

Mittagsverpflegung „ohne Auftrag“ ist zu erstatten? Ein ungewöhnlicher Streit um das Kita-Essengeld in Brandenburg

Professor Dr. Klaus Herrmann, Berlin*

Der Beitrag stellt die Rechtsgrundlagen in Brandenburg zur Finanzierung der Mittagsverpflegung in Kindertageseinrichtungen dar und setzt sich mit dem aktuellen Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 13. 9. 2016 (6 B 87.15, LKV 2016, XXX [in diesem Heft]) auseinander.

I. Einleitung

Die Betreuung von Kindern in Kindertagesstätten wirft nicht nur Einrichtungs- und Organisationsfragen bei den örtlichen Trägern der Jugendhilfe auf. Die Erfüllung dieser Aufgabe durch kommunale und freie Träger wird durch ein überaus kompliziertes Finanzierungssystem erschwert¹. Sind Gemeinden Träger von Kindertageseinrichtungen, sind sie mit den spezifischen landesrechtlichen Anforderungen konfrontiert; inmitten dieses Beitrags steht die Versorgung von in Kindertagesstätten betreuten Kindern mit einem Mittagessen. Nachdem der organisatorische Rahmen für die Versorgung von betreuten Kindern in Kindertageseinrichtungen aufgezeigt

wurde (II.), beschäftigt sich dieser Beitrag mit dem aktuellen Urteil des OVG Berlin-Brandenburg in einem Rechtsstreit um die Rückerstattung von Essengeld.

II. Versorgungsauftrag für Mittagsverpflegung

1. Gesetzlicher Rahmen

Der Erwartung von Eltern und Sorgeberechtigten, dass ihr Kind bei Betreuung in einer Kindertagesstätte auch versorgt wird, entspricht die gesetzliche Ausgestaltung in Branden-

* Der Verfasser ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Dombert Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Potsdam, sowie Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht an der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg.

¹ Vgl. *Baum*, LKV 2015, 289, für Brandenburg; vgl. *Wiesner*, LKV 2016, 433 (439), für die Weiterentwicklung zu einem auf Entgeltpauschalen basierenden Finanzierungssystem; siehe zu aktuellen Entwicklungstendenzen vgl. <http://www.bertelsmann-stiftung.de/de/unsere-projekte/kita-zoom-ressourcen-wirksam-einsetzen/projektthemen/was-soll-von-wem-wie-finanziert-werden/>.

burg. Zwar beschreibt das Bundesrecht die bei der Kindertagesbetreuung zu erfüllenden Aufgaben nur als „Förderung“, welche Aspekte der Betreuung, Bildung und Erziehung enthält, nicht aber die Versorgung (vgl. § 22 SGB VIII)². Ohne Erwähnung im Gesetz wird dazu allerdings vertreten, dass der Förderanspruch nach § 24 SGB VIII³ bei einer bedarfsgerechten Betreuung auch die Möglichkeit der Einnahme eines Mittagessens bei einer Betreuungszeit ab sechs Stunden einschließt⁴. Die fehlende Präzisierung des Anspruchsinhalts der Kindertagesbetreuung und der Fördergrundsätze in §§ 22, 22 a SGB VIII führt jedenfalls dazu, dass den Leistungsverpflichteten bei der Erfüllung des Anspruchs bundesrechtlich ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird⁵. Für den Anspruch und Umfang der Versorgung kommt es deshalb maßgeblich auf die landesrechtliche Ausformung der Rechtsansprüche an. Nach § 24 VI SGB VIII kann das Landesrecht im Hinblick auf die Förderung in den Kindertagesstätten weitergehende Regelungen treffen. § 26 SGB VIII enthält zudem einen allgemeinen Landesrechtsvorbehalt zu Inhalt und Umfang der Aufgaben der Leistungen auf dem Gebiet der Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen.

In Brandenburg ist der Versorgungsauftrag bereits in der Landesverfassung enthalten – Art. 27 VII BbgLV⁶ räumt jedem Kind nach Maßgabe des Gesetzes einen Anspruch auf Erziehung, Bildung, Betreuung und Versorgung in der Kindertagesstätte ein. Maßgeblich für die Ausgestaltung des Anspruches ist zwar das einfache Gesetzesrecht. Eine Auslegung des Gesetzes, wonach in der Kindertagesstätte kein Anspruch auf Versorgung bestünde, wäre aber mit Art. 27 I BbgLV unvereinbar. In Brandenburg besteht demnach unabhängig von der Trägerschaft der Einrichtung ein Versorgungsanspruch aus §§ 1, 2 und 3 BbgKitaG⁷. Die im Einzelnen nach Altersgruppen differenzierten Rechtsansprüche auf Kindertagesbetreuung schließen neben der Erziehung, Bildung und Betreuung immer auch die Versorgung in der Kita mit ein (vgl. § 1 II-IV BbgKitaG). Die Versorgung wird zudem flankierend als Zweck der Kindertagesbetreuung (§ 2 I BbgKitaG) und als Auftrag/Aufgabe der Kita (§ 3 I 1, II Nr. 1 und 7 BbgKitaG) festgeschrieben.

Einen ähnlich weitgehenden Versorgungsauftrag wie das brandenburgische Landesrecht enthält sonst nur das Landesrecht in Mecklenburg-Vorpommern (vgl. §§ 10 Ia, 21 I 2 MVKiFöG⁸). In den meisten anderen Bundesländern wird der entsprechende Versorgungsauftrag nicht als Anspruch im Landesrecht ausgestaltet. In Sachsen-Anhalt hat der Träger immerhin auf Wunsch der Eltern eine kindgerechte Mittagsversorgung sicherzustellen, wobei die Verpflegungskosten von den Eltern zu tragen sind (vgl. §§ 5 V, 13 VI SachsAnhKiFöG⁹). Nimmt ein Kind in Sachsen bei der Betreuung in den Kindertageseinrichtungen an Verpflegungsleistungen teil, besteht eine Zahlungspflicht in voller Höhe (vgl. § 15 VI SächsKitaG¹⁰).

