

Johannes Münder

## Die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen

### Einzelprobleme und Zukunftsperspektiven\*

Nachdem der Stichtag des 1.8.2013 mit dem Inkrafttreten des Rechtsanspruches auf frühkindliche Förderung für alle Kinder, die das 1. Lebensjahr vollendet haben, in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege anscheinend ohne massive Probleme bewältigt wurde<sup>1</sup>, rücken nun die Erledigung von Einzelaufgaben und die Entwicklung einer langfristigen Perspektive der Finanzierung der Tageseinrichtung in den Vordergrund. Neben und nach den vorrangigen zentralen inhaltlich-qualitativen Aufgaben der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen werden auf der Ebene der rechtlich-finanziellen Aspekte folgende Problemzonen erkennbar:

- Wie ist die Stellung und die Akzeptanz auf finanziell-rechtlicher Ebene von privat-gewerblichen Einrichtungen (etwa bei Betriebskindergärten, aber auch bei privat-gewerblichen Einrichtungen<sup>2</sup>);
- wie wird sinnvollerweise die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen mit einem übergemeindlichen, überregionalen, ggf. gar über Bundesländergrenzen hinweg greifenden Einzugsbereich geregelt;
- wie geht die bei der Objektfinanzierung oft anzutreffende Bedarfsplanung mit dem subjektiven Rechtsanspruch des Kindes auf Förderung in einer Tageseinrichtung zusammen?

Dies schließlich verbindet sich alles in der grundsätzlichen Frage, wie ein zukunftsfähiges, auch diese verschiedenen Einzelprobleme aufgreifendes Finanzierungssystem der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen aussehen kann.

### 1 Ein orientierender Überblick: Rechtsregelungen und Finanzstruktur

Um die rechtlichen Probleme der Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen zu verstehen, ist ein Überblick über die gegenwärtige Regelungslandschaft hilfreich. Rechtlich ist diese Landschaft geprägt durch Bundesrecht und Landesrecht, finanztechnisch durch ein Oszillieren zwischen Objekt- und Subjektfinanzierung.

\* Der Beitrag beruht auf verschiedenen Veröffentlichungen von mir in der Publikation *Münder/Wehrmann*, Förderung in Kindertageseinrichtungen; Schriftenreihe des VPK-Bundesverband e.V., Band 2, Ibbenbüren 2013.

1 Zu dem Problem, das im Zusammenhang mit dem Stichtag 1.8.2013 ausführlich diskutiert wurde, welche Ansprüche bestehen, wenn der Rechtsanspruch der unter 3-jährigen Kinder nicht erfüllt werden kann, vgl. ausführlich *Meysen/Beckmann*, Rechtsanspruch U3: Förderung in Kita und Kindertagespflege, Baden-Baden 2013; sowie exemplarisch die Entscheidungen von VG Mainz 10.5.2012 – 1 K 98/11.MZ; OVG RP 25.10.2012 – 7 A 10671/12 sowie in der Revisionsinstanz BVerwG 12.9.2013 5 C 35.12.

2 Sofern nicht – um den gegenwärtig existierenden Problemen (vgl. unten) auszuweichen – die Umgehungsstrategie gewählt und formal ein gemeinnütziger Träger dazwischen geschaltet wird.

Werden die Leistungen nicht ausschließlich durch die staatliche Ebene selbst erbracht, so sind **bundesrechtlich** unterschiedliche Finanzierungen des Staates möglich.<sup>3</sup> Für die Förderung in Tageseinrichtungen kommen die sogenannte Entgeltübernahme und die sogenannte Zuwendung in Frage.

Die **Entgeltübernahme** findet sich ausdrücklich in §§ 78 a ff. SGB VIII, der für die Leistungen der Jugendhilfe gilt, die in § 78 a Abs. 1 SGB VIII genannt sind. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen taucht dort nicht auf, jedoch kann nach § 78 a Abs. 2 SGB VIII durch Landesrecht (s. u.) bestimmt werden, dass die Regelungen der §§ 78 a ff. SGB VIII auch für die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen Anwendung finden. Die Finanzierungsform der §§ 78a ff. SGB VIII ist eine **monistische und subjektbezogene** Finanzierungsform, d. h. sämtliche Kosten werden über einen Finanzierungsweg (monistisch) und anknüpfend an die jeweiligen Personen (subjektbezogen) finanziert. Die Finanzierung findet im sog. jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen der öffentlichen Hand, den Trägern der Tageseinrichtungen und den entsprechenden Kindern (bzw. ihren Eltern) statt.<sup>4</sup> Bei der Entgeltübernahme übernimmt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die für den Besuch der Tageseinrichtungen entstehenden Kosten, zwischen den öffentlichen Trägern und den Trägern der Einrichtungen werden Vereinbarungen u. a. über die Entgelte abgeschlossen, die dann übernommen werden, wenn entsprechende Kinder die jeweiligen Einrichtungen besuchen.<sup>5</sup>

Das zweite Finanzierungsmodell, das das SGB VIII vorsieht, ist die **Zuwendung** nach § 74 SGB VIII. Während bei der subjektbezogenen Finanzierung die beteiligten Bürger (Kinder, Eltern) die zentrale Rolle für die Abwicklung der Finanzierung spielen, tauchen sie bei der Zuwendung nicht auf; diese Finanzierungsform spielt sich nur im Verhältnis zwischen öffentlichen Trägern und Einrichtungsträgern ab. Bis in die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts war die Zuwendungsfinanzierung in weiten Bereichen der klassische Weg der Finanzierung durch den Staat. Dies hat sich geändert, seit das SGB VIII Rechtsansprüche für Kinder, Jugendliche, Eltern vorsieht. Dort, wo Rechtsansprüche bestehen, ist die Zuwendung, die eine Subventionierung der Einrichtung darstellt, im Leistungssystem des SGB VIII systemwidrig.<sup>6</sup> Strukturell ist die Zuwendung ebenfalls **monistisch**, sie ist jedoch **objektbezogen** (die Einrichtung wird subventioniert). § 74 SGB VIII regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Zuwendung möglich ist. Dort wird in § 74 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII verlangt, dass gemeinnützige Ziele verfolgt werden. Das bedeutet, dass nur privat-gemeinnützige, nicht aber privat-gewerbliche Träger nach § 74 SGB VIII finanziert werden können. Auch wenn die dadurch geschaffene Privilegierung privat-gemeinnütziger Einrichtungen aus gemeinschaftsrechtlicher (europarechtlicher) Sicht problematisch ist,<sup>7</sup> wird die Zuwendungsfinanzierung bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen gegenwärtig noch praktiziert.

