



Möglichkeiten zur Flexibilisierung der Kindertagespflege im Hinblick auf Anforderungen der demographischen Entwicklung im ländlichen Raum

Rechtsgutachten für das Land Brandenburg

Möglichkeiten und Voraussetzungen für

- die Zusammenarbeit von Tagespflegepersonen (Großtagespflege)
- sowie
- Kindertagespflege in den Räumen von Kindertageseinrichtungen

Iris Vierheller
Rechtsanwältin

Usingen, Mai 2017

Inhalt

A: Gutachtenauftrag	4
B: Inhalt	5
Teil 1: Die Großtagespflege als Form der Kindertagespflege	5
1 Begriff „Großtagespflege“	5
2 Zwischen Kindertagespflege und Kindertageseinrichtung	6
2.1 Betreuungsform: Kindertageseinrichtung	6
2.1.1 Begriff der Einrichtung	6
2.1.2 Künftig Legaldefinition im SGB VIII?	7
2.1.3 Betriebserlaubnis	7
2.1.4 Vor- und Nachteile	7
2.2 Betreuungsform: Kindertagespflege	8
2.2.1 Bestimmte Bezugsperson	8
2.2.2 Familienähnliche Betreuung	8
2.2.3 Selbstständige Tätigkeit	9
2.2.4 Flexible Betreuungszeiten	9
2.2.5 Personenbezogene Erlaubnis	9
2.2.6 Vor- und Nachteile	10
2.3 Betreuungsform: Großtagespflege	10
2.3.1 Gemeinsamkeiten und Unterschiede	10
2.3.2 Vor- und Nachteile	11
2.3.3 Erforderlichkeit der Abgrenzung	12
3 Aktuelle Regelungen auf Bundesebene und im Land Brandenburg	13
4 Grundsätzliche Erwägungen zur Etablierung der Großtagespflege in Brandenburg	15
5 Varianten der Großtagespflege in Brandenburg	16
5.1 Getrennte Angebote der Tagespflegepersonen mit strikter Zuordnung	16
5.1.1 Vor- und Nachteile der Zuordnung	16
5.1.2 Abgrenzung zur Tageseinrichtung	17
5.1.2.1 Beschränkung der Personen- und Kinderzahl	17
5.1.2.2 Gesonderte Erlaubnis für die Großtagespflege	17
5.1.2.3 Besondere Rahmenbedingungen für die Großtagespflege	18
5.2 Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen	18
5.2.1 Praxisbeispiele: Regelungen aus anderen Bundesländern	19
5.2.1.1 Hessen	19
5.2.1.2 Nordrhein-Westfalen	19
5.2.1.3 Hamburg	20

5.2.1.4	Schleswig-Holstein.....	20
5.2.1.5	Saarland.....	21
5.2.1.6	Niedersachsen.....	21
5.2.1.7	Baden-Württemberg.....	22
5.2.2	Fazit und Vorschläge für rechtliche Rahmenbedingungen auf Landesebene.....	22
5.3	Gemeinsame Angebote der Tagespflegepersonen ohne strikte Zuordnung.....	24
5.3.1	Vor- und Nachteile der fehlenden Zuordnung.....	24
5.3.2	Abgrenzung zur Tageseinrichtung.....	24
5.3.3	Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen.....	25
5.3.4	Praxisbeispiele: Regelungen aus anderen Bundesländern.....	26
5.3.4.1	Berlin.....	26
5.3.4.2	Bayern.....	27
5.3.4.3	Baden-Württemberg.....	27
5.3.5	Fazit, Vorschlag zur Anpassung rechtlicher Rahmenbedingungen.....	28
6	Vertretung in der Großtagespflege.....	28
7	Finanzierung der Großtagespflege.....	29
Teil 2: Kindertagespflege in den Räumen der Tageseinrichtungen.....		31
1	Angebot durch Erzieher/innen der Kindertagesstätte.....	31
1.1	Vor- und Nachteile.....	32
1.2	Abgrenzung zur Kindertageseinrichtung.....	32
1.3	Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen.....	33
1.3.1	KitaG und weitere Vorgaben.....	33
1.3.2	Einstufung der Kindertagespflegetätigkeit.....	34
1.3.2.1	Kindertagespflege im Rahmen des Arbeitsverhältnisses.....	34
1.3.2.2	Kindertagespflege als selbstständige Tätigkeit.....	35
1.3.2.3	Fazit.....	36
1.3.3	Arbeitszeit.....	36
1.3.4	Finanzierung, laufende Geldleistung.....	36
1.3.4.1	Laufende Geldleistung und Arbeitsverhältnis.....	37
1.3.5	Sonstige Versicherungen.....	38
1.3.6	Fazit, Vorschlag zur Anpassung rechtlicher Rahmenbedingungen.....	38
2	Angebot durch externe Tagespflegepersonen.....	39
2.1	Kindertagespflege innerhalb der Öffnungszeiten.....	39
2.2	Kindertagespflege außerhalb der Öffnungszeiten.....	40
2.3	Vor- und Nachteile.....	40
2.4	Abgrenzung zur Kindertageseinrichtung.....	41

2.5	Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen	42
2.5.1	KitaG und weitere Vorgaben	42
2.5.2	Einordnung der Tätigkeit	42
2.5.3	Finanzierung, laufende Geldleistung	42
2.5.3.1	Selbstständige Tätigkeit	43
2.5.3.2	Tätigkeit im Arbeitsverhältnis	43
2.5.4	Weitere Versicherungen	44
2.5.5	Fazit, Vorschlag zur Anpassung rechtlicher Rahmenbedingungen	44
C:	Gesamtergebnis	45
1	Großtagespflege	45
2	Kindertagespflege in den Räumen einer Tageseinrichtung	46
D	Literatur und Handreichungen	48

A: Gutachtenauftrag

Im Hinblick auf sinkende Kinderzahlen, vor allem im ländlichen Bereich, wird es zusehends schwieriger, ein bedarfsgerechtes Angebot an Betreuungsplätzen in den bisher bekannten Formen, insbesondere in den Kindertageseinrichtungen, aber auch in der bisher in Brandenburg bestehenden Form der Kindertagespflege, vorzuhalten.

Das Ministerium für Bildung, Jugend und Sport des Landes Brandenburg hat die Verfasserin daher beauftragt, ein Rechtsgutachten zum Thema „Möglichkeiten zur Flexibilisierung der Kindertagespflege im Hinblick auf Anforderungen der demografischen Entwicklung im ländlichen Raum“ zu erstellen.

Im Rahmen dieses Rechtsgutachtens soll geprüft werden, welche Möglichkeiten im Bereich der Kindertagespflege bestehen, Betreuungsangebote flexibler zu gestalten und die Akzeptanz dieser Betreuungsform aus Sicht der Erziehungsberechtigten und der Tagespflegepersonen zu erhöhen.

Als Schwerpunkt der Expertise wurde die Prüfung von Voraussetzungen und Möglichkeiten der Großtagespflege in Brandenburg als besondere Form der Kindertagespflege benannt.

Bei der gutachterlichen Prüfung sollten zwei Varianten Berücksichtigung finden:

- Getrennte Angebote der Tagespflegepersonen mit strikter Zuordnung der einzelnen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson und
- Gemeinsame Angebote der Tagespflegepersonen ohne strikte Zuordnung der Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson.

Zweiter Schwerpunkt der Expertise sollte die Prüfung sein, ob Kindertagespflege in den Räumen von Kindertageseinrichtungen angeboten werden kann.

In diesem Zusammenhang sollten bei der gutachterlichen Prüfung folgende Varianten Berücksichtigung finden:

- Kindertagespflege als ergänzendes Angebot durch Erzieher/innen der Tageseinrichtung außerhalb der Öffnungszeiten
- sowie Kindertagespflege als Angebot externer Tagespflegepersonen innerhalb und außerhalb der Öffnungszeiten.

Zu den genannten Themenbereichen sollten sowohl bestehende rechtlichen Rahmenbedingungen auf Bundes- und Landesebene dargestellt sowie - ggf. noch zu schaffende - Rahmenbedingungen und Anforderungen (insbesondere im Hinblick auf Möglichkeiten zur Änderung des Landesrechts) aufgezeigt werden.

B: Inhalt

Die Expertise wurde unter Berücksichtigung der im Gutachtauftrag benannten Vorgaben erstellt.

Der erste Teil der Expertise befasst sich mit den Ausführungen zur möglichen Etablierung der Großtagespflege. Vorab wird auf die Betreuungsformen der Kindertageseinrichtung und der Kindertagespflege sowie ihre Unterschiede eingegangen, die Merkmale der Kindertagespflege näher dargestellt und Schlussfolgerungen für die Abgrenzung der Großtagespflege zur Tageseinrichtung gezogen. Es folgen Grundüberlegungen zur Etablierung der Großtagespflege in Brandenburg sowie die Beschreibung und Prüfung der gewünschten Varianten.

Der zweite Teil der Expertise beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit Kindertagespflege in Tageseinrichtungen geleistet werden kann. Geprüft werden neben der Möglichkeit der Umsetzung auch die Frage der Ausführung und der Finanzierung (Geldleistung) in den gewünschten Varianten.

Teil 1: Die Großtagespflege als Form der Kindertagespflege

Großtagespflege ist eine besondere Form der Kindertagespflege. Kindertagespflege ist eine Form der Kindertagesbetreuung und – wie die Förderung in einer Kindertageseinrichtung - im dritten Abschnitt des SGB VIII geregelt.

Die Großtagespflege ist bundesrechtlich nicht definiert.

1 Begriff „Großtagespflege“

Im Rahmen dieser Expertise wird der Begriff „Großtagespflege“ für die gemeinsame Tätigkeit von Tagespflegepersonen verwendet; konkret geht es um die Nutzung gemeinsamer Räume durch zwei oder mehr Tagespflegepersonen.

Da die Zusammenarbeit von mehreren Tagespflegepersonen meist in geeigneten Räumen außerhalb des privaten Haushalts geleistet wird, wird sie teilweise auch als „Kindertagespflege in anderen Räumen“¹ bezeichnet.

Diese Bezeichnung ist jedoch ungenau, da die Kindertagespflege „in anderen Räumen“ auch von Einzelpersonen geleistet werden kann und auch geleistet wird². Zudem ist eine Zusammenarbeit von Tagespflegepersonen auch in einem privaten Haushalt denkbar.

Letzteres kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Tagespflegepersonen in einem gemeinsamen Haushalt leben (Ehepartner, Lebensgefährten, Verwandte, o. ä.).

Für die Zusammenarbeit und gemeinsame Nutzung von Räumen durch mehrere Tagespflegepersonen erscheint der Begriff „Großtagespflege“ daher passender als der Begriff „Kindertagespflege in anderen Räumen“.

¹ z. B. in Baden-Württemberg (1.2 VwV Kindertagespflege) u. im 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 17/12200, S. 313

² Laut Kinder- und Jugendhilfestatistik waren am 01.03.2016 in anderen Räumen 9.524 Tagespflegepersonen tätig, jedoch nur 7.111 Personen in Großtagespflegestellen

2 Zwischen Kindertagespflege und Kindertageseinrichtung

Eine geeignete Tagespflegeperson darf gemäß § 43 SGB VIII bis zu fünf gleichzeitig anwesende fremde Kinder betreuen. Arbeiten Tagespflegepersonen zusammen, steigt i. d. R. die Anzahl der betreuten Kinder.

Infolge der größeren Anzahl von Personen und Kindern wird die Grenze zwischen Kindertagespflege und Kindertageseinrichtung unscharf. Es entsteht Klärungsbedarf darüber, wann (noch) von Kindertagespflege auszugehen ist bzw. ab wann die Betreuungsform Einrichtungscharakter annimmt.

Vor diesem Hintergrund werden die infrage kommenden Betreuungsformen zunächst in den Blick genommen. Da die Großtagespflege eine Form der Kindertagespflege darstellt, werden die Merkmale der Kindertagespflege dabei etwas ausführlicher dargestellt.

2.1 Betreuungsform: Kindertageseinrichtung

Die Förderung in Tageseinrichtungen erfolgt gemäß § 22a SGB VIII und erfüllt gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII den Rechtsanspruch der ein- und zweijährigen Kinder auf frühkindliche Förderung sowie den Anspruch der über Dreijährigen auf Förderung in einer Tageseinrichtung gemäß § 24 Abs. 3 SGB VIII.

Tageseinrichtungen sind gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 SGB VIII Einrichtungen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztägig aufhalten und in Gruppen gefördert werden.

2.1.1 Begriff der Einrichtung

Dass Kinder „in Gruppen“ gefördert werden, lässt sowohl auf eine größere Zahl von Kindern als auch auf mehrere Gruppen schließen. Der Begriff „Einrichtung“ lässt zudem vermuten, dass die Förderung von mehr als einer Person geleistet wird und eine bestimmte Struktur mit Leitungsfunktion aufweist.

§ 2 Abs. 2 KitaG bestimmt für das Land Brandenburg den Begriff der Kindertagesstätten und baut dabei auf den Begriff der Einrichtung auf, ohne diesen näher zu definieren.

Gemäß § 2 Abs. 2 KitaG sind Kindertagesstätten „sozialpädagogische familienergänzende Einrichtungen der Jugendhilfe, in denen auch behinderte und von Behinderung bedrohte Kinder tagsüber gefördert, gebildet, betreut und versorgt werden. Kindertagesstätten sollen möglichst als Einrichtungen für verschiedene Altersstufen errichtet und betrieben werden.“

Der Begriff der „Einrichtung“ ist auch bundesrechtlich nicht definiert; allerdings wird der Begriff in der Gesetzesbegründung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes aus dem Jahr 1989³ wie folgt erläutert:

„Nach heutigem Begriffsverständnis, das auch bei der Anwendung des Heimgesetzes zugrundegelegt wird, ist unter Einrichtung eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung von sächlichen und persönlichen Mitteln zu einem bestimmten Zweck unter der Verantwortung eines Trägers zu verstehen. Ihr Bestand und Charakter muß vom Wechsel der Personen, denen sie zu dienen bestimmt ist, weitgehend unabhängig sein.“

Demnach zeichnet sich eine Einrichtung u. a. dadurch aus, dass sie unter der Verantwortung eines Trägers steht und vom Wechsel der Personen weitgehend unabhängig ist.

Betreuungsverträge werden dementsprechend zwischen den Erziehungsberechtigten und dem Einrichtungsträger geschlossen, der für die Erbringung der Leistungen sein Personal, in aller Regel pädagogische Fachkräfte⁴, einsetzt. Betreuungszeiten werden i. d. R. vom Einrichtungsträger vorgegeben, die Erziehungsberechtigten können meist nur unter vorgegebenen Zeitkorridoren wählen.

³ Begründung zu § 44, im verabschiedeten Gesetz dann § 45 KJHG, Drucks. 11/5948 vom 01.12.1989, S. 83

⁴ In Brandenburg laut Kita-Personalverordnung - KitaPersV

2.1.2 Künftig Legaldefinition im SGB VIII?

Laut Regierungsentwurf zum Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG)⁵, der Mitte April 2017 vom Bundeskabinett beschlossen wurde, soll das SGB VIII durch Aufnahme eines neuen § 45 a SGB VIII erstmalig eine Legaldefinition der Einrichtung erhalten. § 45 a SGB VIII n. F. soll wie folgt lauten:

„Eine Einrichtung ist eine auf gewisse Dauer angelegte förmliche Verbindung ortsgebundener räumlicher, personeller und sachlicher Mittel mit dem Zweck der ganztätigen oder über einen Teil des Tages erfolgenden Unterkunftsgewährung sowie Betreuung, Beaufsichtigung, Erziehung, Bildung, Ausbildung von Kindern und Jugendlichen außerhalb ihrer Familie, wenn der Bestand unabhängig von bestimmten Kindern und Jugendlichen, den dort tätigen Personen und der Zuordnung bestimmter Kinder und Jugendlicher zu bestimmten dort tätigen Personen ist.“

Mit dieser Legaldefinition werden im Wesentlichen die Merkmale aufgeführt, die auch bereits in der Gesetzesbegründung zu § 45 SGB VIII genannt waren. Die Definition wird noch ergänzt durch das Merkmal der Unabhängigkeit des Bestands von der Zuordnung bestimmter Kinder zu bestimmten in der Einrichtung tätigen Personen.

In der Begründung wird dazu angeführt:

„Mit Satz 2 wird die Abgrenzung zu Pflegeeltern und Tagesmüttern getroffen, bei denen die Kinder und Jugendlichen bestimmten Personen zugeordnet sind. In einer Einrichtung wird dagegen die Erziehungsverantwortung nicht (dauerhaft) einer individuell bestimmbaren Person übertragen, sondern mehreren Personen, die auch wechseln können.“⁶

2.1.3 Betriebserlaubnis

Für den Betrieb einer Einrichtung ist gemäß § 45 SGB VIII eine Erlaubnis erforderlich, die dem Träger der Einrichtung zu erteilen ist, wenn die in § 45 Abs. 2 SGB VIII genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Zur Prüfung der Voraussetzungen ist eine Konzeption vorzulegen, die u. a. Auskunft über Qualitätsentwicklung und -sicherung gibt.

Außerdem ist im Hinblick auf die Eignung des Personals nachzuweisen, dass die Vorlage und Prüfung von aufgabenspezifischen Ausbildungsnachweisen sichergestellt sind.

Für die Erteilung der Betriebserlaubnis ist daher von zentraler Bedeutung, ob die Trägerverantwortlichen in der Lage sind, das Personal adäquat auszuwählen und zu führen und die Rahmenbedingungen zu sichern⁷.

Eine Befristung der Erlaubnis sieht das SGB VIII nicht vor; allerdings ergeben sich aus §§ 46 ff. Prüfungs- und Kontrollpflichten der aufsichtführenden Behörde.

2.1.4 Vor- und Nachteile

Die Vorteile einer Tageseinrichtung dürften darin zu sehen sein, dass die Kinder aufgrund des in Einrichtungen geltenden Fachkräftegebots von pädagogischen Fachkräften betreut werden, ein relativ großes Angebot an Spielmaterialien und Bewegungsmöglichkeiten besteht und krankheitsbedingte Ausfälle von Fachkräften i. d. R. durch andere Fachkräfte des Einrichtungsträgers abgedeckt werden können.

Nachteile der Einrichtung können sich aus – insbesondere für jüngere Kinder – z. T. ungünstigen Betreuungsschlüsseln und großen Gruppen sowie den meist starren Öffnungszeiten ergeben. Die Betreuungsleistung kann durch wechselndes Personal – insbesondere in Schichtdiensten - abgedeckt werden,

⁵ Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG, S. 12, Stand 03.02.2017

⁶ Begründung zum Gesetzesentwurf des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes – KJSG, S. 39, Stand 03.02.2017

⁷ Mörzberger in Wiesner, Kommentar zum SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 45 Rdnr. 32; im Ergebnis auch Lakies, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, Rdnr. 11

d. h. es besteht im Allgemeinen keine feste Bezugsperson. Die Einflussnahme von Erziehungsberechtigten auf die konkrete Betreuungssituation ist im Rahmen einer Einrichtung aufgrund der dort vorgegebenen Strukturen i. d. R. begrenzt.

2.2 Betreuungsform: Kindertagespflege

Die Förderung in Kindertagespflege erfolgt gemäß § 23 SGB VIII und erfüllt gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII den Rechtsanspruch der ein- und zweijährigen Kinder auf frühkindliche Förderung. Für die über Dreijährigen kann sie ergänzend oder bei besonderem Bedarf angeboten werden.

Die Kindertagespflege steht gemäß § 24 Abs. 1 und 2 SGB VIII bundesrechtlich für die unter Dreijährigen gleichrangig neben der Förderung in einer Tageseinrichtung.

Kindertagespflege wird gemäß § 22 Abs. 1 S. 2 SGB VIII von einer geeigneten Tagespflegeperson im eigenen Haushalt, im Haushalt der Erziehungsberechtigten oder – falls Landesrecht dies zulässt – in anderen geeigneten Räumen geleistet.

Merkmale der Kindertagespflege sind im Einzelnen:

2.2.1 Bestimmte Bezugsperson

Das Betreuungsverhältnis besteht in der Kindertagespflege im Regelfall zwischen einer Tagespflegeperson und den Erziehungsberechtigten des betreuten Kindes. Einzelheiten der Betreuung sowie die Betreuungszeiten werden zwischen den beiden Vertragsparteien verhandelt.

