LKV

10 | 19 29. Jahrgang, Seiten 433 - 480

Landes- und Kommunalverwaltung

Verwaltungsrechts-Zeitschrift
für die Länder Berlin | Brandenburg | Sachsen | Sachsen-Anhalt | Thüringen

Herausgeber: Oliver Becker, Präsident des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt, Magdeburg | | **Prof. Dr. Michael Brenner**, Universität Jena | **Joachim Buchheister**, Präsident des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg | **Prof. Dr. Bernd Dammert**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Leipzig | **Dr. Claus Esser**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Erfurt | **Prof. Dr. Ulf Gundlach**, Rechtsanwalt und Staatssekretär a. D., Magdeburg | **Prof. Dr. Ines Härtel**, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder) | **Prof. Dr. Klaus Herrmann**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Potsdam | **Dr. Hans-Peter Hüsch**, Vizepräsident des Thüringer Oberverwaltungsgerichts, Weimar | **Prof. Dr. Winfried Kluth**, Universität Halle-Wittenberg | **Claudia Kucklick**, Präsidentin des Verwaltungsgericht Dresden | **Dr. Reni Maltschew**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Berlin | **Dr. Michael Moeskes**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Magdeburg | **Prof. Dr. Jochen Rozek**, Universität Leipzig | **Wolfgang Schyrocki**, Verwaltungsakademie Berlin | **Prof. Dr. Thorsten Siegel**, Freie Universität Berlin | **Prof. Dr. Helge Sodan**, Freie Universität Berlin | **Prof. Dr. Wolf-Uwe Sponer**, Sächsisches Staatsministerium des Innern | **Prof. Dr. Christian Waldhoff**, Humboldt-Universität zu Berlin

Länderreferenten: *Berlin*: **Dr. Ulrich Marenbach**, Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg | *Brandenburg*: **Ruben Langer**, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Potsdam | *Sachsen:* **Dr. Barbara Helmert**, Richterin am Oberverwaltungsgericht Bautzen | *Sachsen-Anhalt:* **Julia Zirzlaff**, Verwaltungsgericht Magdeburg | *Thüringen:* **Dr. Hans-Jürgen Kulke**

Schriftleitung: Dr. Dominik Lück, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Potsdam (Hauptschriftleiter) | **Ruben Langer**, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht, Potsdam | **Dr. Ulrich Marenbach**, Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
Redaktionsanschrift: LKV – Landes- und Kommunalverwaltung, Hauptschriftleitung, Konrad-Zuse-Ring 12A, 14469 Potsdam
E-Mail: lkv@nomos.de, **Internet:** www.lkv.nomos.de

Kommunale Steuerung von Standorten freier Kita-Träger?

Professor Dr. Klaus Herrmann und Dr. Benjamin Grimm, beide Potsdam*

Viele Kommunen sehen sich aktuell besonders herausgefordert durch die Sicherstellung der Kindertagesbetreuung und die Erfüllung der vom Bundesgesetzgeber geschaffenen Rechtsansprüche. Der Aufsatz erläutert anhand des Brandenburger Landesrechts, welche Regeln dabei in der Zusammenarbeit zwischen Städten und Gemeinden einerseits und freien Trägern der Jugendhilfe andererseits zu beachten sind.

I. Einleitung und Aufbau

Nach den aktuellen Zahlen[1] nahmen am 1. 3. 2018 bundesweit 33,6 % der unter Dreijährigen eine Kindertagesbetreuung in Anspruch. Diese Anzahl ist gegenüber dem Vorjahr 2017 um rund 27.200 auf insgesamt 789.600 Kinder gestiegen. Insgesamt befanden sich 2018 bundesweit insgesamt 3.730.168 Kinder in Einrichtungen der Kindertagesbetreuung, zuvor waren es 2017 noch 3.643.948 und im Jahre 2006 sogar nur 2.953.983 Kinder[2]. Dies zeigt die stetig wachsende Anzahl an Bedarf für betreute Kinder in Kindertageseinrichtungen an. Der Bedarf an Plätzen bleibt wegen der aktuell hohen Geburtenrate und der Zuwanderung weiterhin hoch. Der Bund stellt den Ländern und Kommunen für den Ausbau im Rahmen des Investitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung" für den Ausbau von Plätzen von 2017 bis 2020 insgesamt 1,126 Mrd. € zur Verfügung, wodurch zusätzlich bis zu 100.000 weitere Plätze geschaffen werden können[3].

Der Aufwuchs an Betreuungsplätzen stellt Kommunen nicht zuletzt vor erhebliche finanzielle Herausforderungen. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass Städte und Gemeinden versuchen, Angebote selbst zu schaffen bzw. die Angebote freier Träger zumindest zu steuern. Mangels Anwendbarkeit ist das Vergaberecht hierfür allerdings nicht das richtige Instrument. Dies wird im vorliegenden Beitrag – insbesondere am Beispiel des Brandenburgischen Landesrechts – aufgezeigt.

* Der Verfasser Rechtsanwalt Prof. *Dr. Herrmann* ist Partner der Dombert Rechtsanwälte Part mbB, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht an der Brandenburgischen Technischen Universität (BTU) Cottbus-Senftenberg sowie Lehrbeauftragter an der Martin-Luther-Universität Halle (Saale). Der Verfasser Rechtsanwalt *Dr. Grimm*, LL.M., ist Assoziierter Partner der Dombert Rechtsanwälte Part mbB und Fachanwalt für Vergaberecht. An der Entstehung des Manuskripts hat *Charlotte Peter* als wissenschaftliche Hilfskraft mitgewirkt.

1 Folgendes aus den Tabellen des Statistischen Bundesamtes: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/_inhalt.html, zuletzt aufgerufen am 16. 7. 2019.

2 https://www.genesis.destatis.de/genesis/online/logon?language=de&sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=22541-0001, zuletzt aufgerufen am 16. 7. 2019.

3 https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/ausbau-der-kindertagesbetreuung-schreitet-weiter-voran/129858; zuletzt aufgerufen am 16. 7. 2019.

