

## **Rechtsfragen der Förderung von Kindertagesstätten nach der Münchner Förderformel MFF**

### **Rechtsgutachten**

zu der Frage:

„Keine Förderung ohne Voraussetzungen! – Besteht ein Anspruch seitens Träger von Kindertageseinrichtungen bzw. der entsprechenden Eltern auf Förderung im Rahmen der Münchner Beitragsentlastung ohne Teilnahme der jeweiligen Kindertageseinrichtung am Fördermodell der Landeshauptstadt München (Münchner Förderformel), welche diese Beitragsentlastung beinhaltet?“

erstellt im Auftrag der Landeshauptstadt München

von

*Prof. Dr. Christoph Degenhart*

Universität Leipzig - Juristenfakultät

## Inhalt

<b>Vorbemerkung: Gutachtensauftrag</b> .....	<b>3</b>
<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>3</b>
<b>I. Sachverhalt – Anlass und Gegenstand</b> .....	<b>5</b>
1. Förderung von Kindertageseinrichtungen Bayern nach BayKiBiG.....	5
2. Zusätzliche Förderung durch die Landeshauptstadt München.....	6
a) Münchner Förderformel – die nähere Fragestellung.....	6
b) Umfang der Förderung und reduzierte Elternentgelte.....	7
c) Voraussetzungen für die Förderung nach MFF.....	8
<b>II. Förderrichtlinien und Gleichheitssatz – Voraussetzungen eines Anspruchs auf Förderung</b> .....	<b>9</b>
1. Förderformel und Grundrechte – die maßgebliche Fragestellung.....	9
2. Verwaltungsvorschriften und Gleichheitsbindung.....	10
<b>III. MFF und Grundrechte der Träger der Einrichtungen: Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG</b> .....	<b>12</b>
1. Maßstäbe: Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.....	12
a) Grundrechte als Maßstabsnormen.....	12
b) Berufsfreiheit, Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeit.....	13
2. Grundrechtsbetroffen der Träger: Art. 12 Abs. 1 GG – Eingriff?.....	15
a) Grundrechtstatbestand.....	15
b) Grundrechtseingriff?.....	16
aa) Eingriffsbegriff.....	16
bb) Keine gezielte Förderung einzelner Unternehmen.....	16
cc) Verhaltenspflichten als Obliegenheiten.....	18
Zwischenergebnis:.....	19
3. Art. 3 Abs. 1 GG.....	20
4. Gemeinwohlgründe - Förderungsvoraussetzungen.....	22
a) Familienentlastung als übergreifende Zielsetzung – allgemeine Förderungsvoraussetzungen.....	22
b) Insbesondere: Begrenzung und Staffelung der Elternbeiträge.....	23
c) Insbesondere: Besserstellungsverbot.....	26
5. Folgerungen – Verhältnismäßigkeit.....	26
a) Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG - Hilferwägungen.....	26
b) Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.....	28
aa) Differenzierungsgründe und Verhältnismäßigkeit.....	28
bb) Gleichheitssatz und SGB VIII.....	29
<b>IV. Grundrechte der Eltern, Art 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ?</b> .....	<b>33</b>
<b>V. Verstoß gegen europäisches Recht?</b> .....	<b>34</b>
1. Grundfreiheiten des AEUV.....	34
2. Diskriminierungsverbote?.....	35
3. Beschränkungsverbote?.....	35
<b>Ergebnis</b> .....	<b>36</b>

## **Vorbemerkung: Gutachtensauftrag**

Die Landeshauptstadt München hat mich beauftragt, rechtsgutachtlich zu prüfen, ob ein Anspruch seitens Träger von Kindertageseinrichtungen bzw. der entsprechenden Eltern auf Förderung im Rahmen der Münchner Beitragsentlastung ohne Teilnahme der jeweiligen Kindertageseinrichtung am Fördermodell der Landeshauptstadt München (Münchner Förderformel) besteht.

## **Zusammenfassung**

Die Frage ist zu verneinen. Maßgeblich hierfür sind die nachstehend zusammenfassend wiedergegebenen Erwägungen.

### **I.**

Zusätzlich zur Förderung nach BayKiBiG unterstützt die Landeshauptstadt München Kindertageseinrichtungen auf freiwilliger Basis im Rahmen der „Münchner Förderformel (MFF)“. In ihrer seit 1. September 2019 anwendbaren Fassung führen die Förderrichtlinien zu einer deutlichen Entlastung bei den Elternbeiträgen, bei Kindergärten sogar zur Beitragsfreiheit. Die Förderung nach der MFF erhält auf Antrag jeder freigemeinnützige oder sonstige Träger einer Einrichtung, der bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Sie betreffen u.a. die Betreuungsrelation, eine Begrenzung und einkommensbezogene Staffelung der Elternentgelte, die Aufnahme von Kindern mit Rechtsanspruch und ein Besserstellungsverbot für Beschäftigte.

### **II.**

Träger von Einrichtungen, die nicht an der MFF teilnehmen wollen, sehen sich hierdurch in verfassungswidriger Weise benachteiligt. Es geht im Kern um die Frage, von welchen Voraussetzungen die Stadt freiwillige Leistungen zur Beitragsentlastung von Eltern abhängig machen darf.

### **III.**

1. Für die freiwillige Förderung nach der MFF sind weite Ermessensspielräume anzuerkennen. Zu beachten sind die Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG.

2. Der Betrieb einer Kindertageseinrichtung fällt in den Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Hieraus ist jedoch kein Anspruch auf Zuwendungen abzuleiten. Wenn diese an die Erfüllung bestimmter Voraus-

setzungen nach der MFF geknüpft werden, ist dies kein Eingriff in das Grundrecht. Es erfolgt auch keine gezielte Förderung einzelner Unternehmen. Die nach den Richtlinien festgelegten Obliegenheiten der Zuwendungsempfänger lassen deren Handlungsfreiheit unberührt.

3. Ein Ausschluss von der Förderung nach der MFF muss jedoch auf sachgerechten Gemeinwohlerwägungen beruhen.

4. Sie sind für die MFF durchweg zu bejahen. Für die Entlastung der Eltern ist dies offensichtlich. Die Begrenzung der Elternbeiträge und ihre einkommensbezogene Staffelung sind Voraussetzung für die Verwirklichung des Subventionszwecks. Das Anforderungsprofil nach der MFF ist sachgerecht. Dass Einrichtungen, die zum Subventionsziel nicht beitragen, keine Zuwendungen nach der MFF erhalten, ist folgerichtig. Sachgerecht ist auch das im Subventionsrecht durchweg geltende Besserstellungsverbot.

5. a) Selbst dann, wenn ein berufsbezogener Eingriff bejaht werden sollte, wäre dieser doch nach dem Vorgesagten gerechtfertigt. Nur bedingt nachvollziehbar ist der Einwand der mangelnden „Kohärenz“

b) Dass Träger von Einrichtungen, die sich den Voraussetzungen der MFF nicht „unterwerfen“ wollen, hiernach nicht gefördert werden, steht auch im Einklang mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Es handelt sich um unterschiedliche Sachverhalte; Teilnahme an der MFF und Anerkennung ihrer Voraussetzungen sind sachgerechte Anknüpfungspunkte. Im Übrigen sind die Bedingungen für alle Träger gleich. Die Grundsätze des § 47 Abs. 5 SGB VIII geben zu keiner anderen Beurteilung Anlass. Trägerpluralität und damit auch das Wahlrecht der Eltern sind gewahrt, ebenso die Grundsätze der Selbständigkeit der freien Jugendhilfe und Organisationshoheit.

#### IV.

In das elterliche Erziehungsrecht des Art. 6 Abs. 2 GG wird nicht eingegriffen. Für das Recht der Eltern, ihre Erziehungsvorstellungen zur Geltung zu bringen, gilt, was zum Wahlrecht nach SGB VIII gesagt wurde. Ihr Interesse an einem besonderen pädagogischen Konzept begründet keine Leistungsansprüche.

#### V.

Ein Verstoß gegen Grundfreiheiten des AEUV scheidet aus. Es erfolgt keine Differenzierung nach Staatsangehörigkeit. Anhaltspunkte für eine wie immer geartete direkte oder indirekte Diskriminierung sind auch nicht ansatzweise erkennbar. Der grenzüberschreitende Marktzugang wird nicht berührt. -

#### I. Sachverhalt – Anlass und Gegenstand

## 1. Förderung von Kindertageseinrichtungen Bayern nach BayKiBiG

Kindertageseinrichtungen erhalten im Freistaat Bayern Förderung nach den Bestimmungen des BayKiBiG.

- Bayerisches Gesetz zur Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege (Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz - BayKiBiG) vom 8. Juli 2005, GVBl S. 236, zul. geänd. durch G.v. 23. Dezember 2019, GVBl. S. 747. –

Kindertageseinrichtungen sind nach den Begriffsbestimmungen in Art. 3 BayKiBiG Kinderkrippen, deren Angebot sich überwiegend an Kinder unter drei Jahren und Kindergärten, deren Angebot sich vor allem an Kinder ab drei Jahren bis zum Schuleintritt richtet, sowie Horte für Schulkinder und Kinderhäuser für Kinder unterschiedlicher Altersgruppen. Die Träger der Einrichtungen die Betriebskostenförderung nach Art. 18 ff. BayKiBiG, wenn sie bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen.

- Art. 19 BayKiBiG nennt hier neben einer Betriebserlaubnis u.a. Qualitätssicherungsmaßnahmen, Mindestöffnungszeiten und nach Buchungszeiten gestaffelte Elternbeiträge. –

Die Betriebskostenförderung erhalten alle Träger, die diese Voraussetzungen erfüllen unterschiedslos, also kommunale und freigemeinnützige ebenso wie „sonstige“ Träger – dies sind nach Art. 3 Abs. 4 BayKiBiG auch „privatwirtschaftliche Initiativen“, also insbesondere gewerbliche Träger. Die Förderung deckt etwa zwei Drittel der Betriebskosten ab. Die Träger der Einrichtungen haben einen Förderanspruch gegen die Gemeinde; die Gemeinden ihrerseits haben einen Förderanspruch gegen den Freistaat. Dieser leistet nach Art. 23 Abs. 3 BayKiBiG zur Entlastung der Familien zusätzlich einen Zuschuss von 100 Euro monatlich für Kinder ab dem vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt, also in erster Linie für Kinder in Kindergärten. Dieser Zuschuss wird unterschiedslos für alle Kinder und alle Einrichtungen gewährt und ist an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft.

