



Kanzlei für soziale Sicherheit



we exactly know how

sojura Kanzlei für soziale Sicherheit  
Poststraße 44  
69115 Heidelberg

Rechtsanwältin Gila Schindler  
Tel.: 06221 – 137 97 23  
[schindler@sojura.de](mailto:schindler@sojura.de)

Kügel Rechtsanwälte PartmbB  
Wannenstraße 18  
70199 Stuttgart

Rechtsanwalt Prof. Dr. J. Wilfried Kügel  
Tel.: 0711 – 66 48 36 0  
[w.kuegel@kuegelrechtsanwaelte.com](mailto:w.kuegel@kuegelrechtsanwaelte.com)

## Gutachten

**zu Inhalt und Umfang des Anspruchs auf finanzielle Förderung von Einrichtungen der Kindertagesförderung in freier Trägerschaft nach den ab dem 01.01.2014 geltenden Fördergrundsätzen der Stadt Stuttgart**

im Auftrag von:

Konzept-e  
für Bildung und Soziales GmbH  
Wankelstr. 1  
70563 Stuttgart

|     |   |    |
|-----|---|----|
| A.  | Grundsätze der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen i.S.v. §§ 22 ff. SGB VIII .....  | 3  |
| 1.  | Problemaufriss .....  | 3  |
| 2.  | Tradition der Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII versus der Vergütungsvereinbarungen nach § 78a ff. SGB VIII .....   | 5  |
| 3.  | Entwicklung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung in Baden-Württemberg seit Normierung des § 74a SGB VIII und Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz auf den Landesgesetzgeber..... | 10 |
| a.  | Grundlagen der Landesförderung.....   | 12 |
| b.  | Differenzierung nach Bedarfsplanung .....   | 13 |
| c.  | Differenzierung nach dem Alter der betreuten Kinder .....   | 15 |
| d.  | Differenzierung nach Öffnungszeiten .....   | 20 |
| e.  | Differenzierung nach Art der Träger .....   | 23 |
| aa. | Privat-gewerbliche Anbieter.....  | 23 |
| bb. | Betriebskindergärten.....   | 25 |
| 4.  | Der Begriff der „Betriebsausgaben“ und Konsequenz für den Förderanspruch  | 26 |
| a.  | Betriebsausgaben .....  | 26 |
| aa. | Personalkosten.....   | 28 |
| bb. | Sachkosten.....   | 29 |
| cc. | Verwaltungskosten.....  | 30 |
| b.  | Nachweispflicht, Kalkulatorische Kosten, Pauschalen und Eigenleistung...  | 31 |
| aa. | Pauschalen bzw. Obergrenzen für Kostenpositionen .....  | 32 |
| bb. | Obergrenzen für Sachkosten.....   | 33 |
| cc. | Gebäudekosten .....   | 34 |
| 5.  | Verknüpfung der Landesmittel mit der kommunalen Förderung.....  | 42 |
| a.  | Förderung der über dreijährigen Kinder .....  | 43 |
| b.  | Förderung der unter dreijährigen Kinder .....   | 45 |
| c.  | Berücksichtigung von FAG-Mitteln beim interkommunalen Finanzausgleich   | 48 |
| B.  | Rechtliche Bewertung der Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart .....   | 49 |
| 1.  | Einseitig verabschiedete „Fördergrundsätze“ als Grundlage der Finanzierung nach § 8 Abs. 2 und 3 sowie Abs. 5 KitaG BW .....  | 51 |
| 2.  | Gleichmäßigkeit der Förderung .....   | 54 |
| a.  | Betriebskindergärten .....  | 55 |
| b.  | Kommunale Träger .....  | 58 |
| 3.  | Rechtmäßigkeit der Maßgaben für eine höhere Finanzierung .....  | 59 |
| a.  | Begrenzung von Elternbeiträgen .....  | 60 |
| b.  | Benachteiligung gemeindefremder Kinder .....  | 61 |
| 4.  | Verfahrensregelungen .....  | 63 |
| C.  | Zusammenfassung der Ergebnisse .....  | 64 |

## A. Grundsätze der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen i.S.v. §§ 22 ff. SGB VIII

### 1. Problemaufriss

Mit dem Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG) hat der Bundesgesetzgeber durch die Normierung eines § 74a SGB VIII die Frage der Finanzierung der Kindertagesbetreuung ausdrücklich zur Aufgabe der Landesgesetzgeber erklärt. Das Land Baden-Württemberg hat von dieser Ermächtigungsgrundlage mit dem Gesetz über die Betreuung und Förderung von Kindern in Kindergärten, anderen Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege (Kindertagesbetreuungsgesetz - KiTaG) Gebrauch gemacht.

In § 8 KitaG BW werden die Grundsätze der finanziellen Förderung der freien Träger von Kindertagesbetreuungseinrichtungen festgelegt. Eine Differenzierung der finanziellen Förderung von freien Einrichtungsträgern der Kindertagesbetreuung erfolgt auf dieser Grundlage nur danach, ob sie in die Bedarfsplanung aufgenommen sind oder nicht. Hinsichtlich der Mindesthöhe der finanziellen Förderung wird unterschieden, ob eine Betreuung von bis zu dreijährigen Kindern erfolgt oder von über dreijährigen Kindern.

Nach den vorgenannten Kriterien legt das Landesrecht eine Mindesthöhe der finanziellen Förderung fest. Eine Förderung über diese Mindesthöhe hinaus bedarf gemäß § 8 Abs. 5 KitaG BW eines Vertrages zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und den freien Einrichtungsträgern.

In Stuttgart liegen der Finanzierung nach § 8 KitaG BW die sog. „Fördergrundsätze für öffentlich-zugängliche Tageseinrichtungen“ zugrunde. Die aktuelle Fassung der Fördergrundsätze (GRDrds. 194/2014) wurde am 18. Dezember 2014 durch den Gemeinderat mit Wirkung zum 01.01.2014 fortgeschrieben (im Folgenden: „Fördergrundsätze“). Mit den Fördergrundsätzen legt der Gemeinderat die Förderkriterien der „öffentlich-zugänglichen Kindertageseinrichtungen in freier Trägerschaft“ verbindlich fest.

Beachtlich ist aus rechtlicher Sicht, dass die Fördergrundsätze einerseits eine Auslegung zur Frage der Mindesthöhe der finanziellen Förderung nach § 8 Abs. 2 und 3

KitaG BW liefern und andererseits eine darüber hinausgehende Förderung nach § 8 Abs. 5 KitaG BW einseitig regeln.

Die Konzept-e für Bildung und Soziales GmbH, Wankelstraße 1, 70563 Stuttgart (im Folgenden: „Auftraggeberin“), die in Stuttgart eine Reihe von Betriebskindergärten, die in die Bedarfsplanung nach § 3 Abs. 3 KiTaG BW aufgenommen sind, betreibt, hat die Kanzleien sojura Kanzlei für soziale Sicherheit, Poststraße 44, 69115 Heidelberg und Kugel Rechtsanwälte PartmbB, Wannestraße 18, 70199 Stuttgart, beauftragt, rechtsgutachtlich dazu Stellung zu nehmen, inwiefern die Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart zur Konkretisierung bzw. Interpretation des Landesrechts rechtlich Bestand haben können und insbesondere ob und ggf. inwiefern eine Verknüpfung der gesetzlich geregelten Mindestförderung nach § 8 Abs. 2 und 3 KitaG BW mit der darüber hinausgehenden Förderung nach § 8 Abs. 5 KitaG BW zulässig ist.

Das folgende Gutachten beantwortet vor dem vorab beschriebenen Hintergrund insbesondere folgende Fragestellungen:

- Ist eine grundsätzlich geringere finanzielle Förderung von Betriebskindergärten im Vergleich zu Einrichtungen anderer freier Träger zulässig?
- Ist es rechtens, Mietkosten für Betriebskindergärten grundsätzlich nicht als förderfähigen Aufwand zu werten?
- Ist es rechtlich zulässig, die Höhe der Kosten für die Gebäudenutzung (insb. Mietkosten) für alle Einrichtungen in freier Trägerschaft auf die in den Fördergrundsätzen benannten Pauschalen zu begrenzen?
- Kann die Förderung in Form des „freiwilligen Zuschusses“ der Stadt Stuttgart von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass gemeindefremde Kinder nur im Ausnahmefall nach den beschriebenen Kriterien aufgenommen werden?
- Darf eine Kommune einem Träger finanzielle Mittel in geringerer Höhe zuwenden, als sie von der Wohnortkommune im Wege des interkommunalen Finanzausgleichs erhält?

- Ist die Regelung zur Förderhöchstgrenze zulässig, die eine Gewinnerzielung grundsätzlich ausschließt?
- Stellt es ein rechtliches Problem dar, dass die Fördergrundsätze keine Aussage zur Fälligkeit der Förderansprüche enthalten?

## 2. Tradition der Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII versus der Vergütungsvereinbarungen nach § 78a ff. SGB VIII

Das Sozialleistungserbringungsrecht ist geprägt von zwei Formen der Finanzierung: der Entgelt- und der Förderfinanzierung (umfassend Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Kap. A.). Besteht auf eine Sozialleistung ein Rechtsanspruch, so werden in der überwiegenden Zahl der Leistungen solche über die Entgeltfinanzierung sichergestellt (ebd. Kap. A. Rn. 20 ff.). In der Kinder- und Jugendhilfe ist sie in den §§ 78a ff SGB VIII geregelt. Vorbild dieser Regelungen waren die nunmehr in §§ 75 ff. SGB XII geregelten rechtlichen Grundlagen der Finanzierung für Leistungen durch Einrichtungen und Dienste der Sozialhilfe.

Die Entgeltfinanzierung ist geprägt von dem Grundsatz der Subjektorientierung und der vollen Kostendeckung, die für Leistungen aufgrund eines Rechtsanspruchs als angemessene Finanzierungsgrundsätze durch den hoheitlichen Träger angesehen werden (ebd. Kap. A.).

In der Kinder- und Jugendhilfe hat jedoch nach wie vor die Förderfinanzierung einen wichtigen Stellenwert. Wenngleich überwiegend, so wird die Förderfinanzierung nicht ausschließlich im Bereich der nicht durch einen Rechtsanspruch gesicherten Jugendhilfeleistungen eingesetzt. Ein wichtiger oder vielmehr der wichtigste Bereich der Zuwendungsförderung ist die Kindertagesbetreuung.

Bis zum Jahr 2004 erfolgte die finanzielle Förderung der Kindertagesbetreuung bundeseinheitlich als Förderfinanzierung auf der Grundlage von § 74 SGB VIII. Mit dem Entwurf eines Gesetzes zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung und zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Tagesbe-

treuungsausbaugesetz – TAG), das zum 1.1.2005 in Kraft trat, hat der Bundesgesetzgeber die Finanzierung der Kindertagesbetreuung in die Regelungszuständigkeit der Länder gestellt. Hintergrund war dabei die Erkenntnis, dass sich hinsichtlich der Finanzierung in den Ländern Finanzierungsformen herausgebildet hatten, die von den beiden im SGB VIII geregelten Systemen der Förderfinanzierung (§ 74 SGB VIII) und der Entgeltfinanzierung (§§ 78a ff. SGB VIII) abweichen. Soweit die Förderfinanzierung zur Anwendung käme, würden weder die Voraussetzungen noch die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens seitens des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe für die rechtlichen Rahmenbedingungen bei Tageseinrichtungen passen (BT-Drucks. 15/3676, S. 39). Die mit dem Tagesbetreuungsausbaugesetz zum 1.1.2005 eingeführte Vorschrift des § 74a SGB VIII bestimmt daher, dass die bundesrechtlichen Regelungen für die Finanzierung von Tageseinrichtungen nicht zur Anwendung kommen.

Damit ist für die Länder ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum eröffnet. Insbesondere besteht auch gemäß § 78a Abs. 2 SGB VIII die Möglichkeit, die gesetzlichen Grundlagen der Entgeltfinanzierung auf dort bislang nicht genannte Leistungsangebote auszudehnen. Von dieser Möglichkeit hat für die Kindertagesbetreuung bislang jedoch nur Mecklenburg-Vorpommern Gebrauch gemacht (§ 16 Abs. 1 S. 1 KiföG M-V).

Bundesweit lässt sich erkennen, dass die Leistung Kindertagesbetreuung weiterhin im Weg einer reinen oder einer gemischten Förderfinanzierung, die zumindest Elemente der Entgeltfinanzierung enthält, vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe sichergestellt wird (Münder, Förderung in Kindertageseinrichtungen, S. 75). Mit der Förderfinanzierung gehen bestimmte formelle aber auch inhaltliche Grundsätze einher, die für die Umsetzung der Leistung in der Praxis prägend sind.

Das wohl bemerkenswerteste Element ist dabei die Verpflichtung der Träger der freien Jugendhilfe sich mit Eigenleistungen an der Finanzierung der Leistung zu beteiligen. Diese Pflicht wird in Baden-Württemberg den Trägern der freien Jugendhilfe umfassend auferlegt und das obwohl aufgrund der Ausweitung des Rechtsanspruchs fast nur noch Kinder mit einem Rechtsanspruch auf die Förderung in Kindertagesbetreuung tatsächlich versorgt werden. Dies hat zur Folge, dass der Staat Rechtsan-

sprüche, die sich ausschließlich gegen ihn richten, erfüllt, indem er den Einsatz von Eigenmitteln von Trägern der freien Jugendhilfe verbindlich verlangt.

Erklärbar ist diese Konstellation nur mit dem lange gewachsenen, traditionellen Verhältnis zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege: Waren es vor Entstehung des modernen Sozialstaats ausschließlich die Träger der freien Wohlfahrtspflege, die sich der Aufgabe der Linderung sozialer Not verschrieben, setzte der liberale Rechtsstaat auf die Selbsterhaltungskräfte des Einzelnen und überließ den freien Kräften des Marktes auch die Gestaltung der Gesellschaft. Mit der Bismarck'schen Sozialgesetzgebung wurde ein Wandel eingeleitet, mit dem sich der soziale Rechtsstaat zu formen begann. Die zwischenzeitlich sehr erstarkten Träger der freien Fürsorge sahen diese Entwicklung nicht ausschließlich positiv, sondern befürchteten auch einen Bedeutungsverlust. Aus diesem Grund setzten die Dachverbände die Einführung des Subsidiaritätsgrundsatzes als rechtliche Regelung in der Verordnung über die Fürsorgepflicht (RFV) vom 13. Februar 1924 durch. Die Subsidiaritätsregelung, die sowohl in die Gesetzgebung der Sozialhilfe im BSHG bzw. SGB XII (§ 5 SGB XII) als auch der Kinder- und Jugendhilfe im SGB VIII (§ 4 SGB VIII) Eingang fand, ist weiterhin prägend für das Verhältnis der öffentlichen Jugendhilfe zur freien Jugendhilfe.

Mit dem Subsidiaritätsgrundsatz wird bestimmt, dass die öffentliche Jugendhilfe mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten soll. Sie hat dabei die Selbständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten und soll, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können, von eigenen Maßnahmen absehen (§ 4 Abs. 1 SGB VIII).

Geht es also im Bereich der Umsetzung der gesetzlichen Regelungen der Kinder- und Jugendhilfe auch immer um das Verhältnis und den Ausgleich zwischen den Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe, so spielt hier der Punkt der Eigenleistungen der freien Träger eine wichtige Rolle. Denn der Ursprung der Subsidiaritätsregelung liegt in der Tatsache, dass überwiegend die Zivilgesellschaft mit ihren Spenden

Sozialleistungen finanzierte und folglich autonom über den Einsatz der Mittel bestimmen konnte. Mit der zunehmenden Verrechtlichung und Verstaatlichung von Sozialleistungen, die insbesondere auch in der Entgeltfinanzierung ihren Ausdruck findet (*Banafsche*, Das Recht der Leistungserbringung in der Kinder- und Jugendhilfe zwischen Korporatismus und Wettbewerb, 2008, 5. Teil A. III. 3. S. 161), wird die Eigenständigkeit der Träger der freien Jugendhilfe prekär.

In diesem Verhältnis mag es für finanziell starke Träger der freien Jugendhilfe eine sinnvolle Investition sein, über Eigenleistungen im Bereich der Kindertagesbetreuung ihre Eigenständigkeit zu behaupten. Für weniger finanzstarke Träger ist die Erbringung von Eigenleistungen hingegen häufig ein absoluter Ausschlussgrund aus dem Betätigungsfeld. Ob mit der Förderfinanzierung den Anforderungen an die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Hinblick auf Pluralität, Vielfalt der Angebote, Träger und Methoden in angemessener Weise gerecht werden kann, ist Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen, die bislang jedoch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung eindeutig zugunsten der Förderfinanzierung unter Berücksichtigung von Eigenleistungen gelöst werden (vgl. BVerfG, U.v. 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 u.a. –, BVerfGE 22, 180 [208]; BVerwG, U.v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 – juris, Rn. 21 unter Bezugnahme auf § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB VIII).

Auch aktuell hat das Oberverwaltungsgericht in Nordrhein-Westfalen (OVG NW – 1.12.2014 – 12 A 2523/13 –, juris) in einem Rechtsstreit, in dem ein privat-gewerblicher Träger einer Kindertageseinrichtung einen Anspruch auf Förderfinanzierung durchsetzen wollte, unter umfänglichen Verweis auf den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (insb. VGH BY – 23.10.2013 – 12 BV 13.650 –, juris) entschieden, dass eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge des Entstehens eines Förderanspruchs allenfalls dann angenommen werden könne, wenn der weitere Betrieb der Einrichtungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung eines pluralen Angebots (vgl. hierzu etwa *Lakies*, in: FK-SGB VIII, 7. Aufl., 2012, § 24 Rn. 23), konkret gefährdet wäre (so auch *Dunkl/Eirich*, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 Anm. 3 a.E.) und andere zumutbare Wege der Eigenfinanzierung – etwa eine (weitere) Beitragserhöhung – ausgeschöpft sind. Insoweit sei zugleich zu berücksichtigen, dass die Förderung von Maßnahmen eines freien Trägers durch eine Gemeinde überhaupt nur dann in Be-



tracht kommt, wenn dieser eine nach den Verhältnissen und nach seiner Finanzkraft angemessene Eigenleistung erbringt. Bei einer Bestandsgefährdung einer als bedarfsnotwendig anerkannten freigemeinnützigen Einrichtung wird sich regelmäßig zugleich auch die Gewährleistungsverantwortung (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Juli 2009 – 5 C 25/08 –, BVerwGE 134, 206-227; Lakies, § 24 Rn. 10 ff. m.w.N.) des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe (Landkreis) aktualisieren. Allerdings erschien beides in dem dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vorliegenden Fall bei einem Defizit von lediglich 3,6 % der Gesamtkosten eher unwahrscheinlich (vgl. VGH BY 23.10.2013 – 12 BV 13.650 –, Rn. 29, juris).

Mit der o.g. Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen erneut und bereits unter dem Eindruck des (im Zeitraum des streitentscheidenden Sachverhalts erst noch bevorstehenden) erweiterten Rechtsanspruchs auf Kindertagesbetreuung ab dem 1. Lebensjahr zum 1. August 2013 entschieden, dass sich für den Bereich der Kindertagesbetreuung auch aus verfassungsrechtlicher Sicht kein Anspruch auf Vollfinanzierung ergibt. Ferner hatte es bestimmt, dass es allein am Landesgesetzgeber sei zu bestimmen, ob privat-gewerbliche Träger in die Finanzierung der Kindertagesbetreuung einbezogen werden oder nicht. Schlössen landesrechtliche Regelungen dies aus, sei darin kein Verstoß gegen höherrangiges Recht zu erkennen.

So bleibt es zum aktuellen Zeitpunkt dabei, dass zumindest dann, wenn Landesrecht den Ausbau der Kindertagesbetreuung auf der Grundlage einer Förderfinanzierung und damit unter Berücksichtigung von Eigenanteilen durch die Einrichtungsträger regelt, die zuständigen Gerichte dies bislang nicht mit generellen rechtlichen Bedenken betrachten. Ob und mit welchen Erfolgsaussichten die Pflicht zur Eigenbeteiligung zum aktuellen Zeitpunkt rechtlich angreifbar ist, ist nicht Gegenstand der vertieften Behandlung dieses Gutachtens. Dass allerdings dieses Finanzierungskonzept es den Leistungsträgern ermöglichen muss, ihrer Gewährleistungsverpflichtung nachzukommen, ist bei der Frage nach dem Umfang der Förderung zu diskutieren (vgl. 4.).