2. Trägerverantwortung für Erfüllung des Versorgungsauftrags

Die Ausgestaltung der Versorgung im Einzelnen bleibt in Brandenburg jedoch dem Einrichtungsträger vorbehalten und stellt einen Anwendungsfall der jugendhilferechtlichen Trägerervielfalt dar. Art und Weise der Versorgung können je nach Trägerkonzept als Unterscheidungsmerkmal und Wettbewerbsfaktor eingesetzt und müssen in den Betreuungsverträgen geregelt werden. Insbesondere würde es in die Grundrechte von freien Trägern der Jugendhilfe und das verfassungsrechtlicher Erziehungsrecht der Eltern eingreifen, wenn es den Trägern *untersagt* wäre, dass die bei ihnen betreuten Kinder an Verpflegungsangeboten teilnehmen. Allerdings korrespondiert der Versorgungsauftrag der Kita nicht mit einer Rechtspflicht der Eltern oder Personensorgeberechtigten, die die Mittagsversorgung durch die Kita für ihr Kind in Anspruch nehmen müssten¹¹. Die Erfüllung des Versorgungsauftrages wird von dem umfassend zu verstehenden Zusammenarbeitsgebot in § 4 I BbgKitaG eingeschlossen. Deshalb darf der im Gesetz als Teilaspekt des Rechtsanspruchs gemäß § 1 II BbgKitaG ausgestaltete Versorgungsauftrag nicht gegen den Elternwillen einseitig vom Träger abbedungen werden. An der Entscheidung über die Ausgestaltung der Mittagsversorgung sind die Erziehungsberechtigten durch ihre Vertreter im Kitaausschuss nach § 7 BbgKitaG zu beteiligen.

Danach ist es grundsätzlich unbedenklich, dass der Einrichtungsträger die Mittagsversorgung nicht durch eigene Kräfte gewährleistet, sondern einen Dritten mit der Mittagsversorgung beauftragt (Cateringunternehmen)¹². Jedoch bleiben die Einrichtungsträger auch bei Übertragung der Mittagsversorgung auf einen externen Dienstleister (Caterer) in der gesetz-

- 2 *Lakies*, Frankfurter Kommentar, SGB VIII, 7. Aufl. (2013), Vorbem. zu § 22-26, Rn. 4; § 22, Rn. 13 f.
- 3 Aches Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe – in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. 9. 2012 (BGBl. I S. 2022), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 28. 10. 2015 (BGBl. I S. 1802).
- 4 Vgl. *Lakies* (o.Fußn. 2), § 24, Rn. 18.
- 5 Vgl. *Schübel-Pfister*, NVwZ 2013, 385 (388).
- 6 Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. 8. 1992 (GVBl.I/92, S. 298), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 12. 2013 (GVBl.I/13 [Nr. 42]).
- 7 Zweites Gesetz zur Ausführung des Achten Buches des Sozialgesetzbuches – Kinder- und Jugendhilfe (Kindertagesstättengesetz – KitaG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. 6. 2004 (GVBl.I/04, [Nr. 16], S. 384), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. 7. 2015 (GVBl.I/15 [Nr. 21]).
- 8 Gesetz zur Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz – KiFöG MV) vom 1. 4. 2004 (GVBl. M-V 2004, S. 146), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 3. 11. 2014 (GVBl. M-V S. 594).
- 9 Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt (Kinderförderungsgesetz – KiFöG) vom 5. 3. 2003 (GVBl. LSA 2003, 48), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 23. 1. 2013 (GVBl. LSA S. 38).
- 10 Gesetz über Kindertageseinrichtungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. 5. 2009 (SächsGVBl. S. 225), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. 4. 2015 (SächsGVBl. S. 349).
- 11 Vgl. *Diskowski/Wilms*, Kindertagesstätten in Brandenburg, 2014, § 17 KitaG Bbg, Anm. 2.3.
- 12 Ebenso *Baum*, MBJS-Handreichung Elternbeiträge (veröffentlicht am 13. 6. 2016 unter: <http://www.mbjs.brandenburg.de/sixcms/media.php/5527/Handreichung%20Elternbeitraege.pdf>), S. 19.

lichen Pflicht, eine Befreiung von dem Versorgungsauftrag ist gesetzlich nicht vorgesehen. Insofern ähnelt die Aufgabenstellung der Mittagsversorgung in Kindertageseinrichtung der Schulspeisung gem. § 113 S. 1 BbgSchulG¹³. Danach haben die Gemeinden als Schulträger dafür zu sorgen, dass die Schülerinnen und Schüler der allgemein bildenden Schulen bis zur Jahrgangsstufe 10 und der Ganztagschulen an den Schultagen, außer an Sonnabenden, an einer warmen Mittagsmahlzeit zu angemessenen Preisen teilnehmen können.

3. Finanzierung der Mittagsverpflegung in Brandenburg

Zu der Frage, wer bei Besuch einer Kindertageseinrichtung die Verpflegungskosten in welcher Höhe und mit welchem Anteil zu tragen hat, gibt es keine verfassungs- und bundesrechtlichen Vorgaben. Allgemein ermächtigt § 90 SGB VIII allerdings die örtlichen Träger der Jugendhilfe, für die Inanspruchnahme von Angeboten zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen Kostenbeiträge festzusetzen. Gegenüber § 90 I SGB VIII gibt es in § 17 I BbgKitaG aber eine speziellere Landesregelung.

