



Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

Az.: 3 K 1064/13

Niedergelegt in unvollständiger Fassung
auf der Geschäftsstelle am: 24.07.2014

gez. Adamietz
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes!
Urteil**

In der Verwaltungsrechtssache

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die C-Straße, Bremen,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat das Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 3. Kammer - durch Richter Wehe, Richter Vosteen und Richterin Kehrbaum sowie den ehrenamtlichen Richter Dohrand und die ehrenamtliche Richterin Hotze aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2014 für Recht erkannt:

Der Bescheid vom 16.7.2013 wird aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des gerichtskostenfreien Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

gez. Wehe

gez. Vosteen

gez. Kehrbaum

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen einen Bescheid, mit der ihr die Genehmigung für privatrechtlich vereinbarte Zusatzentgelte für Kindertagespflege teilweise verwehrt wurde.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die von den Gesellschafterinnen R. B. und A. W. geführt wird. Beide sind Inhaberinnen einer Erlaubnis zur Ausübung von Kindertagespflege für jeweils sechs Kinder, zusammen jedoch nicht mehr als acht Kinder gleichzeitig. Die Klägerin führt eine Großkindertagespflegestätte und beschäftigt zusätzlich zwei Mitarbeiterinnen auf 450-Euro-Basis.

Mit Verwaltungsvorschrift vom 14.2.2013 (verkündet am 8.4.2013, Brem.Abl. 2013 Nr. 77, 259) führte die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen eine Genehmigungspflicht für die Vereinbarung von Zusatzbeiträgen zwischen Eltern und Tagespflegepersonen ein. Die Verwaltungsvorschrift nimmt Bezug auf § 13 des Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes im Lande Bremen (BremAGKJHG) vom 17.9.1991, wonach der Senator für Jugend und Soziales als obere Landesbehörde die Leistungen bei Tagespflege durch Verwaltungsvorschrift regelt. Am 4.7.2013 beantragte die Klägerin durch ihre Gesellschafterin Frau B. bei der Beklagten die Genehmigung zusätzlicher Geldleistungen iHv. Euro pro Monat für ein in Vollzeit (40

Stunden) betreutes Kind, bei einem in Teilzeit betreuten Kind „entsprechend weniger“. Beigefügt war eine Aufstellung, aus welchen Kostenpunkten sich dieser Betrag zusammensetzt.

Mit Bescheid vom 16.7.2013 lehnte die Beklagte die Genehmigung der geltend gemachten Zusatzbeiträge teilweise ab. Zur Begründung führte sie aus, private Zuzahlungen von Eltern seien nicht mehr vorgesehen. Deren Kostenbeteiligung richte sich allein nach § 90 SGB VIII und werde in Bremen durch die Beitragsordnung geregelt. Die Beitragsordnung mit ihren Anlagen sei ein von der Bürgerschaft beschlossenes Ortsgesetz und damit nicht frei auszugestalten. Bei dem von der Klägerin beschriebenen Angebot handele es sich überwiegend nicht um ein besonderes Angebot, das zusätzliche Geldleistungen iHv. Euro monatlich rechtfertige. Die geltend gemachten Kosten für Porzellangeschirr, Mehraufwand an Wäsche, vermehrte Arbeitszeit durch Einkauf, erforderliche Hygieneschulungen, Material zur Erfüllung von Hygieneauflagen und Bildung von Rücklagen seien durch die von der Beklagten gewährte Sachkostenpauschale gedeckt. Von der Sachkostenpauschale hingegen nicht gedeckt seien die Kosten für Ökologisches Essen, Schwimmen, Ausflüge sowie kleine Geschenke. Diese Ausgaben seien den Eltern mitzuteilen und von diesen zu erstatten. Der Betrag dürfe jedoch nicht auf den Stundensatz verteilt werden und nicht höher sein, als die tatsächlich entstandenen Kosten. Ein besonderes Angebot sei aber die Drittkraft in der externen Kindertagespflege, da sie mehr Differenzierungsmöglichkeiten biete, krankheitsbedingte Ausfälle vermieden würden und eine vertraute Person im Vertretungsfalle zur Verfügung stehe. Die Ausgaben für die Drittkraft könnten maximal bis zur Verdienstgrenze für Geringverdiener plus Sozialbeiträge auf die Eltern umgelegt werden. Zwei Kräfte müssten sich diesen Betrag teilen. Über einen Mietkostenzuschuss für erhöhte Mietkosten werde noch gesondert entschieden.

