

Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Familie, Kinder und Jugend am 30. September 2019 im Landtag NRW

Gesetz zur qualitativen Weiterentwicklung der frühen Bildung Drucksache 17/6726

mit Anlage:

Rechtsgutachten „Unvereinbarkeit der Benachteiligung privat-gewerblicher Anbieter von Kindertagesstätten mit dem Unions- und Verfassungsrecht“ (Verfasser: Prof. Dr. Thomas Dünchheim) - Juli 2019

Der Deutsche Kitaverband ist der ein Zusammenschluss freier unabhängiger Kita-Träger, die sich durch Innovation, Qualitäts- und Lösungsorientierung auszeichnen.

Längere Öffnungszeiten, die flexible Nutzung von Betreuungs-Plätzen und -Ressourcen und die Entwicklung der Praxis-integrierten Ausbildung (PiA) sind Beispiele aus der Arbeit unserer Mitglieder.

Unsere Mitglieder zeichnen sich durch agiles sozialunternehmerisches Handeln und die Übernahme sozialer Verantwortung aus, um frühkindliche Bildung und Entwicklungsförderung möglichst für alle Kinder zu ermöglichen.

Als Deutscher Kitaverband, Landesverband Nordrhein-Westfalen, nehmen wir zu dem Gesetzentwurf zur qualitativen Weiterentwicklung der frühen Bildung Stellung:

Finanzierung und Auskömmlichkeit

Erhalt der Trägervielfalt

Der Deutsche Kitaverband begrüßt, dass die Landesregierung die Finanzierung der Kindertagesbetreuung verbessern und auf eine nachhaltige Grundlage stellen will. In der Bereitstellung der entsprechenden Haushalts-Mittel kommt ein deutlicher politischer Gestaltungswille der Landesregierung zum Ausdruck.

Zugleich stellen wir fest:

Der Gesetzentwurf schreibt die Behinderung einer verfassungsrechtlich zwingend gebotenen Träger- und Angebotsvielfalt in der Versorgung durch Kindertageseinrichtungen in Nordrhein-Westfalen weiter fest.

Einem Teil von Kita-Trägern bleibt die Beteiligung und eine Gleichbehandlung in der Kita-Versorgung vor allem wegen fehlender Förderung durch Land und Kommunen erheblich erschwert bzw. de facto versagt.

Die jetzt gegebene Möglichkeit, die frühkindliche Bildung und Entwicklungsförderung in Nordrhein-Westfalen durch die Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Kita-Versorgungsstrukturen weiterzuentwickeln, vergibt der Gesetzentwurf.

In Verantwortung für eine zukunftsfähige Kita-Versorgung hat der Deutsche Kitaverband zur rechtlichen Bewertung der weiterhin in Nordrhein-Westfalen bestehenden Benachteiligung freier unabhängiger Kita-Anbieter ein Gutachten durch Herrn Prof. Dr. Thomas Dünchheim (Hogan Lovells, Düsseldorf, siehe auch Anlage zu dieser Stellungnahme) erstellen lassen.

Das Gutachten bestätigt: Durch die wettbewerbshemmenden Regelungen des Gesetzentwurfs, insbesondere den Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung, werden diese Kita-Träger in ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Zudem verletzt die hiermit verbundene Ungleichbehandlung den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

Der Gesetzentwurf verstößt zudem gegen das Recht der Europäischen Union. Wie Herr Prof. Dr. Dünchheim in beigefügtem Rechtsgutachten darlegt, beeinträchtigt die Fördersystematik die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ("AEUV"), die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV und die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV privat-gewerblicher Anbieter. Ebenso verstößt die selektive Förderung gegen beihilferechtliche Vorgaben der Art. 107 ff. AEUV.

Da der Betrieb einer Kita nach dem Kinderbildungsgesetz zudem einen ausschreibungspflichtigen Auftrag darstellt, ist die durch das Gesetz vorgesehene Fördermittelvergabe ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens vergaberechtswidrig. Im Gesetz ist daher klarzustellen, dass die Vergabe im Rahmen eines wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien europaweiten Vergabeverfahrens zu erfolgen hat.

Die finanzielle Förderung und die fachliche und politische Mitwirkung an der Ausgestaltung der Versorgung freier unabhängiger Träger bleibt mit dem Gesetzentwurf weiterhin in das Ermessen kommunaler Entscheidungen im Einzelfall gestellt.

Dem Bekenntnis, ihr liege die „Trägervielfalt in Nordrhein-Westfalen am Herzen“,¹ wird die Regierungskoalition mit diesem Gesetzentwurf nicht gerecht.

Aus der Sicht des Deutschen Kitaverbandes in Nordrhein-Westfalen bedarf es gesetzlich geregelter Spielräume für den Wettbewerb um bedarfsgerechte Kita-Angebote und Versorgungsqualität. Dies hat unter anderem die von der Bundesregierung eingesetzte Monopolkommission ausdrücklich eingefordert:²

„Privilegien weniger großer etablierter Anbieter wie der Liga der Spitzenverbände zulasten Dritter be- oder gar verhindern den Wettbewerb. Daraus können negative Folgen wie Überbürokratisierung, geringe Innovationen oder mangelndes Kostenbewusstsein in der Kinder- und Jugendhilfe entstehen.“

Die Landesregierung übt sich mit diesem Gesetzentwurf im Stillstand: Der von der Monopolkommission kritisierte „closed shop“³ weniger, großer Kita-Träger-Gruppen wird in Nordrhein-Westfalen in die Zukunft fortgeschrieben.

In den Kommunen werden Ermessensspielräume bei der Vergabe der Trägerschaften von Kindertageseinrichtungen weiterhin sehr unterschiedlich ausgeübt. So erfolgt die Vergabe von Kita-Trägerschaften in der Regel anhand örtlich unterschiedlicher Bewertungskriterien und in einem oft wenig transparenten Verfahren.

¹ Vgl. Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen 2017 – 2022, S. 3.

² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 269.

³ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 329.

Auch dies hat die Monopolkommission ausdrücklich kritisiert:

*"Mitunter ignorieren Jugendämter Angebote von Newcomern und bevorzugen als Vertragspartner weiterhin etablierte Anbieter, was auch durch personelle Verflechtungen der Verbände mit der Sozialadministration und den örtlichen Parteien begünstigt werden dürfte. [...] All dies erschwert Newcomern vielfach den Marktzugang und behindert die nachfragegerechte Veränderung der Träger- und Angebotspluralität."*⁴

Aus der Sicht des Deutschen Kitaverbandes bedarf die Weiterentwicklung der frühkindlichen Bildung und die Kita-Versorgung in Nordrhein-Westfalen deutlich innovativer Impulse. Um Innovation zu fördern, braucht die Kita-Versorgung den Wettbewerb um flexible und bedarfsgerechte Betreuungsangebote und um ein qualitativ hochwertiges Bildungsangebot. Dazu muss ein neues Gesetz die heute vorhandenen Einstiegs-Hürden für Kita-Träger abbauen und die Förderung durch Land und Kommunen für alle Träger öffnen, damit innovative und heutigen und vielfältigen Eltern-Bedarfen orientierte, flexible Kita-Angebote entstehen können.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf ist Nordrhein-Westfalen eines der wenigen Bundesländer, in dem das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern weiterhin deutlich beschränkt bleibt.

Das Wahl- und Wunschrecht der Eltern durch tatsächliche Vielfalt und Träger-Wettbewerb fördern!

- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert die Beseitigung der grundrechts- und europarechtswidrigen Eintrittshürden in die Kita-Versorgung für alle Träger, die die fachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen mitbringen. Wir halten die heutigen Regelungen für Betrieb und Qualitätssicherung der Kitas für ausreichend, um das Kita-Angebot vor kommerziellem Missbrauch zu schützen.**
- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert ein landesweit einheitliches und gleichberechtigte Verfahren in der Vergabe von Kita-Trägerschaften im Rahmen der Jugendhilfeplanung. Zugleich fordert der Deutsche Kitaverband die Teilhabe freier unabhängiger Träger an der Abstimmung der Kita-Versorgung in den Kommunen. Freie unabhängige Träger müssen die gleichen Eintritts- und Mitwirkungs-Möglichkeiten in der Kita-Versorgung erhalten wie traditionelle Kita-Träger-Gruppen.**
- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert den Wegfall des Trägereigenanteils für die Träger, die über keine weiteren regelmäßigen und damit planbaren Einnahmen, verfügen. Die heutige Praxis in den Kommunen zeigt, dass diese vielfach den zu erbringenden Eigenmittel-Anteil ausgleichen, um Kita-Angebote nachhaltig zu ermöglichen. Zugleich entscheiden Kommunen bei der Vergabe von Kita-Trägerschaften danach, ob ein Kita-Träger den Eigenmittel-Anteil aufbringen kann – ein Entscheidungskriterium, das Kita-Träger landesweit ungleich behandelt und zu Lasten der Betreuungsqualität als Entscheidungskriterium geht.**

⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 352.

- ✿ **Die derzeit bestehende Ungleichbehandlung insbesondere von freien unabhängigen Kita-Trägern, in die Kitaversorgung einzutreten, verschärft sich zusätzlich vor dem Hintergrund des nunmehr im Gesetzentwurf enthaltenen Verbots der Erhebung zusätzlicher Elternbeiträge.**

Qualität

Personal und Arbeitsbedingungen

Der Deutsche Kitaverband begrüßt die qualitätssichernde Festschreibung des zweiten Personalwertes.

Ob die zusätzlich zur Verfügung gestellten Mittel in ihrer Wirkung zu einer Verbesserung des tatsächlichen Personaleinsatzes in allen Gruppenformen führen, ist allerdings derzeit abschließend noch nicht zu bewerten. Als Maßstab der weiteren Begleitung der Umsetzung eines novellierten Gesetzes muss mindestens gelten, dass heutige Standards im Personaleinsatz nicht unterschritten werden. Dies gilt insbesondere für die Betreuung der unter drei jährigen Kinder.

Festzustellen ist bereits, dass zum Beispiel die Senkung der maximalen Anzahl von Schließtagen von 30 auf 25 einen zusätzlichen Personalaufwand nach sich ziehen wird.

Insbesondere die Ausgestaltung der Personalschlüssel und damit der Qualität in der Kita ist zugleich ein wesentliches Instrument, die Berufe der Fachkräfte in der frühkindlichen Bildung für junge Menschen attraktiv zu machen.

Es muss unsere gemeinsame Sorge sein, zu verhindern, dass der Kita-Ausbau ins Stocken gerät, weil im Wettbewerb mit anderen Berufsfeldern die Arbeitsbedingungen in den Kitas für junge Leute wenig attraktiv sind. Dann werden weiterhin deutliche Engpässe auf dem Arbeitsmarkt bleiben und neue Kita-Plätze scheitern am fehlenden Personal.

Zudem scheint die Anhebung der Pauschalen nach Gruppenform und Betreuungsumfang unterschiedlich ausgestaltet zu sein. Dies scheint uns nicht sinnvoll, um die Gruppenformen gleich attraktiv zu halten.

Die pauschale Förderung von Aufwendungen für eine Fachberatung (1.000,- Euro jährlich) soll insbesondere kleine Einrichtungen stärken. Zur Finanzierbarkeit muss sich jedoch eine Fachberatung um ca. 50 bis 70 Einrichtungen kümmern.

Die Förderregelung zur Fachberatung ist damit eher ein symbolischer Akt: Sie trägt nicht zu einer Verbesserung der Beratungsinfrastruktur für Kitas in Nordrhein-Westfalen bei.

- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert, dass bislang in den Personalschlüsseln geltende Standards weiterhin gelten müssen und vom Ministerium dargelegt werden.**
- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert, dass alle Pauschalen auf Gruppenbasis für die Gruppenformen gleichmäßig angehoben werden und nicht bestimmte Gruppenformen bevorzugt werden. Auch dies ist vom Ministerium darzulegen.**
- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert eine deutliche Erhöhung der Förderpauschale und eine Gleichbehandlung aller Kita-Trägergruppen beim Zugang zu zusätzlichen freiwilligen Fördermitteln für Fachberatung aus dem Landeshaushalt bzw. den kommunalen Haushalten.**

Praxisintegrierte Ausbildung, Ausbildung generell

- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert eine Ausbildungskonferenz „Berufe in der Frühkindlichen Bildung“, die Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Fachkräfte-Ausbildung für die frühkindliche Bildung und Entwicklungsförderung in Nordrhein-Westfalen erarbeitet.**
- ✿ **Als Deutscher Kitaverband sehen wir uns in der Pflicht, die Praxisintegrierte Ausbildung weiter auszubauen und auch in Nordrhein-Westfalen zu einem Erfolgsmodell werden zu lassen. Dazu ist notwendig, dass die Förderung nachgebessert wird und zusätzlich zum bestehenden Personalschlüssel erfolgt.**

Familienfreundlichkeit

Flexibilisierung

- ✿ **Der Deutsche Kitaverband lehnt durch kommunale Jugendämter zugeteilte Zuschüsse als Steuerungsinstrument von Kita-Öffnungszeiten als ungeeignet ab. Die Regelungen zur Flexibilisierung sollten klar, einfach und bedarfsorientiert sein, ohne Träger zusätzlich zu belasten. Die Umsetzung sollte lückenlos ab 20 Schließtagen und ab 45 Stunden Öffnungszeit erfolgen. Das Finanzierungssystem der Kitas muss die Eltern-Nachfrage und bedarfsgerechte Öffnungszeiten strukturell für jede geförderte Kita abbilden. So könnten zum Beispiel Öffnungszeiten ab 50 Wochenstunden und von weniger als 15 Schließtage per Gesetz zusätzlich gefördert werden, um eine Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu ermöglichen.**
- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert eine klarstellende Ergänzung des Gesetzentwurfs in Bezug auf die wohnortsfremde Kitabetreuung (interkommunaler Ausgleich): Im Regelfall müssen die Eltern auch über den Ort der Betreuung frei entscheiden können. Der interkommunale Ausgleich ist zu vereinfachen bzw. verpflichtend zu regeln. Dies ist insbesondere auch für betriebsnahe Einrichtungen, die einen überörtlichen Einzug haben, bzw. für berufstätige Eltern wichtig.**

Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Die Ausgestaltung der frühkindlichen Bildung durch den vorgelegten Gesetzentwurf schreibt das seit 2008 in Nordrhein-Westfalen praktizierte Versorgungssystem in seinen wesentlichen Gestaltungslinien einfach nur fort und verzichtet auf die erforderliche Neuausrichtung. Diese Fortschreibung lässt wesentliche Veränderungen und Entwicklungen in der Kita-Versorgung selbst und in Wirtschaft und Gesellschaft außer Acht:

- Rund 50 Prozent der Eltern in Nordrhein-Westfalen will mittlerweile ihr Kind in seiner frühen Entwicklungsphase einer Kita anvertrauen.
- Aus dem Elternwunsch und den längst vorliegenden Erkenntnissen zum Stellenwert frühkindlicher Bildung und Entwicklungsförderung ergibt sich faktisch längst ein deutlicher und neuer Bildungsauftrag für die Kitas in unserem Land.

- Das Vertrauen der Eltern in die Bildung und Entwicklungsförderung durch Kitas ist eine große Chance für Nordrhein-Westfalen. Den Bildungsauftrag der Kitas auf der Höhe der Zeit umzusetzen, ist die Zukunfts-Herausforderung für alle Beteiligten. Den Elternwunsch zu erfüllen, ist nicht allein das Problem der fehlenden Betreuungsplätze: Es geht auch um ein flexibles und bedarfsgerechtes Kita-Angebot, das unsere berufstätigen Eltern in der Vereinbarkeit von Familie und Beruf unterstützt.

Freie unabhängige Kita-Träger sind vielfach Partner von Unternehmen in deren Engagement, für die Mitarbeiter*innen mit betrieblichen bzw. betriebsnahen Kitas die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu fördern.

Eine von der Landesregierung angekündigte Regelung zu der Förderung dieser betrieblichen oder betriebsnahen Einrichtungen fehlt in dem Gesetzentwurf.

Das widerspricht unter anderem den Vereinbarungen der die Landesregierung tragenden Fraktionen des Landtags aus der eigenen Koalitionsvereinbarung.

Auch Betriebe sind ein wichtiger Partner in dem Kita-Ausbau - insbesondere für berufstätige Eltern. Sie müssen durch eine neue Gesetzgebung entsprechend gefördert werden.

- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert, jetzt die Förderung betrieblicher bzw. betriebsnaher Kitas im Gesetz vorzusehen und dazu sachgerechte Regelungen zu erarbeiten.**

Beitragsfreiheit

Wie die Mehrheit der Expertinnen und Experten in der Anhörung zum Gute-Kita-Gesetz und viele Fach-Kolleginnen und –Kollegen aus dem Bereich der Kindertagesbetreuung sieht auch der Deutsche Kitaverband die Einführung eines weiteren beitragsfreien Jahres in Nordrhein-Westfalen kritisch.

Viele Kita-Eltern wollen vielmehr, dass sich die Qualität ihrer Kita durch eine entsprechende Personalausstattung und ihr fachliches Angebot weiterentwickelt und ein stabiles, hohes Niveau erreicht. Daher besteht auch beim Thema Beitragsfreiheit die Gefahr, dass der Landesgesetzgeber die tatsächlichen Elternwünsche übergeht.

- ✿ **Der Deutsche Kitaverband fordert die Aussetzung der Elternbeitragsfreiheit in Nordrhein-Westfalen bis eine ausreichende Personalausstattung (z.B. in der Orientierung an den Standards der Bertelsmann-Stiftung) erreicht und sich die fachliche und Angebots-Qualität der Kitas weiterentwickelt hat.**

**Unvereinbarkeit der Benachteiligung privat-gewerblicher
Anbieter von Kindertagesstätten mit dem
Unions- und Verfassungsrecht**

Rechtsgutachten

erstattet

dem Deutschen Kindertagesstättenverband e. V.

von

Prof. Dr. Thomas Dünchheim
Hogan Lovells International LLP

Düsseldorf, im Juli 2019

Inhaltsverzeichnis

1.	ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE UND HANDLUNGSEMPFEHLUNG	3
2.	EINFÜHRUNG UND GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	5
2.1	Bedeutung privat-gewerblicher Anbieter bei der Kindertagesstätten-Betreuung	5
2.2	Rechtsrahmen	6
	(a) Gewährleistung der Kinderbetreuung als Daseinsvorsorge	6
	(b) Aufgabenwahrnehmung durch Jugendamt und Jugendhilfeausschuss	7
	(c) Strukturprinzipien des Jugendhilferechts	8
2.3	Förderung von Kindertagesstätten	8
	(a) Bundesgesetzlicher Rahmen	8
	(b) Ausgestaltung in NRW	11
2.4	Bestrebungen zur Novellierung des KiBiz	13
2.5	Begutachtung	13
3.	RECHTLICHE WÜRDIGUNG	14
3.1	Verfassungswidrigkeit der Benachteiligung von privat-gewerblichen Anbietern	14
	(a) Verletzung der Berufsfreiheit privat-gewerblicher Anbieter gemäß Art. 12 Abs. 1 GG	14
	(b) Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	25
3.2	Unionsrechtswidrigkeit der Benachteiligung von privat-gewerblichen Anbietern	30
	(a) Verletzung der Grundfreiheiten privat-gewerblicher Anbieter	30
	(b) Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht	35
3.3	Anwendung des Vergaberechts	45
	(a) Keine Sperrwirkung des Sozialrechts	45
	(b) Anwendungsvoraussetzungen der §§ 97 ff. GWB	47
	(c) Rechtsfolge	56
3.4	Regelungen zum Eigenanteil	56
	(a) Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung	57
	(b) Gewährleistung eines pluralen und bedarfsgerechten Leistungsangebots	57
	(c) Faktische Vollfinanzierung im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens	59
3.5	Handlungsempfehlung	59

1. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE UND HANDLUNGSEMPFEHLUNG

1.1 Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von Kindertagesstätten von der Finanzierungsförderung nach dem Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern ("KiBiz") ist verfassungswidrig. Die Regelungen verletzen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes ("GG") und den in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Auch die weiteren Privilegierungen, die ausschließlich anerkannten Trägern von Kindertagesstätten durch bestimmte Einzelregelungen des Sozialgesetzbuch Achten Buch (VIII) – Kinder- und Jugendhilfe ("SGB VIII") gewährt werden, wie etwa die Bevorteilung bei der Besetzung des Jugendhilfeausschusses, das Recht auf frühzeitige Beteiligung und der Grundsatz der Subsidiarität, sind nicht zu rechtfertigen.

(a) Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG dar. Gleiches gilt für die strukturellen Vorteile, die anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe durch gesetzliche Regelungen verschafft werden, wie etwa das Stimmrecht im Jugendhilfeausschuss (§ 71 SGB VIII), der Grundsatz der Subsidiarität (§ 4 SGB VIII) und die Rechte auf frühzeitige Beteiligung (§ 80 Abs. 3 SGB VIII). Auch die Konkurrenz zu kommunalen und landesgesetzlich geförderten Kindertagesstätten stellt einen Eingriff dar. Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung, die einen generellen Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung nach dem KiBiz sowie die weiteren strukturellen Vorteile, die anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe gewährt werden, rechtfertigen, liegen nicht vor.

(b) Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung verletzt zudem den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Privat-gewerbliche Träger und die sonstigen freien, nach dem KiBiz geförderten Träger weisen eine für Art. 3 Abs. 1 GG hinreichende Vergleichbarkeit auf. Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der finanziellen Förderung, das fehlende Recht an der Teilnahme im Jugendhilfeausschuss sowie die weiteren gesetzlichen Vorrechte der anerkannten Träger führt zu einer Ungleichbehandlung zu Lasten der privat-gewerblichen Anbieter. Diese Ungleichbehandlung ist sachlich nicht zu rechtfertigen.

1.2 Die Fördersystematik des KiBiz verstößt darüber hinaus auch gegen das Recht der Europäischen Union.

(a) Die Fördersystematik beeinträchtigt die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ("AEUV"), die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV und die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV privat-gewerblicher Anbieter. Die strukturelle Benachteiligung ist geeignet, die Tätigkeit als privat-gewerblicher Träger in Deutschland weniger attraktiv zu machen. Diese Beschränkungen der Grundfreiheiten können weder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, noch auf Grundlage zwingender Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.

(b) Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung nach dem KiBiz verstößt ferner gegen die beihilferechtlichen Vorgaben der Art. 107 ff. AEUV. Die selektive Finanzierungsförderung freier Einrichtungsträger, die privat-gewerbliche Anbieter von der Förderung ausnimmt, stellt eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Die auf Grundlage des KiBiz gewährten Förderungen unterliegen damit der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV. Da die Beihilfegewährung nach dem KiBiz unter Verstoß gegen diese Notifizierungspflicht erfolgte, ist sie nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV rechtswidrig.

- 1.3 Die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgte Vergabe von Fördermitteln nach dem KiBiz stellt eine vergaberechtswidrige De facto-Vergabe dar. Bei dem Betrieb einer Kindertagesstätte gegen Förderung nach dem KiBiz handelt es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ("GWB"). Die Vergabe hat daher im Rahmen eines wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien europaweiten Vergabeverfahrens zu erfolgen. Die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgte Vergabe von Fördermitteln ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam, wenn der Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Dies ist nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB dann möglich, wenn der Verstoß innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss geltend gemacht wird.
- 1.4 Das auf Eigenanteilen der freien Träger gestützte Finanzierungsmodell des § 20 Abs. 1 KiBiz ist zudem weder mit dem Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung aus § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII, noch mit der Gewährleistung eines pluralen, bedarfsgerechten Leistungsangebots nach § 79 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII vereinbar. Bei der erforderlichen Vergabe der Förderung nach dem KiBiz im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens wird sich darüber hinaus ohnehin faktisch eine Vollfinanzierung der Träger ergeben. Die in § 20 Abs. 1 KiBiz vorgesehene Eigenanteilsfinanzierung ist damit überholt.
- 1.5. **Handlungsempfehlung:** Auf Grundlage der vorstehenden Ergebnisse empfehlen wir folgendes Vorgehen:
- (a) Die Verstöße gegen Verfassungs- und Europarecht sollten im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens zur Novellierung des KiBiz in Nordrhein-Westfalen eingebracht werden. Sollte das Land Nordrhein-Westfalen an dem Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung festhalten, besteht die Möglichkeit, dies gerichtlich anzugreifen. Ein etwaiges Musterverfahren könnte bis zum BVerfG oder dem EuGH durchgeführt werden.
 - (b) Daneben besteht die Möglichkeit, die Kommission auf mögliche Verletzungen der Grundfreiheiten und des Beihilferechts aufmerksam zu machen und hierdurch ein Vertragsverletzungsverfahren anzuregen.
 - (c) Die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durchgeführte Vergabe von Fördermitteln sollte innerhalb von sechs Monaten nach der Aufnahme in den örtlichen Jugendhilfeplan nach § 160 Abs. 1 GWB als vergaberechtswidrige De facto-Vergabe im Wege des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer angegriffen werden. Im Rahmen der zweiten Instanz vor dem Vergabesenat des OLG – für Nordrhein-Westfalen das OLG Düsseldorf – könnte zudem angeregt werden, die Frage der Anwendbarkeit des Unions-Vergaberechts auf die KiBiz-Förderung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen.

