



### **Zur Frage der Zulässigkeit von einschränkenden Vereinbarungen in der Kindertagespflege**

- 1. Ist eine Person im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII für die Kindertagespflege geeignet, dann hat sie einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Betreuung von fünf Kindern. Dieser Anspruch gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII ist nicht in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt und darf daher auch nicht über eine zusätzliche Tagespflegevereinbarung pauschal eingeschränkt werden.**
- 2. Lediglich im Einzelfall ist gemäß § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII die Erlaubniserteilung für eine geringere Zahl von Kindern zulässig. Eine solche Beschränkung muss aber einem sachlichen Grund geschuldet sowie verhältnismäßig sein, weil sie einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit der Tagespflegeperson darstellt.**

0. Hintergrund des Gutachtens ist, dass eine (im Bundesland Nordrhein-Westfalen befindliche) Kommune seit Mai 2010 eine Tagespflegevereinbarung mit Tagespflegepersonen abschließt, nach der nicht mehr als drei Kinder unter drei Jahren (einschließlich der eigenen) zeitgleich betreut werden dürfen. Die Pflegeerlaubnis zur Kindertagespflege befugt zwar weiterhin zur Betreuung von bis zu fünf Kindern, es wird aber mit den Tagespflegepersonen eine zusätzliche Vereinbarung mit dem oben genannten Inhalt geschlossen. Begründet wird dies mit den hohen Qualitätsanforderungen, die das SGB VIII an die Kindertagespflege stellt, sowie mit dem besonderen Betreuungsbedarf bei Kindern unter drei Jahren. Die Einschränkung soll ein Qualitätsmerkmal der vermittelten Tagespflegepersonen sein.

1. Nach ständiger Gutachtenpraxis des Deutschen Vereins schließt die Erstattung von Rechtsgutachten die Beantwortung von Einzelfragen, die Bearbeitung oder Lösung der rechtlichen Probleme eines Einzelfalls sowie Hinweise zur Entscheidung von Einzelfällen aus. Nach Maßgabe dieser Grundsätze beschränkt sich die Beantwortung einer Gutachtenanfrage auf die ihr zugrunde liegenden allgemeinen sozialrechtlichen Fragen. Es bleibt dem anfragenden Mitglied überlassen, aus dem Gutachten Rückschlüsse auch für die Bearbeitung von Einzelfragen zu ziehen.

2. Auf der Basis des dargestellten Sachverhalts stellt sich daher zunächst die grundsätzliche rechtliche Frage, ob eine Tagespflegevereinbarung, nach der nicht mehr als drei Kinder unter drei Jahren von einer Tagespflegeperson betreut werden dürfen, als zusätzliche Regelung zur Pflegeerlaubnis rechtmäßig ist. Bei der in Frage stehenden Tagespflegevereinbarung handelt es sich grundsätzlich um einen öffentlich-rechtlichen