Die Erziehungsberechtigten haben in diesem Rahmen einen Anspruch auf die Leistung durch die Person, mit der sie den Betreuungsvertrag geschlossen haben.

Diese Bindung an eine bestimmte Bezugsperson unterscheidet die Kindertagespflege insbesondere von institutionellen Betreuungsformen, in denen gerade keine Zuordnung zu einer bestimmten Fachkraft erfolgt. Die Höchstpersönlichkeit der Dienstleistung⁸, die in der Zuordnung der einzelnen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson zum Ausdruck kommt, wird als wesentliches Merkmal der Kindertagespflege angesehen.

2.2.2 Familienähnliche Betreuung

Mit der Kindertagespflege wird teilweise auch das Merkmal „familienähnlich“ verbunden. Der familiäre Charakter tritt insbesondere bei der Tätigkeit im Privathaushalt und der damit i. d. R. verbundenen Einbindung der Tagespflegekinder in den Familienalltag der Tagespflegeperson zutage.

Gegen diese Beschreibung bestehen jedoch auch Vorbehalte. Laut VG Düsseldorf⁹ ist nicht klar, welche konkreten Anforderungen sich aus dem Begriff „familienähnlich“ ergeben. Da schon aus biologischen Gründen nur in Ausnahmefällen in einer Familie fünf Kleinkinder unter drei Jahren gleichzeitig aufwachsen, dürfe eine Familie für die Kindertagespflege kaum als Vorbild dienen. Zudem seien die Lebensformen von Familien naturgemäß derart vielgestaltig, dass sich daraus allein keine hinreichend sicheren Normen für den Umfang und die Ausgestaltung der Kindertagespflege ableiten ließe. Im Gesetz hat der Begriff „familienähnlich“ keinen Niederschlag gefunden.

⁸ OVG NRW, 22.11.2012 – 12 B 1252/12; OVG Sachsen, 07.07.2016 - 4 A 644/15

⁹ VG Düsseldorf, 31.10.2012 - 19 K 959/11

2.2.3 Selbstständige Tätigkeit

Die Kindertagespflegetätigkeit wird überwiegend in Form einer selbstständigen Tätigkeit im Privathaushalt der Tagespflegepersonen geleistet¹⁰.

Auch der Ausgestaltung des § 23 Abs. 1 SGB VIII lag das Modell der selbstständig tätigen Tagespflegeperson zugrunde^{11, 12}.

Allerdings enthält das SGB VIII keine konkreten arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben oder Einschränkungen bzgl. der Ausübung der Kindertagespflege, sodass diese u. U. auch im Rahmen von Arbeitsverhältnissen ausgeübt werden kann. Letzteres dürfte vor allem der Fall sein, wenn Tagespflegepersonen im Haushalt der Erziehungsberechtigten¹³ tätig sind, da dann häufig die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses überwiegen.

Insofern kann die selbstständige Tätigkeit zwar als typisch für die Kindertagespflege angesehen werden. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet wird.

2.2.4 Flexible Betreuungszeiten

Die Betreuungszeiten werden in der Kindertagespflege in aller Regel nicht einseitig vorgegeben, sondern zwischen Tagespflegeperson und Erziehungsberechtigten individuell vereinbart. Kindertagespflege zeichnet sich daher auch durch flexible Betreuungszeiten aus, die in unterschiedlichem Umfang und zu unterschiedlichen Zeiten (z. B. auch frühmorgens, spätabends, am Wochenende oder über Nacht) geleistet werden.

2.2.5 Personenbezogene Erlaubnis

Die Kindertagespflege steht unter dem Erlaubnisvorbehalt des § 43 SGB VIII; die Erlaubnis ist der Tagespflegeperson zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 SGB VIII erfüllt sind. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob die jeweilige Tagespflegeperson persönlich geeignet und qualifiziert ist und über kindgerechte Räume verfügt.

Die Erlaubnis befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern; sie kann im Einzelfall auch für weniger Kinder erteilt werden, wenn ein sachlicher Grund dafür vorliegt und die Einschränkung verhältnismäßig ist¹⁴.

Die Erlaubnis ist auf fünf Jahre befristet, um dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Gelegenheit zu geben, bei einer erforderlichen „Verlängerung“ nach fünf Jahren nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen der Erlaubnis weiterhin vorliegen¹⁵.

¹⁰ Im März 2016 waren rund 71 % der Tagespflegepersonen im eigenen Haushalt tätig; Destatis, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe: „Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 01.03.2016“, LT8

¹¹ BMFSFJ: Fakten und Empfehlungen zu den Regelungen in der Kindertagespflege, 09.01.2017

¹² Gesetzesentwurf zum Kinderförderungsgesetz, BT-Drucks. 16/9299, S. 15: selbstständig tätige Tagespflegepersonen sollten in ihrer Absicherung den Arbeitnehmer/innen angenähert werden.

¹³ Immerhin rund 9% der Tagespflegepersonen, Destatis: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 01.03.2016, ZR 7

¹⁴ OVG NRW, 25.02.2013 - 12 A 56/13

¹⁵ Mörsberger in Wiesner, Kommentar zum SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 43 Rdnr. 35

2.2.6 Vor- und Nachteile

Die Vorteile der Kindertagespflege dürften in der familiären Atmosphäre, der festen Bezugsperson und einer eher kleinen Kindergruppe gesehen werden. Die Kindertagespflege „ermöglicht eine intensive, individuelle Zuwendung und Förderung sowie eine flexible Gestaltung der Betreuungszeit“¹⁶.

Nachteile der Kindertagespflege können sich ergeben, wenn die Familien hinsichtlich Erziehungshaltung, Lebens- und Kommunikationsstil nicht zusammenpassen oder die Eltern infolge des privaten Rahmens mögliche Gefahren und Risiken durch den Einfluss der Tagespflegeperson oder durch Dritte u. U. nicht rechtzeitig erkennen¹⁷.

Probleme können sich auch bzgl. der Vertretung in Ausfallzeiten ergeben. Zwar ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gemäß § 23 Abs. 4 S. 2 SGB VIII verpflichtet, für Ausfallzeiten einer Tagespflegeperson rechtzeitig eine andere Betreuungsmöglichkeit für das Kind sicherzustellen. Die Umsetzung ist jedoch im Hinblick auf die Begrenzung der Kinderzahl und die z. T. größeren räumlichen Entfernungen teilweise schwierig.

2.3 Betreuungsform: Großtagespflege

Die Zusammenarbeit von Tagespflegepersonen in gemeinsamen Räumen ist im SGB VIII nicht vorgesehen. Lässt Landesrecht jedoch zu, dass Kindertagespflege auch in anderen geeigneten Räumen geleistet werden kann, besteht die Möglichkeit, weitere Angebotsformen der Kindertagespflege zu entwickeln.

Laut OVG Lüneburg¹⁸ sind die bundesrechtlichen Vorgaben „entwicklungsoffen auch für neue Angebotsformen, die zwischen Kindertagespflege und Tageseinrichtungen einzuordnen sind, wie beispielsweise Großtagespflegestellen“.

Die Großtagespflege vereint z. T. Merkmale von Kindertagespflege und Kindertageseinrichtung.

Sie könnte im Grunde auch als eine Art Hybrid-Modell bezeichnet werden, da sie weder der klassischen Form der Kindertagespflege entspricht, noch sämtliche Merkmale einer Tageseinrichtung aufweist. Sie kann in dieser Form jedoch Chancen bieten, wenn es gelingt, sie als besondere Form der Kindertagespflege auszurichten und sie nicht lediglich als kostengünstiges Angebot i. S. einer „Einrichtung light“ zu verstehen.

2.3.1 Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Wird die Großtagespflege in anderen geeigneten Räumen geleistet, besteht im Regelfall – ähnlich wie in einer Einrichtung - eine auf gewisse Dauer angelegte Verbindung von sächlichen und persönlichen Mitteln zu einem bestimmten Zweck.

Die Verantwortung eines Trägers dürfte allerdings eher untypisch sein; sie kommt im Wesentlichen nur dann in Betracht, wenn die Großtagespflege in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. In diesem Fall sind die Unterschiede zur Tageseinrichtung mitunter schwer auszumachen.

¹⁶ Struck in Wiesner: Kommentar zum SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 23 Rdnr. 7

¹⁷ Struck in Wiesner, a. a. O.

¹⁸ OVG Lüneburg, 09.08.2013 - 4 LA 100/12

Das VG Stuttgart¹⁹ hat die Organisationsform mit einer Tagespflegeperson als Arbeitgeberin/Leiterin und angestellten Tagespflegepersonen im Rahmen der Kindertagespflege mit der Begründung abgelehnt, dass eine Abgrenzung der Großtagespflegestelle zu einer Kinderkrippe/Einrichtung in diesem Fall nahezu unmöglich sei.

Arbeiten die Tagespflegepersonen einer Großtagespflegestelle auf selbstständiger Basis, fehlt zwar die Trägerverantwortung und damit ein wichtiges Merkmal der Einrichtung. Eine größere Zahl von Betreuungspersonen und betreuten Kindern ist für die „klassische“ Ausgestaltung der Kindertagespflege jedoch untypisch.

2.3.2 Vor- und Nachteile

Vorteile der Großtagespflege gegenüber der Kindertagespflege im Privathaushalt können sich z. B. daraus ergeben, dass die Räume gezielt für die Tätigkeit ausgesucht und eingerichtet werden können. Sind die Räume im Privathaushalt zu klein oder besteht der Wunsch, privates und berufliches Tätigkeitsfeld zu trennen, bietet die Großtagespflege eine entsprechende Alternative. Der fachliche Austausch mit anderen Tagespflegepersonen wird in gemeinsamen Räumlichkeiten erleichtert, im Notfall ist zumindest noch eine weitere Person vor Ort.

Eltern sehen in der Großtagespflege einen institutionenähnlichen Charakter²⁰ und schätzen diese Betreuungsform daher oft als verlässlicher und – da sie im Regelfall außerhalb des familiären Rahmens der Tagespflegeperson geleistet wird - überschaubarer und sicherer ein.

Die Vorteile der Großtagespflege gegenüber den Einrichtungen können zum einen in dem i. d. R. kleineren, überschaubaren Rahmen, der insbesondere für sehr junge Kinder als Vorteil angesehen wird, bestehen. Zum anderen dürften die Kosten im Vergleich zu Einrichtungen langfristig niedriger sein, da keine speziellen Gebäude errichtet und – ggf. auch im Leerstand - unterhalten werden müssen. I. d. R. können bereits vorhandene Räume (z. B. Wohnungen, gewerbliche Räume oder nicht mehr genutzte Räume einer Kindertageseinrichtung) genutzt und ggf. ohne langjährige Zweckbindung auch wieder aufgegeben werden. U. U. kann allerdings eine Nutzungsänderung erforderlich sein.

Nachteile können sich für die Tagespflegepersonen im Vergleich zur Tätigkeit im Privathaushalt insbesondere aufgrund zusätzlicher Kosten durch die Anmietung geeigneter Räume ergeben. Die Kosten müssen durch Einnahmen gedeckt werden; dies ist meist nur mit einer höheren Auslastung der Betreuungszeiten zu erreichen. Die Notwendigkeit der Kostendeckung geht bei Großtagespflegestellen daher meist mit einer geringeren Flexibilität einher. Während Tagespflegepersonen im Privathaushalt eher bereit sein dürften, auch weniger umfangreiche Betreuungsleistungen, insbesondere Halbtagsbetreuung, anzubieten, ist dies im Hinblick auf den Kostendruck in einer Großtagespflege mit angemieteten Räumen meist nur möglich, wenn auch die übrigen Zeiten abgedeckt werden können.

Werden den Tagespflegepersonen allerdings Räume und Ausstattung bzw. zusätzliche Mittel zur Verfügung gestellt, sinkt der Kostendruck entsprechend. Dies dürfte sich positiv auf Attraktivität und Flexibilität der Großtagespflege auswirken.

In der Fachdiskussion wird die Großtagespflege überwiegend ambivalent gesehen²¹. Die kleine Kindergruppe und der familiennahe Charakter gelten als besondere Stärke der Kindertagespflege. Mit der Anzahl der Tagespflegepersonen, die in einer Großtagespflege tätig sind, steigt jedoch die Anzahl der Kinder. Der familiennahe Charakter ist aufgrund der größeren Kinderzahl und der Tätigkeit außerhalb

¹⁹ VG Stuttgart, 05.11.2014 - 7 K 459/13, noch nicht rechtskräftig

²⁰ Wiemert/Heeg: „Tätigkeitsfeld und Betreuungsform mit Potenzial, Ansätze einer qualitätsorientierten Weiterentwicklung“, DJI-Handreichung, 2012, S. 55

²¹ Wiemert/Heeg: a.a.O.

des Privathaushalts meist nicht mehr erkennbar; die Großtagespflege ähnelt eher einer (kleinen) Tageseinrichtung als der klassischen (familiären) Kindertagespflege.

2.3.3 Erforderlichkeit der Abgrenzung

Eine Abgrenzung ist erforderlich, da für Kindertagespflege und Kindertageseinrichtungen unterschiedliche Regelungen gelten.

Dies betrifft zum einen die Erlaubniserteilung. Während § 43 SGB VIII die auf fünf Jahre befristete, auf die Einzelperson bezogene Erlaubnis zur Kindertagespflege regelt, gilt für Tageseinrichtungen das Erfordernis der Betriebserlaubnis, die gemäß § 45 SGB VIII dem Einrichtungsträger erteilt wird.

Sowohl Voraussetzungen als auch Rechtsfolgen sind unterschiedlich. Dies gilt für Kontrollmöglichkeiten und Meldepflichten der §§ 46 ff. SGB VIII, die im Bereich der Kindertagespflege keine Anwendung finden, aber auch für die Zuständigkeit der Jugendhilfeträger. Während für die Erlaubniserteilung im Bereich der Kindertagespflege der örtliche Jugendhilfeträger zuständig ist, ist für den Bereich der Tageseinrichtungen das Landesjugendamt verantwortlich.

Auch die Finanzierung der Betreuungsangebote ist unterschiedlich geregelt.

Ohne klare Abgrenzungskriterien ergeben sich Unsicherheiten bei der Einordnung der Betreuungsformen.

Wie sich aus der Gesetzesbegründung²² zum Tagesbetreuungsausbaugesetz ergibt, hat der Bundesgesetzgeber die Notwendigkeit von Abgrenzungsregelungen bereits erkannt, diese jedoch ausdrücklich den Ländern vorbehalten.

In der Begründung zu § 22 Abs. 1 SGB VIII wird ausgeführt: *„Im Hinblick auf neuere Entwicklungen, insbesondere mit Blick auf Tagesgroßpflegestellen, wird den Ländern auch ermöglicht, Kindertagespflege ‚in anderen geeigneten Räumen‘ zu erlauben. Die Definition lässt die Entwicklung von Angebotsformen zwischen Tageseinrichtungen und Kindertagespflege zu, die eine angemessene Qualität entsprechend ihrem Charakter aufweisen und geeignet sind, den Strukturen und Bedürfnissen vor Ort besser zu entsprechen als die bisher bekannten Formen. Im Hinblick auf die unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen für den Erlaubnisvorbehalt der Tageseinrichtungen... und Kindertagespflege... ist die Entwicklung von Abgrenzungskriterien notwendig, die dem Landesrecht vorbehalten bleibt.“*

Auch im 14. Kinder- und Jugendbericht wird die „Kindertagespflege in anderen Räumen“ aufgegriffen und auf eine Forderung der Sachverständigenkommission nach Konzeption und Mindeststandards hingewiesen:

„Freilich kann sie Gefahr laufen, nur als billige und auflagenärmere Alternative zur Krippengruppe genutzt zu werden, den einstigen ‚Vorteil‘ der Kindertagespflege – den familiären, flexiblen Rahmen mit einem individuelleren Bindungsangebot – zu verspielen. Die Sachverständigenkommission spricht sich für einen klaren (länderspezifisch auszuformulierenden) konzeptionellen Rahmen und für Mindeststandards in der ‚Kindertagespflege in anderen Räumen‘ aus.“²³

²² Begründung des Regierungsentwurfs zum Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG), BT-Drucks. 15/3676, S. 31

²³ 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 17/12200, S. 313

3 Aktuelle Regelungen auf Bundesebene und im Land Brandenburg

Das SGB VIII enthält derzeit für die Großtagespflege weder spezielle Regelungen noch Abgrenzungskriterien, sondern überlässt diese dem Landesgesetzgeber: gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 SGB VIII regelt Landesrecht das Nähere über die Abgrenzung von Tageseinrichtung und Kindertagespflege.

Landesrecht kann gemäß § 22 Abs. 1 S. 4 SGB VIII zudem regeln, dass Kindertagespflege auch in anderen geeigneten Räumen geleistet wird.

Von letzterem hat das Land Brandenburg bereits Gebrauch gemacht: gemäß § 2 Abs. 3 KitaG ist Kindertagespflege in anderen geeigneten Räumen zulässig.

§ 2 Abs. 3 KitaG: *„Kindertagespflege dient der Betreuung von Kinder im Haushalt der Tagespflegeperson, des Personensorgeberechtigten oder in anderen geeigneten Räumen.“*

Regelungen zur Abgrenzung von Kindertageseinrichtung und Kindertagespflege bestehen in Brandenburg derzeit jedoch nicht.

Es ist nicht klar erkennbar, ob Regelungen zur Abgrenzung von Tageseinrichtung und Kindertagespflege bisher nicht erforderlich schienen, da u. U. von der Einzeltätigkeit einer Tagespflegeperson ausgegangen wurde. Abgesehen davon, dass Regelungen zur Zusammenarbeit oder zur gemeinsamen Nutzung von Räumen fehlen, deutet die Regelung des § 20 Abs. 4 KitaG darauf hin, dass der Landesgesetzgeber eine Zusammenarbeit von Tagespflegepersonen bisher nicht im Blick hatte.

§ 20 Abs. 4 KitaG: *„Sollen mehr als fünf Kinder betreut werden, so bedarf es einer Betriebserlaubnis nach § 45 des Achten Buches Sozialgesetzbuch.“*

Möglicherweise ist die Regelung auch lediglich dahingehend zu verstehen, dass sie die Konsequenzen für den Fall regelt, dass eine (einzelne) Tagespflegeperson mehr als fünf Kinder betreut.

Für Letzteres spricht die Ausführung in § 1 der Kindertagespflegeeignungsverordnung (TagpflegEV), wonach die Verordnung auch *„für die Kooperation mehrerer Tagespflegepersonen“* gilt, *„soweit im Regelfall ausschließlich die vermittelte oder anerkannte Tagespflegeperson das jeweilige Kind betreut“*.

Ob mit Kooperation lediglich Vertretungsmodelle oder auch die Nutzung gemeinsamer Räumlichkeiten gemeint sind, wird allerdings nicht hinreichend deutlich.

In der Kinder- und Jugendhilfestatistik²⁴ für 2016 wurden für das Land Brandenburg keine „Kinder und tätige Personen in Großtagespflegestellen“ aufgeführt. Dies kann darauf hindeuten, dass es bis zum Stichtag der Erhebung keine Großtagespflegestellen in Brandenburg gab.

Denkbar ist jedoch auch, dass vereinzelt bestehende Formen der Zusammenarbeit nicht als Großtagespflege angesehen und deshalb nicht als solche in die Statistik aufgenommen wurden.

Außerhalb des KitaG und der TagpflegEV gibt es zumindest einen deutlichen Hinweis, dass die Großtagespflege bereits im Blick war und insoweit Handlungsbedarf zumindest im bauordnungsrechtlichen Bereich gesehen wurde.

§ 2 Abs. 4 Nr. 12 Brandenburgische Bauordnung (BbgBO) bestimmt seit Inkrafttreten der Novellierung im Juli 2016, dass Tageseinrichtungen *„einschließlich Tagespflege für nicht mehr als zehn Kinder“* nicht zu den Sonderbauten gehören.

