
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



verkündet am 10.07.2015

gez.: Schätzke
Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

- 3. Senat -

3 KO 565/13

Verwaltungsgericht Weimar

- 5. Kammer -

5 K 865/07 We

Im Namen des Volkes Urteil

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des A_____,
vertreten durch den Vorstand,
H_____, _____ E_____

Kläger und Berufungskläger

bevollmächtigt:
Weisskopf Rechtsanwälte Partnerschaft,
Juri-Gagarin-Ring 53, 99084 Erfurt

gegen

die Stadt Erfurt,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Fischmarkt 1, 99084 Erfurt

Beklagte und Berufungsbeklagte

wegen

Kindergarten- und Heimrechts,
hier: Berufung

hat der 3. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe, den Richter am Oberverwaltungsgericht Peters und den an das Gericht abgeordneten Richter am Verwaltungsgericht Thull

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2015

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2010 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Weimar teilweise abgeändert und die Beklagte wird verurteilt, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über das Begehren des Klägers,

- einer Änderung des zwischen den Beteiligten am 16. Mai 2007 / 1. Juni 2007 abgeschlossenen Vertrages „zur Erstattung der Betriebskosten der Evangelischen Kindertagesstätte - A_____“ nach dessen § 16 Abs. 9, für den Zeitraum ab dem 1. September 2012 in Verbindung mit dem zwischen den Beteiligten am 23. März 2012 / 26. März 2012 abgeschlossenen Übergangsvertrag, insoweit zuzustimmen,

als Mehrausgaben für Geschäfts- und Verwaltungskosten

für das Jahr 2007 in Höhe von 9.089,12 €,
für das Jahr 2008 in Höhe von 8.163,49 €,
für das Jahr 2009 in Höhe von 4.928,23 €,
für das Jahr 2010 in Höhe von 10.580,32 €,
für das Jahr 2011 in Höhe von 3.686,17 €,
für das Jahr 2012 in Höhe von 15.279,52 €,
für das Jahr 2013 in Höhe von 12.408,62 €,
für das Jahr 2014 in Höhe von 6.329,38 €

als vereinbart gelten,

- einer Änderung des zwischen den Beteiligten am 16. Mai 2007 / 1. Juni 2007 abgeschlossenen Vertrages „zur Erstattung der Betriebskosten des E_____ - A_____“ nach dessen § 16 Abs. 9, für den Zeitraum ab dem 1. September 2012 in Verbindung mit dem

zwischen den Beteiligten am 23. März 2012 / 26. März 2012
abgeschlossenen Übergangsvertrag, insoweit zuzustimmen,

als Mehrausgaben für Geschäfts- und Verwaltungskosten

für das Jahr 2007 in Höhe von 373,53 €,
für das Jahr 2008 in Höhe von 1.775,50 €,
für das Jahr 2009 in Höhe von 1.210,27 €,
für das Jahr 2010 in Höhe von 2.013,56 €,
für das Jahr 2011 in Höhe von 596,04 €,
für das Jahr 2012 in Höhe von 3.753,26 €,
für das Jahr 2013 in Höhe von 434,04 €,
für das Jahr 2014 in Höhe von 1.897,80 €

als vereinbart gelten,

zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Der Kläger und die Beklagte tragen die Kosten des Verfahrens
in beiden Rechtszügen je zur Hälfte.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der
jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung
gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der festzu-
setzenden Kosten abwenden, wenn nicht zuvor der jeweilige
Vollstreckungsgläubiger Sicherheit in Höhe von 110 % des je-
weils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten über die Höhe von Betriebskostenzuschüssen für zwei vom
Kläger betriebene Kindertagesstätten.

Der Kläger ist eine der evangelischen Kirche angegliederte Stiftung bürgerlichen
Rechts und betreibt als anerkannter Träger der freien Jugendhilfe in Erfurt neben
einer Altenpflegeeinrichtung zwei Kindertagesstätten, nämlich die Kita
"K_____" und den "W_____", die mit einer Kapazität von

zusammen ca. 200 Kindern im Bedarfsplan gem. § 17 ThürKitaG ausgewiesen sind. Der Gesamtumsatz des Klägers entfällt zu etwa 2/3 auf den Altenpflegebereich und zu 1/3 auf den Kita-Bereich.

Die Beteiligten befanden sich seit Anfang 2006 in Verhandlungen zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erstattung der Betriebskosten nach § 18 Abs. 4 Satz 2 Thüringer Kindertageseinrichtungsgesetz (ThürKitaG). Über den Umfang der Erstattung der anfallenden Verwaltungskosten blieben sie uneinig. Am 1. Juni 2007 schlossen die Beteiligten deshalb unter Vorbehalt einer abschließenden verwaltungsgerichtlichen Klärung für die beiden Kindertagesstätten insoweit jeweils gleichlautende Rahmenverträge zur Erstattung der Betriebskosten. § 15 Abs. 1 und 2 enthält folgende Grundsatzregelungen:

(1) Für den Betrieb der Kindertageseinrichtung gelten die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit in entsprechender Anwendung des § 53 Abs. 2 ThürKO. Die Stadt Erfurt erstattet gemäß § 18 Abs. 8 ThürKitaG i. V. mit § 18 Abs. 1 ThürKitaG die angemessenen Personal- und Sachkosten, die für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung erforderlich sind. Die erstattungsfähigen Kosten sind als Haushaltsplan (Anlage) Bestandteil dieses Vertrages.

(2) Der Betreiber hat jährlich einen Haushaltsplan nach dem Formular der Stadt Erfurt zu erstellen und diesen bis zum 30.09. für das Folgejahr einzureichen.

Des Weiteren wird in § 16 das Verfahren zum Erstattungsausgleich geregelt und für gegenüber dem Haushaltsplan eingetretenen Mindereinnahmen oder Mehrausgaben in Abs. 9 bestimmt:

(9) Der Ausgleich von Mindereinnahmen und/oder Mehrausgaben ist nur im laufenden Kalenderjahr möglich. Voraussetzung dafür ist die schriftliche Änderung dieses Vertrages bis spätestens 31. Dezember. Im folgenden Haushaltsjahr fällige Ausgaben und Einnahmen (z.B. Nachzahlungen oder Guthaben aus Betriebskostenabrechnungen) werden dem Folgejahr zugerechnet.

Im Rahmen dieser Vereinbarungen gewährte die Beklagte Ersatz der Betriebskosten auf Grundlage einer Verwaltungskostenpauschale in Höhe von zunächst 170,00 € pro Kita-Platz und Jahr, die sie bis 2013 zunächst auf 195,00 €, dann im Jahr 2014 auf 225,00 € erhöhte. Diese Beträge hatte der Kläger seinen jeweiligen Haushaltsplänen zu Grunde zu legen; die von ihm geltend gemachten Mehrausgaben lehnte die Beklagte in der Folge ab.

Am 18. Juni 2007 hat der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten bei dem Verwaltungsgericht Weimar die vorliegende Klage erhoben. Zur Begründung hat er vorgetragen, es sei nicht gelungen, auf Grundlage der seit 1. Januar 2006 geltenden

neuen Regelung des § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG die Höhe und das Verfahren der Erstattung der Betriebskosten vertraglich zu vereinbaren. Aus der Regelung des § 18 Abs. 4 ThürKitaG ergebe sich ein Anspruch auf Erstattung der tatsächlich entstandenen Betriebskosten. Der hingegen von der Beklagten gewährte pauschalierte Ersatz hätte weder in der Vergangenheit ausgereicht, seine tatsächlichen Betriebskosten zu decken, noch würde dieser in der Zukunft hierfür ausreichen. Die Pauschalen seien in keiner Weise nachvollziehbar. Auch sei angesichts drohender Strukturveränderungen die Feststellung geboten, dass zusätzliche Kosten durch Kündigungen von Mitarbeitern und daraus resultierender arbeitsgerichtlicher Verfahren als Betriebskosten ersatzfähig seien. Es bestehe zudem ein existenzielles Interesse an der Feststellung, dass die Leistungsverträge auf unbestimmte Zeit geschlossen worden seien.

