



## VORBEMERKUNG

Der Deutsche Verein hat im Sommer 2006 in finanzieller Förderung des BMFSFJ ein Gutachten zur Finanzierung der Kindertagespflege beim Deutschen Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) in Auftrag gegeben. Die Ergebnisse liegen seit Ende letzten Jahres vor und wurden im Februar 2007 dem Fachausschuss „Jugend und Familie“ vorgestellt und beraten. In der Folge hat die Arbeitsgruppe „Kindertagesbetreuung“ ihre Arbeit aufgenommen, die bis zur 2. Jahreshälfte entsprechende Empfehlungen erarbeiten wird. Sobald die Empfehlungen vom Präsidium des Deutschen Vereins beschlossen werden, werden sie auf unserer Homepage zu finden sein.

Bei einer Verwendung des Gutachtens bitten wir, darauf hinzuweisen, dass es in Unterstützung des BMFSFJ vom DIJuF erstellt wurde und weder die Auffassung des Deutschen Vereins noch des BMFSFJ widerspiegelt. Welche Ergebnisse des Gutachtens übernommen werden, kann derzeit noch nicht gesagt werden und obliegt dem Beratungsprozess der Gremien des Deutschen Vereins. Für eine Zitierung bitten wir folgenden Passus zu verwenden:

**„Zu Rechtsfragen der Finanzierung von Kindertagespflege aus öffentlicher Hand – unter Einbeziehung arbeits-, steuer- und versicherungsrechtlicher Faktoren, Gutachten des DIJuF im Auftrag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V., Dezember 2006.“**

Deutscher Verein für  
öffentliche und private Fürsorge e. V.  
Berlin, Juni 2007

DEUTSCHES INSTITUT  
FÜR JUGENDHILFE UND  
FAMILIENRECHT e. V.



FORUM FÜR FACHFRAGEN

Postfach 10 20 20  
D-69010 Heidelberg

Fon 0 62 21/98 18-0  
Fax 0 62 21/98 18-28

institut@dijuf.de  
www.dijuf.de

## Gutachten

des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht  
(DIJuF) e. V.

vom 31. Dezember 2006

im Auftrag des Deutschen Vereins für öffentliche und private  
Fürsorge e. V.

zu Rechtsfragen der Finanzierung von Kindertagespflege aus  
öffentlicher Hand – unter Einbeziehung arbeits-, steuer- und  
versicherungsrechtlicher Faktoren

Kinder- und Jugendhilferecht, Praxiserhebung, Koordination

**Julia Lorenz**, Referentin für Kinder- und Jugendhilferecht, DIJuF

Arbeitsrecht

**Dr. Christoph Fingerle**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Steuerrecht

**Christoph Bechler**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht,  
Steuerberater, diplômé en droit français

Sozialversicherungsrecht

**Dr. Albrecht Philipp**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Verwaltungsrecht, Fachanwalt für Sozialrecht

Fachliche Leitung

**Dr. Thomas Meysen**, Institutsleitung, DIJuF

## Inhaltsübersicht

### Finanzierung von Kindertagespflege

– unter Einbeziehung arbeits-, steuer- und versicherungsrechtlicher Faktoren

<b>I.</b>	<b>Neue Herausforderungen .....</b>	<b>9</b>
<b>II.</b>	<b>Regionale Praxis der Vergütung .....</b>	<b>10</b>
1.	Regionale Verbreitung der Kindertagespflege .....	11
2.	Situation in den befragten Ländern .....	12
3.	Erhebung über die Finanzierung von Kindertagespflege .....	16
4.	Ausdrückliche landesrechtliche Regelungen.....	24
<b>III.</b>	<b>Grundlegende Rechtsfragen im Kinder- und Jugendhilferecht .....</b>	<b>25</b>
1.	Inhaber des Anspruchs auf die Geldleistung.....	25
2.	Formen der Kindertagespflege.....	27
3.	Anforderungen an die Geeignetheit der Tagespflegeperson.....	32
4.	Zusammenfassung der Analyse zu den Grundlagen im Kinder- und Jugendhilferecht .....	36
<b>IV.</b>	<b>Vergütung: „Anerkennung der Förderungsleistung“ .....</b>	<b>37</b>
1.	Rechtliche Vorgaben zur Mindesthöhe.....	37
2.	Staffelung je nach Qualifikation .....	43
3.	Verhältnis zu Leistungen nach SGB II.....	45
4.	Zusammenfassung der Analyse zur Vergütung .....	48
<b>V.</b>	<b>Arbeitsrechtliche Einordnung .....</b>	<b>49</b>
1.	Statusrechtliche Einordnung: selbstständige Tätigkeit oder Arbeitsverhältnis ..	49
2.	Vergütung und Vergütungsform.....	59
3.	Perspektive als abhängiges Beschäftigungsverhältnis: Rechtsfolgen.....	61
4.	Zusammenfassung der Analyse zum Arbeitsrecht .....	66
<b>VI.</b>	<b>Steuerrechtliche Behandlung.....</b>	<b>68</b>
1.	Ertragsteuerliche Überlegungen.....	68
2.	Umsatzsteuerliche Überlegungen.....	78
3.	Zusammenfassung der Analyse zum Steuerrecht .....	85
<b>VII.</b>	<b>Sozialversicherungsrechtliche Fragen.....</b>	<b>86</b>
1.	Unfallversicherungspflicht und Aufwandserstattung .....	86
2.	Rentenversicherungspflicht und hälftige Aufwandserstattung.....	94
3.	Freiwilliger Zugang zu den gesetzlichen Sozialversicherungssystemen.....	102
4.	Zusammenfassung der Analyse zum Sozialversicherungsrecht.....	104
<b>VIII.</b>	<b>Kostenbeteiligung der Erziehungsberechtigten .....</b>	<b>105</b>
1.	Kriterien für die Höhe der Kostenbeteiligung allgemein.....	105
2.	Vergleich zum Kostenbeitrag bei Förderung in Kindertageseinrichtungen ....	107
3.	Beitragsstaffelung durch kommunale Satzung oder Landesrecht? .....	108
4.	Reduzierung der laufenden Geldleistung um den Kostenbeitrag? .....	110
5.	Zusammenfassung der Analyse zur Kostenbeteiligung .....	114

<b>IX. Perspektiven qualitätsorientierter Finanzierung von Kindertagespflege.....</b>	<b>115</b>
1. Anstellungsverhältnis bei den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten.....	115
2. Selbstständige Tätigkeit als Einzelperson .....	118
3. Selbstständige Tätigkeit als „Großtagespflegestelle“ .....	120
4. Anstellungsverhältnis bei Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe... ..	121
5. Tagespflege als bürgerschaftliches Engagement .....	122
<b>Anlage 1: Gutachter/innen .....</b>	<b>124</b>
<b>Anlage 2: DIJuF-Fragebogen zur Finanzierung von Kindertagespflege .....</b>	<b>125</b>

## Inhaltsverzeichnis

### Finanzierung von Kindertagespflege

– unter Einbeziehung arbeits-, steuer- und versicherungsrechtlicher Faktoren

<b>I.</b>	<b>Neue Herausforderungen .....</b>	<b>9</b>
<b>II.</b>	<b>Regionale Praxis der Vergütung .....</b>	<b>10</b>
1.	Regionale Verbreitung der Kindertagespflege .....	11
2.	Situation in den befragten Ländern .....	12
a)	Brandenburg .....	12
b)	Hamburg .....	13
c)	Baden-Württemberg .....	14
d)	Thüringen .....	14
e)	Schleswig-Holstein .....	15
3.	Erhebung über die Finanzierung von Kindertagespflege .....	16
a)	Vermittlungspraxis bei öffentlich geförderter Tagespflege .....	16
b)	Höhe und Bemessungskriterien der Sach- und Förderungsleistung .....	16
c)	Geldfluss .....	19
d)	Zusätzliche Geldleistungen seitens der Eltern .....	20
e)	Tagespflegepersonen als Selbstständige oder Angestellte? .....	20
f)	Unfallversicherung und Alterssicherung .....	20
g)	Perspektivisch präferierte Finanzierungsmodelle .....	22
h)	Staffelung der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge .....	23
4.	Ausdrückliche landesrechtliche Regelungen .....	24
<b>III.</b>	<b>Grundlegende Rechtsfragen im Kinder- und Jugendhilferecht .....</b>	<b>25</b>
1.	Inhaber des Anspruchs auf die Geldleistung .....	25
2.	Formen der Kindertagespflege .....	27
a)	Definition von Kindertagespflege .....	27
b)	Mindeststundenzahl .....	27
c)	Tagespflegestellen in „anderen geeigneten Räumen“ .....	29
d)	Private und öffentliche Kindertagespflege .....	31
3.	Anforderungen an die Geeignetheit der Tagespflegeperson .....	32
a)	Allgemeine gesetzliche Anforderungen .....	32
aa)	Qualifizierte Lehrgänge .....	32
bb)	Nachweis „in sonstiger Weise“ .....	34
b)	Gesteigerte Qualifizierungsanforderungen und Berufsfreiheit .....	34
4.	Zusammenfassung der Analyse zu den Grundlagen im Kinder- und Jugendhilferecht .....	36
<b>IV.</b>	<b>Vergütung: „Anerkennung der Förderungsleistung“ .....</b>	<b>37</b>
1.	Rechtliche Vorgaben zur Mindesthöhe .....	37
a)	Kriterien im SGB VIII .....	37
b)	Existenzsicherung .....	39
c)	Notwendigkeit eines Sockelbetrags .....	40
d)	Pauschalierung der Förderungsleistung .....	41

2.	Staffelung je nach Qualifikation .....	43
3.	Verhältnis zu Leistungen nach SGB II.....	45
a)	Anrechnung der Geldleistung als Einkommen .....	45
b)	Tagespflege als 1-Euro-Job .....	47
4.	Zusammenfassung der Analyse zur Vergütung .....	48
<b>V.</b>	<b>Arbeitsrechtliche Einordnung .....</b>	<b>49</b>
1.	Statusrechtliche Einordnung: selbstständige Tätigkeit oder Arbeitsverhältnis ..	49
a)	Verhältnis zu den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten.....	50
aa)	Allgemein: Arbeitnehmerbegriff.....	50
bb)	Betreuung im Haushalt des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten.....	51
cc)	Betreuung im Haushalt der Tagespflegeperson.....	53
dd)	Betreuung in anderen geeigneten Räumen .....	53
b)	Verhältnis zum Träger der freien und/oder öffentlichen Jugendhilfe .....	54
aa)	Selbstständige Tätigkeit.....	54
bb)	Abhängige Beschäftigung .....	56
cc)	Vereinbarung arbeitsrechtlicher Bestimmungen .....	57
dd)	Überlassung von Arbeitnehmer/inne/n.....	58
2.	Vergütung und Vergütungsform.....	59
a)	„Anerkennung der Förderungsleistung“ .....	59
b)	Vergütungsbemessung unter Berücksichtigung der Förderungsleistung .....	60
3.	Perspektive als abhängiges Beschäftigungsverhältnis: Rechtsfolgen.....	61
a)	Arbeitsrechtliche Folgen .....	62
b)	Sozialversicherungsrechtliche Folgen.....	63
aa)	Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung.....	63
bb)	Versicherung gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit .....	64
b)	Steuerrechtliche Folgen .....	66
4.	Zusammenfassung der Analyse zum Arbeitsrecht .....	66
<b>VI.</b>	<b>Steuerrechtliche Behandlung.....</b>	<b>68</b>
1.	Ertragsteuerliche Überlegungen.....	68
a)	Begründung von Einkünften durch die Zahlung von Tagespflegegeldern.....	68
aa)	Einkünfte aus selbstständiger Arbeit (§ 18 EStG) .....	68
bb)	Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit (§ 19 EStG) .....	72
b)	Steuerfreiheit von Einnahmen .....	73
aa)	Steuerbefreiung für Erziehungsbeihilfen (§ 3 Nr. 11 EStG) .....	73
(1)	Öffentlichkeit der Mittel .....	73
(2)	Zahlung wegen Hilfsbedürftigkeit .....	74
(3)	Beihilfen zur Förderung der Erziehung .....	74
(4)	Unmittelbarkeit der Förderung der Erziehung .....	76
(5)	Fehlen einer Gegenleistung.....	76
bb)	Steuerbefreiung für nebenberufliche Tätigkeiten (§ 3 Nr. 26 EStG).....	76
cc)	Steuerbefreiung für durchlaufende Gelder und Auslagenersatz (§ 3 Nr. 50 EStG) .....	78
2.	Umsatzsteuerliche Überlegungen.....	78
a)	Steuerbarkeit der Leistungen .....	79
b)	Steuerpflicht.....	80
aa)	Steuerbefreiung für Erziehungsleistungen (§ 4 Nr. 23 UStG) .....	81

bb)	Steuerbefreiung für Kleinunternehmer (§ 19 UStG) .....	84
3.	Zusammenfassung der Analyse zum Steuerrecht .....	85
<b>VII.</b>	<b>Sozialversicherungsrechtliche Fragen.....</b>	<b>86</b>
1.	Unfallversicherungspflicht und Aufwandsersatzung .....	86
a)	Keine Unterscheidung zwischen arbeitsrechtlichem und sozialversicherungsrechtlichem Arbeitgeber.....	87
b)	Unfallversicherung bei selbstständiger Tätigkeit.....	88
aa)	Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Unfallversicherung.....	88
bb)	Erstattung von Aufwendungen für eine private Unfallversicherung .....	90
cc)	Längerer Zeitraum ohne Betreuungstätigkeit .....	93
c)	Private Unfallversicherung bei abhängig beschäftigten Tagespflegepersonen.....	93
2.	Rentenversicherungspflicht und hälftige Aufwandsersatzung.....	94
a)	Mindest-Arbeitszeit .....	94
b)	Erstattung im Falle selbstständiger Tätigkeit .....	96
aa)	Versicherungspflicht.....	97
bb)	Berücksichtigung privater Altersvorsorge .....	100
cc)	Anerkennungsfähige private Alterssicherung.....	100
dd)	Höhe angemessener Alterssicherung.....	101
c)	Erstattung im Falle abhängiger Tätigkeit .....	102
3.	Freiwilliger Zugang zu den gesetzlichen Sozialversicherungssystemen.....	102
4.	Zusammenfassung der Analyse zum Sozialversicherungsrecht.....	104
a)	Unfallversicherung .....	104
b)	Rentenversicherung .....	104
<b>VIII.</b>	<b>Kostenbeteiligung der Erziehungsberechtigten .....</b>	<b>105</b>
1.	Kriterien für die Höhe der Kostenbeteiligung allgemein.....	105
2.	Vergleich zum Kostenbeitrag bei Förderung in Kindertageseinrichtungen ....	107
3.	Beitragsstaffelung durch kommunale Satzung oder Landesrecht? .....	108
4.	Reduzierung der laufenden Geldleistung um den Kostenbeitrag? .....	110
a)	Vorleistungspflicht des Jugendhilfeträgers.....	110
b)	Forderungsabtretung aufgrund öffentlich-rechtlichen Vertrags? .....	111
c)	Zulässigkeit der reduzierten Zahlung?.....	111
d)	Anforderungen an die Zulässigkeit einer Forderungsabtretung .....	112
e)	Unzulässigkeit der gesetzlichen Forderungsabtretung durch Landesrecht .....	113
5.	Zusammenfassung der Analyse zur Kostenbeteiligung .....	114
<b>IX.</b>	<b>Perspektiven qualitätsorientierter Finanzierung von Kindertagespflege.....</b>	<b>115</b>
1.	Anstellungsverhältnis bei den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten. 115	
a)	Rechtliche Spielräume .....	115
b)	Qualitätsorientierte Finanzierung.....	117
2.	Selbstständige Tätigkeit als Einzelperson .....	118
a)	Rechtliche Spielräume .....	118
b)	Qualitätsorientierte Finanzierung.....	119
3.	Selbstständige Tätigkeit als „Großtagespflegestelle“ .....	120
a)	Rechtliche Spielräume .....	120
b)	Qualitätsorientierte Finanzierung.....	120

4.	Anstellungsverhältnis bei Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe ...	121
a)	Rechtliche Spielräume .....	121
b)	Qualitätsorientierte Finanzierung .....	121
5.	Tagespflege als bürgerschaftliches Engagement .....	122
a)	Rechtliche Spielräume .....	122
b)	Qualitätsorientierte Finanzierung? .....	122
<b>Anlage 1: Gutachter/innen .....</b>		<b>124</b>
<b>Anlage 2: DIJuF-Fragebogen zur Finanzierung von Kindertagespflege .....</b>		<b>125</b>



## Finanzierung von Kindertagespflege

### – unter Einbeziehung arbeits-, steuer- und versicherungsrechtlicher Faktoren

#### I. Neue Herausforderungen

Mit dem Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG) hat der Gesetzgeber zum 1. Januar 2005 die Tagespflege in vielerlei rechtlicher Hinsicht gleichberechtigt neben die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen gestellt. Besondere Dynamik hat die Auseinandersetzung um eine Fortentwicklung der Qualität und Finanzierung von Kindertagespflege mit In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe zum 1. Oktober 2005 erfahren:

- Über die neu, in einer eigenen Vorschrift geregelte Erlaubnis zur Kindertagespflege (§ 43 SGB VIII) sind die Jugendämter verpflichtet, zu weit mehr Tagespflegepersonen einen konkreten Kontakt aufzubauen als zuvor.
- Der Anspruch auf laufende Geldleistung wird noch ausdrücklicher als bisher von konkreten Qualifizierungsanforderungen abhängig gemacht (§ 23 Abs. 3 SGB VIII).
- Bei der Vergütung wird nunmehr ausdrücklich unterschieden zwischen dem Sachaufwand (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VIII) und dem Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII). Der Charakter einer Honorierung der Leistungserbringung ist damit deutlich transparenter als bisher gesetzlich abgebildet.
- Zur Vergütung der Tagespflegeperson zählt seit In-Kraft-Treten des TAG auch die Erstattung von Aufwendungen für Beiträge zur Unfallversicherung und hälftig zur Alterssicherung (§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII).
- Die Jugendämter haben nunmehr die Pflicht zur Vergütung bedarfsgerechter Förderung von Kindern in Kindertagespflege, wenn sie darum ersucht werden (§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII). Unabhängig von ihren wirtschaftlichen Verhältnissen können Eltern seitdem nicht mehr auf Selbstzahlung verwiesen werden, sondern allenfalls nachträglich über eine Heranziehung zu den Kosten an der Finanzierung beteiligt werden.

Dieses gesetzliche Programm der Qualifizierung und Finanzierung stellt die Praxis vor neue Herausforderungen; dies vor allen Dingen deshalb, weil die Neuregelungen verbindlich ab sofort – also seit 1. Oktober 2005 – gelten. Die Geschwindigkeit, mit welcher der Ausbau der Tagesbetreuung im Rahmen der Übergangsfrist des § 24 a SGB VIII bis 2010 vorangetrieben wird, haben die Kommunen damit im Teilbereich der

Kindertagespflege nur noch bedingt in ihrer Hand. Gerade in der unmittelbaren Folge des In-Kraft-Tretens waren die zusätzlichen Kosten nicht in die laufenden (Doppel-)Haushalte eingestellt – und sind dies teilweise immer noch nicht. Ein Anzweifeln der vollen Finanzierungspflicht und die Suche nach kreativen Sonderlösungen waren und sind vielfach die Folge.<sup>1</sup>

Auch die Frage nach der Qualifizierung von Tagespflegepersonen gewinnt über die Vergütungsfrage an Bedeutung. Die Anforderungen an die Geeignetheit von Tagespflegepersonen werden verschärft hinterfragt,<sup>2</sup> Qualifikationsstandards erarbeitet<sup>3</sup> und eine Differenzierung je nach Qualifikation der Tagespflegeperson ins Gespräch gebracht.<sup>4</sup> Die rechtlichen und fachlichen Fragen haben sich in besonderem Maße verschränkt. Der Diskussion um die Tagespflegeperson als Berufsstand kann sich niemand mehr entziehen – mit allen Implikationen der Qualifizierung und Vergütung.<sup>5</sup>

Die Praxis wartet auf verlässliche und handhabbare Antworten. Das nachfolgende Gutachten gibt erste Antworten auf die sich stellenden Rechtsfragen aus kinder- und jugendhilferechtlicher, arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht. Dabei werden insbesondere auch die gesetzlichen Spielräume herausgearbeitet. Es wird Aufgabe der Praxis sein, sie auszufüllen. Liegen hierzu bereits Empfehlungen vor, wird auf diese – soweit bekannt – hingewiesen oder darauf aufmerksam gemacht, wenn solche bislang fehlen.

## II. Regionale Praxis der Vergütung

Um auf die Rechtsfragen der Finanzierung von Kindertagespflege, die sich in der Praxis stellen, gezielt eingehen zu können, wurde im Oktober 2006 bei allen Jugendämtern in 5 Bundesländern eine Befragung durchgeführt. Insgesamt haben 70 der 111 befragten Jugendämter den standardisierten Fragebogen ausgefüllt. Dies entspricht einer Rücklaufquote von 63 %: Baden-Württemberg (48 Jugendämter/27 Antworten),

---

<sup>1</sup> Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 451; JAmt 2005, 514; JAmt 2005, 515; JAmt 2006, 81; JAmt 2006, 237.

<sup>2</sup> Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 514; *Tietze/Viernickel* (Hrsg.), *Pädagogische Qualität in Tageseinrichtungen für Kinder*, 2. Aufl. 2003.

<sup>3</sup> *Weiß/Stempinski/Schumann/Keimeleder*, *Qualifizierung in der Kindertagespflege*, 2002.

<sup>4</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (486).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu den Bericht des BMFSFJ, Kongress „Kindertagespflege in Deutschland – im Dialog mit europäischen Nachbarn“ (<http://www.bmfsfj.de> → Publikationen → Suchtext: Kongress Kindertagespflege).

Brandenburg (18/9), Hamburg (7/7),<sup>6</sup> Schleswig-Holstein (15/11) und Thüringen (23/16).

Aufgrund verschiedener Forschung zur Kindertagespflege, insbesondere des Deutschen Jugendinstituts, können auf weitere Zahlen und Erkenntnisse zurückgegriffen werden, aus denen sich praxisrelevante Rechtsfragen ergeben.

## 1. Regionale Verbreitung der Kindertagespflege

Zur Verbreitung der Kindertagespflege in Deutschland liefert insbesondere die DJI-Kinderbetreuungsstudie 2005 aktuelle Erkenntnisse.<sup>7</sup> Diese bestätigt zum einen den seit 20 Jahren anhaltenden Trend des quantitativen Ausbaus der Kindertagespflege, der sowohl für die öffentliche als auch die informelle Tagespflege gilt. Andererseits zeigt sie, dass der Zuwachs der Tagespflegeverhältnisse langsamer vorangeht als vermutet.<sup>8</sup> Die Quote der Kinder in Tagespflege beträgt Ende 2005 bei den 0- bis 3-Jährigen 4,1 % und bei den 3- bis 6-Jährigen 2,1 %, am höchsten ist sie bei den 1- bis 3-Jährigen.<sup>10</sup> Vier von fünf Jugendämtern in Westdeutschland und jedes zweite Jugendamt in Ostdeutschland haben sich zum Ziel gesetzt, einen Ausbau des Betreuungsangebots für unter 3-jährige Kinder durch verstärktes Anbieten von Tagespflege zu erreichen.<sup>11</sup>

Ost-West-Unterschiede zeigen sich zwar kaum in der Verbreitung der Tagespflege, die mit einer Quote von 3,6 % bei den unter 3-Jährigen in Ostdeutschland kaum weniger vorkommt wie mit 4,2 % in Westdeutschland. Während allerdings in Westdeutschland die informelle (nicht öffentlich regulierte) Tagespflege überwiegt,<sup>12</sup> ist Tagespflege in Ostdeutschland fast ausschließlich in öffentlicher Form vertreten.<sup>13</sup> Das

---

<sup>6</sup> Die sieben Bezirksjugendämter der Freien und Hansestadt Hamburg haben eine einheitliche Finanzierungspraxis und den Fragebogen nur einmal – im Namen aller – ausgefüllt.

<sup>7</sup> *Bien/Rauschenbach/Riedel* (Hrsg.), *Wer betreut Deutschlands Kinder?*, 2006.

<sup>8</sup> *Van Santen*, in: *Bien/Rauschenbach/Riedel*, *Wer betreut Deutschlands Kinder?* (Fn. 7), S. 124 (136).

<sup>9</sup> *Van Santen*, in: *Bien/Rauschenbach/Riedel*, *Wer betreut Deutschlands Kinder?* (Fn. 7), S. 124 (130).

<sup>10</sup> *Van Santen*, in: *Bien/Rauschenbach/Riedel*, *Wer betreut Deutschlands Kinder?* (Fn. 7), S. 124 (131): Von den 1- bis 2-Jährigen nehmen 5,2 % Tagespflege in Anspruch, bei den 2- bis 3-Jährigen sind dies 5 %.

<sup>11</sup> <http://www.bmfsfj.de> (→ Suchtext: Handbuch Kindertagespflege), S. 37.

<sup>12</sup> *Schmid/Wiesner* (ZfJ 2005, 274 [275]) gehen Mitte 2005 davon aus, dass der weit überwiegende Teil der Tagespflege auf privater Basis erfolgt.

<sup>13</sup> *Van Santen*, in: *Bien/Rauschenbach/Riedel*, *Wer betreut Deutschlands Kinder?* (Fn. 7), S. 124 (132). In seinen Statistiken zählt das DJI zur öffentlichen Tagespflege alle Tagespfle-

Qualifikationsniveau der Tagespflegepersonen ist in Ostdeutschland im Schnitt höher, da dort häufig Erzieher/innen als Tagesmütter/Tagesväter tätig werden.<sup>14</sup>

Regionale Differenzierungen ergeben sich auch zwischen Flächenstaaten und Stadtstaaten. Das Angebot an Kindertagespflege ist in Stadtstaaten besonders hoch.<sup>15</sup> In diesen überwiegt zudem die öffentliche Form der Kindertagespflege.<sup>16</sup>

## 2. Situation in den befragten Ländern

### a) Brandenburg

Kindertagespflege ist in Brandenburg ein gleichrangiges Angebot der Kindertagesbetreuung und insbesondere in dünn besiedelten ländlichen Gebieten von Bedeutung. Sie erfolgt oft in enger räumlicher und fachlicher Zusammenarbeit mit Kindertagesstätten.<sup>17</sup>

Die Landeszuschüsse werden unabhängig von der Art der Kinderbetreuung gleich hoch gewährt.<sup>18</sup> Kindertagespflege kann nicht nur im Haushalt der Sorgeberechtigten oder der Tagespflegeperson, sondern auch in anderen geeigneten Räumlichkeiten stattfinden (§ 2 Abs. 2 KitaG BB). In Brandenburg haben Kinder ab dem 4. Lebensjahr bis zum Ende der Grundschulzeit einen Anspruch auf Kindertagesbetreuung und zusätzlich Kinder bis zur Vollendung des 3. Lebensjahrs sowie Kinder der 5. und 6. Schuljahrgangsstufe immer dann, wenn ihre familiäre Situation, insbesondere wenn die Erwerbstätigkeit, die häusliche Abwesenheit wegen Erwerbssuche, die Aus- und Fortbildung der Eltern oder ein besonderer Erziehungsbedarf Tages-

---

geverhältnisse, bei denen das Jugendamt involviert ist (z. B. durch Vermittlung), selbst wenn das Jugendamt keine Geldleistung zahlt. Der erhöhte Anteil öffentlicher Kindertagespflege in Ostdeutschland wird zum einen auf den guten Ausbau institutioneller Angebotsformen zurückgeführt, die durch Kindertagespflege ergänzt werden, und zum anderen auf eine besonders aktive Rolle der Jugendämter, welche häufig schon seit längerem Kindertagespflege als gleichrangiges Angebot neben der Betreuung in Einrichtungen betrachten (S. 133).

<sup>14</sup> Van Santen, in: Bien/Rauschenbach/Riedel, Wer betreut Deutschlands Kinder? (Fn. 7), S. 124 (137). Dies erkläre sich dadurch, dass in Ostdeutschland relativ viele Betreuungspersonen zur Verfügung stehen, die früher in Kindertageseinrichtungen gearbeitet haben und entsprechend (z. B. als Erzieherin) qualifiziert sind.

<sup>15</sup> Van Santen, in: Bien/Rauschenbach/Riedel, Wer betreut Deutschlands Kinder? (Fn. 7), S. 124 (133). Der gute Ausbau in den Stadtstaaten ist mit der deutlich längere Tradition dieser Betreuungsform im Vergleich zu den Flächenländern zu erklären (S. 132).

<sup>16</sup> Van Santen, in: Bien/Rauschenbach/Riedel, Wer betreut Deutschlands Kinder? (Fn. 7), S. 124 (132).

<sup>17</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.4 Brandenburg, 1.

<sup>18</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.4 Brandenburg, 1.

betreuung erforderlich macht (§ 1 Abs. 2 KitaG BB). Der Anspruch kann für Kinder bis zur Vollendung des 2. Lebensjahrs durch Tagespflege erfüllt werden, bei allen Kindern soll die Art der Anspruchserfüllung dem Bedarf des Kindes entsprechen (§ 1 Abs. 4 KitaG BB).

In Brandenburg gibt es Planungen für ein neues Ausführungsgesetz zum SGB VIII. Die Liga der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege kritisiert jedoch, dass der Gesetzesentwurf keine Fragen zur Finanzierung der Kindertagespflege gem. § 23 SGB VIII kläre.<sup>19</sup>

Die Mittel zur Finanzierung der Tagespflege werden gem. §§ 18, 16 Abs. 4 KitaG BB durch den örtlichen Träger der Jugendhilfe unter Beteiligung des Landes bereit gestellt (§ 18 Abs. 6 KitaG BB). Die Tagespflegeeignungsverordnung (TagespflegeEV) regelt, dass die Pflegeperson ab dem 1. Kind an einer Qualifikationsmaßnahme in einem Stundenumfang von mindestens 24 Stunden erfolgreich teilgenommen haben muss sowie ab dem 2. Kind von mindestens 104 Stunden (§ 2 TagespflegeEV).

## **b) Hamburg**

In Hamburg gibt es momentan ca. 2.500 Tagespflegepersonen, die 5.500 Kinder betreuen.<sup>20</sup> Die Kosten der geförderten Kindertagespflege werden von der Freien und Hansestadt Hamburg getragen. Hierfür stehen im Jahr 2006 13,4 Mio. € zur Verfügung.<sup>21</sup>

Kindertagespflege kann nicht nur im Haushalt der Sorgeberechtigten oder der Tagespflegeperson, sondern auch in anderen geeigneten Räumlichkeiten stattfinden (§ 1 Abs. 2 KibeG HH). Jedes Kind bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs hat Anspruch auf Tagesbetreuung in dem zeitlichen Umfang, in dem seine Sorgeberechtigten wegen Berufstätigkeit, Ausbildung, der Teilnahme an einer Maßnahme der beruflichen Weiterbildung im Sinne des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) oder der Teilnahme an Deutsch-Sprachkursen für Migrant/inn/en die Betreuung nicht selbst übernehmen können (§ 6 Abs. 2 KibeG HH). Kinder vom 3. Lebensjahr bis zum Schuleintritt haben Anspruch auf einen Platz in einer Tageseinrichtung oder auf Tagespflege von fünf Stunden täglich inklusive Mittagessen, unabhängig von der Situation der Eltern.

---

<sup>19</sup> <http://www.liga-brandenburg.de/exposee.php?id=23>.

<sup>20</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.6 Hamburg, 1.

<sup>21</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.6 Hamburg, 1.

Die Höhe der Geldleistung ist an das Qualifikationsniveau der Tagespflegeperson gekoppelt.<sup>22</sup>

Der Teilnahmebeitrag ist aufgrund einer Rechtsverordnung abhängig von der Zahl der betreuten Kinder degressiv und einkommensabhängig ausgestaltet (§ 29 Abs. 1 KibeG HH i. V. m. TnBVO). § 29 Abs. 2 S. 2 KibeG HH enthält einen gesetzlichen Forderungsübergang vom öffentlichen Jugendhilfeträger auf die Tagespflegeperson in Höhe des Teilnahmebeitrags, den die Eltern an das Jugendamt zu entrichten haben.

### **c) Baden-Württemberg**

In Baden-Württemberg sind laut Auskunft des Sozialministeriums über 7.600 Tagesmütter/Tagesväter tätig, welche über 11.500 Kinder betreuen.<sup>23</sup>

Gesetzliche Regelungen zur Tagespflege gibt es zurzeit noch nicht. Insofern sind Änderungen des KGaG BW geplant.<sup>24</sup> Eine Verwaltungsvorschrift existiert über die Förderung der Strukturen in der Kindertagespflege und über die Gewährung von Zuwendungen zur Altersvorsorge von Tagespflegepersonen (VwV Tagespflege vom 27. Januar 2003).<sup>25</sup>

Aufgrund dieser Verwaltungsvorschrift zahlt das Land eine Zuwendung für die Altersvorsorge jeder Tagespflegeperson an den öffentlichen Träger der Jugendhilfe in Höhe der Hälfte des Mindestbetrags in der gesetzlichen Rentenversicherung, höchstens jedoch 32 € (Ziff. 6.2 VwV). Voraussetzung hierfür ist, dass die Tagespflegeperson mindestens vier Stunden täglich oder mindestens 20 Stunden wöchentlich Kinder betreut und vom örtlichen Träger der Jugendhilfe oder den Erziehungsberechtigten mindestens denselben Betrag – wie in Ziff. 6.2 – als Zuschuss zur Altersvorsorge erhält (Ziff. 5.2 b, c, Ziff. 6.2).

### **d) Thüringen**

In Thüringen gibt es einen Anspruch auf einen Platz in einer Kindertageseinrichtung ab Vollendung des 2. Lebensjahrs (§ 2 Abs. 1 KitaG TH). Für Kinder unter zwei Jahren soll ein Platz zur Verfügung gestellt werden, wenn dies die familiäre Situation erfordert (§ 3 Abs. 1 S. 3 KitaG TH). Anstelle oder ergänzend zur Kindertageseinrichtung können

<sup>22</sup> Vgl. etwa das Finanzierungsmodell aus Hamburg unten S. 17.

<sup>23</sup> <http://www.sozialministerium.de/Tagespflege/80786.html>.

<sup>24</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.1 Baden-Württemberg, 1.

<sup>25</sup> GABI v. 26. Februar 2003, S. 123 ([http://www.sm.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/1442/verwaltungsvorschrift\\_tagespflege\\_27.pdf](http://www.sm.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/1442/verwaltungsvorschrift_tagespflege_27.pdf)).

Kinder, insbesondere im Alter von unter zwei Jahren, in Tagespflege vermittelt werden (§ 8 Abs. 1 S. 1 KitaG TH).

Der öffentliche Träger prüft sowohl die Eignung der Tagespflegeperson als auch das Vorliegen kindgerechter Räumlichkeiten. Die Finanzierung der Kindertagespflege ist in § 18 Abs. 2 und 5 KitaG TH geregelt. Die Höhe der laufenden Geldleistung nach § 23 SGB VIII legt das Landesjugendamt fest (§ 18 Abs. 9 KitaG TH). Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe meldet dem für Tagespflege zuständigen Ministerium jährlich die Kosten der Tagespflege sowie die Anzahl der betreuten Kinder (§ 18 Abs. 10 S. 3 KitaG TH). Das Land beteiligt sich an den Kosten der Kindertagesbetreuung durch einen zweckgebundenen Zuschuss (Landespauschale § 19 Abs. 1 KitaG TH).

### **e) Schleswig-Holstein**

In Schleswig-Holstein gibt es neben den durch das Jugendamt vermittelten und teilweise finanzierten Tagespflegepersonen auch voll versicherungspflichtig angestellte Tagespflegepersonen nach §§ 2, 4, 27 bis 30 KitaG SH. Auch diese Gruppe wird mit Landesmitteln gefördert. Aktuell ist eine Verordnung geplant, wonach Tagespflege auch in anderen geeigneten Räumen stattfinden kann.<sup>26</sup>

Die Fördermittel des Landes für qualifizierte Kindertagespflege sind daran geknüpft, dass nach § 30 KitaG SH die Pflegeperson sozialversicherungspflichtig angestellt ist, drei bis fünf Kinder betreut sowie Vertretung, Fachberatung und Fortbildung geregelt sind.<sup>27</sup>

Das Land beteiligt sich an Qualifizierungsmaßnahmen für Tagespflegepersonen, wenn diese der Richtlinie über die Grundqualifikation von Tagespflegepersonen des Landes (1994)<sup>28</sup> entsprechen (darin sind insgesamt 160 Stunden Qualifikation vorgesehen, davon 120 Stunden Theorie und 40 Stunden Hospitation) und der Kreis bzw. die kreisfreie Stadt die Maßnahme bezuschusst.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.14 Schleswig-Holstein, 1.

<sup>27</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.14 Schleswig-Holstein, 1.

<sup>28</sup> <http://shvv.juris.de/shvv/vvsh-8520.2-0001.htm>.

<sup>29</sup> [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.14 Schleswig-Holstein, 1.

### 3. Erhebung über die Finanzierung von Kindertagespflege

#### a) Vermittlungspraxis bei öffentlich geförderter Tagespflege<sup>30</sup>

Aus der Erhebung anhand des Fragebogens ergeben sich Hinweise auf regionale Unterschiede zur Frage, wer öffentlich geförderte Tagespflege vermittelt.

Während in Brandenburg und Thüringen die Vermittlung nahezu ausschließlich durch die Jugendämter selbst erfolgt und nur gelegentlich durch Eltern oder in Zusammenarbeit zwischen Jugendamt und freiem Träger stattfindet,<sup>31</sup> sind in Baden-Württemberg, Hamburg und Schleswig-Holstein die Eltern häufig die Akteure,<sup>32</sup> und freie Träger spielen öfter – entweder in Zusammenarbeit mit den Jugendämtern oder auch gelegentlich als alleinige Vermittler – eine Rolle.<sup>33</sup>

#### b) Höhe und Bemessungskriterien der Sach- und Förderungsleistung<sup>34</sup>

Die Höhe der laufenden Geldleistung für die Sach- und Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII) variiert erheblich zwischen den verschiedenen befragten Bundesländern. Sie schwankt zwischen ca. 1,70 € bis ca. 3,50 € pro Stunde und Kind. In der Regel differenzieren die Jugendämter hinsichtlich der laufenden Geldleistung nach Sachaufwand und Förderungsleistung. Auch hier fallen starke Schwankungen hinsichtlich dieser beiden Posten auf.

---

<sup>30</sup> Frage 3. a) des Fragebogens, siehe Anlage 2.

<sup>31</sup> So vermitteln sieben von neun Jugendämtern in Brandenburg im Schnitt 93 % der Tagespflegeverhältnisse in ihrem Zuständigkeitsbereich. Die restlichen 7 % wurden durch Eltern vermittelt. In Thüringen vermitteln 14 von 17 Jugendämtern im Schnitt 96,5 % der Tagespflegeverhältnisse. In drei Fällen erfolgte die Vermittlung zusammen mit einem freien Träger, ansonsten durch die Eltern.

<sup>32</sup> Nach Angaben der Jugendämter werden in Hamburg ca. 50 % der Tagespflegeverhältnisse von Eltern selbst organisiert, in Schleswig-Holstein sind dies ca. 30 % und in Baden-Württemberg 23 %.

<sup>33</sup> In Schleswig-Holstein erfolgt die Vermittlung der öffentlichen Tagespflegeverhältnisse zwar überwiegend durch die Jugendämter, in ca. 60 % der Fälle ausschließlich und in weiteren 9 % zusammen mit freien Trägern. Die anderen ca. 30 % werden von Eltern vermittelt. Bei 2 % der öffentlichen Tagespflegeverhältnisse wird die gesamte Vermittlung an einen freien Träger delegiert.

In Baden-Württemberg gibt es ganz unterschiedliche Vermittlungsmodelle. Ausschließlich vom Jugendamt vermittelt werden ca. 35 % der Tagespflegeverhältnisse, zusätzlich werden ca. 15 % der Fälle durch das Jugendamt in Zusammenarbeit mit einem freien Träger vermittelt. Hervorzuheben ist, dass in einigen Jugendamtsbezirken die Vermittlung ausschließlich an freie Träger delegiert ist. Jeweils ca. 25 % der Vermittlungen übernehmen entweder freie Träger oder die Eltern selbst.

<sup>34</sup> Frage 4 des Fragebogens, siehe Anlage 2.



Zum Teil gibt es landesrechtliche Vorgaben<sup>35</sup> oder Empfehlungen des Landesjugendamts (BW, TH). In fast allen Fällen wird die laufende Geldleistung nicht pro Stunde gezahlt, sondern pauschaliert für einen bestimmten Zeitraum z. B. in drei Stufen (halbtags, dreivierteltags, ganztags)<sup>36</sup> oder in vier<sup>37</sup> bzw. fünf Stufen.<sup>38</sup> In einigen Bundesländern wird erst ab einer bestimmten Mindeststundenzahl eine laufende Geldleistung gewährt, z. B. ab sieben Stunden<sup>39</sup> oder ab zehn Stunden,<sup>40</sup> zum Teil auch beginnend mit der ersten Stunde. Alle Jugendämter, die an der Befragung teilgenommen haben, gaben an, den Sachaufwand als Pauschale zu zahlen.

Bei der Förderungsleistung findet nur selten eine Differenzierung nach der Zahl der betreuten Kinder oder der Qualifizierung der Tagespflegeperson statt. Die Höhe der Förderungsleistung variiert stark von Jugendamt zu Jugendamt. Durch die pauschalierte Staffelung in Stufen kann die Vergütung pro Stunde nur als Spannbreite wiedergegeben werden. Sie variiert zwischen ca. 3 € und 0,70 € pro Stunde und Kind. Ein Finanzierungsbeispiel:

Wöchentlicher Zeitkorridor	Sachkosten in €	Förderungsleistung in €	Höchstbetrag in €	Durchschnittliche €/h im Monat (bei 21 Tagen/Monat)	Förderungsleistung/h in €
40 h und mehr	247,00	128,00	375,00	ca. 2,23	max. 1,31
30 h bis unter 40 h	198,00	110,00	308,00	2,45 – 1,88	0,80 – 0,78
20 h bis unter 30 h	149,00	84,00	233,00	2,27 – 1,91	1,45 – 1,00
7 h bis unter 20 h	99,00	56,00	155,00	ca. 5,27 – 1,94	1,91 – 0,70

<sup>35</sup> In *Berlin* sollen als Berechnungsgrundlage für das Pflegegeld die Regelsätze der Sozialhilfe sowie für die Förderungsleistung (Kosten der Erziehung) bei bestimmten Pflegestellenformen die entsprechenden Vergütungsgruppen des öffentlichen Dienstes verwendet werden (§ 17 Abs. 3 S. 2 KitaG BE i. V. m. § 28 Abs. 2 AG KJHG BE). In *Bremen* wird vom 1. bis zum 18. Lebensjahr einheitlich Pflegegeld in Höhe von 12,80 € täglich für Tagespflege im Haushalt des Personensorgeberechtigten und 16,59 € außerhalb des Haushalts des Personensorgeberechtigten gezahlt (§ 13 AGKJHG BR i. V. m. VerwV Ziff. 6). In *Mecklenburg-Vorpommern* beträgt das Pflegegeld für Kinder bis zum Schuleintritt bei Ganztagsbetreuung bis zu zehn Stunden täglich 412,60 €, wobei auf den Sachaufwand 30 % entfallen (= 123,78 €) und für die Förderungsleistung 70 % (= 288,82 €; § 2 KiFöG MV i. V. m. § 1 BKLVO MV).

