

Rechtsgutachten

**im Auftrag des Ministeriums für Bildung, Jugend und
Sport des Landes Brandenburg**

in Ergänzung der Handreichung für die örtlichen Träger der
öffentlichen Jugendhilfe in Brandenburg zur Erteilung des
Einvernehmens gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG

erstellt von

*Dr. Christoph Baum
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Berlin*

A. Auftrag und Vorbemerkung

Ausgangspunkt für das vorliegende Rechtsgutachten sind die im Land Brandenburg zu beobachtenden Unterschiede bei der Ausgestaltung von Elternbeitragssatzungen bzw. Elternbeitragsordnungen für Einrichtungen der Kindertagesbetreuung. Das Gutachten soll ausloten, wie die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der ihnen gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG obliegenden Erteilung des Einvernehmens

1. den Höchstbeitrag
2. den Mindestbeitrag
3. die dazwischenliegende Staffelung und
4. Zu- und Abschläge bei differenzierten zeitlichen Inanspruchnahmen

zu bewerten haben.

Zu diesem Zweck soll das Gutachten die in § 17 Abs. 2 KitaG aufgeführten (Staffelungs-) Kriterien

- Sozialverträglichkeit,
- Elterneinkommen,
- Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder und
- vereinbarter Betreuungsumfang

konkretisieren. Insoweit kann sich das vorliegende Gutachten auf die vom Verfasser im Auftrag des Ministeriums für Bildung, Jugend und Sport des Landes Brandenburg angefertigten Stellungnahmen „Grundsätze der Höhe und Staffelung der Elternbeiträge gemäß § 17 KitaG“¹ sowie „Empfehlungen zur Ausgestaltung von Elternbeiträgen für Einrichtungen der Kindertagesbetreuung im Land Brandenburg gemäß § 17 KitaG“ stützen.

¹ Abgedruckt bei Diskowski/Wilms, a. a. O., unter 15.04.

Schließlich soll sich das Gutachten zu verschiedenen verwaltungsverfahrensrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Erteilung des Einvernehmens befassen, insbesondere mit dessen Rechtsnatur, der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen und den Möglichkeiten einer Aufhebung.

Die rechtliche Stellungnahme soll unter Beachtung des Umstandes erfolgen, dass das Jugendamt des Landkreises bzw. der kreisfreien Stadt die Satzungshoheit kreisangehöriger Kommunen, die Preisgestaltungsfreiheit freier Träger sowie die Organisationsfreiheit beider Trägergruppen weitestmöglich zu wahren hat. In der Tat ergibt sich diese Einschränkung schon aus dem geltenden Recht in Gestalt des § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG, der die Prüfungsbefugnis der örtlichen Träger der Jugendhilfe ausdrücklich auf *die Grundsätze* der Höhe und Staffelung der Elternbeiträge zurücknimmt. Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass innerhalb dieses Spannungsverhältnisses zwischen Jugendamt und Einrichtungsträgern angesichts der begrifflichen Weite der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 17 Abs. 2 KitaG konkrete Handlungsempfehlungen für die Erteilung des Einvernehmens nur äußerst schwer zu entwickeln sind. Da die Gesetzesmaterialien zum KitaG zu den hier interessierenden Fragen schweigen und die vorliegende Rechtsprechung, wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, immer wieder die erheblichen Spielräume der Einrichtungsträger hervorhebt, sind verbindliche Vorgaben mit den Mitteln juristischer Methodik kaum begründbar. Das bestehende gesetzliche System der Finanzierung von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung durch Elternbeiträge wie es derzeit § 17 Abs. 2 und 3 KitaG ausformt, verfolgt keinen strikten Regulierungsansatz, sondern überlässt die Ausgestaltung weitgehend den Akteuren vor Ort, mithin den kommunalen und freien Trägern. Ausdruck hierfür ist gerade die im Vergleich zu anderen Bundesländern relativ schwache Stellung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bei der Einvernehmensherstellung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG. Innerhalb dieses gesetzlichen Systems bilden konkrete Handlungsanweisungen, sofern sie sich aus dem Gesetz überhaupt herleiten lassen, einen Fremdkörper. Diese Erkenntnis wird sich vorliegend insofern auswirken, als die ebenfalls erbetenen Formulierungsvorschläge für rechtliche Regelungen nur sehr eingeschränkt erfolgen können.

B. Gutachten

Im Folgenden sollen zunächst die Staffelungskriterien des § 17 Abs. 2 KitaG so weit als möglich konkretisiert werden. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gelegt, der in Ermangelung belastbarer Aussagen zu den dort verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen in den Gesetzesmaterialien zum KitaG zentrale Bedeutung zukommt.

I. Elterneinkommen – Staffelungsstufen – Staffelungsverlauf

Die *Festlegung des Einkommensbegriffs* ist eine zentrale Weichenstellung, denn je mehr Einkünfte nach der Satzung/Beitragsordnung als Einkommen i. S. v. § 17 Abs. 2 KitaG zu berücksichtigen sind, desto größer ist tendenziell die Beitragslast der Personensorgeberechtigten. Das KitaG definiert den Begriff „Elterneinkommen“ nicht näher. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung für das Land Brandenburg ist aber mittlerweile geklärt, dass der Einrichtungsträger einen äußerst weiten Spielraum bei der Ausgestaltung des Einkommensbegriffs hat². In Anlehnung an die Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* zu § 90 SGB VIII ist nach Auffassung des *Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg* auch für den Anwendungsbereich von § 17 Abs. 2 KitaG davon auszugehen, dass der Satzungsgeber Einkommensaspekte nur vergrößernd und nicht mit steuerrechtlicher Genauigkeit berücksichtigen muss³. Der gewählte Einkommensbegriff muss danach lediglich *im Grundsatz* dazu geeignet sein, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beitragspflichtigen zu erfassen. Zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung und zügigen Feststellung der Beitragshöhe darf der Einrichtungsträger aber in ganz erheblichem Umfang typisieren und vergrößern. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ferner geklärt, dass der dem Existenzminimum des Kindes entsprechende Betrag bei der Erhebung von Elternbeiträgen nicht wie im Steuerrecht freigestellt werden muss⁴.

² Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, Rn. 20; ebenso schon zuvor *VG Potsdam*, Urt. v. 4. 5. 2017 – 10 K 2485/13, S. 7 f. UA, n. v.; *VG Cottbus*, Urt. v. 11. 1. 2013 – 5 K 777/09, juris, Rn. 19; *VG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 6. 10. 2008 – 6 K 1602/04, juris, Rn. 22; für das dortige Landesrecht *OVG NRW*, Beschl. v. 19. 12. 2014 – 12 A 1906/14, juris, Rn. 12 ff.; *ThürOVG*, Urt. v. 19. 7. 2006 – 3 N 582/02, juris, Rn. 93.

³ *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, Rn. 20, unter Hinweis auf *BVerwG*, Beschl. v. 13. 4. 1994 – 8 NB 4.93, juris, Rn. 8 f.

⁴ Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 10. 9. 1999 – 11 BN 2.99, juris, Rn. 4.

Das *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* hat es auf dieser Grundlage sogar unbeanstandet gelassen, dass eine Satzung an das Jahresbruttoeinkommen der Beitragsschuldner anknüpfte, ohne dabei zu berücksichtigen, dass Selbständige ihre Vorsorgeaufwendungen vollständig selbst zu tragen haben, während bei Angestellten der Arbeitgeber die Sozialabgaben etwa zur Hälfte trägt⁵. Zwar begründet das Oberverwaltungsgericht dieses Ergebnis damit, dass die von ihm zu beurteilende Satzung eine relativ grobe Staffelung mit Schritten von jeweils 10.000 Euro Jahreseinkommen aufwies (entspricht nach Berechnung des Gerichts ungefähr 833 Euro monatlich), sodass sich die Unterschiede zwischen Selbständigen und Angestellten in der Praxis nur selten auswirke. Auch wenn folglich bei einer engeren Einkommensstaffelung möglicherweise mit einer anderen Entscheidung zu rechnen ist, belegt diese Rechtsprechung doch den großzügigen Prüfungsmaßstab, den das Oberverwaltungsgericht § 17 Abs. 2 KitaG entnimmt.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang zudem ein nicht veröffentlichtes Urteil des *Verwaltungsgerichts Potsdam* vom 4. 5. 2017 (VG 10 K 2485/13). Gegenstand dieses Urteils war ein Bescheid eines örtlichen Jugendhilfeträgers, mit dem dieser die Erteilung des Einvernehmens zu einer kommunalen Elternbeitragsatzung abgelehnt hatte. Zwischen den Beteiligten war im Wesentlichen streitig, ob der örtliche Jugendhilfeträger dem Träger einer Kindertagesstätte im Rahmen von § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG vorschreiben darf, wie dieser den Mindestbeitrag in seiner Satzung ausgestalte. Das Verwaltungsgericht hat darin den Versuch gesehen, dem Einrichtungsträger den sozialhilferechtlichen Einkommensbegriff aufzudrängen. Dies verkenne indes, dass der Satzungsgeber aus Praktikabilitätsgründen den Einkommensbegriff an den Erfordernissen der Typisierung und Pauschalierung ausrichten dürfe, die für eine effiziente Verwaltungstätigkeit notwendig seien. Der beklagte örtliche Jugendhilfeträger habe damit seinen ihm von § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG eingeräumten Prüfungsspielraum („*Grundsätze* der Höhe und Staffelung“) überschritten. Das Gericht hat ihn daher zur Erteilung des Einvernehmens verpflichtet. Auch dieses Urteil verdeutlicht, wie zurückhaltend nach Auffassung der Verwaltungsgerichte die in den Satzungen/Beitragsordnungen festgelegten Einkommensbegriffe – sowohl von der Rechtsprechung als auch von den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe – zu prüfen sind.

⁵ Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, Rn. 22; anders in der Vorinstanz noch das *VG Potsdam* – 10 K 1702/11, n. v.