Während des Verfahrens hat der Kläger für die Jahre 2007 und 2008 die Differenzbeträge benannt, die sich seiner Ansicht nach aus den tatsächlich entstandenen (Personal- und Verwaltungs-)Kosten und dem dafür gewährten Zuschuss ergeben hätten.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte wird verurteilt, an ihn einen Betrag in Höhe von 21.268,72 € für die Haushaltsjahre 2007 und 2008 zu zahlen.

2. es wird festgestellt, dass

a) die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle angemessenen und erforderlichen Betriebskosten zu erstatten, die durch seinen Betrieb der Kindertagesstätte und des W_____ tatsächlich entstehen, welche insbesondere die Kosten der allgemeinen Verwaltung, anteilig für Kindertagesstätte und den W_____ für je eine/n Mitarbeiter/in des Bereichs Verwaltung-, Abrechnung- und Mahnwesen, für Personalverwaltung sowie Finanzbuchhaltung und anteilig für die Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüferkosten und den damit im Zusammenhang stehenden Sachaufwendungen umfassen, wobei die Angemessenheit und Erforderlichkeit gewahrt ist, wenn bei derzeitiger Betriebsgröße je ein/e Mitarbeiter/in für allgemeine Verwaltungsaufgaben, Personalverwaltung und Finanzbuch-

haltung zu einem Anstellungsumfang von jeweils 0,75 bis 0,85 VBE zu der Vergütung nach den arbeitsvertraglichen Richtlinien der evangelischen Kirche angestellt sind;

b) die Beklagte alle Kosten als erforderliche Betriebskosten anerkennt, die aus Anlass der Kündigung von Arbeitnehmern entstehen, insbesondere Kosten aus arbeitsgerichtlichen Verfahren, Abfindungen, aus der Weiterbeschäftigung von gekündigten Arbeitnehmern, wenn ein Arbeitsgericht eine Kündigung für unwirksam erklärt, soweit die Maßnahmen mit der Beklagten abgestimmt sind;

c) der Leistungsvertrag zwischen den Parteien auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist und nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, wobei ein wichtiger Grund der rechtskräftige Widerruf der Betriebserlaubnis für die Kindertagesstätten des Klägers ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie die angewendete Verwaltungskostenpauschale aus der bis 2005 gültigen Förderrichtlinie entwickelt habe. Die Bedürfnisse der freien Träger seien dabei umfassend berücksichtigt worden. Gegenüber dem Kläger habe sie zusätzlich zu der Pauschale die Kosten für die Wirtschaftsprüfung als Verwaltungskosten anerkannt, da es sich bei ihm um eine Stiftung handele. Unter Berücksichtigung der vom Kläger tatsächlich geltend gemachten Geschäfts- und Verwaltungskosten errechne sich ein Betrag pro Kita-Platz in Höhe von 275,00 €, der aber nach dem zu beachtenden Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aber nicht erforderlich im Sinne der gesetzlichen Regelung sei. Nach anfänglich gewährten angemessenen 170,00 € habe sie im Jahre 2009 die Pauschale für Verwaltungskosten auf 195,00 € pro Jahr und Platz erhöht. Die in § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG genannte Obergrenze stelle kein geeignetes Kriterium dar, da die Strukturen im öffentlichen Dienst, insbesondere hinsichtlich der Verwaltungskosten, mit denen der freien Träger in keinem Fall vergleichbar seien. Deshalb habe sie sich bei der Bestimmung der angemessenen Betriebskosten im Sinne des § 18 ThürKitaG jeweils an den erforderlichen Kosten orientiert. Letztlich sei es rechtlich nicht zu be-

anstanden, wenn sie sich bei der Bemessung der Verwaltungskosten im Rahmen der Leistungsvereinbarungen ermessensleitend an der bis dahin geltenden Förderrichtlinie orientiert habe. Die Klage sei hinsichtlich der Ziffern 2. b) und 2. c) als vorbeugende Feststellungsklage in Ermangelung des hierfür erforderlichen qualifizierten Feststellungsinteresses bereits unzulässig.

Mit Urteil vom 16. Dezember 2010 hat das Verwaltungsgericht Weimar die Klage abgewiesen. Der zu 1. gestellte Klageantrag sei zwar als allgemeine Leistungsklage zulässig. Die Beklagte habe über das Begehren auf eine höhere Zuschussvereinbarung nicht durch Verwaltungsakt zu entscheiden. § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG sehe das Konsensprinzip, nämlich den Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung vor; daher komme eine Verpflichtungsklage nicht in Frage. Die Klage sei aber insoweit unbegründet. Der Kläger verfolge das Ziel, die Beklagte zu einem Vertragsabschluss gemäß § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG mit einem von ihm bezifferten Betriebskostenzuschuss zu verurteilen. Rechtsansprüche der Träger von Kindertageseinrichtungen auf Betriebskostenzuschüsse könnten aber nur im Rahmen der tatsächlichen Förderpraxis der Gemeinde entstehen, an die die Gemeinde durch Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sei. Eine gleichheitswidrige Förderpraxis könne aber nicht festgestellt werden. Der Beklagten sei es nicht verwehrt, auch nach Inkrafttreten des ThürKitaG vom 16. Dezember 2005 Betriebskostenzuschüsse durch die Gewährung von Pauschalen zu leisten. Die Verwaltungskostenpauschale sei im Jahr 2006 von 170,00 € auf 190,00 € pro Kind und Jahr erhöht worden. Eine Ungleichbehandlung des Klägers innerhalb dieser Förderpraxis mit anderen Trägern sei nicht ersichtlich. Der von ihm geforderte Zuschuss betrage aber umgerechnet 275,00 € pro Jahr und Kind und übersteige damit die gewährte Pauschale um mehr als 50 %. Der hohe Kostenanteil für Verwaltungskosten werde vom Kläger nicht nachvollziehbar begründet. Soweit er die Existenz der betroffenen Einrichtungen durch die zu geringen Zuschüsse als gefährdet ansehe, bestehe zwar die Möglichkeit eines ergänzenden Zuschusses. Aber auch hier gelte, dass es zunächst einer Vereinbarung gem. § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG bedürfe. Der zu 2. a) gestellte Antrag sei ebenfalls unbegründet, da auch hinsichtlich der im Einzelnen benannten Verwaltungskosten ein Anspruch nur im Rahmen der allgemeinen Förderpraxis bestehen könne. Die übrigen Feststellungsanträge seien mangels eines schützenswerten Feststellungsinteresses unzulässig.

Gegen dieses ihm am 21. Januar 2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 18. Februar 2011 beim Verwaltungsgericht Weimar einen mit Begründung versehenen Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt, dem der Senat mit Beschluss vom 11. September 2013 - 3 ZKO 140/11 - wegen besonderer tatsächlicher bzw. rechtlicher Schwierigkeiten entsprochen hat.

Mit Schreiben vom 30. November 2011 kündigte die Beklagte die Verträge vom 1. Juni 2007. Im März 2012 wurden daraufhin zwei Übergangsverträge mit Wirkung ab 1. September 2012 abgeschlossen, wonach die Regelungen aus den Verträgen vom 1. Juni 2007 bis 6 Wochen nach rechtskräftiger Entscheidung im vorliegenden Verfahren fortgelten sollen.