Vertrag, § 53 SGB X<sup>1</sup>, der zwischen der Verwaltung und einer Privatperson über einen öffentlich-rechtlichen Gegenstand abgeschlossen wird. Vorliegend werden vertragliche Beziehungen über den jugendhilferechtlichen Gegenstand der Kindertagespflege zwischen dem Leistungsträger, also dem Jugendhilfeträger, und dem Leistungserbringer, also der Tagespflegeperson, hinsichtlich Arbeitszeit, Pflichten, Vergütung etc. auf der Basis insbesondere von §§ 23, 43 SGB VIII vereinbart. Auch wenn ein öffentlich-rechtlicher Vertrag durch zwei übereinstimmende, freiwillig abgegebene Willenserklärungen zustande kommt, sind rechtsstaatliche Grundsätze zu beachten, so etwa der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet wird und der unter anderem konstatiert, dass Handlungen der Verwaltung nicht gegen Gesetze verstoßen dürfen. Dies ist außerdem auch ausdrücklich in § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB X geregelt, wonach ein öffentlicher Vertrag nur zulässig ist, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Dieser Vorbehalt begrenzt nicht nur die „Handlungsform“, sondern auch den „Inhalt“ öffentlich-rechtlicher Verträge.<sup>2</sup> Allerdings führt nicht jedweder Rechtsverstoß zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes weil damit das Regelungsgefüge des § 58 SGB X, insbesondere im Hinblick auf die besonderen Nichtigkeitsgründe in § 58 Abs. 2 SGB X außer Acht gelassen würde. Deshalb führen nur qualifizierte Rechtsverstöße zur Nichtigkeit des Vertrags. Maßgeblich ist, ob eine zwingende Rechtsnorm besteht, die nach ihrem Sinn und Zweck die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbietet oder einen bestimmten Vertragsinhalt ausschließt bzw. das Verwaltungshandeln durch Vertrag überhaupt verbietet.<sup>3</sup> Nach § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 134 BGB wäre etwa die Tagespflegevereinbarung nichtig, wenn sie gegen eine zwingende, einen bestimmten rechtlichen Erfolg generell missbilligende Norm verstieße, bzw. gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 1 SGB X, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Fraglich ist also, ob eine einschränkende Tagespflegevereinbarung, nach der nicht mehr als drei Kinder unter drei Jahren (einschließlich der eigenen) zeitgleich betreut werden dürfen, einen qualifizierten Normverstoß darstellt oder direkt über den Verwaltungsakt der Pflegeerlaubniserteilung nach § 43 SGB VIII erfolgen könnte.<sup>4</sup>

3. § 43 SGB VIII ist eine Spezialvorschrift für die Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege in Abgrenzung zur Erlaubniserteilung für die Vollzeitpflege nach § 44 SGB VIII und für Einrichtungen gemäß § 45 SGB VIII. Diese Spezialregelung muss im Kontext gesehen werden mit der Profilierung der Kindertagespflege als eigenständige Alternative zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen, die durch das Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG) vom 27.12.2004 herausgestellt und durch das KiFöG weiter ausgebaut worden ist.<sup>5</sup> § 43 SGB VIII bewegt sich damit im Spannungsfeld zwischen den hohen Qualitätsanforderungen des SGB VIII, den individuellen Interessen

---

<sup>1</sup> Vgl. zum jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis Münder/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, VorKap. 5 Rn. 6 ff.

<sup>2</sup> Wallerath, in: Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl., § 11 Rn. 252.

<sup>3</sup> v. Wulffen SGB X, 7. Aufl. 2010, § 58 Rn. 6

<sup>4</sup> Zur Prüfung wird davon ausgegangen, dass es sich um erlaubnispflichtige Tagespflege im Sinne des § 43 SGB VIII handelt, also um Fälle, in denen Kinder außerhalb des Haushalts ihrer Erziehungsberechtigten während eines Teils des Tages und mehr als 15 Stunden wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreut werden. Alle anderen Konstellationen entziehen sich naturgemäß der Kontrolle und damit auch dem Erlaubnisvorbehalt des Jugendamts.

<sup>5</sup> Lakies in Münder/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 2.

der Erziehungsberechtigten sowie den staatlichen Interessen an einer flexiblen und kostengünstigen Bedarfsdeckung im Bereich der Kindertagesbetreuung.

4. Gemäß dem Wortlaut des § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII befugt die Erlaubnis zur Kindertagespflege zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern. Dieser Erlaubnisvorbehalt knüpft an die Tagespflegeperson an und normiert eine Erlaubnispflicht der Kindertagespflege bereits dann, wenn auch nur ein Kind betreut werden soll, sofern die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 SGB VIII kumulativ erfüllt werden. Wenn die Person für die Kindertagespflege geeignet ist, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis gemäß § 43 Abs. 2 SGB VIII. Ist die Eignung zu bejahen, ist zwingend die Erlaubnis zu erteilen, ein Ermessen der Behörde besteht nicht. Lediglich im Einzelfall kann die Erlaubnis für eine geringere Zahl von Kinder erteilt werden, § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII. Einer grammatikalischen Auslegung des Paragraphen folgend handelt es sich also um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.<sup>6</sup> Eine generelle, pauschale Einschränkung von Pflegeerlaubnissen auf nicht mehr als drei Kinder unter drei Jahren ist damit vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckt und mithin unzulässig.