2. EINFÜHRUNG UND GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

2.1 Bedeutung privat-gewerblicher Anbieter bei der Kindertagesstätten-Betreuung

Seit dem 1. August 2013 hat jedes Kind ab dem ersten abgeschlossenen Lebensjahr einen Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Tagespflege (§ 24 Abs. 2 und 3 Satz 1 SGB VIII). Dessen ungeachtet hat sich die Betreuungsquote für Kinder unter drei Jahren in dieser Zeit nur marginal erhöht: Von 32,6% im Jahr 2014¹ auf 33,6% im Jahr 2018², obwohl der Betreuungsbedarf bei U3-Kindern in Deutschland bei 45%³ liegt. Bei der Deckung des Betreuungsbedarfs klafft also weiterhin eine große Lücke, die offenbart, dass die öffentliche Hand erheblichen Nachholbedarf hat, um den selbstgesteckten Anforderungen gerecht zu werden.

Bei der Verwirklichung des Ziels eines ausreichenden Betreuungsangebots sind Bund, Länder und Kommunen auf die Hilfe privater Träger von Kindertagesstätten angewiesen. So machten die Einrichtungen in freier Trägerschaft im Jahr 2017 insgesamt 67% der Kindertagesstätten für U3-Kinder aus, wohingegen die öffentliche Hand nur 33% der Einrichtungen bereitstellte.⁴ Dies zeigt deutlich: Ohne freie Einrichtungen ist das Recht auf Betreuung nur eine Hülle ohne Kern. Die Unterstützung nicht-öffentlicher Träger ist unerlässlich, um den Betreuungsbedarf bei U3-Kindern zu decken.

Von den freien Trägern spielen die privat-gewerblichen Einrichtungen eine wichtiger werdende Rolle. Befanden sich im Jahr 2016 noch 1,3% der Einrichtungen in privat-gewerblicher Hand, so betrug dieser Anteil ein Jahr später 2,3%.⁵ Dass die Quote dennoch überschaubar bleibt, liegt in vielen Bundesländern an einer strukturellen Benachteiligung gegenüber sonstigen freien Trägern. So schließt etwa Nordrhein-Westfalen privat-gewerbliche Träger von Kindertagesstätten genau wie die Länder Berlin und Schleswig-Holstein vollständig von der finanziellen Förderung aus – und das obwohl Nordrhein-Westfalen bei der Betreuungsquote der U3-Kinder mit 27,2% Schlusslicht im Vergleich der Länder ist.⁶

Der Bundessgesetzgeber hatte diesen Missstand längst erkannt und stellte bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum Kinderförderungsgesetz im Jahr 2008 fest:

¹ Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Kindertagesbetreuung Kompakt – Ausbaustand und Bedarf 2016, Ausgabe 02, abzurufen unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/113848/bf9083e0e9ad752e9b4996381233b7fa/kindertagesbetreuung-kompakt-ausbaustand-und-bedarf-2016-ausgabe-2-data.pdf> (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

² Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 401 v. 17. Oktober 2018, abzurufen unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2018/10/PD18_401_225.html (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

³ Vgl. Deutsches Jugendinstitut, DJI-Kinderbetreuungsreport 2018, S. 11, abzurufen unter: https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs2019/DJI_Kinderbetreuungsreport2018.pdf (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

⁴ Vgl. Bertelsmann Stiftung, Ländermonitor frühkindliche Bildungssysteme – Kindertagesstätten nach Träger, abzurufen unter: https://www.laendermonitor.de/de/vergleich-bundeslaender-daten/personal-und-einrichtungen/traeger/Kindertagesstaetten-nach-traeger/?tx_itaohyperion_pluginview%5Baction%5D=chart&tx_itaohyperion_pluginview%5Bcontroller%5D=PluginView&cHash=ed117cbe6f47e7f97710f316c3b6e300 (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

⁵ Vgl. Bertelsmann Stiftung, Ländermonitor frühkindliche Bildungssysteme – Kindertagesstätten nach Träger, abzurufen unter: https://www.laendermonitor.de/de/vergleich-bundeslaender-daten/personal-und-einrichtungen/traeger/Kindertagesstaetten-nach-traeger/?tx_itaohyperion_pluginview%5Baction%5D=chart&tx_itaohyperion_pluginview%5Bcontroller%5D=PluginView&cHash=ed117cbe6f47e7f97710f316c3b6e300 (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt, Betreuungsquote von Kindern unter 6 Jahren nach Bundesländern, abzurufen unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Tabellen/betreuungsquote-2018.html> (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

*"Einzelne Länder (...) haben privatgewerbliche Träger ausgeschlossen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen in die Förderung einbezogen, so dass den kommunalen Gebietskörperschaften vielfach die Möglichkeit der Förderung versperrt blieb. Deren Engagement ist aber zur Erreichung des Ausbauziels unverzichtbar. Nur so kann auch eine Vielfalt geschaffen werden, die den Eltern hinreichende Auswahlmöglichkeiten verschafft, um das für ihre und den Bedürfnissen ihres Kindes passende Betreuungsangebot zu finden."*⁷

Erst am Widerstand der Länder im Bundesrat scheiterte die Einbeziehung der privat-gewerblichen Einrichtungsträger bei der Förderung, so dass die Ungleichbehandlung nach wie vor einen unbehandelten Missstand darstellt.

In eklatanter Weise zeigt sich dieser Missstand etwa darin, dass die Benachteiligung der privat-gewerblichen Einrichtungen einen wirtschaftlichen Standortnachteil darstellt. Ein Vergleich mit der Hansestadt Hamburg, die neben öffentlichen und gemeinnützigen auch privat-gewerbliche Einrichtungen finanziell unterstützt, zeigt den positiven Effekt der Förderung privat-gewerblicher Träger: Der Anteil privat-gewerblicher Träger an den Kindertagesstätten liegt in Hamburg bereits bei 18,8%.⁸ Auf diese Weise wird eine vorbildliche Betreuungsquote von 44%⁹ erzielt.

Wenn die öffentliche Hand ihr Ziel der Bedarfsdeckung bei Kindertagesstätten erreichen möchte, muss sie die Benachteiligung privat-gewerblicher Träger bei der finanziellen Förderung beseitigen – nicht nur aus politischen, sondern vor allem auch aus rechtlichen Gründen.

2.2 Rechtsrahmen

(a) Gewährleistung der Kinderbetreuung als Daseinsvorsorge

Die Gewährleistung der Kindertagesbetreuung als Teil der Kinder- und Jugendhilfe zählt zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge,¹⁰ die nach § 27 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (I) – Allgemeiner Teil ("SGB I") grundsätzlich den Landkreisen und kreisfreien Städten obliegt.¹¹ In Nordrhein-Westfalen können zudem große und mittlere kreisangehörige Städte nach § 69 Abs. 1 SGB VIII, § 2 Satz 1 des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes ("AG-KJHG") auf Antrag zu den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe erklärt werden.

Gemäß § 79 SGB VIII tragen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Gesamt- und Planungsverantwortung für die Erfüllung der einzelnen Aufgaben im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Sie haben insbesondere zu gewährleisten, dass die erforderlichen und geeigneten Kindertagesstätten in ihren Kommunen zur Verfügung stehen. Hierzu haben sie nach § 80 SGB VIII

⁷ Vgl. BT-Drs. 16/9299, S. 18.

⁸ Vgl. Bertelsmann Stiftung, Ländermonitor frühkindliche Bildungssysteme – Kindertagesstätten nach Träger, abzurufen unter: https://www.laendermonitor.de/de/vergleich-bundeslaender-daten/personal-und-einrichtungen/traeger/Kindertagesstaetten-nach-traeger/?tx_itaohyperion_pluginview%5Baction%5D=chart&tx_itaohyperion_pluginview%5Bcontroller%5D=PluginView&cHash=ed117cbe6f47e7f97710f316c3b6e300 (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Betreuungsquote von Kindern unter 6 Jahren nach Bundesländern, abzurufen unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Tabellen/betreuungsquote-2018.html> (zuletzt abgerufen: 8. Mai 2019).

¹⁰ Vgl. BFH, Urt. v. 12. Juli 2012, I R 106/10, Tz. 11 nach juris.

¹¹ Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 45 Rn. 2.

- den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln und
- die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend zu planen.

Gegenüber dem Anspruch nach § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII auf Nachweis eines Angebots zur frühkindlichen Förderung kann der örtliche Jugendhilfeträger nicht einwenden, es bestünden keine Kapazitäten.¹² Dieser hat nach der Rechtsprechung des BVerwG seine Kapazitäten gegebenenfalls so zu erweitern, dass sämtlichen anspruchsberechtigten Kindern ein ihrem Bedarf entsprechender Betreuungsplatz nachgewiesen werden kann.¹³

(b) **Aufgabenwahrnehmung durch Jugendamt und Jugendhilfeausschuss**

Für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben errichtet jeder örtliche Träger nach § 69 Abs. 3 SGB VIII ein Jugendamt. Dessen Aufgaben werden gemäß § 70 Abs. 1 SGB VIII durch den Jugendhilfeausschuss und die Verwaltung des Jugendamtes wahrgenommen.

Der Jugendhilfeausschuss nimmt in der Konzeption des Jugendhilferechts eine zentrale Rolle ein. Er befasst sich nach § 71 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII insbesondere mit der Jugendhilfeplanung. Diese spielt, wie später noch dargelegt wird, eine zentrale Rolle bei der Entscheidung, welche Einrichtung finanziell gefördert wird. Entschieden das Jugendamt über einen Förderantrag ohne Beteiligung des Jugendhilfeausschusses, ist diese Entscheidung rechtswidrig.¹⁴

Der Jugendhilfeausschuss besteht nach § 71 Abs. 1 SGB VIII zu drei Fünfteln aus Mitgliedern der jeweiligen Vertretungskörperschaft und zu zwei Fünfteln aus Vertretern der im Bereich des öffentlichen Trägers wirkenden und anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe. Nach § 4 Abs. 4 AG-KJHG schlagen die im Bereich des öffentlichen Trägers wirkenden und anerkannten Träger der freien Jugendhilfe die auf sie entfallenden Mitglieder vor. Die Vertretungskörperschaft wählt aus den Vorgeschlagenen die Mitglieder. Vorschläge der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe, insbesondere der Wohlfahrtsverbände und der Jugendverbände, sind entsprechend der Bedeutung ihrer Arbeit für die Jugendhilfe im Bezirk des Jugendamtes angemessen zu berücksichtigen.

Mit Blick auf § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII sind damit lediglich Träger zugelassen, die gemeinnützige Ziele verfolgen. Privat-gewerbliche Träger sind ausgeschlossen und dürfen im Jugendhilfeausschuss nicht mitwirken.¹⁵

Nach § 80 Abs. 3 SGB VIII haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe zudem in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen. Zu diesem Zwecke sind sie vom Jugendhilfeausschuss zu hören.

¹² Vgl. BVerwG, Urt. v. 26. Oktober 2017, 5 C 19/16, Tz. 34 f. nach juris.

¹³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26. Oktober 2017, 5 C 19/16, Tz. 35 nach juris.

¹⁴ Vgl. Jox, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 71 Rn. 17.

¹⁵ Vgl. Jox, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 71 Rn. 9.

(c) **Strukturprinzipien des Jugendhilferechts**

Die Kommunen müssen und sollen die Bereitstellung von Kindertagesstätten nicht selbst übernehmen. § 4 Abs. 2 SGB VIII enthält vielmehr den jugendhilferechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz, nach dem die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen soll,

"soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden".

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Träger von Kindertagesstätten sind nach § 6 Abs. 1 KiBiz in NRW die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe und die sonstigen kreisangehörigen Gemeinden sowie Gemeindeverbände.

Nach § 6 Abs. 2 KiBiz können Träger einer Kindertagesstätte auch Unternehmen, privat-gewerbliche Träger und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe sein. Auf diese findet der Subsidiaritätsgrundsatz freilich keine Anwendung.

Die Kinder- und Jugendhilfe ist neben dem Grundsatz der Subsidiarität von zwei zentralen Strukturprinzipien gekennzeichnet, die § 3 SGB VIII festlegt: Die Pluralität der Angebote und die Trägervielfalt.¹⁶ Nach § 3 Abs. 1 SGB VIII ist die Jugendhilfe gekennzeichnet durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen. Diese Strukturprinzipien haben eine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2, 4, 6 und 12 GG.¹⁷ Eltern sollen die Möglichkeit haben, unter einer Vielzahl von Trägern und Angeboten auszuwählen zu können, um für ihr Kind das Passende zu finden.

Die gesamtgesellschaftliche Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe kann nur durch gemeinsame Bemühungen des Staates und der Träger der freien Jugendhilfe bewältigt werden.¹⁸ Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe müssen kraft Gesetzes gem. §§ 3, 79 SGB VIII ein plurales Angebot schaffen und gewährleisten.¹⁹

Der Betrieb von Kindertagesstätten bedarf hierbei der Erlaubnis nach § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII. Adressat der Regelung ist der Träger, wobei jede einzelne Einrichtung einer Erlaubnis bedarf.²⁰

2.3 Förderung von Kindertagesstätten

Die Förderung von Kindertagesstätten ist in Deutschland vornehmlich eine Sache des Landesrechts. Bundesgesetzlich wird hierzu lediglich ein Rechtsrahmen im SGB VIII gesetzt.

(a) **Bundesgesetzlicher Rahmen**

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen nach § 74 Abs. 1 SGB VIII die freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe anregen; sie sollen sie fördern, wenn der jeweilige Träger

¹⁶ Vgl. *Herbe*, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 3 Rn. 1.

¹⁷ Vgl. *Herbe*, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 3 Rn. 3.

¹⁸ Vgl. *Herbe*, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 3 Rn. 3.

¹⁹ Vgl. *Herbe*, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 3 Rn. 5.

²⁰ Vgl. *Janda*, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 45 Rn. 23.

"1. die fachlichen Voraussetzungen für die geplante Maßnahme erfüllt und die Beachtung der Grundsätze und Maßstäbe der Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung nach § 79a gewährleistet,

2. die Gewähr für eine zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel bietet,

3. gemeinnützige Ziele verfolgt,

4. eine angemessene Eigenleistung erbringt und

5. die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bietet."

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Eine auf Dauer angelegte Förderung setzt in der Regel die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII voraus (§ 74 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Für die Anerkennung ist nach § 25 AG-KJHG in NRW grundsätzlich das Jugendamt nach Beschlussfassung des Jugendhilfeausschusses zuständig.

Die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe erfordert nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII die Verfolgung "*gemeinnütziger Ziele*". Dies ist nach § 52 AO der Fall, wenn ihre

"Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Eine Förderung der Allgemeinheit ist nicht gegeben, wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugutekommt, fest abgeschlossen ist, zum Beispiel Zugehörigkeit zu einer Familie oder zur Belegschaft eines Unternehmens, oder infolge seiner Abgrenzung, insbesondere nach räumlichen oder beruflichen Merkmalen, dauernd nur klein sein kann."

Das OVG Münster betont hierbei, dass es maßgeblich auf den Verzicht auf die privatnützige Verwendung der Gewinne ankommt.²¹ Die Mittel der Körperschaft sind nach § 55 Nr. 1 AO nur für satzungsmäßige Zwecke zu verwenden. Die Mitglieder oder Gesellschafter (Mitglieder im Sinne dieser Vorschriften) dürfen keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten.

Daher können privat-gewerbliche Träger, d.h. solche mit Gewinnerzielungsabsicht, nicht als Träger der freien Jugendhilfe anerkannt werden.²² Damit ist die Förderung gewinnorientierter privater Träger ausgeschlossen.²³

Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die auf Bundesebene zusammengeschlossenen Verbände der freien Wohlfahrtspflege sind nach § 75 Abs. 2 SGB VIII demgegenüber kraft Gesetzes anerkannte Träger der freien Jugendhilfe. Nach § 25 Abs. 2 AG-KJHG sind auch die auf Landesebene zusammengeschlossenen Verbände der freien Wohlfahrtspflege anerkannte Träger der freien Jugendhilfe. Hierzu zählen die Arbeiterwohlfahrt, der Paritätische Ge-

²¹ Vgl. OVG Münster, Ur. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 174, 186 nach juris.

²² Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 75 Rn. 13.

²³ Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 74 Rn. 43.

samtverband, das Deutsche Rote Kreuz, die Diakonie, der Deutsche Caritasverband und die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland.²⁴

Für Kindertagesstätten gilt allerdings eine Sonderregelung: Gemäß § 74a SGB VIII richtet sich die Finanzierung von Kindertagesstätten nach Landesrecht.²⁵ Dabei können alle Träger von Einrichtungen, die die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtung erfüllen, gefördert werden. Das im Gesetzgebungsverfahren zu § 74a SGB VIII ursprünglich verfolgte Ziel, eine Gleichstellung zwischen privat-gemeinnützigen und privat-gewerblichen Trägern zu erreichen, wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Intervention des Bundesrates fallengelassen.²⁶ So heißt es in der Stellungnahme des Bundesrates wörtlich:

"Die Änderung des § 74a SGB VIII ist nicht erforderlich. Es ist weiterhin den Ländern zu überlassen, ob und inwieweit sie sich als Ergebnis einer eigenen Abwägung für eine landesrechtliche Öffnung der öffentlichen Finanzierung auch für privatgewerbliche Träger von Tageseinrichtungen entscheiden. Hier wird in nicht notwendiger Beschneidung der Länderkompetenzen gehandelt. Die bisher im Gesetz enthaltene Formulierung der Befugnis in § 74a SGB VIII ist ausreichend. Die Verpflichtung zur Sicherstellung der bedarfsgerechten – ab dem 1. August 2013 vom ersten Lebensjahr anspruchsbewehrten – Angebotsversorgung bleibt auch ohne die gesetzliche Neuregelung in § 74a SGB VIII unberührt."²⁷

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

§ 74 SGB VIII wird insoweit verdrängt, wenn der Landesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz umfassend und abschließend Gebrauch macht.²⁸ Nach Einschätzung des OVG Münster hat das Land Nordrhein-Westfalen von seinem Gestaltungsspielraum durch das KiBiz umfassend Gebrauch gemacht, so dass ein Rückgriff auf § 74 SGB VIII gesperrt ist.²⁹ Freie Träger können daher aus § 74 SGB VIII keine Förderansprüche herleiten.³⁰

Gemäß § 77 SGB VIII können Träger der freien Jugendhilfe Vereinbarungen mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe über die Höhe der Kosten abschließen (sog. "Subjektfinanzierung"). Die Regelung lautet wörtlich wie folgt:

"Werden Einrichtungen und Dienste der Träger der freien Jugendhilfe in Anspruch genommen, so sind Vereinbarungen über die Höhe der Kosten der Inanspruchnahme zwischen der öffentlichen und der freien Jugendhilfe anzustreben."

Das Nähere regelt nach § 77 Satz 2 SGB VIII das Landesrecht. Die Anerkennung nach § 75 SGB VIII ist für den Abschluss von Vereinbarungen nicht erforderlich.³¹ § 77 SGB VIII begründet nach herrschender Auffassung aufgrund seines Wortlauts

²⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 267.

²⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21. Januar 2010, 5 CN 1/09, Tz. 18 nach juris.

²⁶ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 124 m. w. N nach juris.

²⁷ Vgl. BR-Drs. 16/10173, S. 11.

²⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21. Januar 2010, 5 CN 1/09, Tz. 20 nach juris; Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 74 Rn. 3.

²⁹ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 94, 152 nach juris.

³⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21. Januar 2010, 5 CN 1/09, Tz. 20 nach juris.

³¹ Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 75 Rn. 7, § 77 Rn. 10.

("anzustreben") keinen Rechtsanspruch auf den Abschluss derartiger Vereinbarungen.³² Die Träger hätten lediglich einen Anspruch auf ordnungsgemäße Ermessensausübung.³³ Das Entschließungsermessen sei im Fall der Notwendigkeit der Einrichtungen oder Leistungen und der Geeignetheit des freien Trägers auf Null reduziert.³⁴ § 77 SGB VIII macht keine Vorgaben zum Inhalt derartiger Vereinbarungen. Die Vorgaben der §§ 78a ff. SGB VIII finden demgegenüber keine Anwendung auf Kindertagesstätten.³⁵ Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn Landesrecht dies explizit anordnen würde (§ 78a Abs. 2 SGB VIII).

(b) **Ausgestaltung in NRW**

Das Land NRW hat, anders als andere Bundesländer, bislang davon abgesehen, privat-gewerbliche Einrichtungen in die Förderung nach dem KiBiz mit einzubeziehen. Die Förderung nach KiBiz setzt vielmehr die Anerkennung nach § 75 SGB VIII und damit die Verfolgung gemeinnütziger Ziele voraus.

Geförderte Einrichtungen erhalten für jedes betreute Kind Festbeträge, die sog. Kindpauschale nach § 19 Abs. 1 KiBiz i.V.m. Anlage zu § 19. Es handelt sich hierbei um einen pauschalierten Zuschuss zu den Kosten, der sich an bestimmten Struktur- und Ausstattungsmerkmalen ausrichtet. Die Pauschalen sind – vorbehaltlich einiger Sonderförderungen – grundsätzlich abschließend.³⁶

Die finanzielle Förderung erfolgt nach § 18 Abs. 2 KiBiz pro Kindergartenjahr. Sie setzt eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII und die Bedarfsfeststellung auf der Grundlage der örtlichen Jugendhilfeplanung voraus.³⁷ Die örtliche Jugendhilfeplanung ist damit zugleich auch das zentrale Instrument zur Steuerung der Förderung. Nach § 19 Abs. 3 KiBiz wird durch die Jugendhilfeplanung entschieden, welche Gruppenformen mit welcher Betreuungszeit in welcher Einrichtung angeboten wird. Durch die Planung werden daher konkrete, einrichtungsbezogene Planungsentscheidungen getroffen. Aus dieser Entscheidung ergibt sich bis zum 15. März eines jeden Jahres Höhe und Anzahl der auf eine Einrichtung entfallenden Kindpauschalen (vgl. § 19 Abs. 4 Satz 1 KiBiz), es handelt sich mithin um eine Förderentscheidung nach § 74 Abs. 3 SGB VIII.³⁸

Die Förderung vollzieht sich zwischen Einrichtungsträger und örtlichem Jugendhilfeträger. Allein dieser tritt gegenüber dem Einrichtungsträger als Fördergeber auf.

Die Höhe der Finanzierung ergibt sich grundsätzlich aus den Kindpauschalen nach § 19 Abs. 1 KiBiz. An dieser Pauschale sind allerdings verschiedene Kostenträger beteiligt. Dabei ist auch ein unterschiedlich hoher Eigenanteil vorgesehen.

Das bedeutet, dass die Förderung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht der völligen Finanzierung einer Maßnahme entspricht, dass also die Höhe der

³² Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 75 Rn. 1.

³³ Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 77 Rn. 18.

³⁴ Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 77 Rn. 19.

³⁵ Vgl. Janda, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 1. April 2019, § 77 Rn. 12.

³⁶ Vgl. Göppert/Leßmann, Praxis der Kommunalverwaltung, Juni 2012, § 19 KiBiz Ziff. 2.1.1.

