

**STELLUNGNAHME**  
**zum Entwurf eines Landesgesetzes über die**  
**Weiterentwicklung der Erziehung, Bildung und Betreuung**  
**von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege**  
**(Kita-Zukunftsgesetz)**

Mit dem Gesetzesentwurf vom 14.06.2018 ist beabsichtigt, das bestehende Kita-Gesetz grundlegend zu überarbeiten. Im Rahmen der folgenden Stellungnahme wird der Entwurf unter Heranziehung grundsätzlicher Rechtspositionen hinterfragt.

## **Inhalt**

<b>I.</b>	<b>Eckpunkte der Änderungen .....</b>	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>Zusammenfassung der gravierenden Bedenken aus juristischer Sicht .....</b>	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>Rechtliche Begründung der angeführten Kritik .....</b>	<b>9</b>
A)	Grundprinzipien des SGB VII und grundrechtliche Positionen.....	9
B)	Zwischenfazit: Pluralitätsgebot als rechtliche Grenze des Gestaltungsspielraumes .....	16
C)	Die Rechtsposition freier Träger der Jugendhilfe.....	17
<b>IV.</b>	<b>Stellungnahme zur Systematik des Gesetzesentwurfs im Einzelnen .....</b>	<b>23</b>
A)	Trägerschaft und Finanzierungssystematik.....	23
B)	Die Rolle der Bedarfsplanung nach Maßgabe des Gesetzesentwurfs .....	28
C)	Gesamtbewertung der bisherigen Ausführungen und Fazit .....	29
D)	Gesonderte Zuweisungen nach Maßgabe des § 23 Absatz 4 bis 6 des Gesetzesentwurfs .....	32
E)	Eingriff in die Autonomie freier Träger .....	34

## I. Eckpunkte der Änderungen

1. Das **Personalbemessungssystem**, das bislang auf einem Gruppenbezug basierte, wird in einen Platzbezug überführt.
2. Die öffentlichen Träger der Jugendhilfe erhalten **Zuweisungen des Landes zu den Personalkosten** der im Bedarfsplan aufgenommenen Tageseinrichtungen, wenn die Personalausstattung der Einrichtungen den Anforderungen der §§ 19, 20 und 21 entspricht. Hier werden 44,7 % den kommunalen Trägern zugeordnet und 47,2 % den freien Trägern.

Neben dieser Zuweisung sind in § 23 Absatz 4, 5 und 6 weitere Zuweisungen geregelt:

Es handelt sich in Absatz 4 um **Zuweisungen pro Einrichtung und Jahr** im Hinblick auf die Ziele der Qualitätssicherung.

In § 23 Absatz 5 sind darüber hinaus Zuwendungen des Landes vorgesehen im Zusammenhang mit der Deckung von personellen Bedarfen, die in den Tageseinrichtungen aufgrund der sozialräumlichen Situation oder durch die besonderen Betreuungsanforderungen von Kindern mit Behinderungen entstehen. Benannt ist diese Zuweisung als **Sozialraumbudget**.

In § 23 Absatz 6 sind schließlich „zusätzliche Zuweisungen zur Weiterentwicklung und Umsetzung der Ziele nach diesem Gesetz“ vorgesehen – ebenfalls ausgestaltet als **Entwicklungsbudget**.

3. Es erfolgt eine ausdehnende Festsetzung der **Beitragsfreiheit** für alle Kinder ab dem zweiten Lebensjahr, die eine im Bedarfsplan enthaltene Tageseinrichtung besuchen, § 24.
4. Anders als nach der bisherigen Rechtslage erfolgt keine Differenzierung mehr hinsichtlich der **Trägereigenschaft**. Vielmehr wird nun gemäß § 5 Absatz 2 der Trägerbegriff dahingehend gefasst, als Träger von Tageseinrichtungen sowohl anerkannte Träger der freien Jugendhilfe sein können als auch Gemeinden.
5. Gemäß § 25 sind **nicht gedeckte Personalkosten** durch Zuwendungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe auszugleichen. Er hat sich zur Sicherstellung eines bedarfsgerechten Platzangebots an den Bau- und Ausstattungskosten zu beteiligen. Die Kommunen sollen sich beteiligen, wobei die eigenen kommunalen Aufwendungen angerechnet werden.
6. An einer jährlichen **Bedarfsplanung** wird gemäß § 17 festgehalten. Der Bedarfsplan weist die Tageseinrichtungen und die Plätze aus, die zur Erfüllung des Anspruchs nach § 12 (Förderung in einer Kita) erforderlich sind. Dabei sind u. a. auch Festlegungen zu sozialräumlichen Situationen der Tageseinrichtungen zu treffen. Weitere Regelungen sind zentral: so wirkt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe darauf hin, dass die im Bedarfsplan ausgewiesenen Tageseinrichtungen durch freie Träger errichtet und betrieben werden. Daraus ergibt sich, dass auch Tageseinrichtungen, die im Bedarfsplan ausgewiesen sind, damit nicht sogleich auch ein Anspruch auf Zuweisungen zusteht. Vielmehr wirkt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe lediglich darauf hin, dass Bedarfe durch freie Träger erfüllt werden. Der Bedarfsplan ist nach Absatz 4 Satz 1 lediglich im Benehmen mit den freien Trägern und den Gemeinden des Planungsgebietes zu erstellen. „Benehmen“ im verwaltungsrechtlichen Sinne bedeutet nicht Einvernehmen; eine Zustimmung ist nicht erforderlich. Gemäß Absatz 4 Satz 3 liegt es im

Ermessen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, dass Eltern den Betreuungsbedarf innerhalb einer Frist anmelden.

7. Gemäß § 28 ist vorgesehen, dass wesentliche Entscheidungen (insbesondere die Bedarfsplanung nach § 17, die Personalausstattung nach § 19, das Abrechnungsverfahren nach § 23 Absatz 2 bis 6, die Höhe der Gesamtzuweisungen des Landes sowie die Bemessung und die Grundsätze der Verwendung der Einzelzuweisungen an die örtlichen Träger nach § 23 Absatz 4, 5, und 6 durch **Rechtsverordnung** näher auszugestalten sind. Festzuhalten ist bereits hier, dass § 25 (Leistung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe) nicht von der Ermächtigung zum Erlass der Rechtsverordnung erfasst ist.

## II. Zusammenfassung der gravierenden Bedenken aus juristischer Sicht

Es ist bereits jetzt voraussehbar, dass insbesondere kleinere Träger, die aber gerade die gesetzlich geforderte Vielfalt mit Leben erfüllen sollen, unzumutbaren Härten ausgesetzt werden, die sie – über einen Verdrängungswettbewerb – in ihrer Existenz bedrohen werden. Diese voraussehbare Entwicklung lässt sich durch Modellrechnungen mehrerer Träger belegen.

Gravierende Bedenken ergeben sich insbesondere aus folgenden Punkten:

1. **Der Gesetzentwurf unterscheidet nur noch kommunale Träger und freie Träger. Freie Träger in ihrer Vielfalt weisen unterschiedlichste Kostenstrukturen auf. Bereits mit dieser pauschalen Begriffsbestimmung wird die Vielfalt der Träger mit ihren unterschiedlichen Finanzierungsstrukturen, mithin sämtliche untereinander ungleiche Träger gleich behandelt. Dies verstößt gegen Art. 3 GG**

Mit der pauschalen Zuweisung von 44,7 v. H. der Personalkosten bei kommunaler Trägerschaft und 47,2 v. H. bei freier Trägerschaft negiert der Gesetzentwurf jegliche, nicht nur unerheblichen Unterschiede in der Kostenstruktur sowohl der unterschiedlichen Einrichtungen als auch ihrer Träger. Diese wiederum resultieren aus der gesetzlich geforderten Vielfalt der Konzepte, der Betreuungsformen, der Methoden und Inhalte entsprechend der Wertorientierungen der Sorgeberechtigten. In diesem Sinne ist das Urteil des OVG NRW vom 15.10.2012 als Maßstab heranzuziehen; es hat bei vergleichbarer Sachlage und bei Prüfung des Finanzierungssystems für Kindertagesstätten in NRW festgestellt, dass eine unzulässige Gleichbehandlung von Ungleichen gegeben ist.<sup>1</sup> Dass das im Gesetzentwurf vorgesehene Finanzierungssystem zu nicht hinnehmbaren Härten führen wird, ist bereits jetzt abzusehen und kann mit entsprechenden konkreten Beispielsberechnungen einzelner freier Träger, die unter dem Dach des Paritätischen organisiert sind, belegt werden.

Da zudem von der Gesetzessystematik davon ausgegangen werden kann, dass die Vorgaben zur Personalausstattung in den §§ 19 ff. des Entwurfs nicht nur für die Zuweisungen des Landes, sondern auch für die Zuwendungen durch den örtlichen Träger relevant sind, kann bereits jetzt

---

<sup>1</sup> OVG NRW, Urteil vom 15.10.2012 – 12 A 1054/11, Rnr. 172.

gefolgt werden, dass das Finanzierungssystem insgesamt den unterschiedlichen Konzepten der freien Träger nicht ausreichend Rechnung trägt.

**2. Die Finanzierungssystematik führt voraussehbar zu einem Verdrängungswettbewerb in der Trägerschaft. Dies greift in die Berufsfreiheit der freien Träger gemäß Art. 12 GG ein.**

Diese Ungleichbehandlung wird erheblich verschärft und vertieft dadurch, dass zum einen ein Anspruch der im Bedarfsplan erfassten freien Träger auf Zuweisungen nicht gegeben ist. Darüber hinaus sind sämtliche freien Träger gezwungen, über die durch die Zuweisungen nicht gedeckten weiteren Kosten Vereinbarungen mit den Kommunen zu schließen. Da ein gesetzlicher Anspruch weder auf die ausdrücklich genannten Zuweisungspauschalen besteht noch ein Anspruch auf Abschluss von Vereinbarungen mit den Kommunen, sondern allenfalls ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, entsteht bei erheblicher Intransparenz ein Wettbewerb, der in das Grundrecht des Art. 12 GG eingreift. Dies gilt umso mehr angesichts der Konkurrenzsituation vor dem Hintergrund der Haushalte der Kommunen; es ist absehbar, dass eine Verdrängung kleiner bzw. finanzschwächerer Träger die Konsequenz sein wird. Es ist hier eine massive Grundrechtsrelevanz festzuhalten: in seinem Beschluss vom 10.11.2004 stellt das OVG Hamburg fest, dass ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit schon dann vorliegt, wenn das betreffende hoheitliche Handeln aufgrund seiner tatsächlichen Auswirkungen die Berufsfreiheit lediglich mittelbar beeinträchtigt.<sup>2</sup>

**3. Die Finanzierungssystematik und das politische Postulat der Beitragsfreiheit greifen in die konzeptbedingten Finanzierungsstrukturen und damit in die Autonomie freier Träger ein. Das Gesetz sieht hierfür keinen Ausgleich vor.**

Angesichts der Beitragsfreiheit verschlechtert sich die Situation der Träger aufgrund des Angewiesenseins auf Verhandlungen mit den Kommunen nochmals. Einer Querfinanzierung des Betriebs einer Tageseinrichtung sind ggfs. durch der Trägerschaft zugrunde liegende Finanzierungsformen und letztlich auch durch das Gemeinnützigkeitsrecht Grenzen gesetzt. Es ist eine Intransparenz zu erwarten, die der Landesrechnungshof scharf gerügt hat. Eine Vergleichbarkeit ist durch die einzelnen Vereinbarungen mit den Kommunen nicht gegeben. Dieser Situation entgegen zu stellen ist der bundesrechtliche Rechtsanspruch auf einen Kitaplatz.

Die Finanzierung dieses Rechtsanspruchs ist – zudem bei Beitragsfreiheit – in keiner Weise rechtlich gesichert. Da die Beitragsfreiheit eine politische Entscheidung ist, die die Einwerbung von Eigenmitteln durch den freien Träger nicht tangieren darf, muss rechtlich sichergestellt sein, dass die Einnahmeausfälle bei den freien Trägern aufgrund der Beitragsfreiheit vom öffentlichen Träger übernommen werden muss.

Vor dem Hintergrund der Beitragsfreiheit ist hier wesentlich zu berücksichtigen, dass – aus dem Kontext des SGB VIII wie bereits aus dem JWG – der Begriff der Eigenleistung nicht auf Geldmittel beschränkt ist. Er kann auch in jeglicher geldwerter Form der Erbringung ehrenamtlicher Hilfe oder kostenloser oder verbilligter Sachmittel und Dienstleistungen sowie von Dritten erlangte Beiträge bestehen, wenn dem Träger nach seiner Struktur entsprechende Geldmittel nicht zur Verfügung stehen.

---

<sup>2</sup> Hamburgisches OVG, Beschluss vom 10.11.20104 – 4 Bs 388/04, Rn. 8.

Das Angewiesensein auf die Aushandlung vertraglicher Vereinbarungen mit den Kommunen geht zudem einher mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Diese ergibt sich allein daraus, dass eine Konkretisierung der Gewährung weiterer Kosten nach § 25 nicht in der Verordnungsermächtigung gemäß § 28 genannt ist. Hierin wird ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie gesehen: hinsichtlich ganz wesentlicher Finanzierungsgrundlagen unterlässt der Gesetzentwurf schlicht die Formulierung näherer Regelungen und überlässt diese dem Wettbewerb und Verhandlungen mit den Kommunen vor Ort. Zudem liegt darin ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit.