### **3. Entwicklung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung in Baden-Württemberg seit Normierung des § 74a SGB VIII und Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz auf den Landesgesetzgeber**

Mit vorgenannten Ausführungen gilt, dass die Finanzierung der Tagesbetreuung von Kindern landesrechtlichen Regelungen vorbehalten ist, soweit sie nicht gemäß § 90 SGB VIII (Erhebung von Teilnahmebeiträgen) i.V.m. landesrechtlichen Vorschriften und kommunalen Satzungen den Eltern obliegt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 14. Mai 2004 - 5 B 24/04 - FEVS 56, 297 m.w.N.). Mit § 74a S. 1 SGB VIII ist klargestellt, dass bundesrechtliche Regelungen insoweit nicht zur Anwendung kommen. Damit wird den in den Ländern geschaffenen unterschiedlichen Finanzierungsformen Rechnung getragen und es ermöglicht, den Bau und den Betrieb von Tageseinrichtungen in Betrieben aus öffentlichen Mitteln zu unterstützen (vgl. die Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf – zu § 74 a [Nr. 32], BT-Drs. 15/3676, S. 39).

Zur Regelungsbefugnis der Länder gehört auch die Entscheidung, welchen Trägern, in welcher Form und in welchem Umfang das Land Zuschüsse für den Betrieb von Tageseinrichtungen gewähren will. Ein Land kann sich etwa für die anteilige Finanzierung im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs entscheiden, unmittelbar Betriebskosten (aus dem Personal- und Sachaufwand) übernehmen oder die Förderung allein den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe zuordnen (vgl. etwa Thüringer Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 06. April 2006 – 3 KO 237/05 –, Rn. 44, juris). Erfolgt die Zuordnung zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe, so kann das Landesrecht ebenfalls konkretisieren, in welcher Form die Förderung erfolgt.

Die Finanzierung der Kindertagesbetreuung in Baden-Württemberg wurde mit dem Gesetz zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes und des Finanzausgleichsgesetzes (Drucks. 14/3659), das zum 1.1.2009 in Kraft getreten ist, mit dem Ziel grundlegend reformiert, den Betreuungsausbau voranzutreiben.

Seitdem ist die institutionelle Förderung der Träger von Einrichtungen oder Gruppen geregelt, die der Bedarfsplanung entsprechen. Der Förderanspruch richtet sich ausschließlich gegen die Standortgemeinde und kommt ausdrücklich auch privatgewerblichen Trägern zugute (LT-Drucks. 14/3659, S. 17).

Der Gestaltungsspielraum, der nach § 74a SGB VIII den Landesgesetzgebern bei der Finanzierung von Tageseinrichtungen für Kinder zuzubilligen ist, ist nach einer Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ausfüllung und Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG durch die materiellen Grundsatzentscheidungen des Jugendhilferechts für ein möglichst plurales, bedarfsorientiertes Angebot begrenzt (Urt. v. 21.01.2010 – 5 CN 1/09, Rn. 30/31, juris). Die Regelungsermächtigung des § 74a SGB VIII stellt die Landesgesetzgeber nicht frei von jeglicher Bindung an die bundesgesetzlich geregelten materiellen Ziele und Grundsätze der Jugendhilfe. Die Finanzierung von Tageseinrichtungen muss die „Pluralität der Jugendhilfe“, d. h. die Pluralität der Träger und die Pluralität der Inhalte, Methoden und Arbeitsformen ermöglichen, unterstützen und effektiv gewährleisten (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten ist ebenso zu berücksichtigen (§ 5 Abs. 1 S. 1 SGB VIII) wie das Gebot, die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen der verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung zu stellen (§ 79 Abs. 2 SGB VIII). Ferner ist ein möglichst wirksames, vielfältiges und aufeinander abgestimmtes Angebot an Jugendhilfeleistungen zu gewährleisten (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII). Insbesondere für Kindertageseinrichtungen kommt das Gebot hinzu, bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben die von den Personenberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung zu beachten (§ 9 Nr. 1 SGB VIII; Art. 6 Abs. 2 GG).

Hierbei ist die gerichtliche Kontrolle am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG wegen der materiell-rechtlichen Grundsätze des Jugendhilferechts nicht auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkt, obgleich die Finanzierung von Tageseinrichtungen im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit liegt. Erforderlich sind vielmehr hinreichend tragfähige sachliche Gründe (BVerwG, a. a. O., Rn. 33, juris).

## a. Grundlagen der Landesförderung

Die Rechtsgrundlage der Finanzierung von Einrichtungen der Kindertagesförderung bilden in Baden-Württemberg §§ 8 bis 8c KitaG-BW sowie die §§ 29b und 29c des Gesetzes über den kommunalen Finanzausgleich (Finanzausgleichsgesetz - FAG).

Das Landesrecht bestimmt, dass die finanzielle Förderung freier und privater Kindertageseinrichtungen Aufgabe der Gemeinden ist (§ 8 Abs. 1 S. 1 KitaG BW). Diese Pflicht trifft konkret die Standortgemeinde der jeweiligen Einrichtung. Soweit die Einrichtung gemeindefremde Kinder betreut, hat die Kommune allerdings gemäß § 8a KitaG BW einen Anspruch gegenüber der Wohnortgemeinde des versorgten Kindes auf interkommunalen Kostenausgleich. Auf diese Weise wird die institutionelle Förderung der Einrichtung mit der Subjektförderung kombiniert.

Darüber hinaus unterstützt das Land die Gemeinden nach Maßgabe der §§ 29b, 29c FAG, indem es den Standortgemeinden finanzielle Mittel in bestimmter Höhe zuwendet.

Wenngleich also die unmittelbare Finanzierungspflicht ausschließlich die Standortgemeinde der Einrichtungen trifft, so hat diese ihrerseits Möglichkeiten der Gegenfinanzierung. Zur Beantwortung der vorliegenden Fragen sind Inhalt und Umfang der Landesförderung zwar nicht unmittelbar von Belang, können bei einzelnen Fragestellungen jedoch zumindest zusätzlich Auskunft über die Absichten des Landesgesetzgebers geben. Unter 5. soll daher auf die Grundlagen der Landesförderung nochmals gesondert eingegangen werden, soweit diese zur Auslegung der örtlichen Finanzierung von Bedeutung sind.

Die Höhe der Förderung durch die Gemeinde hängt nach den gesetzlichen Vorschriften von verschiedenen Faktoren ab. Hierzu gehören die Aufnahme der Einrichtung oder Gruppe in die Bedarfsplanung (§ 3 Abs. 3 KitaG BW), die Öffnungszeiten (§ 1 Abs. 5 KitaG BW) und das Alter der betreuten Kinder (§ 1 Abs. 2, 3 und Abs. 6 KitaG BW).

Grundsätzlich gilt, dass Kindertageseinrichtungen, die in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, mit 63% (Kita) oder 68% (Krippe) ihrer Betriebsausgaben gefördert werden. Mit diesem Umfang bestimmt der Gesetzgeber eine Mindestförderhöhe der

entsprechenden Einrichtungen, auf die von Seiten der Träger ein Anspruch besteht (LT-Drucks. 14/3659, S. 17). Der Gemeinde ist es darüber hinaus aber unbenommen eine höhere Förderung als diese Mindestförderung zu gewähren, die sie im Wege der Vereinbarung mit den Trägern festsetzt (§ 8 Abs. 5 KitaG BW).

Da Vereinbarungen über eine höhere Förderung nur unter Berücksichtigung des Umfangs der Mindestförderhöhe interessengerecht getroffen werden können, ist im Folgenden zu klären, welchen Inhalt der Anspruch des Einrichtungsträgers auf finanzielle Förderung gegenüber der Gemeinde ggf. unter Berücksichtigung der Finanzierungspflicht des Landes haben kann.

#### **b. Differenzierung nach Bedarfsplanung**

Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe muss im Rahmen seiner bundesrechtlichen Gewährleistungsverantwortung sicherstellen, dass für jedes Kind, das den Rechtsanspruch hat, tatsächlich ein Platz zur Verfügung steht (Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, Rn. 361, 372 ff.). Der Anspruch erstreckt sich allerdings nach Inhalt und Reichweite nicht auf einen bestimmten Platz oder eine bestimmte Tageseinrichtung, sondern nur auf einen Platz in einer grundsätzlich geeigneten, d.h. den konkreten Bedarf des Kindes bedienenden, zumutbaren Tagesstätte (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13. August 2013 – 12 A 55/13 –, Rn. 8, juris; vgl. auch BVerwG, Urteile vom 24. April 2002 – 5 C 18/01 –, BVerwGE 116, 226, juris und vom 21. Januar 2010 – 5 CN 1/09 –, EuG 2010, 209, juris; umfassend Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, Rn. 361, 372 ff.).

Die Rechtsprechung erkennt in diesem Rahmen die zentrale Steuerungsfunktion der Jugendhilfeplanung an, die auf der Ebene der Zuschussgewährung nicht geändert oder gar außer Kraft gesetzt werden kann (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25. November 2005 – 12 A 2031/04; Beschluss vom 30. September 2010 – 12 A 2778/09 –, Rn. 31, juris).

In Baden-Württemberg ist die Aufnahme in die Bedarfsplanung Voraussetzung für die finanzielle Förderung nach § 8 Abs. 2 und 3 KitaG BW. Träger von Einrichtungen und

Gruppen, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, erhalten dennoch einen Zuschuss gemäß § 8 Abs. 4 KitaG BW.

Bestimmt damit die Aufnahme in die Bedarfsplanung in maßgeblicher Weise den Umfang der Förderung, so liegt das Interesse der Träger an der Aufnahme in die Bedarfsplanung auf der Hand.

Ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Bedarfsplanung besteht zwar nicht (Dürr, Kindergartenrecht BW, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 5.10 S. 74). Die freien Träger haben jedoch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Standortgemeinde. Die Ausübung des gemeindlichen Ermessens und die hierbei angelegten Maßstäbe und Kriterien sind gerichtlich nachprüfbar. Träger, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden, können gegen diese Entscheidung den Rechtsweg beschreiten.

Für Baden-Württemberg hat der VGH Baden-Württemberg zur Frage der Bedarfsplanung ein wegweisendes Urteil gefällt (VGH BW – 4.6.2008 – 12 S 2559/06, VBIBW 2009, 95), das die rechtliche Weiterentwicklung des KitaG BW so maßgebend beeinflusst hat, dass die dortigen Ausführungen teils wörtlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden (LT-Drs. 14/3659, S. 15, 16).

Eine besondere Bedeutung kommt den Ausführungen in Hinblick auf das elterliche Wunsch- und Wahlrecht und der Aufnahme gemeindefremder Kinder in die örtliche Bedarfsplanung zu. Das Gericht hat festgestellt, dass eine Unterscheidung zwischen einheimischen und auswärtigen Kindern rechtlich nicht haltbar ist. Dies führt dazu, dass eine Standortgemeinde keine Gruppe mehr aus der Bedarfsplanung mit der Begründung ausschließen darf, dass sie auswärtige Kinder betreut (Dürr, § 3 Rn. 5.3 S. 68).

Der Gemeinde bleibt als Kriterium der Planungsentscheidung nur noch das Gebot eines wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Die Entscheidung über die Aufnahme eines belegten Betreuungsplatzes in die gemeindliche Bedarfsplanung ist vor allem davon abhängig zu machen, ob durch die betreffende Einrichtung auch mittelfristig mit einer Befriedigung von Betreuungswünschen in vertretbarer Weise zu rechnen ist. Dies setzt u.a. voraus, dass in der betreffenden Einrichtung Betreuungs-

plätze mindestens in Gruppengröße und mit einer gewissen Kontinuität belegt werden (Dürr, a.a.O. § 3 Rn. 5.3).

Damit verbleiben als Anwendungsbereich einer platzbezogenen Förderung nach § 8 Abs. 4 KitaG BW solche Einrichtungen, die entweder Kinder nicht in Gruppengrößen betreuen oder für die nicht die hinreichende Gewissheit besteht, dass die angebotenen Betreuungsplätze auch mittelfristig (noch) belegt werden können (Dürr, a.a.O. § 3 Rn. 5.3).

### **c. Differenzierung nach dem Alter der betreuten Kinder**

Wie unter A.2. beschrieben, haben die Gerichte bislang bestätigt, dass die Förderfinanzierung der Kindertagesbetreuung, mit der dem Träger der freien Jugendhilfe ein Eigenanteil zugemutet wird, grundsätzlich rechtmäßig ist. Macht der Gesetzgeber die Höhe des Eigenanteils vom Alter der zu betreuenden Kinder abhängig, könnte darin eine grundsätzlich zulässige Umsetzung seiner finanziellen Steuerungsbefugnis liegen. In Baden-Württemberg soll vor allem der Ausbau der Kindertagesbetreuung für die unter dreijährigen Kinder ausgebaut und diese deshalb in höherem Umfang bezuschusst werden (§ 8 Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 6 KiTaG BW). Unter der Annahme, dass die Forderung nach dem Einsatz von Eigenleistungen grundsätzlich zulässig ist, ist dieser Zielsetzung zugute zu halten, dass mit ihr ein sachliches Ziel verfolgt wird.

Insofern stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob die absolute Höhe der zugemuteten Eigenleistung und der mit der Regelung einhergehende pauschale Ansatz von Eigenleistungen unabhängig von der Finanzkraft und der Größe des Trägers unter Beachtung der Grundsätze der Förderfinanzierung zulässig ist.

Auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung gilt in Baden-Württemberg, dass jeder freie Träger von Einrichtungen oder Gruppen der Kindertagesbetreuung seine Betriebsausgaben zu 32% bzw. 37% mit Teilnahmebeiträgen und Eigenleistungen bestreiten muss.

Die Frage, in welcher Höher dieser Umfang durch die Kostenbeteiligung der Eltern gedeckt werden kann, lässt sich nicht abschließend beantworten. § 6 KitaG BW regelt hierzu, dass die Träger der Einrichtungen Elternbeiträge so bemessen können,

dass der wirtschaftlichen Belastung durch den Besuch der Einrichtung sowie der Zahl der Kinder in der Familie angemessen Rechnung getragen wird. Abgesehen von dieser wenig weiterführenden Formulierung ist die Praxis in Baden-Württemberg von einem sog. Landesrichtsatz geprägt, der vom Gemeindetag und dem Städtetag Baden-Württemberg, der Erzdiözese Freiburg, der Diözese Rottenburg/Stuttgart, der Evangelischen Landeskirche in Baden und in Württemberg, dem Diakonischen Werk der Evangelischen Landeskirche in Baden, dem Evangelischen Landesverband für Kindertagesstätten in Württemberg, dem Caritasverband für die Erzdiözese Freiburg und dem Landesverband Katholische Kindertagesstätten in der Diözese Rottenburg/Stuttgart im Rahmen gemeinsamer Empfehlungen für die Höhe der Elternbeiträge in Tageseinrichtungen festgelegt wird

([http://www.evlvkita.de/cms/front\\_content.php?idart=556](http://www.evlvkita.de/cms/front_content.php?idart=556)). Der Landesrichtsatz ist der Höhe nach von dem langjährigen gemeinsamen Grundsatz getragen, dass der Elternanteil 20% der Gesamtkosten für den Kindergarten betragen soll (*Dürr*, § 6 Nr. 2).

Legt man diesen Betrag – wie es auch die Politik in den Finanzverhandlungen zum Ausbau der Kindertagesbetreuung getan hat – dem Umfang der Förderfinanzierung zugrunde, so verbleibt bei den freien Trägern eine Eigenleistung im Umfang von 12% bzw. 17% der Betriebsausgaben. Ob ein solcher nach wie vor recht erheblicher Eigenanteil von den Trägern der freien Jugendhilfe verlangt werden kann, ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu beurteilen. Wie unter A.2. bereits ausgeführt vertreten die Gerichte bislang die Auffassung, dass eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge des Entstehens eines Förderanspruchs allenfalls dann angenommen werden könne, wenn der weitere Betrieb der Einrichtungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung eines pluralen Angebots, konkret gefährdet wäre und andere zumutbare Wege der Eigenfinanzierung – etwa eine (weitere) Beitragserhöhung – ausgeschöpft sind. Ferner werde sich bei einer Bestandsgefährdung einer als bedarfsnotwendig anerkannten freigemeinnützigen Einrichtung regelmäßig die Gewährleistungsverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe aktualisieren (vgl. *Lakies*, in: FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 4). In diesem Ausgleichsverhältnis sei wiederum zu berücksichtigen, dass die Förderung von Maßnahmen eines freien Trägers durch eine Gemeinde grundsätzlich nur dann in Betracht



kommt, wenn dieser eine nach den Verhältnissen und nach seiner Finanzkraft angemessene Eigenleistung erbringt (umfassend *Forkel*, ZKJ 2010, 308 ff.).

Mit diesen Umschreibungen ergibt sich für die Praxis ein durchaus kompliziertes Ringen zwischen den Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe sowie den Gemeinden, das um steten Ausgleich bemüht sein muss und im Wege von Verhandlungen erfolgt. Gerichtliche Entscheidungen können in diesem Auseinandersetzungsprozess als Argumente und Indizien eingeführt werden. Eine verbindliche Rechtsprechung zu der Frage, ab wann die Höhe der Förderfinanzierung dem staatlichen Auftrag zur Förderung der Kindertagesbetreuung nicht mehr gerecht werden kann, findet sich indessen nicht.

Hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit seinem Urteil vom 23. Oktober 2013 (12 BV 13.650 –, Rn. 29, juris) eine Klage mit dem Ziel der Vollfinanzierung zu entscheiden, so hatte er mit den zuvor genannten Begründungen konturiert, wann ein solcher Anspruch entstehen könne. Im konkreten Fall ging es bei dem Träger um ein Defizit bei der Deckung der Betriebskosten um 3,6%. Dieser Betrag wurde dem Träger folglich als Eigenleistung zugemutet, was dem Gericht wiederum nicht als so erheblich erschien, dass dem Träger eine höhere Förderung bzw. die Vollfinanzierung im Rahmen einer Ermessensreduzierung auf Null hätte zugesprochen werden können.

Die Gerichte müssten in einem streitigen Verfahren entlang der durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze die konkreten Verhältnisse und die Finanzkraft des antragstellenden Trägers berücksichtigen, ehe sie eine Entscheidung im Einzelfall fällen (BVerfG, Entscheidung vom 18. Juli 1967 – 2 BvF 3/62 u. a. –, BVerfGE 22, 180; *Forkel*, ZKJ 2010, 308 ff.). In diesem Zusammenhang wurde im entscheidungserheblichen Fall des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zwar nicht weiter erörtert, dass es sich bei dem Kläger um einen kirchlichen Träger handelte, dessen Defizit zuvor von der Diözese immer ausgeglichen wurde. Diese Tatsache dürfte das Gericht jedoch durchaus mitbedacht haben, wenn es ein Defizit von 3,6% nicht als anspruchsbegründend ansah. Für eine kleine Einrichtung in Trägerschaft bspw. einer Elterninitiative wäre ein Defizit in Höhe von 3,6% ohne Refinanzierungsmöglichkeit ein Grund, den Betrieb einzustellen.

Nicht absehbar ist in einer solchen Konstellation, ob die Gerichte aus diesem Befund die Schlussfolgerung ziehen würden, dass ein Anspruch auf höhere Finanzierung besteht oder ob zunächst die Gesamtsituation der Gemeinde mit der Überlegung Berücksichtigung finden müsste, ob auch bei Schließung dieser einen Einrichtung noch ein Angebot vorhanden ist, mit dem die Forderung nach Pluralität und der Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechts der Eltern aufrecht erhalten werden kann.

Da die Regelungen in § 8 Abs. 2 und 3 KitaG BW eine willkürlich festgesetzte pauschale Eigenleistung bestimmen, die sich nicht an den jeweiligen Verhältnissen oder der Finanzkraft des Trägers orientiert, ist nicht auszuschließen, dass im Einzelfall eine Klage auf höhere Förderung Aussicht auf Erfolg hat. Allerdings wäre zunächst zu beachten, dass es den Gemeinden unbenommen ist, im Wege von Vereinbarungen höhere Förderungen zu gewähren. Erst wenn sie sich dazu im Einzelfall nicht bereit erklären, eröffnet sich für den Träger der Weg, auf den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung und ggf. hilfsweise unmittelbar auf eine höhere Förderung zu klagen.