3 Zu einem Überblick über die sehr unterschiedlichen Finanzierungen vgl. z. B. *Degener/Happe* in: Jans u. a. § 74a Rn. 4 ff.; *Wabnitz* in: *Gemeinschaftskommentar SGB VIII* § 74a Rn. 7 ff., Münder u. a. *Frankfurter Kommentar zum SGB VIII*, 7. Aufl., Baden-Baden 2013 (FK-SGB VIII) Vorkap. 5 Rn. 5 ff.

4 Münder/Trenzcek, Kinder und Jugendhilferecht, 7. Aufl., Köln 2011, 192 ff.

5 Für die in § 78a Abs. 1 SGB VIII genannten Leistungen ist dies dort verbindlich vorgeschrieben. Bei anderen Leistungen, auf die Rechtsansprüche bestehen und die in § 78a Abs. 1 SGB VIII nicht benannt sind, ist die Finanzierung auf der Rechtsgrundlage des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses ganz herrschende Meinung in der Rechtsdogmatik – BVerwG 14.11.2002 – 5 C 57.01 – ZfJ 2003, 338 ff.; VG Münster 22.6.2004 – 5 L 756/04 – RsDE 57 (2005), 75 ff.; OVG NW 30.3.2005 – 12 B 2444/04 – ZfJ 2005, 485; entsprechendes gilt für die einschlägigen Bestimmungen der Sozialhilfe – jetzt §§ 75 ff SGB XII: OVG NW 27.9.2004 – 12 B 1397/04 – NDV-RD 2005, 32 f.; inhaltlich gleichlautend mit OVG NW 27.9.2004 – 12 B 1390/04; *Banafshe ZKJ* 2010, 227 ff.; Münder JAmT 2011, 69 ff.; Münder/Trenzcek 2011, 192 ff.

6 Und damit in diesem Bereich rechtlich unzulässig – so Neumann RsDE 55 (2003), 33 f.

7 Münder in: Münder u. a. FK-SGB VIII § 74 Rn. 35 ff.

Das hat handfeste Gründe: Nach § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII ist eine weitere Voraussetzung für die Zuwendungsfinanzierung, dass die jeweiligen Träger eine angemessene Eigenleistungen erbringen – was den Staat bei der Finanzierung der Förderung in Tageseinrichtungen nicht unwe sentlich entlastet.

Dass die Probleme der rechtlichen Zulässigkeit der Zuwendungsfinanzierung in der Praxis keine allzu große Bedeutung haben, liegt nicht zuletzt daran, dass der Bundesgesetzgeber ein „Schlupfloch“ offen gelassen hat: § 74 a SGB VIII sieht vor, dass die Finanzierung von Tageseinrichtungen durch das **Landesrecht** gefördert wird (Satz 1) und er ermöglicht bundesrechtlich, dass „alle Träger von Einrichtungen“ – also auch privat-gewerbliche – durch das Landesrecht gefördert werden können (Satz 2).<sup>8</sup>

Ein erheblicher Teil der Praxis ist jedoch durch eine **Vermischung der Finanzierungswege** geprägt, durch eine Kombination von Zuwendungsfinanzierung und Entgeltfinanzierung. Dies hat für die öffentlichen Hände den Vorteil, dass im Rahmen einer Zuwendungsfinanzierung entsprechend § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VIII von den Trägern der Einrichtungen entsprechende Eigenanteile verlangt werden können. Die Finanzierung (in Teilen) über die Entgeltfinanzierung im Rahmen dieser Mischfinanzierung hat für die Träger der öffentlichen Jugendhilfe den Vorteil, dass hier die Finanzierung an dem Kind anknüpfen kann und damit eine Einrichtung nur insofern finanziert wird, wie die Einrichtung von Kindern tatsächlich in Anspruch genommen wird.<sup>9</sup>

Das führt dazu, dass die Regelungen der Länder zur Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen zum Teil erheblich unterschiedlich sind.

## 2 Finanzierung der Förderung von Kindern in privat-gewerblichen Einrichtungen

Im Gesamtkontext der Trägerschaft von Tageseinrichtungen ist der privat-gewerbliche Sektor überschaubar. Er besteht aus „klassischen“ privat-gewerblichen Trägern, aus Betriebskindergärten und zum Teil aus Initiativen, die sich – aus welchen Gründen auch immer – keine privat-gemeinnützige Form gegeben haben. Vielleicht ist der prozentual geringe Anteil solcher privat-gewerblichen Trägerschaften der Grund dafür (gewesen), dass die landesrechtlichen Regelungen in ganz unterschiedlicher Weise darauf eingehen (im Einzelnen vgl. Anhang).

Fasst man die im Anhang aufgeführte Übersicht etwas systematisch zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

- 
- 8 Die Sätze 1 und 3 des gegenwärtigen § 74a wurden durch das Tagesbetreuungsausbau Gesetz von 2004, der Satz 2 durch das Kinderförderungsgesetz von 2008 eingefügt.
  - 9 Bei der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen kommt hinzu, dass es historisch zunächst keine Rechtsansprüche auf Förderung und Betreuung in Kindertageseinrichtungen gab und deswegen eine Finanzierung über den Zuwendungs weg rechtlich möglich war. Das erklärt die gegenwärtig vorfindliche Mischfinanzierung aus Zuwendungs- und Entgeltfinanzierung.

Klare Akzeptanz hinsichtlich Trägerschaft und Finanzierung für privat-gewerbliche Träger (inkl. Betriebe)	Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen
Ebenfalls klare Regelungen (ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetzestext)	Brandenburg, Hamburg, Hessen
Regelungen, die nur Betriebskindertagesstätten vorsehen	Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Thüringen
Ausschluss privat-gewerblicher Trägerschaft	Berlin, Bremen, Schleswig-Holstein
Trägerschaft privat-gewerblicher Anbieter möglich, aber keine Finanzierung	Nordrhein-Westfalen
Unklar	Saarland

Insgesamt lässt sich festhalten, dass hinsichtlich der Trägerschaft und der Finanzierung von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung von unterschiedlichen Regelungen auszugehen ist. Die Gründe dafür sind nicht ohne weiteres zu erfassen. So werden möglicherweise auch lobbyistische Aspekte eine Rolle spielen. Im öffentlichen Diskurs wird insbesondere das Qualitätsargument gegen privat-gewerbliche, betriebliche Träger ins Feld geführt, wenn dargelegt wird, dass privat-gewerbliche Träger unter den Bedingungen des freien Marktes entsprechende qualitative Angebote schlechter realisieren können.

### 3 Kindertageseinrichtungen mit überkommunalem Einzugsbereich

Eines der häufigsten Probleme bei einer (zumindest auch) Objektfinanzierung ist die Inanspruchnahme einer Tageseinrichtung, die ihren Standort außerhalb der Wohngemeinde des Kindes hat, wenn also Wohngemeinde des Kindes und Standortgemeinde der Einrichtung nicht identisch sind. Entweder würde hier bei einer Objektfinanzierung die Standortgemeinde Kosten für Kinder übernehmen, die nicht in der Standortgemeinde wohnen, oder (was die realistische Variante ist) die Standortgemeinde beschränkt ihre Förderung auf Kinder aus dem Standort, was dazu führt, dass die Einrichtung entsprechend geringere finanzielle Unterstützung erhält. Relevant wird dies bei Einrichtungen, die eine besondere pädagogische Ausrichtung haben (wie z. B. Waldorf-Kindergärten, Waldkindergärten), die besondere Konzepte haben (etwa verlängerte Öffnungszeiten) oder die von Pendlern in Anspruch genommen werden (insbesondere bei Betriebskindergärten). Verschärft war dieses Problem dann, wenn die (objektbezogene) Förderung von der Aufnahme in Bedarfspläne o. Ä. abhängig gemacht wurde, da derartige Einrichtungen zum Teil in keinen Bedarfsplänen, zumindest nicht in den Bedarfsplänen der Wohngemeinde der von außerhalb kommenden Kinder aufgenommen werden (vgl. unter 4). Die Rechtsprechung hatte eine derartige Regelung, die Einrichtungen mit gemeindeübergreifendem Einzugsbereich benachteiligt, grundsätzlich für zulässig angesehen.<sup>10</sup> Erst durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) von 2010<sup>11</sup> wurde mit diesem Grundsatzurteil die bisherige Rechtsprechung der unterinstanzlichen Gerichte aufgehoben und ausgeführt, dass es mit dem bundesrechtlichen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist, wenn ein landesrechtliches Regelungssystem zur Finanzierung von Kindertageseinrichtungen Einrichtungsträger mit einem gemeindeübergreifenden Einzugsbereich hinsichtlich der „auswärtigen Kinder“ benachteilige.

10 VGH BW 4.6.2008 – 12 S 2559/06 – VBIBW 2009, 95 ff.

11 BVerwG 21.1.2010 – 5 CN 1.09 – EuG 2010, 309 ff., diese Entscheidung hob die Entscheidung des VGH BW vom 4.6.2008 auf; es handelte sich um den Träger eines Waldorf-Kindergartens.

Daraufhin wurden in verschiedenen Ländern entsprechende Regelungen zum interkommunalen Kostenausgleich bei dem Besuch von Kindertageseinrichtungen durch sogenannte „auswärtige“ Kinder aufgenommen.<sup>12</sup> In der Praxis führen diese Regelungen dennoch immer zu Unklarheiten, insbesondere hinsichtlich der unterschiedlichen Kostenbegriffe und damit hinsichtlich der Frage, welche Kosten denn nun zwischen den Kommunen auszugleichen sind.<sup>13</sup>

Wenn sich so das Problem des übergemeindlichen Kostenausgleichs auch auf landesrechtlicher Ebene zumindest in Ansätzen einigermaßen regeln lässt, so versagen diese Regelungen, wenn es über Bundeslandgrenzen hinweg geht, wie etwa in dem Umfeld der Stadtstaaten oder in entsprechenden Verflechtungsgebieten<sup>14</sup>. Solange die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen – und sei es auch nur in Teilen – noch objektbezogen ist, lassen sich solche Probleme kaum oder nur schwer sachgerecht in dieser Struktur lösen. Zukunftsträchtig ist hier nur eine konsequente Neuausrichtung der Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (vgl. unter 5).

## 4 Objektfinanzierung, Bedarfsplanung und Rechtsansprüche von Kindern auf Förderung

Im Kontext der Objektfinanzierung (und sei es auch nur in Teilbereichen) finden sich regelmäßig Bestimmungen, die einen Bezug zwischen einer Bedarfsplanung/Aufnahme der Einrichtungen in Bedarfspläne und Finanzierung herstellen. Dies kann in landesrechtlichen Bestimmungen oder in kommunalen Regelungen geschehen. Die jeweiligen Formulierungen sind unterschiedlich. So wird etwa in Art. 7 KiBiG BY ausgeführt, dass die jeweiligen Gemeinden bestimmen, welche bestehenden Plätze für die Deckung des Bedarfs notwendig sind und welcher Bedarf noch ungedeckt ist (Art. 7 Abs. 2 KiBiG BY) und der Umfang des Förderanspruches in Art. 22 KiBiG BY wird davon abhängig gemacht, dass der zu fördernde Platz von der Gemeinde als bedarfsnotwendig bestimmt oder anerkannt ist. In Nordrhein-Westfalen sieht das Kinderbildungsgesetz – KiBiz NW – vor, dass eine finanzielle Förderung der Kindertageseinrichtung eine Bedarfsfeststellung auf der Grundlage der örtlichen Jugendhilfeplanung voraussetzt (§ 18 Abs. 2 KiBiz NW). Kommunale Regelungen beinhalten ähnliche Bestimmungen, so etwa, dass die kommunale finanzielle Unterstützung von Kindertageseinrichtungen davon abhängig ist, dass die entsprechenden Tageseinrichtungen in den Bedarfsplan aufgenommen oder als Bedarf anerkannt sind. Derartige Regelungen haben schon immer die Frage aufgeworfen, ob sie mit dem nach § 24 SGB VIII bestehenden Rechtsanspruch von Kindern auf den Besuch einer Tageseinrichtung vereinbar sind. Dieses Problem hat sich quantitativ mit Wirkung ab 1.8.2013 verstärkt.

Unabhängig davon, wie der Rechtscharakter von Planung und Plänen zu beurteilen ist,<sup>15</sup> handelt es sich bei diesen Regelungen um gesetzliche (oder auf kommunaler Ebene um satzungsgemäße) Regelungen, die auf rechtlicher Ebene verbindlich die Feststellung des Bedarfs/die Aufnahme in einen Bedarfsplan mit der Finanzierung, Förderung verkoppeln. Bei einer solchen rechtlichen Kop-

12 Vgl. z. B. für BW: § 8a KiTaG; für HE: § 28 KJGB.

13 Vgl. dazu VGH HE 1.3.2011 – 10 A 1448/10.

14 Z. B. in der Metropolregion Rhein-Neckar, wo drei Bundesländer – Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Hessen – betroffen sind.

15 Becker/Münder, Rechtliche Aspekte von Jugendhilfeplanung und Jugendhilfeplänen in VSSR 4/1997, 343 ff.; weiterhin: Münder/Becker, Rechtliche Aspekte von Jugendhilfeplanung und Jugendhilfeplänen in Jordan/Schone: Handbuch Jugendhilfeplanung, 2. Aufl., 2000, 207 ff.; Smessaert/Münder, Rechtliche Vorgaben zur Jugendhilfeplanung im SGB VIII und ihre Auswirkungen auf die Jugendhilfepläne in Maykus/Schone: Handbuch Jugendhilfeplanung 2010, 157 ff.

pelung stellt sich dort, wo Rechtsansprüche für Kinder auf Förderung in Tageseinrichtungen vorliegen (also im Wesentlichen ab Vollendung des 1. Lebensjahres) die Frage, ob eine solche Koppelung rechtlich haltbar ist. Prüfungsmaßstab hierfür ist insbesondere § 5 Abs. 1 SGB VIII sowie Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>16</sup>

Die Voraussetzungen für die Anwendung des **§ 5 Abs. 1 SGB VIII** sind im Fall eines subjektiven Rechtsanspruchs unproblematisch: Durch den subjektiven Rechtsanspruch des § 24 SGB VIII ist die Leistungsberechtigung der Kinder (die durch ihre Eltern vertreten werden) gegeben. Bei den Tageseinrichtungen handelt es sich (wie schon der Begriff sagt) um Einrichtungen. Die Förderung des Kindes in einer Tageseinrichtung ist eine rechtlich und fachlich zulässige Leistung. Über diese sich aus dem Gesetz ergebenden Voraussetzungen hinaus können von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe keine weiteren Voraussetzungen verlangt werden: An weitere Voraussetzungen ist das Wunsch- und Wahlrecht in der Kinder- und Jugendhilfe nicht gebunden. Bedeutung hat dies für mögliche, das Wunsch- und Wahlrecht ggf. einengende Planungs- und Steuerungsscheidungen des öffentlichen Trägers: Diese können – ebenso wenig wie etwa finanzielle Haushaltsaspekte – das Wunsch- und Wahlrecht nicht einengen.<sup>17</sup>

Aus dem Wunsch- und Wahlrecht ergibt sich zwar kein Anspruch der Leistungsberechtigten auf Schaffung einer gewünschten Einrichtung, das Wunsch- und Wahlrecht erstreckt sich nur auf vorhandene Einrichtungen und vorhandene Angebote.<sup>18</sup> Sofern aber Tageseinrichtungen existieren, setzt sich das Wunsch- und Wahlrecht des § 5 Abs. 1 SGB VIII gegenüber möglichen Planungs- und Steuerungsscheidungen und damit auch gegenüber der Abhängigmachung der Finanzierung von der Aufnahme in Bedarfspläne, von einer Bedarfsfeststellung usw. durch. Grenze sind allein möglicherweise vorhandene sog. unverhältnismäßige Mehrkosten<sup>19</sup>, ansonsten greift keine Beschränkung gegenüber diesem grundlegenden, in Gesetzesform gefassten Strukturmerkmal der Kinder- und Jugendhilfe. Damit lässt sich auf der einfachgesetzlichen Ebene des SGB VIII festhalten, dass landesrechtliche oder kommunalrechtliche Regelungen, die die Finanzierung von existierenden Tageseinrichtungen abhängig davon machen, dass solche Einrichtungen der Bedarfsplanung entsprechen, in Bedarfspläne aufgenommen sind o. Ä., vor der Bestimmung des § 5 Abs. 1 SGB VIII nicht haltbar sind: Rechtsansprüche gehen Planungsvorhaben und Planungsergebnissen vor, Rechtsansprüche und die Auswahl von Einrichtungen im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 Abs. 1 SGB VIII sind „planungssprengend“.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene stellt sich die Frage, inwiefern eine derartige Koppelung von Bedarfsplanung/Bedarfsplänen mit der Finanzierung bei einem Rechtsanspruch wie dem auf Förderung in Tageseinrichtungen mit dem Gleichheitsgrundsatz Art. 3 Abs. 1 GG und dem Grundrecht auf Berufsausbildung aus Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

**Art. 3 Abs. 1 GG** ist Prüfungsmaßstab für jegliches hoheitliches Handeln. Allerdings wird von der Rechtsdogmatik die Intensität dieses Prüfungsmaßstabes unterschiedlich gesehen: Auch bei

16 Dazu, ob ein Verstoß möglicherweise gegen § 3 Abs. 1 SGB VIII vorliegt – was sich nicht generell sagen lässt, sondern der Einzelprüfung der jeweiligen Norm bedürfte – vgl. Münder in Münder/Wehrmann: Förderung in Kindertageseinrichtungen, 2013, 36 f.

17 Vgl. dazu etwa OVG BB 13.5.2005 – 4 B 272/04 – FEVS 57, 61; Münder in Münder u. a. FK-SGB VIII § 5 Rn. 12; Wiesner/Wiesner § 5 Rn. 15; Jans u. a. § 5 Rn. 20.

18 VGH BY 2.12.2003 – 7 CE 03/2722; BVerwG vom 21.1.2010 a. a. O. Rn. 32; Münder in Münder u. a. FK-SGB VIII § 5 Rn. 11; Wiesner/Wiesner § 5 Rn. 10; Schellhorn/Schellhorn § 5 Rn. 9.

19 Zu der Auslegung der „unverhältnismäßigen Mehrkosten“ vgl. ausführlich Münder in Münder u. a. FK-SGB VIII § 5 Rn. 14 ff.

der sog. gewährenden Staatstätigkeit ist der Gesetzgeber an den Gleichheitsgrundsatz gebunden, es wird ihm jedoch rechtsdogmatisch grundsätzlich eine größere Freiheit für seine Gestaltung eingeräumt, so dass er in größerem Umfang (rechtlich und fachlich zulässige) Überlegungen bei einer Regelung einbeziehen kann.