³⁷ Vgl. OVG Münster, Urte. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 94 ff nach juris.

³⁸ Vgl. Göppert/Leßmann, Praxis der Kommunalverwaltung, Juni 2012, § 19 KiBiz Ziff. 4.1.3.3.

Mittel, die der Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Förderung zuwendet, niedriger ist als der Betrag, den die Maßnahme insgesamt kostet.³⁹

Die konkreten Regelungen zur Förderung enthält § 20 KiBiz. § 20 Abs. 1 KiBiz legt die Förderhöhen in Abhängigkeit von der Trägerschaft fest. Wörtlich lautet dieser wie folgt:

*"Das Jugendamt gewährt dem Träger der Einrichtung einen Zuschuss für die Aufgaben nach diesem Gesetz, wenn der Finanzierungsanteil des Trägers an den Kindpauschalen nach § 19 geleistet wird. Dieser **Zuschuss beträgt 88 Prozent** der Kindpauschalen nach § 19, wenn es sich um eine Kirche oder Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechts handelt (**kirchliche Trägerschaft**). Wenn es sich um **einen anerkannten Träger der freien Jugendhilfe nach § 6 Absatz 1 handelt**, der nicht zugleich in kirchlicher Trägerschaft ist (**andere freie Trägerschaft**), **erhöht sich der Zuschuss auf 91 Prozent**. Soweit es sich beim Träger um einen Verein handelt, dem Erziehungsberechtigte von mindestens 90 Prozent der die Einrichtung besuchenden Kinder angehören, die nach ihrer Zahl oder der Satzung sowohl die für die laufende Beschlussfassung als auch die für die Änderung der Satzung erforderliche Mehrheit haben (**Elterninitiativen**), **erhöht sich der Zuschuss auf 96 Prozent**. Der Zuschuss beträgt **79 Prozent**, wenn es sich beim Träger der Einrichtung um den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, eine sonstige kreisangehörige Gemeinde oder einen sonstigen Gemeindeverband (**kommunale Trägerschaft**) handelt."*

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Privat-gewerbliche Träger sind in der Regelung nicht vorgesehen, obwohl sie nach § 6 Abs. 2 KiBiz Träger von Kindertagesstätten sein können und damit den sonstigen Anforderungen des KiBiz unterliegen. Nach Ansicht des OVG Münster sind sie danach

"nach den landesrechtlichen Finanzierungsregelungen in § 20 KiBiz von einer Förderung generell ausgeschlossen."⁴⁰

Die einzelnen Träger sind verpflichtet, ihren Eigenanteil auch tatsächlich zu erbringen und in die Kindertagesstätten-Betreuungsleistungen zu investieren.⁴¹

Der Trägeranteil wird in der Praxis je nach Träger beispielsweise aus Kirchensteuern ermittelt, durch weitere kommunale Zuschüsse, durch Mitgliedsbeiträge bei Elterninitiativen oder durch Quersubventionierung aus sonstigen Bereichen erbracht.

Nach § 20 Abs. 4 KiBiz sind die im Rahmen des KiBiz gezahlten Mittel einschließlich des Trägeranteils zur Erfüllung von Aufgaben nach dem KiBiz zu verwenden. Der Träger der Einrichtung hat die entsprechende Mittelverwendung gegenüber dem Jugendamt zu erklären und diese durch einen Verwendungsnachweis bis zum 28. Februar des darauffolgenden Jahres darzulegen. Eine nicht zweckentsprechende oder eine nicht an den Vorgaben der Anlage zu § 19 Abs. 1 KiBiz ausge-

³⁹ Vgl. Krug/Riehle, SGB VIII, 168. Lfg., Std. 1. März 2016, § 74 Rn. 42.

⁴⁰ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 123 nach juris.

⁴¹ Vgl. Göppert/Leßmann, Praxis der Kommunalverwaltung, Juni 2012, § 20 KiBiz Ziff. 2.1.

richtete Verwendung berechtigt das Jugendamt zur Rückforderung der Zuschüsse nach § 20 Abs. 5 Satz 1 KiBiz.

Die öffentlichen Jugendhilfeträger refinanzieren ihre Ausgaben gemäß § 21 KiBiz zum Teil über das Land. Die Entscheidung der örtlichen Jugendhilfeplanung nach § 19 Abs. 3 KiBiz bildet hierbei die Grundlage für die Förderung durch das Land. Dieses leistet einen prozentualen Beitrag zur Kindpauschale. Je nach Träger erhalten die Jugendämter eine unterschiedliche Zuschusshöhe. Bei anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe beträgt der Zuschuss beispielsweise 36%.

Die örtlichen Jugendhilfeträger können zudem die Eltern über Elternbeiträge nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII, § 23 KiBiz zu den Kosten heranziehen (sog. Kostenbeiträge). Die Festsetzung erfolgt über die Jugendämter, d.h. die Elternbeiträge bleiben weiterhin in der kommunalen Regelungskompetenz. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Abgabe eigener Art.⁴² Zur Erhebung bedarf es einer kommunalen Satzung.⁴³

Nach § 23 Abs. 4 KiBiz kann der Kindertagesstätten-Träger schließlich ein Entgelt für Mahlzeiten verlangen. In der Praxis werden zudem zumindest teilweise privatrechtliche Zusatzbeiträge von den Eltern durch die Kindertagesstättenbetreiber erhoben.⁴⁴

2.4 Bestrebungen zur Novellierung des KiBiz

Die schwarz-gelbe Landesregierung in NRW beabsichtigt derzeit eine Novellierung des KiBiz. Seit dem 6. Mai 2019 liegt hierzu ein Referentenentwurf vor. Eine Förderung privatgewerblicher Anbieter sieht der Entwurf nicht vor. Der Jugendamtszuschuss (§ 36 KiBiz n.F.) erfolgt weiterhin an die bisher geförderten Träger. Gleiches gilt für die Refinanzierung durch das Land (§ 38 KiBiz).

2.5 Begutachtung

Vor diesem Hintergrund wurden wir gebeten, zu begutachten, ob die Vorgaben des SGB VIII und die Regelungen des KiBiz, mit den Vorgaben des Europa- und Verfassungsrechts vereinbar sind. Hierbei soll vor allem der Ausschluss privatgewerblicher Träger von der Förderung wie auch die Thematik des Eigenanteils näher beleuchtet werden. Ferner wurden wir gebeten, zur Frage der Anwendung des Vergaberechts Stellung zu nehmen.

⁴² Vgl. *Winkler*, in: BeckOK SGB VIII, 52. Ed., Stand 1. März 2019, § 90 Rn. 4.

⁴³ Vgl. *Winkler*, in: BeckOK SGB VIII, 52. Ed., Stand 1. März 2019, § 90 Rn. 4.

⁴⁴ Vgl. etwa VG Köln, Urt. v. 9. Mai 2014, 19 K 5305/15, Tz. 5 nach juris.

3. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

3.1 Verfassungswidrigkeit der Benachteiligung von privat-gewerblichen Anbietern

Die Benachteiligung privat-gewerblicher Anbieter durch das KiBiz ist verfassungswidrig. Sie verstößt gegen tragende Prinzipien des Grundgesetzes.

(a) Verletzung der Berufsfreiheit privat-gewerblicher Anbieter gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Finanzierung sowie die begleitenden Regelungen, die anerkannte Träger der Jugendhilfe systematisch bevorzugen, verletzt zunächst die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Sie greift in den Schutzbereich privat-gewerblicher Anbieter ein (nachfolgend unter (i)). Der Eingriff ist nicht zu rechtfertigen (nachfolgend unter (ii)).

(i) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit

Privat-gewerbliche Anbieter von Kindertagesstätten können sich anerkanntermaßen auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen.⁴⁵

Grundrechtlich geschützt sind hiernach die Wahl und die Ausübung eines Berufs. Art. 12 GG gewährt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. Dabei wird der Begriff des Berufs definiert als auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.⁴⁶ Die Berufsfreiheit gilt auch für juristische Personen.⁴⁷

Bei dem Betrieb einer Kindertagesstätte handelt es sich zweifellos um einen geschützten Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG.⁴⁸

Durch die Regelungen des SGB VIII und des KiBiz wird in die Berufsausübungsfreiheit⁴⁹ gleich in mehrfacher Hinsicht eingegriffen.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt nicht erst dann vor, wenn die grundrechtlich geschützte Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden wird.⁵⁰ Der besondere Freiheitsraum, den das Grundrecht des Art. 12 GG sichern will, kann nämlich auch dann berührt sein, wenn die Auswirkungen hoheitlichen Handelns geeignet sind, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen. Art. 12 Abs. 1 GG konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzhaltung und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung

⁴⁵ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 162 nach juris.

⁴⁶ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 37.

⁴⁷ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 37.

⁴⁸ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 162 nach juris.

⁴⁹ Ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit liegt nicht vor, vgl. hierzu zutreffend OVG Hamburg, Urt. v. 22. April 2008, 4 Bf 104/08, BeckRS 2008, 37950: Die Berufswahl ist nicht berührt, weil sich die Träger freier Jugendhilfe, die allgemein anerkannt sind, von den nicht allgemein anerkannten nicht durch die Zugehörigkeit zu einem eigenständigen Beruf unterscheiden, sondern nur durch die allgemeine Anerkennung, die allenfalls Auswirkungen auf die Berufsausübung haben kann.

⁵⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2307.

ab.⁵¹ Ein Eingriff ist insbesondere bei staatlicher Planung und Subventionierung mit berufsregelnder Tendenz möglich.⁵²

Im vorliegenden Fall erfolgt zunächst ein Eingriff durch die Nichtförderung privat-gewerblicher Kindertagesstätten-Betreiber. Zwar handelt es sich bei der Vorenthaltung staatlicher Leistungen grundsätzlich um eine Frage der Gleichheitsrechte (dazu noch unter lit. b)). Dies ändert sich jedoch dann, wenn die berufliche Betätigung durch die Nichteinbeziehung in ein staatliches Vorteilssystem in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt wird.⁵³ In einem solchen Fall liegt ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vor.⁵⁴

In der Rechtsprechung sind beispielsweise Tariffreueklauseln, die die Vergabe von Aufträgen an die Einhaltung von Tarifverträgen knüpfen, die Nichtaufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausbedarfsplan und die hieraus resultierende Nichtgewährung staatlicher Investitionsmittel als Eingriffe angesehen worden.⁵⁵ Gleiches gilt für die Nichtzulassung zum Vertragsarztrecht. Zwar kann auch ohne Zulassung der Arztberuf ausgeübt werden, eine wirtschaftlich rentable Praxisführung ist dennoch oft nicht möglich.⁵⁶

Die Nichtförderung privat-gewerblicher Anbieter kann hiermit verglichen werden und weist eine ähnliche Eingriffsintensität auf. Privat-gewerbliche Anbieter werden durch die KiBiz-Regelungen faktisch zur Anerkennung als gemeinnützige Träger und damit zum Verzicht auf privatnützige Gewinnverwendung gezwungen, weil sie andernfalls nicht wirtschaftlich tätig werden können. Durch die Nichtförderung verschlechtert sich die Wirtschaftsposition privat-gewerblicher Anbieter spürbar. Sie sind beispielsweise genötigt, höhere Preise zu verlangen und daher im Wettbewerb deutlich benachteiligt. Damit liegt ein erheblicher Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG vor.

Eine weitere Benachteiligung privat-gewerblicher Anbieter entsteht durch die gesetzlich vorgesehene Besetzung des Jugendhilfeausschusses, der zu 40 % aus den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe besteht.

Soweit das OVG Hamburg in einer Entscheidung vom 22. April 2008 angenommen hat, die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und freien Trägern im Jugendhilfeausschuss sei vorwiegend "ideeller Art",⁵⁷ verkennt dies die grundsätzlichen Vorteile für anerkannte Träger, die durch die Mitwirkung und Mitbestimmung in diesem zentralen Steuergremium vermittelt werden.

Die von der Bundesregierung eingesetzte Monopolkommission bezeichnet die gesetzlich vorgesehene Besetzung des Jugendhilfeausschusses zu

⁵¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306.

⁵² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2307; OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. Juli, 4 LA 54/11, Tz. 5 nach juris.

⁵³ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 90.

⁵⁴ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 90.

⁵⁵ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 90 f.

⁵⁶ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 92.

⁵⁷ Vgl. hierzu OVG Hamburg, Urt. v. 22. April 2008, 4 Bf 104/08, BeckRS 2008, 37950.

Recht als "institutionelles Wettbewerbshemmnis".⁵⁸ Der Jugendhilfeausschuss stellt, wie eingangs dargelegt, das zentrale Gremium zur Steuerung der örtlichen Jugendhilfeplanung dar. Dieser entscheidet über die Bedarfsstellung, die Auswahl der zu fördernden Maßnahmen und die Zuweisung finanzieller Mittel.

Durch die gesetzlichen Regelungen zementiert sich der Vorteil der anerkannten freien Träger gegenüber den privat-gewerblichen. Das Gesamtsystem der deutschen Jugendhilfe ist historisch bedingt gekennzeichnet durch ein enges Zusammenwirken öffentlicher Stellen und Trägern der freien Wohlfahrtsverbände. Dieses Konstrukt eines "Closed Shop" macht es Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf diesem Markt anzubieten.⁵⁹

So führt die Monopolkommission etwa aus:

"Mitunter ignorieren Jugendämter Angebote von Newcomern und bevorzugen als Vertragspartner weiterhin etablierte Anbieter, was auch durch personelle Verflechtungen der Verbände mit der Sozialadministration und den örtlichen Parteien begünstigt werden dürfte. [...] All dies erschwert Newcomern vielfach den Marktzugang und behindert die nachfragegerechte Veränderung der Träger- und Angebotspluralität."⁶⁰

Auch hierdurch wird regelmäßig in die Berufsfreiheit privat-gewerblicher Anbieter eingegriffen. Weitere Benachteiligungen privat-gewerblicher Anbieter entstehen schließlich durch den durch § 4 Abs. 2 SGB VIII vermittelten Vorrang anerkannter freier Träger gegenüber den Kommunen (sog. Subsidiaritätsprinzip) und das Recht anerkannter Träger nach § 80 Abs. 3 SGB VIII, möglichst frühzeitig an der Jugendhilfeplanung beteiligt zu werden. Über all diese Rechte verfügen privat-gewerbliche Anbieter nicht.

Ein dritter Eingriff resultiert aus der Konkurrenz durch kommunale Kindertagesstätten-Betreiber. Zwar stellt Konkurrenz durch staatliche Träger grundsätzlich keinen Eingriff in die Berufsfreiheit dar.⁶¹ Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand.⁶² Dies ändert sich jedoch dann, wenn es zu einem Verdrängungswettbewerb oder sonstiger empfindlicher Belastung kommt oder dem staatlichen Unternehmen Vorteile eingeräumt werden und diesen keine ausreichenden Sonderlasten gegenüberstehen.⁶³ So liegt es im vorliegenden Fall. Privat-gewerbliche Anbieter unterliegen grundsätzlich den gleichen Verpflichtungen und Qualitätsanforderungen wie kommunale Unternehmen, erhalten jedoch keine Förderung. Auch in der mit einer Förderung verbundenen Betätigung kommunaler Unternehmen kann daher ein Eingriff in die Be-

⁵⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 348 ff.

⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 329.

⁶⁰ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 352.

⁶¹ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 21. März 1995, 1 B 211/94, NJW 1995, 2938, 2939; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 83; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 23.

⁶² Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 83.

⁶³ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 23.

rufsfreiheit privat-gewerblicher Kindertagesstätten-Betreiber gesehen werden.

Diese Eingriffe weisen auch die notwendige berufsregelnde Tendenz auf. Eine solche liegt vor, wenn die Regelung sich ausschließlich oder in erster Linie an beruflich Tätige richtet, also gerade auf die Regelung der Berufsausübung abzielt.⁶⁴ Dies ist offenkundig der Fall. SGB VIII und KiBiz beschränken den Kreis der geförderten zum Nachteil privat-gewerblicher Träger.

(ii) **Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe**

Der Eingriff in die Berufsfreiheit kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

Bei der Beurteilung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit ist nach der sog. "Stufentheorie" danach zu unterscheiden, ob es nur um eine Regelung der Berufsausübung geht oder ob darüber hinausgehend die Berufswahl eingeschränkt wird.⁶⁵ Eine Berufswahlbeschränkung liegt vor, wenn der Zugang, die Zulassung zu einem Beruf oder dessen Aufgabe geregelt wird.⁶⁶ Dabei ist die Grenze nicht immer scharf zu ziehen. Regelungen der Berufsausübung können so einschneidend sein, dass sie in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung einer Zulassungsbeschränkung nahekommen.⁶⁷

So hat das BVerfG angenommen, dass die Nichtaufnahme einer Privatklinik in eine Krankenhausfinanzierung und der damit verbundene Ausschluss von staatlicher Finanzierung in der wirtschaftlichen Auswirkung einer Berufszulassungsbeschränkung gleichkomme.⁶⁸ Begründet hat das BVerfG dies damit, dass die wirtschaftlichen Folgen, die durch die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan entstehen, sehr einschneidend seien und bis zur Schließung der Klinik zwingen könnten. Nicht geförderte Krankenhäuser könnten sich gegen die staatlich geförderte Konkurrenz nur mit speziellen Angeboten und besonders günstiger Kostenstruktur behaupten.⁶⁹

Ähnlich schwerwiegend stellt sich auch die Benachteiligung privat-gewerblicher Anbieter nach dem KiBiz durch Ausschluss von der Förderung dar. Für die Anbieter ist ein wirtschaftliches Tätigwerden ohne Förderung kaum möglich. Sie sind – wie die Praxis deutlich zeigt – vielfach gezwungen, sich als gemeinnützig anerkennen zu lassen oder gänzlich auf eine Betätigung in Nordrhein-Westfalen zu verzichten.

Daraus folgt für die verfassungsrechtliche Beurteilung, dass nicht schon vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls ausreichen, um den Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung zu rechtfertigen. Nur Gemeinwohlbelan-

⁶⁴ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 73; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 13. Mai 2004, 3 C 45/03, NJW 2004, 3134.

⁶⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2308; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 33.

⁶⁶ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 33.

⁶⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2308.

⁶⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2308.

⁶⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2308.

ge von hoher Bedeutung wiegen so schwer, dass sie gegenüber dem schutzwürdigen Interesse privat-gewerblicher Anbieter an ungehinderter Betätigung den Vorrang verdienen.⁷⁰

Hierbei sind die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten.⁷¹ Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern.⁷² Eine sowohl den Freiheitsanspruch des Berufstätigen wie die Schutzbedürftigkeit der Gemeinschaft berücksichtigende Lösung kann nur in Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander widerstreitenden Interessen gefunden werden.⁷³

Derartige Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung, die einen grundsätzlichen Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Finanzierung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

Der Landesgesetzgeber NRW hat den Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung in seinem Entwurf zum KiBiz im Jahr 2007 nicht näher begründet. Ganz im Gegenteil spricht die Gesetzesbegründung davon, dass alle Träger gleichwertig behandelt werden sollen.⁷⁴ Damit waren privat-gewerbliche Träger offenkundig nicht gemeint. Lediglich kursorisch führt die Gesetzesbegründung aus, dass durch die Anerkennung anderer privater Träger den Entwicklungen der Praxis Rechnung getragen werde, "wonach auch solche Einrichtungen einen Beitrag zur Lösung des bestehenden Betreuungsbedarfs leisten."⁷⁵ Zur Finanzierung heißt es nur lapidar, dass eine Förderung hiermit nicht verbunden sei.⁷⁶ Gemeinwohlerwägungen, die einen Ausschluss der Förderung rechtfertigen, können diesen allenfalls kursorischen Ausführungen nicht entnommen werden.

Soweit der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter in der Rechtsprechung überhaupt näher beleuchtet wurde, wird als Grund des Gemeinwohls auf die sparsame und zweckgerichtete Verwendung von Haushaltsmitteln abgestellt. So heißt es etwa im Urteil des OVG Hamburg vom 22. April 2008:

"Erheblicher dürfte ein Eingriff sein, der darin liegt, dass ein freier Träger möglicherweise keine allgemeinen Subventionen nach § 74 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII beanspruchen kann, die in der Regel anerkannten Trägern vorbehalten sind. [...] Aber auch dieser Eingriff in die Berufsausübung ist durch vernünftige Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt. Um die sparsame und zweckgerichtete Verwendung von Haushaltsmitteln zu sichern, die über das allgemeine Steueraufkommen finanziert sind, ist es ohne Weiteres nachvollziehbar, in der Regel von vornherein solche

⁷⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. Juni 1990, 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306.

⁷¹ BVerfG, Ur. v. 16. Januar 2002, 1 BvR 1236/99, NJW 2002, 666, 667.

⁷² BVerfG, Ur. v. 16. Januar 2002, 1 BvR 1236/99, NJW 2002, 666, 667.

⁷³ BVerfG, Ur. v. 16. Januar 2002, 1 BvR 1236/99, NJW 2002, 666, 667.

⁷⁴ Vgl. LT-Drs. 14/4410, S. 38.

⁷⁵ Vgl. LT-Drs. 14/4410, S. 43.

⁷⁶ Vgl. LT-Drs. 14/4410, S. 43.

Träger von der dauerhaften Förderung durch öffentliche Mittel auszuschließen, die diese Mittel möglicherweise dazu verwenden, privatnützige Gewinne zu erzielen."⁷⁷

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Hierbei verkennt das OVG Hamburg allerdings, dass fiskalische Erwägungen nach der Rechtsprechung des BVerfG keine hinreichend tragfähigen Gründe darstellen, die Verfolgung fiskalischer Interesse stellt keinen legitimen Zweck dar.⁷⁸ Das Bemühen, Ausgaben zu sparen, reicht nicht aus, um eine differenzierende Behandlung verschiedener Personengruppen zu rechtfertigen.⁷⁹ Wörtlich heißt es etwa in der Entscheidung des BVerfG vom 7. Februar 2012 zum Landeskindergehalt:

"Die bloße Absicht, das Leistungsvolumen zum Zwecke der Reduzierung staatlicher Ausgaben zu verringern, genügt für sich genommen nicht, um eine differenzierende Behandlung verschiedener Personengruppen zu rechtfertigen. [...] Staatliche Ausgaben zu vermeiden, ist ein legitimer Zweck, der jedoch eine Ungleichbehandlung von Personengruppen nicht zu rechtfertigen vermag. Ist ein darüber hinausgehender sachlicher Differenzierungsgrund nicht vorhanden, muss der Gesetzgeber finanzpolitischen Belangen durch eine Beschränkung der Leistungshöhe oder der Bezugsdauer für alle Berechtigten Rechnung tragen."⁸⁰

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der gänzliche Ausschluss privatgewerblicher Anbieter auch nicht mit der Förderung von gemeinnützigen Einrichtungen gerechtfertigt werden kann. Zwar kann die Förderung von Gemeinnützigkeit mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip unter Umständen eine Bevorzugung rechtfertigen.⁸¹ Das BVerfG begründete dies hinsichtlich der Privilegierung bei der Zahlung des Rundfunkbeitrags wie folgt:

"Wie bereits die einschlägigen Regelungen über die Gemeinnützigkeit in §§ 52 ff. AO erkennen lassen, stellt die Förderung der Gemeinnützigkeit der Einrichtungen für den Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen dar. Er trägt damit dem Sozialstaatsprinzip Rechnung. Zudem wird nicht der gesamte Finanzbedarf im Sinne des § 1 RBStV durch Rundfunkbeiträge finanziert, weil die Rundfunkanstalten auch Einnahmen aus Werbung erzielen. Schließlich ist davon auszugehen, dass sich die umverteilungsbedingten Mehrbelastungen der anderen Abgabepflichtigen aufgrund der Privilegierung der gemeinnützigen Einrichtungen in § 5 Absatz 3 RBStV in engen Grenzen halten. [...] Da die gemeinnützi-

⁷⁷ Vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 22. April 2008, 4 Bf 104/08, BeckRS 2008, 37950; ähnlich auch Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13.

⁷⁸ Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 157; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 41.

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 8. April 1987, 1 BvL 8/84, NJW 1987, 2359, 2363.

⁸⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, Tz. 54 nach juris.