Dieser komplizierte Umsetzungsprozess ist der Forderung geschuldet, dass vor Inanspruchnahme des Rechtswegs alle gesetzlich zur Verfügung gestellten Möglichkeiten zur Durchsetzung eines Anspruchs erschöpft sein müssen. Da eine höhere Förderung im Wege der Vereinbarung als gesetzliche Möglichkeit vorgesehen ist, muss für eine erfolgreiche Klage zumindest der Versuch eines einvernehmlichen Abschlusses dargelegt werden. Scheitert dies und wird Rechtsschutz im Wege einer gerichtlichen Entscheidung nachgesucht, stellt sich die Frage, mit welchem Antrag ein Rechtschutzverfahren einzuleiten ist.

Hier ist daran zu denken, dass es umstritten und im Ergebnis durchaus fraglich ist, ob ein Anspruch auf Abschluss eines konkreten Vertrages besteht. Da Verträge im Wege einvernehmlicher Verhandlungen geschlossen werden müssen, lassen sich vertragliche Inhalte schwerlich von den Gerichten ersetzen. Ist jedoch dargelegt, dass Vertragsverhandlungen gescheitert sind und zugleich eine Förderung unter Berücksichtigung einer geringeren Eigenbeteiligung zwingend für die Absicherung der Existenz des Trägers ist, könnten dem Begehren auf Abschluss eines Vertrages mit einem kon-

kreten Inhalt hinsichtlich der Höhe der finanziellen Förderung grundsätzlich Erfolgsaussichten prognostiziert werden, wenn der Finanzierungsbedarf der gesamten Einrichtung konkret dargelegt werden kann. Lediglich hilfsweise wäre dann der Antrag auf eine betragsmäßig nicht bestimmte höhere Förderung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu stellen. Ziel und Begründung des Antrags wären im Ergebnis jedoch identisch.

Blickt man nochmals auf die Ausgangsfrage, ob eine Differenzierung der Förderhöhe nach dem Alter der Kinder zulässig ist, gilt, dass dem Träger für die Betreuung von Kindern ab dem dritten Lebensjahr auf gesetzlicher Grundlage ein erheblich höherer Eigenanteil (37% statt 32% der Betriebsausgaben) zugemutet wird. Kommt es nach der Rechtsprechung bei der Überprüfung des Förderanspruches nicht zuletzt auf die Höhe der zugemuteten Eigenleistung an, so folgt daraus auch, dass im Streitfall der Antrag eines Trägers der freien Jugendhilfe auf höhere Förderung, der über dreijährige Kinder betreut ggf. mehr Aussicht auf Erfolg hat. Denn ganz generell besteht kein höherwertiges staatliches Interesse an der Betreuung von jüngeren Kindern, sondern nur ein stärkeres Interesse am Ausbau der Angebote für diese Gruppe, da der Rechtsanspruch auf Kindertagesbetreuung nicht nach dem Alter der berechtigten Kinder unterscheidet, bis zum Jahr 2013 aber nur der Ausbau für Kinder ab dem dritten Lebensjahr vorangetrieben wurde.

Soweit eine gerichtliche Überprüfung der Förderhöhe angestrebt wird, stellt sich die Frage, ob die Forderung nach einer höheren Finanzierung auch auf den Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG gestützt werden kann (Forkel, ZKJ 2010, 5, 9). Insoweit wäre maßgeblich, ob es einen sachlichen Differenzierungsgrund für die unterschiedliche Förderhöhe gibt. Der Baden-Württembergische Gesetzgeber sieht einen solchen in dem Interesse am Ausbau der Kindertagesbetreuung für unter Dreijährige (vgl. LT-Drs. 14/3659, S. 13/14). Es erscheint indes fraglich, ob dies allein dazu führen kann und darf, eine 37%ige Eigenbeteiligung an den Kosten der Betreuung von Über Dreijährigen noch als mit dem Gleichheitssatz vereinbar anzusehen. Für die Frage der Höhe der Förderung sind aus der Sicht des Trägers der Einrichtung vor allem die für deren Betrieb entstehenden Kosten maßgeblich. Insoweit kann wohl nicht eingewendet werden, dass Einrichtungen für Kleinkinder bis zu drei Jahren generell höhere Be-

triebsausgaben verursachen als solche für Kinder mit über drei Jahren. Der Aspekt der Betriebsausgaben war für den Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg bei der Gewährung einer höheren Förderung für die Kleinkindbetreuung ausweislich der Begründung des Gesetzes zur Änderung des KiTaG und das FAG unmaßgeblich, wie der LT-Drs. 14/3659 entnommen werden kann. Die unterschiedliche Förderhöhe wurde nicht begründet. Jedoch ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass mit der höheren Förderung für Einrichtungen der Kleinkindbetreuung ein Anreiz geschaffen werden sollte, solche Einrichtungen vermehrt zu errichten, da insoweit ein größerer Bedarf als bei den bisher vorhandenen Kindergärten bestand. Rechtsprechung dazu, ob diese Anreiz- und Steuerungsfunktion als gerechtfertigt angesehen werden kann, liegt bislang nicht vor.

#### **d. Differenzierung nach Öffnungszeiten**

In § 1 Abs. 5 KitaG BW zählt das Gesetz die wichtigsten Betriebsformen der Kindertagesbetreuung auf. Die Aufzählung ist nicht abschließend und Anpassungen an die örtlichen Verhältnisse und Angebote möglich (Dürr, § 1 Nr. 3). In jedem Fall wird in der Vorschrift die Verbindung von Betriebsform und Öffnungszeit hergestellt, in der zugleich eine Grundlage der Bedarfsplanung enthalten ist. Eine Bedarfsplanung, die lediglich die Anzahl der erforderlichen Plätze benennt, bildet den Bedarf nicht ausreichend ab. Dem zeitlichen Umfang der bedarfsgerechten Förderung kommt vielmehr ein besonderes Gewicht zu (KVJS, Orientierungshilfe zur Bedarfsplanung in der Tagesbetreuung, Dezember 2011).

Der Rechtsanspruch auf Finanzierung der in die Bedarfsplanung aufgenommenen Einrichtungsträger bemisst sich nach § 8 KitaG BW anhand der tatsächlichen Betriebsausgaben. Dabei sind nur die Betriebsausgaben anererkennungsfähig, soweit sie den ordnungsgemäßen und im Rahmen der Bedarfsplanung konkret festgesetzten Betrieb sicherstellen. In diesem Rahmen muss die Einrichtung mit einer bestimmten Platzzahl und einem bestimmten zeitlichen Umfang der Betreuung in der Bedarfsplanung ausgewiesen werden.

Der Rechtsanspruch des Kindes auf Kindertagesförderung enthält keine Feststellung zum zeitlichen Umfang des Anspruchs. Aus der Zielsetzung, die Entwicklung des Kindes zu fördern (§ 22 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII), lassen sich ebenfalls keine Hinweise auf den zeitlichen Umfang der Betreuung entnehmen. Im Hinblick auf das Ziel, Eltern eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen und Beruf und Familie besser miteinander zu vereinbaren (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII), muss eine bedarfsgerechte Erfüllung des Anspruchs Betreuungsmodalitäten – insbesondere Öffnungszeiten – gewährleisten, die dem (allein-)erziehenden Elternteil die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ermöglichen (Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3, Rn. 138, 149 ff.).

In der Kommentarliteratur wird daher vertreten, dass regelmäßig eine Öffnungszeit der einzelnen Einrichtung von mindestens sechs Stunden als bedarfsgerecht angesehen werden kann (Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 24 Rn. 17; so auch Lakies ZfJ 1996, 299; Georgii NJW 1996, 686; Struck ZfJ 1996, S. 157; /Lakies, FK-SGB VIII, § 24 Rn. 18; Wrase ZfJ 2004, 138).

Problemhaft ist daher eher die Frage, bis zu welchem Umfang die Gemeinde die erforderlichen Personalkosten tragen muss, die aufgrund längerer Öffnungszeiten anfallen. Aus diesem Grund ist im Rahmen der örtlichen Bedarfsplanung zu prüfen, welche Öffnungszeiten benötigt werden, damit der Leistungsträger seine Rechtsverpflichtungen erfüllen kann. Es geht folglich nicht allein um den zeitlichen Umfang des Anspruchs eines einzelnen Kindes auf Kindertagesbetreuung, sondern darum, ob der Leistungsträger Einrichtungen vorhält, die in der Lage sind, die unterschiedlichen anspruchsgestützten Bedarfslagen zu decken. Dabei ist darauf zu achten, dass zur Erfüllung gesellschaftlicher und familiärer Ansprüche und zur Verwirklichung individueller beruflicher Tätigkeiten von Eltern eine Flexibilisierung der Angebote an Tagesbetreuung erforderlich ist. Unter flexibler Betreuung sind Angebote zu verstehen, in denen Familien ihre Betreuungszeiten je nach ihrem Bedarf festlegen können. (Meysen/Beckmann/Birnstengel/Eschelbach/Götte, Rechtsgutachten des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) eV, Rechtsanspruch U3 – Voraussetzungen und Umfang des Rechtsanspruchs auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege für Kinder unter drei Jahren, Rn. 44;

[https://www.dijuf.de/tl\\_files/downloads/2011/2012/DIJuF-Thesen\\_Rechtsanspruch%20U3\\_11-01-2013.pdf](https://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2011/2012/DIJuF-Thesen_Rechtsanspruch%20U3_11-01-2013.pdf)).

Mit der Bedarfsplanung ist demnach für die Kommune nicht nur zu ermitteln, welche zeitlichen Betreuungsumfänge nachgefragt werden, sondern auch, innerhalb welcher Betreuungszeiten diese eingelöst werden sollen. Die festgestellten Bedarfe müssen sich in der Bedarfsplanung der Kommune niederschlagen.

Solange eine Einrichtung nur mit geringeren Öffnungszeiten in die Bedarfsplanung aufgenommen ist, hat sie keinen unmittelbaren Anspruch auf eine entsprechende Förderung. Um eine höhere Förderung durchzusetzen, wäre es erforderlich, die Aufnahme in die Bedarfsplanung unter Berücksichtigung der verlängerten Öffnungszeiten zu erreichen.

Das Sächsische Obergericht hat zur Frage der konkreten Bedarfsplanung ausgeführt, dass die Bedarfsplanung des öffentlichen Trägers das Angebot der Einrichtungen zu Grunde zu legen habe, wie es von den jeweiligen Trägern gemacht wird. Es bliebe dem öffentlichen Träger unbenommen, mittels Vereinbarungen auf die Optimierung des Angebots hinzuwirken. Er könne zwar die Aufnahme in die Bedarfsplanung ablehnen, wenn die Voraussetzungen nicht vorlägen. Er könne aber zumindest nicht umgekehrt eine Bedarfsplanung erstellen und die freien Träger dann auf Grundlage dieser Planung verpflichtet, ihr Angebot so auszugestalten, dass sie die Bedarfsplanung erfüllen (Sächsisches Obergericht, Urteil vom 21. März 2013 – 1 C 15/12 –, juris) .

Werden Gruppen mit längeren Öffnungszeiten so verlässlich belegt, dass sie eine wirtschaftliche Mittelverwendung zusichern können, kann es grundsätzlich nicht zulässig sein, diese Gruppen im Rahmen der Bedarfsplanung nur mit geringeren Stundenkontingenten anzusetzen. Ein weiteres starkes Indiz für eine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung wäre darin zu sehen, dass das Land bei der Berechnung seiner Kostenanteile undifferenziert von einem grundsätzlich höheren Bedarf an längeren Öffnungszeiten ausgeht.

## **e. Differenzierung nach Art der Träger**

### **aa. Privat-gewerbliche Anbieter**

Ob sich der Umfang der Förderung an der Art der Träger orientieren kann, wird in der Regel bei der Finanzierung von privat-gewerblichen Trägern und der Finanzierung von Betriebskindergärten diskutiert. In beiden Fällen konnte im Rahmen der Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII eine Gleichbehandlung mit den Trägern der freien Jugendhilfe zu Recht abgelehnt werden. Weder privat-gewerbliche Träger noch Betriebskindergärten konnten und können den Status der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe erreichen. Solange die Finanzierung mit den Voraussetzungen der Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe verknüpft wurde, war eine Differenzierung nach der Art des Trägers nicht nur zulässig, sondern geboten (FK-SGB VIII 4. Aufl. § 74 Rn. 8).

Die bisherige Festlegung auf zwei Arten von Trägern ist in Baden-Württemberg, wie in vielen anderen Bundesländern (vgl. Münder, in: Münder/Wehrmann, Förderung in Kindertageseinrichtungen, Münstermann 2013, S. 14 ff. [21]; zur Begründung etwa Thüringen LT-Drs. 4/1200, S. 22), nicht mehr maßgebend, da Einrichtungen von Trägern der Jugendhilfe, Gemeinden und Zweckverbänden sowie von privat-gewerblichen Trägern, die die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtung erfüllen, geführt werden können (§ 1 Abs. 2, 3 und 6 KitaG BW).

Da die Pflicht zur Finanzierung der Kindertageseinrichtungen in § 8 KitaG BW ausdrücklich Bezug auf Einrichtungen nach § 1 Abs. 2 bis 6 KitaG BW nimmt, kann kein Zweifel bestehen, dass eine Differenzierung nach den Eigenschaften des Trägers der Einrichtung nur in dem gesetzlich normierten Umfang möglich ist. D.h. der Träger muss die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtungen erfüllen. Ob er dabei gemeinnützig oder mit Gewinnerzielungsabsicht tätig wird, ist nicht maßgeblich.

An keiner Stelle sieht das Gesetz hingegen vor, dass eine Einrichtung von der Förderung ausgeschlossen oder die Förderhöhe begrenzt werden könne, wenn der Träger der Einrichtung kein anerkannter Träger der freien Jugendhilfe ist oder gar der Zu-

gang von Kindern zur Einrichtung bspw. von der Betriebszugehörigkeit der Eltern abhängig gemacht wird.

Damit gilt aber auch, dass ein privat-gewerblicher Träger, dessen Tätigkeit auf Gewinnerzielung orientiert ist, nicht nicht oder nur in geringerem Umfang gefördert werden dürfte. Soweit auf die Allgemeinen Nebenbestimmungen der Stadt zum Zuwendungsbescheid i.S.v. § 36 VwVfG hingewiesen wird, demnach die Bildung von Rücklagen und Rückstellungen grundsätzlich nicht zuwendungsfähig ist, besteht aufgrund der gesetzlichen Finanzierungsregelung nach § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW keine Gefahr, dass sich ein evtl. Gewinn des Trägers aus der Mindestförderung speisen und damit gegen die Nebenbestimmung verstoßen könnte. Da die Förderung nur die anteilige Finanzierung der Betriebsausgaben umfasst und die zweckbestimmte Mittelverwendung nachgewiesen werden muss, kann der Gewinn des Trägers nur auf anderem Wege zustande kommen.

Dass eine Gewinnerzielung aufgrund der Regelung als grundsätzlich ausgeschlossen angesehen wird, ließe sich rechtlich nicht aufrechterhalten. Wäre dies der Fall, wäre eine Förderung privat-gewerblicher Träger ebenfalls grundsätzlich ausgeschlossen. Eine direkte Verknüpfung von Förderung und Gewinn müsste hergestellt werden, um einen Verstoß gegen die Nebenbestimmung darzulegen. Dementsprechend heißt es in den Fördergrundsätzen der Stadt Stuttgart unter 8.: „Rücklagen aus übersteigenden Einnahmen von bis zu 5% der Fördersumme pro Jahr (vor der Begrenzungsberechnung) für eine Einrichtung sind förderunschädlich. Der Zuschuss wird um darüber hinaus gehende Beträge gekürzt. Die gesetzliche Mindestförderung ist davon nicht betroffen.“

Im Umkehrschluss gilt allerdings, dass eine höhere als die gesetzlich festgelegte Mindestförderung durch die Stadt Stuttgart nur dann geleistet wird, wenn der Träger keine Rücklagen oberhalb von 5% der Fördersumme bildet. Insoweit wird i.d.R. auf den haushaltsrechtlich auf Landesebene in § 23 LHO geregelten Subsidiaritätsgrundsatz verwiesen, demnach ein geförderter Träger zunächst alle eigenen Mittel zur Erfüllung des angestrebten Zwecks einsetzen muss. Hier ist allerdings daran zu denken, dass das Haushaltsrecht des Landes Baden-Württemberg zu § 23 LHO ausführt, dass Zu-



wendungen Geldleistungen sind, die ohne Rechtsverpflichtung an Stellen außerhalb der unmittelbaren Landesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke zukunftsbezogen erbracht werden. Vorliegend besteht jedoch eine Rechtsverpflichtung der Kommune die begehrte Förderung zu leisten. Damit gilt auch der Subsidiaritätsgrundsatz, wie er sonst im Zuwendungsrecht Anwendung findet, gerade nicht in gleicher Weise. Daher gilt, dass das Verbot der Gewinnerzielung durch privat-gewerbliche Träger im Widerspruch zum KitaG BW steht, mit dem die Förderung privat-gewerblicher Träger ermöglicht werden soll. Diese Diskrepanz ist dahin aufzulösen, dass eine Gewinnerzielung auch für eine höhere Förderung nicht schädlich sein kann. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bislang nicht vor.

#### bb. Betriebskindergärten

Da das Gesetz keine weiteren als die ausdrücklich benannten Gründe für eine Differenzierung bei der Förderung von Kindertageseinrichtungen zulässt, sind Betriebskindergärten zu fördern wie andere gemeinnützige oder privat-gewerbliche Träger von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung, wenn sie in die Bedarfsplanung aufgenommen sind. In diesem Fall kann auch die Möglichkeit, dass ein Betriebskindergarten für die Allgemeinheit nicht grundsätzlich öffentlich zugänglich ist, eine geringere Förderung nicht rechtfertigen. Hierfür wäre eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage notwendig, die nicht ersichtlich ist.

Nur wenn ein Betriebskindergarten nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen wird, besteht kein unmittelbarer Anspruch auf Förderung aus § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW. Wie bereits unter A.3.b. beschrieben, wäre eine Nichtberücksichtigung in der Bedarfsplanung mindestens dann angreifbar, wenn die Einrichtung Kindertagesförderung in förderungsfähiger Gruppengröße über einen längeren Zeitraum verlässlich anbietet. Ob die Einrichtung öffentlich zugänglich ist oder nur für Kinder der eigenen Mitarbeiter/innen hat keine Auswirkung darauf, ob es sich bei den betreuten Kindern um solche mit einem Rechtsanspruch auf Kindertagesförderung oder nicht handelt. Besteht ein Rechtsanspruch, so wird dieser Bedarf durch einen Betriebskindergarten ebenso gedeckt wie durch eine frei zugängliche Kindertageseinrichtung.

Betriebskindertagesstätten haben folglich einen Anspruch auf Mindestförderung nach § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KiTaG BW, die nicht geringer ausfallen darf als bei jedem anderen Träger auch.

#### **4. Der Begriff der „Betriebsausgaben“ und Konsequenz für den Förderanspruch**

Maßgeblich für den Umfang der finanziellen Förderung von Kindertageseinrichtungen und -gruppen sind nach dem Gesetzeswortlaut deren Betriebsausgaben. Da es hier um die Förderung von Plätzen der Kindertagesbetreuung gehen soll, die in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, bedarf es einer Klärung, inwieweit die Förderung in Form der Erstattung der Betriebsausgaben nach § 8 Abs. 2 und 3 KitaG BW zu gewähren ist.

##### **a. Betriebsausgaben**

Dem Begriff der Betriebsausgaben unterfallen nach dem Wortlaut alle dem Betrieb zurechenbaren Kosten. Der Landesgesetzgeber hat davon abgesehen, den Begriff der erstattungsfähigen Betriebsausgaben näher auszugestalten. Dies wurde in den letzten Gesetzgebungsverfahren zwar nachdrücklich kritisiert, da abzusehen war, dass sich für die Praxis der Begriff der Betriebsausgaben zu einem nachhaltigen Streitpunkt entwickeln wird (*Dürr*, § 8 Nr. 4), eine Konkretisierung ist dennoch auf keiner verbindlichen Ebene erfolgt.