²⁴ Destatis, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe: „Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 01.03.2016“, LT8

In der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 4 Nr. 12 BbgBO²⁵ wird dazu ausgeführt:

„Durch die in Nummer 12 geregelte Ausnahme wird klargestellt, dass Räume, in denen eine Tagespflege für Kinder mit bis zu zehn Kindern durchgeführt wird, keine Sonderbauten sind. Diese stellen nämlich keine erlaubnispflichtige Tageseinrichtung nach SGB VIII dar, die vom Grundtatbestand erfasst werden. Der Schwellenwert von zehn Kindern erlaubt es, dass zwei Tagespflegepersonen gemeinsam eine Tagespflege durchführen.“

Bauordnungsrechtlich ist demnach die Großtagespflege für zwei Tagespflegepersonen, die bis zu zehn Kinder betreuen, schon vorgesehen. Eine Regelung im KitaG oder einer Rechtsverordnung fehlt dagegen.

²⁵ Gesetzesentwurf zur Novellierung der Brandenburgischen Bauordnung, Landtag Brandenburg, Durcks.6/3268, S. 15

4 Grundsätzliche Erwägungen zur Etablierung der Großtagespflege in Brandenburg

Im Zusammenhang mit der möglichen Etablierung der Großtagespflege in Brandenburg stellt sich die Frage, welcher Stellenwert der Kindertagespflege in Brandenburg zukommt bzw. künftig zukommen soll. Bisher wird den Tageseinrichtungen eine höhere Priorität eingeräumt.

Gemäß § 2 Abs. 2 KitaG haben Kinder vom vollendeten ersten Lebensjahr bis zur Versetzung in die fünfte Schuljahrgangsstufe einen Rechtsanspruch auf Erziehung, Bildung, Betreuung und Versorgung in Kindertagesstätten. Der Anspruch kann zwar auch nach Maßgabe des Absatzes 4 durch andere Angebote wie z. B. der Kindertagespflege erfüllt werden. Der Kindertagespflege kommt damit jedoch nicht der gleiche Stellenwert zu.

§ 2 Abs. 4 KitaG: „Art und Umfang der Erfüllung des Anspruchs soll dem Bedarf des Kindes entsprechen. Bedarfserfüllend können für Kinder bis zum vollendeten Lebensjahr und für Kinder im Grundschulalter auch Kindertagespflege, Spielkreise, integrierte Ganztagsangebote von Schule und Kindertagesbetreuung oder andere Angebote sein, wenn sie der familiären Situation der Kinder Rechnung tragen und im jeweils erforderlichen Rahmen die Aufgaben und Ziele nach § 3 gewährleisten.“

Diese Regelung entspricht nicht der Gleichrangigkeit, die der Kindertagespflege für die Altersgruppe der unter Dreijährigen gemäß § 24 Abs. 1 u. 2 SGB VIII bundesrechtlich zukommt. Die Benennung der Kindertagespflege als Kann-Leistung mit weiteren Angeboten wie Spielkreisen oder „anderen Angeboten“ kann u. U. dazu führen, dass sie als weniger qualifizierte Variante der Tagesbetreuung und in gewisser Weise als lediglich 2. Wahl wahrgenommen wird.

Im Zuge einer möglichen Flexibilisierung der Betreuungsangebote empfiehlt sich, diese unterschiedliche und z. T. vom Bundesgesetz abweichende Prioritätensetzung zu überdenken.

Eine Akzeptanz der Kindertagespflege und damit auch der Großtagespflege dürfte leichter zu erreichen sein, wenn sich die Gleichrangigkeit der Betreuungsangebote – zumindest für die Altersgruppe der unter Dreijährigen – auch in der landesrechtlichen Regelung widerspiegeln würde.

5 Varianten der Großtagespflege in Brandenburg

Im Folgenden werden die Möglichkeiten und die Voraussetzungen der Großtagespflege in Brandenburg in zwei Varianten geprüft, und zwar zum einen getrennte Angebote der Tagespflegepersonen mit strikter Zuordnung der einzelnen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson und zum anderen gemeinsame Angebote der Tagespflegepersonen ohne strikte Zuordnung der Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson.

5.1 Getrennte Angebote der Tagespflegepersonen mit strikter Zuordnung

Großtagespflege mit strikter Zuordnung bedeutet, dass jeder einzelnen Tagespflegeperson jeweils ein oder mehrere bestimmte Kinder zugeordnet sind. In den jeweiligen Betreuungsvertrag ist nur eine der Tagespflegepersonen eingebunden, die andere Tagespflegeperson verfügt über andere Betreuungsverträge und betreut andere Kinder. Die Zusammenarbeit der Tagespflegepersonen beschränkt sich im Wesentlichen auf die gemeinsame Nutzung von Räumen und deren Ausstattung und ist in Bezug auf die Kindertagespflegetätigkeit mehr ein nebeneinander als miteinander arbeiten.

5.1.1 Vor- und Nachteile der Zuordnung

Der Vorteil der strikten Zuordnung besteht darin, dass damit ein wesentliches Merkmal der Kindertagespflege, die feste Bezugsperson für ein bestimmtes Kind und deren höchstpersönlich zu erbringende Dienstleistung, auch bei Zusammenarbeit von mehreren Tagespflegepersonen erhalten bleibt. Dies macht den Unterschied zur Kindertageseinrichtung deutlich, in der gerade keine Zuordnung zu einer bestimmten Fachkraft verlangt wird, sondern die Kinder auch durch wechselndes Personal betreut werden können.

Der Nachteil der Zuordnung besteht in der tatsächlichen Umsetzung, die bei der gemeinsamen Nutzung von Räumen nicht immer leicht durchführbar ist, und in der damit einhergehenden schwierigen Überprüfbarkeit. Zudem kann bei strikter Zuordnung nur bedingt auf unterschiedliche zeitliche Auslastungen reagiert werden. Bei strikter Zuordnung ist es im Grunde nicht zulässig, dass die Tätigkeit in Zeiten, in denen die Großtagespflege regelmäßig weniger frequentiert wird (beispielsweise in den frühen Morgen- und späteren Abendstunden) nur von einer Tagespflegeperson geleistet wird, die die Kinder der jeweils anderen Tagespflegeperson mitbetreut.

Dies stellt insbesondere in Arbeitsverhältnissen, in denen laut Arbeitszeitgesetz die Arbeitszeit im Umfang beschränkt ist sowie Pausenzeiten zu beachten sind, einen Nachteil dar, der zu Umsetzungsproblemen führen kann.

Das VG Düsseldorf²⁶ hält zwar eine „Vertretung“ der jeweils anderen Person in Zeiten, zu denen die Großtagespflegestelle nicht stark frequentiert ist, für zulässig, solange gewährleistet ist, dass die vertretende Tagespflegeperson nicht mehr Kinder betreut, als in der Erlaubnis vorgesehen sind. Allerdings ist fraglich, ob diese Auslegung mit dem Sinn und Zweck der Regelung des § 4 Abs. 2 KiBiz (Nordrhein-Westfalen) zur Abgrenzung vereinbar ist. Eine derart weite Auslegung des Begriffs „Vertretung“ kann dazu führen, dass die Vorgabe der Zuordnung stark aufgeweicht wird.

Ein klassischer Vertretungsfall dürfte im Wesentlichen bei urlaubs- oder krankheitsbedingten Ausfällen vorliegen, nicht jedoch bei regelmäßiger Abwesenheit aufgrund abweichender Arbeitszeiten.

²⁶ VG Düsseldorf, 02.02.2015 - 19 L 50/15

5.1.2 Abgrenzung zur Tageseinrichtung

Die strikte Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson stellt ein taugliches Abgrenzungskriterium zur Kindertageseinrichtung dar, da in der Tageseinrichtung gerade keine Zuordnung zu einer bestimmten Erzieherin oder einem bestimmten Erzieher besteht.

Zusätzlich sind weitere Vorgaben denkbar, die dazu beitragen können, zum einen eine Abgrenzung von der Tageseinrichtung zu erleichtern und zum anderen Qualitätsstandards vorzugeben bzw. zu sichern.

5.1.2.1 Beschränkung der Personen- und Kinderzahl

Denkbar wäre beispielsweise, dass die Großtagespflege dort ihre Grenzen findet, wo im Hinblick auf die Personen- und Kinderzahl das typische Bild einer Einrichtung entsteht.

Laut Gesetzesbegründung zu § 45 SGB VIII ist der Einrichtungsbegriff allerdings „unabhängig von der Zahl der betreuten Personen zu definieren, da das Schutzbedürfnis der betreuten Personen nicht von der Größe der Einrichtung abhängt. Daher fallen auch Kleinstheime und Kleinsteinrichtungen unter den Einrichtungsbegriff.“²⁷

An dieser Auffassung soll laut Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG)²⁸ auch künftig festgehalten werden: die „*Mindestzahl tatsächlich genutzter oder nur vorgehaltener Plätze*“ soll nicht als „*konstitutives Merkmal*“ einer Einrichtung dienen.

Die Begrenzung der Personen- und Kinderzahl wird deshalb nicht als wesentliches Abgrenzungsmerkmal angesehen werden können. Sie kann jedoch gewährleisten, dass die Größe der Großtagespflege zumindest überschaubar bleibt und nicht die für eine Tageseinrichtung üblichen Ausmaße annimmt.

5.1.2.2 Gesonderte Erlaubnis für die Großtagespflege

In Baden-Württemberg wird die Erteilung der Pflegeerlaubnis nach § 43 SGB VIII als wesentliches Merkmal der Abgrenzung zur Kinderkrippe gesehen²⁹.

Dies erscheint insofern widersprüchlich, als die Einordnung der Betreuungsangebote als Kindertagespflege oder Kinderkrippe bereits vor der Erteilung der entsprechenden Erlaubnis erfolgen muss, da andernfalls nicht klar ist, welche Regelungen (§ 43 SGB VIII oder § 45 SGB VIII) Anwendung finden.

Dennoch ist es sinnvoll, den Erlaubnisvorbehalt des § 43 SGB VIII im Rahmen der Großtagespflege in den Blick zu nehmen, da u. U. die Gefahr besteht, dass Personen in diesem Rahmen auch ohne Erlaubnis tätig werden.

Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Personen eingesetzt werden, die nur zeitweise oder in zeitlich geringem Umfang tätig sind (nicht länger drei Monate oder nicht mehr als 15 Wochenstunden) und daher gemäß § 43 Abs. 1 SGB VIII keine Erlaubnis benötigen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, die Tätigkeit in einer Großtagespflege davon abhängig zu machen, dass jede der dort tätigen Tagespflegepersonen über eine gesonderte Erlaubnis zur Kindertagespflege verfügt. Dies würde bei jeder Tagespflegeperson eine Eignungsüberprüfung ermöglichen und damit auch die Sicherung von Qualitätsstandards in der Großtagespflege gewährleisten. Zudem können in die Erlaubnis spezielle – auf die Großtagespflege bezogene – Vorgaben (z. B. die Anzahl der in der Großtagespflege insgesamt betreuten Kinder) aufgenommen werden.

²⁷ Begründung zu § 44, im verabschiedeten Gesetz dann § 45 KJHG, Drucks. 11/5948 vom 01.12.1989, S. 83

²⁸ Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG, S. 12, Stand 03.02.2017

²⁹ Hinweise zur Umsetzung der Verwaltungsvorschrift Kindertagespflege, Nr. 1.2 Buchs.c

Dies erscheint auch im Hinblick darauf ratsam, dass die Großtagespflege als Form der Kindertagespflege nicht den Kontroll- und Meldepflichten unterliegt, die im Bereich der Einrichtungen nach §§ 46 ff. SGB VIII gelten.

Auch die Befugnis des Jugendhilfeträgers nach § 20 Abs. 6 KitaG, den Erfordernissen des Einzelfalls entsprechend zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege weiterbestehen, greift nur, wenn eine Erlaubnis erforderlich ist.

5.1.2.3 *Besondere Rahmenbedingungen für die Großtagespflege*

Der größere Rahmen der Großtagespflege ist im Vergleich zur Kindertagespflegetätigkeit einer einzelnen Tagespflegeperson häufig mit einem größeren organisatorischen und administrativen Aufwand und zusätzlichen Verpflichtungen (z. B. durch Anmietung von Räumlichkeiten) verbunden. Die Zusammenarbeit mit anderen Tagespflegepersonen stellt zudem erhöhte Anforderungen an die Teamarbeit der Tagespflegepersonen³⁰.

Eine entsprechende Qualifizierung sowie Berufserfahrung zumindest einer der Personen könnten deshalb von Vorteil sein und u. U. frühe Abbrüche der Tätigkeit aufgrund von Überforderung oder falschen Vorstellungen vermeiden.

Denkbar ist auch, ab einer bestimmten Kinderzahl zu verlangen, dass eine der Tagespflegepersonen über eine pädagogische Ausbildung verfügt.

Da für die Tätigkeit i. d. R. gezielt Räume angemietet oder zur Verfügung gestellt werden, ermöglicht dies spezifische Vorgaben zur Lage, Größe, Sicherheit und Ausstattung der Räumlichkeiten, die im Privathaushalt nur bedingt möglich sind.

Sollen ggf. mehrere Großtagespflegestellen in einem Gebäude eingerichtet werden, wäre zu klären, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen (Vorgaben zur räumlichen Aufteilung/Trennung) dies zulässig ist.

Aufgrund des einrichtungsähnlichen Charakters kommt die Beachtung weiterer gesetzlicher Regelungen, die für die Kindertagespflege im Privathaushalt nicht oder nur eingeschränkt gelten, in Betracht. Zu nennen sind beispielsweise die Vorschriften zum Infektionsschutz („ähnliche Einrichtung“ i. S. d. § 33 IfSG), zur Lebensmittelhygiene (Überprüfung der Großtagespflege?) und zum Brandschutz (§ 12 BbgBO).

Die Vorgabe von spezifischen Rahmenbedingungen bzw. Hinweise auf zu beachtende Vorschriften kann zu mehr Rechtssicherheit sowohl für die tätigen Personen und als auch für die zuständigen Behörden führen.

5.2 Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen

In Brandenburg bestehen derzeit keine spezifischen Regelungen zur Großtagespflege; dementsprechend ist auch die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson nicht als Tatbestandsmerkmal verankert.

Ob eine derartige Regelung zwingend erforderlich ist, ist fraglich.

Obwohl in Baden-Württemberg keine landesrechtliche Vorgabe der Zuordnung zu einer bestimmten Tagespflegeperson besteht, ging das VG Stuttgart³¹ davon aus, dass die Zuordnung ein wesentliches

³⁰ Bundesverband für Kindertagespflege: „Kindertagespflege im Verbund – Großtagespflege“, Schlaglicht 3/2011

³¹ VG Stuttgart, 05.11.2014 - 7 K 459/13

Merkmal der Kindertagespflege darstellt und erforderlich ist, um die Großtagespflege von der Tageseinrichtung abgrenzen zu können. Das VG Stuttgart bezog sich dabei u. a. auf ein Gutachten des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF), wonach nicht ausreiche, *„dass die Betreuung der Kinder durch ihre konkrete Tagespflegeperson bloß im Vordergrund steht, denn dies entspreche dem Wesen der institutionellen Förderung in Tageseinrichtungen, bei der eine Erzieherin vorwiegend eine Gruppe betreut“*³².

Wird die Zuordnung als derart wesentlich angesehen, ist eine gesetzliche Vorgabe nicht zwingend erforderlich.

Im Sinne einer größeren Rechtssicherheit empfiehlt sich jedoch die Vorgabe von Rahmenbedingungen, in die die Zuordnung mit aufgenommen werden könnte.

Das VG Stuttgart führt in der Urteilsbegründung aus: *„Wenn der Landesgesetzgeber keine Regelungen geschaffen hat, die dem Schutzbedürfnis von Kindern in anderen geeigneten Räumen Rechnung tragen, ist ... eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII erforderlich“*.

Danach dürfte ohne die Vorgabe spezifischer Regelungen im Zweifelsfall wohl von einer Einrichtung auszugehen sein. Diese Unsicherheit in der Anwendung bzw. Umsetzung dürfte zulasten der Großtagespflege gehen und ihrer Etablierung abträglich sein. Spezifische Rahmenbedingungen könnten dagegen die Umsetzung erleichtern und die Akzeptanz der Großtagespflege erhöhen.

Da gemäß § 22 Abs. 1 S. 3 SGB VIII Näheres zur Abgrenzung der Kindertagespflege von der Kindertageseinrichtung durch Landesrecht geregelt werden kann, sind entsprechende Regelung bundesrechtlich ausdrücklich zugelassen.

5.2.1 Praxisbeispiele: Regelungen aus anderen Bundesländern

Einige Bundesländer haben die Großtagespflege bereits landesrechtlich geregelt und u. a. Vorgaben zur Zuordnung gemacht.

5.2.1.1 Hessen

In Hessen wird gemäß § 29 Abs. 7 HKJGB neben einer gesonderten Erlaubnis für jede Tagespflegeperson die *„vertragliche und pädagogische Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson“* verlangt. Die Nichteinhaltung dieser Vorgaben hat die Einstufung als Einrichtung zur Folge.

§ 29 Abs. 7 HKJGB

„Nutzen mehrere Tagespflegepersonen Räume gemeinsam, bedarf jede Tagespflegeperson einer gesonderten Erlaubnis. Ist die vertragliche und pädagogische Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson nicht gewährleistet, handelt es sich um eine Tageseinrichtung; für die Betriebserlaubnis gilt § 25 Abs. 4 entsprechend.“

5.2.1.2 Nordrhein-Westfalen

Auch Nordrhein-Westfalen verlangt gemäß § 4 Abs. 2 KiBiz neben einer eigenständigen Erlaubnis zur Kindertagespflege die *„vertragliche und pädagogische Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson“*. Ist diese nicht gewährleistet, handelt es sich um eine Tageseinrichtung,

³² VG Stuttgart, 05.11.2014 - 7 K 459/13

auf die § 45 SGB VIII entsprechende Anwendung findet. Zudem wird die Anzahl der Tagespflegepersonen in der Großtagespflege auf drei und die Anzahl der Kinder auf neun gleichzeitig und insgesamt begrenzt.

Die Höchstzahl der betreuten Kinder dürfte in diesem Rahmen auch eine Abgrenzung zur Gruppengröße einer Einrichtung darstellen; die kleinste Gruppe einer Einrichtung (Kinder im Alter von unter drei Jahren) umfasst in Nordrhein-Westfalen 10 Kinder³³.

§ 4 Abs. 2 KiBiz

„Wenn sich Tagespflegepersonen in einem Verbund zusammenschließen (Großtagespflege), so können höchstens neun Kinder gleichzeitig und insgesamt durch höchstens drei Tagespflegepersonen betreut werden. Jede dieser Tagespflegepersonen bedarf einer eigenständigen Erlaubnis zur Kindertagespflege. Ist die vertragliche und pädagogische Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson nicht gewährleistet oder sollen zehn oder mehr Kinder gleichzeitig oder insgesamt betreut werden, so handelt es sich um eine Tageseinrichtung und § 45 SGB VIII findet Anwendung.“

5.2.1.3 Hamburg

In Hamburg können sich bis zur vier Tagespflegepersonen zur gemeinsamen Durchführung der Kindertagespflege unter Anwendung eines gemeinsamen pädagogischen Konzepts zusammenschließen. Weitere Voraussetzung ist gemäß § 4 Abs. 2 Kindertagespflegeverordnung (KTagPfIVO), dass jede Tagespflegeperson die ihr jeweils vertraglich zugeordneten Kinder persönlich betreut. Für die Erarbeitung eines pädagogischen Konzepts wird auf den Internetseiten³⁴ ein Leitfaden zur Verfügung gestellt.

§ 4 Abs. 2 KTagPfIVO (Hamburg)

*„(1) Tagespflegepersonen können sich zu zweit, dritt oder viert zur gemeinsamen Durchführung der Kindertagespflege im Sinne von § 1 unter Anwendung eines gemeinsamen pädagogischen Konzeptes zusammenschließen (Großtagespflege).
(2) Jede Tagespflegeperson betreut die ihr jeweils vertraglich zugeordneten Kinder persönlich.“*

5.2.1.4 Schleswig-Holstein

In Schleswig-Holstein können zwei Tagespflegepersonen, die jeweils über eine gesonderte Erlaubnis verfügen, in Großtagespflege tätig sein. Dabei soll durch geeignete organisatorische Vorkehrungen sichergestellt werden, dass für ein Kind stets erkennbar dieselbe Tagespflegeperson zuständig ist und die Leistungen – von Urlaubs- und Krankheitsvertretung abgehen - regelmäßig in Räumen erbracht wird, die dieser Tagespflegeperson fest zugewiesenen sind.

