

Meysen/Beckmann, Rechtsanspruch U3: Förderung in Kita und Kindertagespflege, 2013, Rn 252). Diese Einbeziehung findet über eine Oder-Regelung in § 24 Abs. 1 und 2 SGB VIII und nicht wie bei der Förderung der Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahrs über eine lediglich „ergänzende“ Funktion der Kindertagespflege (§ 24 Abs. 3 SGB VIII) statt.

Kindertagespflege kann deshalb nicht nur im Einzelfall und nur für die einzelfallindizierte Erweiterung des Regelangebots eine gleichrangige Förderungsform sein; sie ist für das vollständige Angebot an Kindertagesbetreuung gleich geeignet und gleichermaßen zu fördern.

2. Wunsch- und Wahlrecht

Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten (§ 5 SGB VIII) umfasst auch das Recht zu entscheiden, welche Leistungsart der Tagesbetreuung, die Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege, in Anspruch genommen werden soll (*Meysen/Beckmann* Rn 249 ff). Dies ergibt sich vor allem aus dem Wortlaut in § 24 Abs. 1 und 2 SGB VIII mit der jeweiligen Oder-Formulierung und auch – sehr deutlich herausgearbeitet – aus der Gesetzesbegründung. Darin wird dargelegt, Eltern und Kinder benötigten aufgrund der unterschiedlichen Lebenssituation und Bedürfnisse Betreuungsangebote in großer Vielfalt. Dies könne nicht allein durch die Bereitstellung von Plätzen in Kindertageseinrichtungen sichergestellt werden. Es gehe vielmehr um die Vielfalt der Angebote sowohl in Kinderkrippen und altersgemischten Gruppen als auch in Kindertagespflege (BT-Drucks. 16/9299, 2). Hierbei wird explizit auf das Wahlrecht der Eltern Bezug genommen (BT-Drucks. 16/9299, 15, 19). Mit der Schaffung eines vielfältigen Angebots soll daher ausdrücklich auch der Ausbau der Kindertagespflege verbunden sein.

3. Gewährleistungsverpflichtung und Bedarfsplanung

Zwar ist die Geltung des Wunsch- und Wahlrechts immer an verfügbare Plätze, an das tatsächlich vorhandene Angebot geknüpft (VGH BY 02.12.2003, 7 CE 03/2722; *Schindler*, in: Kunkel, LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 5 Rn 5). Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben aber die Gewährleistungsverpflichtung für das Vorhandensein der erforderlichen Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen entsprechend den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung (§ 79 Abs. 2 S. 1 SGB VIII) und sind im Rahmen der Bedarfsplanung verpflichtet, eine möglichst vielfältige Betreuungslandschaft zur Verfügung zu stellen. Dazu gehört auch die Bereitstellung von sowohl Plätzen in Tageseinrichtungen als auch in Kindertagespflege (BT-Drucks. 16/9299, 19). Auch soll die Ermittlung des Bedarfs unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und ihrer Familien stattfinden (§ 80 Abs. 1 Nr 2 SGB VIII).

4. Vereinbarkeit der Richtlinie mit diesen Grundsätzen

Die Regelung in der Richtlinie, nach welcher Kindertagespflege grundsätzlich dann gewährt wird, wenn die Förderung in einer Tageseinrichtung nicht möglich oder nicht ausreichend ist oder wenn das Wohl des Kindes eine andere Entscheidung erfordert, ist mit den gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar.

Es ist weder mit den gesetzlichen Grundlagen in § 24 Abs. 1 und 2 SGB VIII vereinbar, wenn, wie es der Wortlaut der

Richtlinie erwarten lässt, lediglich vereinzelt für besondere Einzelfälle Plätze in Kindertagespflege bereitgestellt werden noch wenn im Einzelfall der Anspruch in aller Regel durch einen Platz in einer Tageseinrichtung erfüllt werden soll und den Erziehungsberechtigten nicht beide Förderungsarten als gleichwertig angeboten werden.