#### **4. Die voraussehbare Reduzierung der Trägervielfalt lässt das Elternrecht aus Art. 6 GG und damit ihr Wunsch- und Wahlrecht gemäß § 5 SGB VIII leerlaufen.**

Die Anrechnungsmöglichkeit und Gestaltungsfreiheit der Kommunen durch eine rechtlich nicht begrenzte Zuweisung zur kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe stärkt die kommunale Trägerschaft. Durch diese Privilegierung der kommunalen Trägerschaft ist eine Reduzierung der Trägerschaft zu befürchten und absehbar. Dadurch wird schließlich die Pflicht zur Vorhaltung eines vielfältigen Angebots durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 79 SGB VIII) als Voraussetzung für die Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts konterkariert und damit in das Elternrecht aus Art. 6 GG eingegriffen.

Im Hinblick auf das Erfordernis der Einbringung von Eigenmitteln, allgemeiner haushaltsrechtlicher Finanzierungsgrundsätze und einem fehlenden Rechtsanspruch werden allenfalls sehr große Träger bzw. insbesondere die kommunalen Trägerschaften privilegiert. Mit dem Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie einher geht ein Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz, wonach die Zulässigkeit einer Förderung voraussetzt, dass die Gesamtfinanzierung gesichert ist. Entscheidend für die weitere Existenz der Träger ist allein ihre Ausstattung mit Eigenmitteln. Hinsichtlich der notwendigen Bau- und Ausstattungskosten existiert lediglich in § 25 Absatz 2 des Entwurfs mit dem Verweis auf eine angemessene Beteiligung eine Norm, die nicht in der Verordnungsermächtigung des § 28 genannt ist.

Die Zuweisungen nach § 23 Absatz 2 des Gesetzentwurfs stehen unter dem Vorbehalt der Aufnahme in den Bedarfsplan. Ist eine Einrichtung in den Bedarfsplan aufgenommen, ist die Voraussetzung für die Zuweisung gegeben; ein Anspruch erwächst daraus jedoch nicht. Hier ist bereits anzumerken, dass es bei einer entsprechenden Bedarfsmeldung rechtlich möglich sein muss, auch ohne Aufnahme in die Planung eine Förderung zu erhalten.

Ein rechtlich hinreichend gesicherter Anspruch auf eine Förderung ist im Gesetzentwurf nicht geregelt; Gleiches gilt für einen Anspruch auf Aufnahme in den Bedarfsplan. Mit dem Bundesverwaltungsgericht ist festzuhalten, dass die bloße Möglichkeit der Aufnahme in die Bedarfsplanung nicht die für jeden Einrichtungsbetrieb erforderliche, auch tatsächlich hinreichend gesicherte und im Voraus planbare Förderung ersetzt.

#### **5. Die Rechtsposition der Kindertagespflege trägt ebenfalls dem Elternrecht aus Art. 6 GG. und dem Wunsch- und Wahlrecht gemäß § 5 SGB VIII nicht ausreichend Rechnung**

Auch die Förderung in Angeboten der Kindertagespflege ist vor dem Hintergrund des Elternrechts aus Art. 6 GG. und dem Wunsch- und Wahlrecht gemäß § 5 SGB VIII nur unzureichend ausgeformt. Die §§ 12 und 13 sehen Unterschiede zu Tageseinrichtungen vor, die

nicht nachvollziehbar sind und zu Unsicherheiten führen können. So wird der Rechtsanspruch in § 12 des Entwurfs auf einen Platz ab dem 1. Lebensjahr auf die Tageseinrichtungen erweitert, nicht aber in demselben Umfang auf die Kindertagespflege. Für eine Betreuung bis zum Schuleintritt besteht nur eine Kann-Regelung.

Nicht konsequent wurde die Beitragsfreiheit umgesetzt: es gibt keine ausdrückliche Entsprechung für die Kindertagespflege.

Nicht nachvollziehbar ist schließlich die Möglichkeit von Großtagespflegen nur für Betriebe.

## **6. Die Finanzierungssystematik lässt außer Betracht, welche Folgen die Tatsache hat, dass ein Rechtsanspruch auf einen Kita-Platz besteht**

Zieht man bereits die Regulationsstruktur des § 17 SGB VIII über die Grundzüge der Bedarfsplanung heran, der eine zentrale Grundlage darstellt für den Finanzierungsansatz der anteiligen Personalkosten nach § 23 des Entwurfs, zeigt sich, dass hier eine rein quantitative Betrachtungsweise zugrunde gelegt wird, die jegliche Wertorientierung, die freilich jedoch prägender Ausdruck des Wunsch- und Wahlrechts ist, außer Acht lässt.

Zieht man dann die sowohl in § 23 des Entwurfs als auch in § 25 des Entwurfs angelegte Finanzierung allein durch Zuwendungsrecht heran bei allenfalls einem Anspruch eines freien Trägers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, bleibt festzuhalten, dass diese Finanzierungsgrundlage der Gewährleistung eines Rechtsanspruchs nicht gerecht wird – unabhängig von der fehlenden Rechtssicherheit und Planbarkeit zur Aufrechterhaltung einer Einrichtung durch freie Träger.

Schließlich ist die in § 23 des Entwurfs angelegte Budgetierung im Hinblick auf die Bedarfe, die ihre Ausschüttung quasi veranlassen, irreführend: konkrete Bedarfe werden in der Person eines Leistungsberechtigten getragen und sind ungeeignet, sozialräumlich umgewidmet zu werden. Konkrete behinderungsbedingte Bedarfe werden verwässert. Rechtsansprüche Betroffener dürfen aber gerade nicht leerlaufen; Budgetierungen sind dem SGB VIII in diesem Kontext systemfremd. Eine darin angelegte Pauschalisierung wird der Vielzahl möglicher Behinderungen in keiner Weise gerecht. Eine Behinderung gibt den Anlass letztlich für die Gewährung einer vom Entwurf gerade nicht gewollten Objektfinanzierung.

## **7. Die Budgetierung (Sozialraumbudget und Entwicklungsbudget) ist dem SGB VIII fremd und birgt die Gefahr, dass bestehende Ansprüche von Kindern mit Behinderungen leerlaufen.**

Für die Finanzierung von Infrastrukturangeboten, die charakteristischerweise nicht auf standardisierten Individualleistungen beruhen, sondern eher ein ganzheitliches, ggfs. individuell unterschiedlich nutzbares Angebot vorhalten, fallen die Instrumente der Einzelfinanzierung nach §§ 77 und 78a ff. SGB VIII aus. Bislang sehen die Rechtsgrundlagen im SGB VIII nicht oder nur begrenzt vor, dass Anbieter privilegiert werden können, deren Angebote bestimmten Prinzipien folgen oder gewisse Anforderungen erfüllen. So ist explizit die Sozialraumorientierung gesetzlich nicht verankert, obgleich die Orientierung an der Lebenswelt etwa in § 27 Absatz 2 Satz 2 SGB VIII, den allgemeinen Fördergrundsätzen der §§ 11- 16 SGB VIII oder der Jugendhilfeplanung. Über eine entsprechende Budgetierung werden mit bestimmten Trägern Vereinbarungen

abgeschlossen, die im Rahmen des ihnen zugeteilten Budgets die Versorgung gewährleisten sollen. Konsequenz ist, dass auf der Seite des öffentlichen Trägers die entsprechende Leistungserbringung abgegeben wird und die Kosten geplant werden können, und für den freien Träger sich durch aus eine Monopolstellung ergeben kann. Sie erhalten Planungssicherheit und können entsprechend Personal einstellen. Ebenso wird befürchtet, dass die Träger- und Methodenvielfalt und das damit verbundene Wunsch- und Wahlrecht zunehmend an Bedeutung verlieren.

Dies ist umso kritischer zu betrachten, als darauf zu achten ist, dass die individuellen Rechtsansprüche Betroffener auf Hilfen zur Erziehung und Eingliederungshilfen unangetastet bleiben.

Dementsprechend hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung eine Budgetierung als fiskalische Steuerung beurteilt und als im Widerspruch stehend zu entsprechenden Rechtsansprüchen. Das Finanzierungskonzept der Sozialraumbudgetierung greift in die Berufsfreiheit der an diesem Konzept nicht beteiligten freien Träger ein; für einen solchen Eingriff bietet weder das SGB VIII, dessen vorrangige gemeinwohlbelange nicht beachtet werden, noch – da diese Finanzierungsform nicht aus dem SGB VIII angelegt bzw. ableitbar ist – der Gesetzentwurf des Landes. Fiskalische Überlegungen haben im Bereich des SGB VIII keinen Raum.

#### **8. Zwingende Vorgaben zur Einrichtung von Gremienstrukturen greifen massiv in die Trägerautonomie ein**

Gemäß § 7 des Gesetzentwurfs ist in jeder Tageseinrichtung ein Beirat einzurichten, in dem der Träger, die Leitung, die pädagogischen Fachkräfte und die Eltern zusammenarbeiten. Nach dem Gesetzentwurf ist in Absatz 1 Satz 2 weiter vorgesehen, dass die Genannten über grundsätzliche Angelegenheiten beschließen, die die strukturellen Grundlagen der Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsarbeit der gesamten Tageseinrichtung betreffen. Solche Angelegenheiten sind insbesondere beabsichtigte Änderungen der konzeptionellen Ausrichtung der Tageseinrichtung, Grundsatzfragen der Essensverpflegung und deren Finanzierung, Ausgleichsmaßnahmen gemäß § 19 Absatz 6 Satz 3 sowie Fragen der Bedarfsplanung.

In § 8 ist eine weitere Form der Elternmitwirkung in Tageseinrichtungen vorgesehen. Wird der darin näher ausgestaltete Elternausschuss nicht nach Maßgabe des § 8 in die Arbeit der Tageseinrichtung einbezogen, hat er ein Beschwerderecht zum Landesjugendamt.

Da die Implementierung dieser Gremien und die Inhalte ihrer Befassungsbefugnis weit in die Satzungs- und Trägerautonomie eingreifen, sind diese Vorschriften abzulehnen. Deutlich wird dies etwa bei der Rechtsform als eingetragener Verein: grundlegende Entscheidungen sind nach den Grundsätzen des Vereinsrechts der Mitgliederversammlung vorbehalten. Die verpflichtende Implementierung eines weiteren Gremiums macht zum einen eine Satzungsanpassung erforderlich und schafft Doppelstrukturen, die ggfs. sogar konkurrieren und neue Konfliktsituationen schaffen können.

Anzumerken ist schließlich, dass die regelmäßige Betreuungsdauer von 7 Stunden gemäß § 12 des Entwurfs und die Sollvorschrift hinsichtlich des Angebots eines Mittagessens insbesondere

kleine Träger vor u. U. vor unüberwindbare Hürden stellt, da diese Maßnahmen in erheblichem Umfang mit einem Mehr an Personal- und Investitions- bzw. Betriebskosten verbunden ist.

Arbeitsrechtlich wird absehbar verstärkt mit – nur eingeschränkt zulässigen – befristeten Arbeitsverträgen zu arbeiten sein; dies stellt die Träger vor gravierende Hürden und führt vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels zu kontraproduktiven Folgen und Wettbewerbsnachteilen.

### III. Rechtliche Begründung der angeführten Kritik

#### A) Zentrale rechtliche Überprüfungsmaßstäbe: Grundprinzipien des SGB VII und grundrechtliche Positionen

Der vorgelegte Gesetzentwurf hat den Anspruch, das bislang bestehende Finanzierungssystem bei durchgehend eingeführter Beitragsfreiheit zu reformieren. Es stellt eine weitreichende Reform dar, die die einzelnen Rechtsverhältnisse der in diesem Bereich tätigen Akteure neu regelt.

Im Folgenden sollen die maßgebenden rechtlichen Überprüfungsmaßstäbe und Strukturprinzipien des SGB VIII zur Überprüfung des Gesetzes heran gezogen werden.

##### 1. Die Bedeutung des Rechtsanspruchs auf einen Kita-Platz für die Finanzierung

Vor dem Hintergrund der Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, zu gewährleisten, dass die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen „den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen“ (§ 79 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 SGB VIII: Gewährleistungspflicht als Fundamentalnorm) spielt die Art und Weise der Finanzierung eine zentrale Rolle. Eltern können ihr Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII) nur ausüben, wenn ein Angebot, das ihren Wünschen und Vorstellungen entspricht, tatsächlich verfügbar ist. Dazu bedarf es einer Jugendhilfeplanung, die nicht nur quantitativ ausgerichtet ist, sondern auch an den Interessen ihrer Nutzer hinsichtlich des pädagogischen Konzepts orientiert ist (§ 80 Abs. 1 Nummer 2 SGB VIII). Dazu bedarf es aber auch eines Finanzierungsmodus, der freie Träger motiviert, von ihrem freiem, grundrechtlich geschütztem Betätigungsrecht auch tatsächlich Gebrauch zu machen.

Die durch § 74a SGB VIII angelegte „Freigabe der Finanzierungsmodalitäten“ legitimiert die Länder nicht zur Abkehr von den Strukturprinzipien des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – SGB VIII. Damit bleibt die Finanzierung von rechtsanspruchsgestützten Leistungen und objektiv- rechtlichen Verpflichtungen in Form der Zuwendungsfinanzierung systemwidrig. Systemgerechte Finanzierungsart ist die Entgeltfinanzierung.

Hinzu kommt Folgendes:

Wenngleich in dem Gesetzentwurf grundlegend angestrebt wird, das gruppenbezogene durch ein platzbezogenes Personalbemessungssystem zu ersetzen, so gelingt es damit nicht, eine auf das einzelne Kind bezogene Subjektfinanzierung einzuführen, mit der der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die vom Kind an den Träger der Einrichtung zu zahlende Vergütung als Folge der Inanspruchnahme eines Betreuungsplatzes übernimmt. Eine bloß rechnerische Berücksichtigung der Kinder bei der Zuwendung, wie sie unter Bezugnahme auf die Bedarfsplanung erfolgt, ist gerade keine Subjektförderung, die sich auf ein Kind bezieht, sondern bleibt eine objektbezogene Zuwendung. Der Gesetzentwurf wird demnach eigenen Ansprüchen nicht gerecht.