Zur Begründung seiner Berufung wiederholt der Kläger seine Auffassung, dass die Beklagte die tatsächlich entstandenen Betriebskosten auf Grundlage des § 18 Abs. 4 ThürKitaG zu ersetzen habe. Die Beklagte habe nicht in der gebotenen Weise die angemessenen und erforderlichen Betriebskosten ermittelt. Das von der Beklagten angewendete Pauschalsystem werde der gesetzlichen Anforderung nicht gerecht. Insoweit verweise er auf die Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 9. Februar 2011 - 3 L 792/08 -), das in vergleichbarer Rechtslage einen konkreten Anspruch feststelle. Auch bestehe ein Feststellungsinteresse für den Antrag zu 2. a) fort, denn er, der Kläger, habe ein schützenswertes Interesse daran, dass die Betriebskostenberechnung auch für zukünftige Abrechnungsperioden schon jetzt feststehe. Weiterhin sei der die Kosten aus Anlass von Kündigungen betreffende Feststellungsantrag zu 2. b) zulässig und begründet. Die in § 15 Abs. 6 der Betriebskostenvereinbarung für diesen Fall enthaltene Regelung erfasse nicht das gesamte Risiko. Dies gelte insbesondere für den Fall, dass der Arbeitnehmer nach gewonnenem Arbeitsgerichtsverfahren nicht bereit sei, auf Basis einer Abfindung das Arbeitsverhältnis zu beenden, sondern weiterbeschäftigt werden wolle. Es sei zu gewärtigen, dass die Beklagte dergestalt entstehende Kosten als nicht erforderlich gem. § 18 Abs. 8 ThürKitaG ansehe. Ein Anspruch bestehe ferner hinsichtlich der zur Laufzeit des Vertrages begehrten Feststellung zu 2. c). Wäre der Vertrag zum Ende des Jahres kündbar, wäre er gezwungen, den Geschäftsbetrieb in den Kindertagesstätten einzustellen. Eine Kindertagesstätte müsse aber grundsätzlich so lange betrieben werden, wie die Betriebserlaubnis bestehe. Der Vertrag sei daher auf unbegrenzte Zeit geschlossen und sei nur aus wichtigem Grund kündbar.

Zusätzlich zum bisherigen Klagebegehren macht der Kläger einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Anschaffung eines zentralen EDV-Servers geltend. Hierzu führt er aus, dass die Anlage 31.230,73 € gekostet habe. 1/3 davon, nämlich 10.409,20 € (27,33 % Kita, 6 % W_____) entfielen dabei auf die Kindertageseinrichtungen. Er habe zur Finanzierung zunächst einen Antrag auf Förderung einer investiven Maßnahme auf Grundlage einer gesonderten Förderrichtlinie bei der Beklagten gestellt. Dies sei mit zwei Bescheiden vom 20. August 2014 wegen zu später Antragstellung abgelehnt worden. Die Einordnung als investive Maßnahme sei aber unrichtig. Es handele sich um Betriebskosten, die für den Bereich der Kindertagesstätten erforderlich seien. Bisher seien für diese Wirtschaftsgüter nur Abschreibungen in den Verwaltungskosten berücksichtigt worden. Damit werde aber die investive Aufwendung von ihm vorfinanziert. Dies entspreche nicht § 18 ThürKitaG, wonach die aktuellen Betriebskosten zu tragen seien. Auf die Zahlungsaufforderung mit Schreiben vom 13. März 2015 habe die Beklagte nicht reagiert, deshalb sei die Einbeziehung in das Klageverfahren geboten.

Der Kläger beantragt zuletzt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Weimar vom 1. Dezember 2010

1. die Beklagte zu verpflichten,

a. einer Änderung des zwischen den Beteiligten am 16. Mai 2007 / 1. Juni 2007 abgeschlossenen Vertrages zur Erstattung der Betriebskosten der Evangelischen Kindertagesstätte - A_____ nach dessen § 16 Abs. 9, für den Zeitraum ab dem 1. September 2012 in Verbindung mit dem zwischen den Beteiligten am 23. März 2012 / 26. März 2012 abgeschlossenen Übergangsvertrag, insoweit zuzustimmen,

als Mehrausgaben für Geschäfts- und Verwaltungskosten

für das Jahr 2007 in Höhe von 9.089,12 €,

für das Jahr 2008 in Höhe von 8.163,49 €,

für das Jahr 2009 in Höhe von 4.928,23 €,

für das Jahr 2010 in Höhe von 10.580,32 €,

für das Jahr 2011 in Höhe von 3.686,17 €,

für das Jahr 2012 in Höhe von 15.279,52 €,

für das Jahr 2013 in Höhe von 12.408,62 €,

für das Jahr 2014 in Höhe von 6.329,38 € sowie weiterer 8.535,36 €

als vereinbart gelten;

b. sowie an sie 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz

- auf 9.089,12 € seit dem 1. Juni 2008
- auf 8.163,49 € seit dem 1. Juni 2009
- auf 4.928,23 € seit dem 1. Juni 2010
- auf 10.580,32 € seit dem 1. Juni 2011
- auf 3.686,17 € seit dem 1. Juni 2012
- auf 15.279,52 € seit dem 1. Juni 2013
- auf 12.408,62 € seit dem 1. Juni 2014
- auf 6.329,38 € seit dem 1. Juni 2015
- auf 8.535,36 € seit Rechtshängigkeit

zu zahlen;

2. die Beklagte zu verpflichten,

a. einer Änderung des zwischen den Beteiligten am 16. Mai 2007 / 1. Juni 2007 abgeschlossenen Vertrages zur Erstattung der Betriebskosten des E _____ - A _____ nach dessen § 16 Abs. 9, für den Zeitraum ab dem 1. September 2012 in Verbindung mit dem zwischen den Beteiligten am 23. März 2012 / 26. März 2012 abgeschlossenen Übergangsvertrag, insoweit zuzustimmen,

als Mehrausgaben für Geschäfts- und Verwaltungskosten

- für das Jahr 2007 in Höhe von 373,53 €,
- für das Jahr 2008 in Höhe von 1.775,50 €,
- für das Jahr 2009 in Höhe von 1.210,27 €,
- für das Jahr 2010 in Höhe von 2.013,56 €,
- für das Jahr 2011 in Höhe von 596,04 €,
- für das Jahr 2012 in Höhe von 3.753,26 €,
- für das Jahr 2013 in Höhe von 434,04 €,
- für das Jahr 2014 in Höhe von 1.897,80 € sowie weiterer 1.873,84 €

als vereinbart gelten;

b. sowie an sie 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz

- auf 373,53 € seit dem 1. Juni 2008
- auf 1.775,50 € seit dem 1. Juni 2009
- auf 1.210,27 € seit dem 1. Juni 2010
- auf 2.013,56 € seit dem 1. Juni 2011
- auf 596,04 € seit dem 1. Juni 2012
- auf 3.753,26 € seit dem 1. Juni 2013
- auf 434,04 € seit dem 1. Juni 2014
- auf 1.897,80 € seit dem 1. Juni 2015
- auf 1873,84 € seit Rechtshängigkeit

zu zahlen;

3. festzustellen, dass

a. die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle angemessenen und erforderlichen Betriebskosten zu erstatten, die durch den Betrieb der Kindertagesstätte und des W_____ tatsächlich entstehen, welche insbesondere die Kosten der allgemeinen Verwaltung, anteilig für Kindertagesstätte und den W_____ für je eine/n Mitarbeiter/in des Bereichs Verwaltung-, Abrechnung- und Mahnwesen, für Personalverwaltung sowie Finanzbuchhaltung und anteilig für die Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüferkosten und den damit im Zusammenhang stehenden Sachaufwendungen umfassen, wobei die Angemessenheit und Erforderlichkeit gewahrt ist, wenn bei derzeitiger Betriebsgröße des Klägers je ein/e Mitarbeiter/in für allgemeine Verwaltungsaufgaben, Personalverwaltung und Finanzbuchhaltung zu einem Anstellungsumfang von jeweils 0,75 bis 0,85 VBE (Vollbeschäftigteneinheit) zu der Vergütung nach den arbeitsvertraglichen Richtlinien der evangelischen Kirche angestellt sind;