II. Aufgaben der öffentlichen Jugendhilfe

Bundeseinheitlich haben Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr einen unbedingten Rechtsanspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (§ 24 II SGB VIII). Dieser Rechtsanspruch soll sowohl der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf als auch dem Wohl und der Entwicklung der Kinder dienen[4]. Er beinhaltet, dass jedem Kind, dessen Eltern einen öffentlich geförderten Betreuungsplatz wünschen, ein solcher Platz auch zur Verfügung gestellt werden muss. Es besteht ein einklagbarer Leistungsanspruch, der nicht unter Kapazitätsvorbehalt steht[5].

(Leistungs-)Verpflichtete sind dabei ausschließlich die (örtlichen) Träger der öffentlichen Jugendhilfe i.S.v. § 79 SGB VIII[6]. Mitunter werden die Aufgaben aber auch von kreisangehörigen Gemeinden übernommen (vgl. etwa § 1 a III NW AGVwGO), die selbst nicht öffentliche Träger der Jugendhilfe sind. Wie in den meisten anderen (Flächen-) Bundesländern trifft die Erfüllungsverantwortung in Brandenburg gem. § 1 I AGKJHG, § 12 I 1 BbgKitaG die Landkreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Die Aufgabenträger haben rechtzeitig und ausreichend Kinderbetreuungsangebote bereitzustellen[7] und ein bedarfsgerechtes Angebot unter Einhaltung der im KitaG genannten qualitativen Kriterien, wie der Öffnungszeiten (§ 9 BbgKitaG) und der personellen Ausstattung (§ 10 BbgKitaG) flächendeckend bereitzustellen. Auch wenn § 12 I 2 BbgKitaG zulässt, dass sie die Aufgaben durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zum Teil auf Ämter oder kreisangehörige Gemeinden übertragen können, bleiben die Landkreise nach § 24 II SGB VIII neben den amtsangehörigen Gemeinden zum Nachweis der Betreuungsmöglichkeiten verpflichtet[8].

Wie der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Gewährleistungspflicht umsetzt, obliegt gem. § 79 I SGB VIII seiner Planungsverantwortung (Selbsterfüllungspflicht)[9]. Nach § 80 SGB VIII, § 12 III BbgKitaG muss der örtliche Träger bei der Planung der Bedarfserfüllung die Betreuungsangebote der Träger der freien Jugendhilfe und der Gemeinden berücksichtigen. Nach §§ 3, 4 SGB VIII haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Trägerautonomie der freien Jugendhilfe zu achten und vertrauensvoll mit ihr zusammenzuarbeiten[10]. Anknüpfend an die vom *BVerfG* beschriebene gemeinsame Verantwortung der öffentlichen und freien Träger[11] hat der Gesetzgeber die Kooperationspflicht in § 4 II SGB VIII niedergelegt. Das Verhältnis von öffentlichen Trägern der Jugendhilfe zu den freien Trägern der Jugendhilfe ist danach aus Sicht der Träger der freien Wohlfahrtspflege geprägt von einem bedingten Vorrang (Subsidiaritätsprinzip)[12]. Jedenfalls soll die Bedarfsplanung im Sinne der Trägervielfalt verschiedene Angebote zur Werteorientierung und von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen[13] vorsehen: § 5 I, II SGB VIII gestaltet dabei das Recht der Eltern aus, zwischen den Einrichtungen von verschiedenen Trägern wählen zu können, sofern dies nicht mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Nach der Tradition des Kinder- und Jugendhilferechts soll hierfür vorausgesetzte Vielfalt vorrangig von freien Trägern gewährleistet werden, die als Garanten dieser Vielfalt und der Bedarfsbezogenheit der Leistungen gelten[14]. Bei Kindern über drei Jahren ist zusätzlich ein Vorrang der Förderung in einer Tageseinrichtung vor einer Förderung in Kindertagespflege (§ 24 III SGB VIII) zu berücksichtigen[15]. Das bedeutet, dass der Förderanspruch nur von unter Dreijährigen Kindern auch durch das Bereithalten von Kindertagespflegeplätzen erfüllt werden kann.

III. Aufgaben der freien Jugendhilfe im Bereich der Kindertagesbetreuung

Betreiber einer Kindertagesstätte können in Brandenburg gem. § 14 I BbgKitaG die Träger der freien Jugendhilfe, die Gemeinden und die Gemeindeverbände sein. Freie Träger der Jugendhilfe sind alle nicht-öffentlichen Organisationen und Institutionen, die Aufgaben der Jugendhilfe wahrnehmen, wie Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts, Wohlfahrtsverbände, Jugendverbände, Elterninitiativen und zunehmend privatgewerbliche freie Träger[16].

Wie eine Einrichtung der Tagesbetreuung oder Tagespflege den Förderungsauftrag erfüllt, bestimmt in allgemeiner Form § 22 II, 3 SGB VIII: Die Einrichtung soll die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern (Nr. 1), die Erziehung und Bildung in der Familie unterstützen und ergänzen (Nr. 2) und den Eltern dabei helfen, Erwerbsfähigkeit und Erziehung besser miteinander zu vereinbaren (Nr. 3), was sich für Brandenburg auch aus § 3 BbgKitaG ergibt. Ein bestimmtes Qualitätsniveau ist jedenfalls im SGB VIII nicht vorgegeben. Nach der Gesetzesbegründung war nur erforderlich, dass allgemein das pädagogische Personal in der Lage sein muss, den in §§ 22, 22 a SGB VIII genannten Anforderungen gerecht zu werden[17]. § 14 II BbgKitaG bestimmt ergänzend, dass der Träger eine bedarfsgerechte und nach dem BbgKitaG geeignete Ein-

4 *BGH*, Urt. v. 20. 10. 2016 – III ZR 278/15, m. Anm. *Rixen*, NJW 2017, 397 (399), Rn. 26; vgl. auch BT-Dr 16/9299, 1, 10 (11 f.); *Hahn*, LKV 2015, 545 (546).