Hiergegen hat die Klägerin am 16.8.2013 Klage erhoben und erneut eine detaillierte Kostenaufstellung vorgelegt. Sie trägt zur Begründung vor, die Gesellschafterinnen der Klägerin seien selbständig tätige Kindertagespflegepersonen. Sofern die Klägerin Mittel aus öffentlicher Hand nach § 23 SGB VIII beziehe, sei sie daher lediglich verpflichtet, dem Betreuungsauftrag iSd. § 23 SGB VIII nachzukommen. Im Übrigen sei sie frei in der Gestaltung ihres Konzepts und der damit verbundenen Kosten. Das Konzept sei von der Beklagten für gut befunden worden. Es könne nur mit den Elternbeiträgen aufrechterhalten werden. Die Eltern seien sämtlich bereit, die Zusatzbeiträge zu zahlen; dabei seien diese frei in ihrer Entscheidung, die Zusatzvereinbarung zu unterzeichnen. Mit der Genehmigungspflicht versuche die Beklagte, das Wesen der selbständigen Tätigkeit einzuschränken. Das Wesen der Selbstständigkeit verbiete es aber, dass die

Beklagte allein aus dem Grund, dass sie die Klägerin fördere, die Erhebung von Zusatzbeiträgen dem Grund und der Höhe nach verbiete. Wie bei einer Wirtschaftsförderung könne die Förderung allenfalls dazu führen, dass die Beklagte die Verwendung der Mittel bestimme, nicht aber das gesamte Konzept in Frage stelle. Eine vertragliche Abrede zwischen Klägerin und Beklagter, von Eltern keine Zusatzbeträge zu verlangen, gebe es nicht. Vielmehr seien Eltern und Kindertagespflegeperson in der Ausgestaltung ihrer zivilrechtlichen Verträge frei. Eine Begrenzung finde sich in den Regelungen des SGB VIII nicht. Der Gesetzgeber untersage die Vereinbarung zusätzlicher Beiträge nicht ausdrücklich. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die Beklagte gem. § 24 SGB VIII verpflichtet sei, dem seit 1.8.2013 bestehenden Rechtsanspruch auf Kinderbetreuung nachzukommen. Private Zuzahlungen seien dafür zwar nicht vorgesehen, da die Kostenbeteiligung sich bei Erfüllung dieses Anspruchs allein nach § 90 SGB VIII richte. Es bestehe aber nicht die Möglichkeit, die Leistung nach § 23 SGB VIII von einem Verzicht auf Zuzahlungen abhängig zu machen. Eine hierfür erforderliche bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage ergebe sich auch nicht aus § 23 Abs. 2a SGB VIII. Hierin werde gerade nichts darüber gesagt, welchen Betrag eine Kindertagespflegeperson privatrechtlich verlangen könne. Es gehe hierin lediglich darum, den öffentlich-rechtlichen Förderbetrag leistungsgerecht auszugestalten. Die Verwaltungsvorschrift vom 14.2.2013 sei rechtswidrig und verstoße gegen höherrangiges Recht.

Die Untersagung von Zusatzvereinbarungen beeinträchtige die Gesellschafterinnen der Klägerin in ihrer freien Berufsausübung nach Art. 12 GG. Es sei mit der geleisteten Sachkostenpauschale nicht möglich, Investitionen wieder einzunehmen oder Rücklagen zu bilden. Die Klägerin könne daher für ihre weitere Existenzgrundlage nicht sorgen. Die Gesellschafterinnen trügen das volle finanzielle Risiko dafür, mit den Einnahmen die laufenden Kosten und ihren Lebensunterhalt zu decken. Die Beklagte gewähre auch keine konstante Auslastung, vielmehr seien in der Stadtgemeinde Bremen mehr Tagespflegeplätze vorhanden, als belegt werden könnten und es würden laufend neue Tagespflegepersonen ausgebildet. Die Praxis der Genehmigungspflicht sei intransparent und bereits deswegen rechtswidrig. Dem Einwand der Beklagten, die Erhebung von Zusatzbeiträgen durch die Tagespflegepersonen sei intransparent, könne dadurch begegnet werden, dass diese grundsätzlich anzeigepflichtig sei und durch ein Konzept oder eine Berechnung untermauert würden. Selbstverständlich stehe es der Beklagten frei, die Klägerin nachrangig zu vermitteln, wenn deren Angebot teurer als andere Angebote sei.