<sup>36</sup> Praxis in Thüringen entsprechend den Empfehlungen des LJA v. 11. Dezember 2006.

<sup>37</sup> Dies ist häufige Praxis in Baden-Württemberg entsprechend den Empfehlungen des KVJS v. 31. Mai 2006.

<sup>38</sup> Z. B. von 0 bis 10 Stunden, 11 bis 20 Stunden, 21 bis 30 Stunden, 31 bis 40 Stunden, über 40 Stunden (Hamburg, Verordnung über die Eignung von Tagespflegepersonen und Tagespflegegeld v. 13. Juni 2006, Anlage 2).

<sup>39</sup> Häufig in Baden-Württemberg entsprechend den Empfehlungen des KVJS v. 31. Mai 2006.

<sup>40</sup> In Bayern gem. Art. 2 Abs. 4 KiBiG BY.

Ein Beispiel für ein stärker differenziertes Finanzierungsmodell und eine qualifikationsbezogene Vergütung liefert Hamburg. Dort wird die laufende Geldleistung pro Monat gezahlt, gestaffelt nach der wöchentlichen Betreuungszeit (fünf Stufen), dem Alter der Kinder (1. Altersstufe: 0 bis 3 Jahre; 2. Altersstufe: 3 Jahre bis Schuleintritt) und nach der Qualifizierung der Tagespflegeperson (zwei Stufen). Die Tagespflegeperson bekommt eine höhere Förderungsleistung, wenn sie qualifizierende Lehrgänge in einem Umfang von mindestens 160 Stunden besucht hat.<sup>41</sup>

### Modell Hamburg

Betreuungszeit/ Woche Altersstufen	Monatliche Sätze in €				
	Sachleistung	Förderungsleistung ohne Qualifizierung	Förderungsleistung mit Qualifizierung	Summe ohne Qualifizierung	Summe mit Qualifizierung
1 bis 10 h/Woche Altersstufe 1	43,00	53,00	64,00	96,00	107,00
1 bis 10 h/Woche Altersstufe 2	43,00	41,00	49,20	84,00	92,00
11 bis 20 h/Woche Altersstufe 1	78,00	100,00	120,10	178,00	198,00
11 bis 20 h/Woche Altersstufe 2	78,00	77,00	92,40	155,00	170,40
21 bis 30 h/Woche Altersstufe 1	110,00	153,00	184,10	263,00	294,10
21 bis 30 h/Woche Altersstufe 2	110,00	118,00	141,60	228,00	251,60
31 bis 40 h/Woche Altersstufe 1	132,00	297,00	248,00	339,00	380,00
31 bis 40 h/Woche Altersstufe 2	132,00	159,00	190,80	291,00	322,80
41 bis 50 h/Woche Altersstufe 1	143,00	260,00	312,00	403,00	455,00
41 bis 50 h/Woche Altersstufe 2	143,00	200,00	240,00	343,00	383,00

Der Gesetzgeber ging bei der Kostenrechnung zum Tagesbetreuungsausbaugesetz von einem Betrag von 3 € pro Stunde für den Sachaufwand und die Anerkennung der Förderungsleistung aus (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII), gemessen an einer täglichen Inanspruchnahme von acht Stunden.<sup>42</sup> Dies entspricht einer monatlichen

<sup>41</sup> Verordnung über die Eignung von Tagespflegepersonen und Tagespflegegeld v. 13. Juni 2006, Anlage 2.

<sup>42</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 45 f.

Zuwendung in Höhe von 480 €. Hierauf verweisen auch die Empfehlungen des Deutschen Vereins von 2005.<sup>43</sup>

Aufgegeben wurden damit die Empfehlungen zur Vergütung von 1994, die sich noch an der parallelen gesetzlichen Terminologie bei Tages- und Familienpflege orientierte und folglich bei der Höhe der „Aufwendungen einschließlich der Kosten der Erziehung“ (§ 23 Abs. 3 S. 2 SGB VIII a. F.) an die Sätze für Vollzeitpflege anknüpfte. Es wurde empfohlen, hiervon 60 % zu zahlen.<sup>44</sup> Wenn die Tagespflegeperson in einer 40 Stunden-Woche jeweils nur ein Kind zur gleichen Zeit betreute, entsprach dies einer Anerkennung der Förderungsleistung in Höhe von 124,20 € im Monat. Bei 21 Arbeitstagen im Monat wäre die Tagespflegeperson entsprechend der seinerzeitigen Empfehlungen auf einen Stundensatz von 0,74 € gekommen.

### c) **Geldfluss**<sup>45</sup>

Denkbar ist, dass die Geldleistung des Jugendamts entweder direkt an die anspruchsberechtigte Tagespflegeperson geleistet wird oder zunächst an einen Träger der freien Jugendhilfe oder die Eltern, welche sie wiederum an die Tagespflegeperson weiterleiten. Im Fragebogen wurde die Frage gestellt, auf welchem Weg die Tagespflegeperson die laufende Geldleistung erhält. Die Jugendämter gaben an, in knapp der Hälfte der Fälle die Geldleistung direkt an die Tagespflegeperson zu zahlen. Nur ganz selten läuft der Zahlungsfluss über einen Träger der freien Jugendhilfe.

23 % der Jugendämter gaben jedoch an, die Tagespflegeperson erhalte die Geldleistung sowohl über sie als auch über die Eltern. In einigen Fällen vermerkten diese Jugendämter auf dem Fragebogen, bei den Zahlungen durch die Eltern handele es sich um den „Kostenbeitrag“. In anderen Fällen erhielten wir diese Information durch gezieltes Nachfragen. Die Praxis sieht so aus, dass das Jugendamt die laufende Geldleistung an die Tagespflegeperson abzüglich des Betrags zahlt, den das Jugendamt von den Eltern als „Teilnahme- und Kostenbeitrag“ (§ 90 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII) verlangen kann. Hinsichtlich der laufenden Geldleistung in dieser Höhe verweisen die Jugendämter die Tagespflegeperson an die Eltern.

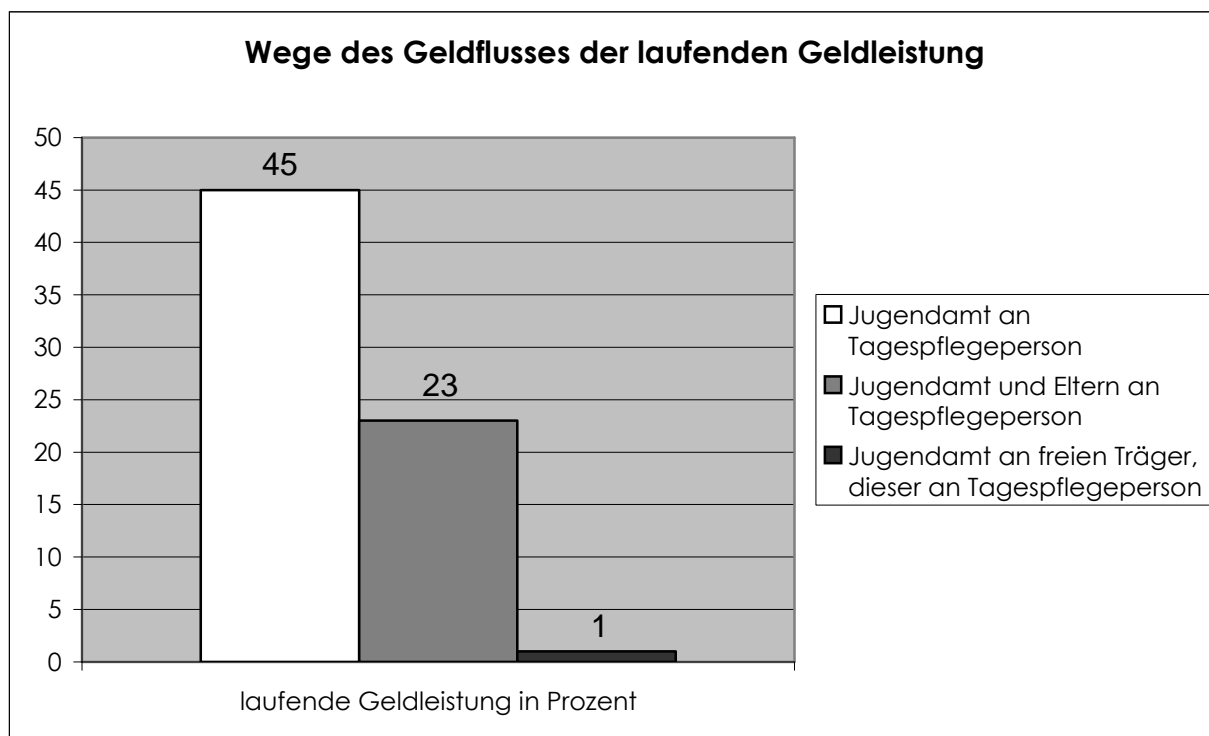
---

<sup>43</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (486).

<sup>44</sup> Überarbeitete Empfehlung des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Tagespflege nach § 23 KJHG, NDV 1994, 207 (209).

<sup>45</sup> Frage 6 des Fragebogens, siehe Anlage 2.

Schaubild 1:



#### d) **Zusätzliche Geldleistungen seitens der Eltern**

Zusätzlich zur laufenden Geldleistung zahlen die Eltern nach Einschätzung der Jugendämter in den westlichen Flächenländern relativ häufig eine Vergütung an die Tagespflegeperson. Die Höhe ist uns nicht bekannt. In Hamburg und in den östlichen Flächenländern kommt dies eher selten vor. In Brandenburg gehen die Jugendämter davon aus, dass die Eltern ausschließlich zusätzliches Essensgeld an die Tagespflegeperson zahlen.

#### e) **Tagespflegepersonen als Selbstständige oder Angestellte?<sup>46</sup>**

Die Jugendämter gehen in allen befragten Bundesländern davon aus, dass die Tagespflegepersonen ganz überwiegend selbstständig tätig sind. Sie nehmen an, dass nur in 0 bis 25 % der Fälle ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

#### f) **Unfallversicherung<sup>47</sup> und Alterssicherung<sup>48</sup>**

Die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zur Unfallversicherung (§ 23 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII) ist bei allen befragten Jugendämtern nach oben hin ge-

<sup>46</sup> Frage 7 des Fragebogens, siehe Anlage 2.

<sup>47</sup> Frage 8 des Fragebogens, siehe Anlage 2.

<sup>48</sup> Frage 9 des Fragebogens, siehe Anlage 2.

deckelt. Die maximale Erstattungshöhe variiert zwischen 60 € und 108 € jährlich. In einem Fall werden nur 38 € jährlich übernommen. In Brandenburg werden in der Regel 66 € jährlich und in Baden-Württemberg 79 € (zum Teil 79,38 €) gezahlt. In Hamburg wird mit jährlich 108 € der höchste Betrag gezahlt.

Die Jugendämter sind verpflichtet, der Tagespflegeperson die Hälfte der nachgewiesenen Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung zu erstatten (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII). Auch hier variiert der Umfang der erstatteten Beträge bei den befragten Jugendämtern erheblich.

Einerseits gibt es in Hamburg die Praxis, mindestens 41 € monatlich zu zahlen und für den Fall, dass die Tagespflegeperson mit ihren Einnahmen über der Geringfügigkeitsgrenze liegt und rentenversicherungspflichtig wird, werden – gem. § 2 Nr. 2 SGB VI – 9,75 % (= die Hälfte von 19,5 %) des zu versteuernden Einkommens als Zuschuss zur Alterssicherung gezahlt.<sup>49</sup>

Auf der anderen Seite zahlen die Jugendämter in Baden-Württemberg entsprechend einer Empfehlung des Kommunalverbands für Jugend und Soziales (KVJS) pauschal 64 € im Monat ab einer Tätigkeit von mindestens 20 Stunden in der Woche. Unterhalb von 20 Wochenstunden wird kein Zuschuss gewährt. Eine Staffelung findet nicht statt.

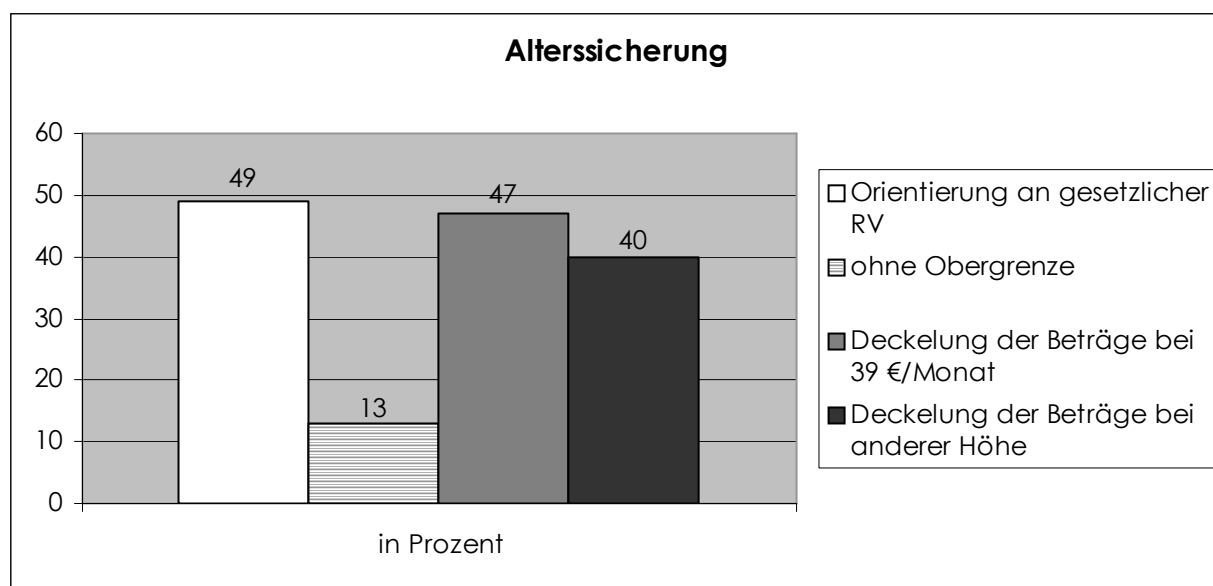
Sowohl in Schleswig-Holstein als auch in Thüringen wird maximal ein Zuschuss in Höhe von 39 € monatlich gewährt. Dieser Betrag entspricht den Empfehlungen des Deutschen Vereins für den Fall, dass die Tätigkeit die Grenze einer geringfügigen Beschäftigung nicht überschreitet. Allerdings empfiehlt der Deutsche Verein diesen Betrag nicht als Maximalbetrag, sondern bei umfangreicherer Tätigkeit als einer geringfügigen Tätigkeit (stufenweise) mehr zu zahlen.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Zur rentenversicherungsrechtlichen Geringfügigkeitsgrenze siehe unten S. 97 ff.

<sup>50</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (487).

Schaubild 2:

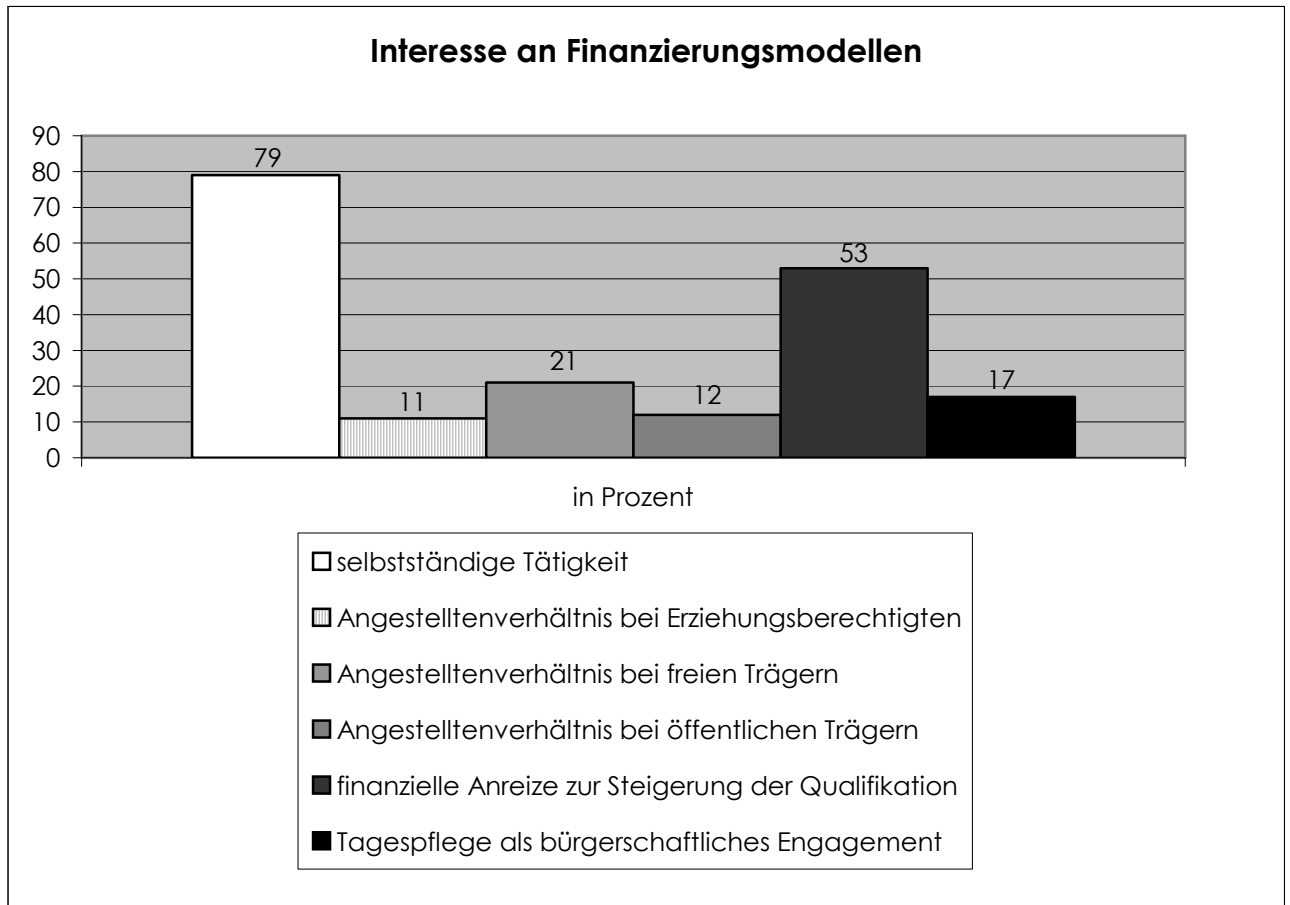


### g) Perspektivisch präferierte Finanzierungsmodelle<sup>51</sup>

Von allen befragten Jugendämtern waren perspektivisch 79 % an einem Auf- oder Ausbau selbstständiger Tätigkeit interessiert. Finanzielle Anreize zur Steigerung der Qualifikation möchten 53 % der Jugendämter setzen. Am Ausbau von Angestelltenverhältnissen bei Trägern der freien Jugendhilfe sind hingegen nur 21 % und bei den Jugendämtern oder den Eltern nur jeweils 11 % der Jugendämter interessiert. Tagespflege als bürgerschaftliches Engagement wünschen sich 17 % der Jugendämter, wobei dieser Wunsch fast ausschließlich in Baden-Württemberg (39 % der an der Befragung teilnehmenden Jugendämter) und ansonsten nur von einem Jugendamt in Schleswig-Holstein genannt wird.

<sup>51</sup> Frage 10 des Fragebogens, siehe Anlage 2.

Schaubild 3:

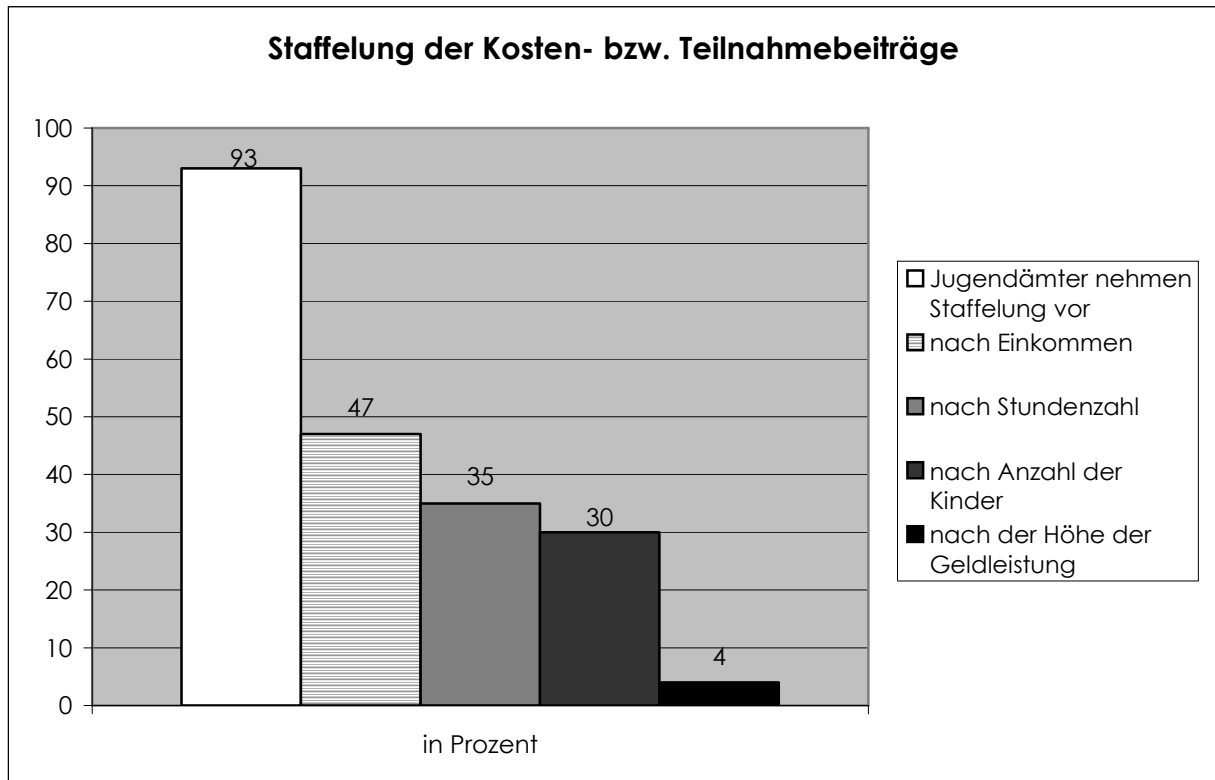


#### h) **Staffelung der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge**<sup>52</sup>

Eine Staffelung der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge nehmen 93 % der Jugendämter vor. Von diesen 93 % ist bei 47 % das Einkommen ein Kriterium, bei 35 % die Stundenzahl, bei 30 % die Anzahl der Kinder und bei 4 % wird je nach ihrerseits gestaffelter Höhe der laufenden Geldleistung ein unterschiedlicher Kostenbeitrag verlangt.

<sup>52</sup> Frage 11 des Fragebogens, siehe Anlage 2.

Schaubild 4:



#### 4. Ausdrückliche landesrechtliche Regelungen

Zur Finanzierung von Kindertagespflege gibt es in einigen Bundesländern landesrechtliche Regelungen. Beispielsweise:

- In **Bayern** hat der öffentliche Jugendhilfeträger einen Anspruch auf einen Landeszuschuss für Tagespflege, wenn gewisse Kriterien erfüllt sind. Dazu gehört, dass die Tagespflegeperson an Qualifizierungsmaßnahmen teilgenommen hat, für Vertretung gesorgt ist, eine fachliche Begleitung stattfindet und sich die Gemeinde an der Finanzierung beteiligt (Art. 18 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 KiBiG BY).
- In **Brandenburg** erfolgt die Finanzierung der Tagespflege durch den Jugendhilfeträger. Dieser erhält Landeszuschüsse für Tagespflege pro belegtem Platz, die der Höhe nach den Zuschüssen für Tageseinrichtungen entsprechen (§ 16 Abs. 6 KitaG BB i. V. m. TagespflegeV).
- In **Mecklenburg-Vorpommern** wird die Finanzierung von Tageseinrichtungen sowie Kindertagespflege – aufgrund ausdrücklicher landesrechtlicher Regelung – gemeinsam durch das Land, den öffentlichen Jugendhilfeträger sowie die Auf-



enthaltsgemeinde übernommen (§ 16 Abs. 1 KiföG MV). Der Landeszuschuss für einen Ganztagsplatz in Tagespflege beträgt ca. 30 % der laufenden Geldleistung (§ 18 Abs. 1 und 2 KiföG MV, § 3 Abs. 1 i. V. m. §§ 1, 2 BKLVO MV), der öffentliche Jugendhilfeträger zahlt weitere 28,8 % an die Tagespflegeperson (§ 19 Abs. 1, 2 KiföG MV).

### III. Grundlegende Rechtsfragen im Kinder- und Jugendhilferecht

#### 1. Inhaber des Anspruchs auf die Geldleistung

Nach der Rechtslage vor dem KICK war der Anspruch auf Geldleistungen nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Literatur der Tagespflegeperson zugeordnet (§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB VIII a. F.<sup>53</sup>).<sup>54</sup> Teilweise wurde gefordert, aus rechtssystematischen Gründen den Anspruch besser den Eltern zuzuordnen. Zumindest, wenn die Tagespflegeperson nicht vom Jugendamt vermittelt, sondern von den Eltern selbst gesucht werde, bestehe kein Interesse der Tagespflegperson, die Geldleistungen beim Jugendamt geltend zu machen, da ihr bereits der Anspruch auf Vergütung gegen die Eltern aus dem mit ihnen geschlossenen privatrechtlichen Vertrag zustehe.<sup>55</sup>

Die neue gesetzliche Regelung enthält sich einer expliziten Zuweisung des Anspruchs (vgl. § 23 Abs. 1 SGB VIII). Teilweise wird daher vertreten, die Frage sei im SGB VIII ungeklärt geblieben. Der Bund habe den Ländern die Beantwortung überlassen.<sup>56</sup> Nach anderer Auffassung bleibt es auch nach der neuen Rechtslage bei der Zuordnung des Anspruchs zur Tagespflegeperson.<sup>57</sup>

Letzteres überzeugt. Weder im Wortlaut des Gesetzes noch in den Gesetzesbegründungen findet sich ein Hinweis darauf, dass die Zuordnung des Anspruchs gegenüber

---

<sup>53</sup> § 23 Abs. 3 S. 1 SGB VIII a. F.: „Wird eine geeignete Tagespflegeperson vermittelt und ist die Förderung des Kindes in Tagespflege für sein Wohl geeignet und erforderlich, so sollen dieser Person die entstehenden Aufwendungen einschließlich der Kosten der Erziehung ersetzt werden.“ (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>54</sup> BVerwG NJW 1997, 2766 (2767); OVG NW, Urt. v. 20. Juni 2001 – 12 A 31/01 = JAmt 2001, 420; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 2. Aufl. 2000, § 23 Rn. 46.

<sup>55</sup> Grube ZfJ 1997, 361 (363).

<sup>56</sup> Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 23 Rn. 27; Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: Sept. 2005, § 23 Rn. 19.

<sup>57</sup> Münder u. a., FK-SGB VIII, 5. Aufl. 2006, § 23 Rn. 22; DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 81.

der alten Rechtslage geändert werden sollte, nach der sich die Zuordnung des Anspruchs ebenfalls nur aus dem Kontext der Norm schließen ließ.<sup>58</sup>

Auch nach der neuen Normsystematik in Absatz 1 und 2 des § 23 SGB VIII spricht alles für einen Anspruch der Tagespflegeperson auf die laufende Geldleistung. So können die Ansprüche auf Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für eine Unfallversicherung sowie die hälftige Erstattung von Aufwendungen für eine Alterssicherung (§ 23 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII) sinnvollerweise nur der Tagespflegeperson zustehen.<sup>59</sup> Sie fallen – zumindest bei selbstständiger Tätigkeit – bei den Eltern gar nicht an. Sind bei einer Tagespflegeperson mehrere Kinder untergebracht, womöglich in wechselnder Besetzung, wäre es schon faktisch nahezu unmöglich, eine entsprechende Quote der Ansprüche auf hälftige Erstattung von Beiträgen zur Unfallversicherung und Alterssicherung vorzunehmen. Dies wäre jedoch notwendig, stünde der Anspruch den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zu.

Die Tagespflegeperson als Anspruchsinhaberin ergibt sich zudem im Umkehrschluss aus § 23 Abs. 2 S. 3 SGB VIII. Dort ist die Gewährung der laufenden Geldleistung an unterhaltspflichtige Personen, also Groß- oder Urgroßeltern, ins Ermessen des Jugendhilfeträgers gestellt, wenn von diesen Personen unter Umständen erwartet werden kann, dass sie die Erziehung, Bildung und Betreuung ihrer Enkel auch unentgeltlich übernehmen.<sup>60</sup>

Sollte der Anspruch auf die Geldleistung aufgrund zukünftiger Gesetzesänderungen durch Landes- oder Bundesrecht den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zugewiesen werden, sind – neben den dargestellten erheblichen verwaltungspraktischen Schwierigkeiten – weder aus kinder- und jugendhilferechtlicher noch aus arbeits-, steuer- oder sozialversicherungsrechtlicher Sicht Vorteile ersichtlich, die sich daraus ergeben könnten.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Siehe oben Fn. 53.

<sup>59</sup> *Münder u. a.*, FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 21 ff.; DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 348 (349).

<sup>60</sup> *Münder u. a.*, FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 22 f.

<sup>61</sup> Siehe im Folgenden S. 49 ff., 68 ff., 86 ff., 110 ff.

## 2. Formen der Kindertagespflege

### a) Definition von Kindertagespflege

In Abgrenzung zur institutionellen Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen verkörpert die Tagespflege eine eher familiäre Betreuungsform,<sup>62</sup> die im Einzelnen in sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen vorkommt. Das SGB VIII definiert Tagespflege als Förderung (§ 23 Abs. 3 SGB VIII) von bis zu fünf fremden Kindern (§ 43 Abs. 3 S. 1 SGB VIII) durch eine geeignete Tagespflegeperson in ihrem Haushalt oder im Haushalt der Personensorgeberechtigten (§ 22 Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Die Zahlung einer laufenden Geldleistung kann daher nicht mit der Begründung versagt werden, die Förderung finde im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten statt.<sup>63</sup>

Kindertagespflege außerhalb der Wohnung, in der die Kinder leben, ist erlaubnispflichtig (§ 43 SGB VIII). Die Erlaubnispflicht besteht, wenn die Tagespflege länger als drei Monate sowie mehr als 15 Stunden in der Woche und gegen Entgelt erfolgt (§ 43 Abs. 1 SGB VIII). Die Erlaubnis befugt zur Betreuung von bis zu fünf fremden Kindern (§ 43 Abs. 3 S. 1 SGB VIII). In verfassungskonformer Auslegung kann die Erlaubnis auch zur Betreuung von weniger als fünf Kindern erteilt werden, wenn z. B. die räumlichen Verhältnisse nur für eine geringere Kinderzahl geeignet ist.<sup>64</sup>

Die Erlaubnis ist nicht kindbezogen, sondern bezieht sich auf die Tagespflegeperson.<sup>65</sup> Sie gilt für die Betreuung einer gewissen Anzahl von Kindern durch eine bestimmte Tagespflegeperson. Teilweise wird daraus gefolgert, sie ähnele eher einer Betriebserlaubnis, denn einer Pflegeerlaubnis.<sup>66</sup> Die Tagespflegeerlaubnis bestimmt konkret, welche maximale Anzahl von Kindern gleichzeitig anwesend sein dürfen, wobei dies keinesfalls mehr als fünf sein dürfen.<sup>67</sup>

### b) Mindeststundenzahl

Von der Erlaubnis nach § 43 SGB VIII, als Tagespflegeperson tätig zu sein, zu unterscheiden ist die Frage, wann bei einer Betreuung von fremden Kindern von der Wahrnehmung der Förderungsaufgaben der Kindertagespflege nach §§ 22, 23

<sup>62</sup> Gerstein, in: GK-SGB VIII, Stand: März 2005, § 22 Rn. 4.

<sup>63</sup> So aber § 18 Abs. 1 S. 4 KitaFöG BE; in der Tendenz wohl auch, aber bundesrechtskonform auslegbar Art. 2 Abs. 4 KiBiG BY („in geeigneten Räumlichkeiten“).

<sup>64</sup> DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 26; Gerstein, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 43 Rn. 12.

<sup>65</sup> DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 26; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 44 Rn. 5.

<sup>66</sup> Gerstein, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 43 Rn. 10.

<sup>67</sup> DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 26 (27); Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 43 Rn. 26; a. A. Gerstein, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 43 Rn. 14.

SGB VIII gesprochen werden kann. Uneinigkeit besteht, ob Tagespflege auch schon vorliegt bei weniger als 15 Stunden Betreuungszeit wöchentlich oder einer kürzeren Dauer als drei Monaten. Teilweise wird dies bejaht.<sup>68</sup> Tagespflege sei dann lediglich nicht erlaubnispflichtig. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 SGB VIII bestehe der Anspruch auf die laufende Geldleistung nach § 23 Abs. 2 SGB VIII gleichwohl. Gleiches gelte für die – ebenfalls nicht erlaubnispflichtige – Tagespflege im Haushalt der Personensorgeberechtigten.<sup>69</sup>

Nach anderer Ansicht sei neben der Regelmäßigkeit der Betreuung auch eine gewisse Mindestbetreuungsdauer erforderlich, um Kontrollpflichten (§ 43 SGB VIII), aber auch Leistungspflichten der Träger der öffentlichen Jugendhilfe auszulösen. *Schmid/Wiesner*<sup>70</sup> sind skeptisch, ob bereits von Tagespflege im Sinne des SGB VIII gesprochen werden kann, wenn ein Kind beispielsweise wöchentlich nur für jeweils zwei Stunden von einer Nachbarin oder aber nur gelegentlich von einem/einer Babysitter/in betreut wird. Bei solchen kurzen Betreuungszeiten könne der für die Tagespflege in § 22 SGB VIII konkretisierte Förderauftrag nicht realisiert werden. Sie halten es für angemessen, erst ab einer wöchentlichen Betreuungszeit von 15 Stunden von Kindertagespflege mit Leistungspflichten auszugehen. In Bayern und Bremen ist landesrechtlich geregelt, dass Tagespflege erst ab einer wöchentlichen Betreuungszeit von zehn Stunden in Betracht kommt (Art. 2 Abs. 4 KiBiG BY; § 2 KTG BR). In Baden-Württemberg wird bei der Staffelung der Stundensätze von einer förderungsfähigen Mindeststundenzahl von 7 Stunden ausgegangen.<sup>71</sup>

Der Gesetzgeber mag mit dem Klammerzusatz in § 43 Abs. 1 SGB VIII eine so genannte Legaldefinition der Tagespflegeperson intendiert haben, eine übliche Form der verbindlichen Definition von Begriffen in Gesetzen. Dies ist ihm jedoch nicht geglückt. Die Begriffsbestimmung der Tagespflegeperson in § 43 Abs. 1 SGB VIII kann sich ausschließlich auf die Erlaubnispflicht beziehen. Der Begriff der Tagespflegeperson des SGB VIII ist weiter. So sind abweichend hiervon auch Tagespflegepersonen ausdrücklich begrifflich erfasst, die Kinder im Haushalt der Personensorgeberechtigten fördern (§ 22 Abs. 1 S. 2 SGB VIII). Die Beschränkung einer – förderungswürdigen – Kinderta-

---

<sup>68</sup> *Gerstein*, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 43 Rn. 3; *Nonninger*, in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 23 Rn. 2 SGB VIII.

<sup>69</sup> *Krug/Grüner/Dalichau*, SGB VIII, § 43 S. 3.

<sup>70</sup> ZfJ 2005, 274 (275).

<sup>71</sup> Empfehlungen des KVJS v. 31. Mai 2006.

gespflege auf eine wöchentliche Mindestbetreuungszeit von 15 Stunden findet somit gesetzlich keine Stütze und erscheint zu eng.<sup>72</sup>

Ab welcher konkreten Mindeststundenzahl allerdings der durchaus anspruchsvolle Förderungsauftrag des § 22 Abs. 2 und 3 SGB VIII tatsächlich erfüllt werden kann, lässt sich rechtsdogmatisch nur eingrenzen. Bislang fehlen Empfehlungen zur Mindeststundenzahl, ab welcher die Verwirklichung der Ziele der Förderungsleistung erreicht werden kann.

### **c) Tagespflegestellen in „anderen geeigneten Räumen“**

Landesrecht kann regeln, dass Kindertagespflege auch in anderen geeigneten Räumen geleistet werden kann (§ 22 Abs. 1 S. 4 SGB VIII). Die Öffnungsklausel für landesrechtliche Regelungen wurde aufgenommen, weil einige Bundesländer die Existenz von „Großtagespflegestellen“ bereits vor TAG und KICK landesrechtlich ausdrücklich vorsahen.<sup>73</sup> Von dieser Ermächtigungsgrundlage haben einige Bundesländer Gebrauch gemacht.<sup>74</sup> Einzelne Rückmeldungen aus der Praxis deuten zudem darauf hin, dass diese Form der Tagespflege in manchen Regionen „boomt“.

Durch die Betreuungsform „Großtagespflegestelle“ wird die Grenze zur betriebserlaubnispflichtigen Einrichtung unscharf.<sup>75</sup> Einigkeit herrscht darüber, dass eine einzelne Tagespflegeperson nicht mehr als fünf Kinder betreuen darf (§ 43 Abs. 1 SGB VIII).

Die Berliner Regelung, wonach in Großtagespflegestellen bis zu acht Kinder betreut werden können (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 KitaG BE), widerspräche daher Bundesrecht, bezöge sie sich auf die Betreuung durch eine Tagespflegeperson.<sup>76</sup> Sie muss und kann allerdings bundesrechtskonform ausgelegt werden, indem in „Großtagespflegestellen“ mit mehr als fünf Kindern mindestens zwei Tagespflegepersonen anwesend sein müssen.<sup>77</sup> Im letzteren Sinne ist auch der Entwurf einer Neufassung der Tagespflege ab 1. Januar 2007 in Baden-Württemberg (Stand: 10. August 2006) zu lesen, welcher vorsieht, dass im Bedarfsfall in geeigneten Räumlichkeiten mehr als fünf Kinder, höchstens jedoch neun Kinder gleichzeitig durch Tagespflegepersonen mit einer

<sup>72</sup> Siehe hierzu auch die Wertungen im Rentenversicherungsrecht, unten S. 94 ff.

<sup>73</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 31.

<sup>74</sup> § 2 Abs. 2 KitaG BB; § 1 Abs. 2 KitaG HH; Art. 2 Abs. 4 KiBiG BY; in Planung für Schleswig-Holstein (vgl. [www.handbuch-kindertagespflege.de](http://www.handbuch-kindertagespflege.de), 1.6.2.14 Schleswig-Holstein, 1).

<sup>75</sup> Kritisch zur Öffnungsklausel deshalb *Nonninger*, in: LPK-SGB VIII (Fn. 68), § 22 Rn. 7.

<sup>76</sup> *Gerstein*, GK-SGB VIII (Fn. 62), § 43 Rn. 13.

<sup>77</sup> Berliner Senator für Bildung, Jugend und Sport auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Cerstin Richter-Kotowski* v. 27. Januar 2006.

Pflegeerlaubnis nach § 43 SGB VIII betreut werden können. Ab dem zehnten zu betreuenden Kind sei eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII erforderlich.<sup>78</sup>

Nach einem Teil der Kommentarliteratur handelt es sich bei einer solchen Betreuungsform indes nicht mehr um Tagespflege. Zwar sei unbedenklich, wenn Tagespflege in nicht mehr benötigten Räumlichkeiten einer Tageseinrichtung getrennt von deren Betrieb erfolgt.<sup>79</sup> Wenn jedoch zwei oder mehrere Tagespflegepersonen in dafür angemieteten Räumlichkeiten zusammenarbeiten und – eventuell mit gegenseitiger Vertretungsregelung – Kinder betreuen, greife der „Schutz von Kindern in Einrichtungen“.<sup>80</sup>

Eine Einrichtung ist eine auf eine gewisse Zeit angelegte Verbindung von sächlichen und personellen Mitteln zu einem bestimmten Zweck und unter Verantwortung eines Trägers. Ihr Bestand und Charakter muss vom Wechsel der Personen, denen sie zu dienen bestimmt ist, weitgehend unabhängig sein.<sup>81</sup>

Werden Räume für die Kindertagespflege angemietet, sind diese Kriterien erfüllt. Zudem können nach inzwischen überwiegender Ansicht nicht nur Organisationen und Personenvereinigungen, sondern auch natürliche Personen sowie privat-gewerbliche Träger als Träger einer Einrichtung der Jugendhilfe auftreten.<sup>82</sup>

Gesetzliche Regelungen zur Tagespflege in anderen geeigneten Räumen stellen somit eine Spezialvorschrift zum gesetzlichen Einrichtungsbegriff dar. Eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII ist daher erforderlich, wenn der Landesgesetzgeber keine Regelungen geschaffen hat, die dem Schutzbedürfnis von Kindern in anderen geeigneten Räumen Rechnung tragen.

Um eine Förderung in Kindertagespflege handelt es sich – unabhängig vom Erfordernis einer Betriebserlaubnis – jedoch nur, wenn jeder Tagespflegeperson fünf Kinder fest und ausschließlich zugeordnet sind und die Tagespflegepersonen nicht gemeinsam arbeiten. Nicht ausreichend ist, dass die Betreuung der Kinder durch ihre konkrete Tagespflegeperson bloß im Vordergrund steht.<sup>83</sup> Dies entspräche gerade dem We-

---

<sup>78</sup> Ziff. 2. b des Entwurfs einer diesbezüglichen Verwaltungsvorschrift.

<sup>79</sup> Gerstein, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 22 Rn. 5.

<sup>80</sup> Gerstein, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 22 Rn. 6; Nonninger, in: LPK-SGB VIII (Fn. 68), § 22 Rn. 7.

<sup>81</sup> BT-Drucks. 11/5948, S. 83.

<sup>82</sup> Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 3 Rn. 5; Wiesner, in: ders., SGB VIII (Fn. 56), § 3 Rn. 10a; offen gelassen Papenheim, in: LPK-SGB VIII (Fn. 68), § 3 Rn. 10.

<sup>83</sup> So aber Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 22 Rn. 13.

sen der institutionellen Förderung in Tageseinrichtungen, bei der ein/e Erzieher/in vorwiegend eine Gruppe betreut.

