



**Florian Kraus  
Stadtschulrat**

An die  
Stadtratsfraktion  
der CSU mit FREIE WÄHLER

Rathaus

Datum 06.11.2024

Kinderbetreuung in München – gewerbliche Träger mit Betrauungsakten in die städtische Betreuungsfamilie einbeziehen

Antrag Nr. 20-26 / A 04906 von Frau StRin Beatrix Burkhardt, Herrn StR Hans-Peter Mehling, Herrn StR Matthias Stadler, Frau StRin Alexandra Gaßmann vom 11.06.2024, eingegangen am 11.06.2024

Sehr geehrte Frau Stadträtin Burkhardt,  
sehr geehrter Herr Stadtrat Mehling,  
sehr geehrter Herr Stadtrat Stadler,  
sehr geehrte Frau Stadträtin Gaßmann,

im oben angeführten Antrag vom 11.06.2024 fordern Sie das Referat für Bildung und Sport auf, dem Stadtrat ein Konzept vorzulegen, bei dem gewerbliche Träger der Kinderbetreuung stadtteildifferenziert mittels eines Betrauungsaktes die Kinderbetreuungsaufgaben für die Landeshauptstadt München übernehmen und dabei darzustellen, in welchen Stadtteilen derzeit die „staatliche Kinderbetreuungsaufgabe“, welche eine Betrauung im Sinne einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) in Sinne des Europarechts erlaubt, nicht vollständig erfüllt wird, damit eine binnendifferenzierte Bedarfsermittlung erfolgen kann.

Ihr Einverständnis vorausgesetzt, erlauben wir uns, Ihren Antrag mit diesem Schreiben zu beantworten.

Hierzu kann ich Ihnen Folgendes mitteilen:

Da der Antrag an das Referat für Bildung und Sport gerichtet ist, gehen wir davon aus, dass der Antrag inhaltlich nicht auf unmittelbare allgemeine Wirtschaftsförderung im Sozialbereich abzielt, denn hierfür wäre gemäß Ziffer 7.2 Aufgabengliederungsplan das Referat für Arbeit und Wirtschaft zuständig.

1. Zum geltenden gesetzlichen System der Kindertagesbetreuung in Bayern:

Es ist die Idee der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), eigene (staatliche bzw. kommunale) Aufgaben abzugeben. In Bayern gibt es jedoch keine gesetzliche Vorgabe, eigene Kitas zu betreiben. Z. B. haben viele Landkreise (die wie die Landeshauptstadt München als kreisfreie Stadt als Verantwortliche für den Rechtsanspruch fungieren) keine eigenen Kindertageseinrichtungen. Im Gesetz (SGB VIII und BayKiBiG) ist vielmehr der sogenannte Subsidiaritätsgrundsatz, d. h. der Vorrang der freien Jugendhilfe, geregelt. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sorgen mit der Förderung der freien Jugendhilfe auch nicht für die Erfüllung eigener Aufgaben, sondern unterstützen „lediglich“ die freie Jugendhilfe bei der Erfüllung von Aufgaben, die diese sich selbst gestellt hat (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 6. Dezember 2021 – 12 CE 21.2846 –, Rn. 7, juris).

2. Der Antrag geht davon aus, dass die Kinderbetreuung in München nicht vollständig erfüllt werde. Dies ist jedoch nicht der Fall, es stehen grundsätzlich genügend Kinderbetreuungsplätze zur Verfügung. Diese werden in vielen Formen angeboten, z. B. in Kindertageseinrichtungen, Kindertagespflegestellen, schulischen Ganztagsangeboten, Mittagsbetreuungen, Spielgruppen etc. Insbesondere auch die Einrichtungen gewerblicher Träger sind zur allgemeinen Bedarfsdeckung eingeplant (§§ 79 ff. SGB VIII). Auch wenn die Bedarfsversorgung teilweise nicht einfach ist, erhalten alle anspruchsberechtigten Kinder einen bedarfsgerechten Betreuungsplatz. Für den Antrag gibt es daher keinen Anwendungsbereich.

3. Die beihilferechtlichen Voraussetzungen lägen nicht vor: Nach dem Antrag sollen künftig gewerbliche Träger der Kinderbetreuung stadtteildifferenziert im Sinne einer DAWI betraut werden. Sollen aber in diesem Rahmen öffentliche Mittel selektiv nur bestimmten, vorliegend gewerblichen Trägern zugewendet werden, muss aufgrund des EU-Beihilfenrechts (sofern in diesem Bereich überhaupt anwendbar)

a) diesen Trägern eine über die Tätigkeit der anderen Träger hinausgehende besondere Aufgabe übertragen worden sein, die ohne die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs nicht erfüllt würde (vergleiche auch Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV) und

b) sich diese besondere Aufgabe von der Tätigkeit der ohne diese Unterstützung am Markt tätigen Unternehmen unterscheiden

(vergleiche BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14 –, „Kreiskliniken Calw“, Rn. 41, juris sowie Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. vom 11.1.2012 C 8/4, Rn. 47).