Dass die Verwaltung zum Ausdruck gebracht hat, dass sie im Einzelfall das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern akzeptieren wird, stellt keine Rechtfertigung für einen rechtswidrigen Inhalt einer Richtlinie dar. Die Kommune wird kaum das Ziel haben, Richtlinien zu verabschieden mit der Absicht, dass diese keine Geltung beanspruchen, sondern anschließend nicht eingehalten werden sollen. Die Richtlinie lässt sich nicht anders lesen, und auch aus den dazugehörigen Ausführungen etwa in der Stellungnahme des Hauptamts geht hervor, dass im Regelfall und – zumindest für das Regelangebot – die Förderung in Tageseinrichtungen als die geeignetere Betreuungsform angesehen wird und werden soll.

Handelt es sich bei einer Richtlinie, wie auch vom anfragenden Jugendamt hervorgehoben, um eine Arbeitshilfe mit dem Ziel, auf Kreisebene für gleiche Behandlung von Sachverhalten und Bedingungen zu sorgen und einheitliche Regelungen in der Kindertagesbetreuung zu gewährleisten, so ist gerade erforderlich, dass durch diese Vereinheitlichung die Gleichrangigkeit der Kindertagespflege hervorgehoben wird und nicht umgekehrt.

Um zur bundesrechtlich festgestellten Gleichrangigkeit und zur Anerkennung der bundesgesetzlich normierten Gleichwertigkeit der Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege auch auf kommunaler Ebene beizutragen, ist erforderlich, dass beide Betreuungsformen sowohl in landesrechtlichen Regelungen als auch in kommunalen Satzungen und Richtlinien deutlich als grundsätzlich gleichwertige Angebote nebeneinander stehen.

II. Konsequenzen für das Vorgehen des Bürgermeisters der anfragenden Stadt

Gem. § 54 Abs. 3 iVm Abs. 2 S. 1 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) hat der Bürgermeister den Beschluss eines Ausschusses, dem eine Angelegenheit zur Entscheidung übertragen ist, zu beanstanden, wenn der Beschluss das geltende Recht verletzt.

Ziff. 2.1 der Gemeinsamen Richtlinie der Jugendämter im Kreis Y verletzt den obigen Ausführungen entsprechend die gesetzlichen Regelungen in § 24 Abs. 1 und 2 sowie § 5 SGB VIII. Der Bürgermeister hat daher den Beschluss des Jugendhilfeausschusses gem. § 54 GO NRW zu beanstanden.

Kinder- und Jugendhilferecht

Anzahl zulässiger Betreuungsverträge in der Großtagespflege

§ 43 Abs. 3 S. 3 SGB VIII, § 4 KiBiz NW

DIJuF-Rechtsgutachten 26.06.2013, J 5.430 Bm

Nach dem nordrhein-westfälischen Kinderbildungsgesetz (KiBiz NW) dürfen einzelne Kindertagespflegepersonen bis zu acht Betreuungsverträge bei gleichzeitiger Betreuung von bis zu fünf Kindern abschließen (§ 4

Abs. 1 KiBiz NW). Schließen sich mehrere Kindertagespflegepersonen zu einer Großtagespflege zusammen, so dürfen sie höchstens neun Kinder insgesamt betreuen (§ 4 Abs. 1 KiBiz NW). In der städtischen Satzung (§ 11) ist geregelt, dass bei einem Zusammenschluss von Kindertagespflegepersonen höchstens neun Kinder insgesamt und gleichzeitig durch mehrere (max. drei) Kindertagespflegepersonen betreut werden können. Ein Platzsharing wie bei einer Kindertagespflegeperson, die insgesamt acht Betreuungsverträge abschließen kann, ist ausgeschlossen. Jede Kindertagespflegeperson verfügt über eine Erlaubnis für max. fünf Kinder und schließt mit den Eltern entsprechende Verträge ab. Das anfragende Jugendamt bitet um Überprüfung der rechtlichen Haltbarkeit dieser Regelung.

Aktuell möchte sich eine bestimmte Kindertagespflegeperson, die acht Betreuungsverträge hat und fünf Kinder zeitgleich betreut, mit einer anderen Kindertagespflegeperson zusammentun. Diese soll einen neunten Vertrag übernehmen und es sollen dann von beiden gemeinsam insgesamt sechs Kinder gleichzeitig betreut werden. Dem anfragenden Jugendamt stellt sich diesbezüglich die Frage, ob in diesem Fall eine Großtagespflege vorliegt und was bei der Beratung der Kindertagespflegepersonen zu beachten ist.

