

## Leitsätze:

1. Hat der Landesgesetzgeber – wie der Freistaat Bayern mit dem Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz – eine eigenständige und umfassende Finanzierungsregelung zu den Personalausgaben und zur Investitionsförderung bei Kindertageseinrichtungen getroffen, so kommt daneben eine unmittelbare (parallele) Anwendung der in § 74 SGB VIII bundesgesetzlich normierten Grundsätze für eine Förderung der Träger der Freien Jugendhilfe nicht (mehr) in Betracht (§ 74a SGB VIII); ein ergänzender bundesrechtlicher Finanzierungsanspruch freier Träger aus § 74 Abs. 1, 2 SGB VIII neben – abschließenden – landesgesetzlichen Finanzierungsregelungen scheidet deshalb von vornherein aus (im Anschluss an BVerwG, U. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 – juris, RNr. 20).
2. Aus Art. 3 Abs. 1 GG kann ein Rechtsanspruch auf Defizitausgleich nur erwachsen, wenn bereits ein anderer freier Träger von der Gemeinde einen entsprechenden Ausgleich erhält.
3. Dem Interesse freigemeinnütziger Träger an einer Defizitübernahme ist derzeit lediglich durch Anerkennung eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung im Rahmen allgemeiner Grundsätze der Vergabe kommunaler Fördermittel (Art. 7 Abs. 2 Satz 1, 57 Abs. 1 Satz 1 BayGO) Rechnung getragen. Die Schaffung eines generellen Rechtsanspruchs auf Defizitausgleich bedarf eines entsprechenden Tätigwerdens des Landesgesetzgebers.
4. Ein Förderanspruch freier Träger auf der Grundlage einer Ermessensreduzierung auf Null kommt nur dann in Betracht, wenn der weitere Betrieb einer Einrichtung – etwa unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung eines pluralen Angebots – konkret gefährdet wäre und andere zumutbare Wege der Eigenfinanzierung – beispielsweise eine Beitragserhöhung – ausgeschöpft sind. In einem solchen Fall wird sich regelmäßig zugleich auch die Gewährleistungsverantwortung (Art. 5 Abs. 3 BayKiBiG i.V.m. § 79 Abs. 2 SGB VIII) des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe (Landkreis) aktualisieren.

Hinweis:

Die Entscheidung setzt sich mit den Anforderungen an einen sog. Defizitausgleich durch die Gemeinden gegenüber Freien Trägern der Jugendhilfe (hier: Defizitausgleich eines kirchlichen Kindergartens durch die Gemeinde) auseinander. Das Urteil lehnt einen Rechtsanspruch auf Defizitausgleich gegenüber den Gemeinden mangels gesetzlicher Regelung grundsätzlich ab. Gleichwohl kann ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung und in engen Ausnahmefällen auch ein Anspruch auf Ausgleich des Defizits zur Erhaltung der Trägervielfalt in Betracht kommen.

12 BV 13.650  
AN 14 K 12.1088

*Großes Staats-  
wappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* & \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

gegen

**Große Kreisstadt Weißenburg i. Bay.,**  
vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Marktplatz 19, 91781 Weißenburg i. Bay.,

- Beklagte -

beteiligt:

**Landesanwaltschaft Bayern**  
**als Vertreterin des öffentlichen Interesses**

wegen

Kindergartenrecht;

hier: Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts  
Ansbach vom 24. Januar 2013,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 12. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayer,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Kurzidem,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Frieser

ohne mündliche Verhandlung am **23. Oktober 2013**

folgendes

**Urteil:**

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Gerichtskosten werden nicht erhoben.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand:

- 1 Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Defizitübernahme für von der Klägerin geführte Kindergärten.
- 2 1. Die Klägerin betreibt als katholische Kirchenstiftung St. W\*\*\*\*\* in W\*\*\*\*\* zwei Kindergärten, den seit 1929 bestehenden katholischen Kindergarten St. G\*\*\*-\*\*\*\*\* mit 96 Plätzen und den seit 1963 bestehenden katholischen Kindergarten H\*\*-\*  
\*\*\* \*\*\*\*\* mit 57 Plätzen. Da die gemäß Art. 18 ff. Bayerisches Kinderbildungsgesetz (BayKiBiG) ausgereichten Fördergelder und die von den Eltern aufgebrauchten Beiträge nicht kostendeckend seien, habe die Diözese in der Vergangenheit freiwillige Zuschüsse zu den Personalkosten geleistet. Diese seien jedoch ab dem Jahr 2010 eingestellt worden, sodass in diesem Jahr ein Minus von rd. 16.500 Euro für laufende Betriebs- und Unterhaltskosten aufgelaufen sei. In gleicher Größenordnung sei ein Defizit für das Jahr 2011 zu erwarten. Bei den bisherigen Zuschüssen der bischöflichen Finanzkammer E\*\*\*\*\* habe es sich um freiwillige Leistungen gehandelt, auf die ein Rechtsanspruch nicht bestehe. Ebenso wenig verfüge die Klägerin über eigene Rücklagen. Das Vermögen der Kirchenstiftung dürfe gemäß Art. 7 Abs. 1 Kirchenstiftungsordnung (KistiftO) zum Defizitausgleich nicht herangezogen werden.
- 3 2. Die Beklagte weigerte sich, einer Kostenbeteiligung zuzustimmen. Ein von der Klägerin angestrebtes rechtsaufsichtliches Verfahren blieb mit Schreiben des Landratsamts vom 4. Oktober 2011 ohne Erfolg. Ein Anspruch aus Art. 21, 22 BayKiBiG oder dem Achten Buch Sozialgesetzbuch auf Abschluss eines Defizitvertrages bestehe nicht. Es handele sich um zusätzliche freiwillige kommunale Förderungen, die auszuhandeln seien, weshalb es der Gemeinde im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts überlassen bleiben müsse, ob sie derartige Defizite freigemeinnütziger Kindertagesstättenübernehmer übernehmen wolle. Das Subsidiaritätsprinzip sei beachtet worden. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) liege nicht vor. Die Kommune fördere alle freien Träger von Kindergärten in gleicher Weise.
- 4 3. Einen daraufhin mit Schreiben vom 8. Februar 2012 gestellten Zuschussantrag zum Ausgleich des Defizits 2010 in Höhe von 16.239,66 Euro lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 21. Mai 2012 ab. Hiergegen erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 20. Juni 2012 Klage mit dem Ziel, die Beklagte zu verpflichten, ihr einen Zuschuss zu den Betriebskosten des Kindergarten St. G\*\*\*\*\* zum Ausgleich des für das im

Jahr 2010 verbleibende Defizit in Höhe von 16.239,66 Euro zu bewilligen, hilfsweise, die Beklagte zu verpflichten, über den Defizitantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

- 5 4. Mit Urteil vom 24. Januar 2013 gab das Verwaltungsgericht der Klage im Hilfsantrag statt. Der Hauptantrag wurde als unbegründet abgewiesen.
- 6 a) Die Klägerin besitze keinen Anspruch auf eine den bewilligten Umfang überschreitende Förderung nach dem Bayerischen Kinderbildungsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften. Der Bundesgesetzgeber überlasse durch § 74a Satz 1 Aechtes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) die Finanzierung von Tageseinrichtungen dem Landesrecht. Hiervon habe der Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht und im Bayerischen Kinderbildungsgesetz eine Finanzierung von frei gemeinnützigen Trägern durch eine Investitionskostenförderung nach Art. 27 BayKiBiG und eine Betriebskostenförderung nach Art. 18 ff. BayKiBiG vorgesehen. Daneben finanzierten sich die Träger durch Elternbeiträge nach § 90 SGB VIII. Der Ausgleich eines gleichwohl verbleibenden Defizits sei nicht vorgesehen. Insoweit könne auch nicht von einer Regelungslücke ausgegangen werden. Der bayerische Landesgesetzgeber habe im Bayerischen Kinderbildungsgesetz bewusst eine kindbezogene Pauschalförderung geschaffen, deren Höhe sich nach der Anzahl der Kinder, ihrem Alter, der Buchungs- oder Betreuungszeit und dem erforderlichen Personal (Art. 21 BayKiBiG) richte. Durch diese Form der Förderung verbleibe den freigemeinnützigen Trägern im Regelfall wohl ein Kostendefizit, das das Bayerische Kinderbildungsgesetz unausgesprochen – ebenso wie § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII – als angemessene Eigenleistung betrachte. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs zum Bayerischen Kinderbildungsgesetz lasse erkennen, dass bestehende Defizitverträge anderer Gemeinden nicht auf Rechtsvorschriften des Bayerischen Kinderbildungsgesetzes gründeten (LT-Drs. 15/2479, Seite 3 – D II.3 b). Der Anspruch aus Art. 18 Abs. 1 BayKiBiG umfasse folglich bewusst keine Vollfinanzierung. Ebenso wenig könne die Klägerin einen Anspruch auf Defizitübernahme aus der „allgemeinen Lastenverteilungsregel“ des Art. 104 a Abs. 1 GG herleiten. Diese Regelung betreffe ausschließlich das Verhältnis des Bundes zu den Ländern.
- 7 b) Dagegen erweise sich die Klage im Hilfsantrag, mit dem die Beklagte verpflichtet werden solle, über den Förderantrag unter der Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, als begründet. Der ablehnende Bescheid vom 21. Mai

2012 verletze die Klägerin in ihren Rechten, weil die Beklagte von dem ihr eingeräumten Förderermessen nicht in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht habe. Im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit müsse die Gemeinde das Subsidiaritätsprinzip, das Pluralitätsprinzip und den Gleichheitssatz beachten und sich damit auseinandersetzen. Letzteres habe die Beklagte in ihrem ablehnenden Bescheid vom 21. Mai 2012 verkannt. In die Ermessenserwägungen hätte eingestellt werden müssen, dass der Kindergarten der Klägerin als bedarfsnotwenig anerkannt und stets ausgelastet gewesen sei. Zudem hätte beachtet werden müssen, dass Art. 4 Abs. 3 BayKiBiG einen Vorrang gemeinnütziger Träger sowohl bei der Schaffung als auch beim Ausbau von Kindergartenplätzen vorsehe. Ferner hätte berücksichtigt werden müssen, dass gemäß § 5 SGB VIII ein möglichst bedarfsorientiertes, plurales Angebot zu schaffen und zu erhalten sei. Darüber hinaus wäre zu prüfen gewesen, ob die Versagung des Defizitausgleichs angesichts der Tatsache, dass Einrichtungen der Gemeinde die dort gegebenenfalls anfallenden Defizite stets durch gemeindliche Fremdmittel gedeckt erhielten, eine gleichheitswidrige Benachteiligung freigemeinnütziger Träger darstelle. Gleichwohl könne unter Berücksichtigung dieser außer Betracht gelassenen Gesichtspunkte eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge der Verurteilung zu einem Defizitausgleich nicht angenommen werden, da sowohl hinsichtlich der Entscheidung, ob ein Defizit übernommen werde wie auch bei der Entscheidung, in welcher Höhe eine Übernahme gegebenenfalls in Betracht komme, mehrere – rechtlich nicht zu beanstandende – Lösungen in Betracht kämen. Die Beklagte könne deshalb lediglich verpflichtet werden, unter Aufhebung des Bescheids und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu über den Antrag vom 8. Februar 2012 zu entscheiden.

- 8 5. Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren im Hauptantrag weiter. Der Anspruch auf Kostenübernahme hinsichtlich des verbleibenden Defizits in voller Höhe ergebe sich aus Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BayKiBiG i.V.m. der allgemeinen Lastenverteilungsregelung des Art. 83 Abs. 3 BV bzw. Art. 104a Abs. 1 GG. Gleiches folge aus § 74 SGB VIII analog sowie aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Klägerin nehme Aufgaben der Beklagten an deren Stelle wahr. Schließlich begegne auch das bayerische Finanzierungssystem insgesamt verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips und des Bestimmtheitsgebots. Der Staat könne nicht einerseits die Gewährleistung eines pluralen und primär durch freie Träger zu

gewährleistenden Betreuungsangebots fordern, andererseits aber die hierfür nötige Förderung vorenthalten. Ein solches Vorgehen sei in sich widersprüchlich. Während öffentliche Einrichtungen von ihren kommunalen Trägern eine faktische Zusicherung hinsichtlich der Übernahme etwaiger Defizite erhielten, würden freigemeinnützige Träger in einer ungewissen Finanzierungssituation gehalten. Dies widerspreche dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV, Art. 3 GG).

9 Die Klägerin beantragt sinngemäß,

10 das Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 24. Januar 2013 insoweit aufzuheben, als die Klage abgewiesen wurde und die Beklagte zu verpflichten, ihr zum Ausgleich des für das Jahr 2010 verbleibenden Defizits einen Zuschuss zu den Betriebskosten des Kindergartens St. G\*\*\*\*\* in Höhe von 16.239,66 Euro zu bewilligen.

11 Die Beklagte beantragt sinngemäß,

12 die Berufung zurückzuweisen.

13 Sie verteidigt das Urteil des Verwaltungsgerichts. Ein Defizitenausgleich sei gesetzlich nicht vorgesehen. Die Art. 18 ff. BayKiBiG schlossen einen Rückgriff auf Art. 4 und 5 BayKiBiG aus. Aus den Landtagsdrucksachen 15/2479 vom 18. Januar 2005 und 15/5134 vom 4. Mai 2006 gehe klar hervor, dass der Gesetzgeber keine gesetzliche Grundlage für eine Defizitübernahme habe schaffen wollen. Ebenso wenig besitze die Klägerin Ansprüche aus dem Konnexitäts-, Pluralitäts- oder Subsidiaritätsprinzip. Auch ein Anspruch auf erneute Entscheidung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens bestehe nicht. Dieses sei bereits vollumfänglich ausgeübt worden. Eine Ermessensreduzierung auf Null liege nicht vor. Der Defizitbetrag in Höhe von 16.239,66 Euro stelle lediglich 3,6 % der Gesamtaufwendungen dar. Weshalb der Klägerin dieser Eigenanteil nicht zumutbar sein solle, erschließe sich nicht, zumal keinem anderen freien Träger ein Ausgleichsanspruch gewährt werde. Insoweit sei zugleich auch Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung getragen. Die Klage sei daher sowohl im Hauptantrag als auch im Hilfsantrag abzuweisen.

Die Landesadvokatur Bayern ist dem Verfahren als Vertreterin des öffentlichen Interesses beigetreten, ohne einen eigenen Antrag zu stellen. Ein einklagbarer Anspruch freier Träger auf einen umfassenden Betriebskostendefizitausgleich gegenüber Gemeinden bestehe nicht. Soweit Plätze freigemeinnütziger Träger als bedarfsnotwendig anerkannt seien und zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags beitragen, hätten die Gemeinden zwar grundsätzlich – auch über die kindbezogene Förderung nach Art. 18 ff. BayKiBiG hinaus – die Finanzierbarkeit des Angebots unter Berücksichtigung eines im Einzelfall zu bestimmenden Eigenanteils des freigemeinnützigen Trägers sicherzustellen. Daraus ergebe sich jedoch kein unmittelbarer Anspruch auf umfassende Deckung eines Betriebskostendefizits. Ein solcher Anspruch sei gesetzlich nicht vorgesehen und lasse sich auf Grund des im BayKiBiG gewählten Finanzierungsmodells auch nicht im Wege der Rechtsfortbildung entwickeln. Ebenso wenig sei ein Defizitausgleich freigemeinnütziger Träger von Verfassungs wegen geboten. Ein solcher sei einer abstrakt-generellen Vorgabe in der Form eines Gesetzes nicht zugänglich, weil er sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (Leistungsfähigkeit der Gemeinde, Wirtschaftlichkeit und Größe der Einrichtung, Zahl und Betreuungsbedarf der Kinder) richten müsse. Gleichwohl reiche eine Defizitübernahme nur aufgrund von fallweisen Einzelfallentscheidungen nicht aus. Die Stellung freigemeinnütziger Träger, die ohne Eigeninteresse gemeindliche Pflichten übernähmen, bedürfe der Absicherung. Es lasse sich deshalb nur schwer nachvollziehen, dass rund ein Drittel der bayerischen Kommunen sich nach wie vor weigere, Defizitverträge abzuschließen. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zum Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (Hilfsantrag) träfen im Grundsatz zu. Ein konkreter Vergleich des Anstellungsschlüssels der Beklagten zeige, dass deren Einrichtungen im Personalbereich besser ausgestattet seien als die der freien Träger. Insoweit liege ein Indiz dafür vor, dass die bisherige Entscheidung nicht ermessensfehlerfrei ergangen sei.

- 15 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die beigezogenen Gerichts- und Behördenakten verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 16 Die zulässige Berufung, über die der Senat mit dem Einverständnis der Verfahrensbeteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheiden konnte (§§ 125 Abs. 1 Satz 1, 102 Abs. 2 VwGO), ist unbegründet. Die Klägerin besitzt keinen Rechtsanspruch auf



eine den bewilligten Umfang überschreitende Förderung nach dem Bayerischen Kinderbildungsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften. Das Verwaltungsgericht hat der Klage deshalb im Hauptantrag zu Recht nicht entsprochen. Der Senat verweist insoweit zunächst auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (§ 130 b Satz 2 VwGO), welchen er zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen folgt. Das die Rechtspositionen des Ausgangsverfahrens lediglich wiederholende Vorbringen der Klägerin kann zu keiner anderen Beurteilung führen:

17

Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt ein Anspruch auf Defizitübernahme nicht aus Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BayKiBiG i.V.m. der allgemeinen Lastenverteilungsregelung des Art. 83 Abs. 3 BV bzw. Art. 104 a Abs. 1 GG. Die Klägerin ist weder Adressatin des Art. 83 Abs. 3 BV noch des Art. 104 a Abs. 1 GG und kann demzufolge aus diesen Bestimmungen keine Rechte herleiten.

18

Ebenso wenig trifft es zu, dass die Klägerin Aufgaben der Beklagten „an deren Stelle“ wahrnimmt. Das Tätigwerden der Klägerin erfolgt ausschließlich aufgrund eigener (autonomer) Entscheidung. Weder das Achte Buch Sozialgesetzbuch noch das Bayerische Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz verleihen freien Trägern hoheitliche Befugnisse. Diese agieren vielmehr ausschließlich in den Formen und mit den Mitteln bürgerlichen Rechts (vgl. näher Bauer/Hundmeyer, Kindertagesbetreuung in Bayern, Teil 6, Benutzungsregelungen, Grundfragen, Anm. 3). Eine wie auch immer geartete „Beauftragung“ liegt mithin nicht vor (verkannt von Dunkl/Eirich, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 7 Anm. 1.4.1 Exkurs). Anders könnte es sich allenfalls dann verhalten, wenn – wofür vorliegend allerdings keine Anhaltspunkte bestehen – eine sog. „Leistungssicherstellungsvereinbarung“ abgeschlossen worden wäre (siehe hierzu näher Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 7. Aufl., 2012, § 24 RdNr. 13 ff. m.w.N.). In einem solchen Fall würde dann aber auch die Defizitübernahme selbst – weil regelmäßig in der Vereinbarung mit geregelt – kein Problem darstellen.

19 Aus Art. 4 Abs. 3 BayKiBiG folgt ebenfalls kein Förderanspruch freigemeinnütziger Träger. Die Regelung besagt lediglich, dass sowohl die Gemeinden als auch die Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen sollen, soweit Kindertageseinrichtungen in gleichermaßen geeigneter Weise von freigemeinnützigen Trägern betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können.

20

Auch aus der Sicherstellungsverpflichtung der Gemeinde nach Art. 5 Abs. 1 BayKiBiG lassen sich keine Förderansprüche freier Träger ableiten. Diese sind auf kraft Gesetzes ausdrücklich zugewiesene Rechtsansprüche beschränkt (so zutreffend Jung/Lehner, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 RdNr. 19). Art. 5 Abs. 1 BayKiBiG begründet lediglich eine objektiv-rechtliche Verpflichtung; einklagbare Individualansprüche lassen sich der Regelung nicht entnehmen (so mit Recht Jung/Lehner, BayKiBiG, 2. Aufl. 2009, Art. RdNr. 20). Insoweit bedürfte es eines (konstitutiven und nicht lediglich klarstellenden) weiteren Tätigwerdens des Landesgesetzgebers im Rahmen der Art. 18 ff. BayKiBiG. Auch der Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung vom 18. Januar 2005 (vgl. LT-Drucks. 15/2479, S. 3) stellt ausdrücklich klar, dass Defizitverträge eine Kostenbelastung darstellen, die nicht durch das BayKiBiG begründet ist.

- 21 Die gegenteilige Auffassung von Dunkl/Eirich (vgl. BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 7 Anm. 1.4.1 Exkurs), aus der Feststellung der Bedarfsnotwendigkeit von Tagesstättenplätzen durch die Gemeinde erwachse dem freien Träger gleichsam im Wege der „Beauftragung“ ein Anspruch auf Übernahme eines über die kindbezogene Förderung hinausgehenden Defizits, findet daher weder im Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung vom 18. Januar 2005 noch im Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz selbst irgendeine Stütze. Vielmehr hat das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen auf eine entsprechende schriftliche Anfrage der Abgeordneten Gudrun Peters vom 23. Februar 2006 mit Schreiben vom 24. März 2006 ausdrücklich festgestellt:
- 22 „Die Zusage zur Defizitübernahme gegenüber einem freigemeinnützigen Träger durch die Gemeinde erfolgt auf dem Wege der vertraglichen Vereinbarung. Ob es zum Abschluss eines Defizitvertrages kommt, ist daher Verhandlungssache.“ (vgl. LT-Drucks. 15/5134 vom 4. Mai 2006).
- 23 Dem ist im Grunde nichts hinzuzufügen.
- 24 2. Ebenso wenig kann die Klägerin sich mit Erfolg auf § 74 SGB VIII berufen. Die entsprechende Anwendung des § 74 SGB VIII ist durch § 74 a Satz 1 SGB VIII gesperrt (so zutreffend Jung/Lehner, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 RdNr. 19). Hat der Landesgesetzgeber – wie hier der Freistaat Bayern mit dem Bayerischen Kinderbildungsgesetz – eine eigenständige und umfassende Finanzierungsregelung zu den Personalausgaben und zur Investitionsförderung getroffen (vgl. hierzu näher Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl., 2011, § 74a RdNr. 8 a.E.), so kommt daneben eine unmittelbare (parallele) Anwendung der in § 74 SGB VIII bundesgesetzlich normierten Grundsätze für die Förderung der Träger der Freien Jugendhilfe nicht (mehr) in Betracht (vgl. BT-Drs. 15/3676, S. 39); ein ergänzender bundesrechtlicher Finanzierungsanspruch freier Träger aus § 74 Abs. 1, 2 SGB VIII neben – abschließenden – landesgesetzlichen Finanzierungsregelungen scheidet deshalb von vornherein aus (vgl. hierzu BVerwG, U. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 – juris, RNr. 20).
- 25 Ein abschließendes landesrechtliches System zur Förderung von Kindertagesstätten liegt vor, wenn dieses Leistungen (zumindest) in Form von Zuschüssen für Personalausgaben und Investitionskosten vorsieht (so zutreffend Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl., 2011, § 74a RdNr. 8 m.w.N.). Dies ist beim Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz aufgrund der in Art. 18 ff. und Art. 27 getroffenen detaillierten Regelungen der Fall (so auch Jung/Lehner, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 RdNr. 19;

a.A. Dunkl/Eirich, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 5 Anm. 1.6.1 u. Art. 7 Anm. 1.4, die darauf verweisen, dass Art. 18 ff. BayKiBiG nur einen Teilaspekt, nämlich die Förderung des pädagogischen Personals, nicht aber auch die Förderung sonstiger Betriebskosten regeln. Auch Dunkl/Eirich wollen insoweit jedoch lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung anerkennen. Dem hat das Verwaltungsgericht durch die – inzwischen rechtskräftige – Verpflichtung der Beklagten zu erneuter Bescheidung aber bereits Rechnung getragen). Ungeachtet dessen könnte sich ein Anspruch aus § 74 SGB VIII auch nur gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe (Landkreis), nicht aber gegen die Beklagte richten.

- 26 3. Auch aus Art. 3 Abs. 1 GG kann die Klägerin einen Rechtsanspruch auf Defizit- ausgleich nicht herleiten (vgl. hierzu näher Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl., 2011, § 74a RdNr. 8 a.E.; siehe auch BVerwG, U.v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 – juris, RdNr. 21 u. 29 ff.). Die Beklagte verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Gleichbe- handlungsgebot, wenn sie eigene Einrichtungen (voll) finanziert, freigemeinnützigen oder sonstigen Einrichtungen den Ausgleich von Defiziten jedoch verweigert. Die Klägerin lässt insoweit die Doppelrolle der Beklagten als Träger der Förderverpflich- tung nach Art. 18 ff. BayKiBiG einerseits und als Träger eigener Einrichtungen ande- rerseits, in welcher sie die nicht durch das System der Art. 18 ff. BayKiBiG und die Elternbeiträge nach § 90 Abs. 3 SGB VIII gedeckten Beträge – wie die freien Träger mit dem von ihnen selbst aufzubringenden Eigenanteil auch – zusätzlich finanzieren muss, unberücksichtigt. Entscheidend ist im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG lediglich, dass kein anderer freier Träger einen Defizitausgleich erhält (so zutreffend Jung/Lehner, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 RdNr. 19; Dunkl/Eirich, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 Anm. 3). Letzteres indes ist vorliegend unstrittig nicht der Fall.
- 27 4. Ebenso wenig hat die Klägerin in der Sache nachvollziehbar aufgezeigt, weshalb das bayerische Finanzierungssystem verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen sollte. Ein Rechtssatz des Inhalts, dass der Freistaat Bayern von Verfassungs wegen eine Vollfinanzierung freigemeinnütziger Träger zu garantieren hätte, lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Ein solcher folgt, anders als die Klägerin meint, auch weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus dem Bestimmtheitsgebot.
- 28 5.a) Dem Interesse der Klägerin an einer Defizitübernahme wird derzeit lediglich durch Anerkennung eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung im Rahmen allgemeiner Grundsätze der Vergabe kommunaler Fördermittel (Art. 7 Abs.

2 Satz 1, 57 Abs. 1 Satz 1 Bayer. Gemeindeordnung - BayGO) Rechnung getragen. Insoweit muss die Gemeinde – wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat (§ 130b Satz 2 VwGO) – das Subsidiaritätsprinzip (Art. 4 Abs. 3 BayKiBiG), den Grundsatz der Pluralität des Jugendhilferechts (§ 3 SGB VIII), das elterliche Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII) und den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) beachten (insoweit zutreffend Dunkl/Eirich, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 5 Anm. 1.6.1; ebenso BVerwG, U.v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 – juris, RdNr. 31; VG Oldenburg, U.v. 6.8.2010 – A 13 A 2512/08 – juris, Rdnr. 32). Sie wird einem entsprechenden Förderanliegen regelmäßig dann nachkommen, wenn die Plätze des freien Trägers als bedarfsnotwendig anerkannt sind und für den Fall einer Verweigerung der Defizitübernahme eine merkliche Kürzung des Angebots oder gar eine Schließung der Einrichtung droht.

- 29 b) Entsprechende Anhaltspunkte für eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge des Entstehens eines Förderanspruchs zugunsten der Klägerin sind vorliegend – wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat – (zumindest derzeit) nicht ersichtlich. Eine solche könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn der weitere Betrieb der Einrichtungen der Klägerin, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung eines pluralen Angebots (vgl. hierzu etwa Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 7. Aufl., 2012, § 24 RdNr. 23), konkret gefährdet wäre (so zutreffend Dunkl/Eirich, BayKiBiG, 2. Aufl., 2009, Art. 4 Anm. 3 a.E.) und andere zumutbare Wege der Eigenfinanzierung – etwa eine (weitere) Beitragserhöhung – ausgeschöpft sind. Insoweit ist zugleich zu berücksichtigen, dass die Förderung von Maßnahmen eines freien Trägers durch eine Gemeinde überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn dieser eine nach den Verhältnissen und nach seiner Finanzkraft angemessene Eigenleistung erbringt (vgl. BVerfG, U.v. 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 u.a. –, BVerfGE 22, 180 [208]; BVerwG, U.v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 – juris, RdNr. 21 unter Bezugnahme auf § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VIII). Bei einer Bestandsgefährdung einer als bedarfsnotwendig anerkannten freigemeinnützigen Einrichtung wird sich regelmäßig zugleich auch die Gewährleistungsverantwortung (vgl. hierzu Lakies, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 7. Aufl., 2012, § 24 RdNr. 10 ff. m.w.N.) des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe (Landkreis) aktualisieren (siehe hierzu allgemein Art. 5 Abs. 3 BayKiBiG i.V.m. § 79 Abs. 2 SGB VIII; vgl. auch LT-Drucks. 16/12782, S. 22). Allerdings erscheint beides vorliegend bei einem Defizit von lediglich 3,6 % der Gesamtkosten eher unwahrscheinlich. Der – inzwischen rechtskräftige – Neubescheidungsanspruch des angefochtenen Urteils gibt den Verfahrensbeteiligten gleichwohl Gelegenheit, dies nochmals näher zu prüfen.

- 30 Die Berufung ist deshalb zurückzuweisen. Allerdings irrt die Beklagte, wenn sie die Auffassung vertritt, nicht verpflichtet zu sein, erneut über den geltend gemachten Anspruch der Klägerin zu entscheiden. Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist insoweit in Rechtskraft erwachsen; die Beklagte hat weder Berufung noch Anschlussberufung eingelegt (vgl. BVerwG, U.v. 13.12.1979 – 7 C 43/78 –, DVBl. 1980, 597 f.). Dies gilt auch dann, wenn man in der Berufungserwiderung der Beklagten vom 3. Juni 2013, beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingegangen am 11. Juni 2013, zugleich eine (konkludente) Anschlussschrift erblicken wollte (vgl. hierzu näher Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl., 2010, § 127 RNr. 10 u. 13 – 15); denn zu diesem Zeitpunkt war die nicht verlängerbare Monatsfrist des § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO für die Einlegung der Anschlussberufung bereits verstrichen. Letztere war mit Zustellung der Berufungsbegründungsschrift gegen Empfangsbekanntnis an die Beklagte am 24. April 2013 in Lauf gesetzt worden.
- 31 6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Gerichtskosten werden nicht erhoben (§ 188 Satz 2 VwGO).
- 32 7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 167 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 708 ff ZPO.
- 33 8. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 132 Abs. 2 VwGO).

### **Rechtsmittelbelehrung**

- 34 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Be-

deutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

- 35 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Dr. Mayer

Kurzidem

Frieser