Nach § 17 I BbgKitaG dürfen die Träger von den Eltern oder Personensorgeberechtigten Essengeldzuschüsse in Höhe der (fiktiv) bei häuslichem Mittagessen durchschnittlich ersparten Eigenaufwendungen verlangen. Die für die sonstige Verpflegung (Frühstück, Getränke usw.) sowie über die häusliche Ersparnis hinausgehenden Kosten für die Mittagsverpflegung können jedenfalls nicht mit einem Essengeld abgerechnet werden. Insofern kommt allenfalls die Mitfinanzierung über die Elternbeiträge in Betracht. Zu den Betriebskosten der Kindertageseinrichtung zählen nach § 2 I BbgKitaBKNV¹⁴ grundsätzlich auch die sonstigen Verpflegungskosten¹⁵. Versäumen die freien Träger es, Essengeld von den Eltern der bei Ihnen betreuten Kinder zu erheben, kann ihnen, jedenfalls im Rahmen des Betriebskostenzuschusses der Sitzgemeinde gem. Art. 16 II 2 BbgKitaG entgegengehalten werden, dass die Einrichtung nicht alle zumutbaren Einnahmemöglichkeiten ausgeschöpft hat und die durch Essengeld finanzierbaren Anteile der Betriebskosten nicht von der Gemeinde im Rahmen des erhöhten Betriebskostenzuschusses ausgeglichen werden müssen¹⁶. Allerdings ist nach dem hier besprochenen Urteil des OVG Berlin-Brandenburg unklar, ob die gesetzliche Regelung über den Wortlaut hinaus dahingehend zu verstehen ist, dass der Träger einer Kindertageseinrichtung Betriebskosten für eine Mittagsversorgung aufwenden und durch Essengeld der Personensorgeberechtigten refinanzieren muss.

Sind die Kommunen Träger der Kindertageseinrichtungen, können sie die Essengelder durch Satzungen festsetzen und als Gebühren erheben¹⁷. Entscheidet sich die Gemeinde oder Gemeindeverband dafür, das Essengeld als Gebühr durch Verwaltungsakt zu erheben, bestimmt § 17 III 3 BbgKitaG, dass hierfür eine Satzung erforderlich ist (vgl. auch § 2 I 1 Bbg-KAG¹⁸ zum Satzungserfordernis)¹⁹. Einer Satzung bedürfte es ausnahmsweise nur dann nicht, wenn die Körperschaft durch Gesetz unmittelbar zur Erhebung der Abgabe berechtigt oder

verpflichtet und im Gesetz die Abgabenerhebung abschließend geregelt sei²⁰. Weil der Maßstab der Gebühr („durchschnittlich ersparte Eigenaufwendung“) durch § 17 I 1 Bbg-KitaG aber nicht hinreichend bestimmt wird, zudem der genaue Satz der Abgabe und der Zeitpunkt der Fälligkeit offen ist, setzt die hoheitliche Erhebung als Gebühr jedenfalls eine Satzung voraus.

Für die Satzungsregelung oder für die Entgeltregelung in den Betreuungsverträgen der freien Träger, kann das Essengeld nur in Höhe der „häuslichen Ersparnis“ erhoben werden. Hierbei handelt es sich um einen – der gerichtlichen Überprüfung unterliegenden – unbestimmten Rechtsbegriff²¹. In der Rechtsprechung sind die Beträge der häuslichen Ersparnis auf 1 € pro Mittagessen²² bzw. 2 €²³ beziffert worden. Bei der Festsetzung des Essengeldes sind unter dem Gesichtspunkt der ersparten Aufwendungen alle relevanten Leistungen in Rechnung zu stellen, also nicht nur die Aufwendungen für Speisen und Getränke. Gleichwohl ist die Ersparnis einer Typisierung und Pauschalierung unterworfen, die dazu führen kann, dass verschiedene Verwaltungsträger in ihrem Verwaltungsbereich zu einer Spannbreite unterschiedlicher Ergebnisse kommen können²⁴. In einer Orientierungshilfe der Liga in der freien Wohlfahrtsverbände vom März 2016 wird etwa die vom Landkreis Potsdam-Mittelmark angesetzte tägliche häusliche Ersparnis für die Mittagsversorgung bei Kindern bis sechs Jahren auf 1,15 € beziffert. Das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJUF) geht von einer häuslichen

13 Gesetz über die Schulen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Schulgesetz – BbgSchulG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. 8. 2002 (GVBl.I/02 [Nr. 08], S. 78), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. 1. 2016 (GVBl.I/16 [Nr. 5]).

14 Verordnung über die Bestimmung der Bestandteile von Betriebskosten, das Verfahren der Bezuschussung sowie die jährliche Meldung der belegten und finanzierten Plätze der Kindertagesbetreuung (Kindertagesstätten-Betriebskosten- und Nachweisverordnung – KitaB-KNV) vom 1. 6. 2004 (GVBl.II/04, S. 450 [Nr. 16]), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. 4. 2014 (GVBl.I/14 [Nr. 19]).

15 Vgl. *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 11), § 17 KitaG Bbg, Anm. 2.4.

16 Vgl. *OVG Magdeburg*, LKV 2015, 331, für Berücksichtigung „fiktiver“ Elternbeiträge bei der Trägerfinanzierung.

17 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, LKV 2014, 333 ff.

18 Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg (KAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. 3. 2004 (GVBl.I/04, [Nr. 08], S. 174), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 7. 2014 (GVBl.I/14, [Nr. 32]).

19 S. auch *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2000, 185 (186).

20 Vgl. *Becker/Benedens/Deppe*, Praxis der Kommunalverwaltung, Bbg-KAG, § 2, Anm. 1.2 und 1.5.

21 Vgl. *OVG Saarlouis*, BeckRS 2000, 17528, Rn. 32 ff. für Regelsätze des sozialhilferechtlichen Ernährungsbedarfs; für Einzelheiten: *Baum*, MBS-Handreichung Elternbeiträge (veröffentlicht am 13. 6. 2016 unter: <http://www.mbjs.brandenburg.de/sixcms/media.php/5527/Handreichung%20Elternbeitraege.pdf>), S. 20.