§ 12 Abs. 1 KiTaVO (Schleswig-Holstein):

„(1) Die Kindertagespflege soll die möglichst familienähnliche Betreuung, Erziehung und Bildung eines Kindes gewährleisten sowie eine enge persönliche Bindung des Kindes an die Tagespflegeperson und an ein häusliches Umfeld fördern. Die Tagespflege soll entweder im Haushalt der Tagespflegeperson oder des Personensorgeberechtigten geleistet werden. Sie darf in anderen Räumen nur dann geleistet werden, wenn diese Voraussetzungen auch dort gegeben sind. Bei dieser Form der Kindertagespflege muss insbesondere durch geeignete organisatorische Vorkehrungen sichergestellt werden, dass für das Kind stets erkennbar immer dieselbe Tagespflegeperson für seine Betreuung, Erziehung und Bildung sorgt und dass diese Leistungen regelmäßig in den dieser Tagespflegeperson fest zugewiesenen Räumen erbracht werden. Dies gilt nicht für Urlaubs- und Krankheitsvertretungen.“

³³ Anlage zu § 19 KiBiz

³⁴ <http://www.hamburg.de/handbuch-grosstagespflege/3057944/paedagogische-konzeption/>

§ 13 KiTaVO:

„(1) Die Erlaubnis befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern, wobei im Laufe einer Woche nicht mehr als zehn fremde Kinder betreut werden dürfen. Sie kann im Einzelfall auf eine geringere Zahl beschränkt werden.

(2) Bei der Kindertagespflege in anderen Räumen dürfen unter den Voraussetzungen von § 12 Abs. 1 Satz 3 und 4 bis zu zwei Tagespflegepersonen gleichzeitig nebeneinander tätig sein. Jede dieser Tagespflegepersonen bedarf einer gesonderten Erlaubnis zur Kindertagespflege. Bei der Beantragung der Erlaubnis zur Kindertagespflege ist anzugeben, ob und in welchem Umfang in den Räumlichkeiten Kindertagespflege noch von einer anderen Person geleistet wird. Soll nach Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege dort eine zweite Person Kindertagespflege leisten, ist dies unbeschadet der Verpflichtung nach Satz 2 dem zuständigen örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe unverzüglich mitzuteilen.“

5.2.1.5 Saarland

Im Saarland dürfen bis zu zehn Kinder von maximal drei Tagespflegepersonen, die über eine gesonderte Erlaubnis verfügen, betreut werden. Dabei ist seitens des Jugendhilfeträgers zu gewährleisten, dass jede Tagespflegeperson ausschließlich für die Kinder zuständig und verantwortlich ist, für die ein Betreuungsvertrag mit deren Erziehungsberechtigten geschlossen wurde.

§ 5 Abs. 5 S. 3 SKBBG: „Nutzen mehrere Tagespflegepersonen Räume gemeinsam, bedarf jede von ihnen einer gesonderten Erlaubnis.“

§ 12 VO-Kindertagespflege (Großpflegestellen)

„(1) Gemäß § 5 Absatz 5 des Saarländischen Kinderbetreuungs- und -bildungsgesetzes besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass mehrere Tagespflegepersonen gemeinsam kindgerechte Räume im Sinne des § 5 Absatz 1 nutzen und eine Großpflegestelle bilden. In dieser dürfen bis zu zehn Kinder von maximal drei Tagespflegepersonen betreut werden. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe legt die Betreuungsrelation gemäß § 8 in jedem Einzelfall konkret fest.

(2) Von Seiten des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ist zu gewährleisten, dass jede Tagespflegeperson ausschließlich für die Kinder zuständig ist und die Verantwortung trägt, für die ein Betreuungsvertrag mit deren Erziehungsberechtigten abgeschlossen wurde.

(3) Vertretungen sind gemäß § 11 sicher zu stellen, ausgenommen hiervon sind nur sehr kurzfristige, unter einer Stunde liegende Vertretungsbedarfe, die auch von den Tagespflegepersonen in der Großpflegestelle untereinander geregelt werden können.“

5.2.1.6 Niedersachsen

In Niedersachsen ist nach § 15 Abs. 2 AG-KJHG NI die „persönliche und vertragliche“ Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson erforderlich. Fehlt es an der Zuordnung, ist von einer Tageseinrichtung auszugehen. Zusätzlich wird in Niedersachsen verlangt, dass bei Zusammenarbeit mehrerer Tagespflegepersonen für den Fall, dass mehr als acht Kinder betreut werden sollen, eine der Tagespflegepersonen eine pädagogische Fachkraft ist.

§ 15 Abs. 2 AG-KJHG-NI

„Werden mehr als acht Kinder von mehreren Tagespflegepersonen in der Zusammenarbeit betreut, so muss mindestens eine Tagespflegeperson eine pädagogische Fachkraft sein.

Ist im Fall der gemeinsamen Nutzung von Räumen durch mehrere Tagespflegepersonen zum Zwecke der Betreuung die vertragliche und persönliche Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson nicht gewährleistet, so handelt es sich um eine Tageseinrichtung.“

Nach Auffassung des OVG Lüneburg³⁵ ist das Fachkraftefordernis ab einer bestimmten Kinderzahl durch den Landesrechtsvorbehalt der § 22 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SGB VIII und des § 43 Abs. 5 SGB VIII gedeckt. Einen Verstoß gegen die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit

³⁵ OVG Lüneburg, 09.08.2013 - 4 LA 100/12

hat das Gericht verneint. Es sei sachgerecht und entspräche dem Wohl der zu betreuenden Kinder, wenn für den Fall, dass mehr als acht Kinder von mehreren Tagespflegepersonen in einer Großtagespflegestelle in Zusammenarbeit betreut werden, „besondere Anforderungen an die Qualifikation zumindest einer dieser Tagespflegepersonen gestellt werden, da mit der Zahl der gleichzeitig in Zusammenarbeit zu betreuenden Kinder in einer solchen Großtagespflegestelle, die in dieser Hinsicht einer Tageseinrichtung ähnelt, sich (u. a.) auch die pädagogischen Anforderungen an die Tagespflegepersonen erhöhen“³⁶.

5.2.1.7 Baden-Württemberg

Eine ähnliche Vorgabe zur Fachkraft ab einer bestimmten Kinderzahl besteht auch in Baden-Württemberg. Die Regelung ist jedoch nicht im Landesgesetz enthalten, sondern in einer Verwaltungsvorschrift, die auf der Grundlage des Landesgesetzes ergangen ist.

1.2.c der VwV Kindertagespflege (Baden-Württemberg)

„In anderen geeigneten Räumen können mehr als fünf fremde Kinder, höchstens jedoch neun Kinder gleichzeitig durch mehrere Tagespflegepersonen mit einer Pflegeerlaubnis nach § 43 des Achten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VIII) betreut werden. Ab dem achten zu betreuenden Kind muss eine Tagespflegeperson Fachkraft im Sinne des Kindertagesbetreuungsgesetzes sein.“

Teilweise werden Tagespflegepersonen, die in einer Großtagespflege tätig sind, weitere Vorgaben gemacht (z. B. in Baden-Württemberg: eine enge Kooperation mit Jugendamt und Landesjugendamt³⁷ sowie vor Vermittlung der Nachweis von 102 Unterrichtseinheiten an Grundqualifizierung³⁸).

5.2.2 Fazit und Vorschläge für rechtliche Rahmenbedingungen auf Landesebene

Im Hinblick auf die Tendenz, die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson als wesentliches Merkmal der Kindertagespflege anzusehen, könnte auf eine entsprechende landesrechtliche Vorgabe u. U. verzichtet werden.

Die Umsetzung der geplanten Änderung des SGB VIII könnte eine spezielle Zuordnungsregelung ebenfalls erübrigen.

Abgesehen davon, dass derzeit noch nicht sicher ist, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang eine Änderung des SGB VIII erfolgen wird, könnten landesrechtliche Regelungen jedoch zu mehr Rechtssicherheit beitragen und zudem eine Grundlage für weitere landesspezifische Rahmenbedingungen der Großtagespflege schaffen.

Eine Zuordnungsregelung erscheint in diesem Rahmen zur Klarstellung empfehlenswert.

Darüber hinaus könnte auch der Umfang der Großtagespflege durch Beschränkung der Personen- und Kinderzahl begrenzt werden. Dies kann zum einen den kleineren, überschaubaren Rahmen, der mit Kindertagespflege verbunden wird, gewährleisten und zum anderen eine gewisse Abgrenzung zu den meist größeren Tageseinrichtungen ermöglichen.

Würde die Begrenzung der Personenzahl auf die dauerhafte Tätigkeit in der Großtagespflege bezogen, ließe dies die zusätzliche Tätigkeit einer Vertretungskraft zu, die im Rahmen der Kontaktpflege zuweilen (aber nicht dauerhaft) als weitere Person anwesend ist.

Bei Vorgabe der Kinderzahl für die Großtagespflege könnte der Begriff „fremd“ weggelassen werden, um zu ermöglichen, dass in dieser Betreuungsform auch eigene Kinder der Tagespflegepersonen berücksichtigt werden können. Da sich die Erlaubnis nach § 43 SGB VIII jedoch generell auf fremde Kinder

³⁶ OVG Lüneburg, 09.08.2013 - 4 LA 100/12

³⁷ Hinweise zur Verwaltungsvorschrift Kindertagespflege, 1.2 Buchst. c

³⁸ Verwaltungsvorschrift Kindertagespflege, 1.3.b: Nachweis von 102 UE vor Vermittlung

bezieht, wäre in diesem Fall ein zusätzlicher Hinweis in der Gesetzesbegründung sinnvoll, beispielsweise in Anlehnung an die Begründung zum BayKiBiG³⁹ zur Streichung des Wortes „fremd“ für den Bereich der Großtagespflege: *„Durch die Streichung des Wortes ‚fremd‘ wird sichergestellt, dass auch bei der gleichzeitigen Betreuung eigener Kinder ein angemessenes Verhältnis von Kindern und Tagespflegepersonen gewahrt ist“.*

Soweit die Kinderzahl eingeschränkt werden soll, empfiehlt sich zu klären, ob sich die Kinderzahl auf die gleichzeitig anwesenden und/oder auf die insgesamt betreuten Kinder bezieht.

Bezieht sich die Vorgabe sowohl auf die gleichzeitig anwesenden als auch auf die insgesamt betreuten Kinder, dürfte die Gefahr, dass es durch mangelhafte Organisation oder allzu laxe Handhabung zu Überbelegungen kommt, geringer sein. Andererseits wird dadurch das Platzsharing begrenzt und die Großtagespflege in der möglichen Auslastung des Angebots eingeschränkt.

Denkbar ist daher auch, die Anzahl der gleichzeitig anwesenden Kinder auf beispielsweise 10 Kinder zu beschränken, aber eine höhere Anzahl von insgesamt betreuten Kindern zuzulassen, um ein Platzsharing und damit eine bessere Auslastung des Betreuungsangebots zu ermöglichen.

Da gemäß § 20 Abs. 4 KitaG eine Betriebserlaubnis erforderlich ist, wenn mehr als fünf Kinder betreut werden, empfiehlt sich eine Klarstellung, dass sich dies auf die Betreuung durch eine einzelne Tagespflegeperson bezieht.

Die Vorgabe einer eigenständigen bzw. gesonderten Erlaubnis für jede in der Großtagespflege tätige Tagespflegeperson würde die Eignungsüberprüfung gewährleisten und auf diese Weise dazu beitragen, Qualitätsstandards zu sichern.

Darüber hinaus ist denkbar, besondere Anforderungen an die Qualifikation der in der Großtagespflege tätigen Tagespflegepersonen zu stellen.

Möglich ist zudem die Vorgabe, dass ab einer bestimmten Kinderzahl eine der Tagespflegepersonen pädagogische Fachkraft ist.

In diesem Fall stellt sich jedoch die Frage, welche besondere Position der Fachkraft innerhalb des Teams der Tagespflegepersonen zukommen soll und ob diese u. U. eine Leitungsfunktion übernimmt. Fällt die Fachkraft aus, stellt sich weiter die Frage, ob die Vertretung der Fachkraft nur durch eine andere pädagogische Fachkraft gewährleistet werden oder ob die Vertretung auch durch eine qualifizierte Tagespflegeperson, die keine pädagogische Fachkraft ist, erfolgen kann.

Ein Fachkraftgebot ab einer bestimmten Kinderzahl kann daher u. U. auch zu Unklarheiten oder Schwierigkeiten bei der Umsetzung führen.

Grundsätzlich empfiehlt es sich, Vorgaben, die die Berufsfreiheit einschränken können, wie z. B. die Begrenzung der Personen- und Kinderzahl, die Vorgabe einer gesonderten Erlaubnis und eines Fachkräftegebots, in das KitaG aufzunehmen.

Weitere Vorgaben zur Ausgestaltung der Großtagespflege wie Vorgaben zu Lage, Größe, Aufteilung und Ausstattung der Räumlichkeiten, Beachtung weiterer Regelungen (Infektionsschutz, Lebensmittelhygiene, Brandschutz) könnten im Rahmen einer Rechtsverordnung erfolgen, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage in § 23 KitaG aufgenommen wird.

³⁹ Gesetzesbegründung des BayKiBiG-ÄndG vom 23.03.2012, Begründung zu Art 9 BayKiBiG, S. 28

Formulierungsvorschlag, z. B. neu einfügen als § 20 Abs. 2 KitaG:

„Die Erlaubnis zur Kindertagespflege befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern. Nutzen Tagespflegepersonen Räume gemeinsam (Großtagespflege), bedarf jede Tagespflegeperson einer gesonderten Erlaubnis. In Großtagespflege dürfen dauerhaft maximal zwei Tagespflegepersonen bis zu maximal zehn Kinder gleichzeitig und maximal Kinder insgesamt betreuen. Es ist zu gewährleisten, dass jedes einzelne Kind einer bestimmten Tagespflegeperson vertraglich und pädagogisch zugeordnet ist; andernfalls handelt es sich um eine Tageseinrichtung.“

Ggf. mit Zusatz zur Forderung einer pädagogischen Fachkraft ab einer bestimmten Anzahl von Kindern:

„Werden mehr als Kinder in Großtagespflege betreut, muss eine Tagespflegeperson Fachkraft i. S. d. § 9 Abs.1 KitaPersV sein.“

Ergänzung des § 20 Abs. 4 KitaG:

„Sollen mehr als fünf Kinder von einer Tagespflegeperson betreut werden...“

Weitere Rahmenbedingungen könnten über Verordnung geregelt werden, wenn dafür eine Rechtsgrundlage in § 23 KitaG geschaffen wird. Z. B. in § 23 Abs. 1 Nr. 5 KitaG:

„die Eignung des Angebotes von Kindertagespflege und Großtagespflege, insbesondere die Qualifikation der Tagespflegeperson und die räumlichen Voraussetzungen sowie die Mindeststandards der Großtagespflege...“

5.3 Gemeinsame Angebote der Tagespflegepersonen ohne strikte Zuordnung

Großtagespflege ohne strikte Zuordnung bedeutet, dass die Tagespflegepersonen zusammenarbeiten, ohne dass ihnen ein bestimmtes Kind zugeordnet ist. In dieser Variante können die Tagespflegepersonen gemeinsam bzw. als Gesellschaft (GbR) Betreuungsverträge mit den Erziehungsberechtigten schließen und sich untereinander abstimmen, wer zu welchen Zeiten die Betreuung übernimmt. Die Verantwortung liegt bei den Tagespflegepersonen gemeinsam.

5.3.1 Vor- und Nachteile der fehlenden Zuordnung

Der Vorteil eines gemeinsamen Angebots ohne strikte Zuordnung besteht vor allem in der Flexibilität, die die Betreuung dadurch erhält. Die Tagespflegepersonen haben einen breiten Gestaltungsspielraum und können weniger frequentierte Zeiten mit nur einer Person abdecken. D. h. eine Tagespflegeperson kann beispielsweise frühmorgens den Dienst aufnehmen und bis zu fünf fremde Kinder allein betreuen. Die andere Tagespflegeperson kann abends länger bleiben und ebenfalls bis zu fünf fremde Kinder betreuen. In dieser Form wäre Schichtdienst möglich; die Betreuung könnte – insbesondere auch in Arbeitsverhältnissen - in einem größeren Stundenumfang angeboten werden.

Der Nachteil der fehlenden Zuordnung besteht darin, dass damit ein wesentliches Merkmal der Kindertagespflege aufgegeben wird und sich die Betreuungsform im Grunde kaum mehr von einer Tageseinrichtung unterscheidet. Es ist nicht mehr durchgehend eine bestimmte Person für ein bestimmtes Kind verantwortlich, sondern eine Personenmehrheit; die Verantwortung für die Betreuungsleistung, die Aufsichtspflicht und etwaiges Fehlverhalten lässt sich nicht mehr eindeutig zuordnen.

5.3.2 Abgrenzung zur Tageseinrichtung

Ohne Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson fehlt ein wesentliches Merkmal der Kindertagespflege; die Abgrenzung zur Kindertageseinrichtung wird schwierig. Sollte die

geplante Änderung des SGB VIII in Kraft treten, würde die Zuordnung bundeseinheitlich als Abgrenzungskriterium zur Kindertageseinrichtung zu beachten sein und damit Voraussetzung für die Einstufung als Kindertagespflege.

Mit der Begrenzung von Personen- und Kinderzahl und der Vorgabe einer gesonderten Erlaubnis können zwar zusätzliche Rahmenbedingungen geschaffen werden; eine klare Abgrenzung dürften sie jedoch kaum ermöglichen.

5.3.3 Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen

Ob ein Verzicht auf die Zuordnung im Hinblick auf die geplante Gesetzesänderung des SGB VIII und die bisherige Rechtsprechung möglich ist, erscheint fraglich.

Wird mit der geplanten Gesetzesänderung eine Legaldefinition der Einrichtung in das SGB VIII eingefügt, wird der Zuordnung bestimmter Kinder zu einer bestimmten Person künftig bundesrechtlich ein stärkeres Gewicht zukommen.

Laut Begründung soll mit § 45 a SGB VIII n. F. auch eine Abgrenzung zu Pflegeeltern und Tagespflegepersonen getroffen werden, „*bei denen die Kinder und Jugendlichen bestimmten Personen zugeordnet sind*“⁴⁰.

Sollten die geplanten Änderungen in Kraft treten, wäre die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson bundesweit Abgrenzungsmerkmal zur Kindertageseinrichtung, d. h. ohne Zuordnung würde man vermutlich nicht von Kindertagespflege ausgehen können.

Aber auch ohne Änderung des SGB VIII ist fraglich, ob auf die Zuordnung verzichtet werden kann.

Laut Mörsberger⁴¹ gelingt die Abgrenzung zwischen Pflegestellen und Einrichtungen auch in den Grenzfällen relativ einfach, wenn man sich nicht in erster Linie an formalen Kriterien orientiert. Entscheidend sei vielmehr, ob die betreffenden Kinder vom konzeptionellen Ansatz her an eine konkrete Person vermittelt werden und damit der Aspekt familienähnlicher Betreuungskontinuität im Vordergrund steht oder ob es sich um ein Betreuungsangebot handelt, das sich durch eine Personalstruktur mit mehr oder weniger oft wechselnden Fachkräften auszeichnet.

Das VG Stuttgart⁴² führte in einer Urteilsbegründung zur Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson aus:

„Kindertagespflege dagegen ist personenbezogen (Lakies in FK-SGB VIII, § 43 Rn. 24). Das zu betreuende Kind ist der Tagespflegeperson vertraglich und persönlich zugeordnet (vgl. Gerstein, GK-SGB VIII, § 43 Rn. 12 a ff.). Wesentliches Strukturmerkmal der Tagespflege ist das individuelle, familiäre Betreuungssetting. Kindertagespflege zeichnet sich durch ein familiäres Klima, stabile Bezugspersonen, kleine Kindergruppe und intensive, individuelle Zuwendung und Förderung sowie eine flexible Gestaltung der Betreuungszeit aus (vgl. Wiesner, SGB VIII, a.a.O., § 23 Rn. 7). Um eine Förderung in Kindertagespflege handelt es sich grundsätzlich dann, 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, denn dies entspräche dem Wesen der institutionellen Förderung in Tageseinrichtungen, bei der eine Erzieherin vorwiegend eine Gruppe betreut (vgl. DIJuF, Gutachten vom 31.12.2006 zu Rechtsfragen der Finanzierung von Kindertagespflege aus öffentlicher Hand- unter Einbeziehung arbeits- steuer- und versicherungsrechtlicher Faktoren, S. 30/31).“

⁴⁰ Begründung zum Gesetzesentwurf des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes – KJSG, S. 39, Stand 03.02.2017

⁴¹ Mörsberger in Wiesner, Kommentar zum SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 45 Rdnr. 32

⁴² 05.11.2014 - 7 K 459/13, noch nicht rechtskräftig

Zwar lässt sich u. U. auch eine andere Ansicht vertreten. So hält Lakies es offenbar für ausreichend, dass die Betreuung der Kinder „durch eine konkrete Tagespflegeperson im Vordergrund steht“⁴³. Die Zuordnung wird dadurch jedoch nicht komplett aufgegeben, sondern allenfalls gelockert. Auch Lakies verweist auf den Unterschied zur institutionellen Betreuung in einer Kindertageseinrichtung, „die vom Wechsel der konkreten Betreuungsperson/Erzieherin unabhängig ist“⁴⁴.