Bei der Finanzierung von Tageseinrichtungen ist jedoch zu beachten, dass es sich bei dieser gewährenden Staatstätigkeit um Aufgaben handelt, die primär der öffentlichen Hand zufallen bzw. ihr zufallen würden, wenn sich keine privaten Anbieter oder Leistungserbringer finden. Damit ist er auch in stärkerer Weise verfassungsrechtlich gebunden als bei einer rein gewährenden Staatstätigkeit, zu der er nicht gesetzlich verpflichtet wäre. Damit hat der Gesetzgeber (bzw. der kommunale Satzungsgeber) nach sachlichen Gesichtspunkten zu handeln und seine Regelungen zu treffen. Regelungen, die Unterschiede zwischen verschiedenen Tageseinrichtungen, Trägern usw. machen, sind nur dann vor dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG haltbar, wenn sie auf sachlichen Gründen beruhen, die nachvollziehbar dargelegt und begründet werden. Rechtliche Gestaltungen, die an formale Strukturen anknüpfen, haben vor Art. 3 Abs. 1 GG auch bei gewährender Staatstätigkeit regelmäßig keinen Bestand, es muss für die Differenzierung und unterschiedliche Behandlung in der Sache begründete Aspekte geben. Solche an formale Strukturen anknüpfende Regelungen wäre etwa eine Differenzierung wesentlich danach, ob es sich um gemeinnützige bzw. nicht gemeinnützige Träger handelt, ob es sich um Einrichtungen handelt, die einen gemeindeübergreifenden Einzugsbereich oder (nur) einen kommunalen Einzugsbereich haben<sup>20</sup>. Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen sind nicht ersichtlich, so dass bei einer Regelung, die an derartige formale Strukturen anknüpft, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG anzunehmen ist.

Schon bei der Prüfung, ob eine Bestimmung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, ist auch darauf abzustellen, ob durch die Regelung auch andere verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen der betroffenen Einrichtung tangiert sind<sup>21</sup>. Bei der Verknüpfung von Bedarfsplanung/Aufnahme in Bedarfspläne und der Finanzierung von Tageseinrichtungen, die Förderungsleistungen gegenüber Kindern erbringen, gerät die Berufsfreiheit des **Art. 12 Abs. 1 GG** in den Fokus. Auch wenn eine juristische Person (wie sie in den meisten Fällen Träger der entsprechenden Tageseinrichtung sein wird) keinen Beruf im engeren Sinn ausüben kann, so ist doch rechtlich unstrittig, dass der Begriff des Berufs in Art. 12 Abs. 1 GG weit auszulegen ist und damit auf jeden Fall auch inländischen juristischen Personen des Privatrechts (Art. 19 Abs. 3 GG) zusteht, auf jeden Fall in der Weise, dass unter den Begriff des „Berufs“ jede Tätigkeit fällt, die aufgrund ihrer Art in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.<sup>22</sup> Dies ist bei Tageseinrichtungen zur Förderung von Kindern der Fall. Dabei ist es irrelevant, ob eine entsprechende Tageseinrichtung mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird (wie das bei privat-gewerblichen regelmäßig der Fall sein wird), denn auch Einrichtungen privat-gemeinnütziger Art müssen (nicht zuletzt unter Berücksichtigung des bei der Finanzierung regel-

20 Dass Regelungen, die Einrichtungen mit gemeindeübergreifenden Bereich gegenüber Einrichtungen mit kommunalem Einzugsbereich benachteiligen, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts bereits entschieden – vgl. BVerwG vom 21.1.2010 a. a. O.

21 Für die Rechtsdogmatik bedeutet dies, dass eine isolierte Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG eher selten angenommen wird, sondern sich in den meisten Fällen ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vornehmlich daraus ergibt, dass Regelungen getroffen wurden, die zugleich eingreifen in Grundrechte freiheitsrechtlicher Art von Bürgerinnen und Bürgern – vgl. dazu die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfG 16.3.1971 – 1 BvR 52/66 – E 30, 292; *Stern*, Staatsrecht, Band IV/2, 1546.

22 So bereits die Entscheidung von BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – E 7, 377; zuletzt vgl. BVerfG 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82 – E 68, 272.

mäßig zu erbringenden Trägeranteils<sup>23)</sup> regelmäßig kostendeckend arbeiten. Insofern ist Art. 12 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab anwendbar.

Bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein verfassungsrechtlich verbürgtes Freiheitsrecht. Regelungen der geschilderten Art greifen in dieses Freiheitsrecht ein, hier liegt eine in Bürgerrechte eingreifende hoheitliche Tätigkeit vor. Solche Eingriffe sind nicht ausgeschlossen, die Kriterien derentwegen ein solcher Eingriff erfolgt, unterliegen aber einer schärferen verfassungsrechtlichen Prüfung als bei der im Rahmen der gewährenden Staatstätigkeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG vorzunehmenden Prüfung. Für Regelungen, die in die Berufsfreiheit und die Berufsausübung eingreifen, müssen deswegen sachlich gewichtige Gründe vorliegen. Solche sind hier nicht zu erkennen. Gründe, die auf formale Aspekte und Strukturen abstellen, scheitern schon allein an Art. 3 Abs. 1 GG, einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen sie allemal nicht. Als wesentliches Argument wird für solche Regelungen bisweilen angeführt, dass auf diese Weise eine sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung gesichert wird. Ein solches Argument wird verfassungsrechtlich, da es sich als einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt, nur dann Bestand haben, wenn es keine Alternativen gäbe, um auf andere Weise eine sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung sicherzustellen.<sup>24)</sup>

Bei der Finanzierung von Tageseinrichtungen gibt es aber – naheliegende – Alternativen, um eine sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung zu sichern. Dafür bietet sich insbesondere eine Finanzierung von Tageseinrichtungen in der Weise an, dass die Finanzierung anknüpft an tatsächliche Inanspruchnahme entsprechender Plätze durch Kinder, die einen Rechtsanspruch haben.<sup>25)</sup> Damit werden nur tatsächlich in Anspruch genommene Plätze finanziert. Eine solche Regelung ist grundsätzlich auch kostengünstiger, da bei einer Finanzierung von Einrichtungen, die in entsprechende Bedarfsplanungen aufgenommen wurden, es auch möglich ist – je nach Gestaltung der Finanzierung –, dass Einrichtungen/Plätze finanziert werden, die letztlich nicht konkret in Anspruch genommen werden. Für eine derartige Konzeption hat der Bundesgesetzgeber selbst Regelungen mit den §§ 78b bis 78g SGB VIII bereitgestellt. Und er hat mit der Öffnungsklausel des § 78a Abs. 2 SGB VIII die Möglichkeit geschaffen, dass landesrechtliche Bestimmungen auf dieses vorhandene Regelungsinstrumentarium zurückgreifen.<sup>26)</sup> Da somit andere Möglichkeiten der Finanzierung bestehen, um eine sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung zu sichern, die nicht mit dem Eingriff in das Freiheitsrecht der Berufsfreiheit verbunden sind, verstößt eine Regelung, die in der geschilderten Weise Bedarfsplanung, Aufnahme in Bedarfspläne usw. mit einer Finanzierung von Tageseinrichtungen verkoppelt, gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit.