Zudem sieht die Landeshauptstadt München für Kindertageseinrichtungen eine Investitionskostenförderung i. S. d. Art. 28 BayKiBiG vor und gewährt hierbei in ständiger Verwaltungspraxis eine Förderung von 2/3 der nach der

staatlichen Zuweisungsrichtlinie (FAZR) förderfähigen Baukosten, sofern nicht Sonderförderprogramme einschlägig sind, welche regelmäßig zu einer noch höheren Förderung durch die Landeshauptstadt München führen. Die Landeshauptstadt München erhält hierbei eine teilweise Refinanzierung durch den Freistaat Bayern nach Art. 28 BayKiBiG

## **2. Zusätzliche Förderung durch die Landeshauptstadt München**

### *a) Münchner Förderformel – die nähere Fragestellung*

Zusätzlich zur Förderung nach BayKiBiG hat sich die Landeshauptstadt München zu einer freiwilligen kommunalen Förderung von Kindertageseinrichtungen entschieden. Im Rahmen der sog. „Münchner Förderformel (MFF)“ unterstützt sie seit 2011 freigemeinnützige und sonstige Träger über die gesetzliche Betriebskostenförderung hinaus. Die Förderung erfolgt nach Maßgabe von Richtlinien der Landeshauptstadt, der Zuschussrichtlinie (ZuRi) sowie der Differenzförderungsrichtlinie zur Förderung kinderreicher Familien und zur einkommensbezogenen Staffelung der Elternentgelte (DiRi), jeweils vorliegend in einer Neufassung vom 19.05.2019, anwendbar ab 01.09.2019. Danach führt die Förderung nach der MFF zusammen mit dem erwähnten Zuschuss des Freistaats im Ergebnis dazu, dass im Kindergartenbereich keine Elternentgelte mehr gezahlt werden müssen,<sup>1</sup> sie sich im Bereich der Kinderkrippen deutlich reduzieren.

Die Förderung nach der MFF erhält auf Antrag jeder freigemeinnützige oder sonstige Träger einer Einrichtung, der bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Sie betreffen u.a. die Betreuungsrelation und die einkommensbezogene Staffelung und Begrenzung der Elternentgelte, die Aufnahme von Kindern mit Rechtsanspruch nach SGB VIII und ein Besserstellungsverbot bezüglich der Beschäftigten. Voraussetzung für die Förderung ist also, dass die Antragsteller für die von ihnen unterhaltenen Einrichtungen die Voraussetzungen nach der MFF anerkennen. Einrichtungen, die nicht an der MFF teilnehmen, sind jedoch keineswegs generell von öffentlicher Förderung abgeschnitten; sie erhalten – ebenso wie die Einrichtungen außerhalb Münchens – die Betriebskostenförderung nach BayKiBiG; zusätzlich werden die

---

<sup>1</sup> Präambel zu DiRi, S. 3.

Zuschüsse nach Art. 23 Abs. 3 BayKiBiG auch für die in ihnen betreuten Kinder geleistet.

*b) Umfang der Förderung und reduzierte Elternentgelte*

Für die Höhe der Förderung nach der MFF sind eine Reihe teils einrichtungs-, teils kindbezogener Faktoren bestimmend, auf die hier nur einzugehen ist, soweit dies für die Beantwortung der Ausgangsfrage erforderlich ist.<sup>2</sup> Ausgangspunkt ist zunächst der Betrag der kindbezogenen Förderung nach BayKiBiG, von dem ein prozentualer Wertansatz in die Förderung eingeht, so zB ein Wertansatz von 20 oder 30% für bestimmte Standorte oder von 0,45% für zusätzliche Öffnungstage. Wertansätze für Mietentlastung und Personalkosten für Auszubildenden kommen hinzu. Als weiterer maßgeblicher Faktor tritt mit der Neufassung der Richtlinien seit dem 01.09.2019 eine Ausgleichszahlung Beitragsentlastung, die die Differenz zwischen den im Rahmen der MFF bisher maximal zulässigen Elternbeiträgen und den im Wege der Richtlinie neu festgelegten maximal zulässigen Elternbeiträgen ausgleichen soll. Diese Förderung erfolgt mit der expliziten Zielsetzung der beitragsmäßigen Entlastung der Eltern.

Das maximal zulässige Elternentgelt nach der MFF ergibt sich aus der Tabelle 1 in Ziff. 2 .2 a ZuRi; es reicht für Kinderkrippen von 26,00 € bei Buchung von über 1 bis 2 Stunden bis 162,00 € für über 9 Stunden Betreuungszeit. Für Kindergärten beträgt das maximal zulässige Elternentgelt für über 9 Stunden Betreuungszeit 100,00 €. Die an der MFF teilnehmenden Einrichtungen dürfen also keine höheren Elternentgelte verlangen. Für diese Begrenzung der Entgelte erhalten die Träger der Einrichtung gem. Ziff. 3.1 der Richtlinie Ausgleichszahlungen. Sie bestimmen sich aus der Differenz zwischen diesen abgesenkten Beiträgen und in der Richtlinie festgelegten Höchstbeträgen. So werden in der Tabelle in 3.1 ZuRi für Kinderkrippen bei neu gegründeten Einrichtungen kindbezogene Höchstbeträge zwischen 106,00 € für über 1 bis 2 Stunden und 463,00 € für über 9 Stunden Betreuungszeit festgelegt; bei Kindergärten lautet die Höchstgrenze 222,00 €. Für Einrichtungen, die bis zum 31. Mai 2019 in die MFF eingetreten sind, ergeben sich nach Ziff. 3 Buchst. b ZuRi geringfügig abweichende Höchstbeträge – für die höchste Betreuungsstufe in Kinderkrippen etwa

---

<sup>2</sup> Hierzu ist i.e. zu verweisen auf Ziff. 1 ZuRi.

506 €. Die Differenz zwischen der jeweils geltenden Höchstgrenze für die unterschiedlichen Kindertageseinrichtungen und Betreuungszeiten gemäß ZuRi und den aktuell festgelegten Elternentgelten der Einrichtung gehen als Wertansatz Beitragsentlastung in die MFF ein.<sup>3</sup> Diese kindbezogene Ausgleichszahlung im Zuge der Beitragsentlastung der Münchner Familien beläuft sich damit für ab 01.09.2019 neu geförderte Kinderkrippen auf etwa durchschnittlich 200 €, maximal jedoch 301,00 €.

Die Elternbeiträge sind von den Einrichtungen einkommensbezogen zu staffeln. Die jeweiligen Beitragsstufen sind in der Differenzförderungsrichtlinie DiRi in der Tabelle unter 2.1 aufgeführt. Für eine gebuchte Betreuungszeit von 9 Stunden gilt die Höchstgrenze von 162 € ab einem Einkommen der Familiengemeinschaft von 80.000 € p.a.; bei unter 50.000 € beträgt der Beitrag 0. Die Differenz zwischen einkommensbezogenem reduziertem Elternentgelt und für die Einrichtung geltenden Höchstentgelt wird im Rahmen der Differenzrichtlinie – DiRi – erstattet. Für Kindergärten erübrigt sich diese Differenzförderung, da hier wegen des Beitragszuschusses durch den Freistaat nach Art. 23 Abs. 3 BayKiBiG in Höhe von 100 € ohnehin keine Elternbeiträge mehr anfallen.<sup>4</sup>

### *c) Voraussetzungen für die Förderung nach MFF*

Die Förderung ist an die in der MFF festgelegten Voraussetzungen geknüpft. Hierdurch vor allem sehen sich die nicht an der MFF teilnehmenden Träger in ihren Rechten verletzt. Abgesehen von der Begrenzung der zulässigen Elternbeiträge und der Verpflichtung zu ihrer einkommensbezogenen Staffelung ist die Teilnahme an der MFF entsprechend den Richtlinien der Landeshauptstadt München an weitere Voraussetzungen geknüpft, die jedoch durchweg die Sphäre der Träger der Einrichtungen betreffen und ihrem Einflussbereich liegen. Die allgemeinen Anforderungen nach Ziff. 2.1. ZuRi umfassen das Erfordernis einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII und die Förderfähigkeit nach Art. 18 ff. BayKiBiG, sowie u.a. eine Scientology-Schutzerklärung, ein erweitertes Führungszeugnis der Beschäftigten, Publikationspflichten wie nach BayKiBiG, auch dürfen keine verfassungs-

---

<sup>3</sup> Vgl. ZuRi S. 6 zum Faktor  $A_b$  in der Darstellung der Förderformel.

<sup>4</sup> DiRi S. 6.



feindlichen oder rassistischen Tendenzen verfolgt werden. Zu den allgemeinen Fördervoraussetzungen zählt weiterhin ein bestimmter Anstellungsschlüssel, der um 0,5 besser sein muss als der jeweilige Mindestanstellungsschlüssel nach BayKiBiG und die Bereitschaft zur Aufnahme von Kindern, die zur Rechtsanspruchserfüllung insbesondere in Gebieten mit hohem Bedarf durch die Stadt vermittelt werden. Nach ZuRi Ziff. 4.1 darf der Träger der Einrichtung seine Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Beschäftigte der Landeshauptstadt München. Weitere besondere Fördervoraussetzungen gelten für die einzelnen Faktoren der MFF; so werden z.B. im Rahmen der Mietkostenentlastung Mietverhältnisse zwischen Angehörigen oder verbundenen Unternehmen nicht anerkannt.

## **II. Förderrichtlinien und Gleichheitssatz – Voraussetzungen eines Anspruchs auf Förderung**

### **1. Förderformel und Grundrechte – die maßgebliche Fragestellung**

Träger von Einrichtungen, die nicht an der MFF teilnehmen wollen, sehen sich dadurch, dass sie diese zusätzliche, freiwillige Förderung durch die Landeshauptstadt München nicht erhalten, in verfassungswidriger Weise benachteiligt. Sie sehen in der zusätzlichen Förderung der an der MFF teilnehmenden Einrichtungen durch die Landeshauptstadt, insbesondere mit dem Ziel der Reduzierung der Elternentgelte, einen Gleichheitsverstoß sowie einen nicht gerechtfertigten Eingriff in ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. ihre Grundfreiheiten nach AEUV. Ein Träger hat bereits zum Bayerischen Verwaltungsgericht München Klage mit dem Antrag erhoben, die Landeshauptstadt zu bestimmten Förderungsleistungen nach der MFF zu verpflichten, ohne dass dies abhängig gemacht werden dürfe von der Teilnahme an der MFF. Die Klägerin macht einen Anspruch auf Erteilung einer Ausgleichszahlung zur entsprechenden Elternbeitragsentlastung geltend und sieht sich durch Nichtgewährung in ihren Rechten verletzt.

