



Tagespflegepersonen in sozialversicherungspflichtigen Angestelltenverhältnissen

Rechtsexpertise von Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhard
Wiesner, Ansgar Dittmar und Melanie Kößler

Wissenschaftliche Texte

Wissenschaftliche
Texte

Wiesner, Reinhard Prof. Dr. Dr. h.c.; Dittmar, Ansgar;
Kößler, Melanie

**Tagespflegepersonen in sozialversicherungs-
pflichtigen Angestelltenverhältnissen**

Rechtsexpertise

Expertise der Abteilung Familie und Familienpolitik des
Deutschen Jugendinstituts e.V.

Das Deutsche Jugendinstitut e.V. ist ein zentrales sozialwissenschaftliches Forschungsinstitut auf Bundesebene mit den Abteilungen „Kinder und Kinderbetreuung“, „Jugend und Jugendhilfe“, „Familie und Familienpolitik“, „Zentrum für Dauerbeobachtung und Methoden“ sowie dem Forschungsschwerpunkt „Übergänge im Jugendalter“.

Es führt sowohl eigene Forschungsvorhaben als auch Auftragsforschungsprojekte durch. Die Finanzierung erfolgt überwiegend aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und den Bundesländern. Weitere Zuwendungen erhält das DJI im Rahmen von Projektförderungen vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, Stiftungen und anderen Institutionen der Wissenschaftsförderung.

© 2014 Deutsches Jugendinstitut e.V.
Abteilung Familie und Familienpolitik
Projekt: Wissenschaftliche Begleitung Aktionsprogramm Kindertagespflege
Nockherstr. 2
81541 München

ISBN 978-3-86379-121-6

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
1 Gutachtenauftrag	9
2 Welche Anstellungsmodelle für Tagespflegepersonen sind nach geltendem Recht zulässig?	10
2.2 „Grundmodell“ - Tagespflege als selbständige Tätigkeit	10
2.1.1 Entstehungsgeschichte	10
2.1.2 Kindertagespflege als Leistung nach § 23 SGB VIII	11
2.1.3 Regelungsinhalt der Förderleistung (§ 23 SGB VIII)	13
2.1.4 Rolle des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und Anforderungen an die Tagespflegeperson	14
2.2 Denkbare Modelle einer abhängigen Beschäftigung in der Tagespflege	18
2.2.1 Arbeitsrechtliche Grundsätze als Maßstab für die Bewertung der Tätigkeit	18
2.2.2 Die Gewährung der Geldleistung an die Tagespflegeperson (§ 23 Abs. 1 SGB VIII)	19
2.2.3 Anstellung beim Jugendamt	19
2.2.4 Anstellung bei den Erziehungsberechtigten	21
2.2.5 Anstellung bei einer Eltern-Gesellschaft des bürgerlichen Rechts	21
2.2.6 Anstellung bei einem Träger der freien Jugendhilfe	22
2.2.7 Anstellung bei Unternehmen	23
2.3 „Stolpersteine und Hürden“ bei den Anstellungsmodellen in der Praxis	23
2.4 Erforderliche Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen - erste Vorschläge zu Gesetzesänderungen	24
2.4.1 Änderung des Adressaten der Geldleistung im Falle einer abhängigen Beschäftigung	24
2.4.2 Anstellungsträger als Adressat des Erlaubnisvorbehalts (§ 43 SGB VIII)	24
3 Arbeitsrechtliche Spezifika in der Tagespflege	25
3.1 Zulässige Wochenarbeitszeit	25
3.2 Tägliche Arbeitszeiten (Höchstleistungszeiten und Pausen)	26
3.3 Urlaub	27
3.4 Mutterschutz	27
3.5 Krankheit der Tagespflegeperson	28
3.6 TVöD	29
3.7 „Home-Office“	29
3.8 Zusammenfassung	30
4 Fallkonstellationen aus der Praxis	31
4.1 Tagespflegeperson, die eine Burka/Niqab trägt	31

4.1.1	Vereinbarkeit mit dem AGG?	31
4.1.2	Zusammenfassung	34
4.2	Besondere Qualifikation der Tagespflegeperson für Kinder mit seelischer bzw. geistiger Behinderung?	34
4.3	Zugehörigkeit der Tagespflegeperson zu Scientology	35
5	Fazit der Autoren	36

Vorwort

Tagespflegepersonen haben in Deutschland bislang zum ganz großen Teil den Status von Selbstständigen. Dies rührt vor allem aus der historischen Entwicklung der Kindertagespflege. Die Kindertagespflege im Speziellen entwickelte sich verstärkt seit den 1970er Jahren als alternative Kinderbetreuung zu institutionalisierten Betreuungseinrichtungen der damaligen Zeit. Bis heute ist die Kindertagespflege hauptsächlich als selbstständige Tätigkeit organisiert. Für die Tagespflegepersonen bringt diese Selbstständigkeit durchaus Vorteile – gerade mit Blick auf das konkrete Betreuungsgeschehen in Form relativ eigenverantwortlicher und unabhängiger Organisation der Alltagsabläufe. Selbstständigkeit bedeutet zugleich aber auch ökonomisch eigenverantwortliches Handeln, d.h. dafür Sorge zu tragen, dass die Tätigkeit als Tagespflegeperson eine dauerhafte Existenzsicherung ermöglicht.

Generell muss sich in Deutschland jede Tagespflegeperson mit mehr als einem zu betreuenden Kind selbstständig melden. Während die meisten Bürgerinnen und Bürger in Deutschland einer abhängigen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachgehen und auf diese Weise durch etwaige Risiken wie Krankheit oder Unfall abgesichert sind, müssen Selbstständige Sozial- und Rentenversicherungsleistungen in unternehmerischer Eigenregie abführen. Übersteigt das monatliche Einkommen der Tagespflegeperson beispielsweise 350€, so kann sie nicht mehr in der Familienversicherung des Ehepartners mitversichert werden, sondern muss sich selbst krankenversichern. Ähnliches gilt für die Rentenversicherung: übersteigt das monatliche Einkommen der Tagespflegeperson 400€, so muss sie Beiträge für die Rentenversicherung abführen. Auch die Haftpflichtversicherung bildet einen integralen Bestandteil der Tätigkeit. Ebenso müssen Tagespflegepersonen seit dem 1.1.2009 alle Einnahmen aus der Tagespflegetätigkeit versteuern (dazu gehören nach §18 EStG sowohl sämtliche Einnahmen zur Anerkennung der Förderleistung als auch die Erstattung der Sachkosten), unabhängig davon wie viele Kinder sie betreuen und ob die Einnahmen privat oder öffentlich gezahlt wurden.

Zuvor waren lediglich private Einkünfte steuerpflichtig. Konträr zu diesen Abgabeleistungen stehen die mitunter stark schwankenden und im Bundesdurchschnitt stark divergierenden Einnahmen der Tagespflegepersonen. Wenngleich die Kindertagespflege, entsprechend den Richtlinien des Tagesbetreuungsausbaugesetzes von 2005, als gleichwertige Form der Kindertagesbetreuung in Deutschland gesetzlich anerkannt ist, verfolgen nicht alle Bundesländer bisher eine tatsächliche Gleichwertigkeit mit Blick auf eine vergleichbare finanzielle Behandlung. So ist die Betreuung in einer Kindertageseinrichtung in manchen Bundesländern kostenfrei, wohingegen die Eltern für die Betreuung in der Kindertagespflege bezahlen müssen. Ebenso können Tagespflegepersonen bis auf wenige Ausnahmen nur tatsächlich geleistete Betreuungsstunden abrechnen, haben also mit Blick auf Erkrankungen der Kinder oder Urlaub der Eltern, oftmals keine konstanten

monatlichen Einnahmen. In Kindertageseinrichtungen werden hingegen regelmäßige Pauschalbeiträge von den Eltern eingezogen, unabhängig davon, wie oft die Kinder die Einrichtung besuchen.

Zusammenfassend kann die selbstständige Tätigkeit von Tagespflegepersonen dementsprechend als regional stark divergierend beschrieben werden. Dabei wird die Tätigkeit in Kindertagespflege, abhängig davon in welchem Bundesland sie ausgeführt wird als von Tagespflegepersonen als mehr oder weniger lohnend oder gar als prekär empfunden.

Um den Tagespflegepersonen eine weitere Perspektive an die Hand zu geben, entschloss sich das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) im Rahmen seines „Aktionsprogramms Kindertagespflege“ die Förderung von Tagespflegepersonen in sozialversicherungspflichtiger Festanstellung über eine anteilige Finanzierung der Personalausgaben zu fördern. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass Feststellungsmodelle dazu beitragen können, soziale Unsicherheiten der Tagespflegepersonen zu beseitigen sowie deren kontinuierliche Erwerbsintegration zu gewährleisten. Darüber hinaus können Feststellungsmöglichkeiten grundsätzlich verstärkt die Chance eines Rückgriffs auf institutionalisierte Netzwerkstrukturen sowie die Einbindung in einen regelmäßigen fachlichen Austausch bieten. Für die Eltern können Feststellungsstrukturen eine bessere Betreuungskontinuität und Verlässlichkeit liefern.

Dennoch ergeben sich bei der Umsetzung der Festanstellung von Tagespflegepersonen neue Fragestellungen. Schließlich hat sich das Betreuungskonstrukt Kindertagespflege bislang überwiegend orientiert an einem Leitbild von „Familienähnlichkeit“ und einer selbstständig geleisteten Betreuung von Kindern im Haushalt der Tagespflegeperson. Die Festanstellung von Tagespflegepersonen ist vor diesem Hintergrund bislang zumindest formalrechtlich im SGB VIII nicht hinreichend berücksichtigt und führt daher zu einer Reihe von Herausforderungen. Dazu zählen in erster Linie Fragen zu Eignung und zur Pflegeerlaubnis sowie zu Aspekten von fachlicher Beratung und der Fürsorgepflicht des öffentlichen Trägers im Zuge seiner gesetzlichen Pflichtaufgaben bei der Kindertagespflege.

Um den Bundesländern und Kommunen eine Orientierungs- und Entscheidungshilfe im Umgang mit der Festanstellung von Tagespflegepersonen an die Hand geben zu können, hat das Deutsche Jugendinstitut (DJI) die vorliegende Rechtsexpertise in Auftrag gegeben. Die Rechtsexperten Prof. Dr. Dr. Reinhard Wiesner, Ansgar Dittmar und Melanie Kößler setzen sich aus Perspektive sowohl des Kinder- und Jugendhilferechts als auch des Arbeitsrechts mit zentralen Fragen zur Festanstellung von Tagespflegepersonen auseinander und geben Einblicke in Umsetzungspraxen und mögliche Problemlagen. Abschließend werden zudem ausgewählte Fallkonstellationen aus der Praxis vorgestellt.

München, 04. April Gabriel Schoyerer & Nina Weimann-Sandig

1 Gutachtenauftrag

Das Deutsche Jugendinstitut (DJI) hat Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhard Wiesner, Ministerialrat a. D., Rechtsanwalt Ansgar Dittmar, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mediator (DAA) und Rechtsanwältin Melanie Kößler für die gutachterliche Beantwortung von Fragekomplexen angefragt, die im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Tagespflegepersonen in sozialversicherungspflichtigen Angestelltenverhältnissen auftreten.

Hintergrund der Anfrage sind u.a. die Umsetzung des am 1. August 2013 in Kraft getretenen Rechtsanspruchs auf frühkindliche Förderung für Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr (§ 24 Abs.2 SGB VIII) und die damit verbundenen Herausforderungen für die kommunalen Gebietskörperschaften. Mit dem Modell der angestellten Kindertagespflegeperson (im Folgenden: Tagespflegepersonen) soll die Attraktivität der Kindertagespflege verbessert und damit die Voraussetzung für die Deckung des aktuellen Betreuungsbedarfs geschaffen werden.