22 *VG Bayreuth*, Urt. v. 30. 1. 2012 – B 3 K 11.166, juris, Rn. 141 zu § 90 IV 1 SGB VIII i.V.m. § 92 a I SGB XIII.

23 Vgl. zur Teilnahme eines behinderten Schülers an der schulischen Mittagsversorgung, *LSG Stuttgart*, Urt. v. 20. 11. 2009 – L 12 AS 4180/08, juris, Rn. 30.

24 Vgl. *OVG Bremen*, Urt. v. 21. 4. 1998 – 1 N 1/97, juris, Rn. 42.

Ersparnis von 1,50 € pro Mittagessen aus²⁵. Legt man zugrunde, dass im Familienkreis die Essenzubereitung eine regelmäßig unentgeltliche Leistung und bei Vorschulkindern von der Verpflichtung zur elterlichen Sorge gedeckt ist, können Lohn- und Arbeitskosten nicht in den Betrag der häuslichen Ersparnis einberechnet werden²⁶.

III. Rechtsstreit um Direktzahlung an Caterer

Die Essengeldzahlung kann in der Praxis allerdings zu erheblichen Schwierigkeiten führen, etwa wenn die Eltern eines in der Kita betreuten Kindes die Verpflegungsleistungen des Caterers (wie in der Schulspeisung) direkt vergüten sollen. Dieser Fall beschäftigte die Verwaltungsgerichte in den hier besprochenen Urteilen.

1. Zugrundeliegender Sachverhalt

In dem vom *OVG Berlin-Brandenburg* entschiedenen Rechtsstreit schlossen der Kläger und die Kindesmutter als Personensorgeberechtigte im Jahr 2012 einen Betreuungsvertrag mit einer brandenburgischen Kommune zur Aufnahme ihres Sohnes in eine kommunale Kindertagesstätte. Einige Monate später übertrug die Kommune durch einen Dienstvertrag die Versorgung mit Mittagessen in den Kindertagesstätten und Schulen in ihrer Trägerschaft einem externen Dienstleister. Dieser verpflichtete sich, die Mittagsversorgung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchzuführen sowie das Essengeld unmittelbar auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge von den Personensorgeberechtigten zu kassieren. Während der Landkreis die häusliche Ersparnis an Eigenaufwendungen für die Mittagsversorgung auf 1,70 € taxierte, betrug die Vergütung für das Mittagessen in der Kinderkrippe und im Kindergarten 3,04 € pro Portion. Nachdem der Kläger erfolglos einen Zuschuss der Einrichtungsträgerin zum vertraglich geschuldeten Essengeld beantragte, soweit dieses die ersparten Eigenaufwendungen in Höhe von 1,70 € übersteigt, verlangte er von der Kommune durch Leistungsklage schließlich Erstattung des 1,70 € pro Mittagessen übersteigenden Anteils am Essengeld des privaten Dienstleisters.

2. VG Potsdam: Geschäftsführung ohne Auftrag?

Das *VG Potsdam* gab der Klage mit Urteil vom 25. 9. 2014 statt²⁷. Die Abrechnung der Essenversorgung durch den Caterer im eigenen Namen erfolge in gesetzeswidriger Weise und führe zur Umgehung des in § 17 BbgKitaG geregelten Systems mit der Folge, dass die Kommune die Erbringung einer eigenen Leistung vermeidet und die Personensorgeberechtigten stattdessen nötigt, das Angebot des Drittanbieters anzunehmen. Indem der Kläger für die Essenversorgung seines Sohnes mit dem Caterer vereinbarte Entgelte zahlte, habe er deshalb ein von der Kommune zu erfüllendes Geschäft geführt. Über die Grundsätze der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ habe die Gemeinde deshalb gem. § 670 BGB für die Aufwendungen der Personensorgeberechtigten einzustehen. Weil der Kläger nur den 1,70 € übersteigenden Betrag je Mittagessen geltend gemacht habe, müsse die Frage nicht geklärt werden, ob der

Kläger insoweit wegen seiner häuslichen Ersparnis sein eigenes Geschäft ausgeführt habe.

Die Berufung gegen dieses Urteil lies das *OVG Berlin-Brandenburg* mit Beschluss vom 30. 11. 2015 zu (6 N 44/15). Sie blieb aber nach dem am 13. 9. 2016 verkündeten Urteil ohne Erfolg.

3. OVG Berlin-Brandenburg: Öffentlich-rechtliche Kondition im Dreiecksverhältnis

Das *OVG Berlin-Brandenburg* folgte allerdings der Auffassung des *VG Potsdam* nicht, dass der Kläger den Ersatz seiner Aufwendungen für eine Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen könne. Ihm fehle schon der Fremdgeschäftsführungswille. Weder die Anmeldung des Sohnes zur Mittagsversorgung bei dem externen Dienstleister noch die Bezahlung der vereinbarten Entgelte stellten ein objektiv fremdes Geschäft für die Gemeinde dar. Vielmehr handelten die Personensorgeberechtigten mit der Anmeldung ihres Sohnes zur Mittagsversorgung des externen Caterers im eigenen Rechts- und Interessenkreis.

Nach Auffassung des *VG* und des *OVG* kann der Anspruch auf Erstattung der Mehraufwendungen für das Essengeld eines privaten Caterers nicht in entsprechender Anwendung des § 36 a III SGB VIII für selbstbeschaffte Leistungen der Jugendhilfe geltend gemacht werden²⁸. Der Erstattungsanspruch für selbstbeschaffte Leistungen der Jugendhilfe richte sich gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, im Land Brandenburg also gegen den Landkreis. Die Beauftragung der Mittagsversorgung sei auch keine Selbstbeschaffung i.S.d. § 36 a III SGB VIII²⁹, weil der Kläger nicht geltend gemacht habe und geltend machen könne, dass der öffentliche Träger der Jugendhilfe eine Leistung abgelehnt habe, die er sich daraufhin selbst beschaffen musste.