*

I. Inhalt der Kindertagespflegeerlaubnis im Hinblick auf die Anzahl der betreuten Kinder

1. Bundesrechtliche Vorgaben (§ 43 Abs. 3 SGB VIII)

Bundesgesetzlich ist durch die Erteilung der Kindertagespflegeerlaubnis die Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern möglich (§ 43 Abs. 3 S. 1 SGB VIII).

Diese Begrenzung bezieht sich allerdings nicht auf die Anzahl der insgesamt während der Woche betreuten Kinder. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass insgesamt mehr als fünf Kinder in der Tagespflegestelle betreut werden, solange gleichzeitig nicht mehr als fünf Kinder anwesend sind (*Mörsberger*, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 43 Rn 31; *Lakies*, in: Münder ua, FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2012, § 43 Rn 22).

Eine Regelung zur Höchstzahl der möglichen Betreuungsverhältnisse findet sich nicht, ist aber notwendigerweise im Einzelfall unter dem Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit zu prüfen. Die Gesamtzahl darf jedenfalls nicht unbegrenzt sein, um die Überforderung der Kindertagespflegeperson zu verhindern und sollte deshalb landesrechtlich geregelt werden (*Stähr*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 09/2012, § 43 Rn 21; *Mörsberger* § 43 Rn 31; *Gerstein*, in: Fieseler ua, GK-SGB VIII, Stand: 03/2010, § 43 Rn 4c). Eine solche Begrenzung ist insbesondere auch erforderlich, um eine Beziehung zu allen betreuten Kindern zu ermöglichen und zu verhindern, dass die einzelnen Kinder an den unterschiedlichen Tagen mit einer großen Anzahl ständig wechselnder Kinder gemeinsam betreut werden.

Was die gleichzeitige Betreuung von Kindern betrifft, so ist in § 43 Abs. 3 S. 3 Halbs. 1 SGB VIII sodann die Möglichkeit geregelt, landesrechtlich zu bestimmen, dass die Erlaubnis zur Betreuung von mehr als fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern erteilt werden kann, wenn die Person über eine pädagogische Ausbildung verfügt. In der Pflegestelle dürfen aber nicht mehr Kinder betreut werden als in einer vergleichbaren Gruppe einer Tageseinrichtung (§ 43 Abs. 3 S. 3 Halbs. 2 SGB VIII). Dieser Spielraum wird allerdings als höchst problematisch angesehen, vor allem weil in einer so entstehenden Großgruppe die Sicherheit der Kin-

der aus aufsichtsrechtlicher Sicht und eine Förderung der Kinder nicht mehr sichergestellt sind und zudem die Grenzen zu einer Tageseinrichtung verschwimmen (*Mörsberger* § 43 Rn 33; *Nonninger*, in: Kunkel, LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 43 Rn 21).

Dies betrifft zumindest im Hinblick auf Fragen der Sicherheit aber nur die Betreuung von mehr als fünf Kindern gleichzeitig durch eine Kindertagespflegeperson, nicht jedoch durch mehrere Kindertagespflegepersonen in einer Großtagespflegestelle. So war gesetzgeberischer Zweck der Anhebungsmöglichkeit der Obergrenze für die gleichzeitige Anwesenheit, den in verschiedenen Ländern entwickelten Formen der Großtagespflege, die per se nach der Regelung des § 43 Abs. 1 SGB VIII nicht zugelassen ist, Rechnung zu tragen (BT-Drucks. 16/9299, 17). Auch für die Großtagespflege ist allerdings eine Begrenzung unbedingt erforderlich, um eine Abgrenzung von Betreuungsformen in Tageseinrichtungen zu ermöglichen und den Charakter der Kindertagespflege als familienähnliche Betreuungsform zu erhalten.

Landesrecht darf und sollte daher sowohl Höchstzahl der insgesamt betreuten Kinder festlegen und muss zudem, wenn die Zahl der gleichzeitig betreuten Kinder erhöht werden soll, auch diesbezüglich Höchstgrenzen festlegen.

2. Landesrechtliche Regelung

a) Mögliche Anzahl betreuter Kinder

Eine solche Begrenzung findet sich für Nordrhein-Westfalen in § 4 Kinderbildungsgesetz NRW (KiBiz NW). Dort ist für eine einzelne Kindertagespflegeperson die Obergrenze von acht insgesamt (§ 4 Abs. 1 S. 2 KiBiz NW) und fünf gleichzeitig (§ 4 Abs. 1 S. 1 KiBiz NW) betreuten Kindern und für mehrere Kindertagespflegepersonen in einer Großtagespflegestelle eine Obergrenze von neun insgesamt betreuten Kindern geregelt (§ 4 Abs. 2 S. 1 KiBiz NW).