Solange die Landesgesetzgeber keine konkretisierenden Regelungen erlassen haben, die dem Schutzbedürfnis der Kinder angemessen sind, fehlen der Praxis weitgehend allgemeinverbindliche Orientierungen zum rechtmäßigen Umgang mit Großtagespflegestellen und den konkreten Voraussetzungen, wann eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII erforderlich ist.

#### **d) Private und öffentliche Kindertagespflege**

Bei Kindertagespflege ist zu unterscheiden zwischen (ausschließlich) privat finanzierten Tagespflegeverhältnissen aufgrund privater Vereinbarung zwischen Tagespflegeperson und Eltern<sup>84</sup> und öffentliche – durch laufende Geldleistung (mit)finanzierte – Kindertagespflege. Schätzungen zufolge ist nach wie vor der überwiegende Anteil der Tagespflegeverhältnisse privat organisiert.<sup>85</sup>

Im Hinblick auf das durch das Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG) normierte Ziel, die Kindertagespflege für die Altersgruppe der unter 3-Jährigen als gleichrangige Alternative neben den Tageseinrichtungen auszubauen, geht es darum, die Attraktivität der Kindertagespflege zu steigern.<sup>86</sup> Wesentliche Bestandteile der Qualitätsentwicklung sind die angemessene Qualifizierung und die Kontinuität einer stabilen Kindertagespflegeperson-Beziehung. Dieser Prozess lässt sich durch öffentliche Mitverantwortung und -finanzierung fördern.<sup>87</sup> Denn über das Zusammenspiel des Erlaubnisvorbehalts (§ 43 SGB VIII), der Beratung der Tagespflegeperson (§ 23 Abs. 4 S. 1 und 3 SGB VIII) und ihren Ansprüchen auf angemessene Förderung durch laufende Geldleistungen (§ 23 Abs. 1 und 2 SGB VIII) können Anreize geschaffen werden, die zum qualitativen und quantitativen Ausbau der Kindertagespflege beitragen.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274 (275).

<sup>85</sup> Siehe oben S. 16.

<sup>86</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274.

<sup>87</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274 (276).

<sup>88</sup> Hierzu unten S. 115 ff.

### **3. Anforderungen an die Geeignetheit der Tagespflegeperson**

#### **a) Allgemeine gesetzliche Anforderungen**

Öffentlich finanzierte Förderung in Kindertagespflege darf nach den gesetzlichen Vorgaben nur durch eine geeignete Tagespflegeperson erfolgen (§ 23 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Die Tagespflegeperson muss sich auszeichnen durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen<sup>89</sup> sowie über kindgerechte Räumlichkeiten verfügen.<sup>90</sup>

Darüber hinaus soll die Tagespflegeperson über vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege verfügen, die sie in qualifizierten Lehrgängen erworben oder in anderer Weise nachgewiesen hat (§ 23 Abs. 3 SGB VIII). „Sollen“ bedeutet, dass diese Anforderung die Regel darstellt, von der nur in atypischen Fällen abgewichen werden darf.<sup>91</sup> Angesichts des umfassenden Förderungs- und Erziehungsauftrags bei Kindertagespflege (§ 22 Abs. 2 und 3 SGB VIII) muss das erforderliche Fachwissen nach allgemeiner Ansicht zumindest Grundkenntnisse der (früh)kindlichen Pädagogik, Kenntnisse über die Erhaltung und Verbesserung der Gesundheit von Kindern (Ernährung, Bewegung etc.) sowie professionelle Kooperationsformen mit Eltern umfassen.<sup>92</sup>

#### **aa) Qualifizierte Lehrgänge**

Als geeigneter qualifizierter Lehrgang wird in der Fachwelt allgemein das vom Deutschen Jugendinstitut (DJI) e. V. entwickelte, 160 Stunden umfassende Curriculum „Qualifizierung in der Tagespflege“<sup>93</sup> als Mindeststandard herangezogen.<sup>94</sup> Das DJI fordert im Sinne eines Gütemerkmals gelungener Ausbildung von Tagesmüttern unter anderem ein ausgewogenes Verhältnis von Theorie, Praxis, Reflexion und Selbsterfahrung.<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> Näher zu diesen geforderten persönlichen Eigenschaften und Schlüsselqualifikationen Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274 (278); Struck, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 24 ff.

<sup>90</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274 (278) mit Verweis auf Tagesmütter Bundesverband für Kinderbetreuung in Tagespflege e. V., Fachliche Empfehlungen zur Tagespflege, Meerbusch 2002, S. 24.

<sup>91</sup> Struck, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 26; allgemein Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2005, § 40 Rn. 44 m. w. Nachw.

<sup>92</sup> Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 18.

<sup>93</sup> Keimeleder/Schumann/Stempinski/Weiß, Fortbildung für Tagesmütter, 2001.

<sup>94</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/3676, S. 33.

<sup>95</sup> Keimeleder/Schumann/Stempinski/Weiß, Fortbildung für Tagesmütter (Fn. 93), S. 100.



Die Feststellung der Geeignetheit und der Anforderungen an die qualifizierten Lehrgänge unterliegt – als unbestimmte Rechtsbegriffe – der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.<sup>96</sup> Es ist davon auszugehen, dass die rechtlichen Anforderungen mit der stärkeren Etablierung öffentlicher Kindertagespflege spiegelbildlich ansteigen werden. Denn das Heraustreten der Tagespflege aus ihrem informellen Schattendasein in eine öffentliche und regulierte Form der Kindertagesbetreuung ist zwangsläufig mit einem Prozess der Professionalisierung verbunden.<sup>97</sup>

Im Rahmen öffentlicher Förderung und damit Mitverantwortung der Jugendämter ist zu beachten, dass Tagespflege trotz oder gerade wegen ihrer „Familiennähe“ besonders hohe Anforderungen an die Tagespflegeperson stellt: Diese muss ihrer im Vergleich zu Erzieher/inne/n regelmäßig geringeren Qualifikation zum Trotz nicht „nur“ die gleiche Förderungs- und Erziehungsaufgabe gegenüber den Kindern leisten, sondern zudem die Kooperation mit den Eltern, zum Teil die Integration der Tagespflegekinder in die eigene Familie und den fachlichen Austausch mit anderen Tagespflegepersonen sehr viel selbstständiger und eigenverantwortlicher organisieren.

Das Jugendamt hat die Aufgabe, diese strukturellen Schwierigkeiten durch fachliche Beratung, Begleitung und laufende Qualifizierung so gut wie möglich abzufangen (§ 23 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 3 SGB VIII) und damit die Rahmenbedingungen professioneller Arbeit zu schaffen. Die derzeitige Diskrepanz des Qualifikationsniveaus im Vergleich von Tagespflegepersonen mit Erzieher/inne/n, die in der Regel eine drei- bis vierjährige Ausbildung durchlaufen, kann im Hinblick auf die rechtliche Annäherung der beiden Förderungsformen sicher nur vorübergehend im Rahmen des Prozesses der Fortentwicklung der Tagespflege bestehen bleiben.

Da die gesetzliche Forcierung der Kindertagespflege deren tatsächlicher Qualifizierung also vorausgreift, wird teilweise sogar eine „Deprofessionalisierung“ des Erziehungssektors befürchtet.<sup>98</sup> Letztlich lässt sich dieser Widerspruch nur durch kontinuierliche Qualifizierung der Tagespflegepersonen auflösen. Dies ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung, wonach die Gleichstellung mit der Förderung in Tageseinrich-

---

<sup>96</sup> *Münder* u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 15.

<sup>97</sup> *Grube*, in: Hauck/Noffz, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 25.

<sup>98</sup> *Gerstein*, in: GK-SGB VIII (Fn. 62), § 23 Rn. 6.

tungen erst „perspektivisch“ durch eine qualitative Weiterentwicklung der Kindertagespflege erreicht werden soll.<sup>99</sup>

Der in der Literatur teilweise geäußerten Forderung nach landesrechtlichen Regelungen bezüglich Umfang und Formen der Qualifizierung<sup>100</sup> haben mehrere Bundesländer Rechnung getragen.<sup>101</sup> Allerdings dürfen die dargestellten Mindestanforderungen, die sich unmittelbar aus § 23 Abs. 3 SGB VIII ergeben, auch durch Landesrecht nicht unterschritten werden (Art. 31 GG). Die Vorgaben im Landesrecht sind in der Regel niedriger als nach dem DJI-Curriculum. Beispielsweise muss in Brandenburg ab dem zweiten fremden Kind eine Qualifikationsmaßnahme im Umfang von insgesamt 148 Stunden absolviert sein (Tagespflegeeignungsverordnung – TagespflegeEV), in Mecklenburg-Vorpommern ist gesetzlich vorgeschrieben, dass Tagespflegepersonen jährlich mindestens 20 Stunden Fortbildung wahrnehmen (§ 6 Abs. 2 S. 2 KiföG MV).

#### **bb) Nachweis „in sonstiger Weise“**

Die vertieften Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege können auch „in anderer Weise“ nachgewiesen werden. Davon kann ausgegangen werden, wenn die Tagespflegeperson bereits über eine pädagogische Qualifikation (z. B. als Erzieherin) verfügt.<sup>102</sup> Auch für diese Personengruppe wird zum Teil empfohlen, einen (verkürzten) Lehrgang zu besuchen, um sich mit den Spezifika der Tagespflege vertraut zu machen.<sup>103</sup>

#### **b) Gesteigerte Qualifizierungsanforderungen und Berufsfreiheit**

Das SGB VIII macht die Ausübung der Tätigkeit von Tagespflegepersonen von Qualifikationsanforderungen und -nachweisen abhängig (§ 23 Abs. 3 S. 2, § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt dies eine subjektive Berufswahlregelung dar, durch die in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1

---

<sup>99</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 31.

<sup>100</sup> Münder u.a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 17; Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 25, der darauf hinweist, dass diese Konkretisierung landesrechtlicher Gestaltung obliegt.

<sup>101</sup> Art. 20 Nr. 1 KiBiG BY (als Voraussetzung für den Landeszuschuss); TagespflegeEV BB; Verordnung über die Eignung von Tagespflegepersonen und Tagespflegegeld HH vom 13. Juni 2006, Anlage 2 (als Voraussetzung für eine höhere Vergütung); § 6 Abs. 2 KiföG MV.

<sup>102</sup> Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Kinder in Tagespflege, Handreichung 2005, S. 10.

<sup>103</sup> Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Kinder in Tagespflege, Handreichung 2005, S. 10.

GG eingegriffen wird.<sup>104</sup> Sie darf, wie im SGB VIII geschehen, nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG).

Subjektive Berufswahlregelungen sind nur zulässig, wenn sie zur ordnungsgemäßen Ausübung des Berufs und zum Schutz hoher Gemeinschaftsgüter erforderlich sind. Nach dem Grundgesetz ist die staatliche Gemeinschaft für die Pflege und Erziehung der Kinder mitverantwortlich (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Beim Aufwachsen von Kindern handelt es sich um ein besonders hohes Gemeinschaftsgut. Zur qualifizierten Ausübung des Berufs der Tagespflege ist somit eine formale Qualifikation erforderlich. Hiergegen spricht auch nicht, dass (zumindest in den meisten westlichen Bundesländern) in der Vergangenheit keine solche Qualifikation verlangt wurde. Der Gesetzgeber ist befugt, (neue) Berufsbilder zu fixieren, indem überkommene Berufsbilder geändert und neu ausgerichtet werden.<sup>105</sup> Dies ist durch die Neuregelung des § 23 Abs. 3 SGB VIII (allerdings in sehr offener und landesrechtlich zu konkretisierender Form) geschehen.

Schließlich darf die Regelung nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen, d. h., die Betroffenen, hier die Tagespflegepersonen, nicht übermäßig und unzumutbar belasten.<sup>106</sup> Hierzu gehört, dass der Gesetzgeber angemessene Übergangsregelungen vorsieht für diejenigen, welche in der Vergangenheit einen Beruf erlaubt ausgeübt haben, für den sie künftig einer (höheren) Qualifikation bedürfen.<sup>107</sup> Daher ist § 23 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 SGB VIII verfassungskonform so zu interpretieren, dass bei den Tagespflegepersonen, die noch nicht über die entsprechende Qualifizierung in Lehrgängen verfügen, vorübergehend auch eine langjährige Berufserfahrung der Tagespflegeperson als Nachweis „auf andere Weise“ anzuerkennen sein wird.<sup>108</sup>

Nicht zuletzt über die Erlaubniserteilung nach § 43 SGB VIII kann dabei auch eine stärkere Überprüfung von Tagespflegepersonen erfolgen, die über eine formal mangelhafte Qualifikation verfügen. Von der Tagespflegeperson ist zu verlangen, dass sie die Qualifikation (gegebenenfalls berufsbegleitend) in angemessener Frist nachholt.<sup>109</sup> Zumindest in der Anfangsphase ist dabei das Jugendamt in einer Mitverantwortung, dass entsprechende Angebote zur Verfügung stehen.

---

<sup>104</sup> BVerfG, Beschl. v. 16. März 2000 – 1 BvR 1453/99, S. 6 (zit. nach juris), ständige Rspr.

<sup>105</sup> BVerfGE 75, 245 (265), ständige Rspr.

<sup>106</sup> BVerfGE 64, 72 (82).

<sup>107</sup> BVerfG, Beschl. v. 16. März 2000 – 1 BvR 1453/99, S. 7 (zit. nach juris).

<sup>108</sup> So auch *Struck*, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 26.

<sup>109</sup> So auch *Struck*, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 26.

#### **4. Zusammenfassung der Analyse zu den Grundlagen im Kinder- und Jugendhilferecht**

Die Tagespflegeperson ist Inhaberin des Anspruch auf die laufende Geldleistung nach § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII.

Die Kindertagespflege ist im SGB VIII unterschiedlich definiert. Maßgeblich ist das weite Begriffsverständnis aus § 22 Abs. 1 S. 2 SGB VIII. Die Definition in § 43 SGB VIII betrifft nur die Erlaubnispflichtigkeit von Kindertagespflege.

Um den anspruchsvollen Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag einer öffentlichen Förderung von Kindern in Kindertagespflege nach §§ 22, 23 SGB VIII erfüllen zu können, ist eine gewisse wöchentliche Mindestbetreuungsdauer erforderlich. Die Finanzierungspflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe setzt zwar nicht schon bei der ersten Stunde, aber auch nicht erst bei 15 Stunden ein.

Betreuen mehrere Tagespflegepersonen in angemieteten oder eigenen Räumen zusammen mehr als fünf Kinder, stellt sich die Frage nach einer Abgrenzung zur – betriebserlaubnispflichtigen – Kindertageseinrichtung. Von Kindertagespflege kann nur gesprochen werden, wenn jeder Tagespflegeperson „ihre“ Kinder fest zugeordnet sind und diese nicht nur vorwiegend von der einen oder anderen Tagespflegeperson betreut werden. Landesrechtliche Regelungen sowie sonstige Orientierungen zum rechtmäßigen Betrieb von „Großtagespflegestellen“ fehlen weitgehend.

Die rechtliche Gleichwertigkeit von Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege und die vergleichbaren Anforderungen an den jeweiligen Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag erfordert, die erhebliche Diskrepanz des Qualifikationsniveaus perspektivisch anzugleichen. Der Schutz der Berufsfreiheit gebietet dabei, die nunmehr gesetzlich normierten Anforderungen an die Qualifikation (§ 23 Abs. 3 S. 2, § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VIII) nur sukzessive anzuheben, insbesondere wenn die Tagespflegeperson ihren Beruf schon längere Zeit ausübt.

## IV. Vergütung: „Anerkennung der Förderungsleistung“

### 1. Rechtliche Vorgaben zur Mindesthöhe

#### a) Kriterien im SGB VIII

Nach der bundesgesetzlichen Vorgabe umfasst die laufende Geldleistung für Tagespflegepersonen einen „angemessenen Beitrag zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung“ (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII). Soweit Landesrecht nichts anderes bestimmt, wird die Höhe der laufenden Geldleistung vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe festgelegt (§ 23 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). Landesrechtliche Regelungen existieren in den Ländern Berlin, Bremen und Mecklenburg-Vorpommern.<sup>110</sup>

Die geforderte Angemessenheit bedarf als unbestimmter Rechtsbegriff einer Konkretisierung. Seine Auslegung, etwa in Gestalt einer kommunalen Satzung, obliegt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.<sup>111</sup> Allerdings ist davon auszugehen, dass der Verwaltung ein – gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer – Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Festsetzung der Förderungsleistung zukommt. Das Bundesrecht lässt den Landesgesetzgebern und/oder den Kommunen bewusst Raum für die Berücksichtigung unterschiedlicher örtlicher Gegebenheiten sowie unterschiedlicher Qualifikationsniveaus von Tagespflegepersonen.<sup>112</sup> Bei der Bemessung der Höhe des Beitrags zur Anerkennung der Förderungsleistung sind die Länder und Kommunen jedoch nicht völlig frei, sondern haben die Wertungen des SGB VIII sowie die Grundrechte der Tagespflegepersonen zu beachten.

Die Gesetzesbegründung zum TAG gibt hinsichtlich der Höhe der laufenden Geldleistung eine Orientierung. Sie geht in ihrem Kostentableau von einem durchschnittlichen Stundensatz von 3 € pro Kind für Sachaufwand und Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung zusammen aus.<sup>113</sup> Diese erwarteten Durchschnittswerte sind zwar, wie die Praxis zeigt, in tatsächlicher Hinsicht auf keinen Fall zu hoch angesetzt. Es bedarf aber konkreter Prüfung, bei welchen Anteilen zwischen Sachaufwand und Anerkennung der Förderungsleistung und bei welchen Pauschalierungen sowie Staffelungen eine angemessene Honorierung sichergestellt werden kann. Denn bei der Ausübung der Tagespflege handelt es sich um einen Beruf im Sinne der nach Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit. Diese geht nach der Rechtspre-

---

<sup>110</sup> Vgl. Fn. 35.

<sup>111</sup> *Struck*, in: *Wiesner*, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 30.

<sup>112</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 33.

<sup>113</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 45 f.

chung des Bundesverfassungsgerichts mit der Freiheit einher, eine angemessene Vergütung zu fordern.<sup>114</sup>

Im Hinblick auf die geänderten gesetzlichen Vorgaben wird auf die Gleichrangigkeit des Angebots von Tagespflege und Betreuung in Einrichtungen (§ 22 Abs. 2 und 3 SGB VIII) Bezug genommen und argumentiert, es müsse nunmehr eine höhere Vergütung gezahlt werden als nach der Rechtslage vor dem Tagesbetreuungsausbaugesetz.<sup>115</sup> Der Deutsche Verein hatte seinerzeit beispielsweise 60 % des Vollzeitpflegesatzes für die Kosten der Erziehung veranschlagt.<sup>116</sup> Nunmehr verweist er darauf, dass die Förderungsleistung eine Existenzsicherung der Tagespflegeperson ermöglichen soll.<sup>117</sup>

Ob für die Bemessung der Mindesthöhe eine Berufsgruppe als Bezugsgröße heranzuziehen ist und wenn ja, welche, bleibt jedoch offen. Eine Orientierung an dem Berufsbild des/der Erzieher/in taugt allenfalls als Abstandsgebot, da das SGB VIII von der Tagespflegeperson gerade nicht die gleiche Qualifikation wie von Fachkräften in Tageseinrichtungen verlangt<sup>118</sup> und auch vom Gesetzgeber nur „perspektivisch“ eine Angleichung anvisiert ist.<sup>119</sup> Die Verdienstmöglichkeiten der Tagespflegeperson werden daher grundsätzlich unterhalb des Gehalts eines/einer Erziehers/Erzieherin festzusetzen sein.

Allerdings wird auch von der Tagespflegperson eine qualifizierte Leistung verlangt. Will sie laufende Geldleistungen vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe, wird ihre Geeignetheit überprüft (§ 23 Abs. 3 SGB VIII). Bei einer Tätigkeit gegen Entgelt außerhalb des Haushalts der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten muss sie ab einem Umfang von 15 Stunden in der Woche eine Erlaubnis für ihre Tätigkeit einholen und den dortigen Maßstab ihrer Eignung erfüllen (§ 43 Abs. 2 SGB VIII). Das SGB VIII ist zwar hinsichtlich der Anforderungen an eine formale Qualifikation recht offen geblieben, es stellt jedoch gewisse erste Anforderungen an eine Professionalisierung des Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrags in Kindertagespflege nach § 22

---

<sup>114</sup> Ausführlich dazu *Münder u. a.*, FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 4; vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 30. März 1993 – 1 BvR 1045/89 = NJW 1993, 2861; BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 1999 – 15 BvR 1904/95 = E 101, 331 ff.

<sup>115</sup> *Münder u. a.*, FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 40.

<sup>116</sup> Hierzu siehe oben S. 17.

<sup>117</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (486).

<sup>118</sup> Dies als inkonsequent bemängelnd *Münder u. a.*, FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 2.

<sup>119</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 31.

Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII. Dies wird bei der Anerkennung der Förderungsleistung zu honorieren sein. Das gesetzliche Ziel einer Gleichrangigkeit der Förderungsangebote in Kindertagespflege und in Tageseinrichtungen wird auch über Anerkennung der Förderungsleistung zu fördern sein,<sup>120</sup> um die vorläufig noch bestehende Diskrepanz zwischen Qualifikationsniveau und gesetzlichem Anspruch an Qualität der Leistungserbringung zu überwinden.

Es bleibt zu fragen, inwieweit – allein – der Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die Steigerung der Qualität der Kindertagespflege und die entsprechende Anhebung der Vergütung verantwortlich ist. Nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII schuldet er einen angemessenen „Beitrag“ zur Anerkennung der Förderungsleistung. Dies könnte auch im Sinne eines „Zuschusses“ zur Vergütung durch die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten aufzufassen sein. Nach der alten Gesetzeslage stellte die Aufwandsersatzung an die Tagespflegeperson tatsächlich nur eine ergänzende Leistung dar.

Mit dem KICK ist jedoch eine Gleichstellung mit der Förderung in Tageseinrichtungen bei der Erhebung von Kosten- bzw. Teilnahmebeiträgen erfolgt. Auch die Kindertagespflege wurde in die Regelung zur Kostenbeteiligung des § 90 SGB VIII aufgenommen. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist seitdem verpflichtet, unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten in Vorleistung zu treten („erweiterte Hilfe“).<sup>121</sup> Daher besteht kein Raum, bei der Bemessung der Höhe des „Beitrag“ zur Anerkennung der Förderungsleistung auf ergänzende Finanzierung durch die Eltern zu verweisen. Vielmehr kann der Beitrag erst nachträglich indirekt entsprechend reduziert werden, indem zumindest ein Teil der laufenden Geldleistung im Rahmen eines Kosten- oder Teilnahmebeitrags wieder bei den Eltern geltend gemacht wird (§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII).

## **b) Existenzsicherung**

Der „angemessene“ Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung muss somit der Tagespflegeperson eine Existenzsicherung durch ihre Berufstätigkeit ermöglichen.<sup>122</sup> Als Orientierung für eine Untergrenze der Höhe der Förderungsleistung könnte zunächst das soziokulturelle Existenzminimum fungieren, welches das Bundesverfas-

---

<sup>120</sup> So auch *Struck*, in: *Wiesner, SGB VIII (Fn. 56)*, § 23 Rn. 30.

<sup>121</sup> Hierzu siehe ausführlich unten S. 110 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>122</sup> Siehe auch überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (486).

sungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip hergeleitet hat.<sup>123</sup> Es ist der Ausgangspunkt für die Konkretisierung des von der Sozialhilfe zu deckenden Bedarfs.<sup>124</sup>

Der Existenzsicherung durch Sicherung des Lebensunterhalts bzw. des notwendigen Lebensbedarfs im Sozialrecht liegt jedoch ein Lohnabstandsgebot zugrunde (vgl. § 28 Abs. 4 SGB XII). Für die Existenzsicherung durch vollschichtige Berufstätigkeit ist daher ein gewisser Betrag zum soziokulturellen Existenzminimum hinzu zu addieren (15 – 20 % Zuschlag).<sup>125</sup> Diese Wertungen dürften auch als Grundlage für die Vergütung von Tagespflegepersonen zu berücksichtigen sein.

### **c) Notwendigkeit eines Sockelbetrags**

Der Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung muss in jedem Einzelfall „angemessen“ sein. Nach allgemeiner Ansicht muss sich die Bemessung der Förderungsleistung – auch – an der Betreuungsdauer orientieren.<sup>126</sup> Nach den Angaben aller befragten Jugendämter erfolgen die Zahlungen jedoch rein additiv pro Kind: Die Tagespflegeperson, die eine Stunde lang fünf Kinder betreut, erhält also fünfmal so viel wie diejenige, die eine Stunde lang nur ein Kind betreut. Diese Praxis lässt den Faktor Arbeitszeit gänzlich außer acht. Die Tagespflegeperson, die nur ein Kind betreut, ist die gleiche Zeit berufstätig wie die Tagespflegeperson, die mehrere Kinder aufnimmt. Ihr wird dafür jedoch nur ein Fünftel der Vergütung zugestanden, welche eine Tagespflegeperson erhält, die fünf Kinder betreut. Dies ist vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 3 Abs. 1 GG (vergleichbare Vergütung für gleiche Arbeitszeit) nicht zu rechtfertigen.

Die Differenzierung der Honorierung rein nach Kinderanzahl und nicht zeitbezogen geht auf die Zeiten vor TAG und KICK zurück. Seinerzeit wurden Geldleistungen explizit für Aufwendungen des Kindes gezahlt (§ 23 Abs. 3 S. 2 a. F.), was eine rein kindbezogene Aufstockung plausibel erscheinen ließ. Nunmehr ist jedoch in Abkehr davon die Förderungsleistung der Tagespflegeperson zu vergüten. Die Ausübung der Kindertagespflege als Berufstätigkeit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ist damit vom Träger

<sup>123</sup> *Münder*, in: LPK-SGB II, 2005, § 1 Rn. 5; BVerfG, Beschl. v. 29. Mai 1990 – 1 BvL 20, 26, 104 und 4/86 = E 82, 60 (84).

<sup>124</sup> *Armborst/Birk*, in: LPK-SGB XII, 7. Aufl. 2005, § 1 Rn. 5.

<sup>125</sup> Die Kritik am Lohnabstandsgebot sowie die praktischen Schwierigkeiten seiner Bemessung (vgl. hierzu *Roscher*, in: LPK-SGB XII [Fn. 124], § 28 Rn. 28 f.) greift im vorliegenden Fall nicht, da es nicht darum geht, das Existenzminimum festzulegen, sondern einen „Aufschlag“ zu begründen.

<sup>126</sup> *Kunkel*, in: LPK-SGB VIII (Fn. 68), § 23 Rn. 12.



angemessen zu honorieren. Spätestens seit der Gleichstellung des Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsleistung in Kindertagespflege und in Tageseinrichtungen (§ 22 Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII) erfordert die Förderung in Kindertagespflege eine volle Aufmerksamkeit für die betreuten Kinder, auch bei Betreuung nur eines Kindes. Bei Fortführung der bisherigen Finanzierungssysteme findet dieser gleiche bzw. vergleichbare Einsatz von Arbeitszeit keine ausreichende Berücksichtigung.

Das additive Vergütungssystem entspricht somit nicht den Anforderungen an die Angemessenheit in § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII. Es wird zu abgelösen sein durch Systeme, bei welchen für die Betreuung des ersten Kindes ein angemessener Sockelbetrag gezahlt wird, der bei der Betreuung weiterer Kinder jeweils um einen – entsprechend niedrigeren Betrag – aufgestockt wird. Die Aufstockung könnte auch degressiv gestaltet werden.

Über die Zahlung allein des Sockelbetrags kann die Existenzsicherung zwar möglicherweise gewährleistet sein, muss dies allerdings nicht. Beispielsweise könnte der Landesgesetzgeber oder der kommunale Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit seinem Finanzierungssystem eine existenzsichernde Berufsausübung bei vollschichtiger Kindertagespflege erst bei durchschnittlich vier betreuten Kindern vorsehen. Entsprechende Modelle, an denen sich die Praxis orientieren könnte, sind – soweit ersichtlich – keine bekannt.

Neben der Dauer und der Zahl der Kinder können eine Differenzierung bei der Höhe der Vergütung rechtfertigen das Alter des Kindes,<sup>127</sup> zusätzliche Anforderungen an die Leistungserbringung (z. B. bei einer Behinderung des Kindes) oder die Qualifikation der Tagespflegeperson.<sup>128</sup>

#### **d) Pauschalierung der Förderungsleistung**

Zulässig ist auch eine Pauschalierung der Förderungsleistung,<sup>129</sup> etwa wenn die laufende Geldleistung nicht nach abgerechneter Einzelstunde gezahlt wird, sondern differenziert nach pauschalen Stundenumfängen, innerhalb derer in einem Monat die Leistungen der Förderung in Kindertagespflege erbracht wurden.

---

<sup>127</sup> Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 31.

<sup>128</sup> Zu Letzterem siehe ausführlich unten S. 43 ff.

<sup>129</sup> Kunkel, in: LPK-SGB VIII (Fn. 68), § 23 Rn. 12; Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 38.

Eine solche Pauschalierung greift zwar stets in das Grundrecht der Berufsausübung ein (Art. 12 Abs. 1 GG).<sup>130</sup> Diese kann jedoch durch legitime Gemeinwohlzwecke gerechtfertigt sein. Die Praktikabilität und Verwaltungsvereinfachung stellen grundsätzlich einen sachgerechten Grund für Pauschalierung dar.<sup>131</sup> Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich bei einem Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Differenzierung, die der Leistungsgewährung zugrunde liegt, muss noch sachgerecht erscheinen, so dass willkürliche Ungleichbehandlungen vermieden werden.<sup>132</sup>

Angemessen sind die pauschalierten Beiträge daher nur dann, wenn die Abstufungen nicht zu grob werden. In der Praxiserhebung zeigte sich, dass vereinzelt Jugendämter die Förderungsleistung abhängig vom zeitlichen Betreuungsaufwand nur in zwei Stufen staffelten: Bis zu sechs Stunden wöchentlich einerseits und über sechs Stunden andererseits. Diese Staffelung, bei der eine Tagespflegeperson, die sieben Stunden Tagespflege im Monat leistet, die gleiche Vergütung erhält wie eine Tagespflegeperson, die 40 Wochenstunden oder mehr arbeitet, wird dem Gleichbehandlungsgrundsatz sicherlich unter keinen denkbaren Umständen mehr gerecht. Die Beiträge zur Anerkennung der Förderungsleistung sind daher nicht „angemessen“ im Sinne des § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII.

Eine Staffelung in fünf Zeitstufen à jeweils 10 Stunden, wie beispielsweise in Hamburg praktiziert,<sup>133</sup> erscheint jedoch sowohl dem Erfordernis der Verwaltungsvereinfachung als auch der Angemessenheit der Förderungsleistung Rechnung zu tragen. Das in Baden-Württemberg empfohlene vierstufige Modelle sieht eine recht weite erste Stufe mit einer einheitliche Vergütung zwischen sieben Stunden und 19 Stunden vor.<sup>134</sup> Auch hier dürfte die Frage zu stellen sein, ob dies die unterschiedliche Arbeitsleistung noch angemessen unterschiedlich berücksichtigt. Auch bezüglich der Pauschalierung fehlt bislang eine – schriftlich dokumentierte – Auseinandersetzung mit dem Kriterien der Angemessenheit, welche der Praxis als Orientierung dienen könnte.

---

<sup>130</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6. Juli 2000 – 1 BvR 1125/99, S. 9 (zit. nach juris).

<sup>131</sup> BVerwG, Beschl. v. 10. September 1999 – 11 BN 2.99 = NJW 2000, 1129 (1130).

<sup>132</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10. September 1999 – 11 BN 2.99 = NJW 2000, 1129 (1130) zu den Grenzen der Staffelung pauschalierter Kostenbeiträge gem. § 90 SGB VIII; die Argumentation lässt sich jedoch auf die Staffelung der laufenden Geldleistung gem. § 23 Abs. 1 SGB VIII übertragen.

<sup>133</sup> Tabellarische Darstellung des Modells siehe oben S. 17.

<sup>134</sup> Vgl. Empfehlungen des KVJS BW vom 31. Mai 2006.

Eine pauschalierte Vergütung von Tagespflegepersonen ist als Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Grundsätzlich genügen den Voraussetzungen dieses Regelungsvorbehalts neben formellen Gesetzen sowohl Rechtsverordnungen als auch kommunale Satzungen.<sup>135</sup>

## 2. Staffelung je nach Qualifikation

Aus rechtlicher Sicht sind einer – inhaltlich nachvollziehbaren – Staffelung der Geldleistung je nach Qualifikation der Tagespflegeperson kaum Grenzen gesetzt. Der Gesetzgeber hatte eine solche mit dem TAG ausdrücklich im Blick.<sup>136</sup> Zwingend vorausgesetzt ist allein die Sicherstellung, dass auch die niedrigste gezahlte „Anerkennung der Förderungsleistung“ noch angemessen ist (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII).

Insbesondere verstößt eine qualifikationsabhängige Vergütungsstaffelung nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Hieran könnte man denken, da die ausgeübte Betreuungstätigkeit in der Regel für die Tagespflegepersonen unabhängig von deren Qualifikation die gleiche ist.<sup>137</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht jedoch in der Qualifikation einen sachlichen Grund für eine Differenzierung der Vergütungshöhe. Damit die Vergütungsregelungen in der Praxis handhabbar sind, biete sich eine typisierende Betrachtung anhand der Qualifikation an.<sup>138</sup> Denkbar sind auch ergänzende Ausnahmeregelungen, wenn im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine entsprechende Kompetenz unabhängig vom Vorliegen einer formalen Qualifikation attestiert werden kann.

Das BVerfG<sup>139</sup> hat in einem vergleichbaren Fall einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG abgelehnt. Die festgelegte Vergütungsstaffelung stellt zwar einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) weniger gut Qualifizierter dar. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können jedoch durch legitime Gemeinwohlzwecke gerecht-

---

<sup>135</sup> Ausführlich zu den Anforderungen an den Regelungsvorbehalt Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG (Fn. 141), Art. 12 Rn. 327.

<sup>136</sup> Ausdrücklich eine qualifikationsabhängige Förderungsleistung ansprechend BT-Drucks. 15/3676, S. 33.

<sup>137</sup> Mit dieser Argumentation erhoben in einem vergleichbaren Fall Betreuer/innen Verfassungsbeschwerde, weil die maßgeblichen Vorschriften des BVormVG bei gleicher Tätigkeit unterschiedliche Vergütungen je nach Qualifikation der/des Betreuers/Betreuerin vorsah (vgl. BVerfG, Beschl. v. 6. Juli 2000 – 1 BvR 1125/99).

<sup>138</sup> BVerfG, Beschl. v. 6. Juli 2000 – 1 BvR 1125/99, S. 7 (zit. nach juris).

<sup>139</sup> BVerfG, Beschl. v. 6. Juli 2000 – 1 BvR 1125/99, S. 9 (zit. nach juris).

fertigt sein. Zu diesen zählen die Zielsetzungen der Kalkulierbarkeit von Einnahmen und Ausgaben, eine leichte Handhabbarkeit, Entlastung der Gerichte und Rechtssicherheit.<sup>140</sup> Im Einzelnen müssen die Staffellungen verhältnismäßig, d. h. nicht übermäßig belastend sein.

Zu beachten ist jedoch auch hier, dass der Eingriff nur gerechtfertigt ist, wenn er durch (formelles) Gesetz oder aufgrund Gesetzes erfolgt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Öffentliche Träger müssen daher, wenn es kein entsprechendes Landesrecht gibt, die qualifikationsbezogene Staffelung der Vergütung per kommunaler Satzung regeln.<sup>141</sup>

Eine solche Staffelung wird in Hamburg durch Rechtsverordnung<sup>142</sup> in zwei Stufen vorgenommen:

- keine formale Qualifikation (Stufe 1);
- mindestens 160 Stunden nachgewiesene Qualifikation (Stufe 2).<sup>143</sup>

In Bayern erhält die Tagespflegeperson vom örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen „Qualifizierungszuschlag“ (Art. 20 Abs. 5 KiBiG BY). Voraussetzung für dessen Gewährung sind die erfolgreiche Teilnahme an einer Qualifizierungsmaßnahme im Umfang von mindestens 100 Stunden, die Bereitschaft, an Fortbildungsmaßnahmen im Umfang von mindestens 15 Stunden jährlich teilzunehmen und darüber hinaus unangemeldete Kontrollen zuzulassen. Der Qualifizierungszuschlag beträgt 20 % des vom örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe festgesetzten Tagespflegegelds, mindestens jedoch 20 % des durchschnittlichen, vom Bayerischen Landkreistag empfohlenen Tagespflegegelds (§ 18 Nr. 1 KiBiGV BY).

In Recklinghausen fällt der Grundbetrag an, wenn die Tagespflegeperson noch keine Qualifikation abgeschlossen hat (1. Stufe: 2 €, davon 0,70 € Förderungsleistung). Der Betrag erhöht sich ein erstes Mal, wenn die Tagespflegeperson mindestens 30 Stunden Basisqualifikation absolviert hat (2. Stufe: 3 €, davon 1,70 € Förderungsleistung). Nach der Teilnahme an mindestens 160 Stunden Qualifizierungsmaßnahmen besteht Anspruch auf den Höchstbetrag (3. Stufe: 4 €, davon 2,70 € Förderungsleistung). Ausgehend von diesem qualitätsbezogenen Finanzierungsmodell sind weitere Stufen

---

<sup>140</sup> BVerfG, Beschl. v. 6. Juli 2000 – 1 BvR 1125/99, S. 9 (zit. nach juris).

<sup>141</sup> Ausführlich zu den Anforderungen an den Regelungsvorbehalt Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Stand: Jun. 2006, Art. 12 Rn. 327.

<sup>142</sup> Verordnung über die Eignung von Tagespflegepersonen und Tagespflegegeld v. 13. Juni 2006, Anlage 2.

<sup>143</sup> Hierzu oben S. 32 ff.

denkbar, etwa wenn eine Ausbildung als Erzieherin oder ein Hochschulabschluss in einem pädagogischen Fach vorliegt.

Bei den befragten Jugendämtern erfolgte eine Staffelung der Geldleistung je nach Qualifikation der Tagespflegeperson nur in Hamburg (vgl. Beispiel oben). Ohne landesrechtliche Regelung sehen die Jugendämter bislang anscheinend nur sehr zurückhaltend qualitätsbezogene Staffelung vor. Die entsprechende Empfehlung des Deutschen Vereins<sup>144</sup> könnte möglicherweise über eine weitere Konkretisierung mehr Rezeption erfahren.

Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu den Wünschen der befragten Jugendämter, die zu 52 % angaben, Interesse an Finanzierungsmodellen zu haben, die finanzielle Anreize zur Steigerung der Qualifikation setzen.<sup>145</sup> Bei der Kinderbetreuungsstudie 2005 des DJI wurde diese Frage zwar nicht gestellt. Jedoch erfragte das DJI zum einen, ob die Jugendämter ein Interesse an einer Qualifizierung der Tagespflegepersonen haben, was 86 % der Jugendämter bejahten (95 % der Städte und 80 % der Landkreise). Außerdem erfragte das DJI, ob Jugendämter eine höhere Vergütung zahlen würden, um den Ausbau der Tagespflege zu erreichen. Dies bejahten 25 % der Jugendämter (34 % der Städte und 19 % der Landkreise).<sup>146</sup> Auch aufgrund dieser Erhebung erscheint es nahe liegend für die Jugendämter, diese zwei Wünsche durch eine qualifikationsabhängig gestaffelte Förderungsleistung zu kombinieren.

### **3. Verhältnis zu Leistungen nach SGB II**

#### **a) Anrechnung der Geldleistung als Einkommen**

Wenn eine Tagespflegeperson Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II erhält, stellt sich wegen des grundsätzlichen Nachrangs dieser Sozialleistungen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 5 Abs. 1 SGB II) die Frage der Anrechnung der laufenden Geldleistung gem. § 23 Abs. 1, 2 SGB VIII. Angerechnet wird im Rahmen des SGB II grundsätzlich Einkommen in Geld oder Geldeswert (§ 11 Abs. 1 SGB II). Zweckbestimmte Einnahmen sind jedoch nicht als Einkommen zu berücksichtigen, soweit sie einem anderen Zweck als die Leistungen nach dem SGB II dienen und die Lage des/der Leistungsempfänger/in nicht so günstig beeinflussen, dass daneben Leistungen nach dem SGB II nicht gerechtfertigt wären (§ 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 lit. a SGB II).

<sup>144</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (486).

<sup>145</sup> Siehe oben S. 22 ff.

<sup>146</sup> <http://www.bmfsfj.de> (→ Suchtext: Handbuch Kindertagespflege), S. 36.

Bei der laufenden Geldleistung ist hinsichtlich der einzelnen Bestandteile der Geldleistung nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 SGB VIII zu unterscheiden.

Der Sachaufwand nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VIII stellt unproblematisch eine zweckbestimmte Einnahme dar. Er dient der Erstattung von Verpflegungs- und Verbrauchskosten (z. B. Strom und Wasser), Spielzeug etc. für das Kind.<sup>147</sup> Hierbei ist unschädlich, dass die Zweckbestimmung im Gesetz nicht ausdrücklich genannt wird. Sie kann jedenfalls unschwer durch Auslegung der Norm ermittelt werden.<sup>148</sup> Eine ungerechtfertigt günstige Beeinflussung der Tagespflegeperson wegen der fehlenden Berücksichtigung kommt nicht in Betracht, da der Sachaufwand als „Durchlaufposten“ ausschließlich dem Kind zugute kommt. Ein Problem könnte sich jedoch in der Praxis ergeben, wenn der in aller Regel als Pauschale gewährte Sachaufwand als zu hoch angesetzt erscheint, so dass es sich tatsächlich (anteilig) um eine – verkappte – Förderungsleistung nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII handelt. An eine solche Falschdeklarierung wären die Arbeitsagenturen bei der Einkommensermittlung nach SGB II nicht gebunden.

Die Zweckbestimmung der Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge für eine Unfallversicherung und (hälftige) Alterssicherung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII) ergibt sich schon ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut. Im Übrigen wären diese Beträge, wenn man sie denn zum Einkommen rechnen würde, auch gem. § 11 Abs. 2 Nr. 2. bzw. 3 SGB II abzugsfähig, soweit sie gesetzlich vorgeschrieben oder angemessen sind. Der Begriff der Angemessenheit in § 11 Abs. 2 SGB II korreliert mit dem Angemessenheitsbegriff in § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII. Schon aus diesem Grund hat eine Prüfung der Gerechtigkeit zu entfallen.

Zu differenzieren ist bei der Behandlung der Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII). Diese stellt zwar ebenfalls eine zweckbestimmte Leistung dar.<sup>149</sup> Sie ist jedoch gleichzeitig eine „Anerkennung“, bei der grundsätzlich die SGB II-eigene Gerechtigkeitprüfung durchzuführen ist. Bisher wurde das Tagespflegegeld nicht als Einkommen gewertet, wenn keine Erwerbsmäßigkeit der Tätigkeit vorlag. Davon ging die Verwaltungspraxis bei der Betreuung von maximal fünf Kindern in Tagespflege

---

<sup>147</sup> *Struck*, in: *Wiesner*, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 31.