Grundlage der gutachterlichen Untersuchung sind die beiden vom DJI aufgeworfenen Fragekomplexe:

1. Komplex Arbeitsschutzrecht: Inwieweit sind für Tagespflegepersonen arbeitsschutzrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen, die sich aus dem TVöD ergeben?

2. Komplex öffentliche Verantwortung: Inwieweit hat die sozialversicherungspflichtige Anstellung von Tagespflegepersonen Auswirkungen auf Aspekte der Weisungsgebundenheit bzw. öffentlicher Steuerungsfunktion?

Bei der gutachterlichen Untersuchung werden auch die Erfahrungen aus der praktischen Umsetzung des Aktionsprogramms Kindertagespflege - Förderung von Feststellungsmodellen¹ berücksichtigt.

Im ersten Teil des Gutachtens wird untersucht, welche der denkbaren Anstellungsmodelle für Tagespflegepersonen nach der geltenden Rechtslage zulässig sind. Im zweiten Teil des Gutachtens werden Vorschläge entwickelt, um die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz angestellter Tagespflegepersonen anzupassen. Im letzten Teil des Gutachtens wird schließlich auf Fragen eingegangen, die sich in der Praxis vor Ort (auch) im Zusammenhang mit einer Anstellung von Tagespflegepersonen stellen.

¹ Siehe http://www.esf-regiestelle.eu/aktionsprogramm_kindertagespflege, letzter Abruf 31.01.2014.

2 Welche Anstellungsmodelle für Tagespflegepersonen sind nach geltendem Recht zulässig?

In diesem Kapitel wird ausgehend von der selbständigen Tätigkeit als „Grundmodell“ der Beschäftigung von Tagespflegepersonen untersucht, ob und inwieweit nach geltendem Recht eine Anstellung von Tagespflegepersonen in den folgenden Konstellationen zulässig ist:

- Anstellung bei den Erziehungsberechtigten
- Anstellung beim Jugendamt
- Anstellung bei einem Träger der freien Jugendhilfe.

2.2 „Grundmodell“ - Tagespflege als selbständige Tätigkeit

2.1.1 Entstehungsgeschichte

Die rechtliche Konstruktion der Tagespflege geht vom Modell der selbständigen Tätigkeit aus. Grundlage für die Entwicklung des Tagesmüttermodells in (West-) Deutschland war das Modellprojekt Tagesmütter. Angeregt durch einen Bericht der Zeitschrift „Brigitte“ über Tagesmütter als Angestellte im öffentlichen Dienst in Schweden förderte das Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit (BMJFG) in den Jahren 1974 - 1979 das Modellprojekt „Tagesmütter“. In jedem der elf Modellstandorte in der Bundesrepublik Deutschland betreuten 15 - 20 Tagesmütter insgesamt 25 - 40 Kinder. Das Ministerium gab Rahmengrundsätze zur Durchführung des Modellversuchs vor. Danach sollte eine Tagesmutter in ihrer eigenen Wohnung Kinder berufstätiger oder in der Ausbildung befindlicher Mütter während deren Arbeits-/Ausbildungszeit betreuen. Sie konnte bis zu drei Kinder aufnehmen, aber mit ihren eigenen Kindern zusammen nicht mehr als zwei Kinder einer Altersstufe und nicht mehr als vier Kinder unter zehn Jahren. Grundsätzlich wurde es als positiv angesehen, wenn die Tagesmutter eigene Kinder hatte. Eine formale Berufsqualifikation wurde nicht vorausgesetzt. „Tagesmutter“ sollte kein neuer Ausbildungsberuf mit neuem Berufsbild werden. Die Tagesmutter sollte jedoch für eine qualifizierte Betreuung und Erziehung der Kinder geeignet erscheinen. Neben einer allgemeinen Beratung erhielt sie eine zweiwöchige pädagogische Kurzausbildung und begleitende Beratung.

Die Tagesmütter übten im Rahmen des Modellprojekts **eine selbstständige Tätigkeit** aus. Sie mussten sich zu einer zweijährigen Tätigkeit verpflichten, um eine gewisse Dauer der Betreuung zu ermöglichen. Pro Monat erhielt die Tagesmutter für ein Kind 320 DM² aus öffentlichen Mitteln. Zusätzlich hatten die Eltern eine Pauschale von 130 DM³ pro Kind als Aufwandsentschädigung zu zahlen. Für die Tagesmütter bestand keine Rentenversicherungspflicht; auf freiwilliger Basis erhielten sie zwei Drittel ihrer Versicherungsbeiträge erstattet. Regelungen bestanden auch hinsichtlich der Kranken-, Haftpflicht- und gesetzlichen Unfallversicherung. Für den Krankheitsfall gab es „Springerinnen“, die die Kinder bereits kannten⁴.

Die Qualifizierung als selbstständige Tätigkeit wurde im Jahr 2005 von den Spitzenverbänden der Sozialversicherungsträger in einem Rundschreiben bestätigt:

„Tagesmütter, die sich der häuslichen Beaufsichtigung und Betreuung von Kindern widmen, gehören grundsätzlich nicht zu den abhängig Beschäftigten. Die Übernahme der Betreuung der Kinder für Fremde ist nicht durch eine Weisungsabhängigkeit geprägt.“⁵

2.1.2 Kindertagespflege als Leistung nach § 23 SGB VIII

In der ersten Fassung des § 23 SGB VIII stand die Vermittlung einer Person, die das Kind für einen Teil des Tages oder ganztags entweder im eigenen oder im Haushalt der Erziehungsberechtigten betreut, als Leistung im pflichtgemäßen Ermessen des Jugendamts. Wurde eine geeignete Tagespflegeperson vom Jugendamt vermittelt und war die Förderung des Kindes in Tagespflege für dessen Wohl geeignet und erforderlich, so sollten dieser Person die entstehenden Aufwendungen einschließlich der Kosten der Erziehung ersetzt werden (§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII - Fassung 1990).

Im Gegensatz zur Förderung in Kindertagesstätten wurde Kindertagespflege grundsätzlich als privates Betreuungsarrangement der Eltern angesehen, das nur bei besonderer materieller Bedürftigkeit eine öffentliche Unterstützung rechtfertigte. So wurde meist nur der Kostenersatz als Leistung der Jugendhilfe verstanden.

Dieser Ansatz hat sich im Laufe der Jahre grundlegend gewandelt: Basierend auf dem Modellprojekt „Tagesmütter“ hat die Kindertagespflege zunehmend an Bedeutung und Profil gewonnen und weist in den letzten Jahren eine rasante Entwicklung auf⁶. Der aktuelle 14. Kinder- und Jugendbericht führt dazu aus:

2 320 DM entsprechen 163,61 €.

3 130 DM entspricht 66,47 €.

4 Struck in: Wiesner SGB VIII, 2. Auflage 2000, § 23 Rn. 5 und 6.

5 Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 05.07.2005, S. 76, abrufbar unter <http://www.tk.de/tk/rundschreiben/rundschreiben-nach-jahren/rundschreiben-2005/155210>, letzter Abruf 31.01.2014.

6 Schoyerer/Pabst (i.E.): Wie entwickelt sich die Kindertagespflege in Deutschland? Empirische Befunde und Analysen aus der wissenschaftlichen Begleitung des Aktionsprogramms Kindertagespflege.

„Insbesondere für die Betreuung der unter Dreijährigen hat sich die Kindertagespflege als ein wichtiger Pfeiler des Betreuungssystems neben den institutionellen Formen der Kindertagesbetreuung etabliert. Die gesellschaftspolitische Aufwertung und Indienstnahme der (i. d. R.) privat gewerblichen Betreuung fremder Kinder im eigenen Haushalt (oder im Haushalt der Kinder oder einem dritten Ort) auf öffentliche Veranlassung und öffentlicher (Mit-)Finanzierung ist geradezu ein Paradebeispiel für neue Mischungsverhältnisse zwischen öffentlicher und privater Verantwortung mit Blick auf die Bildung, Betreuung und Erziehung von Kindern.“⁷

Im Rahmen des **Tagesbetreuungsausbaugesetzes** (TAG), das am 1. Januar 2005 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber die ersten Konsequenzen gezogen und den Grundstein für ein integriertes, vielfältiges System der Tagesbetreuung für Kinder gelegt. Er formulierte Förderungsgrundsätze und –ziele, die sowohl für die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen als auch in Kindertagespflege gelten (§ 22 SGB VIII). Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Plätzen in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege wurden im neugefassten § 24 SGB VIII gemeinsam geregelt. Für Kinder im Alter unter drei Jahren und im schulpflichtigen Alter wurde eine objektiv-rechtliche Verpflichtung normiert, ein bedarfsgerechtes Angebot an Plätzen in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vorzuhalten

(§ 24 Abs. 2 SGB VIII - Fassung 2005). Für Kinder ab dem vollendeten dritten Lebensjahr wurde der bereits bestehende Rechtsanspruch auf den Besuch eines Kindergartens sowie die Pflicht der Träger der öffentlichen Jugendhilfe, darauf hinzuwirken, dass ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen zur Verfügung steht, um die Verpflichtung erweitert, für diese Altersgruppe „ergänzend“ Plätze in Tagespflege vorzuhalten (§ 24 Abs.1 SGB VIII - Fassung 2005).

Im Rahmen des **Kinderförderungsgesetzes** vom 10.12.2008 wurde mit Wirkung vom 01.08.2013 der Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung, der sowohl in einer Tagesstätte als auch in Tagespflege erfüllt werden kann, für alle Kinder ab dem vollendeten 1. Lebensjahr eingeführt.

Der (neue) Rechtsanspruch knüpft also lediglich an das Lebensalter der Kinder an und ist nicht (mehr) von bestimmten Voraussetzungen („Bedarfskriterien“) abhängig. Damit findet eine Rechtsentwicklung ihre Fortsetzung, die mit der Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz für jedes Kind, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, im Rahmen des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes vom 27. Juli 1992 ihren Anfang genommen hat. Inzwischen ist die Förderung von Kindern zu einem infrastrukturellen Regelangebot geworden.

7 14. Kinder und Jugendbericht, BT-Drucksache 17/12200 S. 312.

2.1.3 Regelungsinhalt der Förderleistung (§ 23 SGB VIII)

Bei der Förderung eines Kindes in der Kindertagespflege nach § 23 SGB VIII entstehen zwischen den Beteiligten - Kind/Erziehungsberechtigte, Jugendamt und Tagespflegeperson - jeweils eigene Rechtsverhältnisse im so genannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis⁸, nämlich

- das sozialrechtliche Verhältnis zwischen dem Kind, vertreten durch den Personensorgeberechtigten (und dieser vertreten gegebenenfalls durch einen Erziehungsberechtigten, der nicht Sorgeberechtigter ist), und dem Jugendamt als der Behörde des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe
- die privatrechtliche Beziehung zwischen dem Erziehungsberechtigten und der Tagespflegeperson und
- die öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen der Tagespflegeperson und dem Jugendamt im Hinblick auf die Beratung und die Zahlung der Geldleistung.

Die **Förderung in der Tagespflege** umfasst nach § 23 Abs.1 SGB VIII als **Leistung** der Jugendhilfe folgende Elemente:

- die Vermittlung bzw. die Feststellung der Eignung von Tagespflegepersonen,
- deren fachliche Beratung, Begleitung sowie
- die Gewährung einer laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson.

Nach § 23 Abs. 4 SGB VIII haben Erziehungsberechtigte und Tagespflegeperson einen Anspruch auf Beratung in allen Fragen der Kindertagespflege. Da die Tagespflegeperson – vergleichbar mit den freien Trägern – nicht im Auftrag des Jugendamtes, sondern auf Grund ihres autonomen Betätigungsrechts tätig wird⁹, ist das Rechtsverhältnis zwischen der Tagespflegeperson und den Erziehungsberechtigten/dem Kind – wie das in der Vollzeitpflege und darüber hinaus generell bei der Inanspruchnahme von Einrichtungen und Diensten Träger der freien Jugendhilfe – privatrechtlicher Natur¹⁰. Grundlage ist ein Betreuungsvertrag zwischen Erziehungsberechtigten und Tagespflegeperson, der aber nicht immer förmlich geschlossen wird, sondern auch durch schlüssiges Verhalten zu Stande kommen kann¹¹.