b. die Beklagte alle Kosten als erforderliche Betriebskosten anerkennt, die aus Anlass der Kündigung von Arbeitnehmern entstehen, insbesondere Kosten aus arbeitsgerichtlichen Verfahren, wegen Abfindungen, aus der Weiterbeschäftigung von gekündigten Arbeitnehmern, wenn ein Arbeitsgericht eine Kündigung für unwirksam erklärt, soweit die Maßnahmen mit der Beklagten abgestimmt sind;

c. der Leistungsvertrag zwischen den Parteien auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist und nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, wobei ein wichtiger Grund der rechtskräftige Widerruf der Betriebserlaubnis für die Kindertagesstätten ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und führt aus, dass ein Anspruch auf Ersatz der tatsächlich entstandenen Betriebskosten nicht bestehe. Hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Kostenersatzes bestehe ein Ermessen der Gemeinde, da das Gesetz den Begriff der „erforderlichen Betriebskosten“ verwende, der in § 18 Abs. 8 ThürKitaG als „angemessene Personal- und Sachkosten“ definiert werde. Aus diesem Grunde sei auch der Feststellungsantrag zu 2. a) abzulehnen, da das Gesetz einen Anspruch auf Übernahme der Betriebskosten in tatsächlich entstandener Höhe gerade nicht gewähre. Bei der Berücksichtigung der Verwaltungskosten als Teil der Betriebskosten habe sie mit dem Ziel der Gleichbehandlung der freien Träger schon vor Abschluss von Vereinbarungen mit Pauschalierungen gearbeitet. Es werde nicht in Abrede gestellt, dass der Kläger seinen hohen Verwaltungsaufwand im Einzelnen dargelegt und entsprechend beziffert habe. Die Verwaltungskosten überstiegen die Förderpauschale jedoch um 50 %. Die Beteiligten seien sich nur uneinig darüber, wie die Angemessenheit der Betriebskosten zu bestimmen sei. Das Verwaltungsgericht habe zutreffend angenommen, dass Betriebskosten auch pauschal berechnet werden könnten. Die zwischenzeitliche Anhebung der Verwaltungskostenpauschale von 195,00 € auf 225,00 € sei dem Umstand geschuldet, dass zahlreiche Träger plausibel dargelegt hätten, dass die bisherige Pauschale nicht mehr auskömmlich gewesen sei. Dies bedeute nicht, dass dies auch in der Vergangenheit der Fall gewesen sei. Wollte man die vom Kläger geltend gemachten Kosten noch als angemessen ansehen, hätte sie keinerlei Ermessensspielraum mehr, was die Bestimmung der Angemessenheit anbelange. Die nach § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG genannte Obergrenze stelle kein geeignetes Kriterium dar, da die Strukturen im öffentlichen Dienst insbesondere hinsichtlich der Verwaltungskosten mit denen der freien Träger in keinem Fall vergleichbar seien. Deshalb habe sie sich bei der Bestimmung der angemessenen Betriebskosten jeweils an den erforderlichen Kosten orientiert. Der Feststellungsantrag zur Verpflichtung der Übernahme der Kostenfolgen arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen könne keinen Erfolg haben. § 15 Abs. 6 der Betriebskostenvereinbarung enthalte eine Einigung darüber, dass sie im Falle betriebsbedingter Kündigungen die Fachpersonalkosten bis zum Ende der Kündigungsfrist und unvermeidbare Arbeitsgerichtskosten übernehme, eine darüber hinausgehende gesonderte Vereinbarung sei möglich. Der Kläger verlange eine Übernahme des gesamten Prozessrisikos, dies sei zu weitgehend. Mit dem zu 2. c) gestellten Feststellungsantrag übersehe der Kläger, dass ein Anspruch nach § 18

Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG grundsätzlich unabhängig von einer Betriebskostenvereinbarung bestehe. Eine Existenzgefährdung gehe einher mit der jährlichen Kündigungsmöglichkeit. Der Vortrag des Klägers hinsichtlich der als Betriebskostenanteil geltend gemachten Investitionskosten für die Serveranlage beziehe sich auf einen neuen Lebenssachverhalt und sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es handele sich um eine Klageänderung, die nicht sachdienlich und daher unzulässig sei. Als unzulässige Klageänderung sei auch die Einbeziehung der Verwaltungskostenforderung für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 mit Schriftsatz vom 5. Juni 2015 anzusehen. Zwar habe der Kläger die entsprechenden Verwendungsnachweise vorgelegt, sie seien aber noch nicht geprüft.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Beteiligten zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze und die beigezogenen Behördenakte Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Die Klage hat in dem tenorierten Umfang Erfolg.

1. Den Klageanträgen zu 1. und 2. ist mit den darin umfassten Bescheidungsbegehren überwiegend stattzugeben.

a. Diese Leistungsanträge sind, soweit der Kläger in der Hauptsache Mehrausgaben für Geschäfts- und Verwaltungskosten der von ihm getragenen zwei Kindertagesstätten für die Jahre 2007 bis 2014 verlangt, zulässig (hierzu aa. und bb.). Sein Antrag, auch die Kosten eines im Jahr 2014 angeschafften EDV-Servers erstattet zu erhalten, ist hingegen bereits unzulässig (hierzu cc.).

aa. Die Klageanträge, wie sie zuletzt in der Berufungsverhandlung gestellt wurden, sind als allgemeine Leistungsklage statthaft. In Streit steht vor dem Hintergrund der hier einschlägigen Rechtsgrundlage des § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG die Abgabe von Zustimmungserklärungen zur Änderung der Betriebskostenvereinbarungen in Bezug auf die Höhe der zu erstattenden Betriebskosten für die benannten Ab-

rechnungszeiträume. Der Gesetzgeber verfolgt mit dieser Regelung ein Vertragsmodell, das den Erlass einseitiger Verwaltungsakte zur Bestimmung des Betriebskostenzuschusses ausschließt und mithin eine auf Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtete Verpflichtungsklage nicht in Betracht kommt (vgl. hierzu näher unter b. aa.).

bb. Die Klage ist auch hinsichtlich der erst während des gerichtlichen Verfahrens einbezogenen Abrechnungszeiträume zulässig.

Eine zulässige Klageänderung liegt jedenfalls vor, soweit sich die Beklagte auf die Einbeziehung der Abrechnungszeiträume bis 2012 rügelos eingelassen hat (§ 91 Abs. 1 und 2 VwGO).

Aber auch soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 5. Juni 2015 die Abrechnungszeiträume 2013 und 2014 hinsichtlich beider Kindertageseinrichtungen zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht hat, ist die Klageänderung zulässig. Zwar hat die Beklagte hier der Einbeziehung widersprochen; sie ist aber gleichwohl zu berücksichtigen, weil der Senat deren Einbeziehung für sachdienlich hält (§ 91 Abs. 1 2. Alt VwGO). Der Streitstoff bleibt dadurch in seinem Kern unverändert und es bedarf keiner weiteren streitigen Auseinandersetzung über die Grundfragen der diese Zeiträume betreffenden Betriebskostenzuschüsse.

Der Umstand, dass von der Beklagten hinsichtlich dieser Zeiträume noch keine abschließende Verwendungsnachweisprüfung stattgefunden hat, steht der Annahme der Sachdienlichkeit nicht entgegen. Hinweise auf eine Fehlerhaftigkeit der vom Kläger im März 2015 abschließend vorgelegten Abrechnungen vermag der Senat nicht zu erkennen und wurden auch von der Beklagten nicht vorgetragen.

cc. Hinsichtlich der nachträglich einbezogenen Kosten für die Anschaffung eines EDV-Servers einschließlich der Zinsforderung liegt ebenfalls eine Klageänderung nach § 91 Abs. 1 VwGO vor, da mit dem bezifferten Kostenansatz ein auf einen weiteren Lebenssachverhalt gestützter neuer Antrag gestellt wurde. Diese Klageänderung ist aber unzulässig, nachdem die Beklagte ihr ausdrücklich widersprochen hat und der Senat sie auch nicht für sachdienlich hält (§ 91 Abs. 1 2. Alt. VwGO).