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt⁶, ist damit prinzipiell die gesamte Bandbreite der in der Praxis gängigen Einkommensbegriffe – vom stark vergrößernden reinen Bruttoeinkommensbegriff bis zum steuerrechtlicher Genauigkeit nahekommenden Nettoeinkommensbegriff – von § 17 Abs. 2 KitaG gedeckt. In der Auslegung durch die Verwaltungsgerichte entzieht sich der unbestimmte Rechtsbegriff „Elterneinkommen“ für sich genommen mithin nahezu jeder Konkretisierung. Wenn nach Auffassung des *Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg*, wie gesehen, sogar ein Bruttoeinkommensbegriff, der nicht einmal die offenkundigen Unterschiede zwischen Selbständigen und abhängig Beschäftigten hinsichtlich der Sozialabgaben berücksichtigt, nicht als solches zu beanstanden ist, erscheint eine Überschreitung des Gestaltungsspielraums der Einrichtungsträger bei der Wahl des Einkommensbegriffs kaum noch denkbar. Rechtlich problematisch kann der gewählte Einkommensbegriff dann allenfalls im Zusammenspiel mit der konkreten Ausgestaltung der Staffelung in der Satzung/Beitragsordnung werden. Ein grobmaschiger Einkommensbegriff mag demnach isoliert betrachtet unbedenklich sein, in Kombination mit einer engmaschigen Einkommensstaffelung aber Art. 3 Abs. 1 in Gestalt des Gebotes der Abgabengerechtigkeit verletzen⁷.

Ein ähnlich großzügiger Prüfungsmaßstab wie beim Einkommensbegriff zeichnet sich hinsichtlich der *Zahl der Staffelungsstufen* ab. Auch insofern gibt weder das SGB VIII noch das KitaG eine Grenze nach oben oder nach unten vor. Nachdem die Rechtsprechung immer wieder betont, dass die Erhebung von Elternbeiträgen für die Kindertagesbetreuung im Bereich der staatlichen Leistungsgewährung stattfindet und daher ein besonders weiter Spielraum für Verwaltungsvereinfachungen besteht, ist aber auch an dieser Stelle nicht mit strengen Vorgaben im Interesse einer möglichst hohen Belastungsgerechtigkeit zu rechnen. Die Grenze des Spielraums der Einrichtungsträger lässt sich nur schwer ausmachen. Das *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* hat zuletzt in aller Deutlichkeit zu verstehen gegeben, dass die Befugnis zu Typisierung und Pauschalierung auch auf der Hand liegende „Ungerechtigkeiten“ rechtfertigen kann⁸. Mit Blick auf die Rechtsentwicklung in Nordrhein-Westfalen spricht viel dafür, dass sechs (Jahres-)Einkommensstufen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG und den Grundsatz der Abgabengerechtigkeit noch hinnehmbar sind. Das *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* hat diese Regelung jedenfalls als rechtmäßig

⁶ *Baum*, Grundsätze der Höhe und Staffelung der Elternbeiträge gemäß § 17 KitaG, abgedruckt bei Diskowski/Wilms, a. a. O., unter 15.04.

⁷ Vgl. *ThürOVG*, Urt. v. 19. 7. 2016 – 3 N 582/02, juris, Rn. 99, unter Hinweis auf *OVG NRW*, Urt. v. 13. 6. 1994, juris, Rn. 13.

⁸ Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 A 15.15, juris, Rn. 48; Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, Rn. 22.

angesehen⁹. Dass im Brandenburgischen Landesrecht ein strengerer Maßstab gelten könnte, ist nicht erkennbar. Die Praxis im Land Brandenburg zeigt allerdings, dass die meisten Satzung/Beitragsordnungen ohnehin mit mehr als sechs Einkommensstufen arbeiten.

Eng mit der Frage nach der Zahl der Einkommensstufen verknüpft ist die Frage nach dem *Verlauf der Staffelung*. Auch hierzu enthalten sich das SGB VIII und das KitaG jeder Aussage. Als Prüfungsmaßstab dürfte indes allein das Gebot der Sozialverträglichkeit gemäß § 17 Abs. 2 KitaG in Betracht kommen¹⁰. Denn der Verlauf der Staffelung ist mitentscheidend dafür, welcher prozentuale Anteil des verfügbaren Einkommens für die Kosten der Kindertagesbetreuung aufgewandt werden muss. Bei einer linearen Staffelung wird dieser Anteil über alle Einkommensgruppen hinweg konstant gehalten. § 17 Abs. 2 KitaG zwingt indes nicht zu einer derartigen Ausgestaltung. Ebenso zulässig sind auch degressive oder progressive Staffelungen, also Regelungen in Satzungen/Beitragsordnungen, durch die die unteren bzw. die oberen Einkommensgruppen tendenziell stärker mit Elternbeiträgen belastet werden¹¹. Es ist eine autonome Entscheidung der Träger der Kindertagesstätten, wie sie den Verlauf der Staffelung ausgestalten, zumal diese Entscheidung oftmals vor dem Hintergrund erfolgen muss, welche Einkommensgruppen in der Elternschaft überhaupt vertreten sind. Für Einrichtungen in strukturschwachen Gegenden wird etwa eine progressive Staffelung wirtschaftlich in der Regel wenig Sinn ergeben. Gerade bei kommunalen Trägern kann wiederum der politische Wunsch nach Gleichbehandlung aller Eltern zu einer linearen Staffelung führen. Derartige Erwägungen sind nicht Gegenstand der Prüfung im Rahmen der Erteilung des Einvernehmens nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG.

Mit Rücksicht auf die Sozialverträglichkeit bleibt aber zu prüfen, wie hoch die Beitragsbelastung bezogen auf das maßgebliche Elterneinkommen ausfällt. Als problematisch kann sich dabei zum einen erweisen, wenn der prozentuale Anteil, den die Angehörigen einer bestimmten Einkommensgruppe für Elternbeiträge aufwenden müssen, unverhältnismäßig groß ist. Bei einer degressiven Staffelung betrifft das naturgemäß

⁹ Vgl. OVG NRW, Urt. v. 13. 6. 1994 – 16 A 2645/93, juris, Rn. 10 ff., die einzelnen Stufen betragen jeweils 24.000 DM; bestätigt von OVG NRW, Beschl. v. 9. 7. 2012 – 12 A 778/12, juris, 28 ff.; ferner *Diskowski/Wilms*, a. a. O., § 16 KitaG, Erl. 3.3., die mit Rücksicht auf das Gebot der Sozialverträglichkeit sechs bis acht Staffelungsstufen für erforderlich halten.

¹⁰ Vgl. zuletzt etwa OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 A 15.15, juris, Rn. 46ff.

¹¹ Die Sozialverträglichkeit einer progressiven Staffelung ausdrücklich bejahend OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 25. 10. 2013 – 6 N 94.12, S. 5f. EA, n. v.; ebenso *Diskowski/Wilms*, a. a. O., § 16 KitaG, Erl. 3.3. Ferner für das dortige Landesrecht *HessVGH*, Beschl. v. 14. 12. 1994 – 5 N 1980/93, NVwZ 1995, 406, sowie für § 90 SGB VIII *Stähr*, a. a. O., Rn. 11.

tendenziell eher die unseren Einkommensgruppen, bei einer progressiven Staffelung eher die oberen Einkommensgruppen, insbesondere wenn die Staffelung sehr steil ansteigt, also der Höchstbeitrag bereits bei einem als durchschnittlich anzusehenden Einkommen fällig wird. Eine absolute Grenze für die gerade noch sozialverträglich wirtschaftliche Belastung lässt sich allerdings kaum angeben, zumal diese auch von der Zahl der aktuell in einer Kindertagesstätte betreuten Kinder ein und derselben Familie abhängt.

II. Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder

Indem § 17 Abs. 2 KitaG die Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder zum Staffelungskriterium macht, zielt das Gesetz darauf ab, die finanziellen Belastungen zu berücksichtigen, die die Unterhaltspflicht für (weitere) Kinder mit sich bringt¹². Eine höhere Kinderzahl muss nach § 17 Abs. 2 KitaG mithin tendenziell zu einer wirtschaftlichen Entlastung im Hinblick auf die Elternbeiträge führen. Die Staffelung nach der Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder dient bei Lichte besehen dazu, die *Vergleichbarkeit* der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Familien mit unterschiedlicher Zahl von Kindern zu gewährleisten¹³. Insofern kann man dieses Kriterium als spezielle Ausprägung des Gebots der Sozialverträglichkeit verstehen.

Der Einrichtungsträger kann autonom darüber entscheiden, wie er das gesetzlich gewollte Ergebnis herbeiführt, solange nur eine Beitragsentlastung ab dem zweiten und für jedes weitere unterhaltspflichtige Kind erreicht wird. Das Spektrum der Gestaltungsmöglichkeiten reicht von prozentualen Reduzierungen des errechneten Elternbeitrags über die Einräumung von Freibeträgen für jedes unterhaltsberechtigten Kind im Rahmen der Einkommensermittlung bis hin zur Einführung von degressiven Staffelungsstufen ab dem zweiten Kind. Auch Kombinationen dieser Instrumente sind denkbar¹⁴. Das *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* hat zuletzt klargestellt, dass der „Geschwister-Rabatt“ *für jedes einzelne Kind* eingreifen muss. Dem genügt eine Staffelung nicht, die nur zwischen „einem“ und „mehreren“ Kindern unterscheidet¹⁵.

Zur Höhe der nach § 17 Abs. 2 KitaG gebotenen Entlastung von Familien mit mehreren Kindern liegen dagegen noch keine Entscheidungen vor. Es erscheint auch zweifelhaft, ob

¹² Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, Rn. 17.

¹³ Vgl. *ThürOVG*, Urt. v. 19. 7. 2006 – 3 N 582/02, juris, Rn. 55, für das insoweit vergleichbare dortige Landesrecht.

¹⁴ Vgl. *VG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 6. 10. 2008 – 6 K 1602/04, juris, Rn. 22, für eine Kombination von Freibetrag und prozentualer Beitragsreduzierung; ferner *Diskowski/Wilms*, a. a. O., § 16 KitaG, Erl. 3.12.