5 *BVerfG*, Urt. v. 21. 7. 2015 – 1 BvF 2/13, *BVerfGE* 140, 65 ff. = juris, Rn. 43; *BVerwG*, Urt. v. 26. 10. 2017 – 5 C 19.16, juris, Rn. 34; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 28. 5. 2019 – 6 S 25/19, juris; Beschl. v. 22. 3. 2018 – 6 S 2/18, juris, Rn 12; Beschl. v. 28. 8. 2017 – 6 S 30/17, BeckRS 2017, 124987, Rn. 8; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 28. 3. 2018 – 4 M 48/18, juris, Rn. 9; *OVG Schleswig*, Beschl. v. 9. 8. 2019 – 3 MB 20/19, juris; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 20. 6. 2019 – 10 ME 134/19, juris; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 30. 7. 2018 – 4 B 242/18, juris.

6 Vgl. *Winkler*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, BeckOK SGB VIII, 53. Ed. (1. 6. 2019), § 3, Rn. 3.

7 *Schübel-Pfister*, NVwZ 2013, 385 (388).

8 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 27. 4. 2018 – 6 S 15/18, juris, Rn. 5.

9 *Rixen*, NJW 2012, 2839 (2840); vgl. *Georgii*, NJW 1996, 686 (687); vgl. *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 12. 1. 1999 – 4 M 1598/98, NVwZ-RR 1999, 383.

10 *OVG Bautzen*, Urt. v. 21. 3. 2013 – 1 C 15/12, BeckRS 2013, 56089, Rn. 5; *VG Düsseldorf*, Urt. v. 29. 8. 2018 – 24 K 9389/17, BeckRS 2018, 35745, Rn. 56.

11 *BVerfG*, Urt. v. 18. 7. 1967 – 2 BvF 335/62 u.a. = NJW 1967, 1795 (1796).

12 BeckOK, SozR/ *Winkler* (o.Fußn. 6), § 4, Rn. 15.

13 BeckOK, SozR/ *Winkler* (o.Fußn. 6), § 3, Rn 1.

14 *Diskowski/Wilms*, Kindertagesbetreuung in Brandenburg, 2019, § 12 BbgKitaG, Anm. 4.14.

15 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 12. 1. 1999 – 4 M 1598/98, NVwZ-RR 1999, 383; siehe auch: BT-Dr 16/9299, S. 15.

16 BeckOK SozR/ *Winkler* (o.Fußn. 6), § 3, Rn. 2.2.

17 Vgl. BT-Dr 15/3676, S. 32.

richtung betreiben und eine angemessene Eigenleistung erbringen soll. Jeder Träger von Kindertageseinrichtungen unterliegt deshalb sachgerechten Kriterien für die Vergabe von Plätzen, wie z.B. Wohnortnähe, Berufstätigkeit der Eltern, Betreuungskontinuität, Geschwisterkinder und das Alter des Kindes[18]. Als „geeignete" Kita i.S.v. § 14 II BbgKitaG gilt eine, die über ausreichend ausgestattete Gruppenräume, Spiel- und Beschäftigungsmaterial, Versorgungskapazitäten verfügt und die hygienischen Anforderungen sowie Bestimmungen zur Sicherung von Unfällen bzw. Bränden beachtet[19]. Die Forderung, dass der Träger bedarfsgerechte Einrichtungen betreiben muss, erfordert von ihm, mit seinem Angebot hinsichtlich des zeitlichen Umfangs und der fachlichen Ausrichtung den Interessen, Bedürfnissen und Bedarfen seiner Nutzer zu entsprechen[20]. Beim Abschluss von Betreuungsverträgen zur Besetzung ihrer Kita-Plätze handeln die Einrichtungen aber eigenverantwortlich aufgrund der gesetzlich garantierten Trägerautonomie (§ 4 I 2 SGB VIII)[21].

In Brandenburg gibt es keine gesetzliche Regelung dafür, wie die Räume und die Ausstattung in den Kitas aussehen sollen[22]. In § 13 BbgKitaG heißt es dazu lediglich, dass die Lage, das Gebäude, die Räumlichkeiten, die Außenanlagen und die Ausstattungen der Kitas den Aufgaben des § 3 BbgKitaG genügen sollen und sie ausreichend und kindsgemäß bemessen sein sollen. Das Landesjugendamt hat für die Erteilung Mindestanforderungen gestellt: So soll jedes Kind mindestens 3,5 qm Spielfläche nutzen können, für jede Gruppe soll ein Haupt- und Nebenraum vorhanden sein, grundsätzlich soll es für je zehn Kinder eine Toilette und eine Waschgelegenheit geben, die Räume sollen zur Bewegungsförderung geeignet sein und es soll eine ruhige Schlafmöglichkeit für die Kinder existieren, es soll eine Garderobe und Küche geben und den Kindern soll eine Spielfläche im Freien zur Verfügung stehen[23]. Außerdem sollen eine Reihe von Sicherheitsbestimmungen durch den Träger einer Einrichtung nachzuweisen sein[24].

Aus § 24 V SGB VIII lässt sich entnehmen, dass das Platzangebot für die Kita im örtlichen Einzugsbereich liegen soll. Den Eltern soll ein Anspruch auf wohnortnahe Betreuung zustehen, was bedeutet, dass der Betreuungsplatz in zumutbarer und verträglicher Weise zu erreichen sein soll[25]. Was dies im Einzelfall zu bedeuten hat, hängt allerdings von den örtlichen Verhältnissen ab: So soll eine Kita jedenfalls im städtischen Bereich nicht mehr als 5 km entfernt sein[26]. Das Land Berlin wurde in einer im letzten Jahr ergangenen Entscheidung verpflichtet, grundsätzlich jeweils einen Betreuungsplatz in angemessener Entfernung zu dem jeweiligen Wohnort zu gewährleisten[27]. Demnach sei es nicht angemessen, wenn die Kita sich deutlich über 30 Minuten Fahrtzeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln entfernt befindet und auch nicht auf dem Weg der Eltern zur Arbeit liegt[28].