5. Auch aus der systematischen Stellung des § 43 Abs. 2 und 3 SGB VIII im Gesetz und seinem Verhältnis zu anderen Normen folgt letztlich kein anderes Ergebnis. Der in § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII genannte Begriff der Eignung der Person für die Kindertagespflege wird in § 43 Abs. 2 Satz 2 und 3 SGB VIII durch persönliche und sachliche Eignungskriterien konkretisiert. Fraglich wäre allenfalls, ob sich daraus möglicherweise eine einschränkende Auslegung des § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII ergeben kann. Die Eignungskriterien entsprechen denen in § 23 Abs. 3 SGB VIII, was aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen der beiden Normen als systemwidrig kritisiert wird.<sup>7</sup> Während bei § 23 Abs. 3 SGB VIII die Zielrichtung, im Zuge der Vermittlung eines Kindes an eine Tagespflegeperson über das Merkmal der Eignung der Tagespflegeperson Qualitätsstandards zu setzen und eine kindgerechte Betreuung sicherzustellen, deutlich erkennbar ist, ist dies wiederum bei § 43 Abs. 2 SGB VIII nicht so ohne weiteres zu konstatieren. Zwar sind die in § 23 Abs. 3 SGB VIII und § 43 Abs. 2 SGB VIII zu erfüllenden Eignungsvoraussetzungen gleichlautend, jedoch gelten sie nur für die jeweils dort geregelten Bereiche.<sup>8</sup> § 23 Abs. 3 SGB VIII regelt die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch, während § 43 SGB VIII eine ordnungsrechtliche Eingriffsnorm ist.<sup>9</sup> Die Grundsätze der Förderung in § 22 Abs. 3 SGB VIII geben dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe keine Eingriffsbefugnisse hinsichtlich der Erlaubniserteilung für Kindertagespflege, auch nicht für die Formen der Kindertagespflege, die nicht von § 23 SGB VIII oder § 43 SGB VIII erfasst werden.

6. Zu überlegen wäre allenfalls noch, ob der Anwendungsbereich des § 43 Abs. 3 SGB VIII teleologisch reduziert werden muss aufgrund der hohen Qualitätsanforderungen des SGB VIII an die Kindertagesbetreuung. Von einer teleologischen Reduktion spricht man, wenn der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm ausnahmsweise von der Rechtsprechung oder

---

<sup>6</sup> So auch OVG NRW 25.2.2013 – 19 K 959/11.

<sup>7</sup> Lakies in Mündler/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 14.

<sup>8</sup> Diskussionspapier des Deutschen Vereins zur qualitativen, rechtlichen und finanziellen Ausgestaltung der Kindertagespflege- Ergänzung der Empfehlungen von 2005, NDV 2008, 151, 154.

<sup>9</sup> Lakies in Mündler/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 14.

Wissenschaft so beschränkt wird, dass Sachverhalte, die nach dem Wortlaut der Norm an sich erfasst würden, von der Anwendung der Norm ausgeschlossen werden. Voraussetzung für die teleologische Reduktion ist, dass die vom Wortlaut umfassten Fälle der inneren Teleologie (also der Zielsetzung) des Gesetzes widersprechen.<sup>10</sup> Von der teleologischen Reduktion werden also Fälle erfasst, in denen der Gesetzestext entgegen der Zwecksetzung des Gesetzes zu weit geraten ist. § 43 Abs. 3 SGB VIII könnte vor dem Hintergrund der hohen Qualitätsanforderungen des SGB VIII an die Kindertagesbetreuung sowie aufgrund der Tatsache, dass keine Differenzierung nach dem Kindesalter vorgenommen wird, eingeschränkt werden. Jedoch besteht bei der teleologischen Reduktion die zu schließende Lücke im Gesetz regelmäßig in einer fehlenden Ausnahmeregelung.<sup>11</sup> Dies allein wird jedoch – selbst wenn man es aus fachlichen Gründen bedauern mag – nicht ausreichen, um eine Sinnwidrigkeit der Fassung des Wortlauts anzunehmen. Dies gilt insbesondere, weil es sich bei § 43 Abs. 3 SGB VIII gerade um ein klar konzipiertes Regel-Ausnahme-Verhältnis handelt. Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 43 Abs. 3 SGB VIII ist damit abzulehnen.