8 Grube in: Hauck/Noftz, § 23 Rn.31.

9 Siehe dazu schon BVerfGE 22,180, 203.

10 Zur insoweit vergleichbaren Rechtslage bei Kindern in Vollzeitpflege siehe dazu schon Schwab in Schwab/Zenz, soll die Rechtstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden? - Gutachten A zum 54. Deutschen Juristentag München 1982 S. 76, 89.

11 Grube in: Hauck/Noftz, § 23 Rn.32.

2.1.4 Rolle des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und Anforderungen an die Tagespflegeperson

Von zentraler Bedeutung für die Bewertung des arbeitsrechtlichen Status der Tagespflegeperson ist zunächst die grundsätzliche Klärung der Rolle des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe in der Kindertagespflege, mithin die Beschreibung von Inhalt und Umfang seiner Verantwortung für die Gewährung und Erbringung der gesetzlich geregelten Leistung „Förderung in Kindertagespflege“ (§ 23 SGB VIII). Denn trotz der Beteiligung freier Träger oder einzelner Personen an der Leistungserbringung bleibt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gegenüber den leistungsberechtigten Personen für die Erfüllung der gesetzlich normierten Leistungspflichten verantwortlich¹².

Diese Verantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bezieht sich auf die bereits genannten Leistungsinhalte:

- die Vermittlung einer geeigneten Tagespflegeperson bzw. die Prüfung der Eignung einer von den Erziehungsberechtigten nachgewiesenen Tagespflegeperson
- deren fachliche Beratung und Begleitung sowie
- die Gewährung einer laufenden Geldleistung.

Findet die Kindertagespflege außerhalb des Hauses der Erziehungsberechtigten statt, steht die Tätigkeit von Tagespflegepersonen (zusätzlich) unter einem **Erlaubnisvorbehalt** (§ 43 SGB VIII). Dabei sind die **sozialrechtliche Leistung „Förderung in Kindertagespflege“** (§ 23 SGB VIII) und die **andere Aufgabe „Erlaubnis zur Kindertagespflege“** (§ 43 SGB VIII) hinsichtlich ihrer Funktion und Reichweite voneinander zu **unterscheiden**.

a. Leistungsvoraussetzungen (§ 23 SGB VIII)

Die Förderung in Kindertagespflege nach Maßgabe von § 24 SGB VIII umfasst die Vermittlung des Kindes zu einer geeigneten Tagespflegeperson, soweit diese nicht von der erziehungsberechtigten Person nachgewiesen wird (§ 23 Abs. 1 SGB VIII). Geeignet im Sinne des § 23 SGB VIII sind Personen, die sich durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnen und über kindgerechte Räumlichkeiten verfügen (§ 23 Abs.3 Satz 1 SGB VIII).

Die Eignungsprüfung knüpft an persönliche Eigenschaften und Schlüsselqualifikationen wie Zuverlässigkeit, Belastbarkeit sowie Achtung, Interesse und Einfühlungsvermögen gegenüber dem Kind und seiner Familie an. Die Tagespflegeperson muss über personale, fachliche, methodische und

¹² Wiesner in: Wiesner, SGB VIII, § 79 Rn. 3a.

kooperative Kompetenzen verfügen, die das Herausbilden eines spezifischen Profils unterstützen.

Zur Feststellung der Eignung durch das Jugendamt ist nicht nur ein persönliches Erstgespräch, sondern auch ein Hausbesuch in Anwesenheit aller Haushaltsmitglieder sinnvoll. Das gilt insbesondere dann, wenn die Tagespflege im Haushalt der Pflegeperson stattfinden soll¹³.

Exkurs: persönliche Eignung

Ein zentrales Element der Prozessqualität in der Kindertagesbetreuung ist die **Interaktionsqualität zwischen Kind und Betreuungsperson**. Dabei sind in der frühkindlichen Förderung im Hinblick auf den Entwicklungsstand der Kinder besondere Anforderungen zu stellen. Daher ist bei der Prüfung der **persönlichen Eignung** im Einzelfall festzustellen, ob die Tagespflegeperson die erforderliche Interaktionsqualität gewährleisten kann¹⁴. In Bezug auf die Bildungsqualität für Säuglinge und Kleinstkinder geht es vor allem darum, die in diesem Alter typischen Verhaltensweisen als „Erforschung“ und Aneignung der Welt zu verstehen, ihnen Erfahrungen mit allen Sinnen zu ermöglichen und sie engagiert in ihren Interessen, Experimenten und Erkenntnissen zu begleiten. Sehr kleine Kinder entwickeln ihr Wissen, Fühlen und Denken hauptsächlich über Körpererfahrung und brauchen viel Spielraum für Bewegung und eigenes Tun.

Erkenntnisse der aktuellen Säuglings- und Hirnforschung zeigen, dass Kinder mit den grundlegenden Fähigkeiten für Wahrnehmung und Kommunikation sowie mit der Disposition zu lernen auf die Welt kommen. Von Beginn an übernehmen sie einen aktiven Part in der Interaktion und nehmen Einfluss auf ihre Umwelt. Durch ihr Interesse am Erkunden der Welt und durch Erfahrung entwickeln sie ihre Grundfähigkeiten weiter. Bewegung, Wahrnehmen mit allen Sinnen und das Hantieren mit Gegenständen sind die Hauptmittel der frühkindlichen Bildung. Hier ist entscheidend, dass das aktive Zugehen der (kleinen) Kinder auf die Welt durch verlässliche Beziehungen mit vertrauten Menschen unterstützt wird, die ihre Bedürfnisse und Interessen wohlwollend wahrnehmen und unmittelbar auf ihre Signale reagieren¹⁵.

Nach § 23 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII sollen Tagespflegepersonen „über vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege verfügen, die sie in qualifizierten Lehrgängen erworben oder in anderer Weise nachgewiesen haben“. Ein Beispiel für einen solchen Lehrgang im Sinne der ersten Alternative (Nachweis der Kenntnisse aufgrund eines qualifizierten Lehrgangs) stellt das vom DJI entwickelte Curriculum „Qualifi-

13 Zum Ganzen Struck in: Wiesner, SGB VIII, § 23 Rn. 24ff.

14 Vgl. Schnock 2009; Schoyerer 2011.

15 DJI, Quantität braucht Qualität München 2009 S. 13 ff.

zierung in 'Tagespflege' dar, das eine Fortbildung im Umfang von 160 Stunden vorsieht und damit die **fachliche Eignung** nachweist¹⁶.

Da der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Gewährung der Leistung Tagespflege Personen „vermittelt“, ist er nach § 72 a Abs. 1 SGB VIII verpflichtet von der Tagespflegeperson im Rahmen der Eignungsprüfung die Vorlage von erweiterten Führungszeugnissen zu verlangen.

b. Erlaubnisvorbehalt (§ 43 SGB VIII)

Das allgemeine Steuerungsinstrument für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Kontext der Tagespflege außerhalb des Haushalts der Erziehungsberechtigten ist der **Erlaubnisvorbehalt**, der in § 43 SGB VIII und dem jeweils ergänzendem Landesrecht geregelt ist. Der Erlaubnisvorbehalt dient der Gefahrenabwehr, also dem Schutz des Kindes, und besteht unabhängig davon, ob der Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine Leistung nach §§ 23, 24 SGB VIII gewährt, also die Kosten für die Betreuung des Kindes trägt. Sie befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern (§ 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Im Einzelfall kann die Erlaubnis für eine geringere Zahl von Kindern erteilt werden (§ 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII). Damit wird dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe ermöglicht, über die Erlaubniserteilung die Tätigkeit der Tagespflegeperson z.B. mit Blick auf Anzahl der zu betreuenden Kinder oder entsprechende Nebenbestimmungen zu steuern. Zu beachten ist schließlich die für den Landesgesetzgeber eröffnete Möglichkeit, bundesrechtlich eröffnete Spielräume zu nutzen und die Erlaubnis für mehr als fünf Kinder zu erteilen (§ 43 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII) oder etwa detaillierte Vorgaben zu den räumlichen Anforderungen, der altersgerechten Ausstattung, der Fortbildungsqualität und -quantität, den Belegen zur Bestätigung der besonderen Erfahrungen und weitere Negativauskünfte (z.B. Bundeszentralregister) zu schaffen (§ 43 Abs. 5 SGB VIII)¹⁷.

Grundlage der Erlaubniserteilung ist die Feststellung der Eignung der Tagespflegeperson. Inhaltlich entsprechen die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis denen für die Leistungsgewährung nach § 23 SGB VIII (siehe hierzu 2.1.4.a). Diese Identität verwundert, weil der Erlaubnisvorbehalt (nur) der Gefahrenabwehr dient, während das Erreichen der in § 22 SGB VIII normierten Förderziele bei der Leistungsgewährung höhere Anforderungen stellt¹⁸. Die mangelnde Differenzierung dürfte der Entwicklung der Tagespflege geschuldet sein, die sich im Übergang von einem rein privat organisierten Betreuungssetting zur professionellen Förderleistung befindet. Mit der fortschreitenden Professionalisierung wird der Gesetzgeber gehalten sein, die Anforderungen für die Erbringung der Förderleistung nach § 23 SGB VIII anzuheben und sie damit von den Mindeststandards für die Erlaubniserteilung abzuheben.

16 Struck in Wiesner, SGB VIII, § 23 Rn. 26a; ausführliche Stellungnahme hierzu: Wiesner/Grube/Kößler, Der Anspruch auf frühkindliche Förderung und seine Durchsetzung, 2013, S. 7.

17 Struck in: Wiesner, SGB VIII, § 43 Rn. 3, 41.

18 Siehe dazu Nonninger in: LPK-SGB VIII, § 43 Rn. 3.

c. Weitere „Überprüfung der Tagespflegeperson“?

Die Laufzeit der Erlaubnis ist bundesgesetzlich auf fünf Jahre befristet (§ 43 Abs. 3 S. 4 SGB VIII). Nachdem eine Erlaubnis erteilt worden ist, findet keine anlassunabhängige weitere Überprüfung der Tagespflegeperson von Seiten des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe statt¹⁹.

Eine solche Überprüfung ist zwar aus Anlass von „wichtigen Ereignissen, die für die Betreuung der Kinder oder des Kindes bedeutsam sind“ denkbar; sie setzt jedoch voraus, dass die Tagespflegeperson das Jugendamt über dieses Ereignis unterrichtet (§ 43 Abs. 3 S. 6 SGB VIII).

Eine ereignisunabhängige, präventive aber aus der Besonderheit des Einzelfalls begründete Überprüfungspflicht enthält die Regelung zur Erlaubnis der Vollzeitpflege (§ 44 Abs.3 SGB VIII), die bis zum September 2005 auch für die Tagespflege (für mehr als zwei Kinder) zur Anwendung kam (§ 44 Abs.1 SGB VIII a.F.). Nach der rechtssystematischen Spaltung des Erlaubnisvorbehalts für die Kindertagespflege und die Vollzeitpflege enthält der neue spezielle Erlaubnisvorbehalt für die Kindertagespflege (§ 43 SGB VIII) keine entsprechende Regelung (mehr). Eine planwidrige Regelungslücke dürfte darin nicht zu sehen sein, da die Kindertagespflege sich nach ihrer Funktion und praktischen Ausgestaltung von der Vollzeitpflege unterscheidet. Im Hinblick auf das mögliche Gefährdungspotential für die betreuten Kinder liegt der Unterschied darin, dass die Tagespflegestelle geographisch in der Nähe der Wohnung der Erziehungsberechtigten bzw. ihres Arbeitsplatzes liegt und ein täglicher Kontakt zwischen Erziehungsberechtigten und Tagespflegeperson besteht. Damit haben die Erziehungsberechtigten einen größeren Einblick in das Betreuungsgeschehen bzw. höhere Einwirkungsmöglichkeiten als bei der Vollzeitpflege²⁰.