⁸¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 27. September 2017, 6 C 34.16, ZUM-RD 2018, 360, 364.

gen Einrichtungen in den ersten beiden Staffeln keine Privilegierung erfahren und diese Staffeln 90 % aller Betriebsstätten erfassen (vgl. LT-Dr. BY 16/7001, S. 17), kann davon ausgegangen werden, dass die umverteilungsbedingten Auswirkungen der in § 5 Absatz 3 RBStV normierten Privilegierung gemeinnütziger Einrichtungen für die anderen Beitragspflichtigen nicht erheblich sind und die Privilegierung im Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck durch hinreichend gewichtige Sachgründe gerechtfertigt ist.⁸²

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Doch erscheint es mehr als zweifelhaft, ob dies auch dann gelten kann, wenn die gemeinnützigen Anbieter in wettbewerblicher Konkurrenz zu privat-gewerblichen Anbietern tätig sind und es bei diesen zu einer erheblichen Benachteiligung kommt. In einem auf Privateigentum (Art. 14 GG) und Wettbewerb (Art. 12 Abs. 1 GG) orientierten Wertesystem kann der Ausschluss privatnütziger Gewinne kein zulässiges Kriterium darstellen. Unabhängig davon, dass auch privat-gewerbliche Träger ihre Überschüsse oft reinvestieren, ist die Erzielung von Überschüssen und deren Ausschüttung an Gesellschafter nicht gemeinwohlschädigend. Sie ist vielmehr Antrieb für effizientes Wirtschaften und die Belohnung für innovatives Handeln.⁸³ Der Ausschluss privatnütziger Gewinne steht in Widerspruch zu den Grundentscheidungen der Verfassung und kann damit kein legitimer Zweck sein.⁸⁴

Jedenfalls geht ein gänzlicher Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von einer Förderung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und Angemessenheit zu weit. So wären grundsätzlich auch abgestufte Förderungen denkbar. Es fehlt damit an der Erforderlichkeit, weil ein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht. Daher scheidet eine Rechtfertigung auch unter dem Gesichtspunkt der Förderung von Gemeinnützigkeit aus. Dies gilt erst Recht mit Blick darauf, dass nicht nur gemeinnützige Einrichtungen gefördert werden, sondern beispielsweise auch kommunale und kirchliche Einrichtungen.

Weiter denkbar wäre es zwar, den Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter mit der Finanzierbarkeit des öffentlichen Systems zu rechtfertigen. Im Bereich des Rettungswesen hat das BVerfG entschieden, dass die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung ein legitimes Gesetzesziel darstellen kann:

*"Daneben soll die Zusammenführung der Planungs- und Organisationshoheit zu einem Rettungsdienst in ausschließlich öffentlicher Trägerschaft auch dem **Allgemeininteresse an einem Gesundheitsschutz zu angemessenen Kosten dienen. Die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung stellt ein zusätzliches***

⁸² Vgl. BVerwG, Urt. v. 27. September 2017, 6 C 34.16, ZUM-RD 2018, 360, 364.

⁸³ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 338; Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand, 2006, S. 37.

⁸⁴ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 125.

legitimes Gesetzesziel dar. Es handelt sich hierbei nicht um eine rein fiskalische Motivation des Gesetzgebers, die als solche zur Rechtfertigung nicht ausreichen würde. Ebenso wenig wird Konkurrenzschutz um seiner selbst willen angestrebt, was ebenfalls kein zulässiger Gesetzeszweck wäre. Vielmehr geht es darum, in effektiver Weise nicht erforderliche Kapazitäten im Rettungsdienst zu vermeiden, weil diese überflüssige Kosten verursachen, die in erster Linie die zur Kostenerstattung verpflichtete gesetzliche Krankenversicherung erheblich finanziell belasten und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit zuwiderlaufen würden. Mit der hiernach erstrebten Sicherstellung einer Gesundheitsversorgung zu sozial tragbaren Kosten nimmt der Gesetzgeber ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut in den Blick.⁸⁵

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Um eine solche Fallkonstellation handelt es sich jedoch bei dem Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter im Bereich der Kindertagesstätten-Betreuung nicht. Ganz im Gegenteil zu den Überkapazitäten im Rettungswesen besteht ein eklatanter Mangel an Betreuungseinrichtungen in Nordrhein-Westfalen.

Zudem ist zu bedenken, dass die Einbeziehung privat-gewerblicher Träger in den Kreis derer, die gefördert werden können, nicht automatisch zu einem Anstieg der insgesamt ausgegebenen finanziellen Mittel führt. Vielmehr ist die konkrete Förderentscheidung abhängig von der örtlichen Jugendhilfeplanung und der damit erfolgenden Zuweisung konkreter Mittel an einzelne Einrichtungen. Dies gilt sowohl für den Zuschuss des Landes wie auch für die Zuweisungen der Kommunen. Eine Finanzierung einzelner Einrichtungen in den Kommunen wäre auch bei einer Aufnahme privat-gewerblicher Unternehmen in den Kreis der förderfähigen Träger weiterhin von einer Einbeziehung in die örtliche Jugendhilfeplanung und damit von einer hoheitlichen Entscheidung in den einzelnen Kommunen abhängig. Die absolute Fördersumme steigt damit auch bei einer Einbeziehung privat-gewerblicher Träger überhaupt nicht zwingend an.

Bei einer Förderung von privat-gewerblichen Einrichtungen würde es auch nicht zu einer – negativ verstandenen – "Kommerzialisierung" der Kindertagesbetreuung kommen. Bereits die notwendige Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII sichert notwendige Qualitätsanforderungen. Denn hiernach darf eine Erlaubnis nur erteilt werden, wenn

"1. die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt sind,

2. die gesellschaftliche und sprachliche Integration und ein gesundheitsförderliches Lebensumfeld in der Einrichtung unterstützt werden sowie die gesundheitliche Vorsorge und die medizinische

⁸⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8. Juni 2010, 1 BvR 2011/07, Tz. 99 nach juris.

Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht erschwert werden sowie

3. zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten Anwendung finden."

Das Land Nordrhein-Westfalen wäre darüber hinaus weiterhin in der Lage, die Anforderungen für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen gesetzlich über die qualitativen Anforderungen im KiBiz zu steuern. Durch regelmäßige Qualitätskontrollen lässt sich die Einhaltung der Anforderungen feststellen.

Und gerade bei einer Einbeziehung privat-gewerblicher Unternehmen und der Beachtung des Vergaberechts (dazu noch unter 3.3.) würde der hierdurch ausgelöste Wettbewerb voraussichtlich sogar zu einer Erhöhung der Qualität in den Kindertageseinrichtungen führen, weil sich die bislang etablierten Anbieter gegenüber neu auf den Markt drängenden Privaten durch qualitativ bessere Angebote behaupten müssten. Resultat dieser "Marktöffnung" wäre ein sinnvoller und begrüßenswerter Wettbewerb um Qualität und Vielfalt. So heißt es auch im XX. Hauptgutachten der Monopolkommission wörtlich:

"Die Monopolkommission kritisiert die ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen auf Länderebene zulasten privatwirtschaftlicher Anbieter. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen, besonders mit Blick auf den massiven erforderlichen Ausbaubedarf an Kindertageseinrichtungen, unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 SGB VIII gesetzlich vorgesehen und hat den Vorteil, dass der Heterogenität von Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden kann und dass die gestiegenen Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln."⁸⁶

Dies wäre nicht nur aus Sicht der Eltern als "Nachfrager" von Kindertagesbetreuungsleistungen, sondern auch aus Sicht des Landes und der Kommunen, die über eine größere Auswahlmöglichkeiten zwischen unterschiedlichsten Anbietern verfügen würden, uneingeschränkt zu begrüßen.

Auch eine etwaige bessere Förderung von Kindern, die möglicherweise als Rechtfertigung taugen könnte, durch anerkannte Träger der Jugendhilfe ist weder behauptet, noch empirisch belegbar.

Ferner ist der Ausschluss Privater von der Förderung auch objektiv ungeeignet. Mit Blick auf die durch das KiBiz verfolgten Ziele, wonach ein bedarfsgerechtes Betreuungsangebot (§ 24 SGB VIII) zur Verfügung stehen soll⁸⁷ und die Betreuungsangebote für unter dreijährige Kinder nachhaltig

⁸⁶ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 362.

⁸⁷ Vgl. den Gesetzesentwurf der Landesregierung vom 23. Mai 2007 – LT-Drs. 14/4410, S. 1.

ausgebaut werden sollen⁸⁸, ist der Ausschluss privat-gewerblicher Träger von der Förderung evident sinnwidrig. Der Ausschluss verengt den Kreis der potentiellen Anbieter von Kinderbetreuungsleistungen. Ein Ausbau der Kinderbetreuungsangebote kann bei einem gleichzeitig bundesgesetzlich vorgegebenen Wunsch- und Wahlrecht der Eltern (§ 5 SGB VIII) nur durch einen transparenten, wettbewerblichen Markt mit geringen Markteintrittshürden erreicht werden.⁸⁹

Darüber hinaus besteht nach § 20 Abs. 4 KiBiz für die öffentlichen Mittel ohnehin ein Erfordernis der Zweckbindung.⁹⁰ Der gänzliche Ausschluss privat-gewerblicher Träger ist damit auch nicht erforderlich, weil mit der Zweckbindung und der Prüfung der Verwendung ein gleich geeignetes, milderer Mittel zur Verfügung steht.

Das OVG Münster hat demgegenüber in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 diese Zweckbindung als nicht ausreichend angesehen und wörtlich wie folgt ausgeführt:

"Der in diesem Zusammenhang von der Klägerin vorgebrachte Hinweis auf die Zweckbindung der Kindpauschalen (§ 20 Abs. 4 KiBiz) greift zu kurz. Der Beschränkung der Förderung auf Einrichtungsträger, die ihre Einrichtung gemeinwohlorientiert und damit selbstlos, d. h. unter Verzicht auf privatnützige Gewinne, führen, liegt eine ganzheitliche Betrachtung des Einrichtungsbetriebes zugrunde, die über den mit öffentlichen Mitteln finanzierten Anteil hinausgeht und insbesondere die Finanzmittel erfasst, die dem Träger aufgrund der Betreuungsverträge durch die ggf. zusätzlichen privatrechtlichen Zahlungen der Eltern zufließen."⁹¹

Auch diese Ausführung vermag nicht zu erklären, warum ein gänzlicher Ausschluss privat-gewerblicher Träger gerechtfertigt sein soll. Das OVG Münster verkennt insoweit, dass die Verfolgung fiskalischer Interessen kein legitimer Selbstzweck ist.

Im Ergebnis können damit die Erwägungen keinen Ausschluss privat-gewerblicher Träger von der Förderung rechtfertigen.

Der Konkurrenzschutz stellt ebenfalls keinen legitimen Grund zur Rechtfertigung dar.⁹² Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass in den Bundesländern, in denen privat-gewerbliche Unternehmen in den Kreis der Förderberechtigten aufgenommen wurden, es keineswegs zu einer Verdrängung gemeinnütziger Anbieter kam.⁹³

Auch die Tatsache, dass eine unterschiedliche Förderung historisch begründet ist, stellt keine Rechtfertigung dar.⁹⁴ Die unterschiedlichen Träger der freien Jugendhilfe existieren zum Teil schon länger als die Bundesre-

⁸⁸ Vgl. den Gesetzesentwurf der Landesregierung vom 23. Mai 2007 – LT-Drs. 14/4410, S. 2.

⁸⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 270.

⁹⁰ Vgl. Göppert/Leßmann, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Vorb. zu §§ 18 ff. KiBiz Ziff. 5.1.

⁹¹ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 199 nach juris.

⁹² Vgl. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 128.

⁹³ Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 14. Kinder- und Jugendbericht, S. 288.

⁹⁴ Vgl. Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 158.

publik Deutschland oder die einzelnen Bundesländer. Traditionell überwiegen gemeinnützige, jugendverbandlich, kirchlich oder gewerkschaftlich organisierte Organisationen und Institutionen.⁹⁵ Dies allein vermag jedoch bestehende Eingriffe nicht zu rechtfertigen. Das BVerfG hat hierzu etwa wie folgt ausgeführt:

"Die lange Geltung einer Regelung kommt als Legitimationsgrund für Ungleichbehandlungen nicht in Betracht. Auch wenn eine lange Tradition für die Existenz sachlicher Differenzierungsgründe in der Vergangenheit sprechen mag, taugt sie zur fortdauernden Legitimation nur, wenn diese Gründe weiterhin vorhanden oder durch tragfähige neue abgelöst worden sind. Wo solche Gründe fehlen, kann die Regelungstradition sie nicht ersetzen."⁹⁶

Wenn es auch möglicherweise in der Vergangenheit legitime Gründe für eine ausschließliche Förderung der anerkannten Träger gegeben mag, sind diese aufgrund der gesellschaftlichen und sozialen Entwicklung in der jüngeren Vergangenheit entfallen. Die Einbeziehung privater Anbieter würde letztlich nur dem Wunsch- und Wahlrecht und einer echten Nachfrage entsprechen, die es in der länger zurückliegenden Vergangenheit nicht gegeben haben mag.

Das OVG Hamburg sieht darüber hinaus den Ausschluss privatgewerblicher Träger von der Jugendhilfeplanung als gerechtfertigt an:

"Die Regelung bewirkt, dass nur solche Träger an der Jugendhilfeplanung beteiligt werden, die keine privatnützigen Gewinne anstreben, sondern mit ihrer Tätigkeit gemeinnützige Ziele verfolgen. Dieser Zweck ist durch das Gemeinwohl gerechtfertigt. Bei der institutionellen Zusammenarbeit handelt es sich um einen Kernbereich der öffentlichen Jugendhilfe, in dem auch über künftige Projekte und über die Verwendung öffentlicher Gelder entschieden wird. Dies rechtfertigt es, von derartigen Planungen und Entscheidungen von vornherein solche Träger auszuschließen, deren Handeln möglicherweise von privaten Gewinnerwartungen und nicht allein von der bestmöglichen Hilfe für die Jugendlichen beeinflusst wird. Dies ist für die betroffenen Träger auch zumutbar."⁹⁷

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Auch diese Rechtfertigung ist nicht überzeugend. Der Überlegung des OVG Hamburg liegt die grundsätzliche Fehlvorstellung zugrunde, dass privat-gewerbliche Anbieter möglicherweise gewinnorientiert handeln würden, während dies auf Kirchen und sonstige anerkannte Träger nicht zutreffen würde. Dabei ist es auch den anerkannten Trägern der Jugendhilfe keineswegs untersagt, Gewinne zu erzielen. Sie dürfen diese lediglich nicht ausschütten. Dies entspricht auch dem Selbstbild der freien gemein-

⁹⁵ Vgl. Fieseler/Schleich/Busch/Wabnitz, Kinder- und Jugendhilferecht, Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, Lfg. 61, Std. 1. Dezember 2015, § 3 S. 5.

⁹⁶ Vgl. BVerfG, Ur. v. 2. März 1999 – 1 BvL 2-91, NVwZ, 1999, 1535, 1537.

⁹⁷ Vgl. OVG Hamburg, Ur. v. 22. April 2008, 4 Bf 104/08, BeckRS 2008, 37950.

nützigen Träger. So heißt es etwa im Leitbild des Deutschen Caritasverbandes:

*"Der Deutsche Caritasverband arbeitet **unternehmerisch**. [...] Als **Dienstleistungsunternehmen** hat der Deutsche Caritasverband arbeitsmarktpolitische Verantwortung."*⁹⁸

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Ferner verkennt das OVG Hamburg, dass gerade die Mitwirkung an der Jugendhilfeplanung den anerkannten Trägern einen entscheidenden Wissens- und Mitwirkungsvorsprung verschafft. Der Jugendhilfeausschuss ist das zentrale Steuergremium im Rahmen der Jugendhilfeplanung. Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter ist damit gerade nicht zumutbar, sondern zementiert einen deutlichen Vorsprung anerkannter Träger.

Kurzum: Die Regelungen des KiBiz verletzen die Berufsfreiheit privat-gewerblicher Anbieter.

(b) **Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG**

Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung verletzt zudem den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

(i) **Verbot gleichheitswidriger Begünstigungen**

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Er unterliegt hierbei einer auf den Gesamtstaat bezogenen Gleichheitsprüfung.⁹⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG erfasst Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur ungleiche Belastungen, sondern auch ungleiche Begünstigungen. Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, einem anderen vergleichbaren Personenkreis die Begünstigung aber vorenthalten bleibt.¹⁰⁰

(ii) **Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte**

Das BVerfG fordert hierbei, dass es sich bei den Vergleichsgruppen um im Wesentlichen gleiche Sachverhalte handeln muss.¹⁰¹ Dies trifft auf privat-gewerbliche Betreiber im Vergleich zu den sonstigen, nach dem KiBiz geförderten Kindertagesstätten-Betreibern zu. Beide Vergleichsgruppen erbringen die gleichen Leistungen. In jedem Fall ist eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII nötig. Auch unterliegen die privat-gewerblichen Kindertagesstätten-Betreiber den grundsätzlichen Anforderungen des KiBiz. Sie weisen daher eine für Art. 3 Abs. 1 GG hinreichende Vergleichbarkeit auf.

⁹⁸ Vgl. <https://www.caritas.de/glossare/leitbild-des-deutschen-caritasverbandes> (abgerufen am 24. Mai 2019).

⁹⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14. Oktober 2008, 1 BvF 4/05, Tz. 95 nach juris.

¹⁰⁰ St. Rspr. des BVerfG, vgl. exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 8. Juni 2004, 2 BvL 5/00, Tz. 62 nach juris.

¹⁰¹ Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 82.

Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der finanziellen Förderung nach dem KiBiz, dem fehlenden Recht an der Teilnahme im Jugendhilfeausschuss sowie den weiteren gesetzlichen Vorrechten der anerkannten Träger (vgl. hierzu bereits oben unter lit. (a)) stellt vor diesem Hintergrund jeweils einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar.

(iii) **Keine sachliche Rechtfertigung**

Die Ungleichbehandlung privat-gewerblicher und geförderter Kindertagesstätten-Betreiber bedürfte daher einer sachlichen Rechtfertigung.

Nach der in der Rechtsprechung des BVerfG zunächst vertretenen "Willkür-Formel" war Art. 3 Abs. 1 GG dann verletzt, wenn sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung finden lässt.¹⁰² Später hat das BVerfG demgegenüber die sog. "Neue Formel" aufgestellt. Hiernach ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.¹⁰³

Mittlerweile ist das BVerfG zu einer "gleitenden Skala" übergegangen. Zusammenfassend heißt es in der "Mediziner-BAföG-Entscheidung" vom 21. Juni 2011:

"Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. [...] Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.

Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind o-

¹⁰² St. Rspr. des BVerfG, vgl. exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 29. März 2017, 2 BvL 6/11, Tz. 98 f. nach juris; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 89.

¹⁰³ Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 93.

*der je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. [...]*¹⁰⁴

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Bei der gewährenden Staatstätigkeit hat der Gesetzgeber grundsätzlich weitgehende Freiheit darüber zu entscheiden, welche Personen oder Unternehmen durch finanzielle Zuwendungen des Staates gefördert werden sollen. Sachbezogene Gesichtspunkte stehen ihm in weitem Umfang zu Gebote, solange die Regelung sich nicht auf eine der Lebenserfahrung geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebenssachverhalte stützt.¹⁰⁵ Ein verschärfter Prüfungsmaßstab gilt indes, wenn gleichzeitig weitere Grundrechte betroffen sind.¹⁰⁶

Dies betrifft nach der Rechtsprechung des BVerwG auch den vorliegenden Fall der finanziellen Förderung von Kindertagesstätten-Betreibern. Die gerichtliche Kontrolle am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ist wegen der besonderen 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.¹⁰⁷ Das BVerwG begründet dies in seinem Urteil vom 21. Januar 2010 einerseits mit den besonderen Grundsätzen des Jugendhilferechts und dessen Entscheidung für ein plurales, bedarfsorientiertes Angebot.¹⁰⁸ Zum anderen ergebe sich dies aus dem unmittelbaren Bezug der Förderpraxis zum verfassungsrechtlich nach Art. 6 Abs. 2 GG gewährleisteten Elternrecht und der Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung zu unterstützen. So heißt es im genannten Urteil wörtlich:

"Die Förderung von Einrichtungen freier Träger von Kindertagesstätten ist bezogen auf ihre Mitwirkung an der Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Aufgabe, die ihnen kraft Gesetzes zugewiesen ist. Diese Einrichtungen wirken dabei mit, dass der gesetzliche Anspruch der Leistungsberechtigten auf einen Kindergartenplatz, den der Gesetzgeber eingeräumt hat, auch realisiert werden kann. Insoweit haben sachbezogene Unterscheidungen bei der Förderung der Träger solcher Einrichtungen unmittelbare Wirkungen auf die Möglichkeiten der nach dem Sozialgesetzbuch Achtes Buch Leistungsberechtigten, eine ihren Wünschen, Interessen und Bedürfnissen sowie ihrer weltanschaulichen oder pädagogischen Ausrichtung entsprechende Förderung in einer Kindertageseinrichtung zu erlangen. Die Förderpraxis und das Gebot pluralitätssichernder bzw. -fördernder Finanzierung haben zudem Bezug zu dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Elternrecht (Art. 6

¹⁰⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21. Juni 2011, 1 BvR 2035/07, Tz. 64 f. nach juris.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14. Oktober 2008, 1 BvF 4/05, Tz. 88 nach juris; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 255.

¹⁰⁶ Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 255.

¹⁰⁷ Vgl. BVerwG, Ur. v. 21. Januar 2010, 5 CN 1/09, Tz. 33 nach juris.

¹⁰⁸ Vgl. BVerwG, Ur. v. 21. Januar 2010, 5 CN 1/09, Tz. 31 ff. nach juris.

Abs. 2 GG) und der Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu unterstützen. Auch dies zieht dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers engere Grenzen.¹⁰⁹

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Aus dem Elternrecht folgt – insbesondere für den vorschulischen Bereich – auch, dass allein die Eltern darüber zu befinden haben, in welchem Ausmaß und mit welcher Intensität sie selbst die Pflege und Erziehung leisten oder ob sie diese Dritten überlassen wollen. Weiterhin entscheiden allein die Eltern, wem sie Einfluss auf die Erziehung eines Kindes zugestehen wollen und wem nicht und wie die konkrete Einflussnahme ausgestaltet sein soll. Das Elternrecht erstreckt sich hierbei insbesondere auch auf die religiöse und weltanschauliche Erziehung. Es ist allein Sache der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten, was mit dem Recht korrespondiert, die Kinder von solchen Einflüssen fern zu halten, die die Eltern für falsch oder schädlich halten.¹¹⁰ Es ist demnach als legitim anzuerkennen, wenn sich Eltern bewusst dazu entscheiden wollen, Kinder in privat-gewerbliche Einrichtungen zu schicken.¹¹¹

Diese Grundentscheidung der Verfassung wirkt nicht nur als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe und fordert Respektierung der von den Eltern getroffenen Entscheidungen, sondern erfasst die gesamte Rechtsordnung; sie hat deshalb auch Auswirkungen auf die Förderungspraxis der Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG können zwar keine direkten Leistungsansprüche des Bürgers gegen den Staat abgeleitet werden. Allerdings ist der Gesetzgeber durch die Art. 6 GG innewohnenden Schutzpflicht zur einfach-rechtlichen Regelung von Förderungsleistungen ausdrücklich verpflichtet.¹¹²

Für die Differenzierung wären demnach vielmehr hinreichend tragfähige sachliche Gründe notwendig. Derartige Gründe liegen nicht vor.

Das OVG Münster begründet die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses privat-gewerblicher Anbieter vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG wie folgt:

"Der damit beibehaltene Ausschluss privat-gewerblicher Einrichtungsträger als Leistungserbringer ist bei Anlegung einer typisierenden und generalisierenden Betrachtungsweise auch in diesem Bereich nach wie vor sachlich gerechtfertigt.

Die Anknüpfung der öffentlichen Förderung an die rechtliche Struktur einer gemeinwohlorientierten Ausrichtung des Einrich-

¹⁰⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21. Januar 2010, 5 CN 1/09, Tz. 34 nach juris.