¹⁵ Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, Rn. 17.

sich dazu verallgemeinerungsfähige Aussagen treffen lassen. Am deutlichsten hat sich hierzu das *Thüringer Oberverwaltungsgericht* in einem Normenkontrollverfahren gegen eine kommunale Elternbeitragsatzung geäußert¹⁶. Die Satzung regelte den „Geschwister-Rabatt“, vereinfacht gesagt, durch einen Freibetrag von 150 Euro im Rahmen der Einkommensermittlung. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Regelung u. a. deshalb für rechtswidrig erachtet, weil dieser Freibetrag „nicht einmal vergrößernd der durch ein Kind bedingten zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung eines Familienhaushalts“ Rechnung trage. Als Orientierungspunkt für die Höhe dieser Belastung hatte das Gericht das vom Bundesverfassungsgericht ermittelte Existenzminimum eines Kindes herangezogen, das zum damaligen Zeitpunkt bereits weit über 150 Euro lag. Die Erwägungen des Thüringer Oberverwaltungsgerichts betreffen indes von vornherein nur Fälle, in denen der Satzungsgeber sich für eine Berücksichtigung der Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder *ausschließlich* durch die Gewährung von Freibeträgen entschieden hat. Bei einer solchen eng am Einkommen anknüpfenden Lösung erscheint es in der Tat konsequent, den Satzungsgeber daran zu messen, ob er umgekehrt das Existenzminimum des Kindes wenigstens vergrößernd gegengerechnet hat. Das Thüringer Oberverwaltungsgericht hat in einem späteren Urteil zu der überarbeiteten Satzung derselben Kommune klargestellt, dass es nur eine mehrerer Möglichkeiten sei, so zu verfahren und auch ein geringerer Freibetrag ausreichend sein könne¹⁷.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vorgeschriebene Staffelung nach der Zahl der unterhaltspflichtigen Kinder in erster Linie die Zielvorgabe des Gesetzgebers enthält, die Vergleichbarkeit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Familien mit unterschiedlich vielen Kindern im Geltungsbereich ein und derselben Satzung/Beitragsordnung herzustellen. Die für die Einvernehmenserteilung maßgeblichen Grundsätze der Staffelung i. S. v. § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG sind gewahrt, wenn die Beitragsbelastung pro *betreutem* Kind mit jedem hinzukommenden *unterhaltspflichtigen* Kind tendenziell sinkt. Aus § 17 Abs. 2 KitaG lässt sich indes nicht herleiten, in welchem Umfang die Beitragslast ab dem zweiten und jedem weiteren Kind mindestens sinken muss. Dies dürfte eine Frage der Sozialverträglichkeit sein. Es spricht einiges dafür, dass insofern die wirtschaftliche Belastung durch das Hinzukommen eines Kindes – also zumindest sein sozialhilferechtliches Existenzminimum – und die von der Staffelung real bewirkte Entlastung gegenübergestellt werden können. Diese Gegenüberstellung führt zwar nicht zu trennscharfen Ergebnissen, kann aber gleichsam als Kontrollüberlegung dienen. Sieht etwa eine Satzung/Beitragsordnung für einzelne Kinder

¹⁶ Vgl. *ThürOVG*, Ur. v. 19. Juli 2006 – 3 N 582/02, juris, Rn.57ff.

¹⁷ Vgl. *ThürOVG*, Ur. v. 11. 4. 2013 – 3 N 292/09, juris, Rn. 57.

eine Beitragsermäßigung von lediglich 5 Euro vor¹⁸, ist das Missverhältnis zur wirtschaftlichen Belastung der Eltern für diese Kinder offensichtlich und der Verstoß gegen das Gebot der Sozialverträglichkeit greifbar. Wo die Grenze zwischen dem offensichtlichen Missverhältnis und der noch hinzunehmenden Vergrößerung verläuft, lässt sich nicht abstrakt angeben.

III. Vereinbarter Betreuungsumfang

Das Staffelungskriterium des vereinbarten Betreuungsumfangs gemäß § 17 Abs. 2 KitaG knüpft an die Betreuungszeitstufen aus § 10 Abs. 1 Satz 2 KitaG an. Demnach muss die Staffelung zumindest differenzieren nach Betreuungsplätzen im Rahmen der Mindestbetreuungszeit und solchen mit verlängerter Betreuungszeit. Eine noch genauere Differenzierung innerhalb der verlängerten Betreuungszeit ist zulässig, aber nicht zwingend¹⁹.

Die Regelung des § 17 Abs. 2 KitaG berücksichtigt die mit dem Betreuungsumfang ansteigenden Sach- und Personalkosten des Einrichtungsträgers. Man wird dem Einrichtungsträger auch insoweit einen gewissen Spielraum für Pauschalierungen zugestehen müssen. Alles andere erscheint angesichts der Tatsache, dass Elternbeiträge, anders als Benutzungsgebühren i. S. v. § 6 KAG, ohnehin nicht nach dem Kostendeckungsprinzip zu kalkulieren sind, kaum vertretbar. Die Staffelung muss dabei aber noch einen Bezug zu den realen Kostensteigerungen wahren.

Ob § 17 Abs. 2 KitaG auch Kostentragungsregelungen in Beitragsordnungen/Satzungen für den Fall umfasst, dass die vereinbarte Betreuungszeit von den Eltern bzw. Sorgeberechtigten mehr als nur geringfügig überschritten wird, erscheint zweifelhaft. Denn dabei handelt es sich ja gerade nicht um den „vereinbarten“ Betreuungsumfang. Derartige Regelungen dürften aber auch unabhängig von § 17 Abs. 2 KitaG grundsätzlich zulässig sein. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der erhöhte Kostenbeitrag – etwa bei verspäteter Abholung des Kindes, insbesondere über die Öffnungszeiten der Einrichtung hinaus – kalkulatorisch wenigstens ungefähr mit einer Steigerung der Betriebskosten begründbar ist²⁰. Als Instrument zur Disziplinierung der Eltern („Strafzuschlag“) taugen Kostenbeiträge nicht.

¹⁸ So in dem Sachverhalt, der dem Urteil des *OVG Berlin-Brandenburg* vom 6. 10. 2017 – 6 B 1.16, juris, zugrunde lag, dort in Rn. 23 bedauerlicherweise offen gelassen.

¹⁹ So auch *Diskowski/Wilms*, a. a. O., zu § 17 KitaG, Anm. 2.14.

²⁰ Vgl. *SächsOVG*, Urt. v. 21. 3. 2013 – 1 C 15/12, juris, Rn. 181

IV. Das Gebot der Sozialverträglichkeit

Das in § 17 Abs. 2 KitaG verankerte Gebot, Elternbeiträge sozialverträglich zu gestalten, geht über die bundesrechtliche Regelung des § 90 Abs. 1 SGB VIII hinaus und engt den Spielraum des Einrichtungsträgers bei der Festlegung und Erhebung von Elternbeiträgen ein. Das *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* hat den Gehalt des Gebotes der Sozialverträglichkeit jüngst wie folgt zusammengefasst:

„Sinn und Zweck des Gebots der sozialverträglichen Beitragsgestaltung in § 17 Abs. 2 KitaG ist es zu gewährleisten, dass sich auch Geringverdiener eine Tagesbetreuung für ihre Kinder aus dem Einkommen leisten können.“²¹

Nach diesem Verständnis wäre davon auszugehen, dass allein die Elternbeiträge für die Bezieher geringer Einkommen am Maßstab der Sozialverträglichkeit zu messen sind. Ob das Oberverwaltungsgericht tatsächlich eine derart enge Lesart des § 17 Abs. 2 KitaG vertritt, ist ungewiss. Überzeugend wäre eine solche Sichtweise allerdings nicht, denn es spricht viel dafür, dass das Gebot der Sozialverträglichkeit auch Eltern mit mittleren oder hohen Einkommen vor einer übermäßigen Belastung mit Kosten für die Tagesbetreuung ihrer Kinder schützt.

1. Sozialverträglichkeit und Ausgestaltung von Elternbeitragsstaffelungen

Im Übrigen hat das Gebot der Sozialverträglichkeit im Hinblick auf die Ausgestaltung von Elternbeitragssatzungen in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bisher kaum Konturen erlangt. Da alle Staffelungskriterien des § 17 Abs. 2 KitaG die Höhe des geschuldeten Elternbeitrags und damit die Bezahlbarkeit des Betreuungsplatzes beeinflussen, wird man festhalten können, dass das Gebot der Sozialverträglichkeit prinzipiell für jedes einzelne der Kriterien relevant ist. Das gesetzliche Ziel einer sozialverträglichen Ausgestaltung muss allerdings *im Ergebnis*, d. h. im Zusammenwirken der Staffelungskriterien, erreicht werden. Eine isolierte Beurteilung einzelner Festlegungen einer Satzung/Beitragsordnung am Maßstab der Sozialverträglichkeit verbietet sich damit.

Soweit ersichtlich, hat die Sozialverträglichkeit in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang allein hinsichtlich der Staffelung nach dem Elterneinkommen eine

²¹ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 A 15.15, juris, Rn. 49, unter Hinweis auf OVG Frankfurt (Oder), Urt. v. 4. 8. 1998 – 2 D 35/97.NE, juris, Rn. 49;.

Rolle gespielt. In der älteren Rechtsprechung wurde etwa gefordert, bereits bei der Gestaltung der Elternbeiträge dafür Sorge zu tragen, dass für die untersten Einkommensgruppen keine unzumutbaren Belastungen entstehen²². Eine Staffelung, die dazu führe, dass die Beitragslast von Beziehern geringer Einkommen erst durch eine nachträgliche Übernahme der Elternbeiträge gemäß § 90 Abs. 3 SGB VIII durch den örtlichen Jugendhilfeträger auf ein sozialverträgliches Maß reduziert werde, verstoße gegen § 17 Abs. 2 KitaG. Ob sich hieraus tatsächlich ein „hartes“ Kriterium für die Rechtmäßigkeit einer Beitragsstaffelung ergibt, erscheint indes zweifelhaft. Darauf wird an anderer Stelle vertieft zurückzukommen sein.

In der eingangs zitierten Entscheidung hat sich das *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* mit der Berücksichtigung des Kindergeldes als Elterneinkommen zu befassen gehabt und darin keine Verletzung des Gebots der Sozialverträglichkeit gemäß § 17 Abs. 2 KitaG erkannt²³. Bemerkenswert ist das insofern, als die zugrunde liegende Satzung hierdurch aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Einkommensstaffelung niedrigere und mittlere Einkommen stärker belastete als höhere. Das Oberverwaltungsgericht hat die Einwände gegen diesen Effekt u. a. mit dem Hinweis zurückgewiesen, dass die vergrößernde und pauschalierende Betrachtung, die der Satzung zulässigerweise zugrunde liege, im Einzelfall stets zu „Ungerechtigkeiten“ führen könne. Diese Überlegung lässt darauf schließen, dass das Oberverwaltungsgericht das Gebot der Sozialverträglichkeit aus § 17 Abs. 2 KitaG nicht als das rechtliche Instrument dafür ansieht, Belastungsunterschiede innerhalb des Gesamtgefüges einer Satzung/Beitragsordnung zu beurteilen.

2. Sozialverträglichkeit und Vollzug von Elternbeitragssatzungen

Greifbaren Gehalt hat das Gebot der Sozialverträglichkeit eher in den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gewonnen, die sich mit dem Vollzug von Elternbeitragssatzungen, also mit der Festsetzung in Beitragsbescheiden befassen haben.

