem Krankenhausfinanzierungsgesetz vergleichbaren Anhaltspunkte für die rechtliche Qualität der Kindergartenbedarfsplanung entnommen werden können).

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle im Übrigen darauf hingewiesen, dass es in den Landesgesetzen zur Kindertagesbetreuung durchaus Entwicklungen hin zu „richtigen“ Finanzierungsstrukturen gibt. Wie unter Ziff. 4 dargestellt wurde, haben sich mittlerweile einige Landesgesetzgeber von der institutionellen Subventionsfinanzierung abgewendet und Finanzierungssystemen zugewandt, die (jedenfalls im Bereich der Betriebskostenfinanzierung) vornehmlich auf die Belegung der Einrichtung abstellen bzw. zumindest Elemente der institutionellen Förderung mit denen einer belegungsabhängigen Förderung kombinieren. Damit nähern sich diese Finanzierungssysteme den

Finanzierungsgrundsätzen an, wie sie sonst nach dem SGB VIII für den Bereich der Leistungserbringung zur Erfüllung von Rechtsansprüchen gelten. Angesichts dessen überrascht es dann aber ein wenig, wenn gleichzeitig weiterhin die Aufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan zur Bedingung der Finanzierung gemacht wird. Konsequenter wäre es nach meinem Dafürhalten gewesen, auf die Bedingung der Aufnahme in die Bedarfsplanung zu verzichten und die Finanzierung von Leistungen im Bereich der Kindertagesbetreuung in gleicher Weise zu handhaben, wie die in § 78a SGB VIII genannten Leistungen. Anspruchsberechtigt wäre damit jeder Träger im Hinblick auf die von ihm entsprechend des für das jeweilige Kind festgestellten individuellen Bedarfs erbrachte Betreuungsleistung. Dass damit das Belegungsrisiko von der öffentlichen Verwaltung auf den jeweiligen Träger verlagert wird, ist dabei hinzunehmen. Die Träger vor den sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Risiken zu schützen, ist jedenfalls nicht Aufgabe der öffentlichen Verwaltung und kann auch kein Kriterium für die Verteilung der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel unter die miteinander konkurrierenden Träger sein (vgl. hierzu auch Neumann u. a. 2004, S. 75; Neumann 2005, S. 5).

5.1.3 Rechtsschutz

Es stellt sich schließlich die Frage, welchen Nutzen ein Träger, dessen Einrichtung nicht in den Bedarfsplan aufgenommen wurde oder werden soll, aus der Erkenntnis, dass es als verfassungswidrig anzusehen ist, wenn die Gewährung öffentlicher Mittel von der Aufnahme in den Bedarfsplan abhängig gemacht wird, ziehen kann. Nicht in Betracht kommt es in solchen Fällen, unter Berufung auf die Verfassungswidrigkeit dieser Koppelung von Bedarfsplanung und Finanzierung einen Anspruch auf Aufnahme in den Bedarfsplan geltend zu machen. Dies würde quasi bedeuten, einen Anspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“ geltend zu machen, was indes nicht zulässig ist. Soweit es sich um einen bayrischen Träger handelt, ist dieser insoweit privilegiert, als (allein) das bayerische Landesrecht die Möglichkeit vorsieht, auch als (juristische) Privatperson eine Normenkontrollklage vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof zu erheben. Bei einem solchen Verfahren wäre die Verfassungsmäßigkeit des BayKiBeG bzw. der darin enthaltenen Regelungen, wonach die Gewährung von öffentlichen Mitteln an den Träger einer Kindertageseinrichtung dessen Aufnahme in den Bedarfsplan voraussetzt, zu überprüfen. Im Übrigen bleiben den betroffenen Trägern

nur zwei Möglichkeiten: Sie können zum einen eine Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Ziel erheben, entweder andere Träger, die in die Bedarfsplanung aufgenommen werden sollen, nicht in die Bedarfsplanung aufzunehmen oder den Kostenträger dazu zu verpflichten, auch solchen Trägern, die in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden, keine finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen (sog. negative Konkurrentenklage). Zum anderen ist daran zu denken, gegenüber dem Kostenträger einen Anspruch auf Gewährung von Mitteln geltend zu machen, wie sie auch den Trägern gewährt werden, die in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden. Dabei kann sich meines Erachtens insoweit ein Anspruch auf entsprechende Förderung ergeben, als der klagende Träger belegen kann, dass seine Einrichtung grundsätzlich die der Bedarfsplanung zugrunde liegenden Kriterien erfüllt und er zudem insoweit einen konkreten Bedarf erfüllt, als er tatsächlich Kinder in seiner Einrichtung betreut und damit Rechtsansprüche nach § 24 SGB VIII in seiner aktuellen Fassung bzw. in seiner Fassung ab dem 01.8.2013 erfüllt (vgl. allgemein zu den Rechtsschutzmöglichkeiten Neumann 1996, S. 50ff.). Diese Vorgehensweise bietet sich insbesondere in den Bundesländern an, in denen die Landesgesetze die Finanzierung an den §§ 78a ff. SGB VIII ausgerichtet haben. Hier besteht dann meines Erachtens wie auch sonst im Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII ein Anspruch auf Abschluss entsprechender Vereinbarungen sowie ein Zahlungsanspruch im Umfang der tatsächlichen Belegung.

In der Praxis ergeben sich aber Zweifel an der Praktikabilität der einem Einrichtungsträger gegebenen Möglichkeiten, die Gerichte zur Durchsetzung seiner Ansprüche zu bemühen. Kleinere Träger, die eine einzelne Einrichtung zur Kindertagesbetreuung betreiben wollen, werden kaum in der Lage sein, finanziell quasi über eine längere Zeit in Vorleistung zu gehen, um die Kindertageseinrichtung mit konkurrenzfähigen Preisen zu betreiben, in der Hoffnung, dann vor Gericht Recht zu bekommen und entsprechende Zahlungsansprüche gegenüber dem jeweils zuständigen Kostenträger geltend machen zu können. Denkbar ist eine solche Vorgehensweise aber für größere Träger, die mehrere Einrichtungen betreiben (insbesondere wenn dies überregional der Fall ist) und die im Interesse der Erlangung einer Grundsatzentscheidung bereit sind, dieses wirtschaftliche Risiko (ggf. begrenzt durch den Betrieb einer verhältnismäßig kleinen Einrichtung) einzugehen.

Der Vollständigkeit halber sei auch darauf eingegangen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, wenn man unterstellt, dass das auf der Aufnahme eines Trägers bzw. einer Einrichtung in den Bedarfsplan basierende Finanzierungssystem verfassungsgemäß ist: In diesem Fall kommt dann neben der beschriebenen Möglichkeit, eine negative Konkurrentenklage zu erheben, auch die Möglichkeit in Betracht, eine positive Konkurrentenklage zu erheben, d. h. im Wege der Klage einen Anspruch auf Aufnahme in den Bedarfsplan geltend zu machen, ggf. verbunden mit dem Anspruch, einen anderen Träger stattdessen nicht in den Bedarfsplan aufzunehmen (vgl. für den Bereich der Krankenhausplanung Halbe/Rothfuß in Terbille 2009, Rn. 85f.; Wahl/Schütz in S/S/W 2012, § 42, Rn. 288f.). Die Erfolgsaussichten solcher Klagen sind in der Regel allerdings eher gering. Dies hängt damit zusammen, dass zwar die Bedarfsplanung als solche vollumfänglich gerichtlich überprüft werden kann (vgl. Burmeister/Seith 2004, S. 203). Im Hinblick auf die Entscheidung, welche von mehreren gleich geeigneten Einrichtungen dann in den Bedarfsplan aufgenommen wird, steht dem nicht aufgenommenen Träger jedoch nur eine sehr beschränkte Überprüfungsmöglichkeit zu. Zwar hat er insoweit Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Diese ist jedoch nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. Burmeister/Seith 2004, S. 203; Friedrich/Liebe 2008, S. 86). Konkret bedeutet dies, dass vom Gericht lediglich geprüft werden kann

- „- ob die Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist,
- ob sie einen sich sowohl im Rahmen des Gesetzes wie auch im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltenden Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt hat und
- ob für ihre Entscheidung keine sachfremden Erwägungen bestimmend gewesen sind“

(Burmeister/Seith 2004, S. 205). Auch aus der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG wird sich in der Regel kein Anspruch auf Aufnahme in den Bedarfsplan herleiten lassen. Insoweit ist zu beachten, dass der Gleichheitsgrundsatz (nur) vor willkürlichen Differenzierungen schützt, d. h. es gilt im Prinzip ein ähnlicher Prüfungsmaßstab wie der vorstehend genannte. Eine Differenzierung ist danach nur dann als willkürlich anzusehen, „wenn sich für sie keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Sache ergeben oder sonst wie einleuchtend sind“ (Wahl/Schütz a. a. O., Rn. 288). Allerdings wird in der einschlägigen Literatur vertreten,

dass auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG ggf. verlangt werden kann, bei der Entscheidung über die Aufnahme in den Bedarfsplan nicht immer auf die gesamte zur Auswahl stehende Einrichtung abzustellen, sondern auch zu erwägen, einzelne Gruppen von verschiedenen Einrichtungen in den Bedarfsplan aufzunehmen und damit eine anteilige Finanzierung der mehrerer Einrichtungen zu gewährleisten (vgl. Burmeister/Seith 2004, S. 205).