Allerdings findet sich in der Gesetzesbegründung die Formulierung, dass die Höhe der Betriebsausgaben, die im konkreten Einzelfall der gesetzlich vorgesehenen Förderung zugrunde zu legen sind, nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Angemessenheit zu bestimmen sei (LT-Drucks. 14/3659 S. 17).

Mit dem Begriff der Erforderlichkeit ist zumindest klargestellt, dass alle Positionen, mit denen der Träger verbindliche Standards und Qualitätskriterien der Kindertagesbetreuung erfüllt, die auf Bundes-, Landes- oder örtlicher Ebene vorgegeben werden, im Rahmen der Finanzierung auch als förderungsfähig anzuerkennen sind. Welche

allgemeinen Posten zu berücksichtigen sind, lässt sich bspw. der Rahmenvereinbarung vom 25. Juli 2003 zwischen den Kommunalen Landesverbänden, den Kirchen und den Verbänden der sonstigen freien Träger der Jugendhilfe zur Umsetzung des § 8 Abs. 5 des Kindergartengesetzes für Baden-Württemberg entnehmen. Dort ist aufgeführt, dass zu den Betriebsausgaben die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Einrichtung erforderlichen Personal- und Sachausgaben sowie die Verwaltungskosten gehören. Mit diesen Posten erfolgt zumindest eine grundsätzliche Kategorisierung erstattungsfähiger Betriebsausgaben.

Keinerlei weitere Konkretisierung lässt sich dagegen zum Begriff der Angemessenheit finden. Dieser ist dem sozialen Leistungserbringungsrecht allerdings nicht fremd. Im Bereich der Entgeltvereinbarungen wird der dort verwendete Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ auch mit dem Begriff der Angemessenheit näher beschrieben (*Flint*, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 75 Rn. 24). Da Entgeltvereinbarungen der Kinder- und Jugendhilfe gemäß § 78b Abs. 2 S. 1 SGB VIII (wie auch der Eingliederungshilfe gemäß § 75 Abs. 3 S. 2 SGB XII) dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entsprechen müssen, hat sich die Rechtsprechung mit dem Begriff der Wirtschaftlichkeit umfänglich und vertieft beschäftigt. Als Essenz der rechtlichen Überlegungen wird mit dem Begriff der Wirtschaftlichkeit eine günstige Zweck-Mittel-Relation im Sinne eines angemessenen und ausgewogenen Verhältnisses zwischen den angebotenen Leistungen und den hierfür geforderten Entgelten bezeichnet (BVerwG, FEVS 49, 345).

Es geht insoweit mithin nicht nur um Kostenbegrenzung zur Entlastung der öffentlichen Haushalte, sondern es geht auch um den Anspruch von Einrichtungen auf eine angemessene und leistungsgerechte Vergütung (*Flint*, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 75 Rn. 24), die insbesondere sicherstellt, dass die Träger in die Lage versetzt werden, qualifiziertes Personal zu gewinnen und zu halten (LSG NRW, Breithaupt 2009, 653; LSG HE, Sozialrecht aktuell 2011, 117; *Brünner/Philipp*, RsDE 67, 1, 28 f.).

Mit dieser Einordnung geht zumindest die Feststellung einher, dass der Begriff der Angemessenheit den Begriff der Erforderlichkeit auf betriebswirtschaftlicher Grundlage erweitern kann, denn um die Leistungsfähigkeit eines Trägers zu erhalten werden im

Einzelfall Ausgaben erforderlich sein, mit denen mehr als das absolut Notwendige finanziert wird.

Für die einzelnen Kostenpositionen ist von Folgendem auszugehen:

aa. Personalkosten

Zu den Personalausgaben gehören gemäß der Rahmenvereinbarung alle Ausgaben für die pädagogischen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Einrichtung sowie die Ausgaben für Hausmeister-, Reinigungs- und Wirtschaftspersonal einschließlich der Ausgaben für Fortbildung und notwendige Vertretungskosten.

In der Praxis werden allerdings die Ausgaben für Hausmeister-, Reinigungs- und Wirtschaftspersonal vorwiegend in den Sachkosten einberechnet und nicht als eigene Personalkosten gebucht. Dies erscheint auch sachgerecht, da bei den Einrichtungen diese Kosten überwiegend auch nicht als unmittelbare Personalkosten anfallen, sondern als Dienste eingekauft werden.

Der Mindestpersonalschlüssel des pädagogischen Personals ist in Baden-Württemberg mit der KiTaVO verbindlich vorgegeben. Er wird abhängig von der Öffnungszeit der Gruppe berechnet. Bei allen Gruppenarten, außer der reinen Halbtagsgruppe und Regelgruppe des Kindergartens, besteht die durchschnittliche tägliche Öffnungszeit aus der Hauptbetreuungszeit und der Randzeit, die mit einer Stunde berücksichtigt ist. Die Mindestpersonalschlüssel beinhalten auch pauschal die Ausfallzeiten für Fortbildung und Krankheit der Fachkräfte (Ausführungshinweise des KVJS-Landesjugendamtes zur Kindertagesstättenverordnung (KiTaVO) vom 25.11.2010, verkündet im Gesetzblatt für Baden-Württemberg Nr. 20 vom 09.12.2010).

Soweit der Stellenschlüssel für die Kindertagesbetreuung damit auf Landesebene verbindlich vorgegeben ist, ist zumindest die Anzahl der pädagogischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter abschließend geregelt.

Hinsichtlich der Angemessenheit der Personalkosten gilt, dass im Bereich der Förderfinanzierung – im Gegensatz zur Entgeltfinanzierung – das sog. Besserstellungsverbot anzuwenden ist. Dieses sog. Besserstellungsverbot, das in allen Bundesländern gilt und beim Bund bereits seit 1988 Gesetzesrang hat (als Bestandteil der jeweiligen

Haushaltsgesetze, zuletzt § 8 Abs. 2 Satz 1 Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2015 vom 23. Dezember 2014, BGBl. I S. 2442), beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass der Staat seine Bediensteten ausreichend besoldet und es daher den Zuwendungsempfängern möglich und zumutbar ist, ihre Aufgabe mit einem Besoldungsniveau wahrzunehmen, das dem des Staates entspricht, und dass zur Wahrung des auch im Zuwendungswesen geltenden Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Art. 7 Abs. 1 S. 1 LHO BW) der Gesamtaufwand des Zuwendungsempfängers und damit der Zuwendungsbedarf verringert werden soll (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25. Februar 1998 – 19 B 94.3076 –, Rn. 82, juris).

So darf ein Zuwendungsempfänger, sofern seine Gesamtausgaben überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden, seine Beschäftigten finanziell nicht besser stellen als vergleichbare Staatsbedienstete, insbesondere dürfen höhere Vergütungen als nach TVöD oder TV-L nicht gewährt werden.

Im Ergebnis dürfte dies jedoch für die Personalkosten einer Kindertageseinrichtung in Baden-Württemberg kaum Auswirkungen haben, da sich im Bereich der pädagogischen Fachkräfte sowohl die Träger der öffentlichen als auch die der freien Jugendhilfe an der Entlohnung nach TvöD-SuE orientieren (vgl. Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart ab 1.1.2014, S. 8).

#### bb. Sachkosten

Zu den Sachausgaben gehören nach der Rahmenvereinbarung insbesondere

- alle sächlichen Geschäftsaufwendungen, die im Hinblick auf die Arbeit mit den Kindern, bei der fachlichen Begleitung und beim laufenden Betrieb der Einrichtung entstehen und
- je nach Eigentum des Gebäudes und örtlicher Vereinbarung, die Ausgaben für
  - die laufende Unterhaltung und Bewirtschaftung des Gebäudes einschließlich Steuern, Abgaben und Versicherungen,

- die Unterhaltung und Ergänzung des Inventars und
- die Pflege und Unterhaltung der Außenanlagen, einschließlich der Spielgeräte
- sowie evtl. Aufwendungen für das Grundstück, Mieten oder Erbbauzinsen.

Welche Positionen in welcher Höhe im Einzelfall als angemessen zu gelten haben, ist unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse zu beurteilen.

#### cc. Verwaltungskosten

Dass Personal für Verwaltung und dementsprechende Kosten für den Betrieb einer Einrichtung erforderlich ist, bedarf keiner vertieften Erörterung, sondern wird einvernehmlich angenommen. Ein freier Träger darf gemäß dem Rahmenvertrag vom 25. Juli 2003 zwischen den Kommunalen Landesverbänden, den Kirchen und den Verbänden der sonstigen freien Träger der Jugendhilfe zur Umsetzung des § 8 Abs. 5 KGaG Verwaltungskosten geltend machen. Die Rahmenvereinbarung führt hierzu aus „Die Aufwendungen für die verwaltungstechnische Betreuung der Einrichtungen (Personal- und Sachkosten für die Personalverantwortung, Rechnungsführung unter anderem) können mit einer prozentualen Pauschale berücksichtigt werden“ (Nr. 3.1.3 Rahmenvertrag).

Auch in diesem Kontext entwickeln sich Streitigkeiten vor allem entlang der Frage der „Angemessenheit“. In der Debatte der öffentlichen und freien Träger der Stadt Stuttgart wurde bspw. von der Stadt vorgetragen, dass sie den interkommunalen Finanzausgleich der Wohnortgemeinde in Höhe von 75% schon deshalb nur in Höhe von 68% an die Einrichtung weitergibt, weil ihr 7% als Verwaltungskostenpauschale verbleiben müssen. Diese Argumentation lässt sich natürlich umdrehen: auch die Träger der freien Jugendhilfe haben Verwaltungskosten, die in dieser Höhe berücksichtigt werden sollten.

Zur Vorbereitung einer Verhandlung sollte der Einrichtungsträger in jedem Fall eine nachvollziehbare Kalkulation vorlegen, aus der sich die Höhe der Verwaltungskosten

ergibt. Die Frage, ob diese erforderlich und angemessen sind, muss dann in einem zweiten Schritt geklärt werden.

#### **b. Nachweispflicht, Kalkulatorische Kosten, Pauschalen und Eigenleistung**

Wurden eingangs mit der Entgelt- und der Förderfinanzierung die zwei grundlegenden Finanzierungsformen im sozialen Leistungserbringungsrecht beschrieben, so wird ein wesentlicher Unterschied der Finanzierungsform bei der Frage des Nachweises von Kosten deutlich. Während die Entgeltfinanzierung von der einvernehmlichen Verhandlung eines Preises ausgeht, für dessen konkret zu bemessende Höhe die Gestehungskosten eines Trägers lediglich ein Indiz sind, da Preise immer prospektiv zu verhandeln sind ( *Stähr*, Offenlegung von Gestehungskosten, JAmt 2013, 132), bemisst sich die Höhe der Förderfinanzierung nach § 8 KitaG BW grundsätzlich nach den tatsächlichen Ausgaben.

Die tatsächlichen Betriebsausgaben sind in der Regel nachweisbar. Der Nachweis der Verwendung von Zuwendungen ist dementsprechend mit einem Verwendungsnachweis zu belegen und vom Kostenträger zu prüfen. Für die Stadt Stuttgart ergibt sich dies aus den Allgemeinen Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid i.S.v. § 36 VwVfG. Ein Verwendungsnachweis besteht demnach aus einem Sachbericht und einem zahlenmäßigen Nachweis (Nr. 6).

Für den zahlenmäßigen Nachweis gilt, dass die Einnahmen und Ausgaben in zeitlicher Folge und voneinander getrennt auszuweisen sind. Der Nachweis muss alle mit dem Zweck zusammenhängenden Einnahmen (Zuwendungen, Leistungen Dritter, eigene Mittel) und Ausgaben enthalten. Es müssen Datum, Empfänger/Einzahler sowie Grund und Einzelbetrag jeder Zahlung ersichtlich sein. Im Verwendungsnachweis ist zu bestätigen, dass die Ausgaben notwendig waren, wirtschaftlich und sparsam verfahren worden ist und die Angaben mit den Büchern und gegebenenfalls den Belegen übereinstimmen (vgl. Anlage 1 zu Nummer 5.1 zu § 44 LHO, Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I), Nr. 7.4).

Auf dieser Grundlage ist zu ermitteln, ob die geltend gemachten Betriebsausgaben tatsächlich angefallen und ob sie erforderlich und angemessen (wirtschaftlich und sparsam) sind.

Zur Überprüfung der Verwendungsnachweise behilft sich der Kostenträger üblicherweise mit der Festsetzung von verbindlichen Grenzen, bis zu deren Höhe die nachgewiesenen Kosten als angemessen angesehen werden dürfen. Solche Obergrenzen bieten den Vorzug, dass sie für beide Seiten Verlässlichkeit und Planungsmöglichkeit bieten.

#### aa. Pauschalen bzw. Obergrenzen für Kostenpositionen

Die vom Kostenträger festgesetzten Grenzen für die Angemessenheit nachgewiesener Kosten lassen sich den unter A.4.a. aufgeführten Positionen der erforderlichen Betriebsausgaben zuordnen. Entsprechend der Zuordnung erfolgt auch die Prüfung der Angemessenheit der Kosten. Grundsätzlich gilt, dass jede einzelne Ausgabenposition dem Grundsatz der Erforderlichkeit und Angemessenheit entsprechen muss und dementsprechend einzeln zu prüfen wäre. Da im Ergebnis jedenfalls die Förderhöhe von 63% bzw. 68% der gesamten nachgewiesenen, erforderlichen und angemessenen Betriebsausgaben erreicht werden muss, ist dann eine Prüfung der einzelnen Posten notwendig, wenn die Angemessenheit der Gesamtkosten bestritten wird. In diesem Fall kann keine pauschale Kürzung der Gesamtkosten erfolgen, sondern muss dargelegt werden, welche Kostenposition dem Grundsatz der Angemessenheit nicht entspricht und in welcher Höhe die Förderung der streitigen Kostenposition möglich ist.

Da sich die Personalkosten entsprechend der im Verordnungsweg vorgegebenen Personalschlüssel verbindlich berechnen lassen, sind Konflikte in diesem Bereich nur denkbar, wenn ein günstigerer Personalschlüssel als der gesetzlich vorgeschriebene umgesetzt wird oder im Einzelfall Vergütungen erfolgen, die mit dem Besserstellungsverbot nicht vereinbar sind.



#### bb. Obergrenzen für Sachkosten

Während die Erstattung der erforderlichen Personalkosten grundsätzlich weniger Konfliktpotential birgt, da eine erhebliche Regelungsdichte keinen großen Spielraum für Meinungsverschiedenheiten bietet, erweist sich dies für den Bereich der Sachkosten als wesentlich schwieriger.

Von den Sachkosten wird eine Vielzahl von Betriebsausgaben erfasst. Auch hier gilt der Grundsatz, dass alle erforderlichen und angemessenen Kosten förderungsfähig sind. Dies führt dazu, dass generell jede einzelne aufgeführte Ausgabe nach diesen Kriterien zu prüfen wäre. Im Sinne der Verwaltungsvereinfachung und Praktikabilität empfiehlt es sich, dieses Prüfverfahren zu optimieren, indem die Betriebsausgaben wiederum in Posten aufgeteilt werden, denen Obergrenzen zuzuweisen sind. Wird die Obergrenze nicht erreicht, werden die auf dieser Position nachgewiesenen Kosten entsprechend der Förderbedingungen berücksichtigt. Wird die Obergrenze überschritten, ist wiederum zu klären, ob im Einzelfall die nachgewiesene Ausgabe erforderlich und angemessen ist.

Je differenzierter in den Förderrichtlinien die Sachausgaben beschrieben werden, desto mehr Planungssicherheit besteht für die freien Träger der Einrichtungen und desto weniger Konfliktpotenzial ist gegeben.

Exemplarisch soll hier auf die Richtlinien zur Förderung von Kindertageseinrichtungen in Freiburg im Breisgau in der Fassung vom 16. April 2013 verwiesen werden ([http://www.freiburg.de/pb/site/Freiburg/get/documents/freiburg/daten/ortsrecht/21%20Soziales%20und%20Jugendhilfe/OrtsR\\_21\\_09.pdf](http://www.freiburg.de/pb/site/Freiburg/get/documents/freiburg/daten/ortsrecht/21%20Soziales%20und%20Jugendhilfe/OrtsR_21_09.pdf)). Mit den Richtlinien werden nicht nur die anerkannten Gebäudekosten pro Platz differenziert erläutert, sondern auch die weiteren anerkannten Sachkosten pro Platz werden in einzelne Kostenpositionen aufgegliedert. Hierzu gehören Sachkosten für Telefon, Internet, Porto, Büroausstattung und Büromaterial sowie Fachliteratur (sächliche Verwaltungskosten), Sachkosten für Instandhaltung und Abschreibung von Inventar, Sachkosten für Spiel- und Beschäftigungsmaterial sowie Sachkosten für die Umsetzung des Orientierungsplans (z. B. für Dokumentations- oder Lernmaterial).

Außerdem werden personelle Verwaltungskosten, Verwaltungskostenumlagen, Kosten der Buchhaltung und Beratungskosten (Overhead- und Regiekosten) zu den Sachkosten gezählt und mit einer Pauschale in Höhe von 7% der Gesamtkosten für das pädagogische Fach- und Leitungspersonal anerkannt. Jeder einzelne dieser Posten wird mit einer bestimmten Förderhöchstsumme hinterlegt.

Die Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart sehen dem gegenüber eine Pauschale für „sonstige Ausgaben“ vor, mit der die pädagogische Fachberatung, die Verwaltungs- und alle sonstigen Ausgaben (ohne Miete/ Abschreibung und Essen) abgedeckt werden sollen (vgl. Fördergrundsätze S. 7). Ob die nach Alter der Kinder, Art des Angebots und Umfang der Öffnungszeiten differenzierte Pauschale im Einzelfall das Kriterium der Angemessenheit einfängt, lässt sich vorliegend nicht beurteilen, sondern kann nur im Einzelfall geprüft werden. Dabei liegt auf der Hand, dass eine solch umfassende Obergrenze für eine Vielzahl von Ausgaben ein erhebliches Konfliktpotenzial birgt. Denn wird die Obergrenze überschritten, verlangen § 8 Abs. 2 und 3 KitaG BW demnach ausschließlich die Betriebsausgaben einer Einrichtung als Maßstab der Förderhöhe gesetzt werden, eine Prüfung im Einzelfall. Dabei wäre zwar zunächst zu fragen, ob die Obergrenze für die sonstigen Ausgaben das Kriterium der Angemessenheit ausreichend begründet einfängt. Dafür muss die Stadt Stuttgart als Verfasserin der Fördergrundsätze jedoch erklären, wie sie die Obergrenze konkret berechnet hat. Dies läuft wiederum darauf hinaus, dass die Kostenbestandteile in Gruppen unterteilt und plausibel dargelegt werden müssen. Nur so können die einzelnen nachgewiesenen Betriebsausgaben des Trägers auf ihre Erforderlichkeit und Angemessenheit geprüft werden.

Sind dazu seitens des Kostenträgers keine Vorgaben gemacht worden, besteht die Not, sich im Rahmen einer streitigen Auseinandersetzung auf Obergrenzen für Einzelposten zu einigen bzw. dies gerichtlich überprüfen zu lassen.

#### cc. Gebäudekosten

Den größten Posten innerhalb der Sachkosten stellen die Ausgaben für die Nutzung der erforderlichen Räumlichkeiten dar. Hierzu gehören insbesondere die Miete und

die Kosten der Bewirtschaftung der genutzten Räumlichkeiten. Statt Mietkosten können insbesondere bei eigenen Gebäuden Kreditbelastungen, sowie Kosten für die Instandhaltung und für Investitionen entstehen. Auch insoweit gilt der Grundsatz, dass die Ausgaben zur Nutzung der erforderlichen Räumlichkeiten nach § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW förderungsfähig sind. Somit müssen nachvollziehbare Vorgaben zur Art der förderungsfähigen Kosten und zu ihrem Umfang gemacht werden.