Schließlich ist die generelle Pflicht des Jugendamtes zur Gefährdungseinschätzung bei Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung nach § 8a SGB VIII zu erwähnen.

d. Inhalt und Umfang der Verantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bei der Gewährung und Erbringung der Leistung

Demzufolge sind bei dem eingangs erörterten „Grundmodell“ der selbständig tätigen Tagespflegeperson die Einflussmöglichkeiten des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe auf die Ausgestaltung der Tagespflege nach Erteilung der Erlaubnis begrenzt: Es gibt keine Rechtsgrundlage, die den Träger der öffentlichen Jugendhilfe dazu befugt, zu kontrollieren, welche Tätigkeiten die Tagespflegeperson tatsächlich im Alltag übernimmt. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann also nicht ereignisunabhängig überprüfen, ob die Tagespflegeperson sich ausschließlich den Kindern im Rahmen ihres Förderauftrags widmet oder ob sie auch für haushaltsnahe Dienstleistungen wie z.B. Waschen, Putzen, Kochen eingesetzt wird, die nicht im untrennbaren Zusammenhang mit der frühkindlichen Förderung im Rahmen der Ta-

19 Mörsberger in: Wiesner, SGB VIII, vor § 43 Rn. 7.

20 Zur Funktion des Erlaubnisvorbehalts: siehe Mörsberger in: Wiesner, SGB VIII, vor § 43 Rn.15.

gespflge stehen.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass dies Aufgabe der Erziehungsberechtigten im Rahmen ihrer (unverändert fortbestehenden) Erziehungsverantwortung ist und bleibt und nimmt damit letztlich in Kauf, dass die gesetzlich normierten Förderziele im Erziehungsalltag im Einzelfall ggf. nicht immer und überall im Mittelpunkt stehen. Andererseits könnte auch eine gelegentliche Kontrolle die Einhaltung dieser Ziele nicht sicherstellen und wäre wohl auch unverhältnismäßig. Dieses Thema sollte im Rahmen des Betreuungsvertrages zwischen Erziehungsberechtigten und Pflegeperson stärker in den Mittelpunkt gerückt werden.

2.2 Denkbare Modelle einer abhängigen Beschäftigung in der Tagespflege

2.2.1 Arbeitsrechtliche Grundsätze als Maßstab für die Bewertung der Tätigkeit

Für die Bewertung des Beschäftigungsverhältnisses (abhängig beschäftigt bzw. selbständig tätig) kommt es nicht auf die vertragliche Ausgestaltung, also den Willen der Vertragsparteien (Tagespflegeperson - Erziehungsberechtigte), sondern auf die **konkrete tatsächliche Handhabung** an²¹. Zwar gehen die sozialrechtlichen Regelungen im SGB VIII von einer selbständigen Tätigkeit aus, jedoch ist eine abhängige Beschäftigung in der Tagespflege arbeitsrechtlich zulässig oder sogar geboten.

Für die (arbeits-)rechtliche Bewertung der Tätigkeit spielt die von den Vertragspartnern vorgesehene Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses als „selbstständig“ oder „nicht selbstständig“ keine Rolle. Es besteht ein Rechtsformenzwang; eine „Flucht“ aus den arbeitsrechtlichen Vorgaben ist rechtlich mithin nicht möglich. Die Vertragspartner entscheiden also nicht autonom über die Frage, ob die Tätigkeit als Dienstvertrag oder als freie Mitarbeit ausgestaltet wird. Vielmehr müssen alle Umstände des Einzelfalls anhand arbeitsrechtlicher Maßstäbe geprüft werden, um entscheiden zu können, ob die Beschäftigungsform als „selbständig tätig“ bzw. „abhängig beschäftigt“ zu bewerten ist. **Beurteilungsmaßstab** ist § 7 Abs. 1 SGB IV, der festlegt, dass Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist (Satz 1) und „Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind“ (Satz 2). Bei dieser wertenden Betrachtung sind der **Grad der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit** sowie die **Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation** maßgeblich. Im Wege der Auslegung ist also zu ermitteln, ob die Tätig-

21 Siehe hierzu Lakies in: Mündler, FK-SGB VIII, § 23 Rn. 52; Struck in: Wiesner, SGB VIII, Rn. 43.

keit der Tagespflegeperson mit Blick auf Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort als abhängig einzustufen ist und damit dem Weisungsrecht eines Arbeitgebers unterliegt²². Bei der Auslegung spielen auch Aspekte wie das Vorhandensein eines eigenen Unternehmerrisikos oder einer eigenen Betriebsstätte (der Tagespflegeperson) eine Rolle²³. Vorgaben des SGB VIII wie die in § 79 SGB VIII verankerte Gesamtverantwortung oder auch Regelungen zum Schutzauftrag (§ 8a SGB VIII) regeln die Aufgaben des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe im Verhältnis zu den Leistungsberechtigten. Sie treffen keine Aussage über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Leistungserbringers²⁴.

2.2.2 Die Gewährung der Geldleistung an die Tagespflegeperson (§ 23 Abs. 1 SGB VIII)

Ein Grundproblem, das bei allen denkbaren Formen der Anstellung einer Tagespflegeperson zu lösen ist, ist die Umsetzung des § 23 Abs. 1 SGB VIII, wonach die „laufende Geldleistung“ an die Tagespflegeperson zu zahlen ist.

Der Gesetzgeber wollte durch die Änderung von § 23 Abs.1 SGB VIII im Rahmen des Kinderförderungsgesetzes erreichen, dass die laufende Geldleistung nicht nur unmittelbar an die Tagespflegeperson ausbezahlt wird, sondern diese auch aktiv legitimiert wird, also Inhaberin des Anspruchs auf die Geldleistung wird. Die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen dieser Änderung sind noch nicht abschließend geklärt. Soweit in der Praxis bereits jetzt (arbeitsrechtlich) von einer nicht selbständigen Ausgestaltung der Tätigkeit auszugehen ist, wird von der Tagespflegeperson verlangt, dass sie ihren Anspruch intern an den Arbeitgeber abtritt²⁵.

2.2.3 Anstellung beim Jugendamt

Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber sieht in § 28 Nr. 3 des KitaG Schleswig Holstein im Rahmen der Tagespflege neben einer selbständigen Tätigkeit ausdrücklich auch eine „Anstellung bei einem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder bei einem anerkannten Träger der freien Jugendhilfe“ vor. Wie eine solche Anstellung ausgestaltet sein soll, erläutert der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber indes nicht. Auch

22 Lakies in: Münder, FK-SGB VIII, § 23 Rn. 51; Lakies macht bereits früher Ausführungen zu der Frage, ob „Ein Tabu-Thema (oder doch nicht?) Tagespflege als Arbeitsverhältnis“ Rechtliche Perspektiven der Kindertagespflege in Jugendhilfe, Jugendhilfe 37 (1999), 22 [27ff].

23 Siehe hierzu sehr instruktiv: BSG, Urteil vom 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R, Rn. 16.

24 Siehe BSG, Urteil vom 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R, Rn. 19.

25 Den Verfassern liegt zu der Frage „Anstellungsverhältnisse in der Kindertagespflege/Wem sollte die Geldleistung nach § 23 SGB VIII zustehen?“ ein Kurzvermerk nebst eines Formulierungsvorschlags für den § 23 der Rechtsanwältin Vierheller vor (Stand: März 2008); BMFSFJ Bericht über die Arbeit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, „Rechtsfragen in der Kindertagespflege“ für Kinder und Jugendliche, Berichtszeitraum Januar 2011 bis April 2013, S.10ff.

im Rahmen des Modellprojekts des BMFSFJ werden Tagespflegepersonen beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe angestellt.

Die Anstellung von Tagespflegepersonen bei einem Jugendamt ist vergleichbar mit der Anstellung von Erzieherinnen und Erziehern in einer kommunalen Kindertageseinrichtung. Die Anstellungsbedingungen richten sich hier überwiegend nach dem Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes (TVöD).

Exkurs zum Tarifvertrag des öffentlichen Dienst (TVöD)

Der TVöD ersetzt den früheren Bundesangestelltentarifvertrag (BAT). Die Tarifvertragsparteien sind Anfang der 2000er Jahre darin übereingekommen, dass die bisherigen Tarifwerke zu komplex und dadurch kompliziert geworden sind. Dies sollte durch eine Neuordnung aufgehoben werden. Ferner zielten die öffentlichen Arbeitgeber bei der Neuordnung darauf, für die Zukunft Mittel einsparen zu können.

Der Tarifvertrag wurde durch die Bundesrepublik Deutschland sowie der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) auf Arbeitgeberseite abgeschlossen. Die Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) ist aus den Verhandlungen vorzeitig ausgeschieden und hat einen eigenen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst abgeschlossen, welcher sich inhaltlich nur in wenigen Details vom TVöD unterscheidet. Grundsätzlich beinhaltet der TVöD eine Abkehr der bisherigen Entlohnung aufgrund von Dienstalter und Familienbezug hin zu einer erfahrungs- und leistungsorientierten Vergütung. Vorteil der Geltung des Tarifvertrages ist, dass es klare und einheitliche Regelungen zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit, Eingruppierung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub etc. gibt. Eine Gefahr der Ungleichbehandlung einzelner Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer besteht insofern nicht.

Der TVöD gliedert sich in einen Allgemeinen Teil mit den oben genannten Regelungen und einen besonderen Teil, in dem die unterschiedlichen Dienstleistungsbereiche gesondert geregelt sind – insbesondere im Entgeltbereich. Dies sind die Bereiche Entsorgung, Flughafen, Krankenhäuser, Pflege- und Betreuungseinrichtungen, Sparkassen sowie Verwaltung mit einer eigenständigen Regelung zu Sozial- und Erziehungsdiensten.

Hinsichtlich der **Eingruppierung von Tagespflegepersonen** ist zu empfehlen, sie **mindestens** in der Tarifgruppe 2 des TVöD Sozial – und Erziehungsdienst einzugruppieren, wobei sie in Bezug auf Region und Ausbildung entsprechend der Entlohnung der Erzieherinnen und Erziehern in kommunalen Einrichtungen ausgestaltet werden sollte. Da Tagespflegepersonen einen gesetzlich formulierten Förderauftrag haben, ist hinsichtlich der tariflichen Eingruppierung eine Orientierung an „Hilfspersonen“ nicht geeignet.

Insgesamt würden Tagespflegepersonen damit zum Kreis der Tarifangestellten gehören mit den entsprechenden rechtlichen und finanziellen Absicherungen.

2.2.4 Anstellung bei den Erziehungsberechtigten

Ist eine Tagespflegeperson im Haushalt der Erziehungsberechtigten tätig, so wird (arbeitsrechtlich) in der Regel von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, also einer Anstellung bei den Erziehungsberechtigten ausgegangen²⁶.

Eine Anstellung bei den Erziehungsberechtigten steht nicht im Widerspruch zur Verantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe im Hinblick auf die Erfüllung des Rechtsanspruchs. Die Weisungsgebundenheit im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Erziehungsberechtigte - Tagespflegeperson gestaltet insbesondere den Arbeits- /Betreuungsalltag, nachdem die Eignung der Tagespflegeperson durch den Träger der öffentlich Jugendhilfe festgestellt bzw. bei der Tagespflege im eigenen Haushalt der Tagespflegeperson die Erlaubnis durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe erteilt wurde. Insofern ist keine Konkurrenz zwischen der Erfüllungsverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und der Weisungsbefugnis der Erziehungsberechtigten erkennbar. Allerdings findet die Weisungsbefugnis der Erziehungsberechtigten an der Stelle ihre Grenze, an der sie nicht mehr mit den Zielen der von ihnen in Anspruch genommenen Leistung auf frühkindliche Förderung vereinbar ist. Insofern haben sich die Erziehungsberechtigten mit der Inanspruchnahme der Leistung selbst verpflichtet, ihr Weisungsrecht in Konkordanz mit den Zielen der Förderung auszuüben. Umso wichtiger ist es, dass die Rechte und Pflichten in einem Betreuungsvertrag zwischen Erziehungsberechtigten und der Tagespflegeperson geregelt werden.