So hat das *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* wiederholt klargestellt, dass eine am Einkommen orientierte Staffelung nur dann sozialverträglich ist, wenn sie sich an der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientiert. Bei der Berechnung der Elternbeiträge sei daher nur das tatsächlich verfügbare Haushaltseinkommen und keine

²² Vgl. *OVG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 4. 8. 1998 – 2 D 35/97.NE, juris, Rn. 49.

²³ *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 A 15.15, juris, Rn. 45ff.

fiktive wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zugrunde zu legen²⁴. Danach darf das Einkommen eines vom Kind getrennt lebenden Elternteils, das dem Haushalt nicht zugute kommt, nicht beitragerhöhend berücksichtigt werden. Das gilt unabhängig davon, ob der getrennt lebende Elternteil sorgerechtsberechtigt ist oder nicht.

Die Rechtswidrigkeit der Elternbeitragsbescheide in den entschiedenen Fällen beruhte nach alldem nicht auf einer fehlerhaften Ausgestaltung der Beitragsstaffelung. Vielmehr hatte der betroffene kommunale Träger beim Vollzug seiner Satzung, insbesondere bei der Auslegung des Einkommensbegriffs, das Gebot der Sozialverträglichkeit verkannt. Derartige Anwendungsfehler im Einzelfall zu verhindern, ist nicht die Aufgabe des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der Einvernehmensherstellung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG. Die Korrektur einer rechtswidrigen Verwaltungspraxis muss vielmehr im Widerspruchs- und ggf. im Klageverfahren erfolgen.

C. Folgerungen

Im Folgenden soll ausgelotet werden, ob und inwiefern die im vorangegangenen Abschnitt dargelegte Konkretisierung der Staffelungskriterien des § 17 Abs. 2 KitaG es gestattet, systemkonforme und praktikable Handlungsmaßstäbe für die Erteilung des Einvernehmens nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG zu formulieren.

I. Steuerungsmöglichkeiten bei der Festlegung des Mindestbeitrags

Im Regelfall setzt die eigentliche Beitragsstaffelung in Beitragsordnungen/Satzungen im Land Brandenburg erst bei einer höheren Einkommensstufe ein, während für die darunter liegenden Einkommensgruppe(n) gar kein Elternbeitrag vorgesehen ist oder lediglich ein deutlich abgesenkter Mindestbeitrag. Je nach Einzugsgebiet der Kindertagesstätte ist davon u. U. ein erheblicher Teil der Beitragsschuldner betroffen. Die örtlichen Träger der Jugendhilfe haben im Rahmen der Einvernehmenserteilung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG indes nur eng begrenzte Befugnisse, auf die Festlegung eines solchen Mindestbeitrags einzuwirken. Das gilt sowohl für die Festlegung des Mindestbeitrags der Höhe nach als auch

²⁴ Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 15. 4. 2014 – 6 S 18.14, juris, Rn. 4; Beschl. v. 12. 5. 2015 – 6 S 7.15, juris, Rn. 3 ff.

für die Bestimmung der Einkommensgrenze, bis zu der für den Besuch der Kindertagesstätte lediglich dieser Mindestbeitrag geschuldet wird.

1. Bundesrechtliche Strukturprinzipien aus § 90 SGB VIII

Das Bundesrecht kennt keine Rechtspflicht, die Staffelung in Gestalt eines Mindestbeitrags nach unten zu begrenzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i. V. m. Satz 2 SGB VIII es ohne weiteres zu, dass bestimmte Einkommensgruppen gar keine oder gemessen am Einkommen nur sehr niedrige Beiträge entrichten müssen²⁵. Demzufolge liefert diese Regelung auch keine Maßstäbe für die Ausgestaltung eines Mindestbeitrags. Auf der anderen Seite steht das Bundesrecht der Festlegung eines Mindestbeitrags auch nicht entgegen. Dafür spricht § 90 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII i. V. m. § 92a SGB XII, wonach von Personensorgeberechtigten, deren Einkommen unterhalb der sozialhilferechtlichen Einkommensgrenze nach §§ 85 ff. SGB XII liegt, ein Kostenbeitrag bis zur Höhe der häuslichen Ersparnis, die mit dem Besuch einer Kindertagesstätte einhergeht, verlangt werden kann²⁶. Diese Ersparnis betrifft vor allem die Kosten von Speisen und Getränken, Spiel- und Beschäftigungsmaterial, das zu Hause nicht vorgehalten werden muss, sowie elektrische Energie²⁷.

Gleichwohl ist das Bundesrecht im Hinblick auf die Ausgestaltung von Gesetzes- oder Satzungsbestimmungen zu Mindestbeiträgen nicht indifferent. § 90 SGB VIII enthält strukturelle Vorgaben, die sowohl die Landesgesetzgeber als auch die Ortsgesetzgeber bei der Festlegung von Elternbeiträgen binden. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anderer Bundesländer zählt dazu die Vorgabe, dass das Landesrecht, sofern es die Beiträge vom Einkommen der Eltern abhängig macht, einen generalisierenden und typisierenden Maßstab anzuwenden hat. Eine Beitragsregelung, die die Eltern allgemein einer Prüfung der zumutbaren Belastung nach sozialhilferechtlichen Kriterien unterzieht, ist danach mit Bundesrecht nicht vereinbar²⁸. Dahinter steht eine gesetzessystematische Erwägung. Denn auf der einen Seite ermächtigt § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i. V. m. Satz 2 SGB VIII die örtlichen Jugendhilfeträger ausdrücklich zur Festlegung *pauschalierter* gestaffelter Beiträge und will damit aufwändige Berechnungen zu den wirtschaftlichen

²⁵ Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 14. 5. 2004 – 5 B 24/04, juris, Rn. 7.

²⁶ Vgl. hierzu *OVG Bremen*, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 2 D 106/13, juris, Rn. 83 ff.; Urt. v. 23. 1. 2013 – 2 A 288/10, juris, Rn. 50 ff.; ferner *OVG Berlin*, Urteil vom 23. Mai 1996 – 6 B 6.95, juris, Rn. 22; *OVG Bremen*, Urteil vom 21. April 1998 – 1 N 1/97, juris, Rn. 42

²⁷ Vgl. *OVG Berlin*, Urteil vom 23. Mai 1996 – 6 B 6.95, juris, Rn. 22. Das *OVG Bremen* hat in einem Urt. v. 22. 10. 2014 – 2 D 106/13, juris, Rn. 83 ff., die häusliche Ersparnis bei einem Betreuungsumfang von sechs Stunden auf 0,26 € pro Tag bzw. 5,01 € pro Monat geschätzt.

²⁸ Vgl. *OVG Bremen*, Urt. v. 6. 6. 1997 – 1 N 5/96, NVwZ-RR 1999, S. 64, 66 f.; *ThürOVG*, Urt. v. 19. 7. 2006 – 3 N 582/02, juris, Rn. 83 ff.

Verhältnissen der Beitragsschuldner gerade vermeiden. Das unterscheidet die Kostenbeteiligung nach § 90 SGB VIII von den Kostenbeiträgen gemäß §§ 91 ff. SGB VIII²⁹. Auf der anderen Seite sieht § 90 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 SGB VIII eine individuelle Zumutbarkeitsprüfung nach sozialhilferechtlichen Kriterien, die aufgrund der umfassenden Nachweispflichten der Betroffenen typischerweise mit hohem Verwaltungsaufwand verbunden ist, erst im Zusammenhang mit dem nachgelagerten Erlass bzw. der Übernahme von Elternbeiträgen in sog. Härtefällen vor. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat daraus gefolgert, dass die Ebene der Festlegung der Beiträge gemäß § 90 Abs. 1 SGB VIII nach dem Willen des Bundesgesetzgebers nicht mit derartigen Prüfungserfordernissen überfrachtet werden darf.

Diese bundesrechtlichen Erwägungen dürften auf das Brandenburgische Landesrecht übertragbar sein. Insofern spricht Überwiegendes dafür, dass die örtlichen Jugendhilfeträger bei der Erteilung des Einvernehmens gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG bereits kraft Bundesrechts daran gehindert sind, auf eine Ausgestaltung des Mindestbeitrags hinzuwirken, die den Einrichtungsträger dazu zwingen würde, das Einkommen der Beitragsschuldner in den untersten Einkommensgruppen nicht lediglich pauschal, sondern detailliert anhand sozialhilferechtlicher Kriterien zu bestimmen³⁰.

2. Landesrechtliche Vorgaben aus dem Gebot der Sozialverträglichkeit nach § 17 Abs. 2 KitaG?

Das Brandenburgische Landesrecht in Gestalt von § 17 KitaG fügt dem Bundesrecht im Hinblick auf den Mindestbeitrag unmittelbar nichts hinzu. Allenfalls könnten sich aus dem Gebot der Sozialverträglichkeit der Beitragsstaffelung gemäß § 17 Abs. 2 KitaG weitergehende Anforderungen ergeben. In der bisherigen Rechtsprechung ist dieses Tatbestandsmerkmal dahingehend jedoch noch weitgehend konturlos geblieben.

Nach Ansicht des früheren *Oberverwaltungsgericht Brandenburg* soll Sozialverträglichkeit u. a. bedeuten, dass dem Sozialstaatsgebot bereits bei der Beitragsgestaltung und nicht erst – wie nach § 90 Abs. 3 SGB VIII – bei einer eventuellen Übernahme unzumutbarer Elternbeiträge durch den örtlichen Jugendhilfeträger Rechnung getragen wird. Der

²⁹ S. a. *Schindler*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 7. Aufl., 2013, § 90, Rn. 10.

³⁰ In diese Richtung auch *VG Potsdam*, Urt. 4. 5. 2017 – 10 K 2485/13, S. 7 f. UA, n. v.

Satzungsgeber müsse deshalb bei der Beitragsgestaltung für die unteren Einkommensgruppen insbesondere eine Einkommensermittlung vorsehen, die möglichst weitgehend die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit berücksichtige³¹. Das Gericht hat hiervon ausgehend bemängelt, dass die verfahrensgegenständliche Satzung bestimmte Abzugspositionen nicht berücksichtige (Einkommenssteuer und Vorsorgeaufwendungen bei selbständiger Tätigkeit bzw. Werbungskosten bei nichtselbständiger Tätigkeit) und daher die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei den unteren Einkommensgruppen nicht mit der erforderlichen Genauigkeit festgestellt werde. Im Mittelpunkt stand also nicht die Höhe des jeweiligen Elternbeitrags für die unteren Einkommensgruppen, sondern der nach Einschätzung des Gerichts zu stark vergrößernde Einkommensbegriff der Satzung. Welche Bedeutung das landesrechtliche Gebot der Sozialverträglichkeit für die Ausgestaltung des Mindestbeitrags hat, beantwortet das Urteil mithin nicht³².

