RFG

SCHRIFTENREIHE
RECHT & FINANZEN
FÜR GEMEINDEN

02/2010 02

Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg)
Weber/Kahl/Trixner/Bröthaler

Verpflichtendes Vorschul- oder Kindergartenjahr: Rahmenbedingungen und Auswirkungen

Symposium am 5. November 2009

- Kompetenzrechtliche Analyse
- Grundrechtliche Probleme
- Wettbewerbs- und vergaberechtliche Rahmen
- Institutionelle Bedingungen und Auswirkungen
- Folgen für den Finanzausgleich

Österreichischer Gemeindebund
KOMMUNAL KREDIT
RPW_NÖ GBG
NÖ Gemeinde Beratungs- & Steuerberatungsgesmbh
kommunal
leitner leitner
MANZ

Herausgeber:

Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft
Johannesgasse 23, 1010 Wien
Tel: 01/53 161-180
E-Mail: info@k-w-g.at
Internet: www.k-w-g.at

Autorenverzeichnis:

O.Univ.-Prof. Dr. **Karl Weber**
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre
Universität Innsbruck
Innrain 52d, 6020 Innsbruck
Tel: 0512/507- 8230
Fax: 0512/507-2828
E-Mail: Karl.Weber@uibk.ac.at
Internet: www.uibk.ac.at/oeffentl-recht

Univ.-Prof. Dr. **Arno Kahl**
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre
Universität Innsbruck
Innrain 52d, 6020 Innsbruck
Tel: 0512/507-8202 (8204)
Fax: 0512/507-2828
E-Mail: arno.kahl@uibk.ac.at
Internet: www.uibk.ac.at/oeffentl-recht

Dr. **Barbara Trixner**
Amt der Oö. Landesregierung
Direktion Bildung und Gesellschaft, Kindergärten und Horte
Bahnhofplatz 1, 4021 Linz
Tel.: 0732/77 20-15526
Fax: 0732/77 20-211787
E-Mail: Barbara.Trixner@ooe.gv.at
Internet:www.land-oberoesterreich.gv.at

Ass.Prof. DI. Dr. **Johann Bröthaler**
Department für Raumentwicklung, Infrastruktur- und Umweltplanung
Technische Universität Wien
Resselgasse 5, 1040 Wien
Tel.: 01/58801-267 10
Fax: 01/58801-267 99
E-Mail: johann.broethaler@tuwien.ac.at
Internet: www.ifip.tuwien.ac.at

Vorwort des Herausgebers

Die vom Manz Verlag und den beiden Interessenvertretungen Österreichischer Gemeindebund und Österreichischer Städtebund neu initiierte Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (KWG, www.k-w-g.at) wurde geschaffen, um die verschiedenen wissenschaftlichen Aktivitäten der Beteiligten zu bündeln.

Die Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft ist am 5. November 2009 mit einem wissenschaftlichen Symposium zum Thema „Verpflichtendes Vorschul- oder Kindergartenjahr: Rahmenbedingungen und Auswirkungen“ erstmals an die Öffentlichkeit getreten. Die schriftliche Fassung der bei diesem Symposium abgehaltenen Vorträge liegt nun als Tagungsband vor. Ausgehend von den verfassungsrechtlichen Grundlagen bietet der Band die erstmalige wissenschaftliche Aufarbeitung des neu eingeführten verpflichtenden Kindergartenjahres und dringt damit mit einer sehr gründlichen Analyse in ein wissenschaftlich bis dato höchst stiefmütterlich behandeltes Thema vor. Es ist dem Vorstand der Kommunalwissenschaftlichen Gesellschaft eine Freude, Ihnen die Ergebnisse dieses Symposiums mit diesem Tagungsband unterbreiten zu können.

Für die Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft

Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch (Vorsitzender)

Dr. Robert Hink
Generalsekretär
Gemeindebund

Bgm. Helmut Mödlhammer
Präsident
Gemeindebund

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser!

Die weitgehend flächendeckende Einführung des kostenfreien letzten Kindergartenjahres ist in den letzten Monaten einmal mehr in die Schlagzeilen geraten. Die meisten Bundesländer haben dieses Angebot schon geschaffen bzw. sind mit den Planungen für die Einführung fertig. Angesichts leerer Kassen und unter Druck geratener öffentlicher Haushalte werden nun die Rahmenbedingungen neu diskutiert. Dabei geht es nicht nur um das letzte Kindergartenjahr, sondern auch um den Gratiskindergarten ab dem dritten Lebensjahr.

Der Österreichische Gemeindebund hat die Probleme, die diese Entwicklung in sich trägt, schon lange erkannt und daher im Herbst 2009 gemeinsam mit der Kommunalwissenschaftlichen Gesellschaft ein Symposium im Wiener Rathaus organisiert, bei dem hochkarätige Wissenschafter und Experten die Rahmenbedingungen und Auswirkungen dieses Plans diskutierten. Dabei zeigte sich schon im Vorfeld und auch während des Symposiums selbst, wie schwierig allein die Begriffsdefinitionen sind. Eine zentrale Rolle spielt dabei etwa die Frage, ob man den Kindergarten formell als Betreuungs- oder als Bildungseinrichtung betrachtet. Oder ob dieses verpflichtende letzte Kindergartenjahr nicht eigentlich ein Vorschuljahr ist.

Diese Unterschiede sind höchst relevant, weil sie eine völlige Veränderung der Finanzierungsströme auslösen können. Viele Experten sprechen schon jetzt von einer Verlängerung der Schulpflicht, einerseits aufgrund der Verpflichtung, andererseits aufgrund des pädagogischen Werts, den man diesem Jahr beimisst.

Für die österreichischen Gemeinden sind diese Diskussion und die Expertisen der Wissenschaft von großer Bedeutung. Am Ende sind es nämlich die Kommunen, die die finanzielle Hauptlast in der Kinderbetreuung tragen müssen, die Klärung aller Rahmenbedingungen – auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht – ist daher eine Notwendigkeit.

Vorwort

In diesem Band der Schriftenreihe werden die Ergebnisse des Symposiums dokumentiert. Mehr als ein halbes Jahr nach der Veranstaltung haben die Beiträge und Ergebnisse nichts an Aktualität verloren; im Gegenteil, die öffentliche Debatte wird seit kurzem wieder mit großer Leidenschaft geführt. Für die Behandlung dieses Themas und auch als Teilnehmer am Symposium hat der Gemeindebund die besten Experten Österreichs gewonnen, ihnen gilt unser aufrichtiger Dank ebenso wie der erst jüngst gegründete „Kommunalwissenschaftlichen Gesellschaft".

Die RFG-Schriftenreihe publiziert sehr oft konkrete Handbücher und Handlungsanleitungen für die tägliche Arbeit in den Gemeinden. Diese Unterstützung ist wichtig. Ebenso wichtig ist aber auch die wissenschaftliche Basis für politisches Handeln, um Populismus und unsachliche Diskussionen zu vermeiden. Wir glauben an die Kraft und den enorm hohen Wert der Wissenschaft auch für die Kommunalpolitik. Daher nähern wir uns den essentiellen Fragen der Kinderbetreuung mit dieser Ausgabe auch von wissenschaftlicher Seite, die es freilich an konkreten Schlussfolgerungen nicht missen lässt.

Wir hoffen und sind davon überzeugt, dass diese Ausgabe der RFG-Schriftenreihe, die zweite des Jahres 2010, für Sie von Interesse und von Wert ist und wünschen Ihnen viel Information und „Denkstoff" mit der vorliegenden Ausgabe.

Generalsekretär
Dr. Robert Hink

Präsident
Bgm. Helmut Mödlhammer

Wien, April 2010

Inhaltsverzeichnis

1. Verfassungsrechtliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahres 7
1.1 Die Problemstellungen 7
1.2 Zur Legitimation staatlicher Eingriffe ins Kindsein 9
1.3 Die Vereinbarung nach Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen 10
1.3.1 Die Zielsetzung 10
1.3.2 Die Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über den Ausbau des institutionellen Kinderbetreuungsangebots und über die Einführung der verpflichtenden frühen sprachlichen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen sowie Schaffung eines bundesweiten vorschulischen Bildungsplans von 2008 11
1.4 Kompetenzrechtliche Analyse 12
1.5 Rechtsstaatliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahrs 20
1.6 Gemeinderechtliche Probleme des verpflichtenden Vorschuljahrs 21
1.7 Grundrechtliche Probleme des verpflichtenden Vorschuljahrs 22
1.7.1 Vorbemerkung 22
1.7.2 Der Gleichheitsgrundsatz 23
1.7.3 Art 8 EMRK: Das Recht auf Familienleben 26
1.7.4 Art 2 1. ZP MRK: Recht auf Bildung 27
1.8 Das verpflichtende Vorschuljahr im Lichte der Kinderrechtskonvention 28

2. Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung durch Gemeinden 29
2.1 Faktische Eckpunkte 29
2.2 Kindergärten als Unternehmen? 30
2.2.1 Wirtschaftliche Tätigkeit als Klammer der Binnenmarktregeln 30
2.2.2 Konturverlust der wirtschaftlichen Gegenleistung als konstitutivem Element einer wirtschaftlichen Tätigkeit 30
2.2.3 Stellen Kinderbetreuungseinrichtungen Unternehmen iSd Gemeinschaftsrechts dar? 32
2.2.3.1 Die Position von EuGH und Kommission 32
2.2.3.2 Einordnung der Kindergärten 32
2.3 Kindergartenfinanzierung im Lichte des Beihilferechts 34
2.3.1 Art 87 EG-Vertrag und das *Altmark*-Urteil 34
2.3.2 Das *Altmark*-Paket und seine Bedeutung für die Kinderbetreuung 36
2.3.2.1 Die Anwendung der Freistellungsentscheidung auf Einrichtungen zur Kinderbetreuung 37
2.3.2.2 Öffentlicher Auftrag 38

Inhaltsverzeichnis

2.3.2.3 Weitere Bindungen der Freistellungsentscheidung 41
2.3.3 Beihilferechtliche Schlussbetrachtung 42
2.4 Lauterkeitsrechtliche Grenzen 43
2.5 Vergaberecht 44
2.5.1 Kinderbetreuung als vergaberechtsrelevanter Sachverhalt 44
2.5.2 Kommunale Kindergärten als Verwaltungseinrichtungen der Gemeinde 45
2.5.3 Leistungserbringung durch private Kindergärten 45
2.5.4 Kommunale Leistungserbringung durch ausgegliederte Rechtsträger 47
2.5.4.1 Die *Teckal*-Ausnahme und Kinderbetreuung durch Gemeinden 48
2.5.4.2 Ausnahme jenseits der *Teckal*-Judikatur 50
2.6 Schluss 51

3. Verpflichtendes Vorschul- oder Kindergartenjahr: institutionelle Rahmenbedingungen und Auswirkungen 53
3.1 Ausgangslage 54
3.2 Hintergründe: Warum wurde ein beitragsfreies verpflichtendes letztes Kindergartenjahr eingeführt? 57
3.3 Umsetzung 58
3.3.1 Inhalt der Art 15 a-Vereinbarung 58
3.3.2 Rechtliche Konsequenzen 59
3.3.3 Rahmenbedingungen 60
3.3.3.1 Öffnungszeiten 60
3.3.3.2 Ferienzeiten 60
3.3.3.3 Personal 60
3.4 Zusammenfassung 60
3.5 Erste Erfahrungen/Ausblick auf die Zukunft 61

4. Finanzierung der Kinderbetreuung und Auswirkungen eines verpflichtenden Kindergartenjahrs auf den Finanzausgleich 61
4.1 Problemstellung 61
4.2 Institutionelle Kinderbetreuung in Österreich 62
4.3 Öffentliche Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung in Österreich 64
4.4 Finanzielle Verflechtungen der Gebietskörperschaften im Bereich Kinderbetreuung 68
4.5 Ausgaben und Einnahmen der Gemeinden für Kinderbetreuung 69
4.6 Finanzielle Auswirkungen des verpflichtenden Kindergartenjahrs 72
4.7 Auswirkungen auf den Finanzausgleich? 74
4.8 Schlussfolgerungen 76

Reihenübersicht 78

Impressum 80

1. VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN DES VERPFLICHTENDEN VORSCHULJAHRS

Von Karl Weber

1.1 Die Problemstellungen

Die Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtätig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen[1] enthält eine Verpflichtung der Länder, ab dem Kindergartenjahr 2009/10 einen kostenlosen halbtägigen Besuch von institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen im Ausmaß von 16 – 20 Wochenstunden für das letzte Jahr vor Schuleintritt sicherzustellen. Der Besuch dieses Vorschulprogramms – oder wie immer man es nennen will – soll für die Kinder verpflichtend und für die Eltern kostenfrei sein. Mit dieser Maßnahme soll die Schulfähigkeit der Kinder gefördert werden. Ohne dass dies in den Materialien zu dieser Vereinbarung[2] deutlich hervorgehoben wird, ist eines der wesentlichsten Regelungsziele, die Verbesserung der Sprachkompetenz von – nicht nur, aber vor allem – Kindern mit Migrationshintergrund. Nach den Materialien besucht zwar ein sehr hoher Prozentsatz der Kinder vor der Pflichtschule öffentliche oder private Kindergärten[3], wie der Gesetzgeber aber vermutet, bleiben gerade Kinder aus sozial schwachen Bevölkerungsgruppen und solche mit Migrationshintergrund vom Kindergartenbesuch ausgespart. Diese Kinder weisen häufig enorme Defizite bei der Beherrschung der deutschen Sprache in der Schule auf. Dies führt wiederum zu großen Problemen im Unterricht.[4] Dem soll durch den verpflichtenden Charakter dieser Maßnahme gegengesteuert werden.

Dieses neue Regelwerk wirft eine Fülle von Problemen auf. Die wichtigsten betreffen natürlich pädagogische Fragen nach dem Sinn und vor allem nach der konkreten Ausgestaltung dieses verpflichtenden Vorschuljahrs. Dazu kommen auch dienst- und besoldungsrechtliche Probleme, wirtschaftliche Fragen, vor allem aber Fragen der Finanzierung.

Für den Juristen stellen sich eine Reihe von öffentlichrechtlichen, aber auch zivilrechtlichen Fragen. Speziell aus der Sicht des Verfassungsrechts wirft dieses Regelwerk eine Reihe von Problemen auf:

► Zunächst stellt sich die **Frage** nach dem **Bedarf** einer so strikten **staatlichen Regulierung.** *Wolfgang Mantl* hat dieses Problem konzise formuliert: Was soll, was darf,

---

1 BGBl II 2009/99.
2 RV 205 BlgNR 24. GP; AB 210, 27.
3 RV 205 BlgNR 24. GP 3.
4 Vgl *Breit* (Hrsg), Frühkindliche Sprachstandsfeststellung. Konzept und Ergebnisse der systematischen Beobachtung im Kindergarten (2009); *Herzog-Punzenberger/Unterwurzacher,* Migration – Interkulturalität – Mehrsprachigkeit. Erste Befunde für das österreichische Bildungswesen, www.bifie.at/print/buch/773/b/2 (Stand 5. 1. 2010).

was kann der Staat[5]? Es handelt sich hier um die sensiblen Bereiche des Kindeswohles, der Kinderrechte, der Elternrechte, wobei beim verpflichtenden Vorschuljahr die Sensibilität zusätzlich durch das Alter der betroffenen Kinder deutlich wird. Ohne die sachliche Notwendigkeit dieser vorschulischen Förderungsmaßnahmen in Zweifel zu ziehen, muss doch grundsätzlich die Frage nach der Legitimation der staatlichen Verpflichtung zur Teilnahme an einem staatlichen Erziehungsprogramm für 5-jährige Kinder gestellt werden. Hier stellt sich vor allem die Frage nach den Grenzen staatlicher verpflichtender Eingriffe in die Kindheit. Gibt es einen zeitlich abgrenzbaren Freiraum des Kindes, der für den Gesetzgeber und die Verwaltung tabu ist und wo die Elternrechte aber auch die Freiheit des Kindes vor staatlichen Maßnahmen, also die Freiheit zum Kindsein staatsfrei garantiert sind?

- Sodann stellt sich die **Frage nach der kompetenzrechtlichen Einordnung** dieses verpflichtenden Vorschuljahrs. Wenngleich aus den Materialien hervorleuchtet, dass es sich dabei um eine spezifische Ausgestaltung des Kindergartenbesuchs handelt[6], ist die kompetenzrechtliche Frage damit noch nicht klar beantwortet. Denn kompetenzrechtlich spielen vage Absichten des Gesetzgebers oder der Parteien eines Vertragswerks nach Art 15 a B-VG keine ausschlaggebende Rolle.[7] Abzustellen ist ausschließlich auf den Inhalt und nicht den Zweck dieser Maßnahme.[8] Da Art 15 a-Vereinbarungen speziell transformiert werden müssen, stellt sich die Frage nach der kompetenzrechtlichen Zuordnung in aller Deutlichkeit.
- Mit der kompetenzrechtlichen Analyse eng verknüpft ist die Frage nach der **Stellung** dieses verpflichtenden Vorschuljahrs **im System der Finanzverfassung und des Finanzausgleichs.** Dieses Thema kann hier aus darstellungsökonomischen Gründen nur angesprochen, aber nicht vertieft werden. Aber auch die Rechtsstellung der Gemeinden, insb die Auswirkungen auf ihre finanzielle Situation wird zu hinterfragen sein.
- Schließlich stellt sich die Frage nach der **Vereinbarkeit** dieses verpflichtenden Vorschuljahrs **mit den Grundrechten.** Hier wird der Gleichheitsgrundsatz anzusprechen sein, aber auch Art 8 EMRK, das Grundrecht auf Privat- und Familienleben sowie das Recht auf Bildung. Abschließend wird auch ein kurzer Blick auf die Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen zu werfen sein.

---

5 *Mantl*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995) 75 (82).

6 RV 205 BlgNR 24. GP.

7 Zu den Grenzen der Heranziehung der Gesetzesmaterialien für die Interpretation vgl VfSlg 5153/1965; 7698/1975; Jabloner, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, FS-Schambeck (1994) 441.

8 Zur (angeblichen) Irrelevanz der Regelungszwecke s *Funk,* Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980) 81; *ders,* Leistungsmängel der bestehenden Kompetenzverteilung, in BKA-VD (Hrsg), Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich (oJ) 47 (114); *Pernthaler,* Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 337; *Thurner,* Der Bundesstaat in der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzverteilung (1994) 70; *Schroeder/Weber,* Die Kompetenzrechtsreform aus österreichischer und europäischer Perspektive (2006) 13.

1.2 Zur Legitimation staatlicher Eingriffe ins Kindsein

Die Staatsrechtswissenschaft und die Allgemeine Staatslehre befassen sich in einer sehr alten Tradition mit der Frage der Legitimation von Staatsaufgaben und Staatszwecken.[9] Die Ergebnisse dieser bücherwändefüllenden Auseinandersetzungen sind zumeist vage und für präzise Aufgabenstellungen nur bedingt brauchbar. Aus meiner Sicht ist die Frage nach der Legitimität des Aufgreifens neuer Tätigkeitsfelder staatlicher Organe in erster Linie eine Frage des positiven Verfassungsrechts.[10] Grundsätzlich ist der Staat frei, sich gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, gesundheitspolitischer, ökologischer, pädagogischer und anderer Probleme zu widmen und entsprechende Rechtsakte zur Problemlösung zu setzen, sofern ein öffentliches Interesse an einer solchen Aufgabenwahrnehmung besteht. Wie die Entwicklung der Staatsaufgaben in allen westlichen Industriestaaten zeigt, ist es in erster Linie der gesellschaftliche Problemdruck, der die Formulierung einer neuen Staatsaufgabe legitimiert.[11] Aus heutiger Sicht gibt es für die Zulässigkeit und Legitimität der Integration 5-Jähriger in das staatliche Bildungssystem keine absolute verfassungsrechtliche Schranke. Schranken für die **konkrete** gesetzliche und administrative Ausgestaltung der staatlichen Vorschulverpflichtung ergeben sich aber aus dem positiven verfassungsrechtlichen Normenbestand, hier vor allem aus der limitierenden Funktion der Grundrechte.

Die verfassungsrechtliche Beurteilung der Legitimität des verpflichtenden Vorschuljahrs ist ohne eine Rückbesinnung auf Verfassungswerte und ein Verfassungsvorverständnis kaum möglich.[12] Im Lichte eines sozialstaatlichen Verständnisses der Gewährleistungsfunktion der Grundrechte[13] wird man frühkindliche Förderung angesichts der allgemein bekannten Probleme von Kindern aus Randgruppen oder mit Migrationshintergrund beim Schuleintritt anders bewerten als mit einem neoliberalen Verständnis der Grundrechte, wo die reine Abwehrfunktion dominiert. In ersterem Sinne wird man an der Legitimität staatlichen Handelns, wie es sich in der gegenständlichen Art 15 a-Vereinbarung manifestiert, kaum zweifeln können. So lässt sich die Frage von *Wolfgang Mantl*, ob der Staat in diese kindliche Freiheit vor dem Schuleintritt erzieherisch eingreifen **darf,** bejahen, wenngleich auf die grundrechtlichen Schranken, die bei der konkreten Maßnahmensetzung beachtlich sind, immer wieder hinzuweisen ist.

---

9 Siehe *Jellinek,* Allgemeine Staatslehre[3] (1913, Neudruck 1966) 230; *Schambeck,* Die Staatszwecke der Republik Österreich, in *Klecatsky* (Hrsg), Die Republik Österreich – Gestalt und Funktion ihrer Verfassung (1968) 243; *Herzog,* Allgemeine Staatslehre (1971) 106; *Saladin,* Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt (1995) 38; *Pernthaler,* Allgemeine Staatslehre[2] (1996) 11; *Gamper,* Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre (2007) 150.

10 Wenn sich der Staat einer neuen Aufgabe zuwendet und sie somit zur Staatsaufgabe macht, ist dies im Rahmen verfassungsrechtlicher Schranken (Grundrechte, Staatsziele, Kompetenzregeln) und völker- und europarechtlicher Verpflichtungen Ausfluss seiner Souveränität.

11 Dies lässt sich etwa beim Fremdenrecht, dem Altenrecht und jüngst bei den staatlichen Maßnahmen zur Regelung der Bankenkrise besonders deutlich beobachten; s *Pernthaler,* Der moderne Staat an den Grenzen des Wachstums, ZÖR 1984, 115.

12 Siehe dazu eingehend *Wimmer,* Materiales Verfassungsverständnis (1971); *Winkler,* Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969); *Adamovich/Funk/Holzinger,* Österreichisches Staatsrecht, Bd I Grundlagen (1997) Rz 01.027, 03.022.

13 Zur sozialstaatlichen Funktion der Grundrechte s *Herzog,* Staatslehre 393; *Müller,* Soziale Grundrechte in der Verfassung?[2] (1981); *Enders/Wiederin,* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005) 7, 53.

Soll der Staat den Vorschulbereich verpflichtend in das staatliche Erziehungssystem einbinden? Angesichts der nachweislich gravierenden Probleme, die wir heute in den österr Primärschulen haben, bin ich der (rechtspolitischen) Überzeugung, dass der Staat hier nicht nur handeln darf, sondern auch handeln **soll.**

1.3 Die Vereinbarung nach Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen

1.3.1 Die Zielsetzung

Art 1 der Vereinbarung benennt das **prioritäre Ziel:** Allen Kindern, unabhängig von ihrer sozio-ökonomischen Herkunft, sollen beste Bildungsmöglichkeiten und Startchancen in das spätere Berufsleben geboten werden. Diese Möglichkeit soll allen Kindern unentgeltlich geboten werden. Diese **Zielsetzung** wird in **Art 2** konkretisiert: Danach hat diese neue Kinderbetreuungseinrichtung die Aufgabe, durch altersgemäße Erziehung und Bildung die körperliche, seelische, geistige, sittliche und soziale Entwicklung in besonderem Maß zu fördern und nach erprobten Methoden der Kleinkindpädagogik die Erreichung der Schulfähigkeit zu unterstützen. Dabei steht die Persönlichkeitsbildung unter Wahrung der Kinderrechte, der Würde, der Freude und Neugierde im Vordergrund. Das Lernen soll in frühkindlichen Lernformen in einer ganzheitlichen und spielerischen Form vermittelt werden. Dabei wird auf die Art 15 a-Vereinbarung über den Ausbau des institutionellen Kinderbetreuungsangebots vom Dezember 2008[14] verwiesen.

In **Art 3** sind **Begriffsbestimmungen** enthalten, die für die kompetenzrechtliche Analyse rechtliche Relevanz besitzen. Definiert werden zunächst die geeigneten institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen. Das sind öffentliche und private Kindergärten, altersgemischte Gruppen, die nach landesgesetzlichen Bestimmungen rechtmäßig betrieben werden, sowie Übungskindergärten an Bildungsanstalten und andere Kinderbetreuungseinrichtungen, die in integrierten Modulen für 5-Jährige arbeiten. Erhalter solcher institutioneller Kinderbetreuungseinrichtungen sind Gebietskörperschaften, aber auch natürliche oder juristische Personen, die die entsprechende Verantwortung übernehmen können. Das Kindergartenjahr entspricht dem Unterrichtsjahr im Sinne des § 8 Abs 1 SchulzeitG. Schließlich wird der halbtägig verpflichtende Besuch als Zeitraum im Ausmaß von mindestens 16 – 20 Stunden an mindestens vier Tagen pro Woche definiert. Verstöße gegen die Besuchspflicht sollen verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden, wobei die Eltern bzw sonstige Erziehungsberechtigte Objekte der Strafnorm sind (Art 4 Abs 6). Art 6 regelt die Finanzierung durch den Bund. Dieser wird für die Kindergartenjahre 2009/2010 und 2010/2011 Zuschüsse in der Höhe von jeweils 70 Millionen Euro (pa) zur Verfügung stellen. Dieser Betrag wird nach einem festgelegten Schlüssel unter den Ländern aufgeteilt.[15] Die Aufteilung der Mittel zwischen Ländern und Gemeinden ist zwi-

[14] BGBl II 2008/478.

[15] Bgl 3,145%; Ktn 6,256%; NÖ 19,521%; OÖ 17,353%; Sbg 6,551%; Stmk 13,356%; Tir 8,906%; Vbg 4,993%; W 19,919%.

schen diesen zu vereinbaren. Die Anpassung der einschlägigen Landesgesetze hat bis 1. 9. 2010 zu erfolgen. Schließlich sieht die Vereinbarung noch Maßnahmen der Evaluierung und des Controlling vor.[16]

1.3.2 Die Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über den Ausbau des institutionellen Kinderbetreuungsangebots und über die Einführung der verpflichtenden frühen sprachlichen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen sowie Schaffung eines bundesweiten vorschulischen Bildungsplans von 2008

Die Vereinbarung nach 15 a B-VG über das verpflichtende Vorschuljahr steht in engem Zusammenhang mit der Art 15 a-Vereinbarung vom Dezember 2008.[17] Diese Vereinbarung soll das **Barcelona-Ziel** der EU umsetzen.[18] Nach diesem engagierten gemeinschaftsrechtlichen Projekt soll die Vereinbarkeit von Beruf und Familie gefördert werden. Bis zum Jahr 2010 sollen für 33% der unter-3-Jährigen Kinderbetreuungsplätze zur Verfügung stehen.

Ein weiteres Ziel ist die **Förderung der Deutsch-Kenntnisse** in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen. Kinder mit mangelnden Deutsch-Kenntnissen sollen durch diese Maßnahmen vor Eintritt in die erste Klasse der Volksschule die Unterrichtssprache Deutsch nach einheitlichen Deutsch-Standards im Sinne von Sprachkompetenzmodellen gut beherrschen. Die Vereinbarung spricht von *„möglichst beherrschen"*.[19] Der „Unterricht" soll durch Kindergartenpädagoginnen und -pädagogen gemeinsam mit den pädagogischen Leiterinnen und Leitern von Volksschulen und sonstigem schulischen Personal erfolgen. Auch nach dieser Vereinbarung soll der Erwerb der Sprachkompetenz *„auf integrative und spielerische Weise"* erfolgen.[20]

Die Vereinbarung 2008 zielt einerseits auf den Ausbau institutioneller Kinderbetreuungseinrichtungen und andererseits auf die Optimierung der Sprachkompetenz von Kindern im Vorschulalter ab. Dazu soll ein Qualifizierungsmodell für Kindergartenpädagoginnen und -pädagogen entwickelt werden.[21] Die Finanzierung all dieser Maßnahmen, die schon

---

16 Die begleitende Evaluierung soll auf Kosten des Bundes im Einvernehmen mit den Vertragspartnern erfolgen. Konsequenzen einer Nichtherstellung des Einvernehmens sind nicht vorgesehen. Die Pflicht zur Überprüfung der widmungsgemäßen Verwendung der Zweckzuschussmittel trifft die Länder. Da die administrative Durchführung des verpflichtenden Vorschuljahres in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden fällt, obliegt die Gebarungskontrolle gem Art 119 a Abs 2 B-VG der Gemeindeaufsicht. Vgl *Hengstschläger,* Gebarungskontrolle, in *Klug/Oberndorfer/ Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) 16. Teil Rz 133.

17 BGBl II 2008/478; idF als „Vereinbarung 2008" zit, BGBl II 2009/99 als „Vereinbarung 2009".

18 Siehe die Empfehlungen des Rats der EG vom März 2002 SN 100/1/02 REV 1 (DE), www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/71067.pdf (Stand 5. 1. 2010) sowie den Bericht der Kommission über die Umsetzung der Barcelona-Ziele auf dem Gebiet der Betreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter (KOM [2008] 638 endg – nicht im ABl veröffentlicht).

19 Art 1 Abs 2.

20 Art 1 Abs 2.

21 Art 3 Abs 2 Z 3 und 4.

kompetenzrechtlich zum Großteil den Ländern obliegen[22], soll durch Zweckzuschüsse des Bundes erfolgen.[23]

1.4 Kompetenzrechtliche Analyse

Um das verpflichtende Vorschuljahr, wie es in der Art 15 a-Vereinbarung rechtlich angelegt ist, einer kompetenzrechtlichen Analyse zu unterwerfen, muss noch einmal der Inhalt dieser Maßnahme inhaltlich und umfänglich abgesteckt werden. Es stellt sich hier aus kompetenzrechtlicher Sicht die Frage, inwieweit das verpflichtende Vorschuljahr den Schulrechtskompetenzen des Bundes, den Schulrechtskompetenzen der Länder gem Art 14 B-VG oder unter die Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG fällt.

Versucht man aus der Art 15 a-Vereinbarung 2009 den rechtlichen Kern des **Vorschulbegriffs** herauszuschälen, so lassen sich folgende Begriffselemente festmachen:

- **1. Der Besuch von geeigneten institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen im Ausmaß von mindestens 16 – 20 Stunden an mindestens vier Tagen pro Woche:** Diese institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen sind nach der Definition des Art 3 *„öffentliche und private Kindergärten sowie alterserweiterte oder altersgemischte Gruppen, die über eine landesgesetzliche Bewilligung oder einen sonstigen landesgesetzlichen Anerkennungsrechtsakt“* verfügen.[24] Neben diesen bereits bestehenden Einrichtungen kommen weiters noch solche in Betracht, die auf Grund eines zusätzlich integrierten Moduls für 5-jährige Kinder gemäß dem Bildungsplan der Vereinbarung 2008 arbeiten.[25] Dabei geht es um eine verstärkte frühe sprachliche Förderung, die Unterstützung der Schulreife und der Übergang zur Volksschule. Die Vereinbarung knüpft sohin institutionell und organisatorisch am Kindergartenmodell an, entwickelt dieses aber inhaltlich weiter. Die Besuchszeiten entsprechen dem traditionellen Kindergartenschema. Zwar haben in den letzten 20 Jahren Ganztagesbetreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter dieses Modell ergänzt. Das Ausmaß der Anwesenheitsverpflichtung ist jedoch wesentlich „sanfter“ als das in der Schule.[26]
- ***2. Das Vorschuljahr ist verpflichtend.*** Dabei wird offensichtlich an die Schulpflicht angeknüpft, deren Verletzung gleichermaßen verwaltungsstrafrechtlich geahndet wird.[27] Diese verpflichtende Teilnahme für alle Kinder im Vorschulalter ist ein prägendes Merkmal dieser neu geschaffenen Maßnahme und unterscheidet diese we-

---

[22] Die Regeln über die Ausbildung der Kindergartenpädagoginnen und -pädagogen an den Bildungsanstalten für Kindergartenpädagogik und des Personals an Volksschulen sollen gem Art 3 Abs 2 Vereinbarung 2008 vom Bund erlassen werden.

[23] Siehe § 23 Abs 4 FAG 2008, wonach für die Jahre 2008 bis 2010 jährlich Zweckzuschüsse in der Höhe von insgesamt € 20 Mio vorgesehen sind.

[24] Art 3 Z 1 Vereinbarung 2009.

[25] Art 4 Abs 2 Z 6 Vereinbarung 2008 definiert den **Bildungsplan** als *„die rahmenhafte Festlegung jener Bildungsziele und Kompetenzen sowie Zielformulierungen und Leitgedanken für wirksame pädagogische Interventionen und organisatorische Maßnahmen, die für Kinder von drei bis sechs Jahren gelten; der Bildungsplan ist so zu formulieren, dass Anschlussstellen an weitere Altersgruppen und Bildungsbereiche definiert werden; die rahmenhafte Festlegung soll eine Anpassung an die konkreten Bedingungen am jeweiligen Standort ermöglichen“.*

[26] Siehe § 1 SchulpflichtG, BGBl 1985/76 idF BGBl I 2006/113.

[27] Siehe Art 4 Abs 6 Vereinbarung 2009; § 24 Abs 4 SchulpflichtG.

sentlich vom Kindergartenbesuch, der traditionell freiwillig ist. Die Verpflichtung erstreckt sich zeitlich auf 16 – 20 Wochenstunden, aufgeteilt auf mindestens vier Tage pro Woche.