Ursprünglich hatte der Kläger - unabhängig von dem geführten Rechtsstreit - die Anschaffung als gesondert förderbare Investition angesehen und auf der Grundlage der

entsprechenden Förderrichtlinie einen entsprechenden Antrag gestellt, der abgelehnt wurde. Nunmehr vertritt er die Auffassung, die Anschaffung sei im Wege der Erstattung von Betriebskosten als Geschäfts- und Verwaltungskosten zu ersetzen, und zwar auch nicht im Wege der Abschreibung über einen längeren Zeitraum, sondern als Sachanschaffung. Damit wird mit der Abgrenzung zwischen investiver Maßnahme und Betriebskosten und der Frage, ob hier nur der Wertverlust ersatzfähig ist, neuer Streitstoff eingeführt, dessen Klärung dem vorliegenden Rechtsstreit nicht förderlich ist.

b. Die in diesem Umfang zulässigen Klageanträge zu 1. und 2. sind zu Recht gerichtet auf eine Änderung der zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsbeziehungen (hierzu aa.). Sie sind insoweit begründet, als die bislang geübte Praxis der Beklagten zur Betriebskostenerstattung den verbindlichen gesetzlichen Voraussetzungen nicht gerecht wird; über das Vertragsanpassungsverlangen des Klägers hat die Beklagte unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu befinden (hierzu bb.).

aa. Rechtsgrundlage für das Begehren auf den Ersatz der Differenz zwischen den von der Beklagten für die jeweiligen Abrechnungszeiträume gezahlten Geschäfts- und Verwaltungskosten und den errechneten tatsächlichen Aufwendungen für die beiden Kindertagesstätten ist hier der Anspruch auf Anpassung der Betriebskostenerstattungsvereinbarung gemäß § 18 Abs. 4 Satz 1 bis 3, Abs. 8 ThürKitaG in Verbindung mit § 16 Abs. 9 der jeweiligen zwischen den Beteiligten vereinbarten Verträge, für den Zeitraum ab September 2012 in Verbindung mit der im März 2012 geschlossenen Zusatzvereinbarung. Auf Grundlage des vom Gesetzgeber vorgegebenen Vertragsmodells ist nach der letztgenannten Vereinbarung zwischen den Beteiligten geregelt, dass zum einen der Ausgleich von Mehrausgaben - wie sie hier der Kläger im Rahmen der Betriebskosten geltend macht - nur im laufenden Kalenderjahr möglich und zum anderen Voraussetzung dafür die schriftliche Änderung dieses Vertrages bis spätestens 31. Dezember ist.

Entgegen der ursprünglichen Auffassung des Klägers stellt § 18 Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG keine Anspruchsgrundlage dar, die ihm unmittelbar einen Anspruch auf den durch Elternbeiträge (und einen hier nicht gegebenen Eigenanteil) nicht gedeckten Anteil der erforderlichen Betriebskosten - hier der Geschäfts- und Verwaltungskosten - gewährt. Zwar spricht der Wortlaut dieser Norm („hat ... zu über-

nehmen“) dafür, dass ein konkreter, sich allein aus einer Differenzberechnung ergebender Leistungsanspruch bestehen könnte. Aber dem steht die unmissverständliche Regelung in § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG entgegen: Danach ist die Höhe und das Verfahren zwischen der zuständigen Gemeinde und dem Träger *vertraglich* zu vereinbaren. Der Gesetzgeber hat sich mit dieser Regelung dafür entschieden, für die Abwicklung des Anspruches auf Ersatz der Betriebskosten einen konsensualen Weg vorzugeben. Erst die nach § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG zwingend zu schließende Vereinbarung schafft die rechtliche Grundlage für wechselseitige Ansprüche der Beteiligten.

Dieses schon vom eindeutigen Wortlaut vorgegebene Verständnis der gesetzlichen Regelung wird weder durch die insoweit offenen Gesetzgebungsmaterialien - der ursprüngliche Gesetzentwurf der Landesregierung wurde in diesem Punkt umfassend durch die Gesetzgebungsberatungen im Landtag und seinen Ausschüssen geändert, ohne dass eine Begründung hierfür angegeben wird - noch durch die vom Kläger zitierte Entscheidung des OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 9. Februar 2011 - 3 L 792/08 - juris) in Frage gestellt. Die dort einschlägige, im Jahr 2008 ausgelaufene Erstattungsvorschrift des § 11 Kinderförderungsgesetz Sachsen-Anhalt unterscheidet sich erheblich von der in Thüringen geltenden Regelung.

Jedoch ist der Umfang des zu gewährenden Betriebskostenzuschusses nicht Teil eines frei zu verhandelnden Vertragsinhalts; dieser ist vielmehr weitgehend gesetzlich sowohl hinsichtlich der grundsätzlich ersatzfähigen Kostenpositionen als auch hinsichtlich der Berechnung seiner Höhe durch die Grundregel des § 18 Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG in Verbindung mit den Maßgaben nach § 18 Abs. 8 und § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG vorgegeben. Daraus folgt, dass in der vertraglichen Vereinbarung zwar Näheres zum *Verfahren* der Kostenerstattung, etwa die Festlegung der Abrechnungsperioden, Gewährung von Vorauszahlungen, die Verwendungsnachweisprüfung und nachfolgende Ausgleichsansprüche geregelt werden kann, diese Freiräume jedoch nicht hinsichtlich der Festsetzung der Höhe der Betriebskosten bestehen.

Den Beteiligten ist zuzugeben, dass diese Regelung in ihrer praktischen Umsetzung sowohl verwaltungsverfahrenrechtliche als auch prozessuale Schwierigkeiten aufwirft. Der ihr innewohnende Widerspruch zwischen dem Grundsatz der vertraglichen Gestaltungsfreiheit und dem gesetzlich vorgegebenen Zwang, eine erst durch Aus-

legung des Gesetzes inhaltlich bestimmte Vereinbarung abschließen zu müssen, birgt Konfliktpotential, das auch im vorliegenden Verfahren seinen Niederschlag gefunden hat. Gleichwohl ist die vom Gesetzgeber vorgegebene Regelung, die keinen durchgreifenden höherrangigen rechtlichen Bedenken ausgesetzt ist, zu beachten. Es bedarf allein der Bewertung des Gesetzgebers, ob er an diesem eher umständlichen Verfahren festhält oder zu dem „klassischen“ Verfahren zur Leistungsgewährung durch Verwaltungsakt zurückkehrt.

bb. Ausgehend von dem grundlegenden Verständnis der Kostenerstattungsregelung des § 18 Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG (hierzu [1]) genügt die bislang von der Beklagte dem Kläger gewährte Erstattung der Betriebs- und Verwaltungskosten den gesetzlichen Anforderungen nicht (hierzu [2]). Das Begehren des Klägers hat jedoch nur insoweit Erfolg, als über sein Vertragsanpassungsbegehren die Beklagte nach der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden hat (hierzu [3]).

(1) § 18 Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG, der, wie ausgeführt, eine unmittelbare Vorgabe für das dann zwischen den Beteiligten zu Vereinbarende enthält, gebietet grundsätzlich die Erstattung auf Grundlage der konkret entstandenen und geltend gemachten Betriebskosten (hierzu aa.) und steht einem Erstattungsverfahren allein aufgrund von im Voraus festgelegten Pauschalen entgegen (hierzu bb.). Auf einer weiteren Stufe ist ein Vergleich mit den Ausgaben, die eine Wohnsitzgemeinde für die eigene Einrichtung abzüglich des Eigenanteils des Trägers bereitstellt (§ 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG), vorzunehmen (hierzu cc.).

aa. Erstattungsfähig sind die konkret dem Träger der Kindertagesstätte entstandenen erforderlichen und angemessenen Betriebskosten.