Während Fragen der pädagogischen Arbeit im Rahmen der gesetzlichen Förderziele (§ 22 SGB VIII) weitgehend der privat-rechtlichen Ausgestaltung des Betreuungsvertrags und damit der fachlich-inhaltlichen Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin, also hier dann den Erziehungsberechtigten, zugeordnet werden können, sind Vorgaben zu den **Räumlichkeiten** und der **Ausstattung** bereits im Kontext der Eignungsprüfung (§ 23 Abs. 3 SGB VIII) bzw. des Erlaubnisvorbehalts (§ 43 SGB VIII) zu prüfen und die Erfüllung der dort entwickelten Standards ist damit (auch)Voraussetzung für die Leistungsgewährung nach § 23 SGB VIII.

2.2.5 Anstellung bei einer Eltern-Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

Denkbar wäre eine Anstellung nicht alleine nur bei einem Erziehungsberechtigten, sondern auch die Anstellung bei einem Zusammenschluss von Erziehungsberechtigten – entweder als nicht-gemeinnütziger Verein oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts²⁷. Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht als einfachste Form einer Vereinigung die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor. Dies ist eine Vereinigung von mindestens zwei „Gesellschaftern“. Die-

26 Struck in: Wiesner, SGB VIII, § 23 Rn. 43; Lakies in: Münder, FK-SGB VIII, § 23 Rn. 51; siehe auch hierzu BSG, Urteil vom 17.02.1998, B 2 U 3/97.

27 In diesem Zusammenhang sei auf § 25 SGB VIII verwiesen, der die Beratung und Unterstützung der „selbstorganisierten Förderung von Kindern“ vorsieht.

se können natürliche oder juristische Personen sein. Diese können sich durch einen (auch mündlichen) Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, einen gemeinsamen Zweck zu erreichen bzw. fördern²⁸. Hier könnten mehrere (Pflege-)Eltern gemeinsam eine Tagespflegeperson anstellen und die Betreuung in eigens angemieteten Räumen (vergleichbar mit freien Kindertagesstätten) oder in den eigenen privaten Räumlichkeiten verteilen. Anknüpfend an die „Kinderladenbewegung“ hat diese selbstorganisierte Form der Kindertagesbetreuung von Anfang an auch eine Grundlage in § 25 SGB VIII erhalten. Sie ist rechtstechnisch als eine Urform freier Trägerschaft (siehe dazu unter 2.2.6) zu verstehen.

Findet die Tagespflege (nach Maßgabe des Landesrechts) in angemieteten Räumen statt (§ 22 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII), so ist für jede dort tätige Tagespflegeperson eine Tagespflegeerlaubnis i.S.d. § 43 SGB VIII und damit auch eine entsprechende Überprüfung der Räume erforderlich.

Findet die Tagespflege in den privaten Räumlichkeiten der Erziehungsberechtigten statt, müssen sich diese untereinander darüber verständigen, in welchen der privaten Räumlichkeiten die Tagespflege stattfindet. Denkbar ist z.B., dass die Erziehungsberechtigten im Rahmen eines Rotationsprinzips ihre privaten Räumlichkeiten für die Tagespflege der fremden und eigenen Kinder zur Verfügung stellen. Dies hat zur Folge, dass die Tagespflege für jedes der Kinder an bestimmten Tagen in fremden Räumen stattfindet. Demzufolge benötigt die Tagespflegeperson auch bei dieser Konstellation eine Erlaubnis und alle Räumlichkeiten der Erziehungsberechtigten, in der Tagespflege stattfinden soll, müssen mit Blick auf ihre Eignung überprüft werden.

2.2.6 Anstellung bei einem Träger der freien Jugendhilfe

Auch das Anstellungsmodell „Anstellung bei einem Träger der freien Jugendhilfe“ wird praktiziert und ist in § 28 Nr. 3 KitaG Schleswig-Holstein verankert. Der Arbeitsvertrag des Trägers der freien Jugendhilfe mit der Tagespflegeperson ist (im Hinblick auf die Regelung des § 23 Abs.1 SGB VIII) allerdings regelmäßig mit einer Abtretungserklärung verbunden, so dass die Tagespflegeperson sich verpflichtet, ihren unmittelbaren Geldleistungsanspruch gegenüber dem Jugendamt an ihren Anstellungsträger abzutreten. Allerdings ist die Erlaubnis nach § 43 SGB VIII personengebunden. Das bedeutet, dass die Kinder immer bestimmten Tagespflegepersonen - anders als in der Kindertagesstätte - fest zuzuordnen sind. Das heißt auch, dass diese personelle Zuordnung auch in den entsprechenden Betreuungsverträgen zwischen den Erziehungsberechtigten und dem Träger der freien Jugendhilfe festgehalten wird.

Viele Träger der freien Jugendhilfe betreiben bereits Kindertagesstätten, so dass die dort vorhandene Fachkompetenz für die Erweiterung des Ge-

28 §705 BGB (Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind die einfachsten Formen von Zusammenschlüssen von Personen, wie beispielsweise auch bei Wohngemeinschaften, Fahrgemeinschaften oder Vereinen, die nicht eingetragen sind.)

schäftsmodells auf die Kindertagespflege genutzt werden könnte. Denkbar ist aber auch, dass eine Tagespflegeperson bei einem Träger der freien Jugendhilfe angestellt ist, der sich bisher (nur) in anderen Aufgabenfeldern betätigt hat, und jetzt für diesen Dienste in der Tagespflege erbringt. Die Arbeitsbedingungen würden sich sodann nach den dortigen Tarifbedingungen bzw. allgemeinen Dienstbedingungen richten.

Ein **wesentliches Strukturmerkmal** der Tagespflege ist das **individuelle, familiale Betreuungssetting** - im Gegensatz zu dem institutionalisierten Betreuungssetting in einer Kindertageseinrichtung. Ein solches individuelles, familiales Betreuungssetting ist zwar nicht unvereinbar mit der Weisungsgebundenheit der Tagespflegeperson gegenüber einem Träger der freien Jugendhilfe, muss aber bei deren Ausgestaltung ausreichend berücksichtigt werden. Insbesondere dürfen Kinder, die von angestellten Tagespflegepersonen betreut werden, bei der Erfüllung der Förderziele nicht gegenüber denjenigen benachteiligt werden, die von selbständig tätigen Tagespflegepersonen betreut werden.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland durchaus Hilfesettings kennt, bei denen Hilfen im privaten Lebensraum der Familie durch angestellte Fachkräfte geleistet werden, wie etwa im Rahmen der sozialpädagogischen Familienhilfe (§ 31 SGB VIII)²⁹.

2.2.7 Anstellung bei Unternehmen

Möglich ist auch eine Anstellung von Tagespflegepersonen in einem privatwirtschaftlichen Unternehmen. Hier könnte mit gesetzlichen Regelungen ein Anreiz für Unternehmen geschaffen werden, die Tagespflegeleistungen professionell anbieten. Vorstellbar und attraktiv ist dieses Betreuungskonzept z.B. als Ergänzung zu einer Betriebskindertagesstätte, um Randzeiten abzudecken. Im Übrigen sei auf die Ausführungen zu der Anstellung bei Trägern der freien Jugendhilfe verwiesen (siehe dazu unter 2.2.6). Privatwirtschaftliche Unternehmen können als privat-gewerbliche und damit als Träger der freien Jugendhilfe tätig werden und z.B. eine Kindertageseinrichtung betreiben oder Tagespflegepersonen anstellen.

2.3 „Stolpersteine und Hürden“ bei den Anstellungsmodellen in der Praxis

Unter anderem im Rahmen des Modellprojekts des BMFSFJ wurden bereits die folgenden „Stolpersteine und Hürden“ bei einer Anstellung von Tagespflegepersonen identifiziert³⁰:

29 Siehe hierzu z.B. BSG, Urteil vom 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R.

30 Siehe hierzu auch Powerpoint-Präsentation des Aktionsprogramms Kindertagespflege - Frühe Chancen.

- Unmittelbare Geldleistung an die Tagespflegeperson
- Arbeitsschutz
- Pausenregelung
- Arbeitsplatz in den Räumen der Tagespflegeperson
- Finanzierung nach Betreuungsstunden
- Geeignetheit der Betreuungsräume
- Fachberatung zur Festanstellung (im Moment: sehr individuelle „Lösungen“ vor Ort)
- Vertretung bei Urlaub und Krankheit
- Fachkräftebedarf.

2.4 Erforderliche Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen - erste Vorschläge zu Gesetzesänderungen

Ausgehend von den identifizierten „Stolpersteinen und Hürden“ empfehlen die Verfasser dieses Gutachtens die folgenden Gesetzesänderungen:

2.4.1 Änderung des Adressaten der Geldleistung im Falle einer abhängigen Beschäftigung

§ 23 Abs. 1 SGB VIII sollte dahingehend geändert werden, dass im Falle einer abhängigen Beschäftigung die Geldleistung nicht an die Tagespflegeperson direkt, sondern an den jeweiligen Anstellungsträger erbracht wird.

„Die Förderung in Kindertagespflege nach Maßgabe von § 24 umfasst die Vermittlung des Kindes zu einer geeigneten Tagespflegeperson oder zu einem Träger, der Tagespflegepersonen beschäftigt, soweit diese nicht von der erziehungsberechtigten Person nachgewiesen wird, deren fachliche Beratung, Begleitung und weitere Qualifizierung sowie die Gewährung einer laufenden Geldleistung. Diese Geldleistung ist an die Tagespflegeperson, falls die Tagespflegeperson bei einem Anstellungsträger abhängig beschäftigt ist, an diesen zu zahlen.“

2.4.2 Anstellungsträger als Adressat des Erlaubnisvorbehalts (§ 43 SGB VIII)

Analog dazu ist der Erlaubnisvorbehalt in § 43 auf Anbieter zu erweitern, die Tagespflegepersonen beschäftigen.

3 Arbeitsrechtliche Spezifika in der Tagespflege

Im Folgenden soll auf typische arbeitsrechtliche Fragestellungen eingegangen werden, die im Kontext einer Anstellung auftreten können. Dabei soll auch auf spezifische Besonderheiten eingegangen werden, die sich z.B. bei der Tagespflege im Haushalt der Erziehungsberechtigten bzw. durch den Anstellungsträger (Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberin) ergeben.

3.1 Zulässige Wochenarbeitszeit

Welche Regelungen bestehen hinsichtlich des Umfangs und der Länge von Pausen (pro Tag)?

Hinsichtlich der zulässigen Wochenarbeitszeit muss man dahingehend **unterscheiden**, welche **Arbeitszeit arbeitsvertraglich geschuldet** ist und welche Arbeitszeit unter Berücksichtigung des Arbeitsschutzes (**Gesundheitsschutzes**) **maximal möglich** ist. Hinsichtlich der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitszeit ist auf der einen Seite die vereinbarte Arbeitszeit im Arbeitsvertrag zu beachten. Wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach dem Tarifvertrag des öffentlichen Rechts (TVÖD) beschäftigt sind, ist die geschuldete Arbeitszeit nach dem Tarifvertrag zu berücksichtigen.