Die Klägerin hat zunächst schriftsätzlich beantragt,

unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 16.7.2013 festzustellen, dass die Entgegennahme von zusätzlichen Geldleistungen der Eltern für die Kindertagespflegestelle der Klägerin nicht durch die Beklagte genehmigungsfähig ist,

hilfsweise,

die Beklagte zu verpflichten, die Klägerin unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Sie beantragt nunmehr,
den Bescheid vom 16.7.2013 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie verweist hinsichtlich der einzelnen geltend gemachten Kostenpositionen auf eine Stellungnahme ihrer zuständigen Fachbehörde vom 28.11.2013. Sie ist der Auffassung, die Klägerin sei zwar frei in der Ausgestaltung ihres Konzepts, jedoch nicht in der Gestaltung der damit verbundenen Kosten. Die Beklagte sei gem. §§ 23 und 26 SGB VIII befugt, Regelungen zu den Aufgaben und Leistungen in den §§ 22 - 25 SGB VIII zu treffen und die laufenden Geldleistungen für die Kindertagespflege festzulegen. Somit könne die selbständige Tätigkeit ebenso wie in anderen Bereichen eingeschränkt werden, wenn dies EU-, Bundes-, Landes oder Ortsrecht bestimme, z.B. die Lebensmittelhygieneverordnung beim Bäcker. Die Tagespflegepersonen trügen auch nicht das volle finanzielle Risiko für ihr Angebot, vielmehr würden zum einen Zuwendungen zu Investitionen, zum anderen bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Pflegegeld gem. § 13 BremAGKJHG gezahlt. Die Verwaltungsvorschrift vom 14.2.2013 sei nicht rechtswidrig. Die Erhebung zusätzlicher Geldleistungen sei weder im Landes- noch im Ortsrecht gestattet und auch im SGB VIII nicht vorgesehen. Tagespflegeangebote, die Zusatzzahlungen der Eltern vorsähen, erfüllten den Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung unter dreijähriger Kinder nicht vollumfänglich. Gleichwohl werde dies von der Beklagten nicht generell verboten. Die Verpflichtung der Beklagten, Eltern gem. § 24 SGB VIII über das vorhandene Tagespflegeangebot zu informieren und bei der Auswahl zu beraten, berechtere sie, von den Tagespflegepersonen eine transparente, nachvollziehbare und schlüssige Ableitung der zusätzlich geforderten Geldleistungen zu verlangen, auf deren Grundlage den Eltern bestätigt werden könne, dass tatsächlich ein über den Standard hinausgehendes

Angebot vorgehalten werde. Durch die Genehmigungspraxis habe vermieden werden sollen, dass Tagespflegepersonen, die Zusatzbeiträge erhöhen, nachrangig vermittelt würden. Die Genehmigung sei auch deswegen erforderlich, damit sichergestellt werden könne, dass nicht ein von der Bezuschussung ausgeschlossenes privat-gewerbliches Angebot der Kindertagesbetreuung betrieben werde. Mit der Genehmigungspflicht mache die Beklagte von ihrem Recht aus dem SGB VIII Gebrauch, das Nähere zur Kindertagesbetreuung zu regeln. Es werde davon ausgegangen, dass das Tagespflegegeld den tatsächlichen Bedarfen entspreche. Der überwiegende Teil der Tagespflegepersonen habe nämlich gar keinen Antrag gestellt (26 von 317, davon lediglich 5 mit überhöhten Forderungen zusätzlicher Geldleistungen). Schließlich habe die Klägerin weder die Bereitschaft der Eltern zur Zahlung der Zusatzbeiträge noch eine Lücke zwischen Sachkostenpauschale und tatsächlich entstehenden Kosten aufgezeigt.

Ferner trägt die Beklagte vor, die Selbstständigkeit der Tagespflegepersonen unterscheide sich von anderen selbständigen Tätigkeiten dadurch, dass diese laufende Leistungen gem. § 23 Abs. 2 SGB VIII erhielten. Die Klägerin habe die Möglichkeit, die durch Erlaubnis vorgesehene Anzahl von Kindern auf privatrechtlicher Basis zu betreuen. Allerdings könne nicht gleichzeitig eine Betreuung von nach § 23 Abs. 2 SGB VIII geförderten und von nicht geförderten Kindern erfolgen. Ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung durch die Ablehnung der Zusatzbeiträge finde insoweit nicht statt, da eine privatrechtliche Betreuung nach wie vor möglich bleibe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet. Der Bescheid ist rechtswidrig. Mangels Ermächtigungsgrundlage kann die Beklagte die Vereinbarung von Zusatzbeiträgen keiner Genehmigungspflicht unterwerfen.