Nach § 18 Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG sind grundsätzlich nur die erforderlichen Betriebskosten erstattungsfähig. § 18 Abs. 8 ThürKitaG präzisiert den Begriff der Betriebskosten. Danach gelten als Betriebskosten im Sinne dieses Gesetzes die *angemessenen* Personal- und Sachkosten, die für den Betrieb einer Kindertagesstätte erforderlich sind (mit der durch Gesetz vom 4. Mai 2010 - ThürGVBl. S. 105 - eingefügten Klarstellung, dass auch Fortbildungskosten eingeschlossen sind). Damit wird festgelegt, dass an der Erstattung nur Kosten teilnehmen können, die dem Betrieb einer Kita zuzurechnen sind und den Rahmen der Angemessenheit nicht überschreiten.

Der hierbei anzulegende Maßstab ergibt sich aus dem Ziel der Erstattungsregelung. Grundsätzlich ist der Begriff "angemessen" unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift auszulegen, zu deren Tatbestandsmerkmalen er gehört (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2002 - 5 C 43/01 - BVerwGE 116, 342 ff.). Ausgehend von dem Verständnis, dass diese Norm für die Berechnung des *konkreten* Ersatzanspruches zu berücksichtigen ist, folgt daraus, dass zu prüfen ist, ob die vom freien Träger beanspruchten Betriebskosten - im vorliegenden Fall die Geschäfts- und Verwaltungskosten als Teil der Sachkosten - diesen Anforderungen genügen. An diesem Punkt der Prüfung darf die Gemeinde die Erforderlichkeit der Kosten nicht konkret daran messen, was sie an eigenen Betriebskosten für eine Kita aufwendet, oder gar die Kosten einer unter Idealbedingungen betriebenen Einrichtung zum Maßstab machen. Die Gemeinde hat bei der Prüfung der Angemessenheit der Kosten nach dem im ThürKitaG verwirklichten Modell die individuelle Organisationsform und die personellen und sachlichen Grundbedingungen des freien Trägers vor dem Hintergrund des verwirklichten quantitativen und qualitativen Betreuungserfolges in den Blick zu nehmen und zu prüfen, ob die Aufwendungen zur Erreichung des vom Gesetz geforderten Zweckes, nämlich dem Betrieb einer Kindertageseinrichtung, notwendig sind. Aus dem im Gesetz verwendeten Begriff der Angemessenheit folgt hier auch, dass der Wohnsitzgemeinde ein Beurteilungsspielraum zusteht, innerhalb dessen sie bestimmen kann, ob die für den Betrieb der Einrichtung aufgewendeten Kosten der Erfüllung der Ziel- und Aufgabenbestimmung des § 6 Abs. 1 ThürKitaG dient (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22. August 2014 - 12 A 591/14 - juris zu dem durch den Begriff der Angemessenheit eröffneten Beurteilungsspielraum bei der Erstattung der Kosten für den Sachaufwand einer Tagespflegeperson gemäß § 23 Abs. 2 SGB VIII).

bb. Dem steht es entgegen, die Angemessenheit durch einen - hier zudem auf Grundlage einer nicht mehr anwendbaren Förderrichtlinie gebildeten - Pauschalbetrag zu bestimmen.

Zwar gebietet der Wortlaut des § 18 Abs. 8 ThürKitaG, die ersatzfähigen Betriebskosten anhand des Maßstabes der Personal- und Sachkosten zu messen, die für den Betrieb *einer* Kindertageseinrichtung erforderlich sind. Daraus folgt jedoch nicht die Befugnis zur Bildung eines pauschalen Erstattungssystems.

Der Gesetzgeber hat nach dem Wortlaut des § 18 ThürKitaG und dessen systematischem Zusammenhang nicht erkennen lassen, dass er auch pauschalierende Betriebskostenabrechnungen zulassen will. Im Gegenteil hat er entsprechende Formulierungen im Rahmen der Erstattungsregelungen unterlassen, wie er es in anderem Regelungszusammenhang getan hat. So legt § 18 Abs. 6 ThürKitaG für den Fall der Nutzung einer Tageseinrichtung außerhalb der Wohnsitzgemeinde ausdrücklich einen pauschalierten Ersatzanspruch der für die aufnehmende Einrichtung zuständigen Gemeinde fest. Auch die Gewährung der Landeszuschüsse zur Kindertagesbetreuung gemäß § 19 ThürKitaG ist ausdrücklich auf pauschaler Basis geregelt.

Ebenso folgt aus dem Umstand, dass bei der Festlegung der Betriebskosten nach § 18 Abs. 8 ThürKitaG gerade nicht auf den nach § 18 Abs. 10 ThürKitaG von der Wohnsitzgemeinde bereitzustellenden Datenbestand zu den durchschnittlichen Betriebskosten eigener Einrichtungen verwiesen wird, dass eine pauschale Bestimmung der Betriebskosten in diesem Zusammenhang gerade nicht vorgesehen ist. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber in diesem Fall die Nutzung dieses Datenbestandes angeordnet hätte, um für die Entwicklung der Pauschalen eine einheitliche Grundlage sicherzustellen.

Gegen die Bildung einer Pauschale zur Bestimmung der Betriebskosten spricht auch, dass gemäß § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG der Betriebskostenanteil, den die Wohnsitzgemeinde für eine eigene Einrichtung aufwendet, eine Kappungsgrenze für den - in Verbindung mit der Erstattungsvereinbarung bestehenden - Ersatzanspruch des Einrichtungsträgers gemäß § 18 Abs. 4 Satz 1 ThürKitaG darstellt (s. dazu cc.). Wären die über den Pauschalbetrag hinausgehenden Betriebskosten bereits keine Betriebskosten nach § 18 Abs. 8 ThürKitaG, nähmen sie an der Erstattungsregelung des § 18 Abs. 4 ThürKitaG nicht teil und die Kappungsvorschrift des § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG ginge ins Leere. Es wäre nicht möglich, über der Pauschale liegende Erstattungsvereinbarungen zu treffen.

Der Senat weist ergänzend darauf hin, dass die hier einer systematischen Pauschalierung entgegenstehende Rechtslage nicht ausschließt, dass die Gemeinde bei der Feststellung der Angemessenheit geltend gemachter Kosten auf vergleichende Betrachtungen der Kostenstruktur anderer Träger von Kindertagesstätten und darauf

fußender Pauschalierungen zurückgreift. Rechtlich angreifbar wird dies dann, wenn diese Vorgaben zur alleinigen Entscheidungsgrundlage gemacht werden.

cc. Die Entscheidung, ob die - nach Maßgabe des § 18 Abs. 8 ThürKitaG als erforderlich festgestellten - Kosten ersatzfähig sind, ist sodann nach § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG zu treffen. Danach soll der Gemeindeanteil in der Regel den Anteil, den die Wohnsitzgemeinde für eine eigene Einrichtung abzüglich des Eigenanteils des Trägers bereitstellt, nicht übersteigen. Diese Regelung stellt eine Kappungsgrenze dar, die bewirken soll, dass der freie Träger auch unter Berücksichtigung seines Eigenanteils grundsätzlich nicht mehr an Betriebskostenerstattung erhalten soll, als die Wohnsitzgemeinde für eine eigene Einrichtung bereitstellt. Diese Vorschrift - und nicht § 18 Abs. 8 ThürKitaG - begrenzt den Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Betriebskosten.

§ 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG ist dabei zwingendes Recht; die Beklagte kann von der Anwendung dieser Norm nicht - wie geschehen - aus Gründen von ihr behaupteter fehlender Verwaltungspraktikabilität absehen.

Die Anwendung der Norm setzt voraus, dass die zuständige Gemeinde ihren finanziellen Aufwand für die erforderlichen Betriebskosten erfasst und zum Zwecke des Vergleichs auswertet. Betreibt die Wohnsitzgemeinde mehrere eigene Einrichtungen, so hat sie zur Ermittlung eines Durchschnittswertes alle eigenen Einrichtungen in Betracht zu nehmen. § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG spricht nur allgemein vom eigenen (Betriebskosten-)Anteil; notwendig ist jedoch eine Aufschlüsselung nach den unterschiedlichen Kostenarten, um gegebenenfalls eine differenzierte Ermessensentscheidung - wie sie hier hinsichtlich der Ersatzfähigkeit der geltend gemachten Geschäfts- und Verwaltungskosten gefordert ist - treffen zu können.