Das *Verwaltungsgericht Potsdam* ist jüngst insbesondere der Einschätzung entgegengetreten, aus der genannten Rechtsprechung des früheren *Oberverwaltungsgerichts Brandenburg* sei zu folgern, dass sozialverträgliche Elternbeiträge nur dann gegeben seien, wenn (fast) keine Fälle der Unzumutbarkeit nach § 90 Abs. 3 SGB VIII entstünden³³. Das würde dem Satzungsgeber der sozialhilferechtliche Einkommensbegriff aufdrängen und § 90 Abs. 3 SGB VIII mit der danach gebotenen Einstandspflicht des örtlichen Jugendhilfeträgers obsolet machen. In der Tat ist bei der Interpretation der obergerichtlichen Rechtsprechung insoweit Zurückhaltung geboten. Darüber hinaus ist anzumerken, dass eine solche Sichtweise auch den weiter oben dargelegten bundesrechtlichen Strukturprinzipien des § 90 SGB VIII widerspräche, wonach die individualisierende Zumutbarkeitsprüfung gerade nicht auf die Ebene der Festlegung der Elternbeiträge vorverlagert werden soll. Richtigerweise ist den Zumutbarkeitskriterien nach § 90 Abs. 4 und 4 SGB VIII keine unmittelbare, sondern nur eine indizielle Bedeutung beizumessen³⁴.

Soweit ersichtlich, hat sich bislang allein das *Oberverwaltungsgericht Bremen* zur Bemessung des Mindestbeitrags in einer Elternbeitragssatzung geäußert³⁵. Es hat dabei für unzulässig erachtet, wenn ganze Einkommensgruppen und die für sie vorgeschriebenen Beiträge keine praktische Bedeutung hätten, sondern quasi fiktiv seien, weil sämtliche

³¹ Vgl. *OVG Brandenburg*, Urt. 4. 8. 1998 – 2 D 35/97.NE, juris, Rn. 49.

³² Insoweit etwas unscharf *Diskowski/Wilms*, zu § 17 KitaG, Anm. 2.5.

³³ *VG Potsdam*, Urt. 4. 5. 2017 – 10 K 2485/13, S. 8 f. UA, n. v.

³⁴ So auch *Stähr*, in: Hauck/Noftz, § 90, Rn. 11d.

³⁵ Vgl. *OVG Bremen*, Urt. v. 22. 10. 2014 – 2 D 106/13, juris, Rn. 56 ff., das insoweit wiederum mit einem bundesrechtlichen Strukturprinzip aus § 90 SGB VIII argumentiert.

betroffenen Beitragspflichtigen den Erlass des für sie geltenden Beitrags fordern könnten. Die Prüfung, ob die Beitragsstaffelung einen solchen Mangel aufweise, habe zunächst der Ortsgesetzgeber durchzuführen. Dabei könne er vergrößern und pauschalieren. Insbesondere könne er von der Annahme ausgehen, dass es unschädlich sei, wenn sich in einem Teil der Fälle ein geringfügiger Erlassbetrag ergebe. Überschreite der Beitrag für ganze Einkommensstufen aber das zumutbare Maß in einem Umfang, der es als wirtschaftlich unvernünftig erscheinen ließe, auf die Stellung eines Erlassantrags zu verzichten, werde dies der Funktion der nach § 90 Abs. 1 SGB VIII zu erlassenden Beitragsordnung nicht gerecht. Zur Bestimmung des „zumutbaren Maßes“ hat das Gericht auf die sozialhilferechtlichen Regelungen gemäß § 90 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII i. V. m. §§ 92 bis 85, 87, 88 und 92a SGB XII zurückgegriffen und ist für einen Betreuungsumfang von bis zu sechs Stunden zu einem monatlichen Betrag der häuslichen Ersparnis i. S. v. § 92a Abs. 1 Satz 1 SGB XII in Höhe von 5,01 Euro gelangt. Die Elternbeiträge für die untersten drei Einkommensgruppen in der dem Urteil zugrunde liegenden Satzung überstiegen diesen Wert um das Doppelte bis um das Sechsfache. Darin sah das Gericht eine Überschreitung des Pauschalierungsspielraums des Satzungsgebers.

Zwar erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ähnliche Erwägungen auch aus dem landesrechtlichen Gebot der Sozialverträglichkeit gemäß § 17 Abs. 2 KitaG hergeleitet werden können. Konkrete Anhaltspunkte dafür geben aber weder die Gesetzesmaterialien noch die bisher ergangene Rechtsprechung der brandenburgischen Verwaltungsgerichte. Ungewiss ist dabei zum einen, ob für Brandenburg ebenfalls von einer häuslichen Ersparnis i. S. v. § 92a Abs. 1 Satz 1 SGB XII in Höhe von 5,01 Euro auszugehen ist. Zweifel daran sind nicht zuletzt angesichts der deutlich höheren Werte anzumelden, die die AG 17 mit erheblichem methodischen Aufwand ermittelt hat³⁶. Zum anderen ist offen, in welchem Umfang der Satzungsgeber diese im Hinblick auf seine unbestrittene Befugnis zur Typisierung und Pauschalierung nur als Richtwerte anzusehenden Beträge zulässigerweise überschreiten dürfte.

3. Folgerungen für die Erteilung des Einvernehmens

Um zu einer stärkeren Vereinheitlichung der Ausgestaltung von Satzungen/Beitragsordnungen hinsichtlich der Mindestbeiträge zu gelangen, müssten nach alldem drei Parameter fixiert werden, und zwar

³⁶ S. dazu das Kompendium „Kita-Beiträge im Land Brandenburg“ der AG 17, S. 68 ff.

- der Einkommensbegriff,
- die Einkommensgrenze für den Mindestbeitrag und
- die absolute Höhe des Mindestbeitrags.

Die isolierte Festlegung eines konkreten Mindestbeitrags hinge rechtlich gleichsam „in der Luft“. Erst auf der Basis eines einheitlichen Einkommensbegriffs können Satzungen/Beitragsordnungen im Hinblick auf die wirtschaftliche Belastung der unteren Einkommensgruppen überhaupt sinnvoll miteinander verglichen werden. Die Einkommensgrenze für den Mindestbeitrag wiederum ist maßgeblich dafür, ob tatsächlich die gesamte Gruppe der nach dem konkreten Einkommensbegriff bedürftigen Beitragsschuldner in den Genuss des Mindestbeitrags kommt.

Schon daran wird deutlich, dass die Einvernehmenserteilung nach der aktuellen Gesetzeslage kein geeignetes Steuerungsinstrument ist. Insbesondere der Einkommensbegriff und die Ausgestaltung der Staffelung nach dem Elterneinkommen gemäß § 17 Abs. 2 KitaG, also auch und gerade die Festlegung der untersten Einkommensstufe, sind nach der Rechtsprechung angesichts der großzügig zu bemessenden Typisierungs- und Pauschalierungsbefugnis der Einrichtungsträger einer rechtlichen Prüfung weitgehend entzogen. Das muss umso mehr für die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe gelten, die gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG, anders als die Verwaltungsgerichte, von vornherein auf eine Prüfung *der Grundsätze* der Höhe und Staffelung beschränkt sind. Zugespitzt formuliert: Eine Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 17 Abs. 2 KitaG, die schon den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, können die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe erst recht nicht leisten.

Die angestrebte Vereinheitlichung (oder wenigstens Annäherung) der Mindestbeiträge würde voraussetzen, dass der Landesgesetzgeber selbst die eingangs aufgeführten Eckpunkte festlegt. Eine solche Festlegung wäre allerdings völlig losgelöst von der Einvernehmensherstellung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG und würde einen Systemwechsel auf Gesetzesebene bedeuten, weg von der Einräumung autonomer Gestaltungsspielräume hin zu stärkerer Regulierung. Ob und inwieweit ein solcher Systemwechsel umgesetzt werden kann, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Der Vollständigkeit wegen ist an dieser Stelle dennoch anzumerken, dass eine mögliche landesgesetzliche Regelung u. U. in Konflikt mit der kommunalen Haushaltshoheit als Bestandteil der

Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 97 Abs. 1 LV geraten könnte. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn einzelne kommunale Träger den bisher von ihnen festgelegten Mindestbeitrag senken müssten und dies nicht durch eine anderweitige Umgestaltung ihrer Elternbeitragssatzung kompensieren können. In strukturschwachen Gemeinden, in denen die Mehrzahl der Eltern geringe Einkommen erzielen, erscheint das nicht ausgeschlossen. Darüber hinaus könnte sich mittelbar auch eine ausgleichspflichtige Mehrbelastung i. S. d. strikten Konnexitätsprinzips aus Art. 97 Abs. 3 Satz 3 LV ergeben, wenn nämlich freie Träger den bisher von ihnen festgelegten Mindestbeitrag reduzieren müssten und sich im Gegenzug die Zuschusspflichten der Standortgemeinde nach § 16 Abs. 3 Satz 2 KitaG erhöhen.

II. Steuerungsmöglichkeiten bei der Festlegung des Höchstbeitrages

1. Ausgangssituation

Zweifelsfrei muss eine nach dem Einkommen gestaffelte Elternbeitragssatzung einen Höchstbeitrag ausweisen. Darauf deutet bereits der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 KitaG hin, wonach Elternbeiträge Beiträge zu den *Betriebskosten der Einrichtungen* sind. Durch die Anknüpfung an die Betriebskosten wird deutlich, dass diese auch eine begrenzende Funktion haben³⁷. Unabhängig davon folgt das Erfordernis eines Höchstbeitrages aus dem bundesrechtlichen Grundsatz der Abgabengerechtigkeit als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzip, das im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurzelt. Danach darf eine Gebühr nicht in grobem Missverhältnis zur erbrachten Leistung stehen. In der Rechtsprechung hat sich insofern die Formel herausgebildet, dass der höchste Elternbeitrag nicht die anteilig auf einen Betreuungsplatz entfallenden rechnerischen Kosten des Einrichtungsträgers überschreiten darf³⁸.

Diesen Nachweis zu erbringen, ist die primäre Aufgabe der vom Einrichtungsträger zu erstellenden Beitragskalkulation. Im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Satz 1 KitaG sind für die Zwecke der Kalkulation die Gesamtbetriebskosten der Einrichtung und auf dieser Basis sodann die beitragsfähigen Kosten zu ermitteln. Soweit die Kosten bereits durch institutionelle Förderung der öffentlichen Jugendhilfe gedeckt sind, kommt eine Umlage auf

³⁷ In diesem Sinne auch *Diskowski/Wilms*, a. a. O., zu § 17 KitaG, Anm. 2.4.