<sup>148</sup> Die Zweckbestimmung muss im Gesetz nicht ausdrücklich genannt werden, es genügt vielmehr, dass sie sich aus der Auslegung der Norm ergibt (*Eicher/Spellbrink*, SGB II, 2005, § 11 Rn. 80).

<sup>149</sup> *Schindler* JAmt 2005, 1 (2) sowie die Durchführungshinweise der Bundesagentur für Arbeit zum SGB II, Stand: 1. Aug. 2006.

nicht aus.<sup>150</sup> Der Streit, der hierüber mit Einführung des SGB II entbrannt ist, wird jedoch mit der neuen Rechtslage ab dem 1. Januar 2007 obsolet.<sup>151</sup> Die Anrechnung der Förderungsleistung als Einkommen ist dann in § 11 Abs. 4 SGB II, wie folgt, ausdrücklich geregelt:

„(4) Abweichend von den Absätzen 1 bis 3 wird der Teil des Pflegegeldes nach dem Achten Buch, der für den erzieherischen Einsatz gewährt wird,

1. für das erste und zweite Pflegekind nicht,
2. für das dritte Pflegekind zu 75 vom Hundert,
3. für das vierte und jedes weitere Pflegekind in voller Höhe berücksichtigt.“

Diese Regelung ist auf die Förderungsleistung bei der Tagespflege anwendbar. Dieser Teil der laufenden Geldleistung – und nur dieser – ist im Ergebnis entsprechend § 11 Abs. 4 SGB II n. F. auf die Leistungen nach dem SGB II anzurechnen.

#### **b) Tagespflege als 1-Euro-Job**

Weiter stellt sich im Kontext des SGB II die Frage, ob Tagespflege als Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung gem. § 16 Abs. 3 SGB II („1-Euro-Job“) in Betracht kommt. Zwar handelt es sich bei Tagespflege zweifellos um eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit. Aber diese ist – zumindest im Rahmen der bedarfsgerechten Planung (§ 24 Abs. 3 und 2 SGB VIII) – keine „zusätzliche“ i. S. d. § 16 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 SGB II, da ihre Bereitstellung zu den Aufgaben des Jugendhilfeträgers gehört.<sup>152</sup> Außerdem hat jede Tagespflegeperson Anspruch auf laufende Geldleistung (§ 23 Abs. 1 SGB VIII). Das SGB II gibt keine Rechtsgrundlage, diesen Anspruch gegen die – niedrigere – Aufwandsentschädigung des § 16 Abs. 3 SGB II „auszutauschen“. <sup>153</sup> § 23 Abs. 1 SGB VIII ist vorrangig anwendbar. Tagespflege kommt somit als so genannter 1-Euro-Job nicht in Betracht.

---

<sup>150</sup> Schindler JAmt 2005, 1 (2).

<sup>151</sup> Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende v. 25. Juli 2006, BGBl I, S. 1707 f.; vgl. hierzu Kap. 4 der Durchführungsvorschriften der Bundesagentur für Arbeit v. 1. August 2006.

<sup>152</sup> Dieses Kriterium allgemein formulierend, von der Argumentation aber auf die Tagespflege übertragbar OVG NW ZfSH/SGB 1991, 521, zit. nach Niewald, in: LPK-SGB II (Fn. 123), § 16 Rn. 21.

<sup>153</sup> Eine solche Klausel in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Tagespflegeperson und dem öffentlichen Träger wäre wegen Verstoßes gegen § 55 Abs. 2 SGB X nichtig.

#### **4. Zusammenfassung der Analyse zur Vergütung**

Kindertagespflege gegen Entgelt ist aus grundrechtlicher Sicht Berufstätigkeit. Somit muss – wie bereits der Deutsche Verein in seinen Empfehlungen feststellt – die Vergütung über den angemessenen Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII existenzsichernd sein. Anhaltspunkte für die Mindesthöhe kann hierbei das Lohnabstandsgebot zur sozialrechtlichen Sicherung des notwendigen Unterhalts bzw. Lebensunterhalts nach SGB XII bzw. SGB II geben. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe dürfen hierbei nicht auf ergänzende Vergütung durch die Eltern verweisen.

Die derzeitigen Finanzierungssysteme, wonach die Anerkennung der Förderungsleistung additiv für jedes betreute Kind um den gleichen Betrag erhöht wird, ist rechtswidrig, da sie den Faktor der Arbeitszeit vollständig unberücksichtigt lässt. Es werden Modelle zu entwickeln sein, wonach für das erste betreute Kind ein Sockelbetrag geleistet wird und dieser bei der Betreuung weiterer Kinder durch entsprechend niedrigere Beträge aufgestockt wird.

Vergütungssysteme, bei denen die Förderungsleistung nicht stundenweise, sondern in zeitlich pauschalitem Stundenumfang honoriert wird, sind grundsätzlich zulässig. Allerdings dürfen die Abstufungen nicht zu grob sein. Wenn in Stufen von je zehn Stunden die gleiche monatliche oder wöchentliche Vergütung gezahlt wird, ist dies nicht zu beanstanden, nicht aber beispielsweise, wenn nur zwei Stufen vorgesehen sind. Die Pauschalierung bedarf einer Rechtsgrundlage im Landesrecht oder in kommunaler Satzung.

Die Beiträge zur Anerkennung der Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) können je nach Qualifikation der Tagespflegeperson gestaffelt werden. Fehlen landesrechtliche Regelungen, bedarf die Staffelung zwingend einer Festsetzung durch kommunale Satzung. Hierbei haben die Kommunen einen weiten Gestaltungsspielraum. Zulässig ist auch, dass neben der formalen Qualifikation auch eine – in einer Einzelfallprüfung festgestellte – entsprechende Kompetenz zu einer Höherstufung führt.

Die Vergütung der Tagespflegeperson über die Anerkennung der Förderungsleistung wird beim dritten betreuten Kind zu 75 % auf das Einkommen nach dem SGB II angerechnet, beim vierten und fünften betreuten Kind in voller Höhe.



Tagespflege darf nicht als Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II („1-Euro-Job“) vermittelt werden. Das SGB II gibt keine Rechtsgrundlage, den Anspruch aus § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII zu verkürzen.

## V. Arbeitsrechtliche Einordnung

Die Änderungen durch das TAG machen eine weitere Ausdifferenzierung des Angebots der Förderung in der Kindertagespflege möglich und damit auch eine differenzierte Betrachtung aus dem Blickwinkel des Arbeitsrechts sinnvoll. Neben der Frage des Ortes, an dem die Kindertagespflege stattfindet, spielen hier auch die unterschiedlichen Finanzierungsmodelle eine Rolle.

In der Praxis gibt es drei Möglichkeiten des Geldflusses.<sup>154</sup> Entweder leistet das Jugendamt direkt an die Tagespflegeperson oder es leitet die Gelder zunächst an einen Träger der freien Jugendhilfe, der sie an die Tagespflegeperson auszahlt, oder das Jugendamt zahlt an die Sorgeberechtigten, die wiederum die Tagespflegeperson bezahlen. Neben der laufenden Geldleistung als öffentliche Förderung erhalten die Tagespflegepersonen zum Teil eine ergänzende Vergütung aufgrund privatrechtlichen Vertrags durch die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten oder einen Träger der freien Jugendhilfe.

Vor diesem Hintergrund soll zunächst die arbeitsrechtliche Statusfrage der Tagespflegepersonen erörtert werden (1.). Im Anschluss sollen Perspektiven und Rechtsfolgen der Kindertagespflege als abhängiges Beschäftigungsverhältnis bzw. selbstständige Tätigkeit aufgezeigt werden (2., 3.).

### 1. Statusrechtliche Einordnung: selbstständige Tätigkeit oder Arbeitsverhältnis

Kindertagespflege gem. § 22 Abs. 2 SGB VIII kann im Haushalt einer geeigneten Tagespflegeperson oder im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten geleistet werden. Mehrere Bundesländer haben zudem vom Landesrechtsvorbehalt in § 22 Abs. 1 S. 3 und 4 SGB VIII Gebrauch gemacht und geregelt, dass Kindertagespflege auch in anderen geeigneten Räumen stattfinden kann. So erfolgt die Kindertagesbetreuung zum Teil in so genannten Tagespflegestellen:<sup>155</sup> Zwei oder mehrere

---

<sup>154</sup> Hierzu oben S. 19 f.

<sup>155</sup> Hierzu oben S. 29 ff.

Pflegepersonen betreuen zusammen in anderen geeigneten Räumen jeweils bis zu fünf Kinder. Diese Tagespflegestellen sind teilweise bei einem Träger der freien Jugendhilfe eingerichtet, teilweise mieten bzw. nutzen zwei oder mehrere Tagespflegepersonen gemeinsam Räume und betreuen dort jeweils bis zu fünf Kinder.

Alle genannten Konstellationen können zudem kombiniert werden. Eine Tagespflegeperson kann beispielsweise in Teilzeit im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten deren Kinder und zu anderen Zeiten in angemieteten Räumen Kinder verschiedener Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigter betreuen. Im Fall der Tagespflegestellen ist fraglich, ob die hier erbrachte Betreuungsleistung in Abgrenzung zur Förderung in Kindertageseinrichtungen noch als Tagespflege bezeichnet werden kann und ob bzw. wann sie als Tageseinrichtung einer Betriebserlaubnis nach §§ 45 ff. SGB VIII bedarf.<sup>156</sup>

#### **a) Verhältnis zu den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten**

Wie das Rechtsverhältnis zwischen Tagespflegeperson und Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zu qualifizieren ist, soll an dieser Stelle für die einzelnen Formen der Tagespflege nach § 22 SGB VIII geprüft werden. Welcher der Beteiligten (Jugendamt, Träger der freien Jugendhilfe, Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten) als „Zahlstelle“ die Auszahlung der Vergütung vornimmt, spielt für die statusrechtliche Einordnung keine entscheidende Rolle, sondern hängt vielmehr von einer Gesamtwürdigung der vertraglichen Beziehungen ab.<sup>157</sup>

#### **aa) Allgemein: Arbeitnehmerbegriff**

Die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zur Selbstständigkeit steht nicht zur Disposition der Beteiligten und ihrer vertraglichen Vereinbarung, sondern beurteilt sich objektiv aus der tatsächlichen Handhabung (Rechtsformzwang).<sup>158</sup> Maßgebliches Kriterium ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet: Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses weder erforderlich noch ausreichend. Arbeitnehmer/in ist, wer seine/ihre Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

---

<sup>156</sup> Hierzu oben S. 29 ff.

<sup>157</sup> Zur entsprechenden steuerlichen Bewertung siehe unten S. 68 ff.

<sup>158</sup> Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 51.

Insoweit enthält § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbstständig und deshalb persönlich abhängig ist dagegen der/die Mitarbeiter/in, dem/der dies nicht möglich ist. Zwar gilt diese Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung des/der selbstständigen Handelsvertreters/Handelsvertreterin vom/von der abhängig beschäftigten kaufmännischen Angestellten. Über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält die Bestimmung jedoch eine allgemeine gesetzliche Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrags vom Arbeitsvertrag zu beachten ist, zumal sie die einzige Norm ist, die Kriterien dafür enthält.

Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, dass der/die Beschäftigte einem Weisungsrecht des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen.<sup>159</sup>

Arbeitnehmer/in ist danach, wer

- aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags verpflichtet ist,
- einem anderen Dienstleistungen
- in rechtlicher Abhängigkeit zu erbringen, wobei es auf das Gesamtbild aller Umstände ankommt, insbesondere auf die Kriterien: „Weisungsgebundenheit, Eingliederung in fremde Organisationsabläufe und unternehmerisches Tätigwerden“.

Für die Untersuchung der persönlichen Abhängigkeit von Tagespflegepersonen ist ausgehend von § 22 Abs. 1 S. 2 und 4 SGB VIII danach zu unterscheiden, ob die Kindertagespflege im Haushalt der Tagespflegeperson, im Haushalt des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten oder in anderen geeigneten Räumen geleistet wird.

### **bb) Betreuung im Haushalt des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten**

Wenn in einem neueren Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger<sup>160</sup> zu „Tagesmüttern“, die sich der häuslichen Beaufsichtigung und Betreuung von Kindern widmen, relativ pauschal festgelegt wird, diese gehörten grundsätzlich nicht zu den abhängig Beschäftigten, da die Übernahme der Betreuung der

---

<sup>159</sup> BAG NZA 1995, 622.

<sup>160</sup> Vom 5. Juli 2005, Anlage 4 – Katalog bestimmter Berufsgruppen zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit, S. 17 ([www.vdr.de](http://www.vdr.de) → Suchtext: Rundschreiben Tagesmütter).

Kinder für Fremde nicht durch eine Weisungsabhängigkeit geprägt sei, so wird dies zwar sicherlich die Handhabung durch die Sozialversicherungsträger prägen, stellt für die Gerichte jedoch keine in irgendeiner Form verbindliche Vorgabe dar.<sup>161</sup>

Das Bundessozialgericht hat vielmehr in einer Entscheidung aus dem Jahre 1998 im Hinblick auf die statusrechtliche Einordnung einer „Tagesmutter“ ausgeführt, dass jedenfalls dann eine abhängige Beschäftigung vorliege, wenn die Tagesmutter im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten tätig war (vgl. § 22 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 SGB VIII F. 2005).<sup>162</sup> Die Tagesmutter sei im Verhältnis zu den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten Arbeitnehmerin, da sie organisatorisch und zeitlich in deren Haushalt eingegliedert sei.

Hierbei hat das Bundessozialgericht es als unschädlich angesehen, dass die Betreuung im zugrunde liegenden Sachverhalt nicht in den Räumen der sorgeberechtigten Mutter, sondern in der Wohnung der Tagesmutter stattgefunden hat. Zwar könne das Arbeiten in einer fremden Betriebsstätte ein Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung darstellen. Ein Arbeiten im eigenen räumlichen Umfeld stehe jedoch der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen, wenn sich das Wesen der Leistung im Übrigen nicht verändere: Die Tagesmutter betreue die Kinder im Einverständnis mit der Mutter in ihrer eigenen Wohnung, um diese Berufstätigkeit mit ihrem Familienleben vereinbaren zu können; ihrer Art nach habe die Betreuungsdienstleistung aber genauso gut in der Wohnung der Mutter und damit in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin erbracht werden können. Organisatorisch und zeitlich sei die Tagesmutter damit in den Haushalt der Mutter eingegliedert gewesen.

Überträgt man die Auslegung des Haushaltsbegriffes durch das Bundessozialgericht auf die Gestaltung in § 22 Abs. 1 S. 2 SGB VIII, so bedeutet dies, dass die Tätigkeit der Tagespflegeperson so lange dem Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zuzuordnen und zuzurechnen ist, wie sich die Tätigkeit der Tagesmutter auf Weisungen der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten beschränkt. Demgegenüber ist es unerheblich, wo die Betreuungstätigkeit erbracht wird, solange dieser organisatorische Zusammenhang erhalten bleibt.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> *Münder u. a.*, FK-SGB VIII (Fn. 57), § 23 Rn. 52.

<sup>162</sup> BSG, Urt. v. 17. Februar 1998 – B 2 U 3/97 R.

<sup>163</sup> Vgl. dazu *Geck NDV 1999, 40 (44)*, die jedoch insoweit nicht ganz präzise den räumlichen Zusammenhang in den Vordergrund stellt; ein vordringliches oder gar ausschließliches Anknüpfen an den Ort wäre nach der Entscheidung des BSG verfehlt.

### **cc) *Betreuung im Haushalt der Tagespflegeperson***

Gemessen an der Auslegung des Bundessozialgerichts ist die Betreuung erst dann dem Haushalt der Tagespflegeperson zuzuordnen (vgl. § 22 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 SGB VIII F. 2005), wenn der oben genannte Zurechnungszusammenhang durchbrochen wird. Dies dürfte beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Tagespflegeperson während der Betreuungszeit regelmäßig weitere – fremde oder eigene – Kinder betreut. In diesem Moment löst sich die Tagespflegeperson selbst maßgeblich aus dem organisatorischen und Weisungszusammenhang zum Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten und ist damit nicht mehr bei diesen abhängig beschäftigt.

Dies zeigt auch folgende Kontrollüberlegung: Würde die Betreuungsleistung in der Wohnung der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten erbracht, so fände die Tagespflege in aller Regel ohne weitere Kinder statt; die Tagespflegeperson könnte nicht mehr über ihre eigene Arbeitskraft verfügen.

### **dd) *Betreuung in anderen geeigneten Räumen***

Landesrecht kann des Weiteren regeln, dass Kindertagespflege auch in anderen Räumlichkeiten geleistet werden kann (§ 22 Abs. 1 S. 4 SGB VIII). Andere Räumlichkeiten sind solche, die weder im Haushalt der Tagespflegeperson noch in dem der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten liegen. Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Zulassung von Kindertagespflege in anderen geeigneten Räumlichkeiten die Entwicklung von Angebotsformen zwischen Tageseinrichtungen und Kindertagespflege ermöglicht werden, die eine angemessene Qualität entsprechend ihrem Charakter aufweisen und geeignet sind, den Strukturen und Bedürfnissen vor Ort besser zu entsprechen als bisher bekannte Formen. Damit werden die Grenzen zwischen den einzelnen Betreuungsformen fließend.<sup>164</sup>

Bei der Betreuung von Kindern in angemieteten oder von Trägern der freien oder öffentlichen Jugendhilfe unterhaltenen (Groß-)Tagespflegestellen mit mehreren Tagespflegepersonen, die sich gegenseitig vertreten und ablösen können, tritt die Betreuung noch deutlicher aus dem Weisungsrecht der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten heraus, als dies bei der Betreuung im Haushalt einer einzelnen Tagespflegeperson der Fall ist. Demgegenüber dürfte bei dieser Betreuungsform die Selbstbestimmtheit der Tätigkeit am stärksten ausgeprägt sein, so dass sie der An-

---

<sup>164</sup> Vgl. hierzu auch die überarbeiteten Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (482); siehe auch oben S. 29 ff.

nahme eines Arbeitsverhältnisses zu den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten im Einzelfall entgegenstehen könnte. Hier stellt sich unter Umständen die Frage, ob Arbeitsverhältnisse zwischen Tagespflegeperson und Träger der freien oder öffentlichen Jugendhilfe bestehen.

**b) Verhältnis zum Träger der freien und/oder öffentlichen Jugendhilfe**

**aa) Selbstständige Tätigkeit**

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 die Qualifizierungsmaßnahmen. In der Praxis ist dieses Rechtsverhältnis regelmäßig nicht als Arbeitsverhältnis ausgestaltet. Üblicherweise besteht nicht einmal ein privatrechtlicher<sup>165</sup> Vertrag zwischen Jugendamt und der jeweiligen Tagespflegeperson. Die Rechtsbeziehung ist vielmehr, ebenso wie die zwischen Jugendamt und Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten, öffentlich-rechtlicher Natur und wird regelmäßig durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgestaltet. 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.

Darüber hinaus fehlt es – selbst bei Annahme einer vertraglichen Beziehung mit Dienstleistungscharakter – regelmäßig auch an der für ein Arbeitsverhältnis charakteristischen Eingliederung der Tagespflegepersonen in Organisationsabläufe des Jugendamts sowie am Vorliegen der erforderlichen Weisungsgebundenheit.

Dies hat auch das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1998 festgestellt:<sup>166</sup> Das streitgegenständliche Betreuungsverhältnis sei zwar auf die Vermittlung durch das Jugendamt hin zustande gekommen. Dieser Umstand spreche jedoch nicht für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen der Tagespflegeperson und dem Jugendamt. „Vermittlung“ bedeute, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe dem Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten eine Tagespflegeperson benenne, die zur Tagespflege bereit sei. Über diesen Nachweis ei-

---

<sup>165</sup> Vgl. hierzu auch die überarbeiteten Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (482).

<sup>166</sup> BSG, Urt. v. 17. Februar 1998 – B 2 U 3/97 R; hierzu Besprechung *Lakies FORUM Jugendhilfe* 3/2000, S. 29 (32 f.).

ner möglichen Betreuungsperson hinaus habe die Tätigkeit des Jugendamts keine Auswirkung. Sie ändere nichts daran, dass letztlich ein vertragliches Verhältnis zwischen der Tagespflegeperson und dem Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten hergestellt werden müsse. Auch die Erteilung der Tagespflegeerlaubnis durch das Jugendamt begründe kein Verhältnis zwischen der Tagesmutter und dem Jugendamt, aufgrund dessen sie umfassend den Weisungen der Behörde unterworfen gewesen wäre.

An dieser Bewertung hat auch die Neufassung der §§ 22 ff., 43 SGB VIII nichts geändert: Innerhalb der Sicherstellung des Kindeswohls steht den Tagespflegepersonen gegenüber dem Jugendamt nach wie vor ein denkbar weiter Handlungs- und Entscheidungsspielraum bei der Erziehung, Bildung und Betreuung des Kindes zu, im Rahmen dessen sie unabhängig von Anweisungen des Jugendamts agieren. Ein Weisungsrecht ergibt sich auch nicht aus § 23 Abs. 4 S. 1 SGB VIII, wonach Tagespflegepersonen einen Anspruch auf Beratung durch das Jugendamt haben. Dieser Anspruch umfasst zwar neben der bloßen Information auch die fachliche Begleitung und Unterstützung der Pflegepersonen durch das Jugendamt. Eine detaillierte, weisungsgebundene Einflussnahme des Jugendamts auf das „Wie“, also die Durchführung der Kindertagespflege im Einzelfall, ist aber im Regelfall nicht anzunehmen. Je nach dem, wie intensiv der Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe in die konkrete Ausgestaltung der Kindertagespflege „hineinregiert“, kann aber auch die gegenteilige Annahme gerechtfertigt sein. Im Verhältnis zwischen Jugendamt und Tagespflegeperson bleibt allerdings das Grundproblem, dass im Regelfall privatrechtliche Bindungen nicht bestehen.

Diese Wertungen werden gestützt von einer vergleichbaren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus 2005,<sup>167</sup> in welcher der Arbeitnehmerstatus der Leiterin einer Außenwohngruppe zur Betreuung Minderjähriger abgelehnt wurde. Die Klägerin betreute im Rahmen eines Dienstvertrags jenseits des traditionellen Heimlebens Minderjährige, die nicht mehr bei ihren Eltern wohnen und nicht in Pflegefamilien untergebracht werden können. Nach Kündigung des Dienstvertrags erhob sie Kündigungsschutzklage und berief sich auf die Schutzvorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG). Das Bundesarbeitsgericht hat das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses als Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des KSchG verneint und dies vor allem damit begründet, dass die Tätigkeit der Klägerin im Wesentlichen frei von Weisungen

---

<sup>167</sup> BAG, Urt. v. 25. Mai 2005 – 5 AZR 347/04 – noch unveröffentlicht.

und an kein enges Betreuungskonzept gebunden war. Demgegenüber hat es den Umstand der im Fall bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht als ausschlaggebend für die Arbeitnehmereigenschaft erachtet. Mit diesem Urteil bestätigte das Bundesarbeitsgericht die Vorinstanz,<sup>168</sup> welche sich innerhalb der Begründung ebenfalls maßgeblich auf die Selbstständigkeit der ausgeübten Tätigkeit der Klägerin gestützt und so die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung bejaht hat.

### **bb) Abhängige Beschäftigung**

Auch wenn Kindertagespflege üblicherweise nicht in Anstellung beim Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe erfolgt, so kann eine weisungsgebundene fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit der Tagespflegeperson jedoch durchaus vorliegen. Der Landesgesetzgeber in Schleswig-Holstein favorisiert beispielsweise das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis, indem die Zuwendung von Fördermitteln nur Vorliegen eines solchen erfolgt (§ 30 KitaG SH).<sup>169</sup>

Von abhängiger Beschäftigung kann, wie dargestellt, bei Weisungsgebundenheit hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit gesprochen werden.<sup>170</sup> Ob bei Kindertagespflege ausnahmsweise der Grad der Weisungsgebundenheit soweit erreicht ist, dass von einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Jugendamts bzw. Trägers der freien Jugendhilfe gesprochen werden kann, wird im Einzelfall zu beurteilen sein.

Denkbar erscheint dies insbesondere, wenn die Tagespflegeperson verpflichtet oder mit ihr vereinbart wird, dass sie bei ihrer Tätigkeit ein bestimmtes pädagogisches Konzept verfolgt, und/oder wenn ihr Arbeitseinsatz hinsichtlich der zu betreuenden Kinder, der Arbeitszeiten und/oder des Arbeitsorts vom Jugendamt bzw. Träger der freien Jugendhilfe und nicht von den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten gesteuert wird. Zu denken ist eine Anstellung beim Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe beispielsweise, wenn die Tagespflegeperson in vom Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe zur Verfügung gestellten Räumen bestimmte vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe vermittelte Kinder (etwa die kurzzeitige Betreuung bei Ausfallzeiten nach § 23 Abs. 4 S. 2 SGB VIII) nach einem vorgegebenen bzw. vereinbarten Erziehungs- und Bildungsplan fördert.

---

<sup>168</sup> LAG SH, Urt. v. 11. Mai 2004 – 5 Sa 503/03.

<sup>169</sup> Siehe hierzu auch *Lakies Jugendhilfe* 1999, 22 (27).

<sup>170</sup> BAG, Urt. v. 25. Mai 2005 – 5 AZR 347/04 (Tz. 15) – noch unveröffentlicht.



### **cc) Vereinbarung arbeitsrechtlicher Bestimmungen**

Daraus, dass Tagespflegepersonen somit nach der tatsächlichen Ausgestaltung ihrer Tätigkeit üblicherweise nicht als Arbeitnehmer/innen eines Trägers der öffentlichen oder freien Jugendhilfe anzusehen sind, folgt nicht notwendig, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen nicht – durch entsprechende vertragliche Inbezugnahme – als anwendbar vereinbart werden könnten, auch wenn kein Arbeitsverhältnis besteht. Beispielsweise können arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen zugunsten von Arbeitnehmer/innen erweitert werden.<sup>171</sup> Es wäre deshalb möglich, privatrechtliche Verträge zwischen Jugendamt bzw. Träger der freien Jugendhilfe und Tagespflegeperson zu schließen, in denen die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Bestimmungen vereinbart wird, um so den Tagespflegepersonen – im Verhältnis zum Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe<sup>172</sup> – eine entsprechende Absicherung zu verschaffen.

Bei vollständiger Inbezugnahme arbeitsrechtlicher Bestimmungen ist allerdings zu bedenken, dass die Zielsetzung der gewünschten arbeitsrechtlichen Absicherung der Pflegepersonen eine Vielzahl – möglicherweise unerwünschter – Konsequenzen nach sich ziehen würde. Vor allem wäre das gesamte Arbeitnehmerschutzrecht auf die vertragliche Beziehung anwendbar, namentlich die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes, des Bundesurlaubs- und des Entgeltfortzahlungsgesetzes, kollektivrechtliche Regelungen und darüber hinaus auch sämtliche Arbeitsschutzvorschriften, soweit gesetzlich keine abweichende Behandlung vorgesehen ist.

So wie die vertragliche Inbezugnahme des gesamten Arbeitsrechts in einem privatrechtlichen Vertrag mit einem/einer Nicht-Arbeitnehmer/in in Betracht kommt, so wäre auch die partielle Inbezugnahme arbeitsrechtlicher Bestimmungen grundsätzlich möglich. Dies gilt jedenfalls, wenn und soweit nach allgemeinen Maßstäben (§§ 138, 242 BGB, AGB-Kontrolle) diese Vereinbarungen nicht unwirksam sind. Da vorliegend lediglich für die Tagespflegeperson positive und günstige Regelungen in Bezug genommen werden sollen, bestehen hier keine Bedenken.

Anstatt der Inbezugnahme von bestimmten Teilen arbeitsrechtlicher Bestimmungen kommt unter dem gleichen Gesichtspunkt auch die originäre vertragliche Vereinba-

---

<sup>171</sup> Siehe dazu BAG, Urt. v. 28. Februar 1990 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 8 = NZA 1990, 858; BAG, Urt. v. 14. Mai 1987 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 5 = DB 1987, 2575; von Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl. 2002, Rn. 9; Etzel, Rechtsprechung zum Kündigungsrecht, Rn. 34; Löwisch BB 1997, 782 (790).

<sup>172</sup> Zur Auswirkung im steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Bereich siehe unten S. 68 ff., 86 ff.

rung von Zahlungsleistungen in Zeiten der Erholung oder generell der Nicht-Betreuung in Betracht.

**dd) Überlassung von Arbeitnehmer/inne/n**

Besteht ein Vertragsverhältnis der Pflegeperson beim Jugendamt oder privaten Träger oder liegt eine (zeitweise) Beschäftigung der Tagespflegeperson im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten vor, könnte man an eine Form der Überlassung von Arbeitnehmer/inne/n denken. Von Arbeitnehmerüberlassung – häufig auch als Leiharbeitsverhältnis bezeichnet – wird gesprochen, wenn ein/e selbstständige/r Unternehmer/in (Verleiher/in) eine/n Arbeitnehmer/in (Leiharbeitnehmer/in), mit dem/der er/sie einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, gelegentlich oder kurzfristig an eine/n andere/n Unternehmer/in (Entleiher/in) „ausleiht“.

Eine Abordnung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin zum/zur Entleiher/in ist möglich, wenn dies im Arbeitsvertrag vorgesehen ist. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem/der Verleiher/in und dem/der Leiharbeitnehmer/in besteht fort, d. h., der/die Verleiher/in haftet für die Vergütung, Vergütungsfortzahlung bei Urlaub und Krankheit usw. Jedoch steht dem/der Entleiher/in das für das Arbeitsverhältnis typische Direktionsrecht zu, d. h., der/die Leiharbeitnehmer/in unterliegt dessen Weisungen.

Arbeitnehmerüberlassung liegt nach § 1 Abs. 1 AÜG vor, wenn der/die Verleiher/in dem/der Entleiher/in Arbeitskräfte gewerbsmäßig zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des/der Entleihers/Entleiherin eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen/deren Weisungen ausführen. Charakteristisch ist hierbei gegenüber dem dualistisch geprägten Arbeitsvertragsrecht die durch die beteiligten Rechtssubjekte bedingte Dreidimensionalität der Arbeitnehmerüberlassung. Eine Definition des zentralen Begriffs der Gewerbsmäßigkeit ist in § 1 Abs. 1 AÜG nicht enthalten.

Zunächst war eine Anwendung des AÜG nur für die Fälle vorgesehen, in denen die Arbeitnehmerüberlassung den Hauptzweck bildete.<sup>173</sup> Nach nunmehr herrschender Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung ist die Gewerbsmäßigkeit allein nach gewerberechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Gewerbsmäßigkeit wird danach definiert als jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbst-

---

<sup>173</sup> Vgl. BT-Drucks. VI/2303, 10.

ständige Tätigkeit. Bei der gemeinnützigen Arbeitnehmerüberlassung fehlt es an der Gewinnerzielungsabsicht, so dass das AÜG nicht anwendbar ist.<sup>174</sup>

Zwischen Jugendamt einerseits und Tagespflegeperson andererseits besteht, wie dargestellt, typischerweise kein Arbeitsverhältnis, nicht einmal dann, wenn privatrechtliche Verträge über die Leistungserbringung geschlossen werden. Der Rechtsnatur nach gehören diese nicht ins Arbeitsrecht.

Anders ist dies u. U. allerdings zu beurteilen, wenn Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe die Pflegepersonen anstellen und dann zur Kindertagespflege in Familien einsetzen. Hier fehlt es jedoch am Merkmal der „Gewinnerzielungsabsicht“ und somit an der Gewerbsmäßigkeit i. S. d. § 1 AÜG. Das AÜG findet daher auf diese Konstellation keine Anwendung.

## **2. Vergütung und Vergütungsform**

### **a) „Anerkennung der Förderungsleistung“**

Die laufende Geldleistung nach § 23 Abs. 2 S. 1 SGB VIII umfasst die Erstattung angemessener Kosten für den Sachaufwand (Nr. 1), einen angemessenen Beitrag zur Anerkennung ihrer Förderungsleistungen (Nr. 2) und die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge einer Unfallversicherung sowie die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung (Nr. 3). Sofern Landesrecht nicht etwas Anderes bestimmt, legt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Höhe nach pflichtgemäßem Ermessen fest.<sup>175</sup>

Die Höhe des Beitrags zur Anerkennung der Förderungsleistung nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII weicht von Jugendamt zu Jugendamt und Bundesland zu Bundesland teilweise stark voneinander ab, wie auch die Erhebung gezeigt hat.<sup>176</sup> Sie unterschreitet dabei auch häufig die Höhe, die dem Kostentableau zum TAG als Berechnungsgrundlage gedient hat.<sup>177</sup> Es ist daher zu prüfen, ob sich – auch bei Bestehen eines

<sup>174</sup> *Marschall*, in: Münchner Handbuch des Arbeitsrechts, § 174 Rn. 45; *Hamann*, in: Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl. 2007, Rn. 322 ff.

<sup>175</sup> Zur Mindesthöhe siehe oben S. 37 ff.

<sup>176</sup> Siehe oben S. 16 ff.

<sup>177</sup> Die Bundesregierung ging in ihrer Kostenschätzung von einem Entgelt in Höhe von 480 € monatlich pro Kind aus (überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 [486]). Basis der Berechnung ist ein Betreuungssatz von 3 €/Stunde bei einer täglichen vergüteten Betreuungszeit von acht Stunden; hierzu siehe oben S. 17 f.

Arbeitsverhältnisses – rechtliche Aussagen zu einer verpflichtenden Mindesthöhe für die Anerkennung der Förderungsleistung<sup>178</sup> treffen lassen, etwa im Wege einer Orientierung am Tariflohn und einer Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) bei erheblichem Missverhältnis zum allgemeinen Lohnniveau für vergleichbare Arbeiten als Untergrenze.<sup>179</sup>

Gem. § 611 BGB bestimmt sich die Höhe der Vergütung nach der Vereinbarung der Dienst- oder Arbeitsvertragsparteien.<sup>180</sup> Sofern keine spezielle gesetzliche Regelung eingreift, ergibt sich eine Begrenzung der Vergütung nach unten lediglich aus § 138 Abs. 2 BGB. Nach § 138 Abs. 2 BGB ist eine Vereinbarung wegen Sittenwidrigkeit nichtig, wenn zwischen Arbeitsleistung und Lohn ein auffälliges Missverhältnis besteht und der/die Arbeitgeber/in die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin ausgebeutet hat.

Ob Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis stehen, beurteilt sich danach, ob die Arbeitsleistung nach Dauer, Schwierigkeitsgrad, körperlicher oder geistiger Beanspruchung sowie hinsichtlich der Arbeitsbedingungen schlechthin noch ausreichend entlohnt wird. Hierbei sind die Besonderheiten der jeweiligen Branche zu berücksichtigen, während es auf einen Vergleich mit den Sätzen der Sozialhilfe nicht ankommt. Für die Frage, wann ein auffälliges Missverhältnis anzunehmen ist, hat das Bundesarbeitsgericht keine Grenze gezogen. Jedenfalls genügen 70 % noch nicht zur Bejahung der Sittenwidrigkeit. Es kann aber aus der tragenden Begründung eines Urteils vom 23. Mai 2001<sup>181</sup> geschlossen werden, dass die Vereinbarung von 61 % der üblichen Vergütung als sittenwidrig beurteilt worden wäre. Eine Tendenz zu einer 2/3-Grenze ist erkennbar.

#### **b) Vergütungsbemessung unter Berücksichtigung der Förderungsleistung**

Die nach pflichtgemäßem Ermessen durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe festgesetzte Höhe der laufenden Geldleistung ist als öffentlichrechtlicher Zuschuss weder an § 138 BGB zu messen noch gibt es isoliert dafür einen Vergleichsmaßstab, nach dem Sittenwidrigkeit festgestellt werden könnte.

---

<sup>178</sup> Zur kinder- und jugendhilferechtlichen Mindesthöhe der Förderungsleistung siehe oben S. 37 ff.

<sup>179</sup> Nachweise bei *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 65. Aufl. 2006, § 138 Rn. 79.

<sup>180</sup> Bei Anstellung einer Tagespflegeperson bei einem Träger der öffentlichen Jugendhilfe geht *Lakies* (Jugendhilfe 1999, 22 [28 f.]) von einer entsprechenden Eingruppierung wie Erzieher/innen aus.

<sup>181</sup> BAG, Urt. vom 23. Mai 2001 – 5 AZR 527/99.

Allerdings ist die auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags vereinbarte Vergütung, die neben bzw. ergänzend zu dem öffentlich-rechtlichen Zuschuss gezahlt wird, an § 138 BGB zu messen. Dabei muss der öffentlich-rechtliche Zuschuss, da er – wenn auch als direkte Leistung an die Tagespflegepersonen – aufgrund desselben Lebenssachverhalts gewährt wird, angerechnet werden.

Daher ist zunächst eine Vergleichsvergütung zu erheben bzw. zu ermitteln. In einem weiteren Schritt ist davon sodann der öffentlich-rechtliche Zuschuss in tatsächlich gewährter Höhe abzusetzen. Der sich rechnerisch danach ergebende Betrag ist sodann nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen mit der privatrechtlich vereinbarten und gezahlten zusätzlichen Vergütung zu vergleichen.

### **3. Perspektive als abhängiges Beschäftigungsverhältnis: Rechtsfolgen**

Im zivilrechtlichen Vertragsverhältnis sind unabhängig von der Existenz eines Arbeitsverhältnisses individualvertragliche Vereinbarungen möglich, nach denen arbeitsrechtliche Vorschriften ganz oder teilweise Anwendung finden sollen. Davon abweichend kann die Rechtsfolge eines „abhängigen Beschäftigungsverhältnisses“, nämlich die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung und Arbeitslosenversicherung, nicht vertraglich vereinbart werden.

Allerdings haben die zivilrechtlichen Vertragsparteien insoweit Rechtsgestaltungsmacht, als sie durch Vereinbarung und tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses auf der Tatbestandsseite die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und damit abhängigen Beschäftigungsverhältnisses schaffen können. Wesentlich ist dabei jedoch stets, dass bei Auseinanderfallen von Vertragslage und tatsächlicher Vertragshandhabung letztere die maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist. Danach wird – unabhängig von der Formulierung vertraglicher Vereinbarungen – in verschiedenen Fällen die Existenz eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht darstellbar sein.

Hinsichtlich der weiteren Erörterung soll deshalb danach unterschieden werden, wie die Kindertagespflege organisiert ist und durch wen die dafür zu erbringende (zusätzliche) Vergütung getragen (nicht ausgezahlt) wird.

Danach ist in allen Fällen der dargestellten, verschiedenen Tagespflege, und zwar der Betreuung

- im Haushalt des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten,

- im Haushalt der Tagespflegeperson oder
- in anderen geeigneten Räumen

die Tätigkeit grundsätzlich sowohl in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis als auch als selbstständige Tätigkeit der Tagespflegeperson denkbar.

In allen Konstellationen scheidet allerdings im Regelfall ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis der Tagespflegeperson mit einem Träger der öffentlichen Jugendhilfe aus, sofern nicht ausnahmsweise direkte privatrechtliche Bindungen bestehen oder gewollt sind.<sup>182</sup> In Betracht kommt – je nach Organisationsstruktur und Durchführung – ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten bzw. im Falle einer Tagespflegegruppe mit der Gesamtheit der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten (dann regelmäßig in der Rechtsform einer GbR).

Auch im Verhältnis zum Träger der freien Jugendhilfe kann dann, wenn dieser nicht nur die finanzielle Abwicklung (Vergütungszahlung für Dritte) vornimmt, sondern tatsächlich die organisatorische Hoheit für die Durchführung der Tagespflege innehat, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestehen.

Davon abgesehen könnte die Anstellung von Tagespflegepersonen bei Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe eine neue Gestaltungsoption sein. Damit würde auch auf dieser Ebene die Gleichbehandlung der Förderung in Kindertagespflege und in Tageseinrichtungen erreicht. Soweit die Kindertagespflege im Haushalt der Tagespflegeperson oder an einem sonstigen Ort stattfindet, besteht rein faktisch kein großer Unterschied zur Tätigkeit von Erzieher/inne/n in Kindergärten, Kinderkrippen und sonstigen Tageseinrichtungen. Die Erziehungs- und Betreuungspersonen in Einrichtungen werden aber zwanglos als Arbeitnehmer/innen angesehen.

#### **a) Arbeitsrechtliche Folgen**

Wird die Tagespflege im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und damit eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erbracht, gelten alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Die Folgen daraus sind jedoch eventuell problematisch und dabei nicht unbedingt im Sinne allgemeinen „Arbeitnehmerschutzes“ für die Tagespflegepersonen vorteilhaft.

---

<sup>182</sup> Zu den Ausnahmen siehe oben S. 54 ff.

So ist insbesondere nach den tatsächlichen Verhältnissen unklar, ob Schutzbestimmungen zugunsten von Arbeitnehmer/inne/n in einer namhaften Zahl der Beschäftigungsverhältnisse überhaupt zur Anwendung kommen, weil sie an bestimmte Schwellenzahlen der Beschäftigung anknüpfen, die im Einzelfall nicht erreicht werden. So wird bereits die Anzahl der „Betriebe“ innerhalb derer Tagespflege mit einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von mehr als zehn nach den Bestimmungen des § 23 KSchG äußerst gering sein. Dies gilt erst recht für das Erreichen der 20 regelmäßig Beschäftigten als Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit besonderer Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz.

Diese wesentlichen Elemente des Arbeitnehmerschutzrechts werden daher in der Praxis weitestgehend leer laufen.

Einschlägig und auch tatsächlich anwendbar bleiben dagegen alle Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes, die nicht an eine bestimmte Beschäftigtenanzahl im Betrieb anknüpfen (Entgeltfortzahlungsg, ArbZG, AGG, BUrlG, etc.).

Einschlägig und tatsächlich anwendbar bleibt schließlich auch der gesamte Bereich des technischen Arbeitsschutzes, insbesondere auch des Arbeitsstättenrechts. Dies kann im Einzelfall jedoch, insbesondere bei der Kindertagespflege im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten oder bei der Kindertagespflege im Haushalt der Tagespflegeperson, zu Beschränkungen in der Durchführbarkeit der Kindertagespflege führt, was nicht unbedingt im Sinne des Arbeitnehmerschutzes wäre, sondern den Interessen der Arbeitnehmer/innen eher entgegenliefe.

## **b) Sozialversicherungsrechtliche Folgen**

### **aa) Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung**

Beim Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, insbesondere eines Arbeitsverhältnisses, besteht grundsätzlich Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung (Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung), in der Unfallversicherung und der Arbeitslosenversicherung.

Die Pflegeperson ist damit gegen die dadurch abgedeckten Risiken versichert.

Der/die Arbeitgeber/in ist nach § 28 e Abs. 1 SGB IV verpflichtet, den sog. Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28 d SGB IV), der die Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung umfasst, an die zuständige Einzugsstelle (§ 28 i SGB IV) abzuführen.

