



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 LC 75/17

(VG: 3 K 934/15)

Verkündet am 29.01.2019

gez. Bothe

*Justizangestellte als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle*

*Urteil niedergelegt in unvollständiger Fassung
auf der Geschäftsstelle am 12.02.2019*

gez. Gerhard

*Justizfachangestellte als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle*

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Soziales, Jugend, Frauen,
Integration und Sport, Bahnhofsplatz 29, 28195 Bremen,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch Richter Dr. Maierhöfer, Richter Traub und Richterin Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Witte und Budnick aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 2019 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 3. Kammer – vom 16.12.2016

abgeändert.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf laufende Geldleistung für die Betreuung des Kindes A. in der Zeit vom 01.08.2014 bis 31.07.2016 sowie des Kindes B. in der Zeit vom 01.09.2015 bis 31.07.2016 und des Kindes C. in der Zeit vom 01.11.2015 bis 31.07.2016 über den bisher bewilligten Betrag in Höhe von 4,30 Euro pro Stunde und Kind hinaus unter Beachtung der Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten noch um die Höhe des gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) von der Beklagten an die Klägerin zu leistenden Betrages zur Anerkennung der Förderungsleistung (Anerkennungsbetrag) im Rahmen einer Kindertagespflege für den Zeitraum vom 01.08.2014 bis zum 31.07.2016.

Die Klägerin, eine ausgebildete Diplom-Pädagogin, war im Besitz einer Erlaubnis zur Kindertagespflege und betreute Kinder im Haushalt der Personensorgeberechtigten (mobile Kindertagespflege). Die Klägerin betreute im streitgegenständlichen Zeitraum drei Kinder, die das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hatten. Mit Schreiben vom 26.06.2014 bestätigte die Pflegekinder in Bremen gemeinnützige GmbH (PiB) der Klägerin, dass sie für das Kind A., geb. am , in der Zeit vom 01.08.2014 bis 31.07.2015 die Tagesbetreuung im Haushalt der Eltern des Kindes übernehme. Als Vergütung wurde ausgehend von einer Betreuung von fünfzehn Stunden in der Woche und einem Stundensatz von 3,60 Euro sowie einem Zuschlag von 25% für drei Stunden insgesamt ein monatlicher Betrag von 245,51 Euro festgelegt. PiB hat sich dabei an der Verwaltungsvorschrift „Pflegegeld nach dem Kinder- und Jugendhilfegesetz“ der Freien Hansestadt Bremen, Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen vom 14.02.2013 (Brem.ABl. S. 259) orientiert.

Dagegen legte die Klägerin am 03.07.2014 „Widerspruch“ ein. Die Vergütung entspreche nicht den Anforderungen des § 23 Abs. 2 SGB VIII. Bereits mit Schreiben vom 02.07.2014 hatte die Klägerin die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen der Beklagten um einen rechtsmittelfähigen Bescheid gebeten.

Unter dem Datum des 09.10.2014 teilte die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen der Klägerin mit, die Bescheiderteilung über die Tagespflege erfolge gegenüber dem leistungsberechtigten Kind. Gegen diesen Bescheid sei das Rechtsmittel des Widerspruchs zulässig. Bei der der Tagespflegeperson erteilten Mitteilung über den Umfang der Tagespflege sei das Widerspruchsverfahren nicht vorgesehen.

Nachdem die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen die Verwaltungsvorschrift „Pflegegeld nach dem Kinder- und Jugendhilfegesetz“ am 17.07.2014 mit Wirkung zum 01.08.2014 überarbeitet hatte (vgl. Brem.ABl. S. 675), korrigierte PiB ihr Schreiben vom 26.06.2014 mit Schreiben vom 20.10.2014 entsprechend. Die monatliche Vergütung der Klägerin für die Betreuung des Kindes A. in der Zeit vom 01.08.2014 bis 31.07.2015 wurde nunmehr ausgehend von einem Stundensatz von 3,70 Euro – unter Berücksichtigung eines Zuschlags von 25% für drei von insgesamt fünfzehn Wochenstunden – auf einen Betrag von 252,33 Euro festgelegt.