Das *OVG Berlin-Brandenburg* stützte die Verurteilung der Gemeinde aber auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, der aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abgeleitet wird und als eigenständiges Rechtsinstitut anerkannt ist. Inhalt und Umfang dieses Anspruchs entsprächen dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch gem. § 812 BGB. Mit diesem Anspruch sollen dem materiellen Recht nicht entsprechende Vermögensverschiebungen korrigiert werden³⁰. Durch die Übertragung der Mittagsversorgung auf den

25 Vgl. Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V.: Elternbeiträge in der Kindertagesbetreuung; Stellungnahme vom 12. 2. 2015; ebenso *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 11), § 17 KitaG Bbg, Anm. 2.4; zum Ganzen vgl. Orientierungshilfe zur Umsetzung des gesetzlichen Versorgungsauftrages der Kindertagesstätten in Brandenburg und zur Ermittlung der Versorgungskosten und des Essengeldes von März 2016, abzurufen unter www.mbj.s.brandenburg.de.

26 Vgl. *Diskowski/Wilms* (o.Fußn. 11), § 17 KitaG Bbg, Anm. 2.3.

27 Vgl. *VG Potsdam*, Ur. v. 25. 9. 2014 – 10 K 4203/13.

28 Vgl. zu diesem Anspruch *BVerwG*, Ur. v. 12. 9. 2013 – 5 C 35/12, *BVerwGE* 148, 13 = juris, Rn. 26 ff.

29 Vgl. zur Kostenerstattungspflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe für einen selbstbeschafften Kinderbetreuungsplatz *BVerwG*, *NJW* 2014, 1256.

30 Vgl. *BVerwG*, Ur. v. 15. 5. 2008 – 5 C 25.07, *BVerwGE* 131, 153 = juris, Rn. 13.

Caterer und dessen Direktabrechnung gegenüber den Personensorgeberechtigten habe die Gemeinde eigene Aufwendungen erspart. Hätte die Gemeinde die Vergütung des von ihr eingeschalteten Caterers selbst getragen, wären die Personensorgeberechtigten nach § 17 I 1 BbgKitaG nur zur Zahlung eines anteiligen Zuschuss verpflichtet gewesen. Das vom externen Dienstleister erhobene Entgelt von 3,04 € pro Mittagessen gehe auch über die häusliche Ersparnis weit hinaus, weil der Caterer zusätzlich Personalkosten und einen Gewinn einkalkuliere, nach dem Vertrag mit der Gemeinde Mietkosten für jede einzelne Ausgabestelle zu zahlen haben, die Kindertageseinrichtung mit Kinderporzellan ausstatten und Transportbehälter vorhalten müsse, für die Durchführung des Abwaschs und der Reinigung des Küchenbereichs sowie schließlich die sachgerechte Entsorgung der Essenreste einen betrieblichen Aufwand für die Mittagsverpflegung entfalte, der bei einer häuslichen Mittagsverpflegung nicht anfele. Das OVG Berlin-Brandenburg hielt zwar den vom statistischen Bundesamt für das Jahr 2008 ermittelten Betrag der häuslichen Ersparnis für ein Mittagessen von 1,16 € für zu niedrig. Mit Blick auf die durchschnittlichen Lebensverhältnisse im Landkreis sei eine häusliche Ersparnis von 1,50 € pro Mittagessen festzusetzen. Da der Kläger aber bereits einen Betrag von 1,70 € pro Mittagessen von seinem Erstattungsanspruch abgezogen habe, komme es aus prozessualen Gründen auf die „centgenaue“ Ermittlung der häuslichen Ersparnis nicht an.

4. Verjährung und Auswirkung auf die Verwaltungspraxis

Bereits nach dem Urteil des VG Potsdam vom 25. 9. 2014 begannen zahlreiche Kommunen, die Finanzierung der Mittagsversorgung auf eine Essengelderhebung umzustellen. Vierorts gingen Rückzahlungsaufforderungen von einzelnen Personensorgeberechtigten ein. Selbst kleine kreisangehörige Kommunen haben 6-stellige Summen errechnet, wenn die Essengeldüberzahlungen an alle Personensorgeberechtigten zurückgezahlt werden müssten.

Natürlich findet das Rechtsinstitut der Verjährung auch auf vermögensrechtliche Ansprüche im öffentlichen Recht Anwendung³¹. Nach welchen Regeln sich die Verjährung richtet, ist mangels einschlägiger öffentlich-rechtlicher Spezialregelungen im Wege der Analogie zu den als sachnächste in Betracht kommenden Verjährungsregelungen zu entscheiden³². Auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden, wenn keine sachnäheren Verjährungsregeln herangezogen werden können³³.

Als sachnächste Regelung wird in Rechtsprechung zu im Sozialrecht wurzelnden (Rück-) Erstattungsansprüchen auf die Frist von 4 Jahren gem. § 45 I SGB I³⁴ abgestellt³⁵. Danach beginnt die Verjährungsfrist mit Ablauf des Jahres, in dem der Erstattungsanspruch entstanden ist, ohne dass auf die Kenntnis des Erstattungsberechtigten vom Bestehen des Anspruchs ankäme³⁶. Zu einer noch längeren Verjährungsfrist von 5 Jahren gelangt man sogar, wenn man annimmt, dass es sich bei

den Elternbeiträgen um sozialrechtliche Abgabensprüche eigener Art handelt, für die kommunalabgabenrechtliche Bestimmungen gelten³⁷. Auch bei der Festsetzung von Elternbeiträgen könnte das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit, Rechtsfrieden und Vertrauen auf der einen Seite und materieller Gerechtigkeit auf der anderen Seite nach dem Massenverfahren prägenden Grundsatz der Verwaltungspraktikabilität und die über § 12 I Nr. 5a KAG i.V.m. § 228 AO geltende 5-jährigen Zahlungsverjährung gelöst werden. Die 5-jährige Verjährungsfrist beginnt nach § 229 AO mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Erstattungsanspruch erstmals fällig geworden ist. Dass die Gemeinden mit der Annahme durchdringen, lediglich die dreijährige regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB sei anzuwenden³⁸, erscheint angesichts der Rechtsprechung zu längeren Verjährungsfristen wenig wahrscheinlich.