5.3.4 Praxisbeispiele: Regelungen aus anderen Bundesländern

Regelungen ohne Vorgabe der Zuordnung bestehen derzeit z. B. in Berlin, Bayern und in Baden-Württemberg.

5.3.4.1 Berlin

In Berlin dürfen zwei Tagespflegepersonen unter bestimmten Voraussetzungen bis zu 8 bzw. 10 Kinder im Verbund betreuen. Bei Betreuung bis zu 8 Kindern muss eine der Tagespflegepersonen eine pädagogische Fachkraft sein. Beide Tagespflegepersonen sollen partnerschaftlich und arbeitsteilig zusammenarbeiten, wobei der pädagogischen Fachkraft die Koordination der Tagespflegestelle obliegt. Bei Betreuung bis zu 10 Kindern müssen beide Tagespflegepersonen pädagogische Fachkräfte sein und gleichberechtigt zusammenarbeiten.

Eine Vorgabe der Zuordnung ist den Regelungen nicht zu entnehmen; die Vorgabe einer „arbeitsteiligen“ Zusammenarbeit lässt eher darauf schließen, dass auf eine Zuordnung verzichtet wird. Eine Abgrenzung zur Tageseinrichtung erfolgt wohl im Wesentlichen durch die Begrenzung der Kinderzahl und weitere Vorgaben in der – allgemein sehr umfangreichen - Ausführungsvorschrift Kindertagespflege.

§ 32 AG-KJHG (Berlin) lässt zudem vermuten, dass nur eine Erlaubnis erteilt wird, in der beide Tagespflegepersonen aufgeführt sind; ob dies mit der Personengebundenheit der Erlaubnis nach § 43 SGB VIII vereinbar ist, ist jedoch fraglich.

§ 32 AG-KJHG (Berlin)

(1) „...Die Erlaubnis für Kindertagespflege kann für bis zu acht Kinder erteilt werden, wenn die Pflegeperson neben der erforderlichen besonderen Qualifikation von einer weiteren Betreuungsperson dauerhaft unterstützt wird. Die Pflegeerlaubnis kann für bis zu zehn Kinder erteilt werden, wenn mindestens zwei im Sinne von Satz 2 geeignete Tagespflegepersonen die Betreuung im Verbund organisieren. Eine Vorsorge für Vertretungssituationen muss gewährleistet sein....“

(2) Werden jeweils mehr Kinder ... betreut, so bedarf es einer Betriebserlaubnis nach § 45 Abs. 1 Satz 1 des Achten Buches Sozialgesetzbuch.“

§ 17 Abs. 2 KitaFöG Berlin

„Die Kindertagespflege für mehr als fünf Kinder in einer Kindertagespflegestelle ist vorrangig ein altersgemischtes Angebot einschließlich von Kindern im Grundschulalter, welches als besonders flexibles Betreuungsangebot Bestandteil des Angebots an Tagesbetreuungsplätzen ist.“

1.3. Ausführungsvorschrift zur Kindertagespflege (AV-KTPF), Berlin

„b) Kindertagespflege im Verbund für bis zu 8 Kinder können Tagespflegepersonen ausüben, die zu zweit zusammenarbeiten. Mindestens eine der beiden Tagespflegepersonen muss über eine pädagogische Ausbildung verfügen, die andere mindestens über das Aufbauzertifikat. Beide Tagespflegepersonen arbeiten partnerschaftlich und arbeitsteilig miteinander, wobei der pädagogischen Fachkraft die Koordination der Tagespflegestelle obliegt.“

c) Kindertagespflege im Verbund für bis zu 10 Kinder können Tagespflegepersonen ausüben, die zu zweit gleichberechtigt zusammenarbeiten. Beide sollen über eine pädagogische Ausbildung verfügen, eine Ausbildung nach Nummer 10 Abs. 4 oder eine Anerkennung nach Nummer 12 Absatz 2 haben.“

⁴³ Lakies im Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 22 Rdnr. 10

⁴⁴ Lakies a. a. O.

5.3.4.2 Bayern

In Bayern wird zwar die Zuordnung nicht ausdrücklich verlangt. Allerdings wird in den Eckpunkten des bayrischen Landesjugendamts zur Großtagespflege davon ausgegangen, dass die Kinder in einer Großtagespflege den Tagespflegepersonen „*persönlich und vertraglich zugeordnet sind*“⁴⁵.

Von der „*Bindung des Kindes an eine konstante Bezugsperson*“⁴⁶ ging wohl auch der Bayrische Gesetzgeber aus, auch wenn dies in den landesrechtlichen Regelungen nicht hinreichend klar zum Ausdruck kommt.

Gemäß Art. 9 Abs. 2 BayKiBiG wird die Anzahl der Tagespflegepersonen in Bayern auf drei und die Anzahl der Kinder auf max. 10 gleichzeitig bzw. 16 Kinder insgesamt beschränkt und zudem verlangt, dass eine der Tagespflegepersonen pädagogische Fachkraft sein muss, wenn mehr als acht gleichzeitig anwesende Kinder betreut werden sollen. Durch die Streichung des Wortes „fremd“ wird laut Gesetzesbegründung sichergestellt, dass auch bei der gleichzeitigen Betreuung eigener Kinder ein angemessenes Verhältnis von Kindern und Tagespflegepersonen gewahrt ist. Die Beschränkung auf drei Tagespflegepersonen erfolgte mit der Begründung, dass bei mehr als drei Tagespflegepersonen schon allein aufgrund des hohen Organisationsgrads von einer Einrichtung auszugehen sei. Das Merkmal „*dauerhaft*“ soll Fälle ausschließen, „*in denen nach der grundsätzlichen Arbeitsaufteilung und Konzeption der Großtagespflege drei Tagespflegepersonen tätig sind, jedoch zum Beispiel aufgrund kurzfristiger Erkrankung eine Ersatzbetreuung durch eine externe und damit vierte Tagespflegeperson erfolgt*“.⁴⁷

Art 9 Abs. 2 S. 2 BayKiBiG

„*Schließen sich mehrere Tagespflegepersonen zusammen (Großtagespflege) und betreuen diese mehr als acht gleichzeitig anwesende Kinder, muss mindestens eine Tagespflegeperson eine pädagogische Fachkraft sein. Wenn*

1. *gleichzeitig mehr als zehn Kinder oder insgesamt mehr als 16 Kinder von mehreren Tagespflegepersonen in Zusammenarbeit betreut werden oder*
2. *dauerhaft mehr als drei Tagespflegepersonen in der Betreuung derselben Kinder eingesetzt werden sollen,*

findet § 45 SGB VIII Anwendung.“

5.3.4.3 Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg wird die Kinderzahl in einer Verwaltungsvorschrift bzw. in den Hinweisen zur Verwaltungsvorschrift begrenzt und ebenfalls verlangt, dass ab einer bestimmten Kinderzahl (mehr als 7 Kinder) eine der Tagespflegepersonen pädagogische Fachkraft ist. Die Vorgabe einer Zuordnung besteht nicht; das VG Stuttgart⁴⁸ ging jedoch davon aus, dass die Zuordnung ein wesentliches Merkmal der Kindertagespflege darstellt und erforderlich ist, um die Großtagespflege von der Tageseinrichtung abgrenzen zu können.

1.2.c der VwV Kindertagespflege (Baden-Württemberg)

„*In anderen geeigneten Räumen können mehr als fünf fremde Kinder, höchstens jedoch neun Kinder gleichzeitig durch mehrere Tagespflegepersonen mit einer Pflegeerlaubnis nach § 43 des Achten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VIII). Ab dem achten zu betreuenden Kind muss eine Tagespflegeperson Fachkraft im Sinne des Kindertagesbetreuungsgesetzes sein.*“

⁴⁵ Bayrisches Landesjugendamt: „Neufassung der fachlichen Eckpunkte für die Großtagespflege in Bayern“, 11.03.2014

⁴⁶ Gesetzesentwurf des BayKiBiG-ÄndG vom 23.03.2012, Begründung zu Art 9 BayKiBiG, S. 28

⁴⁷ Gesetzesentwurf des BayKiBiG-ÄndG, a. a. O.

⁴⁸ VG Stuttgart, 05.11.2014 – 7 K 459/13, noch nicht rechtskräftig

5.3.5 Fazit, Vorschlag zur Anpassung rechtlicher Rahmenbedingungen

Insbesondere im Hinblick auf die Zuordnung als wesentliches Merkmal der Kindertagespflege, aber auch mit Blick auf die geplante Änderung des SGB VIII ist eine Regelung, die komplett auf die Zuordnung verzichtet, nicht empfehlenswert.

Allerdings ist denkbar, die Regelung so zu gestalten, dass eine Lockerung der Zuordnung ermöglicht wird, um eine flexiblere Gestaltung zu erreichen. Solange die Betreuung eines Kindes durch eine bestimmte Tagespflegeperson zumindest im Vordergrund steht, wäre der Bezug auf eine bestimmte Tagespflegeperson zumindest im Wesentlichen gegeben und damit das wesentliche Merkmal der Kindertagespflege weiterhin erhalten.

Formulierungsvorschlag, z. B. neu einfügen als § 20 Abs. 2 KitaG

„Die Erlaubnis zur Kindertagespflege befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern. Nutzen mehrere Tagespflegepersonen Räume gemeinsam (Großtagespflege), bedarf jede Tagespflegeperson einer gesonderten Erlaubnis. In Großtagespflege dürfen dauerhaft maximal zwei Tagespflegepersonen bis zu maximal zehn Kinder gleichzeitig und maximal Kinder insgesamt betreuen. Die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson soll im Wesentlichen gewährleistet sein.“

Da der Begriff „im Wesentlichen“ recht unbestimmt ist, könnte in der Gesetzesbegründung erläutert werden, wann davon auszugehen ist, dass die Zuordnung im Wesentlichen gewährleistet ist. Als Abweichung käme beispielsweise ein Zeitumfang von ca. 20 % bis 25 % des Gesamtbetreuungsumfangs in Betracht. Dies dürfte ausreichen, um die Randzeiten flexibler zu gestalten und auch ermöglichen, dass ein Kind an einem Wochentag von der anderen Tagespflegeperson betreut wird (z. B. bei zusätzlicher Betreuung am Wochenende oder wenn eine Tagespflegeperson nur 4 Tage in der Woche arbeiten möchte).

Bzgl. weiterer Vorschläge zu möglichen Regelungen wird auf Abschnitt 5.2.2 verwiesen.

6 Vertretung in der Großtagespflege

Eltern sehen in der Großtagespflege einen institutionenähnlichen Charakter⁴⁹ und schätzen diese Betreuungsform daher oft als verlässlicher ein. Dies dürfte jedoch u. U. mit der Vorstellung zusammenhängen, dass sich die dort tätigen Tagespflegepersonen gegenseitig vertreten können.

Ob in der Großtagespflege auch eine Vertretung untereinander möglich ist, hängt jedoch von der Anzahl der dort betreuten Kinder ab bzw. von der Frage, ob die jeweils andere Tagespflegeperson im Vertretungsfall genügend Platzkapazitäten frei hat.

Da eine Tagespflegeperson nur maximal fünf gleichzeitig anwesende, fremde Kinder betreuen darf, sind der Aufnahme zusätzlicher Kinder, die in Vertretung betreut werden können, Grenzen gesetzt.

Zwar sollen gemäß § 20 Abs. 2 KitaG bei der Festsetzung der Höchstzahl Kinder unberücksichtigt bleiben, die in Ausfallzeiten einer anderen Tagespflegperson betreut werden, wenn es sich um eine vorübergehende Betreuung nur weniger Kinder handelt.

Diese Regelung kann im Einzelfall jedoch zu einem Verstoß gegen § 43 Abs. 3 S. 3 SGB VIII führen. Danach kann Landesrecht zwar regeln, dass die Erlaubnis zur Betreuung von mehr als fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern erteilt werden kann. Die Erweiterung auf mehr als fünf fremde Kinder setzt jedoch zum einen die Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis voraus und steht zum anderen

⁴⁹ Wiemert/Heeg: „Tätigkeitsfeld und Betreuungsform mit Potenzial, Ansätze einer qualitätsorientierten Weiterentwicklung“, DJI-Handreichung, 2012, S. 55

unter dem Vorbehalt, dass die Person über eine pädagogische Ausbildung verfügt und nicht mehr Kinder betreut als in einer vergleichbaren Gruppe einer Tageseinrichtung. § 20 Abs. 2 Kita sieht diese Voraussetzungen nicht vor, sodass im Hinblick auf die eindeutigen Vorgaben des Bundesgesetzes eine einschränkende Auslegung dahingehend erfolgen sollte, dass in keinem Fall mehr als fünf gleichzeitig anwesende, fremde Kinder betreut werden dürfen.

Dies erschwert die gegenseitige Vertretung in Großtagespflegestellen.

Denkbar wäre, eine landesrechtliche Regelung aufzunehmen, die den Vorgaben des § 43 Abs. 3 S. 3 SGB VIII entspricht und eine Betreuung von mehr als fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern (ggf. bezogen auf den Vertretungsfall) erlaubt.

Im Hinblick auf die generelle Verpflichtung, für Ausfallzeiten der Tagespflegepersonen rechtzeitig eine andere Betreuungsmöglichkeit sicherzustellen, empfiehlt es sich jedoch auch, Vertretungsmodelle zu installieren, um die Betreuungskontinuität zu sichern und die Attraktivität der Großtagespflege zu erhöhen.

Findet die Vertretung in den Räumen der Großtagespflege statt, können die Kinder auch bei Ausfall „ihrer“ Tagespflegeperson in ihrem gewohnten Umfeld verbleiben. Da es sich bei den Räumen nicht um den Privathaushalt der zu vertretenen Tagespflegeperson handelt, muss die Vertretungsperson keine besondere Hemmschwelle überwinden, die mit der Tätigkeit in einem fremden Privathaushalt häufig verbunden sein dürfte.

Welches Vertretungsmodell in Frage kommt, hängt von der Ausgestaltung und den konkreten Umständen vor Ort ab. Bzgl. der unterschiedlichen Vertretungsmodelle wird auf die Praxismaterialien⁵⁰ für die Jugendämter verwiesen.

7 Finanzierung der Großtagespflege

Die Förderung eines Kindes in Kindertagespflege erfolgt auch in der Großtagespflege in aller Regel über §§ 23, 90 SGB VIII. D. h. die Tagespflegeperson erhält von dem nach § 86 SGB VIII zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine laufende Geldleistung, deren Bestandteile in § 23 Abs. 2 SGB VIII vorgeben sind.

Die Höhe der laufenden Geldleistung wird durch den zuständigen Jugendhilfeträger festgesetzt, falls Landesrecht nichts Abweichendes bestimmt.

Die Höhe der laufenden Geldleistung und die Rahmenbedingungen vor Ort (Weiterzahlung der Geldleistung für bestimmte betreuungsfreie Zeiten bzw. für Zeiten, die trotz Vereinbarung nicht abgerufen werden) dürften aus der Sicht der Tagespflegepersonen entscheidend für die Attraktivität der Kindertagespflege und die Eignung als Erwerbsgrundlage sein. Insofern erscheinen grundsätzliche Überlegungen über eine Anpassung der Finanzierung der Kindertagespflege seitens des Landes und seitens der Jugendhilfeträger sinnvoll.

Wird die Großtagespflege in angemieteten Räumen geleistet, entstehen den Tagespflegepersonen i. d. R. höhere Kosten.

Zwar enthält die laufende Geldleistung, die der Jugendhilfeträger an die Tagespflegeperson zahlt, auch die Erstattung angemessener Kosten, die der Tagespflegeperson für den Sachaufwand entstehen. Den Jugendhilfeträgern steht bei der Ausgestaltung der laufenden Geldleistung nach § 23 Abs. 2, Abs. 2a

⁵⁰ DJI: „Vertretungsmodelle in der Kindertagespflege, Praxismaterialien für die Jugendämter, Nr. 4“, Oktober 2010 (erstellt im Auftrag des BMFSFJ)

SGB VIII jedoch ein gewisser Gestaltungsspielraum zu⁵¹. Ob und in welchem Umfang auch Kosten für speziell angemietete Räumlichkeiten zu berücksichtigen sind, ist fraglich. Zudem ist fraglich, ob die Jugendhilfeträger die zusätzlichen Kosten aufbringen können bzw. wollen.

Soll die Großtagespflege etabliert werden, wären deshalb begleitende Finanzierungsregelungen empfehlenswert, um zu ermöglichen, dass sowohl für Tagespflegepersonen als auch für die örtlich zuständigen Jugendhilfeträger ausreichende Mittel für die Installierung und Finanzierung der Großtagespflege zur Verfügung stehen.

Hamburg sieht für die Großtagespflege in angemieteten Räumen z. B. für Tagespflegepersonen eine höhere Sachkostenpauschale vor⁵², in Berlin werden unter bestimmten Voraussetzungen Mietzuschuss und Mittel für Schönheitsreparaturen gewährt⁵³.

Bayern fördert die Großtagespflegestellen dagegen unter bestimmten Voraussetzungen ähnlich wie Tageseinrichtungen. Voraussetzung dafür ist gemäß Art 20 a BayKiBiG u. a., dass die Gemeinde einen bestimmten, erhöhten Eigenanteil an den Träger der Großtagespflege erbringt, in der Großtagespflege mindestens eine pädagogische Fachkraft regelmäßig an vier Tagen und mindestens 20 Wochenstunden tätig ist und die weiteren in der Großtagespflege tätigen Tagespflegepersonen erfolgreich an einer Qualifizierungsmaßnahme im Umfang von 160 UE teilgenommen haben.

U. U. kommt auch die Großtagespflege in Form von Arbeitsverhältnissen in Betracht. In diesem Fall könnte beispielsweise ein öffentlicher oder freier Träger Räume anmieten und ausstatten bzw. ausgestattete Räume zur Verfügung stellen und die dort tätigen Personen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigen. In diesen Fällen ist aufgrund der Trägerverantwortung ein für Einrichtungen typisches Merkmal gegeben, sodass der Abgrenzung zur Tageseinrichtung ein besonderes Gewicht zukommt. Zu den möglichen Umsetzungsproblemen im Zusammenhang mit der Gewährung der laufenden Geldleistung wird auf den 2. Teil, Abschnitt 1.3.4.1 und 2.5.3.2 verwiesen.

Da die Regelung des § 18 KitaG zur Förderung der Kindertagespflege nicht mehr den aktuellen Vorgaben des § 23 SGB VIII entspricht, ist eine Anpassung der Regelung empfehlenswert. Ggf. können darin auch Regelungen zur Finanzierung der Großtagespflege aufgenommen werden.

⁵¹ OVG Berlin-Brandenburg, 26.04.2016 - OVG 6 A 4.15; OVG NRW,

⁵² § 5 Abs. 3 Kindertagespflegeverordnung (KTagPflVO) der Hansestadt Hamburg, HmbGVBl. 2014, S. 105

⁵³ V 11 Abs. 13 d Ausführungsvorschrift zur Kindertagespflege (AV - KTPF), Berlin

Teil 2: Kindertagespflege in den Räumen der Tageseinrichtungen

Wird die Kindertagespflege in den Räumen einer Tageseinrichtung geleistet, handelt es sich um Kindertagespflege „in anderen geeigneten Räumen“ i. S. d. § 22 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII. Kindertagespflege kann in anderen geeigneten Räumen geleistet werden, wenn Landesrecht dies zulässt.

Dies ist gemäß § 2 Abs. 3 KiTaG in Brandenburg der Fall.