¹¹⁰ Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 18. Dezember 2006, 12 S 2474/06, Tz. 41 nach juris.

¹¹¹ Vgl. Göppert/Leßmann, Praxis der Kommunalverwaltung, Vorb. zu §§ 18 ff. KiBiz, Ziff. 5.1.

¹¹² Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 18. Dezember 2006, 12 S 2474/06, Tz. 41 nach juris.

tungsbetriebs unter Verzicht auf privatnützige Gewinne trägt der sich aus § 74 SGB VIII ergebenden Förderungspflicht Rechnung.

Sie gewährleistet darüber hinaus zum einen eine möglichst umfassende Konzentration auf die Erfüllung jugendhilferechtlicher Aufgaben, weil die vorhandenen personellen und organisatorischen Ressourcen davon befreit sind, eine über den Erhalt der Einrichtung hinausgehende Erwirtschaftung von privatnützigen Gewinnen zu ermöglichen, aufrechtzuerhalten und - wie es in der Natur der Sache liegt - zu steigern. Diese Begrenzung privatwirtschaftlichen Gewinnstrebens zugunsten der selbstlosen, gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung wirkt in dem zentralen und in hohem Maße sensiblen gesellschaftlichen Bereich der Jugendhilfe der allfälligen Kommerzialisierung von Bedarfslagen und der damit einhergehenden Reduktion menschlicher Schicksale auf Kostenpositionen sowie der von Gewinnmaximierung getragenen Selektion des Leistungsangebots entgegen.

Zum anderen bietet die Gemeinwohlorientierung der Träger aufgrund der Deckelung der Gewinnerwirtschaftung die strukturelle Gewähr dafür, dass der höchstmögliche Anteil der in erheblichem Umfang eingesetzten staatlichen Fördermittel der unmittelbaren Aufgabenerfüllung und nicht – sei es mittelbar oder unmittelbar – der Subventionierung privatnütziger Gewinne zugutekommen. Es ist im Rahmen des § 74a SGB VIII nicht Aufgabe der staatlichen Einrichtungsförderung, die private Gewinnerzielung zu ermöglichen oder zu begünstigen.“¹¹³

Die Argumentation des OVG Münster vermag nicht zu überzeugen. Zunächst kann die einfachgesetzliche Förderungsverpflichtung des § 74 SGB VIII schon aus Gründen der Normenhierarchie keine verfassungsrechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Der weitere Begründungsstrang, wonach der Verzicht auf Förderung der Begrenzung privaten Gewinnstrebens und eine Konzentration staatlicher Mittel auf die Aufgabenerfüllung bedeute, überzeugt ebenfalls nicht. Es handelt sich um eine rein fiskalischer Erwägung, mit dem Ausgaben erspart werden sollen (vgl. hierzu bereits oben unter **lit. (a)**).

Auch im Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgebots handelt es sich nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des BVerfG nicht um einen tauglichen Rechtfertigungsgrund. Das BVerfG begründet dies zutreffend wie folgt:

"Die bloße Absicht, das Leistungsvolumen zum Zwecke der Reduzierung staatlicher Ausgaben zu verringern, genügt für sich genommen nicht, um eine differenzierende Behandlung verschiedener Personengruppen zu rechtfertigen. Ansonsten liefe das allgemeine Gleichbehandlungsgebot im Bereich staatlicher Geldleistungen leer, da sich der Gesetzgeber zur Begründung von Un-

¹¹³ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014, 12 A 2523/13, Tz. 195 f nach juris.

*gleichheiten stets auf die Absicht berufen könnte, staatliche Ausgaben durch Teileinsparungen verringern zu wollen.*¹¹⁴

Es ist gemeinnützigen Einrichtungen im Übrigen in keiner Weise untersagt, Gewinne zu erzielen.¹¹⁵ Es ist lediglich verboten, diese auszuschütten. Insofern bestünde die Möglichkeit, dass etwaige aus Fördermitteln stammende Gewinne aus dem Bereich der Kinderbetreuung in andere Bereiche "verschoben" werden.

Zwar mag eine Bevorzugung oder Privilegierung gemeinnütziger Organisationen in bestimmten Bereichen gerechtfertigt sein.¹¹⁶ Dies kann jedoch nicht für Betätigten gelten, in dem sich die gemeinnützigen Organisationen in unmittelbarem Wettbewerb zu privat-gewerblichen Anbietern befinden und in denen gemeinnützige Einrichtungen einen deutlich erheblichen Vorteil durch die Förderung erzielen, der faktisch dazu führt, dass privat-gewerbliche Tätigkeit nicht konkurrenzfähig ist. Insoweit werden durch den gänzlichen Ausschluss von der Förderung die Grenzen der Zulässigkeit überschritten. Auch kann mit der Förderung von Gemeinnützigkeit nicht erklärt werden, warum etwa kommunale Einrichtungen eine Förderung erhalten, privat-gewerbliche Träger hingegen nicht.

Damit ist der gänzliche Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG unzulässig.

3.2 Unionsrechtswidrigkeit der Benachteiligung von privat-gewerblichen Anbietern

Die Fördersystematik des SGB VIII und des KiBiz werfen nicht nur verfassungsrechtliche Probleme auf, sondern verstoßen auch gegen das Recht der Europäischen Union.

(a) Verletzung der Grundfreiheiten privat-gewerblicher Anbieter

Die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten der privat-gewerblichen Anbieter sind verletzt, wenn (i) ihr Anwendungsbereich eröffnet ist, (ii) eine Beeinträchtigung des jeweiligen Schutzbereichs vorliegt und (iii) die Beeinträchtigung auch nicht gerechtfertigt werden kann.

(i) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten

Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist eröffnet, wenn eine mitgliedstaatliche Maßnahme vorliegt und ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben ist. Erstgenannte Voraussetzung ist mit Blick auf die Förderungssystematik des KiBiz zweifelsfrei erfüllt.

Hinsichtlich des grenzüberschreitenden Sachverhalts ist zu beachten, dass rein innerstaatliche Sachverhalte nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen.¹¹⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs traditionell sehr weit aus-

¹¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, Tz. 54 nach juris.

¹¹⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 27. September 2017, 6 C 34.16, ZUM-RD 2018, 360, 363.

¹¹⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 27. September 2017, 6 C 34.16, ZUM-RD 2018, 360, 363.

¹¹⁷ Vgl. Langner, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2007, S. 117 f.; Wenzl, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, 2007, S. 119; Ehrlicke, Die Vereinbarkeit des kommunalen Örtlichkeitsprinzips mit dem EG-Recht, 2009, S. 29.

zulegen.¹¹⁸ Danach genügt es, wenn hypothetisch EU-Ausländer von einem Vorgang betroffen sein könnten.¹¹⁹

In der vorliegenden Konstellation besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass auch Gesellschaften oder Privatpersonen aus dem EU-Ausland ein Interesse daran haben, im Bereich der Kinderbetreuung in der Bundesrepublik Deutschland aktiv zu werden. Dies kann sich etwa durch Gründung von Tochtergesellschaften oder der Beteiligung an deutschen Kindertagesstätten-Betreibern vollziehen. Insofern liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor.

Schließlich ist auch kein vorrangiges Sekundärrecht ersichtlich, dass den Rückgriff auf die Grundfreiheiten sperren könnte.

(ii) **Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Dienstleistungs-, der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit**

Durch die Regelungen des KiBiz könnte die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV, die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV und die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV beeinträchtigt sein.

Der Dienstleistungsfreiheit unterfallen nach Art. 57 AEUV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den Waren- oder Kapitalverkehr oder über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistungen gelten insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten. Die Dienstleistungsfreiheit schützt die aktive, grenzüberschreitende Erbringung der Leistung, aber auch den Bezug von sogenannten Korrespondenzdienstleistungen.¹²⁰

Die Dienstleistung wird dann entgeltlich erbracht, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die "einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen".¹²¹ Bei privat-gewerblichen Anbietern, denen keine öffentliche Finanzierung zuteilwird, handelt es sich insoweit zweifelsfrei um wirtschaftliche Unternehmen.¹²²

In Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit erfasst die Niederlassungsfreiheit die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedsstaat auf feste Zeit.¹²³ Differenziert wird hierbei zwischen der primären Niederlassungsfreiheit, wenn im Herkunftsland kei-

¹¹⁸ Vgl. Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 49 Rn. 19.

¹¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 8. Mai 2013, C 197/11 – "Libert", Tz. 34 nach BeckRS 2013, 80928.

¹²⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 6. November 2003, Rs. C 243/01 – "Gambelli", Tz. 53 ff.; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, Art. 57 Rn. 52 ff.; Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 57 Rn. 1 ff.; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 27 ff.; Ehrlicke, Die Vereinbarkeit des kommunalen Örtlichkeitsprinzips mit dem EG-Recht, 2009, S. 61; Wenzl, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, 2007, S. 132.

¹²¹ Vgl. Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 11.

¹²² Vgl. EuGH, DStR 2007, 1670.

¹²³ Vgl. Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 49 Rn. 24 ff.; Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 Rn. 1 ff.; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, Art. 49 Rn. 16; 31; Langner, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2007, S. 124; Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 Rn. 11; EuGH, Urt. v. 10. Mai 2012, Rs. C-357/10 bis C-359/10, Rz. 30; Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 49 Rn. 1.

ne sonstige Niederlassung mehr besteht, und der sekundären Niederlassungsfreiheit mittels Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften.¹²⁴

Schließlich kommt noch eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV in Betracht. Diese umfasst die Annahme von Kapital (positive Kapitalverkehrsfreiheit) und die Weggabe bzw. Ausgangsfreiheit des Kapitals (negative Kapitalverkehrsfreiheit).¹²⁵ Die Kapitalverkehrsfreiheit verbietet ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten.¹²⁶ Art. 63 AEUV schützt vor sämtlichen staatlichen Maßnahmen, die Investitionen unattraktiv machen und dabei in- und ausländische Investoren gleichermaßen betreffen.¹²⁷ Es genügt, dass die Maßnahme geeignet ist, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten vom Erwerb von Beteiligungen abzuhalten.¹²⁸

Im vorliegenden Fall könnten, je nach Fallkonstellation, alle drei zuvor genannten Grundfreiheiten durch den Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung sowie die weiteren Benachteiligungen betroffen sein.

Der EuGH fasst den Beschränkungs begriff sehr weit und ordnet ihm nicht nur das Unterbinden und Behindern von Dienstleistungen zu, sondern bereits den Fall, dass aufgrund der betreffenden Regelung die Erbringung der Dienstleistung weniger attraktiv gemacht wird.¹²⁹ Nach der im Ausgangspunkt geltenden "Dassonville-Formel" ist eine Beeinträchtigung

"jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern".¹³⁰

Der EuGH betont zudem,

¹²⁴ Vgl. *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 Rn. 38 ff.; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, Art. 49 Rn. 52; *Roth*, in: Dausies, EU-Wirtschaftsrecht, 40. EL Juni 2016, E. I. Grundregeln, Rn. 58; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 21 ff.; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 54 Rn. 10 ff.

¹²⁵ Vgl. *Wenzl*, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, 2007, S. 133; *Scheffold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage 2017, § 117 Devisenrecht, Rn. 21.; vgl. *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 63 Rn. 4; vgl. *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 63 Rn. 18 ff.

¹²⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 22. Oktober 2013, Rs. C 105/12, C 106/12, C 107/12 – "Essent", Tz. 39.

¹²⁷ Vgl. *Kalss/Klampfl*, in: Dausies, EU-Wirtschaftsrecht, 40. EL 2016, E. III. Gesellschaftsrecht, Rn. 66; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 Rn. 43; *Reck*, Kommunale Unternehmen brauchen fairen Zugang zu Markt und Wettbewerb, DVBl. 2009, 1546, 1553; *Ehricke*, Die Vereinbarkeit des kommunalen Örtlichkeitsprinzips mit dem EG-Recht, 2009, S. 69.

¹²⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 11. November 2010, Rs. C-543/08 – "Energias de Portugal", Tz. 50 nach juris; Urt. v. 19. Mai 2009, Rs. C-531/06, Tz. 46 nach juris; Urt. v. 23. Oktober 2007, Rs. C-112/05, Tz. 19 nach juris; Urt. v. 22. Oktober 2013, Rs. C 105/12, C 106/12, C 107/12 – "Essent", Tz. 41; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 60. EL 2016, AEUV Art. 63 Rn. 158 ff.; *Reck*, Kommunale Unternehmen brauchen fairen Zugang zu Markt und Wettbewerb, DVBl. 2009, 1546, 1553.

¹²⁹ Vgl. *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 57; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV Rn. 85 f.

¹³⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 11. Juli 1974, Rs. C-8/74 – "Dassonville", Ls. nach juris; EuGH, Urt. v. 23. Oktober 1997, Rs. C 189/95 – "Franzen", Tz. 69 nach juris; EuGH Urt. v. 14. Dezember 1995, Rs. C 387/93 – "Banco de Credito Industrial SA", Tz. 33 nach juris; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 Rn. 37.

"dass der AEU-Vertrag jede auch noch so unbedeutende Beschränkung einer der in ihm vorgesehenen Grundfreiheiten verbietet"¹³¹

Derartige Beeinträchtigungen liegen mit Blick auf den Ausschluss privat-gewerblicher Träger von der Finanzierung sowie den weiteren, strukturellen Benachteiligungen vor. Insoweit kann grundsätzlich auf die Ausführungen unter **Ziff. 3.1 (a)** verwiesen werden. Die Nachteile stellen zugleich eine Beeinträchtigung ausländischer Kindertagesstätten-Träger dar und sind geeignet, die Tätigkeit als privat-gewerblicher Träger in Deutschland weniger attraktiv zu machen.

Es ist auch keine Bereichsausnahme im Sinne des Art. 51 i.V.m. Art. 62 AEUV einschlägig. Nach diesen Regelungen sind die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht anwendbar. Unter den Begriff "öffentliche Gewalt" fallen vor allem Tätigkeiten, bei denen Sonderrechte oder Zwangsbefugnisse ausgeübt werden.¹³² Dies trifft auf die Betätigung im Bereich der Kinderbetreuung nicht zu.

(iii) **Fehlende unionsrechtliche Rechtfertigung**

Die Beschränkungen der Grundfreiheiten privat-gewerblicher Kindertagesstätten-Träger können auch nicht unionsrechtlich gerechtfertigt werden. Als Rechtfertigungsgründe kommen vorliegend die öffentliche Sicherheit und Ordnung als geschriebene Rechtfertigungsgründe oder zwingende Gründe des Allgemeinwohls (sog. ungeschriebene Rechtfertigungsgründe) in Betracht.

Die öffentliche Sicherheit nach Art. 52, 62, 65 Abs. 1 lit b) AEUV stellt einen Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung der Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit dar. Hiernach ist es den Mitgliedstaaten gestattet, Maßnahmen zu ergreifen oder aufrecht zu erhalten, die gegen die Grundfreiheiten verstoßen, wenn dies notwendig ist, um die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu schützen. Die Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen.¹³³

Eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung setzt nach dem EuGH voraus,

¹³¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 21. Juni 2016, Rs. C-15/15 – "Aranyosi und Caldaru", Tz. 37 nach juris.

¹³² Vgl. EuGH, Urt. v. 29. Oktober 1998, Rs. C-114/97, Tz. 35 ff. nach juris; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, Niederlassungsfreiheit Rn. 27 f.; *Tiedje*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 Rn. 7; *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 51 Rn. 5; *Langner*, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2007, S. 128 f.

¹³³ Vgl. *Ehricke*, Die Vereinbarkeit des kommunalen Örtlichkeitsprinzips mit dem EG-Recht, 2009, S. 76 f.; *Langner*, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2007, S. 216 f.; vgl. auch *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 52 Rn. 1 f., Art. 65 Rn. 3.

*"dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt."*¹³⁴

Zur Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit bedarf es einer hinreichend qualifizierten Gefährdung des Bestands des Staates nach innen oder außen.¹³⁵

Beide Rechtfertigungsgründe sind mit Blick auf die Regulierung durch das KiBiz erkennbar nicht einschlägig.

Zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten können jedoch auch "zwingende Gründe des Allgemeinwohls" herangezogen werden. Hierunter fallen alle legitimen nationalen Regelungsinteressen, die vom Gemeinschaftsrecht anerkannt werden.¹³⁶ Rein finanzielle Erwägungen können nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings keinen rechtfertigenden Grund des Allgemeinwohls darstellen.¹³⁷ So führt der Gerichtshof beispielsweise in seiner Entscheidung in der Rechtssache "Goldene Aktien/Portugal" aus:

*"Was den Schutz der finanziellen Interessen der Portugiesischen Republik anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass über die in Artikel 73d I EGV [= Art. 58 AEUV] genannten Gründe, die namentlich das Steuerrecht betreffen, hinaus eine auf allgemeine finanzielle Interessen des Mitgliedstaats gestützte Rechtfertigung nicht zulässig ist. Nach ständiger Rechtsprechung können nämlich wirtschaftliche Gründe keine Beeinträchtigungen rechtfertigen, die gemäß dem EG-Vertrag verboten sind [...]."*¹³⁸

In seiner "Essent"-Entscheidung vom 22. Oktober 2013 betont der EuGH:

*"Zudem können nach ständiger Rechtsprechung rein wirtschaftliche Motive keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen [...]."*¹³⁹

Eine unionsrechtliche Rechtfertigung kommt demgegenüber in Betracht, wenn die Steuerung der Leistungserbringung nicht dem freien Markt überlassen werden kann, sondern durch nicht gewinnorientiert arbeitende Einrichtungen erforderlich ist. Dies kann die Privilegierung gemeinnütziger Leistungserbringer rechtfertigen.

Gerade dies ist aber, wie auch das VG Hamburg bereits im Jahr 2006 zutreffend festgestellt hat, vorliegend nicht der Fall. Der "Kindertagesstätten-Markt" zeichnet sich gerade dadurch aus, dass hier privat-gewerbliche Anbieter und sonstige Träger auf einem Markt miteinander konkurrieren:

¹³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 6. Februar 2014, Rs. C-509/12, Tz. 20 nach juris; vgl. auch Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union, 59. EGL 2016, Art. 52 Rn. 26.

¹³⁵ Vgl. Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 AEUV Rn. 13; Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 52 Rn. 3.

¹³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 13. März 2007, Rs. C-524/04 – "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation", Tz. 64 nach juris.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.7.1984, Rs. C-72/83, EU:C:1984:256 Rz. 36; Vgl. Langner, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, S. 227 ff.; Wenzl, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, 2007, S. 144; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 65 AEUV Rn. 31.

¹³⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C 367/98 – EuZW 2002, 437, Tz. 52; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 65 Rn. 32.

¹³⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 22. Oktober 2013, Rs. C 105/12, C 106/12, C 107/12 – "Essent", Tz 51 nach juris.

"Im Bereich der Jugendhilfe werden Dienstleistungen der Daseinsvorsorge nicht als rein karitative Arbeit, sondern als wirtschaftliche Leistungen erbracht, wobei als Anbieter die freigemeinnützigen und die frei-gewerblichen Träger in Wettbewerb stehen. Damit gilt für diesen Bereich die Dienstleistungsfreiheit mit ihrem Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen, Diskriminierungen und Behinderungen gleichermaßen für kommerzielle Anbieter von sozialen Dienstleistungen wie für nicht gewinnorientierte Einrichtungen, sofern sie in Konkurrenz zueinander Leistungen erbringen (Benicke, a.a.O. S. 27). Ziel ist ein einheitlicher Wirtschaftsraum, in dem alle Anbieter von vergleichbaren und in Konkurrenz stehenden Leistungen unter den gleichen Bedingungen handeln können."¹⁴⁰

Weitere zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten privat-gewerblicher Träger rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Eine unionsrechtliche Rechtfertigung kommt damit nicht in Betracht.

(b) **Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht**

Der Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung nach dem KiBiz verstößt ferner gegen die beihilferechtlichen Vorgaben der Art. 107 ff. AEUV.¹⁴¹

Nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV ist die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von notifizierungspflichtigen Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV so rechtzeitig zu unterrichten, dass sie sich dazu äußern kann. Ist die Kommission der Auffassung, dass eine Beihilfe nach Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, leitet sie gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 2 AEUV ein förmliches Prüfverfahren ein. Vor Abschluss dieses Verfahrens dürfen notifizierungspflichtige Beihilfemaßnahmen nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht durchgeführt werden.

Ausgangspunkt der beihilferechtlichen Prüfung ist damit das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Eine verbotene Beihilfe liegt danach vor, wenn (1) die Gewährung eines Vorteils (2) einem wirtschaftlich tätigen (3) und bestimmten Unternehmen (4) vom Staat oder aus staatlichen Mitteln zuteilwird, (5) wodurch eine Wettbewerbsverfälschung eintritt oder droht und (6) der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird.¹⁴²

Die Fördermittel, die den Einrichtungen aufgrund des KiBiz zugesprochen werden, entstammen offenkundig staatlichen Mitteln. Diese Förderung ist zudem selektiv; sie wird nur den in § 20 Abs. 1 KiBiz genannten Einrichtungsträgern zuteil.¹⁴³

¹⁴⁰ Vgl. VG Hamburg, Ur t. v. 17. Januar 2006 – 13 K 1657/04, Rz. 28 nach juris.

¹⁴¹ Grundfreiheiten und Beihilferecht sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar, vgl. Ludwigs, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 62, aus der Rsprg: EuGH, EuGH, EuZW 2000, 723 ff.: "Daher kann eine staatliche Beihilfe, die wegen einer ihrer Modalitäten gegen andere Bestimmungen des Vertrages verstößt, nicht von der Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden."

¹⁴² Vgl. EuGH, Ur t. v. 28. Juni 2018, Rs. C-203/16 P – "Dirk Andres", Tz. 82 nach juris; EuGH, Ur t. v. 10. Juni 2010, Rs. C-140/09 – "Fallimento Traghetti des Meditefranneo", Tz. 31 nach juris.

¹⁴³ Vgl. Brüning, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchlHA 12/2018, 436, 440.

Schwieriger zu beurteilen ist demgegenüber das Vorliegen der nachstehenden Voraussetzungen:

(i) **Freie Träger als wirtschaftliches Unternehmen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV**

Die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts hängt zunächst davon ab, ob es sich bei den freien gemeinnützigen Einrichtungen um ein wirtschaftliches Unternehmen handelt.

Der Begriff des Unternehmens umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.¹⁴⁴ Nach dem EuGH ist eine wirtschaftliche Tätigkeit

*"jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten."*¹⁴⁵

Dass Güter oder Dienstleistungen ohne Gewinnerzielungsabsicht angeboten werden, steht der Einstufung der Einheit, die diese Tätigkeiten auf dem Markt ausübt, als Unternehmen nicht entgegen, wenn ihr Angebot mit dem anderer Wirtschaftsteilnehmer konkurriert, die einen Erwerbszweck verfolgen.¹⁴⁶ Auch auf eine mögliche Anerkennung als gemeinnützig in Deutschland kommt es europarechtlich nicht an.¹⁴⁷

Es ist ausreichend, wenn eine Tätigkeit ausgeübt wird, für die es einen Markt gibt, in welchem mehrere Teilnehmer zueinander im Wettbewerbsverhältnis stehen.¹⁴⁸ Demnach kommt es bei der Beurteilung, ob die Betreuung von Kindern eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit darstellt, entscheidend darauf an, ob zwischen den Dienstleistungsträgern "*Wettbewerbsverhältnisse*"¹⁴⁹ bestehen. Sinn und Zweck des europäischen Beihilferechts sind darauf gerichtet, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes zu schützen.¹⁵⁰

Nach diesen Grundsätzen ist die Tätigkeit freier gemeinnütziger Träger als wirtschaftlich einzustufen. Kinderbetreuung, die vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht wird, ist eine soziale Dienstleistung.¹⁵¹ Vergleichbare Sozialdienstleistungen werden auch von privatgewerblichen Trägern angeboten; diese treten auf dem Markt in Konkurrenz zu den freien gemeinnützigen Trägern.

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 10. Januar 2006, Rs. C-222/04 – "Cassa di Risparmio di Firenze", Tz. 107 nach juris.