- **3.** Die Aufgabe des verpflichtenden Vorschuljahrs ist die altersgemäße Erziehung und Bildung zur **Förderung der körperlichen, seelischen, geistigen, sittlichen und sozialen Entwicklung und die Erreichung der Schulfähigkeit.** In Verbindung mit der Vereinbarung 2008 soll die Stärkung der grundlegenden Kompetenzen des Kindes erreicht werden. Dabei sind insb die Unterstützung der Schulreife und der Übergang zur Volksschule beachtlich. Zwar war die Vorbereitung auf die Schule und damit die Unterstützung der Schulreife auch schon immer ein pädagogisches Ziel des Kindergartens.[28] Dies wird aber durch die Vereinbarung 2009 wesentlich schärfer pointiert und als primäres Ziel formuliert.
- **4.** Das verpflichtende Vorschuljahr ist **von den Ländern zu organisieren und durchzuführen.** Die Vereinbarung bezieht zwar auch die **Gemeinden** ein, überlässt jedoch das Verhältnis des Landes zu den Gemeinden in dieser Frage den Verhandlungen dieser beiden Gebietskörperschaften.[29] Diese Verpflichtung ist im Zusammenhang mit den in der Vereinbarung 2009 genannten Trägern des verpflichtenden Vorschuljahrs zu sehen. Hier kommen neben Kindergärten vor allem Einrichtungen in Frage, die eine inhaltliche Gleichwertigkeit aufweisen und die über eine landesgesetzliche Bewilligung verfügen. Die Organisationskompetenz steht sohin in engem Konnex zur kompetenzrechtlichen Stellung der Länder im Kindergartenwesen.
- **5. Die Finanzierung wird vom Bund übernommen.** Der Bund bedient sich dabei des finanzverfassungsrechtlichen Instituts der Zweckzuschüsse.

Untersucht man nun den Inhalt der Vereinbarung 2009 so hat dies anhand der vom VfGH entwickelten Interpretationsgrundsätze zu erfolgen. Maßgeblich für die Interpretation der Kompetenzartikel, auch der Schulrechtskompetenzen, ist in erster Linie die sogenannte Versteinerungstheorie.[30] Danach sind die Kompetenzartikel der Bundesverfassung nach jenem Verständnis zu interpretieren, das ihnen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Kompetenzartikels beigemessen wurde.[31] Maßgeblich dafür ist die Ausprägung der einfachgesetzlichen Rechtslage im **Versteinerungszeitpunkt.** Dieses Kompetenzrechtsverständnis lässt Kompetenzbegriffe gleichsam historisch erstarren (versteinern). Allerdings wird dieses starre Schema durch das sogenannte Prinzip der intrasystematischen Entwicklungsfähigkeit aufgelockert.[32] Danach sind auch Neuregelungen zulässig, sofern sie nach ihrem Inhalt systematisch dem Kompetenzgrund angehören.[33]

---

[28] Siehe schon die VO des Kultusministers vom Juni 1872, RGBl 1872/108, die als Aufgabe des Kindergartens ua die Vorbereitung der Kinder auf den Volksschulunterricht nennt.

[29] Nicht verhandelbar, da bundesverfassungsrechtlich vorgegeben ist die Aufgabenbesorgung im Rahmen des eigenen Wirkungsbereichs.

[30] Vgl *Schäffer,* Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 97; *Funk,* System 69; *Thurner,* Bundesstaat 24; *Wiederin,* Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, FS-Winkler (1997) 1231; *Pernthaler,* Kompetenzverteilung in der Krise (1989) 79; *Schroeder/Weber,* Kompetenzrechtsreform 11.

[31] *Wiederin,* FS-Winkler, 1231 und *Muzak,* Österreichisches, Europäisches und internationales Binnenschifffahrtsrecht (2004) 11, stellen auf den Zeitpunkt der Erlassung der jeweiligen Kompetenzartikel ab.

[32] Vgl *Funk,* System 77; *Thurner*, Bundesstaat 30; *Öhlinger*, Verfassungsrecht[8] (2009) Rz 277.

[33] Vgl etwa VfSlg 12.996/1992; 14.266/1995.

Dieses Prinzip der **intrasystematischen Entwicklungsfähigkeit** trägt Elemente einer **„Implied-Power-Theorie“** in sich. Regelungen, die Kraft des Sachzusammenhangs mit der Hauptmaterie in einer direkten Verbindung stehen, sollen nicht starr und formalistisch von dieser abgetrennt werden, sondern sollen dieser zugeschlagen werden. Allerdings geht der VfGH mit diesem Prinzip sehr zurückhaltend um. Insb weigert er sich (zu Recht), die intrasystematische Entwicklungsfähigkeit als Anpassungsinstrument des antiquierten und am Materienbezug festhaltenden Kompetenzrechts einzusetzen.[34]

Die Versteinerungstheorie steht in untrennbarem Zusammenhang mit dem **Prinzip der strikten Kompetenztrennung.**[35] Nach Auffassung des VfGH gibt es – von verfassungsrechtlich festgelegten Ausnahmen abgesehen[36] – keine konkurrierenden Zuständigkeiten. Entweder fällt eine Angelegenheit in die Zuständigkeit des Bundes oder sie verbleibt eben in der Zuständigkeit der Länder.

Trotz des Grundsatzes der Kompetenztrennung ist es möglich, dass bestimmte Lebenssachverhalte nach verschiedenen kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten geregelt werden. Die **Gesichtspunktetheorie**[37] knüpft sohin an einem Lebenssachverhalt an, der unter den Gesichtspunkten der jeweiligen Kompetenzzuweisung von den verschiedenen Regelungsautoritäten erfasst werden kann. Dies führt zu einer Kumulation von gesetzlichen Regelungen, die für die rechtliche Realisierung von Projekten alle relevant sind.[38]

Der VfGH hat daneben noch eine Reihe weiterer Interpretationstopoi entwickelt[39], die im vorliegenden Fall jedoch ohne unmittelbare Relevanz sind. Hervorzuheben ist allerdings die vom VfGH ständig judizierte, wenn auch nicht immer durchgehaltene Auffassung von der **Irrelevanz der Regelungszwecke.**[40] Bei der kompetenzrechtlichen Beurteilung eines Gesetzes kommt es nicht auf den Zweck an, sondern auf den Inhalt der darin enthaltenen Maßnahmen. Für die kompetenzrechtliche Analyse ist es sohin irrelevant, welchen Zweck das verpflichtende Vorschuljahr erfüllen soll. Beurteilungskriterien sind die **Inhalte** dieser kinderpädagogischen Maßnahme.

Bei der Prüfung der Frage, ob das verpflichtende Vorschuljahr eine Angelegenheit des Schulrechts oder des Kindergartenrechts ist, ist zunächst von den Schulkompetenzen des Art 14 B-VG auszugehen. Erweist es sich, dass diese Regelungen unter Art 14 B-VG zu subsumieren sind, so scheidet eine Landeszuständigkeit gem Art 15 B-VG aus.

---

34 Siehe *Öhlinger,* Verfassungsrecht[8] Rz 277; *Adamovich/Funk/Holzinger,* Staatsrecht Bd 1 Rz 10.095, die auf die Abstraktionsstufe als Kriterium des gesetzgeberischen Spielraums hinweisen.

35 Siehe etwa VfSlg 6770/1972; 7169/1973; 7582/1975; 7792/1976; 13.639/1993; *Funk,* System 37; kritisch *Pernthaler,* Kompetenzverteilung 34, 91.

36 Siehe insb Art 16 B-VG; *Hammer,* Länderstaatsverträge. Zugleich ein Beitrag zur Selbständigkeit der Länder im Bundesstaat (1992) 78; *Thaler,* Die Vertragsschlußkompetenz der österreichischen Bundesländer (1990) 16.

37 Siehe *Funk,* System 48; *Thurner,* Bundesstaat 33; *Pernthaler,* Kompetenzverteilung 73; *Zeleny,* Gesichtspunktetheorie, in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht (2003) 219.

38 Siehe *Mayer,* Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration (1975); *Rill/Madner,* Bergwesen, Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie und die Raumplanungskompetenz der Länder, ZfV 1996, 209.

39 Insb das bundesstaatliche Berücksichtigungsgebot und die föderalistische Interpretationsmaxime; vgl *Öhlinger,* Verfassungsrecht[8] Rz 284.

40 Siehe *Thurner,* Bundesstaat 70; *Adamovich/Funk/Holzinger,* Staatsrecht Bd 1 Rz 19.096; kritisch *Funk,* System 82; seit VfSlg 10.831/1986 hat der VfGH dieses Prinzip relativiert, indem er Regelungszwecke für die kompetenzrechtliche Abgrenzung einer Materie mitheranzieht.

Im Weiteren wird zu untersuchen sein, welchem Kompetenztypus innerhalb des Art 14 B-VG das verpflichtende Vorschuljahr zu unterstellen ist.

Bei der Ermittlung des Inhalts einer Kompetenzbestimmung gem Art 10 – 12 B-VG ist grundsätzlich an die Bundeskompetenz anzuknüpfen. Die „Versteinerung von Landeskompetenzen" ist systemwidrig und daher grundsätzlich ausgeschlossen, wenngleich ein Blick auf bestehende Landeskompetenzen im Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Kompetenzbestimmung (des Bundes) heuristisch durchaus sinnvoll sein kann.[41]

Bei der **Interpretation der Schulrechtskompetenzen** des Art 14 B-VG ist freilich von einer anderen verfassungsrechtlichen Lage auszugehen: Anders als im Bereich der allgemeinen Kompetenzverteilung enthält Art 14 B-VG eine Generalklausel zugunsten des Bundes und legt die Landeszuständigkeiten taxativ fest. Hier ist also ein Anknüpfen an den historischen Bestand der Landeskompetenzen methodisch durchaus zulässig.

Der VfGH hat sich mit dem Begriff der Schule und dem Umfang der Schulrechtskompetenzen in nur einigen wenigen Erkenntnissen befasst[42].Die kompetenzrechtliche Judikatur des VfGH zum Schulwesen reicht weit in die Erste Republik zurück. Damals hatte sich der VfGH vor allem mit den Schulrechtskompetenzen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bundesverfassung auseinanderzusetzen.[43] Zur Erinnerung: Der Bundesverfassungsgesetzgeber konnte sich auf Grund der enormen politischen Auffassungsunterschiede im Schul- und Erziehungswesen auf keine Kompetenzregelung einigen. Daher wurde der Rechtsbestand, wie er durch das StGG über die Regierungs- und Vollzugsgewalt von 1867 festgelegt war, durch § 42 Z 3 VÜG 1920 in die republikanische Verfassungsordnung des Jahres 1920 übernommen.[44] Nach dieser Rechtslage war die Gesetzgebungskompetenz für das Pflichtschulwesen auf Bund und Länder aufgeteilt (Grundsatzgesetzgebung, Ausführungsgesetzgebung), wobei hier in weitem Umfang paktierte Gesetzgebung vorgesehen wurde.[45] Für die Vollziehung war auf Grund eines Verweises im VÜG 1920 auf das StGG 1867 eine Vollzugskompetenz des Bundes gegeben.[46]

Erst **1962** konnte mit der **Schulverfassungsnovelle** eine endgültige kompetenzrechtliche Bereinigung des Schul- und Erziehungswesens erreicht werden.[47] Für den Bereich der Volksschulen – nur diese sind im gegebenen Zusammenhang relevant – und der Kindergärten traf die Verfassungsnovelle 1962 folgende Regelungen:

---

41 Siehe *Pernthaler/Weber,* Versteinerung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art 15 Abs 1 B-VG, FS-Melichar (1983) 149; *Funk,* System 75.

42 Siehe die Judikatur vor der B-VG-Novelle 1962: VfSlg 1505/1933; 2207/1951; 3234/1957; 3801/1960; für den Schulbegriff vor und nach der Schulverfassungsnovelle 1962 s VfSlg 6407/1971.

43 VfSlg 1505/1933; 2207/1951; 3234/1957; 3801/1960.

44 Siehe *Lora,* Die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiete des Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesens, JBl 1952, 330; *Berchtold,* Verfassungsentwicklung seit 1945, in *Österreichische Parlamentarische Gesellschaft* (Hrsg), FS-75 Jahre Bundesverfassung (1995) 139 (150); *Hengstschläger,* Das Bildungswesen, in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 597; *Juranek,* Schulverfassung und Schulverwaltung in Österreich und in Europa (1999) Bd I, 69; *Zeizinger,* Die Entwicklung der Schulrechtskompetenzen, JBl 1978, 193.

45 Siehe *Ermacora*, Über die paktierte Gesetzgebung in Schulangelegenheiten, JBl 1953, 7.

46 Siehe *Hengstschläger,* in *Schambeck* (Hrsg), Bundes-Verfassungsgesetz 599.

47 BGBl 1962/609; vgl *Kövesi,* Das Schulgesetzwerk 1962 und seine historischen Grundlagen, Erziehung und Unterricht 1972, 34.

1. Verfassungsrechtliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahrs

- Art 14 Abs 1 B-VG enthält eine Generalklausel für die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz zugunsten des Bundes. Auf diese Generalklausel stützt sich die Schulorganisation, die Schulzeit, das Schulunterrichtsrecht, die Schulpflicht und die Schulaufsicht.[48]
- Gemäß Art 14 Abs 3 B-VG obliegt dem Bund die Grundsatzgesetzgebung, den Ländern die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung bei der äußeren Organisation der öffentlichen Pflichtschulen.
- Gemäß Art 14 Abs 4 lit b B-VG ist das Kindergartenwesen und Hortwesen in Gesetzgebung und Vollziehung den Ländern überlassen.

Um die kompetenzrechtliche Zuordnung des verpflichtenden Vorschuljahrs vorzunehmen, ist zunächst zu fragen, ob es sich dabei um eine Einrichtung im Rahmen der „Schule“ handelt oder ob es sich bei diesem Regelungswerk um eine Angelegenheit des Kindergartenwesens handelt. Der VfGH hat bei der kompetenzrechtlichen Beurteilung der Schule in seinem Erk VfSlg 6407/1971 erkannt, dass der Begriff der Schule durch die kompetenzrechtliche Neuregelung der B-VG-Novelle 1962 nicht berührt wurde. Der Schulbegriff hat daher den Inhalt, den ihm der VfGH bereits vorher in seiner Judikatur beigemessen hat.[49] Es handelt sich sohin um einen historisch vorgeformten Typusbegriff, der als solcher – im Sinne des Begriffsverständnisses des VfGH – freilich nicht sehr aussagekräftig ist. Der VfGH stellt dabei nur das **erzieherische Ziel** in den Mittelpunkt und grenzt so die Schule von Einrichtungen ab, die nur der Unterweisung von Kenntnissen und Fertigkeiten dienen (zB Schischulen, Tanzschulen, etc).

Aussagen zum Wesen des Kindergartens hat der VfGH bisher nicht getroffen. Die Fokussierung auf die Verfolgung erzieherischer und pädagogischer Ziele durch den VfGH ist aber für eine exakte Abgrenzung des Kindergartens von der Schule nur begrenzt brauchbar, da wohl auch der Kindergarten unbestritten erzieherische und pädagogische Elemente enthält. *Strejcek*[50] hat zu Recht die oberflächliche Zugangsweise des VfGH zum Schulbegriff kritisiert und die Auslegung dieses historischen Typusbegriffs nach einem **beweglichen System** vorgeschlagen. Dazu müssten die Lehrziele, die angewendeten Lehrmethoden, die Dauer des Aufenthalts von Kindern in diesen Einrichtungen uam abgewogen und inhaltlich differenziert werden. Diesen Weg ist die Judikatur freilich bisher nicht gegangen.

Um dem kompetenzrechtlichen Kern der Abgrenzung des Kindergartens von der Schule näher zu kommen, muss auf die Schulgesetzgebung, aber auch auf die Kindergartengesetzgebung im Versteinerungszeitpunkt abgestellt werden. So lassen sich tatsächlich Kriterien für die kompetenzrechtliche Einordnung des Kindergartenwesens und des (Volkschul-)Wesens finden: Nach § 1 der Verordnung des Kultusministers vom Juni

---

48 Vgl *Hengstschläger,* in *Schambeck* (Hrsg); Bundes-Verfassungsgesetz 610; *Ermacora*, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat (1976) 90; *Juranek*, Schulverfassung 404.

49 Vgl VfSlg 1505/1933; 2207/1951; 3234/1957; 3801/1960.

50 Siehe *Strejcek/Kainz/Tauböck,* Privatunterrichtswesen und Fertigkeitsvermittlung, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts[2] (2007) 327 (331).

1872[51] hat der Kindergarten die Aufgabe, die häusliche Erziehung der Kinder im vorschulpflichtigen Alter zu unterstützen und zu ergänzen, somit die Kinder durch geregelte Übung des Leibes und der Sinne, sowie durch naturgemäße Bildung des Geistes für den Volksschulunterricht vorzubereiten. § 2 zählt die Mittel der Kindergarten-Erziehung auf: *„Beschäftigungen, welche den schaffenden und gestaltenden Tätigkeitstrieb bilden, Bewegungsspiele mit und ohne Gesang. Anschauen und Besprechen von Gegenständen und Bildern, Erzählungen und Gedichtchen endlich leichte Gartenarbeiten*". Diese Aufzählung wird durch einen wichtigen Satz ergänzt: *„Aller Unterricht im Sinne der Schule ist streng ausgeschlossen".* Man sieht also, dass diese Verordnung den Schulunterricht als inhaltlich bekannt voraussetzt, wobei nach den einschlägigen schulrechtlichen Bestimmungen aus dieser Zeit[52] die Aufgabe der Schule in der Entwicklung der Anlagen der Jugend nach den sittlichen, religiösen und sozialen Werten sowie nach den Werten des Wahren, Guten und Schönen durch einen ihrer Entwicklungsstufe und ihrem Bildungsweg entsprechenden Unterricht liegt.[53] Dabei steht die Berufsvorbereitung durch die Vermittlung des entsprechenden Wissens und Könnens gleichwertig neben der Vermittlung ethischer Ziele und der Persönlichkeitsentwicklung. Diese bereits historisch vorgegebene Unterscheidung zwischen Schule und Kindergarten findet sich auch in den zum Versteinerungszeitpunkt (1962) in Geltung stehenden Schulgesetzen wieder. Die wesentlichen pädagogischen Neuorientierungen im Bereich des Vorschul- und Schulwesens entstanden erst viel später.

Ausschlaggebend für die Abgrenzung der Schule vom Kindergarten scheinen mir folgende rechtlich relevanten Merkmale zu sein:

- Die **Form des Unterrichts:** Während im Kindergarten das spielerische Moment im Vordergrund steht, ist für die Schule ein nach fixen vorgegebenen Regeln der Lehrpläne aufgebauter Unterricht charakteristisch. Vortrag, Wiederholung, das planmäßige Einüben von Wissen und Fähigkeiten stehen in der Schule im Vordergrund.[54]
- Die **Benotung:** Während es im Kindergarten so gut wie ausgeschlossen ist, dass Noten als Beurteilungsschema der Fortschritte der Kinder herangezogen werden, stellt die Notengebung zumindest in der kompetenzrechtlich relevanten „historischen" Schule ein zentrales Element dar.[55] Das Erreichen einer positiven Note stellt die Voraussetzung für das Aufsteigen in die nächste Klasse dar. Die Benotung dient nicht nur als Beurteilungskriterium, sondern soll auch Antrieb für das Lernen sein. Während es nach dem Notensystem unmöglich ist, bei gewisser negativer Beurteilung den Aufstieg in die nächste Schulstufe zu erreichen, ist dies im Kindergarten selbstverständlich.

---

51 VO des Ministers für Cultus und Unterricht v 22. Juni 1872 womit Bestimmungen über Kindergärten und damit verwandte Anstalten erlassen werden, RGBl 1872/108; vgl dazu *Lamp,* Kindergärten, in *Mischler/Ulbrich* (Hrsg), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch für das gesamte österreichische öffentliche Recht[2] 3. Bd (1909) 829.

52 Siehe das ReichsvolksschulG, RGBl 1869/62.

53 So § 1 ReichsvolksschulG; vgl ausführlich *Mayerhofer/Pace,* Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern Bd IV[5] (1989) 559; *Lamp,* Volksschulen, in *Mischler/Ulbrich* (Hrsg), Staatswörterbuch[2], 4. Bd (1909) 829.

54 Siehe § 17 SchUG, BGBl 1986/472 idF BGBl I 2009/112.

55 Siehe die Hinweise in FN 53.

1. Verfassungsrechtliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahrs

- Wesentlich für die Schule ist das **planmäßige Abarbeiten eines Lehrplans.**[56] In Volksschulen wird hier systematisch aufbauend ein gestuftes Wissensvermittlungssystem gewährleistet. Deshalb ist auch die Gliederung in Klassen untrennbar mit dem traditionellen Schultypus verbunden. Zwar kennt auch der Kindergarten Betreuung in unterschiedlichen Altersstufen, hier steht jedoch der Entwicklungsgrad im kindlichen Alter, und nicht sosehr das Ausmaß erworbenen Wissens im Vordergrund.
- Kennzeichnend für die Schule ist die **Schulpflicht.** Weder in den historischen, noch in den modernen Kindergartengesetzen finden sich Regeln über eine verpflichtende Teilnahme. Im Bereich des Kindergartens kommen die Elternrechte noch vollumfänglich zu tragen. Das heißt, es steht den Eltern frei, die Betreuung ihrer Kinder selbst zu organisieren oder sie in einen Kindergarten zu schicken. Im Rahmen der Schulpflicht, die in der ersten Volksschule beginnt, ist das Elternrecht stark zurückgedrängt. Hier besteht eine staatlich angeordnete und sanktionierte Schulpflicht, deren Verletzung für die Erziehungsberechtigten verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Wie gezeigt, lassen sich anhand des versteinerungsfähigen Materials Kriterien für eine relativ klare Abgrenzung zwischen Schule und Kindergarten treffen. Aufbauend auf diese Kriterien kann versucht werden, das verpflichtende Vorschuljahr, wie es in der Vereinbarung 2009 angelegt ist, kompetenzrechtlich zu lokalisieren.

Das verpflichtende Vorschuljahr weist zweifelsfrei **starke Bezüge zum traditionellen Kindergartenbegriff** auf. Das spielerische Lernen, der Ausschluss von Noten, die spielerische Form der Vermittlung von Fähigkeiten und Bildung sind stark am Kindergartenmodell orientiert. Es soll – nach dem Inhalt der Vereinbarung – kein Unterricht im Sinne des Schulunterrichts geboten werden. Im verpflichtenden Vorschuljahr soll vielmehr versucht werden, mit den Methoden der Kindergartenpädagogik Sozialkompetenz und vor allem Sprachkompetenz zu vermitteln.

Allerdings zentriert die Vereinbarung diese kindergartenspezifischen pädagogischen Konzepte auf die Elemente der Sozialkompetenz, vor allem aber der Sprachkompetenz. In Verbindung mit der Vereinbarung 2008 wird klar, dass das verpflichtende Vorschuljahr allen österr Kindern die entsprechende Sprachkompetenz, die sie in der Folge für den Unterricht in der Volksschule benötigen, auf bestmöglichem Niveau vermitteln soll.

Ein **wesentliches Element der Schule** wird aber in dieses kindergartenähnliche Modell hereingebracht: Die **Besuchspflicht.** Anders als im traditionellen Kindergarten, ist nunmehr der Besuch des letzten Kindergartenjahrs obligatorisch. Die Eltern sind also verpflichtet, ihre Kinder der pädagogischen Obsorge dieser Einrichtungen zu überlassen. Zwar ist die häusliche Erziehung nach wie vor zulässig, diese wird aber an staatlich vorgegebene Standards gebunden.

Es ist nun zu fragen, ob das verpflichtende Vorschuljahr durch die Hereinnahme einiger wesentlicher schulischer Elemente den Rechtscharakter des Kindergartens verliert oder

---

[56] Siehe den Lehrplan der Volksschule, BGBl 1963/134 idF BGBl II 2008/290.

ob das verpflichtende Vorschuljahr nach wie vor den Kindergartenkompetenzen der Länder unterliegt. Hier kommt es auf die Gewichtung der sog „intrasystematischen Entwicklungsfähigkeit der Kompetenzartikel“ an.

Die **intrasystematische Entwicklungsfähigkeit** vermag die oft irrationalen Ecken und Kanten, die die Versteinerungstheorien im Kompetenzgefüge hinterlässt, auszugleichen. Tendenziell ist sie – wie schon erwähnt – als abgeschwächtes Element einer „Implied-Power-Theorie“ zu sehen. Der VfGH wendet das Prinzip der intrasystematischen Entwicklungsfähigkeit sehr zurückhaltend an. Er bezieht die intrasystematische Entwicklungsfähigkeit auf mehr oder weniger geschlossene Systeme, deren Funktionsfähigkeit durch einen Ausschluss von extremer Kompetenzrechtszersplitterung gesichert werden soll.[57] Anders als bei der Versteinerungstheorie, die im Sinne eines positivistischen Kompetenzrechtsverständnisses Lebenssachverhalte ausschließlich anhand des positivrechtlichen Normenbestands im Versteinerungszeitpunkt seziert und gegebenenfalls auch zerteilt, spielt bei der Anwendung des Prinzips der intrasystematischen Entwicklungsfähigkeit eine werterfüllte Teleologie eine zentrale Rolle. Dies hat *Pernthaler* zu Recht hervorgehoben.[58] Für die kompetenzrechtliche Zuordnung des verpflichtenden Vorschuljahrs kommt in diesem Sinne eine wertende Zuordnung der einzelnen Elemente des Schulwesens bzw des Kindergartenwesens zum Tragen.

Aus meiner Sicht überwiegen beim verpflichtenden Vorschuljahr die Wesenselemente des Kindergartens, wenngleich diese von schulischen Elementen durchzogen wird. Diese schulischen Elemente mögen zwar die Struktur des letzten Kindergartenjahrs verändern, sie reichen jedoch nicht aus, um dieses neue Rechtsinstitut dem Schulbegriff zuzuordnen. Auch die vom VfGH mitunter judizierte „Weder-Noch-Kompetenz“[59] liegt hier nicht vor. Hier muss vielmehr in Anlehnung an die „Je-Desto-Regel“ eine Zuordnung zu **einem** Kompetenzrechtstatbestand erfolgen. Das ist eindeutig die Kindergartenkompetenz der österr Bundesländer.

Dieser Kompetenzrechtsbefund wird auch durch einen soziologischen Befund der Entwicklung der staatlichen Bildungseinrichtungen schon im frühkindlichen Bereich ergänzt.

Im Lichte der Entwicklung der letzten Jahrzehnte zeichnet sich jedenfalls eine gewaltige Bewusstseinsveränderung der Gesellschaft im Hinblick auf die vorschulische Erziehungstätigkeit ab. Die kindliche Entwicklung – so scheint es heute Ergebnis erziehungswissenschaftlicher Forschung zu sein – ist gerade bei Kindern im Vorschulalter entscheidend.[60] Von daher ist es durchaus zulässig, dass sich der Gesetzgeber gerade den Problemen des Vorschulalters annähert und damit auch gezwungen ist, das pädagogische Konzept des klassischen „Kindergartens“ zu überdenken und weiterzuentwickeln. Werden daher verschiedene Elemente des Schulwesens, wie insb die Schulpflicht, in ein vorschulkindliches Alter vorgezogen, so entspricht dies modernen kindergartenpädagogischen Vorstellungen, um die Sprach- und Sozialkompetenz flächendeckend zu ge-

---

57 Vgl *Thurner,* Bundesstaat 32.
58 *Pernthaler,* Kompetenzverteilung 82.
59 Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer,* Bundes-Verfassungsrecht[9] (2009) Rz 1090.
60 Siehe die Hinweise in FN 4.

währleisten. Hier findet zweifelsfrei eine intrasystematische Weiterentwicklung des Kindergartenwesens hin zu einer gezielten Vorschulerziehung statt.

Eine **formalreduktionistische Auslegung** dieser Kompetenzbegriffe scheint mir in diesem Fall wenig zielführend zu sein. Daher scheint mir eine Zuständigkeit der Länder aus dem Blickwinkel des Art 14 Abs 4 lit b B-VG (Kindergarten- und Hortwesen) auch im Lichte der pädagogischen Entwicklung durchaus argumentierbar zu sein.

Außerdem scheint mir eine gegenteilige Meinung auch aus einem weiteren Grund problematisch zu sein: Eine Unterstellung des verpflichtenden Vorschuljahrs unter das Schulwesen des Art 14 Abs 1 B-VG würde nicht nur eine weitere Kompetenzzersplitterung bedeuten, sondern ermöglichte es dem Gesetzgeber, neben dem verpflichtenden Charakter des Vorschuljahrs auch verstärkt schulische Elemente in diese neue Form der Kinderförderung einfließen zu lassen. Damit würde aber aus der Vorschule eine Schule werden, was gerade im Lichte der Grundrechte, insb im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips, problematisch wäre.

Wesentlich einfacher ist die kompetenzrechtliche **Zuordnung der Finanzierungsregeln** in Art 6 der Vereinbarung 2009. Dabei handelt es sich um Zweckzuschüsse im Sinne des § 12 Abs 2 F-VG. Das zur Umsetzung der Vereinbarung notwendige Bundesgesetz wird sich kompetenzrechtlich auf Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG (Bundesfinanzen) stützen.[61]

1.5 Rechtsstaatliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahrs

Staatsrechtliche Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern gemäß Art 15 a B-VG sind nicht unmittelbar anwendbar und bedürfen einer speziellen Transformation.[62] Die gegenständliche Art 15 a-Vereinbarung weist einen hohen Grad an inhaltlicher Unbestimmtheit auf. Im Lichte des verfassungsrechtlichen **Determinierungsgebots** des Art 18 Abs 1 B-VG[63] müssen die dazu ergehenden Landesgesetze einen wesentlich höheren Präzisionsgrad erreichen. Eine präzise inhaltliche Bestimmung ergibt sich auch aus der Eingriffsnähe dieser gesetzlich zu verfügenden Maßnahme.[64] Diese Präzisierungsnotwendigkeit bezieht sich zunächst auf jene Bestimmungen, die die Verpflichtung der Kinder zum Besuch der Kinderbetreuungseinrichtungen regelt. Hier werden die Pflichten der Eltern präziser zu formulieren sein als in der Vereinbarung. Es wird hier auch zu überlegen sein, ob und inwieweit Ausnahmeregelungen vorzusehen sein werden. Auch diese müssen möglichst präzise formuliert werden – ein Rückzug auf **ausschließlich** allgemeine Klauseln wie *„berücksichtigungswürdige Umstände"* oä sind rechtsstaatlich bedenklich, würden sie doch der Behörde ein schrankenloses Ermessen einräumen, was wiederum die Gefahr von Ungleichbehandlungen in sich trägt.

---

61 Zur kompetenzrechtlichen Zuordnung von Zweckzuschüssen s VfSlg 7720/1975; kritisch *Ruppe* Rz 2 zu § 13 F-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (Loseblattslg seit 1999) Bd IV, 14.

62 Siehe VfSlg 9581/1982; 9886/1983; 13.780/1994; 14.146/1995; *Thienel,* Rz 93 zu Art 15 a B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Bd II/1.

63 Siehe die Nachweise bei *Mayer,* Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht[4] (2007) 136.

64 Vgl *Berka,* Das „eingriffsnahe Gesetz" und die grundrechtliche Interessensabwägung, FS-Walter (1991) 27.

Einer eingehenden gesetzlichen Regelung bedarf auch das **Verhältnis zwischen dem Land und den Gemeinden.** In Art 6 Abs 4 der Vereinbarung heißt es, dass die Aufteilung der Mittel zwischen Ländern und Gemeinden zwischen diesen zu vereinbaren ist. Wie diese Vereinbarung zustande kommt, lässt die Vereinbarung aber völlig offen. Das österr Verfassungsrecht kennt keine staatsrechtlichen Verträge zwischen den Ländern und den Gemeinden.[65] Hier wird ein Konsultationsverfahren zu entwickeln sein, das sowohl verfahrensrechtliche Regeln enthält als auch Verfügungen für den Fall treffen muss, dass ein Einvernehmen nicht zustande kommt. In diesem Falle muss eine Regel für eine Letztentscheidung getroffen werden. Der Konsultationsmechanismus im Sinne des B-VG-Gemeindebund[66] bleibt davon aber jedenfalls unberührt.

1.6 Gemeinderechtliche Probleme des verpflichtenden Vorschuljahrs

Das Kindergartenwesen fällt in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden.[67] Daran wird auch das verpflichtende Vorschuljahr nichts ändern. Freilich müssen die Kindergartengesetze der Länder entsprechend reformiert und angepasst werden. Daraus ergeben sich zwangsläufig einige Änderungen:

Die Gemeinden werden künftig die Verantwortung für die **Bereitstellung** entsprechender **Kinderbetreuungseinrichtungen** zu tragen haben. Sie können diese Aufgabe entweder selber durchführen (Erfüllungsverantwortung) oder sie können sich bei dieser Aufgabe auch privater Dritter bedienen (Gewährleistungsverantwortung).[68]

Für die Gemeinden als Träger des öffentlichen Kindergartenwesens bedeutet das verpflichtende Vorschuljahr eine doppelte Zusatzbelastung. Zunächst sind die Gemeinden verpflichtet, das letzte Kindergartenjahr kostenfrei anzubieten, wodurch den Gemeinen ein wesentlicher **Einnahmeentfall** droht. Sodann bedeutet das verpflichtende Vorschuljahr ein Mehr an Verwaltungsaufwand und unter Umständen zusätzliche Personalkosten.[69] In den Materialien zur Art 15 a-Vereinbarung von 2009 wird zu Recht hervorgehoben, dass der Einnahmeausfall nur grob geschätzt werden kann.[70] Die Parteien der Vereinbarung 2009 gehen offensichtlich davon aus, dass der Bund diese Zusatzfinanzierungen leisten bzw den Einnahmenentfall ausgleichen wird. Art 6 der Vereinbarung legt einen Aufteilungsschlüssel für die einzelnen Bundesländer fest, was die Dotierung dieser kommunalen Versorgungsaufgabe betrifft, wird lakonisch festgelegt, dass die Aufteilung der Mittel zwischen Ländern und Gemeinden zwischen diesen zu vereinbaren ist. In den Materialien zu Art 6 wird darauf hingewiesen, dass die Aufteilung der Mittel zwischen

---

65 Siehe *Hattenberger,* Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen staatlicher und gemeindlicher Ebene („Drei-Ebenen-Verträge"), in *Österr Gemeindebund/Österr Städtebund* (Hrsg), 15 Jahre kommunale Interessenvertretung in der Bundesverfassung (2003) 17.

66 Siehe *Weber* Rz 7 zum BVG Gemeindebund, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Bd IV, 17.

67 Gem Art 118 Abs 2 B-VG; *Juranek,* Schulverfassung 438; *Neuhofer,* Gemeinderecht. Organisation und Aufgaben der Gemeinden in Österreich[2] (1998) 418.