Nach § 28 g SGB IV ist der/die Arbeitgeber/in berechtigt, den hälftigen Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag im Lohn- bzw. Gehaltsabzugsverfahren einzubehalten. Ist dieser Einbehalt unterblieben, so kann der Abzug nur bei den drei nächsten Entgeltzahlungen (Entgeltzahlungsperioden) nachgeholt werden, danach nur, wenn der Abzug ohne Verschulden des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin unterblieben ist. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn also keine Vergütungszahlungen mehr erfolgen, ist ein Einbehalt immer ausgeschlossen. Ein direkter Zahlungs- bzw. Erstattungsanspruch besteht wegen der abschließenden Regelung des § 28 g SGB IV nicht.

Auf Leistungen, die im Zusammenhang bzw. wegen der Betreuung und/oder Pflege von Kindern ggf. als Kompensation von Verdienstausschlag in einer anderen (beruflichen) Tätigkeit gewährt werden (können), besteht seitens der Tagespflegeperson – unabhängig von der Durchführungsform – kein Anspruch. Dies resultiert allgemein daraus, dass die Tagespflege – wenn sie denn in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis erfolgt – der Erziehungs- oder Betreuungsleistung in einer institutionalisierten Einrichtung entspricht, nicht jedoch der originären Erziehung und Versorgung durch Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigte.

### **bb) Versicherung gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit**

Nach dem Arbeitsförderungsreformgesetz (AFRG; Art. 4) hat der Gesetzgeber durch die Änderung des § 1 SGB IV zum Ausdruck gebracht, dass das Recht der Arbeitsförderung dem übrigen Recht der Sozialversicherung deutlich angenähert ist. So sind die Vorschriften des SGB IV von wenigen Ausnahmen abgesehen auch für die Arbeitsförderung anwendbar und ist die Bundesagentur als Versicherungsträger im Sinne des SGB IV definiert.<sup>183</sup>

In diesem Bereich der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung entsteht das Versicherungsverhältnis kraft Gesetzes;<sup>184</sup> eine vertragliche Begründung der Sozialversicherungspflicht – unabhängig von den gesetzlichen Anknüpfungstatbeständen bzw. über sie hinaus – ist nicht möglich.

Nach § 24 Abs. 1 SGB III stehen Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind, in einem Versicherungspflichtverhältnis. Nach

<sup>183</sup> Vgl. dazu *Fuchs*, in: *Gagel, SGB III – Arbeitsförderung*, Vor §§ 24 bis 28 Rn. 7.

<sup>184</sup> Siehe *Fuchs*, in: *Gagel, SGB III – Arbeitsförderung*, Vor §§ 24 bis 28 Rn. 2; *Bley/Kreikebohm/Marschner*, *SozR*, 8. Aufl., Rn. 321 ff.



Absatz 2 der Vorschrift beginnt das Versicherungspflichtverhältnis für Beschäftigte mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis oder mit dem Tag nach dem Erlöschen der Versicherungsfreiheit, für die sonstigen Versicherungspflichtigen mit dem Tag, an dem erstmals die Voraussetzungen für die Versicherungspflicht erfüllt sind. Das Versicherungspflichtverhältnis endet für Beschäftigte mit dem Tag des Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis oder mit dem Tag vor Eintritt der Versicherungsfreiheit, für die sonstigen Versicherungspflichtigen mit dem Tag, an dem die Voraussetzungen für die Versicherungspflicht letztmals erfüllt waren (§ 24 Abs. 4 SGB III).

Über die Schaffung der gesetzlichen Anknüpfungstatbestände für das Versicherungspflichtverhältnis durch privatrechtlichen Vertrag hinaus ist eine vertragliche Gestaltung nicht möglich.

Nach § 25 SGB III sind im Wesentlichen Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (versicherungspflichtige Beschäftigung). Darüber hinaus enthält § 26 SGB III einen abgeschlossenen Katalog weiterer Personen, die kraft Gesetzes versicherungspflichtig sind.

In § 28 a SGB III ist schließlich für Tagespflegepersonen nach dem SGB XI und SGB XII die Möglichkeit der Begründung eines Versicherungspflichtverhältnisses auf Antrag vorgesehen.

Da die Voraussetzungen für die Versicherungspflicht besonderer Personen nicht erfüllt sind, kommt es entscheidend darauf an, ob Tagespflegepersonen (abhängig) Beschäftigte i. S. d. § 25 SGB III sind. Dabei kann der Begriff der Beschäftigung inhaltsgleich mit demjenigen in § 7 SGB IV definiert werden. Im Regelfall sind dabei die sozialversicherungsrechtliche „Beschäftigung“ und das arbeitsrechtliche „Arbeitsverhältnis“ als identisch anzusehen.<sup>185</sup>

Ob ein Arbeitsverhältnis im Einzelfall besteht, ist jeweils nach der individuellen Ausgestaltung der Tätigkeit zu prüfen. So wie auch dort, ist für das Vorliegen der sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung entscheidend, dass tatsächlich die Unterworfenheit unter ein fremdes Weisungsrecht und damit die Erbringung von Leistung in persönlicher Abhängigkeit gegeben ist. So ist vom Bundessozialgericht beispielsweise ein Beschäftigungsverhältnis verneint und das Vorliegen von Arbeitslosigkeit bejaht worden, wenn bei unstreutigem Bestehen eines zivilrechtlichen Arbeitsvertrags im Fall der

---

<sup>185</sup> So BSG, Urt. v. 11. Mai 1976 – 7 Rar 112/74 = SozR 4100 § 4 Nr. 2.

unwiderruflichen Freistellung weder Weisungsrecht noch persönliche Abhängigkeit bestehen.<sup>186</sup>

#### **b) Steuerrechtliche Folgen**

Die privatrechtlich vereinbarte, zusätzliche Vergütung unterliegt der Einkommensteuer, entweder als Einkunft aus selbstständiger oder im Falle des Arbeitsverhältnisses und damit des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus nichtselbstständiger Arbeit. In diesem Fall wird die Einkommensteuer in Form der Lohnsteuer durch Abzug von der Arbeitsvergütung erhoben. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Lohnsteuerabzug vorzunehmen. Der Lohnsteuerabzug kann dabei grundsätzlich nur von der Vergütung des Steuermonats vorgenommen werden.

Ist der Lohnsteuerabzug unterblieben, bleibt nach materiellem Steuerrecht der/die Arbeitnehmer/in Steuerschuldner/in. Für die Steuernachforderung haften Arbeitnehmer/in und Arbeitgeber/in nach § 42 d EStG jedoch gesamtschuldnerisch.

Nach der Verwaltungspraxis der Finanzbehörden besteht daher für den/die Arbeitgeber/in das deutliche Risiko, als Haftungsschuldner in Anspruch genommen zu werden. Der/die Arbeitgeber/in muss dann selbst im Verhältnis zum/zur Arbeitnehmer/in, der/die Steuerschuldner/in ist und bleibt, eine mögliche Rückerstattung geltend machen.<sup>187</sup>

#### **4. Zusammenfassung der Analyse zum Arbeitsrecht**

Die statusrechtliche Einordnung der Kindertagespflege als selbstständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis hängt niemals von der Bezeichnung etwaiger Vertragsbeziehungen mit der Tagespflegeperson ab. Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit an.

Es bedarf daher einer konkreten Prüfung im Einzelfall.

Wesentlich ist dabei zunächst, wem gegenüber die Vertragsbeziehung besteht, deren statusrechtliche Zuordnung geprüft wird. Hier kommen typischerweise die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten und Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe in Betracht.

---

<sup>186</sup> So BSG, Urf. v. 17. Oktober 2002 – B 7 AL 136/01 R, SozR 3 4100 § 119 Nr. 27; nochmals maßgeblich hat das BSG auf die wesentlichen Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses abgestellt im Urf. v. 18. Dezember 2003 – B 11 AL 35/03 R = BSGE 92, 74.

<sup>187</sup> Eingehend zu den steuerrechtlichen Besonderheiten siehe unten, insbesondere S. 72 ff.

Typisierend kann außerdem daran angeknüpft werden, wie die Kindertagespflege organisatorisch und räumlich eingegliedert ist, insbesondere auch, ob sie im Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten, im Haushalt der Tagespflegeperson oder in anderen geeigneten Räumlichkeiten stattfindet.

Tendenziell wird insbesondere im Verhältnis zum Jugendamt, aber auch zum Träger der freien Jugendhilfe nur ausnahmsweise die Existenz einer abhängigen Beschäftigung angenommen werden können. Allerdings kommt hier die Vereinbarung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen – auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses – in Betracht.

Ein Arbeitsverhältnis mit den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten oder Trägern der öffentlichen bzw. freien Jugendhilfe kann insbesondere dann bejaht werden, wenn die Organisation und Räumlichkeit von einem dieser Beteiligten zur Verfügung gestellt bzw. vorgegeben werden. Bei den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten erfolgt dies über entsprechende Einbindung in den Haushalt des Kindes – was nicht zwingend heißt, dass die Kindertagespflege auch dort stattfinden muss. Bei den Trägern der öffentlichen bzw. freien Jugendhilfe bedarf es einer tatsächlichen Weisungsabhängigkeit bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tagespflege.

Schließlich liegt „Arbeitnehmerüberlassung“ zwischen den Beteiligten bezüglich der Tagespflegeperson regelmäßig nicht vor.

Die Vergütung für Kindertagespflege ist unter Berücksichtigung der Förderungsleistung an § 138 BGB zu messen. In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist dabei eine Tendenz festzustellen, dass bei Unterschreiten von 2/3 der „üblichen Vergütung“ eine „wucherisch“ zu niedrige Vergütung angenommen wird.

Wird Tagespflege in einem Arbeitsverhältnis erbracht, sind alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen einschlägig. Dabei werden allerdings diejenigen Regelungen, die an bestimmte Betriebsmindestgrößen bzw. eine bestimmte Mindestbeschäftigtenzahl anknüpfen, in der Praxis weitgehend leer laufen.

Aus der Existenz eines Arbeitsverhältnisses und damit einer abhängigen Beschäftigung folgt Sozialversicherungspflicht und Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung.

Steuerlich unterliegt die gezahlte Vergütung der Einkommensteuer in der Form der Lohnsteuer und besteht damit für den/die Arbeitgeber/in das Haftungsrisiko nach § 42 d StGB.

## **VI. Steuerrechtliche Behandlung**

### **1. Ertragsteuerliche Überlegungen**

Die konkreten steuerlichen Folgen der laufenden Geldleistungen für die Förderung in Kindertagespflege hängen zunächst davon ab, ob ihre Zahlung zu Einkünften im Sinne des EStG führt. Innerhalb der sieben Einkunftsarten des EStG kommen im Wesentlichen – abhängig von der konkreten Ausgestaltung – Einkünfte aus selbstständiger Arbeit (§ 18 EStG) und aus nicht selbstständiger Arbeit (§ 19 EStG) in Betracht.<sup>188</sup> Die Bestimmung der Einkunftsart ist deswegen von Bedeutung, weil im Rahmen der Einkünfte nicht selbstständiger Arbeit grundsätzlich Lohnsteuerabzug vorzunehmen ist, darüber hinaus kann bei Einkünften aus selbstständiger Arbeit notwendiges Betriebsvermögen gebildet werden, dessen Veräußerung oder Überführung ins Privatvermögen zur steuerlichen Realisierung führt.

Liegen Einkünfte vor, so sind diese gegebenenfalls steuerfrei. Privilegierungen können sich insoweit ergeben

- für bestimmte Beihilfen (§ 3 Nr. 11 EStG),
- für bestimmte nebenberufliche Tätigkeiten (§ 3 Nr. 26 EStG),
- wenn und soweit innerhalb eines Anstellungsverhältnisses Ersatz für getätigte Auslagen geleistet wird (§ 3 Nr. 50 EStG).

#### **a) Begründung von Einkünften durch die Zahlung von Tagespflegegeldern**

##### **aa) Einkünfte aus selbstständiger Arbeit (§ 18 EStG)**

Das EStG enthält keine gesetzliche Definition des Begriffs der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit. Selbstständige Arbeit erfordert nach allgemeiner Ansicht die Kriterien der Selbstständigkeit, der Nachhaltigkeit, der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sowie der Gewinnerzielungsabsicht. Darüber hinaus kommt es

---

<sup>188</sup> Das EStG verwendet die Begriffe der „selbstständigen Arbeit“ bzw. „unselbstständigen Arbeit“, ohne den Begriff der „Arbeit“ im Einzelnen zu definieren. Die Auslegung des Einkommensteuerrechts durch Rechtsprechung und Literatur nimmt insoweit eine Begriffsbestimmung vor, welche von der Definition der „Arbeit“ in anderen Rechtsgebieten unabhängig ist.

auf die persönliche Arbeitsleistung des Berufsträgers an. Die von Tagepflegepersonen ausgeübten Funktionen der Erziehung, Bildung und Betreuung, gegebenenfalls auch der zeitweise Unterbringung und Verköstigung, fallen unter keinen der Katalogberufe des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Für die Annahme von Einkünften aus selbstständiger Arbeit ist somit erforderlich, dass entweder eine Betätigung vorliegt, die zu den in § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG genannten Tätigkeiten gehört (insbesondere erzieherische Tätigkeit).

Erziehung ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) die planmäßige Tätigkeit zur körperlichen, geistigen und charakterlichen Formung junger Menschen. Sie umfasst alle Bestrebungen, Vorgänge und Tätigkeiten, die den Entwicklungsvorgang beeinflussen. Der steuerrechtliche Erziehungsbegriff beschränkt sich nicht auf die schulische Erziehung, sondern beinhaltet auch die Erziehung des Kleinkindes einschließlich der Gruppenerziehung.<sup>189</sup> Wird eine erzieherische Tätigkeit in Verbindung mit weiteren Tätigkeiten wie Unterbringung, Verköstigung, Beaufsichtigung und sonstiger Betreuung erbracht, so bleibt der Charakter freiberuflicher Betätigung dann erhalten, wenn die anderen Tätigkeiten lediglich notwendige Hilfstätigkeiten sind und die Erziehung der Gesamtheit der Leistungen das Gepräge gibt.<sup>190</sup> Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, dass Tagespflegepersonen im genannten Sinne auf Tagespflegekinder einwirken. Im Hinblick auf den erzieherischen Charakter der Tätigkeit ist die Kindertagespflege daher grundsätzlich als selbstständige Arbeit möglich.

Die selbstständige Arbeit ist daher auch für steuerliche Zwecke von der nicht selbstständigen Arbeit abzugrenzen. § 1 der Lohnsteuer-Durchführungsverordnung (LStDV) enthält einen eigenständigen steuerrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Danach sind Arbeitnehmer/innen Personen, die im öffentlichen oder privaten Dienst angestellt oder beschäftigt sind oder waren und die aus diesem Dienstverhältnis oder einem früheren Dienstverhältnis Arbeitslohn beziehen. Ein Dienstverhältnis liegt vor, wenn der/die Angestellte bzw. Beschäftigte dem/der Arbeitgeber/in seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin steht oder im geschäftlichen Organismus dessen/deren Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

---

<sup>189</sup> BFH, Urt. v. 19. Juni 1997 – IV R 26/96 = BStBl II 1997, 652 (653); Urt. v. 17. Mai 1990 – IV R 14/87 = BStBl II 1990, 1018 (1019).

<sup>190</sup> BFH (Fn. 189) m. w. Nachw.

Vergleicht man diese Kriterien mit den arbeitsrechtlichen,<sup>191</sup> so ergeben sich keine wesentlichen materiellen Unterschiede. In der steuerlichen Praxis der Finanzverwaltung hingegen wird die Tätigkeit von Tagespflegepersonen ohne weitere ersichtliche Auseinandersetzung mit Organisationszusammenhängen regelmäßig als selbstständige angesehen.<sup>192</sup> Die Diskussion, ob und inwieweit bei Kindertagespflege im eigenen Hausstand Einkünfte aus selbstständiger Arbeit oder nicht selbstständiger Arbeit vorliegen, wird steuerlich – soweit ersichtlich – nicht geführt. Dies könnte zu dem Ergebnis führen, dass im Bereich der Sozialversicherung Beiträge einbehalten und abgeführt werden müssen, steuerlich jedoch Einkünfte aus selbstständiger Arbeit vorliegen, die keinem Lohnsteuerabzug unterliegen.

Die Definitionen der Begriffe der sozialrechtlichen abhängigen Beschäftigung einerseits sowie der steuerlichen Erzielung von Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit andererseits sind indes in einer Weise deckungsgleich, dass sich die geschilderte differenzierende Behandlung bei genauerer Betrachtung nur schwer wird rechtfertigen lassen. Daher spricht Einiges dafür, im gegebenen Fall ausdrückliche Regelungen zur Weisungsunterworfenheit etc. zu treffen, um – jedenfalls für steuerliche Zwecke – eine eindeutige Behandlung zu gewährleisten.

Liegen Einkünfte aus selbstständiger Arbeit vor, sind auf der Einnahmenseite alle Beträge zu erfassen, welche die Tagespflegeperson im Rahmen der Tagespflege empfängt. Hierzu zählen sowohl durch das Jugendamt gezahlte Beträge als auch (zusätzliche) Vergütungen von Seiten der Erziehungsberechtigten oder anderer Personen. Vereinnahmte Beträge, die nach Maßgabe der einschlägigen Auszahlungsbestimmungen an die Tagespflegeperson treuhänderisch für Rechnung des Kindes zur Auszahlung kommen, sollten aus der steuerlichen Bemessungsgrundlage auszuklammern sein. In diesen Fällen wären getrennte Kassen zu führen. Zur Dokumentation, dass eine Vermischung der verschiedenen Vermögenssphären nicht erfolgt, erscheint eine regelmäßige Rechnungslegung unentbehrlich.

Neben Betriebseinnahmen sind Betriebsausgaben zu erfassen. Betriebsausgaben sind Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind (vgl. § 4 Abs. 4 EStG). Diese sind grundsätzlich einzeln nachzuweisen. Zu Betriebsausgaben können insbesondere

---

<sup>191</sup> Hierzu siehe oben S. 50 f.

<sup>192</sup> BMF, BStBl I 1977, 134; FR 1977, 299; Wacker, in: Schmidt, EStG (2006) § 18 Rn. 155 „Tagesmutter“; LfSt Bayern (Verfügung v. 31. Oktober 2005, S 2144 – 9 ST 32/St 33) und OFD Hannover (Verfügung v. 7. August 2003, S 2133 – 8 – StH 225; BMF DStZ 2003, 279) behandeln die Einkünfte aus privater Familienpflege ausdrücklich als Einnahmen aus selbstständiger Arbeit i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 2 EStG;

die Kosten für solche Versicherungen gehören, die durch die Tätigkeit veranlasst sind. Hierzu gehören unter anderem auch die Kosten für eine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung. Allerdings erlaubt die Finanzverwaltung im Rahmen von Pflegeverhältnissen auch einen pauschalierten Ansatz von Betriebsausgaben.<sup>193</sup> Über den pauschalen Ansatz hinaus ist dann jedoch ein weiterer Betriebsausgabenabzug nicht möglich.

Der Betriebsausgabenabzug ist versagt, soweit die Betriebseinnahmen im Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen (vgl. § 3 c Abs. 1 EStG). Die Nähe der Tagespflege (im eigenen Haushalt der Tagespflegeperson) zu diesem Privathaushalt kann einkommensteuerliche Probleme aufwerfen. Gem. § 12 Nr. 1 EStG dürfen vorbehaltlich gewisser Ausnahmen die für den Haushalt des/der Steuerpflichtigen und für den Unterhalt seiner/ihrer Familienangehörigen aufgewendeten Beträge weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. Vom Abzugsverbot betroffen sind auch die Aufwendungen für die Lebensführung, welche die Stellung des/der Steuerpflichtigen mit sich bringt, selbst wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit erfolgen.

Insbesondere in Fällen eines kalkulatorischen Verlusts ist nicht ausgeschlossen, dass die Finanzverwaltung insoweit Kosten der privaten Lebensführung der Tagespflegepersonen annimmt und den Betriebsausgabenabzug gem. § 12 EStG insoweit verweigert. Rechtsprechung zu der Frage, ab welcher Grenze der Höhe nach Kosten der privaten Lebensführung der Pflegepersonen vorliegen, existiert – soweit ersichtlich – nicht.

Werden Einkünfte gem. § 18 EStG erzielt, wird das zur Erzielung der Einkünfte notwendigerweise benötigte Vermögen so genanntes notwendiges Betriebsvermögen (Steuerverstrickung). Endet die Steuerverstrickung durch Entnahme, Veräußerung oder auch durch Aufgabe der Tätigkeit, kommt es zur steuerlichen Realisierung etwaiger stiller Reserven, die in diesen Wirtschaftsgütern ruhen. Hierzu sowie zu der Frage der Bildung von so genanntem gewillkürten steuerlichen Betriebsvermögen kann eine Beratung im Einzelfall nur empfohlen werden.

Die Steuererhebung für Einkünfte aus selbstständiger Arbeit erfolgt im Veranlagungsverfahren.

---

<sup>193</sup> Pauschalierte Betriebsausgaben werden z. B. zugelassen durch LfSt Bayern (Verfügung v. 31. Oktober 2005, S 2144 – 9 ST 32/St 33) und OFD Hannover (Verfügung v. 7. August 2003, S 2133 – 8 – StH 225; BMF DStZ 2003, 279).

**bb) Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit (§ 19 EStG)**

Erforderlich für das Vorliegen von Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit i. S. d. § 19 EStG ist der Bezug von Gehältern, Löhnen und anderen Bezügen und Vorteilen für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst als Arbeitnehmer/in. Der oben zitierte steuerrechtliche Arbeitnehmerbegriff erlaubt es, das Verhältnis zwischen Tagespflegeperson und Träger in der Weise zu gestalten, dass regelmäßige Zahlungen Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit begründen.<sup>194</sup> Die konkreten Einkünfte bestehen in Höhe der Differenz zwischen den steuerlich zu erfassenden Einnahmen über die Werbungskosten.

Als Werbungskosten können alle Kosten geltend gemacht werden, die im Rahmen der Pflege angefallen sind. Ebenso wie im Bereich der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit gilt hier ein Veranlassungsprinzip. Werbungskosten sind daher die Kosten und Aufwendungen, die durch das Beschäftigungsverhältnis veranlasst sind. Arbeitnehmer/innen steht insoweit ohne Nachweis konkreter Aufwendungen ein Pauschbetrag von 920 € p. a. zu.

Sind Einnahmen steuerfrei, ist insoweit der Werbungskostenabzug versagt (§ 3 c Abs. 1 EStG). Die Einkünfte gem. § 19 EStG zählen zu den Überschusseinkünften, bei denen kein Betriebsvermögen gebildet wird. Eine Realisierung stiller Reserven nur wegen Beendigung der Einkunftserzielung ist somit nicht zu befürchten.

Die Erhebung der Einkommensteuer auf Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit erfolgt grundsätzlich im Wege des Lohnsteuerabzugs gem. §§ 38 ff. EStG. Für geringfügig Beschäftigte ist eine Pauschalierung der Lohnsteuer nach Maßgabe des § 40 a EStG in der Regel mit 25 % zzgl. Solidaritätszuschlag möglich. Für gegebenenfalls nicht abgeführte Lohnsteuerbeträge haftet der/die Arbeitgeber/in. Eine Nacherhebung ist indes auch im Veranlagungsverfahren des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin möglich.

Werden neben Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit auch solche aus selbstständiger Arbeit bezogen, sind die Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit in das Veranlagungsverfahren einzubeziehen.

---

<sup>194</sup> Vgl. Schleswig-Holsteinisches FG, Urt. v. 19. April 2005 – 3 K 50337/03.



## **b) Steuerfreiheit von Einnahmen**

### **aa) Steuerbefreiung für Erziehungsbeihilfen (§ 3 Nr. 11 EStG)**

Für Zahlungen, die im Rahmen eines Tagespflegeverhältnisses gem. § 23 SGB VIII erfolgen, kommt – unabhängig davon, ob es sich um Einnahmen aus selbstständiger oder nicht selbstständiger Arbeit handelt – Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 11 EStG in Betracht. Bei § 3 Nr. 11 EStG handelt es sich um eine echte Steuerbefreiung. Sie enthält Elemente sowohl einer Sozialzweckbefreiung als auch einer Vereinfachungsbefreiung.<sup>195</sup> Allerdings fallen nicht alle Zahlungen des Jugendamts im Zusammenhang mit Pflegeverhältnissen unter die Befreiungsvorschrift. Im Einzelnen müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Bezüge müssen aus öffentlichen Mitteln oder aus Mitteln einer öffentlichen Stiftung stammen;
- die Zahlung erfolgt wegen Hilfsbedürftigkeit oder als Beihilfe zu dem Zweck, Erziehung [...] unmittelbar zu fördern;
- der Empfänger darf mit den Bezügen nicht zu einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Gegenleistung oder zu einer Arbeitnehmertätigkeit verpflichtet werden und
- es darf sich nicht um Kinderzuschläge und Kinderbeihilfen handeln, die aufgrund der Besoldungsgesetze, besonderer Tarife oder ähnlicher Vorschriften gewährt werden.

#### **(1) Öffentlichkeit der Mittel**

Öffentliche Mittel sind solche, die aus einem öffentlichen Haushalt stammen und haushaltsmäßig als Ausgaben festgelegt sind.<sup>196</sup> Erforderlich ist, dass über die Mittel nur nach Maßgabe der haushaltsrechtlichen Vorschriften verfügt werden kann und ihre Verwendung im Einzelnen gesetzlich geregelter Kontrolle unterliegt.<sup>197</sup> Für Zahlungen aus privaten Kassen fehlt eine Steuerbefreiungsvorschrift.<sup>198</sup>

§ 3 Nr. 11 EStG findet somit nur Anwendung auf direkte Zahlungen vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe an die Tagespflegeperson, nicht aber, wenn der örtliche

<sup>195</sup> Bergkemper, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3 Nr. 11 EStG Rn. 11.

<sup>196</sup> Bergkemper, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3 Nr. 11 EStG Rn. 9.

<sup>197</sup> BFH, Urt. v. 19. Juni 1997 – IV R 26/97 = BStBl II 1997, 652 (654).

<sup>198</sup> Die Finanzverwaltung lässt im Rahmen der Einkunftsermittlung gem. §§ 18 und 19 EStG je nach Art der Pflege pauschale Sätze für den Betriebsausgaben- bzw. Werbungskostenabzug zu.

Jugendhilfeträger privatrechtlich organisierten Vereinen Mittel zur Verwendung im Rahmen der Jugendhilfe zur Verfügung stellt<sup>199</sup> oder wenn – bezogen auf die Tagespflegepersonen – die Gelder von den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten weitergeleitet oder sonst von diesen gezahlt werden.

## **(2) Zahlung wegen Hilfsbedürftigkeit**

Die Steuerfreiheit von Zahlungen wegen Hilfsbedürftigkeit setzt voraus, dass die Zahlungen unmittelbar an die hilfsbedürftige Person fließen. Soweit Zahlungen an eine Tagespflegeperson ausgezahlt werden, damit diese die Gelder zur Minderung der Hilfsbedürftigkeit einer dritten Person verwendet, kommt die Anwendung von § 3 Nr. 11 EStG nicht in Betracht.<sup>200</sup>

Die Zahlungen gem. § 23 Abs. 2 SGB VIII erfolgen in der Praxis regelmäßig an die Tagespflegepersonen, nicht jedoch an die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten oder die Kinder. Um wegen Hilfsbedürftigkeit steuerlich privilegiert zu zahlen, müsste jedoch direkt der Hilfsbedürftige gefördert werden, nicht die Betreuungsperson.<sup>201</sup>

Nach Auffassung der Rechtsprechung der Finanzgerichte ist der Zweck der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 11 EStG jedoch nicht, „Gewinne, die ein Unternehmer aus der Betreuung Pflegebedürftiger erzielt, steuerfrei zu belassen.“ Für eine solche Privilegierung einer bestimmten Branche – so wichtig die Tätigkeit für die Gesellschaft auch sein möge – bestehe kein sachlicher Grund.<sup>202</sup> Ziel der Regelung sei es insoweit, die Besteuerung des Hilfsbedürftigen zu vermeiden. Das Merkmal der Hilfsbedürftigkeit ist somit regelmäßig nicht in der Lage, die Steuerfreiheit von Zahlungen des Jugendamts an Pflegepersonen zu begründen bzw. zu rechtfertigen.

## **(3) Beihilfen zur Förderung der Erziehung**

Damit die Zahlungen als „Beihilfen“ in den Genuss der steuerlichen Privilegierung kommen, muss es sich bei ihnen um uneigennützig gewährte Unterstützungsleistungen handeln.<sup>203</sup> Der Begriff der Beihilfe setzt voraus, dass lediglich Aufwendungen

<sup>199</sup> OFD Hannover, Verfügung v. 23. November 1998, StEK EStG § 3 Nr. 715.

<sup>200</sup> Bergkemper, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3 Nr. 11 EStG Rn. 12; BFH, Urt. v. 19. Juni 1997 – IV R 26/97 = BStBl II 1997, 652 (653).

<sup>201</sup> Niedersächsisches FG, Urt. v. 30. September 2002 – 1 K 56/98 = EFG 2003, 287; vgl. auch BFH, Urt. v. 19. Juni 1997 – IV R 26/96 = BStBl II 1997, 652.

<sup>202</sup> Niedersächsisches FG, Urt. v. 30. September 2002 – 1 K 56/98 = EFG 2003, 287.

<sup>203</sup> Von Beckerath, in: P. Kirchhof/Söhn, EStG, § 3 Rn. B 11/5; Bergkemper, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3 Nr. 11 EStG Rn. 17.

des Beihilfeempfängers ganz oder teilweise abgedeckt werden. Entscheidendes Merkmal der Beihilfe ist ihre Unentgeltlichkeit und Einseitigkeit.

Leistungen, die im Rahmen eines entgeltlichen Austauschverhältnisses erbracht werden, können nicht als Beihilfe qualifiziert werden.<sup>204</sup> Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Tagespflegetätigkeit durch erwerbsmäßige Drittbetreuer erfolgt. Die Finanzverwaltung geht von Erwerbsmäßigkeit aus, soweit mehr als fünf Kinder in Kindertagespflege aufgenommen werden – eine Fallgestaltung, welche durch § 43 Abs. 1 SGB VIII seit dem KICK ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Im Rahmen der daher erforderlichen Einzelfallbetrachtung wird zu untersuchen sein, welche Funktion der Zahlung eines Erziehungsbeitrags zukommt. Soweit mit dem Erziehungsbeitrag Teile der Kosten der Tagespflegeperson ersetzt werden sollen, wäre der Beihilfecharakter gewahrt. Dies gilt auch dann, wenn im Einzelfall eine höhere Zahlung erfolgt, mit der ein erhöhter Bedarf abgemildert werden soll. Kommt der Zahlung jedoch der Charakter der Honorierung der Tätigkeit der Tagespflegeperson zu, läge keine Beihilfe im geschilderten Sinn vor. Die Honorierung besonderer Vorkenntnisse der Tagespflegeperson ist daher zum Beispiel ein Umstand, der für Erwerbsmäßigkeit spricht.<sup>205</sup>

Vergleicht man diese Kriterien mit dem nach § 23 Abs. 2 SGB VIII gebotenen Förderumfang, so lässt sich feststellen, dass die alleinige Erstattung angemessener Kosten für den Sachaufwand (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VIII) für sich betrachtet noch unter die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 11 EStG fällt. Erhält die Tagespflegeperson darüber hinaus noch Leistungen zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) und zur Erstattung von Beiträgen zur Unfallversicherung und Alterssicherung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII), so entfällt die Steuerbefreiung (ganz), da zum einen eben nicht nur Kosten ersetzt werden (Nr. 2) und es zum anderen am für die Steuerbefreiung gebotenen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Förderung und Erziehung fehlt (Nr. 3).

Im Rahmen der hier gebotenen Prüfung spricht insbesondere der Rang der verschiedenen Posten innerhalb des § 23 Abs. 2 S. 1 SGB VIII dafür, gezahlte Beträge zunächst dem Bereich der Aufwendungen zuzuordnen. Steuerpflicht der Gesamtbeträge kommt somit erst bei Überschreiten der Aufwendungen in Betracht. Die durch die

---

<sup>204</sup> BFH, Urt. v. 23. September 1998 – XI R 11/98 = BStBl II 1999, 133 (134).

<sup>205</sup> Vgl. insoweit unten S. 76 unter (5).

Finanzverwaltung als Betriebsausgaben/Werbungskosten anerkannten Pauschalen können hier in Bezug auf die Höhe der Aufwendungen einen Anhaltspunkt liefern.

Soweit ersichtlich, wird in der steuerrechtlichen Literatur die Steuerbefreiung der „Beihilfen zur Förderung der Erziehung“ nicht ausdrücklich davon abhängig gemacht, wer aus Sicht des SGB VIII Inhaber/in des Anspruchs ist. Da jedoch durch Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigte oder Vereine weitergeleitete oder abgetretene Mittel aus Sicht der Tagespflegepersonen nicht mehr „öffentlich“ sind, geht die Finanzverwaltung offensichtlich von einem eigenen Anspruch der Tagespflegepersonen aus.

#### **(4) Unmittelbarkeit der Förderung der Erziehung**

Die konkreten Zahlungen des Jugendamts müssen unmittelbar die Erziehung des Kindes fördern. Das Unmittelbarkeitserfordernis ist gewahrt bei Zahlungen, die anlässlich der tatsächlichen Betreuung eines Kindes in Kindertagespflege anfallen. Zahlungen unabhängig von der Aufnahme (Platzvorhaltekosten, Rufbereitschaft etc.) können aus Sicht der Finanzverwaltung auch dann nicht steuerfrei belassen werden, wenn im konkreten Fall noch der Beihilfecharakter der Zahlungen gewahrt sein sollte. Dies gilt auch dann, wenn die Zahlungen für diese Zeiträume sonstige Aufwendungen der Tagespflegepersonen abgelten sollen, wie z. B. für Fortbildung, Fachliteratur etc.<sup>206</sup>

#### **(5) Fehlen einer Gegenleistung**

Die Steuerbefreiung wird schließlich auch dann nicht gewährt, wenn die Zahlung in Erwartung einer Gegenleistung erfolgt, sei diese wissenschaftlich, künstlerisch oder auch lediglich im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschuldet. Die formelle Anstellung oder Beauftragung von Pflegepersonen führt somit nach dem gesetzgeberischen Willen zum Wegfall der Steuerbefreiung für Erziehungsbeihilfen bei diesen. Den angestellten Pflegepersonen bleibt insoweit nur der Weg, über die Geltendmachung der tatsächlichen Kosten die steuerliche Bemessungsgrundlage zu mindern.

#### **bb) Steuerbefreiung für nebenberufliche Tätigkeiten (§ 3 Nr. 26 EStG)**

Die Vorschrift des § 3 Nr. 26 EStG privilegiert (unter anderem) die Einnahmen aus bestimmten nebenberuflichen Tätigkeiten, zu denen auch die Tätigkeiten als Erzieher/innen gehören. Einer abgeschlossenen Ausbildung als Erzieher/in bedarf es nicht. Die in § 3 Nr. 26 EStG genannten Tätigkeiten haben nach den Lohnsteuerrichtlinien

---

<sup>206</sup> OFD Saarbrücken, Verfügung v. 11. August 2000, DStR 2000, 1956 (zur Bereitschaftspflege).

der Finanzverwaltung (LStR)<sup>207</sup> miteinander gemeinsam, dass sie auf andere Menschen durch persönlichen Kontakt Einfluss nehmen, um auf diese Weise deren geistige und körperliche Fähigkeiten zu entwickeln und zu fördern (vgl. R 17 LStR). Insoweit ist auf die Tätigkeit abzustellen, nicht auf das soziale Ergebnis.<sup>208</sup> Ist die Tätigkeit von ihrer Eigenart her begünstigt, wird die Steuerbefreiung unabhängig davon gewährt, ob die Einkünfte als solche aus selbstständiger oder nicht selbstständiger Arbeit qualifizieren.

Erforderlich für die Steuerbefreiung ist nicht, dass die konkret auftretende Person die Tätigkeit als Nebenberuf ausübt. Sie muss nur neben einer Vollbeschäftigung ausgeübt werden können.<sup>209</sup> Maßgeblich sind insoweit zeitliche Grenzen. Eine Tätigkeit kann noch dann nebenberuflich ausgeübt werden, wenn sie 1/3 der üblichen Arbeitszeit einer Vollzeitkraft nicht überschreitet.<sup>210</sup>

Die Tätigkeit muss im Dienst oder im Auftrag entweder einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer wegen Förderung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke von der Körperschaftssteuer gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG befreiten Einrichtung erfolgen. Die Tätigkeit für oder ohne sonstige Auftraggeber/innen bzw. Arbeitgeber/innen ist nicht privilegiert. Erfolgt die Kindertagespflege im Rahmen von Anstellungsverhältnissen mit dem Jugendamt bzw. einem steuerbefreiten Trägerverein, bestehen keine Bedenken gegen die Gewährung der Steuerbefreiung.

Übt ein Steuerpflichtiger mehrere verschiedenartige Tätigkeiten i. S. d. § 3 Nr. 26 EStG aus, ist die Nebenberuflichkeit für jede Tätigkeit getrennt zu beurteilen; mehrere gleichartige Tätigkeiten sind zusammenzufassen, wenn sie sich nach der Verkehrsanschauung als Ausübung eines einheitlichen Hauptberufs darstellen. Eine Tätigkeit wird auch dann nicht nebenberuflich ausgeübt, wenn sie als Teil der Haupttätigkeit anzusehen ist.<sup>211</sup>

Die Steuerbefreiung besteht in Höhe von 1.848 € im Jahr. Überschreiten die Einnahmen diesen Betrag, hat er die Qualität eines Freibetrags. Der Abzug von Betriebsaus-

---

<sup>207</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Steuerabzug vom Arbeitslohn (Lohnsteuerrichtlinien – LStR) v. 11. Oktober 2001 (BStBl I 2001 Sondernummer 1) i. d. F. der Lohnsteueränderungsrichtlinien 2005 v. 21. Oktober 2004 (BStBl I 2004, 965).

<sup>208</sup> BFH, Ur. v. 17. Oktober 1991 – VI R 106/90 = BStBl II 1992, 176.

<sup>209</sup> BFH, Ur. v. 30. März 1990 – VI R 188/87 = BStBl II 1990, 854.

<sup>210</sup> R 17 Abs. 2 LStR.

<sup>211</sup> R 17 Abs. 2 LStR.

gaben bzw. Werbungskosten ist nur zulässig, soweit diese den Betrag der steuerfreien Einnahmen übersteigen.

### **cc) Steuerbefreiung für durchlaufende Gelder und Auslagenersatz (§ 3 Nr. 50 EStG)**

Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen sind Zahlungen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin an den/die Arbeitnehmer/in steuerfrei, wenn sie gezahlt werden, damit der/die Arbeitnehmer/in sie für den/die Arbeitgeber/in ausgibt (durchlaufende Gelder), bzw. wenn sie dazu dienen, Auslagen des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin für den/die Arbeitgeber/in zu ersetzen (Auslagenersatz; vgl. § 3 Nr. 50 EStG). Abzugrenzen ist insoweit vom bloßen Ersatz von Werbungskosten, der steuerpflichtig ist und für den im Rahmen von Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit ein Lohnsteuerabzug durchzuführen ist.

Voraussetzung für die Anerkennung eines steuerfreien Auslagenersatzes gem. § 3 Nr. 50 EStG im Bereich von Tagespflegeverhältnissen nach dem SGB VIII ist, dass der/die Arbeitnehmer/in im ganz überwiegenden Interesse des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin Aufwendungen tätigt, die der Arbeitsaufführung dienen und die nicht zu einer Bereicherung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin führen.

Ein Auslagenersatz ist bei regelmäßig wiederkehrenden Aufwendungen auch ohne Einzelabrechnung steuerfrei, wenn er im Großen und Ganzen den tatsächlichen Aufwendungen entspricht.<sup>212</sup> Die Rechtsprechung verlangt in diesem Zusammenhang eine Trennung zwischen Betreuungsaufwendungen und Aufwendungen für die private Lebensführung. Konkrete Abrechnungen über einen repräsentativen Zeitraum sind indes geboten, um Schwankungen glätten zu können. Schließlich müssen die Abrechnungen erkennen lassen, ob in zutreffender Weise zwischen den Bereichen der Betreuung (Einkunftserzielung) und der privaten Lebensführung abgegrenzt wurde.<sup>213</sup>

## **2. Umsatzsteuerliche Überlegungen**

Werden Pflegeleistungen selbstständig, also außerhalb eines Anstellungsverhältnisses erbracht, stellen sich umsatzsteuerliche Fragen. Im Sinne des Umsatzsteuerrechts qualifizieren die Tagespflegepersonen dann als so genannte Unternehmer (vgl. § 2 Abs. 1

---

<sup>212</sup> BFH, Urt. v. 2. Oktober 2003 – IV R 4/02 = BStBl II 2004, 129 (130); Urt. v. 21. August 1995 – VI R 30/95 = BStBl II 1995, 906.

<sup>213</sup> Schleswig-Holsteinisches FG, Urt. v. 19. April 2005 – 3 K 50337/03.

UStG). Im Rahmen der umsatzsteuerlichen Systematik ist zu prüfen, ob die Leistungen steuerbar und steuerpflichtig sind. Darüber hinaus stellen sich die Fragen der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage und des Vorsteuerabzugs.

### a) Steuerbarkeit der Leistungen

Eine Tätigkeit ist dem Grunde nach steuerbar, wenn ein Leistungsaustausch vorliegt. Ein Leistungsaustausch setzt wiederum voraus, dass Leistender und Leistungsempfänger vorhanden sind und der Leistung eine Gegenleistung (Entgelt) gegenübersteht.<sup>214</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Tagespflegepersonen die Förderungsleistungen (auch) erbringen, um in den Genuss des jeweiligen Entgelts zu gelangen. Ein Verhältnis des Leistungsaustauschs liegt somit vor.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Identifizierung des umsatzsteuerlichen Leistungsempfängers. Umsatzsteuerlicher Leistungsempfänger ist grundsätzlich derjenige, der aus dem der Leistung zugrunde liegenden zivilrechtlichen Schuldverhältnis berechtigt und verpflichtet ist.<sup>215</sup> Anspruchsberechtigt für laufende Geldleistungen nach dem § 23 SGB VIII sind die Tagespflegepersonen.<sup>216</sup> Es liegt somit Entgelt von dritter Seite vor, welches umsatzsteuerlich wie die Zahlung von Entgelt durch den umsatzsteuerlichen Leistungsempfänger zu behandeln ist. Dass die Erziehungsleistungen nicht diesen, sondern den Kindern zugute kommen, ist nicht von Bedeutung.<sup>217</sup>

Würde der Anspruch den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten (welche ihren Anspruch dann wohl an die Tagespflegeperson abzutreten haben) zustehen, bestünde im Dreiecksverhältnis zwischen Jugendamt, Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten und Tagespflegepersonen der Anspruch der Tagespflegepersonen gegenüber den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten. Da die Tagespflegepersonen in Bezug auf Erziehungsleistungen diese anstelle der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten erbringen, bestünde insoweit ein Verpflichtungsverhältnis zwischen den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten und Tagespflegepersonen. Umsatzsteuerliche Leistungsempfänger wären somit die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten.