1.

Die Klage ist als Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO zulässig, insbesondere statthaft. Soweit die Klägerin bei Klageerhebung darüber hinaus noch einen Antrag auf Feststellung gestellt hat, dass privatrechtliche Zusatzvereinbarungen keiner Genehmigungspflicht unterliegen, liegt in dem nunmehr gestellten Antrag nach Auffassung der Kammer weder eine Klageänderung nach § 91 VwGO noch eine

Teilrücknahme nach § 92 VwGO. Vielmehr handelt es sich um eine Klarstellung des Klagebegehrens.

2.

Die Anfechtungsklage ist begründet. Der Bescheid vom 16.7.2013 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Beklagten steht keine Ermächtigungsgrundlage für die Etablierung einer Genehmigungspflicht privatrechtlicher vereinbarter Zusatzbeiträge zur Verfügung, die unter Beachtung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes genügt.

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf jeder Verwaltungsakt, der in Rechte des von ihm Betroffenen gestaltend eingreift, einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Ermächtigungsgrundlage ist eine Norm, die der Behörde nicht nur eine bestimmte Aufgabe zuweist, sondern ihr die Befugnis zur infrage stehenden Maßnahme und zu den damit verbundenen Grundrechtseingriffen gibt. Unzulässig ist insbesondere der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis. Greift eine Maßnahme in Grundrechte ein, dürfen die Behörden Verwaltungsakte grundsätzlich nur aufgrund einer ausdrücklichen, inhaltlich hinreichend bestimmten Ermächtigung in einem förmlichen Gesetz erlassen (Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage 2013, § 42, Rn. 125). Sieht das einschlägige Grundrecht dies vor („aufgrund Gesetzes“), kann die Ermächtigungsgrundlage auch in einer Rechtsverordnung oder Satzung liegen. Unberührt davon bleibt jedoch die Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber die grundrechtswesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind (Manssen in: v. Mangoldt, Klein, Starck, GG Kommentar, Art. 12, Rn. 117). Je wesentlicher eine Angelegenheit für die Bürger und/oder die Allgemeinheit ist, desto höhere Anforderungen werden an den Gesetzgeber gestellt. Je nachhaltiger also die Grundrechte des einzelnen Bürgers betroffen oder bedroht sind, desto präziser und enger muss die gesetzliche Regelung sein (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage 2011, § 6, Rn. 11b). Die Kammer lässt offen, ob sich ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt bereits aus § 31 SGB I ergibt, wonach Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuchs nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden dürfen, soweit ein Gesetz dies vorschreibt oder zulässt.

Jedenfalls greift die Einführung einer Genehmigungspflicht für privatrechtliche Zusatzvereinbarungen in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG ein **(2.1.)**. Hierfür steht der Beklagten keine den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie genügende Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung **(2.2.)**.

2.1.

Der Bescheid greift in das Grundrecht der Klägerin auf Freiheit der Berufsausübung in Art. 12 Abs. 1 GG ein. Hiernach haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Dabei ist Beruf eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage. Kindertagespflege ist ein Beruf, der von den Tagespflegepersonen in selbständiger Tätigkeit ausgeübt wird.

Der Berufsbegriff ist nicht personal gebunden und gilt auch für juristische Personen, demnach auch für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wie die Klägerin. Dies folgt aus Art. 19 Abs. 3 GG. Hiernach gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist daher auch für juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen stehen (BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 17.10.2007 - 2 BvR 1095/05 mwN.). Dies ist insbesondere bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Fall. Bei dieser erfolgt die Berufsausübung faktisch durch die beiden Gesellschafterinnen selbst, die sich lediglich in finanzieller Hinsicht Kosten, Risiken und Gewinne teilen.