Für die im Jahr 2014 und 2015 angemeldeten Forderungen haben die betroffenen Kommunen regelmäßig Erklärungen abgegeben, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Dies dürfte für die jeweiligen Erklärungsempfänger ausreichend gewesen sein, auf verjährungsunterbrechende Rückzahlungsklagen zu verzichten. Der Gemeinde wäre es in diesen Fällen jedenfalls als Verstoß gegen Treu und Glauben verwehrt, sich entgegen von der Verzichtserklärung doch auf die Einrede der Verjährung zu berufen³⁹. Sofern die Gemeinde noch keinen Verzicht auf die Verjährungseinrede erklärt hat, insbesondere also gegenüber weit zurückreichenden Rückforderungsverlangen von Personensorgeberechtigten, die erst durch den jetzigen Beschluss auf ihre vermeintlichen Forderungen aufmerksam wurden, sollte die mögliche Verjährung vor einer Verzichtserklärung geprüft werden. Nach dem Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung sind die Kommunen verpflichtet, gegenüber Erstattungsansprüchen die Einrede der Verjährung geltend zu machen⁴⁰.

In vielen Fällen geht es um die Rückerstattung von über mehrere Jahre angelaufenen Überzahlungen – verwaltungsgericht-

31 BVerwG, Ur. v. 24. 1. 2007 – 3 A 2.05, juris, Rn. 43.

32 BVerwG, Ur. v. 4. 10. 1994 – 1 C 41.92, BVerwGE 97, 1 (7).

33 BVerwG, Ur. v. 15. 6. 2006 – 2 C 10.05, Buchholz 232 § 78 BGG Nr. 45.

34 Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – vom 11. 12. 1975 (BGBl. I S. 3015), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. 7. 2016 (BGBl. I S. 1757).

35 Vgl. BSG, Ur. v. 30. 9. 1993 – 4 RA 6/92, BeckRS 1993, 30421249; LSG Celle, Ur. v. 25. 11. 1998 – L 5 KA 5/94, BeckRS 1998, 15709, Rn. 55; siehe auch Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 2015, § 45, Rn. 4.

36 Vgl. BSG, Ur. v. 28. 11. 2013 – B 3 KR 27/12 R, juris, Rn. 44.

37 Vgl. zur vierjährigen Festsetzungsfrist bei festsetzungsbedürftigen Elternbeiträgen: OVG Münster, Ur. v. 27. 10. 2008 – 12 A 1983/08, NVwZ 2009, 404 ff.; siehe auch zur Heranziehung der abgabenverfahrensrechtlichen Bestimmungen der AO 1977 über die Inkorporation gem. § 12 NWKAG: OVG Münster, Ur. v. 21. 11. 1994 – 16 A 2859/94, NWVBl 1995, 233.

38 Als Auffangfrist: BVerwG, Ur. v. 15. 5. 2008 – 5 C 25/07, BVerwGE 131, 153 = juris, Rn. 27.

39 Siehe schon BVerwG, Ur. v. 15. 6. 2006 – 2 C 14.05, Buchholz 240 § 73 BesG Nr. 12, Rn. 23; Beschl. v. 20. 1. 2014 – 2 B 6/14, juris, Rn. 11.

40 Vgl. BVerwG, Ur. v. 15. 6. 2006 – 2 C 14/05, juris, Rn. 23; Beschl. v. 30. 6. 1992 – 2 B 23.92, Buchholz 239.1 § 35 BeamtVG Nr. 3; Ur. v. 25. 11. 1982 – 2 C 32.81, BVerwGE 66, 256 (261).

liche Klageverfahren über die Rückzahlung (nur) einiger Hundert Euro im Einzelfall stehen bevor. Rückgriffsmöglichkeiten haben die Kommunen gegenüber den von ihnen eingeschalteten externen Dienstleistern regelmäßig nicht. Die heute im Raum stehenden Mehrkosten hätten bei der Aufgabenerfüllung in den vergangenen Betriebsjahren eingeplant werden können – heute beschränken sie kommunale Handlungsspielräume und Investitionsmöglichkeiten. Sofern die Rückforderung im Einzelfall auf den Gesamtbetrag der Vergütung gerichtet ist, ohne die häusliche Ersparnis abzuziehen, muss die Gemeinde zudem die Aufrechnung mit Gegenansprüchen prüfen, insbesondere der von den Personensorgeberechtigten nach § 17 I 1 BbgKitaG selbst zu tragenden häuslichen Ersparnis.

IV. Stellungnahme

Zwar ist mit dem OVG davon auszugehen, dass der Erstattungsanspruch für selbstbeschaffte Leistungen der Jugendhilfe gem. § 36 a III SGB VIII nicht herangezogen werden kann, um eine Kommune als Trägerin einer Kindertageseinrichtung zur Rückzahlung eines Essengeldanteils verpflichtet zu lassen. Auch ist dem Urteil beizupflichten, dass die Personensorgeberechtigten mit der Anmeldung des Kindes zur Mittagsversorgung und der Vergütungszahlung an den freien Träger letztlich kein „objektiv fremdes Geschäft“ der Gemeinde erfüllt haben, sondern ein eigenes Geschäft tätigten. Von der elterlichen Fürsorge dürfte jedenfalls bei Vorschulkindern eine entsprechende Verpflichtung zur Absicherung der Mittagsversorgung umfasst sein. Sollte die Durchführung und Abrechnung der Mittagsverpflegung von betreuten Kindern ein „eigenes Geschäft“ der kommunalen Träger sein, hätte dieses Geschäft allenfalls der Caterer für die Gemeinde wahrgenommen⁴¹ – genau damit hatte die Gemeinde den Caterer aber durch Vertrag beauftragt.