7. Die Behörde kann – allerdings nur im Einzelfall – die Erlaubnis für eine geringere Anzahl von Kindern erteilen, § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII. Da eine solche Einschränkung einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Kindertagespflegeperson darstellt und der Regelfall durch § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII vorgegeben ist, ist sie nur zulässig, wenn sachliche Gründe bestehen und die Einschränkung verhältnismäßig ist.<sup>12</sup> Denn bei der Kindertagespflege handelt es sich – anders als bei der Pflege nach § 44 SGB VIII – um einen Beruf im verfassungsrechtlichen Sinne, mit dem die Tagespflegeperson ihren Lebensunterhalt sicherstellen will.<sup>13</sup> Zu klären ist also zunächst, welche sachlichen Gründe für eine Einschränkung nach § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII in Frage kommen. Hierfür ist es erforderlich, den Sinn und Zweck der Norm in den Blick zu nehmen.

8. Zweck der Regelung des § 43 SGB VIII ist entsprechend der Überschrift des 2. Abschnitts des 3. Kapitels des SGB VIII – ohne dass es insoweit einer ausdrücklichen Erwähnung im Normtext bedarf – der Schutz der Kinder in der Tagespflege, also die Gewährleistung des Kindeswohls, die ihrerseits aus dem staatlichen Wächteramt gemäß Art. 6 Abs. 2 GG und § 1 Abs. 2 SGB VIII ihre Legitimation herleitet. Die mit dem KICK neukonzipierte und mit dem Kinderförderungsgesetz (KiföG) konkretisierte Vorschrift des § 43 Abs. 1 SGB VIII für die Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege intendiert, jede auf Dauer angelegte Kindertagespflege außerhalb des Haushalts der Familie des Kindes der Kontrolle des Jugendamts zu unterstellen und damit den Schutz der so betreuten Kinder zu verbessern.<sup>14</sup> Mit § 43 SGB VIII wird ähnlich wie bei der Vollzeitpflege gemäß § 44 SGB VIII und der Betriebserlaubnis für Einrichtungen gemäß § 45 SGB VIII ein

---

<sup>10</sup> Vgl. BGHSt 10, 157, 159 f..

<sup>11</sup> Kohler-Gehring, juristische Methodenlehre, Online-Skript, Stand 08/2011, Seite 21.

<sup>12</sup> Lakies in Mündler/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 23; Schmid-Oberkirchner in Mündler/Wiesner/Meysen HB KJHR, 2. Aufl. 2011, Kap. 3.13 Rn. 12.

<sup>13</sup> VG Aachen 13.3.2012 – 2 K 1629/10; VG Magdeburg 18.7.2012 – 4 B 158/12.

<sup>14</sup> Schmid-Oberkirchner in Mündler/Wiesner/Meysen HB KJHR, 2. Aufl. 2011, Kap. 3.13 Rn. 7.

präventiver Erlaubnisvorbehalt zur Mindeststandardabsicherung auch im Bereich der Kindertagespflege geregelt.<sup>15</sup>

9. Mit der Erlaubniserteilung kann daher über die ausdrückliche gesetzliche Regelung hinaus nicht ohne weiteres der Ausbau der Qualität des Leistungsangebots verbunden werden. Die Erlaubnis ist Teil der Schutzaufgabe, nicht aber Steuerungsinstrument im Rahmen der Planungsverantwortung des Jugendamts gemäß § 79 SGB VIII.<sup>16</sup> Bei § 43 Abs. 2 SGB VIII ist – ebenso wie bei der Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII sowie bei der Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII – zu beachten, dass durch die Regelung ein Mindeststandard sichergestellt werden soll.<sup>17</sup> Jede weitergehende Regelung bedarf aufgrund des Eingriffs in die Berufsfreiheit einer gesetzlichen Grundlage.<sup>18</sup>