Die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin ist betroffen, wenn die Beklagte die Vereinbarung von Zusatzbeiträgen einer Genehmigung unterwirft und gegenüber der Klägerin die Genehmigung versagt. Die Berufsausübungsfreiheit ist weit zu interpretieren (Manssen in: v. Mangoldt, Klein, Starck, GG Kommentar, Art. 12, Rn. 66). Berufsausübung umfasst alle genuin tätigkeitsbezogenen Aspekte des Berufs, also Form, Inhalt, Bezeichnung, die in Anspruch genommenen Mittel, Ort, zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Umfang, Werbung und Außendarstellung, v.a. bei Selbständigen der Abschluss von Verträgen unter Einschluss der Freiheit, Entgelte für Leistungen, - d.h. Preise - selbst festzulegen bzw. auszuhandeln (BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 - 1 BvR 2576/04 - BVerfGE 117, 163; Kämmerer in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 27, jeweils mwN.). Insbesondere bei Selbständigen gründet die berufliche Tätigkeit in weitem Umfang auf dem Abschluss von Verträgen. Die Freiheit zum Vertragsschluss ist daher, wenn eine spezifische Verbindung mit der beruflichen Tätigkeit besteht, von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst. Die Vertragsfreiheit wird von Art. 12 Abs. 1 GG umschlossen, wenn eine gesetzliche Regelung sie gerade im Bereich beruflicher Betätigung betrifft; der allgemein subsidiäre Art. 2 Abs. 1 GG scheidet dann als Prüfungsmaßstab aus (Kämmerer in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 44 mwN).

Gemessen an diesen Grundsätzen betrifft die Genehmigungspflicht die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin. Es liegt eine spezifische Verbindung mit der beruflichen Tätigkeit vor. Die Beklagte macht solche privatrechtlichen Verträge von einer Genehmigung abhängig, mit denen sich die Klägerin ein nach ihren Angaben besonderes Leistungsangebot im Rahmen der Kindertagespflege extra vergüten lässt. Die Zusatzbeiträge sind eng mit der beruflichen Tätigkeit verknüpft. Dies gilt nicht nur für solche Angebote, die auch nach Ansicht der Beklagten ein besonderes Angebot darstellen (z.B. Ausflüge oder Eintritte), sondern auch für solche, die nach Ansicht der Beklagten durch die Sachkostenpauschale abgedeckt sein sollen. Zwar erhält die Klägerin für solche Ausgaben bereits durch die Beklagte eine Vergütung. Sie trägt allerdings vor, dass ihre wirtschaftliche Konzeption darauf ausgerichtet sei, von den Eltern Zusatzbeiträge zu verlangen. Sie legt daher, soweit sie über den von der Beklagten gewährten Tagespflegesatz hinausgehen, die Preise für ihre Leistung selbst fest (so auch VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 15.11.2013 - 12 S 352/12 - juris Rn. 46). Insoweit liegt auch der Vergleich mit einer ärztlichen Tätigkeit nahe, für die der Arzt nach einem auf dem SGB V beruhenden gesetzlich vorgeschriebenen Leistungskatalog die Leistungen abrechnet und über die Kassenärztliche Vereinigung vergütet bekommt. Daneben ist eine privatärztliche Tätigkeit sowohl hinsichtlich gesetzlich als auch privat versicherter Patienten möglich.

Die Genehmigungspflicht und damit verbundene Versagung der Genehmigung greift in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin ein. Erfasst werden alle unmittelbaren, ziel- und zweckgerichteten Eingriffe, aber auch mittelbare, faktische oder nicht-finale Beeinträchtigungen. Hierfür verlangt das Bundesverfassungsgericht eine subjektiv oder objektiv berufsregelnde Tendenz. Liegt eine solche nicht vor, kommt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Hier liegt eine subjektiv berufsregelnde Tendenz vor. Eine Maßnahme hat dann subjektiv berufsregelnde Tendenz, wenn sie gerade auf die Regelung der Berufsausübung abzielt, wenn also eine berufliche Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden oder dafür gesorgt werden soll, dass sie nicht in einer bestimmten Weise ausgeübt wird (zum Ganzen Kämmerer in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 46). Die Beklagte verhindert mit ihrer Genehmigungspflicht bzw. der damit verbundenen Genehmigungsuntersagung, dass die Klägerin für ein von ihr als über den Standard hinausgehend angesehenes Angebot die Höhe der Zusatzbeiträge frei gestalten kann. Damit verfolgt sie nach eigenen Angaben das Ziel, Zusatzbeiträge von Tagespflegepersonen zu verhindern. Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 3.7.2014 vorträgt, es liege kein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung vor, da die Klägerin auf privatrechtlicher Basis und von der

Beklagten ungefördert tätig sein könne, ist dieser Vortrag zum einen widersprüchlich. Mit Schriftsatz vom 5.12.2013 hat die Beklagte nämlich vorgetragen, die Genehmigungspflicht sei auch eingeführt worden, damit es neben geförderter Kindertagesbetreuung ein privatgewerbliches Angebot gerade nicht mehr gebe. Zum anderen kann vor dem Hintergrund des Betreuungsanspruchs aus § 24 SGB VIII nicht davon ausgegangen werden, dass es hierfür noch eine Nachfrage gibt, die zur Sicherung einer ausreichenden Existenzgrundlage geeignet wäre.