1. Keine rechtswidrige Direktabrechnung zwischen Personensorgeberechtigten und Caterer

Das OVG *Berlin-Brandenburg* hat zwar das bestehende Vertragsverhältnis zwischen den Personensorgeberechtigten und dem externen Caterer erwähnt. Es bestehen aber Zweifel, dass es im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch daraus die richtigen Schlüsse gezogen hat. Die Geltung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs und seine Ausgestaltung entsprechend den Anspruchsvoraussetzungen des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs werden hier auch nicht infrage gestellt⁴². Es ist aber schon zweifelhaft, ob durch die Zahlung der Personensorgeberechtigten an den Caterer eine rechtswidrige Ersparnis auf Seiten der Kommune eingetreten ist.

Im Rechtsstreit hatten die Personensorgeberechtigten die Mittagsversorgung des Kindes bezahlt, weil der Caterer die Mittagsversorgung in der kommunalen Einrichtung tatsächlich angeboten und ihr Kind an der Mittagsverpflegung teilgenommen hat. Grundlage für Ansprüche auf Teilnahme an der

Mittagsverpflegung und deren Vergütung war der schuldrechtliche Vertrag zwischen den Personensorgeberechtigten und dem Caterer. Da eine „Direktabrechnung“ und derartige Verträge – wie beschrieben – im Bereich der Schulspeisung auch bei staatlichen Schulen in kommunaler Trägerschaft nicht unüblich sind, hätte es einer Auseinandersetzung bedurft, warum der von den Personensorgeberechtigten abgeschlossene Vertrag einerseits wirksam und mangelfrei sein soll und gleichzeitig Erstattungsansprüche gegenüber der Kommune bestehen sollen. Hier kommt hinzu, dass die Personensorgeberechtigten im Betreuungsvertrag über die Aufnahme des Kindes zugestimmt hatten, dass die Mittagsversorgung des Kindes „über Dritte“ sicherstellt und die Bestellung und die Abmeldung des Essens sowie die Begleichung durch die Personensorgeberechtigten unmittelbar mit dem Essenversorger abgewickelt werden sollte. Die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs trotz „Einverständnisses“ mit der Abrechnung gegenüber dem externen Caterer steht jedenfalls in einem Spannungsverhältnis zu dem bundes- und landesrechtlich bestehenden Spielraum bei der Ausgestaltung der bedarfsgerechten Mittagsversorgung. Dem hält das OVG *Berlin-Brandenburg* die apodiktische Begründung entgegen, dass der Träger der Kindertagesstätte, wenn er sich zur Essenversorgung eines Dritten bedient, rechtlich zur Abrechnung des Zuschusses gegenüber den Personensorgeberechtigten und nur in Höhe der ersparten Aufwendungen verpflichtet bleibe.

In § 17 I BbgKitaG kann man jedoch ein so formuliertes „Verbot der Direktabrechnung des Essengeldes“ gegenüber dem Caterer noch nicht verankern, weil nach dem Wortlaut dieses Absatzes lediglich die Personensorgeberechtigten verpflichtet werden, einen Zuschuss zur Versorgung des Kindes mit Mittagessen (legaldefiniert als Essengeld) in Höhe der durchschnittlich ersparten Eigenaufwendungen neben den Beiträgen zu den Betriebskosten der Einrichtungen (legaldefiniert als Elternbeiträge) zu entrichten haben. Voraussetzung für ein solches Verlangen des Einrichtungsträgers ist allerdings, dass ihm selbst überhaupt Betriebskosten für die Mittagsverpflegung entstanden sind⁴³. Der tragende Entscheidungsgrund des OVG *Berlin-Brandenburg* trifft auf den Sachverhalt also nicht zu, weil die Gemeinde die Entstehung von eigenen (essengeldfähigen) Betriebskosten dadurch vermieden hat, dass der Caterer die Mittagsverpflegung gegenüber den Personensorgeberechtigten direkt abrechnet.

Auch § 17 III 1 BbgKitaG bildet keine Stütze für ein „Verbot der Direktabrechnung des Essengeldes“, denn danach sind die Einrichtungsträger nur verpflichtet, Elternbeiträge festzulegen und zu erheben. Für die davon begrifflich zu unterscheidenden Essengelder gilt die Erhebungspflicht dem Wortlaut nach

41 Vgl. zum Dreiecksverhältnis bei Einschaltung eines Erschließungsunternehmens in die Aufgabe der kommunalen Erschließung *BVerwG*, Urt. v. 1. 12. 2010 – 9 C 8/09, *BVerwGE* 138, 244 = juris, Rn. 55.

42 Vgl. *BVerwG*, LKV 2001, 367 (368) = *BVerwGE* 112, 351.

43 Vgl. *Diskowski/Wilms* (o.FuBn. 11), § 17 BbgKitaG, Anm. 2.1 zum Grundsatz der Kostenbeteiligung an Betriebskosten der Einrichtung.

nicht⁴⁴. Zuletzt kann auch § 17 III 3 BbgKitaG nicht für ein „Verbot der Direktabrechnung“ herangezogen werden, wonach Gemeinden als Träger der Einrichtungen die Elternbeiträge und das Essengeld durch Satzung festlegen und als Gebühren erheben können. Machen sie von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch, weil Mittagsversorgung eben direkt zwischen den Personensorgeberechtigten und dem Caterer abgerechnet wird, fehlt es gleichwohl an einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot der Direktabrechnung. Die danach unvollständige Interpretation des landesrechtlichen § 17 Bbg-KitaG kann nach § 137 I VwGO vom *BVerwG* freilich nicht mehr überprüft werden.