## 2. Die rechtliche Bedeutung der Bedarfsplanung

Der Gesetzgeber des SGB VIII hat die Jugendhilfeplanung gemäß § 80 SGB VIII in den umfassenden Zusammenhang der Gesamtverantwortung nach § 79 SGB VIII gestellt, auf die unten näher eingegangen wird. Bereits der Formulierung in § 80 SGB VIII liegt ein Verständnis von Planung als einem fortwährendem, nicht abgeschlossenen Aushandlungs- und Beteiligungsprozess zu Grunde.<sup>3</sup>

Das Merkmal der Aufnahme in eine Bedarfsplanung ist geeignet, die Rechtsposition einer Einrichtung zentral zu tangieren. Unter Berücksichtigung der Systematik des SGB VIII und ihrer zentralen Grundsätze ist an eine Bedarfsplanung zwingend die Anforderung zu stellen, dass sie jeweils dem jugendhilferechtlichen Pluralitätsgebot sowie der qualitativen Nachfrage durch die leistungsberechtigten Personen entspricht (Vielfalt der Wertorientierungen nach § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 SGB VIII) und gewährleistet ist, dass auch Einrichtungen mit einem fachlich – pädagogischen Angebot, das über den jeweiligen Planungsbereich der Gemeinden nachgefragt wird, tatsächlich eine gleichberechtigte Förderung erhalten. Die bloße Möglichkeit der Aufnahme in die Bedarfsplanung ersetzt nicht die für den Einrichtungsbetrieb erforderliche, auch tatsächlich hinreichend gesicherte und im Voraus planbare Förderung.

Die im Entwurf vorgesehene Bedarfsplanung stellt sich vorrangig quantitativ konzipiert dar. Inhaltlich sind die Anforderungen an die Bedarfsplanung seit Einführung dieses Planungsinstrumentes stetig gestiegen; die Bedarfsplanung hat sich ausdifferenziert und verändert, von einer zunächst stark angebotsorientierten Betrachtung hin zu einer stärker nachfrageorientierten Ausrichtung. Nach der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg, die insoweit vom Bundesverwaltungsgericht gebilligt worden ist, (VGH Baden-Württemberg, U. v. 04.06.2008 - 12 S 2559/06 in VBIBW 2009, 95; bestätigt durch BVerwG, U. v. 21.01.2010 - 5 C 1/09 – juris) ist der jugendhilferechtliche Bedarfsbegriff „quantitativ“ und „qualitativ“ zu verstehen.

Nach dem Urteil des VGH Baden-Württemberg sind Bedarf und Bedarfsdeckung nicht nur quantitativ zu definieren; maßgeblich ist der in quantitativer und qualitativer Hinsicht bestehende Bedarf, der sich insbesondere an den Erfordernissen der §§ 3 bis 5 SGB VIII auszurichten hat. Zu berücksichtigen sind vor allem die Vielzahl von Wertorientierungen, Inhalten, Methoden und Arbeitsformen (§ 3 Abs. 1 SGB VIII), der grundsätzliche Vorrang der freien Jugendhilfe (§ 4 SGB VIII) und insbesondere auch das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern (§ 5 SGB VIII). Weder der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe noch kreisangehörige Gemeinden dürfen deshalb in der konkreten Förderpraxis bestehende Strukturen fortschreiben und alternative Anbieter auf den bereits „gedeckten“ Bedarf verweisen; kommunale und kirchliche Kindergärten dürfen nicht als „closed shop“ verstanden werden (BVerwG, Urteil vom 25. November 2004, BVerwG - 5 C 66.03). Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe müssen die Auswahlentscheidungen der Eltern grundsätzlich akzeptieren und ihrer eigenen Bedarfsplanung zugrunde legen. Den elterlichen Erziehungsvorstellungen soll möglichst entsprochen werden. Die Entscheidung über die Förderung von Einrichtungen kann dementsprechend nicht unabhängig von der durch die Erziehungsvorstellung der Eltern geformten konkreten Bedarfslage getroffen werden.

---

<sup>3</sup> Wabnitz, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, Kommentar, 2018, § 80, Rnr. 4.

Bei der Bedarfsplanung sind sowohl pädagogische Kriterien als auch die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu berücksichtigen; in der Bedarfsplanung sind grundsätzlich auch die Kinder, deren Eltern sich für eine Betreuung außerhalb der Wohnsitzgemeinde entscheiden, zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung unterscheidet nicht zwischen einheimischen und auswärtigen Kindern. Daraus folgt, dass sich die Bedarfsplanung grundsätzlich nicht auf die Kinder beschränken darf, die in der Gemeinde/im Kreis ihren Wohnsitz haben. Ausgenommen hiervon sind nur Fälle, in denen das Wunsch- und Wahlrecht nicht entsprechend der Intentionen der §§ 3 bis 5 SGB VIII ausgeübt wird, ferner Fälle, die zu unverhältnismäßigen Kosten führen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII).

### 3. § 79 SGB VIII (Gesamtverantwortung, Grundausstattung)

§ 79 SGB VIII ist die zentrale Norm, die den öffentlichen Trägern die Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverpflichtung zuweist.

Unter „**Gesamtverantwortung**“ nach § 79 Absatz 1 SGB VIII versteht man, dass im Bereich der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe garantiert ist, dass alle in § 2 SGB VIII genannten Leistungen und Aufgaben tatsächlich erbracht bzw. erfüllt werden.

Unter „**Gewährleistungsverpflichtung**“ nach § 79 Absatz 2 SGB VIII versteht man die Pflicht zur Schaffung von Bedingungen, von denen die Wahrnehmung der Gesamtverantwortung qualitativ abhängt: es müssen „Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen

- in geeigneter Form,
- in der erforderlichen Anzahl,
- mit ausreichender Personalausstattung,
- mit ausreichender Finanzausstattung,
- in pluraler Breite und
- rechtzeitig

zur Verfügung gestellt werden<sup>4</sup>.

Zugleich bedeutet dies im Verhältnis zum Leistungsberechtigten die Letztverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe hinter dem vorrangigen Betätigungsrecht des freien Trägers<sup>5</sup>. Der öffentliche Träger ist den Leistungsadressaten (Eltern, Kindern, Jugendlichen, jungen Volljährigen) gegenüber verpflichtet, dass die gesetzlich formulierten Rechtsansprüche und die objektiv-rechtlichen Verpflichtungen erfüllt werden. Zu diesem Zweck muss er zunächst den Bedarf im Rahmen der Jugendhilfeplanung unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum ermitteln (§ 80 SGB VIII). Soweit sich die Wünsche auf Plätze in Einrichtungen freier Träger beziehen, ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gehalten, mit freien Trägern

<sup>4</sup> Hinrichs, Sind die „Neuen Hilfen/Sozialräumlichen Hilfen und Angebote“ der Freien und Hansestadt Hamburg mit den Leitideen des SGB VIII vereinbar? Rechtsgutachten, initiiert durch MIKO Kinder- und Jugendhilfe Hamburg-Bergedorf, standpunkt: sozial Sonderheft 2012, S. 13.

<sup>5</sup> Grundlegend BVerfG, Urteil vom 18.07.1967 – BvF 3-8/62.

Vereinbarungen anzustreben bzw. für günstige Rahmenbedingungen zu sorgen, damit freie Träger sich zu einem Engagement entschließen.

Letztverantwortung heißt aber nicht nur, ein lückenloses Netz zu knüpfen, sondern auch, dem Leistungsberechtigten gegenüber dafür einzustehen, dass die Aufgabenerfüllung durch den freien Träger der gesetzlich geforderten Qualität entspricht.<sup>6</sup> In diesem Sinne hat er eine kontinuierliche Qualitätsentwicklung nach § 79 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 79a SGB VIII zu gewährleisten.

Weiterer Bestandteil der Gesamtverantwortung ist die **Planungsverantwortung**: erst auf der Grundlage einer Planung kann festgestellt werden, ob Einrichtungen im Zuständigkeitsbereich des öffentlichen Trägers ausreichend und geeignet sind, weil sie den Wünschen, Interessen und Bedürfnissen der Leistungsadressaten entsprechen.

Schließlich ist die **Finanzverantwortung** Teil der Gesamtverantwortung. Um ihr zu entsprechen, muss der öffentliche Träger so viel Finanzmasse zur Verfügung stellen, wie benötigt wird, um alle Aufgaben nach dem SGB VIII zu erfüllen.

Festzuhalten ist, dass § 79 SGB VIII **keine Ermächtigungsgrundlage** für einen wettbewerbsbeeinflussenden<sup>7</sup> **Eingriff in Art. 12 GG** bildet, weil er keine Befugnisnorm darstellt, sondern Aufgabennorm ist. Dies ist insbesondere bei (rechtswidrigen) Auswahlverfahren bei sozialräumlich orientierten Projekten relevant; keinesfalls darf der öffentliche Träger die Leistungen der Jugendhilfe so bewirtschaften, dass dabei bestimmte Anbieter begünstigt und andere benachteiligt werden, um letztlich eigene Interessen – wie etwa fiskalische Gründe – zu verfolgen.<sup>8</sup>

Bereits an dieser Stelle ist auf den Charakter des § 79 SGB VIII als Fundament für die Verwirklichung sowohl der Pluralität im Sinne des § 3 Absatz 1 Nr. 1 SGB VIII als auch des § 9 Absatz 1 Nr. 1 SGB VIII (Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung durch die Personensorgeberechtigten); erst dadurch wird das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII überhaupt ermöglicht.<sup>9</sup>

Die **Schaffung und Aufrechterhaltung einer pluralen Angebotsstruktur gerade im SGB VIII** wird nicht zuletzt deshalb für notwendig erachtet, weil Erziehung in erster Linie Recht und Pflicht der Eltern ist und sie bei der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen ein Angebot wählen können müssen, das möglichst ihren Erziehungsvorstellungen und ihrer Wertorientierung entspricht. Hinzu kommt, dass bei erzieherischen Prozessen eine Vielfalt von Methoden zur Anwendung kommt, weil das menschliche Verhalten keine eindeutigen Ursache-Wirkungsabläufe aufweist, aus denen erfolgssichere, allgemein verbindliche Handlungskonzepte für die Jugendhilfe entwickelt werden können.<sup>10</sup> § 79 Absatz 2 SGB VIII wiederholt die Bedeutung der Schaffung einer Pluralität durch den Einbezug der Formulierung „den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend“.

---

<sup>6</sup> Kunkel, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, Kommentar, 2018, § 79, Rnr. 2.

<sup>7</sup> Kunkel, a. a. O., Rnr. 8.

<sup>8</sup> VG Darmstadt, Urteil vom 29.02.2016 – 5 L 652/15.DA, Rnr. 52.

<sup>9</sup> Kunkel, Rnr. 11.

<sup>10</sup> VG Darmstadt, a.a.O., Rn. 52.

#### 4. § 74 SGB VIII Förderung der freien Jugendhilfe und § 74a SGB VIII Finanzierung von Tageseinrichtungen für Kinder

Für die Finanzierung der Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sieht das SGB VIII die sogenannten Entgeltfinanzierung (Subjektfinanzierung) und die Zuwendungsfinanzierung (Objektfinanzierung) vor. Die jeweiligen Rechtsgrundlagen sind für die Zuwendungsfinanzierung in § 74 SGB VIII, für die Entgeltfinanzierung in § 77 und den 78a ff SGB VIII geregelt. Beide Finanzierungsarten sind nicht gesetzlich explizit bestimmten Aufgaben zugewiesen. Dementsprechend haben sich in den Bundesländern unterschiedliche Finanzierungsmodelle herausgebildet.

§ 74 SGB VIII ist die Kernvorschrift für die Förderung aller in der Jugendhilfe tätigen freien Träger. Sie legt die Förderungsvoraussetzungen fest und bestimmt, welche Kriterien der öffentliche Träger bei Art und Höhe der Förderung zu beachten hat.

Zu beachten ist freilich, dass die Förderung von Tageseinrichtungen sich unter der Voraussetzung eines bestehenden Landesrechts nur nach § 74a SGB VIII und dem diesbezüglichen Landesrecht richtet; diese Regelungen verdrängen also § 74, soweit das Landesrecht Regelungen getroffen hat. Das Landesrecht ist freilich weiterhin an den Grundsätzen des SGB VIII und an rechtsstaatlichen Prinzipien und insbesondere den Grundrechtspositionen zu messen:

„Hat der Landesgesetzgeber eine eigenständige und umfassende Finanzierungsregelung getroffen, kommt daneben eine unmittelbare Anwendung der in § 74 SGB VIII bundesgesetzlich normierten Grundsätze für die Förderung der Träger der freien Jugendhilfe nicht in Betracht. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine obergerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt, nach der § 74a SGB VIII die Finanzierung von Tageseinrichtungen insgesamt dem Landesrecht überlassen habe und daher neben den landesgesetzlichen Finanzierungsregelungen kein ergänzender bundesrechtlicher Finanzierungsanspruch freier Träger aus § 74 Absatz 1, 2 SGB VIII gegen den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe mehr besteht. ... Die dem Landesgesetzgeber eingeräumte Regelungskompetenz schließt es auch aus, das Landesrecht unmittelbar am bundesrechtlichen Maßstab des § 74 Absatz 5 SGB VIII und den darin enthaltenen Geboten gleichheitskonformer Förderung zu messen, soweit der Landesgesetzgeber eine abschließende, eigenständige Normierung erlassen hat.“<sup>11</sup>

Dennoch gilt der dem Landesgesetzgeber durch § 74a SGB VIII eingeräumte Gestaltungsspielraum nicht schrankenlos. Er wird vielmehr nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts durch die fortbestehende Bindung an die bundesgesetzlich geregelten materiellen Ziele und Grundsätze der Kinder- und Jugendhilfe beschränkt, da die Finanzierung von Tageseinrichtungen auf ein Angebot von Jugendhilfe im Sinne des SGB VIII bezogen bleibt. Daher sind trotz der Verdrängung des § 74 SGB VIII durch die auf § 74a SGB VIII gestützten landesrechtlichen Regelungen vergleichbare Gesichtspunkte in Rechnung zu stellen. Zu den bei der Ausgestaltung des Finanzierungssystems zu berücksichtigenden Strukturprinzipien des Kinder- und Jugendhilferechts zählen unter anderem

- das Pluralitätsgebot, d. h. die Unterstützung und der effektive Schutz der Pluralität der Träger und der Pluralität der Inhalte, Methoden und Arbeitsformen, § 3 SGB VIII,

<sup>11</sup> Trésoret, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, § 74a SGB VIII, Rn. 22 unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 21.01.2010 – 5 CN 1/09.

- das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung zu äußern, § 5 Absatz 1 SGB VIII,
- die Grundsätze der Gesamtverantwortung des öffentlichen Trägers, § 79 Absatz 2 SGB VIII,
- die Grundsätze der Jugendhilfeplanung, namentlich das Gebot, den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln und die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend so zu planen, dass ein möglichst wirksames, vielfältiges und aufeinander abgestimmtes Angebot von Jugendhilfeleistungen gewährleistet ist, § 80 SGB VIII,
- das Gebot, bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung zu beachten, § 9 SGB VIII.

Daneben ist der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Finanzierungssystems selbstverständlich auch an die sich unmittelbar aus dem Grundgesetz ergebenden Gebote, insbesondere das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 GG), das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Träger und das Recht der Träger auf gleichheitsgemäße Förderung (Art. 3 GG), gebunden. Hierbei darf der Gesetzgeber bei den Voraussetzungen und der Höhe einer Förderung nur differenzieren, wenn hierfür ein hinreichender sachlicher Grund besteht.

Aus dem Grundgesetz ergeben sich schließlich wichtige Rechtsstaatsprinzipien, die auch für die landesrechtliche Gesetzgebung uneingeschränkt zur Anwendung kommen: der Vorbehalt des Gesetzes, das Bestimmtheitsgebot und die Wesentlichkeitstheorie.

## 5. § 3 SGB VIII Freie und öffentliche Jugendhilfe

Das Strukturprinzip der Vielfalt der Träger unterschiedlicher Wertorientierungen und der Vielfalt der Inhalte, Methoden und Arbeitsformen hat verfassungsrechtliche Grundlagen. Vielfalt ist zudem kein Wert an sich. Sie ist erforderlich, damit angesichts der unterschiedlichen Erziehungsvorstellungen und Wertorientierungen der Eltern und angesichts der Problemlagen der Jugendhilfe wirksam werden kann. Aus diesem Grunde ist sie bedarfsgerecht zu planen und zu leisten und mit einer starren Budgetierung, mit der der Anspruch auf bedarfsgerechte Leistungen missachtet wird, nicht vereinbar.

Für die Praxis der Jugendhilfe folgt daraus, dass die im Rahmen einer qualifizierten Jugendhilfeplanung festgestellten Wünsche und Bedürfnisse der Leistungsadressaten den Maßstab für die Ausgestaltung des örtlichen Jugendhilfeangebots liefern und weder die Konzentration der Aufgabenerfüllung auf das Jugendamt bzw. auf einen oder wenige freie Träger noch die Aufgabenerfüllung nach Einheitskonzepten den gesetzlichen Zielvorstellungen entspricht. Dementsprechend sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe grundsätzlich dazu verpflichtet, der Ausgestaltung des Leistungsangebots vor Ort die Ergebnisse der Jugendhilfeplanung zu Grunde zu legen und in Bezug dazu die Kooperation zu den Trägern der freien Jugendhilfe zu suchen, die diesen Wünschen gerecht werden können. Die Gewährleistungspflicht, die in aller Regel durch die finanzielle Förderung der freien Jugendhilfe gemäß § 4 Absatz 3 SGB VIII erfüllt werden kann, erfolgt im Rahmen der Vorgaben des § 4 SGB VIII durch geeignete Träger.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Schaffung eines pluralen Angebots gemäß § 3 SGB VIII macht die Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 SGB VIII erst möglich.

#### **6. § 5 SGB VIII Wunsch- und Wahlrecht**

Das Wahlrecht ermöglicht dem Leistungsberechtigten die Wahl zwischen den Angeboten verschiedener Träger, die sich auf die gleiche Leistung beziehen. Das Wunschrecht bezieht sich auf die Gestaltung der Leistung.

Die Vorschrift hat zentrale Bedeutung für die Stellung des Leistungsberechtigten, denn sie konkretisiert die in einem Rechts- und Sozialstaat gebotene Subjektstellung des Leistungsberechtigten. Dahinter steht das Individualisierungsprinzip, das verfassungsrechtlich in der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 GG) und der individuellen Persönlichkeit eines jeden Menschen (Art. 2 GG) gründet.

#### **7. Jugendhilfeplanung § 80 SGB VIII**

Der Gesetzgeber hat die Jugendhilfeplanung in den umfassenden Zusammenhang der Gesamtverantwortung nach § 79 SGB VIII gestellt. Was letztlich an Bedarf anerkannt und durch geeignete Maßnahmen realisiert wird, hängt vom Ergebnis des politischen Willensbildungsprozesses in den Organen der Gebietskörperschaft ab. Die Erfüllung der Aufgaben der Jugendhilfe steht aber nicht unter dem Vorbehalt des Haushaltsplans, sondern umgekehrt steht der Haushaltsplan unter dem Vorbehalt des § 79 Abs. 2. Der als Satzung zu beschließende Haushaltsplan ist rechtswidrig, wenn er die Erfüllung aller Aufgaben nach § 2 nicht ermöglicht, weil der dann gegen das höherrangige Recht aus § 79 verstößt.<sup>12</sup>

Gemäß Absatz 1 haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen ihrer Planungsverantwortung u.a. den Bestand an Einrichtungen festzustellen und den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen zu ermitteln und die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig zu planen.

Gemäß Absatz 2 haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen.

---

<sup>12</sup> Kunkel, a. a. O., § 9, Rnr. 19.

## B) Zwischenfazit: Pluralitätsgebot als rechtliche Grenze des Gestaltungsspielraumes des Landesgesetzgebers

Mit dem Bundesverwaltungsgericht<sup>13</sup> lässt sich der damit umrissene Gestaltungsspielraum wie folgt beschreiben:

„Der Gestaltungsspielraum, der nach § 74a SGB VIII dem Gesetz- bzw. Ordnungsgeber zuzubilligen ist, ist durch die materiellen Grundentscheidungen des Jugendhilferechts für ein möglichst plurales, bedarfsorientiertes Angebot begrenzt. Die Regelungsermächtigung des § 74a SGB VIII stellt den Landesgesetzgeber nicht frei von jeglicher Bindung an die bundesrechtlich geregelten materiellen Ziele und Grundsätze der Jugendhilfe. Die Finanzierung von Tageseinrichtungen bleibt bezogen auf ein Angebot der Jugendhilfe im Sinne des SGB VIII. Das Fördersystem muss daher die Pluralität der Jugendhilfe, d. h. die Pluralität der Träger und die Pluralität der Inhalte, Methoden und Arbeitsformen ermöglichen, unterstützen und effektiv gewährleisten, § 3 Absatz 1 SGB VIII. Das Pluralitätsgebot beschränkt daher den Landesgesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit und der Ausgestaltung der Unterscheidungskriterien für eine Differenzierung bei der Förderung. Dies gilt auch, soweit der Bundesgesetzgeber das Pluralitätsgebot weiter ausgeformt hat, etwa durch das Recht der Leistungsberechtigten, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung zu äußern (sog. Wunsch- und Wahlrecht, § 5 SGB VIII), das Gebot, die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung zu stellen (§ 79 Absatz 2 SGB VIII), sowie die Vorgaben, den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln und die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend so zu planen, dass ein möglichst wirksames, vielfältiges und aufeinander abgestimmtes Angebot von Jugendhilfeleistungen gewährleistet ist, (§ 80 Absatz 1 SGB VIII). Insbesondere für Kindertageseinrichtungen kommt das Gebot hinzu, bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung zu beachten, (§9 SGB VIII, Art. 6 GG).“

Zu den Auswirkungen der Förderung auf die Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts bemerkt das Bundesverwaltungsgericht:

„Die Förderung von Einrichtungen freier Träger von Kindertageseinrichtungen ist bezogen auf ihre Mitwirkung an der Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Aufgabe, die ihm kraft Gesetzes zugewiesen ist. Diese Einrichtungen wirken dabei mit, dass der gesetzliche Anspruch der Leistungsberechtigten auf einen Kindergartenplatz, den der Gesetzgeber eingeräumt hat, auch realisiert werden kann. Insoweit haben sachbezogene Unterscheidungen bei der Förderung der Träger solcher Einrichtungen unmittelbare Wirkungen auf die Möglichkeiten der nach dem SGB VIII Leistungsberechtigten, eine ihren Wünschen, Interessen und Bedürfnissen sowie ihrer

---

<sup>13</sup> BVerwG, Urteil vom 21.01.2010 – 5 CN 1/09, Rnr. 31.

weltanschaulichen oder pädagogischen Ausrichtung entsprechende Förderung in einer Kindertageseinrichtungen zu erlangen.“<sup>14</sup>

Damit steht der Rechtsanspruch der leistungsberechtigten Personen im Mittelpunkt der Betrachtung, denn seine Gewährleistung prägt das gesamte Leistungsgeschehen. Ein letztlich auf grundrechtlichen Positionen begründeter Anspruch auf Bedarfsdeckung verträgt zudem keine Relativierungen durch fiskalische Zwecke.<sup>15</sup>

Damit ist im Weiteren über das Steuerungsprimat des Rechts einzugehen; dieses und das Bestehen eines Rechtsanspruchs führen zu bestimmten Vorgaben für die Finanzierung.

### C) Die Rechtsposition freier Träger der Jugendhilfe

Unstreitig sind freie Träger, die als juristische Personen organisiert sind, Träger von Grundrechten nach Maßgabe des Grundgesetzes.

Die Rechtsstellung der freien Träger der Jugendhilfe gründet sich neben den Vorschriften des SGB VIII maßgebend auf grundrechtliche Positionen.

#### 1. Art. 3 GG

Der Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich zu behandeln und wesentlich Ungleiches entsprechend der tatsächlichen oder rechtlichen Unterschiede ungleich. Beim Vorliegen wesentlicher Unterschiede ist sachgerecht zu differenzieren. Grundsätzlich ist es dem gesetzgeberischen Ermessen überlassen zu entscheiden, in welcher Weise dem Gedanken der Angemessenheit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit Rechnung zu tragen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich für den Gesetzgeber unterschiedliche Anforderungen an den Differenzierungsgrund, die vom Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Der Gesetzgeber ist zudem befugt, bei einer Vielzahl von zu regelnder Sachverhalten im Rahmen eines weiten Ermessensspielraumes zu typisieren<sup>16</sup>. Nach neuerer Rechtsprechung ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten gegenüber einer anderen Gruppe von Normadressaten ungleich behandelt wird, obwohl die zwischen beiden Gruppen bestehenden Unterschiede nicht von solchem Gewicht sind, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.<sup>17</sup> Bei dieser Betrachtungsweise wird zur Rechtfertigung geprüft, ob die Handlung im Hinblick auf den angestrebten Differenzierungszweck angemessen und erforderlich ist.

Zunächst bilden die gemeinnützigen freien Träger eine Gruppe von Leistungserbringern, die einem entsprechenden, von den Maßgaben des SGB VIII bzw. dem Gemeinnützigkeitsrecht geprägten Ordnungsbereich angehören. In tatsächlicher Hinsicht – insbesondere bezüglich der Finanzausstattung – bestehen jedoch erhebliche Unterschiede, die in der Vergangenheit immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung waren.

<sup>14</sup> BVerwG, Urteil vom 21.01.2010 – 5 CN 1/09, Rnr. 34.

<sup>15</sup> BVerfGE 82, S. 60 ff., S. 80.

<sup>16</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Gesetzgeber bei der Typisierung von Sachverhalten siehe Bergmann, in: Hömig, GG, Art. 3, Rnr. 6.

<sup>17</sup> Zu dieser sog. „neuen Formel“ etwa BVerfGE 55, 72, 88; 82, 60, 86; 82, 126, 146; 84, 133, 157f; 91, 389, 401.

So führte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.07.1967<sup>18</sup> zur Benachteiligung bei der Zuteilung von Fördermitteln auf der Grundlage des damals geltenden § 8 JWG aus:

„Das Gesetz schreibt in § 8 Absatz 2 und 3 nur vor, dass bei Förderung gleichartiger Maßnahmen mehrerer Träger der freien Jugendhilfe und gleichartiger Maßnahmen der öffentlichen und der freien Jugendhilfe gleiche Grundsätze und Maßstäbe anzuwenden sind. Wenn § 8 Abs. 3 JWG weiter bestimmt, dass bei Förderung von Maßnahmen der Träger der freien Jugendhilfe deren Eigenleistungen zu berücksichtigen sind, so bedeutet das nicht, dass die Höhe des von der Gemeinde zu leistenden Beitrags in einem festen Verhältnis zur Höhe der Eigenleistung des freien Trägers stehen muss; d. h. der Beitrag der Gemeinde muss nicht ... umso höher sein, je größer die tatsächliche Eigenleistung des freien Trägers ist. Vielmehr kann eine Förderung von Maßnahmen des freien Trägers durch die Gemeinde nur dann in Betracht kommen, wenn dieser eine nach den Verhältnissen und nach seiner Finanzkraft angemessene Eigenleistung erbringt.“<sup>19</sup>

Die Höhe der Förderung darf danach nur von einer angemessenen Eigenleistung abhängig gemacht werden, deren Höhe wiederum abhängig ist von den Verhältnissen und der Finanzkraft des Zuwendungsempfängers. In dem Begriff der „Angemessenheit“ kommt in der Entscheidung zum Ausdruck, dass eine Pauschalisierung der Eigenleistung nicht zulässig ist, sondern vielmehr die Gesamtsituation zu betrachten ist.

Eine Gleichbehandlung freier Träger ohne Differenzierung nach den finanziellen Verhältnissen wäre daher unzulässig und als Verstoß gegen Art. 3 GG zu werten. Die Folge einer solchen Praxis wäre eine Missachtung des Pluralitätsgebots und damit im Ergebnis eine Aushöhlung des Grundrechts der Eltern auf autonome Gestaltung der Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 Absatz 2 Satz 1 GG).

Dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht hat die Vorschrift des § 74 Absatz 3 Satz 3 SGB VIII bei der Bemessung der Eigenleistung Rechnung getragen. Danach sind die unterschiedliche Finanzkraft der freien Träger und die sonstigen Verhältnisse zu berücksichtigen.

So hängt die Förderung im Einzelfall davon ab, welcher Einsatz eigener finanzieller Mittel dem freien Träger zuzumuten ist. Für die Zumutbarkeit kann eine Rolle spielen, ob und inwieweit dem freien Träger Möglichkeiten zur Mittelschöpfung zur Verfügung stehen.<sup>20</sup> So können kirchliche Träger ggf. auf einen innerkirchlichen Finanzausgleich und andere freie Träger ggfs. auf einen überörtlichen Finanzausgleich verwiesen werden.<sup>21</sup>

Die Voraussetzung der Erbringung einer angemessenen Eigenleistung ist jeweils bei jedem Förderantrag individuell zu prüfen.<sup>22</sup> Hierbei ist der – bereits von § 8 Abs. 2 JWG inhaltsgleich verwendete - Begriff der Eigenmittel freilich nicht auf Geldmittel beschränkt. „Er kann auch in jeglicher geldwerter Form der Erbringung ehrenamtlicher Hilfe oder kostenloser oder verbilligter

<sup>18</sup> BVerfGE 22, 180, 208 – 2 BvF 3/62.

<sup>19</sup> BVerfGE, a. a. O., Rnr. 85.

<sup>20</sup> Kunkel, in: LPK-SGB VIII, Kommentar zum SGB VIII, § 74, Rnr. 41 mit Hinweis auf Münder, in: F-SGB VIII Rn. 32.

<sup>21</sup> Wiesner, in: Wiesner (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 2015, § 74, Rnr. 47.

<sup>22</sup> Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 74 SGB VIII, 09/12, Rnr. 94.

Sachmittel und Dienstleistungen sowie von Dritten erlangter Beiträge bestehen, wenn dem Träger nach seiner Struktur entsprechende Geldmittel nicht zur Verfügung stehen.“<sup>23</sup>

Münder<sup>24</sup> führt im Kontext der grundrechtskonformen Anwendung des Art. 3 GG aus:

„Bei der Finanzierung von Tageseinrichtungen ist jedoch zu beachten, dass es sich bei dieser gewährenden Staatstätigkeit um Aufgaben handelt, die primär der öffentlichen Hand zu fallen 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. ... Rechtliche Gestaltungen, die an formale Strukturen anknüpfen, haben vor Art. 3 Abs. 1 GG auch bei gewählender Staatstätigkeit regelmäßig keinen Bestand, es muss für die Differenzierung und unterschiedliche Behandlung in der Sache begründete Aspekte geben.“ Entsprechendes muss bei der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem gelten.

Die Gleichbehandlung von Ungleichem ist Gegenstand des Urteils des OVG für das Land Nordrhein-Westfalen im Hinblick auf die Finanzierungssystematik des Kinderbildungsgesetzes a. F..<sup>25</sup>

Ausgangspunkt<sup>26</sup> der Ausführungen ist die Feststellung, dass sich sachbezogene Unterscheidungen bei der Förderung der Träger direkt auf die Möglichkeiten der Leistungsberechtigten auswirken, eine ihren Wünschen, Interessen und Bedürfnissen sowie ihrer weltanschaulichen oder pädagogischen Ausrichtung entsprechende Förderung in einer Kindertageseinrichtung zu erlangen. Das Gebot pluralitätssichernder bzw. fördernder Finanzierung tritt in Wechselwirkung mit dem durch Art. 6 Absatz 2 GG gewährleisteten Elternrecht. „Auch diesbezüglich wird der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zusätzlich durch das insoweit ausgeformte Gebot des Art. 3 Absatz 1 GG eingengt.

In diesem Sinne prüft das Gericht eine unzulässige Gleichbehandlung von Trägern bei der Förderung trotz strukturell ungleicher Kosten: „die deutlich unterschiedliche Belastung der Einrichtungsträger aufgrund gleicher Finanzierungspauschalen pro Kind, aber unterschiedlicher Einrichtungskosten bei geringerer Kinderzahl kann dabei weder mit der Erwägung gerechtfertigt werden, unabhängig von der pädagogischen Ausrichtung sei jeder Platz in einer Kindertageseinrichtung gleich viel wert, noch mit der Unvermeidbarkeit der auftretenden Härte unter Berücksichtigung der praktischen Erfordernisse der Verwaltung.“<sup>27</sup>

Ergebnis der Prüfung ist die Feststellung: „Negiert aber das Landesrecht jegliche, nicht nur marginalen Unterschiede in der Kostenstruktur unterschiedlicher Einrichtungen, die durch

---

<sup>23</sup> Grube, a. a. O., Rnr. 95.

<sup>24</sup> Münder, Die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen, RdJB 2014, 87, 93.

<sup>25</sup> OVG NRW, Urteil vom 15.10.2012 – Az. 12 A 1054/11.

<sup>26</sup> OVG NRW, a. a. O., Rnr. 133.

<sup>27</sup> OVG NRW, a. a. O., Rnr. 165.

unterschiedliche Betreuungsformen unter Berücksichtigung der Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen bedingt sind, genügt dies den ... Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundprinzipien des Jugendhilferechts nicht.“<sup>28</sup>

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>29</sup> ist schließlich als zentral die Aufgabe des Staates festzuhalten, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu unterstützen.

## 2. Art. 12 GG

Auf der Grundlage ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass auch juristische Personen Grundrechtsschutz beanspruchen können; das Schutzgut definiert sich bei ihnen für Art. 12 GG als „die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.“<sup>30</sup>

Von diesem Begriff erfasst sind u. a. auch freie Träger der Jugendhilfe als juristische Personen, da es mit Blick auf ihre Eigenschaft als Leistungserbringer im Bereich des SGB VIII nur darauf ankommt, dass eine hinreichende persönliche und fachliche Qualifikation vorliegt, so dass sowohl Privatpersonen als auch juristische Personen diese Leistungen erbringen können.

Vom Schutzbereich erfasst ist die Freiheit, seinen Beruf frei wählen und ausüben zu können. Diese Freiheit bedeutet freilich auch, dass es durch ihre Ausübung zu Wettbewerb kommt. Damit wird das Verhalten im Wettbewerb auch von der Berufsausübung erfasst.<sup>31</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Annahme eines Eingriffs in das Grundrecht der Berufsausübung nicht zwingend voraus, dass eine Beeinträchtigung der Berufsausübung bezweckt ist. Ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit liegt vielmehr schon dann vor, wenn das betreffende hoheitliche Handeln aufgrund seiner tatsächlichen Auswirkungen die Berufsfreiheit lediglich mittelbar beeinträchtigt und insoweit eine deutlich erkennbare berufsregelnde Tendenz oder eine voraussehbare und in Kauf genommene schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit zur Folge hat. Davon ist u. a. auszugehen, wenn durch hoheitliches Handeln der Wettbewerb beeinflusst wird und Konkurrenten deutlich benachteiligt werden.<sup>32</sup>

## 3. Das Rechtsstaatsprinzip und seine Unterprinzipien

Unter dem Oberbegriff des Rechtsstaatsprinzips, das sich in Art. 28 GG verankern lässt, wurden durch die höchstrichterliche Rechtsprechung mehrere Unterprinzipien herausgearbeitet. Sie sind von zentraler Bedeutung bei der rechtlichen Bewertung gesetzgeberischer Vorhaben.

<sup>28</sup> OVG NRW, a. a. O., Rnr. 172.

<sup>29</sup> BVerwG, Urteil vom 21.01.2010 – 5 C 1.09, Rnr. 34 m. w. N.

<sup>30</sup> BVerfGE 74, 129, 148f.

<sup>31</sup> Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 2015, Rnr. 812.

<sup>32</sup> Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 10.11.2004 – 4 Bs 388/04, Rnr. 8 m. w. N.

### *a. Vorbehalt des Gesetzes*

Dieser Grundsatz besagt, dass bestimmtes Handeln der Verwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Uneingeschränkt gilt der Vorbehalt des Gesetzes nur im Bereich der Eingriffsverwaltung. Im Bereich der Leistungsverwaltung gilt er dagegen nur ausnahmsweise, nämlich bei besonders grundrechtssensiblen Sachverhalten. Da das Parlament das einzige unmittelbar gewählte Staatsorgan ist, muss es die Grundlage legitimierte Handeln gewährleisten und kann sich nicht seiner Aufgabe entziehen, grundlegende Entscheidungen für das Gemeinwesen zu treffen. Ausdruck dieses Gedankens ist etwa Art. 80 Abs. 1 GG, der zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt und damit die Möglichkeit einer Delegation der rechtsetzenden Tätigkeit an die Verwaltung vorsieht.

In diesem Zusammenhang ist der Grundsatz einzubeziehen, wonach eine besondere gesetzliche Ermächtigung für die Bewilligung von Zuwendungen im Regelfall nicht erforderlich ist. Der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Absatz 3 GG gilt uneingeschränkt primär für die Eingriffsverwaltung und in der Leistungsverwaltung nur, soweit nach der Wesentlichkeitstheorie eine Regelung durch den Gesetzgeber geboten ist. Im Rahmen des Zuwendungsrechts ist die Veranschlagung der Mittel im Haushaltsplan eine ausreichende Rechtsgrundlage. Bei Vorliegen besonderer Umstände gilt jedoch auch bei Zuwendungen der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt. Eine spezielle gesetzliche Ermächtigung ist erforderlich, wenn es um Maßnahmen geht, die in die grundrechtlich geschützte Sphäre Dritter eingreifen.<sup>33</sup>

### *b. Wesentlichkeitstheorie*

Der davon abzugrenzende Grundsatz der Wesentlichkeitstheorie besagt, dass in einer Demokratie die wesentlichen Fragen unmittelbar vom Parlament entschieden werden müssen. Es ist also nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts einerseits die Erforderlichkeit eines Gesetzes und andererseits die erforderliche Regelungsdichte eines Gesetzes zu bestimmen.

Für eine Wesentlichkeit sprechende Kriterien ist nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts insbesondere die Intensität der Grundrechtseingriffe mit Blick auf den jeweiligen Sachverhalt und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes.<sup>34</sup>

Neben diesen Kriterien werden für die Wesentlichkeit einer Angelegenheit unter anderem herangezogen: der Umfang des Adressatenkreises, die Langzeitwirkung einer Regelung, gravierende finanzielle Auswirkungen, erhebliche Auswirkungen auf das Gemeinwesen sowie die Unmittelbarkeit und Finalität einer gesetzlichen Regelung. Das Bundesverfassungsgericht orientiert sich zusätzlich an den Merkmalen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Nach den darin benannten Kriterien Inhalt, Zweck und Ausmaß müssen grundrechtsbeschränkende Gesetze hinreichend konkrete Maßgaben für den Erlass von Rechtsverordnungen aufstellen, um den Bürgern Klarheit über mögliche belastende Maßnahmen zu verschaffen und eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle anhand eindeutiger Maßstäbe zu ermöglichen.

---

<sup>33</sup> Dittrich, Kommentar zur BHO, Stand Januar 2015, § 44, 2.2.

<sup>34</sup> BVerfGE 111, S. 191, 217.

*c. Bestimmtheitsgebot bzw. Normenklarheit*

Dieses Gebot besagt, dass jede Norm hinreichend bestimmt sein muss. Das Gesetz muss demnach so formuliert sein, dass die von ihm Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Ein Parlamentsgesetz darf nicht derart vage gefasst sein, dass die sachliche Entscheidung letztlich doch der Exekutive obliegt.

## IV. Stellungnahme zur Systematik des Gesetzesentwurfs im Einzelnen

Im Folgenden werden die Vorschriften des Entwurfs vor dem Hintergrund des dargestellten (verfassungs-)rechtlichen Maßstabs beleuchtet.

### A) Trägerschaft und Finanzierungssystematik

#### 1. Zu § 5 und § 23 des Entwurfs

Grundlegend für die Anwendung des Kita-Zukunftsgesetzes ist die Definition der Trägerschaft einer Einrichtung in § 5 Absatz 2. Anders als die bisherige Rechtslage unterscheidet der Entwurf lediglich zwischen anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe und Gemeinden. Diese Engführung begegnet grundsätzlichen rechtlichen Bedenken:

Gemäß § 5 Absatz 3 muss der Träger der Einrichtung bereit und in der Lage sein, eine bedarfsgerechte und geeignete Einrichtung zu schaffen und die erforderliche Eigenleistung zu erbringen.

§ 23 Absatz 1 legt fest, dass das Land Zuweisungen gewährt zur Deckung der Kosten für das nach näherer Regelung notwendige Personal. § 23 Absatz 2 sieht vor, dass die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe entsprechend Zuweisungen erhalten zu den Personalkosten der im Bedarfsplan aufgenommenen Einrichtungen, wenn die Personalausstattung den näheren Festlegungen entspricht.

Die Zuweisungen betragen 44,7 v. H. bei kommunaler Trägerschaft und 47,2 v. H. bei freier Trägerschaft.

Unklar ist in diesem Zusammenhang die Anmerkung auf Seite 22 der Begründung, wonach für den Fall, dass dem Ziel einer Trägervielfalt nicht entsprochen werden kann, „die Konzepte der Kindertageseinrichtungen im Bedarfsplan in angemessener Weise auf die heterogenen Wertorientierungen der Eltern eingehen“ sollen.

#### 2. Bewertung:

Das Erfordernis einer Eigenleistung gemäß § 5 Absatz 3 stützt sich laut der Gesetzesbegründung auf den bundesrechtlichen Rahmen des § 74 Absatz 1 Nr. 4 SGB VIII. Bereits hier bleibt außer Acht, dass die Vorgaben des § 74 nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht als Maßstab herangezogen werden können, wenn das Landesrecht eine eigenständige und umfassende Finanzierungsregelung getroffen hat. Das Erfordernis der Eigenleistung ist an dieser Stelle demnach wiederum eine eigenständige – nicht mehr von § 74 SGB VIII abzuleitende - Entscheidung des Landesgesetzgebers.

Darüber hinaus verzichtet der Gesetzentwurf auf weitere Festlegungen zur Höhe des Eigenanteils. Nach der Begründung lässt sich ein „sachlich angemessen bezifferter Anteil der freien Träger an den Personalkosten aufgrund der durch die vertraglichen Vereinbarungen entstandenen disparaten Lage heute nicht mehr ermitteln.“ Weiter heißt es in der Begründung: „Der Eigenanteil der freien Träger sollte die Motivation zum Betrieb einer Einrichtung widerspiegeln sowie Anreize zur wirtschaftlichen und sparsamen Betriebsführung setzen.“

Die Vorgabe der sog. Eigeninteressenquote steht nach der weiteren Begründung im Zusammenhang zu § 23 Absatz 1 und 2 des Entwurfs; dieser regelt die Zuweisungen wie beschrieben. Damit wird laut Begründung „lediglich auf gesetzlicher Ebene die durch die vertraglichen Vereinbarungen entstandene tatsächliche Lage nachvollzogen.“

Die Landesquoten wurden laut Begründung auf der Grundlage der Landeszuweisungen zu den Personalkosten für das Jahr 2017 ermittelt, die nach der Prognose des Landesamtes einrichtungsspezifisch entstehen.

Zunächst sind die Zusammenfassung und die damit einhergehende Gleichbehandlung aller freien Träger im Hinblick auf die Zuweisungsquote des Landes zur Personalkostenfinanzierung rechtlich zu bewerten. Ihnen gegenüber treten die kommunalen Träger mit einer gleichfalls festgelegten generellen Finanzierungsquote. Im Raum steht bereits durch die Zusammenfassung sämtlicher freier Träger unter einen Begriff eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von Ungleichen.

### **3. Zur Finanzierungssystematik des Gesetzentwurfs**

Zunächst ist freilich auf die Finanzierungssystematik, wie sie im Gesetzesentwurf angelegt ist, insgesamt näher einzugehen.

Zentrale Norm für die Frage der förderfähigen Zuwendungen ist § 23 des Entwurfs. Danach sind die Zuweisungen des Landes zweckgebunden an die Finanzierung von Personalkosten. Dieser zählt in Absatz 1 Satz 2 abschließend die bei der Förderung berücksichtigungsfähigen Personalkostenbestandteile auf.

Weiter sind die §§ 19, 20 und 21 für die Frage heranzuziehen, wie die förderfähige Personalausstattung auszugestalten ist; gemäß § 23 Absatz 2 erhalten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe Zuweisungen des Landes nur, wenn die Einrichtung im Bedarfsplan aufgenommen wurde und zugleich ihre Personalausstattung den Anforderungen der §§ 19 ff. entspricht.

Zentral für die Finanzierungssystematik insgesamt ist zum anderen § 25 des Entwurfs. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass dieser Paragraph nicht in der Rechtsverordnungsermächtigung des § 28 genannt ist. Eine nähere Ausgestaltung soll also nicht erfolgen – bereits dies ist im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie rechtsstaatlich bedenklich.

§ 25 Absatz 1 sieht vor, dass die Personalkosten, die nicht durch Zuweisungen des Landes nach § 23 Absatz 2, Elternbeiträge gemäß § 24 Absatz 2 und Eigenleistungen des Trägers gedeckt sind, durch Zuwendungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe im Sinne einer Fehlbedarfsfinanzierung ausgeglichen werden.

Nach Absatz 2 hat dieser sich entsprechend seiner Verantwortung für die Sicherstellung eines ausreichenden und bedarfsgerechten Platzangebotes an der Aufbringung der notwendigen Bau- und Ausstattungskosten „angemessen“ zu beteiligen. Die Begründung hierzu stellt fest, dass der Träger einer Tageseinrichtung für die Aufbringung der Bau- und Ausstattungskosten einer Tageseinrichtung verantwortlich ist.

Absatz 3 nimmt die Rolle der Kommunen in den Blick: liegen sie im Einzugsbereich einer Tageseinrichtung, „sollen“ sie zur Deckung der Kosten des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe beitragen. Erfolgt eine Beteiligung, „sind“ eigene Aufwendungen der Kommunen anzurechnen.

Festzuhalten ist:

Der Beitrag der Kommunen an der Refinanzierung ist in eine Sollvorschrift eingebunden. Eine Kommune erhält einen Anspruch auf Anrechnung eigener Aufwendungen im Falle einer solchen Beteiligung an der Refinanzierung (§ 25 Abs. 3). Ein Ermessen ist hier nicht vorgesehen. Das Kriterium der Finanzkraft einer Kommune wurde laut Begründung ausdrücklich aufgegeben.

Festzuhalten ist im Hinblick auf die Rechtsposition der freien Träger, dass ein Anspruch auf die Zuweisung des Personalkostenanteils in Höhe von 47,2 v. H. durch die gesetzliche Regelung nicht vorgesehen ist. Selbst eine als Muss-Leistung gesetzlich ausgestaltete Leistung führt nicht automatisch zu einem Rechtsanspruch auf die Gewährung eben dieser Leistung.

Gerade die Anrechnungsmöglichkeit eigener Aufwendungen der Gemeinden soll die Verantwortlichkeiten im Sinne des § 79 SGB VIII, auf den explizit Bezug genommen wird, verdeutlichen.

Hier ist freilich darauf zu verweisen, dass nach § 79 Absatz 2 SGB VIII die Pflicht besteht, den „freien Träger insoweit zu finanzieren, als er Aufgaben nicht selbst erfüllt, aber auch insoweit, als eine plurale Erfüllung der Aufgaben nicht sichergestellt ist“<sup>35</sup>; es besteht demnach auch die Pflicht, die Übernahme einer solchen Aufgabe zu finanzieren. Es steht mit anderen Worten die Erfüllung der Aufgaben der Jugendhilfe nicht unter dem Vorbehalt des kommunalen Haushaltsplanes; vielmehr steht umgekehrt der Haushaltsplan unter dem Vorbehalt des § 79 SGB VIII. Der Entwurf weist den kommunalen Gebietskörperschaften die Aufgabe der Kindertagesbetreuung als Teil ihrer Selbstverwaltung unter den gesetzlichen Voraussetzungen explizit zu.

Im Rahmen dieser Anrechnungsmöglichkeit, die die Kommunen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe hinsichtlich einer Refinanzierung entgegenhalten können, ist hervorzuheben, dass gemäß der Begründung, Seite 67, neben den Aufwendungen, die beim Betrieb einer eigenen Tageseinrichtung entstehen „insbesondere auch solche zu verstehen sind, die einer Gemeinde aufgrund einer Vereinbarung mit dem Träger einer Kindertagesstätte entstehen können. Solche Vereinbarungen, die die Gemeinden abschließen, um sich mit Zuschüssen an den Betriebskosten der Tageseinrichtung eines anderen Trägers zu beteiligen, bilden mit Blick auf die Verpflichtung der Gemeinden aus § 5 Absatz 4 Satz 1 (Zuweisung zu den Aufgaben der Selbstverwaltung) für diese ein Mittel, Trägervielfalt zu ermöglichen und sich selbst eine Trägerschaft zu ersparen.“

Diese Schlussfolgerung ist letztlich nicht nachvollziehbar, da § 5 Absatz 4 Satz 1 gerade von dem Fall ausgeht, dass sich kein freier Träger findet. Die Anrechnungsmöglichkeit zugunsten der Kommunen führt vielmehr als eine Privilegierung derselben zu einer Reduzierung der Trägervielfalt.

---

<sup>35</sup> Kunkel,/Kepert, a. a. O., § 79, RNr. 16.

Weiter heißt es: „Es kommt für die Zuordnung der Vereinbarung zu dem aus § 5 Absatz 4 Satz 1 entspringendem Pflichtenkreis der Gemeinden auch nicht darauf an, welcher Kostenart die mit dem freien Träger vereinbarten Zuschüsse konkret zuzuordnen sind.“

Auf Seite 67f. wird schließlich festgehalten, dass „mit Blick auf das Gebot der Trägervielfalt der Kinder- und Jugendhilfe und die Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten ... Vereinbarungen zwischen Gemeinden und freien Trägern darüber hinaus auch wünschenswert“ seien. Aus der Perspektive des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, dem die Letztverantwortung für den ungedeckten Teil der Personalkosten zukommt und der sich zudem angemessen an den Bau- und Ausstattungskosten einer Tageseinrichtung beteiligen muss, kann der freie Träger aufgrund einer Vereinbarung mit einer Sitzgemeinde nämlich als derjenige erscheinen, der die meisten Mittel zum Betrieb einer Tageseinrichtung mitbringen kann. Er kann damit die Gewähr bieten, den ungedeckten Teil der beim Betrieb einer Tageseinrichtung entstehenden Kosten kleinstmöglich zu halten.“

In der Begründung heißt es weiter: „...die Heranziehung der Gemeinden darf schließlich nicht soweit gehen, dass sich die Zuwendung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zum überwiegenden Teil oder sogar vollständig erübrigt.“

Insbesondere der Schlussfolgerung, die Finanzierung der freien Träger sei damit gesichert, muss deutlich widersprochen werden. § 25 Absatz 2 enthält mit der angemessenen Beteiligung einen gänzlich unbestimmten Rechtsbegriff und kann einen Rechtsanspruch nicht begründen. Die Regelung begegnet zudem massiven rechtlichen Bedenken, weil sie in § 28 nicht genannt ist und damit eine für die freien Träger wesentliche Materie nicht weiter durch Rechtsverordnung konkretisiert wird.

Auf der Grundlage der neuen Rahmenbedingungen der Verwirklichung des Anspruchs der Leistungsberechtigten bei einer Betreuung von regelmäßig 7 Stunden im Hinblick auf arbeitsrechtliche Regelungen entstehen weitere Probleme, sowohl im Hinblick auf weitere Personalkosten als auch bei Betreuung über die Mittagszeit hinsichtlich der Ausstattungskosten und weiteren für das anzubietende Mittagessen, § 12 Absatz 1. Die Thematik der Investitionskosten bleibt ebenfalls unbestimmt geregelt.

Für die Finanzierung freier Träger von entscheidender Bedeutung ist die gesetzlich vorgesehene Beitragsfreiheit nach Maßgabe des § 24 für Kinder, die das 2. Lebensjahr vollendet haben.

#### **4. Zu Einzelheiten der Anteilsfinanzierung nach LHO – die Heranziehung zuwendungsrechtlicher Grundsätze**

Das soweit dargestellte Finanzierungssystem beruht – bei weitgehender Beitragsfreiheit und bundesrechtlichem Rechtsanspruch der Leistungsberechtigten – auf den Grundsätzen des Zuwendungsrechts, das grundsätzlich in der Landeshaushaltsordnung geregelt ist. Es stellt sich hierbei die Frage, ob § 74 SGB VIII und seine Maßstäbe heranzuziehen sind; ein Rückgriff auf § 74 SGB VIII bei der Überprüfung von landesrechtlich auf Grundlage von § 74a SGB VIII geschaffenen

Finanzierungssystem ist verwehrt, wenn der Landesgesetzgeber eine umfassende Finanzierungsregelung getroffen hat.<sup>36</sup>

Das oben näher dargestellte Finanzierungssystem des Gesetzesentwurfs sieht im Wesentlichen lediglich eine Regelung über die Höhe des Anteils vor, der jeweils für die freien Träger und die kommunalen Träger durch Landeszuweisungen hinsichtlich der Personalkosten gedeckt werden.

Abgesehen davon sieht - abweichend von der in § 74 SGB VIII angelegten zweiseitigen Finanzierungsform zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und dem Einrichtungsträger - der Gesetzesentwurf einen expliziten Einbezug der Kommunen für die Finanzierung der weiteren ungedeckten Kosten vor.