68 Siehe §§ 4 f Blgl KBBG 2009, LGBl 2009/7 idF LGBl 2009/67; § 16 b K-KGG, Ktn LGBl 1992/86 idF LGBl 2008/55; § 16 Abs 1 Oö KBG, LGBl 2007/39 idF LGBl 2009/43; § 2 Abs 1 Sbg KinderbetreuungsG 2007, LGBl 2007/41 idF LGBl 2009/41; § 12 Vbg G über das Kindergartenwesen, LGBl 2008/52.

69 Dies ergibt sich schon aus der Pflicht zum flächendeckenden Angebot.

70 RV 205 BlgNR 24. GP, 1.

Ländern und Gemeinden in der Autonomie dieser Gebietskörperschaften liegt.[71] Hier eröffnen sich für die Gemeinden doch etliche gravierende Probleme:

Zunächst fehlt ein rechtlich **gesichertes Verfahren** für eine solche geforderte „Einigung". Die Länder sind zwar verpflichtet, die ihnen vom Bund zugewiesenen Beträge zweckgebunden zu widmen, jedoch kommen auch den Ländern bei der Organisation und Durchführung des verpflichtenden Vorschuljahrs Aufgaben und damit Kosten zu. Ob die Länder Reserven zurückhalten dürfen, nach welchem Schlüssel die einzelnen Gemeinden bedacht werden, etc soll offensichtlich dem Verhandlungsweg überlassen bleiben. Hier muss doch in aller Klarheit konstatiert werden, dass die Gemeinden rein rechtlich eine viel schwächere Verhandlungsposition haben als das Land.[72]

In welcher **Form eine allfällige Einigung** rechtliche Wirkung erlangt, ist gleichfalls ungeklärt. Erfolgt die Ergebnispräsentation einer solchen „Einigung" in Form eines verwaltungsrechtlichen Vertrags, einer privatrechtlichen Vereinbarung, einer Verordnung, eines Bescheids? Weder die Bundesverfassung noch die Finanzverfassung und auch nicht die Art 15 a-Vereinbarung geben darauf eine Antwort.

Ungeklärt ist auch, welche **Rechtsfolgen eine Nicht-Einigung** hat. Aus meiner Sicht kommt hier wohl dem Land, vertreten durch die Landesregierung, ein Letztentscheidungsrecht zu.[73] Dies birgt freilich die Gefahr, dass die Gemeinden, um zu ihrem Geld zu kommen, unter Umständen sie belastende Kompromisse eingehen müssen und/oder ihr Recht beim VfGH nach Art 137 B-VG einfordern müssen, was wiederum Jahre dauern kann.

Offen ist auch, wer die **Verhandlungspartner** sind. Dies werden wohl die jeweiligen Landesorganisationen der Gemeindevertretungen (Gemeindeverbände) sein. Es könnte aber auch individuelle Vereinbarungen zwischen dem Land und konkreten Gemeinden geben. All dies lässt die Art 15 a-Vereinbarung weitgehend offen.

So birgt dieser lapidare kurze Satz in Art 6 der Vereinbarung verfassungsrechtlichen, vor allem aber politischen Zündstoff. Die bereits in einigen Ländern umgesetzten Bestimmungen über das verpflichtende Vorschuljahr enthalten jedenfalls keine Aussagen zu diesen Problemen.

1.7 Grundrechtliche Probleme des verpflichtenden Vorschuljahrs

1.7.1 Vorbemerkung

Die Diskussion um das verpflichtende Vorschuljahr drehte sich in erster Linie um Fragen der Finanzierung, der pädagogischen Inhalte, aber auch um die administrative Durchfüh-

---

[71] RV 205 BlgNR 24. GP 4. Der Begriff „Autonomie" kann nur politisch nicht aber rechtlich verstanden werden.

[72] Dies ergibt sich schon daraus, dass die Gemeinden in 15 a B-VG-Vereinbarungen keine rechtlichen Positionen geltend machen können; s *Hattenberger,* in *Österr. Gemeindebund/Österr. Städtebund* (Hrsg), Interessenvertretung 17; *Weber,* Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung, FS Pernthaler (2005) 413 (426). Ihre Rechte können die Gemeinden allenfalls im Rahmen des Konsultationsmechanismus geltend machen.

[73] Dies ergibt sich schon daraus, dass die Vereinbarung 2009 den Ländern die Verantwortung für die Mittelverwendung überträgt.

rung dieser Maßnahme. Grundrechtliche Aspekte wurden dabei kaum aufgeworfen. Das offensichtlich große öffentliche Interesse an der Sanierung der Sprachprobleme in Volksschulen drängte die Frage der Grundrechte in den Hintergrund. Zudem wird diese Maßnahme in der Öffentlichkeit weit mehr als Förderungsmaßnahme denn als Grundrechtseingriff verstanden. In der Tat greift das verpflichtende Vorschuljahr nicht nur in die Rechte der Kinder auf eine vom Staat unbehelligte Kindheit ein, es wird auch unmittelbar in die Elternrechte eingegriffen. Daher steht wohl bei der grundrechtlichen Betrachtung Art 8 EMRK, der das Recht auf Familienleben schützt, im Zentrum der grundrechtlichen Betrachtung. Aber auch der Gleichheitsgrundsatz verdient hier eine nähere Betrachtung. Eigentumsrechtliche Aspekte können ausgeklammert bleiben, da der Besuch der Einrichtungen, die das verpflichtende Vorschuljahr umsetzen, für alle Teilnehmer kostenfrei ist. Nur am Rande soll auch noch das Grundrecht des Art 2 1. ZP EMRK, das Recht auf Bildung untersucht werden.

1.7.2 Der Gleichheitsgrundsatz

Der Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG und Art 2 StGG verlangt vom Gesetzgeber, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Er begründet die Verpflichtung des Gesetzgebers schlechthin, nur sachlich gerechtfertigte Regelungen zu treffen.[74] Der Gleichheitsgrundsatz ist sohin für die **Beurteilung der Sachlichkeit** einer Regelung insgesamt von Bedeutung. Er wird insb bei der Frage nach Ausnahmeregelungen, nach Gleich- und Ungleichbehandlungen von vorschulischen Bildungseinrichtungen relevant.

Bei der Beurteilung, ob eine Regelung sachlich gerechtfertigt ist, kommt dem Gesetzgeber – hier wohl auch den Vertragsparteien einer Art 15 a-Vereinbarung – ein relativ weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu.[75]

Die Probleme, die sich heute den Lehrenden und auch Lernenden an Pflichtschulen stellen, sind in der Tat schwerwiegend und harren wohl einer **staatlichen** Lösung, da hier das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Staat – Gesellschaft (Familie) wohl überfordert ist. Denn durch gesellschaftliche Kräfte allein lässt sich weder das Sprachproblem noch das Verhaltensproblem an Volksschulen hinreichend lösen. Der VfGH wird bei einer solchen Prüfung der Sachlichkeit des verpflichtenden Vorschuljahrs wohl zunächst auf die Problemlage abstellen. Dazu gibt es eine Fülle von erziehungswissenschaftlichen Studien, die sowohl den Handlungsbedarf belegen, als auch die Einführung eines solchen Vorschuljahrs empfehlen.[76] Da die bisherigen Maßnahmen des freiwilligen Kindergartenbesuchs offensichtlich nicht ausgereicht haben, um eine entsprechende sprachliche und sozialkompetente Heranführung der Kinder an die Anforderungen der Volksschule zu gewährleisten, ist das Element der Verpflichtung im Lichte dieses weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraums wohl als solches sachlich und daher auch nicht zu beanstanden.

---

74 Siehe dazu ausführlich *Pöschl,* Gleichheit vor dem Gesetz (2008).
75 Siehe die Nachweise bei *Mayer,* Bundes-Verfassungsrecht[4], 579; *Berka,* Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 514.
76 Siehe FN 4.

Freilich ist damit die Frage, ob diese Regelung auch verhältnismäßig ist, noch nicht beantwortet. Der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,** der in Österreich ja bekanntlich aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitet wird[77], verpflichtet den Gesetzgeber zu einer eingriffsschonenden Vorgangsweise bei gleichzeitiger Optimierung des Verwirklichungszwecks. Es stellt sich hier die Frage, ob das angestrebte Ziel auch durch geringere Eingriffe in die Rechtsphäre der Kinder und der Eltern realisiert werden könnte. Hier stellt sich naturgemäß die Frage nach einem Vorrang von Förderungsinstrumenten. Mit anderen Worten: Würde ein Gratis-Kindergarten im letzten Vorschuljahr alleine ausreichen, um genügend Motivationsschub zu beinhalten, um gerade Randgruppen bzw Kinder mit Migrationshintergrund vollständig oder zumindest überwiegend in eine solche vorschulische Erziehungsmaßnahme zu bringen? Im Lichte der spezifischen Problemlagen der Gesellschaftsschichten, die ihre Kinder eben gerade nicht freiwillig in einen Kindergarten schicken, dürfte die bloße Kostenfreistellung des letzten Kindergartenjahrs nicht ausreichend sein. Dazu muss erwähnt werden, dass der VfGH ja keinen lückenlosen Nachweis für die Tauglichkeit einer bloßen Kostenbefreiung verlangt, sondern dass er sich hier mit einer Plausibilitätsprüfung begnügen dürfte.[78] Immerhin gab es in der Vergangenheit verschiedene solcher Modelle, die aber offensichtlich nicht den gewünschten Erfolg erzielten. Insb bei Kindern mit Migrationshintergrund sind die Vorbehalte der Eltern, ihre Kinder freiwillig in – christlich geprägte – Kinderbetreuungseinrichtungen zu schicken, erfahrungsgemäß groß.

Im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips wäre auch eine **positive Förderung des Besuchs** solcher Einrichtungen zu überlegen. Als Mittel der positiven Förderung kämen insb finanzielle Anreize, die über den kostenlosen Besuch hinausgehen, in Betracht. Bei einem solchen Modell tauchen aber andere gravierende gleichheitsrechtliche Probleme auf: Die öffentliche Hand könnte sich ja nicht darauf beschränken, Kinder bestimmter sozialer oder ethnischer Gruppen durch Geldzuwendungen zu belohnen, hier müsste vielmehr eine flächendeckende Förderung erfolgen, was nicht nur zu exorbitanten Ausgaben führen würde, sondern auch eine gravierende Ungleichbehandlung zwischen bedürftigen und weniger bedürftigen Familien zur Folge hätte. Eine solche gleichheitsrechtliche Austarierung wäre wiederum verwaltungsökonomisch problematisch, was gleichfalls erhebliche Gleichheitsbrisanz in sich bergen würde. Eine finanzielle Unterstützung über den unentgeltlichen Besuch solcher Vorschuleinrichtungen wäre daher gleichheitsrechtlich nur schwer zu bewältigen.

Es sei dahingestellt, ob im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch andere Varianten angedacht werden können, denn aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes ist lediglich zu beurteilen, ob eine gegebene Regelung sich innerhalb der Grenzen der Sachlichkeit bewegt oder nicht, nicht aber ob sie bis in die letzte Konsequenz zweckmäßig ist. Ich würde daher die Regelung als solche als gleichheitskonform bewerten. Dies vor allem vor dem Hintergrund von möglichen Alternativen, die möglicherweise noch

---

77 Siehe *Pöschl,* Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JBl 1997, 413.

78 Siehe die Nachweise bei *Holoubek,* Zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verwaltungs-, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte, FS-Rill (1995) 97; *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht, 579.

größere Probleme aufwerfen würden als das verpflichtende Vorschuljahr in der Vatiante der gegenständlichen Art 15 a-Vereinbarungen von 2008 und 2009.

Analysiert man nun die einzelnen Bestimmungen der Vereinbarung im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes so fällt zunächst der Zeitrahmen der Verpflichtung auf: 16 – 20 Stunden an mindestens 4 Tagen. Die Vereinbarung schreibt sohin eine durchschnittlich halbtätige Besuchsverpflichtung vor. Die bestehenden Kindergartengesetze und Organisationspläne der anerkannten Kinderbetreuungseinrichtungen sehen zwar zum Teil auch eine Ganztagesbetreuung vor, diese ist jedoch durchgehend freiwillig. Aus dem Gleichheitsgrundsatz kann ein Anspruch auf kostenlose Kinderbetreuung im Vorschuljahr, die über die 16 – 20 Stunden hinausgeht, nicht abgeleitet werden. Denn durch das verpflichtende Vorschuljahr bleiben zeitlich weitergehende Regelungen (auf freiwilliger Basis) vom verpflichtenden Vorschuljahr unberührt. Inwieweit der Zeitrahmen von 16 – 20 Stunden pro Woche an mindestens 4 Wochentagen sachlich gerechtfertigt ist, bemisst sich wohl an kinderpädagogischen Notwendigkeiten. Die Sachlichkeit bzw Unsachlichkeit ist daher keine genuin verfassungsrechtliche, sondern eine erziehungswissenschaftliche Frage. Eine Unsachlichkeit könnte daher nur dann vorliegen, wenn diese Verpflichtung im Lichte der Zielsetzungen pädagogisch nicht gerechtfertigt werden kann.

Am Gleichheitsgrundsatz sind auch die **Ausnahmen von der Verpflichtung** zum Besuch von geeigneten institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen zu messen. Diese Ausnahmen sind in Art 4 Abs 2 der 15 a Vereinbarung 2009 festgelegt. Die Ausnahmen auf Grund einer Behinderung oder aus medizinischen Gründen sind ebenso sachlich gerechtfertigt, wie jene Ausnahmen, wo auf Grund eines besonderen sonderpädagogischen Förderbedarfs von einer verpflichtenden Teilnahme abgesehen wird. Hier werden die Landesgesetze die näheren prozeduralen Bestimmungen festlegen müssen.

Eine weitere **Ausnahme** besteht für Kinder, denen auf Grund der **Entfernung bzw schwieriger Wegverhältnisse** zwischen Wohnort und nächstgelegener geeigneter institutioneller Kinderbetreuungseinrichtung der Besuch nicht zugemutet werden kann. Diese Bestimmung ist zwar im Lichte der Zielsetzungen des verpflichtenden Vorschuljahrs nicht unproblematisch, da auch solche Kinder einen entsprechenden Unterrichtsbedarf aufweisen können. Es wird aber lediglich von der Verpflichtung, nicht aber von der Berechtigung zum Vorschulbesuch exkulpiert. Hier scheint mir doch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schlagend zu werden, der – insb für die Gemeinden! – einen wohl unverhältnismäßigen administrativen und finanziellen Aufwand bedeuten würde, solche Kinder in die Kinderbetreuungseinrichtung zu bringen. Auch eine diesbezügliche Verpflichtung der Eltern könnte über Einzelfälle hinausgehende unbillige Härtefälle schaffen. Daher scheint mir auch diese Ausnahme sachlich gerechtfertigt zu sein.

Schließlich sind auch jene Kinder vom Besuch ausgenommen, bei denen die Verpflichtung im Rahmen der **häuslichen Erziehung** bzw durch eine **Tagesmutter/Tagesvater** erfolgt, sofern die Bildungsaufgaben und Zielsetzungen gemäß Art 2 erfüllt werden.[79]

[79] Durch den Verweis auf die Vereinbarung 2008 und den damit verbundenen weiteren Verweis auf die Konzepte des Charlotte-Bühler-Instituts bleibt diese Vorschrift bis zur Verbindlichmachung eines kinderpädagogischen Konzepts für Tagesmütter und die häusliche Erziehung wohl unvollziehbar.

Diese Bestimmung ist zunächst problematisch, da sich hier die Frage nach geeigneten Kontrollmöglichkeiten stellt. Dies wird eine ernste Aufgabe der Landesgesetzgeber sein, die entsprechenden Formulierungen im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu finden. Während der häusliche Schulunterricht durch die Abnahme von (staatlichen) Prüfungen durch die Schulbehörde kontrolliert werden kann, existieren solche Kontrollmechanismen im Bereich des Kindergartens nicht. Eine staatliche Kontrolle, inwieweit sich die elterliche Erziehung am Leitfaden des Charlotte-Bühler-Instituts orientiert[80], ist wohl nur schwer durchführbar und noch schwerer durchsetzbar. Da es sich hier um ein eingriffsintensives Regelwerk handelt, ist eine genaue gesetzliche Determinierung erforderlich. Dass hier aber größte Schwierigkeiten mit der Anerkennung häuslicher Erziehungsmethoden bzw mit einer nachträglich durchsetzbaren Verpflichtung zum Besuch der Kinderbetreuungseinrichtungen besteht, darauf soll hier nur hingewiesen werden. Hier scheint mir noch erheblicher rechtlicher Handlungsbedarf zu bestehen, will man diese Möglichkeit rechtsstaatlich effizient umsetzen.

Am Gleichheitsgrundsatz werden auch die Gründe für ein **gerechtfertigtes Fernbleiben** vom Vorschulunterricht zu messen sein. Hier wird es wohl nicht möglich sein, auf unbestimmte Gesetzesbegriffe zu verzichten. Art 4 Abs 3 sieht als solche Gründe insb einen Urlaub bis maximal drei Wochen, die Erkrankung des Kindes oder der Eltern sowie außergewöhnliche Ereignisse vor. Diese 3-Wochen-Grenze mag pädagogisch sinnvoll sein, kann jedoch im Lichte der individuellen Familienurlaubsplanung in Einzelfällen problematisch sein. Im Lichte der Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts dürfte eine solche Formulierung – mangels Alternativen – aber weder gegen Art 18 Abs 1 B-VG noch gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen.[81] Die Gleichheitsprüfung wird daher im Bereich der individuellen Verwaltungsakte anzusetzen sein.

1.7.3 Art 8 EMRK: Das Recht auf Familienleben

Nach Art 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens.[82] Art 8 enthält einen **materiellen Gesetzesvorbehalt.** Danach darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingegriffen werden, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dass das verpflichtende Vorschuljahr zunächst in Art 8 EMRK eingreift, ist wohl evident. Denn das Kind wird verpflichtet, einen nicht unbeträchtlichen Teil seiner Lebenszeit als Kind zwangsweise in einer solchen Vorschuleinrichtung zu verbringen. Andererseits greift es in das Recht der Eltern insoweit ein, als ihnen zunächst das Kind noch vor der Schulpflicht für einen Teil der Wochenzeit

---

80 www.charlotte-buehler-institut.at

81 Siehe die Hinweise in FN 77 und 78.

82 Vgl *Stolzlechner,* Der Schutz des Privat- und Familienlebens im Lichte der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und der Straßburger Instanzen, ÖJZ 1980, 85; *Brötel,* Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens (1991); *Wiederin,* Art 8 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Bd IV; *ders,* Schutz der Privatsphäre, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd VII. 1: Grundrechte in Österreich (Koord. *Schäffer*) (2009) 175.

von der Erziehung und Betreuung entzogen wird. Zwar ist auch der häusliche Unterricht zulässig, hier werden jedoch den Eltern genaue Regelungen über diese Erziehung verbindlich vorgegeben.

Betrachtet man den materiellen Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK, so fällt es zunächst schwer, einen Rechtfertigungsgrund auszumachen. Denn keiner dieser **Rechtfertigungsgründe** kommt nach dem Wortlaut hierfür in Betracht. Das Ziel des verpflichtenden Vorschuljahrs liegt weder in der Verhinderung von Straftaten, noch in der Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder des Schutzes der Gesundheit oder der Moral. Auch zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer braucht man dieses Rechtsinstitut eigentlich nicht.

Zunächst ist festzuhalten, dass das verpflichtende Vorschuljahr weder eine Trennung der Kinder von ihren Eltern beinhaltet, noch das Familienleben grundsätzlich verunmöglicht oder erschwert. Es handelt sich hier um einen Eingriff, den der EGMR wohl unter dem Blickwinkel *„der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“* prüft.[83] Solche Eingriffe müssen nach der Judikatur aber notwendig sein, also mehr als nützlich oder nur zweckmäßig. Nach der Judikatur des EGMR ist ein Eingriff notwendig, wenn er einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht, um ein berechtigtes Ziel einer demokratischen Gesellschaft zu erreichen und wenn die angewandten Mittel verhältnismäßig sind.[84] Pluralismus, Toleranz und offene Geisteshaltung sind nach Auffassung des EGMR wesentliche Merkmale der demokratischen Gesellschaft.[85] Bei solchen Eingriffen in das Familienleben steht das Kindeswohl in der Judikatur des EGMR an zentraler Stelle.[86]

Was den Gewährleistungsumfang des Art 8 EMRK betrifft, so bezieht sich dieser – verkürzt ausgedrückt – darauf, dass die Familie ein gemeinsames Leben entsprechend der Bindung untereinander führen kann. Von daher werden in der Judikatur in erster Linie Abschiebungen und Ausweisungen, die zu einer Zerreißung der Familie führen, die Wegnahme von Kindern und ihre Unterbringung in Pflegeheimen oder bei Pflegefamilien etc thematisiert.[87] Vor einer staatlichen Schulpflicht schützt Art 8 EMRK nicht. Daher bleibt das verpflichtende Vorschuljahr innerhalb der Schranken dieses Grundrechts.

1.7.4 Art 2 1. ZP MRK: Recht auf Bildung

Diese Bestimmung enthält zunächst eine institutionelle Garantie, indem sie den Staat verpflichtet, ein staatliches Schulwesen einzurichten.[88] Diese Verpflichtung enthält immanent auch das Recht des Staates, bis zu einem gewissen Alter eine Schulpflicht einzuführen. Wo diese genau beginnt und wo diese endet, wird weder in der Lehre noch in der Judikatur des EGMR präzise festgelegt. Es wird hier vor allem immer wieder die Gewährleistungspflicht des Staates betont, wonach dieser verpflichtet ist, geeignete und

---

83 Siehe die Judikaturnachweise bei *Wiederin,* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Bd III, Art 8 Rz 25.
84 Siehe die Nachweise bei *Meyer-Ladewig,* Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar[2] (2006) Art 8 Rz 21.
85 EGMR 29. 4. 1999, 25.088/94 Nr 112, *Chassagnon ua/Frankreich.*
86 Siehe *Meyer/Ladewig,* Menschenrechtskonvention Art 8 Rz 43.
87 Siehe die Nachweise in den in FN 78 zit Arbeiten.
88 Siehe *Meyer/Ladewig,* Menschenrechtskonvention Art 2 1. ZPMRK Rz 5.

grundsätzlich zugängliche Bildungseinrichtungen zu schaffen. Daher kann aus Art 2 des 1. ZP MRK kein Einwand dagegen abgeleitet werden, dass die Schulpflicht durch ein noch vorgelagertes verpflichtendes Vorschuljahr ergänzt wird. Dafür gibt es weder in der Judikatur noch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Hinweise.

1.8 Das verpflichtende Vorschuljahr im Lichte der Kinderrechtskonvention

Die Kinderrechtskonvention[89] stellt in Art 3 Abs 1 das Kindeswohl ins Zentrum dieses Regelwerks. Art 18 Abs 1 anerkennt die Rolle der Eltern als primär zuständige bei der Erziehung und Entwicklung der Kinder, wobei auch hier das Wohl des Kindes an erster Stelle steht.

In Art 28 wird das Recht auf Bildung verankert. Hier werden die Vertragsstaaten verpflichtet, den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht und unentgeltlich zu machen. Art 29 legt die Bildungsziele für Kinder fest. Dazu zählen die Entfaltung der Persönlichkeit (Begabung, geistige und körperliche Fähigkeiten), die Vermittlung der Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten, die Achtung vor den Eltern, der kulturellen Identität, der Sprache, der kulturellen Werte, der nationalen Werte des Landes in dem das Kind lebt, etc. Das Kind soll auf ein verantwortungsbewusstes Leben in einer freien Gesellschaft im Geiste der Verständigung des Friedens, der Toleranz, der Gleichberechtigung der Geschlechter, der Freundschaft zwischen Völkern, Ethnien und Religionen und die Achtung vor der natürlichen Umwelt hin erzogen werden. In Art 31 Abs 1 wird das Recht des Kindes auf Ruhe und Freizeit verankert, ebenso auf Spiel und altersgemäße aktive Erholung sowie auf freie Teilnahme am kulturellen und künstlerischen Leben.

Die Kinderrechtskonvention legt keine Grenzen für die verpflichtende Schule bzw eine verpflichtende Vorschulausbildung fest. Im Gegenteil: Die Schulpflicht wird als essentielles Element der Sicherung des Rechts auf Bildung gesehen. Die Bildungsziele folgen einem universell humanistischen Gedankengut, wie es auch in beiden Art 15 a-Vereinbarungen niedergelegt ist. Betrachtet man das verpflichtende Vorschuljahr als Förderungsmaßnahme sozial oder sprachlich benachteiligter Kinder, so erscheint es im Lichte der Kinderrechtskonvention nicht nur als mit dieser kompatibel, sondern deren Ziele fördernd.

---

89 BGBl 1993/7 idF BGBl III 2003/16.

2. WETTBEWERBSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN DER KINDERBETREUUNG DURCH GEMEINDEN

Von Arno Kahl

Eine erste Annäherung an das Thema „Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung durch Gemeinden" zeigt, dass es im vorgegebenen Rahmen tatsächlich nur möglich ist, entsprechende rechtliche Eckpunkte aufzuzeigen. Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen sollen das Beihilfe- und das Vergaberecht stehen. Mit diesen Vorgaben ist ua deshalb für Brisanz gesorgt, weil sie den Zwang beinhalten, zur Frage Stellung zu nehmen, ob es sich bei Kindergärten in Österreich um „Unternehmen" handelt. Eine Frage, deren bloße Formulierung bei dem einen oder der anderen für heftigeres Kopfschütteln sorgen und deren Bejahung bei vielen auf Unverständnis stoßen dürfte, haben doch die meisten von uns – manche auch vor nicht allzu langer Zeit – Kindergärten besucht, ohne dass uns die – damals wohl noch ausschließlich – Kindergärtnerinnen als Geschäftsführerinnen oder Managerinnen eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens vorgekommen wären.

2.1 Faktische Eckpunkte

Bevor auf die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung durch Gemeinden in Österreich näher eingegangen wird, seien ein paar faktische Eckpunkte erwähnt. In Österreich bestehen ca 8000 Kindertagesheime, 1000 Krippen, 4900 Kindergärten und 1200 Horte.[90] Die Organisation dieser Einrichtungen stellt sich überaus differenziert dar und reicht von kommunalen Regiebetrieben über Vereine bis zu (gemeinnützigen) GmbHs, deren Gesellschafter wiederum zT (mehrere) Vereine sind (siehe Kap 3.1. Tabelle 1).

Es würde einen großen Irrtum bedeuten, würde man annehmen, dass diese Einrichtungen – und damit die Kinderbetreuung in Österreich – weit überwiegend von der öffentlichen Hand, also von Stellen, die aus organisatorischer Sicht einer Gebietskörperschaft oder einem Gemeindeverband zuzuzählen sind, getragen werden. In allen erwähnten Kategorien bestehen private Betreuungseinrichtungen, deren Zahl in manchen Bundesländern – je nach Betreuungskategorie – an jene der öffentlichen Einrichtungen heranreicht und diese zT sogar übersteigt. Private Kinderbetreuungseinrichtungen sind also aus dem täglichen Leben nicht wegzudenken.[91] Dies wird auch der Grund dafür sein, dass die öffentliche Hand (insb Länder und Gemeinden[92]) ihre Zuschüsse in aller Regel nicht auf öffentliche Kinderbetreuungseinrichtungen beschränken, sondern etwa auch

---

90 Statistik Austria (Hrsg), Kindertagesheim-Statistik 2008/09 (2009).

91 Vgl nur den Verein „Kinder in Wien" (Kiwi), der 4000 Kindergartenplätze an 46 Standorten anbietet.

92 Siehe etwa die Pflicht zur paritätischen Landes- und Gemeindeförderung nach § 43 Abs 1 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007.

private Kindergärten mit den gleichen Pro-Kopf-Zahlungen unterstützen, wenn diese allgemein zugänglich sind und ihr Betrieb nicht auf Gewinn gerichtet ist. Dazu passt, wenn etwa Wien mit dem Slogan „Hand in Hand – Öffentliche und private Kinderbetreuung" auftritt.

2.2 Kindergärten als Unternehmen?

Wie erwähnt, muss einer wettbewerbsrechtlichen Thematik wie der vorliegenden die – etwas revolutionär anmutende – Frage vorangestellt werden, ob es sich bei Kinderbetreuungseinrichtungen um Unternehmen iSd Gemeinschaftsrechts handelt. Die Frage ist berechtigt, weil überraschende Aspekte hervortreten werden, und sie ist notwendig, weil nur bei ihrer Bejahung die Anwendung des Beihilferechts in Frage kommt.

2.2.1 Wirtschaftliche Tätigkeit als Klammer der Binnenmarktregeln

Wenn eine Rechtsordnung wie die europäische den Markt als vorrangiges Instrument für die Verteilung von Gütern und Dienstleistungen etabliert, dann folgt daraus, dass die Versorgung der Bevölkerung primär über wirtschaftliche Tätigkeiten vor sich geht. Der Begriff der **„wirtschaftlichen Tätigkeit"** spielt im Wirtschaftsrecht denn als Bestandteil eines übergeordneten Konzepts, das die wesentlichen Tatbestandselemente der Binnenmarktregeln zusammenfasst, auch eine wesentliche Rolle. In diesem Sinne kann er als Klammer der Binnenmarktregeln bezeichnet werden, weil das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit Voraussetzung für die **Anwendbarkeit der Binnenmarktregeln** ist:

- ► Die Grundfreiheiten beziehen sich jeweils auf die einzelnen Produktionsfaktoren wirtschaftlicher Tätigkeit: Dienstleistungen, Waren, (selbständige und unselbständige) Arbeit und Kapital sollen in der Gemeinschaft ungehindert zirkulieren können.
- ► Die Wettbewerbspolitik betrifft eben jene Einheiten, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben.

In jenen Bereichen, in denen wirtschaftliche Tätigkeiten erbracht werden, kommen die Binnenmarktregeln zur Anwendung, und das System einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb[93] ist – dem Grundsatz nach – zu verwirklichen.

2.2.2 Konturverlust der wirtschaftlichen Gegenleistung als konstitutivem Element einer wirtschaftlichen Tätigkeit

Prägendes Element einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist nach dem vom EuGH und der Kommission erstellten Konzept das Vorliegen einer wirtschaftlichen Gegenleistung iSe **Güter- und Dienstleistungsaustauschs.** Wird kein Entgelt geleistet, liegt eine nichtwirtschaftliche Leistungserbringung vor. Das Bestehen einer wirtschaftlichen Gegenleistung ist immer (nur) dann anzunehmen, wenn Leistungen marktgängig angeboten werden, wenn diese also auch von einem privaten Unternehmen erbracht werden (würden).

Wer die wirtschaftliche Gegenleistung entrichtet, ist nicht ausschlaggebend. Auf der Hand liegt zunächst, dass eine solche vorliegt, wenn sie – allenfalls auch in Form von

[93] Vgl Art 4, 98 EG-Vertrag.

Gebühren oder Kostenbeiträgen – unmittelbar vom Leistungsempfänger geschuldet wird. Für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit schadet es aber auch nicht, wenn die Bezahlung von dritter Seite vorgenommen wird, auch wenn diese eine staatliche Einrichtung ist.[94]

Der EuGH ordnet auch jene Aktivitäten den wirtschaftlichen Tätigkeiten zu, die über ein besonderes **staatlich eingerichtetes Versicherungs- oder Beitragssystem** abgegolten werden. Dabei geht er nicht nur bei der Finanzierung durch Versicherungssysteme, die auf Beiträgen der Leistungsempfänger beruhen und bei denen das Entgelt daher zumindest mittelbar vom Leistungsempfänger stammt, sondern auch bei jenen, die sich direkt aus dem öffentlichen Haushalt speisen, von einer wirtschaftlichen Gegenleistung aus.[95]

Der EuGH stuft im Ergebnis also auch Leistungen als wirtschaftliche Tätigkeiten ein, die durch öffentliche Sozialsysteme finanziert werden, die nach Ansicht des Gerichtshofs selbst aber keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Dadurch **büßt das Kriterium der wirtschaftlichen Gegenleistung freilich an Kontur ein.** Denn jede Leistung verursacht Kosten und muss irgendwie abgegolten werden. Wenn sie nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen nicht bezahlt werden kann, in einer Gesellschaft aus sozial- und kulturpolitischen Gründen aber als erforderlich angesehen wird, hat sie der Staat selbst oder durch Beauftragung privater Unternehmen zu erbringen und nach staatlichen Grundsätzen zu finanzieren. Das kennzeichnet die sozialen und kulturellen Bereiche. Wenn der EuGH nun auch nach staatlichen Grundsätzen finanzierte Leistungen als wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert, verschiebt er den sozialen und kulturellen Bereich in jenen rechtlichen Rahmen, der für die wirtschaftliche Leistungserbringung konzipiert worden ist.[96]

---

94 Entgeltcharakter und eine wirtschaftliche Betätigung liegen beispielsweise vor, wenn Leistungen von Krankenanstalten durch ein gesetzlich vorgesehenes und vertraglich ausgestaltetes Versicherungssystem durch Krankenkassen finanziell abgegolten werden, und zwar auch dann, wenn diese Zahlungen in pauschalierter Art und Weise geleistet werden (EuGH C-157/99, *Peerbooms*, Slg 2001, I-5473, Rz 58). Ebenso übt eine öffentlich-rechtliche Anstalt zur Arbeitsvermittlung, die sich hauptsächlich durch allgemeine Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer finanziert, die in keinem Zusammenhang mit der erbrachten Einzelleistung stehen, eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und stellt ein Unternehmen iSd europäischen Wettbewerbsrechts dar (EuGH C-41/90, *Höfner und Elser,* Slg 1991, I-1979, Rz 19).

95 Siehe auch vorhergehende FN. Strukturell ist in der Finanzierung von Gesundheitsleistungen durch ein beitragsfrei ausgestaltetes Krankenversicherungssystem freilich kein Unterschied zur Finanzierung öffentlicher Bildungsleistungen aus dem staatlichen Haushalt zu erblicken, die der EuGH jedoch nicht als wirtschaftliche Tätigkeit einstuft. Krankenversicherungsträger selbst qualifiziert der EuGH mangels wirtschaftlicher Tätigkeit dann nicht als Unternehmen, wenn sie nach Grundsätzen organisiert sind, nach denen ein privates Unternehmen nicht tätig werden würde: Pflichtmitgliedschaft, Solidarität und beitragsunabhängiger Leistungsumfang (EuGH verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre,* Slg 1993, I-637, Rz 18 f). Versicherungsleistungen, die nach den Prinzipien der freiwilligen Mitgliedschaft und leistungsorientierten Auszahlung nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten, stellen hingegen wirtschaftliche Leistungen auch dann dar, wenn sie von öffentlichen Einrichtungen erbracht werden. Vgl *Kahl*, Öffentliche Unternehmen, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts[2] (2007) 347 (365 f).