Auf der anderen Seite ist das **Arbeitszeitgesetz** (ArbZG) maßgeblich. Das Arbeitszeitgesetz bezweckt nach seiner gesetzlichen Definition die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung sowie soll die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten verbessern³¹. Dabei ist Arbeitszeit, im Sinne des Arbeitszeitgesetzes, die Zeit von Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepause. Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammenzurechnen – dies ist besonders bei Teilzeitkräften zu berücksichtigen. Das Arbeitszeitgesetz sieht vor, dass die werktägliche Arbeitszeit, also die Arbeitszeit von Montag bis einschließlich Samstag, acht Stunden nicht überschreiten darf. Das bedeutet, dass die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 48 Stunden nicht überschreiten darf³². Das Gesetz geht insofern davon aus, dass werktäglich maximal acht Stunden gearbeitet werden kann. Die werktägliche Arbeitszeit kann in Ausnahmefällen bis zu 10 Stunden verlängert werden, wenn in einem Ausgleichszeitraum von sechs Monaten im Durchschnitt acht Stunden werktäglich gearbeitet worden ist. Dies führt dazu, dass die tägliche Arbeitszeit auf bis zu 10 Stunden erweitert werden

31 Vgl. § 1 ArbZG, Wank in ErfK, § 1 ArbZG, Rz. 4 f..

32 Vergleiche § 3 ArbZG.

kann, wenn der Ausgleichszeitraum berücksichtigt worden ist. Dies ist insbesondere bei einer Fünftagewoche möglich. Mehr als 10 Stunden täglich kann nur in Ausnahmefällen und auf der Basis von Tarifverträgen gearbeitet werden. Dabei ist im Blick zu behalten, dass gerade für Kinder in den ersten Lebensjahren längere Betreuungszeiten nicht zumutbar sind.

Das bedeutet für die **Tagespflegepersonen**, dass sie – in welchem Anstellungsverhältnis auch immer – **bis zu 10 Stunden pro Tag** unter Berücksichtigung des Arbeitszeitgesetzes arbeiten können. Dabei wäre eine Verteilung der Arbeit bei einer Fünftagewoche von Montag bis Donnerstag 10 Stunden und freitags von 8 Stunden theoretisch möglich. Diese Zeiten werden jedoch unterschritten durch die vertraglich geschuldete Arbeitszeit, üblicherweise zwischen 38, 5 und 42 Stunden. **Arbeitszeiten** darüber wären jedoch **bis zur** oben beschriebenen **Maximalgrenze gesetzlich erlaubt**. Für angestellte Tagespflegepersonen kommt es auf die jeweilige Anstellungsfunktion an, wie die Arbeitszeit verteilt wird, um ideale Betreuungszeiten erreichen zu können. Gerade in möglichen Mischarbeitsverhältnissen³³ sind diese täglichen Vertragshöchst-arbeitszeiten zu berücksichtigen.

3.2 Tägliche Arbeitszeiten (Höchst-arbeitszeiten und Pausen)

Welche Regelungen bestehen hinsichtlich des Umfangs und der Länge von Arbeitszeiten (pro Tag/pro Woche)?

Hinsichtlich der Pausen- und Ruhezeiten ist alleine auf das Arbeitszeitgesetz zurückzugreifen. § 4 ArbZG sieht vor, dass die Arbeit durch im Voraus feststehende **Ruhepausen** zu unterbrechen ist und zwar **mindestens 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von 6-9 Stunden** und von **45 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden insgesamt**. Wichtig ist hierbei, dass die Ruhepausen die Möglichkeit geben, sich zu erholen und keine Arbeit zu erledigen. Insofern sind Pausen, bei denen die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend ist, nicht zwangsläufig als Ruhepausen zu charakterisieren. In den Ruhepausen muss der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geschaffen werden, eigene Dinge zu erledigen.

Kritisch zu betrachten sind Regelungen, in denen die Mittagspause zum Zeitpunkt eines Mittagsschlafs der Kinder vorgesehen ist, da die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer die Wohnung nicht verlassen dürfte. Darüber hinaus müsste die Pause unterbrochen werden, sollte eins der Kinder

³³ In den Mischarbeitsverhältnissen kann zum Beispiel in einem Haushalt eine Tagespflegeperson sowohl für Tagespflege als auch für Haushaltshilfe angestellt sein. Dabei ist klar zu definieren, welche Zeiten für Tagespflegearbeiten und welche Zeiten für Haushaltshilfe zu erledigen wären.

wach werden oder ähnliches. Insofern ist eine solche Pausenregelung nicht empfehlenswert.

Dies heißt im besonderen Fall für **Tagespflegepersonen**, dass **spätestens nach 6 Stunden eine Ruhepause** einzuhalten ist. In dieser Zeit muss die Tagespflegeperson frei von der Arbeitsleistung sein. Das bedeutet, dass in dieser Zeit keine Betreuungsleistungen oder damit verbundene Verwaltungstätigkeiten erbracht werden können. Für die Anstellungssituation bedeutet dies, dass spätestens nach 6 Stunden eine Pause einzuplanen, aber auch eine **Ersatzbetreuung** für die Zeit der Pause vorzusehen ist. Alternativ ist die Arbeitszeit auf weniger als 6 Stunden zu begrenzen.

3.3 Urlaub

Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang wird Urlaub gewährt? Welche Auswirkungen hat diese „Ausfallzeit“ auf die Betreuungskontinuität für die Kinder?

Hinsichtlich des Urlaubs ist ebenfalls zu **unterscheiden** zwischen dem **gesetzlichen Mindesturlaub** sowie dem **arbeitsvertraglich vereinbarten Urlaub**. Der gesetzliche Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz sieht bei einer Sechstageswoche 24 Werktage als Urlaubsanspruch vor (4 Wochen), bei einer Fünftageswoche 20 Arbeitstage. Davon zu unterscheiden ist der vertraglich geschuldete Urlaub der vielfach höher bei 5-6 Wochen im Jahr liegt. § 26 TVöD sieht einen Erholungsurlaub von 29 Arbeitstagen vor. In einem Angestelltenverhältnis ist demzufolge einer Tagespflegeperson Urlaub zu gewähren. Problematisch ist in diesem Fall, wie mit den Ausfallzeiten umzugehen ist. Die Tagespflegepersonen haben einen Mindesturlandsanspruch von 4 Wochen. Dieser ist entsprechend der jeweiligen Notwendigkeit zu gewähren. In Anstellungsverhältnissen müssen sich Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Tagespflegepersonen frühzeitig auf den Umgang mit dem Urlaub einigen, um die **Betreuungskontinuität** sicherstellen zu können. Dies ist durch Planung möglich, so dass – im Gegensatz zu Krankheitszeiten – rechtzeitig reagiert werden kann.

3.4 Mutterschutz

Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang wird Mutterschutz gewährt? Welche Auswirkungen hat diese „Ausfallzeit“ auf die Betreuungskontinuität für die Kinder?

Das Grundgesetz sieht im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG vor, dass jede Mutter den Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat. Auf dieser Grundlage ist das **Mutterschutzgesetz (MuSchG)** gebildet worden. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen wird der Gesundheitsschutz dahingehend gewährt, dass durch die Anord-

nung von Beschäftigungsverboten arbeitsplatzbedingte Risiken und Gefahren für Leben und Gesundheit von Mutter und Kind abgewehrt werden. Darüber hinaus wird die Mutter während der Beschäftigungsverbote vor finanziellen Nachteilen geschützt, wobei sich die Kosten die Krankenkassen mit dem Bund und dem Arbeitgeber teilen. Der Arbeitgeber ist dabei verpflichtet, der Frau, die wegen eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen ganz oder teilweise mit der Arbeit aussetzt, die Beschäftigung oder die Entlohnungsart wechselt, mindestens den Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen oder der letzten drei Monate vor Eintritt der Schwangerschaft zu gewähren (§ 11 Abs. 1 MuSchG).

In der **Anstellung bei Privathaushalten**, also bei den Erziehungsberechtigten, können die Beschäftigungsverbote zu einer **finanziellen Belastung** werden, wobei diese durch die Umlagezahlungen abgesichert werden (Umlage U 1 zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Umlage U 2 zum Ausgleich der finanziellen Belastungen aus dem Mutterschutz abgefördert werden)³⁴. Unter Berücksichtigung einer Betreuungskontinuität können jedoch Mehraufwendungen entstehen, um kurzfristig – auch bei schwangerschaftsbedingten kurzzeitigen Ausfällen – die Betreuung sicherzustellen.

3.5 Krankheit der Tagespflegeperson

Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang wird Krankengeld gewährt? Welche Auswirkungen hat diese „Ausfallzeit“ auf die Betreuungskontinuität für die Kinder?

Das Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (**Entgeltfortzahlungsgesetz**) sieht vor, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch Lohn erhalten, wenn sie aufgrund einer Erkrankung ihre Arbeitsleistung nicht erbringen können. Dabei greifen Umlagezahlungen, die zu einer Verminderung der finanziellen Belastung für Arbeitgeber – insbesondere Privathaushalte – führt. Nach einer dauerhaften Erkrankung von mehr als sechs Wochen greift das Krankengeld nach § 44 SGB V. Auch hier ist – wie schon oben beschrieben – die **Betreuungskontinuität** zu berücksichtigen. Gerade kurzfristige Ausfallzeiten sind aufzufangen. Hier bietet das Modell der Beschäftigung in Privathaushalten keine Möglichkeiten, Poolbildungen bei Trägern der Jugendhilfe mit gegenseitiger Vertretungsmöglichkeiten eine Chance, die Betreuungskontinuität zu gewährleisten.

34 Vgl. das gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen zum Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz – AAG) vom 13.02.2006 aufzurufen unter: <http://www.tk.de/centaurus/servlet/contentblob/15750/Datei/315/Rundschreiben-Entgeltfortzahlungsversicherung.pdf> , letzter Abruf 31.01.2014.

3.6 TVöD

Finden die Vorgaben des TVöD Anwendung?

Die Vorschriften des TVöD werden einschlägig sein bei den abhängigen Beschäftigungsformen wie bei einem Träger der öffentlichen und der freien Jugendhilfe, sofern sie an den TVöD gebunden sind. Die arbeitsvertraglichen Regelungen würden sich dann hieran orientieren. Sollte ein Träger der freien Wohlfahrtspflege nicht an den TVöD gebunden sein, vgl. Diakonie oder Caritas, die über eigene arbeitsrechtliche Bestimmungen verfügen, so kann zumindest im Wege der Vereinbarung mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe darauf hingewirkt werden, dass zumindest die Entlohnung dem TVöD entsprechend sein soll. Über eine Verweisung kann auch im Individualarbeitsvertrag die Regelung des TVöD vereinbart werden. Problematisch ist dies jedoch, da gerade im Bereich von kleinen Trägern oder privaten Arbeitgebern eine Abrechnung nach dem TVöD schwierig sein wird. Auch wird vielfach in Tarifverhandlungen eine rückwirkende Lohnerhöhung vereinbart, was zu beachtlichen Nachzahlungen kommen kann. Insofern ist eine pauschale Verweisung auf den TVöD nicht empfehlenswert. Dennoch ist darauf zu achten, dass es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Insofern kann der TVöD Leitmotiv sein und von den Anstellungsträgern zumindest die analoge Anwendung verlangt werden.

3.7 „Home-Office“

Gibt es einen Anspruch der Tagespflegepersonen auf Erstattung der Ausstattungskosten/Sachkosten bei der Betreuung im eigenen Haushalt? Ist der Arbeitgeber bei der Tätigkeit seines Arbeitnehmers zu Hause („Home Office“) dazu verpflichtet, die Infrastruktur zu finanzieren?