5.1.4 Zusammenfassung

Abschließend ist festzuhalten, dass landesgesetzliche Regelungen, die die Finanzierung von Leistungen der Kindertagesbetreuung davon abhängig machen, dass die betreffende Einrichtung in einem Bedarfsplan aufgenommen wurde, wegen eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffs in die durch Art. 12 GG geschützte Berufswahlfreiheit verfassungswidrig sind. Zudem ist festzuhalten, dass im Hinblick auf einige Landesgesetze selbst dann verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Rechtspraxis bestehen, wenn man die prinzipielle Zulässigkeit eines solchen Eingriffs unterstellt.

Keinerlei rechtliche Bedenken bestehen danach jedenfalls im Hinblick auf die Rechtspraxis der Ausgabe von Betreuungsgutscheinen in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg, in denen ausdrücklich geregelt ist, dass der Erhalt öffentlicher Mittel nicht abhängig ist von der Aufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan. Die Einführung eines aus fachlicher Sicht durchaus nicht unumstritten Gutscheinsystems (vgl. Sell 2010b, S. 71ff) ist allerdings nicht die einzige Möglichkeit, den sich aus Art 12 GG ergebenden Anforderungen gerecht zu werden. Gangbar sind insoweit vielmehr alle Wege zur Finanzierung der Kindertagesbetreuung, solange sie die Finanzierung der Betreuungsleistung eben nur nicht von der Aufnahme der betreuenden Einrichtung in einen Bedarfsplan abhängig machen. So kommt insbesondere z. B. eine dahingehende Modifizierung der Gutscheinsysteme in Betracht, dass - wie auch bei der Finanzierung der in § 78a SGB VIII genannten Leistungen - anstelle der Ausgabe der Gutscheine eine unmittelbare Vergütung der Betreuungsleistung im Verhältnis Leistungsträger / Kostenträger erfolgt (vgl. Sell 2010b, S. 84; Hoyer 2000, S. 37f).

5.2 Trägersauswahl und Vergaberecht

5.2.1 Einleitung

Bereits seit Längerem wird in der einschlägigen Literatur eine Diskussion darüber geführt, ob und in welcher Weise das Vergaberecht im Anwendungsbereich des Sozialrechts eine Rolle spielen kann. Dabei findet (auch) diese Diskussion zum einen auf der grundsätzlichen Ebene statt, d. h., es wird gefragt, ob die Besonderheiten des Sozialrechts bzw. die Spezialität der sozialrechtlichen Regelungen gegenüber den vergaberechtlichen Regelungen die Anwendung des Vergaberechts grundsätzlich ausschließen (vgl. Engler 2010, S. 156ff.; Prieß/Krohn 2005, S. 43; Philipp 2005, S. 82ff.; Krohn 2005, S. 90ff.; Schäffer 2009, S. 123ff.). Zum anderen wird die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Regelungen auf der Tatbestandsebene der §§ 97ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) diskutiert (vgl. Engler 2010, S. 113ff.; Banafsche 2010, S. 227ff.; Brünner 2005, S. 70ff.; Ax/Schneider 2011, S. 405ff.; Schäffer 2009, S. 57ff.).

Die Diskussion, ob und in welcher Weise das Vergaberecht im Bereich des Sozialrechts eine Rolle spielt, wird zudem vor allem für die Leistungserbringung in den Anwendungsbereichen des zweiten, dritten und achten Buches des Sozialgesetzbuchs geführt. Soweit das SGB VIII betroffen ist, betrifft die Diskussion nahezu ausschließlich den Bereich der Leistungserbringung im Anwendungsbereich der §§ 77, 78a ff. Nur ganz vereinzelt wird konkret auch die Leistungserbringung im Bereich der Kindertagesbetreuung angesprochen (vgl. z. B. Meyer 2010, S. 106). Ungeachtet dessen bzw. gerade deshalb ist nun aber die Frage zu stellen, ob vergaberechtliche Vorschriften auch bei der Auswahl eines Trägers für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung zu berücksichtigen sind. Dies gilt nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass diese Problematik in der Praxis mittlerweile angekommen ist (vgl. hierzu das unter Ziffer 3 benannte Ausschreibungsverfahren der Stadt Hennef sowie sonstige außerhalb des Vergaberechts durchgeführte Ausschreibungs- und Interessenbekundungsverfahren).

Um einen Eindruck davon zu gewinnen, ob bzw. in welcher Art und Weise das Thema „Trägersauswahl“ bereits in der Rechtspraxis der Vergabekammern eine Rolle gespielt hat, habe ich eine entsprechende Anfrage an alle Deutschen Vergabekammern der Bundesländer gerichtet. Diese hat ergeben, dass sich bislang noch keine Vergabekammer mit einem entsprechenden Nachprüfungsverfahren zu befassen hatte.

5.2.2 Verhältnis von Vergaberecht und Sozialrecht

Was das Verhältnis von Vergaberecht und Sozialrecht angeht, wird als extremste Position vertreten, dass das Vergaberecht nur anwendbar ist, soweit dies in den sozialrechtlichen Vorschriften (ausdrücklich) angeordnet wird (vgl. Ax/Schneider 2011, S. 403, die sich dann im Folgenden allerdings auch mit der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 79ff. GWB für Bereiche des Sozialrechts befassen, in denen es eine solche Anordnung nicht gibt.). Auf der anderen Seite wird quasi als Gegenpol die Position vertreten, dass das Vergaberecht allein schon deshalb bei Erfüllung der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen anzuwenden ist, weil das (deutsche) Vergaberecht mittlerweile als Teil des europäischen Vergaberechts anzusehen ist, und dieses europäische Recht als höherrangiges Recht das nationale Sozialrecht überlagert (vgl. Wilhelmi 2007, S. 282, 287; Engler 2010, S. 158). Zwischen diesen beiden Polen bewegen sich diejenigen, die die Frage nach der Anwendung des Vergaberechts im Bereich der sozialrechtlichen Leistungserbringung danach beurteilen, ob das Sozialrecht eigene Auswahlkriterien vorhält, die gegenüber den Auswahlkriterien des Vergaberechts als die spezielleren anzusehen sind. Dabei sind in Bezug auf den Bereich der Leistungserbringung nach dem SGB VIII die gesetzlichen Festlegungen betreffs der Trägerpluralität, dem Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten sowie der Kooperation zwischen den freien und den öffentlichen Trägern bzw. der mit diesen Kriterien angeblich zum Ausdruck gebrachte abschließende Charakter des sozialrechtlichen Beschaffungsmodells angesprochen (vgl. Philipp, S. 82f.; Banafsche 2010, S. 234f.; Rixen 2005, S. 115 sowie die Hinweise auf entsprechend begründete Entscheidungen des OVG Münster vom 27.09.2004 – 12 B 1390/04, des VG Münster vom 22.06.2004 – 5 L 756/04 sowie des OVG Hamburg vom 10.11.2004 – 4 Bs 388/04 bei Krohn 2005, S. 95f.).

Meines Erachtens stellen sich die vorgenannten Abgrenzungsfragen bzw. die Frage, ob entweder Vergaberecht oder Sozialrecht anzuwenden ist, wenn es um die Beauftragung von Sozialleistungen geht, tatsächlich nicht. Zum einen überzeugt die Aussage nicht, das Vergaberecht sei im Bereich des Sozialrechts nur anwendbar, soweit dies in sozialrechtlichen Vorschriften bestimmt wird. Der Gesetzessystematik des GWB folgend, würde dies voraussetzen, dass die §§ 97ff. oder eine andere gesetzliche Rege-

lung eine entsprechende Bereichsausnahme für den Bereich des Sozialrechts bzw. ggf. bestimmte Bücher des Sozialgesetzbuchs, verbunden mit einer Regelung, wonach die einzelnen Bücher des Sozialgesetzbuchs Abweichendes vorsehen können, beinhalten. Eine solche Bereichsausnahme findet sich in den einschlägigen Vorschriften des GWB bzw. der Bücher des Sozialgesetzbuchs aber gerade nicht (vgl. Rixen 2005, S. 114). Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass die §§ 97ff. GWB zur Anwendung kommen können, wenn denn nur ihre Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