- Die Klage ist anhängig unter Az. M 18 K 20.737; die Klägerin, eine gGmbH, hat zur Unterstützung ihrer Klage diese zwei Rechtsgutachten vorgelegt: ein – nicht datiertes – Rechtsgutachten von Prof. *Wabnitz* Hochschule Rhein-Main, Wiesbaden, zum Themenkreis, ob es zulässig ist, die Gewährung freiwilliger öffentlicher Zuschüsse von der der Förderung nach den Richtlinien der MFF abhängig zu machen – im folgenden:

Rechtsgutachten *Wabnitz* –; es befasst sich in erster Linie mit Fragen des einfachgesetzlichen Sozialrechts; ferner ein Rechtsgutachten von Prof. *Burgi*, LMU, vom 5. Dezember 2019, zu der Frage „Steht die Verknüpfung der kindbezogenen Reduzierung von Elternentgelten zwecks Erreichung von Beitragsfreiheit in Kindertageseinrichtungen mit der Unterwerfung unter die Münchner Förderformel im Einklang mit dem Verfassungsrecht und dem Europarecht?“ – im folgenden: Rechtsgutachten *Burgi*. -

## 2. Verwaltungsvorschriften und Gleichheitsbindung

Grundlage für die Förderung nach der MFF sind, wie bereits erwähnt, die Zuschussrichtlinie und die Differenzförderungsrichtlinie der Landeshauptstadt München. Ihrer Rechtsnatur nach handelt es sich hierbei um Verwaltungsvorschriften.<sup>5</sup> Sie steuern das Handeln der Verwaltung insbesondere dort, wo, wie im Bereich der „gewährenden“ Verwaltung für Zuwendungen an Private eine spezialgesetzliche Grundlage nicht erforderlich ist.<sup>6</sup> Dass im vorliegenden Zusammenhang eine solche spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht erforderlich ist, darf als gesichert vorausgesetzt werden.<sup>7</sup> Verwaltungsvorschriften entfalten keine unmittelbare Außenwirkung, wirken also auch nicht unmittelbar anspruchsbegründend.<sup>8</sup> Sie entfalten jedoch mittelbare Außenwirkung über den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1

---

5 So auch Rechtsgutachten *Burgi* S. 5: „Zuwendungs-Verwaltungsvorschriften“.

6 Vgl. *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020 Rdn. 862 für gesetzvertretende Verwaltungsvorschriften; *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 35. Aufl. 2019 Rdn. 366; *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn. 5; BVerwGE 90, 112 (126).

7 So auch Rechtsgutachten *Burgi* S. 5; es besteht kein genereller Gesetzesvorbehalt für die Leistungsverwaltung, vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 35. Aufl. 2019 Rdn. 326; *Breuer*, Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rdn. 104.

8 *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020 Rdn. 867.

GG und die hierin begründete Selbstbindung der Verwaltung;<sup>9</sup> auch dies kann als gesichert vorausgesetzt werden.<sup>10</sup>

Nach der für die Förderung der Kindertageseinrichtungen maßgeblichen Richtlinien – ZuRi und DiRi – erhalten alle Kindertageseinrichtungen die hiernach vorgesehene Förderung, die an der MFF teilnehmen, mithin die Voraussetzungen hierfür akzeptieren. Dies bedeutet umgekehrt, dass Einrichtungen, die an der MFF nicht teilnehmen, weil sie z.B. ihre Beschäftigten höher bezahlen, einen deutlich besseren Anstellungsschlüssel aufweisen oder besonders kostenintensive Betreuungsprogramme anbieten, die sie über höhere Elternbeiträge finanzieren wollen, entsprechend den Richtlinien keine Förderung nach der MFF erhalten – was, dies ist durchweg zu berücksichtigen, keineswegs bedeutet, dass sie nicht öffentlich gefördert würden. Sie erhalten unverkürzt die Förderung nach BayKiBiG; es geht allein um die zusätzliche, ergänzende Förderung, die die Landeshauptstadt München vorsieht.

Unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung kann kein Anspruch auf Zuwendungen geltend gemacht werden, da die Richtlinien einen dahingehenden Anspruch nur bei Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen vorsehen. Ein Anspruch auf Zuwendungen nach der MFF kann demgemäß nur dann in Betracht kommen, wenn die in den Richtlinien festgelegten Fördervoraussetzungen ihrerseits gegen höherrangiges Recht verstießen. Auch dies würde nicht zwingend einen Anspruch auf Förderung entsprechend der Beitragsentlastung nach der MFF bedeuten. Denn sollten eine oder mehrere der Fördervoraussetzungen nach MFF gegen höherrangiges Recht, sei es gegen Vorgaben nach SGB VIII, sei es gegen Verfassungsrecht verstoßen – was, wie im folgenden gezeigt werden wird, nicht der Fall ist – so bedeutet dies zunächst nur, dass die Behörde insoweit nicht in ihrem Ermessen gebunden ist. Dies kann unter bestimmten Voraussetzungen, keinesfalls aber regelmäßig dazu führen, dass sich nunmehr ein

---

9 *Peine/Siegel a.a.O.; Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 589 ff.

10 Vgl. z.B. BVerwGE 118, 379 = NVwZ 2004, 350; davon auch ausgehend Rechtsgutachten *Burgi* S. 5 f.

Anspruch auf an sich im Ermessen der Behörde stehende Leistung ergibt.<sup>11</sup> Ob die Fördervoraussetzungen nach der MFF gegen höherrangiges Recht verstoßen, ist daher nachstehend zu untersuchen, zunächst und vorrangig am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.

Es geht dabei im Kern um die Frage, ob und ggf. inwieweit die Stadt die Gewährung freiwilliger öffentlicher Leistungen, hier in Gestalt einer Förderung von Kindertageseinrichtungen zur Beitragsentlastung von Eltern, von bestimmten, vom Zuwendungsempfänger zu erfüllenden Voraussetzungen, hier der Teilnahme an der MFF abhängig machen darf.<sup>12</sup>

### **III. MFF und Grundrechte der Träger der Einrichtungen: Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG**

#### **1. Maßstäbe: Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG**

##### *a) Grundrechte als Maßstabsnormen*

Werden Subventionen aus öffentlichen Mitteln, wie dies regelmäßig der Fall und verfassungsrechtlich auch geboten ist,<sup>13</sup> an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen beim Zuwendungsempfänger, an bestimmte Verhaltensobliegenheiten geknüpft,<sup>14</sup> so bewirkt dies notwendig einen nach diesen Kriterien begrenzten Kreis der Zuwendungsempfänger. Der öffentlichen Hand sind hierbei weite Ermessens- und Gestaltungsspielräume eröffnet; die Förderung hat jedoch willkürfrei und unter Beachtung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG zu erfolgen.<sup>15</sup> Soweit das den Gegenstand des Subventionsverhältnisses bildende Verhalten in den Schutzbereich des Art. 12

---

11 Vgl. BVerwGE 118, 379 Rdn. 12 bei juris.

12 Im Rechtsgutachten *Burgi* ist in Vorwegnahme des Ergebnisses durchweg die Rede von „Unterwerfung“.

13 Vgl. *Breuer*, Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rdn. 98 zur Bindung an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung.

14 Vgl. *Breuer* a.a.O. Rdn. 97; *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn.6, 19.

Abs. 1 GG fällt, soweit also der Betrieb der Kindertageseinrichtung für den Träger einen Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG darstellt, ist auch dieses Grundrecht als Maßstab heranzuziehen.

*b) Berufsfreiheit, Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeit*

Die Prüfungsmaßstäbe sind weitgehend einander angenähert. Soweit ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vorliegt,<sup>16</sup> bedarf dieser Eingriff eines rechtfertigenden Grundes in legitimen Gemeinwohlbelangen, deren Gewicht gemäß dem Gebot der Verhältnismäßigkeit der Schwere des Eingriffs zu entsprechen hat;<sup>17</sup> die zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelte „Stufentheorie“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>18</sup> wird insoweit überlagert durch eine umfassend angelegte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit müssen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen, dürfen nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen – ob überhaupt ein Eingriff vorliegt, ist nachstehend zu prüfen.

- Nachstehend 2.b). -

Am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch die Gleichheitsprüfung nach Art. 3 Abs. 1 GG insbesondere in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts orientiert.<sup>19</sup> Sie unterscheidet - nicht mehr kategorial zwischen bloßer Willkür- und intensivierter Gleichheitsprüfung oder – entsprechend der sog. „neuen Formel“<sup>20</sup> – zwischen sachverhaltsbezoge-

---

15 *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn. 19.

16 Dies ist bei der Nichtvergabe einer Subvention nur ausnahmsweise der Fall, vgl. *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn. 6.

17 BVerfGE 95. 173 (183); vgl. dazu Mann, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 142.

18 Grundlegend BVerfGE 7, 377 („Apothekenurteil“).

19 Vgl. *Nußberger*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rdn. 13 ff., 25 ff.; *Britz*, NJW 2014, 346 (347); so auch Rechtsgutachten *Burgi* S. 22.

20 Vgl. *Nußberger*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rdn. 13, dort in Fn. 24 zur RSpr. des Ersten Senats seit BVerfGE 55, 72 (88) und nachfolgend

ner und personenbezogener Differenzierung, vielmehr gilt ein „stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ... von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen...“<sup>21</sup> Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer etwaigen Ungleichbehandlung gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG ist damit zunächst Voraussetzung, dass, wie auch bei Eingriffen in das Grundrecht der Berufsfreiheit, mit der Differenzierung ein legitimer Zweck verfolgt wird.<sup>22</sup> Eine etwaige Ungleichbehandlung müsste ferner verhältnismäßig sein, also geeignet und erforderlich, die mit der Differenzierung verfolgten Ziele zu erreichen und hierzu in einem angemessenen Verhältnis stehend.<sup>23</sup> Dabei ist maßgeblich auch darauf abzustellen, ob eine Ungleichbehandlung sich im Schutzbereich der Freiheitsrechte des Grundgesetzes auswirkt.<sup>24</sup>

Angesichts dieser Verschränkung der grundrechtlichen Maßstäbe und insbesondere des sowohl für Art. 12 Abs. 1 GG als auch für Art. 3 Abs. 1 GG maßgeblichen Erfordernisses legitimer Gemeinwohlbelange als Rechtfertigungsgrund ist nachstehend zu prüfen, ob und inwieweit die nicht an der MFF teilnehmenden Träger in ihren Grundrechten betroffen sind,

- nachstehend 2., 3.; -

und welche legitimen Gemeinwohlgründe die Entscheidung der Stadt zu stützen vermögen, die freiwillige Förderung nach der MFF mit der Anerkennung der Förderformel zu verbinden.

- Nachstehend 4. -

Hiervon ausgehend, ist der Frage nachzugehen, ob eine etwaige verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung oder ein etwaiger Eingriff in

\_\_\_\_\_ auch des Zweiten Senats.

21 BVerfGE 138, 136 Rdn. 121; . *Nußberger*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rdn. 30 ff.

22 S. nur *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 528 ff.

23 Vgl. zur RSpr. des BVerfG *Britz*, NJW 2014, 346 (350).

24 BVerfGE 88, 87 (96); 130, 240 (254); *Nußberger*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rdn. 32.

das Grundrecht der Berufsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt, insbesondere die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.