10. Sachliche Gründe für eine Einschränkung auf der Basis von § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII sind damit in erster Linie vor dem Hintergrund der Wahrung des Kindeswohls zu suchen, und zwar im Sinne einer präventiven Aufsicht. So wäre beispielsweise bei Räumlichkeiten der Tagespflegeperson, die für fünf Kinder nicht ausreichend sind, die Erlaubnis entsprechend einzuschränken. Da eine höhere Zahl von Kindern erhöhte Anforderungen an die Kindertagespflegeperson und die Kooperationsbereitschaft mit den Erziehungsberechtigten stellt, kann – im Einzelfall – auch je nach Qualifikation die Erlaubnis nur für eine geringere Zahl von Kindern erteilt werden.<sup>19</sup> So kann auch bei möglicher Überforderung der konkreten Tagespflegeperson eine Beschränkung angezeigt sein. Das gleiche ist denkbar z. B. in Fällen, in denen die Tagespflegeperson weiteren familiären Verpflichtungen unterliegt, wie etwa der Pflege von Angehörigen,<sup>20</sup> oder Kinder aufgrund einer chronischen Erkrankung oder Beeinträchtigung besonderer Aufmerksamkeit bedürfen. Eine pauschale Einschränkung wegen der zusätzlichen Betreuung von eigenen Kindern ist jedoch erkennbar nicht vom Wortlaut des § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII gedeckt.<sup>21</sup>

11. Ein geringerer Betreuungsschlüssel kann eine Qualitätsverbesserung in der Kindertagespflege bedeuten. Erkenntnisse aus der Deprivationsforschung und Entwicklungspsychologie bestätigen, wie notwendig eine sichere Bindung für Kinder als Voraussetzung für deren Entwicklung und das Ermöglichen von Lernprozessen ist. Die Beziehungskontinuität, die in der Kindertagespflege gewährleistet ist, und die überschaubare Anzahl von Personen fördern den Ausbau von sicheren Bindungen und schaffen die Voraussetzungen für Neugier und Explorationsverhalten. Säuglinge und Kleinkinder unter drei Jahren brauchen eine individuelle und einfühlsame Zuwendung.<sup>22</sup> Tatsächlich wird demgemäß von vielen Seiten ein geringerer Tagespflegeperson-Kind-Schlüssel in Abhängigkeit vom Alter der Kinder nach dem Grundsatz gefordert, dass je

---

<sup>15</sup> Lakies in Mündler/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 3.

<sup>16</sup> OVG NRW 25.2.2013 – 19 K 959/11.

<sup>17</sup> Mann in Schellhorn u. a. SGB VIII, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 12.

<sup>18</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 27.

<sup>19</sup> Lakies in Mündler/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 23.

<sup>20</sup> Vgl. Positionspapier des Deutschen Vereins zu den aktuellen Entwicklungen in der Kindertagespflege, NDV 2011, 214, 246.

<sup>21</sup> Mann in Schellhorn u. a. SGB VIII, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 23.

<sup>22</sup> Vgl. Positionspapier des Deutschen Vereins zu den aktuellen Entwicklungen in der Kindertagespflege, NDV 2011, 214, 246.

jünger die Kinder sind, desto kleiner die Gruppegröße sein soll.<sup>23</sup> Sofern eine Erhöhung des Schlüssels gewünscht wird, kann dies wie erwähnt aber nur im Wege einer gesetzlichen Änderung und unter Berücksichtigung der Belange der Tagespflegepersonen erreicht werden.<sup>24</sup> Eine pauschale, von besonderen Erfordernissen des Einzelfalls unabhängige Einschränkung der Erlaubnis im Wege einer Tagespflegevereinbarung ist somit nichtig gemäß § 58 SGB X, wobei gemäß § 58 Abs. 3 SGB X die Vereinbarung nur dann insgesamt nichtig ist, wenn anzunehmen ist, dass sie ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre.