Gem. § 45 I 1 SGB VIII benötigt der Träger einer Einrichtung für dessen Betrieb eine Erlaubnis (in Brandenburg des Landesjugendamtes)[29]. Nach § 45 II 1 SGB VIII ist diese zu erteilen, wenn das Wohl der Kinder in der Einrichtung gewährleistet ist. § 46 I 1 SGB VIII bestimmt, dass die zuständige Behörde dies nach den Einzelfallerfordernissen an Ort und Stelle – unter Mitwirkung des Einrichtungsträgers – überprüfen soll. Auch beim Betrieb der Kindertageseinrichtung ist der freie Träger indes von dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe abhängig: Liegen die Voraussetzungen des § 74 I SGB VIII vor, also erfüllt der freie Träger die aufgezeigten fachlichen Voraussetzungen, bietet die Gewähr für eine zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel, verfolgt gemeinnützige Ziele zum Wohle der Allgemeinheit, erbringt eine angemessene Eigenleistung und bietet die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit, sollen die öffentlichen Träger die freien Träger fördern[30]. § 74 III SGB VIII räumt dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe aber in Bezug auf die Höhe der Förderung ein Ermessen ein[31]. Zur Überwindung der verbreiteten Unterversorgung mit Kita-Plätzen eröffnete der Gesetzgeber mit § 74 a SGB VIII schließlich die Möglichkeit, alle, also auch gewerbliche (nicht als freie Träger der Jugendhilfe anerkannte) Träger von Einrichtungen zu fördern, die die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtungen erfüllen.

Von der Ermächtigung zur landesrechtlichen Ausgestaltung der öffentlichen Finanzierung (§ 74 a S. 1 SGB VIII) hat das Land Brandenburg in der Weise Gebrauch gemacht, dass die Gemeinde dem freien Träger einer im Bedarfsplan als notwendig ausgewiesenen Kindertageseinrichtung das Grundstück und Gebäude unentgeltlich zur Verfügung stellen und die bei sparsamer Betriebsführung notwendigen Bewirtschaftungs- und Erhaltungskosten tragen muss (§ 16 III 1 BbgKitaG)[32]. Hintergrund dieser Regelung ist die traditionelle Verantwortung der Gemeinden für die Kindereinrichtungen[33]. Betreibt der freie Träger die Kindertageseinrichtung in einem eigenen oder angemieteten Gebäude, hat er anstelle des Anspruchs auf die Sachleistung gegen die Gemeinde einen Anspruch auf Aufwendungsersatz in Höhe der ortsüblichen

18 *VG Münster*, Beschl. v. 20. 7. 2017 – 6 L 1177/17, BeckRS 2017, 118347, Rn. 16, 17.
19 *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 14), § 14 BbgKitaG, Anm. 3.4.
20 *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 14), § 14 BbgKitaG, Anm. 3.3.
21 Siehe *VG Münster*, Beschl. v. 20. 7. 2017 – 6 L 1177/17, BeckRS 2017, 118347, Rn. 16.
22 *Cramer/Kohlbeger*, Unternehmen Kindertagesstätte – ein praktisches Handbuch zur Übernahme und Führung von Kindertagesstätten im Land Brandenburg: https://mbjs.brandenburg.de/media/lbm1.a.3973.de/Unternehmen_%20Kita_2010.pdf, S. 37, zuletzt aufgerufen am 28. 8. 2019.
23 https://mbjs.brandenburg.de/media/lbm1.a.3973.de/Unternehmen_%20Kita_2010.pdf S. 37, 38, zuletzt aufgerufen am 17. 7. 2019.
24 https://mbjs.brandenburg.de/sixcms/media.php/bb2.a.5813.de/Infoblatt_Beteiligung_Aemter.pdf, zuletzt aufgerufen am 17. 7. 2019.
25 Vgl. *Schewe*, NZFam 2015, 740 (741).
26 *VG Köln*, Urt. v. 26. 6. 2015 – 19 K 128/15, BeckRS 2015, 55850.
27 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 22. 3. 2018 – 6 S 2/18, juris, Rn. 18 ff.
28 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 12. 12. 2018 – 6 S 55/18, juris, Rn. 6; Beschl. v. 24. 9. 2018 – 6 S 44.18, juris, Rn. 4; Beschl. v. 22. 3. 2018 – 6 S 2/18, juris, Rn. 18 ff.; Beschl. v. 14. 11. 2017 – 6 S 43/17, juris, Rn. 4.
29 *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 14), § 14, Anm. 3.1.
30 Vgl. *Kunkel/Kepert*, LPK-SGB VIII, 7. Aufl. (2018), § 74, Rn. 7 ff.
31 *Kunkel/Kepert* (o.Fußn. 30), § 74, Rn. 25.
32 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 24. 9. 2019 – 6 B 1/18 und 6 B 6/18, juris; siehe bereits Beschl. v. 17. 9. 2014 – 6 N 79/13, beck-online; *Baum*, LKV 2015, 289 (292); *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 14), § 16 BbgKitaG, Anm. 3.3.
33 Vgl. Einzelbegründung von § 16 III des Gesetzesentwurfs der Landesregierung für ein Kindertagesstättengesetz, LT-Dr 1/626.

Kaltmiete[34]. Außerdem hat der freie Träger nach § 16 III 2 BbgKitaG einen Anspruch auf Zuschusserhöhung, wenn er die Einrichtung auch bei sparsamer Betriebsführung und nach Ausschöpfung aller zumutbaren Einnahmemöglichkeiten aus dem Betrieb der Kindertagesstätte anders nicht mehr dem Gesetz entsprechend betreiben kann[35].

IV. Steuerung der Kitastandorte über das Vergaberecht?

Demnach trifft in Brandenburg die finanzielle Hauptlast des Kita-Ausbaus die Kommunen. Aufgrund der Begrenztheit von Haushaltsmitteln, müssen die Städte und Gemeinden ihre Finanzierungsverantwortung so ausüben, dass der Betreuungsbedarf optimal erfüllt wird. Hinzu kommt, dass sie wenigstens als Option in Betracht ziehen, Kindertageseinrichtungen selbst zu betreiben – und bei fehlenden Angeboten der freien oder öffentlichen Träger sogar eigene Betreuungsangebote schaffen müssen. Deshalb lag es jedenfalls nahe, auf die kommunale Finanzierung der Kita-Standorte – anknüpfend an die Annahme bilateraler Betreiberverträge zwischen Gemeinde und dem freien Träger – das öffentliche Vergaberecht anzuwenden. Inzwischen ist freilich geklärt, dass nur sehr selten Raum für vergaberechtliche Zuschlagsentscheidung bleibt und insbesondere die Überlassung eines kommunalen Grundstücks im Regelfall keinen vergabepflichtigen öffentlichen Auftrag darstellt.

Das Bundes- und Landesrecht erlaubt verschiedene Formen des Kitabetriebes. In der Praxis sind häufig folgende Konstellationen anzutreffen:

(1) Eine Kommune betreibt ihre eigene Einrichtung mit eigenem Personal auf eigenem Grundstück mit Gebäude („klassische kommunale Trägerschaft").

(2) Ein freier Träger betreibt eine eigene Einrichtung mit eigenem Personal auf einem kommunalen Grundstück mit Gebäude („freier Träger auf kommunalem Grundstück").

(3) Eine Kommune mietet das von einem privaten Investor mit einem Gebäude bebaute Grundstück für eine gewisse Zeit an, um eine eigene Einrichtung mit eigenem Personal zu betreiben („Investorenmodell mit kommunaler Trägerschaft").

(4) Ein privater Träger überlässt einer Kommune Personal für den Kitabetrieb unter deren Trägerschaft („Personalüberlassung").

Für eine vergaberechtliche Einordnung – also die Frage, ob der Betrieb einer Kindertagesstätte Gegenstand eines öffentlichen Auftrags sein kann – orientiert sich die nachfolgende Darstellung an den vorgenannten Konstellationen. Ausgangspunkt ist dabei stets die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag gemäß § 103 GWB (oder eine Konzession nach § 105 GWB) vorliegt. Maßgeblich ist daher zunächst die Frage, worin der – sowohl für den öffentlichen Auftrag als auch die Konzession erforderliche – Vertrag überhaupt zu sehen sein könnte.

1. Kindertageseinrichtung in kommunaler Trägerschaft

Bei der *klassischen kommunalen Trägerschaft* (1) einer Kita handelt es sich um eine wirtschaftliche Betätigung oder um eine öffentliche Einrichtung der jeweiligen Kommune. Unabhängig von der Organisationsform wird das Vergaberecht nur am Rande berührt. So sind die Aufträge im Zusammenhang mit der Planung und der Errichtung des Kita-Gebäudes freilich im Wege von Vergabeverfahren zu beauftragen. Gleiches gilt für die Anschaffung von Möbeln, Kücheninventar etc. Der eigentliche Betrieb der Kita, um den es hier geht, wird aber von der Verwaltung selbst erledigt, so dass das Vergaberecht nicht anwendbar ist.

Beim *Investorenmodell mit einem kommunalen Träger* (3) geht es um eine Konstellation, bei der die Kommune ein ihr gehörendes Grundstück an einen privaten Investor veräußert, dieser dort ein Kita-Gebäude errichtet und dieses anschließend an die Kommune vermietet. Der Betrieb der Einrichtung selbst erfolgt in Trägerschaft der Kommune, so dass insoweit Vergaberecht keine Rolle spielt. Der Vorteil für eine Kommune kann dabei darin bestehen, dass sie nicht ad hoc eine große Investition stemmen muss, sondern stattdessen regelmäßige Mietzahlungen hat. Zudem ist sie nicht für die Errichtung und Instandhaltung des Gebäudes verantwortlich, sondern kann sich hier auf die Position eines Mieters zurückziehen.

Allerdings ist zweifelhaft, ob der private Investor bei der Errichtung des Gebäudes vom Vergaberecht befreit ist. Maßgeblich ist hier die Vorschrift des § 103 III 2 GWB. Nach dieser Vorschrift liegt ein Bauauftrag auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt[36] und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Sichert sich die Kommune im Vertragsverhältnis zum privaten Investor entsprechende Mitspracherechte, wird auch die Errichtung des Gebäudes als Bauauftrag anzusehen sein. Ein entscheidender Aspekt ist dabei auch, ob das Gebäude nur für den Betrieb einer Kindertagesstätte geeignet ist oder ob auch andere Nutzungen möglich sind.

Ebenso sind Modelle zu bewerten, bei denen die Kommune ein Grundstück mit Gebäude vorhält und das Konzept der Einrichtung vorgibt. Im Rahmen ihrer Organisationsbefugnis kann sie sich das für den Kitabetrieb erforderliche Personal von einem Privaten, z.B. einem freien Träger, durch Personal-

34 *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 24. 9. 2019 – 6 B 6/18, juris, Rn. 20; *Baum*, LKV 2015, 289 (293), unter Verweis auf *VG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 12. 6. 2013 – 6 K 913/11, n.v.

35 *Baum*, LKV 2015, 289 (294); *Herrmann*, LKV 2018, 392 (394).

36 Dies ist weit zu verstehen und kann u.a. auch dann vorliegen, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt, wie es in solchen Konstellationen wie der hier besprochenen wohl der Fall sein wird; *EuGH*, 25. 3. 2010 – C-451/08, NZBau 2010, 321, Rn. 51. Siehe auch *Hüttinger*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. (2017), § 103 GWB, Rn. 148 ff.

überlassung bereitstellen lassen. Die Betriebserlaubnis i.S. § 45 I SGB VIII ergeht in diesen Fällen regelmäßig an die Kommune, die als Trägerin sowohl die organisatorische Verantwortung als auch die nicht refinanzierten Kosten trägt. Die Personalüberlassung als solche ist ein Dienstleistungsauftrag gemäß § 103 IV GWB. Die Kommune, die solche Leistungen nachfragt, ist dementsprechend zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichtet. Abhängig vom Auftragswert gemäß § 3 VgV sind entweder die VgV für den Oberschwellenbereich oder die UVgO für den Unterschwellenbereich zur Anwendung zu bringen.

2. Kindertageseinrichtung in freier Trägerschaft

Betreibt ein *freier Träger auf einem kommunalen Grundstück* (2) eine Einrichtung, liegt kein öffentlicher Auftrag der Gemeinde vor:

In allen Bundesländern ist der freie Träger einer Kindertageseinrichtung selbst für den Betrieb seiner Einrichtung verantwortlich. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen im Rahmen des Rechtsanspruchs gem. § 24 II SGB VIII (ab dem vollendeten ersten Lebensjahr) wird – soweit der Träger der öffentlichen Jugendhilfe sie nicht selbst erbringt – im sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis abgewickelt[37]. Während die freien Träger der Kindertageseinrichtung die Bildungs- und Betreuungsleistung gegenüber den Leistungsberechtigten (und ggf. den Eltern als Vertragspartnern) auf der Grundlage eines privatrechtlichen Betreuungsvertrags erbringen, bestehen nach §§ 74, 74 a SGB VIII sowie nach Maßgabe des Landesrechts im Verhältnis zum örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und zu den Standortgemeinden Förderverhältnisse. Dementsprechend erbringt der freie Träger die Betreuung eines Leistungsberechtigten oder den Betrieb einer ganzen Kindertagesstätte nicht im Auftrag der Standortgemeinde. Ein Vertrag zwischen einer Gemeinde und einem freien Träger ist deshalb nicht als öffentlicher Auftrag über die Beschaffung von Leistungen (§ 103 I GWB) einzuordnen.

Unabhängig von der Bereitstellung oder gegenständlichen Überlassung eines Betriebsgrundstücks stellt ein zwischen Kommune und Träger abgeschlossener „Betreibervertrag" ebenso wie ein z.T. vorkommender Überlassungsvertrag regelmäßig keinen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 I GWB dar:

a) Betreibervertrag kein Anknüpfungspunkt für öffentlichen Auftrag

In der Praxis sind häufig sog. Betreiberverträge anzutreffen, welche die Standortgemeinde mit dem jeweiligen freien Träger über den Betrieb der Einrichtung abgeschlossen hat. Diese Betreiberverträge sind kein tauglicher Anknüpfungspunkt für einen öffentlichen Auftrag gem. § 103 I GWB, da sie keinen entgeltlichen Vertrag in diesem Sinne darstellen.

aa) Kein Vertrag im Sinne des § 103 I GWB. Bei einem Betreibervertrag in der vorliegenden Konstellation handelt es sich im Land Brandenburg lediglich um eine (fakultative) Konkretisierung des sich bereits aus § 16 III BbgKitaG ergebenden Anspruchs des Trägers auf Kostenerstattung. Wie oben erläutert, besteht bereits nach § 16 III 1 BbgKitaG ein Anspruch des freien Trägers auf Überlassung oder Finanzierung eines Grundstücks mit Gebäude durch die Gemeinde. Zudem trägt sie die bei sparsamer Betriebsführung notwendigen Bewirtschaftungs- und Erhaltungskosten für Gebäude und Grundstück. Vertragliche Regelungen mit diesem Inhalt sind rein deklaratorischer Natur, da sich die gemeindliche Verpflichtung zur Förderung des freien Trägers schon konkret aus dem Gesetz selbst ergibt. Voraussetzung für die Finanzierung ist lediglich, dass der jeweilige Bedarfsplan die Einrichtung als erforderlich ausweist[38]. Gemäß § 12 III BbgKitaG ist eine Beteiligung sowohl der Gemeinde als auch der freien Träger an der Bedarfsplanung erforderlich.

bb) Vertrag nicht entgeltlich im Sinne des § 103 I GWB. Jedenfalls fehlt es an der Entgeltlichkeit des Vertrages. Denn eine Entgeltlichkeit ist nur gegeben, wenn für eine Leistung („Kitabetrieb") eine entsprechende Gegenleistung erbracht wird. Aus § 16 III 1 BbgKitaG ergibt sich aber schon eine Bereitstellungsverpflichtung der Gemeinde, also des Auftraggebers, gegenüber dem Träger, der hier Auftragnehmer wäre. Somit liegt hier auch kein entgeltlicher Vertrag vor. Die „Gegenleistung" wird schon aufgrund des Gesetzes selbst erbracht, sodass es sich bereits nicht um einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 103 I GWB handelt[39].

An der Gegenleistung, die für die Entgeltlichkeit erforderlich ist, fehlt es auch in den Fällen, in denen ein Unternehmen bei Erfüllung bestimmter Kriterien einen Anspruch auf die Leistung hat, selbst wenn dies auf vertraglicher Grundlage geschieht[40]. Auch in anderen Bundesländern, in denen ein Anspruch von Kindertageseinrichtungen in freier Trägerschaft oder von gewerblichen Trägern gegen die Standortgemeinde auf (anteilige) Finanzierung der Betriebskosten ausgestaltet ist[41], dürfte es deshalb an einem „öffentlichen Auftrag" im Sinne des § 103 I GWB fehlen.

cc) Gesetzliche Bindung der Überlassungsentscheidung an Kita-Bedarfsplan. Hat die Gemeinde einem freien Träger ein Kita-Grundstück und -Gebäude überlassen, ist für dessen anderweitige Vergabe ohnehin kein Raum mehr, solange der Betrieb der Kindertageseinrichtung durch Ausweisung als erforderlich im Bedarfsplan öffentlich-rechtlich Anerkennung erfährt. Die landesrechtliche Ausgestaltung in § 16 III 1 BbgKitaG knüpft die Grundstücksüberlassungs- oder Kostenerstattungspflicht der Gemeinde allein an die Aufnahme der Einrichtung in den Kita-Bedarfsplan nach § 12 III BbgKitaG.

37 *Wiesner*, LKV 2016, 433 (439) m.w.N.; für die Dauer der Hilfeleistung stellt die Rechtsprechung neuerdings sogar auf die Dauer des jeweiligen Betreuungsvertrags des Leistungsberechtigten zum kommunalen oder freien Träger ab: *BVerwG*, Urt. v. 23. 10. 2018 – 5 C 15/17, Rn. 30 f., BVerwGE 163, 262.

38 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 28. 8. 2019 – 6 S 43/19, LKV 2019, 467 (in diesem Heft) = juris, Rn. 7; *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 14), § 16, 3.2.

39 *Hüttinger* in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. (2017), § 103 GWB, Rn. 72, beck-online.

40 *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2009, 273 (274), für den Fall des gesetzlichen Anspruchs von Unternehmern gegen Krankenkassen auf Zulassung zur Erbringung bestimmter Leistungen.

41 Vgl. § 8 BWKiTaG; §§ 32 ff. HessKJGB; § 20 MVKiFöG; § 17 II SächsKitaG; § 25 IV KitaG SH (Vertragsvorbehalt).

Deshalb hat das *OVG Berlin-Brandenburg* einer Gemeinde, die sich durch Kündigung des deklaratorischen Überlassungsvertrags das an den freien Träger überlassene Grundstück zurückverschaffen wollte, jegliches „rechtlich anerkennenswerte Interesse" abgesprochen, von der Finanzierungspflicht (bis zum Abschluss des gegen die Kündigung geführten Hauptsacheverfahrens) abzuweichen[42].

b) Überlassungsvertrag kein Anknüpfungspunkt für einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 103 I GWB

Daneben stellt die Überlassung eines im Eigentum der Gemeinde stehenden Grundstücks und Gebäudes im Regelfall keinen öffentlichen Auftrag dar.

aa) Kein Beschaffungsgeschäft. Zwar könnte man bei den in der Praxis häufig anzutreffenden Überlassungsverträgen zwischen Kommune und freiem Träger zunächst an einen Vergabevorbehalt denken. Bei einem derartigen Überlassungsvertrag handelt es sich allerdings nicht um einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 103 I GWB. Denn Zweck des europäischen Vergaberechts ist es, einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten der Mitgliedsstaaten herzustellen. Damit ist eine Marktberührung des betreffenden Vorgangs notwendig, also ein Tätigwerden des öffentlichen Auftraggebers als *Nachfrager* auf einem Beschaffungsmarkt[43].

Bei einer reinen Veräußerung oder Vermietung von gemeindlichem Eigentum handelt es sich schon begrifflich nicht um einen Beschaffungsvorgang. Die öffentliche Hand wird nicht als Nachfrager von Leistungen, sondern als deren Anbieter tätig[44]. Durch die Überlassung eines Kita-Gebäudes – sei es als Miete, Pacht oder Erbbaupacht – an einen freien Träger beschafft die Kommune somit keine Leistungen. Sie wird vielmehr als Anbieterin am Markt tätig. Ein öffentlicher Auftrag liegt daher nicht vor[45].

bb) Auswahlentscheidung muss rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen. Denkbar sind schließlich Konstellationen, bei denen die Gemeinde mit Erschließungsträgern, gewerblichen Unternehmen oder freien Kita-Trägern, deren Einrichtungen noch nicht in die Bedarfsplanung aufgenommen sind, über die „Ansiedlung" bzw. Neuerrichtung von Kita-Standorten verhandelt. Selbst in diesen Fällen, in denen die Gemeinde durch freiwillige Bereitstellung ihrer Grundstücke zur Realisierung eines Kindertagesbetreuungsangebots in freier Trägerschaft maßgeblich beiträgt, ist sie nicht von rechtlichen Bindungen freigestellt: Ungeachtet der Einhaltung ortsrechtlicher Verfahrensregelungen für diese (Auswahl-) Entscheidungen und der Beachtung von den Grundrechten und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften[46] bleiben die Gemeinden an rechtsstaatliche Standards gebunden. Dazu gehört insbesondere der Transparenzgrundsatz, welcher gemeinhin aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 I GG sowie dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 I und Abs. 3 GG abgeleitet wird[47]. Der *EuGH* leitet das Transparenzgebot direkt aus dem Primärrecht, namentlich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ab[48].

cc) Baukonzession als Ausnahmefall. Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts kommt man allenfalls, wenn der Überlassungsvertrag durch die Aufnahme zusätzlicher Verpflichtungen des Vertragspartners der Kommune als Baukonzession anzusehen ist. Kennzeichnend für eine Konzession ist gemäß § 105 II 1 GWB, dass das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks auf den Konzessionsnehmer übergeht. Zudem muss der Konzessionsgeber die Verpflichtung zur Errichtung des Gebäudes einklagen können[49]. In einem solchen Sachverhalt hat das *OVG Lüneburg* eine Konzessionsvergabe bejaht[50].

V. Grundsätze der Trägerauswahl

Für die Entscheidung, welche Kindertageseinrichtungen in die Bedarfsplanung aufgenommen werden sollen, hat die Rechtsprechung praxistaugliche Maßstäbe entwickelt, die einen Rückgriff auf das Vergaberecht entbehrlich erscheinen lassen. Die Ermessensentscheidung über die Trägerauswahl darf vor Differenzierungskriterien nicht die Augen verschließen[51]. Das *BVerwG* hat festgestellt, dass für das Kriterium der Angebotsvielfalt (§ 3 I SGB VIII) auch eine inhaltliche Bewertung der Angebote erforderlich ist: Dabei komme der pädagogischen Ausrichtung eines Kindergartens (z.B. als kirchlicher oder Waldorfkindergarten) sowie seiner Betreuungsorganisation (z.B. in Bezug auf Vor- und Nachmittagsgruppen) besondere Bedeutung zu. Auch für den Umfang der Förderung gem. §§ 74, 74 a SGB VIII bedürfe es einer besonderen Begründung, warum angebotene Kindergartenplätze mit einem bestimmten pädagogischen Konzept trotz anhaltender Nachfrage anders als solche mit weniger gefragter Ausrichtung nicht gefördert werden[52]. Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 5 I 1 SGB VIII ermächtigt die Leistungsberechtigten, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche zu äußern. Der elterlichen Nachfrage nach einer bestimmten pädagogischen Kindertagesbetreuung und der darin zum Ausdruck kommenden Erziehungsentscheidung hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gem. Art. 6 II 1 GG auch bei der Auswahlentscheidung über Förderungsleistungen und – wenn dies hierfür die Voraussetzung ist – die Ausweisung der zur Bedarfserfüllung

42 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 28. 8. 2019 – 6 S 43/19, LKV 2019, 467 (in diesem Heft) = juris, Rn. 12.