- Nachstehend 5.a), b). -

## **2. Grundrechtsbetroffenheit der Träger: Art. 12 Abs. 1 GG – Eingriff?**

### *a) Grundrechtstatbestand*

Der Betrieb einer Kindertageseinrichtung durch einen privaten Träger fällt in den tatbestandlichen Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, auf das sich grundsätzlich auch juristische Personen berufen können.<sup>25</sup> Geschützter „Beruf“ i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG ist der Betrieb einer Kinderkrippe oder eines Kindergartens jedenfalls für privat-gewerbliche Betreiber.<sup>26</sup> Darüber hinaus wird der Schutz des Grundrechts von der Rechtsprechung auch auf freigemeinnützige Betreiber erstreckt, deren Einrichtungen, wenn auch nicht mit Gewinnerzielungsabsicht, so doch geschäftsmäßig betrieben werden und kostendeckend arbeiten sollen.<sup>27</sup> Wenn Voraussetzungen für die Förderung nach der MFF damit den Betrieb der Einrichtungen betreffen, weil sie u.a. über Anstellungsschlüssel Vorgaben für die Zahl der Beschäftigten enthalten, wie auch für die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse und die Höhe der Entgelte und demgemäß die Ausübung des Berufs „Betrieb einer Kindertageseinrichtung“ berühren, so bedeutet dies gleichwohl noch nicht, dass sie als Grundrechtseingriff zu bewerten sind. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass für den Empfänger von Subventionen ihre Erteilung keinen Eingriff in sein Grundrecht der Berufsfreiheit darstellt,<sup>28</sup> auch wenn von ihm ein bestimmtes, dem Subventionszweck konformes Verhalten erwartet wird und im Fall des Verstoßes

---

25 Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 13.

26 Vgl. OVG Münster, U.v. 01.12.2014 – 12 A 2523/13 – Rdn. 164, juris.

27 Vgl. OVG Münster, U.v. 15.10.2012 – 12 A 1054/11 – Rdn. 153, juris.

28 *Ruffert*, Beck-OK, 42 ed. 1.12.2019, Art. 12 Rdn. 63; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 96.

hiergegen wie nach ZuRi 5.9 die Rückforderung des erlangten Vorteils vorgesehen ist.<sup>29</sup>

*b) Grundrechtseingriff?*

*aa) Eingriffsbegriff*

Die Vorgaben der MFF sind von denjenigen Trägern einzuhalten, die über die Betriebskostenförderung nach BayKiBiG hinaus die zusätzliche Förderung nach dieser Formel in Anspruch nehmen wollen. Träger, die, aus welchen Gründen immer, an der MFF nicht teilnehmen, sind in keiner Weise gehindert, höhere Elternentgelte festzusetzen oder ihren Beschäftigten höhere Gehälter als in städtischen Einrichtungen zu bezahlen. Ob sie an der Förderung nach der MFF teilnehmen wollen, ist allein ihre Entscheidung. Anders war dies in dem durch OVG Münster im Urteil vom 1. Dezember 2014 entschiedenen Fall.<sup>30</sup> Hier war eine Förderung abhängig von der Aufnahme in eine staatliche Bedarfsplanung, auf die wiederum kein Anspruch bestand,<sup>31</sup> die vielmehr im planerischen Ermessen des Planungsträgers stand.<sup>32</sup> Die Voraussetzungen der Förderung konnten insoweit nicht vom Antragsteller beeinflusst werden.

Eingriffe in Grundrechte müssen allerdings nicht zwingend als Gebote und Verbote i.S.d. klassischen Eingriffsbegriffs<sup>33</sup> erfolgen. Auch für den Schutzbereich der Berufsfreiheit ist anerkannt, dass Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung nicht nur durch unmittelbar wirkende Gebote und Verbote erfolgen können, sondern auch durch Maßnahmen, die auf Grund ihrer In-

---

29 *Ruffert* a.a.O.; ; *Breuer*, Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rdn. 98.

30 OVG Münster, U.v. 01.12.2014 – 12 A 2523/13 –.

31 OVG Münster a.a.O. Rdn. 123: keine Verpflichtung für privat-gewerbliche Betreiber.

32 S. auch BVerfGE 82, 209 zur Aufnahme in den Krankenhausplan.

33 Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 35. Aufl. 2019 Rdn. 315; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 292 f



tensität, in ihrer Zielsetzung und in ihren Wirkungen als eingriffsgleich zu qualifizieren sind.<sup>34</sup>

*bb) Keine gezielte Förderung einzelner Unternehmen*

Für den Bereich des Subventionswesens kann dies der Fall sein bei einer gezielten Subventionierung einzelner Unternehmen auf Kosten und unter Ausschluss anderer Unternehmen, die mit diesen im Wettbewerb stehen und für den Subventionszweck, hier also den Betrieb von Kindertagesstätten unter weitgehender Entlastung der Eltern gleichermaßen zur Verfügung stünden.<sup>35</sup> Dies war der Fall bei einer Investitionsförderung für ambulante Pflegedienste dergestalt, dass Landkreise und kreisfreie Städte in überschneidungsfreie Betreuungsbereiche aufgeteilt wurden und in jedem dieser Bereiche nur ein Pflegedienstträger gefördert wurde – hierin sah die Rechtsprechung einen gezielten Eingriff in die Berufsfreiheit der ausgeschlossenen Träger,<sup>36</sup> ähnlich wie auch im Fall der Nichtaufnahme in den Krankenhausplan.<sup>37</sup> Auch der Fall der staatlichen Bedarfsplanung für Kinderbetreuungseinrichtungen stellt eine solche gezielte Subventionierung unter Ausschluss anderer Träger dar.<sup>38</sup>

In derartigen Fällen der gezielten Subventionierung einzelner Unternehmen durch Beschränkung der Förderung auf einzelne als bedarfsnotwendig qualifizierte Anbieter ist die Nicht-Subventionierung einem Eingriff mit berufsregelnder Tendenz gleichzusetzen, wenn die wirtschaftliche Auswirkungen so schwerwiegend sind, dass die Berufsausübungsfreiheit nachhaltig beeinträchtigt wird.<sup>39</sup> Im Unterschied hierzu handelt es sich bei der MFF nicht um

34 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 299.

35 Vgl. *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn. 6 unter Verweis auf BVerwGE 121, 23.

36 BVerwGE 121, 23 (27) Rdn. 22 f. bei juris.

37 BVerfGE 82, 209 (223)); hierauf sich stützend BVerwG a.a.O.

38 OVG Münster, U.v. 01.12.2014 – 12 A 2523/13 –.

39 BVerwGE 121, 23 (27); ähnlich VGH Baden-Württemberg, U.v. 14.5.2002 – 9 S 2206/01 –; s. auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 299.

einen geschlossenen, durch einen Akt verbindlicher Planung festgelegten Kreis von Zuwendungsempfängern, sondern um ein allen Trägern unterschiedslos offenstehendes Fördermodell. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG erfordert, dass die Mittel allen Unternehmen offen stehen, die für die zu subventionierenden Leistungen in Betracht kommen.<sup>40</sup> Ist dies der Fall, so fehlt es insoweit an einem Grundrechtseingriff. Bei der Förderung nach MFF ist dies der Fall, eingriffsgleiche Wirkung unter dem Gesichtspunkt der Förderung im Wettbewerb stehen der Unternehmen also zu verneinen.

### *cc) Verhaltenspflichten als Obliegenheiten*

Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Träger kann auch nicht schon darin gesehen werden, dass die Förderung an bestimmte Verhaltensweisen der Zuwendungsempfänger geknüpft wird.<sup>41</sup> Allerdings werden diejenigen Träger von Kindertageseinrichtungen, die an der MFF teilnehmen, Beschränkungen in ihrem Verhalten insoweit unterworfen, als sie u.a. bei der Festsetzung der Elternentgelte oder der Vergütung der Beschäftigten die Vorgaben der Förderrichtlinien zu beachten haben. Sie sind also in ihrer Dispositions-, ihrer Angebots- und Preisfreiheit betroffen,<sup>42</sup> insoweit ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berührt. Verhaltenspflichten, die der Sicherung des Subventionszwecks dienen, sind nicht nur kennzeichnend für Subventionsverhältnisse, bei denen Zuwendungen im voraus<sup>43</sup> oder auf Dauer gewährt werden, wie auch im Fall der MFF.<sup>44</sup>

---

40 BVerwG a.a.O.; *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn.6, 19.

41 Darauf abstellend Rechtsgutachten *Burgi* S. 14: die Träger seien nicht so sehr durch die Nichtgewährung von Zuwendungen betroffen, als vielmehr durch die ihnen abgeforderte „Unterwerfung“ unter die Bedingungen der MFF.

42 Vgl. *Breuer*, Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rdn. 97.

43 Vgl. *Breuer* a.a.O. – „zweiseitiges Subventionsverhältnis“.

44 S. auch ZuRi unter 5.7: Abschlagszahlungen im voraus in Höhe von 90% der zu erwartenden Leistungen.

Sie werden auch zwingend haushaltsrechtlich gefordert durch die Gebote der Zweckbindung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung.<sup>45</sup>

Als Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit können derartige Bindungen jedoch allenfalls dann gewertet werden, wenn sie als unmittelbar durchsetzbare Rechtspflichten ausgestaltet sind,<sup>46</sup> nicht aber dann, wenn es sich um Obliegenheiten des Zuwendungsempfängers handelt, deren Missachtung je nach Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses eine Rückforderung bereits empfangener Zuwendungen zur Folge hat,<sup>47</sup> wie dies auch nach ZuRi 5.9 vorgesehen ist, oder jedenfalls die Kündigung des Subventionsverhältnisses für die Zukunft.<sup>48</sup> Um derartige Obliegenheiten handelt es sich bei den Vorgaben nach der MFF. Der Zuwendungsempfänger, also eine Einrichtung, die diese Vorgaben nicht umsetzt, verliert den Anspruch auf die Leistungen nach MFF, behält dann aber ihre volle unternehmerische Dispositionsfreiheit. Auch unter dem Gesichtspunkt der „Unterwerfung“ kann mithin kein Eingriff in die Berufsfreiheit bzw. keine eingriffsgleiche Beeinträchtigung angenommen werden. Auch im Fall der MFF ist die Gewährung der Zuwendung für den Zuwendungsempfänger, auf den ja die anhängige verwaltungsgerichtliche Klage maßgeblich abstellt,<sup>49</sup> kein

---

45 Vgl. *Breuer* a.a.O. Rdn. 98.

46 *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 97; *Ruffert*, Beck-OK, 42 ed. 1.12.2019, Art. 12 Rdn. 63; *Breuer* a.a.O.

47 Vgl. *Ruffert*, Beck-OK, 42 ed. 1.12.2019, Art. 12 Rdn. 63; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 96; ; *Breuer*, Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rdn. 98.

48 Vgl. *Breuer* a.a.O. Rdn. 98 und *Ruffert*, Beck-OK, 42 ed. 1.12.2019, Art. 12 Rdn. 63, auf die *Burgi* sich damit zu Unrecht für die Begründung eingriffsgleicher Wirkungen stützt, Rechtsgutachten S. 14 mit Fn. 12; dies gilt auch für die Kommentierung des Art. 12 Abs. 1 GG durch *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 159 und die dortige Bezugnahme auf *Breuer*.

49 Ebenso *Burgi*, Rechtsgutachten S. 14 f.

Eingriff.<sup>50</sup> Keinen Eingriff stellen damit auch die in der MFF festgelegten Verhaltenspflichten dar.<sup>51</sup>

*Zwischenergebnis:*

Festzuhalten ist: sowohl bei einem Träger, der an der MFF teilnimmt und sich den hierfür geltenden Obliegenheiten „unterwirft“, als auch gegenüber einem Träger, der hiervon Abstand nimmt, ist ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verneinen. Damit greifen die in den vorliegenden Gutachten von *Wabnitz* und *Burgi* enthaltenen Ausführungen zur Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, insbesondere der rechtfertigenden Gemeinwohlerwägungen und der Verhältnismäßigkeit ins Leere. Sie sind auch in sich nicht tragfähig, wie nachstehend ergänzend dargelegt werden soll, dies auch im Blick auf hinreichende sachliche Differenzierungsgründe im Rahmen des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG.