¹⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 10. Januar 2006, Rs. C-222/04 – "Cassa di Risparmio di Firenze", Tz. 108 nach juris; EuGH, Urt. v. 16. Februar 2017 – C-74/16, Rz. 45 nach BeckRS 2017, 114378.

¹⁴⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 16. Februar 2017 – C-74/16, Rz. 46 nach BeckRS 2017, 114378.

¹⁴⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26. Oktober 2016 – 10 C 3/15, EuZW 2017, 355, 359; Bühner/Sonder, Die Finanzierung von Sozialdienstleistungen nach den neuen Regelungen des EU-Beihilferechts über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, NZS 2012, 688, 689 f.

¹⁴⁸ Vgl. Klemann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 107 AEUV Rn. 32 m.w.N.

¹⁴⁹ Vgl. Brüning, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchIHA 12/2018, 436, 441; ebenso Becker, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, 169 (174).

¹⁵⁰ Vgl. Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 1

¹⁵¹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. j) der Richtlinie 2006/123/EG ("Dienstleistungsrichtlinie").

Dies ergibt sich bereits aus der im KiBiz festgelegten Trägerpluralität. Gemäß § 6 KiBiz können Träger von Kindertagesstätten sowohl anerkannte Träger der freien Jugendhilfe, Jugendämter, Gemeinden und Gemeindeverbände, als auch andere Träger, z.B. Unternehmen, privat-gewerbliche Träger und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe sein. Der Landesgesetzgeber setzt dem zufolge auf ein breit gestreutes Feld von Dienstleistern im Bereich der Kinderbetreuung.

Zwar bedingt diese Pluralität per se noch keine Konkurrenzsituation. Doch treten Kindertagesstätten-Betreiber gemäß § 3a Abs. 1 KiBiz insoweit in Konkurrenz zueinander, als den Eltern das Recht zusteht, zwischen den Angeboten zu wählen. Bei dieser Wahlentscheidung wird vor allem der Qualität des vom jeweiligen Träger bereitgestellten Angebots eine entscheidende Rolle beigemessen.¹⁵² Wenn also die Träger von Kindertagesstätten nach dem in § 3a Abs. 1 KiBiz eingeräumten Wahlrecht miteinander konkurrieren müssen, führt kein Weg an der Feststellung vorbei, dass die vom Gesetzgeber geschaffene Lage einen Wettbewerb zwischen den Dienstleistern begründet.

Die soziale Natur der Dienstleistung steht der Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegen. Unionsrechtlich existiert keine generelle Ausnahme sozialer Dienstleister von den beihilferechtlichen Anforderungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV.¹⁵³ Der soziale Zweck einer Dienstleistung als solcher reicht vielmehr nicht aus, um sie als nichtwirtschaftliche Tätigkeit einzustufen.¹⁵⁴

Auch die den freien gemeinnützigen Trägern nach § 20 Abs. 1 KiBiz gewährten Förderleistungen schließen die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung nicht aus. Zur wirtschaftlichen Natur staatlich finanzierter Bildungseinrichtungen erläutert die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV:

"Die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und beaufsichtigt wird, kann als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Staat „... durch die Errichtung und Erhaltung eines solchen staatlichen Bildungssystems, das in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfüllte."

¹⁵² Vgl. *Brüning*, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchIHA 12/2018, 436, 441.

¹⁵³ Vgl. *Janda*, in: BeckOGK SGB, Stand: 1. April 2019, § 74 SGB VIII Rn. 14; *Patjens*, in: Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, 2017, S. 204; *Brüning*, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchIHA 12/2018, 436, 440.

¹⁵⁴ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa vom 20. Dezember 2011 (KOM(2011) 900), S. 4.

*Die nichtwirtschaftliche Natur der öffentlichen Bildung wird grundsätzlich nicht dadurch beeinträchtigt, dass Schüler oder ihre Eltern in manchen Fällen Unterrichts- oder Einschreibegebühren entrichten müssen, die zur Deckung der operativen Kosten des Systems beitragen. Solche finanziellen Beiträge decken oft nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten der Dienstleistung ab und können daher nicht als Entgelt für die erbrachte Dienstleistung angesehen werden. Daher ändern sie nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur einer allgemeinen Bildungsdienstleistung, die vorrangig aus staatlichen Mitteln finanziert wird. Diese Grundsätze gelten für öffentliche Bildungsdienstleistungen wie [...] Kindergärten [...]."*¹⁵⁵

Solche öffentlichen Bildungsdienstleistungen müssen von Dienstleistungen unterschieden werden, die weitgehend von Eltern oder Schülern oder aus kommerziellen Einnahmen finanziert werden. [...] In einigen Mitgliedstaaten können öffentliche Stellen auch Bildungsdienstleistungen anbieten, die aufgrund ihrer Natur, Finanzierungsstrukturen und der Existenz konkurrierender privater Organisationen als wirtschaftlich einzustufen sind."

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Bei Anwendung dieser Maßstäbe sprechen die besseren Gründe dafür, dass mit Blick auf die Finanzierungsstrukturen und die Existenz konkurrierender privater Organisationen eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt.¹⁵⁶

Die maßgeblichen Entscheidungen des EuGH zum nationalen Bildungssystem waren auf das – traditionell staatliche – Schulsystem bzw. Hochschulsystem bezogen.¹⁵⁷ Diese hatten erkennbar nicht den Fall vor Augen, dass im Bereich des Bildungssystems eine Vielzahl unterschiedlicher Anbieter kirchlicher, kommunaler und privater Unternehmen auf einem Markt im Wettbewerb um staatliche Fördermittel konkurrieren und allein Unternehmen ausgeschlossen werden, die privat-gewerblich tätig sind. Dass in einem solchen Fall mit wettbewerblich tätigen privaten Organisationen von einer wirtschaftlichen Betätigung ausgegangen werden muss, verdeutlicht Rz. 30 der Bekanntmachung der Kommission:

"In einigen Mitgliedstaaten können öffentliche Stellen auch Bildungsdienstleistungen anbieten, die aufgrund ihrer Natur, Finanzierungsstrukturen und der Existenz konkurrierender privater Organisationen als wirtschaftlich einzustufen sind."

In derartigen Konstellationen ist der Zweck des Beihilferechts, Wettbewerbsverfälschungen durch selektive staatliche Förderungen zu verhüten,

¹⁵⁵ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Tz. 28 f. So auch EuGH, Ur. v. 27. Juni 2017, Rs. C 74/16 – "Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania", Tz. 50 nach juris.

¹⁵⁶ Vgl. *Brüning*, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchlHA 12/2018, 436, 441.

¹⁵⁷ Vgl. etwa EuGH, Ur. v. 27. September 1988 – 263/86 (Humbel und Edel); EuGH, Ur. v. 11. September 2007 – C-76/05.

unmittelbar einschlägig. Dem entspricht es, dass der EuGH in seiner aktuellen Entscheidung vom 20. Juni 2019 zu Zuwendungen an gemeinnützige Jugendherbergswerke ausgeführt hat, dass gerade die Tatsache, dass sich diese im Wettbewerb zu sonstigen Privaten befinden, für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit spreche:

"Die JBO [Jugendherberge Berlin Ostkreuz gGmbH] ist nämlich, auch wenn es sich bei ihr um eine gemeinnützige juristische Person im Sinne des deutschen Rechts handelt und auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht hat, ein Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die darin besteht, zur Verwirklichung ihrer satzungsmäßig bestimmten Ziele Dienstleistungen anzubieten, die mit den Dienstleistungen anderer Wirtschaftsteilnehmer wie der Klägerin im Wettbewerb stehen. [...]"

Da aus öffentlichen Mitteln geförderte Jugendherbergen in Wettbewerb mit anderen, privat finanzierten Hostels und anderen Anbietern von Low-Budget-Unterkünften stehen können und dies im vorliegenden Fall auch so ist (siehe Randnummer 19), [sind die streitigen Maßnahmen] geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen."¹⁵⁸

Die Kommission hatte bislang, soweit sie Tätigkeiten vorwiegend staatlich finanzierter Bildungseinrichtungen, die nur "in manchen Fällen" durch Elternbeiträge mitgetragen werden, als nichtwirtschaftlich einstuft, zudem vor allem nahezu vollfinanzierte Bildungseinrichtungen im Auge.

Die Förderung nach dem KiBiz sieht demgegenüber keine Vollfinanzierung der geförderten Einrichtungen vor. Die Förderung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe entspricht nie der Vollfinanzierung einer Maßnahme; die Träger sind stets zur Erbringung eines Eigenanteils verpflichtet. Dieser wird in der Regel aus Kirchensteuermitteln, weiteren kommunalen Zuschüssen, durch Mitgliedsbeiträge bei Elterninitiativen oder durch Quersubventionierung aus sonstigen Bereichen aufgebracht. Die Erbringung des Eigenanteils ist nach dem Fördersystem des KiBiz die ausnahmslos geltende Regel und unterfällt daher nicht den von der Kommission aufgeführten im Grundsatz vollfinanzierten Einrichtungen. Die Kommission geht zudem selbst ausdrücklich davon aus, dass nicht jede staatlich finanzierte Bildungseinrichtung automatisch eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit erbringt ("*kann als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden*"). Hinzukommt eine Finanzierung durch die Eltern. So legte das Land Nordrhein-Westfalen bei der Finanzierung des KiBiz einen nennenswerten Elternbeitragsanteil in Höhe von 19 % zugrunde.¹⁵⁹

Daher sind die freien Träger von Kindertagesstätten beihilferechtlich als Unternehmen einzustufen.

¹⁵⁸ Vgl. EuG, Ur. v. 20. Juni 2019 – T-578/17, BeckRS 2019, 11745.

¹⁵⁹ Vgl. Göppert/Leßmann, in: Praxis der Kommunalverwaltung, § 23 Ziff. 1.

(ii) **Zuwendung als Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV**

Die Förderung nach § 20 Abs. 1 KiBiz ist ferner als Gewährung eines Vorteils im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV aufzufassen.¹⁶⁰

Eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt eine unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanzierte Gewährung eines Vorteils voraus.¹⁶¹ Ein Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates nicht erhalten könnte.¹⁶² Maßgeblich ist die Einseitigkeit des wirtschaftlich gewährten, synallagmatischen Vorteils; eine marktgerechte Vergütung von Gegenleistungen, z.B. von erbrachten Dienstleistungen, stellt keine Beihilfe dar.¹⁶³

Die staatliche Finanzierungsförderung nach dem KiBiz stellt zunächst eine wirtschaftliche Vergünstigung in Form eines geldwerten Vorteils dar. Die geförderten Träger erbringen mit dem Kindertagesstätten-Betrieb zwar eine Leistung. Eine solche schließt einen Vorteil indes nur dann aus, wenn sich die gewährten Zuwendungen als marktgerecht darstellen. Die Abgrenzung von marktgerechtem staatlichem Verhalten und Zuwendungen mit Beihilfecharakter kann im Grundsatz durch einen sogenannten Private-Investor-Test erfolgen. Anders ist dies jedoch, wenn die Leistungen, wie vorliegend, keinen allgemein anerkannten Börsen- oder Marktpreis aufweisen. Hierbei hat der Nachweis der Marktgerechtigkeit mittels der Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Biet- beziehungsweise Vergabeverfahrens oder der Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens zu erfolgen.¹⁶⁴

Die Trägersauswahl erfolgt in der Praxis regelmäßig ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens und auch ohne sonstigen gutachterlichen Nachweis der Marktgerechtigkeit. Dabei ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Trägersauswahl bereits nach § 97 GWB zwingend, da der Kindertagesstätten-Betrieb einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB darstellt (hierzu ausführlich unter **Ziff. 3.3**).

Solange eine marktgerechte Gegenleistung der Kindertagesstätten-Betreiber für die staatliche Förderung nicht belegt werden kann, ist von einer Vorteilsgewährung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV auszugehen.

(iii) **Wettbewerbsverfälschung und -beeinträchtigung**

Die staatliche Finanzierungsförderung nach dem KiBiz verfälscht ferner den Wettbewerb und stellt damit eine Wettbewerbsbeeinträchtigung im europäischen Binnenmarkt dar.

¹⁶⁰ Vgl. *Patjens*, in: Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, 2017, S. 207.

¹⁶¹ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn. 38 f.

¹⁶² Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn. 66.

¹⁶³ Vgl. EuGH, Ur. v. 22. November 2001, Rs. C-53/00 – "Ferring SA/Agence centrale des organismes de sécurité sociale [ACCOS]", NVwZ 2002, 193, 194; *Patjens*, in: Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, 2017, S. 212.

¹⁶⁴ Vgl. *Cremer*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 14 m.w.N.

Ist eine vom Staat gewährte Maßnahme geeignet, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern, so wird sie als Maßnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.¹⁶⁵ In der Praxis wird daher im Allgemeinen eine Wettbewerbsverfälschung festgestellt, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.¹⁶⁶

Die Unterstützungsleistung nach § 20 Abs. 1 KiBiz stellt nach diesen Grundsätzen eine Wettbewerbsverfälschung zu Lasten der privatgewerblichen Träger dar. Denn diese stehen mit den geförderten freien Trägern im Wettbewerb.¹⁶⁷

Diese Wettbewerbsverfälschung bedingt zugleich eine Wettbewerbsbeeinträchtigung. Staatliche Förderungen stellen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV nur dann eine Beihilfe dar, soweit sie "den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen". Hierbei muss nicht festgestellt werden, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat, sondern lediglich, ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben könnte.¹⁶⁸ Sofern eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im unionsinternen Handel stärkt, muss dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden.¹⁶⁹

Stehen kostenpflichtige Leistungsangebote in Konkurrenz zu geförderten Leistungsangeboten, findet eine Inanspruchnahme der kostenpflichtigen Angebote in wettbewerbsbeeinträchtigender Weise regelmäßig nicht statt.¹⁷⁰ Der Umstand, dass der Marktanteil privat-gewerblicher Einrichtungen in Bundesländern mit einheitlicher Förderungsfinanzierung deutlich höher liegt, bestätigt diesen Befund.¹⁷¹

(iv) Anwendbarkeit der De-Minimis-Regelung

Eine Ausnahme vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgrund der sogenannten De-minimis-Regelungen kommt hinsichtlich der KiBiz-Förderung nur im Einzelfall in Betracht.

Grundsätzlich unterliegt die staatliche Finanzierungsförderung der De-minimis-Verordnung.¹⁷² Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 VO (EU) 1407/2013 sind Beihilfen von bis zu EUR 200.000,00 innerhalb von drei Steuerjahren vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgenommen.

¹⁶⁵ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn. 187.

¹⁶⁶ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn. 187.

¹⁶⁷ Vgl. zum Vorliegen von Wettbewerbsverhältnissen bereits Ziff. 3.2. (b) (i).

¹⁶⁸ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn. 190.

¹⁶⁹ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01, Rn. 190 m.w.N.

¹⁷⁰ Vgl. *Patjens*, in: Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, 2017, S. 208.

¹⁷¹ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter Ziff. 2.1.

¹⁷² Vgl. VO (EU) 1407/2013 vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. EU L 352/1 v. 24. Dezember 2013.

Für Dienstleistungen von allgemein-wirtschaftlichen Interesse ("DAWI") wie der Kinderbetreuung¹⁷³ gilt hiervon abweichend gemäß Art. 2 Abs. 2 der VO (EU) 360/2012¹⁷⁴ eine De-minimis-Schwelle von EUR 500.000,00 in drei Steuerjahren.

Sofern die Beihilfen nach § 20 Abs. 1 KiBiz im Einzelfall diesen Schwellenwert nicht erreichen, liegt keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor. Gleichwohl dürfte dies nicht dem Regelfall entsprechen. Mit Blick auf die hohen Kosten, insbesondere Personalkosten, werden die Förderungen von Kindertagesstätten-Beiträge von insgesamt EUR 500.000,00 in drei Steuerjahren regelmäßig übersteigen.¹⁷⁵

(v) **Anwendbarkeit des DAWI-Beschlusses**

In Anknüpfung an das "Altmark-Trans-Urteil" des EuGH¹⁷⁶ hat die Europäische Kommission Kriterien aufgestellt, wonach für Dienstleistungen von allgemein-wirtschaftlichen Interesse ("DAWI") besondere Bedingungen in Bezug auf die Anwendbarkeit des Beihilferechts gelten.¹⁷⁷ Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c des Kommissionsbeschlusses vom 20. Dezember 2011 gilt auch die Kinderbetreuung als DAWI und ist somit grundsätzlich offen für eine Ausnahme vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV.¹⁷⁸

Gleichwohl ist bereits die Anwendbarkeit des DAWI-Beschlusses in Bezug auf die öffentliche Förderung von Kindertagesstätten fraglich. So heißt es hierzu in der rechtswissenschaftlichen Literatur:

"Die Subventionierung von Einrichtungen und Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe ist von der Ausnahmeklausel des Artikel 106 Absatz 2 AEUV nicht erfasst. Nach Artikel 2 Absatz 1 lit. c des insofern einschlägigen Kommissionsbeschlusses gilt das Beihilfeverbot nicht für Ausgleichsleistungen für die Kinderbetreuung sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen.

Wegen Artikel 106 Absatz 2 AEUV, auf den der 3. Erwägungsgrund des Beschlusses Bezug nimmt, gilt die Ausnahme aber nur, wenn die in Rede stehende Dienstleistung ohne Beihilfe gar nicht angeboten würde. Da aber mit § 77 SGB VIII eine anderweitige Finanzierungsmöglichkeit besteht, ist die Anwendbarkeit des Beihilfeverbots nicht geeignet, die Erfüllung der Aufgaben zu verhindern, da deren Finanzierung auch durch Vereinbarungen zwischen öffentlichen und freien Trägern über die Kostenübernahme sichergestellt werden kann."¹⁷⁹

¹⁷³ Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen zur Deckung des sozialen Bedarfs an Kinderbetreuung stuft die Kommission hierbei gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c) ihres Beschl. v. 20. Dezember 2011 – 2012/21/EU ("DAWI-Beschluss") grundsätzlich als DAWI ein.

¹⁷⁴ Vgl. VO (EU) 360/2012 vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringen, ABl. EU L 114/8 v. 26. April 2012.

¹⁷⁵ Vgl. *Patjens*, in: Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, 2017, S. 211.

¹⁷⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003 – C-280/00 – "Altmark Trans".

¹⁷⁷ Vgl. Beschl. der Kommission v. 20. Dezember 2011 – L 7/3.

¹⁷⁸ Vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 1. Dezember 2014 – 12 A 2523/13, Rn. 202 nach juris.

¹⁷⁹ Vgl. *Janda*, in: BeckOGK SGB VIII, Std. 1. April 2019, § 74 Rn. 16.

Selbst wenn man dies anders beurteilen sollte, wären die Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses näher zu prüfen.

Danach liegt keine staatliche Begünstigung vor, wenn

- das begünstigte Unternehmen mit der Wahrnehmung von Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut worden ist (Betrauungsakt),
- objektive und transparente Berechnungsfaktoren für die staatliche Leistung festgelegt wurden und
- die Ausgleichszahlung nur in der Höhe erfolgt, die erforderlich ist, um die Kosten unter Berücksichtigung der zu erzielenden Einnahmen und des angemessenen Gewinns zu decken.

Die Vorgaben für einen Betrauungsakt an einen Einrichtungsträger ergeben sich aus Art. 4 KOM, der einen umfassenden Katalog von Voraussetzungen enthält und u.a. einen Überwachungsmechanismus vorschreibt. Aufgrund des konkret-individuellen Charakters der Voraussetzungen kann eine bloß gesetzliche Betrauung nicht ausreichen – ebenso wenig eine rein tatsächliche Erbringung der Dienstleistung.¹⁸⁰

Das OVG Münster beurteilt die jeweiligen Zuwendungsbescheide als hinreichend klar definiert und damit als Betrauungsakt im Sinne der Altmarkt-Trans-Kriterien. Es stellt fest:

"Die geforderte tatsächliche Beauftragung durch einen staatlichen Hoheitsakt (Nr. 1) liegt hier in dem abgestuften Zusammenwirken zwischen der Entscheidung im Rahmen der Jugendhilfeplanung nach § 19 Abs. 3 Satz 1 KiBiz und den auf dieser Grundlage gegenüber den Trägern der jeweiligen Einrichtung ergehenden Zuwendungsbescheiden mit Verwaltungsaktcharakter. Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 KiBiz legt die Entscheidung im Rahmen der Jugendhilfeplanung - bezogen auf jede einzelne darin aufgenommene Tageseinrichtung - fest, welche der in der Anlage zu § 19 Abs. 1 KiBiz genannten Gruppenformen mit welcher Betreuungszeit in den Einrichtungen angeboten werden. Aus dieser Entscheidung ergeben sich nach § 19 Abs. 3 Satz 3 KiBiz bis zum 15. März Höhe und Anzahl der Kindpauschalen, die durch Zuwendungsbescheide gegenüber den einzelnen Einrichtungsträgern individuell festgesetzt werden und die Einrichtungsträger - entsprechend der gesetzlich in § 20 Abs. 4 KiBiz bestimmten und über § 20 Abs. 5 KiBiz mit der Möglichkeit der Rückforderung sanktionierten Verpflichtung - dahingehend binden, die gezahlten Mittel ausschließlich zur Erfüllung von Aufgaben nach dem KiBiz und der Einhaltung der vorgegebenen Standards (Personalausstattung und Gruppenstärken) zu verwenden. Der Inhalt der von den geförderten Einrichtungsträgern zu erfüllenden Verpflichtungen und Stan-

¹⁸⁰

Vgl. Patjens, in: Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, 2017, S. 217; Brüning, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchlHA 12/2018, 436, 442.

*dards ist bundes- (§ 22 Abs. 2, 3 SGB VIII) und landesgesetzlich (§§ 2, 3, 7 - 16, Anlage 1 zu § 19 KiBiz) hinreichend klar definiert.*¹⁸¹

Diese Einschätzung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Art. 4 DAWI-Beschluss legt folgende Anforderungen an den Betrauungsakt fest:

"In dem Akt/den Akten muss insbesondere Folgendes festgelegt sein:

a) Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;

b) das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;

c) Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;

d) Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;

e) Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen und

f) einen Verweis auf diesen Beschluss."

An diesen Voraussetzungen wird es in der Praxis regelmäßig fehlen.¹⁸²

Die durch die Zuwendung begünstigten freien Träger sind nach diesem Befund keine durch einen hoheitlichen Akt mit der Wahrnehmung von DAWI betrauten Unternehmen im Sinne der Altmark-Trans-Kriterien.

Daher kann die Bereichsausnahme vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht auf die Förderung der freien Träger nach dem KiBiz angewendet werden.

(vi) **Verstoß gegen das Beihilfeverbot der Art. 107 ff. AEUV**

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die selektive Finanzierungsförderung freier Einrichtungsträger, die privat-gewerbliche Anbieter von der Förderung ausnimmt, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Die auf Grundlage des § 20 Abs. 1 KiBiz gewährten Förderungen unterliegen damit der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV. Da die Beihilfegewährung nach dem KiBiz unter Verstoß gegen diese Notifizierungspflicht erfolgte, ist sie nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV rechtswidrig.¹⁸³

¹⁸¹ Vgl. OVG Münster, Urf. v. 1. Dezember 2014 – 12 A 2523/13, Rn. 210 nach juris.

¹⁸² Vgl. Brüning, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchlHA 12/2018, 436, 442

¹⁸³ Vgl. Kühling/Rüchardt, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 108 AEUV Rn. 16.

3.3 Anwendung des Vergaberechts

Die Auswahl des Trägers einer Kindertagesstätte muss sich schließlich an den Vorgaben des Vergaberechts messen lassen. Bei dem Betrieb einer Kindertagesstätte handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB, der grundsätzlich auszuschreiben ist.¹⁸⁴

(a) Keine Sperrwirkung des Sozialrechts

Dem Vergaberecht ist – spätestens seit der GWB-Novelle im Jahre 2016¹⁸⁵ – eine allgemeine Sperrwirkung des Sozialrechts fremd. Vielmehr stellt das Vergaberecht allgemeine Verfahrensregeln für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand auf und erfasst damit grundsätzlich auch den Fall, dass sich die öffentliche Hand bei der Erbringung von sozialen Leistungen externer Leistungserbringer bedient.