96 Dazu und zum Vorhergehenden einlässlich *Damjanovic,* Die Marktregeln der EG – Regelungsinstrumente der mitgliedstaatlichen Wohlfahrtssysteme? in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Soziales Europa (2009) 197 (210 ff) mwN.

2.2.3 Stellen Kinderbetreuungseinrichtungen Unternehmen iSd Gemeinschaftsrechts dar?

2.2.3.1 Die Position von EuGH und Kommission

Das Erwähnte zeigt, dass die Frage nach der Unternehmenseigenschaft von Kindergärten keine leicht zu beantwortende ist, weil der EuGH als Unternehmen jede Einheit qualifiziert, die eben eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.[97] Damit wohnt dem Gemeinschaftsrecht ein **autonomer, funktionaler Unternehmensbegriff** inne, in dessen Zentrum das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit steht und bei dem es auf organisatorische Kriterien oder eine Gewinnabsicht uÄ nicht ankommt. Wenn sie einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, stellen auch öffentliche Einrichtungen Unternehmen iSd Gemeinschaftsrechts dar. Nicht ausschlaggebend ist auch, von wem und mit welcher Zielsetzung (zB mit Gemeinwohlbezug) eine Leistung erbracht wird.

Es ist zwar zuzugestehen, dass der EuGH bisher mit der Einstufung von Einheiten, die **Kernleistungen der Daseinsvorsorge** erbringen, als Unternehmen eher zurückhaltend agiert.[98] Allerdings ist diese Rsp keineswegs gesichert, kasuistisch und va lässt sich bislang kein abstrakt-dogmatisches Konzept erkennen, auf Grund dessen ex ante mit Sicherheit gesagt werden könnte, ob es sich bei einer daseinsvorsorgenden Einheit um ein Unternehmen handelt oder nicht.[99]

Dazu kommt der Umstand, dass die Kommission die **Rsp des EuGH zu Gesundheitsdienstleistungen,** die seiner Ansicht nach wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen, zum Anlass nimmt, sämtliche gemeinwohlorientierten Leistungen als wirtschaftliche Tätigkeiten iSd Dienstleistungsfreiheit einzustufen: *„In der Praxis heißt dies, dass abgesehen von den Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt, auf die gemäß Artikel 45 EGV die Binnenmarktvorschriften keine Anwendung finden, die überwiegende Mehrheit der Dienstleistungen als ‚wirtschaftliche Tätigkeiten' im Sinne der Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrags (Artikel 43 und 49) zu betrachten sind"*.[100] Ausübung öffentlicher Gewalt kommt beim Betrieb von Kinderbetreuungseinrichtungen freilich nicht in Betracht.

2.2.3.2 Einordnung der Kindergärten

Hinsichtlich der Einstufung von Kindergärten als Unternehmen besteht nach dem Dargestellten durchaus Argumentationsspielraum: Einerseits könnte man ihre Funktion im Bildungswesen hervorheben.[101] Ähnlich wie öffentliche Universitäten und Schulen – so könnte man sagen – erfüllt der Staat durch den Betrieb bzw die Finanzierung von Kin-

---

97 EuGH C-41/90, *Höfner und Elsner,* Slg 1991, I-1979, Rz 21.

98 Öffentliche Sozialversicherungsträger, öffentliche Hochschulen. Hingegen sind Gesundheitsleistungen wiederum Dienstleistungen iSd Art 50 EG-Vertrag, also wirtschaftliche Leistungen.

99 Auch dazu statt vieler einlässlich *Damjanovic* (FN 97).

100 KOM(2007) 725 endg Kommissionelles Begleitdokument zur Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts" Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement. Siehe auch *Maucher,* Sozialdienstleistungen, in *Krautscheid* (Hrsg), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl (2009) 241 (248, 256 f).

101 Diesbezüglich besonders deutlich das OÖ Kinderbetreuungsgesetz.

dergärten seine **nicht-wirtschaftliche bildungspolitische Aufgabe.** Ein zusätzlicher Schritt in diese Richtung wird gerade mit der Kindergartenpflicht gesetzt. Wo soll hier ein wesentlicher Unterschied zwischen dem verpflichtenden Besuch der Volksschule und dem letzten verpflichtenden Kindergartenjahr („Vorschuljahr") bestehen?

Andererseits könnte man darauf verweisen, dass **Kindergärten (Betreuungs-)Dienstleistungen erbringen** und dafür Geld als wirtschaftliche Gegenleistung erhalten. Diese Gegenleistung kommt in manchen Fällen zum Teil von den Eltern, zum Teil in Form von Zuschüssen (zum Personalaufwand) vom Land und von den Gemeinden. Schließlich erbringen Kindergärten ihre Leistungen insofern in einem **marktorientierten Umfeld,** als va zwischen privaten Kindergärten mit ihrem in der Regel etwas unterschiedlichen Angebot und den öffentlichen Kindergärten eine Wettbewerbssituation besteht. Landesgesetze weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Errichtung von privaten Kindergärten allen EWR-Staatsangehörigen, also auch in grenzüberschreitender Dimension, offen steht.[102] So ist den Gesetzen auch im Hinblick auf die finanzielle Unterstützung eine Differenzierung zwischen inländischen und EU-ausländischen Kindergartenbetreibern fremd. Ein bei der Errichtung von Kindergärten zum Teil gesetzlich vorgesehener wirtschaftlicher Schutz bereits bestehender Kindergärten in der Form einer Art Bedarfsprüfung[103] kann gegen die Unternehmenseigenschaft von Kindergärten jedenfalls nicht ins Treffen geführt werden.[104] Zwar liegt Gewinnerzielungsabsicht jedenfalls bei öffentlichen Kindergärten nicht vor und ist zT auch gesetzlich ausdrücklich untersagt.[105] Eine solche ist zum einen für die Qualifikation als Unternehmen aber gar nicht notwendig, zum anderen ist sie bei privaten Kindergärten nicht immer ausgeschlossen.[106] Schließlich spricht auch eine gesetzlich vorgesehene grundsätzliche Pflicht zur Aufnahme angemeldeter Kinder nicht per se gegen die Unternehmenseigenschaft von Kindergärten. Unterhält man sich mit Geschäftsführern privater Kindergärten, wird von diesen deutlich und ohne Zweifel formuliert, dass sie „am freien Markt" agieren und sich „in ständigem Wettbewerb zu anderen Betreuungseinrichtungen" sehen.

Schließlich besteht in Salzburg auch eine Betreuungseinrichtung, die nicht unter das einschlägige Kindergartengesetz fällt und daher die dort festgelegten Bedingungen nicht erfüllen muss. Hier sind Plätze auch stundenweise, also kurzfristig nach Bedarf buchbar. Finanziert wird diese Einrichtung durch die Gemeinde, ein örtliches Unternehmen, das Instrumente für Zahnärzte herstellt, und die Kinderfreunde.[107]

Erwähnt sei schließlich noch die in ganz anderem Zusammenhang rein national laufende Diskussion über die Frage, ob bei der Finanzierung des verpflichtenden Gratis-

---

[102] Ob der iZm der Dienstleistungsfreiheit verwendete Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit" mit jenem des Unternehmensbegriffs korreliert, wird weder vom EuGH noch von der Kommission geklärt, in der Literatur wird diese Ansicht aber vertreten. Vgl *Damjanovic* (FN 97) 211.

[103] ZB §§ 19 Abs 1, 35 Abs 1 Tir Kindergarten- und Hortgesetz.

[104] Vgl die Situation bei Krankenanstalten, die nach § 3 KAKuG auch einer Bedarfsprüfung unterliegen, aber wirtschaftliche Tätigkeiten erbringen (vgl EuGH C-169/07, *Hartlauer*).

[105] ZB § 27 Tir Kindergarten- und Hortgesetz, § 3 Abs 6 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2009, §§ 3 Abs 6, 27 Abs 1 OÖ Kinderbetreuungsgesetz.

[106] ZB §§ 34 ff iVm § 45 Abs 4 lit b Z 2 Tir Kindergarten- und Hortgesetz.

[107] Es handelt sich nicht um einen Betriebskindergarten.

Kindergartenjahres auf den verschiedenen Ebenen Umsatzsteuerpflicht besteht. Diese Frage ist hier nicht von Bedeutung; erwähnenswert ist aber, dass in den entsprechenden Unterlagen Begriffe wie „Entgelt", „Unternehmen" und „Betrieb gewerblicher Art" im Zusammenhang mit den österr Kindergärten selbstverständlich Verwendung finden.[108]

All dies zeigt, – im Besonderen zusammengenommen mit dem unkritischen, pauschalierenden Zugang der Kommission –, dass man mit einer Qualifikation (auch der öffentlichen) Kindergärten als Unternehmen – vorsichtig formuliert – durchaus rechnen muss.

2.3 Kindergartenfinanzierung im Lichte des Beihilferechts

2.3.1 Art 87 EG-Vertrag und das *Altmark*-Urteil

Kommt man nicht umhin, eine Qualifikation (auch) öffentlicher Kindergärten als Unternehmen ins Auge zu fassen, ist es – wie es die Themenstellung vorgibt – angesichts ihrer Bezuschussung durch die öffentliche Hand geboten, den beihilferechtlichen Rahmen zu untersuchen.

Bei den Betreuungs-, Erziehungs- und Bildungsdiensten, die im Rahmen der Kinderbetreuung in Österreich erbracht werden, handelt es sich um **Dienstleistungen von allgemeinem Interesse** (auch) iSd Gemeinschaftsrechts, wobei gute Gründe dafür sprechen, dass die europäischen Instanzen diese Leistungen als wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sehen. Die Frage, welche Dienste im Rahmen der Daseinsvorsorge erbracht werden sollen, fällt zunächst einmal in den weiten Ermessensspielraum der nationalen Stellen. Der Kommission kommt hier lediglich eine auf äußerste Grenzziehungen beschränkte Missbrauchskontrolle im Rahmen des Art 86 Abs 2 EG-Vertrag zu, die im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielt.

Ausgangspunkt der beihilferechtlichen Prüfung muss Art 87 Abs 1 EG-Vertrag sein. Danach sind – soweit im EG-Vertrag nicht Anderes bestimmt ist – staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Zunächst in der gebotenen Kürze dazu nur so viel: Dass es sich bei den Bezuschussungen der österr Kindergärten um staatliche Mittel iSd Art 87 Abs 1 EG-Vertrag handelt, bedarf keiner näheren Erläuterung. Auch ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals zu bejahen, wonach die Begünstigung bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zu Gute kommt. Dies auch deshalb, weil – soweit ersichtlich – öffentliche Kindergärten stets in den Genuss der Förderungen kommen, private Kindergärten aber nur dann, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Dabei ist das nicht in allen einschlägigen Landesgesetzen so vorgesehen und jene Gesetze, die dies normieren, weichen wiederum voneinander ab. Um unterschiedslose Maßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zu

---

[108] Siehe zum Thema Umsatzsteuer *Lindinger,* Umsatzsteuerliche Praxisfragen im Schülerhort einer Gemeinde, RFG 2006, 123; *Heiss,* Schülerhort und Vorsteuerabzug, RFG 2009, 112.

Gute kommen, handelt es sich bei den Zuschüssen damit nicht. Es wird durch die Finanzierung auch in das Wettbewerbsverhältnis zwischen den verschiedenen Betreuungsplätzen eingegriffen, weil die Marktbedingungen für Wettbewerber (potenziell) verändert werden.

Um das gemeinschaftsrechtliche Beihilfeverbot anwenden zu können (oder zu müssen), ist auch das Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung erforderlich. Reflexartig ist man versucht zu sagen, dass der hier zu behandelnde Bereich „Kinderbetreuung durch Gemeinden" keinerlei grenzüberschreitenden Charakter aufweist, mangels Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel also keine Beihilfe vorliegt. Eine solche Verneinung kommt angesichts der mittlerweile überaus verflochtenen Wirtschaftsbeziehungen und Dienstleistungs- und Handelsströme in der EU allerdings zum einen nur mehr ausnahmsweise in Betracht, zum anderen reichen für eine Bejahung bereits finanzielle Vorteile, die zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel möglich erscheinen lassen.[109] Nimmt man dazu in den Blick, dass die einschlägigen Landesgesetze im Rahmen der Errichtungsvoraussetzungen für Kindergärten regelmäßig auf die Möglichkeit des Marktzugangs auch für EWR-Ausländer hinweisen, erscheint eine Bejahung der Erfüllung des Kriteriums der Handelsbeeinträchtigung geboten.

Bleibt nur noch ein Tatbestandsmerkmal des Art 87 Abs 1 EG-Vertrag zu prüfen: die **Begünstigungseigenschaft** der finanziellen Unterstützungen. Dieses Kriterium führt zum mittlerweile allseits bekannten ***Altmark*-Urteil** des EuGH.[110]

Unwichtig ist der konkrete Streit, der dem Urteil zu Grunde lag. Wesentlich ist das, was der EuGH – eben hinsichtlich der Erfüllung des Begünstigungsmerkmals – zur Qualifikation öffentlicher Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen festgehalten hat. Soweit eine staatliche Maßnahme nämlich lediglich als Ausgleich anzusehen ist, *„der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen [. . .] zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten",* fällt sie mangels Begünstigung nicht unter Art 87 EG-Vertrag, stellt also tatbestandsmäßig keine Beihilfe dar. Dies ist unter den folgenden Voraussetzungen der Fall:

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichti-

---

109 EuGH 730/79, *Philip Morris,* Slg 1980, 2671, Rz 11.
110 EuGH C-280/00, *Altmark Trans,* Slg 2003, I-7747.

gung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.

- Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein vergleichbares, durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, liegt keine Begünstigung und damit auch – tatbestandsmäßig – keine Beihilfe vor.

Es sticht ins Auge, dass die Voraussetzungen sowohl **formelle als auch materielle Kriterien umfassen.** Hinsichtlich der Kindergartenfinanzierung wird man – wiederum in aller Kürze – sagen müssen, dass alleine schon wegen der Nichterfüllung des vierten Kriteriums (auch) eine Begünstigung iSd Art 87 Abs 1 EG-Vertrag vorliegt. Dabei spielt hier keine Rolle, dass es sich bei diesem Kriterium um ein überaus problematisches handelt, weil etwa die Beweislast das Unternehmen trifft und weil etwa schon in grundsätzlicher Hinsicht nicht klar ist, welche Unternehmen als hypothetische Referenzunternehmen überhaupt in Frage kommen.

Nach einem Befund wie dem, dass die Kindergartenfinanzierung eine Beihilfe darstellt, ergibt sich die Frage, wie die vier *Altmark*-Kriterien zu Art 86 Abs 2 EG-Vertrag stehen, ob eine Rechtfertigung nach dieser Bestimmung also in Frage kommt, wenn eines der Kriterien nicht erfüllt ist, oder ob es sich dann – wegen der Ähnlichkeit der vier Kriterien und der nach Art 86 Abs 2 EG-Vertrag vorzunehmenden Untersuchung – immer schon um eine unzulässige Beihilfe handelt. Die Kommission sieht auch neben den vier Kriterien Raum für eine Anwendung des Art 86 Abs 2 EG-Vertrag. Sie prüft in einem ersten Schritt die Kriterien und – wenn nicht sämtliche erfüllt sind – in einem zweiten Schritt Art 86 Abs 2 EG-Vertrag.

2.3.2 Das *Altmark*-Paket und seine Bedeutung für die Kinderbetreuung

Da die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anwendung des Art 86 Abs 2 EG-Vertrag bezüglich Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen überaus groß war, hat sich die Kommission entschlossen, im so genannten *„Altmark*-Paket*"* Rechtsakte zur Klarstellung zu erlassen. Es handelt sich dabei um eine Kommissions-Entscheidung (Freistellungs- bzw Daseinsvorsorge-Entscheidung, 2005/842/EG, ABl 2005 L 312/67), einen Gemeinschaftsrahmen (ABl 2005 C 297/4) sowie eine – hier nicht näher dargestellte – Novellierung der Transparenzrichtlinie.[111]

---

[111] Zum *Altmark*-Paket *Lechner*, DaseinsvorsorgeE und GR der Kommission – Ein Beitrag zur Rechtssicherheit? in *Jaeger* (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 08 (2008) 245.

Daseinsvorsorgeentscheidung und Gemeinschaftsrahmen sind aufeinander bezogen und beinhalten wesentlich gleiche Maßstäbe. Die Beziehung der beiden Rechtsakte zueinander stellt Erwägungsgrund 2 des Gemeinschaftsrahmens klar:

„Die Entscheidung 2005/842/EG der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, gibt Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichszahlungen mit Artikel 86 Absatz 2 EG Vertrag vereinbare Beihilfen sind, und stellt Ausgleichszahlungen, die diese Voraussetzungen erfüllen, von der Pflicht zur Vorabnotifizierung frei. Ausgleichszahlungen, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht in den Anwendungsbereich der Entscheidung 2005/842/EG fallen, müssen hingegen weiterhin vorab notifiziert werden. Der vorliegende Gemeinschaftsrahmen soll klarstellen, unter welchen Voraussetzungen diese staatlichen Beihilfen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können."

Der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrahmens ist also durch die Daseinsvorsorgeentscheidung begrenzt. All jene Fälle, die unter die Entscheidung fallen, „benötigen" keinen Gemeinschaftsrahmen (Rechtfertigung) mehr.

2.3.2.1 Die Anwendung der Freistellungsentscheidung auf Einrichtungen zur Kinderbetreuung

In den Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung fallen sämtliche Beihilfen, die Unternehmen als Ausgleichszahlungen iSd Art 86 Abs 2 EG-Vertrag erhalten. Es geht um die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt und die daran geknüpfte, für die Praxis nicht unbedeutende Pflicht zur Notifizierung der Finanzierung.

Hier ist von Bedeutung, dass die Freistellungsentscheidung unter anderen, hier nicht interessierenden Fällen (zB Finanzierung von Krankenhäusern, sozialer Wohnbau) und Ausnahmen (zB ÖPNV) für Ausgleichszahlungen an Unternehmen greift, deren Jahresumsatz in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio € betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio € für die erbrachte Dienstleistung erhalten.

Dabei handelt es sich um eine **sektorenunabhängige allgemeine Freistellungskategorie,** die angesichts ihres finanziellen Rahmens auf die Kindergartenfinanzierung durchaus passend erscheint. Die Kommission geht davon aus, dass bei Leistungen, die diesen Rahmen nicht überschreiten, der Handelsverkehr nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, der dem Gemeinschaftsinteresse zuwider läuft. Überhaupt ist sie der Meinung, dass durch die Freistellungsentscheidung *„de facto die Mehrheit aller auf lokaler Ebene erbrachten Dienstleistungen von der Notifizierungspflicht ausgenommen"* wird.[112]

Damit nach der Freistellungsentscheidung die Notifizierungspflicht aber tatsächlich entfällt, müssen weitere Voraussetzungen der Entscheidung erfüllt sein. Diese erinnern an

[112] KOM (2007) 725 endg, 9.

die (Weiterentwicklung der) ersten drei und damit auch an formelle Kriterien der *Altmark*-Entscheidung.

2.3.2.2 Öffentlicher Auftrag

Eine „Grundvoraussetzung“[113] ist, dass die zuständige staatliche Stelle dem Dienstleister einen klaren Auftrag für die Erfüllung der betreffenden Aufgabe erteilt. Die Mitgliedstaaten müssen daher darauf achten, dass bei allen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse inklusive Sozialdienstleistungen die **Betrauung** mit einer solchen Aufgabe durch einen oder mehrere **förmliche Verwaltungs- oder Rechtsakte** erfolgt („öffentlicher Auftrag“ oder „Betrauung“[114]). Die Form der Rechts- oder Verwaltungsakte kann von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden. In Frage kommen Gesetz, Verordnung, Bescheid oder auch Vertrag. Einen Standard-Betrauungsakt gibt es nicht.[115] Ausschlaggebend sind die Rechtsverbindlichkeit und die Pflicht zum Handeln. Keine Betrauung im hier interessierenden Sinne kann daher in einer bloßen Genehmigung zum Marktzutritt gesehen werden. Damit wird das Unternehmen nicht zur Erbringung von daseinsvorsorgenden Leistungen verpflichtet, sondern nur zu einer Tätigkeit auf dem Markt berechtigt.

Dies ist heute zwar nichts Neues mehr; interessant ist für das vorliegend zu behandelnde Thema aber, dass die Kommission in dem eben zitierten beihilferechtlichen Arbeitspapier als Beispiel just *„die Genehmigung zur Eröffnung einer Kinderbetreuungseinrichtung“* erwähnt. Sollten also noch Zweifel an der zuvor diskutierten Unternehmenseigenschaft von Kindergärten in Österreich und an der Aussage bestanden haben, es sei besser, „im Ernstfall“ mit einer Qualifikation als Unternehmen zu rechnen, dürften diese hiermit ausgeräumt sein.

Die Erfüllung des Kriteriums der Betrauung bereitet indes hinsichtlich der Kinderbetreuung durch Gemeinden Schwierigkeiten. So ist zwar in manchen Gesetzen explizit festgelegt, dass die Sicherstellung einer ausreichenden Zahl an Kinderbetreuungsplätzen eine Aufgabe der Gemeinde ist,[116] über die Art der Erfüllung dieser Verpflichtung sagen die Gesetze allerdings nichts. Va dann, wenn sich die Gemeinde zur Erfüllung dieser Pflicht einer privaten Einrichtung bedient, müsste – um von einer Betrauung sprechen zu können – in den abgeschlossenen Verträgen (zumindest) die Pflicht zur Leistungserbringung (anstelle der Gemeinde), allenfalls mit einem Verweis auf die geforderten Standards bzw die gesetzlichen Vorgaben, festgeschrieben werden. Aufgrund der im Vorfeld zu diesen Ausführungen geführten Gespräche muss bezweifelt werden, dass Betrauungen iSd Beihilferechts zum Standardinhalt entsprechender Verträge zählen.

Aus einem öffentlichen Auftrag iSd Freistellungsentscheidung muss Folgendes hervorgehen, wobei schon an dieser Stelle angemerkt wird, dass die einschlägigen Landesgesetze hier unterschiedliche Standards aufweisen:

---

113 KOM (2007) 725 endg, 9.
114 Art 4 Freistellungsentscheidung.
115 Arbeitspapier der Kommission, SEK(2007) 1516 endg, Pkt 5.2.
116 § 2 Abs 1 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007, § 16 Abs 1 OÖ Kinderbetreuungsgesetz, § 4 Abs 1 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2009, § 16 b Krnt Kindergartengesetz 1992.

2.3.2.2.1 Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen

Hinsichtlich der gebotenen Festlegung der Art der Gemeinwohlverpflichtung kann vor dem Hintergrund, dass eine entsprechende Beauftragung durch mehrere Rechtsakte vorgenommen werden kann, zunächst auf zT sehr **detaillierte gesetzliche Aufgabenbeschreibungen** verwiesen werden. Es findet sich etwa die Pflicht zur Unterstützung der Familienerziehung, Förderung der körperlichen, seelischen und geistigen Entwicklung durch Bildungsangebote, Anwendung erprobter wissenschaftlicher Methoden, Kleinkindpädagogik und integrativer Grundsätze. Dabei hat das Personal methodisch-systematisch vorzugehen und Planungen in schriftlicher Form und damit nachprüfbar vorzunehmen. Bei Bedarf sind die Zusammenarbeit mit öffentlicher Jugendwohlfahrt, Behindertenhilfe und sonstigen Fachleuten sowie die Einbeziehung der Eltern vorgeschrieben.[117] Dazu treten detaillierte Regelungen über Gruppengliederung, Gruppenhöchstzahlen und die Ausbildung des Kindergartenpersonals, dessen Aufsichtspflicht, Bestimmungen über die fachliche Aufsicht, bauliche Standards und Öffnungszeiten.[118] Auch bestehen gesetzliche Aufnahmepflichten für öffentliche Kindergärten[119] und die Pflicht zum Betrieb.[120]

In den meisten Gesetzen ist die Art der Gemeinwohlverpflichtung damit sehr umfassend beschrieben, wobei der Versorgungsauftrag – soweit ersichtlich – in jenen Ländern schärfer gefasst ist, in denen das verpflichtende Kindergartenjahr bereits eingeführt ist.[121] Dies mag aus gleichheitsrechtlicher Sicht schlüssig erscheinen, weil der Staat dort, wo er – unter verwaltungsstrafrechtlicher Sanktionierung – einen verpflichtenden Besuch vorschreibt, auch die entsprechenden Betreuungsplätze sicherstellen muss; es hat aber eben auch beihilferechtliche Relevanz.

Die Dauer der Gemeinwohlverpflichtung lässt sich den Gesetzen ebenfalls entnehmen und erstreckt sich jeweils über ein Schuljahr.

2.3.2.2.2 Das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich

Das jeweils beauftragte Unternehmen ergibt sich ebenfalls aus den Gesetzen in Verbindung mit dem Gebot zur Anzeige bzw Bewilligung des Kindergartens und einem allfälligen Vertrag. Dies gilt auch für den geografischen Geltungsbereich der Pflicht zur Aufgabenerfüllung.

---

117 Vgl nur § 3 nö Kindergartengesetz, §§ 13, 20 f Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007.

118 Vgl zu einzelnen Aspekten zB §§ 8 und 11 Vlbg Kindergartengesetz, §§ 4 f, 13, 15 Stmk Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, § 3 Tir Kindergarten- und Hortgesetz.

119 ZB § 13 Vlbg Kindergartengesetz, § 24 Tir Kindergarten- und Hortgesetz (bei Wohnsitzkindern), § 30 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007. Auch findet sich der Grundsatz der allgemeinen Zugänglichkeit, wobei manchmal abweichende Regelungen für private Kindergärten bestehen (vgl § 3 Abs 4 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2009, § 15 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007).

120 § 22 Tir Kindergarten- und Hortgesetz, § 12 Abs 2 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2009, § 6 Abs 2 OÖ Kinderbetreuungsgesetz.

121 Vgl § 16 b Ktn Kindergartengesetz 1992, §§ 3 Abs 3 b, 12 a OÖ Kinderbetreuungsgesetz. Siehe auch die in § 12 Vlbg Kindergartengesetz normierte Bedarfserhebungspflicht und die Pflicht der Gemeinde, bei nicht ausreichendem Angebot ein Versorgungskonzept zu erstellen. Vgl weiters § 4 Abs 1 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2009 sowie § 16 f OÖ Kinderbetreuungsgesetz und §§ 2 Abs 1, 26 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007.

2.3.2.2.3 Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen

Da Kindergärten keine besonderen oder ausschließlichen Rechte eingeräumt sind (Art 4 lit c Freistellungsentscheidung), ist als Nächstes das Vorliegen objektiver Parameter für die Berechnung des finanziellen Ausgleichs zu prüfen.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die **Landeszuschüsse** in aller Regel als **Prozentsätze bezogen auf die anfallenden Personalkosten** gesetzlich bestimmbar und zT – wie etwa im Burgenland – auch ausdrücklich als Rechtsanspruch formuliert sind. Es finden sich durchaus detaillierte Regelungen, die die Landeszuschüsse festlegen und einen fakultativen oder obligatorischen Elternbeitrag (auch Mindest- und Höchstbeiträge) bestimmen. Gekoppelt mit der festgeschriebenen Obergrenze der bloßen Kostendeckung und der Verpflichtung zu einer tarifmäßigen Festsetzung, kombiniert mit einer zT hoheitlichen Zuerkennung der Fördermittel kann sich so durchaus ein Rechtsrahmen ergeben, von dem man behaupten könnte, dass er die Parameter für die Finanzierung der Ausgleichsbeiträge für die gemeinwirtschaftliche Leistungserbringung in dem aus beihilferechtlicher Sicht geforderten Maße festlegt.[122] Allerdings – und dieser Umstand ist auch bezüglich der folgenden Überlegungen zu beachten – weisen die verschiedenen Gesetze hinsichtlich der erwähnten Kriterien zT sehr unterschiedliche Standards auf, weil sich nicht in allen Gesetzen sämtliche der erwähnten Voraussetzungen finden.

Beihilferechtlich geeignet sind überdies nur objektive Parameter. Die Anzahl der zu betreuenden Kinder, die allenfalls auch auf gesetzlicher Grundlage von den Gemeinden für die Zukunft in einem Entwicklungskonzept abzuschätzen ist (Stichwort: **„Kinderdatenbank“**), erfüllt diese Voraussetzung wohl, denn damit ist die Art bestimmbar, wie die Folgekosten entstehen.[123]

Rechtliche Defizite lassen sich hinsichtlich der Pflicht zur Überwachung und etwaigen Anpassung der Ausgleichszahlungen konstatieren. Entsprechende Instrumente sind in der Regel nicht gesetzlich vorgesehen.

2.3.2.2.4 Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensation entsteht bzw etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden

Ein materiell zentraler Punkt ist aus beihilferechtlicher Sicht, dass es zu keiner Überkompensation der Dienste durch die öffentliche Hand kommt. Das bedeutet auf den konkreten Fall umgelegt zunächst, dass das gesetzlich in der Regel vorgesehene Prinzip der Kostendeckung tatsächlich effektiv überwacht werden muss. Zudem bedarf es Regelungen, die sicherstellen, dass erhaltene Mittel, die über die bloße Kostendeckung hinausgehen, zurückgezahlt werden.

---

[122] Vgl § 31 Stmk Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (fakultativer Elternbeitrag), §§ 21, 23 Abs 3, 25, 25 a Krnt Kindergartengesetz 1992, §§ 27, 45 Tir Kindergarten- und Hortgesetz. Siehe insb auch die oö Regelung des Landeszuschusses, des Gemeindezuschusses, der Elternbeiträge (Mindest- und Höchstbeitrag) und des Prinzips der Kostendeckung. Siehe auch §§ 32, 41 f, 43 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007.

[123] Die „geschätzte Anzahl von Benutzern“ lässt die Kommission ausdrücklich genügen. Siehe KOM SEK (2007) 1516 endg, Pkt 6.1.

Hinsichtlich der Finanzierung von Kinderbetreuungseinrichtungen liegt der Fall nun zusätzlich so, dass ihr Betrieb häufig nicht nur von einer Gebietskörperschaft finanziert wird. Es stellt sich also die Frage, wie man **Vorkehrungen gegen Überkompensationen** trifft, wenn eine bestehende gemeinwirtschaftliche Leistung durch zwei oder mehrere Behörden finanziert wird. Dass sich gerade diese Frage in der Praxis nicht selten stellt, zeigt der Umstand, dass sie auch im Katalog der Kommission über häufig gestellte Fragen zur Freistellungsentscheidung enthalten ist.[124] Die Kommission begnügt sich hier mit der einfachen Feststellung, dass jede Gebietskörperschaft ihre eigenen Ausgleichsparameter festlegen und auf deren Grundlage ihren individuellen Beitrag leisten kann, *„so lange der komplette Betrag, der sämtlichen erhaltenen Ausgleichszahlungen entspricht, nicht die tatsächlichen Netto-Kosten übersteigt, die vom DAWI-Dienstleister getragen werden".*

Auch hier bestehen in den einschlägigen Landesgesetzen deutliche Unterschiede. Es finden sich verschiedentlich Bestimmungen derart, dass etwa Unterlagen eingefordert werden, die die Berechtigung zum Erhalt der Landesförderungen nachträglich belegen. Was die Gesetze jedoch nicht enthalten, ist eine **Pflicht zur nachträglichen, gebündelten Überprüfung der Finanzierung,** die die Möglichkeit einer Rückforderung zuviel erhaltener Mittel umfasst. So ist etwa auch die Höhe der Elternbeiträge bei privaten Kindergärten häufig nicht bekannt und in Gesetzen findet sich für das Land die allgemeine Ermächtigung, zusätzlich zum Kindergarten-Landesbeitrag als Träger von Privatrechten Kindergärten finanzielle Zuschüsse zu gewähren.[125] Der Hinweis darauf, dass Kindergärten ohnehin meist unterfinanziert und dem Gebot der Kostendeckung verpflichtet sind, trägt beihilferechtlich nicht per se. Hier bestehen beihilferechtliche Regelungslücken. Sind nämlich – wie der Rechnungshof in einem Prüfbericht zur Kinderbetreuung hervorhebt – *„von den geförderten Rechtsträgern (private Einrichtungen zur Kinderbetreuung) [. . .] weder Ausgaben noch Einnahmen aus Elternbeiträgen bekannt",* liegt auf der Hand, dass eine beihilferechtliche Prüfung in der geforderten Strenge scheitern muss.[126]

2.3.2.3 Weitere Bindungen der Freistellungsentscheidung

Art 5 der Freistellungsentscheidung fordert, dass Ausgleichszahlungen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die **Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten** unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Kapital abzudecken. Der Ausgleich muss ausschließlich für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verwendet werden. Erforderlich ist ein Ausgleich, wenn und solange er es ermöglicht, die im öffentlichen Interesse gelegene Dienstleistung *„zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen"* zu erbringen. Auch diese Wendung findet sich – es mag überraschen – in einzelnen

---

124 SEK (2007) 1516 endg, Pkt 6.3.

125 § 25 Abs 1 Krnt Kindergartengesetz 1992.

126 RH-Bericht Reihe Wien 2008/3, Vorlage vom 28. 5. 2008, 6, der auch darauf hinweist, dass den Bediensteten der MA 10, die für die Wiener Kindergärten zuständig sind, Vergünstigungen auf den Elternbeitrag in einer Größenordnung von € 240.000,– bis € 780.000,– gewährt werden.

Landesgesetzen, nämlich in Bezug auf die Möglichkeit der Einstellung des Kindergartenbetriebs, der nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass ein wirtschaftlich zumutbarer Betrieb nicht mehr möglich ist. Aus beihilferechtlicher Sicht wäre auch ein angemessener Gewinn beim Betrieb eines Kindergartens zulässig, wobei Elternbeiträge in die Rechnung einbezogen werden müssten.