### **3. Art. 3 Abs. 1 GG**

Diejenigen Träger von Kindertageseinrichtungen, die nicht an der MFF teilnehmen, deren Voraussetzungen nicht akzeptieren, sehen eine relevante Ungleichbehandlung darin, dass sie von der zusätzlichen, freiwilligen Förderung durch die Landeshauptstadt München ausgeschlossen werden. Sie sehen sich gegenüber den Trägern von Kindertagesstätten, die an der MFF teilnehmen und deren Voraussetzungen erfüllen, in der Frage des Erhalts von Zuwendungen unterschiedlich behandelt. Hierin sehen sie eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung.<sup>52</sup> Dies freilich würde voraussetzen, dass es sich hier tatsächlich um „gleiche“ Sachverhalte handelt.<sup>53</sup> Dafür mag vordergründig sprechen, dass es sich in beiden Fällen, also bei

---

<sup>50</sup> *Ruffert*, Beck-OK, 42 ed. 1.12.2019, Art. 12 Rdn. 63; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 96.

<sup>51</sup> *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 96, 98.

<sup>52</sup> Zu den Merkmalen einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung s. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 523.

den nicht an der MFF teilnehmenden Trägern und bei den Teilnehmern an der MFF um Träger von Kindertageseinrichtungen handelt. Dagegen spricht andererseits entscheidend, dass jene Träger, die an der MFF teilnehmen, eben durch diese Teilnahme eine Gruppe von Trägern bilden, die auf Grund der von ihnen zu erfüllenden Voraussetzungen in Abgrenzung zu jenen Trägern zu sehen sind, die diese Voraussetzungen nicht für sich akzeptieren wollen und auf die Teilnahme an der MFF verzichten. Insoweit liegen unterschiedliche Sachverhalte vor. Die unterschiedliche Behandlung in der Frage der nunmehr durch die Landeshauptstadt eingeführten, zusätzlichen Förderung resultiert dann folgerichtig aus dieser unterschiedlichen Ausgangslage, die ja jeweils auf der Entscheidung der Betroffenen für oder gegen eine Teilnahme an der MFF beruht.<sup>54</sup>

Die Unterschiede zwischen den beiden Gruppen müssen jedoch so gewichtig sein, dass sie es rechtfertigen, sie als ungleich zu behandeln.<sup>55</sup> Voraussetzung sind also hinreichende sachliche Differenzierungsgründe, die es rechtfertigen, von ungleichen Sachverhalten auszugehen. Aber auch dann, wenn man im vorliegenden Fall nur an das übergeordnete Merkmal der Trägereigenschaft für eine Kindertageseinrichtung ausgehen wollte, ist deren Ungleichbehandlung, verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn der hier durch die Verwaltung vorgenommenen Differenzierung<sup>56</sup> hinreichende sachliche Differenzierungsgründe in Gestalt legitimer Gemeinwohlerwägungen zugrundeliegen und die Ungleichbehandlung hierzu verhältnismäßig ist.<sup>57</sup>

---

53 Zur Problematik der Bildung der Vergleichsgruppen s. *Pietzcker*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HdBGR V, 2013, § 125 Rdn. 3 ff.

54 Insofern handelt es sich um eine nicht erst durch die Verwaltung geschaffene Ungleichheit, vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 528.

55 BVerfGE 55, 72 (88); 105, 73(110); 107, 205 (214),

56 Zur Geltung für Maßnahmen der Verwaltung s. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rdn. 535.

57 Nach *Pietzcker*, Der allgemeine Gleichheitssatz, HdBGR V, 2013, § 125 Rdn. 7 ist eine eher terminologische Frage, ob man von einer wertenden

Sind also in diesem Sinn hinreichende sachliche Differenzierungsgründe dafür gegeben, dass nur die an der MFF teilnehmenden Träger und nicht die hieran nicht teilnehmenden Träger die zusätzliche, freiwillige Förderung durch die Landeshauptstadt München erhalten, so ist diese unterschiedliche Behandlung auch dann gerechtfertigt, wenn man zunächst von gleichen Sachverhalten ausgeht.

Differenzierungsgrund ist, wie dargelegt, die Teilnahme bzw. Nichtteilnahme an der MFF mit den damit verbundenen Bedingungen, die von den Trägern zu erfüllen sind, wie u.a. die Staffelung und Begrenzung der Elternbeiträge, die Beachtung des Besserstellungsverbots oder die Verpflichtung, von der Stadt benannte Kinder zur Erfüllung des Rechtsanspruchs unter bestimmten Voraussetzungen aufzunehmen. Ob die hieran anknüpfende Ungleichbehandlung von hinreichenden Gemeinwohlgründen getragen ist, ob damit legitime Handlungsziele verfolgt werden, ist für die i.e. seitens der Landeshauptstadt München aufgestellten Bedingungen für die Förderung differenzierend zu bewerten. Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass es sich durchweg nicht um objektive Voraussetzungen handelt, auf die die betroffenen Träger keinen Einfluss haben, sondern um Bedingungen, die in ihrer Sphäre liegen und deren Erfüllung von ihnen selbst abhängt. Beeinflussbarkeit in diesem Sinn aber ist maßgebliches Kriterium für die Intensität der Gleichheitsprüfung, die Prüfungsstrenge.<sup>58</sup> Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit mindert sie ebenso wie bei Art. 12 Abs. 1 GG das Gewicht des Grundrechtsbetroffenseins in der Abwägung.

#### **4. Gemeinwohlgründe - Förderungsvoraussetzungen**

##### *a) Familienentlastung als übergreifende Zielsetzung – allgemeine Förderungsvoraussetzungen*

Soweit jene Träger von Kindertageseinrichtungen, die an der Förderung nach der MFF teilnehmen wollen, sich durch die damit einhergehenden Ob-Bildung von Vergleichsgruppen ausgeht, oder aber die maßgeblichen Wertungen als Rechtfertigungsgründe heranzieht.

<sup>58</sup> Britz, NJW 2014, 346 (350).

liegenheiten in ihrer unternehmerischen Freiheit oder in ihrer Handlungs- und Dispositionsfreiheit beeinträchtigt sehen, liegen dem durchweg vernünftige Gründe des Gemeinwohls zugrunde, wie sie auch für Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung erforderlich sind und diese zu rechtfertigen vermögen.<sup>59</sup> Dass die Entlastung von Familien als wesentliche Zielsetzung der Förderrichtlinien<sup>60</sup> einen vernünftigen Gemeinwohlgrund darstellt, bedarf angesichts der Bedeutung von Kindertageseinrichtungen für frühkindliche Förderung und Bildung<sup>61</sup> und in Anbetracht des weiten Gestaltungsspielraums der Leistungsverwaltung bei der Festlegung der Inhalte von Subventionsprogrammen und des zu fördernden Verhaltens der Zuwendungsempfänger<sup>62</sup> keiner weiteren Begründung. Die Unterstellung, die Landeshauptstadt München wolle ihre eigenen kommunalen Einrichtungen gegenüber der privaten Konkurrenz begünstigen,<sup>63</sup> liegt schon deshalb neben der Sache, weil die Förderung nach der MFF freigemeinnützige wie auch privat-gewerbliche Einrichtungen gleichermaßen in Anspruch nehmen können und dies auch tun.<sup>64</sup> Tatsächlich ist die Anzahl der geförderten freigemeinnützigen und privaten Einrichtungen unterschiedlichster Träger höher als die der kommunalen Einrichtungen.

---

59 BVerfGE 7, 377 (405 f.); 77, 308 (332); 95, 172 (183); 125, 260 (360); stRSpr.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 45.

60 Vgl. die jeweiligen Präambeln ZuRi und DiRi; nicht nachvollziehbar der Einwand von *Burgi*, Rechtsgutachten S. 14, der verfolgte Zweck müsse „erkennbar“ sein, unter Verweis auf BVerfGE 118, 79 (101) in Fn. 14.

61 S. grundsätzlich BVerfGE 97, 332.

62 *Winkelmüller*, in: *Schulte/Kloos*, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn. 19 – grundlegend zum weiten Ermessensspielraum bei staatlicher Förderung BVerfGE 118, 79 (100); insbesondere zur weitreichenden Gestaltungsfreiheit bei der Privatschulförderung BayVerfGH, E.v. 9.10.2007 – Vf. 14-VII-06 – , juris.

63 So aber Rechtsgutachten *Burgi*.

64 Unbehelflich deshalb der Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG, wonach der Schutz der eigenen Unternehmen vor Konkurrenz kein legitimer vernünftiger Gemeinwohlzweck sein könne im Rechtsgutachten *Burgi* S. 14 mit Nw. in Fn. 15.

Nicht nur das grundsätzliche Anliegen des MFF, sondern auch die damit einhergehenden Verhaltenspflichten für die teilnehmenden Träger beruhen auf vernünftigen, tragfähigen Gemeinwohlgründen in diesem Sinn. Diese Verhaltenspflichten sind es ja vor allem, die von den Trägern der Einrichtung als Beschränkung ihrer Handlungs- und Dispositionsbefugnisse gesehen werden. Keine spezifischen Beeinträchtigungen sind verbunden mit Transparenz- und Nachweispflichten, wie sie durchweg für Zuwendungen aus öffentlichen Mitteln vorzusehen sind. Schließlich kann auch dem Ansinnen, ggf. Kinder zur Erfüllung ihres Rechtsanspruchs aufzunehmen, seine grundsätzliche Berechtigung nicht abgesprochen werden – auch derartige Kontrahierungspflichten sind zulässiger Inhalt eines Subventionsverhältnisses.<sup>65</sup>

*b) Insbesondere: Begrenzung und Staffelung der Elternbeiträge*

Die Begrenzung der Elternbeiträge und ihre einkommensbezogene Staffelung beruht schon deshalb auf sachgerechten Erwägungen, weil sie unmittelbare und unabdingbare Voraussetzung für die Verwirklichung des Subventionszwecks ist, die Familien bei den Elternbeiträgen zu entlasten. Mit der Verpflichtung der unmittelbaren Zuwendungsempfänger, also der Träger der Einrichtungen, die Elternentgelte entsprechend zu begrenzen, wird nicht zuletzt gewährleistet, dass die Entlastung tatsächlich bei den Eltern ankommt. Wenn auf diesem Wege die Eltern entlastet werden, deren Kinder eine der an der MFF teilnehmenden Einrichtungen besuchen, sie für Kindergärten sogar beitragsfrei gestellt werden,<sup>66</sup> nicht aber beim Besuch einer hieran nicht teilnehmenden, im Regelfall privaten und meist auch deutlich teureren Kindertageseinrichtung, so ist dies in erster Linie eine Frage der gleichheitskonformen Bestimmung des Kreises der Förderungsadressaten, für die weites Ermessen besteht.<sup>67</sup> Würde man die Zuwendungen nach der MFF auch auf Einrichtungen erstrecken, die eine Begrenzung

---

65 Sie werden im Rechtsgutachten *Wabnitz* unrichtig dargestellt, näher u. 5.b) bb).

66 S. auch den plakativen, stereotyp wiederholten Vorwurf von *Burji*, sogar Millionäre würden entlastet, Rechtsgutachten S. 3. 10, 17, 25.