---

<sup>214</sup> R 1 Abs. 1 S. 1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Umsatzsteuergesetzes v. 16. Dezember 2004, BStBl I Sondernummer 3 S. 3 (– Umsatzsteuerrichtlinien – UStR).

<sup>215</sup> *Birkenfeld*, UStHdb, Abschnitt V, Rn. 113.

<sup>216</sup> Zur Anspruchsinhaberschaft siehe ausführlich oben S. 25 ff.

<sup>217</sup> *Weymüller*, in: Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 23 Rn. 19.

Umsatzsteuerlich ist zu unterscheiden zwischen Lieferungen und sonstigen Leistungen. Bei der Lieferung verschafft der Leistende dem Leistungsempfänger oder für diesen einem Dritten die Verfügungsmacht über einen körperlichen Gegenstand (vgl. § 3 Abs. 1 UStG). Sonstige Leistungen sind Leistungen, die keine Lieferungen sind (vgl. § 3 Abs. 9 S. 1 UStG).

Im Rahmen eines Tagespflegeverhältnisses verschaffen die Tagespflegepersonen dem Kind Betreuung und zeitweise Beherbergung, gegebenenfalls auch Ernährung, Bekleidung u. a. m. Es ist daher zu klären, ob mehrere Leistungsverhältnisse selbstständig nebeneinander stehen oder ob die einzelnen Leistungskomponenten zueinander im Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung stehen. Ist dies der Fall, teilen die Nebenleistungen das umsatzsteuerliche Schicksal der Hauptleistung. Bereits für ertragsteuerliche Zwecke wurde festgestellt, dass die Erziehung der Leistung der Tagespflegepersonen das Gepräge gibt. Versteht man unter Erziehung die Einwirkung auf einen Menschen, um ihn in einer Weise zu formen, die es ihm erlaubt, selbstständig und selbstverantwortlich in der Gesellschaft zu bestehen, unterliegt es keinem Zweifel, dass die Sachleistungen im Gefolge der Erziehungsleistungen auftreten und keinen selbstständigen Charakter haben. Auch diese sind somit Teil der einheitlichen Erziehungsleistung.

Es bestehen keine besonderen Vorschriften für den Leistungsort bei Erziehungsleistungen. Dieser richtet sich damit nach dem Ort, von dem aus der Unternehmer sein Unternehmen betreibt (§ 3 a Abs. 1 S. 1 UStG). Es ist bei Tagespflegeleistungen davon auszugehen, dass dies der Ort des Hausstands der Tagespflegepersonen ist. Liegt dieser in Deutschland, ist auch die Erziehungsleistung in Deutschland steuerbar. Werden zum Beispiel bei einem kurzfristigen Auslandsaufenthalt Erziehungsleistungen im sonstigen Gemeinschaftsgebiet<sup>218</sup> oder im Drittlandsgebiet<sup>219</sup> erbracht, hat dies keine Auswirkungen auf den Ort der Erziehungsleistung.

## **b) Steuerpflicht**

Die Erziehungsleistungen sind steuerpflichtig, wenn für sie keine Steuerbefreiung besteht. Vorliegend kommt in materieller Hinsicht die Steuerbefreiung gem. § 4 Nr. 23 UStG, in quantitativer Hinsicht die Anwendung der Kleinunternehmerregelung gem. § 19 UStG in Betracht.

---

<sup>218</sup> Unter dem „sonstigen Gemeinschaftsgebiet“ versteht man umsatzsteuerlich das Gebiet der EU ohne die Bundesrepublik Deutschland.

<sup>219</sup> Unter dem Begriff des „Drittlandsgebiets“ versteht man umsatzsteuerlich die Gebiete außerhalb der EU.



**aa) Steuerbefreiung für Erziehungsleistungen (§ 4 Nr. 23 UStG)**

Die von § 4 Nr. 23 UStG privilegierten Leistungen erfassen im Rahmen der Jugendhilfe unter den nachfolgend erörterten weiteren Voraussetzungen die Gewährung von Beherbergung, Beköstigung und üblicher Naturalleistungen. Nach der gesetzlichen Vorschrift hängt die Privilegierung in Bezug auf die leistenden Unternehmer zunächst davon ab, dass die Leistungen durch Personen und Einrichtungen erbracht werden, welche überwiegend Jugendliche (das sind für Zwecke dieser Vorschrift alle Personen vor Vollendung des 27. Lebensjahrs) für Erziehungs-, Ausbildungs- oder Fortbildungszwecke oder für Zwecke der Säuglingspflege bei sich aufnehmen. Ob und in welchem Umfang § 4 Nr. 23 UStG auf Tagespflegeverhältnisse i. S. d. § 23 SGB VIII Anwendung findet, ist bislang gerichtlich nicht entschieden. Die Reichweite der Befreiungsvorschrift ist daher durch Auslegung zu ermitteln.

Der Wortlaut „Personen und Einrichtungen“ in § 4 Nr. 23 UStG legt eigentlich nahe, dass jede Person unabhängig von Eignung und behördlicher Billigung in den Genuss der Steuerbefreiung kommen könnte. Eine derart weite Auslegung der Vorschrift lehnt die Rechtsprechung jedoch ab. Der BFH verlangt insoweit, dass der Unternehmer, der die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 23 UStG in Anspruch nehmen will, eine Einrichtung auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendbetreuung oder der Kinder- oder Jugenderziehung i. S. d. Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. h oder lit. i der Richtlinie 77/388/EWG<sup>220</sup> unterhält.<sup>221</sup> Gegenstand der Steuerbefreiung sind danach zum einen die eng mit der Kinder- und Jugendbetreuung verbundenen Dienstleistungen und Lieferungen von Gegenständen durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder andere von dem betreffenden Mitgliedstaat als Einrichtungen mit sozialem Charakter anerkannte Einrichtungen (lit. h), insbesondere jedoch die Erziehung von Kindern und Jugendlichen [...] sowie die damit eng verbundenen Dienstleistungen und Lieferungen von Gegenständen durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die mit solchen Aufgaben betraut sind, oder andere Einrichtungen mit von dem betreffenden Mitgliedstaat anerkannter vergleichbarer Zielsetzung (lit. i).

Dass die Tagespflegepersonen Erziehungs- und Betreuungsleistungen in diesem Sinne erbringen, dürfte außer Zweifel stehen; zu prüfen ist indes, ob sie im Rahmen von Tagespflegeverhältnissen gem. § 23 SGB VIII „Einrichtungen“ im genannten Sinne un-

---

<sup>220</sup> Sechste Richtlinie 77/338/EWG zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern v. 17. Mai 1977, ABl EG Nr. L 145 S. 1 i. d. F. der Anpassungsrichtlinie v. 26. April 2004, ABl EG Nr. L 168 S. 35 – nachfolgend: „6. EG-Richtlinie“.

<sup>221</sup> BFH, Urt. v. 28. September 2000 – V R 26/99 = BStBl II 2001, 691 (692).

terhalten. Nach der Auslegung des Art. 13 Teil A der 6. EG-Richtlinie durch den EuGH ist der Begriff der „Einrichtung“ nicht auf juristische Personen beschränkt, er ist vielmehr so umfassend, dass er auch durch natürliche Personen betriebene Unternehmen erfasst.<sup>222</sup> Der Umstand, dass die Leistungen gem. § 23 SGB VIII durch natürliche Personen erbracht werden, spricht daher nicht gegen das Einrichtungserfordernis.

Der EuGH hatte in der Vergangenheit darüber hinaus bereits Gelegenheit, zum Begriff der „Einrichtung“ gem. Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. b<sup>223</sup> und lit. g<sup>224</sup> der 6. EG-Richtlinie Stellung zu nehmen: Der EuGH räumt den Mitgliedstaaten danach ein Ermessen in der Frage ein, ob sie bestimmten Einrichtungen sozialen Charakter zuerkennen. Die Entscheidung hierüber obliegt den nationalen Behörden. Die Anerkennung kann aufgrund nationaler und regionaler Bestimmungen, aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, aufgrund von Regelungen des Steuerrechts oder des Rechts der sozialen Sicherheit erfolgen.<sup>225</sup>

Hat ein Mitgliedstaat eine Regelung getroffen, kann sich ein Steuerpflichtiger vor einem nationalen Gericht dennoch unmittelbar auf die Steuerbefreiung des Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. g der 6. EG-Richtlinie berufen, wenn die nationale Regelung mit dieser Bestimmung unvereinbar ist.<sup>226</sup> Ein formelles Verfahren zur Erlangung des Charakters einer „Einrichtung“ ist nicht Voraussetzung, um in den Genuss der Steuerbefreiung zu gelangen.<sup>227</sup> Es ist Sache des nationalen Gerichts, anhand aller maßgeblichen Umstände zu bestimmen, ob es den Steuerpflichtigen als eine durch die 6. EG-Richtlinie privilegierte Einrichtung qualifiziert.<sup>228</sup>

Der Zahlung von Tagespflegegeldern geht regelmäßig die Durchführung eines Erlaubnisverfahrens gem. § 43 SGB VIII oder zumindest eine entsprechende Prüfung der Eignung voraus, welche Bedingung für den Anspruch der Tagespflegeperson auf die Geldleistung ist (§ 23 Abs. 3 SGB VIII). Im Rahmen dieses Verfahrens prüft das Jugendamt, ob durch die konkrete Tagespflegeperson die gesetzlichen Ziele erreicht

---

<sup>222</sup> EuGH, Urт. v. 7. September 1999 – Rs. 216/97 – Gregg = HFR 1999, 1035. – Das FG HE (Urт. v. 13. Dezember 2005, 6 K 4053/04) leitet für selbstständig tätige Sozialarbeiter/innen in sozialen Brennpunkten eine Steuerbefreiung direkt aus Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. g und lit. h ab.

<sup>223</sup> EuGH, Urт. v. 6. November 2003 – Rs. C-45/01 – Christoph-Dornier-Stiftung für Klinische Psychologie vs. Finanzamt Gießen = UVR 2004, 104.

<sup>224</sup> EuGH, Urт. v. 10. September 2002 – Rs. C-141/00 – Ambulanter Pflegedienst Kügler GmbH = UR 2002, 513

<sup>225</sup> EuGH, Urт. v. 10. September 2002, UR 2002, 513 (518).

<sup>226</sup> EuGH, Urт. v. 10. September 2002, UR 2002, 513 (518).

<sup>227</sup> EuGH, Urт. v. 6. November 2003, UVR 2004, 104 (105).

<sup>228</sup> EuGH, Urт. v. 10. September 2002, UR 2002, 513 (518).

werden können. Die Zahlung der Tagespflegegelder hängt damit von der inzident vorgenommenen Prüfung der Eignung der Tagespflegepersonen ab.

Nach erfolgreichem Abschluss der Eignungsprüfung und der Erteilung der Erlaubnis bzw. Gewährung der Geldleistung steht aus Sicht des Jugendamts fest, dass das durch das SGB VIII verfolgte Ziel der Erziehung, Bildung und Betreuung der Kinder erreicht werden kann. Aus Sicht von Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. i der 6. EG-Richtlinie ist dies eine Zielsetzung, die vergleichbar ist mit einer Erziehungseinrichtung, welche durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts betrieben wird. Eine richtlinienkonforme Auslegung von § 4 Nr. 23 UStG erfordert daher, im Rahmen von § 23 Abs. 1, 2 SGB VIII gewährte Geldleistungen von der Umsatzsteuer freizustellen.<sup>229</sup> Die Finanzverwaltung hat sich in der Vergangenheit nicht für eine entsprechende Befreiung ausgesprochen. Dies nachzuholen, erscheint bereits aus Gründen der Rechtssicherheit geboten. Ein etwaiges Prozessrisiko insoweit tragen gegenwärtig die Tagespflegepersonen.

Weiter gehende Fragen stellen sich nach dem durch § 4 Nr. 23 UStG privilegierten Leistungsinhalt. Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift sind befreit die Gewährung von Beherbergung, Beköstigung und der üblichen Naturalleistungen. Da die Leistungen von Tagespflegepersonen in der Regel über die Gewährung von Beherbergung und Beköstigung hinausgehen, stellt sich die Frage nach der Reichweite der üblichen Naturalleistungen.

Die Finanzverwaltung zählt zu den üblichen Naturalleistungen die Beaufsichtigung bei Schularbeiten, Gestaltung der Freizeit sowie die Reinigung der Kleider. Weiter gehende Betreuungsleistungen, wie z. B. die Veranstaltung von Reisen oder die Erteilung von Nachhilfeunterricht oder die Gestellung von Bekleidung (als unselbstständiger Teil einer einheitlichen Erziehungsleistung), sollen nicht mehr zu den üblichen Naturalleistungen gehören.<sup>230</sup>

Bei der Auslegung des Begriffs der „üblichen Naturalleistungen“ wird man sich wieder an Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. i der 6. EG-Richtlinie zu orientieren haben. Danach sollen unter anderem privilegiert sein die Erziehung sowie die eng mit der Erziehung verbundenen Dienstleistungen und Lieferungen von Gegenständen. In den Fällen der Kindertagespflege sind die genannten Leistungsbestandteile ohne Zweifel in dieser

---

<sup>229</sup> Vgl. zur umsatzsteuerlichen Behandlung der Kinder- und Jugendhilfe insgesamt Weber UVR 2004, 350.

<sup>230</sup> OFD Hannover, Verfügung. v. 6. Mai 2003 – S 7181 – 22 – StO 354/S 7181 – 29 – StH 445.

Weise eng mit der Erziehung verbunden. Eine solche wertende Betrachtungsweise in Abhängigkeit von der Intensität der Eingliederung in die Betreuungseinrichtung hatte bereits die Rechtsprechung zum insoweit identischen Wortlaut des § 4 Nr. 23 UStG vertreten, welcher vor Verabschiedung der 6. EG-Richtlinie galt.<sup>231</sup>

Jedenfalls in den Fällen der Tagespflege im eigenen Hausstand der Tagespflegeperson dürfte die Eingliederung in die Organisation der Tagespflegeperson in der Regel recht intensiv sein. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 23 UStG ergibt daher, dass zumindest die im Rahmen von § 23 SGB VIII gezahlten Beträge wegen ihrer engen Verbindung zu den Erziehungsleistungen in vollem Umfang von der Umsatzsteuer befreit sind.

§ 4 Nr. 23 UStG verlangt darüber hinaus, dass die Leistungen an die Kinder oder an die bei ihrer Erziehung tätigen Personen ausgeführt werden. Mit diesem Erfordernis wird verlangt, dass die Leistungen den Kindern oder dem angestellten Pflegepersonal zugute kommen sollen. Die Vorschrift enthält indes kein Erfordernis über die Person des umsatzsteuerlichen Leistungsempfängers.<sup>232</sup> In den Fällen der Kindertagespflege besteht kein Zweifel, dass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

#### **bb) Steuerbefreiung für Kleinunternehmer (§ 19 UStG)**

Die mit der Steuerbefreiung gem. § 4 Nr. 23 UStG verbundenen Probleme lassen sich durch Option zur Kleinunternehmerregelung gem. § 19 UStG umgehen. Nach dieser Regelung bleibt die für Umsätze i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG geschuldete Umsatzsteuer von im Inland ansässigen Unternehmern unerhoben, wenn der maßgebliche Umsatz zuzüglich der darauf entfallenden Steuer im vorangegangenen Kalenderjahr 17.500 € nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr 50.000 € voraussichtlich nicht übersteigen wird. Aus den erzielten Umsätzen sind die Umsätze mit Gütern des Anlagevermögens ebenso zu eliminieren wie bestimmte steuerfreie Umsätze (vgl. § 19 Abs. 3 S. 1 UStG).

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Kleinunternehmerregelung unanwendbar sein kann, wenn der Unternehmer noch Umsätze aus anderen Tätigkeiten als der Tagespflegetätigkeit erzielt. Da es für jeden Unternehmer nur einen unternehmerischen Bereich gibt, könnten Umsätze aus einer steuerpflichtigen Vermietung, aus gewerblicher oder freiberuflicher Tätigkeit insoweit schädlich sein.

---

<sup>231</sup> Niedersächsisches FG, Urt. v. 13. Januar 1978 – V 87/77 = EFG 1978, 195 (196) unter Ablehnung eines einheitlichen Inhalts des Begriffs der „üblichen Naturalleistungen“.

<sup>232</sup> Weymüller, in: Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 23 Rn. 19.

Im Ergebnis kann es zur Erhebung von Umsatzsteuer kommen, wenn die Kleinunternehmerregelung unanwendbar ist und neben den nach § 4 Nr. 23 UStG privilegierten noch weitere, nicht privilegierte Umsätze erbracht wurden.

### **3. Zusammenfassung der Analyse zum Steuerrecht**

Die Zahlung von Geldern an Tagespflegepersonen, die im Rahmen von Tagespflegeverhältnissen Kinder bei sich aufgenommen haben, führt außerhalb von Anstellungsverhältnissen und bei Vorliegen von Gewinnerzielungsabsicht grundsätzlich zu Einkünften aus einer selbstständigen erzieherischen Tätigkeit gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Dies kann zur Begründung von notwendigem Betriebsvermögen mit der Folge der Realisierung stiller Reserven bei Beendigung der Tätigkeit führen. Werden im Rahmen der Gewinnermittlung die konkret entstandenen Kosten zugrunde gelegt, haben die Tagespflegepersonen wegen des in § 12 EStG verankerten Aufteilungs- und Abzugsverbots die Angelegenheiten des eigenen Haushalts streng von den Angelegenheiten des Tagespflegeverhältnisses zu trennen. Rechtsprechung und Finanzverwaltung lassen daneben die Ermittlung des Betriebsausgabenabzugs auch auf Basis von typisierenden Größen zu.

Wesentliches Kriterium für die Steuerfreiheit der durch die Jugendämter gezahlten Beträge ist, dass lediglich Beihilfen vorliegen, die außerhalb von entgeltlichem Leistungsaustausch entstandene Aufwendungen ganz oder teilweise abdecken. Erwerbsmäßig betriebene Pflege lässt den Beihilfecharakter entfallen. Beträge i. S. d. § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VIII könnten für sich betrachtet noch durch § 3 Nr. 11 EStG privilegiert ausgezahlt werden. Die Zahlung von Beträgen i. S. d. § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 SGB VIII lassen hingegen die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 11 EStG in vollem Umfang entfallen. Die Möglichkeiten, Kosten als Betriebsausgaben/Werbungskosten und Vorsorgebeiträge für die Alterssicherung als Sonderausgaben geltend zu machen, bleiben hiervon unberührt. Soweit die Möglichkeit der steuerlichen Geltendmachung von Sonderausgaben hinter den tatsächlich gezahlten Beträgen zurückbleibt, ist dies vom steuerlichen Gesetzgeber gewollt.

Auch die Zahlung der Geldleistung über einen Träger der freien Jugendhilfe ist für die Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 11 EStG schädlich.

Übernehmen Tagespflegepersonen ein Tagespflegeverhältnis im Rahmen eines bestehenden Anstellungsverhältnisses, erzielen sie hieraus Einkünfte aus nicht selbststän-

diger Arbeit gem. § 19 EStG. Erhalten sie laufend Beträge vom Jugendamt oder einem sonstigen Träger, um damit (auch) den laufenden Bedarf des Pflegekindes zu decken, kommt für diese Beträge Steuerfreiheit gem. § 3 Nr. 50 EStG in Betracht, wenn die laufenden Aufwendungen sich im Großen und Ganzen im Bereich dieser Beträge bewegen. Hierfür ist Rechnungslegung über einen längeren Zeitraum erforderlich, der auch Schwankungen nach oben und unten berücksichtigen kann.

Bei fehlender Steuerfreiheit im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses qualifizieren die Zahlungen des Jugendamts in vollem Umfang als Arbeitslohn, für den grundsätzlich auch in vollem Umfang der Lohnsteuerabzug durchzuführen ist. Aufwendungen der Tagespflegepersonen in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem Tagespflegeverhältnis sind Werbungskosten, die zur Minderung des Lohnsteuerabzugs auf der Lohnsteuerkarte eingetragen werden können. Lassen sich die tatsächlichen Kosten nur schwer feststellen, kommt insoweit der Ansatz der von der Finanzverwaltung zugelassenen Pauschalen in Betracht.

Für Einkünfte im Zusammenhang mit der Kindertagespflege sowohl aus selbstständiger als auch aus nicht selbstständiger Arbeit kommt daneben die Steuerbefreiung für nebenberuflich ausgeübte erzieherische Tätigkeiten gem. § 3 Nr. 26 EStG in Betracht. Insoweit ist der Nachweis der Nebenberuflichkeit zu führen.

In umsatzsteuerlicher Hinsicht sind die durch die Tagespflegepersonen geleisteten Tätigkeiten gem. § 4 Nr. 23 UStG steuerfrei. Die konkrete Reichweite der Steuerbefreiung ist durch Auslegung anhand des Charakters der erzieherischen Tätigkeit zu ermitteln, ergibt sich hier indes direkt aus der 6. EG-Richtlinie und führt zu einer umfassenden Steuerbefreiung der Tagespflege. Eine klarstellende Regelung seitens des Gesetzgebers oder der Finanzverwaltung zu diesem Themenkreis ist wünschenswert. Im Übrigen kommt die Nichterhebung der Umsatzsteuer nach Maßgabe der Kleinunternehmerregel gem. § 19 UStG in Betracht.

## **VII. Sozialversicherungsrechtliche Fragen**

### **1. Unfallversicherungspflicht und Aufwandserstattung**

Unter dem Blickwinkel der gesetzlichen Unfallversicherung sind drei Fragenkreise zu behandeln:

- Können arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Arbeitgeber/in unterschiedlich sein?

- Bei selbstständiger Tätigkeit in der Tagespflege:
  - Besteht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung?
  - In welcher Höhe besteht Anspruch auf die Aufwandserstattung nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII?
  - Besteht der Anspruch auch, wenn für längere Zeit kein Kind betreut wird?
- Können bei angestellter Tätigkeit in der Tagespflege auch die Kosten einer privaten Unfallversicherung erstattet werden?

**a) Keine Unterscheidung zwischen arbeitsrechtlichem und sozialversicherungsrechtlichem Arbeitgeber**

Es ist jedenfalls für die hier betroffenen Sachverhalte nicht weiterführend, zwischen dem/der arbeitsrechtlichen und dem/der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeber/in zu unterscheiden und in einem Teil der möglichen Fallkonstellationen – abweichend von der arbeitsrechtlichen Bewertung für die sozialversicherungsrechtliche Betrachtung – das Jugendamt als Arbeitgeber anzusehen.<sup>233</sup> Gegen diese Konstruktion sprechen zwei Erwägungen.

Zum einen ist die Ableitung der Aufspaltung des/der arbeitsrechtlichen und des/der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgebers/Arbeitgeberin in der Literatur wenig überzeugend. Dort wird nämlich von dem Umstand, dass eine juristische Person ohne Vertretung durch eine natürliche Person keine Weisungsbefugnisse ausüben kann, auf die Behauptung geschlossen, dass die Aufspaltung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin nichts Besonderes sei.<sup>234</sup> Zwar trifft es selbstverständlich zu, dass bei juristischen Personen ein Teil der Arbeitgeberbefugnisse durch dazu bevollmächtigte natürliche Personen ausgeübt werden muss. Daraus ergibt sich aber nicht, dass dieselbe Konstruktion auch auf zwei völlig unterschiedliche juristische Personen – nämlich den Erziehungsberechtigten/die Eltern oder einen Träger der freien Jugendhilfe als „arbeitsrechtliche/n Arbeitgeber/in“ einerseits und den öffentlichen Träger des Jugendamts andererseits – übertragen werden könnte.

Auch die beiden Entscheidungen des Bundessozialgerichts, die die Literatur als Beleg für die Aufspaltung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin heranzieht, betreffen andere Sachverhalte. Im Urteil des 3. Senats des Bundessozialgerichts vom 20. Dezember 1962 ging es um die Gründung und Zuständigkeit einer Betriebskrankenkasse für die

<sup>233</sup> So Geck NDV 1999, 40 (46 f.).

<sup>234</sup> Geck NDV 1999, 40 (46 f.).

Arbeitnehmer/innen eines Betriebs.<sup>235</sup> Und im Urteil des 2. Senats vom 26. Januar 1978 war über die arbeitsrechtliche Haftung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH zu entscheiden.<sup>236</sup>

Aber auch Aufbau und Wortlaut des § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII sprechen dagegen, das Jugendamt – ohne Vorliegen eines ausdrücklich gewollten Anstellungsverhältnisses<sup>237</sup> – ganz oder teilweise als Arbeitgeber anzusehen. Zunächst geht es nach dem Wortlaut der Vorschriften um „Förderung“, bereits dies legt eher einen Zuschuss oder eine Zuwendung als einen Arbeitslohn nahe. Auch bei den einzelnen Regelungen zur laufenden Geldleistung ist nur von Erstattung konkreter Aufwendungen und einem Beitrag zur Anerkennung der Erziehungsleistung, nicht aber von Lohn, Gehalt oder einer sonstigen Form von Arbeitsentgelt die Rede.

Gegen ein Arbeitsentgelt spricht auch, dass dem Jugendamt die Befugnis zur einseitigen Festlegung des Entgelts zukommt. Und zuletzt wäre § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 3 SGB VIII überflüssig, wenn ein Arbeitsverhältnis mit dem Jugendamt bestünde. Denn dann hätte das Jugendamt als Arbeitgeber nach den allgemeinen Vorschriften ohnehin den gesamten Beitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung und den halben Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung aufzubringen.

## **b) Unfallversicherung bei selbstständiger Tätigkeit**

Auch bei selbstständiger Tätigkeit liegt im Regelfall Versicherungspflicht zur gesetzlichen Unfallversicherung vor (sogleich aa). Die Höhe der Aufwandserstattung richtet sich nach dem Beitrag zur zuständigen Berufsgenossenschaft (bb). Wird für längere Zeit kein Kind betreut, besteht auch kein Erstattungsanspruch (cc).

### **aa) Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Unfallversicherung**

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII sind kraft Gesetzes in der Unfallversicherung Personen versichert, die selbstständig oder unentgeltlich, insbesondere ehrenamtlich im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege tätig sind.

(1) Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII ist zunächst uneingeschränkt anzuwenden. Zwar legt der Wortlaut des § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII („Beiträge zu einer Unfallversicherung“) nahe, dass die Tagespflegepersonen nicht auf die gesetzliche Unfallversicherung beschränkt sein sollen. In §§ 22 ff. SGB VIII fehlt jedoch eine aus-

<sup>235</sup> 3 RK 31/58 = BSGE 18, 190.

<sup>236</sup> 2 RU 90/77 = BSGE 45, 279.

<sup>237</sup> Hierzu oben S. 54 ff.



drückliche Vorschrift, die von den Regelungen des SGB VII zur Beitragspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung Ausnahmen zulassen würde. Dem offenen Wortlaut des § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII allein kann eine solche, ungewöhnliche Freistellung von allgemeinen Vorschriften des Sozialversicherungsrechts nicht entnommen werden. Entscheidend ist daher, ob Tagespflegepersonen nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII nach unfallversicherungsrechtlichen Maßstäben versicherungspflichtig sind oder nicht.

(2) Die *selbstständige Tätigkeit* von Personen im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege ist vom Gesetzgeber bewusst und ausdrücklich in die Versicherungspflicht einbezogen worden. Hintergrund ist die typische Schutzbedürftigkeit von Kleinstunternehmern auch im Falle von Arbeitsunfällen.<sup>238</sup>

Diskutiert wird in Zusammenhang mit dem Begriff der selbstständigen Tätigkeit in § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII, ob diese einen bestimmten Mindestumfang erreichen muss, um die Versicherungspflicht auszulösen. Obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage liegt zu den unfallversicherungsrechtlichen Vorschriften seit der Überführung der Reichsversicherungsordnung in das SGB VII zum 1. Januar 1997 noch nicht vor. In der Literatur wird zur Abgrenzung von bloß gelegentlichen Tätigkeiten oder Gefälligkeiten vorgeschlagen, ein Drittel der üblichen wöchentlichen Arbeitszeit anzusetzen.<sup>239</sup>

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Denn zum einen ist das gesamte System der gesetzlichen Unfallversicherung ohnehin tätigkeitsbezogen. Versicherungsschutz besteht immer nur für die konkreten Tätigkeiten, welche die Versicherungspflicht auslösen.<sup>240</sup> Beschränkt sich aber die Unfallversicherungspflicht damit ohnehin auf die Ausübung der Tätigkeit – hier der Tagespflege –, so besteht kein Anlass mehr, den Versicherungsschutz zusätzlich auf eine bestimmte Mindestarbeitszeit zu begrenzen. Auch der Zweck des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII, Kleinstunternehmer zu ihrem Schutz in die Unfallversicherung einzubeziehen, spricht dagegen, eine Tätigkeit von mindestens einem Drittel der üblichen Arbeitszeit zu verlangen. Denn die Schutzbedürftigkeit vor Arbeitsunfällen hängt nicht vom Ausmaß der Tätigkeit ab, sondern es geht darum, Unfälle gerade aus Anlass dieser Tätigkeit abzusichern.

Vertretbar erscheint daher allenfalls, Tätigkeit in der Kindertagespflege unterhalb ei-

---

<sup>238</sup> Etwa Ricke, in: Kassler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand: Sept. 2006, § 2 SGB VII Rn. 40 f.

<sup>239</sup> Ricke, Kassler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Fn. 238), § 2 SGB VII Rn. 41.

<sup>240</sup> Ricke, Kassler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Fn. 238), vor § 2 SGB VII Rn. 2.

ner Bagatellgrenze auszunehmen. Diese wäre, sofern die Kindertagespflege mit einiger Regelmäßigkeit ausgeübt wird, aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht aber nicht über 10 % bis 15 % der üblichen Arbeitszeit anzusetzen.<sup>241</sup>

(3) Eine *Tätigkeit im Gesundheitswesen* liegt nicht vor. Denn dabei geht es um die menschliche Gesundheit aus der Sicht der Heilberufe und der medizinischen Hilfsberufe, wie etwa auch ein Blick in die Ausnahmevorschrift des § 4 Abs. 3 SGB VII belegt.<sup>242</sup>

Jedoch fällt die Kindertagespflege unter die *Tätigkeiten im Rahmen der Wohlfahrtspflege*. Diese umfasst sämtliche Tätigkeiten bei den Hilfearten des Sozialhilferechts (früher Bundessozialhilfegesetz, heute SGB XII) sowie auch die Tätigkeiten im Rahmen des Kinder- und Jugendhilferechts.<sup>243</sup>

Nach unbefangener Lektüre der Norm könnte man zwar auf den Gedanken kommen, dass die Wohlfahrtspflege nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII nur mit unentgeltlicher, insbesondere ehrenamtlicher Tätigkeit in Verbindung gebracht werden soll. Dann fiel erwerbsorientierte, selbstständige Tätigkeit in den Feldern der Wohlfahrtspflege nicht unter die Versicherungspflicht. Dem liefe jedoch der Schutzzweck der Norm zuwider, die in diesem Bereich tätigen Kleinstunternehmer einzubeziehen. So haben auch die Landessozialgerichte Nordrhein-Westfalen und Berlin zur erwerbsorientierten Tätigkeit von Berufsbetreuern entschieden, dass Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII besteht.<sup>244</sup>

(4) Im Ergebnis sind damit Tagespflegepersonen (auch) bei selbstständiger Tätigkeit pflichtversichert in der gesetzlichen Unfallversicherung, wenn der Umfang der Tätigkeit nicht unterhalb einer niedrigen Bagatellgrenze bleibt. Sie schulden nach § 150 Abs. 1 S. 2 SGB VII Beiträge für ihre Tätigkeit. Zuständige Berufsgenossenschaft ist die Berufsgenossenschaft für Gesundheit und Wohlfahrtspflege in Hamburg.<sup>245</sup>

### **bb) Erstattung von Aufwendungen für eine private Unfallversicherung**

Soweit eine Tagespflegeperson ausschließlich oder zusätzlich privat unfallversichert

<sup>241</sup> Zur Mindeststundenzahl aus kinder- und jugendhilferechtlicher Sicht siehe oben S. 27 f.

<sup>242</sup> Siehe nur *Schmitt*, SGB VII, Gesetzliche Unfallversicherung, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 63.

<sup>243</sup> BSG, Urteil v. 26. Juni 1985 – 2 RU 79/84 = BSGE 58, 210 (212) sowie *Ricke*, Kassler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Fn. 238), § 2 Rn. 45.

<sup>244</sup> LSG NW, Urt. v. 21. Mai 2003 – L 17 U 54/02 (zit. nach juris); LSG BE, Urt. v. 12. September 2002 – L 3 U 20/01 (zit. nach juris); ebenso bereits die Vorinstanz SG Berlin, Urt. v. 12. Dezember 2000 – S 68 U 284/00 = BTPrax 2001, 130.

<sup>245</sup> *Ricke*, Kassler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Fn. 238), § 2 Rn. 46.

ist, richtet sich der Anspruch aus § 23 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII gleichwohl nur auf den Beitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung oder eine Erstattung in gleicher Höhe. Dafür sind folgende Gründe maßgeblich:

(1) § 23 Abs. 2 SGB VIII bezweckt ersichtlich die Gleichstellung der Tagespflegepersonen mit „normalen Arbeitnehmer/innen“ im Hinblick auf die Unfall- und Rentenversicherung. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass der Beitrag zur Unfallversicherung ganz, derjenige zur Alterssicherung aber nur hälftig erstattet wird. Dies entspricht exakt den Regelungen über die Beitragstragung in den gesetzlichen Sicherungssystemen. Geht es aber um Gleichstellung, so kann auf die Vorschriften kein Anspruch auf Besserstellung gestützt werden.

(2) In der Amtlichen Begründung zur neuen Fassung des § 23 Abs. 2 SGB VIII wird ausdrücklich auf das Vorbild des § 65 SGB XII verwiesen.<sup>246</sup> Nach dieser Vorschrift sind im Sozialhilferecht pflegebedürftigen Menschen auch angemessene Aufwendungen für die Alterssicherung der Pflegeperson zu erstatten. Gerade dem Sozialhilferecht aber ist es eigen, dass nicht mehr als der notwendigste Bedarf sichergestellt wird. Dies soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers offenbar auch für die jugendhilferechtliche Vorschrift gelten.

(3) Aus rechtssystematischer Sicht kann zudem auf § 44 SGB XI verwiesen werden. Nach dieser Vorschrift steht auch Pflegepersonen im Kontext der Pflegeversicherung eine ungefähre Gleichstellung mit „normalen Arbeitnehmer/innen“ im Hinblick auf die gesetzliche Renten- und Unfallversicherung zu. Auch dort sind die Leistungen des Sozialsystems aber auf die gesetzlichen Sicherungssysteme beschränkt.

(4) Da Pflichtversicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung mit Ausnahme von Bagatellfällen besteht,<sup>247</sup> wird der Abschluss zusätzlicher, privater Unfallversicherungen ohnehin eher die Ausnahme sein. Damit sprechen auch Gründe der Verwaltungspraktikabilität dafür, bei der Anwendung des § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII die Aufwendungen zur gesetzlichen Unfallversicherung zugrunde zu legen.

(5) Schließlich: Aus dem Umstand, dass der Wortlaut des § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII den Begriff „angemessen“ nur in Zusammenhang mit der Alterssicherung, nicht aber mit der Unfallversicherung verwendet, ergibt sich nichts anderes. Da es um den Einsatz öffentlicher Mittel geht, kann eine Erstattung in beliebiger Höhe oder im Falle des

---

<sup>246</sup> BR-Drucks. 586/04, S. 60.

<sup>247</sup> Siehe oben S. 88 ff.

Überschreitens eines angemessenen Versicherungsschutzes nicht gemeint sein.<sup>248</sup>

(6) Soweit Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung wegen nur geringfügiger Tätigkeit in der Tagespflege nicht besteht, so orientiert sich die Höhe der Erstattungspflicht des Jugendamts gleichwohl am Beitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung. Denn wie dargestellt gibt dieser das Niveau wieder, das nach den allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften und den Üblichkeiten im Arbeitsleben den angemessenen Schutz sicherstellt. Mehr braucht das Jugendamt im Zuge der Gleichstellung der Tagespflegepersonen mit „normalen Arbeitnehmer/inne/n“ nicht zu erstatten.

(7) Zur Höhe des Beitrags zur gesetzlichen Unfallversicherung ist noch zu beachten, dass dieser jährlich schwanken kann. Er hängt zunächst von der Gefahrenneigung der Tätigkeit ab, diese wird von der Berufsgenossenschaft im Abstand mehrerer Jahre in so genannten Gefahrтарifen aufgrund empirischer Erfahrungen als „Gefahrklasse“ niedergelegt (§ 157 SGB VII). Jährlich kann der Beitragsfuß wechseln, dieser wird auf den Gesamtaufwendungen der zuständigen Berufsgenossenschaft für alle ihre Versicherungsfälle errechnet (§ 152 Abs. 1 S. 1 SGB VII).

Weiter ist die Beitragshöhe von der so genannten Versicherungssumme abhängig. Das Unfallversicherungsrecht unterstellt hier lediglich als Untergrenze einen fiktiven Jahresverdienst von 18.000 €, in den neuen Bundesländern 15.000 €. Nur auf dieser Grundlage (und der Gefahrklasse und dem Beitragsfuß der Jahre 2004 und 2005) kommt die Aussage zustande, der Beitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung betrage für Tagespflegepersonen 79 € jährlich.<sup>249</sup>

Erzielt eine Tagespflegeperson aber tatsächlich höhere Einkünfte, oder wählt sie – was selbstständigen Mitgliedern möglich ist – von sich aus zum Zwecke höherer Versicherungsleistungen im Schadensfall einen höheren Jahresverdienst, so fällt auch ein höherer Beitrag an. Dieser ist vom Jugendamt dann zu übernehmen, wenn er auf tatsächlichen höheren Einnahmen als den Mindestbetrag in Höhe von 18.000 € (West) bzw. 15.000 € (Ost) aus Tätigkeiten der Tagespflege beruht – was beispielsweise bei größeren Tagespflegestellen durchaus vorkommen kann. Der höhere Beitrag entspricht dann exakt jenen Aufwendungen, die für einen Unfallversicherungsschutz erforderlich sind, der die Tagespflegeperson mit „normalen Arbeitnehmer/inne/n“

---

<sup>248</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274 (279).

<sup>249</sup> Überarbeitete Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Ausgestaltung der Kindertagespflege nach den §§ 22, 23, 24 SGB VIII, NDV 2005, 479 (487).

gleichstellt. Auch bei diesen errechnen sich nämlich die Leistungen des Verletzten-gelds und der Unfallrente aus dem Arbeitsverdienst.

Die Jugendämter müssen damit ein System finden, in dem Tagespflegepersonen mit Einkünften bis zur unfallversicherungsrechtlichen Mindestgrenze der Mindestbeitrag der Unfallversicherung in der Höhe von derzeit 79,38 € erstattet wird, Tagespflegeper-sonen mit höherem Verdienst aber auch der höhere, aus diesem Verdienst folgende Beitrag. Konkrete Modelle oder Empfehlungen fehlen bislang.

### **cc) Längerer Zeitraum ohne Betreuungstätigkeit**

Sofern nicht lediglich übliche Unterbrechungen wie Ferienzeiten oder kürzere Erkran-kungen von Kindern in Kindertagespflege betroffen sind, besteht keine Verpflichtung des Jugendamts, auch für diese Zeiträume die Kosten der Unfallversicherung zu er-statten. Dafür sind zwei Gründe maßgeblich.

- Zum einen liegt in selbstständiger Tätigkeit stets ein gewisses Unternehmerrisiko. Kosten der erforderlichen Versicherungen muss jeder Unternehmer selbst erwirt-schaften und geht dabei das Risiko ein, bei mangelnder Nachfrage nicht auf sei-ne Kosten zu kommen. Es ist aus § 23 Abs. 2 SGB VIII nicht zu entnehmen, dass für selbstständige Tagespflegepersonen etwas anderes gelten soll.
- Zum anderen bietet das Unfallversicherungsrecht die Möglichkeit, der Beitrags-pflicht zumindest für mehrmonatige Zeiten ohne Betreuungstätigkeit zu entgehen. Denn § 44 Abs. 2 der Satzung der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege sieht vor, dass der Beitragsberechnung für jeden vollen und an-gefangenen Monat ein Zwölftel der Versicherungssumme zugrunde gelegt wird, wenn die Versicherung im Laufe eines Kalenderjahrs beginnt oder endet.<sup>250</sup>

Als geeignet erscheint damit ein System, nach dem das Jugendamt den Beitrag zur Unfallversicherung jeweils für anteilige Zeiträume – etwa von zwei bis drei Monaten – gewährt, sofern in diesem Zeitraum tatsächlich Leistungen der Kindertagespflege erbracht wurden. Bundesweite Empfehlungen zur Frage, welche konkreten Zeiträu-me hier sinnvollerweise zugrunde zu legen sind, fehlen bislang.

### **c) Private Unfallversicherung bei abhängig beschäftigten Tagespflegepersonen**

Die Aufwendungen einer Tagespflegeperson, die abhängig beschäftigt ist, für eine

---

<sup>250</sup> Die Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege (BGW) ist der zu-ständige Unfallversicherungsträger für die Tagespflegepersonen, seine Satzung ist bei-spielsweise erhältlich im Internet unter [www.bgw-online.de](http://www.bgw-online.de).

private Unfallversicherung braucht das Jugendamt nicht zu berücksichtigen. Denn wegen der abhängigen Beschäftigung besteht ohnehin Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung. Da § 23 SGB VIII eine weiter gehende Absicherung nicht bezweckt, ist dafür auch nichts zu erstatten.

## 2. Rentenversicherungspflicht und hälftige Aufwandserstattung

Auch unter dem Blickwinkel der gesetzlichen Rentenversicherung sind drei Fragenkreise zu behandeln:

- Ist es zulässig, wenn Jugendämter die Leistungen nach § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII zur Erstattung von Aufwendungen für die Alterssicherung nur erbringen, wenn eine Mindest-Arbeitszeit der Tagespflegeperson erreicht wird (dies unabhängig von angestellter oder selbstständiger Tätigkeit der Tagespflegeperson)?
- Bei selbstständiger Tätigkeit in der Tagespflege:
  - Besteht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung?
  - Sind private Zusatzversicherungen für die Altersvorsorge berücksichtigungsfähig?
  - Berücksichtigung *ausschließlich* privater Absicherung für das Alter?
  - Höhe der vom Jugendamt zu leistenden Erstattungen?
- Bei angestellter Tätigkeit in der Tagespflege:
  - Berücksichtigungsfähigkeit privater Zusatzvorsorge sowie Höhe der Erstattungspflicht des Jugendamts?

### a) Mindest-Arbeitszeit

Nach den tatsächlichen Erhebungen aus Anlass dieses Gutachtens machen etliche Jugendämter die Erstattung von Aufwendungen für die Altersvorsorge der Tagespflegepersonen davon abhängig, dass ein erheblicher Tätigkeitsumfang – bis zu 20 Stunden/Woche – erreicht wird.<sup>251</sup>

a) Für eine solche Mindestgrenze mag zunächst der kinder- und jugendhilferechtliche Ansatz der §§ 22 ff. SGB VIII sprechen. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit deren

---

<sup>251</sup> Hierzu oben S. 20 f.