23) Damit ist keine Aussage zur Zulässigkeit von Eigenanteilen bei der Finanzierung im Bereich der Kindertageseinrichtung getroffen. Vielmehr bestehen gewichtige Bedenken dagegen, dass von Leistungserbringern die Einbringung von Eigenanteilen verlangt/erwartet wird, wenn es sich um die Tätigkeit von Leistungserbringern bei der Realisierung der gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestehenden Rechtsansprüche handelt – dies soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden.

24) So könnte man sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von entsprechenden Regelungen etwa dann vorstellen, wenn eine nur auf spezifische Anbieter bezogene Förderung sich auf Gebiete und ganz spezifische Angebote beschränkt, in denen ohne eine solche entsprechende finanzielle Unterstützung kein hinreichendes Angebot zur Verfügung gestellt werden könnte.

25) In dieser Weise BVerwG 13.5.2004 – 3 C 3/04 – NDV-RD 2004, 120 ff. für den Fall der Förderung von ambulanten Pflegediensten.

26) Ausdrücklich für die Anwendung dieser Bestimmungen gerade für den Bereich der Tageseinrichtungen Wiesner/Wiesner § 78a Rn. 6; Gottlieb in LPK-SGB VIII § 78a Rn. 18 f.

Insgesamt ergibt sich so, dass bei subjektiven Rechtsansprüchen auf Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen die Verknüpfung von Bedarfsplanung/Aufnahme in Bedarfspläne mit der Finanzierung von Tageseinrichtungen gegen das bundesrechtlich in § 5 SGB VIII verankerte Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten verstößt und dass hinsichtlich des Ausschlusses bestimmter (in der Regel gewerblicher) Träger (zum Teil Träger von Betriebskindergärten) die Regelungen nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind.

## 5 Kleine Lösungsmöglichkeiten und zukunftsfähige Perspektiven

Die angesprochenen rechtlichen Probleme, die wegen Unvereinbarkeiten mit Bundesrecht und Bundesverfassungsrecht zum Handeln drängen, lassen sich auf einer kleinen Ebene im Sinne von jeweiligen Einzelregelungen für die jeweiligen Probleme angehen. Dies ist zum Teil auf Landesebene bereits der Fall. So finden sich hinsichtlich des **übergemeindlichen Einzugsbereichs von Einrichtungen** auf der Ebene der Bundesländer (s.o.) interkommunale Kostenausgleichsregelungen bei der Inanspruchnahme von Einrichtungen einer Standortgemeinde durch auswärtige Kinder. Probleme allerdings ergeben sich dort, wo die Inanspruchnahme nicht nur gemeindeübergreifend ist, sondern zugleich bundeslandübergreifend. Hier liegen regelmäßig noch keine Regelungen vor. In Frage kämen hier entsprechende Staatsverträge zwischen den beteiligten Ländern, d.h. unter Umständen auch mehreren Ländern, oder eine bundesgesetzliche Regelung in sanfterer oder klarerer Weise.<sup>27</sup>

Was den Ausschluss **privat-gewerblicher** Träger (zum Teil auch von Betriebskindergärten) durch landesrechtliche Regelungen anbelangt, so lassen sich derartige Regelungen bei einem subjektiven Rechtsanspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen bundesgesetzlich und verfassungsrechtlich nicht halten. Hier besteht Änderungsbedarf der entsprechenden Regelungen. Auch dies ist auf „kleiner“ Ebene möglich, nämlich dadurch, dass die entsprechenden Regelungen verändert werden in der Weise, dass alle Träger von Tageseinrichtungen, unabhängig von ihrer organisatorischen und steuerrechtlichen Form, entsprechende Finanzierungen erhalten können.

Dies alles sind notwendige Reparaturen, perspektivträchtige Finanzierungssysteme für eine zukunftsfähige Regelung der Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen liegen in der konsequenten Umstellung auf eine subjektbezogene Finanzierung. Konsequent bedeutet auch, dass es sich um eine durchgängig subjektbezogene Finanzierung handelt, also hinsichtlich aller Kosten, die für die Förderung in Tageseinrichtungen entstehen (von den Investitionen bis zu den laufenden Betriebskosten). Das wäre eine **durchgängige subjektbezogene, monistische Finanzierung**.

Von der Struktur her gibt es in der Jugendhilfe selbst ein Vorbild für diese Regelungen, es sind die nun schon mehrfach erwähnten §§ 78b ff. SGB VIII. Und mit der Bestimmung des § 78a Abs. 2 SGB VIII hat der Bundesgesetzgeber diesen Weg für alle Leistungen geöffnet, der sich geradezu für subjektive Rechtsansprüche anbietet bzw. aufdrängt.

27 Ich habe hierzu einen entsprechenden Vorschlag gemacht – vgl. Münder/Wehrmann 2013, 77 f. Die „sanfteste“ Regelung, die im Übrigen die Beibehaltung der zum Teil sehr unterschiedlichen Regelungen ermöglicht, wäre eine Ergänzung des § 74a SGB VIII in der Weise, dass sicherzustellen ist, dass bei der Aufnahme gemeindefremder Kinder in Tageseinrichtungen eine Finanzierung der Kosten der Einrichtung für dieses Kind in gleicher Weise erfolgt, wie für die Aufnahme gemeindeeigener Kinder. Klarer wäre die Formulierung, wenn zugleich zum Ausdruck kommt, dass die Finanzierung der Kosten für die jeweiligen Kinder durch die Wohnortgemeinde in gleicher Weise erfolgt, wie für die Aufnahme gemeindeeigener Kinder – das bedeutet einen deutlichen Schritt hin in eine subjektbezogene Förderung.