2.2.

Für den Eingriff steht der Beklagten unter Berücksichtigung des Grundrechtseingriffs keine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung.

Gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Zwar ist damit nicht notwendigerweise ein förmliches Gesetz erforderlich, es reicht auch („aufgrund eines Gesetzes“) eine Satzung oder Verordnung. Es reicht jedoch nicht eine Verwaltungsvorschrift wie die von der Beklagten herangezogene Verwaltungsvorschrift vom 14.2.2013 (verkündet am 8.4.2013, Brem. Abl. 2013, Nr. 77, 259). Bei Verwaltungsvorschriften handelt es sich um Innenrecht. Sie sind grundsätzlich mangels Außenwirkung keine auf den Bürger unmittelbar wirkenden Rechtsnormen.

Die in der streitgegenständlichen Verwaltungsvorschrift ebenfalls bestimmte Höhe der für die Kindertagespflege zu gewährenden Leistungen lässt sich über § 26 SGB VIII iVm. § 13 BremAGKJHG herleiten. Zu weitergehenden Regelungen ermächtigt § 13 BremAGKJHG jedoch nicht. Insoweit beruht der Genehmigungsvorbehalt nicht den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie entsprechend auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, sondern auf einer Entscheidung der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen.

Unerörtert bleiben kann, ob es insoweit einer bundesgesetzlich normierten Ermächtigungsgrundlage bedarf (dahingehend wohl die von der Klägerin überreichte gutachterliche Stellungnahme des Rechtsanwalts Bavink vom 01.05.2014 zum sogenannten „Zuzahlungsverbot“ in der Entwurfsfassung einer landesrechtlichen Regelung in Nordrhein-Westfalen vom 18.03.2014) oder eine landesrechtliche Regelung ausreicht (vgl. Grube in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Band 1, Stand Jan. 2014, § 23, Rn. 40f).

2.2.1.

Die Beklagte kann sich nicht auf § 23 SGB VIII berufen. In § 23 Abs. 2 SGB VIII werden die Elemente der an die Tagespflegeperson zu zahlenden laufenden Geldleistung benannt. Gemäß § 23 Abs. 2a SGB VIII wird die Höhe der laufenden Geldleistung von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe festgelegt. Hieraus lässt sich der Wille des Gesetzgebers ableiten, dass die gesamten Kosten der Kindertagespflege vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe übernommen werden (VG Köln, Beschl. v. 28.11.2013 - 19 L 1531/13 – juris Rn. 17; VG Aachen, Urt. v. 13.3.2012 - 2 K 1089/11 - juris Rn. 119; DIJUF-Gutachten v. 12.3.2013, J 5.320 B, JAmt 2013, Heft 07-08, 389; Wiesner, SGB VIII, § 23, Rn. 34a). Daraus folgt jedoch nicht die Unzulässigkeit privatrechtlicher Zusatzleistungen (so aber VG Aachen, Urt. v. 13.3.2012 - 2 K 1089/11 - juris Rn. 119; VG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.2013 - 19 K 3745/13 - juris Rn. 54ff; Fahlbusch, Anmerkung zu VG Stuttgart, Urt. v. 16.12.2011 - 7 K 956/10 - juris; a.A.: VG Stuttgart, Urt. v. 16.12.2011 - 7 K 956/10 – juris Rn. 62; vgl. auch VG Oldenburg, Urt. v. 21.2.2011 - 13 A 2020/20 - juris, Rn. 33 ff., das davon ausgeht, dass Jugendhilfeträger keinen Einfluss auf Vereinbarungen zwischen Eltern und TPP nehmen dürften, sondern diesen freigestellt sei, den Inhalt der privatrechtlichen Vereinbarungen frei zu bestimmen. Der Jugendhilfeträger müsse dann aber nicht jedes Betreuungsverhältnis öffentlich fördern.). Bei der Tagespflege tritt nämlich neben das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen dem Personensorgeberechtigten und dem Jugendhilfeträger noch ein privatrechtliches Rechtsverhältnis (Wiesner, SGB VIII, § 23, Rn. 10; a.A.: Fahlbusch, Anmerkung zu VG Stuttgart, Urt. v. 16.12.2011 - 7 K 956/10 - juris, der davon ausgeht, dass die Vergütung öffentlich-rechtlich überlagert sei und nicht privatrechtlich ergänzt oder modifiziert werden könne.). Dieses Rechtsverhältnis betrifft § 23 SGB VIII gerade nicht. Die Kindertagespflegeperson ist nach der derzeitigen Rechtslage nicht gehindert, im zivilrechtlichen Verhältnis zu den Eltern eigenständige Vergütungen zu vereinbaren (Grube in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Band 1, Stand Jan. 2014, § 23, Rn. 40). Aus § 23 SGB VIII lässt sich ein diesbezügliches Verbot bzw. ein Genehmigungsvorbehalt nicht ableiten.