Die Regelung ist als Sollvorschrift ausgestaltet. Verwendet ein Gesetz die Wendung „soll“, wird für den Regelfall eine Bindung vorgesehen. Aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen kann die Behörde jedoch nach insoweit eröffnetem pflichtgemäßen Ermessen von der vom Gesetzgeber für den Normalfall vorgesehenen Rechtsfolge abweichen (BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1989 - 7 C 35.87 - BVerwGE 84, 220; BVerwG, Beschluss vom 3. Dezember 2009 - 9 B 79/09 - juris). Soll-Vorschriften gestatten Abweichungen von der gesetzlichen Regel nur in atypischen Ausnahmefällen, in denen das Festhalten an dieser Regel auch unter Berücksichtigung des Willens

des Gesetzgebers nicht gerechtfertigt ist (BVerwG, Urteile vom 19. März 2015 - 2 C 37/13 - juris und vom 26. März 2009 - 2 C 73.08 - BVerwGE 133, 297).

Daraus folgt, dass die zuständige Gemeinde zunächst festzustellen hat, ob ein atypischer Fall vorliegt. Die Behörde hat zu prüfen, ob ein Sachverhalt vorliegt, der es gebietet, dass der freie Träger mehr an Betriebskosten bekommt als die zuständige Gemeinde für eigene Einrichtungen aufwendet. Der Gesetzgeber nimmt den Kostenaufwand für die kommunalen Betreuungsangebote zum Maßstab und stellt die Regel auf, dass es grundsätzlich nicht im öffentlichen Interesse liegt, Kindertagesbetreuung in freier Trägerschaft, die höhere Betriebskosten verursacht, zu finanzieren. Etwas anderes gilt, wenn ein Sonderfall vorliegt, etwa, weil ein freier Träger ein besonderes Betreuungsangebot vorhält, an dessen Aufrechterhaltung ein besonderes Interesse besteht. Dabei sind zum Beispiel Fälle der Abdeckung einer speziellen Bedarfssituation in räumlicher Hinsicht oder auch wegen besonderer kultureller Bedürfnisse denkbar.

Ist die Behörde zum Ergebnis gelangt, dass der die zu prüfende Kindertageseinrichtung betreffende Sachverhalt vom Normalfall der in freier Trägerschaft geführten Kindertageseinrichtungen abweicht, hat sie unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, ob die zu erstattenden Betriebskosten die von § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG gezogene Grenze übersteigen können. Dabei hat sie auf Grundlage des hinreichend ermittelten Sachverhalts vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die öffentlichen Interessen und die Interessen des freien Trägers zu erkennen, sie zu gewichten und gegeneinander abzuwägen.

(2) Diesen Anforderungen an die Feststellung der erstattungsfähigen Betriebskosten ist die Beklagte nicht gerecht geworden.

Sie hat zunächst nicht geprüft, ob die vom Kläger geltend gemachten Mehrausgaben ihrer Geschäfts- und Verwaltungskosten zu den erforderlichen Betriebskosten im Sinne des § 18 Abs. 4 Satz 1, Abs. 8 Satz 1 ThürKitaG gehören. Sie hat nicht den nachvollziehbaren, konkret entstandenen Bedarf nach den oben dargestellten Maßgaben auf seine Angemessenheit hin überprüft, sondern sie hat sich zur Feststellung der Erforderlichkeit pauschaler Eckwerte bedient, die sie einer nach Inkrafttreten des ThürKitaG nicht mehr anwendbaren Förderrichtlinie entnommen hat. Ihren von § 18

Abs. 8 ThürKitaG eröffneten Beurteilungsspielraum hat sie nicht erkannt. Zwar hat die Beklagte die von ihr gewährte Pauschale mit Blick auf den erhöhten Verwaltungsaufwand des Klägers als Stiftung in geringem Umfang „aufgestockt“, gleichwohl hat sie die von § 18 Abs. 8 ThürKitaG vorgesehene Erforderlichkeitsprüfung nicht vorgenommen, da sie vom Grundsatz der Pauschalierung nicht abgewichen ist.

Auch den weiteren, vom Gesetz vorgesehenen Prüfungsschritt hat die Beklagte nicht durchgeführt. Auf Grundlage ihrer Annahme, aus der Bestimmung der Erforderlichkeit nach § 18 Abs. 8 ThürKitaG ergebe sich die Höhe des pauschal zu gewährenden Geschäfts- und Verwaltungskostenanteils an den Betriebskosten, hat die Beklagte § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG nicht angewendet. Dafür fehlten ihr zudem auch schon die Voraussetzungen, da sie die hier anzusetzenden Kosten für den Vergleich mit den eigenen Einrichtungen nicht ermittelt, jedenfalls aber nicht berücksichtigt hat. Das Vorliegen eines Sonderfalles, der eine höhere Kostenerstattung gebieten könnte, hat die Beklagte nicht geprüft; das ihr nach § 18 Abs. 4 Satz 3 zustehende Ermessen bereits nicht in Betracht gezogen.

(3) Der Senat ist, soweit der Kläger die Änderung der zwischen den Beteiligten geschlossenen Betriebskostenvereinbarungen mit dem Ziel einer Anpassung der Betriebskostenersatzansprüche für die Jahre 2007 bis 2014 begehrt, gehindert, abschließend zu entscheiden, da die Sache insoweit nicht spruchreif ist.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anpassungsanspruches gemäß § 16 Abs. 9 der Erstattungsvereinbarungen sind erfüllt. Dem Kläger kann hier auch nicht die in den Erstattungsvereinbarungen unter § 16 Abs. 9 enthaltene Regelung entgegengehalten werden, nach der eine Änderung des Vertrages mit dem Ziel des Ausgleichs von Mehrausgaben bis spätestens 31. Dezember des betreffenden Jahres durchzuführen ist. Der Kläger hat bereits im Jahr 2007 seine Ausgleichsforderungen erhoben und nachdem die Beklagte dem Ansinnen nicht entsprochen hat, auch erstmalig klageweise geltend gemacht. Die die nachfolgenden Haushaltsjahre betreffenden Anpassungsbegehren wurden jeweils in das Klageverfahren einbezogen. Der Kläger hat das zur Sicherung seines Anpassungsanspruches Erforderliche getan. Gleichwohl sieht sich der Senat daran gehindert, in der Sache durchzuentscheiden.

Zwar ist die Regelung des § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, nach der das Gericht mangels Spruchreife der Sache die Verpflichtung ausspricht, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden, soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, nicht unmittelbar anwendbar, denn der Kläger macht hier sein Begehren prozessual sachgerecht in Form der allgemeinen Leistungsklage - also nicht im Wege einer auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichteten Verpflichtungsklage - geltend. Hängt aber die begehrte Leistung von einer Ermessensentscheidung ab, ist § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO entsprechend anzuwenden. Ohne die Möglichkeit eines derartigen Bescheidungsurteils wäre der Rechtsschutz bei der allgemeinen Leistungsklage lückenhaft, der Zweck des § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, die Behörden auch bei ungebundenem, freilich fehlerhaften Verwaltungshandeln einer richterlichen, rechtskraftfähigen Weisung zu unterwerfen, trifft auch für diese Fälle zu (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8. Februar 1977 - IX 638/76 - JuS 1977 S. 771; vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. § 113 Rdn. 2).