Zwar normiert Art. 1 Abs. 5 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ("RL 2014/24/EU"):

"Diese Richtlinie berührt nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten."

Jedoch ist dies nur klarstellend dahingehend zu verstehen, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer sozialen Leistungssysteme von der Richtlinie unberührt bleibt. Das Unionsrecht zwingt nicht dazu, Kooperationen der öffentlichen Hand mit Leistungserbringern im Sozialrecht ausschließlich über die Erteilung eines öffentlichen Auftrags zu organisieren. Sofern indes die Merkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllt werden, unterliegt dieser grundsätzlich auch den vergaberechtlichen Anforderungen.¹⁸⁶

Nichts anderes folgt daraus, dass in vereinzelt sozialrechtlichen Regelungen – anders als im KiBiz – ausdrücklich auf die Regelungen des GWB-Vergaberechts Bezug genommen wird. So verlangt § 69 Abs. 3 SGB V etwa die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung:

"Auf öffentliche Aufträge nach diesem Buch sind die Vorschriften des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden."

Die Bundesagentur für Arbeit kann nach § 45 Abs. 3 SGB III externe Dienstleister für Maßnahmen der beruflichen Eingliederung unter Berücksichtigung des Vergaberechts beauftragen:

"Die Agentur für Arbeit kann unter Anwendung des Vergaberechts Träger mit der Durchführung von Maßnahmen nach Absatz 1 beauftragen."

Diese expliziten Verweise haben allein klarstellenden Charakter und dürfen nicht zu dem falschen Umkehrschluss führen, dass in anderen Fällen die Anwendbarkeit des Vergaberechts im sozialen Bereich ausscheidet. Der sachliche Anwendungsbe-

¹⁸⁴ Eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht gilt insoweit für kommunale Kindertagesstätten beziehungsweise Kindertagesstätten, die von 100-prozentigen kommunalen Tochterunternehmen betrieben werden.

¹⁸⁵ Vgl. Vergaberechtsmodernisierungsgesetz v. 17. Februar 2016, BGBl I 2016, 203.

¹⁸⁶ So auch *Mußnug*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 130 GWB Rn. 4.

reich ist nämlich durch die EU-Vergaberichtlinien vorgeprägt und kann von den Mitgliedstaaten nicht eingeschränkt, sondern allenfalls (überobligatorisch) erweitert werden.

Da die §§ 97 ff. GWB sowie die entsprechenden Rechtsverordnungen im Wesentlichen einer 1:1-Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien dienen, muss eine sozialrechtlich begründete Ausnahme sich immer an diesem unionsrechtlichen Rahmen messen lassen.

Die Richtlinie 2014/24/EU sieht mit Blick auf soziale Leistungen zwei Abweichungsvarianten von der herkömmlichen europaweiten Ausschreibungspflicht vor.

Zum einen gibt es in Art. 10 RL 2014/24/EU einen Katalog von Leistungen, die vollständig aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen werden. Zum anderen sieht Art. 76 RL 2014/24/EU für bestimmte soziale Leistungen vereinfachte Anforderungen vor. Für diese gilt ein sog. "Vergaberecht light".

Damit erkennt der Richtliniengeber zwar einerseits an, dass bestimmte Gemeinwohlziele eine Rückausnahme vom vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip rechtfertigen können und trägt insbesondere den kulturellen und historischen Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten Rechnung. Andererseits hat er die Anwendungsfälle gleichsam konkret und vor allem abschließend beschrieben.¹⁸⁷ Dies hat auch der Bundesgesetzgeber in der Gesetzesbegründung der GWB-Novelle ausdrücklich hervorgehoben:

"Insofern gilt das erleichterte Regime ausschließlich für die in den genannten Anhängen aufgeführten Dienste, sofern diese Dienste die nachfolgend aufgeführten Leistungen nicht umfassen, für welche mangels Nennung in den Anhängen dann das strenge, vollumfängliche Vergaberecht (und nicht § 130) gilt."¹⁸⁸

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Die konkrete Ausgestaltung dieser Ausnahmetatbestände ist Ausfluss eines langwierigen Normsetzungsverfahrens und wurde wiederholt angepasst und erweitert.¹⁸⁹ Vollständig dem Vergaberecht entzogen sind insbesondere Leistungen des Katastrophen- und Zivilschutzes einschließlich der (qualifizierten) Krankentransportdienste, die von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden (vgl. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Daneben gelten etwa für Verpflegungsdienste ("Essen auf Rädern") oder die Überlassung von Pflegepersonal die gelockerten vergaberechtlichen Vorgaben (vgl. § 130 Abs. 1 GWB i.V.m. Anhang XIV zu RL 2014/24/EU).

In keinem der beiden Kataloge findet sich allerdings der Betrieb von Kindertagesstätten. Dies dürfte darin begründet liegen, dass vergaberechtliche Vorgaben mit Grundprinzipien des Jugendhilferechts keinesfalls unvereinbar sind. Im Gegenteil sind die vorhandenen vergaberechtlichen Instrumente gerade geeignet, die Strukturprinzipien der Angebotspluralität und Trägervielfalt zu fördern. Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB ist im Rahmen der Auftragsvergabe grundsätzlich das Gebot

¹⁸⁷ Vgl. *Ruthig*, Vergaberechtsfreier Bevölkerungsschutz – Die Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB und ihre Konsequenzen für den Rettungsdienst, NZBau 2016, 3.

¹⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 115.

¹⁸⁹ Vgl. hierzu *Mußnug*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 130 GWB Rn. 5 m.w.N.

der losweisen Vergabe zu beachten. Das heißt, der Gesamtbedarf an Betreuungsplätzen einer Kommune ist nicht einheitlich auf das Angebot eines Unternehmens zu vergeben. Vielmehr ist die Vergabe in Teillose aufzuteilen. Kommunen haben insbesondere die Möglichkeit einer Loslimitierung gemäß § 30 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge ("VgV"). Hierdurch können sie im Rahmen der Auftragsvergabe die örtliche Kindertagesstätten-Betreuung auf möglichst viele Anbieter gewährleisten, soweit genügend geeignete Träger in Betracht kommen, und damit die Einhaltung der Grundsätze der Pluralität der Angebote und der Trägervielfalt gemäß § 3 Abs. 1 SGB VIII sicherstellen.

Sofern also die Anwendungsvoraussetzungen der §§ 97 ff. GWB erfüllt sind (hierzu sogleich **unter (b)**), unterfällt die Auswahl des Betreibers durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe dem Vergaberechtsregime.

(b) Anwendungsvoraussetzungen der §§ 97 ff. GWB

Die Anwendung des GWB-Vergaberechts setzt voraus, dass ein Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB einen Auftrag i.S.d. § 103 GWB oder eine Konzession i.S.d. § 105 GWB vergibt.

Öffentliche Aufträge i.S.d. § 103 GWB sind entgeltliche Verträge zwischen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Konzessionen i.S.d. § 105 GWB sind in Abgrenzung entgeltliche Verträge über die Erbringung einer Leistung, bei dem das Betriebsrisiko beim Konzessionsnehmer liegt.

(i) Persönlicher Anwendungsbereich

Bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe, die Fördermittel nach § 19 Abs. 3 KiBiz vergeben, handelt es sich um Gebietskörperschaften i.S.d. § 99 Nr 1 GWB und damit um öffentliche Auftraggeber. Träger, die diese Förderleistungen empfangen, sind Unternehmen i.S.d. § 103 Abs. 1 bzw. § 105 Abs. 1 GWB. Hierbei ist es unerheblich, ob es sich um gemeinnützige Organisationen handelt oder um solche, die mit Gewinnerzielungsabsicht am Markt auftreten. Auch die Rechtsform des jeweiligen Trägers ist für den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht von Belang. Das OLG Düsseldorf führt in seinem Beschluss vom 5. Mai 2004 hierzu aus:

"Auszugehen ist von einem weiten, namentlich funktional zu verstehenden Unternehmerbegriff. Er bezeichnet einen Rechtsträger gleich welcher Rechtsform, der sich wirtschaftlich betätigt."¹⁹⁰

Eine wirtschaftliche Betätigung ist das Anbieten einer Leistung am Markt. Kindertagesstätten-Träger bieten ihre Leistung sowohl unmittelbar gegenüber Eltern an, die ihre Kinder in der jeweiligen Einrichtung anmelden, als auch gegenüber den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen öffentlicher Förderung. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist für das Vorliegen eines Unternehmens i.S.d. § 103 Abs. 1 bzw. § 105 Abs. 1 GWB nicht erforderlich.

¹⁹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5. Mai 2004, VII-Verg 78-03, Tz. 24 nach juris.

Damit sind auch die frei-gemeinnützigen Kindertagesstätten-Träger nach § 6 Abs. 1 KiBiz Unternehmen im Sinne des Vergaberechts.

(ii) **Beschaffungszweck**

Aufträgen und Konzessionen gemein ist, dass sich der Auftraggeber mit ihnen Waren oder Leistungen beschafft. Es muss mithin zunächst um eine Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand gehen. Anders gewendet: Der Auftraggeber muss mit der Beschaffung eine ihm obliegende Aufgabe erfüllen.

Die Kreise und kreisfreien Städte sind als Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, den Rechtsanspruch auf einen Kindertagesstätten-Platz aus § 24 Abs. 2 SGB VIII zu erfüllen. Hierzu stellte der BGH fest:

"[Aus dem Rechtsanspruch] erwächst für den örtlich (§ 86 SGB VIII) und sachlich (§ 85 I SGB VIII) zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§§ 3 II 2, 69 I SGB VIII iVm dem jeweiligen Landesrecht) die (Amts-)Pflicht, im Rahmen seiner die Planungsverantwortung umfassenden Gesamtverantwortung (§§ 79 I und II Nr. 1, 80 SGB VIII) sicherzustellen, dass für jedes anspruchsberechtigte Kind, für das ein entsprechender Bedarf rechtzeitig angemeldet worden ist (§ 24 V 2 SGB VIII), ein Betreuungsplatz zur Verfügung steht; insoweit trifft ihn eine unbedingte Gewährleistungspflicht."¹⁹¹

Den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe obliegt mithin die Aufgabe, für ein hinreichendes Kindertagesstätten-Angebot zu sorgen.

Die Entscheidung darüber, ob sie diese Aufgabe in Eigenregie erfüllen oder eine Beschaffung am Markt erfolgt, ist durch das Vergaberecht nicht determiniert. Art. 1 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU regelt ausdrücklich:

"[D]iese Richtlinie [berührt] nicht die Entscheidung öffentlicher Stellen darüber, ob, wie und in welchem Umfang sie öffentliche Aufgaben [...] selbst wahrnehmen wollen."

Sofern sich die Träger der öffentlichen Jugendhilfe indes dazu entschließen, diese Aufgabe nicht mit eigenen sachlichen und personellen Mitteln, also durch eine Kindertagesstätte in kommunaler Trägerschaft, zu erfüllen, sondern stattdessen den Betrieb einer Kindertagesstätte einem Dritten überlassen, liegt ein Beschaffungsvorgang vor.

(iii) **Selektivität**

Ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag setzt die Vornahme einer Auswahlentscheidung, also eine Selektivität voraus. An einer Wettbewerbsbeschränkung fehlt es, wenn im Rahmen eines sogenannten Open-House-Modells jedes Unternehmen, das bestimmte Zulassungsvorausset-

¹⁹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 20. Oktober 2016, III ZR 278/15, NJW 2017, 397, Tz. 17; ebenso VGH München, Beschl. v. 17. November 2015 – 12 ZB 15.1191, BeckRS 2016, 41519 Tz. 24; *Rixen*, Kein Kindertagesstätten-Platz trotz Rechtsanspruch – Zum Aufwendungsersatz bei selbstorganisierter Kinderbetreuung, NJW 2012, 2839; *Mayer*, Kindertagesstätten-Plätze hat man zu haben!, VerwArch 2013, 344, 346 f., 349 f., 358.

zungen erfüllt und einen entsprechenden Antrag stellt, zur Leistungserbringung berechtigt ist.¹⁹²

Der hierzu ergangenen Rechtsprechung schließt sich auch die Gesetzesbegründung zur GWB-Novelle 2016 an:

*"Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollten nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen)."*¹⁹³

Ein solches vergaberechtsfreies System setzt indes voraus, dass die Beitrittsmöglichkeit bekannt gemacht wurde und es eine tatsächliche und rechtlich durchsetzbare Beitrittsmöglichkeit im Rahmen eines transparenten Zulassungs- oder Beitrittsverfahrens gibt.¹⁹⁴ Hierzu hat die Vergabekammer des Bundes klargestellt:

*"Die Ausnahme wurde [...] nicht anerkannt, damit ein öffentlicher Auftraggeber die Möglichkeit erhält, [...] Sachverhalte auf eine Art und Weise zu regeln, die an vergaberechtlichen Maßstäben gemessen nicht zulässig wäre."*¹⁹⁵

Eine solche Beitrittsmöglichkeit nach transparenten und nichtdiskriminierenden Gesichtspunkten sieht die Förderung nach dem KiBiz nicht vor. Fördervoraussetzung ist nach § 18 Abs. 3 Nr. 1 KiBiz eine Aufnahme der Einrichtung des jeweiligen Trägers in die kommunale Jugendhilfeplanung. Im Rahmen dieser Planung, die nach politischen Gesichtspunkten im Jugendhilfeausschuss erfolgt, besteht kein Anspruch darauf, bei Vorliegen bestimmter Eignungsvoraussetzungen in den Jugendhilfeplan aufgenommen zu werden. Es findet vielmehr eine Selektion zwischen den zur Verfügung stehenden Trägern statt.

Mithin treffen die kommunalen Jugendhilfeausschüsse eine Auswahlentscheidung für einen konkreten Betreiber, die – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – den vergaberechtlichen Anforderungen genügen muss.

Zudem scheidet die Anwendung der sogenannten Open-House-Ausnahme auf die Förderung nach KiBiz auch aus einem anderen Grund aus: Ein Open-House-Vertrag, durch den der Wettbewerb nicht beschränkt wird, liegt nur dann vor, wenn die Bedingungen

*"im Vorhinein in der Weise festgelegt [werden], dass kein Wirtschaftsteilnehmer auf den Inhalt des Vertrags Einfluss nehmen kann."*¹⁹⁶

¹⁹² Vgl. EuGH, Ur. v. 2. Juni 2016, Rs. C-410/14 – "Dr. Falk Pharma/DAK", Tz. 47 nach juris; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19. Dezember 2018, VII-Verg 40/18, Tz. 61 ff. nach juris.

¹⁹³ Vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 73.

¹⁹⁴ Vgl. *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 79 Rn. 36.

¹⁹⁵ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 06. Februar 2017 – VK 2-6/17.

¹⁹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. August 2014, VII-Verg 13/14, Tz. 49 nach juris.

Im Falle der Förderung nach dem KiBiz sind jedoch betroffene Wirtschaftsteilnehmer unmittelbar in Aufstellung des Jugendhilfeplans und damit in die Gestaltung der Rahmenbedingungen der Förderung eingebunden. Denn gemäß § 71 Abs. 1 SGB VIII ist der jeweilige Jugendhilfeausschuss zu zwei Fünfteln aus Vertretern der im Bereich des öffentlichen Trägers wirkenden und anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe besetzt. Hierbei sind nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII ausschließlich gemeinnützige Träger zugelassen. Somit erfolgt eine Wettbewerbsbeschränkung und Ungleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern bereits bei der Vorbereitung der Förderentscheidung.

(iv) **Vertrag**

§ 103 GWB fordert das Vorliegen eines Vertrages. Der vergaberechtliche Vertragsbegriff ist mit Blick auf dessen unionsrechtliche Determinierung funktional zu verstehen und weit auszulegen.¹⁹⁷ Er geht wegen seiner Verankerung im Unionsrecht über den zivilrechtlichen Vertragsbegriff i.S.d. §§ 145 ff. BGB hinaus.¹⁹⁸

Erforderlich ist insoweit das Einvernehmen (mindestens) zweier Rechtspersonen über die Erbringung von Leistungen, die sich gleichgeordnet gegenüber stehen. Eine Rolle spielt weder die gewählte Form noch die Einstufung als öffentlich- oder privatrechtlicher Vertrag.¹⁹⁹ Nicht erfasst ist mangels Gleichordnung der Vertragsparteien allein die einseitige Verpflichtung gegen den Willen der betroffenen Partei mittels hoheitlicher Handlungsformen.²⁰⁰

Bei rein formaler Betrachtung findet zwischen den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe und den Kindertagesstätten-Trägern nach der gesetzlichen Konzeption kein Vertragsschluss statt. Vielmehr stellt die Kommune im Rahmen ihrer Jugendhilfeplanung den konkreten Bedarf an Kindertagesstätten-Plätzen in ihrer Gemeinde fest und bestimmt, durch welche Kindertagesstätten dieser Bedarf abgedeckt werden soll. Die im Jugendhilfeplan festgelegten Einrichtungen erfüllen sodann formal die Fördervoraussetzung nach § 18 Abs. 2 Satz 2 KiBiz und erhalten – im Falle der Leistungserbringung – eine entsprechende finanzielle Unterstützung.

Funktional betrachtet ergibt sich daraus in der unionsrechtlich gebotenen Gesamtschau indes ein Austauschverhältnis auf Gleichordnungsebene. Das OLG Naumburg hat in einer vergleichbaren Konstellation daher zu Recht einen konkludenten Vertragsschluss angenommen. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Landkreis bestimmten Trägern Genehmigungen für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen erteilte. Die Vergütung für die Leistungserbringung erfolgte aufgrund gesetzlicher Bestimmungen im Rettungsdienstgesetz Sachsen-Anhalt. Das OLG Naumburg stellt mit Blick auf das Vorliegen eines Vertrages in seinem Beschluss vom 22. Dezember 2011 fest:

¹⁹⁷ Vgl. *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 103 GWB Rn. 72.

¹⁹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4. März 2009, VII-Verg 67/08, Tz. 33 nach juris; ebenso *Dietlein/Fandrey*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9.

¹⁹⁹ Vgl. *Dietlein/Fandrey*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9.

²⁰⁰ Vgl. *Dietlein/Fandrey*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 14.

*"Mit (...) der **Genehmigung** ist jedoch nach objektivem Empfängerhorizont des Genehmigungsadressaten **konkludent das Angebot des Aufgabenträgers** verbunden, einen Auftrag zu den Konditionen des gesetzlich geregelten Beteiligtenmodells und im Rahmen der erteilten Genehmigung zu erteilen. Dieses Angebot nimmt der Leistungserbringer regelmäßig durch konkludente Zustimmung an, die sich in jeder Form der Bereitschaft zur Fortführung der Leistungserbringung unter den Bedingungen des gesetzlichen Rahmens zeigen kann. Im vorliegenden Falle war mit den Mitteilungen des Antragsgegners an die Beigeladenen zu 1) bis zu 5) vom 30.12.2010 jeweils ein Vertragsangebot verbunden, welches die Beigeladenen zu 1) bis zu 5) (...) spätestens **durch die Aufnahme der Leistungserbringung** am 01.01.2011 bzw. am 01.07.2011 **angenommen** haben."²⁰¹*

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Diese Feststellungen des OLG Naumburg lassen sich auch auf den Kindertagesstätten-Betrieb übertragen: Die Aufnahme einer Einrichtung in den Jugendhilfeplan stellt dabei zugleich ein Angebot der Gemeinde an den Leistungserbringer dar, den Kindertagesstätten-Betrieb zu den gesetzlich geregelten Konditionen zu übernehmen. Dieses nimmt der Leistungserbringer durch die Aufnahme des Betriebs konkludent an.

Nicht erforderlich ist im Übrigen, dass der Vertragsschluss schriftlich erfolgt.²⁰² Das in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RL 2014/24/EU enthaltene Schriftformerfordernis hat der nationale Gesetzgeber nicht in § 103 GWB übernommen, um die Möglichkeit von Umgehungen des Vergaberechts zu vermeiden. Zutreffend führte das Bayerische Oberste Landesgericht bereits zur Vorgängervorschrift aus:

*"Diese Unterscheidung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht hat ihre Basis darin, daß nach deutschem Recht ein **wirksamer Vertrag**, auch im Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts, grundsätzlich **auch durch mündliche Vereinbarungen** zustande kommen kann. Der Schutz der Bieter würde weitgehend unterlaufen, wenn mündlich erteilte Aufträge von vornherein vom Vergaberegime befreit wären. Eine Schriftlichkeit ist daher nicht Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag."²⁰³*

Hinweis: Soweit in der Praxis Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit Kindertagesstätten-Trägern schriftliche Vereinbarungen zum Kindertagesstätten-Betrieb treffen (sog. Betreiberverträge), ist das Kriterium des Vertragsschlusses ohnehin zweifelsfrei erfüllt.

(v) **Entgeltlichkeit**

Die Wahrnehmung der Kinderbetreuung durch die nach dem KiBiz geförderten Kindertagesstätten-Träger stellt auch eine entgeltliche Leistung dar.

²⁰¹ Vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 22. Dezember 2011, 2 Verg 10/11, Tz. 37 nach juris.

²⁰² Vgl. *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 103 GWB Rn. 82.

²⁰³ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 10. Oktober 2000, Verg 5/00, Tz. 36 nach juris.

Öffentliche Aufträge sind nach dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge. Der Begriff der Entgeltlichkeit ist weit zu verstehen. Ausreichend ist jede geldwerte Leistung zu Gunsten des Auftragnehmers.²⁰⁴ Insbesondere der EuGH betont in seiner Rechtsprechung, dass der Begriff ausgehend vom primärrechtlichen Effektivitätsgrundsatz stets so auszulegen ist,

"dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie nicht beeinträchtigt wird."²⁰⁵

Unerheblich ist hierbei, ob die Mittelempfänger ihre Tätigkeit auf Gewinnerzielung ausrichten oder auch ob die bezogenen Mittel kostendeckend sind.²⁰⁶ Auch die bloße – auch nur teilweise – Erstattung von Kosten ist als entgeltlich zu betrachten.²⁰⁷ Das OLG Düsseldorf stellte zum Maßstab bei der Bestimmung der Entgeltlichkeit klar:

"Der Entgeltbegriff ist weit auszulegen."²⁰⁸

Erforderlich ist bei der Bestimmung der Entgeltlichkeit letztlich keine formale, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise aus der Perspektive potentieller Bieter.²⁰⁹ Denn Ziel des Vergaberechts ist es, Aufträge von Interesse für potentielle Bieter im Rahmen von wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und unionsweiten Vergabeverfahren zu vergeben.

Ohne eine wirtschaftliche Betrachtung aller Gegenleistungen könnten – mit den Worten des OLG Düsseldorf –

"durch eine geschickte Gestaltung bestimmte Verträge sachwidrig aus der Geltung des Vergaberegimes ausgeschlossen und dessen Geltung leicht umgangen werden."²¹⁰

Würde das Vergaberecht diese Gestaltungsmöglichkeit öffentlichen Auftraggebern und nationalen Gesetzgebern zugestehen, könnte das unionsrechtliche Vergaberecht letztlich beliebig umgangen werden.

Eine solche Umgehungsmöglichkeit würde indes eröffnet, wenn abweichend von der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung im Wege einer formalen Sichtweise darauf abgestellt würde, ob eine einklagbare Leistungspflicht des Auftragnehmers vorliegt. Dies verkennt das OLG Düsseldorf, das das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags in einem Fall verneinte, in dem eine Kommune Wohlfahrtsverbänden Fördermittel für die Flüchtlingsbetreuung in kommunalen Unterbringungseinrichtungen gewährte.²¹¹

²⁰⁴ Vgl. EuGH, Ur. v. 12. Juli 2001, Rs. C-399/98 – "Ordine degli Architetti", Tz. 76 ff. nach juris; Stein, in: BeckOK VergabeR, 10. Ed. 2018, § 103 GWB Rn. 33.

²⁰⁵ Vgl. EuGH, Ur. v. 12. Juli 2001, Rs. C-399/98 – "Ordine degli Architetti", Tz. 55 nach juris.

²⁰⁶ Vgl. Stein, in: BeckOK VergabeR, 10. Ed. 2018, § 103 GWB Rn. 33.

