

Rechtsgutachterliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung Brandenburg zur Neuordnung der gesetzlichen Kita-Finanzierung

Rechtsgutachterliche Stellungnahme im Auftrag der LIGA der Freien Wohlfahrtspflege-Spitzenverbände im Land Brandenburg

Prof. Dr. jur. Jan Kepert,
Juli 2026

A. Vorbemerkung

Die LIGA der Freien Wohlfahrtspflege- Spitzenverbände im Land Brandenburg bittet um eine rechtsgutachterliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung Brandenburg zur Neuordnung der gesetzlichen Kita-Finanzierung (KitaFinNR).¹ Insbesondere wird um eine gutachterliche Stellungnahme zu vom Auftraggeber formulierten Fragen zu Artikel 1 des Gesetzesentwurfs (Änderungen des Kindertagesstättengesetzes, KitaG-E) und hier zu Abschnitt 8, Unterabschnitt 1, §§ 48 ff KitaG-E gebeten.

Mit §§ 48 ff KitaG-E soll die „Finanzierung der Betreuungsangebote“ neu geregelt werden. Der Gesetzgeber begründet die Notwendigkeit der Neuregelungen u.a. mit der gewachsenen Komplexität von „vielfältigen Finanzierungs- und Verantwortungsstrukturen“, die auch von Experten nicht immer leicht durchdrungen werden“ können.² Das „öffentliche Finanzierungsrecht“ sei daher „grundsätzlich neu zu ordnen“.³

Konkret werden vom Auftraggeber folgende Fragen aufgeworfen:

1. Zulässigkeit und Zumutbarkeit von Eigenleistungen (§ 48 KitaG-E)

- 1.1. *Inwieweit ist die Forderung nach einer „angemessenen Eigenleistung“ als Bedingung für die öffentliche Finanzierung nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c KitaG-E zu dem staatlichen Gewährleistungsauftrag den Rechtsanspruch auf frühkindliche Bildung und Betreuung nach § 1 KitaG und § 24 SGB VIII sicherzustellen zulässig, und welche verfassungsrechtlichen Grenzen sind dabei zu beachten?*
- 1.2. *Welche rechtlichen Grenzen ergeben sich für die Kopplung der Teilnahme an der öffentlichen Finanzierung nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c KitaG-E an die Fähigkeit zur Erbringung einer „angemessenen Eigenleistung“, wenn ein Träger zwar grundsätzlich zur Erbringung einer solchen Eigenleistung bereit, tatsächlich jedoch nicht in der Lage ist, und inwiefern ist ein hieraus resultierender Ausschluss von der öffentlichen Finanzierung mit folgenden bundesrechtlichen Grundsätzen vereinbar:*
 - dem Gebot der **Trägerpluralität** nach § 3 Abs. 1 SGB VIII, das eine Vielfalt von Trägern mit unterschiedlichen Wertorientierungen und Organisationsstrukturen sicherstellt,

¹ LT-Drs. 8/2900.

² LT-Drs. 8/2900, S. 1.

³ LT-Drs. 8/2900, S. 2.

- dem **Wunsch- und Wahlrecht** der Leistungsberechtigten nach § 5 SGB VIII, das voraussetzt, dass eine tatsächliche Auswahl zwischen verschiedenen Trägern und Einrichtungen bestehen bleibt, und
- den Grundsätzen der **Förderung der freien Jugendhilfe** nach § 74 SGB VIII, insbesondere dem Gebot, die Selbständigkeit freier Träger in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten?

2. Deckelung von Sachkosten: „ortsübliche Kaltmiete“ bei Funktionsbauten (§ 49 Abs. 4 KitaG-E)

- 2.1. Inwieweit ist die Vorschrift nach § 49 Abs. 4 KitaG-E finanzierungs- und sozialrechtlich zulässig, die Erstattungsfähigkeit von (kalkulatorischen) Mietkosten auf die Höhe der „ortsüblichen Kaltmiete“ zu begrenzen, obwohl für Kindertagesstätten als Funktionsbauten mit spezifischen bau-, brandschutz- und betriebsrechtlichen Anforderungen in der Regel keine Mietspiegel bzw. Vergleichswerte (im Ggs. zu Mietspiegeln für Wohnraum und gewerblich genutzte Immobilien) existieren, und welche Anforderungen ergeben sich an die Ermittlung und Feststellung eines rechtssicheren Vergleichsmaßstabs?

3. Gesonderte Regelungen zu Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen (§ 53 KitaG-E)

- 3.1. Welche (Mindest-)Anforderungen ergeben sich an die Ausgestaltung der (individuellen) Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen zwischen den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe und den Trägern der Kindertagesstätten (im Einvernehmen mit der Standortgemeinde)? Welche rechtliche Möglichkeit gibt es, das Antragsrecht des Trägers zu stärken, damit es zum Abschluss einer Vereinbarung kommt?
- 3.2. Über welche verfahrensrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und gegebenenfalls gerichtlichen Handlungsoptionen verfügen Träger von Kindertagesstätten, um – auch gegen den Widerstand des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe oder bei fehlendem Einvernehmen der Standortgemeinde – den Abschluss einer Vereinbarung nach § 53 KitaG-E durchzusetzen, und inwiefern begründet die Vorschrift in Verbindung mit dem allgemeinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung sowie den Grundsätzen der Finanzierungsverantwortung nach §§ 50 ff. KitaG-E einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Verhandlungsaufnahme oder Vertragsschluss?

4. Sparsame Betriebsführung, Besserstellungsverbot und Restbedarfsfinanzierung (§ 55 Abs. 2 KitaG-E)

- 4.1. *Inwiefern greift das Besserstellungsverbot nach § 55 Abs. 2 KitaG-E, das die Vergütung des Personals von Kindertagesstätten in freier Trägerschaft bei der Restbedarfsfinanzierung mittelbar auf das Niveau vergleichbarer Gemeindebeschäftigter begrenzt, in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie der Sozialpartner ein, und unter welchen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen ist ein solcher Eingriff überhaupt gerechtfertigt?*
- 4.2. *Welche Anforderungen ergeben sich aus den Maßstäben der angemessenen Personal- und Sachkosten nach § 49 Abs. 1 KitaG-E sowie der sparsamen Betriebsführung nach § 55 KitaG-E für die Nachweisführung von trägerübergreifenden Verwaltungs- und Overheadkosten (vgl. § 49 Abs. 3 Nr. 15 KitaG-E, z. B. Geschäftsführung, Finanz- und Lohnbuchhaltung, Qualitätsmanagement oder Verbandsstrukturen) im Rahmen der Restbedarfsfinanzierung? In welchem Umfang dürfen öffentliche Träger verlangen, dass mittels Umlageschlüsseln verteilte Kosten einzelnen Einrichtungen zugeordnet und dokumentiert werden, und wo liegen die rechtlichen Grenzen solcher Nachweisanforderungen unter Berücksichtigung der Praktikabilität und Zumutbarkeit für die Träger?*
- 4.3. *Inwieweit führt die Neufassung des § 56 Abs. 2 – insbesondere die Auskunftspflicht des Trägers sowie die Bestimmung, dass 'über entscheidungsreife Anträge innerhalb einer angemessenen Frist zu entscheiden' ist – zu einer Verbesserung der Rechtssicherheit oder Verfahrensbeschleunigung für die Träger der freien Wohlfahrtspflege in Bezug auf die Restbedarfsfinanzierung gegenüber den Standortgemeinden? Was ist eine angemessene Frist?*
- 4.4. *Verleiht die Norm über die bereits bisher bestehende Rechtslage hinaus eine höhere Verbindlichkeit oder einen individualrechtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine zügige Bearbeitung und Bescheidung von Anträgen durch die Gemeinden, oder verbleibt es bei einer rein symbolischen Regelung zu Lasten der Träger?*