Neuregelung auch die Professionalisierung der Kindertagespflege.<sup>252</sup> Diese Professionalisierung wird sich nicht erreichen lassen, wenn Tagespflegepersonen nur gelegentlich oder sehr wenige Stunden wöchentlich für diese Aufgabe erübrigen.<sup>253</sup>

Diese Ableitung einer Mindeststundenzahl bietet freilich keine Grundlage für hohe wöchentliche Zeitanforderungen von 20 oder auch 15 Stunden.<sup>254</sup> Denn zum einen würden derart hohe Anforderungen das flexible und vielgestaltige Angebot an Kindertagespflege, das der Gesetzgeber erwartet, sogleich wieder stark einschränken. Zum anderen kann eine qualitativ gute Kindertagespflege einschließlich angemessener Fortbildung auch geleistet werden, wenn dafür weniger als 15 Stunden wöchentlich aufgewendet werden. Dies gilt zumal für Personen, die nach ihrer Berufsausbildung oder ihren persönlichen Erfahrungen erforderliche Kenntnisse mitbringen.<sup>255</sup>

b) Aus rein sozialversicherungsrechtlicher und rentenversicherungsrechtlicher Sicht kann eine Mindestgrenze der Tätigkeit nur aus den Vorschriften über geringfügige Beschäftigungen (§ 8 SGB IV) abgeleitet werden. Dafür spricht immerhin, dass auch die Rentenversicherungspflicht selbstständig tätiger Personen eine gewisse Nachhaltigkeit, Kontinuität und den Zweck der Erzielung nennenswerter Arbeitseinkommen voraussetzt.<sup>256</sup> Auch hier wird in der Regel auf die sozialversicherungsrechtliche Geringfügigkeitsgrenze abgestellt.<sup>257</sup>

Ein eindeutiges Argument liegt darin freilich nicht. Denn selbst bei geringfügiger Beschäftigung fällt ein (pauschalierter) Beitrag zur Rentenversicherung an (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b SGB VI). Die geringfügig beschäftigte Person hat zudem die Möglichkeit, auf ihre Beitragsfreiheit in der Rentenversicherung zu verzichten, den Pauschalbeitrag aufzustocken und auf diese Weise Ansprüche auf Rente aufzubauen (§ 5 Abs. 2 S. 2, § 163 Abs. 8 SGB VI). Das – bereits erläuterte – Ziel des § 23 Abs. 2 SGB VIII, die Gleichstellung der Tagespflegepersonen mit sonstigen Beschäftigten herbeizuführen, ist also aufgrund dieser allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben

---

<sup>252</sup> Siehe nur § 23 Abs. 3 SGB VIII und dazu BR-Drucks. 586/04, S. 39 sowie *Gerstein* ZfJ 2005, 267 (271); *Schmid/Wiesner* ZfJ 2005, 274 (275).

<sup>253</sup> Hierzu eingehend oben S. 20 ff.

<sup>254</sup> So *Schmid/Wiesner* ZfJ 2005, 274 (275).

<sup>255</sup> Zur Mindeststundenzahl, die aus kinder- und jugendhilferechtlicher einen Anspruch auf Geldleistung nach § 23 Abs. 1, 2 SGB VIII auslöst, siehe oben S. 27 f.

<sup>256</sup> In BT-Drucks. 14/7725, S. 5 „erwerbsmäßige Tätigkeit“ genannt (Antwort der damaligen Bundesregierung auf eine Anfrage der FDP-Fraktion).

<sup>257</sup> Siehe nur *Gürtner*, in: *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, Stand: Sept. 2006, § 2 SGB VI Rn. 6.

auch unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze erreichbar.

c) Wo die Geringfügigkeitsgrenze liegt, regelt § 8 Abs. 1 SGB IV einheitlich für alle Zweige der Sozialversicherung. Eine geringfügige Beschäftigung liegt danach vor, wenn

- entweder das Arbeitsentgelt aus der Beschäftigung 400 € im Monat nicht übersteigt (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV), oder
- die Beschäftigung jährlich nach ihrer Eigenart auf längstens 2 Monate oder 50 Arbeitstage beschränkt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist. Dieser Fall führt aber nur zur Geringfügigkeit, wenn die Beschäftigung nicht berufsmäßig ausgeübt oder mehr als 400 € monatlich als Arbeitsentgelt erzielt werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV).

Dagegen ist nicht mehr Inhalt des § 8 SGB IV, dass eine geringfügige Beschäftigung nicht mehr als 15 Stunden wöchentlich ausgeübt werden darf.<sup>258</sup> Diese Grenze wurde zum 1. April 2003 durch die zeitliche Obergrenze von 2 Monaten/50 Arbeitstagen im Jahr ersetzt.

Wird die sozialversicherungsrechtliche Geringfügigkeitsgrenze zugleich als Maßstab für eine Mindest-Arbeitszeit von Tagespflegepersonen herangezogen, darf also nicht mehr als etwa ein Tag wöchentlich verlangt werden. Liegt das regelmäßige Entgelt über 400 € monatlich, so kann dieser Umfang auch noch unterschritten werden.

d) Im Ergebnis liegt es nahe, sich für die Mindestarbeitszeit der Tagespflegepersonen an der sozialversicherungsrechtlichen Geringfügigkeitsgrenze zu orientieren und nicht an überhöhten, starren Stundenvorgaben in der Größenordnung von 15 oder 20 pro Woche. Im Ergebnis dürfte dies den allgemeinen kinder- und jugendhilferechtlichen Wertungen zur Mindeststundenzahl für die Begründung von Ansprüchen auf laufende Geldleistungen nach § 23 Abs. 1, 2 SGB VIII in etwa entsprechen.<sup>259</sup>

## **b) Erstattung im Falle selbstständiger Tätigkeit**

Bei – aus arbeitsrechtlicher Sicht – selbstständiger Tätigkeit der Tagespflegepersonen wird in vielen, aber nicht in allen Fällen Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung bestehen (aa). Private Altersvorsorge braucht das Jugendamt nur zu

---

<sup>258</sup> So noch bis 31. März 2003 § 8 Abs. 1 SGB IV a. F., zur Entwicklung der Vorschrift etwa *Baier*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung – Pflegeversicherung, Stand: Mai 2006, § 8 SGB IV Rn. 1.

<sup>259</sup> Hierzu siehe oben S. 27 f.



berücksichtigen, wenn keine Versicherungspflicht besteht und die Tagespflegeperson sich deshalb nur privat für das Alter absichert (bb, cc). Die Höhe der Erstattung orientiert sich jedoch in allen Fällen an den Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung (dd).

### **aa) Versicherungspflicht**

Als Tatbestände, die trotz selbstständiger Tätigkeit die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung begründen können, kommen die Nummern 1, 2 und 9 des § 2 S. 1 SGB VI infrage, sofern die Tätigkeit jeweils „erwerbsmäßig“ ausgeübt wird.

(1) Gemeinsame Voraussetzung für die Versicherungspflicht Selbstständiger nach diesen drei Tatbeständen ist, dass diese ihre Tätigkeit „erwerbsmäßig“ ausüben. Damit ist die bereits kurz erwähnte Nachhaltigkeit, Kontinuität und auf den Zweck der Erzielung nennenswerter Arbeitseinkommen gerichtete Betätigung gemeint.

Teils wird vertreten, diese „Erwerbsmäßigkeit“ sei mit der steuerrechtlichen Verpflichtung zu Zahlung von Einkommensteuer<sup>260</sup> gleichzusetzen. Diese soll entfallen, wenn die Einkünfte der Tagespflegepersonen ausschließlich aus öffentlichen Kassen stammen.<sup>261</sup> Dafür mag bis zur Neufassung der §§ 22 ff. SGB VIII in der heutigen Form ein politisches Interesse gesprochen haben, die Jugendämter von Verpflichtungen zur Zahlung von Rentenversicherungsbeiträgen frei zu halten. Rechtlich ist aber keine Begründung für diese parallele Behandlung ersichtlich. Die soziale Schutzbedürftigkeit, an welche die Versicherungspflicht anknüpft, hat nämlich mit der Herkunft der Vergütungen nichts zu tun, welche die Tagespflegepersonen erhalten.<sup>262</sup>

Vielmehr muss gelten: Mit § 8 Abs. 1 SGB IV hat der Gesetzgeber für die gesamte Sozialversicherung eine allgemeine Grenze definiert. Mit Überschreitung dieser Grenze soll aufgrund der typischen sozialen Schutzbedürftigkeit der Tätigen regelmäßig die Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung einhergehen.<sup>263</sup> Es wäre ein gravierender Wertungswiderspruch, die soziale Schutzbedürftigkeit bei (arbeitsrechtlich) „Beschäftigten“ ab der Grenze des § 8 Abs. 1 SGB IV anzunehmen, bei in selbem Umfang Selbstständigen aber nicht. Auch § 8 Abs. 3 S. 1 SGB IV bestimmt

<sup>260</sup> Zur Erwerbsmäßigkeit im Sinne des Steuerrechts siehe oben S. 74 ff.

<sup>261</sup> So die Bundesregierung in BT-Drucks. 14/7725, S. 5 (Antwort der damaligen Bundesregierung auf eine Anfrage der FDP-Fraktion).

<sup>262</sup> Mit derselben Begründung könnte man auch vertreten, öffentliche Angestellte wären nicht rentenversicherungspflichtig – ein absurdes Ergebnis.

<sup>263</sup> Siehe nur Seewald, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand: Sept. 2006, § 2 SGB IV Rn. 3.

ausdrücklich, dass § 8 Abs. 1 SGB IV entsprechend gelten soll, wenn anstelle der Beschäftigung eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt werden soll. Deshalb ist es zutreffend, wenn die Fachliteratur zum Rentenversicherungsrecht die Grenze der „Erwerbsmäßigkeit“ mit der Geringfügigkeitsgrenze gleichsetzt.<sup>264</sup>

Ebenso wie die Mindest-Arbeitszeit der Tagespflegepersonen sollte daher auch die „Erwerbsmäßigkeit“ als Voraussetzung der Versicherungspflicht Selbstständiger an die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 Abs. 1 SGB IV geknüpft werden.

(2) Nach § 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI sind selbstständig tätige Lehrer/innen und Erzieher/innen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit keine/n versicherungspflichtigen Arbeitnehmer/innen beschäftigen, versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Begriffe des/der Lehrers/Lehrerin und des/der Erziehers/Erzieherin werden dabei weit gefasst, insbesondere ist eine bestimmte Berufsausbildung nicht erforderlich. Erfasst wird vielmehr nahezu jede Art von pädagogischer Tätigkeit, die auf die Entwicklung der Persönlichkeit, des Charakters oder der Sozialisation der zu Erziehenden gerichtet ist. Umfasst sollen auch therapeutische Tätigkeiten sein, die nicht von § 2 S. 1 Nr. 2, 3 SGB VI erfasst werden.<sup>265</sup> Gerade die Tätigkeit der Tagespflegepersonen, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers professioneller als bisher agieren sollen, fällt daher unter den Begriff des/der Erziehers/Erzieherin.<sup>266</sup>

Die Rentenversicherungspflicht besteht daher auch bei selbstständiger Tätigkeit nur dann nicht, wenn versicherungspflichtige Arbeitnehmer/innen beschäftigt werden. Die versicherungspflichtige Beschäftigung wird in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung ebenfalls an die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 SGB IV geknüpft. Beschäftigt der/die selbstständige Lehrer/in bzw. Erzieher/in eine/n oder mehrere Arbeitnehmer/innen, deren Tätigkeit zusammen die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschreitet, so ist er/sie versicherungspflichtig. Überschreitet die Tätigkeit der Arbeitnehmer/innen dagegen die Geringfügigkeitsgrenze, besteht keine Pflichtversicherung nach § 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> *Gürtner*, in *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht* (Fn. 257), § 2 SGB VI Rn. 6; ähnlich wohl *Münder u. a.*, *FK-SGB VIII* (Fn. 57), § 23 Rn. 56.

<sup>265</sup> *Gürtner*, in *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht* (Fn. 257), § 2 SGB VI Rn. 8 m. w. N.

<sup>266</sup> So ausdrücklich für Tagesmütter auch *BSG*, *Urt. v. 22. Juni 2005 – B 12 RA 12/04 R.*

<sup>267</sup> Etwa *BSG*, *Urt. v. 23. November 2005 – B 12 RA 5/03R* (im *Juris-Dokument* Rn. 23) m. w. Nachw. aus der Literatur.

Die Versicherungspflicht des/der selbstständigen Lehrers/Lehrerin bzw. Erziehers/Erzieherin bedingt zugleich, dass seine Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung aus einem Mindestbetrag von 400 €/Monat errechnet werden (§ 165 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI).

(3) Nach § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI sind selbstständig tätige Pflegepersonen versicherungspflichtig, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind und in diesem Zusammenhang keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer/innen beschäftigen.

Der Begriff der Pflegeperson ist – trotz der begrifflichen Nähe zur Kindertagespflege nach SGB VIII – nicht erfüllt. Denn mit Pflegepersonen sind hier diejenigen Berufe gemeint, die ärztlichen Weisungsbefugnissen unterliegen.<sup>268</sup> Würden die Tagespflegepersonen nach SGB VIII jedoch unter diesen Begriff gefasst, so ergäbe sich dieselbe Rechtsfolge, die hier aus § 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI abgeleitet wird.<sup>269</sup>

(4) Zuletzt sind unabhängig vom Gegenstand der beruflichen Tätigkeit auch Personen versicherungspflichtig, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keine/n versicherungspflichtigen Arbeitnehmer/innen beschäftigen, dessen/deren Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 € im Monat übersteigt und die auf Dauer und im Wesentlichen nur für eine/n Auftraggeber/in tätig sind (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI).

Dieser Tatbestand der Versicherungspflicht gilt selbstverständlich auch für selbstständig tätige Tagespflegepersonen, da sich sein Anwendungsbereich nicht auf ein bestimmtes Berufsbild beschränkt. Allerdings ist die Versicherungspflicht hinsichtlich der zu beschäftigenden Arbeitnehmer/innen und der sonstigen Rahmenbedingungen der Tätigkeit enger als nach § 2 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB VI. Der Versicherungstatbestand hat daher für die hier betroffenen Tagespflegepersonen keinen eigenen Anwendungsbereich.

(5) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Tagespflegepersonen trotz selbstständiger Tätigkeit der Rentenversicherungspflicht unterliegen, wenn sie keine Arbeitnehmer/innen beschäftigen oder die Beschäftigung – für alle Arbeitnehmer/innen zusammengekommen – die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 SGB IV (Entgelt 400 €/monatlich) nicht überschreitet. Griffiger ausgedrückt kann festgehalten werden, dass allein oder na-

---

<sup>268</sup> Etwa BSG, Urt. v. 4. Juni 1998 – B 12 KR 9/97R; Urt. v. 30. Januar 1997 – 12 RK 31/96.

<sup>269</sup> Hierzu oben S. 97 f.

hezu allein tätige Tagespflegepersonen versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sind.

**bb) Berücksichtigung privater Altersvorsorge**

Unterhalten selbstständige Tagespflegepersonen als Pflichtmitglieder der gesetzlichen Rentenversicherung eine private Rentenversicherung oder betreiben sie sonst Altersvorsorge, so braucht das Jugendamt dies nicht zusätzlich zu berücksichtigen. Denn § 23 Abs. 2 SGB VIII verfolgt – wie bereits dargestellt – lediglich den Zweck der *Gleichstellung* von Tagespflegepersonen mit „normalen Arbeitnehmer/inne/n“. Auch angestellte Tagespflegepersonen oder sonstige Arbeitnehmer/innen haben aber regelmäßig keinen Anspruch auf wesentliche, weiter gehende Leistungen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin zur Altersabsicherung als auf den hälftigen Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung.

Daran ändert der allgemein anerkannte Bedarf an zusätzlicher, privater Altersvorsorge nichts. Denn die wesentlichen staatlichen Fördermaßnahmen zur zusätzlichen privaten Altersvorsorge, etwa die so genannte „Riester-Rente“ oder die so genannte „Rürup-Rente“, speisen sich nicht aus zusätzlichen Arbeitgeberleistungen. Und zusätzliche betriebliche Altersvorsorgeleistungen sind zwar verbreitet, können aber nicht als allgemein üblich vorausgesetzt werden.

**cc) Anerkennungsfähige private Alterssicherung**

Die Frage der Anerkennung privater Absicherung stellt sich damit nur bei Tagespflegepersonen, die in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht versicherungspflichtig sind. Für die Frage, welche Formen der Altersvorsorge das Jugendamt bei diesem Personenkreis anzuerkennen hat, gibt das Sozialversicherungsrecht wenig her.

Denkbar wäre allenfalls, an die Anforderungen anzuknüpfen, die § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI für berufsständische Versorgungswerke aufstellt. Das Gesetz verlangt hier, dass das Versorgungswerk einkommensbezogene Beiträge unter Berücksichtigung der rentenversicherungsrechtlichen Beitragsbemessungsgrenze verlangt, und dass die Leistungen des Versorgungswerks auch die Fälle verminderter Erwerbsfähigkeit und eine Hinterbliebenenversorgung umfassen. Bei näherem Hinsehen sind diese Anforderungen jedoch nicht übertragbar. Denn es handelt sich um Anforderungen an eine andere institutionelle Versorgungseinrichtung als die gesetzlichen Rentenversicherungsträger, nicht aber an private Finanzdienstleister. Der Zugang ist auf die Angehörigen ganz bestimmter Berufsgruppen beschränkt. Damit regelt § 6 Abs. 1 S. 1

Nr. 1 SGB VI letztlich einen anderen Sachverhalt und passt nicht zur Situation einzelner selbstständig Tätiger, die selbst für ihre Altersvorsorge sorgen müssen.

Damit bleibt letztlich nur die Auslegung des Begriffs der „angemessenen Alterssicherung“ in § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII. Alterssicherung kann aber durch eine Vielzahl von Maßnahmen und Anlageformen betrieben werden. § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII enthält keine Befugnis des Jugendamts, dabei in die grundsätzliche Selbstverantwortlichkeit der selbstständigen Tagespflegepersonen einzugreifen. Soweit die grundsätzliche Eignung einer Anlageform für die Altersvorsorge nicht fern liegt, muss das Jugendamt die Maßnahme daher akzeptieren.<sup>270</sup> Für die Praxis könnte es hilfreich sein, wenn das Jugendamt – oder entsprechende Empfehlungen – eine „Positivliste“ anerkannter Vorsorgeformen (Rentenversicherung, Eigentumswohnung für den persönlichen Gebrauch etc.) vorhält, um die Tagespflegepersonen rechtssicher beraten zu können. Der Nachweis angemessener Alterssicherung durch andere Vorsorgeformen kann durch eine solche Liste aber nicht ausgeschlossen werden.

#### **dd) Höhe angemessener Alterssicherung**

Die Höhe der angemessenen Alterssicherung ergibt sich aus den Beitragspflichten zur gesetzlichen Rentenversicherung. Dies gilt auch für den Fall ausschließlich privater Vorsorge. Maßgebend dafür ist erneut der Gleichstellungszweck des § 23 Abs. 2 SGB VIII, der keinen Anspruch der Tagespflegepersonen auf Besserstellung begründet.

Für die Praxis bedeutet dies zunächst einen Mindestbeitrag von 39 €/Monat im Jahr 2006 und 39,80 €/Monat im Jahr 2007 (hälftige Erstattung des Beitrags in Höhe von 19,5 % [2006] und 19,9 % [2007] aus 400 €).

Erzielt die Tagespflegeperson freilich ein höheres Einkommen als 400 €/Monat, so wird dieses von der gesetzlichen Rentenversicherung zur Beitragsbemessung herangezogen (§ 165 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI). Das Jugendamt darf daher seine Erstattung nicht auf die genannten Mindestbeträge beschränken, wenn die Tagespflegeperson höhere Einkünfte aus ihrer Tätigkeit hat. Vielmehr muss das Jugendamt im Falle höherer Einkommen auch die entsprechenden Beiträge zugrunde legen.

Für hohe Einkommen bietet § 165 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI zwar die Möglichkeit, nur die

---

<sup>270</sup> Zur Höhe der angemessenen Alterssicherung, die das Jugendamt berücksichtigen muss, sogleich S. 101 f. (dd).

Bezugsgröße nach § 18 SGB IV<sup>271</sup> zugrunde zu legen, wenn die Tagespflegeperson ihr höheres Einkommen nicht nachweist. Mit Blick auf den Gleichstellungszweck hat die Tagespflegeperson aber auch in diesem Fall Anspruch auf Bemessung ihres Rentenbeitrags nach dem tatsächlichen Einkommen. Denn auch bei angestellten Tagespflegepersonen und „normalen Arbeitnehmer/inne/n“ wird der tatsächliche Arbeitsverdienst zugrunde gelegt, solange er die allgemeine Beitragsbemessungsgrenze nicht überschreitet. Diese aber liegt weit über der Bezugsgröße und dürfte für Tagespflegepersonen nicht erreichbar sein.

Soweit Jugendämter ihre Erstattungen pauschalieren, mag dies aus Gründen der Praktikabilität des Gesetzesvollzugs vernünftig erscheinen. Die pauschalen Erstattungen müssen aber jedenfalls in der Nähe der tatsächlichen Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung nach den geschilderten Grundsätzen liegen. Denn die Angemessenheit der Alterssicherung, von der § 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII spricht, muss in etwa in der Nähe der typischen Aufwendungen „normaler Arbeitnehmer/innen“ für die gesetzliche Rentenversicherung angesetzt werden.

### **c) Erstattung im Falle abhängiger Tätigkeit**

Für die Erstattungspflichten des Jugendamts gegenüber Tagespflegepersonen, die abhängig beschäftigt sind, gelten dieselben Grundsätze.

Auf die Berücksichtigung privater, zusätzlicher Altersvorsorge besteht kein Anspruch, da damit über die Gleichstellung der Tagespflegepersonen mit üblichen Arbeitnehmer/inne/n hinausgegangen würde.

Die – tatsächlichen oder fiktiven – Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung sind jedoch in vollem Umfang zu berücksichtigen. Sieht das Jugendamt pauschalierte Beträge in Abhängigkeit vom Tätigkeitsumfang vor, so muss das System gewährleisten, dass der halbe Rentenversicherungsbeitrag jedenfalls nicht wesentlich unterschritten wird.

## **3. Freiwilliger Zugang zu den gesetzlichen Sozialversicherungssystemen**

a) Eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen *Unfallversicherung* ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII weitgehend möglich. Die Frage stellt sich jedoch für Tagespflegepersonen nicht, da ohnehin – auch bei selbstständiger Tätigkeit – Versicherungs-

---

<sup>271</sup> Die Bezugsgröße bezeichnet ein „allgemeines Durchschnittseinkommen“ aller Arbeitnehmer.

pflicht besteht.

b) In der gesetzlichen *Rentenversicherung* gilt Ähnliches (§ 7 SGB VI). § 7 Abs. 1 SGB VI ermöglicht die freiwillige Mitgliedschaft ab dem 16. Lebensjahr für alle Berufsgruppen und auch unabhängig von jeglicher Berufstätigkeit. Einschränkungen gelten nach § 7 Abs. 2 SGB VI nur für Personen, die versicherungsfrei im Sinne des § 5 SGB VI oder von der Versicherungspflicht befreit nach § 6 SGB VI sind. Zu diesem Personenkreis gehören jedoch selbstständig tätige Personen nicht, für die nicht ausnahmsweise eine Versicherungspflicht nach § 2 SGB VI besteht. Tagespflegepersonen, die wegen der Beschäftigung von Arbeitnehmer/inne/n nicht unter diese Versicherungspflicht fallen, können sich daher in der gesetzlichen Rentenversicherung freiwillig versichern.

c) In der gesetzlichen *Arbeitslosenversicherung* ist die freiwillige Mitgliedschaft zwar neuerdings grundsätzlich möglich, hängt aber von einigen weiteren Voraussetzungen ab. Soweit hier interessierend, ist nach § 28 a Abs. 1 Nr. 2 SGB III Voraussetzung zunächst eine selbstständige Tätigkeit mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich. Außerdem muss, damit die so genannte Versicherungspflicht auf Antrag begründet werden kann, unmittelbar vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit ein Versicherungspflichtverhältnis bestanden haben oder eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III bezogen worden sein. Zudem muss dieser Sachverhalt auch für mindestens zwölf der letzten 24 Monate vor Aufnahme der Tätigkeit bestanden haben (§ 28 a Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 SGB III).<sup>272</sup> Es gibt also im Grunde nur das Recht zur freiwilligen *Weiterversicherung*, nicht zur freiwilligen Versicherung.

d) Auch in der *gesetzlichen Krankenversicherung* besteht kein umfassendes Recht auf freiwillige Versicherung. Wie in der Arbeitslosenversicherung spricht man besser von einer Befugnis zur „*Weiterversicherung*“ auf freiwilliger Basis. Denn die einzelnen Tatbestände des § 9 SGB V setzen durchweg voraus, dass entweder eine andere Form der (Pflicht-)Mitgliedschaft bestanden hat oder der Selbstständige erstmals eine nicht versicherungspflichtige Beschäftigung aufnimmt. Grundgedanke der Möglichkeit zur freiwilligen Versicherung ist somit weniger das soziale Schutzbedürfnis als vielmehr eine notwendige Ergänzung zu einer vorangegangenen Pflichtversicherung: Wenn der Gesetzgeber in dem Katalog der Pflichtversicherung nach § 5 Abs. 1 SGB V zahlreiche Personengruppen für längere Zeit der Versicherungspflicht unter-

---

<sup>272</sup> Im Einzelnen dazu *Fuchs*, in: Gagel, SGB III – Arbeitsförderung, Stand: Jun. 2006, § 28 a.

wirft, darf er sie nicht schutzlos lassen, wenn die Versicherungspflicht endet.<sup>273</sup>

e) In der gesetzlichen *Pflegeversicherung* bestanden nach § 26 a SGB XI zunächst umfassende, freiwillige Beitrittsmöglichkeiten. Seit 1. Juli 2002 besteht ein solches Beitrittsrecht aber nur noch für nicht pflegeversicherte Personen, die als Zuwanderer oder Auslandsrückkehrer keinen sonstigen Tatbestand der Versicherungspflicht erfüllen und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 26 a Abs. 3 S. 1 SGB XI). Dies wird für Tagespflegepersonen im Regelfall nicht erfüllt sein. Sie können daher ebenfalls nur eine bestehende Versicherung aufrechterhalten.

#### **4. Zusammenfassung der Analyse zum Sozialversicherungsrecht**

##### **a) Unfallversicherung**

Es ist rechtlich unzutreffend, den Arbeitgeberbegriff in einen arbeitsrechtlichen Teil und einen sozialrechtlichen Teil aufzuspalten und dem Jugendamt mit dieser Begründung die sozialrechtlichen Arbeitgeberfunktionen zuzuweisen.

Auch selbstständige Tagespflegepersonen sind regelmäßig in der gesetzlichen Unfallversicherung pflichtversichert (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII).

Längere Zeiten ohne Betreuung von Kindern entbinden das Jugendamt zugleich von der Pflicht zur Erstattung der Beiträge zur Unfallversicherung.

##### **b) Rentenversicherung**

Es ist rechtmäßig, wenn das Jugendamt zur Vermeidung von Bagatellerstattungen einen Mindestumfang der Tätigkeit in der Tagespflege verlangt. Allerdings darf die Grenze nicht erst bei 15 oder gar 20 Stunden pro Woche angesetzt werden, sondern die Grenze ist in Übereinstimmung mit der Geringfügigkeitsgrenze des § 8 SGB IV (Entgelt nicht über 400 €/Monat oder maximal 50 Tage im Jahr) zu definieren.

Selbstständige Tagespflegepersonen unterliegen der Rentenversicherungspflicht, sofern sie im Wesentlichen allein arbeiten, d. h., keine Arbeitnehmer/innen beschäftigen, die zusammen die Geringfügigkeitsgrenze nach § 8 SGB IV übertreffen.

Besteht Rentenversicherungspflicht, so braucht das Jugendamt weitere, private Altersvorsorgemaßnahmen der Tagespflegeperson nicht zusätzlich bei seiner Erstattung zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung ist nur bei Personen erforderlich, die nicht

---

<sup>273</sup> Peters, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand: Sept. 2006, § 9 SGB V Rn. 2.



pflichtversichert sind. Die Maßnahme muss dann die generelle Eignung zur Altersvorsorge besitzen. Der Höhe nach ist die Erstattung freilich auch in diesem Fall auf die Beitragssätze der gesetzlichen Rentenversicherung beschränkt.

Pauschalierte Erstattungen sind nur dann zulässig, wenn die Beträge in der Nähe der tatsächlichen Beitragshöhe zur gesetzlichen Rentenversicherung liegen.

## VIII. Kostenbeteiligung der Erziehungsberechtigten

### 1. Kriterien für die Höhe der Kostenbeteiligung allgemein

Mit dem KICK wurde die Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung von Kosten- und Teilnahmebeiträgen bei Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII) um die Kindertagespflege ergänzt.<sup>274</sup> Damit ist auch für Kindertagespflege die einkommensabhängige Leistungsgewährung ausgeschlossen und durch eine pauschalierte Kostenbeteiligung abgelöst.<sup>275</sup> § 90 Abs. 1 S. 1 SGB VIII befugt den Träger der öffentlichen Jugendhilfe unmittelbar, Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge zu erheben.<sup>276</sup>

Vorgaben zur Höhe der Teilnahme- bzw. Kostenbeiträge macht die bundesgesetzliche Regelung des § 90 SGB VIII nicht. Bei der Bemessung der Beitragshöhe ist den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen ihres kommunalen Satzungsrechts ein weiter Handlungsspielraum eingeräumt.<sup>277</sup> Dieser findet seine Grenzen zum einen in der Zielsetzung der Vorschriften des Kinder- und Jugendhilferechts, dessen Belange gegenüber dem allgemeinen Gebührenrecht vorgehen. Somit hat das Kindeswohl auch bei der Kostenbeteiligung einen eigenen Stellenwert.<sup>278</sup> Zum anderen ist der Handlungsspielraum durch Grundrechte der Betroffenen eingeschränkt.<sup>279</sup>

Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich zum einen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Grundrechtlich geforderte Gleichbehandlung bedeutet dabei nicht etwa nur, alles, was im Wesentlichen gleich ist, gleich zu behandeln, sondern auch, wesentlich Ungleiches tatsächlich ungleich zu behandeln.<sup>280</sup> Be-

<sup>274</sup> Diese war zuvor in § 91 Abs. 2 SGB VIII geregelt.

<sup>275</sup> Wiesner, in: ders., SGB VIII (Fn. 56), § 90 Rn. 3.

<sup>276</sup> BVerwG, UrT. v. 25. April 1997 – 5 C 6.96 (zit. nach juris).

<sup>277</sup> Struck, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 11.

<sup>278</sup> OVG BR NVwZ 1999, 64. – Im Hinblick darauf werden Teilnahme- und Kostenbeiträge gem. § 90 Abs. 1 SGB VIII auch als „sozialrechtliche Abgaben eigener Art“ bezeichnet (BVerwG, UrT. v. 25. April 1997 – 5 C 6.96 (zit. nach juris)).

<sup>279</sup> Vgl. z B. BVerfG, BeschL. v. 6. Februar 1979 – BvL 5/76 = NJW 1979, 1345.

<sup>280</sup> Osterloh, in: Sachs, GG, 1999, Art. 3 Rn. 1 ff.

zogen auf die Erhebung von Teilnahme- bzw. Kostenbeiträgen bedeutet dies, dass sich die Beiträge an den de facto anfallenden Kosten orientieren müssen. Außerdem darf sich die Verknüpfung zwischen den Kosten der Leistung und den dafür auferlegten Beiträgen nicht in einer Weise gestalten, die sich – bezogen auf den Zweck der gänzlichen oder teilweisen Kostendeckung – unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt mehr als sachgemäß erweist.<sup>281</sup> Aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass die mit der Beitragsregelung verfolgten Zwecke nicht außer Verhältnis zum Beitrag stehen dürfen, der dem/der Bürger/in auferlegt wird. Alle mit einer Beitragsregelung verfolgten verfassungsrechtlich zulässigen Zwecke müssen als Abwägungsfaktoren in die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung einbezogen werden.<sup>282</sup>

Aus Sicht des Kinder- und Jugendhilferechts ist zu beachten, dass der Gesetzgeber die Kindertagespflege zu einem der Betreuung in Einrichtungen gleichrangigen Angebot (insbesondere für die unter 3-Jährigen) aufwerten wollte.<sup>283</sup> Spiegelbildlich zur Gleichbehandlung bzw. Annäherung von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege in Fragen der Qualifizierung und des Ausbaus sollte dies auch hinsichtlich der finanziellen Belastung gelten.<sup>284</sup>

Für die Bemessung der Höhe der Teilnahme- bzw. Kostenbeiträge ist die Höhe der anfallenden Kosten entscheidend, die durch den Beitrag mitgetragen werden sollen. Je stärker die Leistung im öffentlichen Interesse liegt, desto weniger wird die Höhe der Teilnahmebeiträge von der tatsächlichen Inanspruchnahme abhängen.<sup>285</sup> Außerdem dürften die Kostenbeiträge schon aus verwaltungspraktischen Erwägungen heraus so zu gestalten, dass sie im Regelfall von den Eltern getragen werden können, ohne dass sich die Frage der zumutbaren Belastung nach § 90 Abs. 3 und 4 SGB VIII stellt.<sup>286</sup>

Keinesfalls darf der Kostenbeitrag höher ausfallen als Kosten anfallen. Aufgrund der sozialrechtlichen Leistungsverpflichtung wird dies jedoch nur ausnahmsweise eine zulässige Obergrenze darstellen. Insbesondere stellt sich die Frage, inwiefern der Kostenbeitrag für die Inanspruchnahme von Förderung in Kindertagespflege in Relation

---

<sup>281</sup> BVerfG, Beschl. v. 6. Februar 1979 – BvL 5/76 = NJW 1979, 1345.

<sup>282</sup> BVerfG, Beschl. v. 6. Februar 1979 – BvL 5/76 = NJW 1979, 1345.

<sup>283</sup> Hierzu *Struck*, in: Wiesner, SGB VIII (Fn. 56), § 23 Rn. 2.

<sup>284</sup> *Wiesner*, in: ders., SGB VIII (Fn. 56), § 90 Rn. 5b.

<sup>285</sup> BVerwG, Urt. v. 25. April 1997 – 5 C 6.96 (zit. nach juris).

<sup>286</sup> OVG BR NVwZ 1999, 64.

zu setzen ist zur – sehr viel kostenintensiveren – Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen.

## 2. Vergleich zum Kostenbeitrag bei Förderung in Kindertageseinrichtungen

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 90 SGB VIII soll sich die Höhe der Beiträge für die Förderung in Kindertagespflege an der Höhe der Beiträge für die Betreuung in Tageseinrichtungen orientieren.<sup>287</sup> Daraus ergibt sich nicht zwingend, dass die Beitragshöhen für Tageseinrichtungen oder Kindertagespflege identisch sein müssen. Die unterschiedlichen Leistungen unter Berücksichtigung des zeitlichen Umfangs, der Qualität und Flexibilität sowie die Kosten für die unterschiedlichen Leistungen können bei der Beitragsbemessung Berücksichtigung finden.<sup>288</sup>

Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass die tatsächlichen Kosten für Plätze in Tageseinrichtungen um Einiges höher liegen als die Kosten für einen Platz in Kindertagespflege.<sup>289</sup> Dies wirkt sich allerdings mitunter nicht in gleicher Weise auf die kommunalen Haushalte aus, da Tageseinrichtungen teilweise in erheblichem Umfang aus Landesmitteln gefördert werden,<sup>290</sup> was für Plätze in Kindertagespflege so nicht immer gilt. Für die Frage nach der Höhe der Kostenbeiträge darf diese unterschiedliche Kostenverteilung zwischen Land und Kommunen jedoch keine Rolle spielen.

Daher dürfte nicht mehr zulässig sein, wenn die fehlende Förderung aus Landesmitteln sich in der Form auswirkt, dass die Beitragsbemessung für Tageseinrichtungen und Kindertagespflege in der Praxis vor Ort teilweise hohe Unterschiede hervorbringt und in der Konsequenz die Kosten und Teilnahmebeiträge für Förderung in Kindertagespflege mitunter sogar sehr viel höher ausfallen als für Förderung in Kindertageseinrichtungen.<sup>291</sup> Eine solche Gestaltung der Kostenbeiträge liefe auch der angestrebten Gleichrangigkeit zuwider, da damit die bestehende Attraktivität, die das Angebot der Kindertagespflege für Eltern hat, über die Höhe der Kosten wieder teilweise geschmälert würde. Auch in diesem Zusammenhang muss die Zielsetzung des TAG einer

---

<sup>287</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 41

<sup>288</sup> BVerwG NVwZ 1995, 173.

<sup>289</sup> Der Gesetzgeber hat dem Kostentableau in der Gesetzesbegründung zum TAG einen mittleren Wert in Höhe von 12.000 €/Jahr für einen Platz in einer Kindertageseinrichtung in Westdeutschland zugrunde gelegt, für die Förderung in Kindertagespflege Kosten in Höhe von 7.152 €/Jahr; BT-Drucks. 15/3676, S. 45.

<sup>290</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274.

<sup>291</sup> Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 237.

strukturellen Gleichwertigkeit einer Förderung in Kindertagespflege und in Tageseinrichtungen berücksichtigt werden.<sup>292</sup>

Denkbar ist allerdings, dass eine unterschiedliche Beitragsbemessung durch unterschiedliche Leistungsansprüche bedingt ist. So hat ein 3-jähriges Vorschulkind Anspruch auf einen Platz in einer Kindertageseinrichtung (§ 24 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Bei der bedarfsgerechten Vorhaltung von Plätzen in Kindertagespflege (§ 24 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 SGB VIII) handelt es sich dagegen um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, auf die kein individueller Rechtsanspruch besteht.<sup>293</sup> Da der Gesetzgeber auf der Leistungsebene unterschiedliche Aussagen in Bezug auf die staatliche Verpflichtung getroffen hat, dürfte – bei entsprechender kommunalpolitischer Entscheidung – dies in zumindest moderater Weise bei der Beitragshöhe berücksichtigt werden, muss aber nicht.

### **3. Beitragsstaffelung durch kommunale Satzung oder Landesrecht?**

Die Umfrage bei den Jugendämtern hat ergeben, dass die Kostenbeiträge für die Inanspruchnahme von Kindertagespflege in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle (93 %) gestaffelt werden. Der Gesetzeswortlaut ermächtigt zur Staffelung der Teilnahme- oder Kostenbeiträge durch Landesrecht dem Wortlaut nach nur für die Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen (§ 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).

In der Literatur wird allgemein davon ausgegangen, dass dies ein redaktionelles Versehen darstellt.<sup>294</sup> Denn im ersten Gesetzesentwurf zum TAG war eine Staffelung der Teilnahmebeiträge sowohl für Tageseinrichtungen als auch für Kindertagespflege vorgesehen<sup>295</sup> – was allerdings auch gerade gegen ein redaktionelles Versehen sprechen könnte. Ohne Begründung wurde die Kindertagespflege in der verabschiedeten Gesetzesfassung nicht mehr erwähnt.<sup>296</sup> Mehrheitlich wird daraus der Schluss gezogen, dass eine landesrechtliche Regelung zur Beitragsstaffelung bei Kin-

---

<sup>292</sup> DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 237.

<sup>293</sup> Schmid/Wiesner ZfJ 2005, 274.

<sup>294</sup> Stähr, in: Hauck/Noftz, Stand: Mai 2006, § 90 Rn. 13e; Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 90 Rn. 12.

<sup>295</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/3676, S. 15, 41. – Im ursprünglichen Entwurf zur Änderung des § 90 SGB VIII war eine soziale Staffelung nach Einkommen der Eltern und Zahl der Kinder vorgesehen, so dass es einer landesrechtlichen Regelung nur für andere Staffelungskriterien bedurfte (Wiesner, in: ders., SGB VIII [Fn. 56], § 90 Rn. 13).

<sup>296</sup> BT-Drucks. 15/5616; Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 90 Rn. 12.

dertagespflege nicht möglich ist und der Gesetzgeber aufgefordert ist, das Gesetz zu korrigieren.<sup>297</sup>

Nach vereinzelter Ansicht bedeutet die Formulierung in § 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII hingegen keine bundesrechtliche Sperre für landesrechtlichen Regelungen zur Staffelung der Teilnahmebeiträge in Kindertagespflege. Eine ausdrückliche Ermächtigung hätte nur eine klarstellende Funktion, da sich bei Kindertagespflege als individualisiertes Angebot außerhalb von Einrichtungen keine Abgrenzungsfragen zum kommunalen Abgaberecht stellen.<sup>298</sup> Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass die individuelle Leistungsfähigkeit der Pflichtigen keine Beachtung finden darf, wenn gesetzlich keine Ermächtigung zu einer Staffelung vorgesehen ist. Denn die Teilnahmemöhe muss für die Inanspruchnahme gleicher Leistungen gleich sein.<sup>299</sup> Daraus folgt, dass nach der aktuellen Gesetzeslage eine Staffelung der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge für Kindertagespflege nicht zulässig ist.

Die fehlende bundesgesetzliche Möglichkeit zur Staffelung der Kostenbeiträge für Kindertagespflege hat auch Konsequenzen für das Landesrecht, das gelegentlich eine Staffelung von Kostenbeiträgen ausdrücklich vorsieht.<sup>300</sup> Diese dürften vor dem Hintergrund des § 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII gegen Bundesrecht verstoßen und damit ungültig sein. Da die Kinderbetreuung der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Art. 72 Abs. 1 GG dem Bundesgesetzgeber unterliegt,<sup>301</sup> kann der Landesgesetzgeber zwar grundsätzlich konkretisierende Regelungen erlassen, wozu auch Staffelungsregelungen gehören. Aber diese Regelungen sind nur zulässig, wenn das Bundesrecht insofern keine abschließende Regelung enthält. Aus dem Wortlaut des § 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII, der die Möglichkeit zur Staffelung von Kostenbeiträgen explizit nur für Tageseinrichtungen zulässt, muss allerdings geschlossen werden, dass diese für Kindertagespflege ausgeschlossen ist. Selbst wenn insofern ein gesetzgeberisches Versehen vorliegen sollte, hat sich dieses nicht im Wortlaut der Norm niedergeschlagen und kann daher auch bei der Auslegung der Norm keine Beachtung finden.

Wegen des eindeutigen Wortlauts des § 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII ist die Möglichkeit einer Staffelung der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge durch Landesrecht ausgeschlossen (Art. 31 GG). Landesrechtliche Regelungen, die eine Staffelung vorsehen, versto-

<sup>297</sup> Münder u. a., FK-SGB VIII (Fn. 57), § 90 Rn. 12; Wiesner, in: ders., SGB VIII (Fn. 56), § 90 Rn. 13.

<sup>298</sup> Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII (Fn. 294), § 90 Rn. 13e.

<sup>299</sup> BVerwG, Urt. v. 25. April 1997 – 5 C 6.96 (zit. nach juris).