43 *Ziekow,* in: *ders./Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. (2018), § 103 GWB, Rn. 8.

44 *Hüttinger* in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. (2017), § 103 GWB, Rn. 65 f., beck-online; *Stein* in: BeckOK Vergaberecht, 6. Ed. (31. 1. 2018), § 103 GWB, Rn. 52, beck-online; zu § 99 GWB aF: *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2014), § 99 GWB, Rn. 36.

45 Vgl. *OVG Münster*, Beschl. v. 9. 4. 2018 – 15 E 219/18, juris, Rn. 13.

46 *OVG Münster*, Beschl. v. 30. 6. 2000 – 21 E 472/00, juris, Rn. 19.

47 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 29. 10. 2018 – 10 ME 363/18, juris, Rn. 21 ff; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 13. 12. 2017 – 27 U 25/17, juris, Rn. 41; *VGH Kassel*, Beschl. v. 16. 10. 2015 – 8 B 1028/15, juris, Rn. 49; *OVG Münster*, Beschl. v. 25. 7. 2018 – 4 B 1065/18, BeckRS 2018, 25239, Rn. 4; *Braun*, NZBau 2016, 266 (267); *Höfler*, NZBau 2010, 73 (74).

48 *EuGH*, Urt. v. 6. 4. 2006 – C-410/04, juris Rn. 21; Urt. v. 13. 12. 2013 – T-165/12.

49 *Thiel*, ZfBR 2017, 561 (562).

50 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 29. 10. 2018 – 10 ME 363/18, juris, Rn. 7.

51 Vgl. *VGH Kassel*, Urt. v. 6. 9. 2005 – 10 UE 3025/04, juris.

52 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 25. 4. 2002 – 5 C 18/01, z.B. *BVerwGE* 116, 226 (232).

notwendigen Einrichtungen Geltung zu verschaffen[53]. Ebenso müssen Aspekte der wohnortnahen oder sonst räumlich bedingten Angebotsgestaltung in die Auswahlentscheidung einfließen und z.B. die räumliche Nähe von Horteinrichtungen zu Grundschulen, Wohngebieten oder die Kumulation von Angeboten in Wohnsiedlungen mit einer hohen Anzahl von Familien mit Kindern berücksichtigen, die eine hinreichende Auslastung des Betreuungsangebots erwarten lassen.

Die auf das „wie" der Bedarfserfüllung gerichtete Entscheidung steht jedoch grundsätzlich dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu. § 79 II 1 Nr. 1 SGB VIII konkretisiert die Verpflichtung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, dass zur Erfüllung seiner Aufgaben (u.a. nach § 24 II SGB VIII) die erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen, und begründet damit eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, dass eine dem Bedarf entsprechende Anzahl von Betreuungsplätzen vorgehalten wird[54]. Entzieht der Gesetzgeber der Standortgemeinde die Planungsverantwortung für das bedarfsgerechte Kita-Angebot, mag der Gemeinde bei Grundstücksveräußerungen oder freiwilligen Grundstücksüberlassungen eine Auswahl nach bedarfsbezogenen Kriterien nicht verwehrt sein. Für den verbindlichen Ausschluss einzelner Kindertageseinrichtungen aus der – ggf. aus Gleichbehandlungsgründung zu gewährenden – Förderung fehlt es hingegen an einer öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit.

VI. Fazit

Für den Auf- und Ausbau einer bedarfsgerechten Struktur von Kindertageseinrichtungen kommt den Standortgemeinden eine Schlüsselrolle zu. Dabei bestehen in den Bundesländern verschiedene Regelungstypen, wie – neben der eigenen Trägerschaft kommunaler Einrichtungen – die Standortgemeinden in die Finanzierung von Betriebskosten einbezogen sind. Sofern es um die Bereitstellung von Grundstücken und Gebäuden für Kindertageseinrichtungen anderer, insbesondere freier Träger oder um die Gleichbehandlung bei der Refinanzierung der hierfür entstehenden Kosten geht, kommt ihnen regelmäßig keine Entscheidungsbefugnis zu, einzelne Träger am Betrieb einer aus Bedarfsgründen notwendigen Kindertageseinrichtung zu hindern. Zwar mögen die Gründe („Knappheit von Haushaltsmitteln") nachvollziehbar sein, aus denen Standortgemeinden versuchen, Kindertageseinrichtungen freier Träger auf den gemeindeeigenen Grundstücken mit Hilfe vergaberechtlicher Ausschreibungen und Zuschlagentscheidungen zu steuern. Jedoch fehlt es in diesen Fällen bereits an einem – die Anwendung vergaberechtlicher Regeln erzwingenden – öffentlichen Auftrag: Sowohl den Betrieb der Kindertageseinrichtung im Ganzen als auch die konkreten Betreuungsverhältnisse zu den Leistungsberechtigten erbringt der Träger einer Kindertageseinrichtung in eigener unternehmerischer bzw. jugendhilferechtlicher Verantwortung und nicht im entgeltlichen Auftrag der Standortgemeinde.

53 Vgl. zum Ganzen *VGH Mannheim*, Urt. v. 18. 12. 2006 – 12 S 2474/06, juris.

54 *BVerwG*, Urt. v. 26. 10. 2017 – 5 C 19/16, *BVerwGE* 160, 212 ff. = juris, Rn. 30.