Gleichfalls nicht geeignet, die Anwendung des Vergaberechts im Bereich des Sozialrechts auszuschließen, sind die sozialgesetzlichen Festlegungen zur Trägerpluralität, zum Wunsch- und Wahlrecht sowie zur Kooperation. Zwar mögen diese gesetzlichen Vorgaben aufgrund des konkreten Gegenstands der Auftragsvergabe rechtliche Relevanz erlangen. Dies betrifft dann aber nicht die Frage der Anwendung des Vergaberechts, sondern die im Vorfeld zu stellende Frage danach, ob die Auftragsvergabe als solche bzw. die damit verfolgten Absichten den sozialrechtlichen Vorgaben entsprechen. Beispielhaft genannt werden können insoweit die oben genannten Entscheidungen des OVG Münster, VG Münster und OVG Hamburg. Die Berufung auf die Festlegungen zur Trägerpluralität, zum Wunsch- und Wahlrecht sowie zur Kooperation erfolgte dort nicht zur Begründung der Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts (dieses spielte bei den Entscheidungen gar keine Rolle). Ausschlaggebend war vielmehr die Feststellung der Rechtswidrigkeit der (dem „Vergabeverfahren“ vorausgegangenen) Entscheidung des Kostenträgers, nur mit einer Auswahl von Leistungserbringern Verträge abzuschließen. Die Durchführung von Vergabeverfahren nach den §§ 97ff. GWB ist mithin sozialrechtlich unproblematisch, wenn der Gegenstand der Beauftragung qualitativ und quantitativ so eingegrenzt wird, dass die sich daraus ergebende Auswahlentscheidung die genannten sozialrechtlichen Vorgaben nicht verletzt. Wenngleich nicht zu verkennen ist, dass sich dabei nicht unerhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben können, ergibt sich damit jedoch prinzipiell - z. B. über die Bestimmung der Zahl und der Größe der zu vergebenden Lose (vgl. zur ähnlichen Problematik im Hinblick auf Eingriffe in die Berufs- bzw. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit Wilhelmi 2007, S. 286; Krohn 2005, S. 98f.) - eine Steuerungsmöglichkeit zur Vermeidung einer schon dem Grunde nach unzulässigen Auswahlentscheidung. Die Frage nach der Anwendung des Vergaberechts stellt sich dann erst beim nächsten Schritt, bei dem es nicht (mehr) um das „Ob“ der Durchführung eines Auswahlverfahrens geht, sondern

darum, wie dieses durchzuführen ist. Rechtliche Relevanz können die genannten sozialrechtlichen Vorgaben dann (nur) noch insofern erlangen, als sie bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens bzw. bei der Vergabeentscheidung zum Tragen kommen. Vergaberechtlich ist das zulässig, weil die genannten Vorgaben gesetzlich geregelt sind und § 97 Abs. 4 GWB bestimmt, dass andere oder weitergehende Anforderungen (als die im GWB ausdrücklich genannten) an Auftragnehmer gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Abschließend ist nach alldem festzuhalten, dass die Frage danach, ob eine Leistungsvergabe im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe vergaberechtliche Vorgaben einzuhalten hat, allein auf Grundlage der §§ 97ff. GWB zu beantworten ist (vgl. Nielandt 2005, S. 45f; Mrozynski 2001, S. 40 sowie insgesamt zum Verhältnis von Vergaberecht und Sozialrecht Krohn 2005, S. 97ff.).

In der einschlägigen Literatur wird die Anwendung des Vergaberechts zudem häufig in einen untrennbaren Zusammenhang mit einer Auswahlentscheidung nach Bedarfskriterien bzw. damit verbundenen (unzulässigen) Eingriffen in das Grundrecht auf Berufsfreiheit gestellt. Die Beantwortung der Frage, ob dem tatsächlich so ist bzw. ob aufgrund dieser untrennbaren Verknüpfung die Vergabe von Jugendhilfeleistungen nach Vergaberecht grundsätzlich als verfassungsrechtlich unzulässig anzusehen ist (vgl. Neumann 2005, S. 7; Brünner 2005, S. 76f., Philipp 2005, S. 84ff.), ist vorliegend angesichts der Verfassungswidrigkeit der Bedarfsplanung im Bereich der Auswahl von Trägern für Kindertageseinrichtungen natürlich von besonderem Interesse. Allerdings gilt auch hier, dass der konkrete Grundrechtseingriff davon abhängt, was genau Gegenstand der zu beauftragenden Leistung ist. Insoweit differenzieren die genannten Autoren an dieser Stelle nicht ausreichend, wenn sie die Anwendung des Vergaberechts bei der sozialrechtlichen Leistungsvergabe generell mit dem Hinweis auf einen unzulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit bzw. die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49ff., Art. 56ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) als rechtlich unzulässig ablehnen. Auszugehen ist auch insoweit vielmehr davon, dass zunächst festzustellen ist, ob tatsächlich ein konkreter Eingriff in die genannten Freiheitsrechte vorliegt oder ob dies aufgrund einer entsprechenden Gestaltung (vgl. dazu die Beispiele im Hinblick auf die Gestaltung der Lose etc. bei Wilhelmi und Krohn jeweils a. a. O.) doch nicht der Fall ist. Erkennbar wird dies bei

dem unter Ziffer 3 geschilderten Vergabeverfahren der Stadt Hennef, bei dem es um drei Kindertageseinrichtungen in drei Losen ging.

5.2.3 Anwendung des Vergaberechts im Falle der Trägersauswahl für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung

5.2.3.1 Einführung in das Vergaberecht

Wenn man in Deutschland vom Vergaberecht spricht, muss man zunächst zwei Ebenen unterscheiden, nämlich das sogenannte „formale“ Vergaberecht, das in den §§ 97 ff. GWB geregelt ist, sowie das außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB zum Tragen kommende Vergaberecht, das auf dem Haushaltsrecht des Bundes und der Länder beruht. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, welches Vergaberecht jeweils zur Anwendung kommt, ist, ob die sogenannten Schwellenwerte erreicht werden (vgl. Ziekow in Z/V 2011, § 97 Rn. 1f.) Auswirkungen hat diese Zweiteilung des deutschen Vergaberechts zum einen im Hinblick auf die jeweils einzuhaltenden Verfahrensvorschriften. Zum anderen ergibt sich ein ganz wesentlicher Unterschied im Hinblick auf die Möglichkeit, sich gegen Vergabeentscheidungen zur Wehr setzen zu können, da die entsprechenden Vorschriften des GWB (§§ 102ff.) einen wesentlich stärkeren Rechtsschutz vermitteln, als dies im Anwendungsbereich des haushaltsrechtlichen Vergaberechts der Fall ist. Schließlich wirken sich in der Vergabepaxis bzw. gegebenenfalls bei der gerichtlichen Überprüfung von Vergabeentscheidungen die unterschiedlichen Zwecke, die mit den gesetzlichen Regelungen verfolgt werden, aus. So dienen die haushaltsrechtlichen Vergaberegeln in erster Linie eben haushaltsrechtlichen Zielen (vgl. Ziekow in Z/V 2011, Einleitung vor § 97 Rn. 2). Dem hingegen spielen beim Vergaberecht des GWB aufgrund seiner Prägung durch das europäische Wettbewerbsrecht neben haushaltsrechtlichen Aspekten vor allem auch Aspekte des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz eine tragende Rolle (vgl. Ziekow in Z/V 2011, § 97 Rn. 2).

Die im Anwendungsbereich des Sozialrechts geführte Diskussion über die Anwendung „des Vergaberechts“ bezieht sich in der Regel auf das formale Vergaberecht des GWB. Dies hat seinen Grund zum einen sicherlich darin, dass die aufgrund dieser Vorschriften einzuhaltenden Formalien bzw. insbesondere die Möglichkeit, ein Vergabeverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen, von besonderem Interesse sind. Zum anderen

hängt dies aber auch ganz praktisch damit zusammen, dass insbesondere bei Verträgen über einen längeren Zeitraum rasch die genannten Schwellenwerte erreicht werden (dazu später mehr). Angesichts dessen befassen sich die nachfolgenden Ausführungen zunächst mit der Anwendung des Vergaberechts nach den §§ 97 ff. GWB. Im Anschluss wird jedoch auch kurz auf das haushaltsrechtliche Vergaberecht, d. h. auf die dort bestehenden Möglichkeiten, eine Vergabeentscheidung rechtlich überprüfen zu lassen, eingegangen.

Angesichts der genannten Ziele des Vergaberechts nach dem GWB bzw. der im Vergabeverfahren zu berücksichtigenden Aspekte ist im Übrigen dem in der Diskussion über die Rechtmäßigkeit und Sinnhaftigkeit der Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften im Anwendungsbereich des Sozialrechtes erhobenen Vorwurf entgegenzutreten, die Anwendung des Vergaberechts führe zu Qualitätsverlusten, weil das Vergaberecht die Auftragsvergabe an „Billigstanbieter“ bedinge (vgl. Krämer 2007, Seite 254). Dem ist tatsächlich nicht so. Zwar ordnet § 97 Abs. 5 GWB an, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Mit dem wirtschaftlichsten Angebot ist aber nicht das billigste Angebot gemeint. Dies ergibt sich zum einen schon, wenn man sich veranschaulicht, auf welche europarechtliche Grundlage § 97 Abs. 5 GWB zurückgeht. Es handelt sich dabei um Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (nachfolgend bezeichnet als Vergaberichtlinie). Art. 53 räumt dem öffentlichen Auftraggeber ein Wahlrecht ein zwischen den Alternativen, sich für das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu entscheiden oder für das wirtschaftlich günstigste Angebot. Allein daraus ergibt sich schon, dass es sich bei dem wirtschaftlichsten Angebot nicht um das billigste handeln kann. Noch deutlicher wird das, wenn man den in Art. 53 Abs. 1 der Vergaberichtlinie enthaltenen Katalog der Kriterien betrachtet, die zur Beantwortung der Frage, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, heranzuziehen sind. Genannt sind dort, und das auch nur beispielhaft, d. h., in Form einer nicht abschließenden Aufzählung, die Kriterien Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist. Vergleichbare, ebenfalls nicht abschließende Kriterienkataloge enthalten die für das Vergabeverfahren geltenden Verfahrensvorschriften der §§ 16 VOB/A und VOL/A. Die Entscheidung, welche Kriterien bei der