2. Vorrang der Leistungskondition

Schließlich kann auch eine fehlerhafte Anwendung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs nicht mehr mit der Revision gerügt werden, weil dieser nicht bundes- sondern landesrechtlicher Natur ist. Ob der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch als Grundsatz des Bundesrechts oder als ein solcher des Landesrechts anzusehen ist, bestimmt das *BVerwG* nach der Qualität des Rechts, zu dessen Ergänzung der allgemeine Grundsatz herangezogen wird⁴⁵. Demnach würde der Erstattungsanspruch der Personensorgeberechtigten den landesrechtlichen Charakter des in § 17 I BbgKitaG geregelten Elternbeitrags- und Essengeldanspruchs der Einrichtungsträger teilen.

Dessen ungeachtet erscheint die Anwendung des Erstattungsanspruchs im Urteil des *OVG Berlin-Brandenburg* ungewöhnlich, weil die Leistungsabgrenzung zwar vorgenommen (Zahlung an Caterer), aber übergangen wird, dass hier nur eine sog. Aufwendungskondition gegen die Kommune im Raum steht. Die Anwendung der Konditionsgrundsätze ist zwar grundsätzlich bedenkenfrei, wenn Aufwendungen aus dem Vermögen der Personensorgeberechtigten (für die Mittagsversorgung durch den externen Caterer) einem anderen (Vermeidung eigener Betriebskosten bei der Kommune) zugerechnet⁴⁶. Wegen des „Vorrangs der Leistungskondition“ bedarf es aber zusätzlicher bereicherungsrechtlicher Überlegungen, bevor bei Fortbestehen der Vertragsbeziehungen der Personensorgeberechtigten auch zum externen Caterer ein Herausgabe- oder Erstattungsanspruch gegen die Kommune eingreifen kann. Anders als in den sog. Selbstvornahmefällen⁴⁷ kommt den Personensorgeberechtigten bei der Inanspruchnahme und Direktvergütung der Mittagsverpflegung des externen Caterers nicht zugute, dass sie damit das Vermögen der Kommune bewusst und zielgerichtet mehren und der Kindertageseinrichtung Aufwendungen ersparen wollen – in erster Linie sollten die Kinder die Mittagsverpflegung verzehren. Nach den Feststellungen des *VG* und des *OVG* im Tatbestand ihrer Urteile haben die Personensorgeberechtigten auch zu keinem Zeitpunkt die Kommune aufgefordert oder als verpflichtet bezeichnet, die Mittagsversorgung für das in der kommunalen Einrichtung betreute Kind selbst zu erbringen.

Das *OVG Berlin-Brandenburg* überstrapaziert den Versorgungsauftrag zu einer Selbstversorgungspflicht des Einrich-

tungsträgers, die weder bundes- noch landesgesetzlich geregelt ist. Deshalb behelfen sich die Entscheidungsgründe mit der unbelegten Mutmaßung, dass die Personensorgeberechtigten mit ihren eigenen Zahlungen an den Mittagsversorger – wenn diese höher ausfiele als die häusliche Ersparnis – stets den Träger der Kindertageseinrichtung von einer vermeintlichen Rechtspflicht gegenüber dem Caterer entlasten wollten. Angesichts der vom *OVG* nicht angezweifelte Verträge bleiben jedenfalls Zweifel zurück, ob diese Lösung tragfähiger ist als die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag für die Gemeinde, wie sie das *VG* annahm.

V. Fazit

Das Urteil des *OVG Berlin-Brandenburg* vom 13. 9. 2016 stellt nur ein vorläufiges Zwischenergebnis in der Auseinandersetzung über die Finanzierung der Mittagsversorgung dar. Die Auslegung des landesrechtlichen § 17 I BbgKitaG durch das *OVG Berlin-Brandenburg* erscheint nicht konsistent, was besonders bedauerlich ist, weil zahlreiche Folgeverfahren die Gemeinden und Gerichte auf Jahre beschäftigen werden.

Für die kommunalen Träger von Kindertageseinrichtungen ist dies alles andere als erfreulich. Die Rückabwicklung und Rückzahlung erheblicher Summen, die den Kommunen und Trägern letztlich doch wieder nur beim Ausbau der Betreuungsangebote fehlt, lassen jedenfalls eine gesetzgeberische Korrektur nicht unvernünftig erscheinen. Immerhin werden bereits bundesweit verbindliche Qualitätsmaßstäbe zur Absicherung der Qualität und Finanzierung der Mittagsversorgung gefordert⁴⁸. Auch im parlamentarischen Raum ist man auf die notwendige Fortentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Elternbeiträge bei der Kindertagesbetreuung aufmerksam geworden⁴⁹.

44 Auf die „nicht einheitlichen“ Folgen bei der Erhebung weist auch *Baum* hin, MBSJ-Handreichung Elternbeiträge (veröffentlicht am 13. 6. 2016 unter: <http://www.mbjs.brandenburg.de/sixcms/media.php/5527/Handreichung%20Elternbeitraege.pdf>), S. 20.

45 *BVerwG*, vgl. Beschl. v. 21. 8. 2008 – 8 B 27/08, juris, Rn. 8; für – landesrechtliche – Erstattungsansprüche zwischen Kommunalorganen: *BVerwG*, Beschl. v. 2. 6. 2014 – 8 B 98/13, juris, Rn. 11.

46 Vgl. *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 812, Rn. 145.

47 Vgl. *BGHZ* 97, 231 (234); 106, 142.

48 Vgl. Fragen und Antworten der Bertelsmann-Stiftung: „Is(s)t Kita gut?“ – siehe https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Themen/Aktuelle_Meldungen/2014/06_Juni/Zu_viel_Fleisch/Fragenkatalog_KiTa-Verpflegung_in_Deutschland.pdf.

49 Vgl. Beschluss des Landtages Brandenburg v. 29. 4. 2016, LT-Dr 6/3998-B.