²⁰⁷ Vgl. EuGH, Ur. v. 18. Januar 2007, Rs. C-220/05 – "Auroux", Tz. 45 nach juris; Stein, in: BeckOK VergabeR, 10. Ed. 2018, § 103 GWB Rn. 33.

²⁰⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5. Mai 2004, VII-Verg 78-03, NZBau 2004, 398, 399; ebenso Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 103 GWB Rn. 12.

²⁰⁹ Vgl. Stein, in: BeckOK VergabeR, 10. Ed. 2018, § 103 GWB Rn. 35.

²¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. Juni 2007, VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 530, 533.

²¹¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Juli 2018, VII-Verg 1/18.

In seiner Entscheidung stützte sich das OLG Düsseldorf zum einen darauf, dass der EuGH in seiner Entscheidung "Helmut Müller" entschieden hatte, dass ein Auftrag eine einklagbare Leistungspflicht voraussetze.²¹² Zum anderen nimmt die Entscheidung Bezug auf Erwägungsgrund 4 der RL 2014/24/EU, wonach die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe in der Regel nicht für die bloße Finanzierung, insbesondere durch Finanzhilfen, von Tätigkeiten gelten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei Vorliegen eines Zuwendungsbescheids automatisch ein öffentlicher Auftrag ausgeschlossen werden kann. Eine derart formalistische Betrachtungsweise würde Umgehungen des Vergaberechts ermöglichen und widerspräche dem funktionalen Vertragsverständnis des EuGH.²¹³ Einer Herangehensweise, in der öffentliche Auftraggeber im Bereich der Beschaffung einer Pflichtaufgabe durch den bloßen Verzicht auf eine formale Einklagbarkeit das Vergaberecht nicht anwenden müssten, steht der Effektivitätsgrundsatz entgegen. Dieser untersagt es gerade, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts durch wie auch immer geartete Hindernisse wesentlich zu erschweren.²¹⁴

Das OLG Düsseldorf verkennt in seiner Entscheidung, dass die Pflicht zur Rückzahlung der gewährten Fördermittel im Falle einer Nichtleistung bei wirtschaftlicher Betrachtung im Wesentlichen gleichbedeutend mit einem einklagbaren Leistungsanspruch ist. Dennoch stellte das OLG Düsseldorf in dieser Entscheidung formal auf das Nichtbestehen einer einklagbaren Leistung ab.

Darüber hinaus handelt es sich bei der Betreuung von Flüchtlingen – ebenso wie bei der Erfüllung des Rechtsanspruchs auf einen Kindertagesstätten-Platz nach § 24 Abs. 2 SGB VIII – um eine kommunale Pflichtaufgabe.

Wenn jedoch der Staat mittels finanzieller Förderung eines Dritten eine eigene Pflichtaufgabe erfüllen möchte, verfolgt er ein eigenes Beschaffungsinteresse. Er erteilt nicht bloß dem Dritten eine Zuwendung zu dessen – staatsferner – Aufgabenwahrnehmung, an der kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Zuwendungsgebers besteht. Dass dem jeweiligen Leistungserbringer formal eine Betriebspflicht zugewiesen wird ist in diesem Fall nicht erforderlich.²¹⁵

Dies entspricht auch der übrigen obergerichtlichen Rechtsprechung der Vergabesenate: So hat etwa das OLG Karlsruhe entschieden, dass die Erteilung einer "Beihilfe" als Anschubfinanzierung für den Breitbandausbau an private Unternehmen dem Vergaberecht unterfällt, da hierdurch eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge wahrgenommen wird.

²¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 25. März 2010, Rs. C-451/08 – "Helmut Müller", Tz. 62 nach juris.

²¹³ So auch *Lipinsky/Plauth*, Das Verhältnis von Vergabe- und Zuwendungsrecht – Ein Abgrenzungsversuch, VergabeR 2019, 1, 6.

²¹⁴ Vgl. *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, 5. Aufl. 2016, EUV Art. 19 Rn. 16.

²¹⁵ So auch *Lipinsky/Plauth*, Das Verhältnis von Vergabe- und Zuwendungsrecht – Ein Abgrenzungsversuch, VergabeR 2019, 1, 7.

*"Ein öffentlicher Auftraggeber beschafft sich dann eine Leistung, wenn ihm die Gegenleistung entweder unmittelbar zugutekommt oder mittelbar, wenn sie ihn bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben unterstützt. Er beschafft sich eine Leistung, auch dann, wenn er die ihm obliegende Daseinsvorsorge für die Bevölkerung sicherstellt, unabhängig davon, ob der Auftragnehmer eine Beihilfe in Form einer Anschubfinanzierung erhält."*²¹⁶

Vor diesem Hintergrund hat das OLG Hamburg entschieden, dass selbst dann ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, wenn eine bloße Erlaubnis zum Betrieb einer Spielbank erteilt wird. Dies folge daraus, dass das Land gemäß § 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 GlüStV zur Sicherstellung eines geregelten Spielbankangebots verpflichtet sei.²¹⁷

Das OLG Hamburg lässt insoweit eine faktische Betriebspflicht ausreichen. Wörtlich führt es aus:

*"Von der expliziten Anordnung einer Betriebspflicht hat der Landesgesetzgeber ersichtlich nur deshalb Abstand genommen, weil der Betrieb der einzigen zulässigen Spielbank in Hamburg so lukrativ ist, dass eine freiwillige Einstellung des Betriebs nach Erlangung der Konzession ohnehin nicht zu erwarten ist. Die Statuierung der Sicherstellung des Betriebs einer einmal konzessionierten Spielbank als staatliche Aufgabe ergibt sich jetzt jedenfalls explizit aus § 1 Nr. 2 GlüStV, der gemäß § 2 Abs. 2 GlüStV auch für Spielbanken gilt. [...] Unterhält sie diese nicht als staatseigenen Betrieb, sondern lässt sie die Spielbank von einem privaten Unternehmer betreiben, so muss sie daher jedenfalls sicherstellen, dass dieser den Betrieb auch tatsächlich aufrecht erhält."*²¹⁸

Nichts anderes kann im Bereich der Kindertagesstätten-Förderung gelten: Wenn Kommunen eine Leistung beschaffen, um die Pflichtaufgabe der Bedarfsdeckung an Kindertagesstätten-Plätzen zu erfüllen, können sie und der Landesgesetzgeber nicht aus der unionsrechtlichen Vergaberechtsgebundenheit "in das Zuwendungsrecht fliehen".

(vi) **Abgrenzung zur Dienstleistungskonzession**

Mitunter wird – gerade auch in älteren Debattenbeiträgen – der Kindertagesstätten-Betrieb auch als Dienstleistungskonzession i.S.d. § 105 GWB eingeordnet. Eine solche Konzession unterscheidet sich von einem öffentlichen Auftrag dadurch, dass das Betriebsrisiko – zumindest zu einem wesentlichen Teil – beim Auftragnehmer liegt.

Die Unterscheidung zwischen Auftrag und Konzession hat seit der Vergaberechtsnovelle im Jahre 2016 zwar an Relevanz verloren, da gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB seitdem auch Konzessionen dem GWB-Vergaberecht unterfallen. Da die zugrundeliegenden Schwellenwerte gemäß § 106 GWB zwischen Dienstleistungsauftrag und -konzession indes variieren, kommt der Abgrenzung auch weiterhin eine gewisse Bedeutung zu.

²¹⁶ Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14. November 2014, 15 Verg 10/14, Tz. 23 nach juris; ebenso OLG München, Beschl. v. 25. März 2011, Verg 4/11, Tz. 40 nach juris.

²¹⁷ Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 01. November 2017, 1 Verg 2/17, Tz. 39 nach juris.

²¹⁸ Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 01. November 2017, 1 Verg 2/17, Tz. 39 nach juris.

Entscheidend ist demnach, wer das wirtschaftliche Risiko des Kindertagesstätten-Betriebes (überwiegend) trägt. Ist der Träger trotz der vertraglichen Bindung mit der Gemeinde den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt, ist von einer Dienstleistungskonzession i.S.d. § 105 GWB auszugehen. Nicht erfasst werden allerdings solche Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Leistungserbringers ergeben. Diese sind für die Einordnung des Vertrages als Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession nicht maßgeblich, weil solche Risiken jedem Vertrag immanent sind, auch einem Dienstleistungsauftrag.²¹⁹

Den Unwägbarkeiten des Marktes ist regelmäßig nur derjenige ausgesetzt, der sich einer unmittelbaren Konkurrenzsituation ausgesetzt sieht. Das OLG Naumburg hat hierzu festgestellt:

"Ein typisches, mit der Gestaltung des Entgelts in Form einer bloßen Eigenverwertungsmöglichkeit verbundenes Marktrisiko besteht in der Gefahr, bei der Nutzung der Dienstleistung einem direkten Wettbewerb mit anderen Leistungserbringern ausgesetzt zu sein (vgl. EuGH, Urteil v. 10.03.2011, a.a.O., Tz. 37; BGH, Beschluss v. 08.02.2011, a.a.O., Tz. 43). Wird ein Dienstleistungsauftrag erteilt, so ist damit aus Sicht des Auftragnehmers regelmäßig das Konkurrenzrisiko im Leistungsumfang dieses Vertrages beseitigt. Besteht hingegen das Entgelt lediglich in einem Recht zur Verwertung der eigenen Leistung und muss die Leistungsverwertung in einem wettbewerblichen Umfeld erfolgen, dann liegt hierin ein durch die Vergütungsart begründetes zusätzliches Betriebsrisiko."

Bezogen auf den Kindertagesstätten-Betrieb ist demnach zunächst zu berücksichtigen, dass die Vergütung des Trägers sich nach den gesetzlichen Vorgaben richtet. Sowohl auf die pauschale Förderung pro Kind nach § 20 Abs. 1 KiBiz als auch auf die Höhe der Elternbeiträge nach § 23 Abs. 1 KiBiz i.V.m. der jeweiligen kommunalen Satzung hat der Träger keinen unmittelbaren Einfluss. Diese Kostenübernahme durch die Gemeinden ist bereits ein deutliches Indiz für einen Dienstleistungsauftrag. Gleichwohl muss auch die Konkurrenzsituation in den Blick genommen werden. Den Eltern steht ein Wahlrecht zwischen den jeweiligen Kindertagesstätten zu. Die Träger stehen somit rein formal in einem Wettbewerb um die Kinder, der sich unmittelbar auf die kindbezogene Förderung der Einrichtungen auswirkt. Allerdings hat die Festlegung der Kindertagesstätten in einer Gemeinde "bedarfsgerecht" zu erfolgen (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII). Mit anderen Worten: Das Wahlrecht der Eltern wird durch das auf den konkreten Bedarf zugeschnittene Angebot begrenzt. Ein Belegungsrisiko ist somit faktisch nicht existent, da es – wenn überhaupt – nur so viele Kindertagesstätten-Plätze gibt wie Kinder betreut werden müssen.

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kann nach alledem nicht davon die Rede sein, dass die im Jugendhilfeplan ausgewählten Träger einem (überwiegenden) wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt sind.

²¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 10. März 2011, C-274/09 – "Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler", Tz. 38 nach juris; OLG Naumburg, Beschl. v. 22. Dezember 2011, 2 Verg 10/11, Tz. 53 nach juris.

Soweit das OVG Lüneburg die Übernahme der Trägerschaft einer Kindertagesstätte jüngst als Dienstleistungskonzession einordnete, erfolgte dies offenkundig nicht aufgrund einer tiefgreifenden vergaberechtlichen Prüfung. Eine Subsumtion unter § 105 GWB lässt das Gericht vollends vermissen.²²⁰ Im Rahmen dieser Entscheidung stellte sich die Abgrenzungsfrage ausschließlich im Rahmen der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs.

Bei der Auswahl des Kindertagesstätten-Betreibers handelt es sich mithin um einen Dienstleistungsauftrag i.S.d. § 103 GWB und nicht um eine Dienstleistungskonzession i.S.d. § 105 GWB.

(c) **Rechtsfolge**

Da es sich bei dem Kindertagesstätten-Betrieb gegen Förderung nach dem KiBiz um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt, der in der Regel den Schwellenwert von EUR 221.000 überschreitet, hat die Vergabe im Rahmen eines europäischen Vergabeverfahrens zu erfolgen.

Die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgte Vergabe von Fördermitteln nach dem KiBiz ist damit vergaberechtswidrig und kann als sogenannte De facto-Vergabe im Wege eines Vergabenachprüfungsverfahrens nach § 160 Abs. 1 GWB angegriffen werden. Eine vergaberechtswidrige De facto-Vergabe ist nicht per se unwirksam. Sie ist jedoch gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB dann unwirksam, wenn der Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Dies ist gemäß § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB nur dann möglich, wenn der Verstoß innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss geltend gemacht wird.

Das grundsätzlich vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bestehende Erfordernis einer vorherigen Rüge des Vergaberechtsverstößes gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB ist nach § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB im Falle der De facto-Vergabe entbehrlich.

Hinweis: Aus Gründen der Risikovermeidung sollte gleichwohl gegenüber dem jeweiligen Träger der örtlichen Jugendhilfe eine Rüge erhoben werden, wenn Kenntnis von der beabsichtigten Aufstellung beziehungsweise Fortschreibung des Jugendhilfeplans erlangt wird.

3.4 **Regelungen zum Eigenanteil**

Das auf Eigenanteilen der freien Träger gestützte Finanzierungsmodell des § 20 Abs. 1 KiBiz ist zudem weder mit dem Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung aus § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII (hierzu unter **lit. (a)**), noch mit der Gewährleistung eines pluralen, bedarfsgerechten Leistungsangebots nach § 79 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII vereinbar (hierzu unter **lit. (b)**).

Bei der erforderlichen Vergabe der KiBiz-Förderung im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens wird sich darüber hinaus faktisch ohnehin eine Vollfinanzierung der Träger ergeben (hierzu unter **lit. (c)**)

²²⁰ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 29. Oktober 2018, 10 ME 363/18, Tz. 6 nach juris.

(a) **Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung**

Seit dem 1. August 2013 hat jedes Kind ab dem ersten abgeschlossenen Lebensjahr einen Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Tagespflege (§ 24 Abs. 2 und 3 Satz 1 SGB VIII). Der Rechtsanspruch ist als objektivrechtliche Verpflichtung der öffentlichen Jugendhilfe ausgestaltet und erschöpft sich nicht in der Verschaffung eines Betreuungsplatzes, sondern erstreckt sich auf die Übernahme der Betreuungskosten abzüglich eines Kostenbeitrags nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII, § 23 KiBiz.²²¹ Diese Förderung stellt eine Sozialleistung nach § 27 Abs. 1 Nr. 3 SGB I i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII dar.²²²

Die Leistungsverpflichtungen aus § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII richten sich nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII ausschließlich an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Dieser trägt gemäß § 79 Abs. 1 SGB VIII die Gesamtverantwortung für die Erfüllung des Rechtsanspruchs auf frühkindliche Förderung.

Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, dass die öffentlichen Träger der Jugendhilfe die Kosten für die Erfüllung der ausschließlich auf sie gerichteten Leistungsverpflichtungen zu tragen haben.²²³ Die Erbringung von Eigenanteilen nicht-öffentlicher Träger widerspricht der allgemeinen Wirkungsweise von Sozialleistungsansprüchen, die nicht durch Private mitzufinanzieren sind.²²⁴

(b) **Gewährleistung eines pluralen und bedarfsgerechten Leistungsangebots**

Die mit der Eigenanteilsförderung nach § 20 Abs. 1 KiBiz faktisch verbundene Ausgrenzung fachlich geeigneter Leistungsanbieter führt ferner dazu, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe seiner Gesamtverantwortung für die Gewährleistung eines pluralen, bedarfsgerechten Leistungsangebots nicht gerecht werden kann.

Die Jugendhilfe ist nach § 3 Abs. 1 SGB VIII durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet. Die in § 3 Abs. 1 SGB VIII niedergelegten Grundsätze der Angebotspluralität und Trägervielfalt sind unmittelbarer Ausfluss aus den grundrechtlichen Gewährleistungen der Art. 2, 4, 6 und 12 GG und haben somit Verfassungsrang.²²⁵ In Ausformung dieser gesetzlichen Pluralitätsentscheidung haben die Leistungsberechtigten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern.²²⁶ Die Gesamtverantwortung dafür, die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen tragen nach § 79 Abs. 1, 2 Nr. 1 SGB VIII die Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Die landesgesetzliche Ausgestaltung der Förderfinanzierung von Tageseinrichtungen ist durch die vorstehend aufgeführten materiellen Grundentscheidungen des Jugendhilferechts begrenzt. So führt das BVerwG in seinem Urteil vom 21. Januar

²²¹ Vgl. *Etzold*, in: BeckOGK SGB VIII, Std. 1. März 2019, § 24 Rn. 3, 54; *Wiesner*, Reformbedarf bei der Finanzierung der Kindertagesbetreuung, LKV 2016, 433 (441).

²²² Vgl. *Etzold*, in: BeckOGK SGB VIII, Std. 1. März 2019, § 24 Rn. 4.

²²³ Vgl. *Wiesner*, Reformbedarf bei der Finanzierung der Kindertagesbetreuung, LKV 2016, 433 (441).

²²⁴ Vgl. *Wiesner*, Reformbedarf bei der Finanzierung der Kindertagesbetreuung, LKV 2016, 433 (442).

²²⁵ Vgl. *Herbe*, in: BeckOGK SGB VIII, Stand 12. Dezember 2018, § 3 Rn. 3.

²²⁶ Vgl. *Wiesner*, LKV 2016, 433, 436.

2010 aus, der dem Landesgesetzgeber durch § 74a Satz 1 SGB VIII eingeräumte Gestaltungspielraum sei bei der Regelung der Betreuungsfinanzierung

"durch die materiellen Grundentscheidungen des Jugendhilferechts für ein möglichst plurales, bedarfsorientiertes Angebot begrenzt. Die Regelungsermächtigung des § 74a SGB VIII stellt den Landesgesetzgeber nicht frei von jeglicher Bindung an die bundesgesetzlich geregelten materiellen Ziele und Grundsätze der Jugendhilfe. Die Finanzierung von Tageseinrichtungen bleibt bezogen auf ein Angebot von Jugendhilfe im Sinne des Sozialgesetzbuches Achstes Buch. Das Fördersystem muss daher die "Pluralität der Jugendhilfe" (BTDrucks 11/6748 S. 80), d.h. die Pluralität der Träger und die Pluralität der Inhalte, Methoden und Arbeitsformen ermöglichen, unterstützen und effektiv gewährleisten (vgl. § 3 Abs. 1 SGB VIII). Das Pluralitätsgebot beschränkt daher den Landesgesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit und der Ausgestaltung der Unterscheidungskriterien für eine Differenzierung bei der Förderung. Dies gilt auch, soweit der Bundesgesetzgeber das Pluralitätsgebot weiter ausgeformt hat, etwa durch das Recht der Leistungsberechtigten, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung zu äußern (sog. Wunsch- und Wahlrecht; § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII), [sowie] das Gebot, die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch Achstes Buch erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung zu stellen (§ 79 Abs. 2 SGB VIII) [...]."

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Diese materiellen Grundentscheidungen des Jugendhilferechts laufen durch die Förderfinanzierung, die den freien Trägern die Pflicht zur Eigenanteilerbringung auferlegt, strukturell leer. Das Fördermodell des § 20 Abs. 1 KiBiz führt dazu, dass wenig finanzstarken freien Trägern faktisch der Marktzugang versagt wird. Damit wird das ohnehin schon schmale Angebot geeigneter Betreuungsanbieter zusätzlich verknappt.

Rüfner stellte hierzu bereits 1990 fest:

"Vom Träger der freien Jugendhilfe kann nicht verlangt werden, Eigenmittel dafür einzusetzen, dass ein sozialrechtlich anerkannter Bedarf von ihm im Rahmen der Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts durch die Leistungsberechtigte Person gedeckt wird."²²⁷

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Dem zustimmend führt Herrmann aus:

"Eigenleistungen [...] stellen [...] einen Fremdkörper im Finanzierungssystem der Kindertagesbetreuung dar, weil die Erfüllung der Rechtsansprüche auf Kindertagesbetreuung eine staatliche Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe ist. Diese strukturell überholte Gesetzesfassung führt dazu,

²²⁷ Vgl. Rüfner, Rechtsgutachten zur Kindergartenfinanzierung, Jugendwohlfahrt 1990, S. 377.

*dass Gemeinden die Betriebskosten der von ihnen selbst getragenen Kindertagesstätten unter Einsatz von öffentlichen Haushaltsmitteln ausfinanzieren, trotz des gesetzlichen Anspruchs auf eine Fehlbedarfsfinanzierung freien Trägern aber abverlangen, dass sie Kosten der Erfüllung der staatlichen Aufgabe als 'Eigenleistung' selbst tragen.*²²⁸

(Hervorhebungen durch den Verfasser)

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe können ihrer Gesamtverantwortung für die Gewährleistung eines möglichst pluralen, bedarfsorientierten Leistungsangebots somit nur durch eine vollständige staatliche Refinanzierung gerecht werden. Diese staatliche Finanzierungsverantwortung kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht auf die freien Träger abwälzen.²²⁹

(c) Faktische Vollfinanzierung im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens

Bei der erforderlichen Vergabe der KiBiz-Förderung im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens (hierzu bereits unter **Ziff. 3.3**) wird sich darüber hinaus ohnehin faktisch eine Vollfinanzierung der Träger ergeben. Denn die jeweiligen Wettbewerber werden im Rahmen ihrer Angebotsvorbereitung die Parameter des jeweiligen Angebotes so kalkulieren, dass sie die jeweilige Kindertagesstätte wirtschaftlich betreiben können. Es ist nicht davon auszugehen, dass Unternehmen Angebote einreichen, auf deren Grundlage sie ihr Betreuungsangebot nicht dauerhaft auskömmlich erbringen können.

Der Zuschlag ist im Rahmen des Vergabeverfahrens vom öffentlichen Auftraggeber, also dem jeweiligen Träger der örtlichen Jugendhilfe, nach § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB i.V.m. § 58 Abs. 1 VgV auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1 VgV auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Die am Verfahren beteiligten Bieter werden – je nach Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens – den Preis und beziehungsweise oder die Qualität ihres Angebotes so gestalten, dass sie ihr Angebot ohne einen Eigenanteil erbringen können.

Die in § 20 Abs. 1 KiBiz vorgesehene Eigenanteilsfinanzierung ist damit überholt.

3.5 Handlungsempfehlung

Auf Grundlage der vorstehenden Ausführungen empfehlen wir folgendes Vorgehen:

- Die Verstöße gegen Verfassungs- und Europarecht sollten im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens zur Novellierung des KiBiz in NRW eingebracht werden. Sollte das Land Nordrhein-Westfalen am Ausschluss privat-gewerblicher Anbieter von der Förderung festhalten, besteht die Möglichkeit, dies gerichtlich anzugreifen. Ein etwaiges Musterverfahren könnte bis zum BVerfG oder EuGH durchgeführt werden.
- Daneben besteht die Möglichkeit, die Kommission auf mögliche Verletzungen des Beihilferechts und der Grundfreiheiten aufmerksam zu machen und hierdurch ein Vertragsverletzungsverfahren anzuregen.

²²⁸ Vgl. *Herrmann*, LKV 2018, 392, 398.

²²⁹ Vgl. *Brüning*, Beihilfe- und vergaberechtliche Implikationen der Kinderbetreuung, SchlHA 12/2018, 436, 441.

- Die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durchgeführte Vergabe von Fördermitteln sollte innerhalb von sechs Monaten nach der Aufnahme in den örtlichen Jugendhilfeplan nach § 160 Abs. 1 GWB als vergaberechtswidrige De facto-Vergabe im Wege des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer angegriffen werden. Im Rahmen der zweiten Instanz vor dem Vergabesenat des OLG – für Nordrhein-Westfalen das OLG Düsseldorf – könnte zudem angeregt werden, die Frage der Anwendbarkeit des Unions-Vergaberechts auf die KiBiz-Förderung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen.

Düsseldorf, im Juli 2019



Prof. Dr. Thomas Dünchheim
Rechtsanwalt/Partner