Diesen Weg ist bisher nur Mecklenburg-Vorpommern in seinem Kinderförderungsgesetz gegangen: § 16 KiföG MV schreibt vor, dass die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe „Verträge über den Betrieb der Kindertageseinrichtungen (Leistungsverträge) nach den §§ 78b bis 78e SGB VIII“ (oder vergleichbare Vereinbarungen) abschließen sollen, falls ein Leistungsvertrag nicht zu stande kommt, hat eine Schiedsstelle entsprechend § 78g SGB VIII zu entscheiden.

Während mit der Regelung in Mecklenburg-Vorpommern ein vollständiger Bezug auf die entsprechenden Bestimmungen des SGB VIII genommen wird, ist auch vorstellbar – und unter Umständen wegen mancher Besonderheiten der Kindertagesbetreuung vielleicht empfehlenswert –, dass in den entsprechenden Gesetzen der Länder eine in der Sache an §§ 78b ff. SGB VIII angelehnte Regelung stattfindet. Diesen Weg ist Hamburg mit seinem Kinderbetreuungsgesetz gegangen: In §§ 15 bis 21 KiBeG HH werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Trägern von Tageseinrichtungen und der Freien und Hansestadt Hamburg in zwar inhaltlicher Nähe zu §§ 78b ff. SGB VIII, aber rechtlich eigenständig geregelt.

Solche subjektbezogenen, monistischen Finanzierungen würden nicht nur die o. g. „Baustelen“ rational lösen, eine solche konsequent am Kind anknüpfende Form der Finanzierung „folgt“ dem Kind und macht damit bis auf die Ebene der Finanzierung Ernst damit, dass Kinder- und Jugendhilfe um der Kinder willen ist und deswegen die Inhaber des subjektiven Rechtsanspruchs Dreh- und Angelpunkt der Finanzierung sind.

## Anhang

### **Baden-Württemberg**

*Gesetz über die Betreuung von Kindern und Förderung von Kindern in Kindergärten, anderen Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege vom 19.3.2009 – KiTaG BW:* Nach § 1 Abs. 2 KiTaG BW können privat-gewerbliche Träger, die die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtung erfüllen, Träger von Einrichtungen sein.

### **Bayern**

*Gesetz zur Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege vom 8.1.2005 – KiBiG BY:* Art. 3 Abs. 1 KiBiG BY erwähnt neben kommunalen und frei-gemeinnützigen Träger auch „sonstige“ Träger. Was „sonstige“ Träger sind, wird in Abs. 4 definiert, wonach neben Elterninitiativen, nicht rechtsfähigen Vereinen und natürlichen Personen auch privatwirtschaftliche Initiativen als Träger von Kindertagesstätten in Betracht kommen.

### **Berlin**

*Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege vom 23.6.2005 – KitaFöG BE:* § 23 Abs. 3 KitaFöG BE knüpft die Trägerschaft von Tageseinrichtungen an die Voraussetzungen des § 75 SGB VIII, was die Gemeinnützigkeit voraussetzt. In § 24 KitaFöG BE werden zwar betrieblich geförderte Einrichtungen angesprochen, dies ist dort jedoch nur dann möglich, wenn Betriebe in Kooperation mit einem Träger der öffentlichen oder der freien Jugendhilfe entsprechende Vereinbarungen zum Betrieb einer Kindertagesstätte abschließen. Damit ist

in Berlin grundsätzlich die autonome Finanzierung von privat-gewerblichen Kindertageseinrichtungen nicht möglich.

### **Brandenburg**

*Zweites Gesetz zur Ausführung des Achten Buches des Sozialgesetzbuches – Kinder- und Jugendhilfe (Kindertagesstättengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.6.2004 – KitaG BB:* Nach § 14 Abs. 1 KitaG BB können auch „Betriebe und andere private Einrichtungen“ Träger von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung sein.

### **Bremen**

*Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege vom 19.12.2000 – KTG HB:* nach § 8 Abs. 1 KTG HB können nur anerkannte Träger der freien Jugendhilfe und gemeinnützige Körperschaften Träger von Tageseinrichtungen sein. Die in § 18 KTG HB geregelte Förderung bezieht sich in Abs. 1 auf die in § 8 Abs. 1 erwähnten Träger und knüpft die Förderung in Abs. 2 u. a. an die Förderungsvoraussetzung des § 74 SGB VIII, d. h. u. a. an die Gemeinnützigkeit.

### **Hamburg**

*Hamburger Kinderbetreuungsgesetz vom 27.4.2004 – KibeG HH:* § 7 Abs. 1 KibeG HH knüpft die Finanzierung von Trägern der Kindertageseinrichtungen an den Abschluss von Vereinbarungen, insofern nähern sich die Hamburger Regelungen relativ stark den Regelungen der §§ 78a ff. SGB VIII an. Deswegen ist es auch nicht überraschend, dass nach § 15 Abs. 1 KibeG HH grundsätzlich alle Rechtsformen der Trägerschaft in Betracht kommen, somit auch privat-gewerbliche, sowie betriebliche Trägerschaften.

### **Hessen**

*Hessisches Kinder- und Jugendhilfegesetzbuch vom 18.12.2006 – KJGB HE:* § 25 Abs. 3 KJGB HE legt fest, dass auch „sonstige geeignete Träger“ Trägerschaften für Tageseinrichtungen übernehmen können, also auch privat-gewerbliche Träger, Betriebe usw. Auch bei der Finanzierung (geregelt in § 32 KJGB HE) finden sich keine Abweichungen.

### **Mecklenburg-Vorpommern**

*Gesetz zur Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege in der Fassung vom 1.4.2004 – KiföG MV:* § 13 Abs. 1 Nr. 4 KiföG MV nennt als Träger von Kindertageseinrichtungen „andere Träger“, welche die Voraussetzungen nach § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 5 SGB VIII erfüllen. In diesem Verweis ist § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII, der die gemeinnützigen Ziele erwähnt, nicht aufgeführt: Die Gemeinnützigkeit ist damit keine Voraussetzung für die Trägerschaft von Kindertageseinrichtungen.

### **Niedersachsen**

*Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder vom 7.2.2007 – KiTaG NI:* Grundsätzlich ist in § 15 KiTaG NI die Trägerschaft an die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit geknüpft (§ 15 Abs. 1 Nr. 1,3 KiTaG NI), allerdings sind nach § 15 Abs. 1 Nr. 4 KiTaG NI Betriebskindertagesstätten

möglich. Andere privat-gewerblichen Träger können in Niedersachsen nach dem KiTaG NI nicht Empfänger von Finanzleistungen des Landes sein.