³⁸ Vgl. jeweils für das dortige Landesrecht *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 29. 9. 2015 – 4 LB 149/13, juris, Rn. 67; *OVG NRW*, Urt. v. 9. 7. 2013 – 12 A 1530/12, juris, Rn. 49; ferner *BVerfG*, Beschl. v. 10. 3. 1998, 1 BvR 178/97, juris, Rn. 69; *BVerwG*, Beschl. v. 15. 3. 1995 – 8 NB 1/95, NVwZ 1995, 790, 791.

die Beitragsschuldner nicht in Betracht³⁹. Beitragsfähig sind demnach die durchschnittlichen Platzkosten abzüglich der Personalkostenzuschüsse des örtlichen Jugendhilfeträgers gemäß § 16 Abs. 2 KitaG⁴⁰. Staffelt der Einrichtungsträger nach Alter der Kinder (Krippe, Kita, Hort), sind für jede Altersgruppe getrennte Höchstbeiträge zu kalkulieren. Bei den solchermaßen ermittelten Höchstbeiträgen handelt es sich zunächst um rein rechnerische Größen. Dem KitaG ist keine Pflicht des Einrichtungsträgers zu entnehmen, den jeweils errechneten Höchstbeitrag in unverminderter Höhe in die Satzung/Beitragsordnung zu übernehmen.

Im Hinblick auf die Sozialverträglichkeit der Staffelung gemäß § 17 Abs. 2 KitaG ist des weiteren die Frage in den Blick zu nehmen, in welcher Einkommensgruppe der Höchstbeitrag fällig wird. Denn diese Festlegung des Einrichtungsträgers bestimmt maßgeblich darüber, welcher prozentuale Anteil des Haushaltseinkommens für die Kindertagesbetreuung aufgewendet werden muss. Das gilt insbesondere für linear ausgestaltete Staffelungen.

2. Folgerungen für die Erteilung des Einvernehmens

Nach dem bisher Gesagten ist zunächst festzuhalten, dass die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der Erteilung des Einvernehmens nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG nicht effektiv auf eine Vereinheitlichung der Höchstbeiträge in ihrem Zuständigkeitsbereich hinwirken können. Da die Einrichtungsträger gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 KitaG auf der Grundlage der Betriebskosten *ihrer konkreten Einrichtung(en)* kalkulieren müssen, sind unterschiedliche Höchstbeiträge unvermeidbar. Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe darf die Erteilung des Einvernehmens nicht an die Forderung knüpfen, der Einrichtungsträger müsse abweichend von seiner Kalkulation einen höheren oder niedrigeren als den dort errechneten Höchstbeitrag festlegen. Ersteres würde den Träger zu einem Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 KitaG und das Äquivalenzprinzip zwingen, letzteres würde zu Einnahmeausfällen führen, die weder mit der Autonomie der freien Träger noch mit der als Aspekt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 97 Abs. 1 LV verbürgten Haushaltshoheit kommunaler Träger vereinbar wäre. Den Landkreisen und kreisfreien Städten steht es frei, aus sozialpolitischen Gründen zusätzliche Mittel zu verwenden, um einzelnen Einrichtungsträgern eine

³⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25. 4. 1997 – 5 C 6.96, juris, Rn. 11.

⁴⁰ Vgl. Diskowski/Wilms, a. a. O., § 16 KitaG, Erl. 3.6.; ferner das Kompendium „Kita-Beiträge im Land Brandenburg“ der AG 17, S. 90f., mit zutreffendem Hinweis auf die ebenfalls fehlende Beitragsfähigkeit von Kosten für Sonderprogramme, die aus Mitteln des Bundes oder des Landes finanziert werden.

Reduzierung überdurchschnittlich hoher Höchstbeiträge zu ermöglichen und damit für ein – mehr oder weniger – einheitliches Niveau am oberen Ende der Staffeln in seinem Zuständigkeitsbereich zu sorgen⁴¹. Eine entsprechende Rechtspflicht gibt es nicht. Würde der Landesgesetzgeber sie einführen, müsste er die hierdurch entstehenden Mehraufwendungen der örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach den Regeln des strikten Konnexitätsprinzips gemäß Art. 97 Abs. 3 LV ausgleichen. Denn nach der Rechtsprechung des *Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg* stellt die Erhöhung von Zahlungsverpflichtungen der örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe gegenüber den Einrichtungsträgern eine konnexitätsrelevante Erhöhung kostenträchtiger Standards einer bestehenden kommunalen Aufgabe dar⁴².

Darüber hinaus erscheint durchaus zweifelhaft, ob es selbst bei unterstellt identischen Höchstbeiträgen im Zuständigkeitsbereich eines örtlichen Jugendhilfeträgers gelingen könnte, durch eine abstrakt-generell formulierte Vorgabe des Gesetzgebers für die Einvernehmenserteilung zu einer gleichen oder auch nur vergleichbaren Belastung der privaten Haushalte mit Elternbeiträgen zu gelangen. Sofern eine Satzung/Beitragsordnung bereits für mittlere Einkommensgruppen die Erhebung des Höchstbeitrages regelt, kann das zwar je nach dessen absoluter Höhe ein Indiz für eine nicht mehr sozialverträgliche Ausgestaltung der Staffelung sein. Sinnvoll zu vergleichen sind insoweit allerdings nur Satzungen/Beitragsordnungen, die *denselben Einkommensbegriff* verwenden. Selbst Unterschiede im Detail – etwa hinsichtlich der steuerlichen Absetzmöglichkeiten – können hier erhebliche Auswirkungen haben. Solange der Landesgesetzgeber keinen einheitlichen Einkommensbegriff regelt, fehlt eine Grundvoraussetzung, um im Rahmen von § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG zumindest im Hinblick auf die Höchstbeiträge auf eine geringere Spreizung hinzuwirken. Es kommt noch hinzu, dass, wie bereits mehrfach betont, die Beitragsstaffelung stets als Ganzes betrachtet werden muss, die Ausgestaltung der einzelnen Staffelungskriterien also nicht isoliert beurteilt werden darf. Ein überdurchschnittlich hoher Höchstbeitrag kann indes ohne weiteres durch einen überdurchschnittlich großzügigen Geschwisterrabatt kompensiert werden. Angesichts der Vielzahl zulässiger Gestaltungsmöglichkeiten für die Staffelungskriterien und ihres komplexen Zusammenwirkens ist eine im Verwaltungsvollzug praktikable Steuerung durch Gesetz oder Verordnung kaum denkbar.

⁴¹ In diese Richtung *BayVGH*, Urt. v. 22. 7. 2016 – 12 BV 15.719, juris, Rn. 52 a. E.

⁴² Vgl. *VerfGBbg*, Urt. v. 30. April 2013 – VfGBbg 49/11, juris, Rn. 85.

Die rechtsdogmatischen Schwierigkeiten beim Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie „mittleres Einkommen“ lassen sich exemplarisch an der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Bremen nachvollziehen. Dieses hatte in einer älteren Entscheidung⁴³ Folgendes ausgeführt:

„Es ist das erklärte Ziel der Rechtsordnung, eine Sonderung der Kinder ‚nach Besitzverhältnissen der Eltern‘ entgegenzuwirken (vgl. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Eine Beitragsstaffelung, nach der die Beiträge ab einem bestimmten Einkommen in ihrer absoluten Höhe zu einem realen Kostenfaktor werden, kann aber zu einer solchen Sonderung beitragen (‚soziale Entmischung‘). Elternbeiträge, die schon für die Grundförderung im Kindergarten, d. h. für den Halbtagsbesuch ohne Verpflegung, den Betrag des staatlichen Kindergeldes deutlich übersteigen, bedürfen deshalb einer besonderen Rechtfertigung.“

Die angefochtene Beitragsordnung, deren Differenzierung sich in einem vergleichsweise engen Einkommensrahmen bewegt, sieht vor, dass bereits im Bereich von Durchschnittseinkommen Elternbeiträge in beträchtlicher Höhe zu entrichten sind. Nach Berechnung der Antragsgegnerin (...) sind die Höchstbeiträge (...) von einer vierköpfigen Familie (2 Eltern, 2 Kinder) ab einem (nach §§ 76 bis 78 BSHG ermittelten) Familieneinkommen von 5.400 DM zu zahlen. Ein solches Einkommen liegt als Familieneinkommen noch im mittleren Bereich. Die Beitragsordnung gerät damit in einen Bereich, der nach vorstehendem Maßstab rechtliche Bedenken erweckt.“

Diese Erwägungen sind insofern von Interesse, als man Ähnliches durchaus auch aus dem Grundsatz der Sozialverträglichkeit gemäß § 17 Abs. 2 KitaG herleiten könnte und mit der Gegenüberstellung von „mittlerem“ bzw. „Durchschnittseinkommen“ einerseits und Höhe des Kindergeldes andererseits ein – scheinbar – rechnerisch präzises Prüfungskriterium geschaffen wird.

Das *Oberverwaltungsgericht Bremen* sah sich jedoch in einer späteren Entscheidung⁴⁴ dazu gezwungen, seine Ausführungen spürbar zu relativieren:

⁴³ OVG Bremen, Urt. v. 6. 6. 1997 – 1 N 5/96, NVwZ-RR 1999, 64, 69.

⁴⁴ OVG Bremen, Urt. v. 22. 10. 2014 – 2 D 106/13, juris, Rn. 92.

„Das Oberverwaltungsgericht hat es als problematisch angesehen, wenn bei einem Familieneinkommen im mittleren Bereich der Höchstbeitrag verlangt wird und wenn Elternbeiträge schon für die Grundförderung im Kindergarten den Betrag des staatlichen Kindergeldes deutlich übersteigen. Insoweit handelt es sich nicht um trennscharfe Anforderungen, die eine Unterscheidung zwischen einer rechtmäßigen und einer rechtswidrigen Beitragshöhe ermöglichen. Vielmehr handelt es sich um Anhaltspunkte für eine erhebliche Belastung, die eine erhöhte Kontrolldichte zur Folge haben können. Dem Ortsgesetzgeber ist aber nicht von vornherein verwehrt, Beiträge so festzusetzen. Das ergibt sich aus der Unschärfe des Begriffs ‚mittleres Einkommen‘ und der immer vorhandenen Möglichkeit, einen Höchstbeitrag dadurch zu einem mittleren zu machen, dass für andere Einkommensgruppen noch höhere Beiträge gefordert werden (...)“.