So liegt der Fall hier. Der Anspruch des Klägers, in einem den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Verwaltungsverfahren die Höhe des Betriebskostenanteils festzustellen, der zum Gegenstand der von § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG vorgesehenen Vereinbarung gemacht werden kann, ist nicht erfüllt, weil die Beklagte weder den ihr nach § 18 Abs. 8 ThürKitaG zustehenden Beurteilungsspielraum, noch den Ermessensspielraum nach § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG erkannt und ausgeübt hat. Dies kann durch das Gericht nicht ersetzt werden.

Die Beklagte hat, wie dargelegt, weder nach den im Rahmen des § 18 Abs. 8 ThürKitaG zu beachtenden Maßgaben unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes die ersatzfähigen Betriebskosten geprüft, noch die nach der Vorschrift des § 18 Abs. 4 Satz 3 ThürKitaG Prüfungsschritte durchgeführt. Nach eigenem Bekunden fehlt es der Beklagten bereits an einer geeigneten Erfassung, bzw. Auswertung des finanziellen Aufwandes, den sie als Betriebskostenanteil für eigene Kindertageseinrichtungen einsetzt. Die vollständige Erfassung und differenzierte Aufschlüsselung der eigenen Betriebskosten ist jedoch zwingende Voraussetzung für die vom Gesetz geforderte Feststellung, ob die vom freien Träger geforderten Betriebskosten den durch den finanziellen Aufwand für den eigenen Betriebskostenanteil gezogenen Rahmen überschreiten und ein atypischer Sonderfall

vorliegt, der eine Ermessensentscheidung über die Gewährung eines höheren Betriebskostenanteils gebietet. Insgesamt ist ein umfangreiches, hochkomplexe Abwägungen erforderndes und eine Vielzahl von Interessen berührendes Verwaltungsverfahren durchzuführen, dessen Durchführung das der Beklagten zur Verfügung stehende Datenmaterial und Spezialwissen bedarf; in solchen besonders gelagerten Fällen ist es nicht Aufgabe der Gerichte, das Verwaltungsverfahren zu ersetzen (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. April 1989 - 4 C 52/87 - juris; Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. § 113 Rdn. 198; Bader/Funke-Kaiser u. a., VwGO, 5. Aufl., § 113 Rdn. 101).

Die Klage ist unbegründet, soweit der Kläger für die Abrechnungszeiträume ab 2007 Zinsansprüche wegen der nicht erfolgten Anpassung der Betriebskostenersatzansprüche geltend macht. Da keine konkret bezifferte Forderung fällig geworden ist, sind die Voraussetzungen für einen Zinsanspruch bislang nicht gegeben.

2. Die unter 3. gestellten Klageanträge sind unzulässig.

a. Der zu 3. a. gestellte Feststellungsantrag, der im Wesentlichen zukünftig entstehende Personalkosten für die allgemeine Verwaltung betrifft, ist unzulässig.

Gemäß § 43 Abs. 1 1. Alt. VwGO kann mit der Feststellungsklage die Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. Unter einem Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aufgrund der Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen konkreten Sachverhalt für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht (Urteil des Senats vom 16. Oktober 2013 - 3 KO 899/11 -).

Entscheidend ist, dass Gegenstand der Feststellungsklage ein Streitiges konkretes Rechtsverhältnis sein muss, d. h. es muss "in Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten bereits übersehbaren Sachverhalt Streitig" sein (BVerwG, Urteile vom 25. März 2009 - 8 C 1.09 - juris, vom 13. Oktober 1971 - 6 C 57.66 - BVerwGE 38, 346 und vom 30. Mai 1985 - 3 C 53.84 - BVerwGE 71, 318; Beschluss vom 12. November 1987 - 3 B 20.87 - Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 97, jeweils m. w. N.). Unabhängig von der Frage der Konkretisierung des Rechtsverhältnisses setzt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis voraus, dass zwischen den

Parteien dieses Rechtsverhältnisses ein Meinungsstreit besteht, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können. Es müssen sich also aus dieser Rechtsbeziehung heraus bestimmte Rechtsfolgen ergeben können, was wiederum die Anwendung von bestimmten Normen auf den konkreten Sachverhalt voraussetzt (BVerwG, Urteil vom 25. März 2009 - 8 C 1.09 - a. a. O., m. w. N.).

Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Die Frage, ob die im Rahmen der - hier streitigen - Anwendung des § 18 Abs. 8 ThürKitaG zu bestimmenden grundsätzlich ersatzfähigen Betriebskosten den vom Kläger bezeichneten Personalkostenanteil für bestimmte Verwaltungsaufgaben enthalten, stellte sich im bisherigen Verwaltungsstreitverfahren nicht. Dies wird die Beklagte bei Anwendung der Norm nach den durch den Senat aufgezeigten Maßgaben zu prüfen haben. Insofern handelt es sich bei dem vom Kläger gestellten Antrag um eine vorbeugende Feststellungsklage, die nur unter engen - hier nicht gegebenen - Voraussetzungen zulässig ist. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2015 - 3 B 6/14 -, Rdn. 14 juris) führt dazu aus:

„...Es handelt sich mithin um eine vorbeugende Feststellungsklage, für die ein spezielles, auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse erforderlich ist. Dieses ist gegeben, wenn der Betroffene nicht in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz gegen die befürchtete Beeinträchtigung verwiesen werden kann.“

Hier ist es dem Kläger zuzumuten, die Entscheidung der Beklagten über die Erstattungsfähigkeit der genannten Kostenpositionen abzuwarten und sodann Rechtsbehelfe zu ergreifen.

b. Nichts anderes gilt für die mit dem Antrag zu 3. b. begehrte Feststellung, dass die Beklagte alle Kosten als erforderlich anerkennt, die aus Anlass der Kündigung von Arbeitnehmern entstehen.

Auch hier fehlt es bereits an einem der Feststellung gemäß § 43 Abs. 1 VwGO zugänglichen Rechtsverhältnis. Ein entsprechender Sachverhalt, der Grundlage der streitigen Anwendung einer Rechtsnorm sein kann, liegt nicht vor. Der Kläger macht hier keine Kosten, die im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitnehmern stehen, geltend. Ihm ist zuzumuten, eine Entscheidung abzuwarten und gegebenenfalls das gegebene Rechtsmittel zu ergreifen. Dabei ist anzumerken, dass § 15

Abs. 6 der im Mai/Juni 2007 geschlossenen Vereinbarungen bereits eine Regelung der Übernahme von Kosten, die im Zusammenhang mit Kündigungen und arbeitsgerichtlichen Verfahren entstehen, enthält. Ob diese Vereinbarung Grundlage der vom Kläger dargestellten Ansprüche sein kann, wird im Streitfalle zu klären sein.

c. Auch der auf die Feststellung, dass die Erstattungsvereinbarung nur auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden könne und hinsichtlich ihres Bestandes nur von der Existenz der Betriebserlaubnis abhängig sei, gerichtete Feststellungsantrag zu 3. c. ist unzulässig. Ein schützenswertes Interesse daran, dass diese Frage geklärt wird, bevor sie auf Grundlage eines konkreten Sachverhaltes zum Gegenstand einer konkreten Vertragsauslegung geworden ist, besteht nicht.

Die Feststellungsanträge zielen letztlich darauf, inhaltliche Vorgaben für die nach § 18 Abs. 4 Satz 2 ThürKitaG zukünftig zu schließenden Erstattungsvereinbarungen zu machen. Dies übersteigt jedoch die Kompetenzen des Gerichts und ist nicht seine Aufgabe.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO.

4. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO, §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO in entsprechender Anwendung.

5. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 132 Abs. 2 VwGO).

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist beim

Thüringer Oberverwaltungsgericht

Kaufstraße 2 - 4

99423 Weimar

durch einen Rechtsanwalt oder eine andere nach näherer Maßgabe des § 67 Abs. 2 und Abs. 4 Verwaltungsgerichtsordnung zur Vertretung befugte Person einzulegen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Thüringer Oberverwaltungsgericht einzureichen. In der Begründung muss entweder

die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden

oder

die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung, oder

ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Bathe

Peters

Thull