Im Folgenden werden einige zentrale Eckpunkte des Zuwendungsrechts dargestellt. Zu beachten wird freilich sein, dass das Zuwendungsrecht Überformungen erhält durch die Maßgaben des SGB VIII: nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss das landesrechtliche Fördersystem vor dem Hintergrund des Rechtsanspruchs aus § 24 SGB VIII in der Gesamtheit betrachtet eine gleichheitsgemäße Förderung der Einrichtungsträger tatsächlich hinreichend sicherstellen.<sup>37</sup>

Zuwendungen nach Maßgabe des Landeshaushaltsrechts sind verbunden mit weiten Beurteilungsspielräumen durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Voraussetzungsseite und Ermessen auf der Rechtsfolgenseite.

Weiter ist eine Förderung nach allgemeinem Haushaltsrecht nur zulässig, wenn die Gesamtfinanzierung gesichert ist. Eine Anfinanzierung ist also unzulässig. Bei der Antragsprüfung sind daher die Sicherung der Gesamtfinanzierung und die finanziellen Auswirkungen auf künftige Haushaltsjahre zu bewerten.<sup>38</sup> Bei Investitionen müssen auch die Folgekosten gesichert sein.

Nach allgemeinem Haushaltsrecht ist der Begriff der Eigenmittel nicht definiert. Ihre Erbringung in angemessener Höhe wird bei jedem Förderantrag erneut und eigenständig geprüft.

Hierbei ist –aus dem Kontext des SGB VIII wie bereits aus dem JWG –der Begriff der Eigenleistung nicht auf Geldmittel beschränkt. Er kann auch in jeglicher geldwerter Form der Erbringung ehrenamtlicher Hilfe oder kostenloser oder verbilligter Sachmittel und Dienstleistungen sowie von Dritten erlangte Beiträge bestehen, wenn dem Träger nach seiner Struktur entsprechende Geldmittel nicht zur Verfügung stehen.

Aus der „Angemessenheit“ der Eigenleistung ergibt sich, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei der Entscheidung über die Art und Höhe der Förderung bei der Bemessung der Eigenleistung die unterschiedliche Finanzkraft und die sonstigen Verhältnisse zu berücksichtigen hat. Die Höhe der Eigenleistung ist dabei nicht maßgebend für die Höhe der Förderung.<sup>39</sup>

Bei der sachgerechten Bewertung der angemessenen Eigenleistung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>40</sup> eine Benachteiligung finanzschwacher Träger zu vermeiden.

<sup>36</sup> Trésoret, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, 2014, § 74 SGB VIII, Rnr. 23.2.

<sup>37</sup> BVerwG, Urteil vom 21.01.2010 – 5 CN 1.09.

<sup>38</sup> Dittrich, a. a. O., § 44, Rnr. 13.

<sup>39</sup> Trésoret, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, 2014, § 74 SGB VIII, Rnr. 95.

<sup>40</sup> BVerfG, Urteil vom 18.07.1967 – E 22, 206.

Auch um die Vielfalt von Trägern zu gewährleisten, wird es oftmals erforderlich sein, gerade kleinere Träger stärker als größere, die über eine Eigenleistung verfügen, zu fördern. In der Literatur wird als vertretbarer Ansatz bezeichnet, eine Eigenleistung von ca. 10% der entsprechenden Gesamtkosten als angemessen zu bewerten. Die Förderung hängt im Einzelfall davon ab, welcher Einsatz eigener finanzieller Mittel dem freien Träger zuzumuten ist. Für die Zumutbarkeit wiederum kann eine Rolle spielen, ob und inwieweit dem freien Träger Möglichkeiten zur Mittelschöpfung zur Verfügung stehen.<sup>41</sup>

Angemessen ist die Eigenleistung nicht mehr, wenn sie dazu führt, dass der freie Träger sonstigen satzungsgemäßen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann oder durch die Höhe der Eigenleistung langfristig so geschwächt wird, dass er sich nicht mehr am Markt behaupten kann und damit seine Existenz gefährdet ist.<sup>42</sup>

Für den Kontext der Eigenmittel relevant ist die Anteilsfinanzierung, die einen Prozentsatz der Förderung der Gesamtkosten vorsieht. Diese Förderungsart kommt in der Regel in Betracht, wenn der Zuwendungsempfänger über so viele Eigenmittel verfügt, dass er – würde er die Prioritäten bei der Erfüllung seiner Aufgaben anders setzen – den Zweck ausschließlich aus Eigenmitteln erreichen könnte. Zuwendungen haben hier Anreizfunktion.

Die Anteilsfinanzierung hat den Vorteil, dass sie zudem einen Anreiz zu wirtschaftlichem Verhalten gibt, denn Minderausgaben kommen anteilig dem Zuwendungsempfänger zugute. Er hat ein Eigeninteresse, die Ausgaben niedrig zu halten. Diese Förderung kommt freilich in der Regel bei der Projektförderung auf Kostenbasis zur Anwendung.<sup>43</sup>

## B) Die Rolle der Bedarfsplanung nach Maßgabe des Gesetzentwurfs

Gemäß § 17 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzentwurfs dient die Bedarfsplanung der bedarfsgerechten Steuerung des Angebots an Betreuungsplätzen.

Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist gemäß Absatz 2 dafür zuständig, jährlich für sein Gebiet einen Bedarfsplan zu erstellen. Er weist für die Gemeinden des Planungsgebietes die Tageseinrichtungen und die Plätze aus, die zur Erfüllung des Anspruchs nach § 12 Absatz Satz 1 und der Anforderungen nach den §§ 13 ff. erforderlich sind. Dabei sind auch Festlegungen zu Betreuungszeiten für Plätze und zu sozialräumlichen Situationen der Tageseinrichtungen zu treffen.

Im Hinblick auf die Tatsache, dass nach § 23 – wie dargestellt – die Aufnahme in den Bedarfsplan Voraussetzung für die Zuweisung von Personalkostenanteilen ist, ist festzuhalten, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Anforderungen kein Anspruch auf Aufnahme eines Trägers in den Bedarfsplan normiert ist.

Nach Absatz 3 wirkt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe darauf hin, dass die im Bedarfsplan ausgewiesenen Tageseinrichtungen durch freie Träger errichtet und betrieben werden. Der

---

<sup>41</sup> Kunkel/Kepert, a. a. O., Rnr. 42.

<sup>42</sup> Forkel, Kinder- und Jugendhilferecht: zur angemessenen Eigenleistung der Träger der freien Jugendhilfe, ZKJ 2010, S. 309

<sup>43</sup> Dittrich, a. a. O., § 44, Rnr. 24.9.

Umfang der Verpflichtungen, die mit einem „Hinwirken“ im verwaltungsrechtlichen Sinne verbunden sind, hängt maßgeblich von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.

Nach Absatz 4 Satz 1 ist der Bedarfsplan „... im Benehmen mit den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe und den Gemeinden des Planungsgebietes zu erstellen und zu veröffentlichen. „Benehmen“ im verwaltungsrechtlichen Sinne ist lediglich als Anhörung, nicht aber als Zustimmung o. ä. zu verstehen. Schließlich kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestimmen, dass Eltern den Betreuungsbedarf innerhalb einer Frist melden. Eine Fristsetzung für eine Meldung kann also mit einem Ausschluss der Beachtung des gemeldeten Bedarfs einhergehen. Im Hinblick auf einen unvorhergesehenen Bedarf müssen zwingend Ausnahmen vorgesehen werden, in denen die Stichtagsregelung nicht zur Anwendung kommt.

Da die Meldung von Bedarfen von fundamentaler Bedeutung ist für die Gewährleistung der Elternrechte aus Art. 6 GG und der daran anknüpfenden Trägervielfalt und das Wunsch- und Wahlrecht, wäre mit dieser in das Ermessen der Kommune gestellten Vorgehensweise eine erhebliche Einschränkung dieser Rechtspositionen verbunden.

Besondere rechtliche Bedenken ergeben sich zudem daraus, dass der Begriff des „Benehmens“ im verwaltungsrechtlichen Sinne abweicht von den bundesrechtlichen Vorgaben des § 80 Absatz 3 SGB VIII; danach haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die freien Träger in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen.

§ 17 ist u. a. in § 28 als Ermächtigungsnorm für eine Ausgestaltung durch Rechtsverordnung genannt.

### C) Gesamtbewertung der bisherigen Ausführungen und Fazit

Die bisherigen Ausführungen, die die Finanzierungssystematik und ihr Gerüst darstellt, zeigen bereits, dass der Gesetzentwurf in grundsätzlicher Weise gravierenden Bedenken ausgesetzt ist.

Es ist bereits jetzt voraussehbar, dass insbesondere kleinere Träger, die aber gerade die gesetzlich geforderte Vielfalt mit Leben erfüllen sollen, unzumutbaren Härten ausgesetzt werden, die sie – über einen Verdrängungswettbewerb – in ihrer Existenz bedrohen werden. Diese voraussehbare Entwicklung lässt sich durch Modellrechnungen mehrerer Träger belegen.

#### **Gravierende Bedenken ergeben sich insbesondere aus folgenden Punkten:**

Mit der pauschalen Zuweisung von 44,7 v. H. der Personalkosten bei kommunaler Trägerschaft und 47,2 v. H. bei freier Trägerschaft negiert der Gesetzentwurf jegliche, nicht nur unerheblichen Unterschiede in der Kostenstruktur sowohl der unterschiedlichen Einrichtungen als auch ihrer Träger. Diese resultieren aus der gesetzlich geforderten Vielfalt der Konzepte, der Betreuungsformen, der Methoden und Inhalte entsprechend der Wertorientierungen. In diesem Sinne ist das Urteil des OVG NRW vom 15.10.2012<sup>44</sup> einschlägig; es hat bei der Prüfung des Finanzierungssystems für Kindertagesstätten in NRW eine unzulässige Gleichbehandlung von Ungleichem festgestellt. Dass das im Gesetzentwurf vorgesehene Finanzierungssystem zu nicht

<sup>44</sup> OVG NRW, Urteil vom 15.10.2012 – 12 A 1054/11, Rnr. 172.

hinnehmbaren Härten führen wird, ist bereits jetzt abzusehen und kann mit entsprechenden Beispielsberechnungen belegt werden. Da zudem von der Gesetzessystematik davon ausgegangen werden kann, dass die Vorgaben zur Personalausstattung in den §§ 19 ff. des Entwurfs nicht nur für die Zuweisungen des Landes, sondern auch für die Zuwendungen durch den örtlichen Träger relevant sind, kann bereits jetzt gefolgert werden, dass das Finanzierungssystem insgesamt den unterschiedlichen Konzepten der freien Träger nicht ausreichend Rechnung trägt.

Diese Ungleichbehandlung wird erheblich verschärft und vertieft dadurch, dass sämtliche freien Träger gezwungen sind, über die durch die Zuweisungen nicht gedeckten weiteren Kosten Vereinbarungen mit den Kommunen zu schließen. Da ein gesetzlicher Anspruch weder auf die ausdrücklich genannten Zuweisungspauschalen besteht noch ein Anspruch auf Abschluss von Vereinbarungen mit den Kommunen, sondern nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, entsteht bei erheblicher Intransparenz ein Wettbewerb, der in das Grundrecht des Art. 12 GG eingreift. Dies gilt umso mehr und kann bei Konkurrenzsituationen vor dem Hintergrund der Haushalte der Kommunen zu einer Verdrängung kleiner bzw. finanzschwächerer Träger führen. In seinem Beschluss vom 10.11.2004<sup>45</sup> stellt das OVG Hamburg fest, dass ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit schon dann vorliegt, wenn das betreffende hoheitliche Handeln aufgrund seiner tatsächlichen Auswirkungen die Berufsfreiheit lediglich mittelbar beeinträchtigt.

Angesichts der Beitragsfreiheit verschlechtert sich die Situation der Träger aufgrund des Angewiesenseins auf Verhandlungen mit den Kommunen nochmals. Einer Querfinanzierung des Betriebs einer Tageseinrichtung sind ggfs. durch der Trägerschaft zugrunde liegende Finanzierungsformen und letztlich auch durch das Gemeinnützigkeitsrecht Grenzen gesetzt. Es ist eine Intransparenz zu erwarten, die der Landesrechnungshof scharf gerügt hat. Eine Vergleichbarkeit ist durch die einzelnen Vereinbarungen mit den Kommunen nicht gegeben.

Dieser Sachlage entgegen zu stellen ist der bundesrechtliche Rechtsanspruch auf einen Kitaplatz. Die Finanzierung dieses Rechtsanspruchs ist – zudem bei Beitragsfreiheit – in keiner Weise rechtlich gesichert. Da die Beitragsfreiheit eine politische Entscheidung ist, die die Einwerbung von Eigenmitteln durch den freien Träger nicht tangieren darf, muss rechtlich sichergestellt sein, dass die Einnahmeausfälle bei den freien Trägern aufgrund der Beitragsfreiheit vom öffentlichen Träger übernommen werden muss.

Vor dem Hintergrund der Elternbeitragsfreiheit ist hier wesentlich zu berücksichtigen, dass – aus dem Kontext des SGB VIII wie bereits aus dem JWG – der Begriff der Eigenleistung nicht auf Geldmittel beschränkt ist. Er kann auch in jeglicher geldwerter Form der Erbringung ehrenamtlicher Hilfe oder kostenloser oder verbilligter Sachmittel und Dienstleistungen sowie von Dritten erlangte Beiträge bestehen, wenn dem Träger nach seiner Struktur entsprechende Geldmittel nicht zur Verfügung stehen.