<sup>300</sup> Brandenburg (§ 18 Abs. 2 i. V. m. § 17 KitaG BB); Berlin (§ 27 Abs. 1 KitaG BE i. V. m. KTKBGAnlage 1); Hamburg (§ 23 Abs. 2 KitaG HH i. V. m. TeilnahmebeitragsV) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 21 Abs. 2 KiföG MV).

<sup>301</sup> BVerfG, Beschl. v. 10. März 1998 – 1 BvR 178/97 = ZfJ 2000, 21 (22).

Ben – selbst wenn sie älter sind als § 90 SGB VIII – gegen Bundesrecht und dürften nicht angewendet werden.

#### **4. Reduzierung der laufenden Geldleistung um den Kostenbeitrag?**

Unabhängig davon, wem der Anspruch auf die Geldleistung nach § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII zusteht, gibt es sehr unterschiedliche Praxis, auf welchem Weg das Geld vom öffentlichen Träger zur Tagespflegeperson kommt. Die gängigen Varianten sind oben im empirischen Teil dargestellt.<sup>302</sup>

Erfahrungen der Praxis zeigen, dass die Zahlungsmoral der Eltern gegenüber der Tagespflegeperson mitunter besser ist als gegenüber dem Jugendamt. Daher praktizieren die Jugendämter nicht selten Folgendes: Das Jugendamt zahlt die laufende Geldleistung (§ 23 Abs. 1 SGB VIII) an die Tagespflegeperson abzüglich des Betrags, der dem Kostenbeitrag entspricht, welchen das Jugendamt bei den Eltern erheben kann (§ 90 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII [ggf. auch i. V. m. der kommunalen Satzung]). Gleichzeitig wird der Anspruch auf Geltendmachung des Kostenbeitrags an die Tagespflegeperson abgetreten. Dies bedeutet, die Einziehung des Kostenbeitrags bei den Eltern muss von der Tagespflegeperson statt vom Jugendamt übernommen werden.

In Hamburg ist durch Landesrecht sogar ein gesetzlicher Forderungsübergang normiert. Mit der Bewilligung des Tagespflegegelds geht dort der Kostenbeitrag kraft Gesetzes und damit automatisch auf die Tagespflegeperson über (§ 23 Abs. 2 S. 2 KitaG HH).

##### **a) Vorleistungspflicht des Jugendhilfeträgers**

Das Jugendamt ist seit dem KICK verpflichtet, die laufende Geldleistung für Förderung in Kindertagespflege unabhängig vom Einkommen der Eltern zu zahlen.<sup>303</sup> Entscheidend für die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Jugendamts, die Inanspruchnahme von Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege zu ermöglichen, ist der gesetzlich festgelegte Bedarf des Kindes (§ 24 SGB VIII). Nach dessen Feststellung trägt das Jugendamt die Kosten der Tagesbetreuung und zieht die Eltern anschließend zu einem Elternbeitrag heran.<sup>304</sup> Der Träger der öffentlichen Jugendhil-

---

<sup>302</sup> Siehe oben S. 19 ff.

<sup>303</sup> Ausführlich hierzu DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 451; JAmt 2005, 514; JAmt 2006, 348.

<sup>304</sup> *Struck*, in: *Wiesner, SGB VIII (Fn. 56)*, § 23 Rn. 20; *Schmid/Wiesner ZfJ* 2005, 274 (276).

fe muss daher auch bei der Kindertagespflege in Vorleistung treten; die so genannte „erweiterte Hilfe“ gehört der Vergangenheit an.<sup>305</sup>

### **b) Forderungsabtretung aufgrund öffentlich-rechtlichen Vertrags?**

In Hamburg normiert Landesrecht den Forderungsübergang. In den übrigen Ländern müssen Forderungsabtretungen in Höhe des Kostenbeitrags vertraglich vereinbart werden.

Der Anspruch der Tagespflegeperson auf die laufende Geldleistung ist öffentlich-rechtlicher Natur. Die Rechtsbeziehungen in Bezug auf diesen Anspruch und die Förderungsleistung der Tagespflegeperson als Leistungserbringerin können daher entweder durch Verwaltungsakt (§ 31 S. 2 SGB X) oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 53 Abs. 1 SGB X) geregelt werden.<sup>306</sup>

Wenn sich Jugendamt und Tagespflegeperson über die Ausgestaltung ihrer gegenseitigen Verpflichtungen auf der Grundlage von §§ 22, 23 SGB VIII einigen, begründen oder ändern sie aus juristischer Sicht ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Wählen sie dabei die Schriftform (§ 56 SGB X), schließen sie einen möglicherweise wirksamen öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 53 Abs. 1 S. 1 SGB X).

### **c) Zulässigkeit der reduzierten Zahlung?**

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über Sozialleistungen kann nur geschlossen werden, soweit die Gewährung der Leistung im Ermessen des Leistungsträgers steht (§ 53 Abs. 2 SGB X). Zwar räumt § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe kein Ermessen ein. Aber die laufende Geldleistung ist keine Sozialleistung. Es fehlt an dem Hauptmerkmal der direkten und individuellen Begünstigung einer Person, die einen im Sozialrecht definierten Bedarf hat.<sup>307</sup> Nicht die Tagespflegeperson als Leistungserbringer, sondern das Kind oder die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten haben den Betreuungsbedarf.

Die Vereinbarung, in der sich die Tagespflegeperson verpflichtet, für das Jugendamt als Leistungsträger eine Leistung zu erbringen, und das Jugendamt im Gegenzug der Tagespflegeperson die Zahlung einer laufenden Geldleistung verspricht, ist ein grundsätzlich zulässiger öffentlich-rechtlicher Austauschvertrag (§ 55 Abs. 1 S. 1 SGB X).

---

<sup>305</sup> DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2006, 348.

<sup>306</sup> *Engelmann*, in: von Wulffen, SGB X, 5. Aufl. 2005, § 53 Rn. 7.

<sup>307</sup> *Hauck*, in: ders./Noftz, SGB I, Stand: Feb. 1997, § 11 Rn. 5.

Besteht jedoch auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsakts Inhalt einer Nebenbestimmung sein könnte (§ 55 Abs. 2 SGB X). Es stellt sich die Frage, ob eine Reduzierung der laufenden Geldleistung unter Abtretung eines Anspruchs gegenüber den Kostenbeitragspflichtigen in Höhe der Restforderung zulässig ist. Ein Teil der Geldleistung wird durch eine Forderungsabtretung ersetzt. Der Anspruch der Tagespflegeperson soll damit vollständig erfüllt sein (vgl. § 364 Abs. 1 BGB<sup>308</sup>).

Die Tagespflegeperson als Leistungserbringerin schuldet dem Leistungsträger die Förderung nach §§ 22, 23 SGB VIII. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe schuldet der Tagespflegeperson die laufende Geldleistung. Mit einer Forderungsabtretung soll eine weitere Aufgabe des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe auf die Tagespflegeperson verlagert werden: die Beitreibung des Kostenbeitrags nach § 90 SGB VIII.

Diese zusätzliche „Gegenleistung“ könnte das Jugendamt nicht einseitig durch Verwaltungsakt anordnen, denn die Beitreibung von Kostenbeiträgen zählt zum einen nicht zur Leistungserbringung bei Kindertagespflege und zum anderen hat die Tagespflegeperson einen gesetzlichen Anspruch auf die volle Geldleistung nach § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII. Es ist daher unzulässig, das Risiko der Durchsetzung der Forderung auf die Tagespflegeperson zu übertragen. Da der Anspruch über die laufende Geldleistung unbedingt besteht, dürfte die Forderungsabtretung in einem entsprechenden Verwaltungsakt nicht als Nebenbestimmung festgesetzt werden (§ 55 Abs. 2 SGB X). Eine solche ist bei der gebundenen Verwaltung nur zulässig, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden (§ 32 SGB X). Beides ist hier nicht der Fall. Die Vereinbarung einer Forderungsabtretung ist daher zumindest dann nach § 55 Abs. 2 SGB X unzulässig, wenn damit der Anspruch der Tagespflegeperson als erfüllt angesehen wird.

#### **d) Anforderungen an die Zulässigkeit einer Forderungsabtretung**

Die Bedenken gegen eine Erfüllung des Anspruchs auf laufende Geldleistung durch Forderungsabtretung könnten möglicherweise durch eine Leistung erfüllungshalber ausgeräumt werden (vgl. § 364 Abs. 2 BGB). Danach bleibt die ursprüngliche Forderung nach h. M. so lange gestundet, bis sie vom Drittschuldner erfüllt wird oder der Versuch der Befriedigung scheitert.<sup>309</sup> Übertragen auf die Forderungsabtretung in

<sup>308</sup> Hierzu *Olzen*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1995, § 364 Rn. 5 f.

<sup>309</sup> Hierzu *Olzen*, in: Staudinger, BGB (Fn. 308), § 364 Rn. 26.



Höhe des Kostenbeitrags würde der Anspruch der Tagespflegeperson gegen das Jugendamt in dieser – noch nicht erfüllten – Höhe bestehen bleiben. Scheitert die Realisierung der Forderung bei den Eltern, bleibt die Geltendmachung gegenüber dem Jugendamt unbenommen. Auf diese Weise wird das Risiko der Durchsetzung der Forderung nicht auf die Tagespflegeperson verlagert.

Wird die laufende Geldleistung hierbei jedoch in gleicher Höhe reduziert wie die abgetretene Kostenbeitragsforderung, erwachsen der Tagespflegeperson daraus nur weitere Aufgaben, zu deren Erledigung eigentlich der Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet ist. Ihr wird schlicht auferlegt, die restliche Höhe der laufenden Geldleistung von den Kostenbeitragspflichtigen einzutreiben. Einen finanziellen oder sonstigen Vorteil hat die Tagespflegeperson dabei nicht.

Es ergeben sich für sie allerdings Nachteile, weil sie sich zwei Gläubigern gegenüber sieht. Der Gewinn läge allein beim Jugendamt, das den Verwaltungsaufwand bei der Einziehung des Kostenbeitrags spart. Da der Anspruch der Tagespflegeperson auf die laufende Geldleistung für die Förderung nicht von der zusätzlich Bereitschaft zur Übernahme von Aufgaben der Geltendmachung von Kostenbeiträgen abhängig ist, könnte dies auch nicht in einem Verwaltungsakt vereinbart werden. Ein entsprechender öffentlich-rechtlicher Vertrag wäre daher rechtswidrig (§ 55 Abs. 2 SGB X).

Allerdings könnte ein Ausgleich geschaffen werden, indem den Tagespflegepersonen ein Anreiz gegeben wird, sich auf eine solche Forderungsabtretung einzulassen. Die laufende Geldleistung dürfte dabei nicht in voller Höhe des Kostenbeitrags reduziert werden. Auf diese Erhöhung hat die Tagespflegeperson keinen Anspruch und § 55 Abs. 2 SGB X wäre damit nicht einschlägig. Die Gegenleistung für die Unterstützung des Jugendamts bei der Beitreibung des Kostenbeitrags müsste lediglich angemessen sein (§ 55 Abs. 1 SGB X). Hierzu fehlen bislang Erfahrungswerte und Orientierungsgrößen.

#### **e) Unzulässigkeit der gesetzlichen Forderungsabtretung durch Landesrecht**

Ein landesrechtlich normierter Forderungsübergang verkürzt den bundesrechtlich unbeschränkt eingeräumten Anspruch der Tagespflegeperson aus § 23 Abs. 1 SGB VIII aus den dargelegten Gründen in unzulässiger Weise. Die landesgesetzliche Verlagerung sowohl der Aufgaben aus § 90 SGB VIII als auch des Risikos der Realisierung des Kostenbeitrags auf die Tagespflegeperson verstößt daher gegen Bundesrecht. Entsprechende landesrechtliche Vorschriften sind ungültig (Art. 31 GG).

## **5. Zusammenfassung der Analyse zur Kostenbeteiligung**

Die Höhe der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge für die Förderung von Kindern in Kindertagespflege ist in Relation der Kostenbeteiligung bei der Förderung in Tageseinrichtung zu setzen. In Anbetracht der Gleichrangigkeit des Angebots und der niedrigeren Kosten im Vergleich zur Förderung in Tageseinrichtungen darf für die Kindertagespflege regelmäßig keine höhere Kostenbeteiligung gefordert werden. Bei der Bemessung der Beitragshöhe kann moderate Berücksichtigung finden, ob ein Rechtsanspruch auf bzw. eine Rechtspflicht zur Förderung besteht oder nicht.

Nach derzeitiger Rechtslage (§ 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII) ist bei der Kindertagespflege eine Staffelung der Kostenbeiträge weder durch kommunale Satzung noch durch Landesrecht zulässig.

Die Förderung in Kindertagespflege darf nicht vom Einkommen der Eltern abhängig gemacht werden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen sind die Leistungen zu gewähren. Erst anschließend kann die Eigenverantwortung im Wege eines Kostenbeitrags eingefordert werden. Die Praxis der „erweiterten Hilfe“ ist rechtswidrig.

Auch die Praxis, der Tagespflegeperson die laufende Geldleistung nur abzüglich des Kostenbeitrags auszuzahlen, ihr die Kostenbeitragsforderung abzutreten und sie in dieser Höhe auf die Geltendmachung gegenüber den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zu verweisen, ist mit dem Recht nicht vereinbar. Eine solche Reduzierung ist nur dann zulässig, wenn das Risiko der Realisierbarkeit des Kostenbeitrags beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe verbleibt und wenn der Tagespflegeperson ein angemessener finanzieller Ausgleich dafür gewährt wird, dass sie die Aufgabe des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe übernimmt, den Kostenbeitrag beizutreiben. Landesgesetzliche Forderungsabtretungen – mit entsprechender Aufgaben- und Risikoverlagerung – verstoßen gegen Bundesrecht und sind daher ungültig.

## **IX. Perspektiven qualitätsorientierter Finanzierung von Kindertagespflege**

### **1. Anstellungsverhältnis bei den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten**

#### **a) Rechtliche Spielräume**

Betreut eine Tagespflegeperson ein Kind oder mehrere Kinder aus lediglich einer Familie, so steht sie regelmäßig in einem meldepflichtigen Anstellungsverhältnis mit den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts grundsätzlich sowohl bei einer Betreuung im Haushalt der Kinder als auch bei einer Betreuung im Haushalt der Tagespflegeperson.<sup>310</sup>

Es besteht gesetzlicher Unfall- und Rentenversicherungsschutz. Die Tagespflegeperson hat Anspruch auf Erstattung der Beiträge zur gesetzlichen Unfall- und hälftig zur Rentenversicherung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII), unabhängig davon, ob ergänzend eine private Unfallversicherung oder zusätzliche Altersvorsorge betrieben wird.<sup>311</sup>

Der Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) sowie die Erstattung von Aufwendungen für Beiträge zur Unfallversicherung und hälftig zur Alterssicherung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) ist steuerpflichtig – zumindest soweit sie die Aufwendungen für das Kind überschreiten. Hinsichtlich der steuerfreien Höhe können die von den regionalen Finanzverwaltungen als Betriebsausgaben/Werbungskosten anerkannten Pauschalen einen Anhaltspunkt bilden. Die Steuerpflicht gilt unabhängig davon, ob das Geld auf dem Umweg über die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten oder einen Träger der freien Jugendhilfe ausgezahlt wird.<sup>312</sup> Zahlen die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zusätzlich zur laufenden Geldleistung nach § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII eine weitere Vergütung, richtet sich das steuerpflichtige Einkommen nach dem Gesamtbetrag.

In der Konsequenz ist die Einkommensteuer auf den Beitrag des Jugendamts zur Vergütung vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe insbesondere dann gegen zu finan-

---

<sup>310</sup> Hierzu ausführlich oben S. 50 ff.; zur selbstständigen Tätigkeit als Einzelperson siehe unten S. 118 ff.

<sup>311</sup> Hierzu siehe oben S. 93 und 102.

<sup>312</sup> Hierzu siehe oben S. 73 ff.

zieren, wenn andernfalls die Mindesthöhe für den angemessenen Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung unterschritten würde.<sup>313</sup>

§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII fordert, dass der Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung in jedem Einzelfall „angemessen“ ist. Folglich muss die Vergütung – gemessen an einer (ggf. hypothetisch) vollschichtigen Tätigkeit – existenzsichernd sein. Als Orientierung wird das monatliche Mindesteinkommen dabei spürbar über den Beträgen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II bzw. SGB XII anzusiedeln sein.<sup>314</sup>

Die allgemein verbreitete Vergütungspraxis, wonach der Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung additiv für jedes (weitere) betreute Kind in gleicher Höhe steigt, lässt in unzulässiger Weise den Faktor Arbeitszeit vollständig außer acht, ist daher nicht angemessen und rechtswidrig. Es werden Finanzierungssysteme zu entwickeln sein, wonach für das erste Kind ein Sockelbetrag gezahlt wird und für weitere Kinder je ein entsprechend niedrigerer Aufschlag.<sup>315</sup>

Die Pauschalierung des monatlichen oder wöchentlichen Stundenumfangs ist grundsätzlich zulässig, darf allerdings nicht zu grob sein, was etwa bei einer Differenzierung in nur zwei Stufen der Fall ist, und bedarf einer gesetzlichen Grundlage im Landesrecht oder in kommunaler Satzung.<sup>316</sup>

Die Gewährung der laufenden Geldleistung, auf welche die Tagespflegeperson einen Anspruch hat, darf nicht von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten abhängig gemacht werden. Vielmehr besteht eine Vorleistungspflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und die anschließende Möglichkeit, nach § 90 SGB VIII eine Kostenbeteiligung geltend zu machen.<sup>317</sup> Die Höhe der Kostenbeiträge muss dabei das Verhältnis zur Höhe der Kosten- bzw. Teilnahmebeiträgen für die Förderung in Tageseinrichtungen im Blick behalten. Sind die Kosten eines Platzes in einer Tageseinrichtung höher als in Tagespflege – was regelmäßig der Fall ist<sup>318</sup> –, so darf auch der Kostenbeitrag für die Tagespflege den für die Förderung in der Tageseinrichtung grundsätzlich nicht übersteigen. Dies gilt

---

<sup>313</sup> Hierzu siehe oben S. 37 ff.

<sup>314</sup> Hierzu siehe oben S. 37 ff.

<sup>315</sup> Hierzu siehe oben S. 40 f.

<sup>316</sup> Hierzu siehe oben S. 41 f.

<sup>317</sup> Hierzu siehe oben S. 110.

<sup>318</sup> Siehe oben Fn. 289.

unabhängig davon, ob bzw. zu welchen Anteilen die Finanzierung durch das Land oder den kommunalen Träger erfolgt.<sup>319</sup>

Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann die Tagespflegeperson damit beauftragen, den Kostenbeitrag direkt von den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten einzutreiben. Eine solche Aufgabenübertragung auf die Tagespflegeperson ist jedoch nur zulässig, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hierfür einen angemessenen finanziellen Ausgleich gewährt und die laufende Geldleistung entsprechend erhöht. Eine Reduzierung des Auszahlungsbetrags um die volle Höhe des Kostenbeitrags ist unzulässig. Zudem darf die betreffende Forderungsabtretung das Risiko der Realisierbarkeit des Kostenbeitrags nicht vollständig auf die Tagespflegeperson verlagern. Scheitert der Versuch, die Forderung einzuziehen, lebt der Anspruch der Tagespflegeperson auf die volle laufende Geldleistung wieder auf.<sup>320</sup>

Eine Beitragsstaffelung ist nach derzeitiger Rechtslage aber weder aufgrund von Landesrecht noch kommunaler Satzung möglich (vgl. § 90 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).<sup>321</sup>

#### **b) Qualitätsorientierte Finanzierung**

Begehren Tagespflegepersonen, die bei Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten angestellt sind, vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe laufende Geldleistungen, so müssen sie die Anforderungen an die Qualität aus § 23 Abs. 3 SGB VIII erfüllen. Aber auch wenn das Jugendamt bei der Finanzierung außen vor bleibt, unterliegen sie ab einem wöchentlichen Zeitumfang von 15 Stunden der Erlaubnispflicht und damit den Qualitätserfordernissen des § 43 Abs. 3 SGB VIII.<sup>322</sup>

Der Beitrag des Jugendamts zur Anerkennung der Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) kann je nach Qualifikation und/oder Kompetenz gestaffelt werden. Die jeweiligen Stufen können an der Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen anknüpfen, etwa orientiert am DJI-Curriculum und den Empfehlungen des Deutschen Vereins an einer 160 Stunden umfassenden Grundausbildung und kontinuierlicher Weiterbildung. Weitere Stufen könnten vorgesehen sein, wenn Fachkräfte (Erzieher/innen, Pädagog/inn/en etc.) als Tagespflegeperson tätig sind. Denkbar ist auch, die Kompetenz einer Tagespflegeperson aufgrund einer Einzelfallprüfung als erhöht vergütungswürdig anzuerkennen. In jedem Fall bedarf eine qualitätsorientierte Staffe-

---

<sup>319</sup> Hierzu siehe oben S. 107 ff.

<sup>320</sup> Hierzu siehe oben S. 110 ff.

<sup>321</sup> Hierzu siehe oben S. 108 f.

<sup>322</sup> Hierzu siehe oben S. 32 ff.

lung der Vergütung einer rechtlichen Grundlage, entweder durch Landesrecht oder kommunale Satzung.<sup>323</sup>

## **2. Selbstständige Tätigkeit als Einzelperson**

### **a) Rechtliche Spielräume**

Eine Tagespflegeperson ist grundsätzlich nur dann selbstständig tätig, wenn sie in ihrem Haushalt oder in angemieteten Räumen nicht nur das Kind/die Kinder einer Familie betreut, sondern gleichzeitig weitere – eigene oder fremde – Kinder und wenn sie bei keinem Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe als Tagespflegeperson angestellt ist.<sup>324</sup> Selbstständig tätig ist sie dann, wenn sie nicht in den Haushalt der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten eingebunden ist – was nicht zwingend heißt, dass die Tagespflegeperson auch dort stattfinden muss, um von einer entsprechenden Einbindung ausgehen zu können.

Auch für die selbstständig tätige Tagespflegeperson besteht eine gesetzliche Unfallversicherungspflicht, die – zu erstattende – Höhe liegt bei 79,38 €/Jahr. Liegen die Jahreseinnahmen der Tagespflegeperson über 18.000 € (West) bzw. 15.000 € (Ost), liegt der Beitrag zur Unfallversicherung höher und entspricht dem „normaler Arbeitnehmer/innen“. Bei längeren Unterbrechungen in der Ausübung der Tätigkeit als Tagespflegeperson entfällt die Pflicht zur Erstattung der Beiträge zur Unfallversicherung, nicht jedoch bei nur üblichen Unterbrechungen wegen Ferien- oder kürzeren Krankheitszeiten.<sup>325</sup>

Eine Rentenversicherungspflicht besteht insbesondere für allein oder nahezu allein tätige Tagespflegepersonen, nicht jedoch bei einer Mindest-Arbeitszeit unterhalb der geringfügigen Beschäftigung oder wenn sie selbst Arbeitnehmer/innen beschäftigen. Bei gesetzlicher Rentenversicherungspflicht ist im Jahr 2007 mindestens der hälftige Beitrag in Höhe von 39,80 €/Monat zu erstatten. Dies gilt allerdings nur bis zur Grenze eines monatlichen Einkommens der Tagespflegeperson in Höhe von 400 €. Liegt das Einkommen der Tagespflegeperson darüber, fallen höhere Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung an und bemisst sich der vom Jugendamt zu erstattende Betrag daher aus der Hälfte des tatsächlich anfallenden Beitrags in Höhe von 19,9 % des

---

<sup>323</sup> Hierzu siehe oben S. 43 ff.

<sup>324</sup> Hierzu siehe oben S. 50 ff.

<sup>325</sup> Hierzu siehe oben S. 88 ff.

Einkommens. Besteht keine Pflichtversicherung, ist ein breites Spektrum an Formen der privaten Altersvorsorge anerkennungsfähig und bis zur Höhe zu erstatten wie Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung.<sup>326</sup>

Der Anspruch auf die laufende Geldleistung steht der Tagespflegeperson zu. Der Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) sowie die Erstattung von Aufwendungen für Beiträge zur Unfallversicherung und hälftig zur Alterssicherung (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII) ist auch bei selbstständiger Tätigkeit steuerpflichtig, soweit sie die Aufwendungen für das Kind überschreiten.<sup>327</sup>

In der Konsequenz ist die Einkommensteuer vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe grundsätzlich gegen zu finanzieren, wenn andernfalls die Mindesthöhe des angemessenen Beitrags zur Anerkennung der Förderungsleistung unterschritten würde.<sup>328</sup> Die Angemessenheit bemisst sich in gleicher Weise wie bei abhängig beschäftigten Tagespflegepersonen.<sup>329</sup>

Auch hinsichtlich der Kostenbeteiligung der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten gilt das Gleiche wie für abhängig beschäftigte Tagespflegepersonen.<sup>330</sup>

## **b) Qualitätsorientierte Finanzierung**

Neben den allgemeingültigen Qualitätsanforderungen und Möglichkeiten der qualitätsorientierten Staffelung der Vergütung<sup>331</sup> können den selbstständig tätigen Tagespflegepersonen auf freiwilliger Basis weitere finanzielle Anreize zur Qualifizierung gegeben werden. So können Urlaubszeiten vergütet oder eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart werden. Die Kontinuität der Tätigkeit als Tagespflegeperson und das professionelle Selbstverständnis können gesteigert werden über Konzepte zur Entwicklung einer beruflichen Perspektive als Tagespflegeperson, kombiniert mit Angeboten beispielsweise zur Qualifizierung sowie zur Vernetzung mit Tageseinrichtung oder anderen Tagespflegepersonen.

---

<sup>326</sup> Hierzu siehe oben S. 96 ff.

<sup>327</sup> Hierzu siehe oben S. 73 ff.

<sup>328</sup> Hierzu siehe oben S. 37 ff.

<sup>329</sup> Hierzu siehe oben S. 115 ff.

<sup>330</sup> Hierzu siehe oben S. 115 ff.

<sup>331</sup> Hierzu siehe oben S. 117 f.

### **3. Selbstständige Tätigkeit als „Großtagespflegestelle“**

#### **a) Rechtliche Spielräume**

Kindertagespflege kann auch in „anderen geeigneten Räumen“ geleistet werden (§ 22 Abs. 1 S. 4 SGB VIII). Es ist daher möglich, dass sich mehrere Tagespflegepersonen zusammen tun, um in gemeinsam genutzten Räumen Kinder zu betreuen. Von Kindertagespflege kann in solchen „Großtagespflegestellen“ nur gesprochen werden, wenn jeder Tagespflegeperson bestimmte Kinder fest zugeordnet sind und die Tagespflegepersonen bei der Erziehung, Bildung und Betreuung nicht gemeinsam arbeiten. Steht die Betreuung durch eine Tagespflegeperson nur im Vordergrund, so entspräche dies einer Förderung in Tageseinrichtungen.<sup>332</sup> Der bundesgesetzlichen Aufforderung an die Landesgesetzgeber, das Nähere zur Abgrenzung zum erlaubnispflichtigen Betrieb einer Tageseinrichtung zu regeln, sind diese bislang nicht oder nur unzureichend nachgekommen.

Wird die Tagespflegestelle als unternehmerische Tätigkeit betrieben und beschäftigt die Tagespflegeperson eigene Arbeitnehmer/innen – als Tagespflegeperson, Reinigungshilfe, Bürogehilfin oder Schreibkraft etc. –, übersteigt deren Arbeitsentgelt 400 € im Monat *und* sind diese auf Dauer und im Wesentlichen nur für eine/n Auftraggeber/in tätig, so besteht keine gesetzliche Rentenversicherungspflicht.<sup>333</sup>

Im Übrigen ergeben sich für die selbstständige Tätigkeit als „Großtagespflegestelle“ keine Besonderheiten.

#### **b) Qualitätsorientierte Finanzierung**

Der Betrieb einer „Großtagespflegestelle“ kann finanziell rentabel sein, so dass sie auch für höher qualifizierte Tagespflegepersonen besondere Attraktivität ausstrahlt. Diese kann durch eine qualitätsorientierte Finanzierung noch erhöht werden, indem beispielsweise – einzelfallbezogen oder generell – der höhere Sachaufwand aufgrund der Anmietung von Räumen als angemessene Kosten (teilweise) erstattet oder die Anschaffung von pädagogisch wertvollem Spielzeug finanziell unterstützt wird. Eine diesbezügliche Pflicht besteht nicht.

Landesrecht könnte vorsehen, dass beim Betrieb von Tagespflegestellen gesteigerte Anforderungen an die Qualifizierung zu stellen sind. Hinsichtlich der Möglichkeiten

---

<sup>332</sup> Hierzu siehe oben S. 29 ff.

<sup>333</sup> Hierzu siehe oben S. 96 ff.



einer qualitätsorientiert gestaffelten Anerkennung der Förderungsleistung ergeben sich keine Besonderheiten.

#### **4. Anstellungsverhältnis bei Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe**

##### **a) Rechtliche Spielräume**

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit einem Träger der öffentlichen bzw. der freien Jugendhilfe setzt Weisungsabhängigkeit der Tagespflegeperson voraus. Eine solche Einbindung in die Arbeitsorganisation des Trägers ist ausnahmsweise anzunehmen, wenn sie sich in einem verpflichtend vorgegebenen bzw. vereinbarten pädagogischen Konzept, einer Steuerung der Arbeitszeit, einer Vermittlung der Kinder und/oder der Betreuung in (angemieteten) Räumen des Trägers manifestiert.

Interessant könnte das abhängige Beschäftigungsverhältnis insbesondere im Hinblick darauf sein, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nunmehr gesetzlich gefordert ist, bei Ausfallzeiten eine andere Betreuungsmöglichkeit als Ersatz zur Verfügung zu stellen (§ 23 Abs. 4 S. 2 SGB VIII). Auf die besonderen pädagogischen Anforderungen einer nur kurzzeitigen Betreuung von ständig wechselnden Kindern und die Notwendigkeit einer hohen Flexibilität beim Arbeitseinsatz kann durch ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis möglicherweise sinnvoll reagiert werden.

##### **b) Qualitätsorientierte Finanzierung**

In einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit einem Träger der öffentlichen oder freien Jugendhilfe kann die Kontinuität der Tätigkeit und die Qualifizierung verbindlicher realisiert werden als bei Tagespflegepersonen, die selbstständig oder in abhängiger Beschäftigung bei den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten tätig sind. Der Arbeitsvertrag mit der Tagespflegeperson bietet dem Träger als Arbeitgeber diverse Spielräume, Weiterqualifizierung verbindlich einzufordern. Er kann pädagogische Konzepte vorgeben oder zur Teilnahme an Aus-, Fort- und Weiterbildung verpflichten. Die Inanspruchnahme von Beratung und Unterstützung kann eingefordert, Supervision kann nicht nur zur Verfügung gestellt, sondern auch vorgeschrieben werden.

## 5. Tagespflege als bürgerschaftliches Engagement

### a) Rechtliche Spielräume

Bei der Befragung gaben 17 % der befragten Jugendämter an, perspektivisch an Tagespflege als bürgerschaftliches Engagement interessiert zu sein.<sup>334</sup> Diese Bestrebungen erinnern an eine Familienpolitik, wie sie Ende der 1980er, Anfang der 1990er Jahre in Westdeutschland gefördert wurde.<sup>335</sup> Mit Blick auf die aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen und den Intentionen des Bundes- sowie etlicher Landesgesetzgebers sind sie allerdings derzeit wohl eher als anachronistisch zu bezeichnen.

TAG und KICK jedenfalls setzen auf strukturelle Gleichrangigkeit, qualitative Angleichung an das Angebot in Tageseinrichtungen sowie Verbindlichkeit und Verlässlichkeit des Angebots der Förderung in Kindertagespflege.<sup>336</sup> Bürgerschaftliches Engagement zeichnet sich durch seine Freiwilligkeit aus. Diese kann vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe zwar gefördert,<sup>337</sup> aber nicht eingefordert werden. Insbesondere hat die Tagespflegeperson einen Anspruch auf laufende Geldleistung nach § 23 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII, der nicht mit Verweis auf freiwilliges Engagement abgewiesen werden kann.

Zur Unterstützung der freiwillig und ohne Bezahlung als Tagespflegeperson Tätigen können vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe Beiträge zu einer – zwar nicht gesetzlichen, aber – privaten Unfallversicherung sowie angemessene Aufwendungen zur Alterssicherung erstattet werden.<sup>338</sup>

### b) Qualitätsorientierte Finanzierung?

Die gesetzlichen Vorgaben zur Qualifizierung in § 23 Abs. 3 und § 43 Abs. 2 SGB VIII gelten nur für Tagespflegepersonen, die hierfür vom Jugendamt eine laufende Geldleistung erhalten und/oder ihre Tätigkeit gegen Entgelt ausüben. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat bei ehrenamtlich tätigen Tagespflegepersonen keine

<sup>334</sup> Hierzu siehe oben S. 22 f.

<sup>335</sup> Siehe etwa *Hebenstreit-Müller/Helbrecht-Jordan/Kockskemper-Dunzlaff/Murschall/Wiegand*, Kinder und Mütter – Wege zur Eigeninitiative. Modellprojekt Eltern helfen Eltern auf dem Land. Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit. Band 255, 1990.

<sup>336</sup> BT-Drucks. 15/3676, S. 2, 24.

<sup>337</sup> Hierzu etwa *Klie/Rob* (Hrsg.), Die Zukunft des Sozialen in der Stadt. Bürgerschaftliches Engagement als Herausforderung, 2000.

<sup>338</sup> Zum Zugang zu sozialer Sicherheit bürgerschaftlich Engagierter siehe *Igl*, Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements. Zustand und Entwicklungsmöglichkeiten, in: Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ des Deutschen Bundestages, Schriftenreihe. Band 5, 2002, S. 335 ff.

Handhabe, Qualität einzufordern. Er kann lediglich unverbindliche Angebote zur Qualifizierung machen.

## Anlage 1: Gutachter/innen

### Auftraggeber

#### Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e. V.

Michaelkirchestr. 17-18, 10179 Berlin  
Tel.: 0 30/6 29 80-0, Fax: 0 30/6 29 80-1 50  
E-Mail: [info@deutscher-verein.de](mailto:info@deutscher-verein.de)  
Internet: [www.deutscher-verein.de](http://www.deutscher-verein.de)

### Auftragnehmer

#### Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e. V.

Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg  
Tel.: 0 62 21/98 18-0, Fax: 0 62 21/98 18-28  
E-Mail: [institut@dijuf.de](mailto:institut@dijuf.de)  
Internet: [www.dijuf.de](http://www.dijuf.de)

### Verfasser/innen

#### Kinder- und Jugendhilferecht, Praxiserhebung, Koordination

##### Julia Lorenz

Referentin für Kinder- und Jugendhilferecht  
Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e. V.  
Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg  
Tel.: 0 62 21/98 18-33, Fax: 0 62 21/98 18-28  
E-Mail: [lorenz@dijuf.de](mailto:lorenz@dijuf.de)  
Internet: [www.dijuf.de](http://www.dijuf.de)

#### Steuerrecht

##### Christoph Bechler

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht,  
Steuerberater, diplômé en droit français  
Wiedfeldtstr. 50, D-45133 Essen  
Tel.: 02 01/42 17 80 oder +3 52/49 48 48 22 25,  
mobil: +3 52/6 21 33 22 25  
Fax: 02 01/5 20 93 23  
E-Mail 1: [bechlersteeg@arcor.de](mailto:bechlersteeg@arcor.de)  
E-Mail 2: [c.bechler@lu.pwc.com](mailto:c.bechler@lu.pwc.com)

#### Arbeitsrecht

##### Dr. Christoph Fingerle

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Graf von Westphalen Bappert & Modest  
Kaiser-Joseph-Str. 284, D-79098 Freiburg i. Br.  
Tel.: 07 61/2 18 08-3 16, Fax: 07 61/2 18 08-5 00  
E-Mail: [christoph.fingerle@westphalen-law.com](mailto:christoph.fingerle@westphalen-law.com)  
Internet: [www.westphalen-law.com](http://www.westphalen-law.com)

#### Sozialversicherungsrecht

##### Dr. Albrecht Philipp

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
und Sozialrecht  
Bender Philipp  
Reichsgrafenstr. 16, D-79102 Freiburg i. Br.  
Tel.: 07 61/13 76 18-0, Fax: 07 61/13 76 17-19  
E-Mail: [albrecht.philipp@bender-rechtsanwaelte.de](mailto:albrecht.philipp@bender-rechtsanwaelte.de)  
Internet: [www.bender-rechtsanwaelte.de](http://www.bender-rechtsanwaelte.de)

### Fachliche Leitung

##### Dr. Thomas Meysen

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e. V.  
Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg  
Tel.: 0 62 21/98 18-11, Fax: 0 62 21/98 18-28  
E-Mail: [thomas.meyesen@dijuf.de](mailto:thomas.meyesen@dijuf.de)  
Internet: [www.dijuf.de](http://www.dijuf.de)

## Anlage 2: DIJuF-Fragebogen zur Finanzierung von Kindertagespflege

### 1. Wie viele Einwohner/innen leben im Zuständigkeitsbereich Ihres Trägers der öffentlichen Jugendhilfe?

\_\_\_\_\_ Einwohner/innen

### 2. Ist Ihr Träger der öffentlichen Jugendhilfe ein/e

Landkreis/Kreis

kreisfreie Stadt/Stadtkreis

kreisangehörige Stadt?

### 3. Für wie viele Kinder werden von Ihrem Jugendamt derzeit laufende Geldleistungen für Tagespflege gewährt (Gesamtzahl der Zahlfälle)

\_\_\_\_\_ Kinder

**Wie kommen die vom Jugendamt geförderten Tagespflegeverhältnisse zustande?** Schätzen Sie die Anteile.

vom Jugendamt direkt vermittelt ca. \_\_\_\_\_ %

in Zusammenarbeit mit freiem Träger vermittelt ca. \_\_\_\_\_ %

Gesamtdelegation auf freien Träger ca. \_\_\_\_\_ %

von Eltern selbst organisiert ca. \_\_\_\_\_ %

100 %

**Welchen Anteil machen die Kinder, für die laufende Geldleistungen gewährt werden, an der Gesamtzahl aller Tagespflegeverhältnisse in Ihrem Zuständigkeitsbereich aus?** Bitte schätzen Sie.

100 - 76 %

75 - 51 %

50 - 26 %

25 - 0 %

### 4. Wie hoch ist bei Ihnen die laufende Geldleistung für die Förderung eines Kindes in Tagespflege (ohne Aufwendungen für Unfallversicherung und Alterssicherung)?

Geben Sie, wenn möglich, bitte die Bezahlung pro Stunde an. Wenn sich Ihre Zahlen auf einen anderen Zeitraum beziehen (z. B. Tag, Woche, Monat), auf welchen? \_\_\_\_\_

Falls konkrete Änderungen geplant sind, bitte die künftigen Zahlen eintragen!

**Sachaufwand** (früher: materielle Aufwendungen)

als einheitliche Pauschale in Höhe von \_\_\_\_\_ € pro Kind

gestaffelt nach Alter der Kinder zwischen \_\_\_\_\_ € und \_\_\_\_\_ € pro Kind

**Anerkennung der Förderleistung** (früher: Kosten der Erziehung)

Zahlung als Einheitsbetrag \_\_\_\_\_ € pro Kind

gestaffelte Zahlung zwischen \_\_\_\_\_ € und \_\_\_\_\_ € pro Kind

Wie hoch sind die maximalen Zuschläge oder Abschläge für

Qualifikation der Tagespflegeperson \_\_\_\_\_ € pro Kind

Betreuungsaufwand \_\_\_\_\_ € pro Kind

Alter des Kindes \_\_\_\_\_ € pro Kind?

### 5. Auf welchem Weg erhalten die Tagespflegepersonen die laufenden Geldleistungen (Mehrfachnennung möglich)?

direkt vom Jugendamt

vom Tagesmütterverein/freien Träger, der Zuwendungen vom Jugendamt erhält

von den Erziehungsberechtigten, die Zuwendungen vom Jugendamt erhalten

**6. Gehen Sie davon aus, dass die Tagespflegepersonen neben der laufenden Geldleistung vom Jugendamt auch von den Erziehungsberechtigten Zahlungen erhalten?**

- ja  nein

**Falls ja, in wie viel Prozent der Fälle ist das der Fall?** Bitte schätzen Sie.

- 0 – 25%  26 – 50%  
 51 – 75%  76 – 100%

**7. Wie viele Tagespflegepersonen üben in Ihrem Zuständigkeitsbereich die Tätigkeit in einem Angestelltenverhältnis aus (auch selbst organisierte, auch geringfügig Beschäftigte)?** Bitte schätzen sie.

- 0 – 25 %  26 – 50 %  
 51 – 75 %  76 – 100 %

**8. Bis zu welcher maximalen Höhe erstatten Sie Aufwendungen zur Unfallversicherung?**

\_\_\_\_\_ €

Nach welchen Kriterien erstatten Sie Aufwendungen zur Unfallversicherung?

- Orientierung an den Beiträgen für gesetzliche Unfallversicherung  
 Richtwerte auf Empfehlung des Landesjugendamts/Landesministeriums  
 Empfehlungen der kommunalen Spitzenverbände  
 andere Kriterien: Welche? \_\_\_\_\_

**9. Bis zu welcher maximalen Höhe erstatten Sie Aufwendungen zur Alterssicherung?**

\_\_\_\_\_ €

Nach welchen Kriterien erstatten Sie hälftige Aufwendungen zur Alterssicherung?

- Erstattung unabhängig von der Höhe  
 Orientierung an den Beiträgen für gesetzliche Rentenversicherung  
 Richtwerte auf Empfehlung des Landesjugendamts/Landesministeriums  
 Empfehlungen der kommunalen Spitzenverbände  
 Anzahl der betreuten Kinder  
 andere Kriterien: Welche? \_\_\_\_\_

**10. Am Aufbau oder Ausbau welcher der folgenden Finanzierungsmodelle sind Sie perspektivisch interessiert (Mehrfachnennung möglich)?**

- selbstständige Tätigkeit  Angestelltenverhältnis bei Erziehungsberechtigten  
 Angestelltenverhältnis bei freien Trägern  Angestelltenverhältnis bei öffentlichen Trägern  
 finanzielle Anreize zur Steigerung der Qualifikation  Tagespflege als bürgerschaftliches Engagement

**11. Staffeln Sie die Kosten- bzw. Teilnahmebeiträge für die Inanspruchnahme von Förderung in Kindertagespflege (Mehrfachnennung möglich)?**

- ja, nach Einkommen der Erziehungsberechtigten  ja, nach Stundenzahl der Inanspruchnahme  
 ja, nach Anzahl der Kinder  ja, nach Höhe der laufenden Geldleistung  
 nein

**12. Sind Sie bereit, ggf. Rückfragen zu beantworten?**

Ansprechperson \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

Wenn Sie bereits ein ausgearbeitetes Finanzierungsmodell haben und uns dieses zur Verfügung stellen, freuen wir uns über Ihre Unterstützung, wenn Sie uns dieses zusenden.