Vergabe herangezogen werden, trifft dabei allein der öffentliche Auftraggeber (vgl. Ziekow in Z/V 2011, § 97 Rn.105; Krämer 2007, Seite 254f.). Auf das in Art. 53 Abs. 1 der Vergaberichtlinie vorgesehene Wahlrecht zwischen einer Vergabe nach dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder einer Vergabe nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot kann sich der öffentliche Auftraggeber in Deutschland allerdings nicht berufen. Für ihn gilt ausschließlich § 97 Abs. 5 GWB und damit die vom deutschen Gesetzgeber getroffene Entscheidung, dass Vergabeentscheidungen nach den §§ 97 ff. GWB ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes zu treffen sind (vgl. Ziekow in Z/V 2011, Rn. 107). Insofern handelt es sich bei der Aussage, das Vergaberecht bedinge die Auswahl von Billigstanbiestern um eine rechtlich in keiner Weise haltbare Falschbehauptung. Zuzugestehen ist allerdings, dass es in der Vergabepaxis im Anwendungsbereich des Sozialrechts durchaus Entwicklungen in diese Richtung gegeben hat. Dies liegt aber nicht an den rechtlichen Vorgaben, sondern an der Art und Weise, wie diese (entgegen ihrem Regelungsgehalt) umgesetzt werden (vgl. das Beispiel aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesagentur für Arbeit bei Krämer 2007, Seite 255).

5.2.3.2 Tatbestandsmerkmale der §§ 97ff. GWB

5.2.3.2.1 Beteiligte des Vergabeverfahrens

Aus § 97 Abs. 1 GWB ergibt sich zunächst, dass an einem Vergabeverfahren ein öffentlicher Auftraggeber beteiligt sein muss. Was öffentliche Auftraggeber sind, definiert § 98 GWB. Gemäß § 98 Nr. 1 GWB sind Gebietskörperschaften, d. h. insbesondere Kommunen öffentliche Auftraggeber. Ob § 98 Nr. 1 GWB auch die Landkreise erfasst, nicht ganz unumstritten. Zum Teil wird auch vertreten, dass es sich bei den Landkreisen um Verbände im Sinne des § 98 Nr. 3 GWB handelt. Entscheidend ist im Ergebnis indes, dass es sich auch bei den Landkreisen um öffentliche Auftraggeber handelt, egal ob man sie nun § 98 Nr. 1 oder Nr. 3 zuordnet (vgl. Ziekow in Z/V 2011, § 98 Rn. 24; Pünder in P/S 2011, § 98 Rn. 14).

Ebenfalls zu den öffentlichen Auftraggebern zählen gem. § 98 Nr. 2 GWB u. a. juristische Personen des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Auftraggeber i. S. d. Nr. 1 des § 98 GWB (also insbesondere Kommunen) über ihre Lei-

tung die Aufsicht ausüben. Als juristische Personen des Privatrechts in diesem Sinne kommen u. a. Trägergesellschaften von Krankenhäusern in Betracht (z. B. in der Rechtsform der GmbH) deren Anteile zu 100% von der öffentlichen Hand gehalten werden (vgl. Ziekow in Z/V 2011, § 98 Rn. 53ff., 73). Eine entsprechende Sachlage dürfte der rechtliche Hintergrund für die Durchführung des Vergabeverfahrens durch die Rems-Murr-Kliniken gewesen sein (wobei sich die Frage nach dem Vorrang bzw. der Spezialität der Vorschriften des SGB VIII in solchen Fällen nicht stellt, da diese Vorschriften für den privatrechtlich verfassten Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB nicht gelten).

Auf der anderen Seite muss bei einem Vergabeverfahren, wie sich aus den §§ 97, 99 GWB ergibt, ein Unternehmen beteiligt sein. Bei der Beantwortung der Frage, was als Unternehmen im Sinne des GWB zu verstehen ist, kann wiederum auf die Vergaberichtlinie abgestellt werden. Gemäß deren Art. 1 Abs. 8 bezeichnet der Begriff Unternehmer „natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten“. Dabei kommt es auf die Beantwortung der Frage, ob es sich bei dem potenziellen Teilnehmer an einem Vergabeverfahren um ein Unternehmen handelt (mit der Folge, dass, wenn dem nicht so ist, eine Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zulässig wäre) nicht darauf an, ob dieser Teilnehmer die betreffende Dienstleistung ständig oder regelmäßig anbietet, welche Rechtsform er hat und ob er mit seiner Tätigkeit die Erzielung von Gewinnen anstrebt (vgl. EuGH, Urteil vom 23.12.2009 – C-305/08; Ziekow in Z/V 2011, § 99 Rn. 90). Angesichts dieser Umstände ist die Frage, ob freie gemeinnützige Träger als Unternehmer im Sinne der Vorschriften des GWB anzusehen sind, eindeutig mit Ja zu beantworten (was wohl auch der Grund dafür ist, dass diese Frage in der aktuellen einschlägigen Literatur gar nicht erst gestellt wird – vgl. Banafsche 2010, Seite 227 f.; Engler 2010, Seite 114 ff.).

5.2.3.2.2 Erfordernis eines öffentlichen Auftrages

Anders als im Hinblick auf die recht eindeutig zu beantwortenden Fragen danach, ob die potenziellen Beteiligten eines Trägersauswahlverfahrens im Bereich der Kindertagesbetreuung als Auftraggeber bzw. Unternehmen im Sinne der Vorschriften des GWB anzusehen sind, stellt sich dies im Hinblick auf die weiterhin zu stellende Frage, inwie-

weit es bei der zu treffenden Auswahlentscheidung um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags geht, ungleich problematischer dar. Die Beantwortung dieser Frage, so kann man sagen, stellt den Dreh- und Angelpunkt der Diskussion um die Anwendung des formalen Vergaberechts des GWB im Bereich der Erbringung von Sozialleistungen dar. Im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe findet diese Diskussion allerdings bislang ausschließlich im Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII statt. Neben einer Vielzahl von Äußerungen in der einschlägigen Literatur gibt es hierzu mittlerweile auch die eine oder andere Entscheidung. Im Kern dreht sich die Diskussion dabei immer wieder um die Frage, ob die im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis entstehenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsverpflichteten als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB angesehen werden können.

Nach der bereits zitierten Legaldefinition des § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge u. a. entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Ausgehend von dieser Definition knüpft die beschriebene Diskussion um die Anwendbarkeit der Vorschriften des GWB im Anwendungsbereich der sozialrechtlichen Leistungserbringung an zwei Punkten an: Zum einen wird diskutiert, welchen Rechtscharakter die Verträge haben müssen, d. h., ob es sich um privatrechtliche Verträge handeln muss, oder ob auch öffentlich-rechtliche Verträge als Verträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB angesehen werden können. Zum anderen wird die Entgeltlichkeit der Verträge problematisiert bzw. infrage gestellt, dass es beim Leistungsaustausch im Dreiecksverhältnis zu dem angeblich von § 99 Abs. 1 GWB geforderten Gegenüberstehen von Leistung und Gegenleistung im Sinne eines Synallagmas kommen kann.

Hinsichtlich der Frage, ob auch öffentlich-rechtliche Verträge als Verträge im Sinne des § 99 GWB angesehen werden können, wird von der heute wohl überwiegenden Meinung vertreten, dass dem so ist. Begründet wird dies zunächst wiederum mit dem Verweis auf die europarechtlichen Grundlagen, bezüglich derer davon auszugehen sei, dass sie eine solche Trennung (weil nicht in jedem Land der EU vorhanden) nicht vorsieht. Darüber hinaus wird damit argumentiert, dass eine solche Differenzierung schon allein aufgrund der im Einzelfall kaum eindeutig vorzunehmenden Qualifizierung, welchen Rechtscharakter ein Vertrag hat, nicht praktikabel ist. Insbesondere könne nicht davon ausgegangen werden, dass es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein soll,

unter Ausnutzung von Gestaltungsspielräumen im Hinblick auf die rechtliche Qualifizierung des abzuschließenden Vertrages sich der Anwendung des Vergaberechts nach dem GWB zu entziehen (vgl. Wegener in P/S 2011, § 99 Rn. 5; Ziekow in Z/V 2011, § 99 Rn. 17; Banafsche 2010, Seite 228; Engler 2010, Seite 132ff.). Etwas anderes muss zugestandenermaßen allerdings dann gelten, wenn der öffentliche Auftraggeber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließt, der einen Verwaltungsakt ersetzt, d. h., der öffentliche Auftraggeber die zu beschaffende Leistung auch durch Hoheitsakt hätte erlangen können (ebenda).