Das Angewiesensein auf die Aushandlung vertraglicher Vereinbarungen mit den Kommunen geht zudem einher mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Diese ergibt sich allein daraus, dass eine Konkretisierung der Gewährung weiterer Kosten nicht in der Verordnungsermächtigung genannt ist. Hierin wird ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie

---

<sup>45</sup> Hamburgisches OVG, Beschluss vom 10.11.20104 – 4 Bs 388/04, Rn. 8.

gesehen: hinsichtlich ganz wesentlicher Finanzierungsgrundlagen unterlässt der Gesetzentwurf schlicht die Formulierung näherer Regelungen und überlässt diese dem Wettbewerb und Verhandlungen mit den Kommunen vor Ort. Zudem liegt darin ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit.

Die Anrechnungsmöglichkeit und Gestaltungsfreiheit der Kommunen durch eine rechtlich nicht begrenzte Zuweisung zur kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe stärkt die kommunale Trägerschaft. Durch diese Privilegierung der kommunalen Trägerschaft ist eine Reduzierung der Trägerschaft zu befürchten und absehbar. Dadurch wird schließlich die Pflicht zur Vorhaltung eines vielfältigen Angebots durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 79 SGB VIII) als Voraussetzung für die Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts konterkariert und damit in das Elternrecht aus Art. 6 GG eingegriffen.

Da im Hinblick auf das Erfordernis der Einbringung von Eigenmitteln, allgemeiner haushaltsrechtlicher Finanzierungsgrundsätze und einem fehlenden Rechtsanspruch werden allenfalls sehr große Träger bzw. insbesondere die kommunalen Trägerschaften privilegiert. Mit dem Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie einher geht ein Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz, wonach die Zulässigkeit einer Förderung voraussetzt, dass die Gesamtfinanzierung gesichert ist. Zu fordern ist – zusätzlich zu einer auskömmlichen Personal- und Sachkostenfinanzierung – eine gesetzlich ausdifferenzierte Regelung, die sowohl umfassend den Neubau, als auch die Renovierung regelt sowie jegliche Betriebskosten. Die unbestimmte Regelung wesentlicher Kostenarten führt zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Finanzierung insgesamt und der Planbarkeit der Einbringung von Eigenmitteln.

Es muss an dieser Stelle nochmals explizit betont werden, dass eine reine Personalkostenförderung als institutionelle Förderung der laufenden Betriebsausgaben nicht sachgerecht und gleichheitswidrig ist, da die unterschiedlichen Kostenstrukturen und Finanzierungsmöglichkeiten der Sach- und Verwaltungskosten der freien Träger keine Berücksichtigung finden können.

Für die Förderung von (Neu-)Bau- und Renovierungsmaßnahmen ist eine gesetzliche Anspruchsgrundlage zu fordern; mit der Regelung in § 25 Absatz 2 einer nur angemessenen Beteiligung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ist bislang ein solcher Förderanspruch nicht normiert.

Die Zuweisungen nach § 23 Absatz 2 des Gesetzentwurfs stehen unter dem Vorbehalt der Aufnahme in den Bedarfsplan. Ist eine Einrichtung in den Bedarfsplan aufgenommen, ist die Voraussetzung für die Zuweisung gegeben. Hier ist bereits anzumerken, dass es bei einer entsprechenden Bedarfsmeldung rechtlich möglich sein muss, auch ohne Aufnahme in die Planung eine Förderung zu erhalten.<sup>46</sup>

Ein rechtlich hinreichend gesicherter Anspruch auf eine Förderung ist im Gesetzentwurf nicht geregelt; Gleiches gilt für einen Anspruch auf Aufnahme in den Bedarfsplan. Mit dem Bundesverwaltungsgericht<sup>47</sup> ist festzuhalten, dass die bloße Möglichkeit der Aufnahme in die

---

<sup>46</sup> Hierzu OVG NRW, Urteil vom 01.12.2014 – 12 A 2523/13, Rnr. 94; Trésoret, a. a. O., § 74 SGB VIII, Rnr. 125f.

<sup>47</sup> Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 21.01.2010 – 5 CN 1/09, Rnr. 47.

Bedarfsplanung nicht die für jeden Einrichtungsbetrieb erforderliche, auch tatsächlich hinreichend gesicherte und im Voraus planbare Förderung ersetzt.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle, dass die Förderung in Angeboten der Kindertagespflege nur unzureichend ausgeformt ist. Die §§ 12 und 13 sehen Unterschiede zu Tageseinrichtungen vor, die nicht nachvollziehbar sind und zu Unsicherheiten führen können. So wird der Rechtsanspruch in § 12 des Entwurfs auf einen Platz ab dem 1. Lebensjahr auf die Tageseinrichtungen erweitert, nicht aber in demselben Umfang auf die Kindertagespflege. Für eine Betreuung bis zum Schuleintritt besteht nur eine Kann-Regelung.

Nicht konsequent wurde die Beitragsfreiheit umgesetzt: es gibt keine ausdrückliche Entsprechung für die Kindertagespflege.

Nicht nachvollziehbar ist schließlich die Möglichkeit von Großtagespflegen nur für Betriebe.

## D) Gesonderte Zuweisungen nach Maßgabe des § 23 Absatz 4 bis 6 des Gesetzentwurfs

Erheblichen rechtlichen Bedenken begegnen die Regelungen des § 23 Absatz 4, 5 und 6 des Gesetzentwurfs hinsichtlich zusätzlicher Zuweisungen. Sämtliche Regelungen sollen durch Rechtsverordnung näher konkretisiert werden.

### 1. Zu Absatz 4

Gemäß Absatz 4 erhalten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe zusätzlich Zuweisungen zur Sicherstellung des Ziels nach § 22 Absatz 1 Satz 2 für Kindertagesstätten in freier Trägerschaft, die zur Verfügung gestellt werden müssen. Die durch die Zuweisung ermöglichten personellen Verstärkungen müssen den Tageseinrichtungen zugeordnet werden, in denen sie wirksam werden.

Die Zahlung eines Betrags in Höhe von 4.500 Euro jährlich ist zweckgebunden für Maßnahmen der Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung. Das Personal ist entsprechend auszuweisen; die Zuweisungen adressieren an Träger, die in den Bedarfsplan aufgenommen sind.

Gegenüber dieser Regelung bestehen rechtliche Bedenken im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie, das rechtstaatliche Gebot der Normenklarheit und den Vorbehalt des Gesetzes vor dem Hintergrund, dass etwaige Qualitätsvorgaben völlig unklar sind.

### 2. Zu Absatz 5

Absatz 5 sieht weitere zusätzliche Landeszuweisungen vor zur Deckung von personellen Bedarfen, die in Tageseinrichtungen aufgrund ihrer sozialräumlichen Situation oder durch die besonderen Betreuungsanforderungen bei der Aufnahme von Kindern mit Behinderungen entstehen können (Sozialraumbudget). Auch hier hat eine Zuordnung zu den Tageseinrichtungen zu erfolgen, in denen die Zuweisungen wirksam werden.

Zunächst sind hier rechtliche Bedenken anzumelden im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe „Sozialräumliche Situation“ und „besondere Betreuungsanforderungen bei der Aufnahme von Kindern mit Behinderungen“. Es handelt sich zudem um eine Objektfinanzierung

zur personellen Gewährleistung von integrativer Betreuung. Das Merkmal des „Wirksamwerdens“ wäre dementsprechend so zu verstehen, dass die Förderung nur dann ausgeschüttet wird, wenn in einer Einrichtung tatsächlich auch entsprechende Betreuungen durchgeführt werden. Fraglich ist aber, ob auch das bloße Vorhalten von entsprechendem Personal ausreichend ist.

### 3. Charakter als sozialraumbezogene Infrastrukturleistung

Insbesondere wirft jedoch der Charakter als sozialraumbezogene Infrastrukturleistung rechtliche Fragen auf: für die Finanzierung von Infrastrukturangeboten, die charakteristischerweise nicht auf standardisierten Individualleistungen beruhen, sondern eher ein ganzheitliches, ggfs. individuell unterschiedlich nutzbares Angebot vorhalten, fallen die Instrumente der Einzelfinanzierung nach §§ 77 und 78a ff. SGB VIII aus.<sup>48</sup> Bislang sehen die Rechtsgrundlagen im SGB VIII nicht oder nur begrenzt vor, dass Anbieter privilegiert werden können, deren Angebote bestimmten Prinzipien folgen oder gewisse Anforderungen erfüllen. So ist explizit die Sozialraumorientierung gesetzlich nicht verankert, obgleich die Orientierung an der Lebenswelt etwa in § 27 Absatz 2 Satz 2 SGB VIII, den allgemeinen Fördergrundsätzen der §§ 11- 16 SGB VIII oder der Jugendhilfeplanung. Über eine entsprechende Budgetierung werden mit bestimmten Trägern Vereinbarungen abgeschlossen, die im Rahmen des ihnen zugeteilten Budgets die Versorgung gewährleisten sollen. Konsequenz ist, dass auf der Seite des öffentlichen Trägers die entsprechende Leistungserbringung abgegeben wird und die Kosten geplant werden können, und für den freien Träger sich durch aus eine Monopolstellung ergeben kann. Sie erhalten Planungssicherheit und können entsprechend Personal einstellen. Ebenso wird befürchtet, dass die Träger- und Methodenvielfalt und das damit verbundene Wunsch- und Wahlrecht zunehmend an Bedeutung verlieren.<sup>49</sup>

Dies ist umso kritischer zu betrachten, als darauf zu achten ist, dass die individuellen Rechtsansprüche Betroffener auf Hilfen zur Erziehung und Eingliederungshilfen unangetastet bleiben.<sup>50</sup>

Dementsprechend hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung eine Budgetierung als unzulässige fiskalische Steuerung beurteilt und als im Widerspruch stehend zu entsprechenden Rechtsansprüchen. Das Finanzierungskonzept der Sozialraumbudgetierung greift in die Berufsfreiheit der an diesem Konzept nicht beteiligten freien Träger ein; für einen solchen Eingriff bietet weder das SGB VIII<sup>51</sup>, dessen vorrangige gemeinwohlbelange nicht beachtet werden, noch – da diese Finanzierungsform nicht aus dem SGB VIII angelegt bzw. ableitbar ist – der Gesetzentwurf des Landes. Fiskalische Überlegungen haben im Bereich des SGB VIII keinen Raum.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe AGJ, Die Förderung von Infrastrukturleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe stärken, November 2013, S. 9.

<sup>49</sup> So Patjens, Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendrecht, 2015, S. 178.

<sup>50</sup> So der Hinweis der AGJ, a. a. O., S. 9.

<sup>51</sup> Vgl. etwa Hamburgisches OVG, Beschluss vom 10.11.2004 – 4 Bs 388/04, Rnr. 8, 20; VG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.02.2016 – 12 S 638/15, Rnr. 54 zu den Strukturprinzipien des SGB VIII.

<sup>52</sup> Hinrichs, a. a. O., S. 38, m. w. N.

#### 4. Zu Absatz 6

Absatz 6 sieht schließlich zusätzliche Zuweisungen vor zur Weiterentwicklung und Umsetzung der Ziele nach diesem Gesetz (Entwicklungsbudget). Auch hier hat eine Zuordnung zu den Tageseinrichtungen zu erfolgen, in denen die Zuweisungen wirksam werden.

Denselben rechtlichen Bedenken begegnet die Einführung des Entwicklungsbudgets, wobei hier dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit in noch weitgehendem Maße widersprochen wird.

### E) Weitere wesentliche rechtliche Aspekte: insbesondere Eingriff in die Autonomie freier Träger

#### 1. Einrichtung eines Kita-Beirates

Gemäß § 7 des Gesetzentwurfs ist in jeder Tageseinrichtung ein Beirat einzurichten, in dem der Träger, die Leitung, die pädagogischen Fachkräfte und die Eltern zusammenarbeiten. Nach dem Gesetzentwurf ist in Absatz 1 Satz 2 weiter vorgesehen, dass die Genannten über grundsätzliche Angelegenheiten beschließen, die die strukturellen Grundlagen der Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsarbeit der gesamten Tageseinrichtung betreffen. Solche Angelegenheiten sind insbesondere beabsichtigte Änderungen der konzeptionellen Ausrichtung der Tageseinrichtung, Grundsatzfragen der Essensverpflegung und deren Finanzierung, Ausgleichsmaßnahmen gemäß § 19 Absatz 6 Satz 3 sowie Fragen der Bedarfsplanung.

In § 8 ist eine weitere Form der Elternmitwirkung in Tageseinrichtungen vorgesehen. Wird der darin nähere ausgestaltete Elternausschuss nicht nach Maßgabe des § 8 in die Arbeit der Tageseinrichtung einbezogen, hat er ein Beschwerderecht zum Landesjugendamt.

Da die Implementierung dieser Gremien und die Inhalte ihrer Befassungsbefugnis weit in die Satzungs- und Trägerautonomie eingreifen, sind diese Vorschriften abzulehnen.

#### 2. Festlegung der Betreuungszeiten und Mittagessen

Anzumerken ist schließlich, dass die regelmäßige Betreuungsdauer von 7 Stunden gemäß § 12 des Entwurfs und die Sollvorschrift hinsichtlich des Angebots eines Mittagessens insbesondere kleine Träger vor u. U. vor unüberwindbare Hürden stellt, da diese Maßnahmen in erheblichem Umfang mit einem Mehr an Personal- und Investitions- bzw. Betriebskosten verbunden ist.

**Auf der Grundlage dieser Stellungnahme fordert der Paritätische Wohlfahrtsverband Landesverband Rheinland-Pfalz/Saarland e. V. die Vorlage eines grundlegend neu erarbeitenden Gesetzentwurfs.**

Mainz, den 04. September 2018