#### - **Mieten und Bewirtschaftungskosten**

Werden Mieten gezahlt, so werden üblicherweise in den Förderrichtlinien Obergrenzen für Mietzahlungen festgelegt. Bei Mietzahlungen, die sich als Kosten im Leistungserbringungsrecht widerspiegeln, gilt es generell als zulässig, wenn der Kostenträger die ortsübliche Vergleichsmiete als Obergrenze für die angemessenen Kosten bestimmt (Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 25. Januar 2012 – L 8 SO 89/09 KL – GuP 2012, 114; Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25. Juni 2013 – L 8 SO 27/09 KL –, juris; Stähr in: Hauck, SGB VIII, § 78b, Rz. 41). Eine davon abweichende Festsetzung von Mietobergrenzen ist angreifbar. Aber auch im Einzelfall kann dargelegt und muss konkret geprüft werden, ob gewichtige Gründe dafür sprechen, dass Mietkosten oberhalb dieser Grenze entstehen.

Mit Blick auf die Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart stellt sich die Frage, an welcher Stelle die Kosten der Bewirtschaftung des Gebäudes zu berücksichtigen sind. Die Fördergrundsätze beschränken sich darauf, eine maximale Fläche pro Gruppe anzugeben und einen Mietpreis pro Quadratmeter unterschieden nach Innenstadtbereich und Außenbezirk. Ob es sich dabei um Warm- oder Kaltmiete handelt wird jedenfalls nicht ausdrücklich bestimmt, sondern ist abzuleiten. Zu den Kosten für Energie, Reinigung und Hausmeistertätigkeit wird keine Aussage getroffen. Da diese in keinem Fall in den Mietkosten enthalten sein können, lässt dies nur den Rückschluss zu, dass sie in den o.g. Pauschalen der „sonstigen Ausgaben“ enthalten sein sollen. Ob die Pauschale ausreichend ist, um all diese Positionen abzudecken ist im Einzelfall zu prüfen.

#### - **Nutzung eigener Gebäude**

Für die Nutzung eigener Gebäude sehen die Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart eine Abschreibungspauschale vor. Von diesen als Eckwerten benannten Größen kann nach den Fördergrundsätzen abgewichen werden, wenn es sich bei den genutzten Gebäuden um Neu- oder Umbauten handelt. Für neue Objekte wird konkret eine Abschreibung von 2% nach Abzug der öffentlichen Zuschüsse berechnet. Die Bezugsgröße ist maximal die in der Zuschussbewilligung festgelegte Investitionssumme, die mit 63% bzw. 68% bezuschusst wird.

Wenngleich mit diesen Vorgaben bereits eine gewisse Differenzierung vorgenommen wird, die die Einzelbeurteilung erleichtert, bedarf es wiederum einer genauen Prüfung des Einzelfalls.

In diesem Rahmen ist bei eigenen Gebäuden eine Differenzierung zu treffen, inwieweit der Träger Abschreibungen hat, die dem laufenden Betrieb der Einrichtung dienen und inwiefern Abschreibungen für Investitionen erfolgen, die nicht nach § 8 KitaG BW förderfähig sind, weil im Zuwendungsrecht zwischen laufenden Betriebskosten und Investitionen unterschieden werden muss (umfassend zu dieser Frage Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. April 2010 – 3 L 168/08 –, Rn. 40, juris).

#### - **Mietverträge innerhalb eines Trägerdaches**

Laut den Fördergrundsätzen der Stadt Stuttgart werden Mietverträge innerhalb eines Trägerdaches nicht anerkannt. Damit dürfte gemeint sein, dass in diesem Fall die geltend gemachten Mietkosten den Betriebsausgaben nicht hinzugerechnet werden dürfen.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob dies rechtlich zulässig ist und anschließend, falls dies bejaht wird, in welcher Höhe bzw. auf welchem Weg dann die Kosten für die Nutzung von Räumen berücksichtigt werden.

Das Landesrecht gibt zu dieser Frage nichts her, so dass die Frage allein anhand der Auslegung des Begriffs der Betriebsausgaben zu beantworten ist.

Zur inhaltlichen Bestimmung des Begriffs der Betriebsausgaben kann beispielhaft auf die Regelung des Landes Nordrhein-Westfalen verwiesen werden: Nach § 20 Abs. 2 S. 1 KiBiz sollen die Mietkosten bezuschusst werden. Mit dieser "Soll-Vorschrift" wird gewährleistet, dass Träger einen Anspruch auf Bezuschussung haben, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die ein Abweichen von dieser Regelung rechtfertigen (so ausdrücklich: LT-Drucks. 14/4410, S. 56).

Grundlage der Mietzuschussgewährung ist das Vorliegen eines regelhaften "Mietverhältnisses" in Abgrenzung zur eigentümergeführten Einrichtung, deren Erhaltungsaufwand ausschließlich durch eine Kindpauschale und die darin enthaltene Erhaltungspauschale abgedeckt wird. Dementsprechend zeichnet sich das mietzuschussfähige Mietverhältnis – nicht zuletzt zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften – u.a. dadurch aus, dass Mieter und Vermieter/Eigentümer über das Mietverhältnis hinaus nicht etwa durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen dergestalt miteinander rechtlich verflochten sind, dass letztlich doch der Eigentümer bestimmenden Einfluss ausüben kann (OVG NW, Urteil vom 15. Dezember 2014 – 12 A 2811/13 –, Rn. 44, juris). Dementsprechend lässt das Gesetz in Nordrhein-Westfalen im Wege einer Ausnahme nur dort rechtliche Verschränkungen zu, wo es in der Abwägung der Förderung einer bestimmten Entwicklung ausdrücklich den Vorrang einräumt. Eine solche Regelung ist wegen des hohen Bedarfs an Plätzen für unter dreijährige Kinder in § 20 Abs. 2 S. 6 KiBiz erfolgt, in der ein Zuschuss zur Kaltmiete ausnahmsweise auch dann gewährt werden kann, wenn es sich um eine Einrichtung handelt, die im Eigentum einer juristischen Person steht, an der der Einrichtungsträger mehrheitlich beteiligt ist (mittelbare Eigentumsbeteiligung) (vgl. LT-Drucks. 15/1929, S. 43).

Diese Regelung in Nordrhein-Westfalen legt nahe, dass es tatsächlich einer rechtlichen Grundlage bedarf, um nachgewiesene Mietkosten im Einzelfall nicht anzuerkennen. Das KiBiz stellt diese Rechtsgrundlage mit § 20 zur Verfügung, indem die Konstellation, die mit den Fördergrundsätzen Stuttgart als „Mietvertrag innerhalb eines Trägerdaches“ beschrieben wird, als nur ausnahmsweise berücksichtigungsfähige Mietkosten benennt.

Im KitaG BW steht eine solche Rechtsgrundlage allerdings nicht zur Verfügung. Hier gilt allein, dass die Betriebsausgaben anteilig zu erstatten sind. Wie der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist, ist die Höhe der Betriebsausgaben, die im konkreten Fall der gesetzlich vorgesehenen Förderung zugrunde zu legen sind, nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit zu bestimmen (LT-Drs. 14/3659, S. 17). Wird demnach innerhalb eines Trägerdachs ein Mietvertrag für die für die Einrichtung benötigten Räume abgeschlossen, ist nicht ersichtlich, weshalb die Mietkosten nicht erforderlich sein sollten. Die Einrichtung wird innerhalb von angemieteten Räumen betrieben. Ohne solche könnte sie nicht existieren.

In jedem Fall gibt der Landesvergleich bereits einen Hinweis dafür, wie zu verfahren ist, wenn ein Mietvertrag nicht anerkannt wird: in diesem Fall ist der Mieter zu behandeln wie ein Eigentümer und erhält den für diesen vorgesehenen Zuschuss.

Diese Konsequenz wäre für die Träger im Einzugsbereich der Stadt Stuttgart, die einen Mietvertrag innerhalb eines Trägerdaches abgeschlossen haben, auch zu ziehen.

#### - **Kalkulatorische Mietkosten**

Eine besondere Herausforderung stellt bei der Förderfinanzierung die Geltendmachung und Beurteilung kalkulatorischer statt nachgewiesener Kosten dar. Werden Betriebsausgaben im Einzelfall nachgewiesen, so stellt dieser Nachweis die Prüfungsgrundlage für ihre Erstattungsfähigkeit dar. Werden Kosten jedoch nur kalkulatorisch angesetzt, kommt es zu Konflikten.

Exemplarisch sei dies im Bereich der Kindertageseinrichtungen für die Kosten der erforderlichen Räume dargestellt: Dass zur Ausübung der Kindertagesbetreuung geeignete Räume erforderlich sind, ist eine Selbstverständlichkeit. Die Kosten für die Nutzung können im Einzelfall jedoch nur kalkulatorisch eingestellt werden. Stellt bspw. ein Betrieb – der seinerseits kein Träger der Kindertagesförderung ist – einem Träger einer Kindertageseinrichtung Räume zur freien Verfügung und verlangt dafür keine Gegenleistung, so entstehen dem Träger der Kindertageseinrichtungen keine nach-

weisbaren verbindliche Kosten, die den Betriebsausgaben unmittelbar zugeordnet werden können.

Eine unmittelbare Refinanzierung durch öffentliche Förderung als Mietkosten im Sinne sog. „kalkulatorische Mietkosten“ wird von der Stadt Stuttgart unter Hinweis darauf abgelehnt, dass kalkulatorische Mieten nicht anerkannt werden. Da dem Träger in diesem Fall keine nachweisbaren Belastungen auferlegt sind, mag dies zunächst plausibel und vermeintlich nach dem Wortlaut des Gesetzes als geboten klingen. Werden aber kalkulatorische Mietkosten in ein Verhältnis zur Pflicht der Träger der Kindertageseinrichtungen zur Eigenbeteiligung gesetzt, lässt sich erkennen, dass die Nutzung von Räumlichkeiten jedenfalls in irgendeiner Weise berücksichtigt werden muss.

Wie unter A.3.a. erörtert, legt der Gesetzgeber des KitaG BW den freien Trägern eine erhebliche Pflicht (zwischen 32% und 37% der Betriebskosten) zur Eigenbeteiligung auf, um in den Genuss der Mindestförderung zu kommen. Für den freien Träger besteht daher ein existentielles Interesse daran, dass ihm die kostenfreie Nutzung von Räumen wenigstens als Eigenleistung zur Deckung der Betriebsausgaben anerkannt wird. Um dies zu erreichen, wäre eine kalkulatorische Ausgabe anzusetzen, die erstattungsfähig wäre.

Was als Eigenmittel angesetzt werden kann und berücksichtigungsfähig ist, bedarf der Auslegung. Nach der kameralistischen Betrachtungsweise sind Eigenmittel alle Geldbeträge des Zuwendungsempfängers, die er zur Finanzierung der Maßnahme einsetzt (Hoffmann, Fachinfo Zuwendungen als haushaltswirtschaftliches Instrument – Grundlagen staatlicher Förderpraxis, 2004, S. 12). Der Wert von Sachen wäre demnach nicht als Eigenmittel berücksichtigungsfähig, da kein Zahlungsvorgang stattfindet. Nach einer betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise, die nach dem Wortlaut und der Gesetzessystematik vorzugswürdig ist, verstehen sich Eigenleistungen als Gesamtheit der Leistungen, die der Träger der freien Jugendhilfe zur Durchführung einer Maßnahme der Kinder- und Jugendhilfe einsetzt mit Ausnahme der ihm für diesen Zweck im Rahmen einer Förderung zugewandten öffentlichen Mittel (Forkel ZKJ 2010, 308 [309]). Demnach ist auf der Ebene der bundesrechtlich in § 74 Abs. 1 Nr. 4

SGB VIII geregelten Förderung anerkannt, dass zu den Eigenleistungen nicht nur finanzielle Mittel wie etwa alle auf dem freien Kapitalmarkt aufgenommenen Fremdmittel sowie alle Spenden und sonstigen Zuflüsse zählen, sondern auch unentgeltliche Dienstleistungen ehrenamtlicher Mitarbeiter, personelles Engagement im Rahmen von Initiativen, Selbsthilfegruppen und Sachleistungen (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. September 1992 – 4 M 3953/92 –, ZfF 1994, 84).

Allerdings ist bei allen außer den finanziellen Eigenleistungen die Frage zu stellen, wie diese im Verhältnis zu den Betriebsausgaben zu werten sind, da nur so eine Berücksichtigung von Eigenleistungen bei der Förderung tatsächlich erfolgen kann.

Der Rahmenvertrag zur Umsetzung von § 8 Abs. 5 KGaG benannte bei Eigenmitteln jedoch nur ehrenamtlich erbrachte Leistungen, denen im Rahmen von Vereinbarungen ein konkreter Geldwert zugewiesen werden müsse. Der Umgang mit Sachmitteln wurde nicht erörtert. Dem Rahmenvertrag kommt angesichts der umfänglichen Gesetzesänderungen seit seinem Abschluss im Ergebnis ohnedies kein Wirkungsgehalt mehr zu, jedoch fehlt es in Baden-Württemberg bzw. auch seitens der örtlichen Träger an aktuellen Festlegungen zur Berücksichtigung von Eigenleistungen. In dieser Situation sind Vereinbarungen zur Berücksichtigung von Eigenleistungen zwingend erforderlich, um den Trägern die notwendige Verlässlichkeit zu geben.

Soll die mietkostenfreie Raumnutzung im Sinne einer Sachspende als berücksichtigungsfähige Eigenleistung anerkannt werden, müsste eine Vereinbarung auch eine Konkretisierung darüber enthalten, in welcher Höhe dies erfolgt, wenn sich ihr Wert weder mit einem Mietvertrag mit dem Betrieb noch mit einer Aufstellung seiner Kosten zur Unterhaltung der Räume (Investitionen, Kapitalverzinsung, Abschreibungen) nachweisen lassen. Hier kommt nur die einvernehmliche Einigung auf einen bestimmten Mietpreisschlüssel und das Absehen von Nachweisen zu einer interessengerechten Lösung.

Zur Konkretisierung der Problematik dient folgendes Rechenexempel:

Es werden Platzkosten von jährlich 10.000 EUR unter Berücksichtigung einer kalkulatorischen Miete in Höhe von 3.000 EUR angenommen und dem Vergleich gegenübergestellt, dass nur 7.000 EUR als Betriebsausgaben (ohne kalkulatorische Miete) bei der



Förderung berücksichtigt werden. Bei Elternbeiträgen in Höhe von 20% der Betriebsausgaben und der altersdifferenzierten Förderung in Höhe von 63% oder 68% kommt man zu folgenden Ergebnissen:

| <b>Betriebsausgaben</b>                        | <b>Förderung</b>       | <b>Elternbeiträge</b>  | <b>Eigenanteil</b>     |
|--|------------------------|------------------------|------------------------|
| 10.000 EUR<br>(mit Mietkosten)                 | 6.300 EUR<br>6.800 EUR | 2.000 EUR<br>2.000 EUR | 1.700 EUR<br>2.200 EUR |
| 7.000 EUR<br>(ohne kalkulatorische Mietkosten) | 4.410 EUR<br>4.760 EUR | 1.400 EUR<br>1.400 EUR | 1.190 EUR<br>1.540 EUR |

Erhält der Träger eine monatliche finanzielle Spende des Betriebes in Höhe von 3.000 EUR und ist damit in der Lage, die mit einem Mietvertrag und laufenden Mietzahlungen belegten Betriebsausgaben nachhaltig und anteilig zu decken, würde er in diesem Beispiel zweifelsfrei die Förderung auf Grundlage von 10.000 EUR jährlicher Betriebsausgaben erhalten.

Wird die mietkostenfreie Nutzung von Räumlichkeiten nicht als Eigenleistung des Trägers und damit als Teil der Betriebsausgaben anerkannt, führt dies zu einer deutlichen Schlechterstellung zwischen Trägern, die Sachspenden und solchen die Geldspenden erhalten. Im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 1 GG erscheint dies rechtlich angreifbar, denn beide Arten von Spenden stellen einen geldwerten Vorteil dar. Ein sachlicher Differenzierungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung beider Spendenarten ist nicht ersichtlich, denn ob der Träger einen bestimmten Geldbetrag für die Mietkosten erhält oder ob er diese an den Eigentümer nicht entrichten muss, ist im wirtschaftlichen Ergebnis gleich: Die Mietkosten sind durch Leistungen Dritter, die der Träger akquiriert hat, gedeckt.

Für eine praxisgerechte und gesetzeskonforme Lösung muss die mietkostenfreie Raumnutzung als Eigenleistung bereits in den Betriebsausgaben Berücksichtigung finden. Wie und in welcher Höhe dies erfolgen muss, ist weder in gesetzlichen Regelungen noch in landesweiten Empfehlungen oder Vereinbarungen bestimmt.

Ob für den Fall, dass eine einvernehmliche Lösung mit dem kommunalen Kostenträger nicht erzielt werden kann, eine gerichtliche Klärung zu dem Ergebnis führt, dass kalkulatorische Raumnutzungskosten jedenfalls grundsätzlich als Betriebsausgabe anzuerkennen sind, muss derzeit als offen beurteilt werden. Es sprechen jedoch überwiegende Gesichtspunkte dafür, dass kalkulatorische Raumnutzungskosten wegen der Notwendigkeit der Gleichbehandlung von Geld- und Sachspenden Dritter Bestandteil der Betriebsausgaben i. S. des § 8 Abs. 2 und 3 KiTaG BW sind.

Mit Urteil vom 21. April 2010 hat sich das Obergericht des Landes Sachsen-Anhalt (3 L 168/08 –, Rn. 40, juris) vertieft mit der Frage auseinandergesetzt, ob Abschreibungen eines Trägers der freien Jugendhilfe als Betriebsausgaben anzuerkennen sind. Dies wurde im Ergebnis abgelehnt. Allerdings hat das Gericht seine Entscheidung vor allem damit begründet, dass die Abschreibungen nicht auf laufende Betriebsausgaben angerechnet werden könnten, sondern auf Investitionen. Investitionen werden jedoch gesondert gefördert und können daher bei den laufenden Ausgaben nicht berücksichtigt werden.

Zugleich hat sich das Gericht mit dem Verhältnis der Eigenbeteiligung zur Höhe der zu beanspruchenden Förderung auseinandergesetzt. Wenngleich die Fallgestaltung nicht mit der vorliegenden Problematik zu vergleichen ist, lässt sich jedenfalls feststellen, dass die Rechtsprechung regelmäßig restriktiv ist, wenn es um die Förderung von Kindertagesbetreuung geht. Die Anforderungen an die Eigenleistungen der Träger der freien Jugendhilfe werden hier regelmäßig außerordentlich hoch angesetzt, wobei prozentuale Obergrenzen für die Eigenleistungen an den gesamten Betriebskosten bislang nicht festgelegt wurden. Dies wäre eine Aufgabe des Landesgesetzgebers, da die Gerichte stets nur über Einzelfälle zu entscheiden haben.

## **5. Verknüpfung der Landesmittel mit der kommunalen Förderung**

Es muss bei der Förderung von Kindertageseinrichtungen grundsätzlich zwischen den konkreten Förderansprüchen gegenüber dem Leistungsträger – der Gemeinde – und den Mitteln, die das Land zur Verfügung stellt, unterschieden werden. Auf die Lan-

desmittel hat die Kommune – nicht aber der einzelne Einrichtungsträger – einen Anspruch.

In Einzelfällen kann sich im Rahmen der Förderpraxis für Einrichtungsträger die berechnete Frage stellen, ob bzw. inwiefern sie auf die Zuwendungen des Landes zugreifen können. Dies kommt jedenfalls in den Fällen in Betracht, in denen die Förderung durch die Gemeinde unterhalb dessen liegt, was die Gemeinde vom Land an Zuwendungen erhält.

Für eine Bewertung der Thematik ist zunächst auf die Berechnung der FAG-Mittel einzugehen:

#### **a. Förderung der über dreijährigen Kinder**

Das Finanzausgleichsgesetz unterscheidet zwischen der Förderung von unter und über dreijährigen Kindern erheblich. Für die Förderung der über dreijährigen Kinder stehen dem Land Mittel in festgelegter Höhe zu (§ 29b FAG). Aus diesen absoluten Mitteln berechnen sich kindbezogene Pauschalen, die ausschließlich nach dem Umfang der zeitlichen Betreuung differenzieren. Ein weiterer Bezug zu den realen Kosten der Kindertagesförderung vor Ort ist nicht vorgesehen. Dem Begriff der Betriebsausgaben kommt daher bei den Landesmitteln zur Förderung von über Dreijährigen keine Bedeutung zu.