5. Subsidiaritätsprinzips

- 5.1. *Gelten im Bereich der Kindertagesbetreuung die § 4 Abs 2 SGB VIII und § 125 Absatz 4 BbgKJG (Subsidiaritätsprinzip) nicht für die kreisangehörigen Gemeinden / Ämter und Verbandsgemeinden und können deshalb gleichrangig mit Trägern der freien Jugendhilfe behandelt werden? Wenn ja, auf welcher rechtlichen Grundlage erfolgt diese Gleichstellung?*

Mit der nachstehenden Darstellung wird der Gesetzesentwurf des Landes Brandenburg unter Berücksichtigung des bundesgesetzlichen Rahmens im SGB VIII sowie des aktuellen Diskurses in Rechtsprechung und im Schrifttum begutachtet.

B. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen im rechtlichen Gesamtgefüge

Dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe obliegt die Pflicht zur Durchführung einer Jugendhilfeplanung, § 80 SGB VIII. Hierbei handelt es sich um eine zwingend wahrzunehmende „Kernaufgabe“ der öffentlichen Jugendhilfe.⁴ Insbesondere ist der Bestand und notwendige Bedarf an Einrichtungen und Diensten festzustellen, welche Leistungen nach dem SGB VIII erbringen können. Nach § 80 Abs. 3 S. 1 SGB VIII haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen. Diese Pflicht zur Planung korrespondiert mit der Gesamtverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe gem. § 79 SGB VIII. Den öffentlichen Träger trifft die unbedingte Rechtspflicht die für die Leistungserbringung notwendigen Dienste und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe wird daher auch als Leistungsverpflichteter bezeichnet, der eine bedarfsdeckende Leistungserbringung nach §§ 11 bis 41a SGB VIII garantieren muss.⁵ Bei den Leistungen nach dem SGB VIII handelt es sich um keine freiwilligen Leistungen, sondern ausnahmslos um Pflichtleistungen. Daher handelt es sich auch bei der als objektiv-rechtliche Verpflichtung normierten Regelung in § 24 Abs. 1 SGB VIII und bei den subjektiven Rechtsansprüchen nach § 24 Abs. 2, 3 und 4⁶ SGB VIII um unbedingte Leistungspflichten des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe.⁷

Aus dieser Gesamtverantwortung für die verpflichtende Leistungserbringung mittels eines bedarfsdeckenden und pluralen Angebots i.S.d. § 79 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII folgt die zwingende Pflicht die für die Erfüllung der Aufgaben notwendigen Finanzmittel bereitzustellen und den Leistungserbringern eine entsprechende Refinanzierung der Leistungserbringung zu ermöglichen.⁸

⁴ S. hierzu OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 28.08.2019, OVG 6 S 43.19, juris Rn. 8.

⁵ S. hierzu Kepert in Kepert/Kunkel, Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, S. 46 f.

⁶ In der ab August 2026 geltenden Fassung.

⁷ S. hierzu Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII § 2 Rn. 7.

⁸ S. hierzu Schön in Wiesner/Wapler SGB VIII, § 79 Rn. 6.

C. Die Finanzierung der Leistungserbringung in Tageseinrichtungen

Bundesgesetzlich werden mit den in § 74 SGB VIII, § 74a SGB VIII, § 77 SGB VIII sowie §§ 78a ff. SGB VIII enthaltenen Regelungen vielfältige Finanzierungsformen für eine Leistungserbringung nach dem SGB VIII durch Träger der freien Jugendhilfe vorgegeben.

Gem. § 74 a S. 1 SGB VIII regelt die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen das Landesrecht.⁹ § 74 a S. 2 SGB VIII bestimmt, dass alle Träger von Einrichtungen, welche die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllen, gefördert werden können.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dürfen die Länder auf der Grundlage des § 74a SGB VIII die Förderung von Kindertageseinrichtungen eigenständig regeln. Besteht eine solche eigenständige und abschließende landesgesetzliche Finanzierungsregelung, kommt eine Anwendung der in § 74 SGB VIII oder anderer bundesgesetzlich normierter Finanzierungsregelungen für die Förderung der Träger der freien Jugendhilfe nicht in Betracht.¹⁰ Damit kommt dem Landesrecht bei der Refinanzierung der Leistungserbringung in Tageseinrichtungen besondere Bedeutung zu.

Im Unterschied zur Refinanzierung der Leistungserbringung durch Träger der freien Jugendhilfe bei subjektiven Rechtsansprüchen (u.a. stationäre Jugendsozialarbeit gem. § 13 Abs. 3 SGB VIII, Mutter-Vater-Kind Einrichtungen gem. § 19 SGB VIII, Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII, Eingliederungshilfe gem. § 35 a SGB VIII, Hilfe für junge Volljährige gem. § 41 SGB VIII) erfolgt die Refinanzierung der Leistungserbringung in Tageseinrichtungen nach den überwiegenden landesrechtlichen Regelungen¹¹ nicht im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis über Leistungsentgelte. Vielmehr werden Kindertageseinrichtungen in den meisten Bundesländern über Zuwendungen finanziert.¹²

⁹ S. hierzu auch BVerwG, Urt. v. 21.01.2010, 5 CN 1/09, juris Rn. 18.

¹⁰ BVerwG, B. v. 28.05.2024, 5 B 4.14, juris Rn. 7 sowie BVerwG, Urt. vom 22.02.2024, 5 C 7.22, juris Rn. 8 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 21.01.2010, 5 CN 1.09, juris.

¹¹ Zu den Ausnahmen siehe Schindler in FK-SGB VIII § 74 a Rn. 9.

¹² S. hierzu Schindler in FK-SGB VIII § 74 a Rn. 1.