67 BVerfGE 118, 79 (100).



der Elternbeiträge für sich nicht akzeptieren wollen, so würde dies den Subventionszweck konterkarieren, zumal dann den bisher an der MFF teilnehmenden Trägern höhere Elternbeiträge nicht ohne weiteres mehr verwehrt werden dürften.

Kein sachlicher Differenzierungsgrund und damit auch kein legitimer Gemeinwohlgrund als Rechtfertigung für Berufsausübungsregeln ist allerdings das bloße fiskalische Interesse, bei i.ü. gleichermaßen gegebenen Voraussetzungen Haushaltsmittel einzusparen.<sup>68</sup> Nun liegt es auf der Hand, dass mit einer Begrenzung des Kreises der Zuwendungsempfänger notwendig geringere Aufwendungen verbunden sind, also Haushaltsmittel eingespart werden. Dies darf jedoch nicht die alleinige Zielsetzung sein.<sup>69</sup> Dass dies im Fall der Förderung nach der MFF auch nicht der Fall ist, ergibt sich schon daraus, dass der Kreis der Zuwendungsempfänger gerade nicht abschließend bestimmt ist, vielmehr jede Kindertageseinrichtung eines jeden Trägers und unabhängig von ihrem jeweiligen Betreuungskonzept in die Förderung aufgenommen werden kann.

Einrichtungen, die sich nicht auf eine Begrenzung der Elternbeiträge einlassen wollen, von der Förderung auszunehmen, beruht auch nicht auf der Erwägung, dass bei ihnen eine qualitativ schlechtere Kinderbetreuung vermutet würde als in den kommunalen oder in anderen Einrichtungen.<sup>70</sup> Ebenso, wie der Subventionsgeber die Förderung einer Einrichtung bzw. ihrer Nutzer von bestimmten Mindestvoraussetzungen abhängig machen, den Kreis der Zuwendungsempfänger also gleichsam „nach unten“ begrenzen kann, liegt es in seinem Ermessen, eine Begrenzung „nach oben“ vorzunehmen, also Einrichtungen, die, etwa auf Grund eines besonderen Betreuungskonzepts,<sup>71</sup> besonderer Angebote, eines erhöhten Anstellungsschlüssels, be-

---

68 BVerfGE 130, 240 (258 f.).

69 Vgl. BVerfGE 130, 240 (259) zum Ausschluss von EU-Bürgern vom bayerischen Landeserziehungsgeld: Gleichheitsverstoß, wenn kein darüber hinausgehender sachlicher Differenzierungsgrund.

70 So aber die Unterstellung im Rechtsgutachten *Burji*, S. 16 f.

71 Vgl. VG München U.v. 18.09.2013, M 18 K 13.2256, juris, Rn. 54.

sonderer Einrichtungen einen deutlich erhöhten Aufwand betreiben<sup>72</sup> – im Schrifttum hat sich hierfür der Begriff der „Luxus-Kita“ eingebürgert<sup>73</sup> – und diesen durch höhere Elternbeiträge abdecken, nicht in die Förderung aufzunehmen.

Dies entspricht auch dem Subventionszweck, ein breit gefächertes Angebot an Kindertageseinrichtungen mit gesicherten Qualitätsstandards zu reduzierten Elternbeiträgen oder auch wie im Fall der Kindergärten beitragsfrei zu gewährleisten. Dem entspricht es, eben jene Einrichtungen zu fördern, die diesem Anforderungsprofil entsprechen, nicht notwendig aber Einrichtungen, die im Unterschied hierzu besondere Ausstattungsstandards bieten und deutlich höhere Elternbeiträge verlangen. Diese wären ja auch dann deutlich höher als die in der Richtlinie für die MFF vorgesehenen Elternentgelte, dies auch dann, wenn diese Einrichtungen in gleicher Höhe gefördert würden. Dass die Landeshauptstadt München Einrichtungen, die zu diesem Subventionsziel nicht beitragen, nicht in die Förderung nach der MFF aufnimmt, ist folgerichtig und bildet eine gleichermaßen legitime Gemeinwohlerwägung wie der Förderzweck selbst.

### *c) Insbesondere: Besserstellungsverbot*

Ein Besserstellungsverbot bei der Bezahlung der Beschäftigten gilt durchweg im Subventionsrecht.<sup>74</sup> Während überwiegend dieses Besserstellungsverbot bedeutet, dass Personalaufwendungen nur insoweit zuwendungsfähig sind, als sie auch bei vergleichbaren Bediensteten des Zuwendungsgebers anfielen,<sup>75</sup> geht die Landeshauptstadt München einen Schritt weiter und sieht die Begrenzung der Bezüge der Beschäftigten als Voraussetzung für die Förderung vor. Dem liegt die Erwägung zugrunde, Mitarbeiter in den

72 Vgl. Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 3.

73 Vgl. *Schwede*, FamRZ 2018, 193 zur „Luxus-Kita“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts; *Pastor*, jM 2018, 292; s. auch Bundestagsprotokoll 16/180 S. 19239; von Luxusaufwendungen spricht auch BayVGH U.v. 22.7.2016 – 12 BV 15.719 – Rdn. 51.

74 *Winkelmüller*, in: Schulte/Kloos, Handbuch öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 2 Rdn. 32.

75 *Winkelmüller* a.a.O.

kommunalen Einrichtungen nicht an private Einrichtungen zu verlieren, als Arbeitgeber auf dem angespannten Arbeitsmarkt im Bereich der Kinderbetreuung wettbewerbsfähig zu bleiben. Hierin liegt keine wettbewerbswidrige Begünstigung der eigenen Einrichtungen der Stadt. Dass öffentliche Träger von Einrichtungen sich im Wettbewerb keine Vorteile auf Grund ihrer Stellung verschaffen dürfen, bedeutet nicht, dass die Landeshauptstadt gehalten wäre, durch Zuwendungen an private Wettbewerber diesen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen und damit den Wettbewerb gegen sich selbst zu fördern. M.a.W.: die Stadt kann nicht gehalten sein, einem privaten Träger Mittel zuzuweisen, damit dieser seine Beschäftigten höher bezahlen und damit von ihren eigenen Einrichtungen abwerben kann. Auch das Beststellungsverbot nach der MFF wird daher durch legitime Gemeinwohlerwägungen getragen.

## **5. Folgerungen – Verhältnismäßigkeit**

### *a) Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG - Hilfserwägungen*

Da ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu verneinen ist, stellt sich nicht mehr die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Nur ergänzend und hilfsweise ist daher darauf zu verweisen, dass selbst dann, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung einen berufsbezogenen Eingriff bejahen wollte, dieser doch im Rahmen der Schranken des Grundrechts gerechtfertigt wäre. Die einzelnen Voraussetzungen für die Förderung nach der MFF wären in ihrer Intensität allenfalls Beschränkungen auf der Stufe der Berufsausübung gleichzusetzen und sind, wie vorstehend ausgeführt, von legitimen Gemeinwohlerwägungen getragen. Ihre Erforderlichkeit könnte insbesondere nicht aus der Erwägung in Frage gestellt werden, eine unterschiedslose Förderung von Einrichtungen unabhängig von einer Teilnahme würde einen „milderen“ Eingriff bedeuten (wollte man denn von einem Eingriff sprechen). Nicht nur dies würde dem Förderkonzept der Landeshauptstadt widersprechen, vielmehr würde auch verkannt, dass es nicht primär die Nichtgewährung von Zuwendungen ist, die von Seiten der Einrichtungen als Eingriff geltend gemacht wird, sondern die „Unterwerfung“ unter die Förderformel und deren Voraussetzungen. Da diese aber von den Trägern beeinflussbar sind, kann, wollte man überhaupt

einen Grundrechtseingriff annehmen, jedenfalls nicht von einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung gesprochen werden.

Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn die Träger von Kindertageseinrichtungen neben der ohnehin bestehenden Förderung nach BayKiBiG auf eine zusätzliche Förderung durch die Landeshauptstadt existenziell angewiesen wären, kann dahinstehen.<sup>76</sup> Denn davon ist erkennbar nicht auszugehen. In München – wie i.ü. auch im Umland – bestehen zahlreiche Kindertageseinrichtungen auf privater Basis, die teils mit, teils auch ohne die Betriebskostenförderung nach dem BayKiBiG, aber jedenfalls ohne Förderung nach der MFF gleichwohl qualifizierte Betreuung anbieten und sich ungeachtet höherer Elternbeiträge lebhafter Nachfrage von Seiten der Eltern erfreuen.<sup>77</sup>

Nur bedingt nachvollziehbar erscheint in diesem Zusammenhang der Einwand der mangelnden Folgerichtigkeit oder „Kohärenz“ der Förderung durch die Landeshauptstadt.<sup>78</sup> Diese habe, so der Einwand, mit der Erweiterung ihres bisherigen Fördermechanismus um eine zusätzliche kindbezogene Förderung den bisherigen „Förderpfad“ verlassen und sich zudem nicht an der landesgesetzlichen Konzeption des Art. 23 Abs. 3 BayKiBiG orientiert. Selbst wenn man von der Veranstaltung von Sportwetten<sup>79</sup> oder von der getränkegeprägten Gastronomie<sup>80</sup> und den für diese Bereiche gel-

---

76 So Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 34 f.

77 VG München verweist im U.v. 18.09.2013, M 18 K 13.2256, juris, Rn. 54. auf die vielfach bewusste Entscheidung von Eltern für eine Kindertagesstätte eines u.U. sehr viel teureren, jedoch ein besonders Betreuungskonzept verfolgenden privaten Trägers.

78 Rechtsgutachten *Burgi*, S. 20; die Ausführungen beruhen auf *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rn. 159; zum Konsequenz- oder Kohärenzgebot s. BVerfGE 115, 276 für das Glücksspielrecht und BVerfGE 121, 317 für Rauchverbote in Gaststätten.

79 BVerfGE 115, 276.

80 BVerfGE 121, 317 Rdn. 129 ff. 135; die im Rechtsgutachten *Burgi* S. 20 in Fn. 25 hierfür als Beleg genannte E. des BVerfG E 145, 20 bezieht sich auf das Glücksspielrecht.

tenden Verbotsnormen Parallelen zum Betrieb von Kindertageseinrichtungen und deren Förderung ziehen wollte: warum es der Stadt verwehrt sein sollte, neuen „Pfade“ zu beschreiten, ist nicht ersichtlich, und ebensowenig ist es ihr verwehrt, die staatliche Förderung nach Art. 23 Abs. 3 BayKiBiG um eine zusätzliche freiwillige Förderung zu ergänzen. Ihr ist es auch unbenommen, die bestehende Förderformel zu ändern mit dem Ziel einer weitergehenden Entlastung der Eltern, dies durchaus im Einklang mit der Intention des BayKiBiG in Art. 23 Abs. 3.