Klassisch versteht man unter Home-Office-Lösungen, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf ermöglichen sollen. Hier ist die grundsätzliche Idee, dass sich die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer selbst ihre Zeit einteilen können, um eigene Betreuungszeiten sicherzustellen. Solche klassischen Home Office-Lösungen machen für den Arbeitgeber im Zusammenhang mit Tagespflegepersonen im Prinzip keinen Sinn. In einem klassischen Home-Office wird durch den Arbeitgeber eine Infrastruktur zur Verfügung gestellt, von der aus die Arbeitsleistung auch von zu Hause aus erbracht werden kann dies vor allem mit der Zielsetzung, Familie und Beruf vereinbaren zu können und eigene Betreuungszeiten abdecken zu können. Die Arbeitsleistung wird sodann in den betreuungsfreien Zeiten erledigt. Eben ein solches Konzept ist im Zusammenhang mit Tagespflegepersonen nicht möglich. Vielmehr

könnten eigene Betreuungszeiten mit der Arbeitsleistung kombiniert werden, so dass eine Zurverfügungstellung einer Home-Office-Lösung kein Bedarf besteht.

Denkbar ist jedoch, dass eine Tagespflegeperson bei einem Arbeitgeber angestellt ist, der selbst keine Räumlichkeiten zur Betreuung zur Verfügung stellt, sodass die Tagespflegeperson dies in eigenen Räumlichkeiten anbieten würde – ähnlich wie aktuell bei selbstständigen Tagespflegepersonen. Gegenüber einem solchen Arbeitgeber hätte dann die Tagespflegeperson einen Anspruch auf entsprechende Ausstattungs- bzw. Sachkosten, um eine Betreuung im eigenen Haushalt umzusetzen. Anderenfalls müsste der Arbeitgeber eigene Räumlichkeiten zur Verfügung stellen, um die Betreuung zu gewährleisten.

3.8 Zusammenfassung

Bei angestellten Tagespflegepersonen ist darauf zu achten, dass die **Arbeitszeitregelungen** unter Berücksichtigung des Arbeitszeitgesetzes Berücksichtigung finden. Wichtig hierbei sind die **Tageshöchst Arbeitszeiten** sowie **Pausen**. Hinsichtlich der Ruhepausen ist zu empfehlen, den Einsatz von Tagespflegepersonen über sechs Stunden zu vermeiden. Anderweitig müsste für die Pausenzeiten eine Betreuungskontinuität gewahrt werden. Dies ist zum Beispiel möglich durch den Einsatz von zwei Tagespflegepersonen, die sich gegenseitig abwechseln. Dies hat auch zur Folge, dass beispielsweise in Urlaubsfällen die Betreuungskontinuität fortgesetzt werden kann. Im Urlaubsfall ist zu empfehlen, frühzeitig einen Urlaubsplan aufzustellen, um mit den Erziehungsberechtigten gemeinsam Urlaubsfragen abzustimmen, um die Betreuungskontinuität sicherzustellen. Gleiches gilt für die Gewährung von Mutterschutz und für die Ausfallzeiten während der Krankheit. Hierbei ist sicherzustellen, dass Tagespflegepersonen bei der Anstellung in Privathaushalten die Entgeltfortzahlung gewährt wird. Um den Wettbewerb zu Lasten der tariftreuen Arbeitgeber zu vermeiden, ist zu empfehlen, den TVÖD als Richtwert vorzugeben. Dies sollte so gestaltet sein, dass sich die Vergütung jeweils am TVÖD orientierte, ohne den Tarifvertrag als solchen arbeitsvertraglich zu vereinbaren, solange man selbst nicht unter die Regelungen des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes fällt. Damit können nicht refinanzierbare Nachzahlungen vermieden werden.

Mit Blick auf die Arbeitnehmerrechte sowie die Betreuungskontinuität der Kinder, sind Modelle der Anstellung **im Haushalt der Erziehungsberechtigten** nicht zu empfehlen, da die **Betreuungskontinuität nicht sichergestellt** werden kann. Erholungsurlaub, Krankheit und Arbeitszeitrecht führen dazu, dass die Betreuungskontinuität nur im Ansatz gewährleistet werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gewährleistung des einen vielfach zwangsläufig zur Belastung des anderen führt.

Dies ist lediglich aufzufangen in Betrieben mit mehreren Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern, welche sich gegenseitig vertreten können. Die

Einstellung von einzelnen Tagespflegepersonen, vor allen Dingen in Privathaushalten, kann zu der Schwierigkeit führen, dass keine personelle Flexibilität vorhanden ist. Das bedeutet zum Beispiel im Falle einer Erkrankung, dass eine Betreuungskontinuität nicht zu erreichen ist. Sollte eine Anstellung bei einem Träger der freien Jugendhilfe oder dem Jugendamt selbst erfolgen, spricht vieles dafür, einen Pool aus Tagespflegepersonen zu bilden, welche sich gegenseitig vertreten können. Dabei sollte vor allen Dingen die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung geschaffen werden, da in einem solchen Modell die Betreuungskontinuität optimal gestaltet werden könnte. Ferner ist die Betreuungskontinuität in einem solchen Modell optimal zu gestalten.

4 Fallkonstellationen aus der Praxis

Im Folgenden werden derzeit in Städten und Gemeinden diskutierte Fallkonstellationen untersucht.

4.1 Tagespflegeperson, die eine Burka/Niqab trägt

In einigen Städten ist eine vermehrte Anzahl von Bewerberinnen zu verzeichnen, die eine Burka/Niqab tragen. Welche Auswirkungen hat dies auf Frage, ob die Tagespflegeperson als geeignet eingestuft werden kann?

Trägt eine Bewerberin als Tagespflegeperson eine Burka bzw. Niqab, ist damit die **Frage der Eignung dieser Bewerberin als Tagespflegeperson** zu beantworten (siehe zur Frage der persönlichen und fachlichen Eignung ausführlich unter 2.1.4 a). Dieser Einzelfallentscheidung sind als Maßstab allgemeine Anforderungen, wie sie sich aus § 23 Abs. 3 SGB VIII sowie aus den Förderzielen ergeben, zugrunde zu legen.

Insofern sollten die tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall überprüft werden und hiervon ausgehend entschieden werden, ob die Person für die Tagespflege geeignet ist oder nicht. Wie bei jeder Eignungsprüfung spielt hier die individuelle Handhabung mit Blick auf ihre Bekleidung sowie der Einstellung der Tagespflegeperson eine Rolle.

4.1.1 Vereinbarkeit mit dem AGG?

Die Feststellung der Nicht-Eignung einer Tagespflegeperson allein aufgrund der Tatsache, dass sie eine Burka bzw. Niqab trägt, ist nicht im Einklang mit dem **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**, da sie

eine **mittelbare** Benachteiligung (**Diskriminierung**) aufgrund der Religion, ethnischen Herkunft und es Geschlechts darstellt, die nicht zu rechtfertigen ist³⁵. Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet: Angestellte Tagespflegepersonen sind Beschäftigte im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Da es sich bei der Frage der Eignung um eine Zugangsvoraussetzung handelt, ist der **persönliche Anwendungsbereich des AGG** gleichermaßen auch für selbständige Tagespflegepersonen eröffnet (§ 6 Abs. 3 AGG). Auch der **sachliche Anwendungsbereich** ist eröffnet, da es sich bei der Feststellung der Eignung bzw. Nicht-Eignung um „Bedingungen, einschließlich der Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, die für den Zugang zur unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit“ (§ 2 Abs.1 Nr. 1 AGG) handelt.

Lehnt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Eignung einer Tagespflegeperson allein mit der Begründung ab, dass sie eine Burka bzw. Niqab trägt, ist dies zunächst eine Kleidervorschrift. Insofern liegt hier keine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG vor. Eine solche Feststellung knüpft nicht unmittelbar an den Diskriminierungsmerkmalen (§ 1 AGG) der Religion, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts an. Allerdings tragen typischerweise muslimische Frauen nicht-deutscher Herkunft eine Burka bzw. eine Niqab. Eine mittelbare Benachteiligung (Diskriminierung) im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren benachteiligen und dies **nicht aufgrund sachlicher Gesichtspunkte zu rechtfertigen** ist. Das bedeutet, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im besonderen Maße zu berücksichtigen ist, mithin ein rechtmäßiges Ziel verfolgt sowie der Einsatz der Mittel hierfür geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Erfolgt die Benachteiligung aufgrund mehrerer Diskriminierungsmerkmale (wie hier: Religion = muslimisch, Geschlecht = Frau und Herkunft = nicht-deutsch) bedarf es gemäß § 4 AGG der Rechtfertigung jedes einzelnen Grundes. Zu rechtfertigen im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG sind insbesondere Bedingungen, die eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen“. § 8 Abs. 1 AGG konkretisiert insofern ein rechtmäßiges Ziel im Rahmen der Rechtfertigung einer Diskriminierung.

Das „Nichttragen“ einer Burka oder vergleichbarer Formen der Ganzkörperverschleierung könnte **eine generelle** „wesentliche und entscheidende berufliche **Anforderung**“ im Hinblick auf das Erreichen der Förderziele bei der Kindertagesbetreuung darstellen (§ 22 Abs. 3 SGB VIII). Danach umfasst der Förderungsauftrag Erziehung, Bildung und Betreuung. Die

35 Zum Ganzen sehr instruktiv: Bär/Ketteler, Rechtsfragen aus der Beratungsarbeit gegen Diskriminierung, 10/2009, S. 2f. Das Papier setzt sich mit der den beiden Fragestellungen „Darf eine Berliner Schülerin, die eine Burka trägt und sich für ein Praktikum in einer öffentlichen Bibliothek bewirbt, aufgrund der Burka abgelehnt werden? Darf eine Schulleitung von einer Schülerin verlangen, dass diese ihre Burka während der Schulzeit ablegt?“. Das Papier kommt zu dem Ergebnis, dass es sich um eine mittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion, des Geschlechts und der ethnischen Herkunft handelt, die nur mit Blick auf tatsächliche Umstände zu rechtfertigen ist, wenn die Burka-tragende Schülerin sich um eine Praktikumsstelle in einer öffentlichen Bibliothek bewirbt. Nach geltender Berliner Rechtslage kann die Schulleitung von einer Berliner Schülerin nicht verlangen, die Burka während der Schulzeit abzulegen.

Erfüllung dieses Auftrags erfordert Bindung und Beziehung zur Betreuungsperson, benötigt soziale Interaktion und ein aktives Forscherverhalten des Kindes, welches durch emotionale Sicherheit Orientierung findet. Je jünger die Kinder sind, desto mehr erfolgt der enge Austausch zwischen Kind und Bezugsperson im nonverbalen Bereich. Durch das Tragen eines Gesichtsschleiers ist eine durchgehende, nonverbale Kommunikation zwischen Kind und Betreuungsperson nicht möglich. Die Wahrnehmung bzw. Erfüllung des o. g. Auftrags wird also durch den Gesichtsschleier wesentlich eingeschränkt. Dies bezieht sich insbesondere auf die Förderung der sozialen und emotionalen Entwicklung, aber auch auf die kognitive Entwicklung des Kindes. So kann das Verhalten des Kindes vom Gesichtsausdruck der Bezugsperson beeinflusst werden, z.B. wenn es mit einer unbekannt Person oder einer verunsichernden Situation konfrontiert wird. Der Gesichtsausdruck und die nonverbalen Signale, die die Bezugsperson in diesem Moment vermittelt, sind entscheidend dafür, ob das Kind sich auf die unbekannte Situation einlassen kann oder ob es sich ängstlich zurückzieht. Diese nonverbale Kommunikation und Interaktion wird durch das Tragen eines Gesichtsschleiers deutlich eingeschränkt.

Daher wird von einer ansonsten geeigneten Tagespflegeperson verlangt werden können, dass sie insbesondere in der Eingewöhnungszeit auf das Tragen der Burka verzichtet, sofern diese Person dem Kind nicht bereits aus dem familialen Kontext bekannt ist. Die Bereitschaft der Person, während der beruflichen Tätigkeit auf das Tragen der Burka zu verzichten ist darüber hinaus ein Zeichen, inwieweit diese Person bereit ist, auf die elementaren Bedürfnisse des Kindes einzugehen, und ihre Interessen, während dieser Tätigkeit auf **diese Form der Religionsausübung** zu verzichten, demgegenüber zurückzustellen.