In Hinblick auf das Erfordernis eines entgeltlichen Vertrages wird zunächst diskutiert, was als Entgelt im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu verstehen ist. Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist als Entgelt nicht nur eine Geldleistung, sondern jeder Vorteil, der in irgendeiner Art geldwerten Charakter hat, zu verstehen. Das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit kann deshalb zum Beispiel auch erfüllt sein, wenn der öffentliche Auftraggeber auf ihm zustehende Forderungen verzichtet oder dem Auftragnehmer Sachwerte unentgeltlich überlässt und für die Überlassung üblicherweise ein Entgelt zu zahlen gewesen wäre (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2004 – VII Verg 35/04; Wegener in P/S 2011, § 99 Rn. 46; Ziekow in Z/V 2011, § 99 Rn. 35f.; Engler 2010, Seite 136f.). Dabei muss diesem geldwerten Vorteil aufseiten des Begünstigten kein entsprechender Nachteil aufseiten des öffentlichen Auftraggebers gegenüberstehen (Banafsche 2010, Seite 229). Darüber hinaus wird problematisiert, ob das Entgelt und die zu erbringende Leistung in einem synallagmatischen Verhältnis stehen müssen, d. h., ob sie sich unmittelbar im Sinne von Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen müssen. Diese Frage ist, jedenfalls in der einschlägigen sozialrechtlichen Literatur, die sich mit dieser vergaberechtlichen Problematik befasst, höchst umstritten. Zum einen wird dementsprechend vertreten, dass ein solches Synallagma Voraussetzung dafür ist, dass ein Vertragsverhältnis als entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 99 Abs. 1 SGB VIII qualifiziert werden kann (vgl. Engler 2010, Seite 138ff.; Neumann u. a. 2004, Seite 65; Nielandt 2005, Seite 46; im Ergebnis wohl auch Ax/Schneider, Seite 407f.). Zutreffender Weise wird heute in Rechtsprechung und Literatur aber überwiegend vertreten, dass es auf ein solches Synallagma nicht ankommt. Es reicht mithin aus, wenn Leistung und Gegenleistung auch in anderer Weise miteinander verknüpft sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2004 – VII Verg 35/04 sowie Beschluss vom 22.09.2004 – VII Verg 44/04; Banafsche 2010,

Seite 229; Schäffer 2009, Seite 87ff.; Ziekow in Z/V 2011, § 99 Rn. 37 sowie wohl auch Prieß/Krohn 2005, Seite 44 und Krohn 2005, Seite 102). Im Ergebnis können damit Verträge zwischen freien und öffentlichen Trägern der Jugendhilfe, die auf die Erbringung von Sozialleistungen abzielen, durchaus als öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB angesehen werden, und zwar insbesondere auch dann, wenn die Gestaltung und Abwicklung der Vertragsbeziehungen im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses erfolgen.

Im Zusammenhang mit der vergaberechtlichen Beurteilung von Vereinbarungen nach den §§ 78a ff. SGB VIII wird nun allerdings häufig als Argument gegen die Qualifizierung eines Leistungsvertrages als öffentlicher Auftrag erklärt, dass es sich bei solchen Vereinbarungen allenfalls um Dienstleistungskonzessionen handeln könne. Dies hätte dann allerdings tatsächlich zur Folge, dass das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB nicht zur Anwendung käme. Grund hierfür ist die in Art. 1 Abs. 4 der Vergaberichtlinie getroffene Regelung, wonach diese Richtlinie (deren Umsetzung in das deutsche Recht die §§ 97 ff. GWB darstellen) nicht für Dienstleistungskonzessionen gilt.

Nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 4 der Vergaberichtlinie sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. In den Fällen des Abschlusses eines Vertrages, der als Dienstleistungskonzession zu beurteilen ist, erhält der Vertragspartner der öffentlichen Hand mithin keinen konkreten Auftrag mit der Folge, dass er auch die Zahlung eines entsprechenden Entgeltes verlangen kann, sondern es wird ihm (nur) die Chance eröffnet, bestimmte Leistungen gegenüber (privaten) Dritten zu erbringen (wobei die Leistungserbringung gerade auch im Interesse der öffentlichen Hand liegt). Angesichts dessen liegt es durchaus nahe, Vereinbarungen nach den §§ 78a ff. SGB VIII als Dienstleistungskonzessionen anzusehen. Auch dort verhält es sich so, dass zunächst nur die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für eine spätere Inanspruchnahme der Leistungen des Vertragspartners festgelegt werden. Ob bzw. in welchem Umfang diese Leistungen dann tatsächlich in Anspruch genommen werden, bleibt aber offen. Wesentliches Merkmal einer Dienstleistungskonzession im Bereich der §§ 78a ff. SGB VIII ist deshalb, dass der potenzielle Leistungserbringer das sog. „Bele-

gungsrisiko“ trägt. Zudem wird im Hinblick auf „klassische“ Dienstleistungskonzessionen das sog. Insolvenzrisiko als wesentliches Merkmal einer Dienstleistungskonzession benannt, d. h. das Risiko, dass der Leistungserbringer das Risiko der Zahlungsfähigkeit desjenigen trägt, der seine Leistung in Anspruch genommen hat. Bezüglich des zuletzt genannten Merkmals einer Dienstleistungskonzession ist nun allerdings festzustellen, dass dieses im Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII angesichts des Rechtsanspruchs des die Leistungen in Anspruch Nehmenden und der damit verbundenen Kostenübernahmepflicht des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe irrelevant ist. Zudem kann es aber je nach den Umständen des Einzelfalls auch sein, dass das Beleungsrisiko zwar theoretisch aufgrund der dazu getroffenen Vereinbarungen beim Leistungserbringer liegt, aufgrund der tatsächlichen Umstände aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass dieses nicht existiert. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn mit dem Abschluss des Vertrages das exklusive Recht verbunden ist, die vertragsgegenständlichen Leistungen für einen bestimmten Bereich anzubieten und erfahrungsgemäß auch mit einer entsprechenden Nachfrage an solchen Leistungen zu rechnen ist (vgl. Engler 2010, S. 148f. unter Hinweis auf entsprechende Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 08.09.2004 – VII Verg 35/04 sowie des OLG Hamburg vom 07.12.2007 – 1 Verg 4/07). Tatsächlich handelt es sich mithin bei Verträgen der genannten Art nicht um Dienstleistungskonzessionen, sondern um die Bildung von Leistungskontingenten und damit um öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB (vgl. Engler 2010, S. 148, 164; Nielandt 2005, S. 47f.).

Überträgt man die vorstehend entwickelten Grundsätze nun auf die Trägersauswahl im Bereich der Kindertagesbetreuung, so ergibt sich Folgendes: Die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens auf Grundlage der Vorschriften des GWB kommt immer dann in Betracht, wenn vertragliche Beziehungen zwischen dem Träger einer Kindertageseinrichtung und einer Kommune oder gegebenenfalls auch des örtlichen Trägers der Jugendhilfe geschlossen werden, in denen sich einerseits der Träger der Kindertageseinrichtung zur Erbringung einer Leistung und andererseits die öffentliche Hand zur Gewährung eines Entgelts verpflichtet. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Kommune einem freien Träger die zum Betrieb einer Kindertageseinrichtung benötigten Räume unentgeltlich überlässt und sich der freie Träger im Gegenzug dazu verpflichtet, die Kindertageseinrichtung zu betreiben bzw. sie unter Einhaltung bestimmter pädagogischer Standards zu betreiben (so wie das zum Beispiel in München der Fall ist).

Ähnliche Sachlagen können sich meines Erachtens insbesondere in Brandenburg ergeben, wo die unentgeltliche Überlassung der benötigten Räumlichkeiten sogar ausdrücklich im entsprechenden Landesgesetz geregelt ist. Zutreffend erkannt wurde dies offensichtlich von der Stadtverwaltung Hennef angesichts des von ihr durchgeführten Vergabeverfahrens für den Betrieb dreier Kindertageseinrichtungen.

Unterstellt, die Regelungen zur Bedarfsplanung als Grundlage für die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen wären verfassungsgemäß, müsste zudem erst recht die Entscheidung darüber, wer in den Bedarfsplan aufgenommen wird, in Form eines formalen Vergabeverfahrens erfolgen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn mit der Aufnahme in die Bedarfsplanung unmittelbar der Anspruch auf Abschluss entsprechender Vereinbarungen über den Betrieb der Kindertageseinrichtung verbunden ist und der Träger zudem aufgrund der durch die Bedarfsplanung vermittelten Exklusivität der aktuellen Nachfragesituation von einer Belegungsgarantie ausgehen darf (und damit nicht lediglich eine Dienstleistungskonzession gegeben ist, die nicht der Anwendung der §§ 97 ff. GWB unterfällt).

Die vorstehenden Grundsätze sind im Übrigen auch bei Privatisierungsvorgängen zur Anwendung zu bringen, d. h. in den Fällen, in denen eine Kommune eine bereits bestehende Kindertageseinrichtung an einen freien Träger überträgt. Vergaberecht kommt in solchen Fällen mithin dann zur Anwendung, wenn die im Rahmen eines solchen Privatisierungsvorganges zwischen der Kommune und dem Träger getroffenen Vereinbarungen sich nicht auf den Privatisierungsvorgang als solchen beschränken, sondern darüber hinaus auch Regelungen getroffen werden, die sich auf den weiteren Betrieb der Kindertagesstätte beziehen und in dem vorstehend dargelegten, weiten Sinn, als Leistung und Gegenleistung angesehen werden können. Dies gilt insbesondere z. B. wieder in den Fällen, in denen einem Träger quasi als Gegenleistung dafür, dass er die Kita weiter betreibt, entsprechende Räumlichkeiten unentgeltlich überlassen werden.