(Hervorhebung hinzugefügt)

Im Klartext ist das die Absage an eine Steuerung durch die abstrakte Beschreibung einer bestimmten Einkommensgruppe und deren wirtschaftliche Belastung. Ungeachtet der Besonderheiten des Landesrechts hätten die Rechtsanwender in Brandenburg mit derselben „Unschärfe“ zu kämpfen. Da in der Praxis der Einvernehmenserteilung besser zu handhabende Begriffe nicht ersichtlich sind, wären Auseinandersetzungen zwischen örtlichen Jugendhilfeträgern und Einrichtungsträgern über das genaue Normverständnis vorprogrammiert. Soweit das Oberverwaltungsgericht Bremen eine erhöhte Kontrolldichte anspricht, ist dem allerdings zuzustimmen. Der Unterzeichner hat bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass eine vertiefte Prüfung der Beitragskalkulation nur angezeigt ist, wenn im Einzelfall Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Höchstbeitrags bestehen⁴⁵. Derartige Zweifel können sich sowohl aus der absoluten Höhe des Höchstbeitrags gemessen an dem Elterneinkommen in der obersten Einkommensgruppe ergeben, als auch bei einem zu steilen Verlauf der Beitragsstaffelung nach dem Einkommen im Hinblick auf die mittleren Einkommensgruppen. Dabei wird es sich aber stets um eine einzelfallbezogene Entscheidung des örtlichen Jugendhilfeträgers handeln.

Eine praktikable landesrechtliche Regelung, die innerhalb des gegenwärtigen Systems der Einvernehmensherstellung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG zu dem gewünschten Ziel führt,

⁴⁵ Vgl. *Baum*, Grundsätze der Höhe und Staffelung der Elternbeiträge gemäß § 17 KitaG, abgedruckt bei *Diskowski/Wilms*, a. a. O., unter 15.04.

die Höchstbeiträge in den Satzungen/Beitragsordnungen stärker anzugleichen, ist nach alldem nicht ersichtlich.

III. Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich der zwischen Mindest- und Höchstbeitrag liegenden Staffelung

Die Schwierigkeiten für eine effektive Steuerung des Satzungsermessens der kommunalen Träger bzw. der Preisbildungsfreiheit der freien Träger im Rahmen der Einvernehmenserteilung kumulieren im Hinblick auf die zwischen den beiden Polen Mindest- und Höchstbeitrag liegende Staffelung.

Wie dargelegt, ist zunächst davon auszugehen, dass der Einrichtungsträger den Verlauf der Einkommensstaffelung linear, degressiv oder progressiv ausgestalten kann. Weiter steht hinsichtlich der Einkommensstufen allenfalls fest, dass deren Zahl sechs nicht unterschreiten darf, nicht aber, bei welchem Einkommen diese einsetzen und bei welchem Einkommen sie enden. Hinzu kommt, dass der Einrichtungsträger bei der Wahl des Einkommensbegriffs weitestgehend frei ist. Allein aus diesen Variablen lässt sich bereits eine solche Vielzahl unterschiedlicher Einkommensstaffelungen konstruieren, dass ein verallgemeinerungsfähiger, praktikabler Prüfungsmaßstab für die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen von § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG nicht zu formulieren ist. Dieser Effekt wird noch verstärkt, wenn die Staffelung nach der Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder durch die Gewährung von Freibeträgen unmittelbar am Einkommensbegriff der Satzung/Beitragsordnung ansetzt. Sehr ähnlich anmutende Staffelungen können bei Unterschieden im Einkommensbegriff für ein und dieselben Schuldner zu signifikant unterschiedlichen Ergebnissen führen, sehr unterschiedliche anmutende Staffelungen hingegen ganz ähnliche Ergebnisse erzielen, etwa weil bestimmte Härten bei der Staffelung nach dem Einkommen durch die Staffelung nach der Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder kompensiert werden.

Im Ergebnis muss man realistischlicherweise konstatieren, dass der örtliche Träger der Jugendhilfe die weiten Spielräume, die § 17 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 KitaG den Einrichtungsträgern gewähren, im Rahmen der Einvernehmensherstellung nicht einhegen kann. Auch in diesem Zusammenhang könnte wohl allenfalls ein Wechsel des Regulierungsansatzes auf der Gesetzesebene die gewünschten Vereinheitlichung bewirken. Dafür gibt es durchaus Vorbilder. Beispielhaft kann in diesem Zusammenhang auf das

nordrhein-westfälische Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder (GTK) aus dem Jahr 1991 verwiesen werden, das in Anlage zu § 17 Abs. 3 eine landesweit verbindliche Beitragsstaffelung regelte⁴⁶. Das Land Nordrhein-Westfalen hat diesen Ansatz inzwischen allerdings wieder aufgegeben.

⁴⁶ GVBl. NW 1991, S. 380.

C. Form und Verfahren der Erteilung des Einvernehmens

Den Abschluss des vorliegenden Gutachtens bilden im Folgenden die Ausführungen zur Handlungsform des Einvernehmens nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG sowie zu den Möglichkeiten, dieses mit Nebenbestimmungen zu versehen und aufzuheben.

I. Handlungsform und Regelungsgehalt

Nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG *ist* über die Grundsätze der Höhe und Staffelung der Elternbeiträge *Einvernehmen* mit dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe *herzustellen*. Die Erteilung des Einvernehmens ist folglich in formell-rechtlicher Hinsicht konstitutiv für die Wirksamkeit der Satzung/Beitragsordnung⁴⁷. In der Regel müssen kommunale Träger daher die Satzung vor einem Beschluss der Gemeindevertretung dem örtlichen Jugendhilfeträger zwecks Erteilung des Einvernehmens im Entwurf zuleiten. Freie Träger müssen die Erteilung des Einvernehmens abwarten, ehe sie die Beitragsordnung als neue Allgemeine Geschäftsbedingungen in die Betreuungsverträge einbeziehen.

Bei der Einvernehmenserteilung handelt es sich um eine *gebundene Entscheidung*. Der örtliche Jugendhilfeträger hat im Rahmen von § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG mit anderen Worten kein Ermessen: Gibt die zu beurteilende Satzung/Beitragsordnung hinsichtlich der Höhe und Staffelung der Elternbeiträge *im Grundsatz* keinen Anlass zu Beanstandungen, hat der Einrichtungsträger einen Anspruch auf die Erteilung des Einvernehmens⁴⁸. Die Erteilung des Einvernehmens beinhaltet die rechtlich verbindliche Feststellung des örtlichen Jugendhilfeträgers, dass der Einrichtungsträger in der Satzung/ Beitragsordnung Höhe und Staffelung der Elternbeiträge im Grundsatz rechtmäßig ausgestaltet hat. Diese Feststellung bezieht sich (nur) auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung des Einvernehmens und gilt vorbehaltlich einer Änderung der Sach- und Rechtslage dauerhaft.

Aufgrund ihrer konstitutiven Wirkung ist die Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens als Verwaltungsakt i. S. v. § 22 KitaG i. V. m. § 31 Satz 1 SGB X zu qualifizieren. Die Rechtslage ist insoweit vergleichbar mit der nach § 2 Abs. 2 Satz 1 KAG

⁴⁷ Vgl. insoweit zu den kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigungsvorbehalten *Brüning/Vogelgesang*, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl., 2009, Rn. 213 f.

⁴⁸ So nunmehr zutreffend *VG Potsdam*, Urt. v. 4. 5. 2017 – 10 K 2485/13, S. 5 UA, n. v.

erforderlichen Genehmigung des Ministeriums des Innern für kommunale Steuersatzungen⁴⁹. Aus der Einordnung als Verwaltungsakt folgt zunächst, dass der örtliche Jugendhilfeträger den Träger der Einrichtung jedenfalls dann, wenn er die Voraussetzungen für die Einvernehmenserteilung nicht als gegeben ansieht, vor der ablehnenden Entscheidung anzuhören hat (§ 24 Abs. 1 SGB X). Im Rahmen des Anhörungsverfahrens sind die Gründe für die beabsichtigte Entscheidung darzulegen; der Einrichtungsträger muss Gelegenheit zur Nachbesserung erhalten. Darüber hinaus muss ein ablehnender Bescheid mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen werden (§ 36 SGB X).

Statthafter Rechtsbehelf bei Versagung des Einvernehmens ist der Widerspruch und sodann – nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens – die Verpflichtungsklage zum Verwaltungsgericht. Sowohl der Widerspruch als auch die Klage gegen den ablehnenden Bescheid hat aufschiebende Wirkung, es sei denn, der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe ordnet die sofortige Vollziehung an, § 80 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO.

II. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen

Da unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 KitaG ein Anspruch auf die Erteilung des Einvernehmens besteht, richtet sich die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nicht nach § 32 Abs. 2 SGB X, sondern allein nach § 32 Abs. 1 SGB X⁵⁰. Die Möglichkeiten, das Einvernehmen mit Nebenbestimmungen zu verknüpfen, sind daher von vornherein begrenzt. Nach § 32 Abs. 1 SGB X kommt dies nur in Betracht, wenn (1.) die Nebenbestimmung durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder (2.) wenn sie sicherstellen soll, dass die Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Nachdem das KitaG keine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass von Nebenbestimmungen enthält, ist von vornherein nur die zweite Tatbestandsalternative des § 32 Abs. 1 SGB X von Belang (sog. Sicherstellungsalternative).

Hiernach erscheint es *de lege lata* überwiegend unwahrscheinlich, dass das Einvernehmen generell nur befristet oder unter dem Vorbehalt des Widerrufs erteilt werden darf, mit dem Ziel, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG zu einem späteren

⁴⁹ Hierzu vgl. *OVG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 16. 4. 2003 – 2 D 19/02.NE, juris, Rn. 42; ferner *Deppe*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/Schmidt, Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg, Loseblatt, Stand: Juni 2015, § 2, Rn. 166, und noch einmal *VG Potsdam*, Urt. v. 4 5. 2017 – 10 K 2485/13, S. 5 UA, n. v.

⁵⁰ So die h. M., s. etwa *Engelmann*, in: v. Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 32, Rn. 12; *Siewert/Waschull*, in: Diering/Timme, LPK SGB X, § 32, Rn. 27.

Zeitpunkt unabhängig von zwischenzeitlichen Satzungsänderungen erneut prüfen zu können. Denn § 32 Abs. 1, 2. Alternative SGB X soll der Behörde (nur) die Möglichkeit geben, einen Verwaltungsakt zu erlassen, obwohl noch nicht alle tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Für eine „Sicherstellung“ in dem Sinne, dass die Voraussetzungen der Einvernehmenserteilung auch *für die Rechtslage in der Zukunft* erfüllt werden, bietet i. S. v. § 32 Abs. 1, 2. Alternative SGB X mithin keine Grundlage. Allenfalls könnte der örtliche Jugendhilfeträger die Erteilung des Einvernehmens unter Berufung auf diese Regelung mit der Auflage oder Bedingung verknüpfen, innerhalb einer bestimmten Frist weitere Unterlagen einzureichen.