Schließlich müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Kindergärten keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über die geschilderte Höhe hinausgehen. Andernfalls müssten sie die Zuschüsse zurückfordern, wobei eine Überkompensation von maximal 10% auf die nächstfolgende Ausgleichsperiode angerechnet werden darf.[127]

2.3.3 Beihilferechtliche Schlussbetrachtung

Für die Finanzierung von Betreuungs- und Bildungsleistungen durch Kindergärten ist der österr Rechtsrahmen insb deshalb problematisch, weil sich nicht alle aufgezählten Instrumente, die für eine Beihilferechtskonformität iSd Freistellungsentscheidung benötigt werden, jeweils in sämtlichen landesrechtlichen Vorschriften finden. Es gibt aus beihilferechtlicher Sicht durchaus „bessere“ und „schlechtere“ Gesetze. Der zu beschreitende Weg ist durch die vorstehenden Ausführungen deutlich vorgezeichnet. So könnten etwa die Betrauung ebenso einfach klar und deutlich formuliert werden, wie erforderliche Instrumente zur Kontrolle der Finanzierung ohne allzu großen Aufwand und, ohne das Finanzierungssystem als solches zu erschüttern, eingeführt werden könnten. Die Notifikationspflicht entfällt jedenfalls immer nur, wenn sämtlichen, auch den formalen Bedingungen der Freistellungsentscheidung Rechnung getragen wird. Dies ist nicht in allen Bundesländern der Fall.

Zu erwähnen ist, dass dann, wenn eine Finanzierungsmaßnahme nicht den Parametern der Freistellungsentscheidung entspricht, eine **Rechtfertigung auf dem Boden des Art 86 Abs 2 EG-Vertrag** ins Auge gefasst werden könnte, der in diesem Fall durch den Gemeinschaftsrahmen konkretisiert ist. Eine solche Rechtfertigung kommt aber immer nur dann in Frage, wenn bei Vorliegen einer Beihilfe nur das vierte *Altmark*-Kriterium nicht erfüllt ist. Dies ist hier nicht näher auszuführen,[128] ergibt sich aber aus der formellen und materiellen **Gleichartigkeit der in der Freistellungsentscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen verwendeten Prüfkriterien.** Daher muss auf den Gemeinschaftsrahmen hier nicht mehr näher eingegangen werden, weil dies am Ergebnis nichts ändern würde.[129]

---

[127] Die Prüfungsmaßstäbe nach der Daseinsvorsorgeentscheidung (und nach dem Gemeinschaftsrahmen) sind im Ergebnis weniger streng als das vierte *Altmark*-Kriterium (Effizienzkriterium). Eine effiziente Leistungserbringung wird im Bereich der Daseinsvorsorge nicht verlangt, was teilweise freilich auf Kritik stößt.

[128] Dazu *Kahl/Müller,* Fünf Jahre nach Altmark – Was blieb von den „Daseinsvorsorge-Kriterien“? in *Jaeger* (Hrsg) Jahrbuch Beihilferecht 09 (2009) 351 (357).

[129] Hinsichtlich der Frage, ob es sich bei den Zahlungen an Kinderbetreuungseinrichtungen um bestehende Beihilfen handeln könnte, sei auf Rz 27 des Gemeinschaftsrahmens verwiesen: „Die Kommission schlägt als zweckdienliche Maßnahme für die Zwecke von Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag vor, dass die Mitgliedstaaten ihre jeweiligen Regelungen hinsichtlich des Ausgleichs für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit dem vorliegenden Gemeinschaftsrahmen innerhalb von achtzehn Monaten nach dessen Veröffentlichung im Amtsblatt in Einklang bringen. Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, binnen eines Monats nach der Veröffentlichung des Rahmens im Amtsblatt zu bestätigen, dass sie mit der vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahme

Die Finanzierung der Kinderbetreuungseinrichtungen in Österreich differiert von Bundesland zu Bundesland. Es gibt Länder, in denen private Kindergärten – zT ausdrücklich unter der Bedingung, dass sie allgemein zugänglich sind und keine Gewinne erwirtschaften – gleich gefördert werden wie öffentliche. Dort, wo dies nicht der Fall sein sollte, stellt sich die **Frage, ob private Kindergartenerhalter einen Anspruch auf gleich hohe Förderungen haben.** Aus beihilferechtlicher Sicht muss dazu festgehalten werden, dass es – wie der EuGH formuliert – nicht mit dem Gemeinschaftsinteresse vereinbar wäre, eine nicht notifizierte Beihilfe auch zu Gunsten anderer Unternehmen anzuordnen und so den Kreis der Beihilfeempfänger zu erweitern.[130] Dadurch wird die Beihilfe aus der Sicht des Binnenmarkts verstärkt, nicht jedoch zu einer allgemeinen Wirtschaftsmaßnahme. Das spricht dagegen, dass private Kindergartenbetreiber auf diesem Wege (zusätzliche) Förderungen erlangen könnten. Allerdings hat der EuGH diesen Grundsatz für Beihilfen ausgesprochen, die nicht notifiziert wurden, aber zu notifizieren gewesen wären. Diese Judikaturlinie kann wohl dann als nicht einschlägig angesehen werden, wenn es sich um Beihilfen handelt, die von vornherein nicht zu notifizieren waren. Damit schließt sich der Kreis, weil es darauf ankommt, ob die Finanzierung der Kinderbetreuungseinrichtungen die Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung erfüllt oder nicht. Sollte dies – was wie dargestellt zweifelhaft erscheint – der Fall sein, wäre sie nicht zu notifizieren. Nur in diesem Fall könnte ein nationales Gericht überhaupt in die Lage versetzt werden, eine zusätzliche Förderung zuzusprechen, weil diese dann eben nicht rechtswidrig gewährt würde. Dann aber wäre Anspruchsgrundlage nicht das Wettbewerbsrecht, sondern der nationale Gleichheitssatz.

2.4 Lauterkeitsrechtliche Grenzen

Tritt die öffentliche Hand mit eigenen Unternehmen am Markt auf oder unterstützt sie Unternehmen im Wettbewerb, kommen auf sie dann, wenn sie als Träger von Privatrechten agiert, die Bestimmungen des UWG zur Anwendung.[131] Nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der OGH Grundsätze für den Wettbewerb der öffentlichen Hand entwickelt.

Zunächst kann festgehalten werden, dass der Auftritt der öffentlichen Hand auf einem Markt grundsätzlich zulässig ist[132] und dass der Betrieb von Kindergärten im geschäftlichen Verkehr iSd § 1 UWG stattfindet, weil er im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung vorgenommen wird. Auch schreiben die meisten Landesgesetze den Betrieb von

---

einverstanden sind. Das Ausbleiben einer Antwort des betreffenden Mitgliedstaats wird von der Kommission als Ablehnung gewertet."

130 EuGH C-368/04, *Transalpine Ölleitung,* Slg 2006, I-9957, Rz 49. Dazu *Jaeger,* Das Schlusskapitel der Energieabgabenvergütungs-Saga, ÖZW 2006, 112; *Sutter,* Urteilsanmerkung, EuZW 2006, 729.

131 Siehe hiezu und zum Folgenden *Heidinger,* Anwendungsvoraussetzungen und Generalklausel (§ 1), in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG-Kommentar (2009) Rz 96 ff.

132 Dies gilt auch, wenn die Versorgung durch private Anbieter auf einem Markt bereits sichergestellt ist.

Kindergärten durch Gemeinden zwar nicht vor, sehen einen solchen aber als Regelfall und wohl auch als grundsätzlich erwünscht an.

Nach UWG verboten ist nun der **Missbrauch der hoheitlichen Machtposition,** die ua in der Förderung (nur) bestimmter Marktteilnehmer gelegen sein kann. Damit klingt an, dass die öffentliche Hand bei der Subventionierung einzelner Marktteilnehmer – wie der OGH in ständiger Rsp festhält[133] – an den Gleichheitssatz gebunden ist und diesbezüglich nur sachliche Unterscheidungen treffen darf, die an den Förderzielen anzuknüpfen haben.[134]

Soweit es bei der Vorbereitung zu diesem Thema eruierbar war, scheinen die Förderungen der Länder diesem Maßstab insofern zu entsprechen, als diese zwar nicht per se sämtliche privaten Kinderbetreuungseinrichtungen unterstützen, ihre finanziellen Leistungen – soweit ersichtlich – aber an durchaus **sachliche Kriterien** wie etwa die allgemeine Zugänglichkeit und die Betriebspflicht, also an Kriterien knüpfen, die auch öffentliche Kindergärten iSd Gemeinwohls erfüllen.[135] Zu erwähnen ist im vorliegenden Zusammenhang, dass manche Länder (Teile) ihre(r) Förderungen hoheitlich gewähren,[136] Hoheitsakte aber nicht zum geschäftlichen Verkehr zählen und keine Wettbewerbshandlungen iSd UWG darstellen.[137]

Beachtlich ist weiters der Umstand, dass die Förderungen – zumindest zu einem beträchtlichen Teil – gesetzlich vorgesehen sind. Dies bedeutet einerseits, dass in einem Abgehen von den in den Kinderbetreuungsgesetzen der Länder normierten Fördergrundsätzen eine Unlauterkeit der öffentlichen Hand iSd Einräumung eines Wettbewerbsvorteils durch Rechtsbruch gelegen sein kann. Andererseits aber bedeutet es gleichzeitig, dass Unlauterkeit dann entfallen muss, wenn sich die öffentliche Hand an die im Verhältnis zum UWG spezielleren gesetzlichen (Förder-)Regelungen hält. Das UWG kann ein einschlägiger Maßstab für die Gewährung von Förderungen sein, es ist aber kein Maßstab für andere (Förder-)Gesetze.

Noch ein lauterkeitsrechtliches Detail am Ende, das für den konkreten Fall wohl nicht allzu bedeutsam ist, das aber zeigt, wie diffizil die Lage ist: Auch eine nicht vorgenommene Notifizierung kann über § 1 UWG sanktioniert werden. Nimmt man die zuvor zum Beihilferecht getätigten Aussagen in den Blick, zeigt sich, dass gerade der Umstand der notwendigen Notifizierung im Bereich der Kinderbetreuung nur im Einzelfall und wohl nur in Ausnahmefällen mit letzter Gewissheit festgestellt werden kann.

2.5 Vergaberecht

2.5.1 Kinderbetreuung als vergaberechtsrelevanter Sachverhalt

Trotz des durchaus unterschiedlichen Gehalts der der Kinderbetreuung zu Grunde liegenden Landesgesetze lassen sich im Hinblick auf vergaberechtliche Fragestellungen

---

133 ZB OGH 16. 7. 2002, 4 Ob 72/02 w, mit weiteren Judikaturhinweisen.
134 Für viele OGH 25. 4. 1995, 4 Ob 24/95.
135 So etwa die Regelung in § 31 Bgld Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz 2009.
136 Vgl zB § 34 OÖ Kinderbetreuungsgesetz, § 42 Abs 5 Sbg Kinderbetreuungsgesetz 2007.
137 *Handig,* Unlautere Geschäftspraktiken (§ 1), in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG-Kommentar (2009) Rz 321.

die im Folgenden dargestellten Gemeinsamkeiten erkennen. Sie bilden den Anknüpfungspunkt für die Erarbeitung vergaberechtlicher Klassifizierungen. Eine solcherart mögliche **Bildung von Fallgruppen** ist bei der vorliegenden Themenstellung deshalb notwendig, weil es nicht möglich ist, den vollen bunten Strauß tatsächlich bestehender Kinderbetreuungseinrichtungen nachzuzeichnen und einzeln vergaberechtlich zu qualifizieren. So bestehen in Österreich nicht nur über 2.300 Gemeinden, von denen viele Kindergärten betreiben, sondern auch zahlreiche private Kinderbetreuungseinrichtungen sowie Mischformen.

Ausgangspunkt der vergaberechtlichen Überlegungen ist die bereits im Rahmen der beihilferechtlichen Ausführungen erwähnte **Pflicht der Gemeinden,** dafür Sorge zu tragen, dass flächendeckend **für jedes Kind ein Kinderbetreuungsplatz zur Verfügung steht.** Diese zugegebenermaßen nicht in sämtlichen Gesetzen in dieser Deutlichkeit zum Ausdruck kommende, durch Bundes- und Landeszuschüsse mitfinanzierte kommunale Pflichtaufgabe kann auf unterschiedliche Art und Weise erfüllt werden, weil der Leistungserbringer selbst nicht gesetzlich bestimmt wird.

An dieser Stelle soll zum einen der bloße Hinweis darauf genügen, dass Gemeinden Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 BVergG sind, der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes bei der erwähnten Aufgabenerfüllung durch die Gemeinden also eröffnet ist. Zum anderen sei klargestellt, dass es sich bei der Art 15 a B-VG-Vereinbarung über die halbtägig verpflichtende und kostenlose Kinderbetreuung[138] nicht um einen hier relevanten Vertrag iSd Vergaberechts handelt, weil diese keinerlei beschaffungsrelevanten Inhalt iSe entgeltlichen staatlichen Leistungsnachfrage besitzt.

2.5.2 Kommunale Kindergärten als Verwaltungseinrichtungen der Gemeinde

Zunächst einmal kann eine Gemeinde ihre Aufgabe der – ergänzenden – Kinderbetreuung erfüllen, indem sie die Betreuungs- und Bildungsleistungen durch eine eigene Dienststelle, etwa einen **kommunalen Regiebetrieb,** erbringt. Ein selbständiges Rechtssubjekt, das die Aufgabenerfüllung für die Gemeinde vornehmen würde, besteht dann nicht, weshalb auch der Abschluss eines den Anwendungsbereich des Vergaberechts erst eröffnenden Leistungsvertrags mit einem Dritten nicht in Frage kommt. Nur dann nämlich, wenn es um den Abschluss eines Vertrags zwischen zwei verschiedenen Rechtsträgern geht, kommt die Anwendung des BVergG in Betracht. Eine gemeindeeigene Leistungserbringung durch eine unselbständige Verwaltungseinheit stellt eine autonome Organisationsentscheidung der Gemeinde dar, die durch vergaberechtliche Bestimmungen nicht berührt wird.

2.5.3 Leistungserbringung durch private Kindergärten

In gewisser Weise das Gegenteil zur staatlichen Eigenleistung stellt die Leistungserfüllung durch private Kindergartenbetreuungseinrichtungen, wie sie in Österreich in großer

[138] Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen, BGBl I 2009/99.

Zahl bestehen, dar. Die Gemeinde kommt ihrer Pflicht zur Kinderbetreuung in diesem Fall dadurch nach, dass sie Leistungen bei privaten Rechtsträgern bestellt. Der private Rechtsträger erhält Zahlungen von Land und Gemeinde und kann zusätzlich auch Elternbeiträge einheben. Zu diesem Zweck werden in der Praxis zwischen Gemeinden und Privatkindergartenerhaltern privatrechtliche Verträge abgeschlossen, in denen jedenfalls die Kinderzuschüsse oder die (anteilige) Übernahme der Personalkosten geregelt werden. Die privaten Kindergärten erbringen dann die Betreuungsleistungen nach den – durchaus detaillierten – landesgesetzlichen Vorgaben und Bildungsplänen. Die Gemeinde kauft also die entsprechenden Leistungen bei privaten Einrichtungen zu. Die zu erbringenden Dienste werden in einem wechselseitig verpflichtenden privatrechtlichen Vertrag geregelt, für die Leistungserbringung erhält der private Rechtsträger ein Entgelt von der Gemeinde als Aufgabenträger.

Wenn die Gemeinden so vorgehen, um ihrer Betreuungspflicht nachzukommen, liegt ein **Beschaffungsvorgang** vor, der vergaberechtlich relevant ist, weil das BVergG grundsätzlich sämtliche Beschaffungen erfasst, es auf die zivilrechtliche Qualifikation des Vertrags nicht ankommt und schließlich auch nicht ausschlaggebend ist, ob der öffentliche Auftraggeber mit der Leistungsvergabe seinen Eigenbedarf befriedigt. Er tritt auch dann als **Auftraggeber iSd BVergG** auf, wenn er in Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe eine Leistung organisiert, die andere, etwa die Allgemeinheit, nutzen. Schließlich ist unter Entgelt jede Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers zu verstehen. Es schadet diesbezüglich nicht, wenn der Auftraggeber bloß einen Aufwandersatz gewährt oder wenn auch Dritte, die Nutzer, ein finanzielles Entgelt leisten.

Die Europäische Kommission erwähnt in einem vergaberechtlichen Arbeitspapier als Indizien, die das Bestehen eines vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgangs nahelegen, dass *„die betreffende Tätigkeit in den Aufgabenbereich der öffentlichen Einrichtung fällt, dass die Bedingungen für die Dienstleistungserbringung bis in die Einzelheiten von der öffentlichen Stelle festgelegt werden und dass die Dienstleistung vollständig von der öffentlichen Stelle vergütet wird“*.[139] Der rechtliche und finanzielle Rahmen der Kinderbetreuung in Österreich geht deutlich in diese Richtung, sodass die konkrete Leistungsvergabe vergaberechtlich dann beachtlich ist, wenn es sich nicht um eine Eigenerbringung der Gemeinden, eine Inhouse-Vergabe oder einen Vorgang iSd EuGH-Urteils *Stadtreinigung Hamburg* handelt.[140]

Was die Art des öffentlichen Auftrags angeht, wird in aller Regel ein **nicht-prioritärer Dienstleistungsauftrag,** nämlich die Beschaffung von Betreuungs- und Bildungsleistungen, vorliegen. Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung getragen, dass es sich nicht um einen Bau- oder Lieferauftrag handelt, der Leistungserbringer angesichts der finanziellen Stützungen, der Elternbeiträge und der Existenz einer gewissen, im Ungefähren voraussagbaren Menge von „Zwangskunden“ wohl nicht das überwiegende finanzielle Risiko iSd Definition einer Dienstleistungskonzession trägt und dass die Zuordnung zum

---

139 KOM SEK (2007) 1514, Pkt 2.11.

140 Zur Inhouse-Vergabe und zu dem erwähnten Urteil siehe Kap 2.5.4.

Unterrichts- oder Sozialwesen iSd Anhangs IV des BVergG[141] angesichts der umfassenden Betreuungs-, insb aber auch Bildungsvorgaben („Bildungsplan"), zutreffend erscheint.

Dies bedeutet, dass sich die vergaberechtlichen Bindungen für betroffene Gemeinden in Grenzen halten, weil insb keine speziellen Vorgaben hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens bestehen (vgl § 141 BVergG). Auch ist die Gemeinde nicht an den im Gesetz enthaltenen Verfahrenskatalog gebunden. Sie muss allerdings die **gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot** beachten. Soweit dies auf Grund des Gegenstands und des Werts des Auftrags erforderlich erscheint – je höher der Auftragswert und je bedeutender der Auftragsgegenstand, desto höher sind die Anforderungen an die Transparenz –, müssen die Aufträge aber in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern durchgeführt werden, und es ist ein angemessener Grad an Öffentlichkeit zu gewährleisten. Direktvergaben nicht-prioritärer Dienstleistungen sind bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 100.000,– in einem formfreien Verfahren unmittelbar an ein ausgewähltes Unternehmen zulässig. Im Oberschwellenbereich vergebene, nicht-prioritäre Aufträge müssen der Kommission nach § 54 BVergG bekannt gegeben werden.

2.5.4 Kommunale Leistungserbringung durch ausgegliederte Rechtsträger

Natürlich besteht für eine Gemeinde auch die Möglichkeit, ihrer Leistungspflicht durch den Betrieb eines Kindergartens nachzukommen, der als ausgegliederter Rechtsträger organisiert ist (etwa als Verein oder als GmbH).

Bevor weitere Überlegungen angestellt werden, ist festzuhalten, dass in den hier zu behandelnden Fällen die Aufgabenübertragung selbst nicht hoheitlich vonstattengeht. Die Gesetze normieren keine Übertragung an einen ausgegliederten Rechtsträger. Auch wird kein ausgegliederter Rechtsträger durch Gesetz errichtet oder dessen Errichtung Gemeinden gesetzlich vorgeschrieben. Solche hoheitlichen Vorgänge sind vom Abschluss eines privatrechtlichen Leistungsvertrags zu unterscheiden und würden nicht dem Vergaberecht unterfallen.

Die geltende Rechtslage überlässt es den Gemeinden, wie sie die Kinderbetreuung sicherstellen. Gründen sie aber eigenständige Rechtsträger, ist – anders als bei Regiebetrieben – aus formaler Sicht der Abschluss eines Leistungsvertrags, der die konkrete Leistungserbringung und Finanzierung regelt, zwischen Gemeinde und diesem Rechtsträger möglich. Steht dieser Rechtsträger in vollständigem Eigentum der Gemeinde, ergibt sich, dass die Kommune auch in einem solchen Fall lediglich von ihrem freien Organisationsrecht Gebrauch macht, sich materiell gesehen also nicht zwei verschiedene Rechtssubjekte gegenüberstehen und die begründete Rechtsbeziehung einer staatlichen Eigenleistung vergleichbar ist. Damit ergibt sich die Frage nach einer möglichen **Inhouse-Vergabe** der Betreuungs- und Bildungsleistungen, also einer Direktvergabe, bei der nicht einmal die Vorgaben des europäischen Primärrechts beachtlich sind.

---

[141] Nr 24 – 26.

2.5.4.1 Die *Teckal*-Ausnahme und Kinderbetreuung durch Gemeinden

Startschuss der Inhouse-Judikatur ist bekanntlich das *Teckal*-Urteil des EuGH, wonach vergaberechtliche Bindungen nicht bestehen, wenn

- die Gebietskörperschaft über die rechtlich von ihr verschiedene Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen **(Kontrollkriterium)** und
- wenn diese Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben **(Wesentlichkeitskriterium).**

2.5.4.1.1 Zum Kontrollkriterium

Hinsichtlich der Erfüllung des Kontrollkriteriums ist **der jeweilige Einzelfall zu betrachten,** und es sind sämtliche Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Die öffentliche Stelle muss in der Lage sein, auf die Entscheidungen des Leistungserbringers in dem Sinne einzuwirken, dass sie sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss nehmen kann.[142] Entscheidend ist eine **funktionelle Gesamtbetrachtung.**

In Bezug auf den Betrieb öffentlicher Kindergärten in Form **ausgegliederter Rechtsträger** fällt diesbezüglich ins Auge, dass diese tatsächlich über keinen großen Gestaltungsspielraum verfügen, weder hinsichtlich ihrer strategischen Zielsetzungen noch ihres Tagesgeschäfts. Sogar die Festsetzung der Höhe der Elternbeiträge ist zT gänzlich verboten,[143] zT unterliegt sie insofern engen Grenzen, als sie sich in einer gesetzlich vorgegebenen Bandbreite bewegen muss, jedenfalls aber durch das Verbot der Gewinnerzielung im Verbund mit der Zuschussgewährung durch Land und Gemeinde begrenzt ist. ZT bestehen für öffentliche Kindergärten gesetzlich vorgesehene Aufnahmepflichten. Auch die in Frage kommenden Organisationsformen wie GmbH und Verein sprechen dafür, dass der Gemeinde entsprechend effektive Einflussmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Schließlich ist das wirtschaftliche Überleben der ausgegliederten Betreuungseinrichtungen überhaupt von der Bereitschaft der jeweiligen Gemeinde als Aufgabenträgerin abhängig, ausreichende Haushaltsmittel zur Verfügung zu stellen. Die Gemeinden entscheiden so wirtschaftlich über Leben und Tod der Einrichtung.[144] Letztlich wird man in Bezug auf die Führung von Kindergärten in Form ausgegliederter Rechtsträger der Gemeinden mit guten Gründen zu dem Ergebnis gelangen können, dass das Kontrollkriterium iSd Inhouse-Judikatur in der Regel erfüllt und ein iSd Vergaberechts **selbständiger Geschäftsführungswille** der Kindergärten **nicht gegeben** ist.

Möglich wäre auch, dass mehrere Gemeinden eine **interkommunale Einrichtung** mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen und diese ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit der Erbringung der Betreuungsleistungen beauftragen. Auch in diesem Fall ist, wenn kein Privater beteiligt ist, die Ausübung einer Kontrolle wie über die eigenen

---

142 EuGH C-458/03, *Parking Brixen,* Slg 2005, I-8585, Rz 65.
143 In jenen Ländern, in denen der Gratiskindergarten realisiert wurde.
144 Vgl GA *La Pergola* in der Rs *BFI Holding,* 360/96, Rz 35.

Dienststellen möglich. Dabei kann die Kontrolle auch von den Organen der Einrichtung, die aus Vertretern der Gemeinden bestehen, gemeinsam, allenfalls auch mit Mehrheitsbeschluss, ausgeübt werden. Diese grundsätzliche Möglichkeit besteht nach dem Urteil des EuGH in der Rs *Coditel*[145] freilich nur *„vorbehaltlich einer Sachverhaltsermittlung im Hinblick auf das Maß an Selbständigkeit“* der gemeinsamen Einrichtung. Im konkreten Fall waren die Organe der interkommunalen Einrichtung durch die Gemeinden beherrscht und so ein effektiver Einfluss auf die strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen möglich. Die Einrichtung wies keine Marktausrichtung, keinen kommerziellen Charakter auf. Ihr Zweck war es ausschließlich, eine Aufgabe von gemeindlichem Interesse zu erfüllen. Sie verfolgte keine anderen Interessen als jene der ihr angeschlossenen öffentlichen Stellen. Die Kontrolle über das Unternehmen war also effektiv. Unter diesen Umständen erachtete es der EuGH als nicht erforderlich, dass diese individuell, durch jede Gemeinde einzeln, ausgeübt wurde. Durch diese **Aufweichung der „dienststellengleichen Kontrolle“** hat der EuGH va für kleinere Gemeinden wichtige Spielräume geschaffen.

Ob diese Spielräume auch im Bereich gemeinsamer Kinderbetreuungseinrichtungen in Österreich genutzt werden können, erscheint fraglich, weil der österr Gesetzgeber dem § 10 Z 7 BVergG das Konzept zu Grunde gelegt haben könnte, dass das *Teckal*-Kontrollkriterium in dem Sinne qualifiziert auszuüben ist, dass die Kontrolle nur der konkret beauftragende öffentliche Auftraggeber ausüben kann. Ausgeschlossen wäre dann ein Zusammenwirken mit anderen öffentlichen Auftraggebern. Da der Wortlaut des Gesetzes eine kumulierende Kontrolle nicht ausreichen lässt,[146] könnte man das nationale Recht hier als strenger erachten als das Gemeinschaftsrecht.[147] Da es sich bei der Inhouse-Vergabe weiters um ein eng auszulegendes Ausnahmeregime zum Vergaberecht handelt, wäre eine diesbezüglich strengere nationale Regelung zulässig. Sie würde nach der wiedergegebenen Auffassung *Fruhmanns* den Weg zu den durch den EuGH in seiner jüngeren Rsp aufgezeigten Erleichterungen versperren.

Andererseits ist wohl nicht zu bestreiten, dass der Gesetzgeber mit der Übernahme der *Teckal*-Kriterien in das BVergG eine **entwicklungsoffene Formulierung** gewählt hat, um auf diese Weise Weiterentwicklungen in der Rsp des EuGH in das Gesetz einfließen zu lassen. Dies spricht anders als die zuvor referierte Auffassung dafür, dass der Gesetzgeber eben nicht strenger sein wollte als die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Er verweist in den Materialien zu § 10 Z 7 BVergG explizit darauf, dass das Gesetz exakt den Wortlaut des *Teckal*-Urteils verwendet und dass daher alle Begriffe gemeinschaftsrechtlich auszulegen sind, sodass auch das *Coditel*-Urteil im Rahmen des § 10 Z 7 BVergG und damit auf nationaler Regelungsebene relevant ist. ME ist dieser Argumentation zu folgen.

---

145 Vgl EuGH C-324/07, *Coditel,* Rz 42.

146 Anders noch die Rechtslage in § 6 Abs 1 Z 6 BVergG 2002.

147 So explizit unter Berufung auf den Wortlaut, die Materialien sowie wohl auch den Willen des Gesetzgerbers *Fruhmann,* § 10 Z 7 BVergG, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum BVergG 2006 Rz 153 ff (155 f).

Zu erwähnen ist noch, dass eine Inhouse-Vergabe dann nicht zulässig ist, wenn am ausgegliederten Rechtsträger privates Kapital beteiligt ist. Dies hat der EuGH in einer sehr apodiktischen Formulierung[148] in seinem *Stadt Halle*-Urteil klargestellt.[149] Gemeinnützige, gemischt-wirtschaftliche GmbHs kommen für ein Inhouse-Geschäft damit nicht in Frage.

2.5.4.1.2 Zum Wesentlichkeitskriterium

Auch das Vorliegen des zweiten Inhouse-Merkmals, des Wesentlichkeitskriteriums der *Teckal*-Judikatur, kann grundsätzlich bejaht werden. Dies deshalb, weil **Kindergärten ihre Leistungen** insofern **ausschließlich für die Gemeinde erbringen,** als diese es ist, die die entsprechenden Betreuungs- und Bildungspflichten treffen. Für diese Argumentation ist es freilich von Vorteil, wenn sich die Gemeinden explizit beauftragende Bestimmungen in den einschlägigen Gesetzen finden, was allerdings, wie erwähnt, nicht in allen Landesgesetzen der Fall ist.

Nicht zutreffend wäre jedenfalls die Argumentation, dass Kindergärten ihre Leistungen nicht der Gemeinde, sondern den betreuten Kindern und deren Eltern gegenüber erbringen und deshalb das Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt sei. Eine solche Sichtweise liefe darauf hinaus, dass Inhouse-Konstellationen für Leistungen der Daseinsvorsorge, die ja immer (auch) für die jeweiligen Kunden erbracht werden, per se nicht möglich wären. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt etwa das *ANAV*-Urteil, in dem der EuGH hinsichtlich der Inhouse-Vergabe von ÖPNV-Leistungen von einer Leistungserbringung für die beauftragende italienische Gemeinde ausgegangen ist, obwohl er das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession angenommen und damit ausgedrückt hat, dass die Beförderungsleistungen für die ansässige Bevölkerung erbracht wurden.[150]

2.5.4.2 Ausnahme jenseits der *Teckal*-Judikatur

Nach dem jüngsten Urteil des EuGH[151] zur Inhouse-Vergabe können mehrere Gemeinden auch – jenseits der *Teckal*-Kriterien und ohne Einrichtung der interkommunalen Zusammenarbeit – vergabefrei eine Vereinbarung zur gemeinsamen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, worunter auch die Kinderbetreuung fällt, schließen. Eine solche Vereinbarung ist unter bestimmten Voraussetzungen kein öffentlicher Auftrag iSd Vergaberechts: An einer solchen Übereinkunft darf – in welcher Form auch immer – kein Privater beteiligt sein, es dürfen keine Finanztransfers zwischen den Kooperationspartnern vorgenommen werden, die über die Kostendeckung der gemeinsamen Aufgabe hinausgehen, und keine anderen Zwecke als die gemeinsame Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe und keine erwerbswirtschaftlichen Ziele verfolgt werden.

---

148 *„[. . .] schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens [. . .] es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber [. . .] eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen."*

149 EuGH C-26/03, *Stadt Halle,* Slg 2005, I-1, Rz 50. Zur Frage, ob die Beteiligung eines privaten Sektorenauftraggebers zulässig wäre, *Fruhmann*, § 10 Z 7 BVergG, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum BVergG 2006 Rz 149.

150 Vgl dazu *Kahl,* Vergaberecht und Öffentlicher Personennah- und -regionalverkehr (ÖPNRV) – die geltende Rechtslage, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum BVergG 2006 Rz 50 mwN.

151 EuGH C 480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

Wesentlich dürfte nach der neuen, jedoch noch nicht gefestigten[152] Judikaturlinie des EuGH auch sein, dass tatsächlich eine **gemeinsame Aufgabenwahrnehmung** vorliegt, dass also sämtliche Kooperationspartner von der Vereinbarung profitieren und eine Aufgabe in diesem Sinne nicht einseitig erfüllt wird.

Diese neuen, sehr weiten Grenzen einer **vergabefreien Aufgabenerfüllung** sind in der Literatur nicht zuletzt deshalb auf Kritik gestoßen, weil sie durch den Verzicht der Schaffung einer interkommunalen Einrichtung zu einer territorialen Entgrenzung der Inhouse-Leistungserbringung führen. Dieser kritische Gesichtspunkt dürfte bei dem hier zu behandelnden Thema eine nur untergeordnete Rolle spielen. Gerade auch dieser Aspekt lässt es aber fraglich erscheinen, in welche Richtung der EuGH diese neue Rechtsprechungslinie ausbauen wird.

2.6 Schluss

Wenn man über wettbewerbsrechtliche[153] Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung in Österreich mit beihilfe- und vergaberechtlicher Schwerpunktsetzung sprechen soll, erscheint dies zu Beginn etwas ungewöhnlich. Nähert man sich der Materie, erkennt man bald, dass sich zunächst einmal die Unternehmenseigenschaft der Kinderbetreuungseinrichtungen nicht wirklich vom Tisch wischen lässt und damit gerechnet werden muss, dass diese „im Ernstfall" als wirtschaftlich tätige Einheiten gesehen werden würden. Damit aber werden beihilfe- und vergaberechtliche Bindungen schlagend.

Eine nähere Betrachtung zeigt dann, dass spätestens mit den kommissionellen Mitteilungen „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse" und „Sozialdienstleistungen und sonstige Dienstleistungen von allgemeinem Interesse" auch im Bereich der Sozialleistungen die Aspekte der korrekten Beauftragung der Leistungserbringer, des *Altmark*-Pakets sowie der vergaberechtlichen Bestimmungen in den Vordergrund getreten sind. Von dieser Entwicklung sind mittlerweile auch die österr Kinderbetreuungseinrichtungen nicht mehr verschont. Mit ihrem Zugang bewirkt die Kommission, dass sich auch die Sozialdienste der Mitgliedstaaten zunehmend in das Gefüge der Binnenmarktregeln einfü-

---

[152] Die *Teckal*-Kriterien – so die ersten Vermutungen nach dem Urteil – bleiben nur für Aufgaben von Bedeutung, die nicht zur Daseinsvorsorge zählen. Kriterien für die Abgrenzung öffentlicher von anderen Aufgaben nennt der EuGH nicht. Weiters bleibt es offen, ob der Gerichtshof künftig eine Unterscheidung zwischen im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gewerblicher und nichtgewerblicher Art treffen wird. Zum Urteil *Veldboer,* Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil *Hamburger Stadtreinigung,* DÖV 2009, 859.