Jedenfalls bei Erbringung der subjektiven Rechtsansprüche nach § 24 Abs. 2, 3 sowie 4¹³ SGB VIII in Tageseinrichtungen ist eine Finanzierung mittels Zuschüssen, welche die Gestehungskosten nicht decken nach ganz überwiegender Auffassung im Schrifttum nicht sachgerecht.¹⁴

Mit der Leistungserbringung durch Träger der freien Jugendhilfe werden die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe aus ihrer Leistungspflicht befreit, für die sie nach § 79 SGB VIII bedingungslos eintreten müssen. Würden die Träger der freien Jugendhilfe die Leistungen nicht erbringen, müssten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe vollumfänglich leisten und 100% der Kosten selbst tragen.¹⁵

So ist bei einer Refinanzierung im Leistungs-dreieck unstrittig, dass kein Leistungserbringer gezwungen werden darf, die von ihm erwarteten Leistungen unterhalb der Gestehungskosten anzubieten und zu erbringen.¹⁶ Eine solche Finanzierung von Kindertageseinrichtungen im Leistungs-dreieck mittels Entgelten, welche die Gestehungskosten decken (können) ist allerdings nur in den Bundesländern Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt geregelt.¹⁷

¹³ In der ab August 2026 geltenden Fassung.

¹⁴ S. hierzu Graf von Pfeil/Tammen in Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder und Jugendhilfe, S. 202.

¹⁵ S. hierzu Schindler in FK-SGB VIII § 74a Rn. 1 und Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII § 74 Rn. 41.

¹⁶ BayVGh, B. v. 13.02.2024, 12 BV 23.1357, juris Rn. 80

¹⁷ S. hierzu Graf von Pfeil/Tammen in Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder und Jugendhilfe, S. 201 ff.

D. Die Regelungen zur Finanzierung der Träger der Kindertagesstätten nach Art. 1 des Gesetzentwurfs der Landesregierung Brandenburg zur Neuordnung der gesetzlichen Kita-Finanzierung

Einleitend ist festzustellen, dass an der Erreichung des mit dem Gesetz verfolgten Ziels, der Vereinfachung der Rechtsanwendung erhebliche Zweifel bestehen. Mit dem Gesetzesentwurf wird die erhebliche Komplexität des bisherigen Rechts aufgrund „vielfältiger Finanzierungs- und Verantwortungsstrukturen“ beklagt, welche nach den Feststellungen in der Gesetzesbegründung dazu führen, dass selbst Experten das System „nicht immer leicht“ durchdringen bzw. die Anwendung selbst für „Fachkundige“ eine „gewisse Hürde“ darstellt.¹⁸

Gerade die extrem hohe Komplexität aufgrund unterschiedlichster Finanzierungssysteme durch unterschiedliche Kostenträger zeichnen auch die zu begutachtenden Neuregelungen aus. So sollen nach § 50 Abs. 1 KitaG-E „die Kosten der Kindertagesbetreuung“ mittels Finanzierungsinstrumenten mit einer bemerkenswerten Bandbreite (von Zuschüssen bis Leistungs- und Entgeltvereinbarungen) durch unterschiedliche Kostenträger, Elternbeiträge und Eigenleistungen der Einrichtungsträger gedeckt werden.

Unberührt hiervon bestehen Zweifel an der sachlichen Rechtfertigung und in Teilen auch an der Rechtskonformität der mit §§ 48 ff. KitaG-E intendierten Regelungen.

I. Eigenleistung des Trägers der Kindertagesstätte

1. Fehlende Sachgerechtigkeit der Eigenleistung

Mit § 48 Abs. 1 Nr. 1c) KitaG-E wird der Anspruch auf Finanzierung von der Erbringung einer „angemessenen Eigenleistung“ abhängig gemacht. Zunächst ist hierzu anzumerken, dass diese Regelung keine Besonderheit des Landesrechts in Brandenburg ist. In Anlehnung an die in § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII vorgegebene Berücksichtigung einer angemessenen Eigenleistung des Trägers der freien Jugendhilfe sehen auch landesrecht-

¹⁸ LT-Drs. 8/2900, S. 1.

liche Regelungen in anderen Bundesländern zur Finanzierung der Leistungserbringung in der Tageseinrichtung einen angemessenen Eigenanteil des Leistungserbringers vor.

Bei Bestehen einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung ist eine Eigenleistung auch tatsächlich zu erbringen. Bei fehlender Eigenleistung ist die Förderung zwar nicht ausgeschlossen, aber eine (nur) freiwillige Leistung.¹⁹

Unter den Begriff der Eigenleistung fallen nicht nur finanzielle Eigenmittel oder auf dem Kapitalmarkt aufgenommene Fremdmittel sowie Spenden und sonstige Zuflüsse, sondern insbesondere auch die Dienstleistungen ehrenamtlicher Mitarbeiter und die kostenlose oder verbilligte Bereitstellung von Sachmitteln.²⁰

Die Sachgerechtigkeit und Rechtskonformität der Vorgabe der Erbringung einer Eigenleistung steht seit einigen Jahren in Rechtsprechung und Literatur im Diskurs. So hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen mit Entscheidung vom 12. Januar 2021 die Auffassung vertreten, dass in legitimer Weise bei „einer an § 74 SGB VIII orientierten Förderung mit dem in § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII generell vorgesehenen Eigenanteil auch dem Umstand Rechnung getragen (werde), dass der freie Träger ein eigenes Interesse an der Leistungserbringung“ habe. Diese Rechtfertigung des Eigenanteils gelte auch in dem Fall, dass ein Rechtsanspruch des Bürgers auf die Leistung besteht. Dass der Staat sich im Ergebnis auch freier Träger der Jugendhilfe „bedient“, um die geschaffenen Rechtsansprüche auf einen Kindergartenplatz zu befriedigen, schließe das eigene Interesse der freien Einrichtungsträger an der Erbringung der Leistung nicht aus.²¹

Im Revisionsverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass es legitim sei, wenn die Höhe der Förderung von Maßnahmen freier Träger von der Erbringung einer Eigenleistung abhängig gemacht werde, die ihrer Finanzkraft angemessen sei.²² Etwas anderes folgt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts auch nicht aus der Tatsache, dass bei der zu refinanzierenden Leistungserbringung subjektive

¹⁹ S. hierzu Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII § 74 Rn. 13, s. hierzu auch OVG NRW, Urt. v. 10.07.2003, 16 A 2822/01.

²⁰ S. hierzu Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII § 74 Rn. 13.

²¹ OVG NRW, Urt. v. 12.01.2021, 21 A 3824/18, juris Rn. 66 und 68.

²² BVerwG, Urt. v. 22.02.2024, 5 C 7.22, juris Rn. 31.

Rechtsansprüche nach § 24 SGB VIII erfüllt werden. Dies stellt das Bundesverwaltungsgericht wie folgt fest:

„Denn aus § 24 SGB VIII ist jedenfalls nicht abzuleiten, dass – wie in § 20 Abs. 1 Satz 2 KiBiz 2016 vorgesehen – eine (angemessene) Eigenleistung anerkannter Träger der freien Jugendhilfe als Voraussetzung für eine staatliche Finanzierung unzulässig ist (vgl. a. A. etwa Wiesner, LKV 2016, 433 <441 f.>; Hundt, LKV 2018, 529 <532>; Huster/Kießling, Gutachten zur Rechtmäßigkeit einzelner geplanter Neuregelungen im Finanzierungssystem des Kinderbildungsgesetzes NRW <KiBiz-Novelle 2019> vom Mai 2019, S. 22; Schindler, in: Münster/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar, 9. Aufl. 2022, § 74a Rn. 1 und Vorbemerkung zu den §§ 74, 77, 78a-78g Rn. 7). Dagegen spricht bereits, dass es sich bei § 24 SGB VIII nicht um eine Finanzierungsregelung handelt. Die Vorschrift ist vielmehr als Anspruchsnorm des Kindes gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe ausgestaltet. Auf welche Weise der Träger der öffentlichen Jugendhilfe seiner Leistungsverpflichtung (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII) gegenüber dem Kind nachkommt und dessen Rechtsanspruch aus § 24 SGB VIII auf Förderung in einer Tageseinrichtung erfüllt, unterliegt in erster Linie seiner Entscheidung. Zudem erlaubt das Bundesrecht in § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VIII ausdrücklich, die Förderung freier Träger von der Erbringung einer angemessenen Eigenleistung abhängig zu machen. Dem Bundesrecht lässt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Finanzierungssystems nach § 74a SGB VIII, welches – wie dargelegt – bezogen bleibt auf ein Angebot der Jugendhilfe im Sinne des Achten Buches Sozialgesetzbuch, hierzu nicht auch berechtigt sein sollte (s. a. OVG Bremen, Urteil vom 14. Juli 2021 - 2 LC 112/20 - juris Rn. 48 ff. und nachfolgend BVerwG, Beschluss vom 13. Juni 2022 - 5 B 30.21 - juris).“²³

Sofern mittels des landesrechtlichen Finanzierungssystems der Sicherstellungsauftrag nach § 79 SGB VIII gewährleistet wird, sehen das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen und das Bundesverwaltungsgericht auch keine verfassungsrechtlichen Probleme.

²³ BVerwG, Urt. v. 22.02.2024, 5 C 7.22, juris Rn. 70.

Diese Rechtsprechung zur Refinanzierung der Leistungserbringung in der Kindertageseinrichtung steht im diametralen Widerspruch zu der für eine Refinanzierung bei einer Leistungserbringung sonstiger Rechtsansprüche im SGB VIII ganz herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung. Hier ist es völlig unstrittig, dass die bei wirtschaftlicher Mittelverwendung tatsächlich entstehenden betriebsnotwendigen Kosten die unterste Grenze der Refinanzierung darstellen müssen. Dies hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Entscheidung vom 13. Februar 2024 wie folgt betont:

„Den Einrichtungen muss ein auskömmlicher leistungsgerechter Preis gewährleistet sein (vgl. BVerwG, U. v. 1.12.1997 – 5 C 17/97 –. BVerwGE 108, 47 – juris, Rn. 23). Keine Einrichtung darf gezwungen werden, die von ihr erwarteten Leistungen unterhalb ihrer Gestehungskosten anzubieten und zu erbringen (vgl. BT-Drs. 13/10330, S. 17; BT-Drs. 12/5510, S. 10).“²⁴

Obgleich die Finanzierung der Leistungserbringung in Tageseinrichtungen in Brandenburg und anderen Bundesländern nicht im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis abgewickelt wird, besteht eine Vergleichbarkeit zwischen der Leistungserbringung in der Kindertageseinrichtung nach § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII sowie § 24 Abs. 4 SGB VIII ab August 2026 und Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII, welche Auswirkungen auf die Refinanzierung der Leistungserbringung haben müsste. Stets wird der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit der Leistungserbringung von der eigenen Leistungspflicht befreit. Nach hiesiger Auffassung stellt das Merkmal der Eigenleistung daher kein sachgerechtes Kriterium bei der Finanzierung von Tageseinrichtungen dar.²⁵

Insbesondere bestehen erhebliche Zweifel an der Rechtfertigung der Eigenleistung durch das „Eigeninteresse“ des freien Trägers an der Leistungserbringung. Im Vertragsrecht nach §§ 78a ff. SGB VIII ist es völlig unstrittig, dass die Refinanzierung der

²⁴ BayVG, B. v. 13.02.2024, 12 BV 23.1357, Rn. 80.

²⁵ Vgl. hierzu auch OVG NRW, Urt. v. 15.10.2012, 12 A 1054/11, juris Rn. 111 und Tresoret in jurisPK-SGB VIII, § 74 a Rn. 17.

Leistungserbringung des freien Trägers – trotz eines „Eigeninteresses“ – die Gesteungskosten unter Einschluss eines Risikoausgleichs decken muss.²⁶

Würden die Träger der freien Jugendhilfe Leistungen nach §§ 22 ff. SGB VIII nicht erbringen, müsste der Träger der öffentlichen Jugendhilfe vollumfänglich leisten und 100% der Kosten selbst tragen. Daher ist es nach hiesiger Auffassung sach- und systemwidrig eine Eigenleistung für eine Leistungserbringung zu fordern.²⁷

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die in § 48 Abs. 1 Nr. 1c) KitaG-E enthaltene Regelung – unter Berücksichtigung der nachstehenden Ausführungen zur Angemessenheit der Eigenleistung – als noch rechtskonform, aber nicht als sachgerecht bewertet wird. Aus Gründen der Sachgerechtigkeit sollt daher eine Regelung am Vorbild der Rechtslage Sachsen-Anhalts für die Refinanzierung der Leistungserbringung in der Kindertageseinrichtung normiert werden. Mit § 11a Abs. 1 S. 1 des Kinderförderungsgesetzes Sachsen-Anhalt wird Folgendes vorgegeben:

„In enger Abstimmung verhandeln der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe und die Gemeinden und Verbandsgemeinden für ihren Zuständigkeitsbereich mit den Trägern von Tageseinrichtungen Vereinbarungen über den Betrieb der Tageseinrichtungen nach den §§ 78b bis 78e des Achten Buches Sozialgesetzbuch.“

Ferner wird mit § 11a Abs. 2 S. 1 des Kinderförderungsgesetzes die Schiedsstellenfähigkeit des Finanzierungsrechts wie folgt ermöglicht:

„Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so entscheidet die Schiedsstelle nach § 78g des Achten Buches Sozialgesetzbuch.“

Eine Refinanzierung der Gesteungskosten des Trägers der Kindertagesstätte kann auch zur Entlastung kommunaler Haushalte beitragen, da das prospektive Vertragsrecht ohne Möglichkeit eines nachträglichen Verlustausgleichs (s. hierzu § 78d Abs. 1 S. 1 und 2 SGB VIII) bei Trägern von Kindertagesstätten einen Anreiz zu einer sparsamen Mittelverwendung setzt.

²⁶ BayVGh, B. v. 13.02.2024, 12 BV 23.1357

²⁷ S. hierzu Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII § 74 Rn. 41.

2. Angemessenheit der Eigenleistung

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit der obenstehend bereits in Bezug genommenen Entscheidung im Jahr 2024 betont, dass die geforderte Eigenleistung angemessen sein muss. Insgesamt muss durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine auskömmliche Finanzierung erfolgen, um der Gewährleistungsverantwortung gerecht werden zu können. Dies betont das Bundesverwaltungsgericht wie folgt:

„Dieser soll insbesondere nach § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII gewährleisten, dass die zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Zu diesen Aufgaben gehört auch die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII). § 79 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII begründet demgemäß eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, eine dem Bedarf entsprechende plurale Betreuungsinfrastruktur sicherzustellen (vgl. BVerwG, Urteile vom 17. Juli 2009 - 5 C 25.08 - BVerwGE 134, 206 Rn. 44 und vom 26. Oktober 2017 - 5 C 19.16 - BVerwGE 160, 212 Rn. 35), die den unterschiedlichen Wertorientierungen in der Gesellschaft entspricht (§ 3 Abs. 1 SGB VIII), soweit die Leistungsberechtigten dies wünschen (§ 5 Abs. 1 SGB VIII). Die Gesamtverantwortung für die Schaffung einer solchen Angebotsstruktur schließt die Finanzierungsverantwortung ein.

Dies schlägt auch auf die Verpflichtung des Landesgesetzgebers durch. Dieser muss in Ausübung der Regelungsermächtigung des § 74a SGB VIII Finanzierungsregelungen erlassen, welche ein Nebeneinander von Betreuungsangeboten der öffentlichen und der freien Jugendhilfe ermöglichen und die Jugendämter in die Lage versetzen, ihrer Gesamtverantwortung nach § 79 SGB VIII nachzukommen. Daran fehlt es, wenn das landesrechtliche Finanzierungssystem der rechtlichen Konzeption nach in seiner Gesamtheit darauf angelegt ist oder sich tatsächlich dahin auswirkt, dass der Fortbe-

stand einer pluralen Betreuungsstruktur zulasten der Träger der freien Jugendhilfe erkennbar gefährdet ist. Denn der Funktionsschutz der freien Jugendhilfe ist – wie dargelegt – auf eine institutionelle Absicherung der freien Jugendhilfe ausgerichtet.“²⁸

Der Eigenanteil müsse daher so bemessen werden, dass den Trägern der freien Jugendhilfe insgesamt eine auskömmliche Finanzierung für die Leistungserbringung zur Verfügung gestellt wird. Insbesondere muss Trägern der freien Jugendhilfe ermöglicht werden, „ein nach Art und Umfang von einem Träger der öffentlichen Jugendhilfe sicherzustellendes Betreuungsangebot anzubieten.“²⁹

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gestaltungsspielraum, welcher nach § 74 a SGB VIII für den Landesgesetzgeber besteht „durch die materiellen Grundentscheidungen des Jugendhilferechts für ein möglichst plurales, bedarfsorientiertes Angebot unter Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts begrenzt“ wird³⁰ Das Pluralitätsgebot führt daher zu einer Beschränkung der Gestaltungsfreiheit und der Ausgestaltung der Unterscheidungskriterien für eine Differenzierung bei der Förderung.³¹ Aus diesem Grunde steht die Art und Weise der Erbringung der Eigenleistung weitgehend in der Entscheidungshoheit des freien Trägers. Dies hat der Verwaltungsgerichtshof Hessen wie folgt jüngst betont:

„Als Eigenleistung sind nämlich alle eigenen Mittel des Trägers, alle auf dem freien Kapitalmarkt aufgenommenen Fremdmittel sowie alle Spenden und sonstigen Zuflüsse, die der Träger für die Kindertagesbetreuung zur Verfügung stellt sowie unentgeltliche Dienstleistungen der einzelnen Mitglieder und die kostenlose oder verbilligte Bereitstellung von Sachmitteln zu verstehen (vgl. Wiesner, in: Wiesner/Wapler, SGB VIII - Kinder- und Jugendhilfe, § 74, Rn. 21; Kunkel/Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII - Kinder- und Jugendhilfe [Stand: 8. Auflage 2022], § 74, Rn. 13)

Denn es obliegt dem freien Träger zu entscheiden, auf welche Art und Weise er die von ihm geforderte angemessene Eigenleistung konkret erbringt. Zum einen folgt dies

²⁸ BVerwG, Urt. v. 22.02.2024, 5 C 7.22, juris Rn. 54 und 55.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 22.02.2024, 5 C 7.22, juris Leitsatz 3.

³⁰ BVerwG, Urt. v. 21.01.2010, 5 CN 1/09, juris Rn. 30 und 31

³¹ BVerwG, Urt. v. 21.01.2010, 5 CN 1/09, juris Rn. 31.

bereits aus dem Begriff der „Eigenleistung“ des freien Trägers sowie aus der nach § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII und § 3 Abs. 4 HKJGB zu achtenden Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur. Zum anderen bestehen - wie aufgezeigt - auch unterschiedliche Möglichkeiten zur Erbringung einer angemessenen Eigenleistung, so dass die Eigenleistung nicht zwingend über Teilnahmebeiträge Dritter generiert werden muss. Vielmehr kann der freie Träger auch ganz auf Teilnahmebeiträge Dritter verzichten und die für die Förderung notwendige angemessene Eigenleistung anderweitig aufbringen, ohne dass sein Anspruch auf Förderung dem Grunde nach damit untergehen würde.“³²

Hinsichtlich der Bestimmung der Angemessenheit der Eigenleistung werden mit § 48 KitaG-E keine Kriterien vorgegeben. Auch hier wird man sich allerdings zur Sicherstellung der Pluralität der Kinder- und Jugendhilfe an der bundesgesetzlichen Vorgabe des § 74 Abs. 3 S. 3 SGB VIII zu orientieren haben. Daher sind bei der Bemessung der Eigenleistung die unterschiedliche Finanzkraft der Träger von Kindertagesstätten bzw. Einrichtungen zu berücksichtigen. Bei der sachgerechten Bewertung der angemessenen Eigenleistung im Rahmen der jeweiligen individuellen Förderentscheidung sind daher sowohl die unterschiedliche Finanzkraft als auch die Bedeutung der bereitgestellten Mittel für den Träger der Kindertageseinrichtung zu berücksichtigen. Eine Benachteiligung finanzschwacher Träger ist zu vermeiden. Die konkrete Förderung nach §§ 48 ff. KitaG-E muss daher an der Frage ausgerichtet werden, welcher Einsatz eigener finanzieller Mittel dem freien Träger zuzumuten ist.³³ Es wird daher empfohlen, eine entsprechende Ergänzung oder zumindest einen deklaratorischen Verweis auf § 74 Abs. 3 S. 3 SGB VIII in § 48 Abs. 1 Nr. 1c) KitaG-E aufzunehmen.

Sofern diese individuelle Entscheidung mittels landesgesetzlicher Regelung insbesondere unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Finanzkraft der Träger gewährleistet wird, wird man nach der obenstehend in Bezug genommenen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen und des Bundesverwaltungsgerichts die in § 48 Abs. 1 Nr. 1c) KitaG-E enthaltene Vorgabe als (noch) vereinbar mit den Grundsätzen der Trägerpluralität, der Selbstständigkeit der freien Träger und des Wunsch- und Wahlrechts beurteilen können.

³² VGH Hessen, Urt. v. 25.04.2023, 10 C 1271/19.N, juris Rn. 126.

³³ S. hierzu Kunkel/Kepert § 74 Rn. 41 in LPK-SGB VIII.

II. Deckelung der Gebäudekosten

Mit § 49 Abs. 4 S. 1 KitaG-E wird wie folgt eine Deckelung der Gebäudekosten vorgenommen:

„Sachkosten nach Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 und 2 können bis zur Höhe der ortsüblichen Kaltmiete geltend gemacht werden.“

Damit wird mit dieser Regelung die vollumfängliche Refinanzierung von Gebäudekosten im Einzelfall verhindert. Für das Vertragsrecht nach §§ 78a ff. SGB VIII ist es unstrittig, dass eine solche Deckelung der Gestehungskosten, welche betriebsnotwendig sind und auf einer wirtschaftlichen Mittelverwendung beruhen rechtlich unzulässig ist.³⁴

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Gebäude, welche für eine Leistungserbringung nach dem SGB VIII nutzbar sind bereits aus zwingenden ordnungsrechtlichen Gründen des Betriebserlaubnisrechts nach § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB VIII in räumlicher Hinsicht besonderen Anforderungen in Bezug auf die Kindeswohlgewährleistung genügen müssen. Entsprechende Kosten, welche durch zwingende ordnungsrechtliche Vorgaben entstehen, können nach überwiegender Auffassung nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.³⁵

Aus § 22a Abs. 4 SGB VIII folgt zudem, dass die Räumlichkeiten der Kindertageseinrichtung barrierefrei und auch im Übrigen für Kinder mit Behinderungen uneingeschränkt nutzbar sein müssen. Ferner sind Gemeinschaftsflächen (Dienstzimmer usw.) erforderlich. Ein ausschließlicher Vergleich mit Privatwohnraum und entsprechenden ortsüblichen Mieten ist daher nicht sachgerecht und kann zu einer rechtlich nicht zu rechtfertigenden Deckelung der Gestehungskosten führen. Die angemessene Eigenleistung i.S.d. § 48 Abs. 1c) KitaG-E würde mit einer entsprechenden Deckelung weiter erhöht werden. Es wird daher empfohlen, die in § 49 Abs. 4 S. 1 KitaG-E enthaltene Regelung neu zu fassen und hierbei den Aspekt der Sondernutzung zu berücksichtigen.

³⁴ S. hierzu BayVGH, B. v. 13.02.2024, 12 BV 23.1357, juris; Kepert/Stähr „Unzulässigkeit der Deckelung auf Höchstbeiträge“ in Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 184; s. hierzu auch Udsching, Anmerkung zu BSG 13.07.2017, B 8 SO 11/15 R; BSG, Urt. v. 13.07.2017, B 8 SO 11/15 R, juris.

³⁵ Kepert/Stähr in Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 158 f.

Hinsichtlich der in § 49 Abs. 3 Nr. 2 KitaG-E enthaltenen Regelung zur kalkulatorischen Miete bei Eigentumsobjekten wird auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts³⁶ hingewiesen. Jedenfalls bei einer Entgeltbemessung mittels Leistungs- und Entgeltvereinbarung ist eine Kalkulation auf Basis von fiktiven Werten (kalkulatorische Miete) unter Außerachtlassung der tatsächlichen Kosten (Eigentumskosten) rechtswidrig.

III. Deckelung der Personalkosten

Mit § 49 Abs. 2 KitaG-E i.V.m. § 56 Abs. 3 KitaG-E soll das sogenannte Besserstellungsverbot normiert werden. Eine „sparsame“ Betriebsführung wird daran gekoppelt, dass der Träger der Kindertagesstätte „seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Beschäftigte der Gemeinden“. „Personalkosten im Sinne dieses Gesetzes“ des Trägers werden mit § 49 Abs. 2 S. 1 KitaG-E als „Vergütung des Personals nach den Bestimmungen des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst oder vergleichbare Vergütungsregelungen“ definiert. Mit § 49 Abs. 2 S. 2 KitaG-E werden noch weitergehender „erforderliche Personalkosten für das notwendige pädagogische Personal“ mit einer Einstufung in „S 8a der Entgeltordnung für den Sozial- und Erziehungsdienst des Tarifwerks für den öffentlichen Dienst“ definiert.

Diese Vorgaben sind nach hiesiger Auffassung evident rechtswidrig. Hinsichtlich der Refinanzierung der Personalkosten ist auf die konkreten Kosten des Einrichtungsträgers abzustellen. Hierbei ist zu beachten, dass Personalkosten, welche auf Basis eines Tarifvertrags entstehen grundsätzlich stets einer wirtschaftlichen Mittelverwendung entsprechen und daher zu refinanzieren sind. Hierbei ist das jeweilige Tarifwerk des Leistungserbringers in Bezug zu nehmen. Dies hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof für die Refinanzierung von Personalkosten eines Trägers der freien Jugendhilfe nach AVR Diakonie bei der Erbringung von Rechtsansprüchen der Kinder- und Jugendhilfe wie folgt klargestellt:

„Auch ohne Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ([BSGE 113, 258](#); [BSGE 120, 51](#)) lässt sich den Gesetzesmaterialien zum prospektiven Entgeltsystem mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass die Bezahlung tariflicher Entgelte

³⁶ BSG, Urt. v. 28.01.2021, B 8 SO 6/19 R, juris Rn. 19.

stets als wirtschaftlich angemessen im Sinne von [§ 78b Abs. 2 Satz 1 SGB VIII](#) (juris: SGB 8) zu bewerten ist, ohne dass es insoweit einer weiteren Prüfung in Gestalt eines „externen Vergleichs“ bedarf; denn keine Einrichtung darf gezwungen werden, die von ihr erwarteten Leistungen unterhalb ihrer „Gestehungskosten“ anzubieten und zu erbringen (vgl. BT-Drs. 13/10330, S. 17; BT-Drs. 12/5510, S. 10).“

BayVGH, B. v. 13.02.2024, 12 BV 23.1331, Amtlicher Leitsatz 6

Da es über diese Rechtsprechung hinausgehend völlig unstrittig ist, dass im Leistungserbringerrecht tarifliche Personalkosten des jeweiligen Leistungserbringers zu refinanzieren sind, wurden entsprechende Vorgaben auch gesetzlich normiert. So findet sich beispielsweise in § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX folgende Vorgabe:

„Die Bezahlung tariflich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden, soweit die Vergütung aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels liegt.“

Eine Kappung der tariflichen Personalkosten des Trägers der freien Jugendhilfe anhand eines Vergleichs mit dem TVöD ist damit rechtlich unzulässig. Das sogenannte Besserstellungsverbot – nach welchem Personalkosten des freien Trägers nicht höher liegen dürfen als vergleichbare Personalkosten von städtischen Mitarbeitenden nach TVöD – kann bei der Refinanzierung von Kosten des Trägers der freien Jugendhilfe bei der Erbringung von Rechtsansprüchen nach dem SGB VIII rechtskonform nicht zur Anwendung kommen.