## Nordrhein-Westfalen

*Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz) vom 30.10.2007 – KiBiZ NW:* Hinsichtlich der Trägerschaft von Kindertageseinrichtungen erwähnt § 6 Abs. 2 KiBiZ NW als Träger auch Unternehmen, privat-gewerbliche Träger und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe. Bei der Finanzierung – in §§ 20, 21 KiBiZ NW – wird jedoch nur auf kirchliche Trägerschaften, anerkannte Träger der freien Jugendhilfe, Elterninitiativen, öffentliche Träger Bezug genommen. Damit können zwar privat-gewerbliche Träger, Betriebe Träger von Kindertageseinrichtungen sein, sie sind jedoch wegen der Regelung in §§ 20.21 KiBiZ NW von der Finanzierung durch das Land ausgeschlossen.

## Rheinland-Pfalz

*Kindertagesstättengesetz vom 15.3.1991 – KitaG RP:* In § 10 Abs. 1 KitaG RP ist die Trägerschaft an die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe geknüpft. Damit ist die Gemeinnützigkeit Voraussetzung für die Trägerschaft. § 10 Abs. 3 KitaG RP sieht allerdings vor, dass u. a. Betriebe, die für ihre Angehörigen und Mitarbeiter ein Interesse an einer standortgebundenen Kindertagesstätte haben, Träger von Einrichtungen sein können, wenn sie eine entsprechende besondere Vereinbarung mit dem Träger des Jugendamtes abschließen. Somit können hier – nur – Betriebskindergärten unter diesen spezifischen Voraussetzungen Träger werden.

## Saarland

*Saarländisches Ausführungsgesetz nach § 26 des Achten Buches Sozialgesetzbuch Saarländisches Kinderbetreuungs- und -bildungsgesetz vom 18.6.2008 – KBBG SL:* Die saarländische Formulierung hinsichtlich der Trägerschaft von Kindertageseinrichtungen in § 2 Abs. 3 KBBG SL ist irritierend, als zunächst der Begriff „Träger der freien ... Jugendhilfe“ verwendet wird. Dort ist nicht die Rede von anerkannten Trägern. Nach h. M. gehören zu dem Begriff „Träger der freien Jugendhilfe“ sowohl privat-gemeinnützige, wie privat-gewerbliche Träger (siehe im Einzelnen ausführlich Münder in: Münder u. a. FK-SGB VIII 2009 § 3 Rz. 7). Damit würde unter dem Begriff der „Träger der freien ... Jugendhilfe“ auch privat-gewerbliche, z. B. auch Betriebskindergärten fallen. Andererseits spricht § 2 Abs. 3 KBBG SL „... von anderen durch das örtlich zuständige Jugendamt anerkannte Träger“. Das bedeutet, dass dann § 2 Abs. 3 KBBG SL zunächst alle Träger der freien Jugendhilfe benennt – unter die sowohl privat-gewerbliche wie auch privat-gemeinnützige (anerkannte) Träger fallen würden und dann noch einmal die anerkannten Träger extra erwähnt, was eine Widersinnigkeit wäre. Von der Intention des § 2 Abs. 3 KBBG SL her ist die Formulierung jedoch so zu verstehen, dass es sich um eine umfassende Trägerschaftsmöglichkeit handelt, so dass auch privat-gewerbliche, wie Betriebe, als Träger von Kindertagesstätten in Frage kommen.

## Sachsen

*Sächsisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.5.2009 – KitaG SN:* § 9 Abs. 1 KitaG SN nennt als Träger auch private Träger, Betriebe, so dass eine umfassende Trägerschaft möglich ist. Dieser umfassende Trägerschaftsbegriff wird auch in den Finanzierungsbestimmungen beibehalten.

## **Sachsen-Anhalt**

*Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt vom 5.3.2003 – KiföG ST:* In § 9 KiföG ST werden als Träger grundsätzlich nur anerkannte Träger der freien Jugendhilfe und öffentliche Träger genannt. In Abs. 2 sind allerdings ausdrücklich Betriebstageseinrichtungen genannt, die in die öffentliche Förderung aufzunehmen sind, soweit sie im Jugendhilfeplan nach § 80 SGB VIII Berücksichtigung finden. Privat-gewerbliche Träger sind nicht erwähnt, so dass nur eine Ausweitung auf Betriebstageseinrichtungen stattfindet.

## **Schleswig-Holstein**

*Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen vom 12.12.1991 – KiTaG SH:* § 9 Abs. 1 Nr. 4 KiTaG SH sieht als Träger für Kindertageseinrichtungen u. a. auch Wirtschaftsunternehmen, privat-gewerbliche und nicht anerkannte Träger vor. Damit besteht bei der Trägerschaft kein Unterschied zwischen den verschiedenen Trägergruppen. Bei der Finanzierung nach § 23 Abs. 1 KiTaG SH (Baumaßnahmen) wie nach § 25 Abs. 1 KiTaG SH (Betriebskosten) ist aber eine Finanzierung nur für gemeinnützige Träger vorgesehen, so dass privat-gewerbliche Träger, Betriebe usw. von der Finanzierung ausgeschlossen sind.

## **Thüringen**

*Thüringer Gesetz über die Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege vom 16.12.2005 – KitaG TH:* Die Formulierung in § 5 KitaG TH ist unklar, § 5 Nr. 3 KitaG TH nennt als Träger von Kindertageseinrichtungen auch sonstige juristische Personen, deren Zweck das Betreiben einer Tageseinrichtung ist und deren Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Dies würde privat-gewerbliche Träger ausschließen, in § 5 Nr. 4 KitaG TH heißt es dann, dass auch sonstige Träger, insbesondere Elterninitiative und Betriebe Träger sein können, wenn sie in einem Bedarfsplan aufgenommen sind. Da Nr. 4 allerdings eingeleitet wird mit dem Wort „insbesondere“, bedeutet es, dass es keine abschließende Aufzählung ist. Festhalten lässt sich, dass die Trägerschaft von Betrieben möglich ist (sofern sie in den Bedarfsplan aufgenommen werden), grundsätzlich auch die Trägerschaft von privat-gewerblichen Einrichtungen (die allerdings keine Gewinne erzielen dürften, was ein gewisser Widerspruch wäre).

Verf.: Prof. Dr. jur. Johannes Münder em., Technische Universität Berlin, Lehrstuhl für Sozialrecht und Zivilrecht, E-Mail: [johannes.muender@tu-berlin.de](mailto:johannes.muender@tu-berlin.de).