[153] Die Themenstellung dieses Beitrags umfasst wettbewerbsrechtliche Aspekte der Kinderbetreuung durch Gemeinden. Eine im Verhältnis zu privaten Einrichtungen großzügigere Finanzierung öffentlicher Kinderbetreuungseinrichtungen könnte allerdings auch im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten releviert werden. Zunächst ist in den einschlägigen Landesgesetzen ausdrücklich vorgesehen, dass auch EWR-Ausländer in Österreich Kinderbetreuungseinrichtungen eröffnen dürfen. Solche Einrichtungen wären keine Einrichtungen der österr Gemeinden oder Gemeindeverbände und damit nach den gesetzlichen Definitionen privat. Zwar wird nun in den Gesetzen im Zusammenhang mit Landesförderungen privater Kinderbetreuungseinrichtungen nicht danach unterschieden, ob es sich um einen nationalen oder einen EWR-ausländischen Rechtsträger handelt. In Situationen aber, in denen private Träger in einem Bundesland tatsächlich systematisch geringere Förderungen als öffentliche Einrichtungen erhalten, könnte darin eine Beschränkung des Marktzugangs erblickt werden, der für Ausländer weniger attraktiv gestaltet wäre. Ein solcher Eingriff in die Niederlassungsfreiheit würde einer Rechtfertigung iSd Vorliegens eines zwingenden Allgemeininteresses bedürfen und müsste verhältnismäßig sein. ME liegt eine solche Rechtfertigung – nicht zuletzt auf Grund der in Bezug auf die zu erbringenden Betreuungsleistungen detaillierten gesetzlichen Vorgaben, durch die ein allgemeiner Qualitätsstandard verpflichtend vorgegeben ist – nicht gerade auf der Hand.

gen müssen. Gemeinwohlziele und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen werden damit rechtfertigungsbedürftig. Dass im Bereich der Kinderbetreuung in Österreich beihilferechtliche und da und dort allenfalls auch vergaberechtliche Nachbesserungen erforderlich erscheinen, liegt daran, dass das von der Kommission der Organisation der gemeinwirtschaftlichen Leistungserbringung zu Grunde gelegte Konzept, das nicht ganz unzutreffend auch als „Einkaufsmodell samt Beleggarantie“ bezeichnet wurde,[154] nur bedingt zur österr Tradition der indirekten, impliziten Beauftragung im Bereich der Daseinsvorsorge passt.

[154] *Maucher* (FN 100) 267.

3. VERPFLICHTENDES VORSCHUL- ODER KINDERGARTENJAHR: INSTITUTIONELLE RAHMENBEDINGUNGEN UND AUSWIRKUNGEN

Von Barbara Trixner

Der nachfolgende Beitrag bezieht sich auf die institutionellen Rahmenbedingungen für die Umsetzung eines verpflichtenden, beitragsfreien Kindergartenjahrs und enthält Beispiele für die Umsetzung in Oberösterreich.

Oberösterreich hat seit 1. 9. 2009 Beitragsfreiheit sowohl in Kindergärten als auch in Krabbelstubengruppen ab dem vollendeten 30. Lebensmonat der Kinder eingeführt. Das bedeutet nach einer Prognose aufgrund der Anmeldungen 200 Gruppen und über 4000 Kinder mehr, die im laufenden Arbeitsjahr 2009/10 unterzubringen waren. Die Schaffung der erforderlichen Voraussetzungen ist in Oberösterreich in Zusammenarbeit mit allen Beteiligten so gut gelungen, dass der Gratiskindergarten reibungslos starten konnte.

Zum jetzigen Zeitpunkt stellt sich die Frage Vorschul- oder Kindergartenjahr nicht mehr. Die politische Entscheidung ist gefallen, es wird ein verpflichtendes Kindergartenjahr eingeführt; zum Teil ist dies schon geschehen.

Dem gegenüber sind Kinder, die im betreffenden Kalenderjahr schulpflichtig geworden sind, jedoch noch nicht die Schulreife besitzen, in die Vorschulstufe aufzunehmen. Diese hat den Auftrag, die Kinder im Hinblick auf die für die 1. Schulstufe erforderliche Schulreife zu fördern (vgl § 6 Abs 2 c und 2 d Schulpflichtgesetz 1985).

Die Einführung eines verpflichtenden beitragsfreien Kindergartenjahrs vor der Schulpflicht ist ein Meilenstein in der Bildungspolitik. Oberösterreich hat im Zuge der Einführung des beitragsfreien Kindergartens bereits eine allgemeine Kindergartenpflicht für alle 5-jährigen Kinder mit Hauptwohnsitz in Oberösterreich eingeführt.

Folgende Punkte sind in diesem Zusammenhang besonders zu untersuchen:

- **Ausgangslage:** Wie sehen die Besuchsquoten der 5-Jährigen aus? Wer sind die Rechtsträger der Kindergärten, in denen das verpflichtende Kindergartenjahr absolviert werden kann?
- **Hintergründe:** Warum fiel die Entscheidung zu Gunsten des Kindergartens? Wie war der Weg dahin? Wie sieht der Bildungsauftrag des Kindergartens aus? Kann der Kindergarten diese Aufgabe erfüllen?
- **Umsetzung:** Wie wird ein verpflichtendes Kindergartenjahr umgesetzt? Welche unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen ergeben sich aus einem verpflichtenden Kindergartenjahr? Welche Rahmenbedingungen müssen Kindergärten erfüllen, damit die Kindergartenpflicht umgesetzt werden kann?
- Erste **Erfahrungen/Ausblick** auf die Zukunft.

3.1 Ausgangslage

Die Quelle für die nachfolgenden Ausführungen ist die Kindertagesheimstatistik, Berichtsjahr 2008/09, die in Kooperation mit den Bundesländern und im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend jährlich von der Statistik Austria erstellt wird. Die Kindertagesheimstatistik existiert bereits seit 1972. Damit liegen Daten vor, die bisherige Entwicklungen hervorragend abbilden und die Basis für Prognosen für die Zukunft darstellen. Die Erhebungen werden jeweils im Herbst des laufenden Arbeitsjahrs durchgeführt; das heißt, dass aktuell die Daten aus der Kindertagesheimstatistik 2008/09 vorliegen.

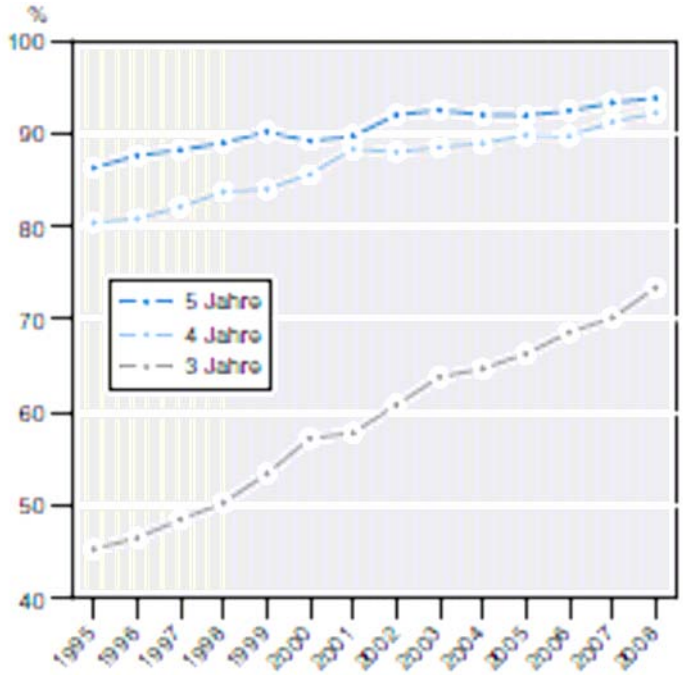


Abb 1: Betreuungsquoten der 3-, 4- und 5-Jährigen – Zeitreihe von 1995 – 2008

Quelle: STATISTIK AUSTRIA: Kindertagesheimstatistik; Wohnbevölkerung laut Bevölkerungsfortschreibung (ab 2002: Bevölkerungsregister).

Die Entwicklung der Betreuungsquoten verlief insgesamt sehr rasant. Insb bei den 3-Jährigen ist eine Steigerung von 50,3% im Jahr 1998 auf 73,4% im Jahr 2008 zu beobachten. Auch bei den 4- und 5-jährigen Kindern sind Steigerungen auf hohem Niveau zu verzeichnen, bei den 5-Jährigen zB im selben Zeitraum von 89% auf 93,8%.

Der starke Anstieg der Quoten ist auf die gesellschaftliche und bildungspolitische Entwicklung der letzen Jahre zurück zu führen. Der Kindergarten wurde vermehrt als Bildungseinrichtung anerkannt, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf wurde stärker thematisiert. Der einjährige Kindergartenbesuch, wie er zu Beginn der 1970er Jahre noch üblich war, stieg rasch auf den zweijährigen Kindergartenbesuch an; nun sind es drei und mehr Jahre Kindergarten, die Kinder in Anspruch nehmen.

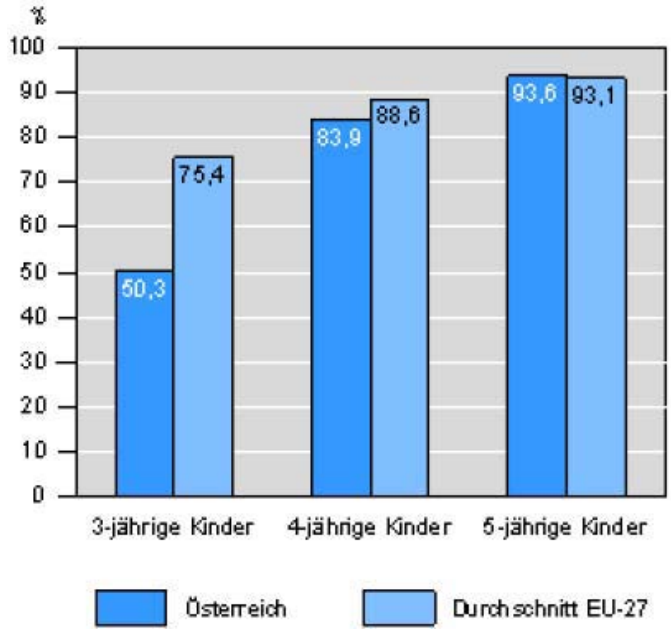


Abb 2: Betreuungsquoten 2006 im internationalen Vergleich
Quelle: STATISTIK AUSTRIA: Kindertagesheimstatistik; Eurostat

Lt. Statistik Austria verwendet Eurostat andere Stichtage für die Berechnung der Alterskategorien. Ein direkter Vergleich mit den oben angeführten Betreuungsquoten ist somit nicht möglich. Aus der Grafik zeigt sich jedenfalls, dass Österreich insb bei den 3-Jährigen 2006 recht deutlich unter dem EU-Durchschnitt lag, bei den 5-Jährigen bereits über dem EU-Durchschnitt.

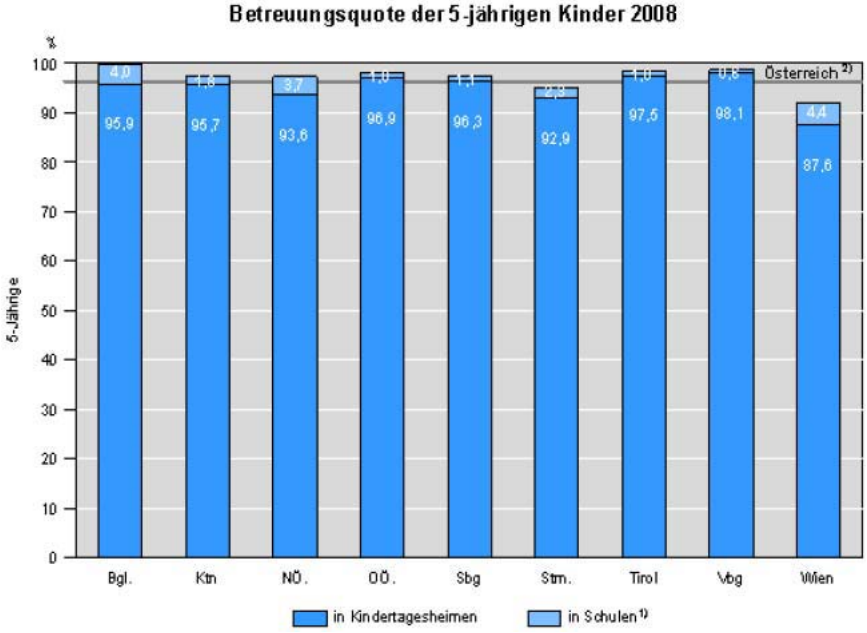


Abb 3: Betreuungsquote der 5-jährigen Kinder 2008
Quelle: STATISTIK AUSTRIA; Kindertagesheimstatistik 2008/09, Wohnbevölkerung laut Bevölkerungsregister. – 1) vorzeitig eingeschulte 5-jährige Kinder, ohne 5-jährige Kinder in Schülerhorten. – 2) Davon 93,8% in Kindertagesheimen, 2,5% in Schulen.

3. Institutionelle Rahmenbedingungen

Bei den 5-jährigen Kindern, bei denen der Österreichdurchschnitt der Betreuungsquote bei **93,8% lag,** weisen die Bundesländer Vorarlberg mit 98,1%, Tirol mit 97,5% und Oberösterreich mit 96,9% die höchsten Werte aus. Zusätzlich wurden österreichweit ca 2,5% der 5-jährigen Kinder vorzeitig eingeschult, sie besuchen kein Kindertagesheim, sondern bereits die Schule. Die dargestellte Statistik lässt den Schluss zu, dass für die Umsetzung eines verpflichtenden Kindergartenjahrs eine sehr gute Ausgangslage gegeben ist.

Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich auf die Kindergärten, da sie den Hauptanteil der Betreuungseinrichtungen für die 5-Jährigen ausmachen. Zunehmend werden auch altersgemischte Betreuungseinrichtungen geführt, es würde aber den Rahmen sprengen, auf diese detaillierter einzugehen.

Für die Einführung eines verpflichtenden Kindergartenjahrs ist die Träger-/Erhaltersituation in Österreich zu berücksichtigen. Als öffentliche Erhalter kommen Bund, Land, Gemeinden, als private Erhalter zB Vereine, Betriebe, Kirchen, Privatpersonen in Betracht. Die Tabelle 1 gibt einen Überblick, wer die Erhalter (Rechtsträger) der österr Kindergärten sind:

Erhalter	Insgesamt	davon öffentlich	davon privat	Bund	Land	Gemeinde	Betrieb	Verein	Kath Kirche	Evang Kirche	Privatperson	sonstige
Zahl	4863	3556	1307	19	12	3525	22	593	581	25	58	28

Tabelle 1: Erhalter von Kindergärten in Österreich

Quelle: STATISTIK AUSTRIA, Kindertagesheimstatistik, Berichtsjahr 2008/09

Von den 4863 österr Kindergärten wurden im Arbeitsjahr 2008/09 3556 von öffentlichen und 1307 von privaten Trägern geführt. In den Ländern stellt sich die Situation ganz unterschiedlich dar. So werden zB in **Oberösterreich** von den 726 Kindergärten 327 von privaten Trägern geführt. Die katholische Kirche ist mit 255 Kindergärten der größte private Träger.

In **Wien** überwiegen die privaten Träger – von den 981 Kindergärten werden 535 Kindergärten von privaten Trägern, davon 376 von Vereinen und 127 Kindergärten von der katholischen Kirche geführt. 443 Kindergärten werden von der Stadt Wien und 3 vom Bund, dh von einem öffentlichen Träger geführt.

Ganz anders stellt sich die Situation in **Niederösterreich** dar: Von 1156 Kindergärten sind 1112 öffentlich und nur 44 Kindergärten privat.

3.2 Hintergründe: Warum wurde ein beitragsfreies verpflichtendes letztes Kindergartenjahr eingeführt?

Ausschlaggebend waren die aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse, insb der Hirnforschung, die nachwies, dass es sich beim vorschulischen Alter um das Lebensalter mit der größten Lernkapazität und den besten Bildungschancen handelt.

Ein weiterer wichtiger Impuls ging von der OECD-Studie „Starting Strong" aus. Diese Studie untersuchte die bildungspolitischen Strategien und Maßnahmen der teilnehmenden Länder unter dem besonderen Augenmerk auf die frühen Jahre als Grundlage für lebenslanges Lernen. Die OECD geht davon aus, dass in diesen frühen Jahren neben Grundkompetenzen vor allem die Basis für die weitere Lernmotivation gelegt wird.

Die Bedeutung von Bildungsplänen und der Vorschlag, die gemeinsamen Wertvorstellungen und Bildungsziele in einem Rahmenplan für ganz Österreich zu formulieren, war eine der zentralen Anregungen im Länderbericht für Österreich aus dem Jahr 2006. Vom auftraggebenden Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur wurde in diesem Zusammenhang das Schlagwort geprägt, *„Die Wissensgesellschaft beginnt im Kindergarten".*

Die Ergebnisse der PISA – Studie gaben einen weiteren wichtigen Anstoß dafür, dass dem vorschulischen Bildungsbereich ein viel größeres Augenmerk als bisher geschenkt wird.

Im Regierungsprogramm 2008 ist der Kindergarten ausdrücklich als Bildungseinrichtung definiert und die Einführung eines verpflichtenden kostenlosen letzten Kindergartenjahrs vorgesehen. In Erfüllung des Regierungsprogramms wurde zwischen dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend und den jeweiligen Bundesländern, vertreten durch die Landeshauptleute, die Vereinbarung nach Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen abgeschlossen.

Aus fachlicher Sicht ist diese Entscheidung positiv zu bewerten, da der Kindergarten einen umfassenden Bildungsauftrag erfüllt. Die Bildungsarbeit im Kindergarten umfasst Bildung, Erziehung und Betreuung der Kinder gleichermaßen und bezieht sich auf die gesamte emotionale, soziale, geistige und körperliche Entwicklung. Bildungsanregungen orientieren sich am Alter und am Entwicklungsstand der Kinder und berücksichtigen ihre Interessen, Bedürfnisse und Fähigkeiten. Bildungsarbeit im Kindergarten geschieht nicht punktuell, sondern kontinuierlich aufbauend über die gesamte Kindergartenzeit.

Zeitgemäße Bildungsarbeit geht davon aus, dass Kinder aktive und kompetente Lerner sind, die ihre Entwicklung von Anfang an mitgestalten. Pädagoginnen und Pädagogen unterstützen die von den Kindern initiierten Bildungsprozesse und setzen darüber hinaus gezielt Impulse und Bildungsangebote zur Förderung kindlicher Kompetenzen. Diese Bildungsprozesse beeinflussen die Identitätsentwicklung sowie den Aufbau sozialer Umgangsformen, prägen die kindliche Einstellung zum Lernen und unterstützen das Kind im Hinblick auf die Erreichung der Schulfähigkeit.

Speziell im letzten Kindergartenjahr wollen Kinder ihre Handlungsfelder erweitern und sich neuen Herausforderungen stellen. Zum Spiel als zentrale Lernform treten andere Lernformen mit stärkerem Realitätsbezug.

Der Schwerpunkt hinsichtlich Bildung, Lernen und Kompetenzerwerb liegt auf der Auseinandersetzung mit eigenen Denk- und Lernprozessen als Basis für weitere Lernprozesse im Leben. Pädagoginnen und Pädagogen beobachten die Kinder und nützen die Lern- und Leistungsbereitschaft, die Neugierde und den Wissensdrang der Kinder, um sie in Alltagssituationen und durch gezielt geplante Lernanlässe zu fordern und zu fördern.

Im letzten Kindergartenjahr übernimmt der Kindergarten Mitverantwortung für die Gestaltung des Übergangs in die Schule. Der Kindergarten unterstützt die Kinder im Umgang mit Stress, mit sozial-kommunikativen Herausforderungen in der Kindergruppe und mit Erwachsenen und im Umgang mit Belastungen. Dieser umfassende Bildungsauftrag, der allgemein anerkannt ist, war Grundlage für die politischen Entscheidungen und ist in die Art 15 a-Vereinbarung eingeflossen.

Die Überlegungen, die zur Art 15 a-Vereinbarung führten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- ► Der Kindergarten ist eine Bildungseinrichtung.
- ► Es soll eine bessere Gestaltung des Übergangs vom Kindergarten in die Volksschule erreicht werden; die Kinder im Kindergarten sollen verstärkt bei der Erreichung der Schulfähigkeit unterstützt werden und ua beim Eintritt in die Volksschule die Unterrichtssprache Deutsch möglichst beherrschen.
- ► Es sollen für alle Kinder beste Bildungsmöglichkeiten und Startchancen in das spätere Berufsleben, unabhängig von ihrer sozio-ökonomischen Herkunft geschaffen werden.

3.3 Umsetzung

3.3.1 Inhalt der Art 15 a-Vereinbarung

Auf Grund der genannten Vereinbarung verpflichteten sich die Länder dazu, dass der halbtägig kostenlose Besuch im letzten Kindergartenjahr im Umfang von 20 Wochenstunden bereits mit Beginn des Arbeitsjahrs 2009/10 umgesetzt wird, das verpflichtende Kindergartenjahr ist im Rahmen dieser Vereinbarung mit längstens 1. 9. 2010 in Kraft zu setzen.

Die Kindergartenpflicht ist wie folgt umschrieben:

- ► Die Kindergartenpflicht ist in geeigneten Einrichtungen (öffentliche und private Kindergärten, altersgemischte Gruppen, Übungskindergärten) zu erfüllen.
- ► Der Umfang beträgt mindestens 16 bis 20 Stunden an mindestens 4 Tagen/Woche.
- ► Sie ist gültig für Kinder, die vor dem 1. 9. das 5. Lebensjahr vollendet haben und im Folgejahr schulpflichtig werden.
- ► Ausnahmen bei Unzumutbarkeit des Besuchs, zB aufgrund von medizinischen Gründen sind vorgesehen.

- Der Umfang der Kindergartenpflicht während eines Jahres ist analog zum Schuljahr gestaltet. Maximal 3 Wochen zusätzlicher Urlaub gelten als gerechtfertigtes Fernbleiben. Im Übrigen ist ein Fernbleiben bei gerechtfertigter Verhinderung (zB Krankheit, außergewöhnliche Umstände) zulässig.

Es ist auch eine Förderung zu Hause, analog zum häuslichen Unterricht oder bei Tagesmüttern/-vätern zulässig. Davon wird, nach ersten Erfahrungen in Oberösterreich von den Eltern nur sehr eingeschränkt Gebrauch gemacht. Es sind meist Eltern, die sich ganz bewusst für eine häusliche Förderung entscheiden, weil sie zB eine spezielle pädagogische Richtung bevorzugen oder Eltern, bei denen die Lebensumstände so gestaltet sind, dass die Erfüllung der Kindergartenpflicht nicht möglich ist.

3.3.2 Rechtliche Konsequenzen

Die Umsetzung der Art 15 a-Vereinbarung erfolgt in den jeweiligen Landesgesetzen, zB im Oberösterreichischen Kinderbetreuungsgesetz. Diese gesetzlichen Grundlagen regeln

- die Aufgaben der jeweiligen Kinderbetreuungseinrichtungen,
- die wesentlichen Qualitätsstandards wie Gruppengrößen, Personalerfordernisse, räumliche Erfordernisse,
- die Voraussetzungen/Bewilligungen für Errichtung und Erhaltung
- und die finanziellen Rahmenbedingungen.
- Darüber hinaus ist die Aufsicht gesetzlich geregelt.

Mit der Einführung der Kindergartenpflicht ergibt sich eine Systemumkehr: Bisher war der Besuch von Kinderbetreuungseinrichtungen insb von Kindergärten freiwillig, auf diese Freiwilligkeit waren alle Rechtsgrundlagen ausgerichtet. Kindergärten wurden von Gemeinden im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geführt. Durch die Einführung einer Kindergartenpflicht ergeben sich daher maßgebliche rechtliche Konsequenzen:

- Wird zB eine Verpflichtung zum Besuch eines Kindergartens mittels Bescheid ausgesprochen, handelt es sich um einen Akt der Hoheitsverwaltung.
- De facto besteht ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz. Versorgungsaufträge, Bedarfsdeckungsaufträge der Gemeinden sind diesbezüglich zu konkretisieren.
- Maßnahmen zur Überprüfung der Einhaltung der Kindergartenpflicht zB Erfassung der Daten der kindergartenpflichtigen Kinder sind zu treffen.
- Bei Nichteinhaltung der Kindergartenpflicht sind strafrechtliche Sanktionen vorzusehen. Hiezu sieht die Art 15 a-Vereinbarung vor, dass bei Verstoß gegen die Besuchspflicht verwaltungsstrafrechtlich bundesweit möglichst einheitliche Sanktionen gegen die Eltern bzw sonstige mit Pflege und Erziehung betraute Personen zu verhängen sind, die auf landesgesetzlicher Ebene zu regeln sind.

Die bisher festgesetzten Regelungen bewegen sich zwischen € 100,– und 220,– € . Zum Vergleich darf angeführt werden, dass die Höhe der Verwaltungsstrafe bei Nichterfüllung

der Schulpflicht € 220,– beträgt. Oberösterreich hat derzeit noch keine strafrechtlichen Sanktionen festgelegt.

3.3.3 Rahmenbedingungen

Betrachtet man den Umfang der Kindergartenpflicht im Hinblick auf die Rahmenbedingungen, die Kindergärten erfüllen müssen, damit diese umgesetzt werden kann, so sind die Öffnungs- und die Ferienzeiten von Relevanz.

3.3.3.1 Öffnungszeiten

Von den 4863 österr Kindergärten sind laut Kindertagesheimstatistik 4473 ganztägig (mehr als 6 Stunden) und 390 halbtägig geöffnet.

Oberösterreich zB hat eine Mindestöffnungszeit von 30 Wochenstunden von 7.30 – 13.30 Uhr pro Gruppe gesetzlich vorgeschrieben. Eine Unterschreitung dieser Mindestöffnungszeit ist nur bei geringerem Bedarf unter zwingender Einbindung der Eltern zulässig. Die Untergrenze sind 20 Stunden wöchentlich.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Kindergärten über ausreichend lange Öffnungszeiten für die Umsetzung der Art 15 a-Vereinbarung verfügen.

3.3.3.2 Ferienzeiten

Das Schuljahr hat durchschnittlich 37 Schulwochen. Von den österr Kindergärten haben fast alle Einrichtungen mehr Wochen im Jahr geöffnet. 829 Kindergärten haben sogar durchgehend 50 bis 52 Wochen pro Jahr geöffnet. Auch die Voraussetzung eines ausreichend langen Arbeitsjahrs ist daher erfüllt.

3.3.3.3 Personal

Das erforderliche Fachpersonal wird an den 30 Bildungsanstalten für Kindergartenpädagogik ausgebildet.

3.4 Zusammenfassung

Ausgehend von der eingangs dargestellten Betreuungsquote der 5-Jährigen waren vor Abschluss der Art 15 a-Vereinbarung österreichweit etwas mehr als 75.000 5-Jährige in Betreuung. Rund 5000 Kinder besuchten österreichweit keine Kinderbetreuungseinrichtung. In Oberösterreich etwa handelte es sich um rund 500 Kinder, die nicht in Betreuung waren.

Voraussetzung für die Umsetzung der Kindergartenpflicht ist auf Grund der eingangs dargestellten Rechtsträgersituation, dass die Kindergartenpflicht auch bei privaten Trägern erfüllt werden kann, damit ausreichend Plätze zur Verfügung stehen.

Die Art 15 a-Vereinbarung nennt die privaten Kindergärten ausdrücklich als geeignete Einrichtungen. Die Einbeziehung der privaten Träger erfolgt über die Finanzierung. In Oberösterreich werden zB private Rechtsträger genauso finanziell unterstützt wie öffentliche Träger. Trotz der sehr heterogenen Rechtsträgerstruktur gelang es dadurch, ein re-

lativ homogenes Kindergartenwesen aufzubauen. Die Kindergärten verfügen über Öffnungs- und Ferienzeiten, die die Umsetzung der Art 15 a-Vereinbarung problemlos ermöglichen.

Dazu kommt, dass ausreichend Personal zur Verfügung stehen muss. Hier ist die Situation in den Ländern unterschiedlich. In Oberösterreich ist es dem Land und den Rechtsträgern gelungen, die aufgrund der Einführung des Gratiskindergartens erforderlichen rund 250 zusätzlichen Pädagog/inn/en zum Berufseinstieg zu motivieren. Die ausreichende Finanzierung ist eine zentrale Voraussetzung für die Einführung eines verpflichtenden beitragsfreien Kindergartenjahrs. In der Art 15 a-Vereinbarung sind bis zum Jahr 2013 jeweils 70 Mio Euro vorgesehen, die auf die Länder nach dem Anteil der kindergartenpflichtigen 5-jährigen Kinder pro Bundesland aufgeteilt werden.

3.5 Erste Erfahrungen/Ausblick auf die Zukunft

Dank der guten Rahmenbedingungen und der hohen Akzeptanz des Kindergartens als Bildungseinrichtung kann die Einführung eines verpflichtenden, beitragsfreien Kindergartenjahrs problemlos gelingen. Diese Erfahrung wurde in Oberösterreich gemacht, auch andere Bundesländer bestätigen diese Einschätzung.

Dennoch handelt es sich um eine maßgebliche Systemänderung, die erst ins Bewusstsein der breiten Öffentlichkeit, insb auch der Eltern gelangen muss. In der ausreichenden, zeitgerechten Information liegt eine der zentralen Aufgaben der Gemeinden und Rechtsträger.

Folgende Punkte sind noch offen:

- Das gemäß der Art 15 a-Vereinbarung über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen geplante zusätzliche in den BildungsRahmenPlan integrierte Modul für 5-Jährige soll bis Juni 2010 vorliegen. Der bundesländerübergreifende BildungsRahmenPlan, der vom Charlotte Bühler-Institut im Auftrag der Länder und unter Einbindung des Unterrichtsministeriums erarbeitet wurde, ist fertig gestellt und wurde an die Länder ausgeliefert.
- Für die häusliche Betreuung sowie die Betreuung durch eine/n Tagesmutter/-vater wird im Einvernehmen mit den Ländern in Zusammenarbeit mit dem Charlotte Bühler-Institut bis Juni 2010 ein Leitfaden entwickelt, an den sich diese Betreuerinnen und Betreuer halten müssen.
- Sowohl der Einsatz der Mittel als auch die Auswirkungen der Besuchspflicht sollen im Einvernehmen mit den Vertragsparteien einer Evaluierung unterzogen werden.
- Offen ist eine Finanzierung über Bundesmittel nach 2013.

Abschließend ist aus fachlicher Sicht festzustellen, dass das verpflichtende beitragsfreie Kindergartenjahr ein Meilenstein im österr Bildungssystem ist und maßgeblich zu einer positiven Bildungsbiografie, zum Bildungserfolg der Kinder beitragen wird. Es ist ein wichtiger, zentraler Schritt im Sinne eines den modernen und den aktuellen Anforderungen entsprechenden Bildungssystems.

4. FINANZIERUNG DER KINDERBETREUUNG UND AUSWIRKUNGEN EINES VERPFLICHTENDEN KINDERGARTENJAHRS AUF DEN FINANZAUSGLEICH

Von Johann Bröthaler

4.1 Problemstellung

In den Jahren 2008 und 2009 wurden in Österreich zwei wesentliche Schritte zum Ausbau der institutionellen Kinderbetreuung gesetzt: Mit der Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über den Ausbau des institutionellen Kinderbetreuungsangebots und über die Einführung der verpflichtenden frühen sprachlichen Förderung sowie Schaffung eines bundesweiten vorschulischen Bildungsplans (BGBl II 2008/478[155] wurde insb das Ziel verfolgt, die Betreuungsquote der unter-3-Jährigen zu erhöhen und den Übergang in die erste Schulstufe zu verbessern. Um allen Kindern beste Bildungschancen unabhängig von ihrer sozioökonomischen Herkunft zu bieten, wurde in einer Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen (BGBl I 2009/99[156] zwischen Bund und Ländern festgelegt, dass ab dem Beginn des Kindergartenjahrs 2009/2010 der halbtägige Kindergartenbesuch im letzten Jahr vor Schuleintritt für die Eltern kostenlos sein soll (20 Stunden pro Woche ohne Verabreichung von Mahlzeiten oder Teilnahme an Spezialangeboten). Ab dem Kindergartenjahr 2010/2011 wird der halbtägige Kindergartenbesuch für Kinder, die vor dem 1. 9. das fünfte Lebensjahr vollendet haben und im Folgejahr schulpflichtig sind, verpflichtend (mit einzelnen Ausnahmebestimmungen an mindestens 4 Tagen pro Woche für mindestens 16 Stunden, ausgenommen schulfreie Tage, Schulferien und maximal 3 Wochen Urlaub).[157]

Nach Artikel 14 Abs 4 lit b B-VG ist das Kindergartenwesen und das Hortwesen in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache. In den Landesgesetzen wird die Erhaltung der Kinderbetreuungseinrichtungen großteils den Gemeinden sowie privaten Einrichtungen übertragen. Im Regelfall ist der Erhalter zuständig für die Bereitstellung und Instandhaltung der notwendigen Gebäude und Liegenschaften, für Reinigung, Beleuchtung und Beheizung, Hilfspersonal für die Gebäudebetreuung, für Einrichtung und Materialien sowie für die Beistellung des erforderlichen Kindergartenpersonals (mit Ausnahme von Niederösterreich bei Landeskindergärten). In den Landesgesetzen zur Kinderbetreuung sind neben qualitativen und organisatorischen Festlegungen weiters meist die Finanzie-

---

[155] Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über den Ausbau des institutionellen Kinderbetreuungsangebots und über die Einführung der verpflichtenden frühen sprachlichen Förderung sowie Schaffung eines bundesweiten vorschulischen Bildungsplanes, BGBl II 2008/478.

[156] Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen, BGBl I 2009/99.

[157] Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Informationen zur Kinderbetreuung (2010); www.bmwfj.gv.at/Familie/Kinderbetreuung (Stand: 12. 4. 2010).

rungsbeiträge des Landes und der Erhalter öffentlicher oder privater Kinderbetreuungseinrichtungen sowie die Beiträge der Eltern geregelt (Beiträge zum Personalaufwand, zum Teil Pauschalsätze je Gruppe oder je betreutem Kind). Zuschüsse des Landes zu Errichtung, Erweiterung oder Umbau von Betreuungseinrichtungen sind im Regelfall vom Erhalter gesondert zu beantragen.

In welchem Ausmaß die Gebietskörperschaften zur Finanzierung der Kinderbetreuung beitragen, soll in diesem Kapitel behandelt werden. Ausgehend von einer Kurzdarstellung der institutionellen Rahmenbedingungen in Österreich werden die Ausgaben und finanziellen Verflechtungen im Kinderbetreuungswesen dargestellt und im Speziellen die Ausgaben und Einnahmen der Gemeinden für Kinderbetreuung beleuchtet. Abschließend wird auf die möglichen finanziellen Auswirkungen des verpflichtenden Kindergartenjahrs eingegangen und der Frage nachgegangen, welche Rolle dabei der Finanzausgleich (im weiteren und im engeren Sinn) spielt.