§ 2 Abs. 2 KiTaG: „*Kindertagespflege dient der Betreuung von Kinder im Haushalt der Tagespflegeperson, des Personensorgeberechtigten oder in anderen geeigneten Räumen.*“

Räume von Tageseinrichtungen sind per Gesetz nicht ausgeschlossen.

Davon geht wohl auch das Landesjugendamt aus: „*Bei der Nutzung von Kita-Räumen für Tagespflege ist die Abgrenzung zwischen Kita und Tagespflege zu beachten*“⁵⁴.

1 Angebot durch Erzieher/innen der Kindertagesstätte

Die Kindertagespflege wird außerhalb der Öffnungszeiten von einer oder mehreren in der Tageseinrichtung beschäftigten Erzieher/innen als Nebenbeschäftigung geleistet.

Dies dürfte hauptsächlich als ergänzende Kindertagespflege in Betracht kommen, wenn die Öffnungszeiten nicht ausreichen, um den Betreuungsbedarf einzelner Kinder zu decken, jedoch nur wenige Kinder eine Betreuung außerhalb der Öffnungszeiten benötigen.

Denkbar wäre ggf. auch die Förderung von Kindern, die nicht die Tageseinrichtung besuchen, und deren Betreuungsbedarf im Wesentlichen außerhalb der üblichen Zeiten liegt.

Da kein Einrichtungsbetrieb stattfindet, können u. U. Gruppenräume und Außengelände der Einrichtung für die Kindertagespflege genutzt werden. Die Ausgestaltung im Einzelnen ist u. a. davon abhängig, welche Räume zur Verfügung stehen und für welche Altersgruppe die Tageseinrichtung vorgesehen ist. Wurden Gruppen geschlossen, weil nicht mehr genügend Kinder in der Tageseinrichtung betreut werden, kann ein eigener Bereich für die Kindertagespflege zur Verfügung gestellt werden.

Da es sich bei der Kindertagespflege um eine eigenständige Form der Kindertagesbetreuung handelt, ist sie nicht durch die Betriebserlaubnis der Tageseinrichtung gedeckt, sondern unterliegt dem Erlaubnisvorbehalt des § 43 SGB VIII.

Abhängig vom Umfang der wöchentlichen Betreuungszeiten kann daher für die in Kindertagespflege tätigen Erzieher/innen eine Erlaubnis nach § 43 SGB VIII erforderlich sein.

Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Erzieher/innen die Kindertagespflegetätigkeit mehr als 15 Wochenstunden ausüben, d. h. die Kindertagespflege beispielsweise innerhalb der Arbeitswoche an mehr als drei Stunden täglich bzw. darüber hinaus auch an Wochenenden geleistet werden soll.

Zuständig für die Erteilung der Erlaubnis ist der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe, in dessen Bereich die Tagespflegeperson wohnt oder – falls die geplante Änderung des § 87 a SGB VIII im Rahmen des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG)⁵⁵ in Kraft tritt – der Jugendhilfeträger, in dessen Bereich die Kindertagespflegetätigkeit ausgeübt wird. Im Rahmen der Eignungsüberprüfung ist u. a. eine Prüfung der Räumlichkeiten vorgesehen.

⁵⁴ Landesjugendamt des Landes Brandenburg: „Empfehlungen zur Qualität von Tagespflege“, Januar 2003, S. 9

⁵⁵ Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG), Stand 03.02.2017, S. 17

1.1 Vor- und Nachteile

Mit dem ergänzenden Angebot der Kindertagespflege außerhalb der Öffnungszeiten können Betreuungsbedarfe in Zeiten, die weniger frequentiert sind (insbesondere in den frühen Morgen- oder späteren Abendstunden oder auch an Wochenenden) abgedeckt und den Eltern auf diese Weise ein bedarfsgerechtes Angebot in einem Gesamtpaket zur Verfügung gestellt werden.

Es wird kein Wechsel des Betreuungsortes erforderlich, die Kinder bleiben in den ihnen bereits vertrauten Räumlichkeiten. Organisatorische Probleme des Holens und Bringens, die sich insbesondere bei ergänzender Kindertagespflege vor oder im Anschluss an eine Einrichtungsbetreuung ergeben können, werden vermieden. Mit einem ergänzenden Angebot kann deshalb besser auf individuelle Betreuungsbedarfe eingegangen werden, die sich insbesondere aufgrund ungünstiger Arbeitszeiten bzw. infolge von Schichtdiensten der Erziehungsberechtigten ergeben.

Da die Kinder von den in der Einrichtung angestellten Erzieher/innen in Kindertagespflege betreut werden, kann im günstigsten Fall ein Wechsel der Betreuungsperson vermieden werden.

Aber auch wenn die ergänzende Betreuung nicht vom Betreuungspersonal der Gruppe, in der das Kind in der Einrichtung betreut wird, sondern von anderen Erzieher/innen der Einrichtung geleistet wird, ist diese Person dem Kind in aller Regel schon bekannt.

Die Erzieher/innen kennen ihrerseits die Räume der Einrichtung und sind mit der Umgebung vertraut.

Je nach Personalstärke kann u. U. durch weitere Erzieher/innen der Tageseinrichtung eine qualifizierte Ersatzbetreuung für Ausfallzeiten der Tagespflegepersonen gewährleistet werden. Die Vertretungspersonen sind den Kindern ebenfalls bereits bekannt, sodass die Kontaktpflegezeiten, die im Zusammenhang mit der Installation einer Ersatzbetreuung anfallen, entfallen oder zumindest reduziert werden.

Wird die ergänzende Kindertagespflege durch den Einrichtungsträger angeboten und organisiert, entstehen den Tagespflegepersonen weder zusätzlicher Organisationsaufwand noch zusätzliche Kosten etwa durch die Anmietung von Räumen.

Da die Kindertagespflege unter dem Dach einer Tageseinrichtung von dem dortigen Personal geleistet wird, kann die Abgrenzung der beiden Betreuungsformen schwierig sein. Insofern sind klare Abgrenzungskriterien und unterschiedliche Konzepte anzuraten.

Die Doppeltätigkeit der Erzieher/innen dürfte zu erhöhter Arbeitsbelastung führen. Probleme können sich im Rahmen von Arbeitsverhältnissen insbesondere hinsichtlich des rechtlich zulässigen Arbeitsumfangs ergeben, da die Arbeitszeiten laut Arbeitszeitgesetz (ArbZG) eine gewisse Dauer nicht überschreiten dürfen.

1.2 Abgrenzung zur Kindertageseinrichtung

Wird die Kindertagespflege außerhalb der Öffnungszeiten der Tageseinrichtung angeboten, ergibt sich zunächst eine zeitlich bedingte Abgrenzung. Die Betreuung in Gruppen der Tageseinrichtung erfolgt nur zu den Öffnungszeiten. Davor bzw. im Anschluss wird Kindertagespflege als ergänzende Betreuung angeboten.

Es empfiehlt sich, dies durch getrennte Vereinbarungen deutlich zu machen.

Wird die Kindertagespflege im Arbeitsverhältnis geleistet, kommt eine (zusätzliche) Betreuungsvereinbarung zwischen Einrichtungsträger und Eltern in Betracht.

Sollte die Kindertagespflege im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit geleistet werden, wird die Betreuungsvereinbarung zwischen Eltern und Tagespflegeperson geschlossen.

Da die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson als wesentliches Merkmal der Kindertagespflege angesehen wird, ist zu empfehlen, die als Erzieher/in tätige Tagespflegeperson in der Vereinbarung namentlich zu benennen, um die Abgrenzung der Kindertagespflege vom Einrichtungsbetrieb zu verdeutlichen. Dem steht nicht entgegen, dass im Verhinderungsfall andere Erzieher/innen die Vertretung übernehmen können. Sollte die Vertretungsperson bereits bekannt sein, kann diese ebenfalls in der Vereinbarung namentlich genannt werden.

Soll auf die Zuordnung eines Kindes zu einer bestimmten Tagespflegeperson verzichtet werden, dürfte die Abgrenzung zur Tageseinrichtung schwierig werden, insbesondere wenn der derzeit geplante § 45 a SGB VIII⁵⁶ in Kraft tritt. Ohne eine Zuordnung der jeweiligen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson könnte dann u. U. davon ausgegangen werden, dass es sich nicht um Kindertagespflege handelt, sondern der Einrichtungsbetrieb in kleinerem Umfang (weiter)betrieben wird.

Es empfiehlt sich, das Angebot der Kindertagespflege auch in anderer Weise vom Einrichtungsbetrieb abzugrenzen. In Betracht kommen z. B. unterschiedliche, auf die jeweilige Betreuungsform ausgerichtete pädagogische Konzepte sowie ein abgegrenzter räumlicher Bereich speziell für die Kindertagespflege.

Bisher sieht das Landesrecht noch keine Regelungen über die Abgrenzung von Tageseinrichtung und Kindertagespflege vor. Insofern besteht die Möglichkeit, die Regelungen den Erfordernissen der geplanten Angebote entsprechend zu gestalten. Vorgaben dazu können z. B. über eine Rechtsverordnung auf der Grundlage des § 23 KitaG erfolgen.

1.3 Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen

Kindertagespflege in Tageseinrichtungen ist landesrechtlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen und dürfte daher grundsätzlich zulässig sein.

1.3.1 KitaG und weitere Vorgaben

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 KitaG kann die Kindertagesbetreuung in Kindertagesstätten, in Kindertagespflege oder im Verbund durchgeführt werden.

§ 2 Abs. 1 KitaG: „(1) Kindertagesbetreuung dient der Erziehung, Bildung, Betreuung und Versorgung von Kindern bis zum Ende des Grundschulalters. Die Aufgabe kann in Kindertagesstätten, in Kindertagespflege sowie im Verbund oder in Kombination mit anderen Angeboten... durchgeführt werden.“

Ggf. kann in § 2 Abs. 3 KitaG, wonach Kindertagespflege in anderen geeigneten Räumen geleistet werden kann, zur Klarstellung um die Kindertagesstätten ergänzt werden.

In Nordrhein-Westfalen besteht dazu folgende Regelung:

§ 4 Abs. 4 KiBiz: „Kindertagespflege kann auch in geeigneten Räumen geleistet werden, die weder zum Haushalt der Tagespflegeperson noch zu dem der Eltern gehören. Sie kann ebenfalls in Räumen der Kindertageseinrichtung durchgeführt werden.“

Werden Gruppenräume des Einrichtungsbetriebs außerhalb der Öffnungszeiten für die Kindertagespflege genutzt, könnte dem entgegenstehen, dass die regelmäßige Doppelnutzung von Hauptspielräumen einer Einrichtung durch verschiedene Kindergruppen (Vor- und Nachmittagsbetreuung) nach den

⁵⁶ Gesetzesentwurf des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes, Stand 03.02.2017, S. 17

„Grundsätzen des Verwaltungshandelns bei der Prüfung der räumlichen Bedingungen von Kindertagesstätten“ als unzulässig angesehen wird⁵⁷. In diesem Fall könnten entweder gesonderte Räume für die Kindertagespflege ausgewiesen oder über eine Änderung der Regelung nachgedacht werden.

Die Richtlinien für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen in Hamburg enthalten beispielsweise eine Regelung, die eine Fremdnutzung der Räume unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht.

3.3 Fremdnutzung von Räumen und Verkehrswegen

Die Räume der Einrichtung können von dem Träger außerhalb der Öffnungszeiten für andere Zwecke zur Verfügung gestellt werden, wenn die anderweitige Nutzung mit dem Zweck der Einrichtung vereinbar ist, der Betrieb der Einrichtung nicht beeinträchtigt wird sowie die pädagogischen und hygienischen Belange gesichert bleiben.

Bei gemeinsam genutzten Eingangsbereichen oder Treppenhäusern ist hinsichtlich notwendiger Absprachen mit den anderen Nutzern eine Abstimmung mit dem Landesjugendamt erforderlich.

1.3.2 Einstufung der Kindertagespflegetätigkeit

Da es sich bei der Kindertagespflege um ein eigenständiges Angebot handelt, wird diese Tätigkeit von der geschuldeten Arbeitsleistung, die Erzieher/innen im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses mit dem Einrichtungsträger zu erbringen haben, nicht automatisch erfasst.

Es stellt sich daher die Frage, wie die ergänzende Kindertagespflegetätigkeit einzustufen ist, insbesondere ob die Leistung innerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses, als zusätzliche geringfügige Beschäftigung oder im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit erbracht wird.

Dies hängt u. a. davon ab, ob der Einrichtungsträger das Angebot selbst zur Verfügung stellt und finanziert oder ob er lediglich die Vermittlung übernimmt und die Räume zur Verfügung stellt.

1.3.2.1 Kindertagespflege im Rahmen des Arbeitsverhältnisses

Wird die Kindertagespflege als ergänzendes Angebot für Kinder, die bereits zu den Öffnungszeiten die Einrichtung besuchen, angeboten, dürfte dies im Interesse des Einrichtungsträgers liegen. Auf diese Weise kann den Erziehungsberechtigten ein bedarfsgerechtes Angebot zur Verfügung gestellt werden, das über die Öffnungszeiten der Einrichtung hinausgeht. Da zudem für die ergänzende Kindertagespflege Personal der Einrichtung eingesetzt werden, liegt es nahe, dass Organisation und Verantwortung im Bereich des Einrichtungsträgers bleiben.

Da die Kindertagespflegetätigkeit jedoch nicht ohne weiteres von der geschuldeten Arbeitsleistung der Erzieher/innen umfasst ist, sind zusätzlichen Vereinbarungen erforderlich. Dabei stellt sich die Frage, ob die Kindertagespflege als zusätzliche Leistung im Rahmen des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses zu erbringen ist oder ob ein zusätzliches Arbeitsverhältnis, insbesondere im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung, in Betracht gezogen werden kann.

Die Tätigkeit im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung könnte für die Erzieher/innen u. U. von Vorteil sein, da in diesem Rahmen keine bzw. nur geringfügige Sozialversicherungsbeiträge anfallen und die Lohnsteuer mit 2 % pauschaliert werden kann.

Wenn Arbeitnehmer/innen bei demselben Arbeitgeber mehrere Beschäftigungen ausüben, wird jedoch in aller Regel ohne Rücksicht auf die arbeitsvertragliche Gestaltung von einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen⁵⁸.

⁵⁷ Grundsätze des Verwaltungshandelns bei der Prüfung der räumlichen Bedingungen von Kindertagesstätten, Stand 12.07.1999

⁵⁸ Bundessozialgericht, 16.02.1983 - 12 RK 26/81

Da zwischen der Tätigkeit im Einrichtungsbetrieb und der ergänzenden Kindertagespflege durch die in der Einrichtung angestellte Erzieher/innen ein unmittelbarer Zusammenhang besteht, dürfte die Annahme einer zusätzlichen Beschäftigung abzulehnen sein. Zwar ist eine zusätzliche Vereinbarung über die Arbeitsleistung in der Kindertagespflege erforderlich; beide Tätigkeiten werden jedoch im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erbracht.

1.3.2.2 Kindertagespflege als selbstständige Tätigkeit

Denkbar ist im Grunde auch, dass der Einrichtungsträger die Kindertagespflege nicht selbst organisiert und anbietet, sondern die Erziehungsberechtigten lediglich auf das zusätzliche Angebot der Kindertagespflege hinweist und Organisation und Verantwortung den dann als Tagespflegepersonen tätigen Erzieher/innen überlässt.

In diesem Rahmen könnte u. U. eine selbstständige Tätigkeit angenommen werden.

Voraussetzung für die selbstständige Tätigkeit der Erzieher/innen wäre jedoch, dass die Erzieher/innen als Tagespflegepersonen selbst entscheiden, welche Kinder und in welchem Umfang sie die Kinder in Kindertagespflege betreuen. Sie würden die Verträge mit den Erziehungsberechtigten gestalten und der Tätigkeit in eigener Verantwortung nachgehen.

In diesem Rahmen und zur Abgrenzung der Betreuungsangebote wäre zudem eine Vereinbarung zur Nutzung der Einrichtungsräume erforderlich.

Fraglich ist, ob eine derartige Konstellation den tatsächlichen Verhältnissen entspräche.

Der Einrichtungsträger, der sein Personal für die ergänzende Betreuung einsetzt, wird i. d. R. auch ein Interesse daran haben, dass den Kindern, die die Einrichtung besuchen, das Angebot offensteht. Da die Tätigkeit in den Räumen der Einrichtung geleistet wird, besteht insbesondere, wenn die Tagespflegekinder auch die Einrichtung besuchen, ein unmittelbarer Zusammenhang.

Die Einflussmöglichkeiten der Erzieher/innen dürften deshalb nur gering sein, sodass vermutlich zu wenig eigener Handlungsspielraum für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit besteht.

Zudem wird in Fällen, in denen Beschäftigte die Arbeitsleistung regelmäßig am selben Betriebsort, für denselben Betriebszweck und unter Einsatz der Betriebsmittel des Arbeitgebers erbringen, im Regelfall von einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen. Dies gilt laut Bundessozialgericht (BSG)⁵⁹ insbesondere dann, wenn der vermeintlich selbstständige Teil der Tätigkeit nur aufgrund der abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird, in diese zeitlich, örtlich, organisatorisch und inhaltlich eingebunden, im Verhältnis zur Beschäftigung nebensächlich ist und insgesamt wie ein Teil der abhängigen Beschäftigung erscheint.

Dies dürfte zu bejahen sein, wenn die Kindertagespflege durch das Personal der Einrichtung in deren Räumen für Kinder erbracht wird, die bereits während der Öffnungszeiten die Einrichtung besuchen. Die Einstufung als selbstständige Tätigkeit dürfte daher in diesen Fällen nicht in Betracht kommen.

Eine andere Beurteilung ist u. U. möglich, wenn die Kindertagespflege für Kinder angeboten wird, die nicht bereits in der Tageseinrichtung gefördert werden.

In diesem Fall ist denkbar, dass den Erzieher/innen außerhalb ihrer Arbeitszeiten lediglich die Räume der Einrichtung zur Verfügung gestellt werden, um eine mit der Einrichtung ansonsten nicht im Zusammenhang stehende Tagesbetreuung anzubieten.

Je nach Ausgestaltung wäre in diesem Rahmen u. U. eine gemischte Tätigkeit möglich, d. h. die Tätigkeit in der Einrichtung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und die Kindertagespflege als selbstständige Tätigkeit.

⁵⁹ Bundessozialgericht, 03.02.1994 – 12 RK 18/93

Es ist jedoch zum einen fraglich, ob und in welchem Umfang eine Nachfrage für dieses Angebot besteht. Dies wird u. a. von den Öffnungszeiten der Einrichtung und den sich daraus ergebenden zeitlichen Kapazitäten für zusätzliche Angebote der Kindertagespflege abhängen.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob den Erzieher/innen zusätzlich zu ihrer Arbeitszeit weitere freie Zeitkapazitäten zur Verfügung stehen, über die sie verfügen können, ohne ihre Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis zu belasten. Eine zu starke Auslastung der Erzieher/innen dürfte gegen die Interessen aller Beteiligten sprechen.

1.3.2.3 Fazit

Das Angebot der Kindertagespflege, die außerhalb der Öffnungszeiten von den in der Einrichtung angestellten Erzieher/innen geleistet wird, dürfte sich im Wesentlichen auf Kinder beziehen, die in der Einrichtung betreut werden und zusätzlichen Betreuungsbedarf außerhalb der Öffnungszeiten haben.

Wegen des unmittelbaren Zusammenhangs der Tätigkeiten dürfte die Kindertagespflege im Rahmen des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses, das um die Kindertagespflegetätigkeit erweitert wird, erbracht werden.

Entscheidend für die Beurteilung sind jedoch die tatsächlichen Verhältnisse im konkreten Einzelfall.

1.3.3 Arbeitszeit

Werden Erzieher/innen zusätzlich zur ihrer Tätigkeit in der Tageseinrichtung auch außerhalb der Öffnungszeiten eingesetzt, können sich Probleme bzgl. des zeitlichen Umfangs ergeben.

Gemäß § 3 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) darf die werktägliche Arbeitszeit acht Stunden nicht überschreiten. Arbeiten die Erzieher/innen bereits in Vollzeit im Einrichtungsbetrieb, besteht im Grunde kein Spielraum für eine zusätzliche Kindertagespflegetätigkeit. Zwar kann die Arbeitszeit auf bis zu zehn Stunden täglich verlängert werden. Dies ist jedoch nur möglich, wenn innerhalb von 6 Monaten die durchschnittliche Arbeitszeit acht Stunden werktäglich nicht übersteigt.