Grundsätzlich fördert die Standortkommune die Kindertagesbetreuung der über Dreijährigen mit 63% der Betriebsausgaben des Einrichtungsträgers, wenn dieser in die Bedarfsplanung aufgenommen ist (§ 8 Abs. 2 KitaG BW). Da die Pauschalbeträge des Landes deutlich unterhalb von 63% der realen Betriebsausgaben liegen dürften, sollte es in dieser Konstellation idR nicht zum Streit kommen.

Insbesondere in der Praxis der Stuttgarter Fördergrundsätze für Betriebskindergärten kann dies regelmäßig anders sein. Nach den Fördergrundsätzen sollen die Kosten für die Nutzung von Räumen bei der Förderung nicht berücksichtigt werden (Zur Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens vgl. A.4.b.cc. und B.2.b.). Unter dieser Voraussetzung kann die FAG-Pauschale durchaus höher liegen als die von der Gemeinde im Zuwendungsweg erstatteten Betriebskosten. In diesem Fall stünde der Einrichtungsträ-

ger günstiger da, wenn er unmittelbar Anspruch auf die FAG-Mittel hätte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dies jedoch nicht der Fall, da sich der Anspruch auf Förderung nach § 8 Abs. 2 KitaG BW unmittelbar gegen die Gemeinde richtet und keine Verknüpfung zu den FAG-Mitteln erkennen lässt. Auf den ersten Blick scheint eine Inanspruchnahme der FAG-Mittel ausgeschlossen.

Die gesetzlichen Grundlagen weisen hier jedoch eine Friktion auf, denn mit § 8 Abs. 4 KitaG BW wird ein Anspruch derjenigen Einrichtungen normiert, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen sind und daher „nur“ eine Förderung in Höhe des sich je Kind entsprechend der Betreuungszeit nach §§ 29b und 29c FAG im Vorjahr ergebenden Betrags haben.

Dies sind unstreitig die vom Land festgesetzten Pauschalbeträge, die sich ausschließlich nach der Höhe der zur Verfügung stehenden Mittel bezogen auf einen nach Betreuungszeit differenzierten Betrag pro Kind ermitteln. Ist der so ermittelte Betrag höher als die von der Gemeinde bewilligte Fördersumme, stellt sich eine Einrichtung besser, wenn sie nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen ist. Dieses Ergebnis kann eindeutig nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, der schließlich eine deutlich bessere Förderung der Einrichtungen nach § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW erzielen wollte und gerade keine Privilegierung der Träger, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen sind. Diese Privilegierung wäre in der vorgenannten Konstellation jedoch unausweichlich, da das Gesetz für die Inanspruchnahme der Pauschale im Wege des § 8 Abs. 4 KitaG BW keine Nachweispflicht vorsieht. Diese könnte demnach von der Gemeinde nicht gefordert werden.

Aus diesem Grund ist im Umkehrschluss aus § 8 Abs. 4 KitaG BW zu vertreten, dass ein Mindestförderanspruch gegenüber der Kommune auch nach § 8 Abs. 2 KitaG BW immer in Höhe der FAG-Pauschalen besteht, ohne dass insoweit Betriebsausgaben nachzuweisen sind. Sobald dieser Betrag jedoch überschritten werden soll, ist wiederum ein Verwendungsnachweis erforderlich und finden die Förderrichtlinien der jeweiligen Gemeinde Anwendung.

## **b. Förderung der unter dreijährigen Kinder**

Bei unter dreijährigen Kindern richtet sich der Umfang der Förderung auch durch das Land maßgeblich nach den Betriebsausgaben, die eine Einrichtung zur Förderung der unter Dreijährigen hat. Nach § 29c Abs. 1 S. 6 FAG fördert das Land die Kindertagesbetreuung der unter Dreijährigen ab dem Jahr 2014 durch Übernahme von 68% der Betriebsausgaben. Es wird ausdrücklich festgelegt, dass diese Mittel zweckentsprechend zu verwenden sind (§ 29c Abs. 1 S. 7 FAG). Damit korrespondiert die Pflicht der Gemeinden, die Einrichtungen der Kleinkindbetreuung, die in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, durch Zuwendung von 68% der Betriebsausgaben zu fördern (§ 8 Abs. 3 KitaG).

Zum Zweck der Verwaltungsvereinfachung und Verteilungsgerechtigkeit werden zur Berechnung der Landesförderung die Betriebsausgaben über das ganze Bundesland hinweg nach einem einheitlichen Schlüssel ermittelt. Die Förderung orientiert sich im Ergebnis daher nicht an den tatsächlichen Betriebskosten, sondern basiert auf einem Durchschnittswert (*Dürr, Hochgeschwindigkeitszug Kinderbetreuung - Durchgangsstation Rechtsanspruch in der Kleinkindbetreuung, BWGZ 2013, 808*). Ob und inwieweit diese Regelung angreifbar ist, spielt für die vorgelegten Fragen keine Rolle, da ausschließlich Ansprüche der Gemeinden, nicht jedoch der Träger der Kindertageseinrichtungen betroffen sind.

Der Anspruch der Einrichtungsträger auf Finanzierung der Kindertagesbetreuung für unter Dreijährige richtet sich nach § 8 Abs. 3 KitaG BW zwar ebenfalls auf 68% der Betriebsausgaben. In diesem Fall gilt jedoch nicht, dass die Kommune die Betriebsausgaben mit einer Pauschale ansetzen darf, die auf der Ermittlung der durchschnittlichen Kosten beruht. Vielmehr richtet sich der Anspruch auf Übernahme von 68% der tatsächlichen Betriebsausgaben des Trägers(vgl. A.4.a.).

Insbesondere in städtischen Regionen wie etwa Stuttgart, liegt der durchschnittliche Pauschalbetrag, den das Land für die Refinanzierung von Betriebsausgaben ansetzt, deutlich unterhalb der durchschnittlichen örtlichen Betriebsausgaben. Die Kommune bleibt in diesem Fall auf den höheren Kosten sitzen, ohne von der Landesförderung in der gesetzlich beabsichtigten Höhe profitieren zu können. Die Kommunen können

sich gegenüber den Einrichtungsträgern auch nicht darauf berufen, dass ihnen nur eine geringere Pauschale des Landes zur Verfügung steht, sondern sind verpflichtet, 68% der nachgewiesenen, erforderlichen und angemessenen Betriebsausgaben zu übernehmen.

Nur der Anspruch der Einrichtungen, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden, bestimmt sich wiederum nach der Höhe der FAG-Mittel (§ 8 Abs. 4 KitaG BW). Bei der Förderung der unter dreijährigen Kinder ist es mithin selbst dann naheliegender, dass ein Einrichtungsträger besser gestellt ist, wenn er die Pauschale der FAG-Mittel beanspruchen kann, wenn bei seinen Betriebsausgaben die Kosten für die Nutzung von Räumlichkeiten in irgendeiner Weise berücksichtigt werden.

Kann der Einrichtungsträger nur geringere Betriebsausgaben im Verhältnis zum Durchschnitt nachweisen bzw. erkennt die Kommune nur geringere Kosten an, so wird sich die Kommune zwar auf den Standpunkt stellen, dass der Einrichtung dann auch nur 68% dieser nachgewiesenen bzw. anerkannten Ausgaben als Mindestförderbetrag zustehen. Da aber die pauschal ermittelten Landesmittel in diesem Fall zu einer höheren Förderung führen würden, stünde eine Einrichtung, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen ist, mit ihrem Anspruch in Höhe der FAG-Pauschale ggf. besser da.

Geht es darum, dass ein Einrichtungsträger auf die pauschal berechneten Mittel des Landes zurückgreifen möchte, weil er sich damit besser stellt als mit 68% der durch die Kommune anerkannten Betriebsausgaben, so ist der Anspruch gegenüber der Kommune nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die nachgewiesenen Betriebskosten begrenzt. Auch aus der Formulierung in § 29c Abs. 1 S. 7 FAG, wonach „Die Mittel zweckentsprechend zu verwenden“ sind, lässt sich lediglich entnehmen, dass die Kommune die Pauschale des Landes für die Förderung der Tagesbetreuung von unter Dreijährigen verwenden muss. Daraus lässt sich nicht schließen, dass ein individueller Rechtsanspruch der Einrichtungen auf die kindbezogene Pauschale besteht. Der Kommune ist es lediglich untersagt, die Mittel für fremde Zwecke zu nutzen.

Doch auch hier kommt die vorgenannte Friktion zum Tragen, die sich mit der Regelung in § 8 Abs. 4 KitaG BW ergibt. Demnach erfolgt die Förderung für Einrichtungen,

die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen wurden, mindestens in Höhe des sich je Kind entsprechend der Betreuungszeit nach §§ 29b und 29c FAG im Vorjahr ergebenden Betrags. Dieser Betrag kann nach dem Wortlaut der Norm nicht vom Nachweis der tatsächlichen Kosten abhängen.

War dies solange unproblematisch, solange der öffentliche Träger davon ausgehen durfte, dass der Betrag weit unterhalb der realen Kosten liegt, kommt dem nunmehr eine ganz andere Bedeutung zu. Tatsächlich lässt sich vertreten, dass ein Träger, der nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen ist, eine bessere Förderung für die Betreuung von unter dreijährigen Kindern in Anspruch nehmen kann, denn er bekommt den Pauschalbetrag der Mindestförderung, ohne seine tatsächlichen Kosten nachzuweisen.

In der Folge wäre es aber nicht begründbar, dass Einrichtungen, die in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, auf eine Förderung in Höhe der Pauschale nur dann Anspruch haben sollen, wenn sie entsprechende Betriebsausgaben tatsächlich nachweisen bzw. diese Ausgaben in entsprechender Höhe von der Gemeinde anerkannt werden.

Was bei der Förderung von über dreijährigen Kindern als Ergebnis noch naheliegt, dürfte für den Bereich der Förderung der unter dreijährigen Kinder zu schwierigen Auseinandersetzungen führen.

Die Argumente liegen dabei auf der Hand: mit den FAG-Mitteln hat sich das Land für eine Subjektförderung entschieden, die von den Gemeinden verwaltet wird und von diesen zweckentsprechend verwandt werden muss. Die Gemeinden sehen hier eine Möglichkeit der zusätzlichen finanziellen Steuerung. Diese stünde ihnen aber nur zu, wenn sie die FAG-Mittel zumindest anteilig nach eigenem Gutdünken einsetzen können. Bestünde die Pflicht, die FAG-Mittel in voller Höhe den Einrichtungen zukommen zu lassen, wäre eine Steuerungsfunktion nicht mehr möglich. Zu ihren Gunsten werden die Gemeinden insbesondere anführen, dass freie Träger nicht auf Kosten der öffentlichen Hand Gewinne machen dürfen. Dies könnte jedoch der Fall sein, wenn ihnen die FAG-Pauschalen zugewandt werden, ohne dass sie dafür einen Nachweis ihrer Betriebsausgaben vorlegen müssen.

Die Einrichtungsträger haben wiederum den Wortlaut des Gesetzes auf ihrer Seite, mit dem zumindest eine unzulässige Privilegierung von Einrichtungen, die nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, ausgeschlossen erscheint.

### **c. Berücksichtigung von FAG-Mitteln beim interkommunalen Finanzausgleich**

Die Regelung des interkommunalen Finanzausgleichs in § 8a KitaG sieht vor, dass die Wohnortgemeinde des Kindes an die Standortgemeinde der Einrichtung, in der das Kind betreut wird, einen Kostenausgleich leistet. Es wird auch hier zwischen Kindern unter drei und über drei Jahren unterschieden. Bei Kindern unter drei Jahren werden als Kosten der Standortgemeinde maximal 75% der Betriebsausgaben angesetzt. Laut Gesetzesbegründung wollte man in dieser Konstellation sicherstellen, dass die Standortgemeinde ihre gesamten Kosten erstattet erhält. Der Gesetzgeber hat dabei angenommen, dass von 100% Betriebskosten eine Pauschale in Höhe von 25% für die Elternbeiträge und die Eigenleistung der Einrichtung abzuziehen ist. Der Standortgemeinde entstünden demnach höchstens Kosten in Höhe von 75% der Betriebskosten der Einrichtung (LT-Drucks. 14/3659 S. 19).

Werden hiervon die FAG-Pauschalen abgezogen, erhält man den rechtlich normierten Betrag der maximalen tatsächlichen Kosten der Standortgemeinde. Der Gesetzgeber hat jedoch mit § 8a Abs. 2 S. 2 KitaG zugleich bestimmt, dass der Betrag durch die real aufgewendeten tatsächlichen Kosten begrenzt wird. Verlangt die Standortgemeinde folglich 75% der tatsächlichen Betriebskosten von der Wohnortgemeinde, obwohl sie die Einrichtung in der Höhe gar nicht fördert, so steht ihr dieser Betrag gegenüber der Wohnortgemeinde nicht zu. Allerdings führt das nur zu dem Ergebnis, dass die Wohnortgemeinde den Betrag nicht leisten muss – nicht jedoch zu einem Anspruch des Trägers der freien Jugendhilfe die 75% der Betriebsausgaben tatsächlich zu erhalten.

Soweit seitens der Gemeinden jedoch argumentiert wird, dass sie 75% der Betriebsausgaben von der Wohnortgemeinde erhalten, aber nur 68% an die Einrichtung weitergeben muss, weil sie die Differenz von 7% als Verwaltungspauschale selbst einbehalten kann, so gilt nach § 109 SGB X der Grundsatz, dass bei Ansprüchen auf Kos-



tenerstattung Verwaltungskosten des erstattungsberechtigten Leistungsträgers nicht berücksichtigt werden. Auch geht die Gesetzesbegründung erkennbar davon aus, dass keine Verwaltungskosten der Standortgemeinde berücksichtigt und erstattet werden.

Da der Leistungsträger folglich nicht am interkommunalen Finanzausgleich verdienen darf, sollte er kein Interesse daran haben, geringere Leistungen für Pendlerkinder zu gewähren.

## **B. Rechtliche Bewertung der Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart**

Mit den Ausführungen unter Ziff. A. wurden die allgemeinen Rechtsgrundlagen der Kindertagesbetreuung in Baden-Württemberg dargelegt. Da die Umsetzung der rechtlichen Vorgaben den Gemeinden überlassen ist, kommt den örtlichen Richtlinien zur Umsetzung der Verpflichtung aus § 8 KitaG BW in der Praxisentscheidende Bedeutung zu.

Für die Stadt Stuttgart hat der Gemeinderat am 18. Dezember 2014 die Fördergrundsätze für öffentlich-zugängliche Tageseinrichtungen auf Grundlage der Ergebnisse der Haushaltsplanberatungen für den Doppelhaushalt 2014/2015 mit Wirkung zum 1. Januar 2014 fortgeschrieben. Die Fördergrundsätze sind damit der Anlage 1 der Gemeinderatsdrucksache (GRDRs) 194/2014 zu entnehmen. Sie sind der Auftraggeberin mit Schreiben der Stadt Stuttgart vom 22.01.2015 zugesendet worden.

Aus rechtlicher Sicht stellt sich mit Blick auf die Fördergrundsätze zunächst die Frage, ob und auf welchem Weg diese auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft werden können.

Nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. Art. 4 AGVwGO BW gilt, dass der Verwaltungsgerichtshof über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften entscheidet. Bei den Grundsätzen für die Förderung der Betriebsausgaben von Tageseinrichtungen für Kinder der Stadt Stuttgart dürfte es sich um entsprechende überprüfungsfähige Rechtsvorschriften handeln.

Ausgehend von der Ermächtigung in § 74a SGB VIII i.V.m. § 8 KitaG BW ist Regulationsgegenstand der Fördergrundsätze, auf welcher Bemessungsgrundlage die Zuwendungen an die Träger von Kindertageseinrichtungen erfolgen. Diese Regelungen hat die Stadt Stuttgart nicht als Rechtsverordnung oder Satzung, sondern als Verwaltungsvorschrift getroffen.

Zwar sind allein verwaltungsintern bindende und steuernde Verwaltungsvorschriften keine Rechtsvorschriften im Sinne von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, da ihnen die für eine Rechtsvorschrift charakteristische Außenwirkung fehlt (BVerwGE 75, 109; 94, 335). Aber zu den im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften gehören nach der Zweckrichtung der Normenkontrolle und dem danach gebotenen weitesten Begriffsverständnis nicht nur Satzungen und Rechtsverordnungen, sondern auch solche (abstrakt-generellen) Regelungen der Exekutive, die rechtliche Außenwirkung gegenüber dem Bürger entfalten und auf diese Weise dessen subjektiv-öffentliche Rechte unmittelbar berühren (BVerwGE 94, 335 [338] zur Regelsatzfestsetzung durch Verwaltungsvorschrift).

Die formal in Verwaltungsvorschriften getroffenen Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart sind nach ihrem Inhalt darauf gerichtet, im Außenverhältnis in derselben Weise in subjektive Rechte einzugreifen, wie das auch bei sonstigen Rechtsvorschriften (Rechtsverordnungen, Satzungen) im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO der Fall ist, so dass ihnen unmittelbare Außenwirkung auch gegenüber den Trägern der Kindertageseinrichtungen zukommt (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 – 5 CN 2/03 –, Rn. 25, juris). Mit den Fördergrundsätzen hat die Stadt Stuttgart dokumentiert, dass sie eine abstrakt-generelle Regelung für die Förderung von öffentlich zugänglichen Tageseinrichtungen und Betriebskindertagesstätten mit Außenwirkung schaffen will. Folgerichtig hat sie die Fördergrundsätze der Auftraggeberin mit Schreiben vom 19.01.2015 mit der Bitte um Beachtung zugesendet. Es ist davon auszugehen, dass eine Zusendung der Fördergrundsätze auch an alle anderen freien und privat-gewerblichen Träger, die Einrichtungen im Stadtgebiet unterhalten, erfolgt ist. Die Fördergrundsätze können zudem im Internet auf der Website [www.domino1.stuttgart.de](http://www.domino1.stuttgart.de) heruntergeladen werden. Die Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart sind grundsätzlich keiner ergänzenden Einzelfallwürdigung zugänglich, son-

dem sollen vergleichbar mit Subventionsrichtlinien oder Beihilfenvorschriften verbindlich die Ansprüche von freien und privat-gewerblichen Trägern regeln (vgl. hierzu Gerhard/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Oktober 2014, § 47 Rn. 30).

Grundsätzlich können die Fördergrundsätze daher im Wege einer Normenkontrolle dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zur Prüfung vorgelegt werden. Aus diesem Grund können im Folgenden die einzelnen Regelungsinhalte auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Landes- oder Bundes- bzw. Verfassungsrecht untersucht werden.

### **1. Einseitig verabschiedete „Fördergrundsätze“ als Grundlage der Finanzierung nach § 8 Abs. 2 und 3 sowie Abs. 5 KitaG BW**

Die Fördergrundsätze als Verwaltungsrichtlinien binden zunächst die öffentliche Verwaltung der Gemeinde. Im Rahmen der Selbstbindung der Verwaltung entwickeln sie mittelbar auch für die freien Träger von Kindertageseinrichtungen verbindliche Wirkung.

Mit den Fördergrundsätzen wird die Umsetzung der Finanzierungspflicht aus § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW bezweckt. Diese Vorschriften benennen eine Mindestförderhöhe, die ein freier Träger beanspruchen kann, der eine Kindertageseinrichtung entsprechend der gesetzlichen Voraussetzungen betreibt. Der Wortlaut stellt dabei unmissverständlich klar, dass die Förderung in Höhe von „mindestens“ 63% (Abs. 2) bzw. 68% (Abs. 3) zu leisten ist. Eine solche Formulierung eröffnet die Möglichkeit, auf derselben gesetzlichen Grundlage eine höhere Förderung zu gewähren. Eine solche höhere Förderung wird auf der Grundlage der Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart gewährt, wenn der Träger bestimmte Voraussetzungen erfüllt. In diesem Fall kann er von der Stadt Stuttgart einen freiwilligen Zuschuss erhalten, sofern die vorhandenen Haushaltsmittel dies zulassen.