4.2 Institutionelle Kinderbetreuung in Österreich

Die institutionelle Kinderbetreuung umfasst öffentliche oder öffentlich geförderte, private Einrichtungen für die regelmäßige und ganzjährige Kinderbetreuung durch ausgebildetes Personal (Kindergärten, Kinderkrippen, Horte und altersgemischte Betreuungseinrichtungen an mindestens 30 Wochen pro Jahr, 4 Tagen bzw 15 Stunden pro Woche). Tabelle 2 zeigt Eckdaten der institutionellen Kinderbetreuung in Österreich gemäß Kindertagesheimstatistik zum Berichtsjahr 2008/09 (Statistik Austria, 2010). Demnach gab es 2008 in Österreich 7950 institutionelle Kinderbetreuungseinrichtungen (davon 4863 Kindergärten, 1026 Kinderkrippen, 1183 Horte und 878 altersgemischte Betreuungseinrichtungen). Bei 61% der Einrichtungen sind Gebietskörperschaften für die Erhaltung zuständig, bei Kindergärten rund 73% (Erhalter sind hier zu 99% die Gemeinden). Es zeigen sich dabei deutliche Unterschiede in den Bundesländern: Die höchsten Anteile öffentlicher Kinderbetreuungseinrichtungen weisen Burgenland mit rund 90% und Niederösterreich mit 85% auf. Demgegenüber werden in Kärnten und Oberösterreich rund die Hälfte und in Wien 57% der Einrichtungen von privaten (überwiegend gemeinnützigen) Rechtsträgern erhalten. Die Zahl der Beschäftigten in Kindertagesheimen betrug insgesamt 43.696 Personen (rund 31.000 Vollzeitäquivalente). 2008 waren in Kindertagesheimen knapp 300.000 Kinder eingeschrieben, die in 15.546 Gruppen betreut wurden. Im Durchschnitt ergeben sich in allen Bundesländern 18 – 21 Kinder pro Gruppe (bei Kinderkrippen 8 – 16 Kinder pro Gruppe).

Im Kindergartenjahr 2008/09 wurden rund 14% der Kinder unter drei Jahren in einem Kindertagesheim betreut (von 6,5% in der Steiermark bis 25,5% in Wien). Im Jahr 2000 lag hier die Betreuungsquote noch bei knapp 8%. Auch bei den weiteren Altersgruppen ist in den letzten Jahren ein deutlicher Anstieg der Betreuungsquoten festzustellen. Bei den 3-Jährigen betrug die Betreuungsquote im Jahr 2008 73% (2000 knapp 60%), bei den 4-Jährigen 92% (85%) und bei den 5-Jährigen 96% (90%). Rund 3000 Kinder im Vorschulalter wurden im Jahr 2008 noch nicht in Kindertagesheimen betreut.

4. Finanzierung der Kinderbetreuung

Tabelle 2: Eckdaten der institutionellen Kinderbetreuung in Österreich (2008)
Quelle: Statistik Austria[158], Kindertagesheimstatistik 2008/2009[159]; eigene Berechnungen.

	Gesamt	Bgld	Knt	NÖ	OÖ	Sbg	Stmk	Tir	Vbg	W
Kindertagesheime	7.950	297	422	1.511	1.041	436	845	660	372	2.366
Erhalter[1]) in %										
Öffentliche	61,4	90,6	47,9	84,7	50,7	69,3	71,5	65,2	69,4	42,7
Private	38,6	9,4	52,1	15,3	49,3	30,7	28,5	34,8	30,6	57,3
Betreuung										
Personal[2])	43.696	1.350	2.437	8.007	6.965	2.772	5.259	2.934	1.940	12.032
Gruppen	15.546	517	908	3.195	2.703	980	1.550	1.218	710	3.765
Personal/Gruppe	2,8	2,6	2,7	2,5	2,6	2,8	3,4	2,4	2,7	3,2
Betreute Kinder										
Kinder	299.036	9.157	18.784	58.969	49.085	17.967	31.686	23.621	14.909	74.858
Kinder/Gruppe	19,2	17,7	20,7	18,5	18,2	18,3	20,4	19,4	21,0	19,9
Betreute 5-Jährige	78.142	2.427	4.883	15.434	13.972	5.215	10.390	6.949	3.972	14.900
Nicht betreute 5-Jährige	3.018	5	128	446	308	139	520	105	49	1.318
Betreuungsquote[3])										
0 – 2 Jahre	14,0	16,6	12,3	13,8	6,7	11,3	6,5	14,2	13,8	25,5
3 Jahre	73,4	97,0	62,0	86,8	67,1	68,1	61,3	71,2	63,6	79,2
4 Jahre	92,2	98,9	85,4	94,0	93,0	91,7	90,5	94,8	98,3	89,5
5 Jahre	96,3	99,8	97,4	97,2	97,8	97,4	95,2	98,5	98,8	91,9

1) Erhalter öffentlicher Einrichtungen sind zu 98,6% Gemeinden (weiters Bund, Land), Erhalter privater Einrichtungen sind überwiegend Vereine und Kirchen (weiters Betriebe und sonstige private Erhalter).

2) Anzahl der Beschäftigten (entspricht insgesamt rund 31.000 Vollzeitäquivalenten bzw 2,0 Vollzeitäquivalenten pro Gruppe).

3) Kinder in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen in Prozent der gleichaltrigen Wohnbevölkerung, bei 5-Jährigen inkl vorzeitig eingeschulte Kinder (insgesamt 93,8% in Kindertagesheimen, 2,5% in Schulen). Im Jahr 2000 betrugen die Betreuungsquoten für 0- bis 2-Jährige knapp 8%, 3-Jährige knapp 60%, 4-Jährige rund 85% und 5-Jährige rund 90%.

158 *Statistik Austria,* Daten der Gebarungsstatistik 2002 – 2008 (Länder und Gemeinden) sowie Rechnungsabschlüsse 2008 ausgewählter Länder (2009).

159 *Statistik Austria,* Statistiken sowie Standarddokumentation zum formalen Bildungswesen: Kindertagesheimstatistik 2000 – 2008, Bildungsausgabenstatistik 2000-2008, www.statistik.at (März 2010).

4.3 Öffentliche Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung in Österreich

Für die Darstellung der Aufwendungen im Kinderbetreuungswesen werden die öffentlichen Ausgaben gemäß Bildungsausgabenstatistik 2000 – 2008 (Statistik Austria, 2010) herangezogen. Die Gliederung der Bildungsausgaben erfolgt dabei nach ISCED (International Standard Classification of Education). Für die vorliegende Themenstellung werden die Ausgaben im Elementarbereich (ISCED Level 0 – Kindergarten, Vorschulstufe) verwendet. Die öffentlichen Ausgaben werden in der Bildungsausgabenstatistik konsolidiert, dh bereinigt um (intragovernmentale) Transfers zwischen öffentlichen Rechtsträgern ausgewiesen. Die intragovernmentalen Transfers werden beim Transferempfänger nach der Letztverausgabung, demgemäß etwa Transfers der Länder an die Gemeinden als Ausgaben der Gemeinden dargestellt.

Abb 4 zeigt einen vereinfachten Überblick über die Finanzierung der institutionellen Kinderbetreuung in Österreich. Die konsolidierten Ausgaben der Gebietskörperschaften für die institutionelle Kinderbetreuung betrugen im Jahr 2008 rund € 1,38 Mrd. Davon flossen rund € 1,1 Mrd an öffentliche Kindertagesheime und € 0,27 Mrd an private Erhalter von Kinderbetreuungseinrichtungen (insb Ko-Finanzierung von Einrichtungen gemeinnütziger Vereine und Kirchen).

Zur Finanzierung tragen weiters private Haushalte über Elternbeiträge bei (Beiträge für Besuch, Verpflegung, Transport und laufenden Aufwand, siehe hiezu *Bayerl*[160], 2008, S. 380 f.). Die Elternbeiträge für öffentliche Kinderbetreuungseinrichtungen betrugen 2008 knapp € 140 Mio. Die Beiträge für private Einrichtungen (nur Kindergärten und altersgemischte Einrichtungen) liegen derzeit nur bis 2007 vor. Die Meldungen sind zudem freiwillig, die Rücklaufquote liegt bei etwa 50% (Statistik Austria[161], 2010). Für 2008 kann bei den Beiträgen an private Einrichtungen von mindestens € 120 Mio ausgegangen werden (2007 € 112 Mio). Die Ausgaben der privaten Erhalter ergeben sich für 2008 zu rund € 390 Mio (2007 € 365 Mio). Die gesamten Ausgaben für Kinderbetreuung in Österreich (Ausgaben der Gebietskörperschaften und Elternbeiträge an private Einrichtungen) betrugen damit rund € 1,5 Mrd.

In weiterer Folge wird ausschließlich auf die öffentlichen Ausgaben für die Kinderbetreuung eingegangen. Bei konsolidierter Betrachtung ergeben sich im Bereich des Kinderbetreuungswesens grundsätzlich nur Ausgaben der Länder und Gemeinden.

---

[160] *Bayerl,* Aufwendungen im Kinderbetreuungswesen 2000 bis 2006, Statistische Nachrichten 5/2008, 380 f.

[161] *Statistik Austria,* Sonderauswertung zu Ausgaben der privaten Haushalte für öffentliche Kinderbetreuungseinrichtungen 2000 – 2008 und für private Kinderbetreuungseinrichtungen 2005 – 2007, Statistik Austria (*Riha,* Direktion Volkswirtschaft, VGR – Bildungsausgabenstatistik, April 2010).

4. Finanzierung der Kinderbetreuung

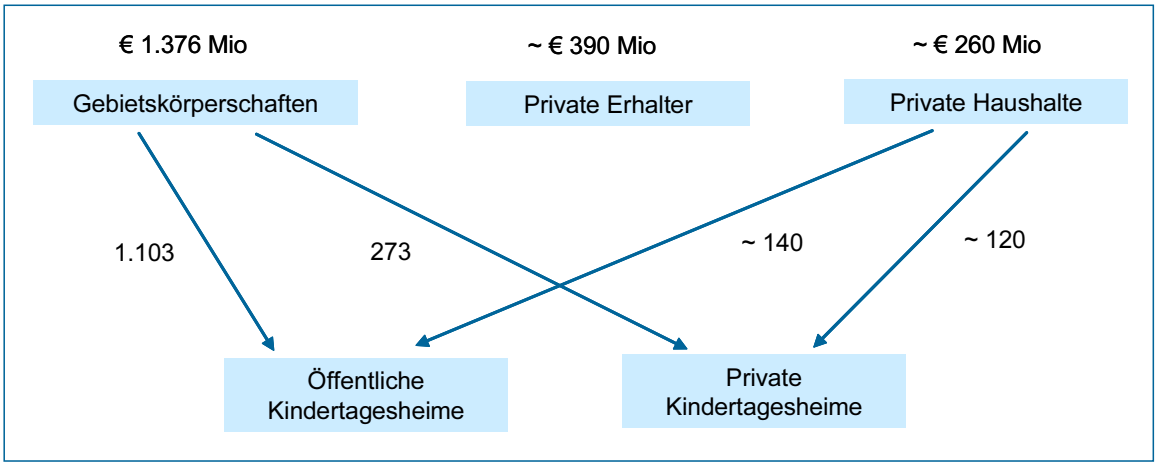
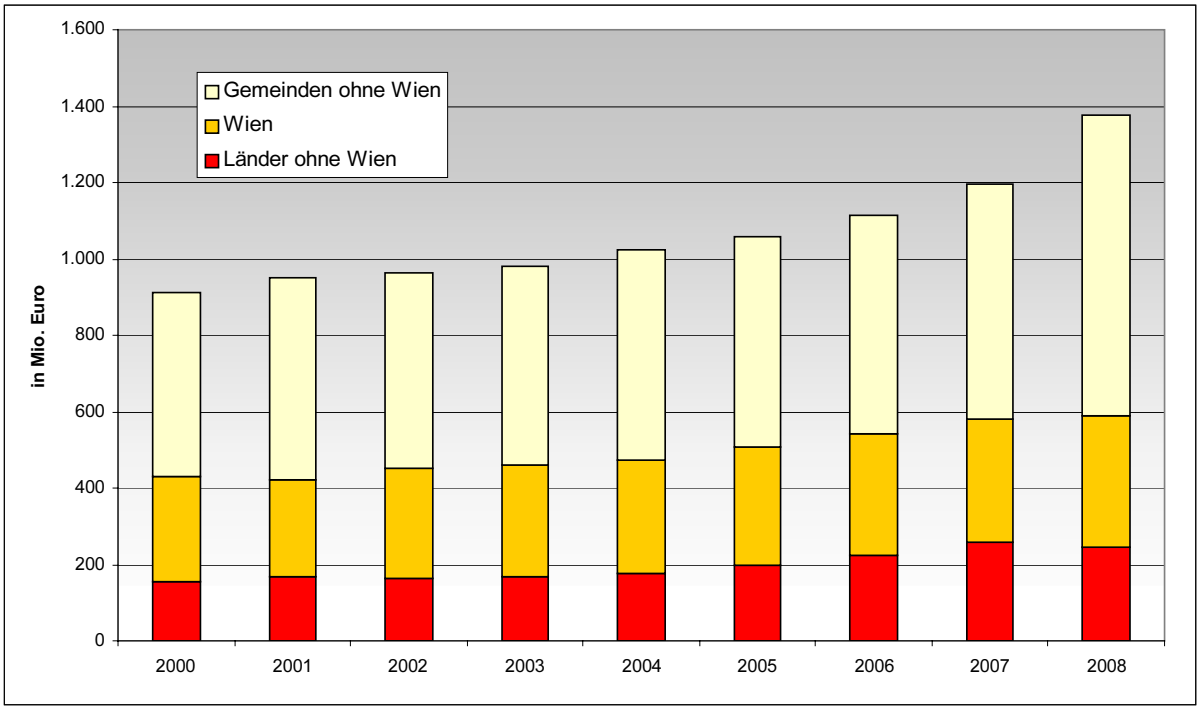


Abb 4: Finanzierung der institutionellen Kinderbetreuung in Österreich (2008, in Mio Euro)
Quelle: Bildungsausgabenstatistik 2008 (Statistik Austria, 2010), Ausgaben privater Haushalte für Kinderbetreuungseinrichtungen 2007 (Statistik Austria, siehe Fußnote 159); eigene Abschätzung für 2008 und eigene Darstellung.

Die öffentlichen Ausgaben für die institutionelle Kinderbetreuung stiegen von € 912 Mio im Jahr 2000 um 51% auf € 1376 Mio im Jahr 2008 (Abb 5). Der höhere Anstieg im Jahr 2008 ist va auf eine Sonderaktion des NÖ Schul- und Kindergartenfonds zum Ausbau der Kindergärten für die Betreuung von Kinder mit 2,5 bis 3 Jahren zurückzuführen (soweit abgrenzbar dürften die zusätzlichen Ausgaben etwa € 90 Mio betragen). Bei Bereinigung um diese Sonderausgaben ergibt sich ein Anstieg der öffentlichen Ausgaben für Kinderbetreuung im Zeitraum 2000 – 2008 um rund 41%, er liegt damit deutlich über dem Anstieg des BIP mit rund 36%.

Von den gesamten konsolidierten öffentlichen Ausgaben (direkten Zahlungen an Betreuungseinrichtungen) tätigen etwas mehr als die Hälfte die Gemeinden (2008 rund € 788 Mio bzw 57%, in den Jahren davor 51 – 56%). Die Ausgaben von Wien als Land und Gemeinde machen rund 25 – 30% der gesamten Ausgaben aus (2008 € 345 Mio). Die Ausgaben der Länder betrugen im Schnitt knapp 20% (2008 konsolidiert € 244 Mio, inkl Transfers an Gemeinden rund € 440 Mio).

4.3 Öffentliche Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung in Österreich

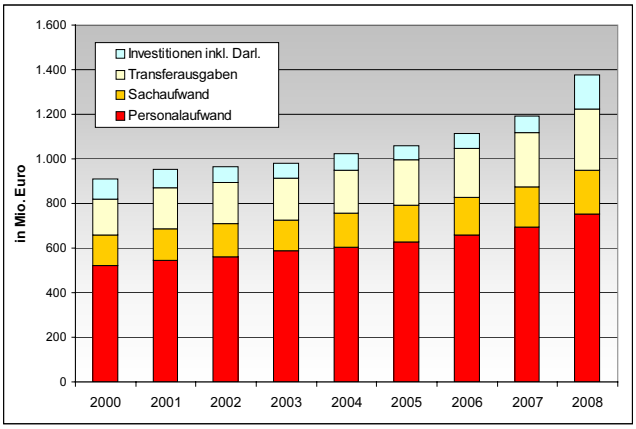


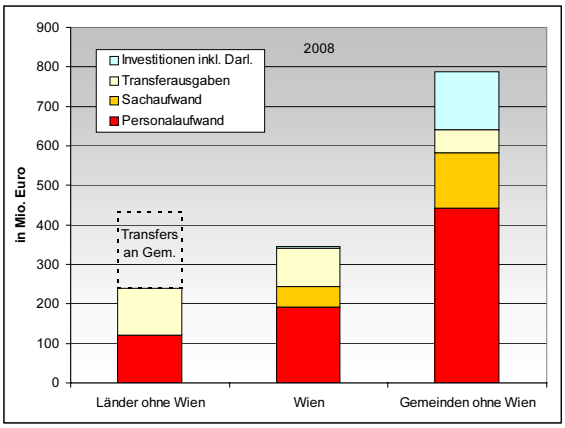
Öffentliche Ausgaben	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Gesamt in Mio Euro	912	952	963	982	1025	1057	1114	1194	1376
davon									
Länder ohne Wien	157	169	165	169	178	198	224	258	244
Wien	272	251	287	294	294	311	317	324	345
Gemeinden ohne Wien	483	532	512	520	553	549	572	612	788
Anteil in %									
Länder ohne Wien	17	18	17	17	17	19	20	22	18
Wien	30	26	30	30	29	29	28	27	25
Gemeinden ohne Wien	53	56	53	53	54	52	51	51	57

Abb 5: Öffentliche Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung 2000 – 2008 nach Ebenen (in Mio Euro, bereinigt um intragovernmentale Transfers)
Quelle: Statistik Austria, Bildungsausgabenstatistik 2000 – 2008; eigene Berechnungen (Anpassung 2000 – 2007).

Der Aufgabenbereich der Kindertagesheime ist va durch personalintensive Betreuungsleistungen gekennzeichnet. Wie in Abb 6 ersichtlich entfallen insgesamt knapp 60% der öffentlichen Ausgaben auf Personalausgaben, rund 15% sind Sachausgaben und 20% der Ausgaben sind Transferausgaben an private Rechtsträger. Bei den Ländern sind rund 50% Personalausgaben und 50% Transferausgaben an Private. Bei den Gemeinden machen demgegenüber die Personalausgaben im Regelfall über 60% aus (2008

aufgrund höherer Investitionen 56%), die Sachausgaben knapp 20% und Transferausgaben an Private knapp 10%. Die Investitionen liegen im Regelfall bei etwa 10% (2008 machen diese 19% aus).



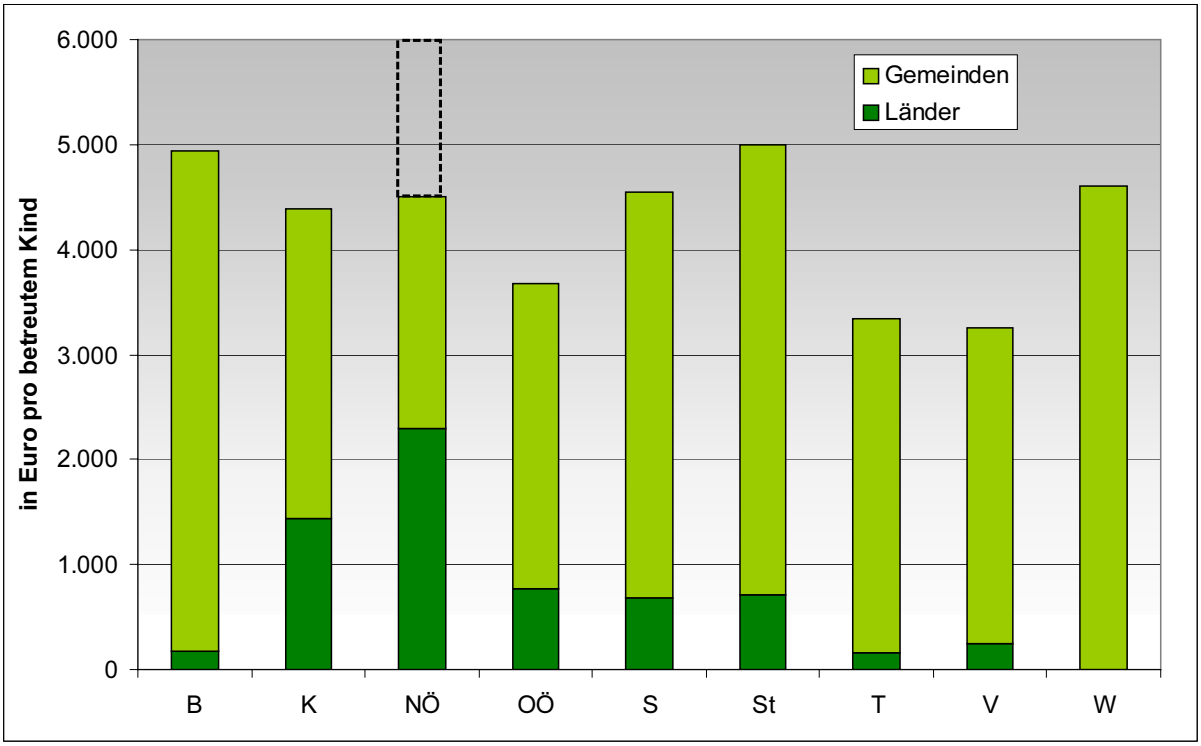


	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Land	Wien	Gemeinde
Gesamt in Mio €	912	952	963	982	1025	1057	1114	1194	1376	244	345	788
Ausgabenarten in %												
Personalaufwand	57	57	58	60	59	59	59	58	55	49	56	56
Sachaufwand	15	15	16	14	15	16	15	15	14	1	15	18
Transferausgaben	18	19	19	19	19	19	19	20	20	49	28	7
Investitionen inkl Darlehen	10	8	7	7	7	6	6	6	11	1	1	19

Abb 6: Öffentliche Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung 2000 – 2008 nach Ausgabenarten, 2008 davon für Länder ohne Wien, Wien und Gemeinden ohne Wien (gesamt in Mio €, Anteil in %)
Quelle: Statistik Austria, Bildungsausgabenstatistik 2000 – 2008; eigene Berechnungen.

In Abb 7 sind die öffentlichen Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung je Bundesland im Verhältnis zu den betreuten Kindern mit bis 6 Jahren für das Jahr 2008 dargestellt. Die Ausgaben pro betreutem Kind liegen grundsätzlich im Bereich von € 3000 bis 5000. Bei diesen Zahlen sind allerdings die aus Elternbeiträgen finanzierten Ausgaben der privaten Betreuungseinrichtungen nicht enthalten (ihr Ausmaß beträgt länderweise etwa € 100 bis 250, bei Oberösterreich € 350 und bei Wien rund € 900). Die länderweisen Unterschiede lassen keine Schlüsse auf Kosteneffizienz oder Betreuungsqualität zu – sie sind ua Ausdruck länderweise unterschiedlicher demographischer und institutioneller Rahmenbedingungen, Fördermodelle (soziale Staffelungen), Angebote und Inanspruchnahmen (etwa Ganztagesbetreuung).

Abb 7: Öffentliche Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung 2008 nach Bundesländern (in Euro pro betreutem Kind)
Quelle: Statistik Austria, Bildungsausgabenstatistik 2008, Kindertagesheimstatistik 2008; eigene Berechnungen.



Anmerkung: Bei Niederösterreich bereinigt um Sonderaktion des Schul- und Kindergartenfonds zum Ausbau der Kindergärten für Betreuung von Kindern mit 2,5 bis 3 Jahren (2008 Investitionen von rund € 90 Mio).

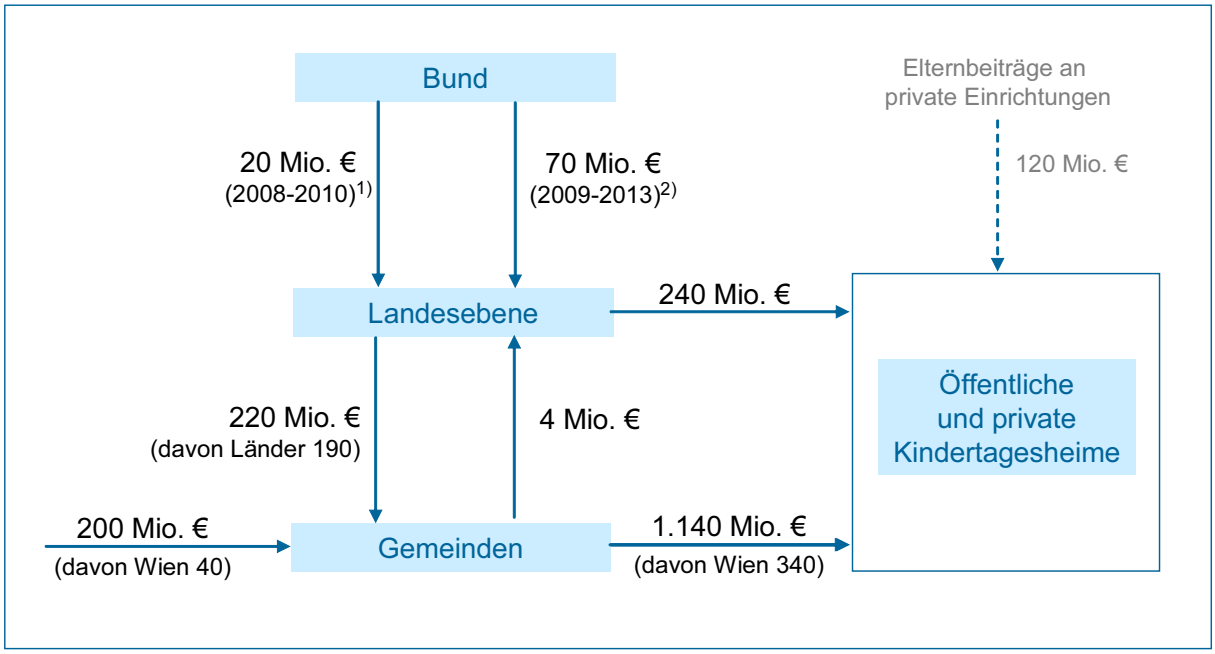
4.4 Finanzielle Verflechtungen der Gebietskörperschaften im Bereich Kinderbetreuung

Abb 8 zeigt die finanziellen Verflechtungen zwischen den Gebietskörperschaften im Bereich der Kinderbetreuung. Gemäß § 23 Abs 4 FAG 2008 gewährt der Bund den Ländern in den Jahren 2008 – 2010 jährlich einen Zweckzuschuss in Höhe von € 20 Mio für den Ausbau des Kinderbetreuungsangebots und die sprachliche Frühförderung (unter der Voraussetzung der Art 15 a-Vereinbarung des Bundes mit den Ländern). Für das halbtägig verpflichtende kostenlose Kindergartenjahr beteiligt sich der Bund an den dadurch entstehenden Mehrkosten für Länder und Gemeinden mit € 70 Mio pro Kindergartenjahr.

Etwa die Hälfte der Ausgaben der Landesebene (2008 rund € 240 Mio) sind Personalausgaben für öffentliche Einrichtungen bzw Transfers an private Einrichtungen, die andere Hälfte (€ 220 Mio) fließt in Form von laufenden und Kapitaltransfers an die Gemeinden. Die Gemeinden (inkl Wien) weisen eigene Einnahmen aus Leistungsentgelten (überwiegend Kostenbeiträge/-ersätze) sowie Einnahmen aus Darlehensrückzahlungen und Schuldaufnahmen in Höhe von insgesamt rund € 200 Mio auf. Auf der Ausgabensei-

te werden für Kinderbetreuungseinrichtungen € 1140 Mio aufgewendet (der nicht gedeckte Teil ist aus eigenen allgemeinen Haushaltsmitteln zu decken). Von den Gemeinden fließen weiters rund € 4 Mio Transfers an die Landesebene (betrifft primär Zahlungen an Pensionsfonds des Landes Steiermark). Darüber hinaus gibt es finanzielle Verflechtungen innerhalb der Gemeindeebene, primär zwischen Gemeinden, in Höhe von rund € 5 Mio (in Abb 8 nicht dargestellt).

Abb 8: Verflechtungen zwischen den Gebietskörperschaften im Aufgabenbereich der Kinderbetreuung (2008, in Mio €, gerundet)
Quelle: Bildungsausgabenstatistik 2008; Gemeindegebarungsstatistik 2008; Landesrechnungsabschlüsse 2008.



1) Zweckzuschuss für Ausbau des institutionellen Kinderbetreuungsangebots (jährlich € 15 Mio) und sprachliche Frühförderung (€ 5 Mio) in den Jahren 2008 – 2010 gemäß § 23 Abs 4 FAG 2008 bzw Vereinbarung gem Art 15 a B-VG (BGBl II 2008/478).

2) Vereinbarung gem. Art 15 a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen (BGBl I 2009/99), Zuschuss (jährlich € 70 Mio) an Länder zur teilweisen Abdeckung des Mehraufwands der Länder, Gemeinden und Erhalter für die Kindergartenjahre 2009/10 und 2010/11 sowie gemäß Finanzrahmen für 2011 bis 2013.

4.5 Ausgaben und Einnahmen der Gemeinden für Kinderbetreuung

Im Folgenden werden die Ausgaben und Einnahmen der Gemeinden ohne Wien im Bereich der Kinderbetreuung für den Zeitraum 2002 – 2008 näher beleuchtet. Datengrundlage bilden die Rechnungsabschlussdaten der Gemeinden gemäß Rechnungsquerschnitt (laufende und Vermögenstransaktionen inkl intragovernmentale Transfers, jedoch bereinigt um intrabudgetäre Transaktion und Vorjahrsabwicklung, auf Basis von Daten der kommunalen Gebarungsstatistik, Statistik Austria, 2009). Hinsichtlich der funktionel-

len Abgrenzung werden die Ausgaben und Einnahmen zum Ansatz-Abschnitt 24 „Vorschulische Erziehung“ (gem VRV 1997 idgF) herangezogen. Dieser Abschnitt umfasst die Transaktionen zu Kindergärten (inkl Krippen, Horte und altersgemischte Einrichtungen), sonstige Einrichtungen und Maßnahmen (ua Kindertransporte) sowie Förderungen und Zuschüsse an private Betreuungseinrichtungen (mögliche weitere Ausgaben, die in anderen Ansätzen verbucht werden, etwa Refundierung von Elternbeiträgen für Kinderbetreuung aus Mitteln der Jugendwohlfahrt oder Sozialhilfe, werden hier nicht berücksichtigt).

Die Bedeutung der Ausgaben für Kinderbetreuung im Gesamthaushalt zeigt Abb 9. Bei den Gemeinden ohne Wien machen diese rund 5% der Gesamtausgaben aus, im Vergleich dazu bei Wien 3% und bei den Ländern ohne Wien 1%.

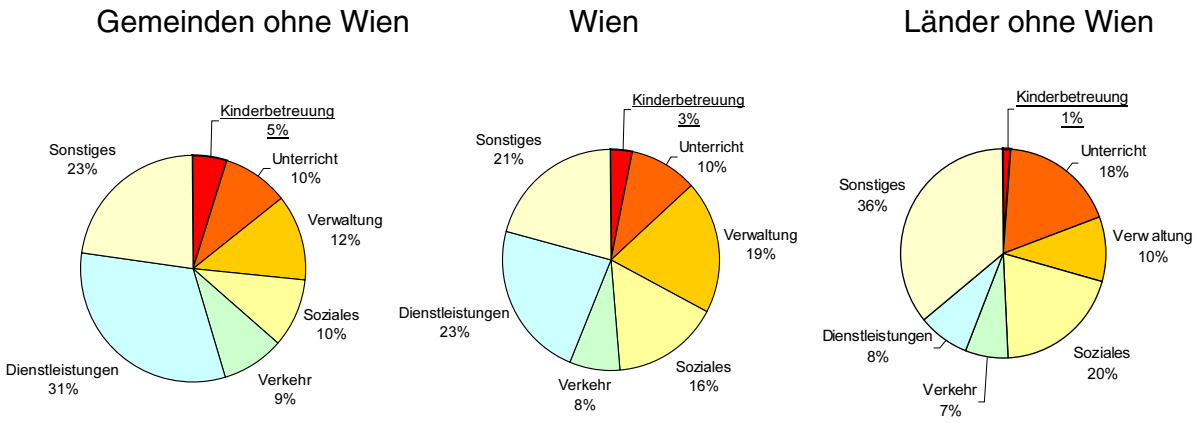


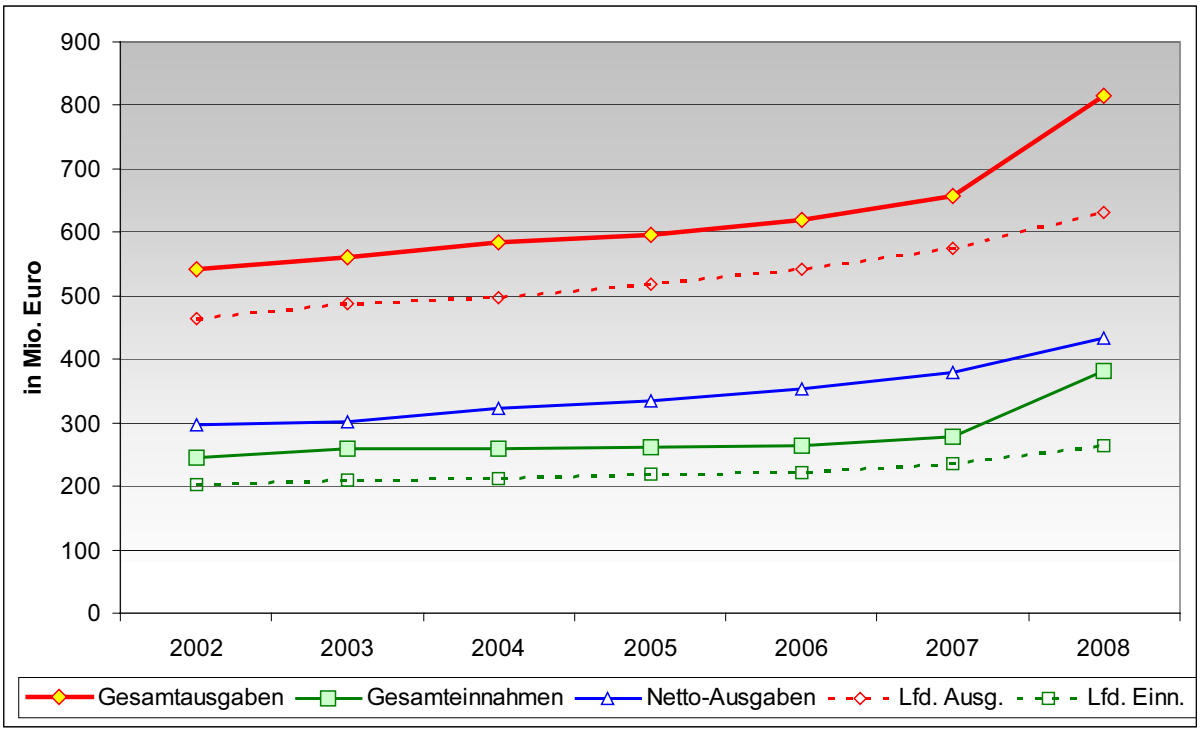
Abb 9: Stellung der Ausgaben für institutionelle Kinderbetreuung im Haushalt der Gemeinden und Länder im Jahr 2008 (Anteil an Gesamtausgaben in %)
Quelle: Statistik Austria, Gebarungsstatistik 2008; eigene Berechnungen.