Daraus ergibt sich faktisch, dass die Höchstzahl der von einer einzelnen Kindertagespflegeperson abschließbaren Betreuungsverträge geringer ist, wenn mehrere Kindertagespflegepersonen sich zu einer Großtagespflege zusammengeschlossen haben, als bei einer einzelnen Kindertagespflegeperson. Rechtliche Gründe für die Notwendigkeit einer weitergehenden Regelung, nach welcher auch bei einer Großtagespflegestelle alle beteiligten Kindertagespflegepersonen ebenso viele Kinder betreuen dürfen wie einzeln arbeitende Kindertagespflegepersonen, sind nach hiesiger Auffassung nicht ersichtlich. Vielmehr ist hier eine Begrenzung der Großtagespflege auch erforderlich, da ansonsten bei einem Zusammenschluss von mehreren Kindertagespflegepersonen mit jeweils acht betreuten Kindern zu unterschiedlichen Zeiten betreuten Kindern insgesamt so viele Kinder betreut werden könnten, dass die familiäre Prägung der Kindertagespflege verloren ginge.

b) Gestaltung der Betreuungsverhältnisse

Die Vorschrift regelt nicht, wie die Betreuungsverhältnisse förmlich zu gestalten sind oder wie die Aufteilung zwischen den Kindertagespflegepersonen in der Großtagespflege zu gestalten ist. Darüber entscheiden die Kindertagespflegepersonen eigenverantwortlich. Möglich wäre also zB, dass

drei Kindertagespflegepersonen jeweils drei Kinder insgesamt betreuen. Aber auch alle anderen Aufteilungen sind möglich, solange eine Kindertagespflegeperson nicht mehr als acht Kinder insgesamt und fünf Kinder gleichzeitig betreut. Daher könnte theoretisch auch eine Kindertagespflegeperson acht und eine zweite lediglich ein Kind insgesamt betreuen.

Möglich wäre aber auch, dass in einer Großtagespflegestelle eine Person formell im Außenverhältnis neun Betreuungsverträge abschließt und Kindertagespflegepersonen anstellt, die intern die Betreuung einzelner, ihnen fest zugewiesener Kinder übernehmen. Sichergestellt werden muss über die Kindertagespflegeerlaubnis lediglich, dass die die Verträge übernehmende Person selbst nicht mehr als acht Kinder insgesamt und fünf gleichzeitig selbst betreut, also eine entsprechende Zuweisung zu den angestellten Kindertagespflegepersonen vorliegt. Denn Kindertagespflege kann auch in einem Anstellungsverhältnis ausgeübt werden, solange die nach § 43 SGB VIII bestehenden höchstpersönlichen Pflichten nicht auf den Anstellungsträger überwältigt werden (*Stähr*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 11/2012, § 43 Rn 15a; nach *Gerstein*, in: Fieseler ua, GK-SGB VIII, Stand: 04/2012, § 43 Rn 13 ist dagegen nicht nur eine persönliche, sondern auch eine vertragliche Zuordnung des einzelnen Kindes zu einer bestimmten Kindertagespflegeperson erforderlich).

3. Zulässigkeit der Regelung in der städtischen Satzung

In der städtischen Satzung ist zunächst entsprechend der Regelung in § 4 KiBiz NW geregelt, dass bei einem Zusammenschluss von Kindertagespflegepersonen höchstens neun Kinder insgesamt und gleichzeitig durch mehrere (max. drei) Kindertagespflegepersonen betreut werden können.

Geregelt ist jedoch in § 11 der städtischen Satzung zusätzlich, dass eine Kindertagespflegeperson bei einem solchen Zusammenschluss für max. fünf Kinder Betreuungsverträge abschließen kann und ein Platzsharing wie bei einer Kindertagespflegeperson, die bis zu acht Betreuungsverträge abschließen kann, ausgeschlossen ist.