5.2.3.3 Schwellenwerte

Eine zentrale Rolle für die Frage der Anwendung des formalen Vergaberechts nach den §§ 97 ff. GWB spielen die sog. Schwellenwerte. Gemäß § 100 GWB gelten die §§ 97 bis 129 GWB für Aufträge, deren Auftragswerte den jeweils festgelegten Schwellenwert erreichen oder überschreiten. Soweit dies hier von Interesse ist, ergibt sich der Schwellenwert aus § 2 der 2. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV). Diese sieht für Dienstleistungsaufträge, die von Kommunen oder Landkreisen vergeben werden, einen Schwellenwert in Höhe von 200.000,00 € vor. Die Ermittlung der Höhe des Schwellenwertes ist in § 3 der Vergabeverordnung geregelt. Für den Bereich der Trägersauswahl sind dabei die Abs. 1, 3 und 4 relevant. Welche Bemessungsregel heranzuziehen ist, hängt vom Gegenstand bzw. von der Ausgestaltung des zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Träger abzuschließenden Vertrag ab. In den Fällen, in denen (u. a.) die unentgeltliche Überlassung einer Immobilie als Gegenleistung für die Übernahme der Verpflichtung bzw. Bereitschaft, eine Kindertageseinrichtung über einen bestimmten Zeitraum zu betreiben, vereinbart wird, kann z. B. der Wert der üblicherweise zu zahlenden Miete für einen Zeitraum von (maximal) 48 Monaten angesetzt werden (vgl. § 3 Abs. 4 der Vergabeverordnung). Zu den Fällen, in denen der Abschluss der Vereinbarung und entsprechender Regelungen in der Vereinbarung oder faktisch aufgrund einer mit Sicherheit zu erwartenden Belegung zu einem entsprechenden Mittelzufluss führt, können auch diese Beträge (bezogen auf einen Zeitraum von maximal 48 Monaten) zur Schätzung des Auftragswertes herangezogen werden. In jedem Fall ist der Schwellenwert erreicht, wenn der öffentliche Auftraggeber von einer geschätzten Gesamtvergütung in entsprechender Höhe ausgeht. Vor diesem Hintergrund wird erkennbar, dass der Schwellenwert von 200.000 Euro relativ häufig wird erreicht werden können. Dies wird bestätigt durch die Angaben zum Auftragswert in der von der Stadt Hennef durchgeführten Ausschreibung.

Das Erreichen oder Überschreiten der Schwellenwerte hat nun zweierlei zur Folge. Zum einen ist der betreffende Auftrag unter Beachtung der vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften, d. h. unter Beachtung der §§ 97 ff. GWB sowie der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) europaweit auszuschreiben. Zum anderen kann nur dann, wenn der entsprechende Schwellenwert erreicht oder überschritten

wird, der in den §§ 102ff. GWB geregelte besondere vergaberechtliche Rechtsschutz in Anspruch genommen werden (vgl. Engler 2010, S. 152ff.).

5.2.3.4 Rechtsschutz

Wie bereits an verschiedenen Stellen angesprochen wurde, hängt die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang ein Träger im Hinblick auf eine Auswahlentscheidung, die Trägerschaft einer Kindertageseinrichtung betreffend, Rechtsschutz erlangen kann, maßgeblich davon ab, ob das im GWB geregelte Vergaberecht Anwendung findet oder nicht. Findet das Vergaberecht Anwendung, gelten die §§ 102ff. GWB. Damit steht dem Träger mit dem sog. Nachprüfungsverfahren ein effizientes und schnelles Verfahren zur Verfügung, eine Vergabeentscheidung überprüfen zu lassen. Dabei wird durch die zuständige Vergabekammer bzw. ggf. nachfolgend das jeweilige Oberlandesgericht vollumfänglich geprüft, ob die sich insbesondere aus der VOL/A ergebenden Verfahrensvorschriften eingehalten wurden. Die denkbaren Ansprüche des Trägers können sich dabei zum einen darauf richten, den Zuschlag des Auftrags an einen anderen Träger zu verhindern oder die Unwirksamkeit eines bereits erteilten Zuschlags feststellen zu lassen (sog. Primärrechtsschutz). Zudem kann insbesondere die Feststellung, dass es sich bei einem Vertragsschluss zwischen einer Kommune und einem Träger um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 97ff. GWB handelt, und dementsprechend ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften der Vergabeordnung hätte durchgeführt werden müssen, Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 102ff. GWB sein (vgl. Dittmann Z/V 2011, § 102 GWB Rn. 24). Zum anderen ist die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen denkbar (sog. Sekundärrechtsschutz – vgl. Engler 2010, S. 153; Prieß/Krohn 2005, S. 41). Zuständig für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 102ff. GWB sind die auf Bundes- und Landesebene eingerichteten Vergabekammern. Gegen Entscheidungen der Vergabekammern ist gemäß § 116 GWB die sofortige Beschwerde zum jeweils zuständigen Oberlandesgericht möglich. Ergibt das Nachprüfungsverfahren, dass der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist, trifft die Vergabekammer gemäß § 114 GWB die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen oder eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. So kann die Vergabekammer z. B. anordnen, dass die Wertung der Angebote zu wiederholen ist, Verdingungsunterlagen zu korrigieren sind, die Ausschreibung aufzuheben ist oder die Aufhebung

einer Ausschreibung rückgängig zu machen ist. Insbesondere kann die Vergabekammer es dem öffentlichen Auftraggeber auch untersagen, den im konkreten Fall beabsichtigten Zuschlag zu erteilen. Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers durch die Vergabekammer, dem Antragsteller den Zuschlag zu erteilen, ist allerdings nicht möglich (vgl. Brauer in Z/V 2011, § 114 GWB Rn. 9ff.).

Für Vergabeentscheidung, die Aufträge betreffen, die den jeweils einschlägigen Schwellenwert nicht erreichen, gibt es kein den vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 102ff. GWB entsprechendes Nachprüfungsverfahren (vgl. Antweiler in Z/V 2011, § 100 GWB Rn. 87; Prieß/Krohn 2005, S. 41; Engler 2010, S. 153ff.). Diese durch die Schwellenwerte herbeigeführte Zweiteilung des Rechtsschutzes im Hinblick auf Vergabeentscheidungen wird zwar von Vielen als rechtlich nicht akzeptabel empfunden (u. a. mit dem Hinweis auf die Willkürlichkeit der Festsetzung der Schwellenwerte), weshalb insoweit gefordert wird, auch für Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte den durch die §§ 102ff. GWB gewährleisteten Rechtsschutz zu gewähren. Das Bundesverfassungsgericht hat solchen Bestrebungen jedoch eine Absage erteilt und die durch die Schwellenwerte herbeigeführte Zweiteilung als verfassungsgemäß anerkannt (vgl. Engler 2010, S. 154f. unter Hinweis auf den Beschluss des BVerfG vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03; Antweiler in Z/V 2011, § 100 GWB Rn. 87). Im Hinblick auf Vergabeentscheidungen, die öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte betreffen, bleibt dem betroffenen Träger deshalb nur die Möglichkeit, auf „normalem“ zivilrechtlichem Wege Rechtsschutz zu erlangen. Dieser Rechtsschutz ist aber zum einen schon aus prozessualen Gründen wesentlich schwächer ausgestaltet. So gelten hier weder die in den §§ 102ff. GWB geregelten Vorgaben bezüglich der beschleunigten Durchführung des Nachprüfungsverfahrens noch hat die Klageerhebung aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Erteilung des Zuschlags. Hinzu kommt, dass auch materiell-rechtlich ein wesentlich geringeres Schutzniveau gegeben ist. Zwar ist der öffentliche Auftraggeber auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte gehalten, die verfahrensrechtlichen Vorgaben der VOL/A einzuhalten. Diese Verpflichtung resultiert aber allein aus dem Haushaltsrecht und stellt damit lediglich eine verwaltungsinterne Bindung ohne Außenwirkung her. Dementsprechend können auch die mit der Überprüfung einer entsprechenden Vergabeentscheidung befassten Gerichte die Vorschriften der VOL/A in diesen Fällen nicht als Maßstab für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung heranziehen (vgl. Engler 2010, S. 154). Primär-

rechtsschutz kann der betroffene Träger deshalb allenfalls unter dem Aspekt eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG erlangen. Dass Art. 3 GG bei Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommt, hat jedenfalls das Bundesverfassungsgericht entschieden. Allerdings wird ein Träger auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG nur in seltenen Ausnahmefällen eine Entscheidung zu seinen Gunsten erreichen können, da ein Verstoß gegen Art. 3 GG in der Regel nur bei willkürlichen Differenzierungen in Betracht kommt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03; Antweiler in Z/V 2011, § 100 GWB Rn. 88 sowie oben Ziffer 5.1.3). Zuständig für die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, die den einschlägigen Schwellenwert nicht erreichen, sind unabhängig davon, dass es sich um Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber handelt und dass es sich bei Art. 3 GG um eine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Norm handelt, die Zivilgerichte (vgl. Antweiler in Z/V 2011, § 100 GWB Rn. 89 unter Hinweis auf einen entsprechenden Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007 – 6B 10/07).

5.2.4 Zusammenfassung

Abschließend ist festzustellen, dass die Anwendung des Vergaberechts der §§ 97ff. GWB im Bereich der Trägersauswahl, den Betrieb einer Kindertageseinrichtung betreffend durchaus in Betracht kommt. Dem stehen weder eine (ungeschriebene) Bereichsausnahme zu Gunsten des Sozialrechts noch die Spezialität der Vorschriften des SGB VIII entgegen. Ob im Einzelfall ein formales Vergabeverfahren durchzuführen ist oder nicht, bestimmt sich demnach einzig und allein nach den §§ 97ff. GWB.

Ist ein Träger der Auffassung, dass eine Vergabeentscheidung gegen die §§ 97ff. GWB verstößt, kann er dies im Wege des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens überprüfen lassen. Ihm steht damit eine effiziente und schnelle Möglichkeit zur Wahrung seiner Rechte zur Verfügung.

6. Vorschlag für die Ausgestaltung eines rechtmäßigen und interessengerechten Verfahrens zur Bedarfsdeckung

Wie bereits ausgeführt wurde, ist unbestritten, dass die öffentliche Hand (sei es nun der örtliche Träger der Jugendhilfe oder aufgrund entsprechender Vereinbarung die Kommunen) dazu verpflichtet ist, die Erfüllung der sich aus § 24 SGB VIII ergebenden Rechtsansprüche zu gewährleisten und die dafür notwendigen Planungen durchzuführen. Die vorstehend formulierten verfassungsrechtlichen Bedenken, das sei hier noch einmal festgestellt, ergeben sich lediglich im Hinblick auf die Verknüpfung zwischen der Aufnahme einer Einrichtung bzw. eines Trägers in die Bedarfsplanung einerseits mit der damit gewährten (exklusiven) Möglichkeit, öffentliche Mittel für die Errichtung und den Betrieb dieser Einrichtung zu erhalten andererseits. Ausgehend von diesen Prämissen halte ich folgende Verfahrensweise zur Erfüllung der sich aus § 24 SGB VIII ergebenden Pflichten für sinnvoll:

- Die öffentliche Hand führt wie bisher eine Bedarfsplanung durch, d. h. sie stellt den zukünftigen Bedarf in qualitativer und quantitativer Hinsicht fest. Keinesfalls werden allerdings in einem zweiten Schritt bestimmte Einrichtungen festgeschrieben, die den festgestellten Bedarf abdecken sollen. Allenfalls werden im Bedarfsplan vielmehr Empfehlungen im Hinblick auf Maßnahmen ausgesprochen, die geeignet erscheinen, die angestrebte Bedarfsdeckung herbeizuführen.
- Im Anschluss an die Bedarfsplanung wird ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt. Dieses Verfahren ist allerdings nicht so zu verstehen wie im herkömmlichen Sinne, nämlich dass am Ende des Verfahrens eine Auswahlentscheidung steht. Ziel des Verfahrens ist es vielmehr, freien Trägern die Möglichkeit zu geben, ihre Vorstellungen dahin gehend zu formulieren, wie sie sich die Bedarfsdeckung vorstellen können (z. B. Erweiterung bestehender Einrichtungen, Errichtung neuer Einrichtungen) bzw. entsprechende Absichtserklärungen abzugeben. Das Verfahren zielt mithin (nur) darauf ab, mehr oder weniger konkrete Absichtserklärungen freier Träger im Hinblick auf die angestrebte Bedarfsdeckung zu erhalten.
- Nur insoweit, als der für die Bedarfsplanung zuständige öffentliche Träger angesichts des Ergebnisses des Interessenbekundungsverfahrens begründete Zweifel daran hat, dass die erforderliche Bedarfsdeckung erreicht werden kann, ist ein aktiveres Handeln des Trägers im Hinblick auf diese Bedarfsdeckung gefordert. Er kann dann entweder entscheiden, selbst die notwendigen Einrichtungen zu errich-

ten bzw. vorhandene eigene Einrichtungen zu erweitern oder er schafft konkrete Anreize (z. B. die Zahlung von Investitionszuschüssen oder die unentgeltliche Überlassung der erforderlichen Räumlichkeiten) um über die im Rahmen des Interessenbekundungsverfahrens abgegebenen Absichtserklärungen hinaus freie Träger dazu zu motivieren, die notwendigen Maßnahmen zur Bedarfsdeckung durchzuführen. Falls die zu schaffenden Anreize bzw. die dazu zu treffenden Vereinbarungen den vorstehend in Ziff. 5.2 beschriebenen Kriterien eines öffentlichen Auftrages im Sinne der §§ 97 ff. GWB entsprechen, müsste die Gewinnung entsprechender freier Träger dann konsequenterweise in Form eines förmlichen Vergabeverfahrens erfolgen.

- Die Finanzierung der freien Träger ist in ähnlicher Weise wie die Finanzierung der Leistungen nach den § 78a ff. SGB VIII zu gestalten (was neben dem Verzicht auf die Aufnahme in den Bedarfsplan als Finanzierungsvoraussetzung auch den Verzicht beinhaltet, einen Eigenanteil von den freien Trägern zu verlangen).

Einer solchen Verfahrensweise kann meines Erachtens nicht der Einwand mangelnder Praktikabilität entgegengehalten werden. Insbesondere entspricht diese Verfahrensweise nämlich mehr oder weniger der Planungspraxis in den Ländern Berlin und Hamburg. Ob man bezüglich der Finanzierung der seitens der freien Träger erbrachten Betreuungsleistungen, wie in Berlin und Hamburg ein Gutscheinvfahren installiert spielt dabei keine Rolle, d. h. die vorstehend beschriebene Verfahrensweise kann unabhängig von der Form der Finanzierung durchgeführt werden, ähnlich wie dies im Bereich der Anwendung der §§ 78 a ff. SGB VIII ja auch der Fall ist. Es lassen sich mithin auch Wege finden, um die vorstehend beschriebenen Vorgaben im Hinblick auf die Planung und Durchführung der notwendigen Maßnahmen zur Bedarfsdeckung zu erfüllen und dabei gleichzeitig durch einen Verzicht auf die Finanzierung mittels Gutscheinen den dieser Finanzierungsform entgegengebrachten fachlichen Bedenken Rechnung zu tragen.

Mit einer Vorgehensweise, wie sie vorstehend beschrieben wurde, wird nach meiner Auffassung zum einen den im Kontext der Bedarfsdeckung im Bereich der Kindertagesbetreuung zu beachtenden Rahmenbedingungen rechtlicher Art Rechnung getragen (u. a. auch in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip!). Zum anderen wird damit aber auch in bester Weise ein Ausgleich zwischen den Interessen der freien Träger einer-

seits und den Interessen und den sich aus dem SGB VIII ergebenden Pflichten der öffentlichen Träger andererseits hergestellt. Dies betrifft insbesondere das Interesse der freien Träger an einer möglichst freien Ausübung ihrer (beruflichen) Tätigkeit sowie das Interesse der öffentlichen Träger, einerseits den gesetzlichen Forderungen nach Trägervielfalt sowie Gewährleistung des Wunsch- und Wahlrechts der Eltern nachkommen zu können und andererseits in ausreichendem Maße sicherstellen zu können, dass die sich aus § 24 SGB VIII ergebenden Rechtsansprüche erfüllt werden.

7. Zusammenfassung / Ergebnis

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen können zunächst zusammenfassend die folgenden wesentlichen Feststellungen getroffen werden:

- Die in einer Vielzahl von Landesgesetzen vorgesehene Verknüpfung zwischen der Aufnahme einer Einrichtung in die Bedarfsplanung mit der Folge, dass solche Einrichtungen die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden, nicht oder nur eingeschränkt in den Genuss öffentlicher Finanzierungsmittel kommen können, ist verfassungswidrig, da sie in unzulässigerweise in das durch Art. 12 GG gewährleistete Recht auf freie Berufswahl eingreift.
- Immer dann, wenn Verträge zwischen Kommunen und freien Trägern, die den Betrieb und die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen betreffen, als ein Austausch von Leistung und Gegenleistung angesehen werden können, ist die Auswahl des Trägers bei Erreichung der entsprechenden Schwellenwerte im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB durchzuführen.
- Die Bedarfsplanung, d. h. insbesondere die Planung der zur Bedarfsdeckung durchzuführenden Maßnahmen ist in der Weise durchzuführen, dass lediglich Möglichkeiten der Bedarfsdeckung beschrieben werden, ohne dass konkrete Festlegungen auf bestimmte Einrichtungen erfolgen. Unabhängig davon, was man von einer Finanzierung der von den freien Trägern erbrachten Betreuungsleistungen mittels Gutscheinen hält, entspricht die Praxis der Bedarfsplanung in den Ländern Berlin und Hamburg bereits diesen Vorgaben.
- Die Möglichkeiten, Rechtsschutz zu erlangen, hängen im Wesentlichen davon ab, ob man den hier vertretenen Auffassungen folgt, wonach die Verknüpfung eines Finanzierungsanspruchs mit der Aufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan verfassungswidrig ist und das formale Vergaberecht der §§ 97ff. GWB grundsätzlich auch im Bereich der Kindertagesbetreuung zur Anwendung kommen kann. In dem einen Fall können Entscheidungen, die eine Finanzierung unter Hinweis auf die fehlende Aufnahme in den Bedarfsplan ablehnen, mit Aussicht auf Erfolg angefochten bzw. ggf. erfolgreich Finanzierungsansprüche geltend gemacht werden. In dem anderen Fall besteht die Möglichkeit, Vergabeentscheidungen der Kommunen (z. B. im Zusammenhang mit dem Betrieb einer bestimmten Einrichtung) durch die Vergabekammern überprüfen zu lassen. Folgt man den hier vertretenen Auffassungen nicht, sind die Möglichkeiten, Rechtsschutz zu erlangen, hingegen wesentlich

lich geringer. Der betroffene Träger kann dann allenfalls eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gelten machen, was angesichts der Tatsache, dass nur mehr oder weniger willkürliche Ungleichbehandlungen als rechtswidrig anzusehen sind, indes nur in seltenen Ausnahmefällen gelingen wird.