12. Für den Fall, dass sachliche Gründe für eine Einschränkung im Einzelfall auf der Basis von § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII im oben genannten Sinne vorliegen, muss die Einschränkung zusätzlich noch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden, weil jedwedes Verwaltungshandeln verhältnismäßig sein muss<sup>25</sup>. Dies muss insbesondere deshalb geschehen, weil – wie oben bereits benannt – durch personen- oder sachbezogene Kriterien der Eignung in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen wird und ein solcher Eingriff insgesamt und im konkreten Einzelfall gerechtfertigt sein muss. Eine Einschränkung aus sachlichen Gründen ist verhältnismäßig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird<sup>26</sup>. Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Beschränkungen des Grundrechts stehen unter dem Gebot der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern.<sup>27</sup> Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gerade Regelungen, die auf die Einnahmen, welche durch eine berufliche Tätigkeit erzielt werden können, und damit auch auf die Existenzhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind, greifen in besonderem Maße in die Freiheit der Berufsausübung ein.<sup>28</sup> Demgemäß muss die Ausgestaltung des Berufs so möglich sein, dass die Existenzsicherung der Tagespflegeperson nicht von vornherein vereitelt wird.

13. Die laufenden Geldleistungen für die Betreuung in der Kindertagespflege werden im Bundesland Nordrhein-Westfalen in 19% der Kommunen in Pauschalen ausgezahlt. 67% hingegen verwenden einen Stundensatz bei der Berechnung der Vergütung und in 14% der Kommunen werden die Stundensätze in Pauschalen hochgerechnet, vor allem, wenn die Betreuungszeit gleichbleibend ist. Eine Tagespflegeperson, welche mindestens eine Qualifikation von 160 Unterrichtseinheiten abgeschlossen hat, erhält im Durchschnitt in den Kommunen in Nordrhein-Westfalen einen Stundensatz von € 4,07 je Stunde und betreutem Kind, wenn die Betreuung im eigenen Haushalt oder in angemieteten Räumen stattfindet.<sup>29</sup> Dies macht deutlich, dass es für eine Tagespflegeperson ganz entscheidend darauf

---

<sup>23</sup> Vgl. für viele: Positionspapier der Deutschen Liga für das Kind „Gute Qualität in Krippe und Kindertagespflege, S. 6.

<sup>24</sup> Siehe Fn. 17.

<sup>25</sup> Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 Rn. 28.

<sup>26</sup> BVerfGE 94,372, 390.

<sup>27</sup> BVerfGE 54,301, 313.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG 1 BvR 1904/95 vom 15.12.1999.

<sup>29</sup> Sell/Kukula: Vergütung der Kindertagespflege. Bestandsaufnahme und Modelle einer leistungsorientierten Vergütungssystematik, Remagen 2013.

ankommen kann, wie viele Kinder sie letztlich betreuen darf. Theoretisch ist es denkbar, dass in einem Fall, in dem eine Pflegeerlaubnis für eine geringere Anzahl von Kindern unter drei Jahren erteilt wurde, die Tagespflegeperson trotzdem zwei weitere Kinder im Alter von über drei Jahren betreuen könnte. Damit wäre eine derartige Einschränkung auch nicht mit finanziellen Nachteilen für die Tagespflegeperson verbunden. Im Ergebnis kann daher eine Beschränkung aus sachlichen Gründen im Einzelfall verhältnismäßig sein.