Die Kindertagespflegetätigkeit außerhalb der Öffnungszeiten dürfte daher im Wesentlichen für Personen in Betracht kommen, die im Einrichtungsbetrieb nur einen Teil ihrer Gesamtarbeitszeit eingesetzt sind.

Gemäß § 4 ArbZG ist die Arbeit durch im Voraus feststehende Ruhepausen zu unterbrechen, und zwar mindestens 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs bis zu neun Stunden und 45 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden. Länger als 6 Stunden hintereinander dürfen Arbeitnehmer/innen nicht ohne Ruhepausen beschäftigt werden.

Da die Unterbrechung der Arbeitszeit im Einrichtungsbetrieb leichter fallen dürfte als im Rahmen der Kindertagespflege, empfiehlt es sich, bei der Arbeitszeitgestaltung auch darauf zu achten, wie die Pausenregelungen umgesetzt werden können.

Mögliche Probleme mit dem Arbeitszeitgesetz ließen sich zwar vermeiden, wenn die Erzieher/innen die Kindertagespflegetätigkeit auf selbstständiger Basis erbringen würden. Die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit dürfte jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.

1.3.4 Finanzierung, laufende Geldleistung

Wird ein Kind in Kindertagespflege gefördert, hat die Tagespflegeperson gemäß § 23 Abs. 1 SGB VIII einen Anspruch auf die laufende Geldleistung gegen den örtlich zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Die laufende Geldleistung hat gemäß § 23 Abs. 2 SGB VIII drei Bestandteile:

- die Erstattung angemessener Kosten, die der Tagespflegeperson für den Sachaufwand entstehen
- einen leistungsgerecht ausgestalteten Betrag zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung sowie
- die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung und die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung.

Die Festsetzung der laufenden Geldleistung erfolgt nach den Maßgaben des § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII – falls Landesrecht nichts Anderes bestimmt - durch den örtlich zuständigen Jugendhilfeträger.

1.3.4.1 Laufende Geldleistung und Arbeitsverhältnis

Angestellte Tagespflegepersonen haben bei Förderung der Kindertagespflege sowohl gemäß § 23 SGB VIII einen Anspruch auf die laufende Geldleistung gegenüber dem Jugendhilfeträger als auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf das Arbeitsentgelt. Beide Ansprüche beziehen sich auf dieselbe Leistung, wobei die Vergütung aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund gesetzlicher (Mindestlohngesetz) oder tariflicher Regelungen höher sein kann. Da eine Doppelvergütung in aller Regel nicht gewollt ist, werden die Geldleistung des Jugendhilfeträgers entweder auf das Arbeitsentgelt angerechnet oder der Anspruch an den Arbeitgeber abgetreten. Letzteres wird meist in sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen empfohlen, weil die Arbeitgeber verpflichtet sind, vom Arbeitsentgelt Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge einzubehalten und an die zuständigen Stellen abzuführen. Die Abtretung des gegenüber dem Jugendhilfeträger bestehenden Anspruchs ermöglicht die Auszahlung der laufenden Geldleistung an den Arbeitgeber und versetzt diesen in die Lage, seiner Verpflichtung entsprechend Steuer und Sozialversicherungsbeiträge einzubehalten und abzuführen.

Erfolgt eine Abtretung der laufenden Geldleistung durch die Erzieher/innen an den Einrichtungsträger, stellt sich die Frage, was der abgetretene Anspruch im Einzelfall beinhaltet.

Eher unproblematisch dürfte die Abtretung des Anerkennungsbetrags i. S. d. § 23 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII sein, da dieser für die Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungsleistung gewährt wird und als Vergütung der Leistung angesehen werden kann.

Ob und in welcher Höhe Aufwendungen für den Sachaufwand zu erstatten sind, kann im konkreten Fall geklärt werden. Da die als Tagespflegeperson tätigen Erzieher/innen ihre Tätigkeit weiterhin in der Einrichtung ausüben, ist davon auszugehen, dass ihnen ein komplett ausgestatteter Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Kosten für den Sachaufwand dürften der Tagespflegeperson daher im Regelfall nicht oder nur in geringer Höhe entstehen.

Probleme können sich bei der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 3 u. 4 SGB VIII ergeben. Üben die Erzieher/innen die Kindertagespflege Tätigkeit im Rahmen eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses aus, dürfte der Nachweis von Sozialversicherungsbeiträgen, die aufgrund der Kindertagespflege Tätigkeit entstanden und vom Jugendhilfeträger nach § 23 Abs. 2 Nr. 3 u. 4 SGB VIII hälftig zu erstatten sind, schwierig sein.

Die Schwierigkeiten in der Umsetzung könnten u. U. durch eine Vereinbarung zur Finanzierung des ergänzenden Angebots im Rahmen einer Leistungsvereinbarung zwischen Einrichtungsträger und Träger der öffentlichen Jugendhilfe gelöst werden, ggf. verbunden mit einer Verzichtserklärung der Tagespflegeperson gegenüber dem Jugendhilfeträger bzgl. des Anspruchs auf die laufende Geldleistung.

1.3.5 Sonstige Versicherungen

Wird die Kindertagespflege im Rahmen des Arbeitsverhältnisses beim Einrichtungsträger geleistet, dürfte die Tagespflegeperson im Regelfall über den Träger unfall- und haftpflichtversichert sein. Aufgrund der Erweiterung des Angebots ist dem Träger jedoch eine Rücksprache mit den Versicherungsunternehmen zu empfehlen.

Kinder, die in Kindertagespflege betreut werden, sind gemäß § 2 Nr. 8 a SGB VII gesetzlich unfallversichert, wenn sie von einer i. S. d. § 23 SGB VIII geeigneten Tagespflegeperson betreut werden. Die Eignungsfeststellung ist Voraussetzung der Förderung nach § 23 Abs. 3 SGB VIII und auch Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 43 SGB VIII, soweit diese im Einzelfall erforderlich ist.

1.3.6 Fazit, Vorschlag zur Anpassung rechtlicher Rahmenbedingungen

Da die Kindertagespflege in Einrichtungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, dürfte ein Angebot der Kindertagespflege durch in der Kindertagesstätte angestellte Erzieher/innen außerhalb der Öffnungszeiten nach den derzeit geltenden Regelungen zulässig sein, soweit die arbeitsrechtlichen Vorschriften beachtet werden.

Ggf. kann bzgl. der Räumlichkeiten eine Klarstellung erfolgen und in § 2 Abs. 3 KitaG aufgenommen werden.

§ 2 Abs. 3 KitaG: „*Kindertagespflege dient der Betreuung von Kindern im Haushalt der Tagespflegeperson, des Personensorgeberechtigten oder in anderen Räumen einschließlich der Räume von Kindertagesstätten, ...*“

Probleme können sich u. U. daraus ergeben, dass die regelmäßige Doppelnutzung von Hauptspielräumen einer Einrichtung durch verschiedene Kindergruppen (Vor- und Nachmittagsbetreuung) als unzulässig angesehen wird⁶⁰. Insofern empfiehlt es sich, entweder gesonderte Räume für die Kindertagespflege auszuweisen oder über eine Änderung der Regelung nachzudenken.

Formulierungsbeispiel: „*Die Räume der Kindertagesstätte können von dem Träger außerhalb der Öffnungszeiten für das Angebot der Kindertagespflege zur Verfügung gestellt werden, wenn der Betrieb der Einrichtung nicht beeinträchtigt wird sowie die pädagogischen und hygienischen Belange gesichert bleiben.*“

Da die Kindertagespflege unter dem Dach der Tageseinrichtung angeboten wird, ist eine klare Abgrenzung der Betreuungsformen empfehlenswert. Diese könnte insbesondere durch die Zuordnung der jeweiligen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson und beispielsweise auch durch - auf die jeweilige Betreuungsform ausgerichtete - pädagogische Konzepte sowie durch eine spezielle räumliche Aufteilung erfolgen.

Formulierungsvorschlag, z. B. neu einfügen als § 20 Abs. 2 KitaG:
„*Die Erlaubnis zur Kindertagespflege befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern. Nutzen Tagespflegepersonen Räume gemeinsam (Großtagespflege), bedarf jede Tagespflegeperson einer gesonderten Erlaubnis. In Großtagespflege dürfen dauerhaft maximal zwei Tagespflegepersonen bis zu maximal zehn Kinder gleichzeitig und maximal Kinder insgesamt betreuen. Es ist zu gewährleisten, dass jedes einzelne Kind einer bestimmten Tagespflegeperson vertraglich und pädagogisch zugeordnet ist; andernfalls findet § 45 SGB VIII Anwendung. Wird die Kindertagespflege in Räumen einer Kindertagesstätte geleistet, gilt Satz 4 entsprechend.*“

⁶⁰ Grundsätze des Verwaltungshandelns bei der Prüfung der räumlichen Bedingungen von Kindertagesstätten, Stand 12.07.1999

Weitere Rahmenbedingungen könnten über Verordnung geregelt werden, wenn dafür eine Rechtsgrundlage in gemäß § 23 KitaG geschaffen wird. Z. B. in § 23 Abs. 1 Nr. 5 KitaG

„die Eignung des Angebotes von Kindertagespflege, *Kindertagespflege in Räumen einer Kindertagesstätte und Großtagespflege*, insbesondere die Qualifikation der Tagespflegeperson und die räumlichen Voraussetzungen...“

Im Regelfall wird wohl von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sein, sodass sich bzgl. des Umfangs der Kindertagespflegetätigkeit Beschränkungen durch das Arbeitszeitgesetz ergeben.

Ob die Erzieher/innen für die Ausübung der Kindertagespflege eine Erlaubnis nach § 43 SGB VIII benötigen, hängt im Wesentlichen vom Umfang der ausgeübten Tätigkeit ab und kann nur im Einzelfall geklärt werden.

2 Angebot durch externe Tagespflegepersonen

Die Kindertagespflege wird durch externe Tagespflegepersonen innerhalb und außerhalb der Öffnungszeiten der Tageseinrichtung geleistet.

Im Regelfall benötigen die Tagespflegepersonen eine Erlaubnis zur Kindertagespflege nach § 43 SGB VIII. In diesem Rahmen wird der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe prüfen, ob die Räumlichkeiten, die zur Verfügung gestellt werden, kindgerecht sind.

Zuständig für die Erteilung der Erlaubnis ist der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe, in dessen Bereich die Tagespflegeperson wohnt oder – falls die geplante Änderung des § 87 a SGB VIII im Rahmen des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG)⁶¹ in Kraft tritt – der Jugendhilfeträger, in dessen Bereich die Kindertagespflegetätigkeit ausgeübt wird.

2.1 Kindertagespflege innerhalb der Öffnungszeiten

Innerhalb der Öffnungszeiten kommt die Kindertagespflege als besonderes Angebot vor allem für jüngere Kinder in Betracht. Sie bietet sich insbesondere an, wenn in der Einrichtung geeignete Gruppenräume zur Verfügung stehen, jedoch nur vergleichsweise wenig Kinder betreut werden sollen.

Wie die Tätigkeit arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlich einzuordnen ist, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen im Einzelfall ab.

Bei einer Tätigkeit während des laufenden Betriebs wird von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sein, wenn das Angebot in den Organisationsbereich der Einrichtung eingegliedert ist und die Tagespflegeperson Weisungen der Einrichtungsleitung zu befolgen hat. Zur Abgrenzung vom Einrichtungsbetrieb empfiehlt es sich, dass der Träger mit den Erziehungsberechtigten gesonderte Verträge über das Angebot der Kindertagespflege schließt.

Kann die Tätigkeit auch bei laufendem Einrichtungsbetrieb klar – u. a. auch räumlich - von der Tageseinrichtung abgrenzt werden, kommt u. U. auch eine selbstständige Tätigkeit in Betracht.

Voraussetzung wäre, dass die Tagespflegeperson über die Aufnahme der Kinder, die Zeit und den Umfang der Betreuung sowie deren Ausgestaltung selbst bestimmen kann. Die Einrichtung stellt im Grunde lediglich die Räume – ggf. gegen Entgelt – zur Verfügung, die Organisation und Verantwortung

⁶¹ Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG), Stand 03.02.2017, S. 17

für die Ausübung der Tätigkeit obliegt allein der Tagespflegeperson. In diesem Fall würden Betreuungsverträge zwischen Erziehungsberechtigten und Tagespflegeperson vereinbart.

2.2 Kindertagespflege außerhalb der Öffnungszeiten

Außerhalb der Öffnungszeiten kann Kindertagespflege als ergänzende Betreuung für die Kinder der Tageseinrichtung angeboten werden.

Denkbar ist zudem ein Angebot für Kinder, die nicht in der Einrichtung betreut werden, wie z. B. Schulkinder vor Schulbeginn oder im Anschluss an die Schulbetreuung. Letzteres bietet sich insbesondere an, wenn sich die Tageseinrichtung in Schulinähe befindet.

Darüber hinaus wäre u. U. auch das Angebot von Übernachtbetreuung denkbar, wenn geeignete Räume sowie eine geeignete Ausstattung zur Verfügung stehen bzw. gestellt werden können.

Auch hier hängt die arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Einordnung der Tätigkeit von den tatsächlichen Verhältnissen im Einzelfall ab.

Wird die Kindertagespflege ausschließlich außerhalb der Öffnungszeiten der Tageseinrichtung angeboten, dürfte die Gestaltung der Kindertagespflege im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit vermutlich einfacher sein.

Voraussetzung ist jedoch, dass der Tagespflegeperson keine Weisungen erteilt oder sonstige Vorgaben (z. B. bzgl. der Aufnahme der Kinder und des Betreuungsumfangs) gemacht werden und sie nicht in den organisatorischen Bereich der Einrichtung eingegliedert ist. Betreuungsverträge würden in diesem Fall zwischen Tagespflegeperson und Erziehungsberechtigten geschlossen.

2.3 Vor- und Nachteile

Werden beispielsweise aufgrund sinkender Kinderzahlen Gruppen geschlossen, können nicht mehr genutzte Gruppenräume der Tageseinrichtung für die Kindertagespflege genutzt und dadurch Leerstand vermieden werden. Die Anmietung und Ausstattung zusätzlicher Räume für die Kindertagespflege entfällt.

Mit einem kombinierten Angebot von Kindertagespflege und Kindertageseinrichtung geht eine größere Flexibilität einher; auf die Bedürfnisse von Kindern und Erziehungsberechtigten kann individuell eingegangen werden.

Wird innerhalb der Öffnungszeiten sowohl die Betreuung in den Gruppen der Einrichtung als auch in Kindertagespflege angeboten, ergeben sich für Eltern mit mehreren Kindern unterschiedlichen Alters, die – altersabhängig – in Kindertagespflege und in einer Kindertageseinrichtung betreut werden, keine zusätzlichen Wege, da die Betreuung am selben Ort stattfindet.

Tagespflegekindern, die zunächst im kleineren Rahmen der Kindertagespflege betreut werden, wird der spätere Übergang in den Einrichtungsbetrieb erleichtert, da ihnen Örtlichkeit und Erzieher/innen bereits vertraut sind.

Tagespflegepersonen, die in der Einrichtung arbeiten, haben eine erleichterte Möglichkeit des fachlichen Austauschs mit Erzieher/innen und ggf. weiterem Fachpersonal wie Ergotherapeuten, Logopäden, Fachberater/innen von Erziehungsberatungsstellen⁶².

⁶² Zu den Vorteilen insgesamt: Wolfgang Dichans: „Ein Netzwerk für Familien: Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege wachsen zusammen“, KTK, 2009, S. 42 f.

Durch die sich i. d. R. ergebende Vernetzung von Tagespflegepersonen und Fachpersonal der Einrichtungen werden weitere Kooperationen wie z. B. gemeinsame Weiterbildungsangebote erleichtert.

Die enge Kooperation kann zudem die gegenseitige Vertretung in Ausfallzeiten ermöglichen. Tagespflegekinder können u. U. bei Ausfall der Tagespflegepersonen im Einrichtungsbetrieb von Erzieher/innen betreut werden. Kinder, die die Einrichtung besuchen, können u. U. während der Schließungszeiten (Ferienzeiten, Feiertage) durch Tagespflegepersonen betreut werden, soweit freie Kapazitäten bestehen. Inwieweit gegenseitige Vertretung möglich ist, hängt insbesondere von der Auslastung der Betreuungsangebote ab.

Sind die Tagespflegepersonen angestellt, sind diese gegen Einnahmefälle, die selbstständig tätigen Tagespflegepersonen z. T. zu schaffen machen, besser abgesichert, da sie ein regelmäßiges Gehalt beziehen.

Da die Förderung in Kindertagespflege und die Förderung in einer Tageseinrichtung unter einem Dach angeboten werden, wird die Abgrenzung zwischen beiden Betreuungsformen u. U. schwierig. Dies gilt insbesondere für ein paralleles Angebot während der Öffnungszeiten der Einrichtung.

Durch die gleichzeitige Anwesenheit der Kinder, die in der Tageseinrichtung betreut werden, herrscht mehr Lärm und Unruhe, die insbesondere die jüngeren Kinder aber auch die Tagespflegepersonen stärker belasten können.

Gruppenräume können i. d. R. nur dann genutzt werden, wenn sie aufgrund von Gruppenschließungen für die Tageseinrichtungen nicht mehr benötigt werden.

Unter Erzieher/innen und Tagespflegepersonen können sich aufgrund unterschiedlicher Rahmenbedingungen bzw. der Sorge der Erzieher/innen vor eventuellen Gruppenschließungen und Stellenabbau für die Zusammenarbeit hinderliche Konkurrenzsituationen ergeben.

2.4 Abgrenzung zur Kindertageseinrichtung

Wird die Kindertagespflege in den Räumen der Tageseinrichtung während der Öffnungszeiten geleistet, kommt der Abgrenzung der beiden Betreuungsformen ein besonderes Gewicht zu.

Empfehlenswert ist zunächst eine räumliche Abgrenzung, wobei es sinnvoll sein dürfte, wenn die für die Kindertagespflege genutzten Räume am Randbereich der Einrichtung liegen, um die Kindertagespflege vom übrigen Einrichtungsbetrieb abzuschirmen.

Als weitere Abgrenzungskriterien kommen gesonderte Vereinbarungen mit den Erziehungsberechtigten in Betracht, die u. a. die Zuordnung der jeweiligen Tagespflegekinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson - im Unterschied zur Zuordnung zu einer bestimmten Gruppe – vorsehen. In Betracht kommen zudem unterschiedliche pädagogische Konzepte, die verdeutlichen, worin sich die Betreuungsangebote unterscheiden.

Sollte mehr als eine Tagespflegeperson in den Einrichtungsräumen tätig sein, kann es sinnvoll sein, dass jede Tagespflegeperson über einen eigenen räumlichen Bereich verfügt, der ausschließlich für ihre Tätigkeit genutzt wird. Wenn die Tagespflegepersonen ihre Tätigkeit im selben Gebäude ausüben, dürfte es sich um Großtagespflege handeln, sodass ggf. zusätzliche Regelungen zu beachten sind.

Wird die Kindertagespflege ausschließlich außerhalb der Öffnungszeiten angeboten, dürfte die Abgrenzung im Hinblick auf die zeitliche Trennung u. U. einfacher sein.

2.5 Prüfung der Umsetzbarkeit im Hinblick auf bestehende Regelungen

Kindertagespflege in Tageseinrichtungen ist landesrechtlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

2.5.1 KitaG und weitere Vorgaben

Da die Kindertagespflege in Einrichtungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, dürfte ein Angebot der Kindertagespflege durch externe Tagespflegepersonen sowohl innerhalb als auch außerhalb der Öffnungszeiten nach derzeit geltenden Regelungen zulässig sein.

Ggf. kann eine Klarstellung bzgl. der Räumlichkeiten erfolgen und in § 2 Abs. 3 KitaG aufgenommen werden.