*b) Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG*

*aa) Differenzierungsgründe und Verhältnismäßigkeit*

Im Rahmen der MFF wird, wie ausgeführt, die Gruppe der nicht an der MFF teilnehmenden Träger, die sich deren Voraussetzungen nicht „unterwerfen“ wollen, als wesentlich ungleich im Verhältnis zu den teilnehmenden Trägern gesehen und demgemäß in der Frage der zusätzlichen, freiwilligen Förderung durch die Landeshauptstadt ungleich behandelt. Anknüpfungspunkt und damit entscheidendes Differenzierungskriterium ist der Umstand, dass diese Träger die Vorgaben der MFF wie gestaffelte und begrenzte Elternbeiträge oder Beachtung des Besserstellungsverbots nicht hinnehmen. Es sind dies, wie dargelegt, sachgerechte Kriterien. Sie rechtfertigen die Beschränkung der Zuwendung nach der MFF auf die hieran teilnehmenden Träger von Einrichtungen. Das damit einhergehende geringere Ausmaß an Zuwendungen der öffentlichen Hand, das diese Träger erhalten, steht auch nicht außer Verhältnis zur Zielsetzung der Förderformel. Hierfür ist auf die vorstehenden Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 GG zu verweisen, zumal die maßgeblichen Differenzierungskriterien durchweg in der Sphäre der Träger liegen und von ihnen beeinflussbar sind.

Eine maßgebliche Ungleichbehandlung liegt nicht etwa in einer ungleichen Behandlung kommunaler und privater Träger, wie dies das vorliegende Rechtsgutachten von *Burgi* suggeriert, wenn dort durchweg auf den Gegensatz kommunaler und privater Träger abgestellt wird.<sup>81</sup> Dass die Landes-

---

81 Vgl. Rechtsgutachten *Burgi* S. 21, 22, 23 unter b); davon abgesehen, dürfte eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung privater und öffentlicher

hauptstadt die anderweitig nicht abgedeckten Kosten ihrer kommunalen Einrichtungen aus ihrem Haushalt finanziert, liegt in ihrer Funktion als Träger der öffentlichen Jugendhilfe begründet und bedeutet keine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu privaten oder freigemeinnützigen Trägern. Es ist auch keine Frage des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG, dass die Landeshauptstadt München ihr Förderkonzept nach der MFF fortgeschrieben und erweitert hat. Denn auch hierbei werden die Träger der Einrichtungen gleich behandelt. Sie können zu gleichen Bedingungen an der freiwilligen Förderung durch die Landeshauptstadt teilnehmen. Auch der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet nicht, neue „Förderpfade“ zu beschreiten.

#### *bb) Gleichheitssatz und SGB VIII*

##### (1) Konkretisierung des Gleichheitssatzes

Ergänzend ist anzumerken, dass auch die Grundsätze des § 47 Abs. 5 SGB VIII zu keiner anderen Beurteilung Anlass geben.<sup>82</sup> Sie sind nach § 47a SGB VIII hier jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar, da das Landesrecht eine für die Förderung von Tageseinrichtungen für Kinder „eigenständige und abschließende Regelung“ getroffen hat.<sup>83</sup> Dies ist der Fall beim BayKiBiG. § 74 SGB VIII wird in diesem Falle insgesamt durch § 74a SGB VIII verdrängt. Dies gilt auch für die unmittelbare Anwendung der in § 74 Abs. 5 SGB VIII enthaltenen Gebote gleichheitskonformer Förderung. Sie sind allerdings mittelbar in Anwendung des Gleichheitssatzes zu berücksichtigen, so das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21. Januar 2010: „Als ihrerseits den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) konkretisierende Ausformungen verweisen die Gebote des § 74 Abs. 5 SGB VIII allerdings darauf, dass die - die Jugendhilfe kraft Bundesrechts kennzeich-

---

Träger ebensowenig bestehen, wie sie im Verhältnis von privaten und öffentlichen Schulen besteht, dazu BayVerfGH, E.v. 9.10.2007 – Vf. 14-VII-06 -, Rdn. 23, juris.

<sup>82</sup> So aber im Ergebnis Rechtsgutachten *Wabnitz*.

<sup>83</sup> BVerwG, U.v. 21.1.2010 – 5 CN 1.09 – Rdn. 20; so auch das ganz überwiegende Schrifttum, vgl. Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 18 mit Fn. 18; a.A. *Wabnitz*, a.a.O. Fn. 17.

nende - Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen sowie von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) auch bei der Förderung zu beachten sind.“

Zu den materiellen Grundentscheidungen, die demgemäß zu beachten sind, rechnet das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere die Trägervielfalt nach § 3 Abs. 1 SGB VIII, also die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen und das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII<sup>84</sup> und insbesondere für Kindertageseinrichtungen das Gebot, bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung zu beachten gemäß § 9 Nr. 1 SGB VIII und Art. 6 Abs. 2 GG.<sup>85</sup>

## (2) Insbesondere: Trägerpluralität und Wahlrecht

Der Grundsatz der Trägerpluralität gebietet, die Förderung der freien Jugendhilfe nicht auf bestimmte Gruppen von freien Trägern oder auf bestimmte Wertorientierungen, Inhalte, Verfahren und Arbeitsformen zu begrenzen.<sup>86</sup> Dies wären unzulässige Differenzierungskriterien. Für eine solche Begrenzung ist hier nichts ersichtlich. Zugang zur Förderung nach MFF haben alle freien Träger, ohne dass es auf die genannten Kriterien ankäme. Für eine Konzentration der Aufgaben auf einen oder wenige freie Träger oder eine Aufgabenerfüllung nach „Einheitskonzepten“ bestehen keine Anhaltspunkte, so dass auch eine etwaige „Bestandsgarantie“<sup>87</sup> nicht berührt wäre. Sowohl bei den nach der MFF geförderten als auch bei den hieran nicht teilnehmenden Trägern von Kindertageseinrichtung besteht weitreichende Trägervielfalt. Sie ist ersichtlich bereits durch die Betriebskostenförderung nach BayKiBiG gewährleistet. Damit ist auch das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern nicht eingeschränkt.

---

84 Zum Umfang des Wahlrechts s. BVerwG, U.v. 26.10.2017 – 5 C 19.16 – BVerwGE 160, 212 Rdn. 39, 40.

85 BVerwG, U..v. 21.1.2010 – 5 CN 1.09 – Rdn. 31.

86 Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 21 unter Verweis auf VGH Mannheim BWVBI 2007, 294.

87 Dazu Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 22 f.

Es bedeutet nicht, dass die unterschiedlichen Einrichtungen nicht auch mit unterschiedlich hohen Kosten für die Eltern verbunden sein dürften. Gesichtspunkte der finanziellen Belastung<sup>88</sup> spielen erst im Rahmen einer etwaigen Kostenübernahme nach § 90 Abs. 3 SGB VIII eine Rolle.<sup>89</sup> Ebenso wenig ist das damit im Zusammenhang stehende Gebot, die von den Eltern bestimmte Grundrichtung der Erziehung zu beachten, §§ 9 Nr. 1 sowie 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII berührt.<sup>90</sup> Soweit dies das Angebot besonderer pädagogischer Konzepte und Leistungen wie z. B. musikalische Früherziehung und bilinguale Erziehung, Zusammenarbeit mit „externen Experten aus Sport, Kunst und Kultur“ und individuelle Lernkonzepte einschließt,<sup>91</sup> sind die Träger der Einrichtungen auch hieran nicht gehindert. Eine andere Frage ist, ob die Landeshauptstadt verpflichtet ist, auch diese besonderen Angebote mittelbar durch die Aufnahme in die MFF zu fördern, wenn der Träger gleichwohl höhere Elternentgelte, als sie nach dieser Formel vorgesehen sind, erhebt. Sie ist, wie nachstehend ausgeführt wird, zu verneinen.

### (3) Insbesondere: Selbständigkeit und Organisationsbefugnis

Ebenso wenig ist der Grundsatz der Selbständigkeit der freien Jugendhilfe, § 4 SGB VIII, betroffen,<sup>92</sup> weder in der Zielsetzung noch in der Durchführung der Aufgaben. Wenn eine Förderungsvoraussetzung nach der MFF, wonach zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmter Prozentsatz der Kinder in einem zu diesem Zeitpunkt als belastet definierten Stadtbezirksviertel leben müssen, als unverhältnismäßiger Eingriff in die organisatorische Selbständigkeit einer Einrichtung gesehen wird, so wird dabei übersehen, dass dies nur für den standortbezogenen Faktor der Förderformel

---

88 Darauf abstellend Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 39.

89 Vgl. zum Kriterium der finanziellen Zumutbarkeit BVerwG, U.v. 26.10.2017 – 5 C 19.16 – BVerwGE 160, 212 Rdn. 47.

90 Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 40.

91 Aufzählung dieser und weiterer Beispiele im Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 25 und wortgleich S.32.

92 Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 26 f.



gilt.<sup>93</sup> Eine Verpflichtung, die überwiegende Zahl der Betreuungsplätze der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, ist in der Neufassung der ZuRi vom 21.05.2019 nicht mehr enthalten.<sup>94</sup> Auch würde die allgemeine Verpflichtung, Plätze der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, dem Träger der Einrichtung nicht die Entscheidungskompetenz darüber entziehen, welche Kinder konkret aufgenommen werden.

Wenn Träger, die einen besonderen Wert auf einen sehr guten Betreuer-Kind-Schlüssel legen, deshalb mit mehr Personal und kleineren Gruppen planen, so ist ihnen dies ebensowenig verwehrt, wie die bereits erwähnten besonderen pädagogischen Konzepte und Leistungen. Auch diesbezüglich erfolgt durch die MFF kein Eingriff in die Organisationsstruktur der Träger der Einrichtungen, die nach § 4 SGB VIII zu beachten ist. Wollte man dazu auch die Kalkulation der Elternentgelte rechnen,<sup>95</sup> so bleibt der Träger der Einrichtung auch hierin frei in seiner Entscheidung. Dass dann bei Elternentgelten, die nicht entsprechend den Vorgaben der MFF gestaffelt und begrenzt sind, die freiwillige, zur gesetzlichen hinzutretende Förderung nach der MFF entfällt, so beruht dies auf einer sachgerechten Differenzierung durch die Landeshauptstadt München und berührt nicht die gemäß des § 74 Abs. 5 SGB VIII im Rahmen der Gleichheitsprüfung zu beachtenden Grundentscheidungen des SGB VIII. Nicht nachvollziehbar ist schließlich die Behauptung, diese Grundentscheidungen des § 74 Abs. 5 SGB VIII, die im Rahmen der Gleichheitsprüfung ja nur mittelbar als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sind, seien dadurch berührt, dass die Empfänger von Zuwendungen nach der MFF dem Zuwendungsgeber Prüfungsrechte einzuräumen haben.<sup>96</sup>

---

93 Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 30 – dem Rechtsgutachten liegt nicht die geltende Fassung der Richtlinie zugrunde.