In der vorliegenden Konstellation ist bereits die Voraussetzung a) fraglich, da in Bayern kein Rechtsanspruch auf kostenfreie oder -günstige Betreuung in Kindertageseinrichtungen besteht und die Wirtschaftliche Jugendhilfe mit § 90 Abs. 4 SGB VIII eine anderweitige gesetzliche Finanzierung vorsieht (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26.10.2017 -5 C 19.16). Auch die zusätzlich zu erfüllende Voraussetzung b) liegt nicht sicher vor, da die Tätigkeit sämtlicher Träger gleich ist und es allein um die Abdeckung bei gesetzlich zugelassenen gewerblichen Trägern anfallender Sonderkosten geht. Besonderheiten im Ziel der Betrauung, wie etwa die Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems (vergleiche BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14 –, „Kreiskliniken Calw“, Rn. 42,

juris), sind auch angesichts der genannten gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht einschlägig. Schließlich steigt bei einer Fokussierung auf gewerbliche Träger und deren finanzielle Interessen die wettbewerbliche und kommerzielle Dimension (vergleiche hierzu EuG, Urteil vom 07.11.2012, T-137/10, Celex-Nr. 62010TJ0137, „CBI“, Rn. 89, juris), so dass Abstriche bei den Voraussetzungen nicht in Betracht kommen.

4. Selbst eine zulässige Betrauung samt Erfüllung der diesbezüglichen Transparenz- und Überwachungserfordernisse hätte nur zur Folge, dass die Notifizierungspflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV entfielen, nicht jedoch, dass die Landeshauptstadt München auch von der Einhaltung ansonsten bestehender rechtlicher Vorgaben befreit wäre.

a) Im Zuwendungsbereich (Handlungsform Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Zuwendungsvertrag als etwaiger Betrauungsakt) gälte damit weiterhin das Verbot der Gewinnförderung (vergleiche z. B. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24. November 2015 – 13 A 2239/14 –, Rn. 53, juris sowie VG Münster, Urteil vom 25. September 2014 – 10 K 2537/11 –, Rn. 71, juris).

b) Ansonsten (Handlungsform öffentlich-rechtlicher Vertrag oder privatrechtlicher Vertrag als etwaiger Betrauungsakt – letzteres ohnehin fraglich, vergleiche zum erforderlichen hoheitlichen Ursprung EuG, Urteil vom 07.11.2012, T-137/10, Celex-Nr. 62010TJ0137, „CBI“, Rn. 109, juris) gelten die Grundrechte samt dem allgemeinen Gleichheitssatz sowie die Strukturprinzipien des Kinder- und Jugendhilferechts. Somit können außerhalb des Förderrechts Vereinbarungen zur rechtsanspruchsgesicherten Betreuung in Kindertageseinrichtungen nicht exklusiv nur mit einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern verhandelt und abgeschlossen werden (vergleiche Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 6. Dezember 2021 – 12 CE 21.2846 –, Rn. 5 juris zur Schulsozialarbeit nach §§ 13, 13a SGB VIII).

5. Wenn man – entgegen dem Ansinnen des Antrags – eine flächendeckende Betrauung vornehmen wollte, so würden jedenfalls einige der oben unter 3. und 4. angesprochenen Probleme dennoch bestehen bleiben. Es käme hinzu, dass außerhalb des Zuwendungsbereichs dann das Kostenkorrektiv des Vergaberechts entweder aufgrund von einzelnen Monopolstellungen hinsichtlich der jeweiligen Einrichtungsräumlichkeiten leerliefe oder bereits für rechtsanspruchsgesicherte Betreuung in Kindertageseinrichtungen generell nicht anwendbar wäre (vergleiche Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 6. Dezember 2021 – 12 CE 21.2846 –, Rn. 5 und 9 juris – insofern könnte man auch eine Sperrwirkung für die Handlungsform Vertrag annehmen). Im Übrigen würde die Bestimmung der Höhe der Ausgleichsleistung von einer Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Tatsachen abhängen (vergleiche BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14 –, Rn. 79, juris), was bei Massenverfahren kaum zu leisten ist. Eine außerhalb des Zuwendungsbereichs eventuell hinzukommende Umsatzsteuerbelastung würde ein solches Vorgehen auch unter dem Gesichtspunkt von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 61 Abs. 2 S. 1 GO) untragbar machen.

6. Der Verweis auf Betrauungen im Bereich des ÖPNV oder der München Klinik führt zu keiner anderen Bewertung. Für diese gelten auf der Ebene der Europäischen Union wie auf der Ebene der Mitgliedstaaten jeweils völlig andere gesetzliche Rahmenbedingungen. Der Bereich des ÖPNV unterfällt beihilferechtlich teilweise der Spezialregelung des Art. 93 AEUV, so dass insofern keine Betrauung als DAWI vorliegt. Auf die beihilferechtlichen Besonderheiten im Krankenhaussektor wurde oben unter 3. bereits hingewiesen. Schließlich werden die angesprochenen Betrauungen seitens der Landeshauptstadt München häufig verwaltungseffektiv mittels der kommunalen Beteiligungssteuerung abgewickelt, was bei Dritten nicht in Betracht kommt.

Ich bitte um Kenntnisnahme der vorstehenden Ausführungen und gehe davon aus, dass die Angelegenheit damit abgeschlossen ist.

Mit freundlichen Grüßen

Gez.

Florian Kraus  
Stadtschulrat