- Bezüglich der Planung der notwendigen Maßnahmen zur Bedarfsdeckung empfiehlt sich ein gestuftes Verfahren ohne Verknüpfung eines Finanzierungsanspruchs mit der Aufnahme einer Einrichtung in den Bedarfsplan. Dabei soll zunächst den freien Trägern die Möglichkeit gegeben werden, auf der Grundlage des vom öffentlichen Träger ermittelten Bedarfs Angebote zu unterbreiten. Erst wenn danach nicht mit einer ausreichenden Bedarfsdeckung zu rechnen ist, soll der öffentliche Träger weitere Anreize zur Errichtung und/oder Erweiterung von Einrichtungen schaffen bzw. auf der letzten Stufe die fehlenden Betreuungsplätze in eigenen Einrichtungen anbieten.

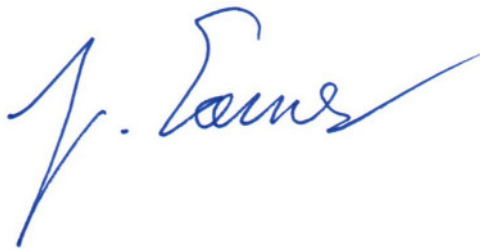
Neben diesen wesentlichen Erkenntnissen zeigen die vorstehenden Ausführungen bzw. die im Rahmen der Erstellung dieser Arbeit erlangten Einblicke in die Praxis der Bedarfsdeckung im Bereich der Kinderbetreuung, dass hier eine große Vielfalt besteht. Träger die überregional Einrichtungen zur Kindertagesbetreuung betreiben wollen, müssen sich deshalb darauf einstellen, sich nicht nur mit den unterschiedlichen landesgesetzlichen Vorgaben sondern darüber hinaus auch mit den „Usancen“ vor Ort vertraut machen zu müssen.

Die Landesgesetzgeber sind angesichts der Ergebnisse dieser Arbeit aufgerufen, ihre Gesetze entsprechend dahingehend zu modifizieren, dass sie den durch Art. 12 GG gesetzten Schranken entsprechen. Rechtsgestaltender Handlungsbedarf besteht dem hingegen im Hinblick auf die Anwendung des Vergaberechts nicht unbedingt. Angesichts der bereits seit längerem andauernden Diskussion dazu, ob das Sozialrecht dem Vergaberecht grundsätzlich als *lex specialis* vorgeht, wäre es aber gleichwohl wünschenswert, wenn der Gesetzgeber an dieser Stelle für Klarheit sorgen würde. Von der prinzipiellen Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgehend, muss es insoweit vielmehr heute schon darum gehen, die Kommunen im Hinblick auf die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts im Bereich des Abschlusses von Verträgen mit freien Trägern, die die Erbringung von Leistungen der Kindertagesbetreuung zum Gegenstand haben, zu sensibilisieren. Letztendlich haben es auch die Träger selbst in der Hand,

eine solche Sensibilisierung herbeizuführen, indem sie die Entscheidung einer Kommune, einen solchen Vertrag mit einem anderen Träger abzuschließen zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gem. den §§ 102 ff. GWB machen. Angesichts der Tatsache, dass es mittlerweile große freie Träger gibt, die den Betrieb von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung quasi zu ihrem „Geschäftsmodell“ gemacht haben und dabei auch überregional agieren, halte ich es durchaus nicht für ausgeschlossen, dass solches in der Zukunft auch vorkommt. Das Vergaberecht kann dabei insbesondere auch ein Hebel sein, um örtliche Strukturen im Sinne eines „Closed Shops“ aufzubrechen. Angesichts des strengen Korsetts der vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften bestünden nämlich kaum Möglichkeiten für die betreffende Kommune, die örtlichen „Platzhirsche“ ohne sachliche Rechtfertigung zu bevorzugen.

Schließlich gibt diese Arbeit quasi als „Nebenprodukt“ einen in dieser Form bislang nicht verfügbaren Überblick über die verschiedenen Rechtsgrundlagen und Finanzierungsformen im Bereich der Kindertagesbetreuung.

Dresden, 14.04.2013



Jens Cramer

Jens Cramer | Hauptstraße 13 | 01097 Dresden

Jugendamt

Hauptstraße 13
01097 Dresden

Tel. +49 (0)174 – 3461725
Fax +49 (0)351 – 46561015

masterarbeit@jc-web.de

15. April 2013

Trägerauswahl für Kindertagesstätten

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich schreibe zurzeit meine Masterarbeit im Rahmen eines berufsbegleitenden Masterstudiums im Aufbaustudiengang Sozialmanagement der Hochschule Mittweida.

Das Thema meiner Masterarbeit lautet „Trägerauswahl für Kindertagesstätten – Rechtsgrundlagen, Verwaltungspraxis und Rechtsschutz“. Der erste Teil meiner Masterarbeit soll über die aktuelle Verwaltungs- und Rechtspraxis bezüglich der Trägerauswahl für Kindertagesstätten informieren. Um einen Eindruck von der Verwaltungspraxis in Deutschland zu erhalten, führe ich eine entsprechende Umfrage unter den Jugendämtern der Kreise und kreisfreien Städte in Deutschland durch. Ich Ihnen deshalb dankbar, wenn Sie mir folgende Fragen beantworten könnten (gerne auch per E-Mail):

1. Sind nach Ihrer Auffassung bei der Auswahl von Kita-Trägern die Vorgaben der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) zu beachten?
2. Gibt es bei ihnen ein (formalisiertes) Verfahren bezüglich der Auswahl von Kita-Trägern und wenn ja, wie ist dieses Verfahren ausgestaltet?

Schließlich wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie mir im Hinblick auf eventuelle Rückfragen einen geeigneten Ansprechpartner benennen könnten.

Für Ihre Bemühungen bedanke ich mich im Voraus.

Mit freundlichen Grüßen

Jens Cramer

Jens Cramer | Hauptstraße 13 | 01097 Dresden

Landesjugendamt ...

Hauptstraße 13
01097 Dresden

Tel. +49 (0)174 – 3461725
Fax +49 (0)351 – 46561015

racramer@jc-web.de

15. April 2013

Trägersauswahl für Kindertagesstätten

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich schreibe zurzeit meine Masterarbeit im Rahmen eines berufsbegleitenden Masterstudiums im Aufbaustudiengang Sozialmanagement der Hochschule Mittweida.

Das Thema meiner Masterarbeit lautet „Trägersauswahl für Kindertagesstätten – Rechtsgrundlagen, Verwaltungspraxis und Rechtsschutz“. Der erste Teil meiner Masterarbeit soll über die aktuelle Verwaltungs- und Rechtspraxis bezüglich der Trägersauswahl für Kindertagesstätten informieren. Um einen Eindruck von der Verwaltungspraxis in Ihrem Bundesland zu erhalten, wäre ich Ihnen deshalb dankbar, wenn Sie mir folgende Fragen beantworten könnten (gerne auch per E-Mail):

1. Sind nach Ihrer Auffassung bei der Auswahl von Kita-Trägern die Vorgaben der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) zu beachten?
2. Gibt es seitens Ihrerseits Vorgaben dazu, wie bei der Auswahl von Kita-Trägern zu verfahren ist und wenn ja, wie sehen diese Vorgaben aus?
3. Haben Sie Kenntnis von Kommunen, die die Auswahl von Kita-Trägern nach

vergaberechtlichen Maßstäben durchführen (Anwendung der VOL)?

4. Haben Sie Kenntnis davon, dass Kommunen andere, einer Vergabe nach der VOL vergleichbare Auswahlverfahren anwenden. Wenn ja, wie sehen diese Verfahren aus bzw. welche Kommunen sind dies?

Schließlich wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie mir im Hinblick auf eventuelle Rückfragen einen geeigneten Ansprechpartner benennen könnten.

Für Ihre Bemühungen bedanke ich mich im Voraus.

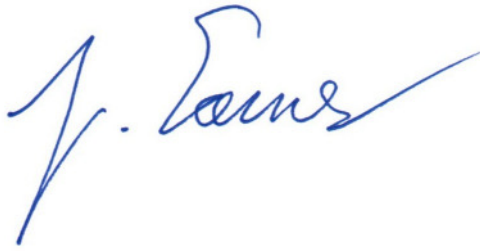
Mit freundlichen Grüßen

Jens Cramer

Erklärung zur selbstständigen Anfertigung der Arbeit

Ich erkläre, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Literatur und Hilfsmittel angefertigt habe.

Dresden, 14.04.2013

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Cramer', with a long horizontal stroke extending to the right.

Jens Cramer