94 So Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 29 unter Bezugnahme auf Ziff. 2.1 Buchst. 4 g der Fassung vom 18.09.2018; die Bestimmung ist in der geltenden Fassung nicht mehr enthalten, das Rechtsgutachten beruht offenbar auf der älteren Fassung, ist allerdings entgegen guter wissenschaftlicher Praxis nicht datiert.

95 Rechtsgutachten *Wabnitz* S. 34.

96 So *Wabnitz* a.a.O. S. 34, der eben dies nicht berücksichtigt.

Im Ergebnis sind mithin die nach § 74 Abs. 5 SGB VIII mittelbar im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachtenden Grundentscheidungen nicht in einer Weise berührt, die einen Verstoß gegen das Grundrecht begründen könnten. Die Fördervoraussetzungen nach den Richtlinien zur MFF verstoßen damit ebensowenig wie gegen Art. 12 Abs. 1 GG gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

#### **IV. Grundrechte der Eltern, Art 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ?**

Das elterliche Erziehungsrecht des Art. 6 Abs. 2 GG umfasst das Recht der Eltern, ihre Erziehungsvorstellungen auch bei der Auswahl einer Kindertageseinrichtung zur Geltung zu bringen.<sup>97</sup> Dem entspricht ihr Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII nach Maßgabe der von ihnen bestimmten Grundrichtung der Erziehung gem. § 9 Abs. 1 SGB VII. Es handelt sich hier um eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Elternrechts.<sup>98</sup> Wie vorstehend dargelegt, wird das Wahlrecht der Eltern jedoch nicht dadurch geschmälert, dass Einrichtungen in unterschiedlicher Weise gefördert werden, wie dies der Fall ist im Verhältnis der an der MFF teilnehmenden zu anderen, regelmäßig, aber nicht notwendig privat-gewerblichen Einrichtungen. Die damit verbundenen höheren Aufwendungen für ggf. besondere pädagogische Konzepte und Leistungen sind, wie ausgeführt, eine Frage der Zumutbarkeit nach § 90 SGB VIII.<sup>99</sup> Zudem folgen aus dem Schutz- und Förderungsauftrag des Art. 6 Abs. 2 GG keine Ansprüche auf konkrete

---

97 §§ 9 Nr. 1 sowie 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII.

98 Vgl. zum Wahlrecht der Eltern bei Schulen BVerwG NVwZ 1993, 692 Rdn. 14 bei juris; *von Coelln*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 6 Rdn. 63; *Möstl*, in: Möstl/Lindner/Wolff, Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 130 Rdn. 11 für Art. 130 BayVerf.; zur Frage, ob Kindergärten „Schulen“ i.S.v. Art. 7 GG sein können, *Thiel*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 7 Rdn. 9.

99 BVerwGE 160, 212 Rdn. 47.

Leistungen<sup>100</sup> und ebensowenig auf Kostenfreiheit.<sup>101</sup> Dem entspricht, dass auch das Interesse der erziehungsberechtigten Eltern an einem besonderen pädagogischen Konzept diesbezüglich keine Leistungsansprüche begründet.<sup>102</sup>

Schon deshalb erweist sich auch der Einwand eines gleichheitswidrigen Eingriffs in das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG<sup>103</sup> als gegenstandslos. Dies gilt insbesondere für den Einwand fehlender Differenzierung nach Elterneinkommen, weil Eltern mit höherem Einkommen, wenn ihre Kinder in einer Einrichtung nach der MFF betreut werden, von der erweiterten, freiwilligen Förderung durch die Landeshauptstadt Nutzen ziehen – sie zahlen weniger, als bisher –, nicht aber Eltern von Kindern in einer privaten und hieran nicht an der MFF teilnehmenden Einrichtung. Der Einwand ist auch deshalb nicht schlüssig, weil zwar anerkannt ist, dass Kindertageseinrichtungen nach Elterneinkommen gestaffelte Beiträge festsetzen dürfen,<sup>104</sup> dies aber nicht bedeutet, dass nicht auch eine ergänzende Förderung stattfinden dürfte, die, wie dies der Fall ist bei den unterschiedlichen Faktoren der Förderformel, auch an objektive Kriterien anknüpft. Davon abgesehen, dass die MFF mit der Differenzförderung auch insoweit einkommensbezogene Elemente aufweist, ist eine unterschiedliche Belastung durch Elternbeiträge je nach Teilnahme der Einrichtung an der MFF Konsequenz der frei zu treffenden Entscheidung des Einrichtungsträgers eben für oder gegen diese Teilnahme.

## V. Verstoß gegen europäisches Recht?

---

100 BVerfGE 140, 65 Rdn. 39; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018 Rdn. 52.

101 Vgl. für den schulischen Bereich BVerwG, U.v. 13.9.1992 – 5 C. 50.88 – NVwZ 1993, 692.

102 Vgl. für die Waldorf-Pädagogik BVerwG a.a.O. Rdn. 14; dies hat auch für Kindergärten als vorschulische Bildungseinrichtungen zu gelten.

103 Rechtsgutachten *Burgi* S. 25.

104 BVerfGE 97, 332 (346 f.).

## 1. Grundfreiheiten des AEUV

Der Vollständigkeit halber soll ergänzend auf geltend gemachte Verstöße gegen europäisches Recht und hier insbesondere gegen Grundfreiheiten des AEUV eingegangen werden. Dabei soll im Ausgangspunkt nicht in Frage gestellt werden, dass auf den Betrieb von Kindertageseinrichtungen durch Betreiber aus dem EU-Ausland die Grundfreiheiten des AEUV wie insbesondere die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV und die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV Anwendung finden, dass also zu gewährleisten ist, dass die Anbieter ihre Leistungen zu gleichen Bedingungen erbringen können.<sup>105</sup> Auch ist zu vergegenwärtigen, dass die an sich als Diskriminierungsverbote angelegten Grundfreiheiten des Primärrechts zu allgemeinen Beschränkungsverboten fortentwickelt wurden.<sup>106</sup> Dies gilt auch für die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit.<sup>107</sup>

## 2. Diskriminierungsverbote?

Als Diskriminierungsverbote sind diese Grundfreiheiten ersichtlich nicht betroffen. Die Voraussetzungen einer Förderung nach der MFF gelten unterschiedslos für alle Träger von Einrichtungen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem Sitz. Eine wie immer geartete Diskriminierung ist nicht erkennbar. Dass im Bereich der Grundfreiheiten ein Recht auf Teilhabe an anderen gewährten sozialen Vergünstigungen und auf gleichberechtigten Zugang zu Leistungsansprüchen besteht,<sup>108</sup> führt zu keiner anderen

---

105 Vgl. für Einrichtungen der Jugendhilfe VG Hamburg, U.v. 17.1.2006 – 13 K 1657/04 – Rdn. 28, juris, zitiert bei *Burgi*, Rechtsgutachten S. 28, der allerdings die Abänderung des Urteils in der Berufungsinstanz zu erwähnen vergisst.

106 *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019 Rdn. 836 ff.

107 *Streinz* a.a.O. Rdn. 840, 842.

108 Rechtsgutachten *Burgi* S. 28; s. aber auch OVG Hamburg, U.v. 22.4.2008 – 4 Bf 104/06 – NordÖR 2008, 466 Rdn. 58: Gemeinnützigkeit als Fördervoraussetzung mit europäischem Recht vereinbar (gegen VG Hamburg).

Bewertung. Der Zugang zu Vergünstigungen und Leistungsansprüchen nach der MFF besteht unterschiedslos.

### 3. Beschränkungsverbote?

Ebensowenig sind die Grundfreiheiten der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit in ihrem Schutzgehalt als Beschränkungsverbote berührt. Eine mittelbare Diskriminierung durch die Fördervoraussetzungen nach der MFF ist nicht ansatzweise erkennbar, zumal diese auch gleichermaßen für freigemeinnützige und privat-gewerbliche Einrichtungen gelten – um letztere dürfte es sich bei Trägern aus dem EU-Ausland meist handeln. Ob Anbieter aus der EU befugt sind, sich als Träger von Kindertageseinrichtungen zu betätigen bzw. entsprechende Dienstleistungen zu erbringen, ist nicht Gegenstand der Bestimmungen der MFF; das Herkunftslandprinzip ist also nicht berührt, es liegt kein Fall einer „dual burden“ vor. Die Bestimmungen der MFF betreffen für die teilnehmenden Träger unterschiedslos geltende Modalitäten des Betriebs der Einrichtungen, ob unter Inanspruchnahme der zusätzlichen freiwilligen Förderung durch die Landeshauptstadt unter bestimmten, den Betrieb betreffenden Auflagen entsprechend dem Förderungszweck oder ohne diese zusätzliche, nicht existenzielle Förderung und die damit verbundenen Auflagen. Der grenzüberschreitende Marktzugang wird hierdurch nicht berührt. Dies aber wäre Voraussetzung für den Tatbestand einer Beschränkung der Grundfreiheiten.<sup>109</sup> Sie ist im Tatbestand zu verneinen; die Frage nach ihrer Verhältnismäßigkeit – die entsprechend den Überlegungen zu Art. 12 Abs. 1 GG zu bejahen wäre – stellt sich damit nicht.<sup>110</sup>

### Ergebnis

---

109 Vgl. für die Niederlassungsfreiheit *Fischer/Fetzer*, Europarecht, 12. Aufl. 2019 Rdn. 538, für die Dienstleistungsfreiheit dort Rdn. 563.

110 Sie wird im Rechtsgutachten *Burgi* S. 30 auf Grund der unzutreffenden Behauptung verneint, den Kriterien der MFF lägen allein fiskalische Überlegungen zugrunde.

Im Ergebnis ist die Landeshauptstadt München also nicht gehalten, Trägern von Kindertageseinrichtungen, die die Bedingungen nach der MFF für sich nicht anerkennen wollen, gleichwohl hiernach zu fördern. Ob sie hierzu befugt wäre, war nicht Gegenstand der vorstehenden Überlegungen. Doch ist zu bedenken, dass ungeachtet der weiten Ermessensspielräume der Verwaltung bei freiwilliger Förderung es eine relevante Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG darstellen würde, wenn Träger von Einrichtungen auf ihren Antrag hin Zuwendungen erhielten, wie sie nach der MFF vorgesehen sind, ohne auf deren Voraussetzungen verpflichtet zu werden, während andererseits die bisher nach der MFF geförderten Einrichtungen weiterhin hieran gebunden blieben. Damit wäre letztlich das Förderkonzept der MFF selbst gefährdet. Auch deshalb ist daran festzuhalten, dass seitens Träger von Kindertageseinrichtungen bzw. der entsprechenden Eltern kein Anspruch auf Förderung im Rahmen der Münchner Beitragsentlastung ohne Teilnahme der jeweiligen Kindertageseinrichtung am Fördermodell der Landeshauptstadt München (Münchner Förderformel) besteht.

München, im April 2020

(o. Prof. Dr. Christoph Degenhart)