14. Fraglich ist, welche Kriterien für die Einschränkung der Kinderzahl beim Zusammenschluss von Tagespflegepersonen gelten. Grundsätzlich gilt für die Kindertagespflege, dass eine Erlaubnis nur für die Betreuung von bis zu fünf Kindern erteilt werden darf. Im Rahmen des KiföG ist 2008 der Spielraum nach oben erweitert worden, denn gemäß § 43 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII kann Landesrecht bestimmen, dass die Erlaubnis zur Betreuung von mehr als fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern erteilt werden kann, wenn die Tagespflegeperson über eine pädagogische Ausbildung verfügt. Mit dieser Regelung soll den in mehreren Bundesländern entwickelten Formen der Großtagespflege Rechnung getragen werden.<sup>30</sup> Landesrecht kann also sogenannte Großpflegestellen zulassen. Hier ist der Landesgesetzgeber bereits mit § 4 Abs. 2 KiBiz<sup>31</sup> tätig geworden: „Wenn sich Tagespflegepersonen in einem Verbund zusammenschließen (Großtagespflege), so können höchstens neun Kinder insgesamt durch höchstens drei Tagespflegepersonen betreut werden. Jede dieser Tagespflegepersonen bedarf einer eigenständigen Erlaubnis zur Kindertagespflege. Sollen zehn oder mehr Kinder betreut werden, so findet § 45 SGB VIII Anwendung.“ Eine Einschränkung der Kinderzahl bei Zusammenschluss von mehreren Tagespflegepersonen ist damit aufgrund von landesrechtlichen Bestimmungen zulässig. Dabei ist bundesrechtlich vorgegeben, dass die Kindertagespflegeperson in solchen Fällen zwingend eine pädagogische Ausbildung haben muss.<sup>32</sup> Was unter pädagogischer Ausbildung genau zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht erläutert. Es ist jedoch aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 43 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII davon auszugehen, dass das Gesetz an die Qualifikation der Tagespflegeperson anknüpft, nicht an ihre Berufserfahrung. Damit wäre es nicht zulässig, pauschal eine Vorerfahrung von drei Jahren zu verlangen.

15. Fraglich ist, ob ggf. über die Erteilung der Erlaubnis hinaus im Rahmen der Vermittlung strengere Anforderungen gestellt werden dürfen, indem z. B. die Vermittlung einer Tagespflegeperson davon abhängig gemacht wird, dass nur eine beschränkte Anzahl von Kindern aufgenommen wird. Da die in Frage stehende Vereinbarung im Ergebnis rechtswidrig ist wie oben ausgeführt, ist es nicht zulässig, eine Vermittlung von Tagespflegepersonen von ihrer Einhaltung abhängig zu machen. Sowohl der Wortlaut der §§ 23 Abs. 3 und 43 Abs. 3 SGB VIII als auch die zitierten Urteile machen deutlich, dass es im Bereich der Tagespflege auf Aspekte wie Persönlichkeit, Sachkompetenz oder Kooperationsbereitschaft ankommt und es hierbei keine pauschalen Beurteilungen geben darf. Vielmehr muss sich die Entscheidung am Einzelfall orientieren. Im Einzelfall kann es daher auch berechtigte Gründe für eine Reduzierung der betreuten Kinderanzahl geben, etwa wenn es aufgrund der Qualifikation der Tagespflegeperson Überforderung zu

---

<sup>30</sup> BT-Dr. 16/9299, 17.

<sup>31</sup> Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern vom 30.10.2007, GV NWR, 462.

<sup>32</sup> Lakies in Münder/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 24.

befürchten ist.<sup>33</sup> Im Übrigen bleibt es jeder Tagespflegeperson – wie jedem anderen selbstständig Erwerbstätigen auch – selbst überlassen, in welchem Umfang sie im Rahmen der ihr erteilten Pflegeerlaubnis tätig werden will. Sie ist nicht verpflichtet, die Erlaubnis auszuschöpfen.