Da diese Anforderung sich aus der Zielsetzung ergibt, die der Gesetzgeber mit der frühkindlichen Förderung verfolgt, bedarf es keines Rückgriffs auf die entwickelte „Kopftuchrechtsprechung“, die sich mit der entsprechenden Handhabung in **öffentlichen Kindertageseinrichtungen** auseinandersetzt und sich auf die weltanschauliche Neutralität stützt³⁶.

Im Gegensatz zur Kindertagesstätte findet die **Kindertagespflege** findet gerade **nicht im öffentlichen Raum**, sondern im **familialen Setting** der Tagespflegeperson bzw. der Personensorgeberechtigten statt. Zudem sollen Eltern bei der Ausübung ihres Wunsch- und Wahlrechts (§ 5 SGB VIII) gerade die Möglichkeit erhalten, eine Tagespflegeperson auszuwählen, die ihre Weltanschauung akzeptiert oder sogar selbst praktiziert. Der Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts geht aber die Entscheidung voraus, ob die ausgewählte Person den mit der Leistung verbundenen Bedarf deckt bzw. decken kann.

Um in dieser sensiblen Frage Rechtssicherheit herzustellen und die Entscheidung nicht der Abwägung im Einzelfall zu überlassen, wird empfohlen, die Anforderungen bundesgesetzlich zu regeln.

³⁶ Siehe hierzu z.B. Abmahnung wegen religiöser Bekundung in einer Kinderbetreuungseinrichtung, NZA-RR 2011, 162.

4.1.2 Zusammenfassung

Eine pauschale Ablehnung der Eignung einer Tagespflegeperson allein aufgrund der Tatsache, dass sie eine Burka bzw. Niqab trägt, ist rechtswidrig, d.h. insbesondere nicht im Einklang mit den Vorgaben des AGG. Vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung der Eignung der Tagespflegeperson im Hinblick auf das Alter des Kindes und seine Vertrautheit mit der Person geboten.

Auch entspricht es dem in § 3 Abs. 1 SGB VIII verankerten Strukturprinzip der Vielfalt, ein vielfältiges Angebot mit unterschiedlichen Wertorientierungen zu schaffen, so dass das Wunsch- und Wahlrecht durch die Leistungsberechtigten umfassend ausgeübt werden kann. In diesem Kontext empfiehlt sich die Transparenz der religiösen / weltanschaulichen Zugehörigkeit. Eine Transparenz, also die Offenlegung der jeweiligen Zugehörigkeit der Tagespflegeperson ermöglicht es den Leistungsberechtigten noch differenzierter von ihrem Wunsch- und Wahlrecht Gebrauch zu machen.

4.2 Besondere Qualifikation der Tagespflegeperson für Kinder mit seelischer bzw. geistiger Behinderung?

Welche besonderen Voraussetzungen muss eine Tagespflegeperson mitbringen?

Das geltende Recht geht von einem **dualen System** der Kindertagesbetreuung aus. Danach erfasst die Förderung nach § 22 SGB VIII die Förderung von Kindern in „Regeleinrichtungen“ also Einrichtungen, die nicht die spezifischen Bedarfe von Kindern mit Behinderung decken. Deren Bedarfe werden im Rahmen der Eingliederungshilfe in Einrichtungen gedeckt, die von den Trägern der Sozialhilfe nach §§ 53 ff SGB XII finanziert werden. Die Entwicklung integrativer Formen der Tagesbetreuung, die in den letzten Jahren forciert wird und durch das Inklusionsparadigma der UN-Behindertenrechtskonvention als Zwischenstufe zu einem inklusiven Betreuungsangebot neuen Auftrieb erhalten hat wird bis heute durch die Zuständigkeitsaufteilung zwischen den Leistungssystemen erschwert. Die Praxis hat inzwischen vielerorts Modell integrativer Tagesbetreuung entwickelt. So werden in Hamburg behinderte Kinder in das Kita Gutscheinsystem einbezogen. Für die Aufnahme von Kindern mit (drohender) Behinderung gelten aber zusätzlich zu den allgemeinen Standards **spezifische Anforderungen im Hinblick auf die Qualifikation der Fachkräfte und das räumliche Angebot**³⁷. Von Eltern mit Kindern im Alter unter drei Jahren werden neben dem integrativen Kindertagesstätten auch Frühförderstellen

³⁷ Müller/Bange, Jugendamt 2010, 35.

(§§ 30, 55 SGB IX) genutzt. Die derzeit weiter bestehenden Kooperationsprobleme zwischen den verschiedenen Systemen werden sich erst mit der Umsetzung der so genannten großen Lösung, also der umfassenden Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe lösen lassen.

Das Setting der Tagespflege ist in der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII nach wie vor unbekannt. Selbst die Vollzeitpflege hat erst im Jahre 2012 Aufnahme in die „einrichtungsfixierte“ Eingliederungshilfe erhalten (§ 54 Abs. 3 SGB XII). Dies bedeutet, dass Tagespflege für Kinder mit Behinderungen nur mit Hilfskonstruktionen entweder über die Komplexleistung Frühförderung (§§ 30, 55 SGB IX) oder im Rahmen von teilstationärer Familienpflege als Form der Hilfe zur Erziehung (§§ 27, 32 SGB VIII) geleistet werden kann.

Hilfe zur Erziehung und Eingliederungshilfe in der Tagespflege hat in einigen Bundesländern den Beinamen „Heilpädagogische Tagespflege“ oder „teilstationäre Familienpflege“. Es werden dort nur wenige Kinder gemeinsam von einer Tagespflegeperson, manchmal unterstützt von einer Hilfskraft, versorgt und betreut. Die Kinder erhalten ein pädagogisches Angebot, welches sich an ihren Bedürfnissen orientiert und spezielle Fördermaßnahmen für jedes einzelne Kind umfasst³⁸.

An die Tagespflegepersonen werden besondere Anforderungen gestellt: Sie sollten eine sozialpädagogische oder pflegerische Ausbildung oder eine entsprechende Qualifikation (in Berlin z.B. Besuch der "Pflegeelternschule Tagespflege") nachweisen. In jedem Fall müssen Sie über spezifische Kompetenzen verfügen. In Niedersachsen hat die Agentur für Erwachsenenbildung ein Qualifizierungsmodul „**Tagespflege für behinderte Kinder**“ entwickelt. Es richtet sich an alle Bildungsträger in Niedersachsen, die Tagespflegepersonen weiterqualifizieren. Der Landschaftsverband Westfalen-Lippe lotet in einem Modellprojekt die Anforderungen für die Tagespflege behinderter Kinder aus.

Im Hinblick auf die spezifischen Potentiale familiärer Formen der Kindertagesbetreuung für Kinder mit besonderen Belastungen sollte der Gesetzgeber beim Umbau der Kinder- und Jugendhilfe zu einem inklusiven Leistungssystem bei der Ausgestaltung der Kindertagespflege die unterschiedlichen Bedarfe der einzelnen Kinder in den Blick nehmen.

4.3 Zugehörigkeit der Tagespflegeperson zu Scientology

Die Rechtsprechung hat festgestellt, dass sich allein aufgrund der **Zugehörigkeit einer Person zu Scientology**³⁹ keine Aussage zu ihrer Eignung als Tagespflegeperson machen lässt. Denn zentral für die Frage der Eignung einer Tagespflegeperson ist, dass sie „in der Lage ist, sich am Alter, dem

38 Siehe hierzu www.handbuch-kindertagespflege.de, letzter Abruf: 31.01.2014.

39 Siehe hierzu VG München, Urteil vom 15.07.2009, Az. M 18 K 09.2458 Rn.34f; BayVGH, Beschluss vom 23.11.2009, 12 CS 09.2221.

körperlichen und seelischen Entwicklungsstand, den sprachlichen und sonstigen Fähigkeiten, den Interessen und Bedürfnissen des einzelnen Kindes einschließlich seiner ethnischen Herkunft zu orientieren und darauf angemessen einzugehen“, also den Förderauftrag nach § 22 SGB VIII zu erfüllen.

Von Bedeutung in diesem Kontext ist insbesondere die Frage, ob aufgrund des religiösen Bekenntnisses der Tagespflegeperson eine **Kindeswohlgefährdung** zu erwarten ist. Wie bereits unter I ausgeführt empfiehlt sich die Transparenz der religiösen / weltanschaulichen Zugehörigkeit. Von der Tagespflegeperson ist zu verlangen, dass sie ihre Zugehörigkeit zu Scientology gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bzw. den Personensorgeberechtigten offenlegt.

Da die **fachliche Eignung als Fördervoraussetzung i. S. des § 23 SGB VIII** sich aber - anders als beim Erlaubnisvorbehalt in § 43 SGB VIII - nicht auf den negativen Kindeswohlstandard, also die präventive Abwehr einer Kindeswohlgefährdung beschränkt, erscheint es durchaus sachgerecht, gesetzlich dafür Sorge zu treffen, dass eine Person im Rahmen ihrer Tätigkeit als Tagespflegeperson von der Anwendung der „Scientology“ Technologie nach L. Ron Hubbard Abstand nimmt, wie dies etwa in § 1 Abs. 5 Nr.3 der KindertagespflegeVO Hamburg⁴⁰ vorgesehen ist.

Empfehlenswert erscheint insoweit eine bundeseinheitliche Regelung im SGB VIII.

5 Fazit der Autoren

Ausgangspunkt der Überlegungen dieses Gutachtens war die Frage, wie mit dem Modell der angestellten Tagespflegepersonen die Attraktivität der Kindertagespflege verbessert werden und damit die Voraussetzung für die Deckung des aktuellen Betreuungsbedarfs geschaffen werden kann. Dieses Gutachten zeigt, dass verschiedene Anstellungskonzepte bei unterschiedlichen Anstellungsträgern (Eltern, Eltern-GbR, Jugendamt, freigemeinnützige Träger der freien Jugendhilfe sowie private Unternehmen) vorstellbar sind und durch eine Anpassung der bundesgesetzlichen Rahmenbedingungen auch noch besser in der Praxis umsetzbar sind.

Allerdings wird deutlich, dass bei der Ausgestaltung der Anstellungsmodelle immer wieder Fragestellungen auftauchen, die bereits aus der Praxis der Tagespflege in Form des „Grundmodells“, also als selbständige Tätigkeit, bekannt sind und deshalb - unabhängig von der Art und Weise der Beschäftigung - einer Lösung zugeführt werden müssen: So ist es z.B. für Anstellungsträger regelmäßig eine Herausforderung, in Fällen von Krankheit oder Urlaub Betreuungsausfälle zu vermeiden und eine angemessene Vertretung für die Kinder sicherzustellen. Auch ist es dem Setting der Ta-

40 § 1 Abs.5 Nr.3 lautet: „Voraussetzung für die Förderung ist darüber hinaus, dass die Tagespflegeperson

3. eine Erklärung zur Nichtanwendung der „Scientology“ Technologie nach L. Ron Hubbard abgibt, und ...“

gespflege als einer familial-individuellen Betreuung immanent, dass die Einflussnahme des Jugendamts auf den Betreuungsalltag begrenzt ist. Schließlich ist auch die Frage der tariflichen Vergütung - angesichts des (noch immer) heterogenen Qualifikationsniveaus – derzeit nur im Zusammenhang mit der Qualifikation der einzelnen Tagespflegeperson beantwortbar.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass der Qualität der frühkindlichen Förderung zentrale Bedeutung zukommt und nach der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers in §§ 22 ff. SGB VIII die Tagespflege gerade in den ersten Lebensjahren des Kindes eine zentrale Rolle spielen wird und dabei nicht (mehr) die „günstigere Variante“ gegenüber der Kindertagesstätte sein kann, sondern vielmehr eine gleichwertige Alternative darstellt.

Berlin und Frankfurt, den 5. März 2014