Wenngleich einer solchen Gesetzesgrundlage grundsätzlich keine Bedenken gegenüberstehen, so stellt sich vorliegend doch die Frage, welche Bedeutung § 8 Abs. 5 KitaG BW vor diesem Hintergrund haben kann. In Hinblick auf den einzelnen Träger erfolgt die finanzielle Förderung auf der Grundlage eines Zuwendungsbescheids, also

eines Verwaltungsakts. In Stuttgart ist dieser Verwaltungsakt nach Maßgabe der Fördergrundsätze zu erlassen.

In § 8 Abs. 5 KitaG BW heißt es hierzu, dass eine über die Absätze 2 bis 4 hinausgehende Förderung in einem Vertrag zwischen der jeweiligen Gemeinde und dem Einrichtungsträger geregelt wird. Grundsätzlich gilt, dass Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlicher Vertrag gleichwertige Handlungsformen sind, deren sich die Behörde wahlweise bedienen kann, sofern keine bestimmte Handlungsform vorgeschrieben ist (*Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage 2014, § 53 Rn. 2; BSG v 27.1.1981 – 5a/5 RKn 14/79 – BSGE 51, 126, 129f = SozR 2200 § 371 Nr. 4).

Steht in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 5 KitaG BW, dass die Förderung, die über die Mindestbezuschussung hinausgeht, mit einem Vertrag zwischen Standortgemeinde und Einrichtungsträger festgelegt wird, so ist das wohl – wie auch der Wortlaut des § 8 Abs. 5 KitaG BW indiziert – als verbindliche Regelung einer Handlungsform verstehen. Dann hätte die Gemeinde keine Wahl, sondern wäre verpflichtet, sich der Handlungsform des öffentlich rechtlichen Vertrages zu bedienen.

Steht der Gemeinde allerdings frei, sowohl über die Höhe der Förderung als auch über die Betriebskosten, die dem Gesamtförderumfang zugrunde gelegt werden sollen, Vereinbarungen zu treffen (LT-Drucks. 14/3659 S. 17), ließe sich auch vertreten, dass eine Gemeinde einseitig eine höhere Förderung als die Mindestförderung beschließen kann, ohne sich dafür der Handlungsform des Vertrags zu bedienen. Dies gilt jedenfalls solange die Zuwendung auf der gleichen Grundlage erfolgt wie auch die Zuwendung der Mindestförderung. Warum in einer solchen Konstellation allein eine höhere Fördersumme nur auf vertraglicher Grundlage erfolgen können sollte, ist nicht ganz nachvollziehbar.

Die vertragliche Abrede erscheint aber zwingend, wenn es nicht allein um die Förderhöhe geht, sondern der Zuwendungsgeber, also die Gemeinde, die höhere Förderung von zusätzlichen Bedingungen abhängig machen will.

Vorliegend ist demnach zu differenzieren: der Träger einer Kindertageseinrichtung erhält auf der Grundlage der Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart die Mindestförderung nach § 8 Abs. 2 bzw. Abs. 3 KitaG BW bei Vorliegen der entsprechenden Vo-

raussetzungen. Eine schriftliche Anerkennung der Fördergrundsätze ist dafür nicht erforderlich, denn diese Bedingung stellt der Gesetzgeber nicht auf. Die Gemeinde ist nicht befugt, die Mindestförderung mit Bedingungen zu verknüpfen, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat.

Ohne eine schriftliche Anerkennung durch den freien Träger entfalten die Fördergrundsätze dennoch für den Kostenträger mittelbar verbindliche Wirkung. Die Stadt als Kostenträger muss sich im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz in Hinblick auf die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Kosten an ihren eigenen Fördergrundsätzen orientieren. Auf diesem Weg entsteht eine mittelbare Wirkung für die freien Träger von Kindertageseinrichtungen. Eine solche mittelbare Wirkung ist rechtlich zulässig. Der Rechtsschutz des freien Trägers ist dadurch gewahrt, dass er einen Zuwendungsbescheid auf dem Rechtsweg angreifen kann, wenn er der Auffassung ist, dass erforderliche und angemessene Betriebsausgaben bei der Förderhöhe nicht anerkannt worden sind.

Der schriftlichen Anerkennung der Fördergrundsätze kommt dann unmittelbare Bedeutung zu, wenn eine höhere als die Mindestförderung begehrt wird. In diesem Fall wäre anzunehmen, dass mit der schriftlichen Anerkennung eine Vereinbarung nach § 8 Abs. 5 KitaG BW geschlossen werden soll. Der Form nach könnte sich die Stadt Stuttgart auf den Standpunkt stellen, dass sie die gesetzliche Forderung nach einer vertraglichen Abrede erfüllt, denn mit der Unterschrift des freien Trägers kommt formal eine zweiseitige Vereinbarung zustande. Die Fördergrundsätze stellen insofern ein einseitiges Angebot des Kostenträgers dar, das mit der schriftlichen Anerkennung vom freien Träger der Kindertageseinrichtung angenommen wird. Erfolgt dies tatsächlich, so dürfte eine Vereinbarung im Sinne von § 8 Abs. 5 KitaG BW formal angenommen werden können.

Gleichzeitig kann von einem vertraglichen Aushandlungsprozess nicht die Rede sein. Insoweit ist zu fragen, ob der freie Träger der Kindertageseinrichtung nicht das Recht haben muss, die Förderbedingungen nach § 8 Abs. 5 KitaG BW individuell auszuhandeln. Hat sich die Stadt – wie vorliegend – jedoch für bestimmte Fördergrundsätze entschieden und sich damit selbst gebunden, so wird sie anderen Bedingungen nicht

zustimmen. Ob eine solche Selbstbindung zulässig ist, braucht hier nicht erörtert zu werden, denn schließlich ist maßgeblich, ob ein freier Träger im Einzelfall Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung nach § 8 Abs. 5 KitaG BW mit bestimmten Förderbedingungen hat.

Zwar ist streitig, ob auf den Abschluss einer Vereinbarung ein Anspruch besteht bzw. ob der Abschluss einer Vereinbarung im Ermessen der Gemeinde steht (vgl. Kunkel, ZfJ 2000, 413; Neumann, RsDE, 31, 42). Indes ist zu berücksichtigen, dass die Stadt Stuttgart sich durch die ab dem 01.01.2014 gültigen Fördergrundsätze selbst gebunden hat, so dass ihr insoweit kein Ermessen mehr zusteht. Sie muss zu den in den Fördergrundsätzen genannten Bedingungen fördern, wenn entsprechende Anträge gestellt werden. Auf eine schriftliche Anerkennung der Grundsätze kann die Stadt dann allerdings nicht abstellen, da hierzu eine Gesetzesgrundlage fehlt. Eine Unterschrift kann nur dann erwartet werden, wenn zuvor die Förderbedingungen in einem fairen Verfahren miteinander ausgehandelt worden wären.

## 2. Gleichmäßigkeit der Förderung

Aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich, dass grundsätzlich ein Anspruch der freien Träger von Kindertageseinrichtungen auf gleichwertige Förderung besteht. Verwaltungsvorschriften binden unter den üblichen Voraussetzungen nach dem Gleichheitssatz die Verwaltung. Für den einzelnen Träger erwächst ein Rechtsanspruch auf die Anwendung rechtmäßiger Verwaltungsvorschriften auch in seinem Fall (*Forkel*, ZKJ 2010, 5 ff.).

Bei der Verwaltungsvorschrift der Stadt Stuttgart handelt es sich insoweit nicht um eine lediglich ermessensbindende Verwaltungsvorschrift zur Gewährleistung einer gleichmäßigen Verwaltungspraxis im Rahmen eines der entscheidenden Behörde durch eine Rechtsvorschrift eröffneten Ermessensspielraums, bei der ihr trotz der Bindung ihres Ermessens durch die Verwaltungsvorschrift ein Restermessen, etwa bei atypischen Fallgestaltungen, verbleibt (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 1. Juni 1979 – 6 B 33/79 – ZBR 1980, 75 = juris Rn. 5 m.w.N.). Vielmehr eröffnet die Verwaltungsvorschrift der Stadt, die sie anzuwenden hat, überhaupt erst die Möglichkeit einer Ent-

scheidung nach Maßgabe dieser Verwaltungsvorschrift. Einen Ermessensspielraum, die Verwaltungsvorschrift anders anzuwenden als darin vorgesehen oder weitere Umstände zu berücksichtigen, eröffnet sie nicht.

Insoweit unterscheidet sich ein Antrag auf eine Förderung nach den Fördergrundsätzen der Stadt Stuttgart nicht von einem Antrag, auf dessen positive Bescheidung eine Rechtsvorschrift einen gebundenen Anspruch einräumt, wenn die in der Rechtsvorschrift hierzu aufgestellten Voraussetzungen sämtlich erfüllt sind. Sind diese Voraussetzungen nicht sämtlich erfüllt, so ist der Antrag abzulehnen, ohne dass dem Antragsteller ein Anspruch auf eine ergänzende Ermessensentscheidung zusteht (Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27. November 2014 – 7 A 10445/14 –, Rn. 47, juris).

#### **a. Betriebskindergärten**

In Hinblick auf Betriebskindergärten ist zu prüfen, ob die Sonderbehandlung durch die Grundsätze für die Förderung der Betriebsausgaben von Betriebskindertagesstätten unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots zulässig ist. Bei Betriebskindergärten ist zunächst zu differenzieren: zum einen geht es um den Anspruch auf Mindestförderung nach § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW, auf den Betriebskindergärten in Baden-Württemberg Anspruch haben, wenn sie in die Bedarfsplanung aufgenommen sind. Zum anderen geht es um eine Förderung über diesen Betrag hinaus auf vertraglicher Grundlage nach § 8 Abs. 5 KitaG BW.

Die Grundsätze für die Förderung der Betriebsausgaben von Betriebskindertagesstätten mit Wirkung zum 01.01.2014 vollziehen die vorgenannte Differenzierung nicht nach. Vielmehr erfolgt eine besondere Förderung von Betriebskindergärten, die nach dem Wortlaut der Grundsätze den Anspruch auf Förderung aus § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW abgelten soll, diesen Anspruch aber erheblich modifiziert. So sollen die gesetzlich gebotenen 63% bzw. 68% der Betriebsausgaben nur in Hinblick auf den Posten der „sonstigen Ausgaben“ übernommen werden. Kosten für die Nutzung von Räumen werden vollständig ausgeschlossen, dafür werden grundsätzlich 85% der tatsächlichen Personalausgaben für Fachkräfte im Zuwendungsweg erstattet. Damit

weicht die Stadt Stuttgart in rechtlich bedenklicher Weise von dem gesetzlich vorgegebenen Konzept des § 8 Abs. 2 und 3 KiTaG BW einerseits und § 8 Abs. 5 KiTaG BW ab. Zur Feststellung der Mindestförderung nach § 8 Abs. 2 und 3 KiTaG BW sind die Ist-Betriebsausgaben festzustellen und darauf der jeweilige Fördersatz (63% bzw. 68%) zum Ansatz zu bringen. Die Anwendung eines Fördersatzes auf bestimmte Positionen von erforderlichen und angemessenen Betriebsausgaben ist gesetzeswidrig. Erst wenn die gesetzliche Mindestförderung anhand der erforderlichen und angemessenen Betriebsausgaben feststeht, ist Raum für eine darüber hinausgehende Förderung im Vertragswege.

Die Stadt Stuttgart begründet ihren Beschluss, ab dem 01.01.2014 den Betriebskindertageseinrichtungen eine Förderung für die Kaltmieten zu versagen, in einem Vergleich mit öffentlich zugänglichen Kitas damit, dass Betriebskindergärten in die Bedarfsplanung aufgenommen würden, ohne zu prüfen, ob der Bedarf tatsächlich besteht, dass die Betriebskindergärten nur für Betriebsangehörige zugänglich seien und auswärtige Kinder ohne Einschränkungen aufgenommen werden könnten. Keiner dieser Gründe lässt sich jedoch dem KiTaG BW oder der KiTaV BW entnehmen und stellt einen sachlichen Grund für eine Differenzierung dar. Die Gemeinde ist insoweit an den Wortlaut dieser gesetzlichen Vorgaben gebunden, ohne dass ihr ein Beurteilungsspielraum oder ein Ermessen zustünde. Daraus folgt, dass die erforderlichen und angemessenen Betriebsausgaben in vorgeschriebener Höhe übernommen werden müssen. Die Annahme, dass ein Betriebskindergarten keine Kosten für die Nutzung seiner Räume als Bestandteil der Betriebsausgaben i. S. des § 8 Abs. 2 und 3 KiTaG BW hätte, ist evident sachwidrig.

Selbst wenn man sich, unter welchem Aspekt auch immer, mit den drei von der Kommune in der GRDRs 194/2014 genannten Begründungen inhaltlich auseinandersetzt, ergibt sich nichts anderes:

- Entscheidend für die Förderung nach dem KiTaG BW ist die Aufnahme in die Bedarfsplanung nach § 3 Abs. 3 KiTaG BW. Aus welchen Gründen dies geschieht, ist ohne Belang. Abgesehen davon besteht per se ein öffentlicher Bedarf, allen Kindern, die einen Rechtsanspruch auf einen Kita-Platz haben, einen



solchen zu gewähren. Ein solcher Rechtsanspruch kann durch die Betriebskindergärten gewährleistet werden.

- Die Begründung für die Schlechterstellung der Betriebskindergärten, dass diese nur für Kinder von Betriebsangehörigen zugänglich seien, trifft für die Einrichtungen der Auftraggeberin nicht zu, da diese auch Kinder von Nicht-Betriebsangehörigen aufnehmen. Ungeachtet dessen gilt auch hier, dass die Betriebskindergärten gewährleisten, dass der gesetzliche Anspruch auf einen Platz erfüllt werden kann. Im Falle ihres Nichtbestehens wäre die Stadt Stuttgart gehalten, den Rechtsanspruch durch andere Träger zu gewährleisten, für die gleichfalls entsprechende Kosten entstehen würden. Es würde sich demzufolge um sog. „Sowieso-Kosten“ handeln.
- Die Begründung, dass in öffentlich zugänglichen Kindergärten ohne Reduzierung der Förderung nur Kinder aufgenommen werden, wenn kein in Stuttgart wohnendes Kind den Platz benötigt, blendet in rechtlich unzulässiger Weise den interkommunalen Kostenausgleich für auswärtige Kinder in § 8a KiTaG BW aus, der sicherstellt, dass die der Kommune entstehenden Kosten für auswärtige Kinder grundsätzlich erstattet werden, wobei die Grenze bei den der Standortgemeinde (vorliegend Stuttgart) tatsächlich entstehenden Kosten liegt (§ 8a Abs. 2 S. 2 KiTaG BW). Zudem steht er im Widerspruch zu der Strukturentscheidung des Jugendhilferechts, wozu u. a. das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern (§ 5 SGB VIII) gehört. Insoweit gilt, dass das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern nicht durch Finanzierungsmodalitäten eingeschränkt wird, indem vorzugsweise oder ausschließlich Plätze an Kinder der eigenen Gemeinde vergeben werden (VGH BW, Urt. v. 04.06.2008 – 12 S 2559/06, Rn. 77, juris; VG Stuttgart, Urt. v. 06.02.2015 – 7 K 2071/13, Rn. 46, 50, juris).

Problematisch dürfte bei Betriebskindergärten allerdings in bestimmten Fällen der Nachweis der Mietkosten sein. Grundsätzlich kommen drei Möglichkeiten in Betracht:

1. Ein Betrieb vermietet dem Träger des Betriebskindergartens Räume in seinem Unternehmen. Da in diesem Fall kein Mietvertrag innerhalb eines Trägerda-

ches vorliegt, sind die damit nachgewiesenen Kosten grundsätzlich förderfähig.

2. Der Betrieb fungiert selber als Träger der Kindertageseinrichtung. In diesem Fall hat er aufgrund des Gleichbehandlungsgebots wie jeder andere Träger einer Kindertageseinrichtung auch Anspruch auf Anerkennung eines angemessenen Abschreibungsbetrags zur Berücksichtigung seiner Kosten für die Nutzung der Räumlichkeiten, wie dies für öffentlich zugängliche Kindertageseinrichtungen in freier Trägerschaft ausweislich der GRDRs 14/2014 vorgesehen ist. (Zur Höhe des Abschreibungsbetrags vgl. A.4.b.cc.).
3. Betrieb und Träger der Kindertageseinrichtung fallen auseinander. Der Betrieb überlässt dem Träger Räume zur kostenfreien Nutzung. In diesem Fall ist die kostenfreie Nutzung der Räume als Eigenleistung des Trägers zu berücksichtigen, wobei kein Unterschied zwischen einer Geldspende und einer Sachspende gemacht werden darf (vgl. A.4.b.cc.).

## **b. Kommunale Träger**

Eine kritische Betrachtung mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ist in jedem Fall dann geboten, wenn es um den Vergleich von freien und von kommunalen Kindertageseinrichtungen geht. Hier ist nicht nur das Gleichbehandlungsgebot zu beachten, sondern zusätzlich der Subsidiaritätsgrundsatz. Gemäß § 4 Abs. 2 SGB VIII soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können.

Die Anstrengungen zum bedarfsgerechten Ausbau der Kindertagesbetreuung dürften im Ergebnis zwar dazu führen, dass auch kommunale Kindertageseinrichtungen zu fördern sind, um den Rechtsanspruch auf einen Kitaplatz zu gewährleisten. Es ist jedoch kein sachlicher Grund erkennbar, dass kommunale Einrichtungen bei glei-

chen Leistungen einen höheren Mitteleinsatz erhalten sollen oder bessere Förderbedingungen beanspruchen können.

### 3. Rechtmäßigkeit der Maßgaben für eine höhere Finanzierung

Wenngleich mit den Fördergrundsätzen eine Förderung über die Mindestförderung hinaus geregelt werden kann, so ist dennoch vom Gemeinderat zu beachten, dass die Gewährung der Mindestförderung nicht an Bedingungen geknüpft werden darf, die der Gesetzgeber des KitaG BW für die Förderung nach § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KitaG BW nicht vorgesehen hat.

Insbesondere wird die Mindestförderung nicht abhängig gemacht von der Rechtsform und der Ausrichtung des Einrichtungsträgers, der Aufnahme gemeindefremder Kinder, dem öffentlichen Zugang der Einrichtung und der Beschränkung der Elternbeiträge.

Die Kindertageseinrichtungen, die in die Bedarfsplanung aufgenommen sind – zu denen auch Betriebskindertagesstätten gehören können und die Betriebskindertagesstätten der Auftraggeberin gehören – können sich daher auf ihren Anspruch auf Förderung aus § 8 Abs. 2 und Abs. 3 KiTaG BW berufen, ohne dass sie die Fördergrundsätze der Stadt Stuttgart schriftlich anerkennen müssen. Die Forderung nach einer Vereinbarung zur Wahrnehmung des Schutzauftrags nach § 8a SGB VIII und einer Vereinbarung zur Sicherung des Datenschutzes ist hingegen sachgerecht, da ein Träger der Kindertagesbetreuung hierzu gesetzlich verpflichtet ist (*Hoffmann/Proksch*, in: FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 61 Rn. 25 ff.).

Eine Förderung, die über die gesetzlich geregelte Mindesthöhe hinausgeht, liegt im Ermessen des Kostenträgers. Der Kostenträger hat folglich für diese freiwillige Förderung einen erheblich größeren Spielraum. Dies bedeutet jedoch nicht, dass er diesen ohne rechtliche Begrenzungen ausüben darf. Das ausgeübte Ermessen bei der höheren Förderung muss mit dem Zweck des KiTaG BW übereinstimmen und darf ihm nicht widersprechen.

### a. Begrenzung von Elternbeiträgen

Seit dem Inkrafttreten des KiföG wird die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Kostenbeteiligung terminologisch vorgenommen, indem der Begriff „Kostenbeitrag“ einheitlich für alle Fallgestaltungen öffentlich-rechtlicher Heranziehung zu den Kosten verwendet wird (BT-Drucks. 16/9299, S. 41). Soweit Leistungsanbieter auf Grund privat-rechtlicher Vereinbarungen mit den Nutzern Beiträge erheben, wird dies in der Kinder- und Jugendhilfe als Teilnahmebeitrag bezeichnet.