Insbesondere erfordert die Wesentlichkeitstheorie im Hinblick auf den weitreichenden Grundrechtseingriff durch die Genehmigungspflicht, dass der Gesetzgeber die grundrechtswesentlichen Entscheidungen selber treffen muss. Zudem ist das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnde Bestimmtheitsgebot zu beachten. Es genügt nicht die sich aus dem Wortlaut von Art. 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII ableitbare Möglichkeit, dass private Zuzahlungen über den Kostenbeitrag nach § 90 SGB VIII hinaus nicht zulässig sind. § 23 SGB VIII trifft auch keine Aussage darüber, wie privatrechtliche Zusatzvereinbarungen zu verhindern sein sollen. Die Einführung einer

Genehmigungspflicht ist nur eine von verschiedenen denkbaren Möglichkeiten und folgt so nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Es bedürfte vielmehr einer ausdrücklichen gesetzlichen oder aufgrund eines Gesetzes erlassenen Regelung (so auch DIJUF-Gutachten vom 12.3.2013, JAmt Heft 07-08 2013, 388, 390; DIJUF-Gutachten vom 16.9.2013, JAmt, Heft 10 2013, 512; VG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.2013 - 19 K 6016/13 - juris Rn. 101f.; Grube in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Band 1, Stand Jan. 2014, § 23, Rn. 40f).

2.2.2.

Eine Ermächtigungsgrundlage liegt nicht in § 24 SGB VIII. Hierin wird der Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege geregelt.

Gem. § 24 Abs. 5 SGB VIII sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, Eltern oder Elternteile, die ein Betreuungsangebot iSd. Abs. 1 bis 4 (umfasst auch Kindertagespflege) in Anspruch nehmen wollen, über das Platzangebot im örtlichen Einzugsbereich und die pädagogische Konzeption der Einrichtungen zu informieren und sie bei der Auswahl zu beraten. Die Beratungspflicht kann nur hinreichend und umfassend ausgeübt werden, wenn die Beklagte über alle relevanten Umstände bei den Tagespflegepersonen informiert ist, etwa über die Erhebung zusätzlicher Elternbeiträge. Dennoch kann die Beklagte hieraus eine Genehmigungspflicht nicht ableiten. § 24 Abs. 5 SGB VIII betrifft nur das Verhältnis Eltern zu Jugendhilfeträger. Nur in diesem Rechtsverhältnis vermag die Norm Rechte und Pflichten zu begründen. Zudem ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass der Beratungspflicht genüge getan werden könnte, wenn die Tagespflegepersonen die Erhebung von Zusatzbeiträgen schlicht anzeigen müssten.

Durch § 24 Abs. 2 und Abs. 3 wird jeweils ein Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege für bestimmte Altersgruppen begründet. Die Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe besteht darin, dem Kind einen Betreuungsplatz zur Verfügung zu stellen bzw. ihm einen Platz in einer Einrichtung/ in der Kindertagespflege nachzuweisen. Der Anspruch ist mithin auf Verschaffung eines Betreuungsplatzes gerichtet, in dem das Kind entsprechend § 22 Abs. 1 SGB VIII gefördert wird. Dies geschieht im Kern durch Finanzierung der Förderung in einer Einrichtung oder in Kindertagespflege. Inhaber des Anspruchs ist das Kind (Grube in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Band 1, Stand I/14, § 24, Rn. 20 ff.). Der Rechtsanspruch ist nur dann vollumfänglich erfüllt, wenn die Leistungsberechtigten ausschließlich nach § 90 SGB VIII zu den Kosten der Leistung herangezogen werden. Bei der Schaffung einer bedarfsgerechten Vergütung sind private Zuzahlungen der Eltern grundsätzlich nicht vorgesehen; eine Kostenbeteiligung der Eltern richtet sich allein nach § 90 SGB VIII

(DIJUF-Gutachten v. 12.3.2013, JAmt, Heft 07-08 2013, 388, 389). Aus dem Umstand, dass die Beklagte den Rechtsanspruch nur erfüllt, wenn nur eine Kostenbeteiligung nach § 90 SGB VIII erfolgt, ergibt sich noch keine Regelung daraus, wie die Beklagte dies sicherzustellen hat. Auch diese Norm trifft keine Regelung im Verhältnis Tagespflegeperson – Eltern bzw. Tagespflegeperson – Jugendhilfeträger.