Daraus ergibt sich, dass in der Großtagespflege die Kindertagespflegepersonen nicht frei entscheiden können, wer wie viele Kinder insgesamt betreut und wer wie viele Betreuungsverträge abschließt. Bei einem Zusammenschluss von zwei Kindertagespflegepersonen wäre vielmehr ausschließlich eine Aufteilung von einmal vier und einmal fünf Betreuungsverträgen und entsprechend auch insgesamt betreuten Kindern möglich.

Diese Regelung widerspricht der landesrechtlichen Regelung, indem sie eine stärkere Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit enthält als in § 4 KiBiz NW geregelt. Gemeinden können Angelegenheiten durch Satzung aber nur regeln, soweit Gesetze nicht anderes bestimmen (§ 7 Abs. 1 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen [GO NRW]). Dies ist aber hier mit der Regelung in § 4 KiBiz NW der Fall.

Die Regelung stellt zudem einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie in das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG dar, für den eine verfassungsmäßige Ermächtigungsnorm nicht vorhanden ist. Aus

§ 43 SGB VIII ergibt sich nicht die Möglichkeit, den Kindertagespflegepersonen bei der Großtagespflege vorzugeben, wie sie die insgesamt zulässigen Betreuungsverhältnisse aufteilen und vertraglich gestalten wollen.

Die Regelung ist daher nach Auffassung des Instituts nichtig, sofern sie bei der Großtagespflege lediglich eine Betreuung von insgesamt fünf Kindern und den Abschluss von höchstens fünf Betreuungsverträgen insgesamt je Kindertagespflegeperson zulässt.

II. Beratung der Kindertagespflegepersonen im hier vorliegenden Fall

Bei der Großtagespflege handelt es sich begrifflich um eine Form der Kindertagespflege, bei der in gemeinsamen Räumen (der Großtagespflegestelle) mehrere Kindertagespflegepersonen jeweils ihnen vertraglich und persönlich zugeordnete Kinder betreuen. Dies ist in der hier geschilderten Konstellation der Fall, sodass von einer Großtagespflegestelle auszugehen ist.

Folgt man der Regelung in § 11 der städtischen Satzung, so ist es in diesem Zusammenschluss nicht möglich, dass die eine Kindertagespflegeperson acht Betreuungsverträge und die andere lediglich einen Vertrag abschließt. Zulässig wäre ausschließlich eine Verteilung von vier und fünf Betreuungsverträgen oder umgekehrt.

Da diese Regelung jedoch, wie ausgeführt, gegen höherrangiges Recht verstößt, ist auch eine andere Aufteilung der Betreuungsverträge möglich. Mit den Kindertagespflegepersonen sollte im Rahmen der Beratung besprochen werden, inwiefern diese Aufteilung den beiderseitigen Interessen entspricht. Bleibt es dabei, dass die eine Kindertagespflegeperson die Betreuung von insgesamt acht Kindern und die andere lediglich eine Betreuung übernimmt, so könnten beide Kindertagespflegepersonen gleichzeitig sechs Kinder betreuen (die eine Person fünf ihrer Kinder und die andere Person ihr eines Kind).

Zu beachten ist bei der Beratung, dass Kindertagespflege eine eindeutige Zuordnung der betreuten Kinder zu einer bestimmten Kindertagespflegeperson als feste Bezugsperson erfordert, die die Betreuung des Kindes vollständig übernimmt, persönlich verantwortlich ist und die Aufsichtspflicht hat (*Gerstein* § 43 Rn 13). Ist dies nicht gewährleistet, wird bspw die Betreuung von Kindern, die einer Kindertagespflegeperson offiziell zugewiesen sind, zu bestimmten Zeiten des Tages von der anderen Kindertagespflegeperson wahrgenommen, so handelt es sich nicht um Kindertagespflege, sondern um eine Kindertageseinrichtung, sodass sich die Erlaubnis nach § 45 SGB VIII richtet. Hierauf sind die Kindertagespflegepersonen hinzuweisen. Diese entscheiden dann selbst darüber, welche Kindertagespflegeperson im Rahmen der insgesamt möglichen neun Betreuungsverträge wie viele Verträge übernimmt. Sichergestellt sein muss, dass keine der Kindertagespflegepersonen insgesamt mehr als acht und gleichzeitig mehr als fünf Kinder betreut. Diesbezüglich vereinbaren die Kindertagespflegepersonen miteinander und in Absprache mit den Eltern der Kinder, welche Kinder wem zugewiesen sind.