Die Gesamtausgaben der Gemeinden ohne Wien für die Kinderbetreuung stiegen von € 541 Mio im Jahr 2002 auf € 657 Mio im Jahr 2007 (Abb 10). Der stärkere Anstieg im Jahr 2008 auf € 815 Mio ist wie oben erwähnt primär auf eine Sonderaktion des Landes Niederösterreich bzw des NÖ Schul- und Kindergartenfonds für die zusätzlich Betreuung von Kindern mit 2,5 – 3 Jahren in Kindergärten zurückzuführen. Es ist davon auszugehen, dass die Ende 2007 veranschlagten Gemeindehaushalte 2008 noch keine vorbereitenden Maßnahmen für das 2009 politisch vereinbarte kostenlose, verpflichtende Kindergartenjahr enthalten.

Die Einnahmen der Gemeinden ohne Wien im Bereich Kinderbetreuung stiegen von € 245 Mio (2002) auf € 277 Mio (2007), im Jahr 2008 betrugen die Einnahmen € 381 Mio. Die Einnahmen sind zu 60% Transfers vom Land, 10% Schuldaufnahmen und zu 30% Leistungsentgelte und sonstige Einnahmen. Die Gesamtausgaben werden nur zu rund 40% aus diesen funktionsspezifischen Einnahmen gedeckt.

4. Finanzierung der Kinderbetreuung

Abb 10: Gesamte und laufende Ausgaben und Einnahmen der Gemeinden ohne Wien für Kinderbetreuung 2002 – 2008 (in Mio €)
Quelle: Statistik Austria, Kommunale Gebarungsstatistik 2002-2008; GemBon[162], 2009; eigene Berechnungen.



in Mio €	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	*% 08/02*	*% berichtigt*[1])
Gesamtausgaben	541	560	584	596	619	657	815	*50,6*	*33,4*
Gesamteinnahmen	245	260	260	262	265	277	381	*55,5*	*26,7*
Saldo	**–296**	**–301**	**–324**	**–334**	**–354**	**–380**	**–434**	***46,6***	***39,0***
davon									
Lfd Ausgaben	465	487	497	519	542	574	631	*35,8*	*35,8*
Lfd Einnahmen	203	209	213	219	222	235	263	*29,6*	*29,6*
Lfd Saldo	**–262**	**–277**	**–285**	**–300**	**–320**	**–339**	**–368**	***40,6***	***40,6***

1) %-Änderung 2008 gegenüber 2002 bei Bereinigung der Gesamtausgaben 2008 um Sonderaktion des NÖ Schul- und Kindergartenfonds (als Abschätzung Anstieg 2007/08 gemäß laufender Gebarung).

Betrachtet man die laufende Gebarung, so wird die zunehmende Finanzierungslücke bei der institutionellen Kinderbetreuung deutlich erkennbar: Die laufenden Ausgaben stiegen 2002 – 2008 um 35,8%, die funktionsspezifischen laufenden Einnahmen demgegenüber

[162] *GemBon,* Analyse- und Informationssystem zur Beurteilung der Bonität der österreichischen Gemeinden, Software des Fachbereichs Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik (E 280/3), Technische Universität Wien *(Bröthaler)* auf Basis der Gebarungsdaten aller österr Gemeinden 2000 – 2008 (Statistik Austria) (2009).

nur um 29,6%. Der laufende Saldo der Gemeinden ohne Wien bei der Finanzierung der Kinderbetreuung erhöhte sich damit um 40,6%, von € –262 Mio (2002) auf € –368 Mio (2008). Der Saldo der gesamten Einnahmen und Ausgaben für Kinderbetreuung stieg in diesem Zeitraum von € –296 auf € –434 Mio. Der Fehlbetrag ist aus allgemeinen Haushaltsmitteln der Gemeinden zu finanzieren. In Abb 11 ist ersichtlich, dass diese funktionsspezifischen Nettolasten der Gemeinden in den einzelnen Ländern im Schnitt eine Spannweite von € 1500 – 2500,– pro betreutem Kind aufweisen. Im Bereich der Kinderbetreuung sind die Gemeinden in allen Größenklassen in ähnlichem Ausmaß betroffen (€ 1700 – 2100,–/Kind).

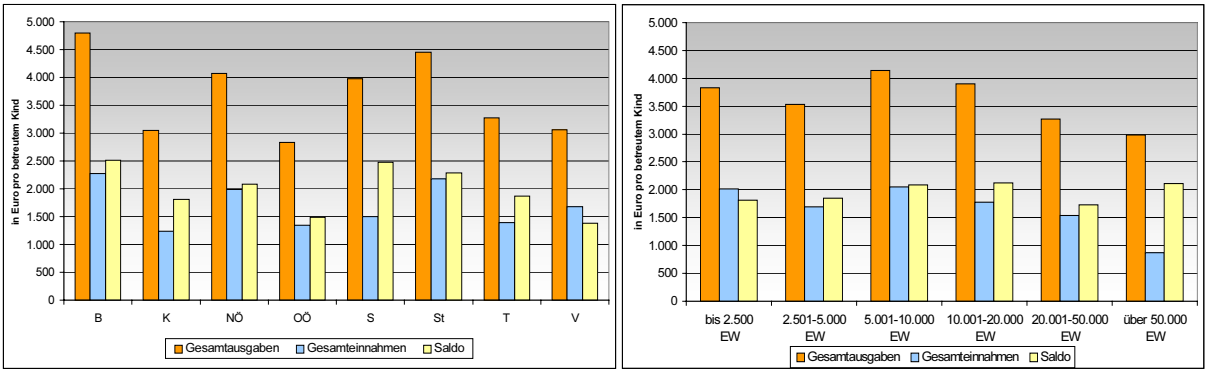


Abb 11: Gesamte Ausgaben und Einnahmen für Kinderbetreuung nach Bundesländern und Größenklassen 2008 (Gemeinden ohne Wien, in € pro betreutem Kind)
Quelle: Statistik Austria, Kommunale Gebarungsstatistik 2008; GemBon, 2009; eigene Berechnungen.

4.6 Finanzielle Auswirkungen des verpflichtenden Kindergartenjahrs

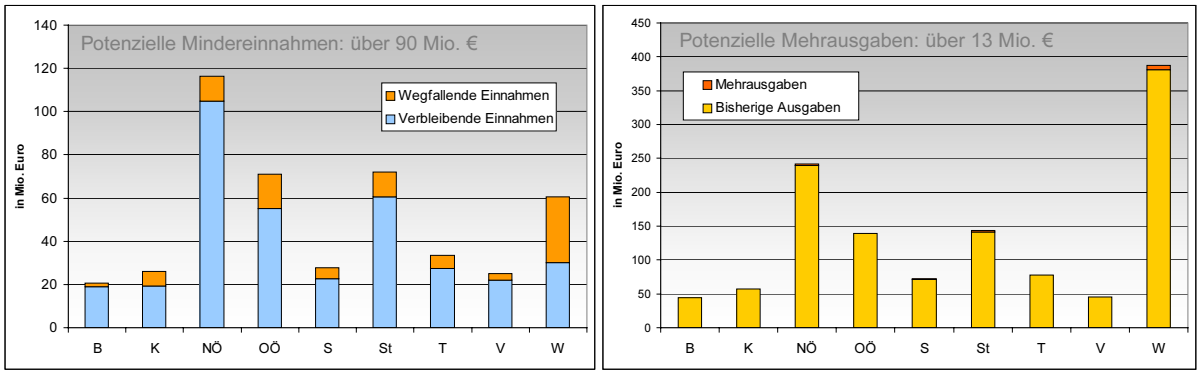
Mit der Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG zwischen dem Bund und den Länder werden die Länder verpflichtet, einen kostenlosen halbtägigen Besuch von institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen im Ausmaß von 20 Wochenstunden für das letzte Jahr vor Schuleintritt ab dem Kindergartenjahr 2009/10 sicherzustellen und spätestens mit September 2010 die halbtägige Besuchspflicht im Ausmaß von mindestens 16 bis 20 Stunden an mindestens 4 Tagen pro Woche einzuführen. Der Bund stellt zur teilweisen Abdeckung des Mehraufwands der Länder, Gemeinden und Erhalter bis 2013 Zuschüsse in Höhe von € 70 Mio jährlich zur Verfügung. Die Aufteilung dieses Betrags auf die Länder erfolgt nach dem Anteil der dann kindergartenpflichtigen 5-jährigen Kinder je Bundesland (Abb 12).

Durch das kostenlose, verpflichtende Kindergartenjahr ergeben sich zum einen Mindereinnahmen aus Elternbeiträgen (bei rund 80.000 Kindern mit 5 Jahren, jedoch länder- und gemeindeweise unterschiedlich). Wird zur Abschätzung der entfallenden Elternbeiträge der in den Erläuterungen zur Art 15 a-Vereinbarung genannte durchschnittliche monatliche Elternbeitrag für Halbtagsbetreuung in Höhe von € 784,74 pro Kind und Jahr (11-mal € 71,34 gemäß *ÖIF*[163] [2007] 60) herangezogen, so ergeben sich rund € 63 Mio

[163] *ÖIF, Österreichisches Institut für Familienforschung der Universität Wien* (*Dörfler/Kaindl*), Situation der Kinderbetreuung im Bundesländervergleich – Angebot, Nutzung und Rahmenbedingungen für Kinder unter 6 Jahren, Working Paper Nr 62/2007, 60.

(hypothetisch im Vergleich zur einheitlichen Einhebung unabhängig von bestehenden Regelungen). Werden die dort genannten länderweisen Mittelwerte der Elternbeiträge statt des Gesamtdurchschnitts herangezogen, so ergeben sich € 71 Mio. Wird für diese auf dem Mikrozensus September 2002 beruhenden Durchschnittswerte (siehe *Kytir/ Schrittwieser*[164] [2003] 34) zusätzlich noch ein Anstieg um rund 30% angenommen (gemäß dem Anstieg der laufenden Einnahmen 2002–2008, siehe Abb 10), so ergeben sich als mögliche Mindereinnahmen € 92 Mio.

Abbildung 12: Grobe Abschätzung der finanziellen Auswirkungen (in Mio Euro)
Quelle: Gebarungs- und Bildungsausgabenstatistik 2008; ÖIF, 2007; BGBl I 2009/99; eigene Berechnungen.



Abschätzung Mehrausgaben	Bgld	Knt	NÖ	OÖ	Sbg	Stmk	Tir	Vbg	W	Gesamt
(1) Minder-einnahmen V1	1,9	3,9	12,2	11,0	4,1	8,5	5,5	3,1	12,6	63
(2) Minder-einnahmen V2	1,3	5,2	8,8	12,3	3,8	9,1	4,5	2,3	23,5	71
(3) Minder-einnahmen V3	1,7	6,8	11,4	16,0	5,0	11,8	5,9	3,0	30,6	92
(4) Mehrausgaben	0,0	0,4	1,8	0,9	0,6	2,3	0,3	0,1	6,7	13
(3+4) Gesamt	1,7	7,2	13,2	16,9	5,5	14,1	6,2	3,1	37,3	105,3
Zuschuss Bund										
2009/10 in %	3,145	6,256	19,521	17,353	6,551	13,356	8,906	4,993	19,919	100
in Mio €	2,2	4,4	13,7	12,1	4,6	9,3	6,2	3,5	13,9	70
2010/11 in %	2,985	6,209	19,252	17,516	6,489	13,262	8,574	5,127	20,586	100
in Mio €	2,1	4,3	13,5	12,3	4,5	9,3	6,0	3,6	14,4	70

Anmerkung: Mindereinnahmen bei unterschiedlichen Annahmen zum mittleren halbtätigen Elternbeitrag (V1: 785 € p. a. (ÖIF, 2007, S. 60), bei V2 länderweise Mittelwerte, bei V3 Hochrechnung auf 2008; siehe hiezu Text).

[164] *Kytir/Schrittwieser,* Haushaltsführung, Kinderbetreuung, Pflege, Ergebnisse des Mikrozensus September 2002, www.statistik.at – Bevölkerung, Familien (Feb 2010) (2003) 34.

Zum anderen führt das verpflichtende Kinderjahr zu Mehrausgaben für bisher noch nicht betreute Kinder (rd. 3000 Kinder mit einem regional unterschiedlichen Bedarf an zusätzlichen Gruppen abhängig von bisherigen Kapazitäten). Als grobe Abschätzung ergeben sich für rund 3000 bisher nicht betreute Kinder nach den derzeitigen durchschnittlichen Ausgaben pro betreutem Kind (länderweise € 3000 – 5000) Mehrausgaben von rund € 13 Mio mit der Einführung des verpflichtenden Kindergartenjahrs.

Insgesamt könnten damit potenzielle Mehrausgaben durch entfallende Elternbeiträge und zusätzlich betreute Kinder von über € 100 Mio entstehen. Weitere potenziell erhebliche Mehrausgaben dürften für zusätzliche Verwaltung bei der Vollziehung des verpflichtenden Kindergartenjahrs bei Ländern und bei Gemeinden entstehen. Die finanziellen Auswirkungen dieser administrativen Erfordernisse sowie der zusätzlichen Maßnahmen einzelner Länder, die über die Bestimmungen der Art 15 a-Vereinbarung hinausgehen (Gratiskindergarten ganztags oder für unter-5-Jährige), konnten mit den derzeit vorliegenden Daten nicht plausibel abgeschätzt werden.

Eine genauere Abschätzung der Folgewirkungen erscheint zudem vorab unzweckmäßig. Die resultierenden finanziellen Auswirkungen auf die Länder und Gemeinden hängen von den kleinräumigen Kapazitäten, den konkreten organisatorischen Maßnahmen bei den öffentlichen und privaten Erhaltern sowie den Finanzierungsvereinbarungen zwischen den Ländern und Gemeinden ab. Es ist zudem noch offen, in welchem Ausmaß die zweckgewidmeten Bundeszuschüsse nach den Bestimmungen gemäß Artikel 7 bis 9 der Art 15 a-Vereinbarung von den Ländern in Anspruch genommen werden (können). Eine Evaluierung nach dem ersten verpflichtenden, kostenlosen Kindergartenjahr 2010/11 müsste kurzfristig Klarheit über die finanziellen Auswirkungen, getrennt von den Effekten durch länderspezifisch erweiterte Kinderbetreuungsmodelle, bringen.

4.7 Auswirkungen auf den Finanzausgleich?

Welche Auswirkungen hat die Einführung des kostenlosen, verpflichtenden Kindergartenjahrs auf den Finanzausgleich? Hiezu gilt es, zwischen dem Finanzausgleich im engeren und im weiteren Sinn zu unterscheiden (Abb 13).

Der Finanzausgleich im engeren Sinn betrachtet die Aufgabenverteilung als gegeben und beschränkt sich auf die im Finanzausgleichsgesetz (FAG 2008) auf der Grundlage des B-VG und F-VG geregelte Einnahmenverteilung zwischen den Gebietskörperschaften, differenziert nach primären und sekundären Finanzausgleich. Der primäre Finanzausgleich regelt die Abgabenhoheit und die vertikale und horizontale Verteilung der Abgabenerträge (gemäß FAG), der sekundäre Finanzausgleich umfasst die im FAG geregelten Zuweisungen und Zuschüsse. Nach dieser Abgrenzung hat das kostenlose, verpflichtende Kindergartenjahr keine Auswirkungen auf den derzeitigen Finanzausgleich: Die vertikale Aufteilung der gemeinschaftlichen Bundesabgaben erfolgt nach fixierten Anteilen auf Bund, Länder und Gemeinden. Bei der horizontalen Mittelverteilung werden als Aufteilungskriterien nur die einfache und gewichtete Einwohnerzahl, das örtliche Aufkommen einzelner Abgaben sowie Fixschlüsseln angewendet. Im sekundären Finanz-

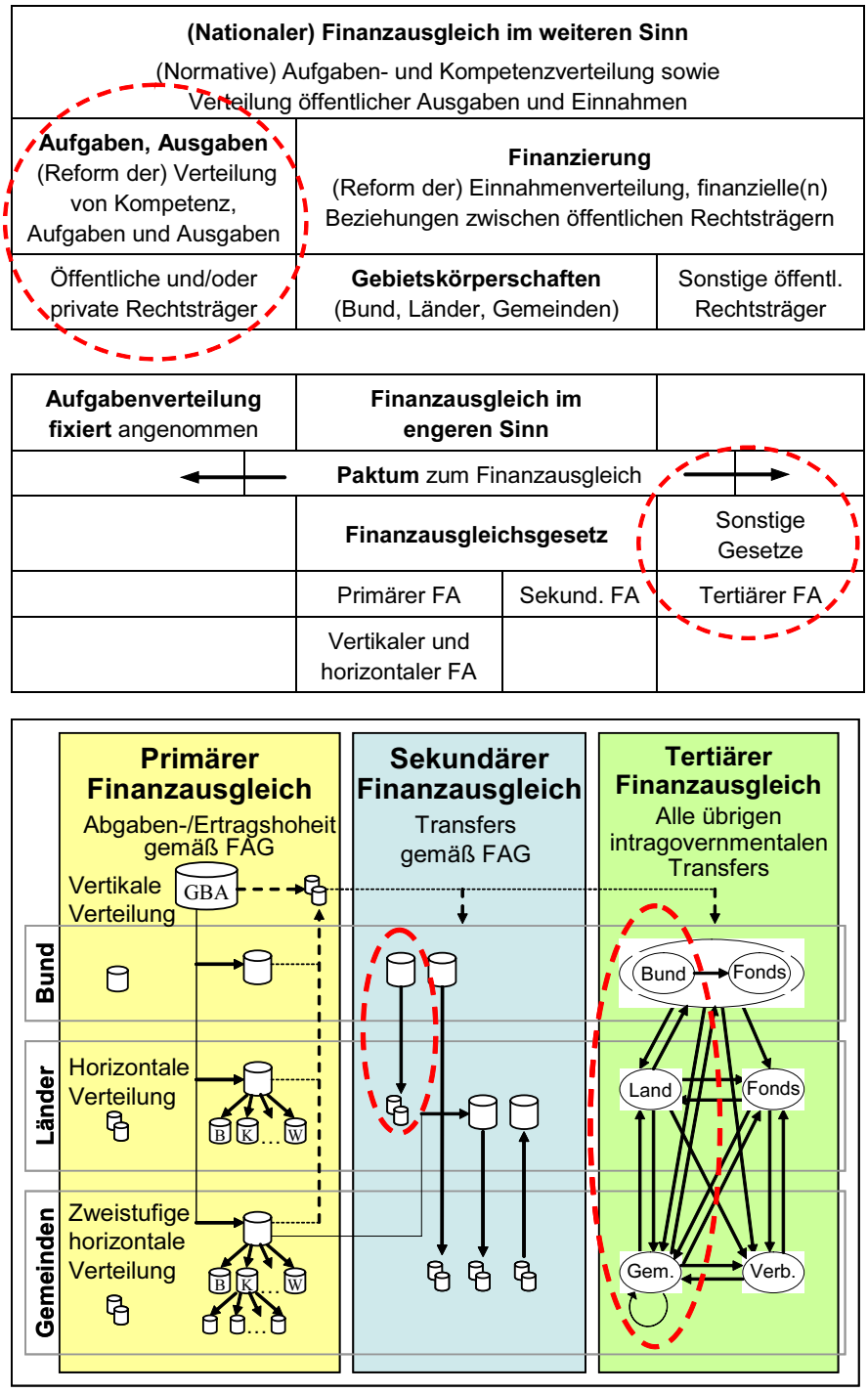
ausgleich erfolgt die Aufteilung von Transfers überwiegend nach der Finanzkraft (Kommunalsteuer, Grundsteuer) und nach der Einwohnerzahl. Als einziger Effekt könnten in geringfügigem Ausmaß durch zusätzliches Personal in kommunalsteuerpflichtigen Einrichtungen zusätzlich eigene Steuereinnahmen für Gemeinden entstehen. Ausgabenlasten spielen bei der Einnahmenteilung gemäß FAG keine Rolle.

Der im FAG geregelte Finanzausgleich reagiert also bei der Einnahmenteilung in keiner Weise auf die geänderten Finanzierungslasten bei der Kinderbetreuung. Möglich wäre dies etwa dann, wenn im FAG ausgehend von Normausgaben für die Betreuung der 5-jährigen Kinder die Einwohnerzahl nach Alter je Bundesland bzw je Gemeinde (jährlich gemäß Bevölkerungsstatistik bzw Mini-Registerzählung) bei der Einnahmenteilung angewendet wird und die politische Gewichtung des Verteilungsvorgangs die Verantwortlichkeiten und sonstigen Finanzierungsbestimmungen der Kinderbetreuung berücksichtigt. Zu vereinbaren wäre dies in den periodisch stattfindenden Finanzausgleichsverhandlungen zwischen den Gebietskörperschaften bzw im Paktum zum Finanzausgleich.

Das in einer Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG geregelte verpflichtende Kindergartenjahr hat Auswirkungen auf den Finanzausgleich im weiteren Sinn. Dieser umfasst per definitionem die (normative) Aufgaben- und Kompetenzverteilung sowie die gesamte Verteilung der Ausgaben und Einnahmen zwischen den Gebietskörperschaften und sonstigen öffentlichen Rechtsträgern unter Einbeziehung der möglichen Leistungserbringung durch private Rechtsträger. Die finanziellen Auswirkungen werden im tertiären Finanzausgleich abgehandelt, der die außerhalb des FAG nach sonstigen bundes- und landesgesetzlichen Bestimmungen geregelten Transfers zwischen öffentlichen Rechtsträgern umfasst. Ausgehend von einer kompetenzrechtlichen Klärung der Maßnahmen zum verpflichtenden Kindergartenjahr und der daraus resultierenden Finanzierungsverantwortung steht hier zur Diskussion, auf welche Weise die längerfristigen Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern sowie zwischen Ländern und Gemeinden zur Aufteilung der Mittel und Lasten zustande kommen und welche politischen, rechtlichen und ökonomischen Instrumente dabei anzuwenden sind, um die nachhaltige Finanzierung der (kostenlosen, verpflichtenden) Kinderbetreuung sicherzustellen.

Die politische Praxis der letzten Jahre zeigt, dass das Paktum zum Finanzausgleich im engeren Sinn zunehmend Themen und Reformvorhaben des Finanzausgleichs im weiteren Sinn einbezieht. Insoferne können Auswirkungen des verpflichtenden Kindergartenjahrs auf den nächsten Finanzausgleich erwartet werden.

Abb 13: Überblick über Finanzausgleich im engeren und weiteren Sinn.
Quelle: Bauer/Bröthaler in Bauer/Thöni[165]; Bröthaler[166]; eigene Darstellung.



Anmerkung: Kennzeichnung der Bereiche, die durch die Art 15 a-Vereinbarungen zur Kinderbetreuung betroffen sind (siehe hiezu auch Fußnoten zu Abb 8).

---

165 *Bauer/Thöni* Begriffe, Prinzipien und Spannungsfelder des Finanzausgleichs in Österreich – ein Einleitung (2008) 22.
166 *Bröthaler,* Entwicklung des österreichischen Finanzausgleichs 1948 – 2008 und finanzielle Auswirkungen 1976 – 2011 in *Bauer* (Hrsg) Finanzausgleich 2008, Ein Handbuch – mit Kommentar zum FAG 2008, Öffentliches Mana-

4.8 Schlussfolgerungen

Die finanziellen Verflechtungen im Bereich der institutionellen Kinderbetreuung sind im Vergleich zur Aufgabenfinanzierung in anderen Bereichen wie etwa des Gesundheitswesens, der Sozialhilfe oder des Pflichtschulbereichs grundsätzlich einfacher, da das Kindergartenwesen und das Hortwesen grundsätzlich Landessache sind und sich die Verflechtungen im Wesentlichen auf die Landesebene und die Gemeinden sowie die Ko-Finanzierung privater Einrichtungen beschränken. Unzureichende Konnexität der Aufgabenverantwortung mit Einnahmen- und Ausgabenverantwortung entsteht durch übergeordnete bildungspolitische Ziele und Maßnahmen des Bundes, die von den Ländern mitgetragen werden müssen und bei deren Finanzierung durch Länder und Gemeinden das Verhandlungsprinzip bzw der Konsultationsmechanismus als wichtiges Instrument des Finanzausgleichs eine bedeutende Rolle spielen.

Es verbleiben allerdings zum einen offene Fragen der nachhaltigen Finanzierung der bildungspolitischen Maßnahmen unter Beachtung der demographischen Trends und der sich ändernden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sowie offene Fragen der (gemeindeübergreifenden) Organisation der institutionellen Kinderbetreuung. Zum anderen hängen die Auswirkungen auf die Gemeinden von den landesrechtlichen Bestimmungen, der praktischen Handhabung von Reformen der länderinternen Aufteilung von Finanzierungslasten und den dabei angewendeten politischen Instrumenten (etwa Verhandlungen) zwischen den Ländern und Gemeinden ab.

Die Art 15 a-Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern sieht eine Evaluierung des Einsatzes der Zweckzuschussmittel und der Auswirkungen der kostenlosen Betreuung und der Besuchspflicht auf die kontinuierliche Inanspruchnahme von geeigneten institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen vor. Es bleibt abzuwarten, inwieweit dabei die vollständigen finanziellen Effekte auf die Länder und die Gemeinden unter Beachtung der erweiterten Kinderbetreuungsangebote einzelner Ländern berücksichtigt werden. Ebenso bleibt abzuwarten, ob der Bereich der institutionellen Kinderbetreuung bei einer grundlegenden Reform des Finanzausgleichs in Richtung einer verstärkten Aufgabenorientierung oder einer Einbeziehung des Transfergeschehens zwischen den Ländern und den Gemeinden Berücksichtigung findet.

---

gement und Finanzwirtschaft 8 (KDZ – Zentrum für Verwaltungsforschung in Zusammenarbeit mit dem Österreichischen Städtebund) (2008) 214.

Schriftenreihe RFG
Recht & Finanzen für Gemeinden

2003

Band 3/2003
Flotzinger/Leiss
Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren IV
32 Seiten. EUR 9,80
ISBN 978-3-214-14475-3

Band 4/2003
Becker/Jäger/Kirowitz/Suárez/Trenker
Lenkungseffekte von Abgaben auf Handymasten
54 Seiten. EUR 15,20
ISBN 978-3-214-14476-0

Band 5/2003
Hink/Mödlhammer/Platzer (Hrsg)
Auswirkungen des Regierungsprogramms auf die Gemeinden
126 Seiten. EUR 28,–
ISBN 978-3-214-14477-8

2004

Band 1/2004
Achatz/Oberleitner
Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine
76 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14473-9

Band 2/2004
Huber/Noor/Trieb/Reifberger
Die Gemeinden und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben
88 Seiten. EUR 21,–
ISBN 978-3-214-14474-6

Band 3/2004
Colcuc-Simek/Mader/Skala/Viehauser/Zimmerl
Herausforderung Siedlungswasserwirtschaft
80 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14478-4

Band 4/2004
Kerschner/Wagner/Weiß
Umweltrecht für Gemeinden
172 Seiten. EUR 36,–
ISBN 978-3-214-14479-0

Band 5/2004
Schmied
Facility Management
64 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14482-1

Band 6/2004
Österr. Gemeindebund
Katastrophenschutz – Katastrophenbewältigung
94 Seiten. EUR 22,80
ISBN 978-3-214-14481-4

2005

Band 1/2005
Hink/Leininger-Westerburg/Rupp
E-Government – Leitfaden für Bürgermeister und Gemeindebedienstete
64 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14483-8

Band 2/2005
Heiss/Dietmar Pilz
Kosten- und Leistungsrechnnung der Siedlungswasserwirtschaft
78 Seiten. EUR 19,80
ISBN 978-3-214-14484-5

Band 3 – 4/2005
Mitterbacher/Schrittwieser
Kommunales Abgabenstrafrecht
196 Seiten. EUR 38,–
ISBN 978-3-214-14487-6

Band 5/2005
Achatz/Hacker-Ostermann/Heiss/Pilz
Betriebsprüfung in der Gemeinde
95 Seiten. EUR 24,–
ISBN 978-3-214-14486-9

2006

Band 1 – 2/2006
Sachs/Hahnl
Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden
162 Seiten. EUR 36,–
ISBN 978-3-214-14485-2

Reihenübersicht

Band 3/2006
Kommunalnet E-Government Solutions GmbH
Handbuch Kommunalnet
84 Seiten. EUR 19,80
ISBN 978-3-214-14488-3

Band 4 a/2006
Mugler/Fink/Loidl
Gestaltung günstiger Rahmenbedingungen für Klein- und Mittelbetriebe im ländlichen Raum
52 Seiten. EUR 13,80
ISBN 978-3-214-14489-0

Band 4 b/2006
Österreichischer Gemeindebund (Hrsg)
Zukunft ländliche Gemeinde Diskussionsbeiträge zum Österreichischen Gemeindetag 2006
108 Seiten. EUR 26,–
ISBN 978-3-214-14490-6

Band 5/2006
Mazal (Hrsg)
Zur sozialen Stellung von Gemeindemandataren
126 Seiten. EUR 28,80
ISBN 978-3-214-14491-3

2007

Band 1/2007
Aicher-Hadler
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bürgermeisters
52 Seiten. EUR 14,–
ISBN 978-3-214-14480-7

Band 2/2007
Bacher/Grieb/Hartel/Heiss/Stabentheiner
Die Gemeinde als Vermieterin
116 Seiten. EUR 24,80
ISBN 978-3-214-14494-4

Band 3/2007
Hofinger/Hinteregger
Genossenschaften – eine Perspektive für Kommunen
38 Seiten. EUR 9,90
ISBN 978-3-214-14495-1

Band 4/2007
Handler/Mazal/Weber
Kommunale Sommergespräche 2007
76 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14497-5

Band 5/2007
Reinhard Haider
Umsetzung von E-Government
72 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-18821-4

2008

Band 1 – 2/2008
Sachs/Hahnl
Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden. 2. Auflage
164 Seiten. EUR 38,–
ISBN 978-3-214-14498-2

Band 3/2008
Achatz/Brassloff/Brenner/Schauer
Kommunale KG-Modelle und Rechnungsabschlüsse auf dem Prüfstand
52 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14499-9

Band 4/2008
Mugler/Loidl/Fink/Lang/Teodorowicz
Gemeindeentwicklung in Zentraleuropa
48 Seiten. EUR 12,50
ISBN 978-3-214-00542-9

2009

Band 1/2009
Lukas Held
Haushaltsführung und Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane
124 Seiten. EUR 28,–
ISBN 978-3-214-14500-2

Band 2/2009
Hoffer/M. Huber/Noor/Reifberger/Rettenbacher/M. Schneider
Die Gemeinde und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben. 2. Auflage
96 Seiten. EUR 22,80
ISBN 978-3-214-14501-9

Band 3/2009
Günther Löwenstein
Die finanzstrafrechtliche Verantwortung der Gemeinde
48 Seiten. EUR 9,90
ISBN 978-3-214-14502-6

Band 4/2009
Alfred Riedl
Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden
24 Seiten. EUR 4,90
ISBN 978-3-214-14503-3

Band 5/2009
Gabriele Aicher-Hadler
Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption. 2. Auflage
52 Seiten. EUR 14,60
ISBN 978-3-214-14504-0

Band 6/2009
A. Enzinger/M. Papst
Mittelfristige Finanzplanung in Gemeinden
104 Seiten. EUR 26,–
ISBN 978-3-214-14505-7

2010

Band 1/2010
Bachler/Heiss/Klausbruckner/G. Stabentheiner/Schweyer
Energieausweis für Gemeinden
88 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14506-4

Band 2/2010
Weber/Kahl/Trixner
Verpflichtendes Vorschul- oder Kindergartenjahr
80 Seiten. EUR 16,80
ISBN 978-3-214-14507-1

Impressum: Schriftenreihe des Österreichischen Gemeindebundes

Medieninhaber (Verleger): MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; A-1014 Wien, Kohlmarkt 16. FN 124 181w, HG Wien. **Gesellschafter, deren Anteil 25% übersteigt: in der Manz GmbH:** MANZ Gesellschaft m.b.H., Wien, Beteiligung an Unternehmen und Gesellschaften aller Art und Wolters Kluwer International Holding B.V., Amsterdam, Beteiligung an Unternehmen.
Verlagsadresse: A-1015 Wien, Johannesgasse 23.
Geschäftsführung: Mag. Susanne Stein-Dichtl (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. Wolfgang Pichler (Verlagsleitung).
Herausgeber: Dr. Robert Hink, Mag. Alois Steinbichler.
Schriftleitung und Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz, Mag. Dr. Raimund Heiss, LAbg. Bgm. Mag. Alfred Riedl, Mag. Dr. Peter Pilz. **Verlagsredaktion:** Mag. Elisabeth Maier
E-Mail: oesterreichischer@gemeindebund.gv.at; kommunal@kommunalkredit.at; verlag@manz.at
Internet: www.gemeindebund.at; www.kommunalkredit.at; www.manz.at
Hersteller: Novographic Druck G.m.b.H., 1230 Wien. **ISBN** 978-3-214-14507-1