III. Rücknahme und Widerruf

Die Aufhebung des einmal bestandskräftig erteilten Einvernehmens richtet sich nach den allgemeinen Regelungen zu Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten gemäß (§ 22 KitaG i. V. m.) §§ 44 ff. SGB X. Da es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt handelt, sind insbesondere die Vorschriften der §§ 45, 47 SGB X in den Blick zu nehmen.

1. Rücknahme des rechtswidrig erteilten Einvernehmens

Die Rücknahme eines *rechtswidrig* erteilten Einvernehmens ist nur unter den Voraussetzungen von § 45 Abs. 1 und 2 SGB X zulässig. Dafür muss die Rechtswidrigkeit bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes bestanden haben⁵¹, hier also bei der Bekanntgabe der Entscheidung über das Einvernehmen. In einer solchen Konstellation kommt die Rücknahme in Betracht, soweit der Einrichtungsträger kein schutzwürdiges Vertrauen i. S. v. § 45 Abs. 2 SGB X genießt. Daraus dürften sich insbesondere Handlungsmöglichkeiten der örtlichen Jugendhilfeträger gegenüber kommunalen Trägern von Kindertagesstätten ergeben. Denn die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verwehrt Kommunen als an Recht und Gesetz gebundenen Hoheitsträgern bis auf wenige Ausnahmen im Rahmen der Parallelvorschriften in § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG die Berufung auf Vertrauensschutz gegen die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte⁵². Anders ist die Rechtslage nach der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* nur dann einzuschätzen, wenn sich dem jeweiligen Fachrecht entnehmen lässt, dass der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit oder Beständigkeit einmal getroffener Entscheidungen

⁵¹ Vgl. K. Lang/Waschull, LPK SGB X, 4. Aufl., 2016, § 45, Rn. 16; zur Parallelvorschrift in § 48 VwVfG siehe etwa BVerwG, Urt. v. 9. Mai 2012 – 6 C 3.11, NVwZ 2012, 1547, 1553.

⁵² So schon BVerwG, Urt. v. 20. 6. 1967 – V C 175.66, juris, Rn. 19; ferner BSG, Urt. v. 10. 8. 1988 – 10 RAr 2/86, juris, Rn. 21; ferner Merten, in: Hauck/Noftz, SGB X, Kommentar, Loseblatt; Lfg. 2/13, § 45, Rn. 45.

besonderes Gewicht zukommt⁵³. Darauf deutet für die Entscheidung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG nichts hin.

Differenzierter ist folgerichtig die Rechtslage hinsichtlich der Beitragsordnungen freier Träger von Kindertagesstätten zu beurteilen. Hier muss der örtliche Jugendhilfeträger den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Rahmen seiner Ermessensentscheidung nach Maßgabe von § 45 Abs. 2 und 4 SGB X berücksichtigen. Dieser entfällt nach § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X u. a. dann, wenn die Erteilung des Einvernehmens auf Angaben beruht, die der Einrichtungsträger vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. Ungeachtet der in § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X ausdrücklich geregelten Fälle bedarf es im Rahmen von § 45 SGB X einer umfassenden Abwägung zwischen dem Individualinteresse (des Trägers) an der Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Ausgangsentscheidung und dem öffentlichen Interesse an der Herstellung eines rechtskonformen Zustands. Das Ergebnis dieser Abwägung richtet sich stets nach den konkreten Umständen des Einzelfalls⁵⁴.

Die Entscheidungsfrist nach § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X ist in jedem Falle zu beachten.

Die Rechtswirkungen der Rücknahme hängen von der Ausgestaltung des Betreuungsverhältnisses ab. Ist dieses öffentlich-rechtlicher Natur, so verliert die kommunale Elternbeitragsatzung mit der Bestandskraft der Rücknahmeentscheidung ihre Wirksamkeit und kann nicht länger als Grundlage für den Erlass von Leistungsbescheiden dienen. Beruht die Inanspruchnahme der Einrichtung auf einem privatrechtlichen Vertrag, so bleiben bereits geschlossene Betreuungsverträge – einschließlich der Pflicht, die Elternbeiträge zu zahlen – ungeachtet der Rücknahme des Einvernehmens wirksam. Der örtliche Jugendhilfeträger hat durch die (bestandskräftige) Rücknahme allerdings die Voraussetzungen für eine Kürzung der Zuschüsse gemäß § 16 Abs. 1 Satz 4 KitaG geschaffen.

2. Widerruf des rechtmäßig erteilten Einvernehmens

Ein *rechtmäßig* erteiltes Einvernehmen kann gemäß § 47 Abs. 1 SGB X nur widerrufen werden, wenn der Widerruf (1.) durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist oder (2.) mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der

⁵³ Vgl. statt vieler *BVerwG*, Urt. v. 27. 4. 2006 – 3 C 23.05, juris, Rn. 25, für das Vermögenszuordnungsrecht nach dem VZOG.

⁵⁴ Vgl. zum Ganzen *Merten*, a. a. O., § 45, Rn. 43ff.

Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat. In Anbetracht des eng begrenzten rechtlichen Spielraums bei der Ergänzung des Einvernehmens durch Nebenbestimmungen gemäß § 32 Abs. 1 SGB X dürften die Voraussetzungen für einen Widerruf nur im Ausnahmefall gegeben sein.

Für die Aufhebung von Verwaltungsakten, die bei ihrem Erlass rechtmäßig waren, aufgrund einer Änderung der Sach- oder Rechtslage aber für die Zukunft nicht mehr unverändert fortgelten können, enthält § 48 SGB X eine spezielle Regelung. Diese Regelung gilt jedoch nur für sog. Verwaltungsakte mit Dauerwirkung⁵⁵. Dazu zählt die Erteilung des Einvernehmens nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KitaG jedoch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht. Denn der örtliche Jugendhilfeträger entscheidet über das Einvernehmen auf Grundlage der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der erstmaligen Schaffung bzw. der Änderung der Satzung/Beitragsordnung⁵⁶. Insofern spricht viel dafür, dass die Erteilung des Einvernehmens sich in der Feststellung erschöpft, dass die konkrete Satzung/Beitragsordnung mit der zum Zeitpunkt der Entscheidung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe geltenden Rechtslage übereinstimmt, und sich nicht noch Geltung über diesen Zeitpunkt hinaus beimisst. Dass die Erteilung des Einvernehmens den Rechtsgrund für spätere Maßnahmen im Verhältnis zu Dritten bildet, nämlich für die Erhebung von Elternbeiträgen aufgrund der Satzung/Beitragsordnung gegenüber den Personensorgeberechtigten, steht dem nicht entgegen⁵⁷.

3. Konsequenzen

Aus Sicht der örtlichen Jugendhilfeträger besteht ein nachvollziehbares Bedürfnis, eine rechtssichere Grundlage dafür zu schaffen, dass das einmal erteilte Einvernehmen nicht unbegrenzt fortgilt, sondern in regelmäßigen Abständen auf seine (weitere) Rechtmäßigkeit hin überprüft werden kann. Ein plastisches Beispiel hierfür bietet die jüngste Rechtsprechung des *Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg* (Urt. v. 6. 10. 2017 – 6 A 15.15, juris) zur fehlenden Beitragsfähigkeit kalkulatorischer Zinsen, die auf breiter Front zu Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Satzungen (insbesondere, aber nicht nur) kommunaler Träger von Kindertagesstätten geführt hat. Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Einvernehmen zu den betroffenen Satzungen rechtswidrig erteilt worden ist, ist nach dem bisher Gesagten mit

⁵⁵ Vgl. *Schütze*, a. a. O., § 48, Rn. 2.

⁵⁶ Vgl. *VG Frankfurt (Oder)*, Gerichtsbescheid v. 30. 7. 2009 – 6 K 2118/06, juris, Rn. 25.

⁵⁷ Vgl. allg. zu den Merkmalen von Verwaltungsakten mit Dauerwirkung *Korte*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., 2017, § 46, Rn. 27ff.

Blick auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht hinreichend sicher davon auszugehen, dass § 45 SGB X in allen Fällen eine Rücknahme gestattet.

Diese Problematik ließe sich entschärfen, wenn es zulässig wäre, das Einvernehmen mit einer auflösenden Befristung i. S. v. § 32 Abs. 2 Nr. 1 SGB X zu versehen, also mit einer Nebenbestimmung, bei der die materielle Regelung zu einem bestimmten Zeitpunkt endet⁵⁸. In diesem Falle verlöre das erteilte Einvernehmen nach Ablauf des Zeitraums bzw. der Frist seine Wirksamkeit, ohne dass es eines Aufhebungsbescheides bedürfte, § 39 Abs. 2 SGB X. Da (§ 22 KitaG i. V. m.) § 32 SGB X selbst keine Ermächtigungsgrundlage für die Beifügung von Nebenbestimmungen ist⁵⁹, müsste der Landesgesetzgeber in das KitaG eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage einführen. Systematisch böte sich hierfür an, zwischen den jetzigen Sätzen 2 und 3 des § 17 KitaG folgenden Satz einzufügen:

„Das Einvernehmen kann befristet erteilt werden.“

Damit bestünde für die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage i. S. v. § 32 Abs. 1, 1. Alternative SGB X.

Es erscheint nicht empfehlenswert, eine Mindest- oder Höchstdauer für die Befristung gesetzlich zu regeln. Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe würde bei der Bemessung der Befristung ohnehin im Einzelfall die grundrechtlich geschützte Autonomie der freien Träger⁶⁰ bzw. die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 97 Abs. 1 LV zu beachten haben. Ein unverhältnismäßig enges Zeitintervall, z. B. von nur einem Jahr, dürfte dabei mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Rechtswidrigkeit der Befristung führen.

Berlin, 11. Dezember 2017

Dr. Christoph Baum
Rechtsanwalt

⁵⁸ Vgl. allg. *Littmann*, in: Hauck/Noftz, SGB X, Kommentar, Loseblatt: Lfg. 2/06, § 32, Rn. 12.

⁵⁹ Vgl. *Siewert/Waschull*, in: Diering/Timme, LPK SGB X, § 32, Rn. 6.

⁶⁰ Dazu allg. *Münder*, in: ders./Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl., 2013, § 3, Rn. 9.