Ein Teilnahmebeitrag wird von Trägern der freien Jugendhilfe vertraglich vereinbart. Dies erfolgt auf zivilrechtlicher Grundlage und muss im Kinder- und Jugendhilferecht nicht eigens geregelt werden (BVerwG 25.4.1997 – 5 C 6.96 – FEVS 48, 16). Der Träger ist in der Bemessung der Höhe der von ihm erhobenen Teilnahmebeiträge grundsätzlich frei. Würde man daraus allerdings den Schluss ziehen, dass freie Träger von Kindertageseinrichtungen Teilnahmebeiträge nach Belieben verlangen können, ist daran zu denken, dass die beitragspflichtigen Eltern unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch nach § 90 Abs. 3 SGB VIII gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben.

An dieser Stelle ist das Zusammenspiel zwischen dem Anspruch des Kindes auf Tagesförderung und der Pflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, diesen Anspruch durch ein bedarfsgerechtes Angebot an Betreuungsplätzen sicherzustellen auch mit Blick auf die Teilnahmebeiträge des freien Trägers zu betrachten.

Mit den Einrichtungen, die nach § 8 Abs. 4 KitaG BW gefördert werden, erfüllen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe ihre Pflicht zur Schaffung eines bedarfsgerechten Angebots. Möchte ein Kind bzw. seine Eltern den Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung durchsetzen, so kann die Gemeinde auf eine von ihr geförderte Einrichtung verweisen. Die Tatsache, dass die Gemeinde den freien Träger der Tageseinrichtung finanziell fördert, soll sich aus Sicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bei der Höhe der Teilnahmebeiträge auswirken. D.h. dass die Gemeinde in Vereinbarungen über die Höhe der Förderung auch Regelungen über die Erhebung

eines Teilnahmebeitrags einfließen lässt. Eine solche Verbindung von Fördervereinbarungen und Begrenzung der Teilnahmebeiträge ist rechtlich zulässig.

#### **b. Benachteiligung gemeindefremder Kinder**

Die Regelung in der Stuttgarter Förderrichtlinie, eine zusätzliche Förderung davon abhängig zu machen, dass die Einrichtung sich verpflichtet, vorrangig Gemeindekinder aufzunehmen, kann einer rechtlichen Prüfung hingegen nicht standhalten.

Grundsätzlich kann nach § 8 Abs. 5 KitaG BW eine höhere als die in § 8 Abs. 2 bis 4 KiTaG BW vorgesehene Mindestförderung durch einen Vertrag zwischen der Gemeinde und dem Einrichtungsträger vereinbart werden. Dies berechtigt die Gemeinde aber nicht dazu, die Aufnahme von Kindern mit Wohnsitz in der Gemeinde im Rahmen der höheren Förderung zu privilegieren bzw. umgekehrt die Aufnahme auswärtiger Kinder nachteilig zu behandeln.

Mit dem Gesetz zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes und des Finanzausgleichsgesetzes (Drucks. 14/3659), das zum 1.1.2009 in Kraft getreten ist, verfolgte der Landesgesetzgeber ausdrücklich das Ziel, ein wegweisendes Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zur Frage der Bedarfsplanung umzusetzen (VGH BW – 4.6.2008 – 12 S 2559/06, VBIBW 2009, 95). Die in der Entscheidung enthaltenen Ausführungen zur Bedarfsplanung haben die rechtliche Weiterentwicklung des KitaG BW so maßgebend beeinflusst, dass sie teils wörtlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden (LT-Drs. 14/3659, S. 15, 16).

Eine besondere Bedeutung kommt den Ausführungen in Hinblick auf das elterliche Wunsch- und Wahlrecht und der Aufnahme gemeindefremder Kinder in die örtliche Bedarfsplanung zu. Insbesondere wurde der Umstand anerkannt, dass die Rechtsprechung keine Unterscheidung zwischen einheimischen und auswärtigen Kindern mehr kennt. Dies führt dazu, dass eine Standortgemeinde keine Gruppe mehr aus der Bedarfsplanung mit der Begründung ausschließen darf, dass sie auswärtige Kinder betreut (Dürr, § 3 Rn. 5.3 S. 68).

Sind gemeindefremde Kinder folglich zwingend in die Bedarfsplanung aufzunehmen, stellt sich die Gemeinde in Widerspruch zu diesen Feststellungen, wenn sie bei der Bedarfsdeckung zwischen den gemeindeeigenen und den gemeindefremden Kindern unterscheiden will.

Zwar besteht ein nachvollziehbares Interesse der Gemeinde daran, den gemeindeeigenen Kindern vorrangig einen Platz zur Verfügung zu stellen, denn die Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf Kindertagesbetreuung aus § 24 Abs. 2 und Abs. 3 SGB VIII kann nur gegenüber dem zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe ggf. gerichtlich durchgesetzt werden. In der Stadt Stuttgart ansässige Kinder können die Stadt Stuttgart als Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Erfüllung ihres Rechtsanspruchs auf Kindertagesbetreuung unmittelbar in die Pflicht nehmen. Gemeindefremde Kinder können hingegen nur den Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Zweifel gerichtlich in Anspruch nehmen, in dessen Einzugsbereich sie ihren Wohnsitz haben.

Aus dieser Friktion zwischen der Bedarfsplanung, die Kinder einbeziehen muss, die gegen den planenden Träger keinen Rechtsanspruch auf Kindertagesbetreuung haben und der Leistungsverpflichtung, die nur den zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe trifft, geht der Wunsch hervor, vorrangig denjenigen Kindern Plätze zur Verfügung zu stellen, die den Platz auch im Wege der Durchsetzung ihres Rechtsanspruchs einfordern können.

Würde man es als zulässig erachten, dass die Gemeinde dieses nachvollziehbare Interesse im Wege der finanziellen Zuwendungen steuern dürfte, so würde das die Zielsetzung des Gesetzgebers ein bedarfsgerechtes Betreuungsangebot auszubauen, in unzulässiger Weise konterkarieren.

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die beschriebene Friktion zwischen Bedarfsplanung und Finanzierungspflicht über den interkommunalen Kostenausgleich zu lösen. Richtig ist, dass mit diesem Kostenausgleich nicht immer der volle Aufwand der Standortgemeinde gedeckt sein mag. Die Standortgemeinde hat folglich kein eigenes Interesse an der Aufnahme gemeindefremder Kinder, ist allerdings verpflichtet, diese in die Bedarfsplanung aufzunehmen. Ein Rechtsanspruch von freien Trä-

gern auf Aufnahme in die Bedarfsplanung besteht wiederum nicht (Dürr, Kindergartenrecht BW, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 5.10 S. 74). Noch weniger besteht ein Rechtsanspruch von Eltern, dass ihr Kind in der Bedarfsplanung einer Gemeinde aufgenommen wird, die nicht ihre Wohnsitzgemeinde ist. Erkennt die Rechtsprechung aber an, dass aufgrund des Wunsch- und Wahlrechts eine Differenzierung zwischen gemeindeeigenen und gemeindefremden Kindern nicht zulässig ist, muss dies bei der Finanzierung zwingend berücksichtigt werden. Denn mit der Finanzierung von Einrichtungen steht dem öffentlichen Träger das entscheidende Steuerungsinstrument zur Verfügung, seine eigene Bedarfsplanung auch umzusetzen. Darf er bei der Planung zwischen gemeindeeigenen und gemeindefremden Kindern nicht unterscheiden, so muss dies auch für das Steuerungsinstrument der Finanzierung gelten.

#### 4. Verfahrensregelungen

Die Fördergrundsätze enthalten keine Bestimmungen zur Fälligkeit der Förderbeträge und wenig zu konkreten Abrechnungsmodalitäten. Auch die landesrechtliche Regelung zur Förderfinanzierung nach § 8 KitaG BW enthält keine Bestimmungen zur Frage des Zeitpunkts der Auszahlung der Förderung. Daher kann zur Klärung von Verfahrensfragen zur Umsetzung der Förderung nur auf die allgemeinen Grundsätze der Förderfinanzierung zurückgegriffen werden, wenn im Einzelfall keine einvernehmlichen Verfahrensregelungen vereinbart wurden.

Grundsätzlich gilt das Prinzip der Jährlichkeit der Förderung. Die förderfähigen Betriebsausgaben werden damit grundsätzlich nach den Jahresbeträgen geprüft. Bei der Förderfinanzierung, deren Höhe sich nach den tatsächlichen Betriebsausgaben richtet, ist es logisch, dass eine Spitzabrechnung erst nach dem Abrechnungszeitraum erfolgen kann.

Um den wirtschaftlichen Bestand der Tageseinrichtungen zu sichern, verpflichtet sich die Stadt zu Abschlagszahlungen, die quartalsweise gewährt werden.

Ist der Abrechnungszeitraum beendet und ist damit zu rechnen, dass sich die konkreten Ausgaben für den Abrechnungszeitraum verbindlich ermitteln lassen, ist der Ver-

wendungsnachweis durch den geförderten Träger vorzulegen. Die Fördergrundsätze legen den 30. April des folgenden Kalenderjahres als Zeitpunkt fest, bis zu dem der Verwendungsnachweis vorgelegt werden muss.

Diese Frist hat umgekehrt keine Aussagekraft dafür, bis wann der öffentliche Träger eine Endabrechnung bescheiden und die Leistung auszahlen muss. Wird der mit Vorlage des Verwendungsnachweises implizit gestellte Abrechnungs- und Auszahlungsantrag seitens der Behörde nicht bearbeitet, so bleibt nur das Rechtsmittel der Untätigkeitsklage, die gem. § 75 VwGO drei Monate nach Antragstellung Aussicht auf Erfolg haben kann.

Soweit für den Einrichtungsträger das vorgenannte Verfahren nicht ausreichend ist, ihm die wirtschaftliche Existenz zu sichern, ist im Wege von Vereinbarungen ein angemessenes Verfahren zu vereinbaren. Der öffentliche Träger hat in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Forderung des Einrichtungsträgers nach Förderung ein gesetzlich geregelter Rechtsanspruch gegenüber steht. Diese Rechtspflicht zur Förderung muss sich auch in den Auszahlungsmodalitäten niederschlagen.

Insbesondere ist bei Abschlagszahlungen daran zu denken, dass diese sich im Einzelfall nicht an den Ausgaben des Vorjahreszeitraums orientieren können, wenn die Einrichtung neu eröffnet wurde. In diesem Fall ist eine einvernehmliche Regelung zu erarbeiten, die der Einrichtung die wirtschaftliche Existenz sichert.

### **C. Zusammenfassung der Ergebnisse**

Die Ergebnisse der umfassenden Begutachtung der eingangs aufgeworfenen Fragen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- **Ist eine grundsätzlich geringere finanzielle Förderung von Betriebskindergärten im Vergleich zu Einrichtungen anderer freier Träger zulässig?**

Unterschiede in der Förderhöhe von Trägern bedürfen einer gesetzlichen Grundlage bzw. in Anbetracht des Gleichheitsgrundsatzes eines sachlichen Differenzierungsgrundes. Die in der Gemeinderatsdrucksache 194/2014 der Stadt Stuttgart genann-



ten Gründe für eine Differenzierung der Förderhöhe für Betriebskindergärten halten dem nicht stand. Der baden-württembergische Gesetzgeber sieht grundsätzlich keine Unterschiede bei der Förderung von privat-gewerblichen, frei-gemeinnützigen oder anderen Trägern von Einrichtungen der Kindertagesförderung vor. Diese Grundsatzentscheidung kann von einer finanzierungspflichtigen Gemeinde nicht konterkariert werden. Eine pauschale Differenzierung der Förderhöhe ist ausgeschlossen.

➤ **Ist es rechtens, Mietkosten für Betriebskindergärten grundsätzlich nicht als förderfähigen Aufwand zu werten?**

Die Mietkosten für die Räume einer Kindertageseinrichtung stellen eine zwingende Ausgabe für den Betrieb der Einrichtung dar. Sie gehören zweifelsfrei zu den Betriebsausgaben. Das KitaG BW eröffnet keine Möglichkeit entstandene und nachgewiesene Betriebsausgaben als nicht erstattungsfähig zu deklarieren. Wenn ein Betriebskindergarten die genutzten Räume anmietet und die Kosten über einen Mietvertrag nachweist, sind diese Kosten anteilig nach den jeweiligen rechtlichen Grundlagen des KitaG BW zu übernehmen.

➤ **Ist es rechtlich zulässig, die Höhe der Kosten für die Gebäudenutzung (insb. Mietkosten) für alle Einrichtungen in freier Trägerschaft auf die in den Fördergrundsätzen benannten Pauschalen zu begrenzen?**

Förderfähig sind grundsätzlich nur die angemessenen Betriebsausgaben. Die tatsächlichen Betriebsausgaben unterliegen damit in einem ersten Schritt einer Angemessenheitsprüfung. Um diese Angemessenheitsprüfung durchzuführen und transparent zu gestalten ist es der finanzierungspflichtigen Gemeinde gestattet, Vorgaben zur Angemessenheit zu machen. Diese können auch in Form von möglichst realitätsnahen Pauschalen erfolgen. Werden die Pauschalen überschritten, so führt das zu der Vermutung, dass die dargelegten Ausgaben nicht mehr angemessen sind. Diese Vermutung muss allerdings im Rahmen einer Einzelfallprüfung bestätigt werden, um die anteilige Erstattung abzulehnen bzw. zu reduzieren.

Im Rahmen einer streitigen Auseinandersetzung haben die Gerichte zunächst zu prüfen, ob die grundsätzlichen Vorgaben der Gemeinde zur Angemessenheit der Mietkosten rechtmäßig zustande gekommen und nachvollziehbar sind. Sodann wird in einem zweiten Schritt zu klären sein, ob im Einzelfall Gründe vorliegen, die eine Angemessenheit der Betriebsausgaben plausibel machen.

In besonders engem Zusammenhang mit den Kosten für die Gebäudenutzung steht die durchaus angreifbare Pflicht des Einrichtungsträgers zum Einsatz von Eigenleistungen. Die Nutzung von Räumen stellt immer einen wirtschaftlichen Wert dar. Besteht ein Mietvertrag, so lassen sich darüber die Betriebsausgaben nach Grund und Höhe zweifelsfrei nachweisen. Werden eigene Räume genutzt oder fremde Räume kostenfrei zur Nutzung überlassen, so muss dem ein angemessener wirtschaftlicher Wert zugewiesen werden, weil andernfalls die Höhe der Förderung dem wirtschaftlichen Wert der Leistung des Einrichtungsträgers nicht angemessen wäre.

- **Kann die Förderung in Form des „freiwilligen Zuschusses“ der Stadt Stuttgart von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass gemeindefremde Kinder nur im Ausnahmefall nach den beschriebenen Kriterien aufgenommen werden?**

Mit dem Gesetz zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes und des Finanzausgleichsgesetzes (Drucks. 14/3659), das zum 1.1.2009 in Kraft getreten ist, verfolgte der Landesgesetzgeber ausdrücklich das Ziel, ein wegweisendes Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zur Frage der Bedarfsplanung umzusetzen (VGH BW – 4.6.2008 – 12 S 2559/06, VBIBW 2009, 95). Die in der Entscheidung enthaltenen Ausführungen zur Bedarfsplanung haben die rechtliche Weiterentwicklung des KitaG BW so maßgebend beeinflusst, dass sie teils wörtlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden (LT-Drs. 14/3659, S. 15, 16).

Eine besondere Bedeutung kommt den Ausführungen in Hinblick auf das elterliche Wunsch- und Wahlrecht und der Aufnahme gemeindefremder Kinder in die örtliche Bedarfsplanung zu. Insbesondere wurde der Umstand anerkannt, dass die Rechtsprechung keine Unterscheidung zwischen einheimischen und auswärtigen Kindern

mehr kennt. Dies führt dazu, dass eine Standortgemeinde keine Gruppe mehr aus der Bedarfsplanung mit der Begründung ausschließen darf, dass sie auswärtige Kinder betreut. Diese dezidierte Zielsetzung des Landesgesetzes konterkariert die Stadt Stuttgart in rechtswidriger Weise, indem sie die höhere Förderung von der Verpflichtung abhängig macht, dass gemeindefremde Kinder nur nachrangig aufgenommen werden dürfen. Diese Pflicht kann damit nur als unzulässig angesehen werden. Die Stadt ist nicht berechtigt, die höhere Förderung davon abhängig zu machen, dass gemeindefremde Kinder nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgenommen werden.

- **Darf eine Kommune einem Träger finanzielle Mittel in geringerer Höhe zuwenden, als sie von der Wohnortkommune im Wege des interkommunalen Finanzausgleichs erhält?**

Die Wohnortkommune muss die Kosten für die Betreuung der Kinder, die in ihrer Verantwortung stehen, der Standortkommune nur bis zur Höhe der tatsächlichen Kosten der Standortgemeinde erstatten (§ 8a Abs. 2 S. 2 KitaG BW). Die Standortgemeinde hat damit keine rechtliche Möglichkeit eine höhere Erstattung zu verlangen, die sie nicht weiterreicht, sondern für sich verwendet.

- **Ist die Regelung zur Förderhöchstgrenze zulässig, die eine Gewinnerzielung grundsätzlich ausschließt?**

Im Zuwendungsrecht gilt der Subsidiaritätsgrundsatz, wonach ein Zuwendungsempfänger zunächst alle eigenen Mittel ausschöpfen muss, um die geförderte Maßnahme zu finanzieren. Dieser Grundsatz führt zu der falschen Annahme, dass ein Einrichtungsträger grundsätzlich keine Gewinne machen dürfte. Wäre dem so, wäre die Förderung privat-gewerblicher Kindertageseinrichtungen ausgeschlossen, da diese grundsätzlich gewinnorientiert tätig sind. Auch hier würde die gesetzgeberische Absicht einer Gleichbehandlung privat-gewerblicher und frei-gemeinnütziger Träger

konterkariert, wenn auf der Ebene der Förderung die Erzielung von Gewinnen generell ausgeschlossen würde.

Zulässig wäre wohl eine Regelung, die es ausschließt, dass Gewinne unmittelbar mit den Förderbeträgen erzielt werden. Da die Förderung jedoch nur anteilig die Betriebsausgaben finanziert, ist schon auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung die Gewinnerzielung durch die Förderung ausgeschlossen.

➤ **Stellt es ein rechtliches Problem dar, dass die Fördergrundsätze keine Aussage zur Fälligkeit der Förderansprüche enthalten?**

Mit der Förderung der Kindertageseinrichtungen muss deren wirtschaftliches Überleben gesichert werden. Die Fördergrundsätze müssen diesen Zweck erreichen und Bedingungen regeln, die den geförderten Einrichtungen die wirtschaftliche Existenz sichern. Dies wird mit den quartalsweisen Abschlagszahlungen erreicht. Im Einzelfall kann es jedoch erforderlich werden, dass im Rahmen von Fördervereinbarungen dem Einzelfall angemessene Förderbedingungen vereinbart werden, die die besondere Situation eines Trägers berücksichtigen.

Die finanzierungspflichtige Gemeinde hat in diesem Rahmen zu berücksichtigen, dass auf die Zuwendung ein Rechtsanspruch besteht und die Verpflichtung des Kostenträgers dementsprechend höher ist als bei einer Zuwendung die für einen anderen Zweck gewährt wird.

Abschließend ist festzustellen, dass die vorgelegten Fragestellungen den Blick auch immer auf die Frage lenken, ob die Förderfinanzierung noch die adäquate Finanzierungsform einer Leistung sein kann, die fast ausschließlich zur Deckung von Rechtsansprüchen erbracht wird. Die regelhaft verlangte Eigenleistung freier Träger stellt eine grundsätzlich „freiwillige“ Leistung dar. Wäre kein freier Träger bereit oder in der Lage, zu den gesetzlichen Bedingungen in Baden-Württemberg auf dem Gebiet der Kindertagesbetreuung tätig zu sein, so stünden die öffentlichen Träger weiterhin in der unmittelbaren Verpflichtung, ein bedarfsgerechtes Angebot vorzuhalten und die Rechtsansprüche der förderberechtigten Kinder einzulösen. Ohne die Bereitschaft

der freien Träger zur Aufbringung von Eigenleistungen wäre es damit an den öffentlichen Trägern, die Leistung in vollem Umfang zu finanzieren. In Anbetracht dessen bestehen erhebliche rechtliche Bedenken gegen die Forderung nach der Erbringung von Eigenleistungen dieser Träger.

---

Gila Schindler  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Sozialrecht

---

Prof. Dr. J. Wilfried Kügel  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht