

Prof. Dr. Ihno Gebhardt, LL.M.oec.int.

**Rechtsgutachten zu Fragen der Zulässigkeit
inklusionsrechtlicher Kita-Erlaubnisvoraussetzungen, eines
Sonderungsverbot für Kindertagesstätten und zu weiteren die
künftige Ausformung des Kita-Rechts betreffenden Fragen**

Gliederung des Gutachtens	Seite
A. Untersuchungsgegenstand	1
1. Gutachtenteil	
2. Gutachtenteil	2
B. Zusammenfassung der Ergebnisse	3
1. Gutachtenteil	
2. Gutachtenteil	6
C. Untersuchung – 1. Gutachtenteil	7
<p>Fragen a und b</p> <p>Ist es rechtlich zulässig, im KitaG die Träger von Kindertagesstätten zu verpflichten, grundsätzlich auch Kinder mit Behinderungen aufzunehmen? Kann hiervon die Erteilung einer Betriebserlaubnis abhängig gemacht werden?</p>	
I. Einleitung und Hinweis zum Gang der Untersuchung	
II. Besteht die Möglichkeit einer landesrechtlichen Ausformung des Kindeswohlbegriffs in § 45 SGB VIII in einer Weise, dass die (Nicht-)Umsetzung der Inklusionsziele einen Erteilungs-/Versagungstatbestand bildet?	8
1. Betriebserlaubnispflicht gem. § 45 SGB VIII im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes	
a) Zur Regelungszuständigkeit von Bundes- und Landesgesetzgeber	
b) Keine Sperrwirkung des Bundesrechts im Lichte des Art. 72 Abs. 1 GG und der Landesrechtsvorbehalte der § 49 SGB VIII und § 26 SGB VIII	9
2. Regelungssystematik und -inhalt des § 45 SGB VIII	11
a) Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	
b) Gewährleistung des Kindeswohls und Kindeswohlbegriff – der Gehalt der Regelungen des § 45 Abs. 1 und 2 Satz 2 Nrn. 1 bis 3 SGB VIII	
3. Kein „Integrations-/Inklusionspostulat“ als Aspekt des Kindeswohls	13
III. Unzulässigkeit inklusionsrechtlicher Nebenbestimmungen gem. § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII	17
IV. Weitere Konsequenz: die landesrechtliche Möglichkeit zur Schaffung eines inklusionsrechtlichen Erlaubnistatbestandes	
1. Kompetenzrahmen	
2. Die Schaffung eines Erlaubnistatbestandes zur Verwirklichung inklusionsrechtlicher Ziele im Lichte der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und unter Beachtung des besonderen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG	20
a) Verfassungsrechtlicher Rahmen der inklusionsrechtlichen Zielsetzung	
b) Eingriff und Eingriffsrechtfertigung	22
V. Die UN-Behindertenrechtskonvention (UNBRK) und ihre Bedeutung für die deutsche sowie die brandenburgische Rechtslage	25
1. Grundlagen	
2. Inhalt der UNBRK und Bindungswirkungen gegenüber dem brandenburgischen Gesetzgeber	26
3. UNBRK – kein subjektives öffentliches Recht	29

Frage c

Kann das Sonderungsverbot (für Privatschulen) – nur Aufnahme von Kindern nach den Vermögensverhältnissen der Eltern – auch für die Kitas angewendet werden? Kann die Erteilung der Betriebserlaubnis davon abhängig gemacht werden, dass Kinder aus allen sozialen Schichten aufgenommen werden?

- | | |
|---|-----------|
| I. Bundes- und landesverfassungsrechtlicher Rahmen – zur Frage der Übertragbarkeit des Sonderungsverbot für Privatschulen auf den Kindertagesstättenbereich | 30 |
| 1. Regelungsgehalt des Art. 7 Abs. 4 GG | |
| 2. Bestehen bundes- oder landesrechtliche Regelungen, denen ein Sonderungsverbot bzw. die Anordnung des Sonderverbotes aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für den Kita-Bereich entnommen werden kann? | 31 |
| 3. Gibt es andere zwingende Gründe für die Übertragbarkeit des Sonderungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auf den Kita-Bereich? | 33 |
| II. Zur Zulässigkeit eines landesgesetzlichen Sonderungsverbot für den Kindertagesstättenbereich | 34 |
| 1. Landesrechtliche Regelungskompetenz? | |
| 2. Landesrechtliches Sonderungsverbot und bundesverfassungsrechtlicher Rahmen der Vertragsfreiheit als Bestandteil der Privatautonomie sowie der Richtungsentscheidungen des SGB VIII | 36 |
| a) Kita-Sonderungsverbot und Vertragsfreiheit als prägender Bestandteil der Privatautonomie | |
| b) Art. 12 GG als Maßstab | 38 |
| c) Die Richtungsentscheidungen des SGB VIII und die Kita-Angebotsstruktur | 39 |

Frage d

Wie ist die Rechtslage in anderen Bundesländern in Bezug auf Inklusion und Sonderungsverbot [Fragen a) und c)]?

40**Frage e**

Welches Personal muss im Falle der Betreuung von Kindern mit besonderem Förderbedarf vorgehalten werden, um den Rechtsanspruch umzusetzen und eine bedarfsgerechte Betreuung zu sichern (fachpädagogisches Personal, heilpädagogisches Personal)?

- | | |
|--|-----------|
| I. Personelle Ausstattung – eine fachlich-politische Entscheidung, in dieser Reihenfolge | 42 |
| II. Inklusions-Entwicklungsprozess (und die Normierung personeller Standards) in Schulen und Kitas am Beispiel Niedersachsens | 43 |
| III. Kita-Personalstruktur als vorläufiges Ergebnis des niedersächsischen Entwicklungsprozesses | 46 |
| III. Kritik am und Vorschläge zum niedersächsischen Gesetzentwurf | 60 |

Fragen f und g

Welche landesrechtlichen Regelungen betreffend den Rechtsanspruch für Kinder mit besonderen Bedarfen und bei Ganztagsbetreuung in den Ferien gibt es in anderen Bundesländern? Welche Regelungen der Schulbeförderung gibt es in diesem Zusammenhang, die hierbei unterstützen?

Wie ist das Verhältnis von Jugendhilfeträger und Sozialhilfeträger in anderen Bundesländern rechtlich ausgestaltet (bezogen auf Frage f)? Wer ist zuständig für die Gewährleistung und welche Aufgabenübertragung gibt es im Zusammenhang mit besonderen Bedarfen?

I. Ausgangslage und die Abstinenz landesrechtlicher Regelungen	62
1. Zur Regelungssystematik des Bundes- und Landesrechts (SGB VIII und IX) und dem Fehlen landesrechtlicher Regelungen zur Sicherstellung der „Ferienbetreuung“	
2. Ausgangslage zur Aufgabe der <i>Schüler</i>beförderung	64
3. Die Beförderung von Kindern vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt	65
4. Zur rechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses / der Zuständigkeiten nach dem Achten und dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch	66
II. Zur Struktur der Aufgabenerfüllung	67
C. Untersuchung – 2. Gutachtenteil	69
I. Zur Regelungsstruktur der SGB VIII-Novelle und Zielsetzung einer gestärkten Inklusion von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen	
II. Das materiell-rechtliche Substrat der skizzierten SGB VIII-Novellierung und Schlussfolgerungen für den Untersuchungsgegenstand	71
1. Ein Herantasten an die Inklusion	
2. Kein Inklusionsrechtlicher Gehalt der Betriebserlaubnis i.S. des § 45 SGB VIII n.F.	72

A. Untersuchungsgegenstand

1. Gutachtenteil

Die Gutachter sind vom MBSJ beauftragt worden, zu den Themenbereichen „1. Inklusion / Sonderungsverbot“ und „2. Rechtsanspruch auf Kindertagesbetreuung“ die folgenden Fragen (nach Wichtigkeit sortiert) zu prüfen:

- a. Ist es rechtlich zulässig, im KitaG die Träger von Kindertagesstätten zu verpflichten, grundsätzlich auch Kinder mit Behinderungen aufzunehmen?

- b. Kann hiervon die Erteilung einer Betriebserlaubnis abhängig gemacht werden?

- c. Kann das Sonderungsverbot (für Privatschulen) – nur Aufnahme von Kindern nach den Vermögensverhältnissen der Eltern – auch für die Kitas angewendet werden? Kann die Erteilung der Betriebserlaubnis davon abhängig gemacht werden, dass Kinder aus allen sozialen Schichten aufgenommen werden?

- d. Wie ist die Rechtslage in anderen Bundesländern in Bezug auf Inklusion und Sonderungsverbot [Fragen a) und c)]?

- e. Welches Personal muss im Falle der Betreuung von Kindern mit besonderem Förderbedarf vorgehalten werden, um den Rechtsanspruch umzusetzen und eine bedarfsgerechte Betreuung zu sichern (Fachpädagogische Personal, heilpädagogisches Personal)?

- f. Welche landesrechtlichen Regelungen betreffend den Rechtsanspruch für Kinder mit besonderen Bedarfen und bei Ganztagsbetreuung in den Ferien gibt es in anderen Bundesländern? Welche Regelungen der Schulbeförderung gibt es in diesem Zusammenhang, die hierbei unterstützen?

g. Wie ist das Verhältnis von Jugendhilfeträger und Sozialhilfeträger in anderen Bundesländern rechtlich ausgestaltet (bezogen auf Frage f)? Wer ist zuständig für die Gewährleistung und welche Aufgabenübertragung gibt es im Zusammenhang mit besonderen Bedarfen?

2. Gutachtenteil

Der Gutachter ist vom MBSJ ergänzend um eine Bewertung der Ergebnisse des Gutachtens am Maßstab der inzwischen in Kraft getretenen SGB VIII-Novelle (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, KJSG) gebeten worden.

B. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Gutachtenteil:

Fragen a und b:

1. Der brandenburgische Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht gehindert, die Träger von Kindertagesstätten im Grundsatz zu verpflichten, auch Kinder mit Behinderungen aufzunehmen. Die Betriebserlaubnis i. S. des § 45 SGB VIII kann hiervon *nicht* abhängig gemacht werden.
2. Inklusionsrechtliche Verpflichtungen können in Gestalt einer eigenständigen landesrechtlichen Erlaubnisregelung oder durch gesetzliche Normierung entsprechender Inklusionsstandards erfolgen. Einer derartigen Regelung stehen weder kompetenzielle Gründe (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 i.V. mit Art. 72 Abs. 1 GG), noch die Grundrechte freier Kita-Träger entgegen.
3. Regelungen zur Verwirklichung inklusionsrechtlicher Ziele dürfen allerdings nicht „erdrosselnd“, also in einer Weise auf freie Träger von Kindertagesstätten wirken, dass diese zu einer sachgerechten und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung nicht mehr in der Lage sind (Gesichtspunkte der Angemessenheit und der Zumutbarkeit einer Regelung am Maßstab der Grundrechte, insbesondere der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG). Erlaubnisregelungen zur Umsetzung der Zielsetzungen der Inklusion im Kita-Bereich bedürfen daher in aller Regel einer besonderen finanziellen Untersetzung durch das Land. Alternativ zu gesetzlichen inklusionsrechtlichen Erlaubnisregelungen bietet sich für die Umsetzung von Inklusionszielen die Schaffung von Fördermechanismen (Förderrichtlinien) an.
4. Für die Kommunen als Kita-Träger fehlt es an einer grundrechtstypischen Gefährdungslage; diesen stehen allerdings im Falle der Regelung inklusionsrechtlicher Erlaubnisbestimmungen – im Grundsatz und in Abhängigkeit von der gesetzgeberischen Konzeption, die eine Erhöhung der Standards bei der Aufgabenerfüllung bewirkt – Ausgleichsansprüche auf Grundlage des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips zu.
5. Es sprechen die besseren Gründe dafür, dass die UN-Behindertenrechtskonvention (insbesondere Art. 4 und 24 UNBRK) im Land Brandenburg für den Bereich des Kindertagesstättenrechts – anders als für den schulischen Bereich – im Range eines Bundesgesetzes gilt; bei der weiterhin bestehenden und vom BVerfG gebilligten Zuordnung des Kita-Rechts zum Recht der Fürsorge i.S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (auch bei einer heute stärkeren Betonung des Bildungsgesichtspunktes im Rahmen der Kita-Aufgabe) bedurfte es insoweit keiner landesgesetzlichen Transformationsregelung. Die UNBRK bringt durch Art. 4 Abs. 5 ohnehin zum Ausdruck, dass die Regelungen der Konvention „ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates“ Geltung beanspruchen. Der Landesgesetzgeber ist dementsprechend verpflichtet, die Ziele der Inklusion in Angriff zu nehmen.
6. Mit Blick auf den Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UNBRK ist das Land / der Landesgesetzgeber allerdings berechtigt, die Verpflichtungen zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von Menschen mit Behinderungen unter Ausschöpfung der verfügbaren Mittel „nach und nach“ umzusetzen. Das Land Brandenburg hat m.a.W. hinsichtlich der Art und Weise und des Tempos der Umsetzung einen weiten Gestaltungsspielraum.
7. Auch für die Auslegung und Bedeutung der spezifischen Benachteiligungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und Art. 12 Abs. 2 der Brandenburgischen Verfassung sind die Inklusionsregelungen der UNBRK von Bedeutung: Sie verstärken als programmatische Leitentscheidung zugunsten von Menschen mit Behinderung deren Rechtsposition in einer Richtung hin zu derivativen Teilhaberechten, wenngleich die Schaffung einer behindertengerechten Ausgestaltung des Leistungsangebots noch ein schwieriger Grenzfall einklagbarer diskriminierungsfreier Verfügung über vorhandene Kapazitäten bleibt.

Frage c:

8. Das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ist auf Kindertagesstätten *nicht* übertragbar. Ohne weitere Vertiefung hat allerdings jüngst das bremische OVG in einem Urteil (Normenkontrollantrag zu einer Kindergartenbeitragsordnung) ausgeführt, dass es das „*erklärte Ziel der Rechtsordnung [ist], einer Sondierung der Kinder ´nach den Besitzverhältnissen der Eltern´ entgegenzuwirken (vgl. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG).*“

Andere bundes- oder landesrechtliche Vorschriften, die ein Sonderungsverbot für Kindertagesstätten zum Gegenstand haben, gibt es, soweit ersichtlich, nicht.

9. Einem landesrechtlichen Sonderungsverbot für Kindertagesstätten stehen kompetenzielle Gründe nicht entgegen: Es gibt insbesondere keine abschließenden zivilrechtlichen Regelungen des Bundesgesetzgebers darüber, wie die Privatautonomie (und innerhalb dieser die unterschiedlichen Elemente der Vertragsfreiheit) als Rocher de Bronze der bundesrepublikanischen Wirtschaftsordnung konturiert und eingeschränkt werden kann.

10. Ein Sonderungsverbot für Träger von Kindertagesstätten muss grundrechtlichen Anforderungen und denen des Rechtsstaatsprinzips entsprechen; das zentrale Momentum der Nichteinmischung des Staates als Ausdruck des Grundprinzips der Privatautonomie steht nicht zur beliebigen Disposition des Staates. Die Regelung eines Sonderungsverbotes muss angemessen und für die einzelnen Träger von Kindertagesstätten auch zumutbar sein. Auch das Sonderungsverbot darf für die Träger der Kitas keine „erdrosselnde“ Wirkung – im Hinblick auf die „wirtschaftliche“ Betätigung – entfalten.

11. Ein Sonderungsverbot für Träger von Kindertagesstätten darf in seinen Wirkungen auch dem Pluralismus-Postulat des SGB VIII nicht zuwiderlaufen: Es gehört zu den prägenden Richtungsentscheidungen des SGB VIII, die Vielfalt der freien und öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe zu erhalten und noch zu fördern.

Frage d:

12. Der Vergleich der bestehenden Kita-rechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer lässt erkennen, dass die Entwicklung der Kindertagesstätten zu Inklusiv-Kitas erst am Anfang steht.

13. Gesetzliche Sonderungsverbote für Kitas in anderen Bundesländern sind, soweit ersichtlich, nicht auffindbar. Es gibt allerdings Vorschriften (wie § 6 Abs. 1 BlnKitaFöG), die in diesem Sinne missinterpretiert werden könnten.

Frage e:

14. Die Frage, welches Personal „im Falle der Betreuung von Kindern mit besonderem Förderbedarf vorgehalten werden [muss], um den Rechtsanspruch umzusetzen und eine bedarfsgerechte Betreuung zu sichern (fachpädagogisches Personal, heilpädagogisches Personal)“, wird durch die Darstellung der aktuellen Regelungen des niedersächsischen Gesetzentwurfs für ein neues Kita-Gesetz, mit dem Inklusionsziele umgesetzt werden (sollen), bearbeitet. Ein besonderes Problem in diesem Zusammenhang ist die Qualifizierung und Gewinnung des erforderlichen Fachpersonals. Die Betreuungsstärke / der Betreuungsschlüssel und andere Aspekte sind im Einzelnen umstritten. Das Land Niedersachsen verweist auf die Grenzen des Machbaren.

Im Rahmen dieser Untersuchung wird nicht erörtert, ob das Berufsrecht (erzieherische und sozialpädagogische Berufe), einschließlich der – bislang und auch weiterhin (?) partiell erforderlichen staatlichen Anerkennung mit allen hierzu bestehenden Implikationen – einer grundlegenden Neuordnung

bedarf, um die künftige Ausstattung mit qualifiziertem Personal (gerade im Hinblick auf die qualitative Verbreiterung der Aufgaben von Kindertagesstätten) zu gewährleisten.

Fragen f und g:

15. Die „Sicherung und Förderung eines breiten Angebotes an Bildungs- und Kinderbetreuungseinrichtungen“ zählt (nach § 2 Abs. 2 BbgKVerf und in anderen Flächenbundesländern nach den entsprechenden kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen) zu den *Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft*, also zum kommunalen Aufgabenspektrum i. S. der kommunalen Selbstverwaltungsgarantien der Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 97 LV, für die eine (bundes- und landesverfassungsrechtlich abgesicherte gemeindliche) All- und Alleinzuständigkeit i. S. eines Erstzugriffsrechts besteht. Aufgaben dieses Typus können dementsprechend vom Gesetzgeber zu pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben bestimmt, ggf. „hochgezont“, nicht hingegen als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung übertragen werden (vgl. § 2 Abs. 3 BbgKVerf). Hieraus wiederum folgt die Garantie der *eigenverantwortlichen* Aufgabenwahrnehmung als modales Gewährleistungselement der kommunalen Selbstverwaltungsgarantien. Dementsprechend sind die staatlichen Instanzen auf eine *rechtsaufsichtsrechtliche* Kontrolle der Landkreise als Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe beschränkt; auch eine fachliche Umhegung durch „präventiv“ wirkende, den fachlichen Gestaltungsspielraum einengende Richtlinien scheidet daher von vornherein aus. Aus diesem Grunde ist die Suche nach landesrechtlichen Regelungen über die Sicherstellung der Betreuung von Kindern (mit besonderen Bedarfen / mit Behinderungen, Eingliederungsbedarf oder an der Schwelle hierzu) nicht erfolgreich.

16. In Deutschland sind 294 Landkreise und 107 kreisfreie Städte in 13 Flächenbundesländern für die Schülerbeförderung zuständig. Bei der Schülerbeförderung handelt es sich um eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe i.S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG, so dass landesrechtliche Vorgaben (über das „wie“ der Aufgabenerfüllung, etwa in Gestalt von Rechtsverordnungen, Richtlinien, Rundschreiben) nicht existieren (können); derartige Regelungen wären verfassungsrechtlich problematisch.

17. Die Landkreise und kreisfreien Städte sind nicht gehindert, die Beförderungsleistungen auf die Bedarfe der „hortpflichtigen“ Kinder auch in Ferienzeiten (ggf. auch für Kinder in Betreuungseinrichtungen privater Träger) anzupassen; die Entscheidung, ob und in welchem Umfang derartige Regelungen durch eine entsprechende Satzungsgestaltung erfolgen, ist Bestandteil der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der kommunalen Körperschaften aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2, Art. 97 LV.

18. Es bestehen *im Schulbereich* vielfältige und ausdifferenzierte Leistungsansprüche nach dem SGB IX und dem SGB VIII. Das Verhältnis von Kinder- und Jugendhilfeträger und Sozialhilfeträger ist bundesgesetzlich definiert: Während die Kinder- und Jugendhilfe gem. § 70 SGB VIII stets eine kommunale Aufgabe ist, hat der Landesgesetzgeber bei der Bestimmung der Träger der Aufgaben nach dem SGB IX einen Gestaltungsspielraum. In den meisten Fällen sind allerdings auch die Landkreise und kreisfreien Städte für die Aufgaben nach dem SGB IX zuständig.

19. Es handelt sich bei den Aufgaben und Ansprüchen nach dem SGB VIII und dem SGB IX gleichwohl um abgegrenzte Leistungsbereiche, die einer organisatorischen Vermengung nur bedingt zugänglich sind. Dies liegt im Wesentlichen daran, dass im Kinder- und Jugendhilfebereich der Jugendhilfeausschuss als Beratungs- und Entscheidungsorgan und Teil des Jugendamtes zwingend gebildet werden muss. Die Prüfung, ob und in welchem Umfang es in der Verwaltungspraxis zu Vermengungen der unterschiedlichen Anspruchsbeziehungen nach dem SGB VIII und SGB IX kommt, kann im Rahmen dieser rechtsgutachterlichen Analyse nicht geleistet werden.

2. Gutachtenteil:

20. Die in einzelnen Teilen der Gesetzesbegründung (insbesondere zur Streichung des Vorbehaltes in § 22a Abs. 4 SGB VIII n.F.) zu dem nunmehr in Kraft getretenen KJSG formulierten inklusionsrechtlichen Zielsetzungen sind ambitioniert; der maßgebliche Regelungstext der SGB VIII-Novelle bleibt allerdings erheblich hinter den programmatischen Aussagen des Begründungstextes zurück. Dies gilt besonders im Hinblick auf die fehlende Ausformung der „objektiv-rechtlichen Verpflichtung zur regelhaften gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderungen in Kindertageseinrichtungen“. Der Bundesgesetzgeber macht den Ländern m.a.W. insoweit keinerlei Vorgaben.

Wohl mit Blick auf die erheblichen finanziellen Folgen für die Träger der öffentlichen Jugendhilfe und die Länder wird die Inklusion nicht zu einem Genehmigungsbestandteil der Kita-Betriebserlaubnis i.S. des § 45 SGB VIII n.F. gemacht.

Aus alledem folgt, dass der Bundesgesetzgeber zwar einen deutlichen Inklusions-Auftrag formuliert, sich mit den maßgeblichen Regelungen allerdings nur vorsichtig an die (Umsetzung der) bereits durch die UNBRK vorgegebenen Ziele herantastet. Die Ergebnisse des Gutachtens bedürfen daher keiner Korrektur im Lichte des KJSG; sie werden vielmehr durch dessen programmatische Aussagen untersetzt.

C. Untersuchung – 1. Gutachtenteil

Fragen a und b:

Ist es rechtlich zulässig, im KitaG die Träger von Kindertagesstätten zu verpflichten, grundsätzlich auch Kinder mit Behinderungen aufzunehmen?

Kann hiervon die Erteilung einer Betriebserlaubnis abhängig gemacht werden?

I. Einleitung und Hinweis zum Gang der Untersuchung

Die Fragen nach der rechtlichen Zulässigkeit von verpflichtenden Regelungen zur grundsätzlichen Aufnahme von Kindern mit Behinderungen in Kitas und der Implementierung einer derartigen Forderung als Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis sind miteinander verwoben: Der Rechtsanspruch auf Erteilung einer Betriebserlaubnis für eine „Einrichtung, in der Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten“ ist im Kern abhängig davon, dass das „Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist.“ (§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII) Dementsprechend stellt sich die Frage,

- ob der Landes-Kita-Gesetzgeber berechtigt ist, den Kindeswohlbegriff (als Versagungstatbestand) in einer Weise auszuformen, dass die (Nicht-)Umsetzung der Inklusionsziele als Element des bestehenden Erteilungs-/ Versagungstatbestandes (§ 45 Abs. 2 SGB VIII) interpretiert werden muss (sogleich II.),
- ob der Landes-Kita-Gesetzgeber das Ziel einer weitestgehenden Inklusion in Kindertagesstätten als Nebenbestimmung i. S. des § 45 Abs. 4 SGB VIII regeln darf (sogleich III.),
- oder ob der Landes-Kita-Gesetzgeber die Verwirklichung der Inklusionsziele der bundesrechtlichen Genehmigungsnorm als einen weiteren Erlaubnis-/ Versagungstatbestand hinzufügen darf oder muss (sogleich IV.).

In diesem Kontext ist rechtlich zu bewerten, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und/oder die UN-Behindertenrechtskonvention (insbesondere Art. 4 und 24 UNBRK) als Bundesrecht hierzu zwingen könnten (sogleich V.)

II. Besteht die Möglichkeit einer landesrechtlichen Ausformung des Kindeswohlbegriffs in § 45 SGB VIII in einer Weise, dass die (Nicht-)Umsetzung der Inklusionsziele einen Erteilungs- / Versagungstatbestand bildet?

1. Betriebserlaubnispflicht gem. § 45 SGB VIII im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes

a) Zur Regelungszuständigkeit von Bundes- und Landesgesetzgeber

Die Frage, ob eine landesrechtliche Konkretisierung des Erlaubnistatbestandes des § 45 SGB VIII oder eine eigenständige – ergänzende landesrechtliche – Erlaubnisregelung zulässig ist, bedarf zunächst der Analyse des verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsrahmens (Art. 70 ff. GG) für derartige Regelungen:

Der Träger einer Einrichtung, in der Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten, bedarf für den Betrieb der Einrichtung gem. § 45 SGB VIII der Erlaubnis. Dies ist deshalb der Fall, weil Kinder und Jugendliche, die sich für eine längere Zeit in einer derartigen Einrichtung aufhalten, eines besonderen Schutzes bedürfen.¹ Die Erlaubnisvorschrift dient demnach der Abwehr besonderer Gefahren für Kinder und Jugendliche in Kindertagesstätten und ähnlichen Einrichtungen; sie ist rechtssystematisch als Ordnungsrecht zu qualifizieren und bildet insoweit – (nur) scheinbar – einen eher atypischen Regelungsgegenstand innerhalb des insgesamt auf die Erbringung von Sozialleistungen ausgerichteten Sozialgesetzbuches: Da die Schaffung ordnungsrechtlicher Regelungen sowie die Aufsicht über Einrichtungen als ordnungsbehördliche Funktion bundesverfassungsrechtlich im Grundsatz der Regelungs- und Vollzugszuständigkeit der Länder gem. Art. 70, 83, 84 GG zuzuordnen sind, könnten die bundessozialrechtlichen (Gefahren-)Abwehrregelungen einer besonderen Begründung bedürfen. Hierzu ist allerdings Folgendes anzumerken:

Die Erlaubnisvorschrift des § 45 SGB VIII ist Bestandteil eines im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes – auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7² und Art. 72 Abs. 1 GG – erlassenen Regelungskompodiums zur „öffentlichen Fürsorge“. Der Begriffskern der öffentlichen Fürsorge ist nach allgemeiner Auffassung nicht festgelegt. Dementsprechend können auch vorbeugende Maßnahmen, die der Entstehung von Notlagen entgegenwirken, Fürsorge sein.³ Die Regelungskompetenz erstreckt sich insoweit auch auf das Recht der Kindertageseinrichtungen, wie das BVerfGE in seiner Entscheidung vom 10. März 1998 grundlegend verdeutlicht hat:

¹ BKiSchG, BT-Drs. 17/6256 S. 23, Begründung.

² Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG lautet: „Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: ...7. die öffentliche Fürsorge (ohne das Heimrecht)“.

³ BVerfGE 22, 180, 212 (Jugendpflege); 31, 113, 117 (Jugendschutz).

„Der Bundesgesetzgeber hatte die Kompetenz zum Erlass von § 90 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII. Die Vorschrift betrifft eine Angelegenheit, die schwerpunktmäßig dem Sachgebiet der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen ist, für dessen Regelung dem Bund die Befugnis zur Gesetzgebung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Art. 72 Abs. 1 GG zusteht. Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist nicht eng auszulegen ... Dazu gehört nicht nur die Jugendfürsorge im engeren Sinne, sondern auch die Jugendpflege, die das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will, ohne dass eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht. Durch Maßnahmen der Jugendpflege soll Entwicklungsschwierigkeiten der Jugendlichen begegnet werden ... Denselben Zielen dient auch die Kindergartenbetreuung. Sie hilft den Eltern bei der Erziehung, fördert und schützt die Kinder und trägt dazu bei, positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen (vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 1-4 SGB VIII). Für das spätere Sozialverhalten der Kinder ist diese zumeist erste Betreuung außerhalb des Elternhauses in hohem Maße prägend. Dem Ziel der Jugendpflege, der präventiven Konfliktverhütung, wird dadurch auf wirksame Weise gedient. Dies war vom Gesetzgeber auch angestrebt. Er wollte ein präventiv orientiertes Leistungsgesetz schaffen (vgl. BTDrucks 11/5948, S. 1; BTDrucks 11/6748, S. 1; BTDrucks 12/2866, S. 15, BTDrucks 12/3711, S. 38). Allerdings ist der Kindergarten zugleich Bildungseinrichtung im elementaren Bereich. Der Bildungsauftrag hat in den einschlägigen Gesetzen seinen Niederschlag gefunden. In § 22 Abs. 2 SGB VIII wird ... auch Erziehung und Bildung von Kindern als Aufgabe des Kindergartens genannt. ... Insofern berührt § 90 SGB VIII auch eine Gesetzgebungskompetenz der Länder. ...“⁴

b) Keine Sperrwirkung des Bundesrechts im Lichte des Art. 72 Abs. 1 GG und der Landesrechtsvorbehalte der §§ 49 und 26 SGB VIII

Hat der Bundesgesetzgeber eine der ihm durch Art. 74 GG zugewiesenen Sachmaterien erschöpfend geregelt, sind die Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG „gesperrt“. Eine Kodifizierung wie die des SGB VIII ist allerdings nicht zwangsläufig mit einer erschöpfenden Regelung i.S. des Art. 72 Abs. 1 GG gleichzusetzen; sie kann lediglich die Vermutung einer Sperrwirkung indizieren.

Gleich mehrere Vorschriften des SGB VIII (im Kontext der Regelung über die Betriebserlaubnis § 49 SGB VIII) verdeutlichen, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG *nicht in vollem Umfang Gebrauch gemacht* hat. Ob dieser und die weiteren Landesrechtsvorbehalte des SGB VIII (z.B. §§ 15, 54 Abs. 4, 69 SGB VIII) nur deklaratorischer und jugendpolitischer Natur⁵ sind, weil das Regelungsrecht der Länder unmittelbar aus Art. 72 Abs. 1 GG folgt, kann nach allem dahinstehen: Die dem Grunde nach bestehende landesrechtliche Kompetenz für ergänzende – „*konkretisierende und lückenfüllende*“ – Regelungen ist jedenfalls unbestritten.⁶ Hat also das Bundesrecht einen landesrechtlichen Vorbehalt wie den des § 49 SGB VIII geregelt, kann der Landesgesetzgeber seine Kompetenz im Rahmen des Vorbehalts ausüben.⁷

⁴ BVerfGE 97, 332, 341f.

⁵ So *Mörsberger*, in: *Wiesner/ders.*, SGB VIII, Kommentar, 5. Aufl. 2015, § 15, Rn. 3; Seit der Föderalismusreform I hätten die Länder im Hinblick auf die Regelungen zur Behördeneinrichtung und zum Verwaltungsverfahren sogar das Recht, von bundesrechtlichen Regelungen abzuweichen (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG). Die Landesrechtsvorbehalte hätten daher nicht mehr als appellativen Charakter.

⁶ *Mörsberger*, ebda., § 45, Rn. 5 und § 15, Rn. 1: Den Ländern „bleibt Raum für konkretisierende und lückenfüllende Regelungen.“

⁷ BVerfGE 20, 238, 251; 35, 65, 73f.; 78, 132, 144f.

In der Kommentarliteratur werden die Bedeutung und Reichweite des Landesrechtsvorbehalts aus § 49 SGB VIII vornehmlich so beschrieben, dass der Landesgesetzgeber insbesondere die Standards zur Eignung von Einrichtungen sowie die erforderlichen Abgrenzungen zwischen den Erlaubnisvorbehalten nach § 43 (für die Kindertagespflege), § 44 (Vollzeitpflege) und § 45 (Betriebserlaubnis für Kindertageseinrichtungen, insbesondere an der Schnittstelle von Groß- und Kleinrichtungen), vorzunehmen hat.⁸ Ergänzende Anforderungen an die Gewährleistung des Kindeswohls haben die Landesgesetzgeber, soweit ersichtlich, bislang nicht vorgenommen.

Auch durch die sachbezogenen Regelungen der §§ 22 und 22a SGB VIII wird kein anderes Ergebnis zu der Kompetenzfrage erzielt. Zwar hat der SGB VIII-Gesetzgeber mit den Grundsätzen der Förderung (§ 22 SGB VIII) und der 2005 ergänzten Regelung über die Förderung in Tageseinrichtungen (§ 22a SGB VIII) das Inklusionsthema aufgegriffen: So regelt insbesondere § 22a Abs. 4 Satz 1 SGB VIII, dass „Kinder mit und ohne Behinderung ..., sofern der Hilfebedarf dies zulässt, in Gruppen gemeinsam gefördert werden [sollen].“ Der Vorbehalt („sofern der Hilfebedarf dies zulässt“) soll überdies im Rahmen der aktuellen SGB VIII-Novellierung entfallen.⁹ Gleichwohl: Hiermit und mit Blick auf den Landesrechtsvorbehalt des § 26 SGB VIII werden dem Landesgesetzgeber gegenüber keine kompetenziellen Regelungsgrenzen gezogen. Die bundesrechtliche Regelung erschöpft sich darin – im Einklang im Übrigen mit Art. 24 und 4 UNBRK¹⁰ – die „Marschrichtung“ vorzugeben. Die Regelung der Einzelheiten ist aus guten Gründen – insbesondere den finanziellen Aspekten derartiger Regelungen – dem Landesgesetzgeber überlassen.

⁸ Wiesner, ebda., § 49, Rn. 2.

⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG), Art. 1, Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch, Nr. 19.b); in der Begründung wird hierzu ausgeführt: „Zur inklusiven Gestaltung der Kinder- und Jugendhilfe wird die objektiv-rechtliche Verpflichtung zur regelhaften gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderungen in Kindertageseinrichtungen weiterentwickelt. Kinder mit Behinderungen sollen grundsätzlich an allen Aktivitäten und Angeboten für Kinder ohne Behinderungen partizipieren. Es geht um inklusive Formen der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen. Dabei wird berücksichtigt, dass die Förderung in einigen Ländern nicht mehr gruppenbezogen stattfindet. Vor dem Hintergrund der bereits im Allgemeinen Teil der Begründung genannten Ziele des Artikel 7 VN-BRK entfällt die an den individuellen Hilfebedarf eines Kindes mit Behinderungen angeknüpfte Einschränkung der gemeinsamen Förderung. Die Berücksichtigung der spezifischen Bedarfe von Kindern mit Behinderungen muss insgesamt sowohl im Rahmen der pädagogischen Arbeit als auch bei den strukturellen Rahmenbedingungen der Förderung in Tageseinrichtungen zum Tragen kommen. Nach § 22 Absatz 2 Satz 3 sollen die Tageseinrichtung und der Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit anderen Rehabilitationsträgern bei der gemeinsamen Förderung von Kindern mit und Kindern ohne Behinderungen zusammenarbeiten. Im Übrigen erfolgt eine Aktualisierung der Begrifflichkeiten.“ Siehe unter <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/162870/b40d39d11578bee6b9b6d8b5f2d5dc55/kinder-und-jugendstaerkungsgesetz-data.pdf>, abgerufen am 26. April 2021, 9.20 Uhr.

¹⁰ Einzelheiten siehe unten Fragen a und b, Gliederungspunkt V.

2. Regelungssystematik und -inhalt des § 45 SGB VIII

a) Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Die Erteilung oder Versagung der Erlaubnis einer Einrichtung, in der Kinder und Jugendliche betreut werden oder Unterkunft erhalten, ist von der Erfüllung besonderer tatbestandlicher Anforderungen abhängig. Der Einrichtungsbegriff wird – anders als im Heimgesetz des Bundes: § 1 Abs. 1 Satz 2 HeimG – in § 45 SGB VIII nicht definiert. Da auch eine Anknüpfung an den Einrichtungsbegriff anderer Teile des SGB nur in sehr begrenztem Rahmen möglich ist, haben die Länder in ihren Kita-Gesetzen Abgrenzungskriterien zu nicht-stationären Leistungsangeboten wie etwa (Familien-)Pflegestellen (vgl. §§ 43, 44 SGB VIII) entwickelt, wobei der Zweck und die Konzeption des Angebots im Vordergrund stehen soll.¹¹

Die konstruktiv der Erlaubnisvorschrift des § 45 SGB VIII zugrunde liegende Rechtsfigur des präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt bedeutet, dass der Antragsteller einen (gebundenen) Rechtsanspruch auf Erteilung der beantragten Kita-Einrichtung (und nicht lediglich eine Destination / einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung) hat, sofern die tatbestandlichen Anforderungen erfüllt sind.

b) Gewährleistung des Kindeswohls und Kindeswohlbegriff – der Gehalt der Regelungen des § 45 Abs. 1 und 2 Satz 2 Nrn. 1 bis 3 SGB VIII

Die Gewährleistung des Kindeswohls innerhalb der beantragten Einrichtung ist das maßgebliche Kriterium für die Entscheidung über den Antrag des Einrichtungsträgers. Der unbestimmte und damit in deutlichem Maße interpretationsbedürftige – gerichtlich gleichwohl voll überprüfbare – Kindeswohlbegriff wird durch § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII zunächst als Regelanforderung über die dem „Zweck der Konzeption der Einrichtung entsprechenden *räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen* für den Betrieb“ konturiert. Obgleich die Konkretisierung des Kindeswohls – des Inhalts des Kindeswohlbegriffs – mit Blick auf den Einrichtungstypus und den sich hieraus ergebenden spezifischen und zumindest im Detail unterschiedlichen Anforderungen innerhalb eines „großen Interpretationsspielraums“ erfolgt, besteht im Wesentlichen Einigkeit dahin, dass die Kindeswohlgefährdung – als maßgeblicher Versagungs- oder Widerrufsgrund – nicht die Schwelle des § 1666 BGB erreichen muss. Zwar werde bei der Definition des Kindeswohlbegriffs in Rechtsprechung und Literatur

„zunächst und maßgeblich auf dessen Bedeutung im BGB Bezug genommen, namentlich für den Fall der Gefährdung des Kindeswohls, für den auf § 1666 BGB Bezug genommen wird. Eine solche Bezugnahme liegt dann zwar nahe, wenn überhaupt die Legitimation der Aufsichtsnormen

¹¹ Wiesner, ebda., § 45, Rn. 31. Als Abgrenzungskriterien werden hier – im Lichte der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG (der gegen eine zu weite Auslegung des Einrichtungsbegriffs spricht) – genannt: im Hinblick auf die Betriebsgröße die Relevanz i.S. des Schutzbedarfs, der Orts- und Gebäudebezug, die Dauerhaftigkeit des Angebots, der Schutzbedarf sowie die Einsichts- und Einwirkungsmöglichkeiten des Sorgeberechtigten.

der §§ 43 ff. im Sinne der Wächteramtsfunktion des Staates gem. Art. 6 Abs. 2 GG auf die Grenzen des Elternrechts gegründet wird. Die Eingriffsbefugnis im Kontext des § 45 bezieht sich aber nicht auf Elternrechte, sondern stellt eine Schutzfunktion zugunsten von Kindern und Jugendlichen dar, die aus tatsächlichen Gründen in einer Pflegestelle oder in einem Heim durch diese so gut wie nicht wahrgenommen werden können. Auch die durch das BKiSchG eingeführte Erlaubnisvoraussetzung des § 45 Abs. 2 Nr. 3 (Förderung von Beteiligung und Sicherung von Beschwerdemöglichkeiten) zielt ja keineswegs nur auf Kinder und Jugendliche, sondern in deren Interesse auch auf die PersSorgeBer. Deshalb sind die Maßstäbe für das Kindeswohl bzw. die Kindeswohlgefährdung nur zT vergleichbar oder gar identisch mit den im BGB zugrunde gelegten Funktionen, zumal sie dort auf das einzelne Kind bezogen sind, in den §§ 43 ff. aber auf die Rahmenbedingungen. Insbesondere folgt aus dieser Erkenntnis, dass die „Schwelle“ einer Kindeswohlgefährdung im Regelungszusammenhang des § 45 niedriger sein muss als die Schwelle gegenüber den Eltern, die durch Art. 6 Abs. 2 GG in ihrer Rechtsposition privilegiert sind ...“¹²

In der Bundesrats-Drucksache zur jüngsten Novellierung des SGB VIII,¹³ die als „Problem und Ziel“ die Schaffung wirkungsvoller Schutzinstrumente herausstellt („Die Kinder- und Jugendhilfe nimmt eine Garantenstellung für Kinder und Jugendliche ein. Im Hinblick auf einen wirksameren Kinderschutz soll ... der Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen ... verbessert werden.“), lautet (zu § 45 Abs. 7 SGB VIII) auszuweise:

Als Voraussetzung für die Aufhebung einer Erlaubnis „ist eine konkrete Gefährdung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung nicht erforderlich. Eine strukturelle Gefährdung durch das Vorliegen der Rechtswidrigkeit, also die Nichteinhaltung der Erteilungsanforderungen aus Absatz 2, reicht auf der Tatbestandsseite aus.“

Der begrifflich-inhaltliche Gegenstand der potenziellen „Kindeswohlgefährdung“ als Versagungs-tatbestand wird ferner durch den in § 8a SGB VIII geregelten Schutzauftrag bei einer Kindeswohlgefährdung präzisiert: Dieser Regelung zufolge ist das „Gefährdungsrisiko“ durch das Jugendamt im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte einzuschätzen, sofern der Behörde gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden (§ 8a SGB VIII). Unter bestimmten Voraussetzungen muss das Familiengericht eingeschaltet werden (§ 8a Abs. 2 SGB VIII). Nach § 8a Abs. 4 SGB VIII müssen Vereinbarungen mit den (freien) Einrichtungsträgern geschlossen werden, durch die der wirksame Schutz der Kinder und Jugendlichen sichergestellt werden soll. Die Pflichten der Kinder- und Jugendhilfe werden m.a.W. dahin beschrieben, dass es nicht lediglich verboten ist, Kindern und Jugendlichen im Rahmen der Erfüllung einer Aufgabe nach dem SGB VIII Schaden durch aktives Tun oder Unterlassen zuzufügen; vielmehr konkretisieren die Regelungen des SGB VIII die bereits aus den grundrechtlichen Verbürgungen der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 2 GG folgende schutzrechtliche Dimension. Der Schutzauftrag zugunsten der anvertrauten Kinder und Jugendlichen bewirkt zu Lasten der Fachkräfte die Rechtsstellung als sog. Beschützergaranten für die in der Einrichtung betreuten Kinder.

Dies alles verdeutlicht, dass der bundessozialrechtliche Kindeswohlbegriff einen Inhalt hat, der ohne weiteres als gefahrenabwehr- und fürsorgerechtlich angesehen werden kann: Der Staat wacht über das Kind und hat – als Ausdruck dieser gefahrenabwehrrechtlichen Schutzdimension – (konkret) drohenden

¹² Ebd., § 45, Rn. 54.

¹³ BR-Drs. 621/19 vom 14. Februar 2020, S. 17.

Schaden vom Kind und Jugendlichen abzuwenden; auch *strukturelle, gefahrerhöhende Defizite* sind demnach – bereits im Rahmen des Erlaubnisverfahrens / bei Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte – auszuschließen.

3. Kein „Integrations-/Inklusionspostulat“ als Aspekt des Kindeswohls

Die gelegentlich geäußerte Behauptung, das Integrationspostulat sei ohnehin ein Aspekt des Kindeswohls¹⁴ und deshalb auch und insbesondere mit behinderten Kindern zu beachten, findet weder im Wortlaut, noch in der weiteren Systematik und Ausformung des bundesrechtlichen Erlaubnistatbestandes, noch in den Gesetzgebungsmaterialien eine Stütze:

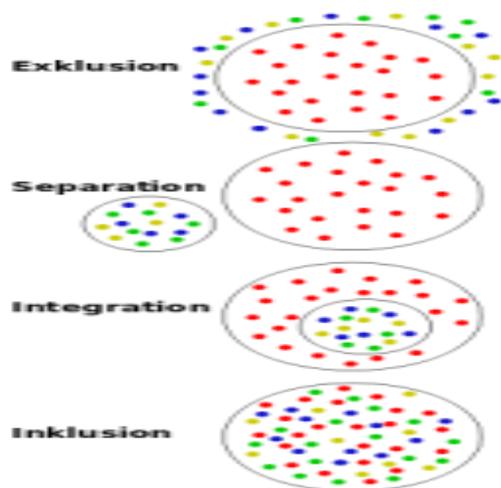
Nur auf den ersten – nicht hinreichend geschärften – Blick erscheint die von *Wiesner* vertretene Aufladung der zentralen tatbestandlichen Anforderung der Gewährleistung des Kindeswohls mit möglicherweise abgestuften Inklusionsanforderungen sachgerecht. Bei genauerem Hinsehen lässt insbesondere die Präzisierung der Erlaubnisanforderungen des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII (zum Kindeswohl), wonach u.a. „die gesellschaftliche und sprachliche Integration ... unterstützt werden“ müssen, indessen *nicht* (länger) auf die Verankerung inklusionsrechtlicher Forderungen im Erlaubnistatbestand schließen. In diesem Sinne weist *Wiesner* selbst zu Recht darauf hin, dass die vom Bundesgesetzgeber verwendeten Adjektive „gesellschaftliche und sprachliche“ (Integration) auf eine „entsprechende Einschränkung“ der Wortbedeutung hindeuteten; bei seiner Befassung mit dem Thema der „gesellschaftlichen Integration“ habe der Bundesgesetzgeber im Rahmen der letzten SGB VIII-Novellierungen ausschließlich oder zumindest im Wesentlichen die Integration von Migranten – und nicht jene von behinderten Kindern und Jugendlichen – im Blick gehabt.¹⁵

Dies gilt umso mehr, als, entgegen einem möglicherweise früher geübten Sprachgebrauch im Kontext von Regelungen über die Rechte behinderter Kinder und Jugendlicher, heutzutage der Integrationsbegriff von dem der Inklusion unterscheidbar ist: Im Rahmen eines Stufenmodells von der Exklusion und Separation hin zu einer Integration und Inklusion wird die Integration vielfach als – eine möglichst bald zu

¹⁴ *Wiesner*, ebda.

¹⁵ *Wiesner*, ebda., Rn. 64 unter Hinweis auf einen Ausschussbericht. So im Ergebnis wohl auch *Lakies*, in: Frankfurter Kommentar, SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 45, Rn. 19: „So sehr der Wille des Gesetzgebers zu begrüßen ist, die gesellschaftliche und sprachliche Integration, vor allem von ausländischen und sozial benachteiligten Kindern und die für Minderjährige existentielle gesundheitliche Vorsorge und medizinische Betreuung stärker zum Tragen zu bringen, so unbestimmt ist doch die betroffene Regelung. Die Versagung der Betriebserlaubnis erfordert eine konkret dargelegte ... Nichtgewährleistung des Kindeswohl durch fehlende oder mangelnde gesellschaftliche und sprachliche Integrationsmaßnahmen bei ausländischen Minderjährigen (zB Koranschulen, bei Kopftuchpflicht, unterbliebene Sprachkurse) ...“ *Möller*, in ders. (Hrsg.) Praxiskommentar, Kinder- und Jugendhilfe, § 45, Rn. 34 führt hierzu aus: Mit der Neuregelung des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII werde die Intention des Bundesrates (vgl. BT-Drs. 15/4158, 6) aufgegriffen, wonach sicherzustellen sei, „dass vor allem islamische und sonstige weltanschauliche Träger von Einrichtungen den Integrationsgedanken wahren.“

überwindende – Vorstufe von Inklusion beschrieben: Während Integration vorsehe, dass eine zuvor ausgeschlossene Gruppe von Menschen, z.B. jene mit Behinderung(en), Teil eines bestehenden Systems werde (und zwar im Wesentlichen durch einseitige Anpassungsprozesse der zuvor ausgeschlossenen Gruppe an die Regeln des „aufnehmenden“ Systems), sei die Inklusion als Einbeziehung der zuvor exkludierten Menschen unter Beibehaltung ihrer Eigenarten definiert. Die Anerkennung von Verschiedenheit geschehe innerhalb von Inklusionsprozessen automatisch. Im Unterschied zur Integration, die zu einer Nivellierung der Eigenarten der integrierten Kinder und Jugendlichen führe, werde deren Teilhabe im Inklusionssystem zu etwas Selbstverständlichem. Die Inklusion bedeutet demnach, dass die Gesellschaft Verschiedenheit anerkennt und behinderte Menschen vorbehaltlos – mit deren Eigenarten – akzeptiert und inkludiert.¹⁶ Stark vereinfacht lassen sich die Unterschiede und der Übergang von der Exklusion bis hin zur Inklusion folgendermaßen skizzieren:



17

Die Analyse und Ausformungen des Inklusionsbegriffs sind im Detail allerdings – „naturgemäß“ – in Abhängigkeit vom jeweiligen Ausgangspunkt der unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen komplizierter und uneinheitlich. In diesem Sinne führen beispielsweise *M. Weber* und *B. Wagner* aus:

¹⁶ So *M. Weber, B. Wagner*, Inklusion, Integration und Lebensqualität in Werkstätten für behinderte Menschen, Zeitschrift für Heilpädagogik, 3/2015, S. 128, die auch darauf hinweisen, dass vorschnelle Assoziationen in Bezug auf den Inklusionsbegriff nicht selten allzu rasche Lösungen suggerierten: „Der derzeitigen schulpolitischen Diskussion, die in der Forderung einer Schule für alle gipfelt, oder auch den Forderungen nach einer Inklusion von Menschen mit Behinderungen in Unternehmen des ersten Arbeitsmarktes ist dieses topographische Missverständnis eines politisierten Inklusionskonzeptes gewissermaßen auf die Stirn geschrieben. Die Verkürzung des Inklusionsbegriffs aus räumliches Beisammensein, als Vollzug von sozialer Zugehörigkeit in einem ‚containerähnlich‘ gebauten sozialen Aggregat (Nassehi, 2011, S. 173), würde in letzter Konsequenz bedeuten, dass sich Inklusion nur in Interaktionssituationen vollziehen könnte, die in aller Regel die Existenz eines gemeinsamen Raums – Schulklasse, Büro, Fabrikhalle – voraussetzen.“

¹⁷ Bildquelle: Integration 3804350 1920: *Gerd Altmann* CC0 1.0 Universal, abgerufen unter: <https://www.behindertenrechtskonvention.info/inklusion-3693/>, 20. 4. 2021, 18.54 Uhr.

„Die soziologische Aufarbeitung des Inklusions- und auch des Exklusionsbegriffs, wie sie in den vorangegangenen Abschnitten unternommen wurde, bleibt in den Rehabilitationswissenschaften und in der Sozial- und Heilpädagogik weitgehend unbemerkt (Wansing, 2013, S. 18). Stattdessen verknüpft sich die dort stattfindende Inklusionsdiskussion mit Fragen der politischen Gleichheit, mit Menschenrechten und der Entwicklung einer gerechten Gesellschaft. Die Verbindung zum rechtswissenschaftlichen Diskurs liefert die UN-Behindertenrechtskonvention, in der Inklusion als zentraler Grundsatz der Einbeziehung von Menschen mit Behinderung in die Gesellschaft verankert ist. Behinderung wird dort als Diversität gedeutet, die eine separierende Inklusion von Menschen mit Behinderung als tendenziell diskriminierend und illegitim auffasst. Dieser normativ-rechtliche Hintergrund eines Verständnisses von Inklusion bringt dann auch wieder die ... Unterscheidung zwischen Integration und Inklusion ins Spiel. Während die Adressaten einer Integrationspolitik behinderte Menschen oder auch Menschen mit Migrationshintergrund sind, die sich den etablierten Strukturen anpassen, sich also integrieren müssen, sind die Adressaten einer Inklusionspolitik Strukturen, welche die Menschenrechte gefährdeter Menschengruppen verhindern (Bohmeyer, 2012, S. 18), also zum Beispiel exklusiv-separierende Sondereinrichtungen für Menschen mit Behinderung, die einem gemeinsamen Lernen oder Arbeiten von behinderten und nicht-behinderten Menschen strukturell entgegenstehen. Das Ganze wird getragen von einer Idee der Unteilbarkeit von Inklusion, wie sie in Forderungen nach einer Schule für alle oder einem Recht auf Arbeit zum Ausdruck kommen. Der Kölner Rehabilitationswissenschaftler *Markus Dederich* hat kürzlich die Frage aufgeworfen, von welcher Gerechtigkeitsidee eigentlich ein Verständnis von Inklusion getragen wird, das mit einer „eindimensionalen Konzentration auf Umwelten, Strukturen, Systeme, Institutionen und eine (etwa durch das Recht verkörperte) normative Ordnung (...) den einzelnen Mensch mit Behinderung in seiner Singularität vernachlässigt bzw. auf einen besonderen Fall des Allgemeinen reduziert“ (Dederich, 2013, S. 38). Beispiele für eine individuelle Vernachlässigung bei gleichzeitiger strukturpolitischer Verengung des gegenwärtigen Inklusionsdiskurses sieht *Dederich* ... vor allem in der Schulpolitik: „Ist es gerecht, wenn sich lernschwache Schülerinnen und Schüler in einem Lernmilieu, das mit zunehmender Dauer der Schulzeit ein Leistungsmilieu ist, im Vergleich zu den meisten anderen als leistungsschwach erleben müssen? (...) Ist es gerecht, in einem schulischen Milieu aufzuwachsen, in dem Differenzen gewürdigt werden, die sich jedoch spätestens beim Übergang in die Arbeitswelt benachteiligend auswirken“ (ebd., S. 37)? ... *Dederichs* Vorschlag besteht darin, nicht von Institutionen oder einem Vertrag fiktiver Gleicher her zu denken, sondern im Anschluss an *Michel Levinas* ... von der Verantwortung für den konkreten anderen Menschen auszugehen. Diese Verantwortung zeigt sich darin – so würden wir im Sinne einer Managementperspektive argumentieren –, ob der einzelne Mensch mit Behinderung von bestimmten Unterstützungsarrangements mehr profitiert als von anderen. Diese Frage ist im doppelten Sinne offen. Auf der individuellen Ebene gibt es keine Inklusionsprofile, die anderen grundsätzlich vorzuziehen wären. Und auch auf der Ebene der Organisation sind normative Vorentscheidungen problematisch. Es ist eben nicht die Strukturform als solche, die es mit einem normativ vorentschiedenen Blick zu betrachten und zu bewerten gilt. Was zählt und was es auch zu messen und zu belegen gilt, sind die Wirkungen bestimmter Strukturen für den einzelnen Menschen mit Behinderung. Es geht also darum, alternative organisatorische Arrangements anzubieten, die das für den individuellen Menschen mit Behinderung leistungsfähigste Setting enthalten. Die Frage, nach welchen Kriterien sich diese Leistungsfähigkeit zu bestimmen hat, gilt es abschließend zu beantworten.“¹⁸

Möglicherweise hat das BVerfG einen derartigen individualistischen Inklusionsansatz verfolgt, als es in einem vielfach kritisierten Eilbeschluss¹⁹ eine Folgenabwägung vorgenommen hat, wonach die

¹⁸ Ebd., S. 134 f.

¹⁹ BVerfG, 1 BvR 1525/20, Beschl. v. 16. Juli 2020. Zur Kritik statt aller V. *Igstadt*, Inklusion als Kindeswohlgefährdung? Der Beschluss – 1 BvR 1525/20 – des BVerfG als Rückschlag für den gleichberechtigten Zugang zur Regelschule, in: Verfassungsblog on Matters Constitutional, im Internet abgerufen am 5. April 2021, 14.19 Uhr.

Fortsetzung eines „inkluisiven“ Schulbesuchs in einer Regel-Realschule für die betroffene 15-jährige Schülerin zu schwereren Negativfolgen führte als der Wechsel an eine Förderschule. Dem Beschluss mit seinen verfassungsrechtlichen Implikationen in Bezug auf Art. 6 GG (Recht der Eltern über die Wahl der Schulart) und dem im Lichte des Art. 24 UNBRK auszulegenden Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (Gleichbehandlungsgebot für Behinderte, Diskriminierungsverbot) lag im Hinblick auf die betroffene Schülerin die Einschätzung zugrunde, dass diese

„nach den Feststellungen der Fachgerichte ... (auf der Realschule) permanent überfordert, traurig, verzweifelt und ohne jegliche Lebenslust [wäre], bis hin zur Entwicklung von Suizidgedanken. Erneutes aggressives Verhalten gegenüber Mitschülern und Lehrern wäre von ihr zu erwarten. Bei schlechten Noten würde sie erhebliche Ängste vor der Reaktion der [Mutter] entwickeln. Die im Rahmen einer ärztlichen Begutachtung im Verfahren über die Gewährung von Eingliederungshilfe festgestellte Beeinträchtigung der seelischen Gesundheit und der Teilhabe am Leben der [Schülerin] würde voraussichtlich weiter verfestigt.“²⁰

Ungeachtet der Bewertung der Entscheidung verdeutlicht diese die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ausformung von Inklusion für behinderte Kinder und Jugendliche. Sie verdeutlicht die Notwendigkeit, einzelfallbezogene Entscheidungen durch *typisierende Regelungen mit gleichzeitiger Ermöglichung von abweichenden Ausnahmeentscheidungen* zu ermöglichen. Derartige Regelungen zu den modernen Zielen und Anforderungen der bzw. an die Inklusion von behinderten Kindern und Jugendlichen in Kindertagesstätten sind dem SGB VIII nicht zu entnehmen.

Auch die bereits skizzierten Regelungen des § 8a SGB VIII lassen in diesem Sinne erkennen, dass die Inklusion nicht mit dem bisherigen und tradierten Begriff der „Kindeswohlgefährdung“ verknüpft werden kann: Andernfalls würde auch das durch spezifische prozedurale Maßnahmen geprägte Gefahrenabwehrinstrumentarium des § 8a SGB VIII in Fällen zur Anwendung gelangen, in denen inklusionsrechtliche Ziele nicht oder nicht hinreichend umgesetzt werden. Eine derartige Annahme erscheint nicht sachgerecht.

²⁰ BVerfG, ebda., Rn. 9.

III. Unzulässigkeit inklusionsrechtlicher Nebenbestimmungen gem. § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII

Der Regelung des § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII zufolge kann die Betriebserlaubnis mit Nebenbestimmungen versehen werden. Aus § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII ergibt sich, dass derartige Nebenbestimmungen nur „zur Sicherung des Wohls der Kinder und der Jugendlichen“ zulässig sein können. Aus der das Betriebserlaubnisrecht prägenden, grundrechtlich abgeleiteten Rechtsfigur des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und § 32 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. SGB X ergibt sich, dass Nebenbestimmungen gem. § 45 Abs. 4 SGB VIII nur dann und insoweit zulässig sind, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen sind und der Beseitigung von tatbestandlichen Erlaubniserteilungshindernissen dienen, im Hinblick auf § 45 Abs. 1 und 2 SGB VIII der Sicherstellung des Kindeswohls.

Da die Inklusion auf Grundlage der hier vertretenen Auffassung nicht als Kindeswohlbelang i.S. des § 45 SGB VIII definiert werden kann, sind bereits aus diesem Grunde inklusionsrechtliche Nebenbestimmungen zur Betriebserlaubnis ausgeschlossen. Eine Nebenbestimmung darf m.a.W. nur getroffen werden, wenn ein *konkreter Anlass* besteht und die *Nebenbestimmung zur Gewährleistung des Kindeswohls auch geeignet und erforderlich* ist;²¹ über die Ergänzung der Betriebserlaubnis um eine Nebenbestimmung ist von der zuständigen Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.²²

IV. Weitere Konsequenz: die landesrechtliche Möglichkeit zur Schaffung eines inklusionsrechtlichen Erlaubnistatbestandes

1. Kompetenzrahmen

Eine Schlussfolgerung aus alledem lautet: Der Landes-Kita-Gesetzgeber ist mit Blick auf den bundesverfassungsrechtlich gesetzten Kompetenzrahmen und mangels bundesgesetzlicher, die Inklusionsziele inkorporierender Regelungen an einer eigenständigen Normierung inklusionsrechtlicher Ziele – und hier spezifischer, inklusionsrechtlicher Erlaubnisvoraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Kindertagesstätten – nicht gehindert: Für deren Regelung besteht zunächst weder eine ausdrücklich / positiv normierte, noch eine bundeskompetenzielle Zuständigkeit kraft Natur der Sache, weil es sich nicht um ein Sachgebiet handelt, das seiner Natur nach „eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheiten“ darstellt, die nur vom Bunde geregelt werden können.²³ Auch die Annahme einer Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs für inklusionsrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen kann nicht formuliert werden, weil die

²¹ OVG Hamburg, Beschl. v. 1. 7. 2014 – 4 Bf 212/12. Siehe ferner *Mann*, in: Schellhorn/Fischer/ders./Kern (Hrsg.), SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 45, Rn. 30 ff., m. zahlr. W. Nachw.

²² Ebda.

²³ Siehe hierzu BVerfGE 11, 89, 98f.; 26, 205, 257.

inklusionsrechtliche Sachmaterie verständigerweise – oder im Sinne einer unerlässlichen Voraussetzung – nur vom Bund geregelt werden müsste. An diesem Befund ändert auch nichts, dass sich das BVerfG einer landesrechtlichen Regelungskompetenz für die Jugendpflege als Teil der öffentlichen Fürsorge i. S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG prinzipiell entgegengestellt hat.²⁴ Zwar wird die Materie der „öffentlichen Fürsorge“ i. S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hiernach unter Berücksichtigung der Tradition in der deutschen Rechtsprechung „nicht eng“ ausgelegt.²⁵ Dabei stehen aber regelmäßig die Ziele der öffentlichen Hilfe bei allgemeiner Notlage im Vordergrund.²⁶ Gleichwohl soll auch ein zunehmendes Verständnis der Kindertagesstätten als Bildungseinrichtungen an der prinzipiellen Zuordnung des Kita-Rechts zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG nichts ändern.²⁷

Unstreitig ist gleichwohl, dass der Bund von der ihm durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 72 Abs. 1 GG eingeräumten konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis nicht abschließend Gebrauch gemacht hat. In diesem Sinne wird in der Kommentarliteratur – zum Landesrechtsvorbehalt des § 49 SGB VIII – ausgeführt:

„Die Vorschrift weist darauf hin, dass der Bundesgesetzgeber mit den Vorschriften des Zweiten Abschnitts (§§ 43 bis 48a) die Materie noch nicht erschöpfend, d.h. noch nicht abschließend geregelt hat und diese Regelungen noch der Ergänzung und Konkretisierung durch Landesrecht bedürfen (BT-Drucks. 11/5948, S. 85).“²⁸

Lakies ergänzt:

„Hinsichtlich der Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung (Betriebserlaubnis) wird vor allem das Verfahren bei der Erlaubniserteilung bzw. bei der Untersagung landesrechtlich geregelt. Darüber hinaus kann der Landesgesetzgeber *Standards bezüglich der Eignung von Einrichtungen setzen*, z.B. die Voraussetzungen für die fachliche Ausgestaltung der Einrichtungen im Interesse des Kindeswohls ausgestalten (§ 45 Abs. 2).“²⁹ (Hervorhebung nicht im Original)

Schließlich formuliert auch *Möller*, dass

„die Regelungen [über die in diesem Abschnitt normierten Aufgaben] nicht abschließend [sind]. Durch § 49 SGB VIII wird ausdrücklich klargestellt, dass Raum für landesrechtliche Konkretisierungen besteht, von dem die Länder auch Gebrauch gemacht haben. Neben § 49 SGB VIII eröffnet bereits § 43 Abs. 3 Satz 3, Abs. 5 SGB VIII die *Möglichkeit näherer landesrechtlicher Bestimmungen. Insbesondere in Bezug auf die Voraussetzungen für die Erteilung bzw. Versagung von Erlaubnissen*, das dabei zu beachtende Verfahren, ... hat das

²⁴ BVerfGE 22, 180, 213.

²⁵ Ebda.; weiterhin BVerfGE 58, 208, 227; 88, 203, 329.

²⁶ Statt aller *Degenhardt*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 74, Rn. 32, unter Hinweis auf BVerfGE 22, 180, 212: „Auch vorbeugende Maßnahmen, um Notlagen nicht entstehen zu lassen, können Fürsorge sein.“

²⁷ Siehe hierzu *Degenhardt*, ebda., Rn. 33, m. w. Nachw.

²⁸ *Mann*, in: Schellhorn/Fischer/ders./Kern (Hrsg.), SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 49, Rn. 2.

²⁹ *Lakies*, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 6. Aufl. 2009, § 49, Rn. 4.

Landesrecht vielfältige Konkretisierungen vorgenommen, deren Einbeziehung für ... die Erkenntnis und Rechtslage im jeweiligen Bundesland unabdingbar ist.

§ 49 SGB VIII verleiht den Ländern allerdings keine Befugnis, von denen des SGB VIII abweichende oder diesen widersprechende Regelungen zu treffen.³⁰ (Hervorhebung nicht im Original)

Wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird (Kapitel V.), sind die Grundrechte behinderter Kinder und Jugendlicher ebenso wie das SGB VIII im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention zu interpretieren, die ihrerseits als Bundesrecht gilt. Insofern erfolgt eine landesgesetzgeberische Ausformung inklusionsrechtlicher Betriebserlaubnisforderungen keinesfalls „abweichend“ oder im Widerspruch zu den Regelungen des SGB VIII. Vielmehr bedarf es einer Entwicklung inklusionsrechtlicher Standards durch den Landesgesetzgeber, sofern und solange nicht der SGB-VIII-Gesetzgeber zur Tat schreitet.

Die bundesgesetzliche Ausformung inklusionsrechtlicher Anforderungen ist (auch) im Rahmen der nunmehr verabschiedeten umfassenden SGB VIII-Novellierung unterlieben: Die Erlaubnisvorschrift des § 45 SGB VIII und speziell das zentrale Erfordernis der Kindeswohlgewährleistung wird vielmehr durch Regelungen über die Zuverlässigkeit des Einrichtungsträgers und zur Verhütung / zum Schutz von/vor Gewalt in Kinderbetreuungseinrichtungen erweitert (die ihrerseits einer landesrechtlichen Ausformung bedürfen).³¹

Nach allem liegen hinreichende Gründe für die Annahme vor, dass der Landes-Kita-Gesetzgeber nicht aus kompetenziellen Gründen gehindert ist, die Erfüllung Standards als landesrechtliche Betriebserlaubnisvorschrift zu regeln. Da ein landesrechtlicher Inklusions-Vorbehalt nur unter der Annahme und Voraussetzung zulässig ist, dass die landesrechtliche Regelung nicht ein und denselben Regelungsgegenstand wie § 45 SGB VIII hat,³² *muss er von der bundessozialrechtlichen Kita-Erlaubnisnorm formell und inhaltlich klar abgegrenzt sein*, damit nicht die Gefahr einer verfassungswidrigen Mischlage entsteht.

³⁰ Möller, in: Ders. (Hrsg.), Praxiskommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 2. Aufl. 2017, § 49, Rn. 1.

³¹ Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG), Drs. 19/26107, Synopse des DIJuF, Stand: 22. April 2021, S. 27. Auch wird die Einrichtung nunmehr in dem neu geschaffenen § 45a SGB VIII eigenständig definiert.

³² Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 5. April 2017 – 8 C 16.16, zum Nebeneinander gewerberechtl. (§ 33i GewO) und landesglücksspielrechtlicher Erlaubnisse.

2. Die Schaffung eines Erlaubnistatbestandes zur Verwirklichung inklusionsrechtlicher Ziele im Lichte der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und unter Beachtung des besonderen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

a) Verfassungsrechtlicher Rahmen und inklusionsrechtliche Zielsetzung

Ein ergänzender landesrechtlicher, den Inklusionszielen dienender Erlaubnistatbestand müsste als weiterer Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit von der Schrankensystematik des Art. 12 Abs. 1 GG (sowie Art. 14 Abs. 1 GG³³ und Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit Art. 20 Abs. 3 GG) gedeckt sein.³⁴

Der eigenständige Inklusions-Erlaubnistatbestand müsste als gesetzliche Grundlage für die behördliche Entscheidung hinreichend bestimmt sein; eine mögliche, dem Parlamentsgesetzgeber gegenüber wirkende Delegationssperre müsste Beachtung finden.

Der mit dem zusätzlichen Erlaubnisvorbehalt verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der (freien) Träger von Kindertagesstätten müsste gerechtfertigt sein: Der Grundrechtseingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Normen genügt. Die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers wurde bereits erörtert. In materieller Hinsicht muss die Erlaubnisregelung durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des

³³ Spezifische Erörterungen zu Art. 14 Abs. 1 GG werden im Rahmen dieser Untersuchung nicht angestellt, weil die Anforderungen dieses Grundrechts etwa parallel zu jenen des Art. 12 Abs. 1 GG verlaufen und iÜ den Rahmen einer kurzgutachterlichen Untersuchung der Gutachtenfrage sprengen. Dies gilt in gleicher Weise für die steuer- und beihilferechtlichen Implikationen des Kita-Betriebs. Hinzuweisen ist allerdings auf die Qualifizierung (auch) des kommunalen Kindergartens (ebenso kirchliche und frei gemeinnützige Kindergärten) als Betrieb gewerblicher Art i.S.d. KStG2002 (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, § 4 Abs. 1 und Abs. 5 Satz 1 KStG2002, §§ 22, 24, ö74a SGB VIII) durch den BFH, Urt. v. 12. 7. 2012, I R 106/10 (im Anschluss an die Vorgaben des EuGH), falls sich die Körperschaft des öffentlichen Rechts mit ihrer Einrichtung in den allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr einschaltet und hierbei eine Tätigkeit entfaltet, die sich ihrem Inhalt nach von der Tätigkeit eines privaten gewerblichen Unternehmens nicht wesentlich unterscheidet (BFH, Urt. v. 29. 10. 2008, I R 51/07, std. Rspr.). In diesem Fall wird trotz Erfüllung spezifisch öffentlich-rechtlicher Aufgaben das Vorliegen eines Hoheitsbetriebes verneint; den BFH „beeindruckte“ der sozialpolitische und sozialrechtliche Förderungsauftrag nicht (Pressemitteilung des BFH Nr. 67/2012). Im Hinblick auf gewerbliche Kindertagesstätten fehlt es von vornherein an der Vergleichbarkeit dieser Einrichtungen mit Kitas kommunaler, kirchlicher und frei gemeinnütziger Träger. Dementsprechend werden gewerbliche Unternehmen im Unterschied zu den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe auch nicht bei der Aufstellung des Bedarfsplans berücksichtigt.

³⁴ Ein präventiver Erlaubnisvorbehalt kann allerdings auch dann verfassungskonform sein, wenn einzelne Versagungsgründe mit höherrangigem Recht nicht in Einklang stehen (vgl. BVerwG, Urt. v. 24. November 2010 – 8 C 13.09 – Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 273, Rn. 77, Urt. v. 16. Mai 2013 – 8 C 14.12 – BVerwGE 146, 303, Rn. 53). Nach dieser Rspr. ist die Einführung einer Erlaubnispflicht bereits dann verhältnismäßig, wenn auch nur ein eigenständiger formell und materiell verfassungsmäßiger Erlaubnistatbestand sie rechtfertigt.

jeweiligen Eingriffs Rechnung tragenden Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.³⁵

An der verfassungsrechtlichen Legitimität inklusionsrechtlicher Zielsetzungen bestehen keine Zweifel: Zunächst besitzt der Gesetzgeber bei der Regelung zusätzlicher – für die Erteilung einer Kita-Erlaubnis inklusionsrechtlicher – Erlaubnisvoraussetzungen einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, da er sich auf Zwecke stützen kann, die sich aus seinen (jeweiligen) sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen erst ergeben.³⁶ Er kann m.a.W. bestimmte Ziele selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsgüter erheben und muss sich bei Erlass der in Bezug auf Art. 12 GG erheblichen Regelung nicht zwingend auf bereits *allgemein anerkannten Gemeinschaftsinteressen* berufen. Die Grenze liegt erst dort, wo sich diese Einschätzungen als mit der Werteordnung des Grundgesetzes unvereinbar darstellen.³⁷ Selbst auf der Grundlage von Gegenstimmen zu dieser Auffassung (eines recht weiten gesetzgeberischen Spielraums bei der Kreation gesetzgeberischer Ziele³⁸) bewegt sich der Gesetzgeber bei der (am Maßstab des Art. 12 GG) grundrechtsrelevanten Ausformung von Inklusionszielen bereits mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG³⁹ auf sicherem Terrain. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass auch für den Bundessozialgesetzgeber seit dem Inkrafttreten des SGB IX ein Paradigmenwechsel erfolgt ist, wonach nicht länger die „Fürsorge“ der behinderten Menschen in einem engeren „Versorgungs“-Sinne im Mittelpunkt steht, sondern die Schaffung verbesserter Möglichkeiten der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und die Beseitigung von Hindernissen, die der Chancengleichheit entgegenstehen.⁴⁰

Zwar darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG primär Abwehr- und nicht Anspruchsnorm ist. Die in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG getroffene objektive Wertentscheidung, dessen mittelbare Grundrechtswirkung und der Einfluss der Generalklauseln bewirken gleichwohl den hohen Stellenwert (gesetzgeberischer) inklusionsrechtlicher Ziele.⁴¹

Für den schulischen Bereich hat das BVerfG bereits mit Beschluss vom 8. Oktober 1997⁴² verdeutlicht, dass sich

³⁵ Statt aller: BVerfGE 95, 193, 214.

³⁶ BVerfGE 13, 97, 107.

³⁷ Ebda.

³⁸ Siehe nur *D. Czybulka*, NVwZ 1991, 145, 148, der die Ableitbarkeit des Zieles aus einer Staatszielbestimmung fordert.

³⁹ Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG lautet: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Es ist unbestritten, dass die Verfassungsnorm mindestens die Qualität einer Staatszielbestimmung hat. Welche unmittelbaren grundrechtlichen Wirkungen darüber hinaus bestehen, bedarf demgegenüber einer sorgfältigen Analyse.

⁴⁰ Gesetz vom 19. 6. 2001, BGBl. I S. 1046.

⁴¹ Siehe hierzu statt aller *Herdegen*, *Der Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz*, 2. Aufl. 1998, S. 33.

⁴² BVerfGE 96, 288, 1 BvR 9/97 = NJW 1998, 131 ff.

„nach dem gegenwärtigen pädagogischen Erkenntnisstand ... ein genereller Ausschluss der Möglichkeit einer gemeinsamen Erziehung und Unterrichtung von behinderten Schülern mit nicht behinderten ... verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen ließe. Ungeachtet auch kritischer Stimmen wird die *integrative* [noch nicht: *inklusive*] Beschulung ... von der pädagogischen Wissenschaft wie von maßgeblichen politischen Gremien überwiegend positiv beurteilt und als verstärkt realisierungswürdige Alternative zur Erziehung und Unterrichtung in Sonder- und Förderschulen befürwortet. Dem hat der niedersächsische Landesgesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er für Schülerinnen und Schüler, die sonderpädagogischer Förderung bedürfen, neben der Sonderschule ... 'an allen Schulen' und in Integrationsklassen mit zieldifferenter Beschulung die Möglichkeit der gemeinsamen Erziehung und Unterrichtung mit anderen Schülern geschaffen hat. [Die Unterrichtung] soll [der landesrechtlichen Regelung zufolge] integrativ und zielgleich erfolgen, wenn auf diese Weise – erforderlichenfalls unter Bereitstellung sonderpädagogischer Förderung ... dem individuellen Förderbedarf der förderungsbedürftigen Schülerinnen und Schüler entsprochen werden kann und soweit es die organisatorischen, personellen und sächlichen Gegebenheiten erlauben.“⁴³

Der hier bereits erkennbare und seitdem deutlich fortentwickelte Ansatz einer integrativen und schließlich inklusiven Beschulung als Regelbeschulung – und damit zugleich eine Art Umkehrung des in der früheren Verfassungsanalyse, Gesetzgebung und Rechtsprechung noch angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei der Rechtfertigung von Differenzierungen im Schulsystem – ist auf die verfassungsrechtliche Beurteilung von Inklusionszielen und -forderungen im Bereich des Kindertagesstättenrechts am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ohne weiteres übertragbar. Jedenfalls sind insoweit keine entgegenstehenden Gründe erkennbar.

Nach allem ist „mit Rücksicht auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ... der Staat grundsätzlich gehalten, für behinderte Kinder Einrichtungen bereitzuhalten, die auch ihnen eine sachgerechte Erziehung, Bildung und Ausbildung ermöglichen. Danach wäre ein genereller Ausschluss der Möglichkeit einer gemeinsamen Erziehung von behinderten Kindern mit nichtbehinderten Kindern nicht zu rechtfertigen Es ist allerdings von Verfassungswegen nicht zu beanstanden, dass der Staat die zielgleiche wie die zieldifferente integrative Erziehung unter den Vorbehalt des organisatorisch, personell und von den sächlichen Voraussetzungen her Möglichen stellt (vgl. BVerfGE 96, 288 <305>).“⁴⁴

b) Eingriff und Eingriffsrechtfertigung

Auch wenn inklusionsrechtliche Anforderungen zum Betrieb einer Kindertagesstätte keine – finale – berufsregelnde Zielrichtung besitzen, gleichwohl von einigem Gewicht sind und einen konkreten Personenkreis in seiner Berufsfreiheit betreffen,⁴⁵ wird deren berufsregelnder Bezug (die sog. berufsregelnde Tendenz) zuerkannt werden müssen, da die in Rede stehenden potentiellen Erlaubnisregelungen nur für berufliche Tätigkeiten anwendbar sind.⁴⁶ Selbst wenn man demgegenüber

⁴³ Ebda., NJW, 132.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 10. 2. 2006, 1 BvR – 91/06, Rn. 10.

⁴⁵ BVerfGE 47, 1, 21.

⁴⁶ So zu Recht *Tettinger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1998, Art. 12, Rn. 73: „Voraussetzung für die Anerkennung solcher faktischen Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit ist allerdings, ... dass die Maßnahme als nicht bezweckte, aber vorhersehbare und in Kauf genommene Nebenfolge einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirkt“, unter Hinweis auf BVerfGE

einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ablehnen sollte, würden die im folgenden erörterten Anforderungen zur Rechtfertigung eines Eingriffs in das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG im Wesentlichen gleich ausfallen:

Bekanntlich unterliegen *Berufsausübungsregelungen* nach dem ursprünglichen Verständnis der Stufenlehre des BVerfG als die (vermeintlich) geringfügigsten und damit in weitem Umfang zulässigen Grundrechtsbeeinträchtigungen auch den geringsten Rechtfertigungsanforderungen.⁴⁷ Die Annahme, dass Berufsausübungsregelungen stets nur eine eher unbedeutende Grundrechtsbeeinträchtigung darstellen, geht indessen fehl: Nicht selten sind auch mit derartigen Regelungen einschneidende Auswirkungen verbunden, durch die eine Eingriffsintensität erreicht wird wie bei den sog. subjektiven oder objektiven *Berufswahlregelungen*.⁴⁸ In diesen Fällen ist eine differenzierende Betrachtung erforderlich, die – in Bezug auf die Angemessenheit einer Regelung – als sachgerechte Abwägung (und Abwägungsbegründung) die Interessen behinderter Kinder an einer weitestgehenden Überwindung von Benachteiligungen einerseits und die berufsfreiheitsbezogenen Gesamtinteressen der Kita-Betreiber andererseits zum Ausgleich bringt. Bislang werden die Instrumente zur Erreichung / Herstellung der Inklusion(sziele) unter den „Vorbehalt des tatsächlich Machbaren und finanziell Vertretbaren“ gestellt. Diese Formulierung drückt – aus verfassungsrechtlicher Perspektive – völlige Beliebigkeit aus, so dass sich deren verfassungsrechtliche Inadäquanz geradezu aufdrängt. Mit der (beabsichtigten) Streichung der bisherigen Vorbehaltsformulierung im Entwurf zu § 22a Abs. 4 SGB VIII n.F.⁴⁹ dürfte daher die Absicht des Bundessozialgesetzgebers verbunden sein, das in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG geregelte Benachteiligungsverbot künftig weniger als „reines Staatsziel“ und Abwehrrecht im Sinne eines Diskriminierungsverbots zu interpretieren, sondern eine Stärkung des Inklusionsgedankens auf Grundlage einer teilhaberechtlich „aufgeladenen“ Verfassungsnorm zu erzeugen.

Es liegt auf der Hand, dass selbst unter einer derartigen Annahme die Schaffung inklusionsrechtlicher Voraussetzungen nicht zu einer wirtschaftlichen Erdrosselung der Kita-Betreiber führen darf, sei es, dass kommunale Träger übermäßige Summen aus allgemeinen Haushaltsmitteln zuschießen müssten, um die jeweilige Kita auch weiterhin betreiben zu können, oder dass freie Träger dauerhaft in einem defizitären Bereich wirtschaften müssten. Unabhängig von der Zuordnung einer inklusionsrechtlichen

13, 181, 186; 82, 209, 223f.; 95, 267, 302 sowie BVerwGE 87, 37, 43f. u.a.; a.A. aber *R. Scholz*, Art. 12, Rn. 115.

⁴⁷ BVerfGE 7, 377, 405f.

⁴⁸ *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3 Bände, 1996/98/2000, Art. 12, Rn. 105.

⁴⁹ Nach dem Inhalt der bislang gültigen Gesetzesformulierung (des § 22a Abs. 4 SGB VIII) sollen Kinder mit und ohne Behinderung in Gruppen gemeinsam gefördert werden, *sofern der Hilfebedarf dies zulässt*. Dieser Vorbehalt wird durch die derzeit im Bundesrat verhandelte Neufassung durch Art. 1 Nr. 19b) des Kinder- und Jugendstärkungsgesetz abgeschafft: Im Anschluss an die Verabschiedung des Gesetzes noch in dieser Legislaturperiode wird die Regelung des § 22a Abs. 4 SGB VIII n.F. – nach dem derzeitigen Stand – den folgenden Wortlaut haben: „Kinder mit Behinderungen und Kinder ohne Behinderungen sollen gemeinsam gefördert werden. Die besonderen Bedürfnisse von Kindern mit Behinderungen und von Kindern, die von Behinderungen bedroht sind, sind zu berücksichtigen.“ (BR-Drs. 5/21, S. 7)

Erlaubnisregelung zu einer der Stufen des Grundrechts der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG (oder einer Qualifizierung derartiger Regelungen als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG) genügt eine derartige Regelung dementsprechend nur dann den Anforderungen der Angemessenheit, wenn und soweit der erforderliche finanzielle Ausgleich für die durch inklusionsrechtliche Vorgaben erzeugten – erheblichen – Mehraufwendungen gewährleistet ist.⁵⁰ Für die Verfassungskonformität am Maßstab der Berufsfreiheit (der allgemeinen Handlungsfreiheit) entscheidend ist letztlich, dass als Ergebnis einer „Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht“ (sowie der Dringlichkeit) der diesen rechtfertigenden Gründe die „Grenze der Zumutbarkeit“ für den Grundrechtsträger / den Träger der Kindertagesstätte „noch gewahrt ist“.⁵¹ Diese Zumutbarkeit der Erlaubnisregelung und deren Auswirkungen muss auch für Untergruppen von Grundrechtsträgern gewährleistet werden. Inklusionsrechtliche Anforderungen müssen klar definiert werden und von Angebotsinhalten, die Ausdruck der auch weiterhin zu gewährleistenden Pluralität der Angebotsstruktur sind, abgrenzbar sein. Es darf insbesondere keine Vermengung mit Zusatzleistungen erfolgen, die auch durch die Erhebung gesonderter Elternbeiträge ihre finanzielle Untersetzung finden.

Soweit den skizzierten, aus Verfassungsrecht ableitbaren Anforderungen durch finanzielle Ausgleichszahlungen durch das Land zu entsprechen ist, laufen diese nicht gänzlich parallel zu den durch das landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip aus Art. 97 Abs. 3 LV Brandenburg erzeugten finanziellen Ausgleichspflichten: Sie sind, anders als der landesverfassungsrechtlich fundierte Mehrbelastungsausgleich nicht zwangsläufig als ein vollständiger finanzieller Ausgleich zu gewähren; jedenfalls findet sich für eine derartige Annahme keine bundesverfassungsrechtliche Grundlage.

⁵⁰ Auf die üblichen – häufig formelhaft wiedergegebenen – Anforderungen des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG soll an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen werden (insbes. zu den objektiven und subjektiven Zulassungsvoraussetzungen bei Regelungen zum Schutze [überragend] wichtiger Gemeinschaftsgüter: Siehe hierzu nur BVerfGE 13,97, 107; 69, 209, 218).

⁵¹ BVerfGE 30, 292, 316, std. Rspr.

V. Die UN-Behindertenrechtskonvention (UNBRK) und ihre Bedeutung für die deutsche sowie die brandenburgische Rechtslage

1. Grundlagen

Der hohe Stellenwert des Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und dessen bundesgesetzlichen Ausformungen (insbesondere durch das SGB) hat durch das Inkrafttreten der UN-Behindertenrechtskonvention (UNBRK) eine weitere Stärkung erfahren. Diese Schlussfolgerung drängt sich jedenfalls auf, wenn die Rechtsprechung des BVerfG zur innerstaatlichen Geltung und den Rechtswirkungen der UNBRK und anderer völkerrechtlicher Verträge, wie der Europäischen Menschenrechtskonvention, herangezogen wird: Hiernach sind die Bestimmungen des Grundgesetzes völkerrechtsfreundlich auszulegen, und der Konventionstext – ebenso wie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.⁵² Dabei erfordert die völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht eine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Konvention.⁵³

Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung der Grundrechte ergeben sich allerdings aus dem Grundgesetz selbst: Dieses Rezeptionshemmnis insbesondere in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen bedeutet eine mögliche Grenze dort, wo das „Mehr“ an Freiheit oder Leistung für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeutet.

Auch die UNBRK hat in Deutschland dem BVerfG zufolge Gesetzeskraft und kann „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden“.⁵⁴ Es drängt sich auf, dass die Regelungen der UNBRK die aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und 12 Abs. 2 der Brandenburgischen Landesverfassung ableitbare Rechtsposition von Menschen mit Behinderung im Sinne derivativer Teilhaberechte stärken, wenngleich die Schaffung einer behindertengerechten Ausgestaltung des Leistungsangebots noch ein schwieriger Grenzfall einklagbarer diskriminierungsfreier Verfügung über vorhandene Kapazitäten bleibt.⁵⁵

⁵² BVerfGE 74, 358, 370, std. Rspr.

⁵³ Vgl. BVerfGE 111, 307, 323ff.

⁵⁴ BVerfG, 2 BvR 882/09, Beschl. v. 23. 3. 2011, unter Hinweis auf BVerfGE 111, 307, 317f.

⁵⁵ So zu Recht bereits *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 3, Rn. 306, unter Hinweis auf BVerfGE 96, 288, 30. In diesem Kontext erscheint auch der Hinweis auf das Recht auf Bildung des Art. 29 LV sachgerecht (Kitas [auch und zunehmend] als Bildungseinrichtung), wonach „Menschen mit Behinderungen besonders zu fördern“ sind (Art. 29 Abs. 3 LV Brandenburg).

2. Inhalt der UNBRK und Bindungswirkungen gegenüber dem brandenburgischen Gesetzgeber

Ob und inwieweit die UNBRK allerdings auch gegenüber dem brandenburgischen Gesetzgeber Bindungswirkungen bis hin zu positiven Regelungspflichten erzeugt, bedarf auch im Lichte dieser bundesverfassungsgerichtlichen Feststellungen einer genaueren Analyse. Für die inklusionsrechtlichen Fragestellungen dieses Gutachtens von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang etwaige, durch Art. 24 UNBRK erzeugte Regelungserfordernisse. Die Bestimmung lautet:

„Art. 24 UN-Behindertenrechtskonvention – Bildung

Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Sie gewährleisten ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen und lebenslanges Lernen mit dem Ziel u.a. Menschen mit Behinderungen ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihre Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung bringen zu lassen.“

Art. 24 UNBRK wird durch die allgemeinen Verpflichtungen des Art. 4 UNBRK ergänzt, wonach sich die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet hat, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung zu gewährleisten und zu fördern. Diese Verpflichtung beinhaltet geeignete Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen, die Berücksichtigung des Schutzes und der Förderung der Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen in allen politischen Konzepten und Programmen sowie alle Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderungen durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen. Die Regelung des Art. 4 Abs. 2 UNBRK enthält allerdings einen sog. *Progressionsvorbehalt*, indem die Verpflichtungen zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von Menschen mit Behinderungen unter Ausschöpfung der verfügbaren Mittel eines Vertragsstaates „*nach und nach*“ umgesetzt werden sollen.

Nach Art. 4 Abs. 5 UNBRK gelten die Regelungen der Konvention „*ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaats*.“ Diese eindeutige Aussage, der zufolge die Länder der Bundesrepublik an die Regelungen des UNBRK gebunden sind, vermag allerdings nicht die innerstaatlichen – bundesverfassungsrechtlichen – Vorgaben für die Transformation völkerrechtlicher Verträge in das innerstaatliche Recht außer Kraft zu setzen: Um innerstaatliche Wirkung in der Bundesrepublik Deutschland zu entfalten, bedurfte die UNBRK nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG der Ratifikation (wegen Art. 84 Abs. 1 GG) in Gestalt eines Zustimmungsgesetzes des Deutschen Bundestages (Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008⁵⁶). Die

⁵⁶ BGB. II S. 1419.

UNBRK entfaltet dementsprechend – seit dem 26. März 2009 jedenfalls im Grundsatz – innerstaatlich verbindliche Wirkung. Für den *Bereich des Schulwesens* hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof indessen festgestellt, dass keine Umsetzung der Bestimmungen in das „innerstaatliche“ – hessische – Recht erfolgt sei,

„weil dem Bund insoweit die an die Gesetzgebungszuständigkeit anknüpfende Transformationskompetenz fehlt. Eine gesonderte Umsetzung der das öffentliche Schulwesen betreffenden Zielvorgaben in Art. 24 BRK ist vom hessischen Gesetzgeber bislang nicht vorgenommen worden ... Die Bestimmungen in Art. 24 BRK erfüllen nicht die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit, da es ihnen an der hierfür erforderlichen Bestimmtheit fehlt. Es handelt sich in weiten Teilen um Programmsätze, wobei die Art und Weise sowie die Geschwindigkeit der Realisierung den Vertragsstaaten überlassen bleiben.“⁵⁷

Der Hessische VGH hat ferner darauf hingewiesen, dass die UNBRK nicht nach Art. 25 Satz 1 GG Bestandteil des Bundesrechts sei, weil diese Konvention als Völkervertragsrecht nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zähle.⁵⁸

Aus alledem kann für den Geltungsanspruch der UNBRK – insbesondere Art. 24 UNBRK – für den Bereich des Kita-Wesens Folgendes abgeleitet werden: Je mehr das Kita-Wesen und kitarechtliche Regelungen dem Bereich der Bildungshoheit zugeordnet werden, umso größere Zweifel einer vollständigen Transformation der einschlägigen UNBRK-Regelungen in das innerstaatliche Recht des Landes Brandenburg mit entsprechender Bindungswirkung dem Landesgesetzgeber gegenüber könnten formuliert werden. In der bisherigen Rechtsprechung und Literatur findet sich, soweit ersichtlich, allerdings kein Anhaltspunkt dafür, dass derzeit eine Neujustierung bzw. eine neue Standortbestimmung des Kita-Rechts erfolgt, die dieses Rechtsgebiet nicht länger als Teil des Fürsorgerechts i.S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG begreift: Obwohl der Kindergarten Bildungseinrichtung im elementaren Bereich ist, sind Kitarechtliche Regelungen (des SGB VIII, insbesondere über das Erfordernis einer Betriebserlaubnis) auch weiterhin eine Angelegenheit, „die schwerpunktmäßig dem Sachgebiet der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen ist, für dessen Regelung dem Bund die Befugnis zur Gesetzgebung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Art. 72 Abs. 1 GG zusteht.“⁵⁹ Das BVerfG stellt in diesem Sinne ausdrücklich klar, dass der Bildungsbezug die Regelung nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes entziehe. Die fürsorglichen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens seien *untrennbar miteinander*

⁵⁷ HessVGH, Urt. v. 12. 11. 2009, 7 B 2763/09, LS 2, 3 und 4. Anzumerken ist im Übrigen, dass die schulische Konventionsregelung im Falle der innerstaatlichen Transformation durch einen Landesgesetzgeber die Qualität irreversiblen Landesrechts erlangt (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO); siehe hierzu BVerwG, Beschl. v. 18. 1. 2010, 6 B 52/09.

⁵⁸ Ebda.

⁵⁹ BVerfGE 97, 332, 341f. (zu § 90 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII): „Der Begriff der Fürsorge ist nicht eng auszulegen (vgl. BVerfGE 88, 203 [329 f.]). Dazu gehört nicht nur die Jugendfürsorge im engeren Sinne, sondern auch die Jugendpflege, die das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will, ohne dass eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht.“

verbunden.⁶⁰ Dementsprechend ist, anders als für den schulischen Bereich, von einer vollständigen Transformation jener Regelungen der UNBRK durch das Zustimmungsgesetz des Bundes auszugehen, die den Kindertagesstättenbereich betreffen.

Der Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UNBRK bewirkt indessen einen weiten Gestaltungsspielraum zugunsten des brandenburgischen Gesetzgebers, auf welche Art, in welchem Tempo und Umfang – Schritt für Schritt – Regelungen zur Stärkung der Inklusion im Kita-Bereich ins Werk gesetzt werden (hinsichtlich des „Wie“). Gesetzgeberische Untätigkeit ist allerdings unzulässig; die Entscheidung über das „Ob“ von Inklusion i.S. des Art. 24 UNBRK ist mit Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes zur UNBRK erfolgt. Die Konvention (als Bundesrecht) überlässt es m.a.W. dem brandenburgischen Gesetzgeber, in welcher Weise er seiner Pflicht zur Umsetzung des Art. 24 UNBRK (und aller sonstigen Regelungen der UNBRK) entspricht. Dieser Spielraum ist auch insbesondere dort erforderlich, wo – wie im Kita-Recht – bereits vorhandene, in ihren Rechtsfolgen ausbalancierte Teilsysteme des innerstaatlichen Rechts modifiziert werden, die verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen wollen.⁶¹

Der brandenburgische Gesetzgeber entscheidet m.a.W. weitestgehend autonom und Schritt für Schritt über die Entstehung und Verfestigung inklusionsrechtlicher Leistungsansprüche und inklusionsrechtliche Bedingungen für die Errichtung und den Betrieb von Kindertagesstätten. Der in Art. 4 UNBRK geregelte Progressionsvorbehalt ist Ausdruck der Komplexität und Kostenintensität der bereits bestehenden Rechts- und Finanzierungsbeziehungen zwischen dem Land, den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugend- und Sozialhilfe, den kommunalen und freien Trägern der Kindertagesstätten und der mit inklusionsfördernden gesetzlichen Entscheidungen verbundenen weiter steigenden Anforderungen in jeglicher Hinsicht. Am Anfang der inklusionsfördernden Maßnahmen steht die Barrierefreiheit von Kita-Neubauten, sodann die Beseitigung baulicher oder sonstiger Barrieren bei Bestands-Kitas. Die Entwicklung der personellen Voraussetzungen für eine weitgehende Inklusion ist zeitintensiv und durch eine Vielzahl arrondierender Maßnahmen geprägt; möglicherweise ist eine umfassende Novellierung der berufsrechtlichen Regelungen im Erzieherwesen unumgänglich. Es handelt sich erkennbar um einen Entwicklungsprozess über einen notwendigerweise längeren Zeitraum.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 111, 307.

3. UNBRK – kein subjektives öffentliches Recht

Mit Blick auf den Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UNBRK hat auch das Bundessozialgericht festgestellt, dass aus den Regelungen der UN-Konvention keine subjektiv-öffentlichen Rechte des Einzelnen abgeleitet werden können; zudem trage das gegliederte Leistungssystem des SGB IX dem von der UNBRK angestrebten Zweck ausreichend Rechnung.⁶²

In Anlehnung an diese Entscheidung spricht alles dafür, dass Art. 24 UNBRK auch im systematischen Kontext des SGB VIII nicht unmittelbar Anspruchsqualität entfaltet.⁶³ Für die Geltendmachung von inklusionsrechtlichen Leistungsansprüchen kommt es dementsprechend auch weiterhin auf die entsprechenden Leistungsnormen des SGB VIII und des brandenburgischen Landesrechts (im Lichte des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und der UNBRK) an.

⁶² BSG, Urt. v. 18. 5. 2011, B3 KR 10/10 R: Die Entscheidung betrifft die Klage eines Minderjährigen gegen die Krankenkasse auf Versorgung mit einem Sportrollstuhl. Das BSG hat festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland dem von der UN-Konvention angestrebten Zweck, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten sowie die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern (Art. 1 UNBRK), durch das gegliederte Leistungssystem des SGB und insbesondere durch dessen Neuntes Buch ausreichend Rechnung trage. Weitergehende Einzelansprüche würden – zumindest für den Bereich der GKV – durch die Konvention nicht begründet.

⁶³ Siehe auch z.B. VG Düsseldorf, Urt. v. 11. 11. 2011, 18 K 3661/11: Aus der UNBRK könnten die Kläger keine Leistungsansprüche herleiten; diese regle Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten, die diese Konvention geschlossen und ratifiziert haben. Zur Transformation, Anwendbarkeit und einem möglicherweise subjektiv-rechtlichen Anspruchscharakter von Regelungen der UNBRK siehe Einzelheiten auch bei *Masuch*, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden, Forum D, Entwicklungen und Reformvorschläge, Diskussionsbeitrag Nr. 5/2012, in: DVfR, https://www.reha-recht.de/fileadmin/download/foren/d/2012/D5-2012_UN-Behindertenrechtskonvention_anwenden.pdf, abgerufen am 12. 7. 21, 15.49 Uhr; ferner bei *Riedel, E.*, Gutachten zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem, Gemeinsames Lernen NRW, Januar 2010, S. 32f.

Frage c:

Kann das Sonderungsverbot (für Privatschulen) – nur Aufnahme von Kindern nach den Vermögensverhältnissen der Eltern – auch für die Kitas angewendet werden? Kann die Erteilung der Betriebserlaubnis davon abhängig gemacht werden, dass Kinder aus allen sozialen Schichten aufgenommen werden?

I. Bundes- und landesverfassungsrechtlicher Rahmen – zur Frage der Übertragbarkeit des Sonderungsverbot für Privatschulen auf den Kindertagesstättenbereich**1. Regelungsgehalt des Art. 7 Abs. 4 GG**

Art. 7 Abs. 4 GG enthält zuallererst die „Absage an ein staatliches Schulmonopol“.⁶⁴ Gewährleistet werden alternative Konzepte der Erziehung und Bildung, mit denen ein Wettbewerb im Sinne eines „schulischen Pluralismus“⁶⁵ begünstigt wird. Neben einer gleichheitsrechtlichen Dimension – mit einem Benachteiligungsverbot zulasten gleichwertiger Ersatzschulen gegenüber den entsprechenden staatlichen Schulen⁶⁶– drückt Art. 7 Abs. 4 GG auch eine Schutz- und Fürsorgepflicht als Bestandteil der in dieser Verfassungsnorm verbürgten institutionellen Garantie aus: Art. 7 Abs. 4 GG sichert „der Privatschule verfassungskräftig eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung.“⁶⁷

Da Privatschulen ihre Finanzierung nur zum Teil aus öffentlichen Mitteln bestreiten können, sind sie regelmäßig auf die Erhebung von Schulgeld angewiesen, da sie „bei dem bestehenden hohen Kostenniveau heute nicht mehr in der Lage [sind], aus eigener Kraft sämtliche in Art. 7 Abs. 4 Sätze 3 und 4 GG aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen.“⁶⁸ Aus diesem Grunde sind Privatschulen auf die Erhebung von Schulgeld angewiesen, wobei die unterschiedlichen finanziellen Möglichkeiten der Eltern schulpflichtiger Kinder bereits eine erste Sonderung darstellen kann. Einer weiteren Förderung der Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern steht Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ausdrücklich entgegen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG regelt also eine Sonderungsbegrenzung, die üblicherweise *Sonderungsverbot* genannt wird). Art. 7 Abs. 4 GG lautet:

⁶⁴ BVerfGE 27, 195, 201.

⁶⁵ BVerfGE 90, 107, 116.

⁶⁶ Ebd., S. 114.

⁶⁷ Ebd.

⁶⁸ BVerfGE 75, 40, 63.

„Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen. Die **Genehmigung ist zu erteilen, wenn** die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und **eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird**. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.“ (Hervorhebung nicht im Original)

2. Bestehen bundes- oder landesrechtliche Regelungen, denen ein Sonderungsverbot bzw. die Anordnung des Sonderverbotes aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für den Kita-Bereich entnommen werden kann?

Zu klären ist demnach, ob das für Schulen in freier Trägerschaft nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG geltende Sonderungsverbot auf brandenburgische Kitas – auch im Sinne einer Betriebserlaubnisvoraussetzung – übertragbar ist. Soweit ersichtlich, gibt es zu dieser Rechtsfrage weder Rechtsprechung, noch kann auf eine Erörterung in der Literatur zurückgegriffen werden. Dementsprechend ist die Rechtsfrage am Maßstab des durch die Verfassung und das sonstige Bundesrecht gesetzten Rahmens zu beantworten.

Im Unterschied zum Schulwesen erfährt das Kita-Wesen keine eigenständige Regelung durch die Bundesverfassung. Das Bundesrecht enthält in § 22 SGB VIII die Grundsätze der Förderung für den Kita-Bereich:

„§ 22 SGB VIII (1) Tageseinrichtungen sind Einrichtungen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztägig aufhalten und in Gruppen gefördert werden. ...

(2) Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflege sollen

1. die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern,

2. die Erziehung und Bildung in der Familie unterstützen und ergänzen, ...

(3) Der Förderungsauftrag umfasst Erziehung, Bildung und Betreuung des Kindes und bezieht sich auf die soziale, emotionale, körperliche und geistige Entwicklung des Kindes. Er schließt die Vermittlung orientierender Werte und Regeln ein. Die Förderung soll sich am Alter und Entwicklungsstand, den sprachlichen und sonstigen Fähigkeiten, der Lebenssituation sowie den Interessen und Bedürfnissen des einzelnen Kindes orientieren und seine ethnische Herkunft berücksichtigen.

(4) Für die Erfüllung des Förderungsauftrags nach Absatz 3 sollen geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung der Qualität der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege weiterentwickelt werden. Das Nähere regelt das Landesrecht.“

Mit dem Tagesbetreuungsausbaugesetz (Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder, TAG⁶⁹) ist zudem – mit Wirkung zum 1. Januar 2005 – § 22a SGB VIII neu eingefügt und durch das Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz (Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe, KICK⁷⁰) vom 8. September 2005 ergänzt worden:

„§ 22a SGB VIII (1) Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen die Qualität der Förderung in ihren Einrichtungen durch geeignete Maßnahmen sicherstellen und weiterentwickeln. Dazu gehören die Entwicklung und der Einsatz einer pädagogischen Konzeption als Grundlage für die Erfüllung des Förderungsauftrags sowie der Einsatz von Instrumenten und Verfahren zur Evaluation der Arbeit in den Einrichtungen. ...

(3) Das Angebot soll sich pädagogisch und organisatorisch an den Bedürfnissen der Kinder und ihrer Familien orientieren. ...

(4) Kinder mit und ohne Behinderung sollen, sofern der Hilfebedarf dies zulässt, in Gruppen gemeinsam gefördert werden. ...“

Weiterhin wird in § 24 SGB VIII der individuelle (Grund-)Anspruch eines jeden Kindes auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung (oder in der Kindertagespflege) geregelt, und die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe werden im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung verpflichtet, die Umsetzung der Regelungen (des § 24 SGB VIII) sicherzustellen (§ 24 Abs. 5 SGB VIII). Ein bundesrechtliches Sonderungsverbot ist aus alledem allerdings nicht ableitbar. Auch die als Bundesrecht geltenden Art. 24 und 4 UNBRK führen zu keiner anderen Einschätzung, weil spezifische Schritte zu deren Umsetzung (die durchaus neben vielen anderen Schritten auch in einem Sonderungsverbot liegen könnten) nicht vorgegeben werden.

Aus der Brandenburgischen Verfassung folgt kein eigenständiger, über die Gewährleistung und Regelung des Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehender Gewährleistungsgehalt: Art. 30 Abs. 6 LV enthält lediglich einen Verweis auf die Bundesverfassung und formuliert einen Anspruch der freien Schulträger auf einen öffentlichen Finanzierungszuschuss.

Art. 27 Abs. 7 der Brandenburgischen Verfassung regelt weiterhin den Grundsatz, dass

„jedes Kind ... nach Maßgabe des Gesetzes einen Anspruch auf Erziehung, Bildung, Betreuung und Versorgung in einer Kindertagesstätte [hat].“

Ein Sonderungsverbot regelt (auch) die Landesverfassung mithin nicht.

⁶⁹ BGBl. I (2005) S. 3852: Artikel 1, Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch.

⁷⁰ BGBl. I (2005) s. 2729, 2730.

3. Gibt es andere zwingende Gründe für die Übertragbarkeit des Sonderungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auf den Kita-Bereich?

Die Einschätzung oder Forderung, dass die mit dem Sonderungsverbot für Privatschulen verbundenen Zielsetzungen (z.B. keine „Sondierung“ i.S. von Standes- oder Plutokratenschulen mit elitärem Anspruch) sinnvollerweise – aus (rechts-)politischen Erwägungen – auf das Kindertagesstättenwesen (als Einrichtungen der frühkindlichen Bildung) übertragen werden könnten oder sollten (keine Standeskindergärten mit elitärem Anspruch), spielt *hinsichtlich der Frage der Übertragbarkeit dieser Verfassungsregelung* auf den Kita-Bereich keine Rolle. Sie mag indessen, wie zu zeigen sein wird, als Eingriffsrechtfertigung einer disponiblen landesrechtlichen Regelung (bezogen auf Art. 2 Abs. 1 GG) dienen. In einem derartigen rechtspolitischen Sinne ist wohl auch der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen zu verstehen, wenn er mit einer gewissen Leichtigkeit jüngst – unter Bezugnahme auf die Bundesverfassung – davon spricht, dass es „das erklärte Ziel der Rechtsordnung [sei], einer Sonderung der Kinder ‘nach den Besitzverhältnissen der Eltern’ entgegenzuwirken (vgl. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG)“.⁷¹

Die Auswertung von Rechtsprechung und Literatur zu dem bundesverfassungsrechtlichen Sonderungsverbot, sowie die Analyse der einschlägigen bundes- und landesrechtlichen Regelungen unter Heranziehung der üblichen methodischen (am Wortlaut, der historischen Entwicklung, dem Telos orientierten) Anknüpfungspunkte führt zu der folgenden abschließenden Einschätzung:

Bei dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG handelt es sich um eine spezielle Regel des Bundesverfassungsrechts mit der Struktur eines Erlaubnisvorbehalts, mit der die ebenfalls grundrechtlich (nach wohl überwiegender Ansicht durch Art. 2 Abs. 1 GG oder spezielle Freiheitsgrundrechte) garantierten Möglichkeiten der privatautonomen Gestaltung von Verträgen im Privatschulbereich *verfassungsunmittelbar* eingeschränkt werden. Diese spezifische verfassungsrechtliche Konkordanzregel (mit der die als Ergebnis eines historischen Prozesses definierten Ziele des Schulwesens zur Verwirklichung der Chancengleichheit und der durch Art. 2 Abs. 1 GG [und § 331 BGB] vorausgesetzten Privatautonomie zu einem Ausgleich gebracht werden⁷²) ist als Sonderregel des Grundgesetzes nicht auf den Bereich der Kindertagesstätten übertragbar.

⁷¹ OVG Bremen, Urt. v. 16. 6. 2021 – 2 D 243/17 –, juris.

⁷² Siehe zu der historischen Entwicklungsdimension nur Art. 146, 147 WRV, den sog. „Schulkompromiss“ von SPD und Demokratischer Partei zum Gesetz betr. die Grundschulen und Aufhebung der Vorschulen vom 28. April 192, RGBl. S. 851; hierzu G. *Anschütz*, Weimarer Reichsverfassung, Kommentar, Art. 146, Anm. 5ff., und die Ausführungen des Unterstaatssekretärs *Schulz* i. d. 71. Sitzung v. 31. 7. 1919, Protokoll, S. 2161. Siehe ferner zur allgemeinen Zugänglichkeit der Schulen: BVerfGE 75, 40, 63f.

II. Zur Zulässigkeit eines landesgesetzlichen Sonderungsverbot für den Kindertagesstättenbereich

1. Landesrechtliche Regelungskompetenz?

Von dieser Feststellung zu unterscheiden ist die Frage, ob der brandenburgische Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert ist, ein Sonderungsverbot (auch) für den Kita-Bereich zu regeln. Vor Erörterung der materiell-rechtlichen Aspekte, insbesondere der Frage, ob das von der Verfassungsordnung vorausgesetzte Recht privatautonomer Vertragsgestaltung ein Sonderungsverbot möglicherweise ausschließt, ist erneut zu klären, ob der brandenburgische Gesetzgeber aus kompetenziellen Gründen an der Verabschiedung einer solchen Regelung gehindert sein könnte. Diese Frage drängt sich – im Sinne einer erneuten Sensibilisierung für kompetenzielle Gesichtspunkte – nicht zuletzt deshalb auf, weil der 2. Senat des BVerfG vor wenigen Wochen in seinem Beschluss zum sog. „Berliner Mietendeckel“ die Nichtigkeit dieses Landesgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 70, 72 Abs. 1 GG festgestellt hat, weil „der Bundesgesetzgeber das Mietpreisrecht in den §§ 556 bis 561 BGB abschließend geregelt hat“ und daher „aufgrund der Sperrwirkung des Bundesrechts für die Gesetzgebungsbefugnis der Länder kein Raum“ sei.⁷³ Zur Konzeption und Rechtswirkung der grundgesetzlichen Kompetenzregelungen wird ausgeführt:

„1. Das Grundgesetz geht von einer in aller Regel abschließenden Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern aus. ... Doppelzuständigkeiten sind dem Grundgesetz in der Regel fremd. ... Der Kompetenzbereich der Länder wird daher grundsätzlich durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt. Eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder kennt das Grundgesetz nicht. Öffnungsklauseln in Bundesgesetzen sind zwar zulässig, gewähren den Ländern aber keine über die Öffnung hinausgehenden Spielräume. ... Soweit die Sperrwirkung [im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung der Art. 72 und 74 GG) reicht, entfällt die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Sie verhindert für die Zukunft den Erlass neuer Landesgesetze und entzieht in der Vergangenheit erlassenen Landesgesetzen die Kompetenzgrundlage, sodass sie nichtig sind beziehungsweise werden. Die Sperrwirkung setzt voraus, dass bundes- und landesrechtliche Regelungen denselben Gegenstand betreffen. In sachlich-inhaltlicher Hinsicht reicht sie so weit, wie der Bundesgesetzgeber eine erschöpfende, also lückenlose und abschließende Regelung getroffen hat beziehungsweise treffen wollte.“⁷⁴

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 25. 3. 2021, 2 BvF 1/20, 2 BvL 5/20, 2 BvL 4/20, Pressemitteilung Nr. 28/2021 vom 15. April 2021.

⁷⁴ Ebda.

Maßgebend ist dementsprechend auch mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand eines Sonderungsverbot für Kitas, ob der Bund die Grenzen der privatautonomen Rechtsgestaltung bereits abschließend gezogen hat. Eine derartige Einschätzung könnte nur damit begründet werden, dass bereits die Auflistung der zivilistischen Begrenzungen

- der Abschlussfreiheit durch Regelungen über einen Kontrahierungszwang,
- der Inhaltsfreiheit etwa durch den Typenzwang, wie er im Sachen-, Familien- und Erbrecht gilt und jene allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138, 242 und 826 BGB und schließlich
- der Formfreiheit z.B. durch § 311b Abs. 1 BGB

die Vertragsfreiheit als prägendes Element der Privatautonomie abschließend konturierte und begrenzte. Eine derartige Annahme ist aber bereits auf den ersten Blick fehlerhaft: Dies zeigt sich an den vielfältigen Spezialregelungen in unterschiedlichsten rechtlichen Systembereichen wie §§ 1, 22 PBefG, § 10 AEG, §§ 18, 36ff. EnWG, § 21 Abs. 2 Satz 3 LuftVG, § 5 PflVG, § 31 ZKG. Regelungen unterschiedlichster Provenienz in den Bereichen der Daseinsvorsorge haben den Anschluss- und Benutzungszwang (Abschlussfreiheit) zum Gegenstand, im Energiemarkt findet eine staatliche Regulierung der Entgelte (Inhaltsfreiheit) für die Durchleitung von Strom und Gas durch bestehende Netze großer Privatunternehmen statt. Die Diskussion über die zunächst aus Gründen des Diskriminierungsschutzes beabsichtigte Regelung eines Kontrahierungszwanges in § 21 des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG)⁷⁵ ist ein weiterer Beleg dafür, dass die gesetzgeberischen Umgehungen und Einschränkungen der Vertragsfreiheit nicht einem Zivilgesetzgeber exklusiv übertragen sind; vielmehr ist der jeweilige „System“-Gesetzgeber – gemeint ist die systematische Einordnung in einen speziellen Teilbereich des Rechts – berechtigt und aufgefordert, derartige Regelungen zu treffen.

Auch und insbesondere die Eigentumsfreiheit als ein Kernelement der Privatautonomie („Eigentum ist gespeicherte Privatautonomie“⁷⁶) wird durch bundes- und landesrechtliche Regelungen ausgeformt. Erst durch bundes- und landesgesetzliche Regelungen erfährt das Eigentum als solches eine inhaltliche Konturierung, wie durch die unterschiedlichen Rechtswirkungen z.B. einer Dereliktion deutlich wird: Im System des Zivilrechts wird die derelinquierte Sache gem. § 959 BGB herrenlos; der bisherige Eigentümer wird von der Verantwortung für die Sache frei. Nach § 6 Abs. 3 des Brandenburgischen Polizeigesetzes

⁷⁵ Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) v. 14. 8. 2006, BGBl. I s. 1897. Siehe hierzu die Stellungnahmen von *Armbrüster* A.Drs. 15(12)440-f v. 26. 2. 2006 und ferner *Stork*, ZEuS 2005, 50 f., m. zahlr. w. Nachw. Nach Auffassung von *Isensee*, in: Ders. (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2005, S. 239, 240, hat „kein anderes Gesetz des letzten Jahrzehnts ... die Vertragsfreiheit so weit zurück[gedrängt] wie das AGG.“

⁷⁶ *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 150, Rn. 64.

erstreckt sich demgegenüber die aus dem Eigentumsrecht folgende Verantwortlichkeit (weiterhin) auch auf denjenigen, der das Eigentumsrecht aufgegeben hat.

Damit ist zugleich klargestellt, dass dieser Befund nicht nur für den Bundesgesetzgeber bestehen kann: Da es keine bundesrechtliche Gesetzgebungsmaterie der „Privatautonomie“ oder der „Vertragsfreiheit“ als solche gibt, kann es insoweit auch nicht eine ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes geben. Vertragliche Regelungen spielen in den unterschiedlichsten Rechtsbereichen eine entscheidende Rolle. Welche besonderen Bedingungen den Spezialgesetzgeber zu einer Begrenzung des fundamentalen Prinzips vertraglicher Autonomie bewegen, kann m.a.W. nur aus dem jeweiligen Systembereich heraus verstanden und bewertet werden. Diese Schlussfolgerung trifft sowohl für den Bundesgesetzgeber als auch für die Landesgesetzgeber zu. Soweit daher für die entsprechende Fachmaterie die Gesetzgebungszuständigkeit zugunsten des Landes am Maßstab der Art. 70 ff. GG besteht, sperren jedenfalls die Kompetenzvorschriften nicht eine landesrechtliche Regelung eines Kontrahierungszwanges und einer Einengung der inhaltlichen Vertragsgestaltung (freier) Kita-Träger.⁷⁷ Den bundesrechtlichen Regelungen des Kita-Rechts lassen sich Aussagen zu Fragen der Vertragsfreiheit nicht entnehmen. Dementsprechend ist der brandenburgische Gesetzgeber nicht kompetenziell zu einer Regelung des Sonderungsverbot für den Kita-Bereich gehindert.

2. Landesrechtliches Sonderungsverbot und bundesverfassungsrechtlicher Rahmen der Vertragsfreiheit als Bestandteil der Privatautonomie sowie der Richtungsentscheidungen des SGB VIII

Mit einer derartigen Regelung – der Normierung eines Sonderungsverbot im Kita-Bereich würde zum einen der Grundpfeiler der bundesrepublikanischen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, nämlich die Privatautonomie berührt [sogleich (1)], zum anderen ein in seinen Auswirkungen auf die Kita-Angebotsstruktur möglicherweise schwerwiegender Eingriff verwirklicht, der den grundlegenden Richtungsentscheidungen des SGB VIII nicht zuwiderlaufen darf [sogleich (2)].

a) Kita-Sonderungsverbot und Vertragsfreiheit als prägender Bestandteil der Privatautonomie

Die Privatautonomie mit ihren Bestandteilen der Eigentumsfreiheit, der Testierfreiheit und Erbrechtsgarantie sowie der Vertragsfreiheit als deren pars pro toto⁷⁸ ist das zentrale konstituierende Element der am Individualprinzip ausgerichteten Wirtschaftsordnung; der ordoliberalen Schule zufolge

⁷⁷ Hinsichtlich der gesetzgeberischen Ausformung des Eigentums i.S. des Art. 14 Abs. 1 GG besteht eine deutliche Parallele. Siehe hierzu Fn. 69: Auch die Bedeutung des Eigentums wird in unterschiedlicher Weise durch den Bundesgesetzgeber z.B. im BGB und Landesgesetzgeber (z.B. hinsichtlich der Rechtswirkungen einer Dereliktion im Polizei- und Ordnungsrecht) unterschiedlich ausgeformt.

⁷⁸ Dörrenbächer, Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte, SRZ 1 2021, S. 16.

soll dies nicht zuletzt deshalb der Fall sein, weil die Privatautonomie auch Ausdruck eines größtmöglichen Minderheitenschutzes sei.⁷⁹

Freilich unterliegen die Vertragsfreiheit als solche als auch deren verfassungsrechtliche Einordnung, einem kontinuierlichen Wandel: Während die Vertragsfreiheit im fünften Abschnitt der Weimarer Reichsverfassung (WRV) in Art. 152 ausdrücklich formuliert wurde und inhaltliche Grenzen erfuhr,

– Art. 152 WRV: „Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig.“ –,

findet sie im Grundgesetz keine explizite Erwähnung.⁸⁰ Einzelne Stimmen ziehen hieraus die Schlussfolgerung, dass die Vertragsfreiheit als ein Gegenstand des einfachen Rechts verfassungsunabhängig, d.h. ohne einer spezifischen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungspflicht unterworfen zu sein, abänderbar sei.⁸¹ Mehrheitlich wird dem Eingriff in die Vertragsfreiheit allerdings verfassungs-/grundrechtliche Relevanz attestiert. Überwiegend wird angenommen, dass die gesetzliche Begrenzung der Vertrags-Abschlussfreiheit und der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit als Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zu qualifizieren ist, da die „Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen

⁷⁹ Siehe hierzu den Begründer des Ordoliberalismus, *Walter Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952 (2007), S. 275. *Eucken* zufolge führt die sich selbst überlassene Wirtschaft systematisch zu einer Wirtschaftslenkung durch Machtgruppen. In diesem – kritischen – Sinne ist er mit dem Worten zu verstehen: „Ob wenig oder mehr Staatstätigkeit – diese Frage geht am wesentlichen vorbei. Es handelt sich nicht um ein quantitatives, sondern um ein qualitatives Problem. Der Staat soll weder den Wirtschaftsprozess zu steuern versuchen, noch die Wirtschaft sich selbst überlassen: Staatliche Planung der Formen – ja; staatliche Planung und Lenkung des Wirtschaftsprozesses – nein. Den Unterschied von Form und Prozess erkennen und danach handeln, das ist wesentlich. Nur so kann das Ziel erreicht werden, dass nicht eine kleine Minderheit, sondern alle Bürger über den Preismechanismus die Wirtschaft lenken können. Die einzige Wirtschaftsordnung, in der dies möglich ist, ist die des 'vollständigen Wettbewerbs'. Sie ist nur realisierbar, wenn allen Marktteilnehmern die Möglichkeit genommen wird, die Spielregeln des Marktes zu verändern. Der Staat muss deshalb durch einen entsprechenden Rechtsrahmen die Marktform – d. h. die Spielregeln, in denen gewirtschaftet wird, – vorgeben.“

⁸⁰ Lediglich einige Landesverfassungen enthalten ausdrückliche Regelungen zur Vertragsfreiheit (Art. 15 Abs. 1 BayVerf, Art. 52 Abs. 1 RhPfVerf, Art. 44 VerfSaarl).

⁸¹ So *Roscher*, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, 1974, S. 54; *Struck*, DuR 1988, 39, 47ff.; wohl auch *H. Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 19: „Vertragsfreiheit kann nicht anders als nach Maßgabe der Rechtsordnung gewährleistet sein,“ und auf S. 31: „Die Vertragsfreiheit ist weder Institut noch Institution, sondern Abstraktionsbegriff, d.h. ein äußerst allgemeiner Grundsatz. So muss die Verfassung für jene erste Verteilung einfach Vertrauen in den Zivilrechtsgesetzgeber haben, dass er an den Stellen seiner Verantwortung Regelung treffe, die insgesamt, wenn man die Addition macht, den Namen Vertragsfreiheit noch verdient. Die Gefahr, dass sie ihn nicht mehr verdiene, ist auch nicht so groß und so aktuell wie beim Eigentum.“ Dieser gedankliche Ansatz scheint insofern verkürzt zu sein, als die Rolle des korrigierenden Gesetzgebers allein dem BGB-Gesetzgeber zugewiesen wird. Mit seiner grundlegenden Entscheidung vom 26. Mai 1993 hat das BVerfG indessen verdeutlicht, dass Inhalt und Schranken des Eigentums i.S. des Art. 14 Abs. 1 GG nicht ausschließlich durch den Zivilgesetzgeber, sondern in unterschiedlicher Weise in den verschiedenen Teilrechtsbereichen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts definiert werden.

Handlungsfreiheit ist.⁸² Die rechtsgeschäftliche Selbstbindung sei „zugleich Ausübung individueller Freiheit.“⁸³ Die Privatautonomie sei allerdings „notwendigerweise begrenzt“⁸⁴ und bedürfe der rechtlichen Ausgestaltung. „Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Privatautonomie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stünde und ihre grundrechtliche Gewährleistung infolgedessen leerliefe. Vielmehr ist der Gesetzgeber bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden. Er muss der Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen.“⁸⁵

Unter Beachtung dieser Maßstäbe und schließlich dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht eine Begrenzung der Vertragsfreiheit in Gestalt eines Sonderungsverbot für brandenburgische KITAS prinzipiell möglich. Allerdings gebietet die im Rahmen der Angemessenheit und, bezogen auf den einzelnen (freien) Träger einer Kindertagesstätte, die Zumutbarkeit, zur Vermeidung einer „erdrosselnden Wirkung“ im Hinblick auf die „wirtschaftliche“ Betätigung Ausgleichsregelungen als Junktim, durch die finanzielle und andere die Berufsfreiheit (und ggf. andere grundrechtliche Positionen) einschränkende Wirkungen eines Sonderungsverbot abgefedert werden.

b) Art. 12 GG als Maßstab

Obleich das bundesverfassungsrechtliche Grundrecht der Berufsfreiheit neben einer subjektiv-abwehrrechtlichen Qualität auch als „negative Kompetenznorm“ zu qualifizieren ist, die den Handlungs- und Entscheidungsspielraum der Staatsgewalt(en) – unabhängig von subjektiven Interessen – begrenzt, wird Art. 12 Abs. 1 GG als Maßstab derartiger, die Rechtsgestaltung durch ein Sonderungsverbot begrenzender Regelungen, soweit ersichtlich, nicht diskutiert. Dies mag daran liegen, dass mit dem in der Rechtsprechung entwickelten Erfordernis einer *berufs- oder ausbildungsspezifischen Tendenz* der sachliche Schutzbereich dieses Grundrechts von der Eingriffsseite her eine deutliche Begrenzung erfahren hat. In der Sache bedeutet dies nichts anderes als eine Rückkehr zu den klassischen Eingriffsmerkmalen der Finalität und Unmittelbarkeit.⁸⁶ Diese Begrenzung des Schutzzumfangs wird allerdings zu Recht kritisiert, weil sie zum einen keine Stütze in historischen, systematischen, teleologischen oder methodischen Gesichtspunkten findet. Zum anderen erscheint die Begrenzung durch eine präzise Ausformung des Gewährleistungsumfanges eher sachgerecht als eine per se und recht undifferenziert erfolgende *eingriffsrechtliche* Einschränkung.⁸⁷

⁸² BVerfGE 89, 214, 231.

⁸³ BVerfGE 81, 242, 255.

⁸⁴ BVerfGE 89, 214, 231.

⁸⁵ Ebda.

⁸⁶ So *Nolte*, in Stern / Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 12, Rn. 81.

⁸⁷ Siehe hierzu mit argumentativer Untersetzung *Nolte*, ebda.

Sofern daher das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG als (weiterer und/oder spezifischer, die allgemeine Handlungsfreiheit verdrängender) verfassungsrechtlicher Maßstab heranzuziehen sein sollte, ergibt sich hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines landesrechtlichen Sonderungsverbotes allerdings kein (von den bereits zur Begrenzung der privatautonomen Rechtsgestaltung und der allgemeinen Handlungsfreiheit getroffenen Feststellungen) abweichender Befund: Eine gegenüber den Kita-Trägern wirtschaftlich „erdrosselnde“ Wirkung einer derartigen Regelung legte das Verdikt der Verfassungswidrigkeit nahe; hiermit würde zugleich die Annahme genährt, dass eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte objektive Berufszulassungsregelung, eine zumindest für einzelne Kita-Träger unzumutbare Regelung bestünde. Ins Positive gewendet bedeutet dies, dass einem landesrechtlichen, die skizzierten Rechtmäßigkeitsanforderungen beachtenden Sonderungsverbot auch das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht entgegensteht.

c) Die Richtungsentscheidungen des SGB VIII und die Kita-Angebotsstruktur

Bei einer entsprechenden landesrechtlichen Gestaltung ist allerdings weiterhin zu beachten, dass Regelungen, durch die der vertraglichen Abschluss- und Gestaltungsfreiheit im Sinne eines Sonderungsverbotes Grenzen gesetzt werden, nicht zu einem Verstoß gegen die bundesrechtlich vorgegebenen Grundentscheidungen des SGB VIII führen. Es war im Anschluss an die Wiedervereinigung – bis heute – eine prägende Richtungsentscheidung, die *Vielfalt der freien und öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe* zu erhalten und noch zu fördern. In diesem Sinne hebt bereits § 3 Abs. 1 SGB VIII die „Pluralität der Träger der Jugendhilfe“ in Bezug auf ihre Inhalte und die für sie typische Arbeitsweise hervor.⁸⁸ Dieses Pluralismus-Postulat

„ist Ausdruck der Anerkennung anderer als der traditionell geförderten Träger und Inbegriff eines Toleranzgebotes gegenüber Jugendhilfeträgern, die gesellschaftliche Mindermeinungen vertreten. Zugleich verhilft allein eine Vielfalt von Trägern dem auf das real vorhandene Angebot beschränkte Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der Beachtung der von den Personensorgeberechtigten bestimmten Grundrichtung der Erziehung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII) zu realer Entfaltung.“⁸⁹

Die landesrechtliche Option zur Regelung eines Kita- Sonderungsverbotes wird nach allem zum einen durch die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, zum anderen durch die Vorgaben des SGB VIII im Hinblick auf den Erhalt und die Förderung der Vielfalt der Kinder- und Jugendhilfe begrenzt. Es ist in diesem Zusammenhang darauf zu achten, dass eine Umgehung gesetzgeberischer Entscheidungen nicht durch die Konzeption von – im Grundsatz durchaus legitimen – Zusatzleistungen umgangen werden.

⁸⁸ Möller, in: Ders. (Hrsg.), *Praxiskommentar SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe*, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 3.

⁸⁹ Möller, ebda., unter Verweis auf *Fieseler*, in: Ders./Schleicher/Busch/Wabnitz (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII*, § 5, Rn. 3, 4 und Hauck/Noftz/Neumann (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch VIII: Kinder- und Jugendhilfe*, Loseblattwerk, § 3 SGB VIII, Rn. 10.

Frage d:

Wie ist die Rechtslage in anderen Bundesländern in Bezug auf Inklusion und Sonderungsverbot [Fragen a) und c)]?

Der Blick auf die Kita-rechtlichen Regelungen der Bundesländer im Bereich der Inklusion lässt erkennen, dass die Entwicklung der Kindertagesstätten zu Inklusiv-Kitas erst am Anfang steht. Die Inklusions-Kita erfordert einen hohen zusätzlichen Aufwand in vielerlei Beziehung: Die Errichtung barrierefreier Kita-Bauten erscheint noch als die am einfachsten lösbare Aufgabe. Eine längere Wegstrecke wird die erforderliche Qualifizierung und Gewinnung des die Inklusiv-Kita tragenden pädagogischen und heilpädagogischen Fachpersonals benötigen. Dies deutet sich auch im Rahmen der aktuellen Diskussion über den Kita-Gesetzentwurf der niedersächsischen Landesregierung an.⁹⁰

Die im Rahmen der Analyse der Rechtslage zu einem möglichen Kita-Sonderungsverbot gefundenen Ergebnisse sind nicht landesrechtsspezifisch. Es gibt bislang, soweit ersichtlich, in keinem Bundesland⁹¹ die landesrechtliche Regelung eines Sonderungsverbot: Zwar gibt es Regelungen, die dem Kind mit einer Behinderung die Aufnahme in *eine* Tageseinrichtung garantieren, z.B. § 6 Abs. 1 des Berliner Gesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz – KitaFöG) vom 23. Juni 2005 (i. d. Fassg. V. 1. August 2016⁹²) mit dem Wortlaut:

⁹⁰ Siehe hierzu im Einzelnen unten Ausführungen zu Frage e.

⁹¹ BaWüKiTaG v. 19. 3. 2009, BayKiBiG v. 8. 7. 2005, BlnKitaFöG v. 23. 6. 2005, BremKTG v. 23. 10. 2015, HmbKibeG v. 27. 4. 2004, HessKiföG v. 1. 1. 2014, KiföGM-V v. 4. 9. 2019, NdsKiTaG v. 7. 2. 2002, NWKiBiz v. 1. 8. 2020, KiTaGRhPf v. 15. 3. 1991, SKBBG v. 18. 6. 2008, SächsKitaG v. 15. 5. 2009, KiFöGLSA v. 5. 3. 2003, SHKiTaG v. 12. 12. 2019, ThürKitaG v. 18. 12. 2017, allesamt mehrfach geändert.

⁹² Gesetz vom 9. 5. 2016, GVBl. S 243. § 6 Abs. 2 KitaFöG (zur notwendigen Personalausstattung) lautet: (2) Kinder, die auf Grund ihrer Behinderung spezieller Förderung bedürfen, sollen durch ergänzende pädagogische Angebote in der Tageseinrichtung unterstützt werden; hierfür sind Personalzuschläge nach § 11 zu gewähren. Soweit für Kinder mit Behinderungen therapeutische und heilpädagogische Hilfen im Sinne der §§ 53 und 54 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3022, 3023), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 21. März 2005 (BGBl. I S. 818) geändert worden ist, oder des § 35a des Achten Buches Sozialgesetzbuch gewährt werden, sollen diese nach Möglichkeit in die Arbeit der Tageseinrichtung integriert werden. Zusätzliches sozialpädagogisches Fachpersonal nach § 11 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a wird unter der Voraussetzung bereitgestellt, dass die Behinderung den entsprechenden Leistungsbereichen zugeordnet und ein aus der Behinderung folgender Bedarf an zusätzlichem geeigneten sozialpädagogischen Personal durch das Jugendamt auf Grundlage des dafür in der Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 9 geregelten Verfahrens festgestellt worden ist. Die Voraussetzungen für Personalzuschläge für Kinder mit Behinderungen werden vom zuständigen Jugendamt unter Einbeziehung der im Bezirk für Behinderte zuständigen Fachstelle geprüft. Diese Feststellung ist zu befristen und nach Fristablauf erneut zu prüfen, soweit die Art und Schwere der Behinderung einer Befristung nicht entgegenstehen. Ist im Einzelfall diese Bedarfsfeststellung im Rahmen der Bedarfsprüfung nach § 7 Abs. 3 noch nicht abschließend möglich, erfolgt sie vorläufig unter der für die Zukunft auflösenden Bedingung der Bestätigung. Die abschließende Feststellung ist unverzüglich nachzuholen.“

„(1) Keinem Kind darf auf Grund der Art und Schwere seiner Behinderung oder seines besonderen Förderungsbedarfs die Aufnahme in eine Tageseinrichtung verwehrt werden. Kinder mit Behinderungen werden in der Regel gemeinsam mit anderen Kindern in integrativ arbeitenden Gruppen gefördert.“

Derartige Vorschriften dürfen aber nicht als Sonderungsverbot gegenüber freien Trägern von Kindertagesstätten verstanden werden. Vielmehr stellt das zuständige (Berliner) Jugendamt den Anspruch und Förderungsbedarf gem. § 7 KitaFöG fest und erteilt ggf. bezirksübergreifend einen Kita-Platz „innerhalb des zur Verfügung stehenden freien Angebotes“ und „mit den vom Jugendamt festgestellten Leistungen.“⁹³

Zu den in jüngerer Zeit verabschiedeten Gesetzen gehört auch das nordrhein-westfälische Gesetz zur qualitativen Weiterentwicklung der frühen Bildung.⁹⁴ § 7 regelt ein Diskriminierungsverbot:

„Die Aufnahme eines Kindes in eine Kindertageseinrichtung darf nicht aus Gründen seiner Rasse oder ethnischen Herkunft, seiner Nationalität, seines Geschlechts, seiner Behinderung, seiner Religion oder seiner Weltanschauung verweigert werden. Die verfassungsmäßigen Rechte der Kirchen bleiben unberührt.“

§ 8 – „Gemeinsame Förderung aller Kinder“ hat den folgenden Wortlaut:

„Kinder mit Behinderungen und Kinder, die von Behinderungen bedroht sein, sollen gemeinsam mit Kindern ohne Behinderungen gefördert werden. Die besonderen Bedürfnisse von Kindern mit Behinderungen und von Kindern, die von Behinderungen bedroht sind, sind bei der pädagogischen Arbeit zu berücksichtigen.“⁹⁵

⁹³ § 7 Abs. 3 und 4 BlnKitaFöG.

⁹⁴ GVBl. 2019 Nr. 27 v. 13. 12. 2019, S. 877 bis 942.

⁹⁵ NW Gesetz zur qualitativen Weiterentwicklung der frühen Bildung vom 3. Dezember 2019, Artikel 1 Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz – KiBiz), Sechstes Gesetz zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch.

Frage e:

Welches Personal muss im Falle der Betreuung von Kindern mit besonderem Förderbedarf vorgehalten werden, um den Rechtsanspruch umzusetzen und eine bedarfsgerechte Betreuung zu sichern (fachpädagogisches Personal, heilpädagogisches Personal)?

I. Personelle Ausstattung – eine fachlich-politische Entscheidung, in dieser Reihenfolge

Bei der Entscheidung über die personelle Ausstattung zur Erfüllung der modernen Anforderungen der Sonder- und Eingliederungspädagogik handelt es sich um eine fachlich-politische Entscheidung, die nicht zwingend einer landesgesetzlichen Normierung bedarf. Mit dem nunmehr durch das SGB VIII n.F. formulierten *objektiv-rechtlichen Verpflichtung zur Inklusion* (so jdf. die Gesetzesbegründung zur Streichung des Vorbehaltes in § 22a Abs. 4 SGB VIII n.F.) müssen die Länder entsprechende Konzepte auch und insbesondere zur personellen Umsetzung entwickeln. In fachlicher Hinsicht werden trotz der prinzipiell bestehenden föderalen Vielfalt im Hinblick auf unterschiedliche Formen der sonderpädagogischen Förderung mittel- und langfristig Mindeststandards entwickelt werden. Diese sind – einer Sachlogik folgend – zunächst, in einem 1. Schritt, ausschließlich fachlich zu definieren und erst in einem zweiten Schritt einem politischen Aushandlungsprozess unterworfen, der auch in entsprechenden Normierungen personeller Standards münden kann. Diese Logik muss sich auch und insbesondere auf der „ersten Stufe“, nämlich in der Konzeption und Zusammensetzung jener Fachgremien niederschlagen, die mit der Entwicklung der fachlichen Standards beauftragt sind; eine frühzeitige Vermengung der Erörterung fachlicher Gesichtspunkte mit den Vorstellungen politischer Akteure (insbesondere mit Verbandsinteressen) ist unter allen Umständen zu vermeiden.

Dessen ungeachtet haben einige Länder einen Stellenaufwuchs für Sonderpädagogen und -pädagoginnen für den Kita-/ und/oder Schulbereich organisiert. So schafft die schleswig-holsteinische Landesregierung in den Jahren 2018 bis 2024 insgesamt 490 neue Stellen für den schulischen Bereich, und zwar in jährlichen Schritten von jeweils 70 zusätzlichen Planstellen. Im schleswig-holsteinischen Lehrkräftebildungsgesetz wurde die Voraussetzung dafür geschaffen, dass Lehrkräfte aller Schularten im Studium und im Vorbereitungsdienst die pädagogischen und didaktischen Basisqualifikationen für den

Umgang mit Heterogenität und Inklusion erwerben und mit den Grundlagen der Förderdiagnostik vertraut gemacht werden.⁹⁶

II. Inklusions-Entwicklungsprozess (und die Normierung personeller Standards) in Schulen und Kitas am Beispiel Niedersachsens

Die Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und der UNBRK im Sinne einer teilhaberechtlichen Entwicklung im Kita-Bereich bedeutet eine Herausforderung auch hinsichtlich der personellen Ausstattung von Grundschulen und weiterführenden Schulen. In Brandenburg können zudem Probleme hinsichtlich der erforderlichen qualitativ hochwertigen und gleichmäßigen personellen Ausstattung aufgrund der Besonderheiten einer sehr disparaten demografischen Entwicklung in den verschiedenen Landesräumen prognostiziert werden.

Zur Verdeutlichung des Inklusionsprozesses und der mit diesem verknüpften Voraussetzungen und Folgen, auch und insbesondere im Hinblick auf die personelle Ausstattung von Grundschulen und Kitas, bietet sich ein Blick auf die niedersächsische Regelungslandschaft bereits deshalb an, weil das niedersächsische Kabinett hochaktuell, am 9. März 2021, den Entwurf eines Gesetzes zur Neugestaltung des niedersächsischen Rechts der Tageseinrichtungen für Kinder und der Kindertagespflege beschlossen hat.⁹⁷ Der Inklusionsprozess und der aktuelle Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kita-Wesens in Niedersachsen vermitteln m.a.W. gute Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, welches Personal in Kitas vorgehalten werden muss, mit denen die Umsetzung der Inklusion angestrebt wird:

Am Beispiel der voranschreitenden Inklusion im niedersächsischen Grundschulbereich lässt sich zunächst verdeutlichen, dass die Inklusion über den Zeitraum einer Dekade „aufgewachsen“ ist, an deren Ende die inklusive Schule als Regelschule steht: § 4 des NdsSchulG lautet in diesem Sinne:

„§ 4 – Inklusive Schule

(1) Die öffentlichen Schulen ermöglichen allen Schülerinnen und Schülern einen barrierefreien und gleichberechtigten Zugang und sind damit inklusive Schulen. Welche Schulform die Schülerinnen und Schüler besuchen, entscheiden die Erziehungsberechtigten ...

(2) In den öffentlichen Schulen werden Schülerinnen und Schüler mit und ohne Behinderung gemeinsam erzogen und unterrichtet. Schülerinnen und Schüler, die wegen einer bestehenden oder

⁹⁶ Bericht der SH-Landesregierung, Dr. 19/1913, 8. 1. 2020, Bericht zum Stand der Inklusion im schulischen Bildungsbereich. Im Bereich der Fortbildung gibt es in SH eine Vielzahl von Angeboten: Allein in 2018, Institut für Qualitätsentwicklung an Schule (IQSH) 127 Veranstaltungen zum Themenfeld Inklusion.

⁹⁷ LT-Drs. 18/8713.

drohenden Behinderung auf sonderpädagogische Unterstützung angewiesen sind, werden durch wirksame individuell angepasste Maßnahmen unterstützt; die Leistungsanforderungen können von denen der besuchten Schule abweichen. Ein Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung kann in den Förderschwerpunkten Lernen, emotionale und soziale Entwicklung, Sprache, geistige Entwicklung, körperliche und motorische Entwicklung, Sehen und Hören festgestellt werden.“⁹⁸

Vor zehn Jahren (2011) wurden die zur Umsetzung des Artikels 24 UNBRK – auf Grundlage des niedersächsischen Gesetzes zur Einführung der inklusiven Schule – verbindlich ab dem ersten Schuljahr aufsteigenden personellen Maßnahmen folgendermaßen umschrieben:

„Alle ersten Schulklassen erhalten – sofern noch nicht eingerichtet – eine sonderpädagogische Grundversorgung von zwei Förderschullehrerstunden pro Woche. Alle Kinder des Einzugsbereichs werden in die Schule aufgenommen, auch Schülerinnen und Schüler mit einem Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung, ... Für die Schülerinnen und Schüler mit anderen Förderschwerpunkten als Lernen werden neben der sonderpädagogischen Grundversorgung zusätzliche kindbezogene Förderschullehrerstunden im Umfang von drei bis fünf Stunden pro Woche zur Verfügung gestellt.

Die auf eine sonderpädagogische Förderung angewiesenen Schüler(innen)zahlen wurden zu diesem Zeitpunkt (bei einer Gesamtbevölkerung von 7,77 Mio. Einwohnern [Land Brandenburg: 2,52 Mio Einw. im Jahr 2020]) folgendermaßen angegeben:

Förderschwerpunkt	Anzahl der Schüler(innen)	In Prozent
Sonderpädagog. Förderung emot. u. soz. Entw. bis 4 SJG	415	0,14
Sonderpädagog. Förderung Hören – bis 4 SJG	330	0,11
Sonderpädagog. Förderung Sehen – bis 4 SJG	92	0,09
Sonderpädagog. Förderung körp. u. mot. Entw. – bis 4 SJG	345	0,12
Sonderpädagog. Förderung geistige Entw. bis 4 SJG	301	0,10
Sonderpädagog. Förderung Lernen bis 4 SJG	361	0,12

⁹⁸ Antwort auf eine Große Anfrage der Fraktion der SPD im Niedersächsischen Landtag vom 30. 11. 2011, Drs. 16/4710, S. 25.

Erfasst sind in dieser Darstellung allerdings nur die Schüler und Schülerinnen in Integrationsklassen, nicht Schüler und Schülerinnen in der sonderpädagogischen Grundversorgung.

Die Lehrkräfte der Grundschulen sind seit dem Jahr 2011 durch Qualifizierungsmaßnahmen auf die inklusive Bildung vorbereitet worden. Eine Fortbildungsreihe für Grund- und Förderschullehrkräfte umfasste drei Module mit einem Umfang von insgesamt 5, 5 Tagen. Inhalte der Qualifizierung waren

- Grundlagen Inklusion (UN-Konvention, Sachstand in Niedersachsen),
- Index für Inklusion (Orientierungsrahmen Inklusion),
- Klassenmanagement,
- Lernförderung (Grundlagen, Mathematik und Sprache),
- Prävention und Intervention bei Verhaltensauffälligkeiten,
- Co-Teaching (Zusammenarbeit von Grund- und Förderschullehrkraft),
- Förderplanung und Diagnostik.

Der Bildungs- und Erziehungsauftrag niedersächsischer Kindertagesstätten und der Kindertagespflege zielt gem. § 2 des KitaG-Entwurfs vom 9. März 2021 „auf die gleichberechtigte Teilhabe aller Kinder am gesellschaftlichen Leben und auf die Entwicklung der Kinder zu eigenverantwortlichen, gemeinschaftsfähigen und selbstbestimmten Persönlichkeiten ab.“ Der Bildungs- und Erziehungsauftrag nach dieser Regelung beinhaltet insbesondere

1. jedes Kind in seiner Persönlichkeit und Identität zu stärken,
2. jedes Kind in der Entwicklung seiner Kommunikations- und Interaktionskompetenz sowie in seiner sprachlichen Kompetenz kontinuierlich und in allen Situationen des pädagogischen Alltags (alltagsintegriert) zu unterstützen,
3. jedes Kind in sozial verantwortliches Handeln einzuführen,
4. jedem Kind die Auseinandersetzung mit Gemeinsamkeiten und Vielfalt zu ermöglichen und es zum kritischen Denken anzuregen,
5. jedem Kind Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln, die eine eigenständige Lebensbewältigung im Rahmen der individuellen Möglichkeiten unterstützen,
6. die Erlebnisfähigkeit, Kreativität und Fantasie des Kindes anzuregen,
7. den natürlichen Wissensdrang des Kindes und seine Freude am Lernen zu stärken,
8. jedem Kind die Gleichberechtigung der Geschlechter zu vermitteln und
9. jedes Kind mit gesundheitsbewussten Verhaltensweisen vertraut zu machen.

Das pädagogische Konzept der Kita muss auch Ausführungen zur Sprachbildung aller Kinder sowie zur individuellen und differenzierten Sprachförderung für Kinder mit besonderem Sprachförderbedarf enthalten. Diese Sprachförderung soll alltagsintegriert durchgeführt werden (§ 3 Abs. 2 und 3 KitaG-Entwurf). Zu den Grundsätzen der Umsetzung des Bildungs- und Erziehungsauftrags gehört nach § 4

Abs. 3 KitaG-Entwurf, dass dem Alter und Entwicklungsstand der einzelnen Kinder bei der Gestaltung der Arbeit Rechnung zu tragen ist. „Kinder mit sozialen oder individuellen Benachteiligungen sollen pädagogisch besonders gefördert werden.“ Und: „Die Kindertagesstätten und die Kindertagespflegepersonen geben den Kindern in einer ihrem Alter und ihrem Entwicklungsstand angemessenen Weise Gelegenheit zur Mitwirkung bei der Gestaltung des pädagogischen Alltags.“ (§ 4 Abs. 4 KitaG-Entwurf) Schließlich sollen Kinder, die nach § 99 SGB IX in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. SGB XII (in der am 31. 12. 2019 geltenden Fassung) leistungsberechtigt sind, sollen nach Möglichkeit in einer ortsnahen Kindertagesstätte gemeinsam mit Kindern ohne Behinderung in einer Gruppe gefördert werden (worauf der überörtliche Träger, die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und die Gemeinden hinzuwirken haben).

III. Kita-Personalstruktur als vorläufiges Ergebnis des niedersächsischen Entwicklungsprozesses

Auf der Grundlage der Erkenntnisse aus dem skizzierten bisherigen Inklusionsprozess lautet die ausdifferenzierte Regelung über die erforderlichen pädagogischen Kräfte in Kindertagesstätten gem. § 9 KitaG-Entwurf nunmehr:

„§ 9 – Pädagogische Kräfte in Kindertagesstätten

(1) ¹Als pädagogische Kräfte werden in Kindertagesstätten pädagogische Fachkräfte und pädagogische Assistenzkräfte eingesetzt. ²Die Förderung der Kinder in Kindertagesstätten obliegt den pädagogischen Fachkräften. ³Die pädagogischen Fachkräfte können dabei durch pädagogische Assistenzkräfte unterstützt werden.

(2) ¹Pädagogische Fachkräfte sind

1. staatlich anerkannte Erzieherinnen und staatlich anerkannte Erzieher,
2. staatlich anerkannte Kindheitspädagoginnen und staatlich anerkannte Kindheitspädagogen,
3. staatlich anerkannte Sozialpädagoginnen und staatlich anerkannte Sozialpädagogen sowie Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen ohne staatliche Anerkennung, die am 31. Juli 2021 als pädagogische Kraft beschäftigt waren,
4. Personen, die ein pädagogisches Hochschulstudium mit Diplom-, Bachelor- oder Masterabschluss mit Studienanteilen von 80 Credit Points, die auf die Arbeit mit Kindern in Tageseinrichtungen für Kinder ausgerichtet sind, abgeschlossen haben und nach dem Studium mindestens ein Jahr eine hauptberufliche praktische Tätigkeit in einer Kindertagesstätte ausgeübt haben,
5. für die Tätigkeit in Hortgruppen Personen mit der Befähigung zur Ausübung des Lehramtes an Grundschulen,
6. staatlich anerkannte Heilpädagoginnen und staatlich anerkannte Heilpädagogen sowie
7. staatlich anerkannte Heilerziehungspflegerinnen und staatlich anerkannte Heilerziehungspfleger.

²Bezieht sich die Ausbildung von Personen nach Satz 1 Nrn. 1 und 2 nur auf Kinder eines bestimmten Alters, so sind diese pädagogischen Fachkräfte nur für Gruppen einzusetzen, die überwiegend aus Kindern dieses Alters bestehen.

(3) ¹Pädagogische Assistenzkräfte sind

1. sozialpädagogische Assistentinnen und sozialpädagogische Assistenten,
2. Personen, die ein Studium nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 4 abgeschlossen haben, während ihrer praktischen Tätigkeit in einer Kindertagesstätte,
3. Kinderpflegerinnen und Kinderpfleger,
4. Sozialassistentinnen und Sozialassistenten mit dem Schwerpunkt Haus- und Familienpflege oder Persönliche Assistenz, die am 31. Dezember 2014 als pädagogische Kraft beschäftigt waren, sowie
5. Spielkreisgruppenleiterinnen oder Spielkreisgruppenleiter, die am 31. Juli 2021 als zweite Kraft beschäftigt waren.

²Bezieht sich die Ausbildung von Personen nach Satz 1 Nr. 1 nur auf Kinder eines bestimmten Alters, so sind diese pädagogischen Assistenzkräfte nur für Gruppen einzusetzen, die überwiegend aus Kindern dieses Alters bestehen. ³Stehen Kräfte nach den Sätzen 1 und 2 auf dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung, so können auch Kräfte, die im Rahmen ihrer zur pädagogischen Fachkraft qualifizierenden Ausbildung oder ihres zur pädagogischen Fachkraft qualifizierenden Studiums ein berufspraktisches Jahr absolvieren, als pädagogische Assistenzkraft eingesetzt werden.

(4) ¹Das Landesjugendamt kann im Einzelfall auf Antrag des Trägers der Kindertagesstätte zulassen, dass

1. Kräfte mit einem anderen staatlich anerkannten pädagogischen Abschluss oder einer gleichwertigen Ausbildung abweichend von den Absätzen 2 und 3 als pädagogische Fachkraft oder pädagogische Assistenzkraft eingesetzt werden und
2. Kräfte, für die aufgrund ihrer gleichwertigen beruflichen Vorbildung seit dem 1. August 2018 ein direkter Einstieg in die Fachschule Sozialpädagogik zugelassen ist, abweichend von Absatz 3 bereits während ihrer Ausbildung zur staatlich anerkannten Erzieherin oder zum staatlich anerkannten Erzieher als pädagogische Assistenzkraft eingesetzt werden.

²Die Zulassung nach Satz 1 Nr. 2 ist bis zum Vorliegen des Prüfungsergebnisses zu befristen.

(5) ¹Eine Kraft, deren im Ausland erworbene Qualifikation von der zuständigen Stelle als gleichwertig mit einer Qualifikation nach den Absätzen 2 und 3 anerkannt wurde und deren Muttersprache nicht Deutsch ist, muss über deutsche Sprachkenntnisse auf der Niveaustufe C 1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen verfügen. ²Ist aufgrund eines besonderen pädagogischen Konzeptes und der damit verbundenen konkreten Stellenanforderung das Sprachniveau nach Satz 1 nicht erforderlich, so kann das Landesjugendamt im Einzelfall Ausnahmen von Satz 1 zulassen.“

Zur personellen Mindestausstattung in Gruppen regelt § 11 KitaG-Entwurf:

„(1) ¹Während der gesamten Kernzeit müssen je Gruppe mindestens zwei pädagogische Fachkräfte regelmäßig tätig sein. ²Abweichend von Satz 1 können eine pädagogische Fachkraft und eine pädagogische Assistenzkraft regelmäßig tätig sein. ³Anstelle einer pädagogischen Assistenzkraft kann eine Helferin oder ein Helfer regelmäßig tätig sein, die oder der am 1. Januar 1993 als zweite Kraft in einer Gruppe tätig war. ⁴Ist eine Person nach § 10 Abs. 3 regelmäßig tätig, so gilt sie als pädagogische Fachkraft. ⁵Für die Randzeit gelten die Sätze 1 bis 4 entsprechend.

(2) ¹Abweichend von Absatz 1 kann im Fall einer unabweisbaren und unvorhersehbaren Abwesenheit einer pädagogischen Kraft, die nicht durch eine andere pädagogische Kraft vertreten werden kann, für höchstens drei aufeinanderfolgende Tage einmalig je Kalendermonat und Gruppe eine andere geeignete Person mit der Wahrnehmung von Aufsichtspflichten betraut werden, wenn mindestens eine pädagogische Fachkraft in dieser Gruppe zeitgleich regelmäßig tätig ist. ²Eine Person nach Satz 1 ist insbesondere dann nicht geeignet, wenn sie wegen einer Straftat nach den §§ 171, 174 bis 174 c, 176 bis 180 10 a, 181 a, 182 bis 184 g, 184 i, 201 a Abs. 3, den §§ 225, 232, 232 a, 233, 233 a, 234, 235 oder 236 des Strafgesetzbuchs rechtskräftig verurteilt worden ist. ³Der Träger der Kindertagesstätte soll sich bei erstmaligem Einsatz und danach in regelmäßigen Abständen von der Person nach Satz 1 ein erweitertes Führungszeugnis nach § 30 a des Bundeszentralregistergesetzes vorlegen lassen.

(3) 1Über Absatz 1 hinaus muss in jeder Krippengruppe, in der elf oder mehr Plätze belegt sind, während der gesamten Kernzeit zusätzlich eine dritte Kraft regelmäßig tätig sein. 2Sie muss pädagogische Fachkraft oder pädagogische Assistenzkraft nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 sein. 3§ 9 Abs. 4 gilt entsprechend. 4Abweichend von Satz 2 kann sie auch

1. Sozialassistentin oder Sozialassistent mit dem Schwerpunkt Haus- und Familienpflege oder Persönliche Assistenz,
2. Spielkreisgruppenleiterin oder Spielkreisgruppenleiter, die oder der am 31. Juli 2021 als dritte Kraft beschäftigt war, wenn in der Krippengruppe nicht bereits eine Spielkreisgruppenleiterin oder ein Spielkreisgruppenleiter als Kraft nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 tätig ist,
3. Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin oder Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger oder
4. eine andere Kraft sein, als Kraft nach Nummer 1, 3 oder 4 aber nur dann, wenn sie mindestens seit dem 1. September 2014 ununterbrochen bis zum 31. Dezember 2014 als Fach- oder Betreuungskraft in einer Krippengruppe tätig war. 5Stehen Kräfte nach den Sätzen 2 bis 4 auf dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung, so können auch Kräfte, die im Rahmen ihrer berufsqualifizierenden Ausbildung oder ihres berufsqualifizierenden Studiums ein berufspraktisches Jahr absolvieren, als dritte Kraft eingesetzt werden, es sei denn, dass in der Krippengruppe bereits eine pädagogische Assistenzkraft nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 oder Satz 3 zur Erfüllung der Anforderungen nach Absatz 1 tätig ist. 6Absatz 2 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass je Krippengruppe höchstens eine andere geeignete Person mit der Wahrnehmung von Aufsichtspflichten betraut werden darf.

(4) 1Abweichend von Absatz 1 genügt es in einer Gruppe, der

1. nicht mehr als zehn Kinder angehören, von denen höchstens fünf Kinder das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und
2. ein Kind mit Behinderung, bei dem ein erhöhter Aufwand für die Förderung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 festgestellt ist, nicht angehört, dass eine pädagogische Fachkraft und eine weitere geeignete Person regelmäßig tätig sind. 2Absatz 2 Sätze 2 und 3 gilt entsprechend.

(5) 1Abweichend von Absatz 1 genügt es in einer Kindertagesstätte, die durch Umwandlung eines Kinderspielkreises entsteht, dass während der ersten drei Jahre nach der Umwandlung in einer Gruppe eine pädagogische Fachkraft und eine Spielkreishelferin oder ein Spielkreishelfer, die oder der bisher in dem Spielkreis tätig gewesen ist und es unternimmt, sich zur pädagogischen Kraft zu qualifizieren, regelmäßig tätig sind. 2 In altersbedingten Härtefällen kann das Landesjugendamt zulassen, dass neben einer pädagogischen Fachkraft eine Spielkreishelferin oder ein Spielkreishelfer auch dann genügt, wenn sie oder er es nicht unternimmt, sich zur pädagogischen Kraft zu qualifizieren; im Fall einer solchen Zulassung gilt die zeitliche Beschränkung nach Satz 1 nicht.

(6) Der Träger einer Kindertagesstätte soll die nach den Absätzen 1, 3 und 4 Satz 1 erforderlichen Kräfte so einteilen, dass die Kinder einer Gruppe möglichst stets durch dieselben Kräfte gefördert werden.“

Zu diesen Vorschriften wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

Zunächst wird auf Seite 32 (allgemeine Gesetzesbegründung) klargestellt, dass „der steigende Fachkräftebedarf bei gleichzeitig steigenden Anforderungen an Fach- und Betreuungskräfte ... die wesentlichen Herausforderungen im Bereich der frühkindlichen Bildung [sind]. Mit dem Niedersächsischen Gesetz über Kindertagesstätten und Kindertagespflege werden qualitative und quantitative Ziele und Wege vereint, um diesen Herausforderungen zu begegnen.

Die bisherigen Regelungen sind aufgrund neuer Ausbildungsabschlüsse sowie neuer akademische Ausbildungsangebote nicht mehr zeitgemäß und erweiterungsbedürftig. Ziel ist es, mehr Fachkräfte für die Kindertagesstätten zu gewinnen und damit dem steigenden Fachkräftebedarf bei gleichzeitig steigenden Anforderungen an diese Kräfte zu begegnen. Mit dem Niedersächsischen Gesetz über Kindertagesstätten und Kindertagespflege wird der gesetzliche Fachkräftecatalog für die pädagogische Tätigkeit in Kindertagesstätten erweitert und angepasst. Damit wird der Berufszugang in die Kindertagesstätten erleichtert. Gleichzeitig wird der Verwaltungsaufwand des Niedersächsischen Landesjugendamtes für die nach dem bisherigen Recht erforderlichen Ausnahmegenehmigungen für Kräfte mit einem gleichwertigen Abschluss oder einer vergleichbaren Ausbildung abgebaut.

Neben den staatlich anerkannten Erzieherinnen und staatlich anerkannten Erziehern werden nun auch staatlich anerkannte Kindheitspädagoginnen und staatlich anerkannte Kindheitspädagogen, staatlich anerkannte Sozialpädagoginnen und staatlich anerkannte Sozialpädagogen, Absolventinnen und Absolventen pädagogischer Studiengänge mit Diplom-, Bachelor- oder Masterabschluss mit Studienanteilen von 80 Credit Points, Lehrkräfte mit der Befähigung zur Ausübung des Lehramtes an Grundschulen für die Tätigkeit in Hortgruppen, staatlich anerkannte Heilpädagoginnen und staatlich anerkannte Heilpädagogen, staatlich anerkannte Heilerziehungspflegerinnen und staatlich anerkannte Heilerziehungspfleger als pädagogische Fachkraft erfasst.

Neben Kinderpflegerinnen und Kinderpflegern und Sozialassistentinnen und Sozialassistenten mit dem Schwerpunkt Haus- und Familienpflege oder Persönliche Assistenz, die am 31. Dezember 2014 als pädagogische Kraft beschäftigt waren, werden künftig auch sozialpädagogische Assistentinnen und sozialpädagogische Assistenten, Absolventinnen und Absolventen pädagogischer Studiengänge mit Diplom-, Bachelor- oder Masterabschluss während ihrer praktischen Tätigkeit in einer Kindertagesstätte als pädagogische Assistenzkraft erfasst.

Stehen derartige Kräfte auf dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung, so können auch Kräfte, die im Rahmen ihrer berufsqualifizierenden Ausbildung oder ihres berufsqualifizierenden Studiums ein berufspraktisches Jahr absolvieren, als pädagogische Assistenzkraft eingesetzt werden.

Neu aufgenommen wird, dass das Landesjugendamt auf Antrag des Trägers im Einzelfall Kräfte, für die seit dem 1. August 2018 ein direkter Einstieg in die Fachschule Sozialpädagogik zugelassen ist, bereits während ihrer Ausbildung zur staatlich anerkannten Erzieherin oder zum staatlich anerkannten Erzieher als pädagogische Assistenzkraft zulassen kann. Hiermit werden nunmehr auch die Berufsfelder der Ergotherapeutinnen und Ergotherapeuten, Logopädinnen und Logopäden, Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und -pfleger, Atem-, Sprech-, Stimmlehrerinnen und -lehrer berücksichtigt.

Um weitere Einstellungsmöglichkeiten zu eröffnen und damit dem Fachkräftemangel weiter zu begegnen, wird künftig auf eine Mindestbeschäftigungszeit als Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Finanzhilfe verzichtet. Personelle Mindestausstattung in Gruppen Die Mindestpersonalausstattung und die Qualitätsanforderungen an die Kräfte in den Randzeiten (Früh- und Spätdienste) waren bisher nicht geregelt. Klargestellt wird, dass während der gesamten Betreuungszeit (Kernzeit und Randzeit) mindestens zwei pädagogische Fachkräfte regelmäßig tätig sein müssen. Dabei kann die zweite Kraft auch durch eine pädagogische Assistenzkraft ersetzt werden. Damit soll die Qualität der Angebote während der gesamten Betreuungszeit einer Kindertagesstätte gewährleistet werden. Hiervon abweichend wird eine einheitliche Regelung für Gruppen mit höchstens zehn Kindern geschaffen. Neu aufgenommen wird auch eine Vertretungsregel, nach der im Fall einer unabwiesbaren und unvorhersehbaren Abwesenheit einer pädagogischen Kraft - wie beispielsweise im Krankheitsfall - für bis zu drei aufeinanderfolgende Tage einmalig je Kalendermonat und Gruppe eine andere geeignete Person - beispielsweise ein Elternteil - mit der Wahrnehmung von Aufsichtspflichten betraut werden kann.

Aktualisierung und Fortschreibung des Förderungsauftrages

Der im bisherigen Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder normierte Bildungs- und Erziehungsauftrag entspricht bis auf die zum 1. August 2018 erfolgten Änderungen zur Sozialraumorientierung (pädagogisches Konzept) und der Sprachkompetenz und Sprachförderung dem Stand von 1993. Um die Qualität in der frühkindlichen Bildung zu verbessern, soll der Bildungs- und Erziehungsauftrag, wie in der Koalitionsvereinbarung vereinbart, fortgeschrieben und aktualisiert werden. Dies erfolgt insbesondere mit Blick auf die Kindertagespflege, Gesundheitsförderung, die Stärkung der gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderung, die Zusammenarbeit mit Eltern sowie eine Konkretisierung der bestehenden Kooperationsverpflichtung von Kindertagesstätten und Grundschulen.

Der Förderungstrias des Bundes umfasst nach § 22 Abs. 3 SGB VIII die Erziehung, Bildung und Betreuung des Kindes in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege, während im Niedersächsischen Gesetz über Kindertagesstätten und Kindertagespflege nun einheitlich von Bildung, Erziehung und Betreuung gesprochen wird. Die bewusste Umstellung der Förderungstrias macht deutlich, dass bei der Förderung der Kinder in Niedersachsen die frühkindliche Bildung im Vordergrund steht und die Erziehung als zweitgenannte Komponente dieser folgt. Hierfür spricht

nicht zuletzt auch, dass nach Artikel 6 Abs. 2 GG das natürliche Erziehungsrecht primär den Erziehungsberechtigten obliegt.

Der bisherige Bildungs- und Erziehungsauftrag der Kindertagesstätten wird wie oben bereits erläutert nunmehr auch auf die Kindertagespflege erstreckt. Dies dient der Qualitätssteigerung in der Kindertagespflege.

Neu aufgenommen wird die Gesundheitsförderung. Hiernach sollen die Kinder mit gesundheitsbewussten Verhaltensweisen vertraut gemacht werden. Hierzu zählen z. B. eine gesunde Ernährung, Hygienestandards wie Hände waschen, Zähne putzen, ausreichende Bewegung und Entspannung, dem Wetter angepasste Kleidung und Unfallvermeidung. ...“ (Seite 33)

Schließlich enthält die allgemeine Gesetzesbegründung (auf Seite 34) auch wichtige Hinweise zum sog. „kooperativen Hort“ an der problematischen Schnittstelle von Kita und Schule:

„Die inklusive Förderung in Krippen-, Kindergarten- und Hortgruppen soll weiter ausgebaut werden. Nach § 22 a Abs. 4 SGB VIII sollen Kinder mit und ohne Behinderung, sofern der Hilfebedarf es zulässt, in Gruppen gemeinsam gefördert werden. Die gemeinsame Förderung von Kindern mit und ohne Behinderung soll damit nach Bundesrecht der Regelfall sein. Aus diesem Grund wird für Kindertagesstätten und Kindertagespflege das Hinwirken auf eine gleichberechtigte Teilhabe aller Kinder am gesellschaftlichen Leben künftig ausdrücklich normiert. Dem Gedanken der inklusiven Förderung kommt dadurch auch in Niedersachsen ein besonderer Stellenwert zu. Auch die weiteren Änderungen im Förderungsauftrag (Stärkung der Identität, Auseinandersetzung mit Gemeinsamkeiten und Vielfalt) dienen insbesondere der Stärkung des inklusiven Gedankens. Übergang vom Elementar- in den Primarbereich Damit der Übergang vom Elementar- in den Primarbereich noch besser gelingt, haben die die Landesregierung tragenden Parteien im Koalitionsvertrag vereinbart, dass eine noch bessere Zusammenarbeit von Kindertageseinrichtungen und Schule auf den Weg gebracht werden soll. Nach dem Niedersächsischen Schulgesetz (NSchG) stehen die Grundschulen im Rahmen ihrer pädagogischen Verantwortung in der Pflicht, eng mit den Kindertagesstätten zu kooperieren. Im „Orientierungsplan für Bildung und Erziehung“ (2018) wird die Zusammenarbeit von Kindertagesstätte und Grundschule näher konkretisiert. Neu aufgenommen wird eine Regelung, nach der die Kindertagesstätten die Kinder auf den Übergang zur Schule vorbereiten. Hierdurch soll die Schulbereitschaft der Kinder frühzeitig entwickelt und gefördert werden. Zudem werden Regelungen zum „Kooperativen Hort“ aufgenommen. Der „Kooperative Hort“ ist ein zusätzliches optionales Modell zur Zusammenführung von Ganztagsgrundschulen und der Kinder- und Jugendhilfe. Beim „Kooperativen Hort“ übernimmt der Hort bis zu fünf Stunden pro Woche des außerunterrichtlichen Angebots einer Grundschule. Mindestens 15 weitere Stunden pro Woche werden als außerschulisches Angebot angeboten. Grundlage für den Kooperativen Hort ist ein Kooperationsvertrag zwischen Land (Schule), Träger des Hortes und Schulträger. Gegenstand des Kooperationsvertrages ist u. a. ein zwischen Schule

und Hort vereinbartes gemeinsames pädagogisches Konzept. Mit dem Kooperativen Hort werden Hort und Ganztagsgrundschule noch enger pädagogisch und inhaltlich verzahnt.“

Aus der Einzelbegründung (ab Seite 49) können die folgenden Informationen entnommen werden:

„Zu § 9 (Pädagogische Kräfte in Kindertagesstätten): „... In § 9 NKiTaG finden sich Angaben über die Qualifikation des Personals in Kindertagesstätten, in § 10 NKiTaG Regelungen zur Leitung einer Kindertagesstätte sowie einer Kernzeitgruppe und in § 11 NKiTaG Regelungen zur personellen Mindestausstattung in den Gruppen.

Zu Absatz 1: Absatz 1 wird neu eingeführt. Er dient der Einleitung für die Regelung der pädagogischen Kräfte in Kindertagesstätten. Satz 1 dient der Einführung des Begriffs „pädagogische Kräfte“. Er ist der übergeordnete Begriff, der sowohl die „pädagogischen Fachkräfte“ als auch die „pädagogischen Assistenzkräfte“ umfasst. Nach Satz 2 sind die Kinder in Kindertagesstätten durch pädagogische Fachkräfte zu fördern. Hiermit soll die Bedeutung des generellen Fachkräftegebots hervorgehoben werden. Satz 3 stellt klar, dass pädagogische Assistenzkräfte als Unterstützung der pädagogischen Fachkräfte dienen. Die übrigen Regelungsinhalte aus § 4 Abs. 1 KiTaG (alt) finden sich in § 10 NKiTaG wieder.

Zu Absatz 2: In Absatz 2 werden die Abschlüsse aufgezählt, die generell für eine Tätigkeit als pädagogische Fachkraft qualifizieren.

Zu Nummer 1: Wie bislang auch werden staatlich anerkannte Erzieherinnen und staatlich anerkannte Erzieher erfasst. Sie sind künftig den pädagogischen Fachkräften zuzuordnen.

Zu Nummer 2: Neu aufgenommen worden ist die staatlich anerkannte Kindheitspädagogin und der staatlich anerkannte Kindheitspädagoge als pädagogische Fachkraft im Sinne dieses Gesetzes.

Zu Nummer 3: Bislang konnten die Leitung einer Kindertagesstätte sowie die Leitung einer Gruppe einer Sozialpädagogin oder einem Sozialpädagogen übertragen werden. Künftig sind nur Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen mit einer staatlichen Anerkennung generell als pädagogische Fachkräfte anzusehen. Für bereits in Kindertagesstätten tätige Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen ohne staatliche Anerkennung wird eine Besitzstandsregelung normiert. Weitergehende Anerkennungen im Einzelfall sind in Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 vorgesehen. Nur über die staatliche Anerkennung ist sichergestellt, dass es sich um einen sozialpädagogischen Studiengang handelt.

Zu Nummer 4: Durch Nummer 4 werden weitere pädagogische Hochschulabschlüsse erfasst, um Absolventinnen und Absolventen von anderen vergleichbaren Studiengängen, z. B. aus anderen Bundesländern, ebenfalls zuzulassen. Durch den Zusatz hauptberuflich soll sichergestellt werden, dass es sich um eine berufliche Tätigkeit mit grundsätzlich mehr als 20 Stunden Arbeitszeit pro Woche handelt. Gleichzeitig sollen z.B. Praktikanten ausgeschlossen werden, denn es handelt sich

nicht um den Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit. Die Anknüpfung an „Credit Points“ verdeutlicht, dass es neben einer zeitlichen Komponente auch um Studieninhalte geht. Die Studienanteile von 80 Credit Points müssen für die Arbeit mit Kindern ausgerichtet sein. Dabei ist es zulässig, dass sich die in Nummer 4 genannten Absolventinnen und Absolventen an das Fachministerium wenden können, um ihre Studienanteile entsprechend prüfen zu lassen. Das bisherige einrichtungsbezogene Prüfungsverfahren wird damit um eine personenbezogene Prüfung ergänzt.

Zu Nummer 5: Für die Tätigkeit in Hortgruppen werden auch Personen mit der Befähigung zur Ausübung des Lehramtes an Grundschulen anerkannt. Da Grundschullehrkräfte dafür ausgebildet sind, Schulkinder zu bilden, können diese auch in Hortgruppen als pädagogische Fachkräfte eingesetzt werden. Insofern sind die Qualifikationen vergleichbar. Zu Nummern 6 und 7: In den Nummern 6 und 7 gehen künftig die bislang in § 1 Abs. 2 der Verordnung über Mindestanforderungen an besondere Tageseinrichtungen für Kinder sowie über die Durchführung der Finanzhilfe (2. DVO-KiTaG (alt)) enthaltenen Qualifikationen auf. Auch diese Personen mit heilpädagogischer Qualifikation sind pädagogische Fachkräfte. Daher ist aus Gründen der Regelungskonsistenz eine einheitliche Verortung in § 9 Abs. 2 NKiTaG erforderlich. Vorausgesetzt wird sowohl bei den Heilpädagoginnen und Heilpädagogen als auch bei den Heilerziehungspflegerinnen und Heilerziehungspflegern eine staatliche Anerkennung. Die staatliche Anerkennung wird bundesweit vergeben. Sofern aufgrund von gesonderten Regelungen in anderen Bundesländern keine staatliche Anerkennung vergeben wird, kann im Einzelfall eine Zulassung über die Ausnahmeregelung in Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 erfolgen. Personen, die nach dem Niedersächsischen Gesundheitsfachberufegesetz (NGesFBG) vom 20. Februar 2009 (Nds. GVBl. S. 25), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 16. Dezember 2014 (Nds. GVBl. S. 475), eine Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung „Heilerziehungspflegerin / Heilerziehungspfleger“ erhalten haben, werden von Nummer 7 gleichermaßen erfasst. Hintergrund ist, dass die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung „Heilerziehungspflegerin / Heilerziehungspfleger“ nur erteilt wurde, wenn die staatliche Prüfung erfolgreich abgelegt war. Nach § 11 Abs. 3 des Niedersächsischen Gesundheitsfachberufegesetzes vom 15. September 2016 (Nds. GVBl. S. 208), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Dezember 2019 (Nds. GVBl. S. 418), ist, wer aufgrund einer Erlaubnis nach dem Niedersächsischen Gesundheitsfachberufegesetz vom 20. Februar 2009 zum Führen der Berufsbezeichnung „Heilerziehungspflegerin“ oder „Heilerziehungspfleger“ berechtigt war, berechtigt, die Berufsbezeichnung „Staatlich anerkannte Heilerziehungspflegerin“ oder „Staatlich anerkannter Heilerziehungspfleger“ zu führen.

Satz 2 trägt dem Phänomen der Teilanerkennung Rechnung. Demnach sind pädagogische Fachkräfte auch solche staatlich anerkannten Erzieherinnen und staatlich anerkannte Erzieher sowie staatlich anerkannte Kindheitspädagoginnen und staatlich anerkannte Kindheitspädagogen, deren Ausbildung sich nur auf Kinder eines bestimmten Alters bezieht. Voraussetzung ist aber, dass die Kraft in einer Gruppe tätig ist, die überwiegend aus Kindern dieses Alters besteht. Die Teilanerkennung bezieht sich auf die Gleichwertigkeit zur staatlich anerkannten Erzieherin oder zum staatlich anerkannten Erzieher und ist über § 5 Abs. 7 der Verordnung über die Gleichwertigkeit von

Abschlüssen im Bereich der beruflichen Bildung (BB-GVO) geregelt. Ebenso werden die Kindheitspädagogen einbezogen, da z. B. der Studiengang in Bremen (Elementarpädagogik) nur für die Altersstufe null bis sechs Jahre qualifiziert. Inhaltlich entspricht die Regelung dem bisherigen § 4 Abs. 2 Satz 2 KiTaG (alt).

Zu Absatz 3: Absatz 3 regelt die Mindestqualifikation der pädagogischen Assistenzkräfte.

Zu Nummer 4: Sozialassistentinnen und Sozialassistenten mit dem Schwerpunkt Haus- und Familienpflege oder Persönliche Assistenz, die am 31. Dezember 2014 als pädagogische Kraft beschäftigt sind, waren auch bislang bereits nach § 23 Abs. 3 KiTaG (alt) als zweite Kraft weiter einsetzbar. Die Norm ist nunmehr nicht mehr am Schluss als Sondernorm verortet worden, sondern wird regulär im Rahmen der Mindestqualifikation der pädagogischen Assistenzkräfte aufgeführt.

Zu Nummer 5: Es wird ein Bestandsschutz für Spielkreisgruppenleiterinnen oder Spielkreisgruppenleiter, die am 31. Juli 2021 als zweite Kräfte beschäftigt waren, normiert. Diese konnten nach § 4 Abs. 3 Satz 4 KiTaG (alt) als zweite Kräfte tätig werden. Künftig entfällt diese Möglichkeit. Für bereits tätige Kräfte soll daher Bestandsschutz statuiert werden.

Satz 2 trägt dem Phänomen der Teilanerkennung Rechnung. Demnach sind pädagogische Assistenzkräfte auch solche sozialpädagogischen Assistentinnen und sozialpädagogische Assistenten, deren Ausbildung sich nur auf Kinder eines bestimmten Alters bezieht. Voraussetzung ist aber, dass die Kraft in einer Gruppe tätig ist, die überwiegend aus Kindern dieses Alters besteht.

Die Regelung in Satz 3 ermöglicht den Einsatz von Personen, die im Rahmen ihrer berufsqualifizierenden Ausbildung oder ihres berufsqualifizierenden Studiums ein berufspraktisches Jahr absolvieren, als pädagogische Assistenzkraft, sofern die in den vorhergehenden Sätzen genannten geeigneten Kräfte auf dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehen. An das Erfordernis, dass geeignete Kräfte auf dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehen, sind keine allzu großen Anforderungen zu stellen. Es ist hinreichend, wenn ein Träger trotz Ausschreibung einer offenen Stelle, im Rahmen derer auf trägerspezifische Anforderungen verzichtet wurde, keine Bewerbung einer geeigneten Bewerberin oder eines geeigneten Bewerbers erhält.

§ 4 Abs. 3 Satz 4 KiTaG (alt) entfällt aufgrund der nun nicht mehr vorgenommenen expliziten Normierung der Spielkreise. Spielkreise werden künftig nicht mehr vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes erfasst; sie können als Tageseinrichtungen nach § 45 SGB VIII genehmigt werden.

Zu Absatz 4: Die Ausnahmeregelung in Satz 1 Nr. 1 dient dazu, Fachkräfte mit einer gleichwertigen Ausbildung wie die Regelbeispiele in den Absätzen 2 und 3 nach Prüfung im Einzelfall durch das Landesjugendamt zuzulassen. Die Regelung fand sich bislang in § 4 Abs. 1 bis 3 KiTaG (alt), jeweils in Satz 3 (alt). Die Anerkennung von Personen, deren im Ausland erworbene Qualifikation gleichwertig zu den Anforderungen in Absatz 2 oder 3 ist, ist ebenso im Einzelfall möglich, wie die Anerkennung von Personen mit im Inland erworbener Qualifikation.

Mit Nummer 2 werden die Berufsfelder der Ergotherapeutinnen und Ergotherapeuten, der Logopädinnen und Logopäden, der Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger sowie Atem-, Sprech- und Stimmlehrerinnen und Atem-, Sprech- und Stimmlehrer erfasst.

Mit Satz 2 ist die Zulassung nach Satz 1 Nr. 2 bis zum Vorliegen des Prüfungsergebnisses zu befristen. Hiermit wird erreicht, dass über eine Ausnahmeregelung für Kräfte, die durch die Prüfung fallen, neu entschieden werden kann.

Zu Absatz 5: Zuständige Stelle für die Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse ist nach Absatz 4 (neu) das Landesjugendamt. Neu eingeführt wird ein Sprachkenntniserfordernis. Ausreichende Deutschkenntnisse sind für die Bildung von Kindern unerlässlich.

Zu beachten ist, dass aufgrund der in Artikel 45 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung vom 9. Mai 2008 (ABl. Nr. C 115 S. 47), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Änderungsbeschlusses 2012/419/EU vom 11. Juli 2012 (ABl. Nr. L 204 S. 131), normierten Arbeitnehmerfreizügigkeit als Kernbereich des Rechts der EU keine allzu hohen Anforderungen an die Sprachkenntnisse zu stellen sind. Artikel 53 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Abl. L 255 S. 22), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Änderungsbeschlusses (EU) 2019/608 vom 16. Januar 2019 (ABl. Nr. L 104 S. 1), lautet: Berufsangehörige, deren Berufsqualifikation anerkannt wird, müssen über die Sprachkenntnisse verfügen, die für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat erforderlich sind. Für die Förderung von Kindern, deren Sprache sich gerade erst entwickelt, ist ein gutes Sprachniveau der in Kindertagesstätten eingesetzten Kräfte als erforderlich anzusehen. Das Sprachniveau wird vom Landesjugendamt im Rahmen der Anerkennung des ausländischen Bildungsabschlusses grundsätzlich nicht überprüft. Die Regelungssystematik sieht vielmehr vor, dass die Anerkennung durch das Landesjugendamt erfolgt, ohne dass im Rahmen dessen die Sprachkenntnisse konkret zu prüfen sind. Letztere sind vielmehr durch den Anstellungsträger zu überprüfen und im Rahmen des Anerkennungsverfahrens zu versichern. Der Anstellungsträger übernimmt insofern die Verantwortung für das Vorliegen ausreichender Sprachkenntnisse.

Satz 2 sieht hierzu eine Ausnahme dergestalt vor, dass, wenn aufgrund eines besonderen pädagogischen Konzeptes und der damit verbundenen konkreten Stellenanforderung das Sprachniveau nach Satz 1 nicht erforderlich ist, das Landesjugendamt auf die Versicherung ausreichender Deutschkenntnisse durch den Anstellungsträger verzichten kann. So ist etwa an Ausnahmen im Rahmen eines bilingualen Konzeptes einer Kindertagesstätte zu denken, im Rahmen dessen nicht die Vermittlung der deutschen Sprache, sondern die Förderung in einer Fremdsprache Bestandteil des pädagogischen Ansatzes der Kindertagesstätte ist. Die Ausnahmeregelung stellt zudem eine Öffnungsklausel dar, die europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Regelungen über das erforderliche Sprachniveau Rechnung trägt.“

Zu der Regelung des § 11 – personelle Mindestausstattung in den Gruppen wird erläutert:

„Zu Absatz 1: In Absatz 1 erfolgt die Klarstellung, dass während der gesamten Betreuungszeit mindestens zwei pädagogische Fachkräfte regelmäßig tätig sein müssen. Der Begriff „regelmäßig tätig sein“ sagt aus, dass die erforderlichen pädagogischen Fachkräfte nicht nur im Dienstplan vorzusehen sind, sondern auch tatsächlich in der Regel tätig sein müssen. Möglich ist lediglich ein kurzfristiges Verlassen der Gruppe, etwa für kurze Elterngespräche. Der regelmäßige Einsatz derselben pädagogischen Fachkräfte wird dadurch nicht statuiert. Vielmehr ist entscheidend, dass die vorgegebene Anzahl an Personen mit der erforderlichen Qualifikation in der Regel tätig ist, ohne dass explizit ein kontinuierlicher Einsatz derselben Kräfte normiert wird. Aus pädagogischen Gründen sollte dennoch unabhängig von der rechtlichen Verpflichtung zum Wohl der Kinder ein kontinuierlicher Personaleinsatz mit festen Bezugspersonen in der Praxis die Regel sein.

Mit Satz 2 wird die Möglichkeit eröffnet, anstelle einer pädagogischen Fachkraft eine pädagogische Assistenzkraft einsetzen zu können. Es ist allerdings nicht zulässig, lediglich zwei pädagogische Assistenzkräfte einzusetzen. Mit Satz 2 wird klargestellt, dass die eine pädagogische Assistenzkraft nur dann eine pädagogische Fachkraft ersetzen darf, sofern gleichzeitig in der Gruppe eine pädagogische Fachkraft regelmäßig tätig ist. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 10 Abs. 2 Satz 2 NKiTaG, wonach die zwingend erforderliche Leitung einer Gruppe grundsätzlich nur einer pädagogischen Fachkraft übertragen werden darf.

In Satz 3 wird die bisherige Besitzstandswahrung aus § 23 Abs. 1 Satz 2 KiTaG (alt) übernommen.

Satz 4 stellt sicher, dass der in § 10 Abs. 3 NKiTaG aufgenommenen Personenkreis auch weiterhin die für eine pädagogische Fachkraft vorgesehene Jahreswochenstundenpauschale erhält.

Satz 5 stellt ausdrücklich klar, dass sich die personelle Mindestausstattung auch auf die Randzeit erstreckt.

Mit Absatz 2 wird eine Vertretungsregel aufgenommen, nach der bei einer unabwiesbaren und unvorhersehbaren Abwesenheit einer pädagogischen Kraft, die nicht durch eine andere pädagogische Kraft vertreten werden kann, für bis zu drei Tage eine andere geeignete Person mit der Wahrnehmung von Aufsichtspflichten betraut werden kann. Zur Wahrung des Kindeswohls soll dies nur möglich sein, wenn mindestens eine pädagogische Fachkraft in der Gruppe zeitgleich tätig ist. Der Einsatz der Vertretungsperson ist pro Gruppe auf maximal drei aufeinanderfolgende Tage im Kalendermonat beschränkt. Damit kann der Gruppenbetrieb in den genannten Fällen künftig aufrechterhalten bleiben; die Aufsicht der Kinder kann sichergestellt werden, ohne die Gruppe schließen zu müssen. Unabwiesbar im Sinne des Satzes 1 ist mit unumgänglich gleichzusetzen. Die Abwesenheit der pädagogischen Kraft beruht somit auf einem Grund, der eine Betreuungstätigkeit ausschließt, wie etwa Krankheit oder Pflege naher Angehöriger. Unvorhersehbar bedeutet, dass die Abwesenheit der pädagogischen Kraft nicht im Voraus planbar ist. Als Beispiel dient hier gleichsam die Erkrankung einer pädagogischen Kraft. Andere pädagogische Kräfte dürfen als Vertretung nicht

zur Verfügung stehen. Wann genau es sich um eine „geeignete“ Person handelt, wird bewusst nicht gesetzlich vorgegeben. Der Träger entscheidet über die Eignung einer Person in eigener Verantwortung. Es kann z. B. ein Elternteil eingesetzt werden oder eine Tagespflegeperson. In § 39 Nr. 7 NKiTaG wird die Landesregierung ermächtigt, Näheres zur Eignung dieser Personen zu regeln. Nach Satz 2 ist eine Person jedoch insbesondere dann nicht geeignet, wenn diese wegen einer in Satz 2 genannten Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Daher soll sich der Träger der Kindertagesstätte nach Satz 3 bei erstmaligem Einsatz und danach in regelmäßigen Abständen von der betroffenen Person ein Führungszeugnis nach § 30 a Abs. 1 des Bundeszentralregistergesetzes vorlegen lassen. Von Satz 2 sind Personen betroffen, die wegen einer der folgenden Straftaten rechtskräftig verurteilt worden sind:

- Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (§ 171 Strafgesetzbuch (StGB)),
- Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 StGB),
- Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfebedürftigen in Einrichtungen (§ 174 a StGB),
- Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung (§ 174 b StGB),
- Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (§ 174 c StGB),
- Sexueller Missbrauch von Kindern (§ 176 StGB),
- Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (§ 176 a StGB),
- Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176 b StGB),
- Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB),
- Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 178 StGB),
- Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 StGB),
- Ausbeutung von Prostituierten (§ 180 a StGB),
- Zuhälterei (§ 181 a StGB),
- Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (§ 182 StGB),
- Exhibitionistische Handlungen (§ 183 StGB),
- Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183 a StGB),
- Verbreitung pornographischer Schriften (§ 184 StGB),
- Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften (§ 184 a StGB),
- Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184 b StGB),
- Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften (§ 184 c StGB),
- Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien (§ 184 d StGB),
- Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen (§ 184 e StGB),
- Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184 f StGB),
- Jugendgefährdende Prostitution (§ 184 g StGB),
- Sexuelle Belästigung (§ 184 i StGB) 56
- Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (§ 201 a Abs. 3 StGB),
- Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 StGB),
- Menschenhandel (§ 232 StGB),

- Zwangsprostitution (§ 232 a StGB),
- Ausbeutung der Arbeitskraft (§ 233 StGB),
- Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung (§ 233 a StGB),
- Menschenraub (§ 234 StGB),
- Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB) oder
- Kinderhandel (§ 236 StGB).

Zu Absatz 3: Das Erfordernis einer dritten regelmäßig tätigen Kraft kann sich nur auf die Kernzeit der Gruppe beziehen, nicht auch auf die Randzeit. Das würde weit über die bestehenden Regelungen hinausgehen und konnexitätsbedingte Mehrausgaben auslösen. Zur Auslegung des Begriffs „regelmäßig tätig sein“ wird auf die Ausführung zu Absatz 1 verwiesen. Ein Platz gilt mit dem Aufnahmedatum im Betreuungsvertrag als belegt. Ob das Kind zu diesem Zeitpunkt tatsächlich betreut wird, ist nicht entscheidend.

Mit Satz 2 wird sonstiges Personal der Kindertagesstätten ohne pädagogische Qualifikation ausgeschlossen.

In Satz 4 Nrn. 1, 3 und 4 wird die bisher in § 23 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 KiTaG (alt) normierte Übergangsbestimmung für dritte Kräfte in Krippengruppen kodifiziert. Die Bestimmung wird damit in den Kontext der sonstigen Bestimmungen zur dritten Kraft eingearbeitet. Die in den Nummern 1, 3 und 4 normierten Qualifikationen können dann als dritte Kräfte tätig sein, wenn sie mindestens seit dem 1. September 2014 ununterbrochen bis zum 31. Dezember 2014 als Fach- oder Betreuungskraft in einer Krippengruppe tätig waren. Diese Ausnahme gilt nur in Bezug auf die dritte Kraft in Krippengruppen. Die vormals in § 23 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 KiTaG (alt) normierten Kinderpflegerinnen und Kinderpfleger sind nunmehr in § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 NKiTaG in den Kreis der pädagogischen Assistenzkräfte aufgenommen worden. Sie können daher auch dann, wenn sie nicht mindestens seit dem 1. September 2014 ununterbrochen bis zum 31. Dezember 2014 als Fach- oder Betreuungskraft in einer Krippengruppe tätig waren, regulär als dritte Kraft eingesetzt werden.

Mit Satz 5 wird die bislang in § 4 Abs. 4 Satz 3 KiTaG (alt) vorgesehene Regelung, wonach auch Berufspraktikantinnen und Berufspraktikanten eingesetzt werden können, sofern sie nicht bereits als zweite Kraft eingesetzt sind und auch keine Spielkreisgruppenleitung als zweite Kraft eingesetzt ist, übertragen.

Mit Satz 6 wird aufgenommen, dass mit der in Absatz 2 aufgenommenen Vertretungsregel immer nur eine Kraft zeitgleich ersetzt werden darf.

Zu Absatz 4: Absatz 4 regelt die personelle Mindestbesetzung von Gruppen mit bis zu zehn Kindern, in der kein Kind mit einem erhöhten Aufwand für die Förderung aufgenommen ist. Künftig muss in einer Gruppe mit bis zu zehn Kindern als erste Kraft eine pädagogische Fachkraft tätig sein. Als weitere Kraft kann hier eine „geeignete“ Person tätig sein. Was eine „geeignete“ Person ist, wird bewusst nicht gesetzlich vorgegeben. Der Träger entscheidet dies in eigener Verantwortung. Es

kann z. B. auch ein Elternteil eingesetzt werden oder eine Tagespflegeperson. Die Eignung wird nicht vom Landesjugendamt überprüft. Eine Finanzhilfefähigkeit dieser Kraft ist dann vorgesehen, wenn es sich um eine pädagogische Kraft im Sinne des § 9 NKiTaG handelt. Es ist bewusst der Begriff „Gruppe“ – und nicht etwa die Beschränkung auf „Kernzeitgruppe“ – gewählt worden, um deutlich zu machen, dass die Anforderungen sowohl während der Kernzeit als auch während der Randzeit gelten.

Nummer 1 begrenzt die Anzahl der Kinder unter drei Jahren. Die Begrenzung der Betreuung unter Dreijähriger trägt dem Alter und Entwicklungsstand dieser Kinder Rechnung. Der Betreuungsaufwand ist bei Kindern dieser Altersstufe in der Regel höher als bei älteren Kindern. Die Begrenzung auf maximal fünf unter dreijährige Kinder in Kleingruppen löst keine konnexitätsbedingten Mehrkosten aus. Es gibt derzeit 100 Kleingruppen. Davon enthalten vier Gruppen mehr als fünf Kinder unter drei Jahren. Für diese Gruppen wurden Genehmigungen erteilt, die Bestandskraft entfalten. Die genehmigten Gruppen können auch nach der Neufassung des Gesetzes über Tageseinrichtungen für Kinder weiterbestehen. Neue Kleingruppen können nicht mehr als fünf Kinder unter drei Jahren aufnehmen. Angesichts der geringen Anzahl bislang genehmigter Kleingruppen mit mehr als fünf Kindern unter drei Jahren löst diese Regelung jedenfalls keine erheblichen Mehrkosten aus.

Mit Satz 2 werden die in Absatz 2 Sätze 2 und 3 genannten Anforderungen auf die in Absatz 2 Satz 1 genannte geeignete Person erstreckt. Die Regelungen des Absatzes 4 ersetzen die bisherigen Regelungen des § 4 Abs. 5 KiTaG (alt) und gelten zukünftig für neue Einrichtungen, die bisher von § 1 Abs. 2 Nr. 2 KiTaG (alt) als Kleine Kindertagestätten erfasst wurden.

Zu Absatz 5: Die Regelung entspricht der bisherigen Regelung in § 23 Abs. 2 Sätze 3 und 4 KiTaG (alt). Es erfolgen redaktionelle und sprachliche Anpassungen.

Zu Absatz 6: Dieser Absatz wurde aus dem bisherigen Regelungskomplex der Freistellungs- und Verfügungszeiten herausgenommen und hier eingefügt. Dies dient der Verbesserung der Strukturierung der Normen. Die bislang in § 5 Abs. 4 KiTaG (alt) normierte Anforderung, dass der Einrichtungsträger die Arbeitszeit so gestalten soll, dass möglichst dieselben Kräfte die jeweilige Gruppe betreuen, wird nunmehr bei den personellen Mindeststandards verortet. Der bisherige Begriff der „Fach- und Betreuungskräfte“ wurde redaktionell angepasst. Es wurde bewusst der Begriff „Gruppe“ verwendet, um deutlich zu machen, dass möglichst neben der Kernzeit auch in der Randzeit dieselben Kräfte in der jeweiligen Gruppe tätig sein sollen. Im Übrigen erfolgen sprachliche Anpassungen.“

IV. Kritik am und Vorschläge zum niedersächsischen Gesetzentwurf

Die Wohlfahrtspflege, Gewerkschaften und Elterninitiativen haben den niedersächsischen Kita-Gesetzentwurf als völlig unzureichend bezeichnet und drängen auf einen besseren Betreuungsschlüssel. Auch die Opposition im Niedersächsischen Landtag hat sich diese Kritik zu eigen gemacht. Pädagogische Fachkräfte, Mitarbeitende der frühkindlichen Bildung und die Gewerkschaft ver.di haben gegen das Gesetz protestiert. Als einer der zentralen Kritikpunkte wird herausgestellt, dass

eine „Perspektive zur Einführung der dritten Betreuungskraft“ fehle.

Es wird dementsprechend die Aufnahme eines Stufenplans für „die dritte Kraft“ in das Gesetz gefordert. Das federführende Bildungsministerium verweist demgegenüber auf den Fachkräftemangel, der einer Umsetzung dieses Plan entgegenstehe. „In das Gesetz sollten keine leeren Versprechungen geschrieben werden.“⁹⁹

Der Forderungskatalog der Fraktion Bündnis90/Die Grünen beispielsweise sieht – als „dringendste erste Schritte zur Verbesserung der Kita-Qualität“ vor:

- Auch für die Kindergartengruppen für die 3- bis 6-Jährigen soll mit einem Stufenplan im Kita-Gesetz eine Drittkraft verankert werden. Zunächst sollen ab dem 1.8.2018 alle Gruppen mit 25 belegten Plätzen eine dritte Fachkraft bekommen, ein Jahr später dann auch alle Gruppen mit mindestens 24 belegten Plätzen und so weiter, bis im August 2022 alle Gruppen mit mindestens 21 belegten Plätzen eine dritte Fachkraft haben. Die Kosten hierfür übernimmt vollständig das Land.
- Die Verfügungszeit pro Gruppe soll angehoben werden von 7,5 Stunden pro Woche auf 10 Stunden pro Woche. Damit bekommen die Fachkräfte mehr Zeit für ihre vielfältigen pädagogischen Aufgaben, z.B. für die Elternarbeit.
- In jeder Kita-Gruppe soll mindestens eine Fachkraft über eine heilpädagogische Zusatzqualifikation verfügen. Damit sollen die Kitas besser für die Anforderungen der Inklusion ausgestattet werden. Wir knüpfen damit an sehr erfolgreiche Weiterbildungsprogramme der vergangenen Jahre an.
- Wir wollen die Elternbeteiligung stärken und – vergleichbar zum Schulbereich – einen Landeselternrat auch für die Kindertagesstätten einführen.

„Uns ist es wichtig, die Qualität der Kindertagesstätten weiter zu verbessern und die Arbeitsbedingungen der Erzieherinnen und Erzieher den realen Erfordernissen anzupassen. Das sind unsere Vorschläge:

1. Schrittweise Einführung einer 3. Kraft in Kitas, beginnend mit den größten Gruppen (25 Kinder)

⁹⁹<https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/Massive-Kritik-an-Kita-Gesetz-Tonne-verteidigt-Entwurf,kita1318.html>, abgerufen am 25. 4. 21, 18.15 Uhr.

2. Personal-Kind-Schlüssel an Kitas zwischen 1:7 und 1:10
3. Erhöhung der Verfügungszeiten pro Gruppe von 7,5 Stunden auf 10 Stunden
4. Einführung eines Landeselternrats für Kindertagesstätten (analog zur Schule)

Wir halten es für sehr sinnvoll, auch die Finanzhilfe weiterzuentwickeln. Die Regelungen sind mittlerweile sehr kompliziert geworden. Für manche Fachkräfte übernimmt das Land 20 % der Personalausgaben, für manche 52 % und für manche 100 % und hinzu kommt noch ein Ausgleichsbetrag für die Gruppen, für die keine Elternbeiträge erhoben werden. Eine Vereinfachung wird aber noch umfangreiche Berechnungen und Verhandlungen mit den Kommunen erfordern.

In unserem aktuellen Gesetzentwurf haben wir uns deshalb noch auf die derzeitige Systematik der Finanzhilfe bezogen. Wir sehen vor, zur Gegenfinanzierung der erhöhten Verfügungszeit den Finanzhilfesatz von 20 % auf 23 % anzuheben und die Drittkräfte in den Kindergartengruppen analog zur Regelung für die Krippengruppen zu 100 % zu übernehmen.¹⁰⁰

Teilweise wird auch die Übernahme der Regelung über die inklusive Schule in den Kita-Bereich gefordert. Diese Regelung lautet:

„§ 4 NSchG – Inklusive Schule

(1) Die öffentlichen Schulen ermöglichen allen Schülerinnen und Schülern einen barrierefreien und gleichberechtigten Zugang und sind damit inklusive Schulen. Welche Schulform die Schülerinnen und Schüler besuchen, entscheiden die Erziehungsberechtigten (§ 59 Abs. 1 Satz 1).

(2) In den öffentlichen Schulen werden Schülerinnen und Schüler mit und ohne Behinderung gemeinsam erzogen und unterrichtet. Schülerinnen und Schüler, die wegen einer bestehenden oder drohenden Behinderung auf sonderpädagogische Unterstützung angewiesen sind, werden durch wirksame individuell angepasste Maßnahmen unterstützt; die Leistungsanforderungen können von denen der besuchten Schule abweichen. Ein Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung kann in den Förderschwerpunkten Lernen, emotionale und soziale Entwicklung, Sprache, geistige Entwicklung, körperliche und motorische Entwicklung, Sehen und Hören festgestellt werden.¹⁰¹

Das brandenburgische Verfahren zur Identifizierung der Regelungsbedarfe und Erörterung der kita-rechtlichen Zielsetzungen und Probleme durch Arbeitsgruppen, in denen alle Interessengruppen vertreten sind, hat gegenüber dem in Niedersachsen gewählten Gesetzgebungsverfahren nach eher traditionellem Muster den Vorteil, Polarisierungen und einer auf das Verfahren und die Beratungsergebnisse bezogenen späteren Konfliktentstehung entgegenzuwirken.

¹⁰⁰ <https://www.fraktion.gruene-niedersachsen.de/themen/schule-kinder-jugend/themenspecial-kita.html>.

¹⁰¹ NSchG v. 3. 3. 1998, i. d. Fassg. v. 23. 3. 2012.

Fragen f und g:

Welche landesrechtlichen Regelungen betreffend den Rechtsanspruch für Kinder mit besonderen Bedarfen und bei Ganztagsbetreuung in den Ferien gibt es in anderen Bundesländern? Welche Regelungen der Schulbeförderung gibt es in diesem Zusammenhang, die hierbei unterstützen?

Wie ist das Verhältnis von Jugendhilfeträger und Sozialhilfeträger in anderen Bundesländern rechtlich ausgestaltet (bezogen auf Frage f)? Wer ist zuständig für die Gewährleistung und welche Aufgabenübertragung gibt es im Zusammenhang mit besonderen Bedarfen?

I. Ausgangslage und die Abstinenz landesrechtlicher Regelungen

1. Zur Regelungssystematik des Bundes- und Landesrechts (SGB VIII und IX) und dem Fehlen landesrechtlicher Regelungen zur Sicherstellung der „Ferienbetreuung“

Die im Fragenkomplex f) und g) formulierten Einzelfragen sind miteinander verwoben. Den Ausgangspunkt für das erforderliche Verständnis der Fragen und deren Beantwortung bilden die bestehenden Regelungen des Sozialgesetzbuches. Der Bund regelt in differenzierter Weise in den Sozialgesetzbüchern VIII und IX die Rechtsansprüche von Kindern mit unterschiedlichen Behinderungen und deren Erfüllung durch das Jugendamt (SGB VIII) und die Sozial-/Integrationsbehörde (SGB IX).¹⁰² Es ist ein Anliegen des nunmehr verabschiedeten KJSG, bei der Eingliederungshilfe eine „Große Lösung“, also eine umfassende Zuständigkeit der Jugendhilfe des SGB VIII für körperlich, geistig und seelisch behinderte junge Menschen herbeizuführen. Unter der Voraussetzung, dass bis zum 1. Januar 2027 ein „Bundesgesetz auf Grundlage einer prospektiven Gesamtevaluation“ verkündet wird, welches die Einzelheiten zu dem berechtigten Personenkreis, zu Art und Umfang der Leistung, der Kostenbeteiligung und dem Verfahren regelt, erfolgt die Zusammenführung der Leistungen nach dem SGB VIII n.F. und des SGB IX in drei Stufen: Ab sofort nimmt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gem. § 10a Abs. 3 SGB VIII und § 117 Abs. 6 SGB IX beraten am Gesamtplanverfahren teil („um zur Bedarfsgerechtigkeit der nach dem SGB IX dem betreffenden Kind oder Jugendlichen zu gewährenden Leistungen auf

¹⁰² Zudem werden Leistungsansprüche durch § 28 Abs. 4 SGB II („Bei Schülerinnen ..., die für den Besuch der nächstgelegenen Schule des gewählten Bildungsgangs auf Schülerbeförderung angewiesen sind, werden die dafür erforderlichen tatsächlichen Aufwendungen berücksichtigt, soweit ...“) und in entsprechender Weise durch § 34 Abs. 4 SGB XII, § 6b Abs. 2 BKGG sowie § 3 Abs. 4 AsylbLG als Ausdruck der Bildungsteilhabe anerkannt.

Eingliederungshilfe beizutragen.“¹⁰³ Zum 1. Januar 2024 tritt sodann § 10b SGB VIII in Kraft, der den Anspruch auf Unterstützung durch einen Verfahrenslotsen regelt.¹⁰⁴ Erst in einem dritten Schritt – ab dem 1. 1. 2028 – wird der Träger der öffentlichen Jugendhilfe umfassend zuständig, sofern die Bedingung des bereits angesprochenen, bis zum 1. 1. 2027 verkündeten zusätzlichen Bundesgesetzes erfüllt ist.¹⁰⁵

Vor dem Hintergrund dieser bundesrechtlichen Ausgangslage an der Schnittstelle von Leistungen, die aktiv von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe auf Grundlage des SGB VIII erbracht werden und jenen Erstattungsleistungen nach dem SGB IX, stellt sich die (auch die Gutachten-) Frage nach landesrechtlichen Regelungen zur Betreuung von Kindern und Jugendlichen mit besonderen Bedarfen während der Schulferien. Bundesrechtlich sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gem. § 22a Abs. 3 Satz 2 SGB VIII verpflichtet, für jene Kinder, „die nicht von den Erziehungsberechtigten betreut werden können, eine anderweitige Betreuungsmöglichkeit sicherzustellen.“ In Anknüpfung an § 69 Abs. 1 SGB VIII a.F. sind mit dem Ersten Gesetz zur Ausführung des SGB VIII (AGKJHG, i. d. Fassg. d. Bekanntmachg. V. 26. 6. 1997¹⁰⁶) die brandenburgischen Landkreise und kreisfreien Städte zu Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt worden; die kreisangehörigen Gemeinden und freie Träger sind / werden demgegenüber zum Betrieb von Kindertagesstätten / Kindergärten nicht verpflichtet.¹⁰⁷ Die „Sicherung und Förderung eines breiten Angebotes an Bildungs- und Kinderbetreuungseinrichtungen“ zählt (nach § 2 Abs. 2 BbgKVerf und in anderen Flächenbundesländern nach den entsprechenden kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen) zu den *Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft*, also zum kommunalen Aufgabenspektrum i. S. der kommunalen Selbstverwaltungsgarantien der Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 97 LV, für die eine (bundes- und landesverfassungsrechtlich abgesicherte gemeindliche) All- und Alleinzuständigkeit i. S. eines Erstzugriffsrechts besteht. Aufgaben dieses Typus können dementsprechend vom Gesetzgeber zu pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben bestimmt, ggf. „hochgezont“, nicht hingegen als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung übertragen werden (vgl. § 2 Abs. 3 BbgKVerf). Hieraus wiederum folgt die Garantie der *eigenverantwortlichen* Aufgabenwahrnehmung als modales Gewährleistungselement der kommunalen Selbstverwaltungsgarantien. Dementsprechend sind die staatlichen Instanzen auf eine *rechtsaufsichtsrechtliche* Kontrolle der Landkreise als Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe beschränkt; auch eine fachliche Umhegung durch „präventiv“ wirkende, den fachlichen Gestaltungsspielraum einengende Richtlinien

¹⁰³ BT-Drs. 19/26107, S. 79.

¹⁰⁴ Die Regelungen des § 10a Abs. 3 und § 10b SGB VIII sind befristet bis zum 31. 12. 2027.

¹⁰⁵ Chr. Schmidt, Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – Wenig Licht und viel Schatten, NJW 2021, 1992, Fn. 9, übt zu Recht deutliche Kritik, dass die für den Fall des Ausbleibens der „Großen Lösung“ keine Weitergeltung der §§ 10a Abs. e und 10b SGB VIII n.F. geregelt ist.

¹⁰⁶ GVBl. I/97, Nr. 07, S. 87, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 1. 2020, GVBl. I/20, Nr. 1.

¹⁰⁷ Die früher bestehende landesrechtliche – mit § 69 SGB VIII a.F. kollidierende – Verpflichtung der Gemeinden, ein bedarfsgerechtes Angebot an Kita-Plätzen oder gleichermaßen geeigneten Tagespflegeeinrichtungen zu schaffen und vorzuhalten, ist vom LVerfG mit Urteil v. 20. 3. 2003 (BbgVfG 54/01) für verfassungswidrig erklärt und sodann durch das KitaG 2004 aufgehoben worden. Dieser Rechtszustand besteht seitdem unverändert fort.

scheidet daher von vornherein aus.¹⁰⁸ Aus diesem Grunde ist die Suche nach landesrechtlichen Regelungen über die Sicherstellung der Betreuung von Kindern (mit besonderen Bedarfen / mit Behinderungen, Eingliederungsbedarf oder an der Schwelle hierzu) nicht erfolgreich. Die Eigenverantwortung der Landkreise und kreisfreien Städte bei der Gestaltung und Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtung wird auch bereits aus Gründen der Normenhierarchie – „Eigenverantwortlichkeit“ als Element der bundesverfassungsrechtlichen kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und dem einfachen (Bundes-)Gesetzesrecht des SGB IX) durch die Regelungen des SGB IX nicht im Sinne einer kondominialen Überlagerung verdrängt.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Reichweite der Landesgesetzgeber berechtigt sein kann, Standards für die Erfüllung von Kita-Betreuungspflichten in Ferienzeiten zu regeln, ist komplex. Dies gilt umso mehr, als die eingliederungsrechtlichen Regelungen des SGB IX bislang (nur) für den schulischen Bereich gelten. Soweit ersichtlich, gibt es zu diesem Problem keine Regelungen in anderen Ländern, die als Matrizes dienen könnten.

2. Ausgangslage zur Aufgabe der Schülerbeförderung

In Deutschland sind 294 Landkreise und 107 kreisfreie Städte in 13 Flächenbundesländern für die Schülerbeförderung zuständig. Bei der Schülerbeförderung handelt es sich um eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe i.S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG, so dass landesrechtliche Vorgaben (über das „wie“ der Aufgabenerfüllung, etwa in Gestalt von Rechtsverordnungen, Richtlinien, Rundschreiben) nicht existieren [können]; derartige Regelungen wären verfassungsrechtlich problematisch.¹⁰⁹

Im Land Brandenburg ist die Schülerbeförderungspflicht (die Zuständigkeit der 14 Landkreise und 4 kreisfreien Städte als Träger der Schülerbeförderung) durch § 112 BbgSchulG geregelt: Die Landkreise und kreisfreien Städte sind als Träger der Schülerbeförderung verpflichtet, den Schülertransport für die

¹⁰⁸ Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages, WD 3 – 3000 – 192/14, S. 4, formuliert es folgendermaßen: „Die Gemeinden sind zur Erledigung dieser Aufgaben verpflichtet. Sie können jedoch frei darüber entscheiden, auf welche Art und Weise sie die zugewiesenen Aufgaben durchführen. Die staatliche Aufsicht beschränkt sich auf die Rechtsaufsicht.“

¹⁰⁹ Demgegenüber gibt es landesrechtliche Regelungen zur Übernahme der Beförderungskosten bzw. einer Kostenfreiheit (entspr. der unterschiedlichen Regelungslogik des SGB IX bzw. SGB VIII); siehe hierzu z.B. Bayerisches Gesetz über die Kostenfreiheit des Schulwegs, Art. 1 Abs. 1 S. 1: „Die notwendige Beförderung der Schülerinnen ... ist ... Aufgabe der kreisfreien Gemeinde oder des Landkreises des gewöhnlichen Aufenthalts ... [Dies] gilt auch bei öffentlichen und staatlich anerkannten ... -schulen ... ohne Begrenzung auf bestimmte Jahrgangsstufen für Schülerinnen ..., die wegen einer dauernden Behinderung auf eine Beförderung angewiesen sind.“; weitgehende Regelung, allerdings nicht in Bezug auf den hier interessierenden Aspekt einer Beförderungsleistung für Kita-Kinder in § 71 SchulG LSA (gem. § 71 Abs. 6 *Beförderungs-* und *Erstattungspflicht* für Schüler[inne]n) wegen einer körperlichen oder geistigen Behinderung; zu der Definition von „Behinderung“ i.S. des § 71 SchulG LSA i.V. mit § 2 Abs. 1 SGB IX und damit zugleich zum Zusammenwirken dieser rechtlichen Grundlagen: VG Magdeburg, Urt. v. 13. 4. 2012 – 7 A 265/11); § 23 Abs. 1 und 3 SächsSchulG.

Schulen in öffentlicher Trägerschaft und auch für die Ersatzschulen(!) sicherzustellen. Absatz 1 Satz 3 BbgSchulG stellt den Charakter der Schülerbeförderungsaufgabe als einer *pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe* i.S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 97 LV (Ausgleichs- und Ergänzungsfunktion der Gemeindeverbände bzw. der gemeindeverbandlichen / möglicherweise „kreisörtlichen“¹¹⁰ Aufgaben) ausdrücklich klar.¹¹¹ Bei alledem soll die „Schülerbeförderung ... in den öffentlichen Personennahverkehr eingegliedert werden.“ (§ 112 Abs. 2 Satz 2 BbgSchulG) Da der Hort, der auch in den Ferienzeiten eine Betreuung sicherzustellen hat, nicht dem schulischen Bereich zugeordnet ist, erstreckt sich die aus § 112 BbgSchulG folgende Schülerbeförderungspflicht nicht – automatisch – auf die Regelung der Beförderung von „hortpflichtigen“ Kindern.

3. Die Beförderung von Kindern – „vom vollendeten dritten Lebensjahr“¹¹² – bis zum Schuleintritt

Die Landkreise und kreisfreien Städte sind allerdings nicht gehindert, die Beförderungsleistungen auf die Bedarfe der Kita-Kinder (insbesondere jener Kinder, die einen Hort aufsuchen) auch in Ferienzeiten (ggf. auch für Kinder in Betreuungseinrichtungen privater Träger) anzupassen; die Entscheidung, ob und in welchem Umfang derartige Regelungen (durch entsprechende Satzungsgestaltung) erfolgen, ist Bestandteil der *eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung* (der Hoheitenbündel) aus / des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 97 LV.

Der Gesetzgeber wiederum ist nicht gehindert, auch diese Beförderungsaufgabe – parallel zu Schülerbeförderung – als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Kommunalkörperschaften auszugestalten, wie etwa in Rheinland-Pfalz geschehen. § 11 des rheinland-pfälzischen Kindertagesstättengesetzes (KTagStG RhPf¹¹³) lautet:

„Beförderung

Landkreise sowie Städte mit eigenem Jugendamt haben als Pflichtaufgabe der Selbstverwaltung die Beförderung von Kindern vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt, für die kein Platz in einem wohnungsnahen Kindergarten zur Verfügung steht und die deshalb einen Kindergarten in einer anderen Gemeinde oder in einem anderen Gemeindeteil besuchen, zu gewährleisten und die hieraus entstehenden Kosten zu tragen. Für Kinder vom vollendeten zweiten bis zum vollendeten dritten Lebensjahr können die Landkreise und Städte nach Satz 1 die Beförderung im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten übernehmen, wenn die Erziehungsberechtigten die Aufsicht sicherstellen.“

¹¹⁰ So *Rennert*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Band I, 2002, Art. 28 II, Rn. 164.

¹¹¹ Für die Stadtstaaten Berlin und Hamburg scheidet die Qualifizierung der Schülerbeförderungsaufgabe als kommunaler Selbstverwaltungsaufgabe in Ermangelung von Kommunen / Landkreisen i. S. des Art. 28 Abs. 2 GG aus. Dieser Rechtszustand ist bundesverfassungskonform, weil er vorkonstitutionell erzeugt worden ist.

¹¹² So der Regelungsinhalt der rheinland-pfälzischen Regelung des § 11 KTagStGRhPf.

¹¹³ KTagStG v. 15. 3. 1991, i. d. Fassg. v. 16. 12. 2005.

Eine derartige Rechtsgestaltung ist allerdings konnexitätsauslösend i.S. des Art. 97 Abs. 3 LV.

4. Zur rechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses / der Zuständigkeiten nach dem Achten und dem Neunten Buch¹¹⁴ Sozialgesetzbuch

Örtliche Träger der Eingliederungshilfe sind gem. § 2 Abs. 1 AGSGB IX¹¹⁵ im Land Brandenburg die Landkreise und kreisfreien Städte. Diese sind sachlich zuständig für die Leistungen zur selbstbestimmten Lebensführung für Menschen mit Behinderungen nach Teil 2 des SGB IX; nach § 3 Satz 2 AGSGB IX nehmen die Landkreise und kreisfreien Städte – ggf. unter Heranziehung von Ämtern gem. § 8 AGSGB IX – diese Aufgaben als pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben wahr.

Kinder und Jugendliche haben grds. einen Anspruch auf Schülerbeförderung nach Maßgabe des Brandenburgischen Schulgesetzes. Für Schüler(innen) mit Eingliederungshilfebedarf kann die Übernahme der Kosten für die Schülerbeförderung gewährt werden:

- Fahrtkosten zur Schule bei seelisch behinderten Kindern / Jugendlichen mit Anspruch auf Eingliederungshilfe auf Grundlage des den Inklusionsgedanken hervorhebenden eigenständigen Leistungstatbestandes des § 35a SGB VIII (als Leistung der Kinder- und Jugendhilfe gem. § 2 Abs. 2 Nr. 5 SGB VIII);
- Fahrtkosten zur Schule bei körperlich und/oder geistig behinderten Kindern mit Anspruch auf Eingliederungshilfe gem. § 99 SGB IX i.V. mit § 53 SGB XII (in der am 31. 12. 2019 geltenden Fassung) i.V. mit § 112 SGB IX (als Leistung zur Teilhabe und Bildung) i.V. mit § 112 SGB IX.

Eine Behinderung i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX liegt bei Kindern vor, „die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern.“ Bei Kindern und Jugendlichen mit einer ausschließlich seelischen Behinderung (wie einer Depression) ist die Eingliederungshilfe nach dem SGB VIII vorrangig (§ 10 Abs. 4 Sätze 1 und 2 SGB VIII).

Zu Abgrenzungsschwierigkeiten kann es sowohl hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen (der Art der Behinderung) der unterschiedlichen Leistungsnormen, als auch hinsichtlich der Zuständigkeit zwischen den Leistungsverpflichteten (auch im Sinne von Leistungskonkurrenzen und -kongruenzen) kommen.

¹¹⁴ SGB IX vom 23. 12. 2016, BGBl. I S. 3234, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 6 59. G zur Änd. des Strafgesetzbuches vom 9. 10. 2020, BGBl. I S. 2075.

¹¹⁵ Brandenburgisches SGB IX-Ausführungsgesetz vom 18. 12. 2018, GVBl. I Nr. 38, zuletzt geändert durch Art. 2 G zur Umsetzung des BundesteilhabeG v. 18. 12. 2018, ebda.

Immerhin verliert die Abgrenzung zwischen der seelischen Behinderung und einem erzieherischen Defizit / Verhaltensauffälligkeiten durch § 10 Abs. 4 SGB VIII an Bedeutung, da in beiden Fällen die Jugendhilfe zuständig ist. Ungelöst sind demgegenüber teilweise die Abgrenzungs- und Zuständigkeitsfragen bei Mehrfachbehinderungen, wenn diese etwa nicht eindeutig einer Behinderungsart zuzuordnen sind und/oder körperlich/geistig behinderte Kinder einen deckungsgleichen Anspruch auf Eingliederungshilfe nach SGB XII und Hilfe zur Erziehung nach SGB VIII haben.

II. Zur Struktur der Aufgabenerfüllung

Die Kinder- und Jugendhilfe ist im Wesentlichen eine kommunale Aufgabe. Die Landkreise und kreisfreien Städte sind durch das SGB VIII verpflichtet, ein Jugendamt einzurichten und die Förderung der örtlichen Kinder- und Jugendhilfe als Pflichtaufgabe der kommunalen Selbstverwaltung zu gestalten. Die Leitentscheidungen der örtlichen Jugendhilfe werden durch den Jugendhilfeausschuss nach § 71 SGB VIII getroffen. Zusammen mit der Verwaltung gem. § 70 SGB VIII bildet er das Jugendamt. Kommunalverfassungsrechtlich ist der Jugendhilfeausschuss neben dem Hauptausschuss der einzige pflichtige Ausschuss. Der Jugendhilfeausschuss ist Entscheidungsorgan im Hinblick auf Problemlagen und die örtliche Kinder- und Jugendhilfeplanung insgesamt.

Demgegenüber bestimmt der Landesgesetzgeber die Träger der Eingliederungshilfe i.S. des § 98 SGB IX. In den meisten Bundesländern sind dies ebenfalls die Kommunalkörperschaften. Beispielsweise im Freistaat Bayern sind allerdings die Regierungsbezirke sowohl für ambulante als auch (teil-)stationäre Leistungen der Hilfe zur Pflege und auch für ergänzende existenzsichernde Leistungen zuständig. Auf Erfüllungsebene sind die öffentliche und freie Jugendhilfe von Vielfalt geprägt; dies ist, wie bereits skizziert, im Anschluss an die im Zuge der Wiedervereinigung in diesem Sinne im Einigungsvertrag getroffene Grundsatzentscheidung auch gewollt.

Dies alles verdeutlicht, dass die Aufgaben und Leistungsansprüche des SGB VIII und des SGB IX zwei – unterscheidbaren – Rechtskreisen, z.T. mit unterschiedlichen Behördenzuständigkeiten zugeordnet sind. Dementsprechend ist eine organisatorische Vermengung, die dem Jugendhilfeausschuss Beratungs- und Entscheidungsbefugnisse entzöge, unzulässig.

Die Zusammenarbeit zur „Frühförderung und Komplexleistung“ hat z.B. der nordrhein-westfälische Gesetzgeber im Sechsten Gesetz zur Ausführung des SGB VIII¹¹⁶ in § 14 geregelt:

„§ 14 Zusammenarbeit zur Frühförderung und Komplexleistung
Zur Unterstützung der Förderung von Kindern mit oder mit drohenden Behinderungen arbeiten diejenigen Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflegestellen, die Kinder mit oder mit drohenden und ohne

¹¹⁶ Gesetz zur qualitativen Weiterentwicklung der frühen Bildung vom 3. 12. 2019, Art. 1 des Gesetzes zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz – KiBiz).

Behinderungen gemeinsam betreuen, unter regelmäßiger Einbeziehung der Eltern mit den Sozialhilfe-, den anderen Rehabilitationsträgern und den Leistungserbringern zusammen. Die Leistungen der Frühförderung und Komplexleistung können auch in den Räumlichkeiten der Tageseinrichtungen erbracht werden, soweit hierfür Vereinbarungen getroffen wurden und die Voraussetzungen für die Leistungserbringung in der Kindertageseinrichtung gegeben sind.“

Ob und inwieweit es in der Verwaltungspraxis zu Vermengungen bei der Erfüllung der unterschiedlichen Rechtskreise kommt, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Es drängt sich aber auf, dass nach praktikablen Lösungen an den Schnittstellen des SGB VIII und IX gesucht wird. Organisatorisch können Aufgaben für Kinder mit geistigen oder körperlichen Behinderungen dem Jugendamt zugewiesen werden; in den Stadtstaaten ist dies mit Blick auf das Zusammenfallen der Landes- und der Kommunalebene organisatorisch einfacher und verfassungsrechtlich unbedenklich.

Es ist naheliegend, dass Anspruchsteller die strukturell günstigeren Lösungen des SGB VIII anstreben, weil mit diesen eine unmittelbare „Einstandspflicht“ / ein Tätigwerden der Jugendämter verbunden ist, während die Leistungsansprüche des SGB IX subsidiär sind (also gegenüber Personensorgeberechtigten wirksam, die nicht selbst leistungsfähig sind) und vielfach lediglich auf die Gewährung von Ersatzleistungen zielen. Die vollständige sachlich-/organisatorische Zuweisung sämtlicher in diesem Kontext erheblicher Leistungsbeziehungen würde dementsprechend – im Sinne einer „großen Lösung“ – deren weitestgehende inhaltliche Erweiterung bewirken. Die (derzeit teilweise angestrebte) Lösung eines „Lotsen“ im Jugendamt – an der Schnittstelle der Rechtsansprüche und -beziehungen nach dem SGB VIII und dem SGB IX – ist im Sinne einer Beratungslösung ein notwendiger erster Schritt.

Für eine vertiefte Analyse des Ist-Zustandes müssten die Arbeitsstrukturen der Sozialbehörden – zumindest exemplarisch – untersucht werden. Diese Aufgabe kann im Rahmen dieser Begutachtung nicht geleistet werden.

C. Untersuchung –2. Gutachtenteil

Der Gutachter ist vom MBJS ergänzend um eine Bewertung der Ergebnisse des Gutachtens am Maßstab der inzwischen in Kraft getretenen SGB VIII-Novelle (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, KJSG) gebeten worden.

I. Zur Regulationsstruktur der SGB VIII-Novelle und Zielsetzung einer gestärkten Inklusion von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen

Das vom Deutschen Bundestag nunmehr – im zweiten Anlauf¹¹⁷ – beschlossene und inzwischen in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG¹¹⁸), ein Artikelgesetz,¹¹⁹ vermeidet im Gesetzestext durchgehend den Begriff der Inklusion. Gleichwohl ist das politische Ziel der Novellierung unstrittig, jungen Menschen mit Behinderungen in besserer Weise eine *selbstbestimmte inklusive Teilhabe* zu ermöglichen. In diesem Sinne bestimmt bereits § 1 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII n.F., dass

„Jugendhilfe ... zur Verwirklichung des Rechts [auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer *selbstbestimmten, eigenverantwortlichen* und gemeinschaftsfähigen *Persönlichkeit*]

2. jungen Menschen ermöglichen oder erleichtern [soll], entsprechend ihrem Alter und ihrer individuellen Fähigkeiten in allen sie betreffenden Lebensbereichen *selbstbestimmt* zu *interagieren* und *damit gleichberechtigt am Leben in der Gesellschaft teilhaben* zu können, ...“ (Hervorhebungen nicht im Original),

und umschreibt damit nichts anderes als das Inklusionsziel i.S. auch eines einfachgesetzlichen Teilhaberechts, nicht hingegen i.S. eines originären Leistungsrechts.

Die Ermöglichung einer weitgehenden Teilhabe und Gleichberechtigung findet in der SGB VIII-Novelle Ausformungen in mehrfacher Hinsicht: So soll beispielsweise gem. § 8 Abs. 4 SGB VIII n.F. die „Beteiligung und Beratung von Kindern und Jugendlichen nach diesem Buch ... in einer für sie

¹¹⁷ Die Bundesregierung hatte bereits in der vergangenen Legislaturperiode den Entwurf eingebracht, der jedoch nicht mehr verabschiedet und dementsprechend – mit Blick auf den Grundsatz der (Verfassungsorgan-) Diskontinuität – in dieser Legislatur nicht fortgeführt werden konnte.

¹¹⁸ BR-Drs. 319/21 v. 23. 4. 2021 (Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen, Drs. 19/26107, 19/27481).

¹¹⁹ Durch das KJSG erfolgen nicht lediglich umfangreiche Regelungen im Bereich des SGB VIII (Artikel 1); es werden auch Änderungen und Ergänzungen von Vorschriften im Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz (Artikel 2), des Fünften (Artikel 3), Neunten (Artikel 4), Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (Artikel 5), sowie des Bürgerlichen Gesetzbuches (Artikel 6), des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Artikel 7), des Jugendgerichtsgesetzes (Artikel 8) und schließlich des EGGVG (Artikel 9) vorgenommen.

wahrnehmbaren Form [erfolgen].¹²⁰ In dieser und weiteren Regelungen kommt die Subjektstellung der Kinder und Jugendlichen als „zentrales Paradigma“ des SGB VIII deutlich zum Ausdruck.¹²¹

Die programmatische, einseitig an die öffentlichen (Leistungs-)Träger gerichtete Regelung des § 9 SGB VIII – über die „Grundrichtung der Erziehung [und] die Gleichberechtigung von jungen Menschen“ – regelt in einer neuen Nr. 4 nunmehr, dass „*bei der Ausgestaltung der Leistungen und bei der Erfüllung sonstiger Aufgaben die gleichberechtigte Teilhabe von jungen Menschen mit und ohne Behinderungen umzusetzen und vorhandene Barrieren abzubauen [sind].*“ Speziell an die Träger der Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflege adressiert ist die Regelung des § 22 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII, der zufolge „die Entwicklung des Kindes zu einer *selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit* [gefördert werden soll]“. Die Inklusion in Kitas hat im Zuge der Reform eine gewisse Stärkung dadurch erfahren, dass der bislang in § 22a Abs. 4 SGB VIII a.F. inhaltlich viel zu beliebig erscheinende *Inklusions-Vorbehalt* (Inklusion, „*sofern der Hilfebedarf dies zulässt*“) gestrichen worden ist.¹²² In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt:

„Zur inklusiven Gestaltung der Kinder- und Jugendhilfe wird die objektiv-rechtliche Verpflichtung zur regelhaften gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderungen in Kindertageseinrichtungen weiterentwickelt. Kinder mit Behinderungen sollen grundsätzlich an allen Aktivitäten und Angeboten für Kinder ohne Behinderungen partizipieren. Es geht um inklusive Formen der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen. Dabei wird berücksichtigt, dass die Förderung in einigen Ländern nicht mehr gruppenbezogen stattfindet.“

Der Gesetzgeber nimmt sodann ausdrücklich auf die UNBRK Bezug:

„Vor dem Hintergrund der bereits im Allgemeinen Teil der Begründung genannten Ziele des Artikel 7 VN-BRK entfällt die an den individuellen Hilfebedarf eines Kindes mit Behinderungen angeknüpfte Einschränkung der gemeinsamen Förderung. Die Berücksichtigung der spezifischen Bedarfe von Kindern mit Behinderungen muss insgesamt sowohl im Rahmen der pädagogischen Arbeit als auch bei den strukturellen Rahmenbedingungen der Förderung in Tageseinrichtungen zum Tragen kommen. Nach § 22 Absatz 2 Satz 3 sollen die Tageseinrichtungen und der Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit anderen Rehabilitationsträgern bei der gemeinsamen Förderung von Kindern mit und Kindern ohne Behinderungen zusammenarbeiten.“

¹²⁰ Zudem regelt § 8 Abs. 3 SGB VIII n.F. einen unbedingten Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf Beratung ohne Kenntnis des Personensorgeberechtigten; der Vorbehalt des § 8 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII a.F., wonach die Beratung („hinter dem Rücken der Eltern“) auf Grund einer Not- und Konfliktlage erforderlich sein musste, ist gestrichen. Dies wird mit Blick auf das durch Art. 6 Abs. 2 GG sicherlich Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geben.

¹²¹ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/26107, S. 74, zu Buchstabe b.

¹²² Die Entwicklung hin zu stärkerer Akzeptanz von Inklusion wird auch dadurch verdeutlicht, dass die Streichung dieses Vorbehaltes in der vergangenen Legislaturperiode zwischen den Akteuren der zuständigen Ministerien der Länder (auf Abteilungsleiterbene) noch heftig umstritten war. In dieser Legislatur bestand demgegenüber bereits weitgehend Einigkeit.

II. Das materiell-rechtliche Substrat der skizzierten SGB VIII-Novellierung und Schlussfolgerungen für den Untersuchungsgegenstand

1. Ein Herantasten an die Inklusion

Die Neuregelungen des SGB VIII n.F. zur Inklusion / Gleichstellung junger Menschen mit Behinderungen finden ihre rechtliche Grundlage / den in der Gesetzesbegründung ausdrücklich genannten Bezugsrahmen in der UNBRK¹²³ und verfassungsrechtlich in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Der Bundessozialgesetzgeber tastet sich allerdings im Rahmen der Novellierung des SGB VIII sehr behutsam an das Inklusionspostulat heran. Zunächst dürfte unstreitig bleiben, dass durch die SGB VIII-Novelle keine inklusionsrechtlichen subjektiven Leistungsrechte geschaffen werden. Hierfür fehlt im Gesetzestext jeglicher Anhaltspunkt.¹²⁴

Aber auch bereits hinsichtlich der an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe und letztlich die kommunalen und freien Kita-Träger adressierten inklusionsrechtlichen Ausformungen geht der SGB VIII-Gesetzgeber – bezogen auf den Gegenstand der Untersuchung – nicht über die durch die UNBRK erzeugten Rechtswirkungen¹²⁵ hinaus. Dies war auch bereits mit Blick auf die in Landesverantwortung liegende

¹²³ Soweit es um die Informations-Teilhabe geht, bildet Art. 21 UNBRK die Grundlage: Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen das Recht auf freie Meinungsäußerung und Meinungsfreiheit, einschließlich der Freiheit, Informationen und Gedankengut sich zu beschaffen, zum empfangen und weiterzugeben, gleichberechtigt mit anderen und durch alle von ihnen gewählten Formen der Kommunikation im Sinne des Artikels 2 ausüben können, unter anderem indem sie ... b) im Umgang mit Behörden die Verwendung von Gebärdensprache, Brailleschrift, ergänzenden und alternativen Kommunikationsformen und allen sonstigen selbst gewählten zugänglichen Mitteln, Formen und Formaten der Kommunikation durch Menschen mit Behinderungen akzeptieren und erleichtern; ...“

¹²⁴ Zu Einzelheiten zu einem möglicherweise aus der UNBRK unmittelbar folgenden subjektiven Recht siehe *Masuch*, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden, Forum D, Entwicklungen und Reformvorschläge, Diskussionsbeitrag Nr. 5/2012, in: DVfR, https://www.reha-recht.de/fileadmin/download/foren/d/2012/D5-2012_UN-Behindertenrechtskonvention_anwenden.pdf, abgerufen am 12. 7. 21, 15.49 Uhr.

¹²⁵ Auch die Rechtsprechung steht vor der Aufgabe, die besonders teilhaberelevanten Aspekte der UNBRK auszuformen. In diesem Sinne ist das Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 3. 12. 2009 – L 13 SB 235/07, wegweisend. Dort heißt es auszugsweise: „Insofern ist durch das Inkrafttreten des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Konvention-RMBeh – BGBl II 2008 Nr. 35, S 1419 ff) am 26. März 2009 (BGBl II vom 23.07.2009, Nr. 25, S 812) keine Änderung eingetreten. Danach zählen zu den Menschen mit Behinderungen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können (Art 1 Satz 2 UN-Konvention-RMBeh). Auch danach kommt es auf die Ursachen der Beeinträchtigungen nicht an. Vielmehr ist die Behinderung von der ausdrücklichen Zielstellung der Konvention her zu bestimmen, der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft aller Menschen unter Gewährleistung eines würdevollen Lebens, ohne dass hierbei eine langfristige gesundheitliche Beeinträchtigung einen Unterschied machen darf. Welche Bereiche als besonders teilhaberelevant anzusehen sind, gibt die UN-Konvention-RMBeh selbst vor. Dazu gehören u.a. die Zugänglichkeit (Art 9), das Recht auf körperliche und seelische Unversehrtheit (Art 17) und auf Gesundheit (Art 25), Recht auf Bildung (Art 24), Freizügigkeit (Art 18), die unabhängige Lebensführung (Art 19), die persönliche Mobilität (Art 20), die Meinungsäußerung und der Zugang zu Informationen (Art 21) und

Umsetzung – nach und nach – der Inklusionsziele und dem Erfordernis, die hieraus erwachsenen zusätzlichen Kosten in ein (von Land zu Land unterschiedlich konzipiertes) Gesamtfinanzierungssystem einzupassen, nicht zu erwarten. Im Hinblick auf die Umsetzung der Inklusion und der Vorgaben der UNBRK bleibt den Ländern m.a.W. ein weiter Gestaltungsspielraum.

2. Kein inklusionsrechtlicher Gehalt der Betriebserlaubnis i.S. des § 45 SGB VIII n.F.

Zwar spricht die Gesetzesbegründung zur Streichung des bislang in § 22a SGB VIII geregelten Vorbehalts von einer objektiv-rechtlichen Verpflichtung zur regelhaften gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderungen in Kindertageseinrichtungen: „Kinder sollen grundsätzlich an allen Aktivitäten und Angeboten für Kinder ohne Behinderungen partizipieren“, und hierbei geht es gerade „um inklusive Formen der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen.“

Eine Verankerung dieser „objektiv-rechtlichen Verpflichtung“ im Betriebserlaubnisrecht – die als Ergänzung und/oder Klarstellung ohne weiteres hätte in § 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII n.F. angesiedelt werden können – ist allerdings nicht erfolgt. Eine ambitionierte Gesetzesbegründung ersetzt nicht die – vom objektiven Empfängerhorizont aus verständliche, hinreichend klare und bestimmte – gesetzestextliche Entscheidung für ein inklusionsrechtliches Betriebserlaubnis-Kriterium.

Der Gesetzesbegründungstext kann dementsprechend als Prüfungs- und Umsetzungsauftrag an den Landesgesetzgeber verstanden werden, auf welchem Wege die – bereits aus der vor mehr als einer Dekade ratifizierten UNBRK – folgende objektiv-rechtliche Verpflichtung zur regelhaften gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderungen in Kindertageseinrichtungen – nach und nach – umgesetzt werden kann (und muss). Zu diesen Möglichkeiten zählen Erlaubnistatbestände ebenso wie der Erlass entsprechender Förderrichtlinien und/oder die Regelung eines Sonderungsverbot.

das Recht auf Arbeit und Beschäftigung (Art 27). Als jüngeres unmittelbar geltendes Bundesrecht zwingt die UN-Konvention-RMBe mit ihrem Normprogramm ihre Maßstäbe der Auslegung von §§ 2 und 69 SGB IX auf. Weil nicht vom gesundheitlichen Defizit sondern von der Teilhabeförderung her zu denken ist, können die Folgen einer Adipositas für die Teilhabe nicht dazu führen, dass ein behinderungsrechtlicher Status versagt bleibt.“

ANLAGE 1

Landesrechtliche Regelungen in den Schulgesetzen zur Inklusion/Integration von Kindern mit besonderem Betreuungsbedarf

Lange, Inklusive Bildung in Deutschland, S. 22, <http://library.fes.de/pdf-files/studienfoerderung/13493.pdf>

„Berlin, Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein sehen zwar keinen expliziten Rechtsanspruch auf inklusive Beschulung vor, räumen der Beschulung von Schüler_innen mit sonderpädagogischem Förderbedarf an der allgemeinen Schule aber Vorrang vor einer separierenden Beschulung an der Förderschule ein – aus gesetzlicher Perspektive stellt also die Exklusion dieser Schüler_innen die Ausnahme und nicht die Regel dar (vgl. SchulG Berlin § 36 (2); BbgSchulG § 3 (4); BremSchulG § 4 (5); HSchulG § 51 (1); FöSoVO § 6 (2); NSchG §4 (1); SchulG NRW §20 (2); SchulG Schleswig-Holstein §5 (2)). In Bremen wurden zudem alle Förderschulen aufgelöst (vgl. BremSchulG § 16), in Niedersachsen laufen die Förderschulen für den Förderschwerpunkt Lernen aus (vgl. NSchG §14 (1)), sodass für diese Förderschwerpunkte ohnehin keine separierende Beschulung mehr möglich ist.

Die Schulgesetze von Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen und Sachsen-Anhalt sehen den gemeinsamen Unterricht von Schüler_innen mit und ohne sonderpädagogischem Förderbedarf als gemeinsame Aufgabe von allgemeinen Schulen und Förderschulen, gewähren diesem aber keinen Vorrang vor dem Förderschulbesuch (vgl. SchG § 15 (2); BayEUG § 30b (2); SchulG Sachsen § 30 (1); SchulG LSA § 1 (3a)). In Sachsen und Sachsen-Anhalt besteht unter bestimmten Umständen sogar eine Pflicht zum Besuch der Förderschule (vgl. SchulG Sachsen § 30 (1); SchulG LSA § 39 (1)) – mit der im April 2017 beschlossenen Schulgesetznovelle soll diese in Sachsen zum 1. August 2018 aufgehoben werden (vgl. Sächsischer Landtag 2017: 43), in Sachsen-Anhalt ist derzeit keine weitere Änderung des Schulgesetzes im Sinne inklusiver Bildung geplant. Nach Einschätzung von Mißling/Ückert (2014) stellt diese Regelung „eine unzulässige, systematische Separierung und folglich eine nicht rechtfertigungsfähige Diskriminierung dar“.

	Schulgesetz	Ausgestaltung
Berlin	§§ 2 Abs. 1, 36 Abs. 2 S. 3 SchulG Berlin	Sonderpädagogische Förderung soll vorrangig an allgemeinen Schulen im gemeinsamen Unterricht mit Schülerinnen und Schülern ohne sonderpädagogischen Förderbedarf erfolgen. Bei der Planung und Durchführung des gemeinsamen Unterrichts, insbesondere bei der Erstellung von Förderplänen, arbeiten die Lehrkräfte für Sonderpädagogik und die der allgemeinen Schulen sowie andere Fachkräfte zusammen.
Brandenburg	§ 3 Abs.4 BbgSchulG	Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf sollen (...) vorrangig im gemeinsamen Unterricht mit Schülerinnen und Schülern ohne sonderpädagogischen Förderbedarf oder in Schulen oder Klassen mit einem entsprechenden sonderpädagogischen Förderschwerpunkt (Förderschulen oder Förderklassen), durch Ganztagsangebote oder Ganztagschulen (...), durch die

		Berücksichtigung des besonderen Unterrichtsbedarfs (..) und durch individuelle Hilfen besonders gefördert werden.
Bremen	§ 4 Abs. 5 BremSchulG	Der Unterricht und das weitere Schulleben sollen für behinderte und nichtbehinderte Schülerinnen und Schüler gemeinsam gestaltet werden. Die Schule hat der Ausgrenzung von jungen Menschen mit Behinderungen entgegenzuwirken. Sie soll Beeinträchtigungen in der Entwicklung der Kinder und Jugendlichen durch geeignete Maßnahmen vorbeugen sowie Auswirkungen von Behinderungen mindern und ausgleichen und auf die gleichberechtigte Teilhabe behinderter Schülerinnen und Schüler am Schulleben unter Berücksichtigung ihrer Beeinträchtigungen hinwirken.
Hessen	§§ 1 Abs. 2, 51 Abs. 1 HSchG	§ 1 Abs. 2 Inklusive Beschulung von Schülerinnen und Schülern mit Anspruch auf sonderpädagogische Förderung findet als Regelform in der allgemeinen Schule in enger Zusammenarbeit mit dem zuständigen sonderpädagogischen Beratungs- und Förderzentrum und gegebenenfalls unter Beteiligung der Förderschule statt. (...) § 51 Abs. 2 (Ressourcenvorbehalt) Die Schulen sind im Rahmen der beim Schulträger vorhandenen Mittel von diesem räumlich und sächlich auszustatten.
Mecklenburg-Vorpommern	§§ 6 Abs. 2, 9 Abs.1 FöSoVO	§ 6 Abs. 2 Vorrangiges Ziel ist es, dem individuellen sonderpädagogischen Förderbedarf eines Schülers zu entsprechen. Dabei ist als Förderort vorrangig die zuständige allgemeine Schule zu empfehlen. § 9 Abs. 1 (Ressourcenvorbehalt): Gemeinsamer Unterricht kann in allen Schulbereichen und Schulformen realisiert werden. Art und Umfang sind abhängig sowohl von den Lernvoraussetzungen eines Schülers als auch von den schulischen Bedingungen.
Niedersachsen	§ 4 Abs.1 NSchG, Sonderpädagogische Förderung RdErl. d. MK v. 1.2.2005 - 32 - 81027	Die öffentlichen Schulen ermöglichen allen Schülerinnen und Schülern einen barrierefreien und gleichberechtigten Zugang und sind damit inklusive Schulen.
Nordrhein-Westfalen	§§ 19, 20 Abs. 2 und 5 SchulG	§ 19 Schülerinnen und Schüler, die auf Grund einer Behinderung oder wegen einer Lern- oder Entwicklungsstörung besondere Unterstützung benötigen, werden nach ihrem individuellen Bedarf sonderpädagogisch gefördert.

		<p>§ 20 Abs 2 Sonderpädagogische Förderung findet in der Regel in der allgemeinen Schule statt. Die Eltern können abweichend hiervon die Förderschule wählen.</p> <p>§ 20 Abs. 5 Die Schulaufsichtsbehörde richtet gemeinsames Lernen mit Zustimmung des Schulträgers an einer allgemeinen Schule ein, es sei denn, die Schule ist dafür personell und sächlich nicht ausgestattet und kann auch nicht mit vertretbarem Aufwand dafür ausgestattet werden.</p>
Schleswig-Holstein	§ 5 Abs. 2 SchulG SH	<p>Schülerinnen und Schüler sollen unabhängig von dem Vorliegen eines sonderpädagogischen Förderbedarfs gemeinsam unterrichtet werden, soweit es die organisatorischen, personellen und sächlichen Möglichkeiten erlauben und es der individuellen Förderung der Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf entspricht (gemeinsamer Unterricht). (<i>Ressourcenvorbehalt</i>)</p>
Baden-Württemberg	§ 3 Abs. 3 SchulG	Schüler mit und ohne Behinderung werden gemeinsam erzogen und unterrichtet (<i>inklusive Bildung</i>).
Bayern	Artikel 41 Abs. 4 und 5 BayEUG	In Bayern können Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf nur an einer Regelschule mit dem Schulprofil „Inklusion“ unterrichtet werden, wenn diese vorhanden ist. Andernfalls ist das Kind zum Besuch der Förderschule verpflichtet.
Sachsen	§§ 4c Abs. 5 und 6, 13 Abs. 1 SächsSchulG, SchIVO	<p>§ 4c Abs. 5 Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf werden auf Wunsch der Eltern, volljährige Schüler auf eigenen Wunsch, in allen Schularten gemeinsam mit Schülern ohne sonderpädagogischen Förderbedarf inklusiv unterrichtet, soweit</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. dies unter Berücksichtigung der organisatorischen, personellen und sächlichen Voraussetzungen dem individuellen Förderbedarf des Schülers entspricht, 2. die Funktionsfähigkeit des Unterrichts nicht erheblich beeinträchtigt wird und

		<p>3. keine akute Selbst- oder Fremdgefährdung festgestellt wird.</p> <p>§ 4c Abs. 6 Die Schulaufsichtsbehörde berät die Eltern oder den volljährigen Schüler, in welcher Schulart und in welcher Schule dem individuellen sonderpädagogischen Förderbedarf des Schülers entsprochen werden kann. Über die Aufnahme des Schülers an eine bestimmte Schule entscheidet der Schulleiter. Dabei berücksichtigt er bei einer inklusiven Unterrichtung die Abstimmungen im Kooperationsverbund nach Absatz 7.</p> <p>§ 13 Abs. 1 Schüler, die wegen der Beeinträchtigung einer oder mehrerer physischer oder psychischer Funktionen auch durch besondere Hilfen in den anderen allgemeinbildenden Schulen nicht oder nicht hinreichend integriert werden können und deshalb über einen längeren Zeitraum einer sonderpädagogischen Förderung bedürfen, werden in Förderschulen unterrichtet</p>
Sachsen-Anhalt	§ 39 Abs. 1 SchulG LSA	Schülerinnen und Schüler, die einer sonderpädagogischen Förderung bedürfen, sind zum Besuch einer für sie geeigneten Förderschule oder des für sie geeigneten Sonderunterrichts verpflichtet, wenn die entsprechende Förderung nicht in einer Schule einer anderen Schulform erfolgen kann.
Thüringen	§ 12 Abs. 1 ThürGIG, § 2 Abs 1 ThürSchulG	§ 12 Abs. 1 ThürGIG (Ressourcenvorbehalt) Schüler mit Behinderungen haben das Recht gemeinsam mit Schülern ohne Behinderungen unterrichtet zu werden. (...) Eine Unterrichtung an Förderschulen erfolgt dann, wenn der gemeinsame Unterricht mit Schülern ohne Behinderungen nicht möglich oder eine gesonderte Förderung erforderlich ist.
Hamburg	§ 12 Abs.1 HmbSG	Kinder und Jugendliche mit sonderpädagogischem Förderbedarf haben das Recht, allgemeine Schulen zu besuchen. Sie werden dort gemeinsam mit Schülerinnen und Schülern ohne sonderpädagogischen Förderbedarf unterrichtet und besonders

		gefördert. Die Förderung kann zeitweilig in gesonderten Lerngruppen erfolgen, wenn dieses im Einzelfall pädagogisch geboten ist.
Rheinland-Pfalz	§ 59 Abs. 4 SchulG RP	Schülerinnen und Schüler, die nach Feststellung der Schulbehörde sonderpädagogischen Förderbedarf haben, nehmen am inklusiven Unterricht teil oder besuchen eine Förderschule. Die Entscheidung treffen die Eltern nach Beratung durch die Schulen mit inklusivem Unterricht oder die Förderschulen; hierzu gehören auch die Förder- und Beratungszentren. Entsprechend der Entscheidung der Eltern legt die Schulbehörde nach deren Anhörung unter Berücksichtigung der Belange der Schulträger und der Träger der Schülerbeförderung die zu besuchende Schule mit inklusivem Unterricht beziehungsweise die zu besuchende Förderschule fest (...). <i>(keinen Vorrang auf inklusiven Unterricht, sondern eine Auswahl zwischen inklusiver und exklusiver Beschulung)</i>
Saarland	§ 4 Abs. 1 SchoG	Die öffentlichen Schulen der Regelform sind inklusive Schulen. Sie ermöglichen grundsätzlich allen Schülerinnen und Schülern einen gleichberechtigten und ungehinderten Zugang.

ANLAGE 2 Frage f.: Welche landesrechtlichen Regelungen betreffend den Rechtsanspruch für Kinder mit besonderen Bedarfen und bei Ganztagsbetreuung in den Ferien gibt es in anderen Bundesländer? Welche Regelungen der Schülerbeförderung gibt es in diesem Zusammenhang, die hierbei unterstützen?

Regelungen für die Ferienbetreuung für Kinder mit besonderem Betreuungsbedarf

	Schulgesetz/Behinderung/Ferien	Beförderungsregelungen
Bund	§ 54 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII	Sofern die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel nicht zumutbar ist und die Einrichtung nicht anders erreichbar ist, werden auch die Kosten der Beförderung durch einen PKW als Maßnahmen der Schulbildung übernommen. Die Übernahme notwendiger Taxibeförderungskosten zum Besuch einer Sonderschule für Behinderte ist als Eingliederungsmaßnahme zu leisten (BVerwG vom 10.9.1992, NDV 93, 197). (Oestreicher/U. Mayer, 92. EL Februar 2021, SGB XII § 54 Rn. 107)
Berlin	§ 2 (1) SchulG Jeder junge Mensch hat ein Recht auf zukunftsfähige, diskriminierungsfreie schulische Bildung und Erziehung ungeachtet insbesondere einer möglichen Behinderung, ... oder aus vergleichbaren Gründen.	Verordnung über die ergänzende Förderung und Betreuung und die außerunterrichtliche Förderung und Betreuung von Schülerinnen und Schülern (Schülerförderungs- und -betreuungsverordnung - SchüFöVO) vom 24. Oktober 2011 https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-SchF%C3%B6BetrVBEV4P4 § 4 (7) Ein besonderer Betreuungsbedarf für die Ferienbetreuung für Schülerinnen und Schüler der 5. und 6. Jahrgangsstufe besteht insbesondere dann, wenn 1. das Kind auf Grund vorzeitiger Einschulung, dem schnelleren Durchlaufen der Schulanfangsphase bzw. Überspringen einer Jahrgangsstufe zu Beginn der 5. bzw. 6. Jahrgangsstufe unter zehn Jahre alt ist, 2. die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit ein Alleinsein über einen längeren Zeitraum nicht zulässt, beide Elternteile berufstätig sind und die Betreuung nicht übernehmen können, 3. pädagogische, soziale oder familiäre Gründe vorliegen, die eine Betreuung und Förderung des Kindes über die 4. bzw. 5. Jahrgangsstufe hinaus zwingend erfordern, wie die Unterbringung in einer Obdachlosenunterkunft, Suchtprobleme in der Familie, ein sonderpädagogischer Förderbedarf oder eine beachtliche

		<p>Entwicklungsverzögerung des Kindes oder wenn die Erziehungsberechtigten zum Personenkreis der §§ 53 und 54 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch gehören oder Analphabeten sind.</p> <p>SopädVO Berlin § 36 Beförderung von Schülerinnen und Schülern (1) Schülerinnen und Schülern mit Hauptwohnsitz in Berlin, die wegen ihrer Behinderung nicht in der Lage sind, die Schule auf dem üblichen Wege zu besuchen, können auf Antrag für den Schulweg zur nächstgelegenen geeigneten aufnahmefähigen Schule besondere Beförderungsmittel zur Verfügung gestellt werden.</p> <p>GrundschulVO § 26 Abs 2 Betreuung auch in den Ferienzeiten umfasst</p>
Baden-Württemberg	<p>§ 3 Abs 3 SchulG Schüler mit und ohne Behinderung werden gemeinsam erzogen und unterrichtet (inklusive Bildung).</p>	<p>Kommunale Satzung (vgl Stadt Mösslingen) Keine besonderen Ferienbetreuungsformen und Kostenerstattungen ersichtlich</p>
Niedersachsen	<p>NSchG §4 (1) allen Schülerinnen und Schülern einen barrierefreien und gleichberechtigten Zugang“ Sonderpädagogische Förderung RdErl. d. MK v. 1.2.2005 - 32 - 81027 VORIS 22410</p>	<p>Keine konkreten Finanzierungsregelungen Nur § 3 Gesetz über finanzielle Leistungen des Landes wegen der Einführung der inklusiven Schule: Inklusionspauschale</p> <p>Keine besonderen Ferienregelungen</p>
Sachsen	<p>§ 13 Abs. 1 SchulG Schüler, die wegen der Beeinträchtigung einer oder mehrerer physischer oder psychischer Funktionen auch durch besondere Hilfen in den anderen allgemeinbildenden Schulen nicht oder nicht hinreichend integriert werden können und deshalb über einen längeren Zeitraum einer sonderpädagogischen Förderung bedürfen, in Förderschulen unterrichtet werden Schulintegrationsverordnung (SchIVO)</p> <p>§ 3 Abs. 1 SchIVO Schulordnung Förderschulen</p> <p>§ 20 Ferien (nur zeitliche Regelung)</p>	<p>Keine Ferienbetreuungsregelungen, vgl Elterbrief https://ker-leipzig.de/2020/08/ferienbetreuung-durch-den-mobilien-behindertendienst/</p>
Thüringen	<p>2 Abs 1 ThürSchulG Thüringer Verordnung zur sonderpädagogischen Förderung - ThürSoFöV - vom 6. April 2004 (GVBl. S.482) geändert durch Verordnung vom 26. Mai 2009 (GVBl. S. 481)</p>	<p>§ 4 Thüringer Gesetz über die Finanzierung der staatlichen Schulen (ThürSchFG) Keine besonderen Ferienregelungen</p>

	<p>https://www.thueringen.de/imperia/md/content/schulaemter/worbis/foerderung/verordnung_sonderpaedagogischen_foerderung.pdf</p> <p>§ 15 Sonderpädagogische Ferienbetreuung (1) Überregionale und regionale Förderzentren können unter Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse und nach den personellen und sächlichen Voraussetzungen der Schule eine sonderpädagogische Ferienbetreuung anbieten. Die Einrichtung einer Ferienbetreuung erfolgt nach der Entscheidung der Schulkonferenz im Benehmen mit dem Schulträger und mit Zustimmung des Schulamts. Die Ferienbetreuung kann halbtägig, tageweise oder auch wochenweise angeboten werden. In den Sommerferien haben die Förderzentren eine dreiwöchige Schließungszeit einzuhalten</p>	
Hamburg	<p>§ 12 HMBSG Integration von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf und Betreuung kranker Schülerinnen und Schüler</p>	<p>Bestimmungen für die Übernahme von Fahrtkosten zur Überbrückung des Schulweges (Schülerfahrgeldbestimmungen) vom 18.07.2011</p> <p>Fahrtkosten für den Schulweg ihrer Kinder tragen grundsätzlich die Eltern. Die Behörde für Schule und Berufsbildung (BSB) übernimmt ausnahmsweise auf Antrag in Ausführung von § 28 Absatz 4 Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) sowie darüber hinaus freiwillig die notwendigen Fahrtkosten zur Überbrückung des Schulweges für Schülerinnen und Schüler staatlicher Schulen und Schulen in freier Trägerschaft nach Maßgabe dieser Bestimmungen. 2.1.1 Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf in allgemeinen Schulen und in Sonderschulen</p> <p>Keine besonderen Ferienregelungen</p>
NRW	<p>§ 19 SchulG Sonderpädagogische Förderung (1) Schülerinnen und Schüler, die auf Grund einer Behinderung oder wegen einer Lern- oder Entwicklungsstörung besondere Unterstützung benötigen, werden nach ihrem individuellen Bedarf sonderpädagogisch gefördert.</p>	<p>Verordnung zur Ausführung des § 97 Abs. 4 Schulgesetz (Schülerfahrkostenverordnung - SchfkVO) § 9 Abs. 3 b Für Schülerinnen und Schüler mit Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung ist nächstgelegene Schule ...</p> <p>Keine besonderen Ferienregelungen</p>
Hessen	<p>§ 1 Abs. 2 Hessisches Schulgesetz</p>	<p>§ 161 Hessisches Schulgesetz Keine besonderen Ferienregelungen</p>