2.2.3.

§ 90 SGB VIII iVm. der Bremischen Beitragsordnung kommt als Ermächtigungsgrundlage ebenfalls nicht in Betracht. Gem. § 90 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII können für die Inanspruchnahme von Angeboten der Förderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege nach §§ 22 bis 24 SGB VIII Kostenbeiträge erhoben werden. Diese sind, soweit Landesrecht nichts anderes bestimmt, zu staffeln. § 90 SGB VIII eröffnet demnach für den Jugendhilfeträger die Möglichkeit, Kostenbeiträge zu erheben. Demnach steht das „Ob“ einer Erhebung im Ermessen des Jugendhilfeträgers. Eine abschließende Regelung über das „Wie“ der Gestaltung der Kostenbeitragspflicht, enthält § 90 SGB VIII damit nicht. Auch in der Zusammenschau mit der Bremischen Beitragsordnung ermächtigt § 90 SGB VIII die Beklagte im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie nicht zur Einführung der Genehmigungspflicht.

2.2.4.

Die Beklagte kann sich nicht auf § 26 SGB VIII berufen. Diese Norm regelt den Landesrechtsvorbehalt im Rahmen konkurrierender Gesetzgebung. Eine Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff selber kann § 26 SGB VIII daher nicht darstellen. Landesrechtliche Regelungen, die die Beklagte zur Genehmigung privatrechtlicher Verträge ermächtigen würde, sind nicht ersichtlich.

2.2.5.

Schließlich könnte sich die Beklagte auch nicht auf § 32 SGB I berufen. Hiernach sind privatrechtliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des Sozialleistungsberechtigten von Vorschriften dieses Gesetzbuchs abweichen, nichtig.

Die Vorschrift regelt das Verhältnis von Privatrecht und SGB in dem Sinne, dass die Normen des SGB nicht durch privatrechtliche Gestaltungen abbedungen werden können. § 32 SGB I steht privatrechtlichen Vereinbarungen im Wege, die zum Nachteil des Sozialleistungsberechtigten von den Vorschriften des SGB abweichen (Eichenhofer, SGB I, § 32, Rn. 1). Nachteilig ist eine Vereinbarung, wenn der Sozialleistungsberechtigte den sozialrechtlichen Vorteil, der ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes gewährt wird, nicht realisiert.

Es ist bereits fraglich, ob durch die privatrechtliche Vereinbarung von Zusatzbeiträgen in der Kindertagespflege tatsächlich Normen des SGB abbedungen wurden und so ein sozialrechtlicher Vorteil nicht realisiert werden konnte. Vor allem aber ist § 32 SGB I eine Norm, durch die die Wirkungen privatrechtlicher Verträge im Nachhinein vermieden werden können, nicht aber eine, die die zuständige Behörde im Vorhinein zum Einschreiten ermächtigt. § 32 SGB I stellt eine notwendige Ergänzung des § 134 BGB dar, der in einer Ergebniskontrolle die Prüfung ermöglicht, ob durch den Vertrag ein sozialrechtlicher Nachteil eintritt (Seewald, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 81. EL 2014, Rn. 2, 3). Die Vorschrift ist aber insbesondere unter Beachtung des Bestimmtheitsgebots nicht geeignet, die hier streitgegenständliche Genehmigungspflicht zu statuieren.

3.

Die Berufung wird gem. § 124a Abs. 1 Satz 1 iVm. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen. Das Verfahren wirft noch nicht obergerichtlich geklärte Rechtsfragen auf, deren Klärung angesichts der Vielzahl der in Bremen tätigen Tagespflegepersonen im allgemeinen Interesse liegt.

4.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Das Verfahren ist gerichtskostenfrei (§ 188 VwGO). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig. Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen,
(Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen und ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, einzureichen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten.

Die Berufung muss von einem Rechtsanwalt oder einem sonst nach § 67 Abs. 4 VwGO zur Vertretung berechtigten Bevollmächtigten eingelegt werden.

gez. Wehe

gez. Vosteen

gez. Kehrbaum