„Kindertagespflege dient der Betreuung von Kindern im Haushalt der Tagespflegeperson, des Personensorgeberechtigten oder in anderen Räumen einschließlich der Räume von Kindertagesstätten, ...“

Da bei einem Angebot außerhalb der Öffnungszeiten ggf. eine Doppelnutzung von Hauptspielräumen der Einrichtung durch verschiedene Kindergruppen erfolgt, wäre deren Zulässigkeit zu prüfen. Ist eine Doppelnutzung nicht zulässig, könnten gesonderte Räume für die Kindertagespflege ausgewiesen bzw. die entgegengesetzte Regelung⁶³ geändert werden.

Da die Kindertagespflege unter dem Dach der Tageseinrichtung angeboten wird, ist eine klare Abgrenzung der Betreuungsformen erforderlich. Diese könnte durch die Zuordnung der jeweiligen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson, durch räumliche Abgrenzung (insbesondere innerhalb der Öffnungszeiten) und durch die Aufstellung getrennter pädagogischer Konzepte erfolgen.

2.5.2 Einordnung der Tätigkeit

Die Klärung der Frage, wie die Tätigkeit externer Tagespflegepersonen einzuordnen ist, hängt von der Ausgestaltung des Angebots ab. Die Kindertagespflege kann in den Organisationsbereich der Tageseinrichtung fallen oder ein selbstständiges Angebot der Tagespflegepersonen unabhängig vom Einrichtungsbetrieb darstellen.

Letzteres dürfte nur anzunehmen sein, wenn die Tagespflegepersonen selbst entscheiden können, welche Kinder sie in welchem Umfang in Kindertagespflege betreuen und der Einrichtungsträger lediglich die Einrichtungsräume zur Verfügung stellt, ohne selbst Vorgaben zu machen. Denkbar ist dies vor allem außerhalb des laufenden Einrichtungsbetriebs bzw. innerhalb der Öffnungszeiten bei klar abgegrenzten Räumlichkeiten.

Liegt die Hauptverantwortung im Bereich des Einrichtungsträgers, dürfte im Regelfall von einer Anstellung der Tagespflegepersonen auszugehen sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Tagespflegeperson die Kinder nicht selbst auswählen kann (z. B. bei ergänzender Kindertagespflege für Kinder, die ansonsten in der Tageseinrichtung betreut werden) und ihr Zeit und Umfang der Betreuung im Wesentlichen vorgegeben werden.

2.5.3 Finanzierung, laufende Geldleistung

Eine Tagespflegeperson hat bei Förderung eines Kindes gemäß § 23 Abs. 1 SGB VIII gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen Anspruch auf die laufende Geldleistung⁶⁴. Die Festsetzung

⁶³ Grundsätze des Verwaltungshandelns bei der Prüfung der räumlichen Bedingungen von Kindertagesstätten, Stand 12.07.1999

⁶⁴ Zur Zusammensetzung s.o. Abschnitt 1.3.4

der laufenden Geldleistung nach den Maßgaben des § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII erfolgt – falls Landesrecht nichts anderes bestimmt - durch den örtlich zuständigen Jugendhilfeträger.

2.5.3.1 *Selbstständige Tätigkeit*

Die laufende Geldleistung enthält u. a. gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII die Erstattung angemessener Kosten, die der Tagespflegeperson für den Sachaufwand entstehen. Werden Räume und ggf. auch Ausstattung unentgeltlich zur Verfügung gestellt, kann die Höhe der Erstattung des Sachaufwands entsprechend reduziert werden.

Zahlt die Tagespflegeperson für die Nutzung der Räume und ggf. der Ausstattung ein Entgelt, kann dies bei der Erstattung der Kosten für den Sachaufwand berücksichtigt werden, indem z. B. ein Zuschlag für Miet- bzw. Mietnebenkosten gewährt wird. Vorteil der entgeltlichen Überlassung könnte sein, dass die Tagespflegeperson bei der Gewinnermittlung die Betriebsausgabenpauschale geltend machen kann. Dies ist ihr bei unentgeltlicher Überlassung verwehrt⁶⁵.

2.5.3.2 *Tätigkeit im Arbeitsverhältnis*

Ist die Tagespflegeperson beim Einrichtungsträger angestellt, hat sie ebenfalls gemäß § 23 Abs. 1 SGB VIII Anspruch auf die laufende Geldleistung.

Hinzu tritt der Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis auf die Vergütung ihrer Arbeitsleistung. Hier wäre zu klären, wie die Tätigkeit der Tagespflegeperson tariflich einzustufen ist⁶⁶.

Da die Tagespflegeperson sowohl einen Anspruch gegen den Arbeitgeber als auch gegen den örtlichen Jugendhilfeträger hat, wird in diesen Fällen empfohlen, den Anspruch gegen den Jugendhilfeträger auf die laufende Geldleistung an den Arbeitgeber (in diesem Fall den Einrichtungsträger) abzutreten.

Da die Tagespflegeperson nicht mehr abtreten kann, als ihr nach § 23 Abs. 2 SGB VIII zusteht, ist zu klären, was die laufende Geldleistung im konkreten Fall beinhaltet.

Da der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des § 23 SGB VIII die selbstständige Tätigkeit der Tagespflegepersonen im Blick hatte, kommen bei der Umsetzung der Regelung im Rahmen von Arbeitsverhältnissen immer wieder Fragen auf, die bisher noch nicht abschließend geklärt sind.

Dies betrifft insbesondere die Frage, in welcher Höhe die sich aufgrund des Arbeitsverhältnisses ergebenden Sozialversicherungsbeiträge zu erstatten sind.

Laut Begründung des Gesetzes⁶⁷ sollten die (selbstständig tätigen) Tagespflegepersonen in ihrer Absicherung den Arbeitnehmern angenähert werden. Sind Tagespflegepersonen jedoch angestellt, ist eine „Annäherung“ im Grunde nicht erforderlich, sodass eine Erstattung auch unterbleiben könnte.

§ 23 Abs. 2 SGB VIII enthält jedoch keine entsprechende Einschränkung, sondern gibt die Inhalte der Geldleistung vor, ohne dies von der sozialversicherungsrechtlichen Einstufung der Tätigkeit abhängig zu machen.

Streng am Wortlaut orientiert, ist denkbar, dass nur die Hälfte des von der Tagespflegeperson zu tragenden Arbeitnehmeranteils erstattet wird, da ihr nur diese Aufwendungen selbst entstehen und sie diese nachweisen kann. In diesem Fall würde die Tagespflegeperson jedoch bessergestellt als andere Arbeitnehmer/innen.

⁶⁵ Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 11. November 2016, IV C 6 - S 2246/07/10002 :005, BStBl I 2016, 1236

⁶⁶ Zu TVöD und zur möglichen Einstufung: Stefan Sell, Nicole Kukula: „Leistungsorientierte Vergütung in der Kindertagespflege“, S. 21 https://www.bvktp.de/files/brosch_re.pdf; Wiesner, Dittmar, Kößler: „Tagespflegepersonen in sozialversicherungspflichtigen Angestelltenverhältnissen“, Expertise im Auftrag des DJI, 2014

⁶⁷ Gesetzesentwurf zum Kinderförderungsgesetz, BT-Drucks. 16/9299, S. 15

Etwas weiter ausgelegt könnte auch dahingehend argumentiert werden, dass immer die Hälfte der gesamten Aufwendungen zu einer angemessenen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung bzw. der volle Unfallversicherungsbeitrag zu erstatten ist, da es nicht unbedingt zwingend ist, dass die nachgewiesenen Aufwendungen der Tagespflegeperson selbst entstehen. Im Hinblick auf das angestrebte Ziel der Annäherung an die Absicherung der Arbeitnehmer dürfte dies jedoch als sehr weitgehend erscheinen.

Weitere Erstattungen (z. B. des Beitrags zur Arbeitslosenversicherung) sieht das Gesetz nicht vor.

Aufgrund der derzeit unklaren Rechtslage und der nur bedingt auf Arbeitsverhältnisse passenden Regelung des § 23 Abs. 2 SGB VIII wird empfohlen, zwischen den Beteiligten eine Vereinbarung über die Finanzierung des Angebots zu schließen.

2.5.4 Weitere Versicherungen

Wird die Kindertagespflege im Rahmen des Arbeitsverhältnisses beim Einrichtungsträger geleistet, dürfte die Tagespflegeperson über den Träger im Regelfall auch unfall- und haftpflichtversichert sein. Aufgrund der Erweiterung des Angebots ist dem Träger jedoch eine Rücksprache mit den Versicherungsunternehmen zu empfehlen.

Ist die Tagespflegeperson selbstständig tätig, ist der Abschluss einer eigenen Haftpflichtversicherung anzuraten. Die Unfallversicherungspflicht ergibt sich aus § 2 Nr. 9 SGB VII.

Kinder, die in Kindertagespflege betreut werden, sind gemäß § 2 Nr. 8 a SGB VII gesetzlich unfallversichert, wenn sie von einer i. S. d. § 23 SGB VIII geeigneten Tagespflegeperson betreut werden.

2.5.5 Fazit, Vorschlag zur Anpassung rechtlicher Rahmenbedingungen

Da die Kindertagespflege in Einrichtungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, dürfte ein Angebot der Kindertagespflege durch externe Tagespflegepersonen sowohl innerhalb als auch außerhalb der Öffnungszeiten nach derzeit geltenden Regelungen zulässig sein, wenn die Betreuungsangebote klar voneinander abgegrenzt werden können.

Die Abgrenzung kann zum einen durch eine gesonderte Vereinbarung mit den Erziehungsberechtigten, in die u. a. die Zuordnung der jeweiligen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson aufgenommen wird, sowie durch räumliche Abgrenzung und - insbesondere bei Tätigkeit innerhalb der Öffnungszeiten der Einrichtung - die Erstellung unterschiedlicher pädagogischer Konzepte erfolgen.

Ob die Kindertagespflege in einem Arbeitsverhältnis oder als selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird, ist anhand der konkreten Umstände zu klären.

Bzgl. weiterer Vorschläge zu möglichen Regelungen wird auf Abschnitt 1.3.5 verwiesen.

C: Gesamtergebnis

Sowohl die Großtagespflege als auch die Kindertagespflege in den Räumen einer Tageseinrichtung bieten Möglichkeiten der Flexibilisierung der Kindertagespflege.

Da die Förderung in Kindertagespflege und in Kindertagesstätten laut KitaG jedoch nicht gleichrangig sind, ist zur besseren Akzeptanz der Kindertagespflege eine Änderung in der Prioritätensetzung zumindest für die unter Dreijährigen empfehlenswert. Diese würde auch den bundesrechtlichen Regelungen entsprechen, wonach beide Betreuungsformen in der Altersgruppe der unter Dreijährigen gleichrangig nebeneinanderstehen.

1 Großtagespflege

Die Großtagespflege vereint als besondere Form der Kindertagespflege Merkmale der Kindertagespflege und der Kindertageseinrichtung.

In der Fachdiskussion wird die Großtagespflege zwar teilweise ambivalent gesehen, da die kleine Kindergruppe und der familiennahe Charakter, die als besondere Stärke der Kindertagespflege gelten, in der Großtagespflege meist nicht gegeben sind. Durch die Vorgaben landesspezifischer Regelungen zu den Rahmenbedingungen der Großtagespflege kann das Angebot jedoch gesteuert und auf die Einhaltung von Qualitätsstandards hingewirkt werden.

Die Großtagespflege ist bundesrechtlich nicht geregelt; die Abgrenzung von Kindertagespflege und Kindertageseinrichtung wurde ausdrücklich den Bundesländern überlassen.

Das Land Brandenburg hat bisher weder Abgrenzungskriterien vorgegeben noch spezifische Vorgaben zur Großtagespflege gemacht. Aufgrund des Landesrechtsvorbehalts des § 22 Abs. 1 S. 3 SGB VIII sind entsprechende Vorgaben möglich und auch empfehlenswert, wenn die Großtagespflege in Brandenburg angeboten werden soll.

Die Zuordnung der jeweiligen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson stellt ein wesentliches Merkmal der Kindertagespflege dar und ist daher zur Abgrenzung von einer Tageseinrichtung gut geeignet. Auf die Zuordnung zu verzichten, erscheint dagegen nicht empfehlenswert. In Betracht kommt jedoch u. U. eine Lockerung dahingehend, dass die Betreuung eines Kindes durch eine bestimmte Tagespflegeperson zumindest im Vordergrund steht, jedoch bis zu einem bestimmten Umfang davon abgewichen werden kann, um eine flexiblere Gestaltung insbesondere zu den Randzeiten zu ermöglichen.

Darüber hinaus erscheinen weitere Vorgaben zu den Rahmenbedingungen der Großtagespflege sinnvoll, um einerseits mehr Rechtssicherheit bei der Abgrenzung zur Tageseinrichtung zu erhalten und andererseits Qualitätsstandards vorzugeben bzw. zu sichern. In Betracht kommen dabei z. B.

- Beschränkung der Zahl der Tagespflegepersonen und der gleichzeitig bzw. insgesamt betreuten Kinder (ggf. unter Berücksichtigung eigener Kinder)
- gesonderte Erlaubnis als Voraussetzung der Tätigkeit für jede in der Großtagespflege tätige Tagespflegeperson (ermöglicht Eignungsprüfung und Qualitätssicherung)
- ggf. besondere Anforderungen an die Qualifikation der Tagespflegepersonen, u. U. mit Fachkräftegebot ab einer bestimmten Kinderzahl
- Vorgabe an Räumlichkeiten und Ausstattung (Lage, Größe, Aufteilung, etc.; insbesondere, wenn sich mehrere Großtagespflegestellen in einem Gebäude befinden)

- Vorgabe zur Beachtung weiterer Bestimmungen (z. B. Infektionsschutz, Lebensmittelhygiene, Brandschutz)

Für Vorgaben, die die Berufsfreiheit einschränken können, wie z. B. Vorgaben der Zuordnung, eine Begrenzung der Personen- und Kinderzahl, die Vorgabe einer gesonderten Erlaubnis sowie das Fachkraftgebot, empfiehlt sich eine Verankerung im KitaG.

Weitere Rahmenbedingungen können auf der Grundlage des entsprechend erweiterten § 23 KitaG auch durch Rechtsverordnung erfolgen.

Da in der Großtagespflege meist mehr als fünf fremde Kinder gleichzeitig betreut werden, empfiehlt sich eine Anpassung des § 20 Abs. 4 KitaG.

Die Vertretung in der Großtagespflege ist insofern erleichtert, als diese i. d. R. nicht im Privathaushalt angeboten wird, sondern die Vertretungsperson in den Räumen der Großtagespflege betreuen kann. Aufgrund der nach § 43 SGB VIII begrenzten Kinderzahl ist die gegenseitige Vertretung in Großtagespflegestellen allerdings nur begrenzt möglich. Denkbar wäre, durch landesrechtliche Regelung nach § 43 Abs. 3 S. 3 SGB VIII zu erlauben, dass – unter den Vorgaben des § 43 SGB VIII – im Vertretungsfall mehr als fünf gleichzeitig anwesende Kinder betreut werden dürfen.

Zur besseren Akzeptanz der Großtagespflege empfiehlt es sich auch generell, passende Vertretungsmodelle zu installiert werden.

Die Großtagespflege ist – insbesondere, wenn Räume angemietet werden – in aller Regel mit zusätzlichen Kosten verbunden. Soll die Großtagespflege etabliert werden, wären begleitende Finanzierungsregelungen empfehlenswert, um zu gewährleisten, dass Tagespflegepersonen und Jugendhilfeträgern ausreichende Mittel zur Umsetzung der Angebote zur Verfügung stehen.

2 Kindertagespflege in den Räumen einer Tageseinrichtung

Bei der Kindertagespflege in den Räumen einer Tageseinrichtung handelt es sich um Kindertagespflege in anderen geeigneten Räumen; diese ist gemäß § 2 Abs. 2 KitaG in Brandenburg gestattet.

Die Räume von Kindertagesstätten sind davon nicht ausdrücklich ausgenommen, u. U. könnte jedoch im Einrichtungsbereich das Verbot der Doppelnutzung von Räumen entgegenstehen. Ggf. kann ein klarstellender Hinweis in § 2 Abs. 3 KitaG bzw. eine Änderung der Raumnutzungsregelung erfolgen.

Soll die Kindertagespflege außerhalb der Öffnungszeiten von in der Einrichtung angestellten Erzieher/innen durchgeführt werden, kann dies im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses erfolgen, wenn eine Vereinbarung über die zusätzliche Tätigkeit aufgenommen wird. Aufgrund des Arbeitszeitgesetzes ist der Umfang der Arbeitszeit allerdings beschränkt. Eine selbstständige Tätigkeit dürfte nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Da die Kindertagespflege ein eigenständiges Angebot darstellt, wird die Tätigkeit nicht von der Betriebserlaubnis der Einrichtung erfasst. Es ist daher im Einzelfall zu klären, ob eine (personengebundene) Erlaubnis zur Kindertagespflege erforderlich ist. Dies hängt insbesondere von der Wochenstundenzahl ab, die die Erzieher/innen in der Kindertagespflege leisten werden.

Zur Finanzierung des Angebots sind aufgrund der unklaren Rechtslage bzgl. der Geldleistungen in Arbeitsverhältnissen Vereinbarungen mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu empfehlen.

Soll die Kindertagespflege innerhalb und außerhalb der Öffnungszeiten der Einrichtung durch externe Tagespflegepersonen angeboten werden, kann dies im Rahmen von Arbeitsverhältnissen (insbesondere innerhalb der Öffnungszeiten) oder im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit der Tagespflegepersonen erfolgen. Entscheidend ist die konkrete Ausgestaltung des Angebots im Einzelfall.

Die Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses kann u. U. für die Tagespflegepersonen attraktiver sein. Aufgrund der unklaren Rechtslage bzgl. der Geldleistungen in Arbeitsverhältnissen sind in diesem Fall hinsichtlich der Finanzierung Vereinbarungen mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu empfehlen.

Die Kindertagespflege wird in allen Fallvarianten unter dem Dach der Tageseinrichtung angeboten, so dass eine klare Abgrenzung der Betreuungsformen erforderlich ist.

Da die Zuordnung der jeweiligen Kinder zu einer bestimmten Tagespflegeperson ein wesentliches Merkmal der Kindertagespflege darstellt, könnte die Zuordnung als Abgrenzungsmerkmal und Voraussetzung der Tätigkeit in den Räumen einer Kindertageseinrichtung im KitaG verankert werden.

Ggf. kommen auch weitere Vorgaben in Betracht. Neben der Zuordnung, die in gesonderte Vereinbarungen mit den Erziehungsberechtigten aufgenommen werden kann, sind z. B. Vorgaben zur Aufteilung/Trennung sowie der Ausstattung der Räumlichkeiten und zur Vorlage pädagogischer Konzeptionen denkbar.

Entsprechende Rahmenbedingungen könnten auf der Grundlage des entsprechend erweiterten § 23 KitaG durch Rechtsverordnung vorgegeben werden.

D Literatur und Handreichungen

Bayrisches Landesjugendamt: „Neufassung der fachlichen Eckpunkte für die Großtagespflege in Bayern“, München, 11.03.2014

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: „Fakten und Empfehlungen zu den Regelungen in der Kindertagespflege“, 09.01.2017

Bundesverband für Kindertagespflege: „Kindertagespflege im Verbund – Großtagespflege“, Schlaglicht 3/2011

Dichans, Wolfgang: „Ein Netzwerk für Familien: Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege wachsen zusammen“, KTK, 2009

Hansestadt Hamburg: „Handbuch-Großtagespflege“, <http://www.hamburg.de/handbuch-grosstagespflege/>

Landesjugendamt des Landes Brandenburg: „Empfehlungen zur Qualität von Tagespflege“, Januar 2003

Landesjugendhilfeausschuss des Landes Brandenburg: „Grundsätze des Verwaltungshandelns bei der Prüfung der räumlichen Bedingungen von Kindertagesstätten“, 12.07.1999

Münder, Meysen, Trenczek: „Frankfurter Kommentar zum SGB VIII“, 7. Aufl. 2013

Sell, Stefan u. Kukula, Nicole: „Leistungsorientierte Vergütung in der Kindertagespflege“, 2013

Wiemert/Heeg: „Tätigkeitsfeld und Betreuungsform mit Potenzial, Ansätze einer qualitätsorientierten Weiterentwicklung“, DJI-Handreichung, 2012

Wiesner, Kommentar zum SGB VIII, 5. Aufl. 2015

Wiesner, Dittmar, Kößler: „Tagespflegepersonen in sozialversicherungspflichtigen Angestelltenverhältnissen“, Expertise im Auftrag des DJI, 2014