IV. Trägerübergreifende Verwaltungs- und Overheadkosten

Nach § 56 Abs. 2 S. 1 KitaG-E hat der Träger der Kindertagesstätte auf Verlangen der Gemeinde oder Verbandsgemeinde die Nachweise zu erbringen und die Auskünfte zu erteilen, die zur Prüfung der Voraussetzungen der Ansprüche nach §§ 54 und 55 notwendig sind. Die hiermit verbundene Darlegungsobliegenheit des Trägers der Kindertagesstätte ist grundsätzlich sachlich zu rechtfertigen. Sie zielt auf die Ermöglichung der Prüfung einer wirtschaftlichen Mittelverwendung.

Auf die vom Auftraggeber aufgeworfene Frage nach der Legitimität der Zuordnung von übergreifenden Kosten (insbesondere Verwaltungs- und sonstige Overheadkosten) auf einzelne Tagesstätten ist zudem zu antworten, dass hiermit das legitime Ziel verfolgt wird, entstehende Kosten nicht mehrfach zu finanzieren. Nach der Systematik der §§ 54, 55 KitaG-E sind die Betriebskosten der jeweiligen Kindertagesstätte zu finanzieren. Ein gewisses Maß an Nachweisführung insbesondere für die Restbedarfsfinanzierung nach § 55 KitaG-E ist zudem schon deshalb erforderlich, weil das mit § 50 KitaG-E angelegte sehr komplexe Finanzierungssystem durch verschiedene Träger ohne Nachweisführung kaum eine Feststellung möglich macht, ob nach Abzug der Eigenleistung i.S.d. § 48 Abs. 1c) KitaG-E die Betriebskosten finanziert werden.

Rechtlich problematisch ist allerdings, dass das Maß der Nachweisführung und Auskunftserteilung mit dem Gesetzestext nicht näher bestimmt wird. Es wird lediglich auf das Maß des Notwendigen zur Prüfung der Ansprüche abgestellt. Eine solch unbestimmte Regelung öffnet Tür und Tor für Streit. Nach hiesiger Auffassung vermittelt die in § 56 KitaG-E enthaltene Regelung kaum Rechtssicherheit hinsichtlich der Darlegungsobliegenheiten des Trägers der Tagesstätte.

Mit den der Begutachtung zugrunde liegenden intendierten Regelungen lässt sich daher die vom Auftraggeber aufgeworfene Frage nach der Grenze der Nachweisführung kaum beantworten. Es wird allerdings auf Folgendes hingewiesen:

Für das Vertragsrecht nach §§ 78a ff. SGB VIII ist geklärt, dass keine überschießenden Darlegungspflichten im Sinne einer Nachweispflicht durch Vorlage bestimmter Unterlagen bestehen. Dies hat das Verwaltungsgericht Arnsberg mit Entscheidung vom 12. Dezember 2023 wie folgt auf den Punkt gebracht:

„Darüber hinaus enthält das Achte Buch des Sozialgesetzbuches im Gegensatz zum Elften Buch (soziale Pflegeversicherung) keine Rechtsgrundlage dafür, von der betreffenden Einrichtung gegebenenfalls die Vorlage zusätzlicher Unterlagen sowie Angaben zum Jahresabschluss, zur tatsächlichen Stellenbesetzung und zur Eingruppierung zu verlangen, soweit dies zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit der Einrichtung im Einzelfall erforderlich ist. Eine der Regelung des § 85 Abs. 3 S. 3-5 SGB XI entsprechende Bestimmung ist im SGB VIII nicht vorhanden.“³⁷

³⁷ VG Arnsberg, Urt. v. 12.12.2023, 11 K 4150/22, S. 13.

Hinsichtlich der in § 56 Abs. 2 S. 2 KitaG-E enthaltenen Vorgabe, „entscheidungsreife Anträge“ innerhalb einer „angemessenen Frist“ zu verbescheiden, ist festzustellen, dass hierzu mit der Gesetzesbegründung eine Drei-Monats-Frist vorgegeben wird. Grundsätzlich ist über den Antrag innerhalb von drei Monaten zu entscheiden. Problematisch ist allerdings, dass diese Pflicht nur für „entscheidungsreife“ Anträge gilt. In Kombination mit der Unbestimmtheit der Regelung zur Nachweisführung wird es daher in der Praxis zwangsläufig zu Streit kommen, wann ein Antrag „entscheidungsreif“ ist und damit die Drei-Monats-Frist zu beachten ist.

Unberührt hiervon ist festzustellen, dass dem Träger der Kindertagesstätte ein wirksames Mittel fehlt, um sich gegen ausbleibende oder nicht sachgemäße Entscheidungen über den Finanzierungsantrag zur Wehr zu setzen. Dem Träger bleibt lediglich die Möglichkeit einer Klageerhebung zum Verwaltungsgericht. Mit § 75 S. 2 VwGO ist hier ebenfalls eine Drei-Monats-Frist für die Klageerhebung ohne vorherige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens normiert.

Aufgrund des sehr langen Zeitlaufs von vielen Jahren für eine verwaltungsgerichtliche Auseinandersetzung stellt die Klage allerdings im Regelfall keine wirksame Handlungsoption für den Träger der Kindertagesstätte dar. Ein adäquate Rechtsposition zur Durchsetzung von Ansprüchen würde der Träger nur über die Möglichkeit der Anrufung der Schiedsstelle erhalten. Eine Regelung am Vorbild der obenstehend skizzierten Regelung des 11a Abs. 2 des Kinderförderungsgesetzes Sachsen-Anhalt wird daher empfohlen.

V. Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbaren

Gem. § 53 S. 1 KitaG-E „darf“ der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit dem Träger der Kindertagesstätte mittels Leistungs- Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen „gesonderte“ von §§ 51, 52, 72 und 73 KitaG-E abweichende Regelungen zur Finanzierung der Kindertagesbetreuung treffen, sofern ein entsprechendes Einvernehmen der Standortgemeinde vorliegt.