15. In Bezug auf etwaige arbeitsrechtliche Konsequenzen ist zu beachten, dass das Arbeitsrecht regelmäßig alle Gesetze, Verordnungen und sonstige verbindliche Bestimmungen zur unselbständigen, abhängigen Erwerbsarbeit umfasst. Bei der Ausgestaltung von Kindertagespflegeverhältnissen fehlt es im Verhältnis Tagespflegeperson-Jugendamt regelmäßig an der für ein Arbeitsverhältnis charakteristischen Eingliederung der Tagespflegepersonen in Organisationsabläufe des Jugendamts sowie am Vorliegen der erforderlichen Weisungsgebundenheit.<sup>34</sup> Gegenstand der Rechtsbeziehung zwischen Jugendamt und Tagespflegeperson sind nach § 23 Abs. 1 SGB VIII die laufende Geldleistung, die fachliche Beratung und Begleitung der Pflegeperson sowie Qualifizierungsmaßnahmen. In der Praxis ist dieses Rechtsverhältnis regelmäßig nicht als Arbeitsverhältnis ausgestaltet. Üblicherweise besteht nicht einmal ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Jugendamt und der jeweiligen Tagespflegeperson. Die Rechtsbeziehung ist vielmehr, ebenso wie die zwischen Jugendamt und Personensorgebzw. Erziehungsberechtigten, öffentlich-rechtlicher Natur und wird regelmäßig durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgestaltet.<sup>35</sup> Direkte privatvertragliche Bindungen zum Jugendamt entstehen somit von Gesetzes wegen nicht. Insbesondere die Geldleistung wird nicht aufgrund freiwilliger vertraglicher Bindung gewährt, sondern weil kraft öffentlichen Rechts ein sozialrechtlicher Anspruch auf diese besteht, wenn die Voraussetzungen des § 23 SGB VIII erfüllt sind.<sup>36</sup>

16. Die überwiegende Mehrheit der Tagespflegepersonen arbeitet selbstständig (92 Prozent). Lediglich 4 Prozent sind bei einem Träger und weitere 4 Prozent bei den Eltern des betreuten Kindes fest angestellt.<sup>37</sup> Da es sich mithin bei der Tagespflege gemäß SGB VIII vorwiegend um eine selbstständige Tätigkeit handelt, werden im Zusammenhang damit regelmäßig keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu erwarten sein.<sup>38</sup>

17. Wie aber schon in dem zitierten Urteil<sup>39</sup> angedeutet, können im Einzelfall Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung in bestimmten Konstellationen denkbar sein aufgrund einer rechtswidrigen Tagespflegevereinbarung. Sollten einzelne Tagespflegepersonen schlüssig darlegen können, dass ihnen durch die Beschränkungen ein Verdienstaufschlag entstanden ist, dann könnten sie diesen Verdienstaufschlag dem zuständigen Träger gegenüber in einem Amtshaftungsprozess geltend machen, unter

---

<sup>33</sup> Lakies in Mündler/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 43 Rn. 23.

<sup>34</sup> DIJuF Rechtsgutachten vom 31.12.2006 zu Rechtsfragen der Finanzierung von Kindertagespflege aus öffentlicher Hand, S. 53.

<sup>35</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479, 482.

<sup>36</sup> DIJuF Rechtsgutachten vom 31.12.2006 zu Rechtsfragen der Finanzierung von Kindertagespflege aus öffentlicher Hand, S. 53.

<sup>37</sup> Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, BMFSFJ 2012, S. 30.

<sup>38</sup> Gutachten G 3-13 des Deutschen Vereins vom 7. August 2013 zur Frage der (Schein-)Selbstständigkeit in der Kindertagespflege.

<sup>39</sup> OVG NRW 25.2.2013 – 19 K 959/11



Beachtung der Verjährungsregelungen auch noch rückwirkend. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass Tagespflegepersonen in einem Prozess den Nachweis führen können, dass sie mehr Betreuungsverhältnisse hätten abschließen können, wenn sie die in Frage stehende Tagespflegevereinbarung nicht unterschrieben hätten. Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann ein derartiger Schadensersatzprozess nicht als offensichtlich aussichtslos angesehen werden. Neben solchen Amtshaftungsprozessen sind auch Klagen auf Beschäftigung oder Vermittlung denkbar für die Fälle, in denen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Vermittlung oder Beschäftigung von Tagespflegepersonen von der Zeichnung einer rechtswidrigen Tagespflegevereinbarung abhängig machen will.

Im Auftrag

gez. Réka Fazekas

gez. Maria-Theresia Münch