Nach der Gesetzesbegründung soll mit dieser Regelung die Möglichkeit eröffnet werden, „einzelne Belange“ vertraglich zu regeln. In Abhängigkeit von den vertraglichen Regelungen zu diesen „Belangen“, sollen dann die „entsprechenden Regelungen „zum Personalkostenzuschuss (§ 51 KitaG), zu weiteren Zuschüssen und Ausgleichzahlungen (§ 52 KitaG) und zum Ausgleich für die Beitragsfreiheiten und -entlastungen (§§ 72 und 73)“ nicht greifen.³⁸

Der Regelungsgegenstand wird mit § 53 KitaG-E damit mittelbar umrissen. Es werden vertragliche Regelungen zu den Inhalten der §§ 51, 52, 72, 73 KitaG-E in Bezug genommen. Weitergehende (Mindest-)anforderungen gibt das Gesetz nicht vor. Auch ist die Anspruchsqualität aus Sicht des Trägers der Kindertagesstätte schwach ausgestaltet. Aus Perspektive des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe wird formuliert, dass dieser entsprechende Vereinbarung im Einvernehmen mit der Standortgemeinde abschließend „darf“. Damit steht der Vertragsschluss bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung des Einvernehmens der Standortgemeinde im Ermessen des örtlichen Trägers. Ein Rechtsanspruch auf Vertragsschluss, wie er mit § 78b Abs. 1 SGB VIII für den Leistungserbringer normiert ist, besteht damit nach § 53 KitaG-E nicht. Der Träger der Kindertagesstätte hat lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung auf Verhandlungsaufnahme und Vertragsschluss.

Im Übrigen hat auch hier der Träger der Kindertagesstätte keine adäquate Rechtsposition zur Durchsetzung seines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hinsichtlich der Verhandlungsaufnahme und des Vertragsabschlusses. Eine solche Rechtsposition würde nur bestehen, wenn die Möglichkeit zur Anrufung der Schiedsstelle geregelt werden würde. Auch aus diesem Grunde wird daher eine Regelung am Vorbild der obenstehend skizzierten Regelung des 11a Abs. 2 des Kinderförderungsgesetzes Sachsen-Anhalt empfohlen.

³⁸ LT-Drs. 8/2900, S. 18.

VI. Subsidiaritätsgrundsatz

Die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach §§ 11 bis 41a SGB VIII sind nach dem Subsidiaritätsgrundsatz nach § 4 Abs. 2 SGB VIII vorrangig von Trägern der freien Jugendhilfe zu erbringen. Der Staat hat von einer eigenen Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Leistungserbringung abzusehen, sofern geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Nur ausnahmsweise darf der Staat selbst Leistungen erbringen. Dieser Grundsatz der Subsidiarität der öffentlichen Jugendhilfe nach § 4 Abs. 2 SGB VIII wird in Brandenburg mit der landesgesetzlichen Regelung in § 125 Abs. 4 S. 1 BbgKJG bekräftigt.

In diesem Zusammenhang kommt auch dem Grundsatz der Pluralität Bedeutung zu. Gem. § 3 Abs. 1 SGB VIII ist die Jugendhilfe durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet. Die Regelung in § 3 Abs. 1 SGB VIII stellt ein wichtiges „Strukturprinzip“ bzw. „Wesensmerkmal der Jugendhilfe“ (BT-Drs. 11/6748 S. 80) des Kinder- und Jugendhilferechts dar.

Um ein solches plurales Angebot garantieren zu können, ist die Beteiligung von Trägern der freien Jugendhilfe bei der Leistungserbringung unerlässlich. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII ist hierbei die Selbstständigkeit des freien Trägers zu achten. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit verpflichtet, § 4 Abs. 1 S. 1 SGB VIII.

Schließlich kommt in diesem Regelungszusammenhang dem Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII besondere Bedeutung zu. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII haben die Leistungsberechtigten das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern. Die wirksame Ausübung dieses Rechts ist nur möglich, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe sicherstellt, dass die erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung zur Verfügung stehen. Hierzu ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 79 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII verpflichtet.

Die Leistungsberechtigten – bei der Förderung in Tageseinrichtungen das Kind bzw. in Vertretung i.d.R. die personensorgeberechtigten Eltern – haben zunächst das Recht, im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts zwischen Leistungsangeboten verschiedener Leistungserbringer zu wählen. Hierüber hinausgehend besteht bei der Leistungserbringung nach § 24 SGB VIII grundsätzlich auch das Recht die Art der Tagesbetreuung zu wählen, also die Förderung in einer Tageseinrichtung oder die Förderung in Kindertagespflege. Es besteht allerdings kein Recht auf Auswahl eines Platzes aus mehreren Angeboten. Vielmehr wird der Anspruch mit Zurverfügungstellung eines zumutbaren Platzes erfüllt.³⁹ Zumutbar in diesem Sinne ist der Platz aber nur, wenn er dem konkret-individuellen Bedarf des anspruchsberechtigten Kindes und seiner Erziehungsberechtigten entspricht. Bei der Beantwortung der Frage nach der qualitativen Zumutbarkeit eines - nicht dem Wunsch- und Wahlrecht entsprechenden - Betreuungsplatzangebots kommt es auf eine umfassende Abwägung im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der Wertungen der in § 22 SGB VIII und § 22a SGB VIII normierten Förderungsgrundsätze und -ziele, der allgemeinen Strukturprinzipien des Kinder- und Jugendhilferechts, insbesondere nach §§ 4, 8, 9 SGB VIII und § 80 Abs. 2 und 4 SGB VIII sowie der Kindeswohldienlichkeit an.⁴⁰ Auch bei Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts bei einer Leistungserbringung nach § 24 SGB VIII in Tageseinrichtungen bzw. Kindertagesstätten kommt damit dem Subsidiaritätsgrundsatz eine wichtige Bedeutung zu.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die „Fundamentalnormen“ der Kinder- und Jugendhilfe nach §§ 3 bis 5 SGB VIII nur bei Einhaltung des Grundsatzes der eingeschränkten Subsidiarität⁴¹ wirken können. Nur ausnahmsweise darf der öffentliche Träger Leistungen erbringen. Vorrangig sind auch im Bereich der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten *de lege lata*⁴² in Brandenburg die freien Träger zur Leistungserbringung aufgerufen.

³⁹ S. hierzu Kaiser in LPK-SGB VIII § 24 Rn. 14; VGH Baden-Württemberg, B. v. 08.09.2023, 12 S 790/23, juris Rn. 29.

⁴⁰ VGH BW, B. v. 13.12.2021, 12 S 3227/21, juris Rn. 10 und 11.

⁴¹ S. hierzu BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF3 u.a., juris Rn. 81.

⁴² Auf die Überlegungen der Bundesländer zur Ausgestaltung des SGB VIII *de lege ferenda* wird im Rahmen des Rechtsgutachtens nicht eingegangen. S. hierzu die Anlage zu TOP 3 der Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz am 25. Juni 2026.

Gez. Prof. Dr. Jan Kepert