Mit Schreiben vom 04.05.2015, korrigiert durch Schreiben vom 21.07.2015, bestätigte PiB der Klägerin, dass sie für das Kind A. in der Zeit vom 01.08.2015 bis 31.07.2016 die Tagebetreuung im Haushalt der Eltern des Kindes übernehme. Als Vergütung wurde ausgehend von einer Betreuung von fünfzehn Stunden in der Woche und einem Stundensatz von 3,70 Euro sowie einem Zuschlag von 25% für viereinhalb Stunden insgesamt ein monatlicher Betrag von 258,34 Euro festgelegt.

Mit Schreiben vom 23.09.2015 bestätigte PiB der Klägerin zudem, dass sie für das Kind B. , geb. am , in der Zeit vom 01.09.2015 bis 31.07.2016 die Tagesbetreuung im Haushalt des Kindes übernehme. Als Vergütung wurde ausgehend von einer Betreuung von fünfzehn Stunden in der Woche und einem Stundensatz von 3,70 Euro sowie einem Zuschlag von 25% für 4,5 Stunden insgesamt ein monatlicher Betrag von 258,34 Euro festgelegt. In dem Stundensatz seien 1,73 Euro Sachkosten enthalten.

Mit Schreiben vom 07.10.2015 bestätigte PiB der Klägerin, dass sie für das Kind C. , geb. am , in der Zeit vom 01.11.2015 bis 31.07.2016 die Tagesbetreuung im Haushalt des Kindes übernehme. Als Vergütung wurde ausgehend von einer Betreuung von fünf-

zehn Stunden in der Woche und einem Stundensatz von 3,70 Euro insgesamt ein monatlicher Betrag von 240,32 Euro festgelegt. In dem Stundensatz seien 1,73 Euro Sachkosten enthalten.

Am 03.06.2015 hat die Klägerin Klage erhoben, um eine über den bisher bewilligten Betrag hinaus gehende laufende Geldleistung zu erstreiten.

Die Beklagte hat im gerichtlichen Verfahren erklärt, der Klägerin im Hinblick auf ihre Qualifikation als Diplom-Pädagogin rückwirkend ab dem 01.08.2014 einen Pflegesatz in Höhe von 4,30 Euro pro Stunde und pro Kind zu zahlen.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass ein Stundensatz von 4,30 Euro pro Kind nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 23 SGB VIII entspreche. Insbesondere sei der in dem Stundensatz enthaltene Anerkennungsbetrag nicht leistungsgerecht i.S.d. § 23 Abs. 2a SGB VIII. Es sei nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Beklagte den Stundensatz errechnet habe.

Die Annahme der Beklagten, eine Tagespflegeperson könne vier oder fünf Kinder vollschichtig betreuen, sei nicht realistisch. Jedenfalls in der mobilen Kindertagespflege, die in der Regel zu ungünstigen Zeiten stattfindet, sei es kaum möglich, mehrere Kinder gleichzeitig zu betreuen. Dies ginge allenfalls bei Geschwisterkindern. Wenn die Beklagte aber qualifizierte mobile Kindertagespflege anbiete, müsse sie diese aber auch entsprechend finanzieren.

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten. Bislang habe es keine Erzieherinnen/Erzieher oder entsprechend qualifizierte Tagespflegepersonen in der mobilen Kindertagespflege gegeben. Daher weise die maßgebliche Verwaltungsvorschrift für solche Personen keinen besonderen Stundensatz aus. Für die Klägerin werde daher der Systematik der Pflegesätze entsprechend ab dem 01.08.2014 ein Pflegesatz i.H.v. 4,30 Euro pro Stunde und Kind gezahlt. Der ursprünglich von PiB genannte Stundensatz von 3,70 Euro werde damit um 60 Cent erhöht. Der Stundensatz von 4,30 Euro setze sich aus einem Anerkennungsbetrag i.H.v. 2,87 Euro und einer Sachkostenpauschale von 1,43 Euro zusammen. Die Angabe von PiB, der Stundensatz enthalte eine Sachkostenpauschale i.H.v. 1,73 Euro, sei unzutreffend. Der Abzug von 0,30 Euro bei der Sachkostenpauschale sei darauf zurückzuführen, dass bei der Pflege im Haushalt der Personenberechtigten weniger Sachkosten anfielen.

Mit Urteil vom 16.12.2016 hat das Verwaltungsgericht die Beklagte verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf laufende Geldleistungen für die Betreuung des Kindes A. in der Zeit vom 01.08.2014 bis 31.07.2016 sowie des Kindes B. in der Zeit vom 01.09.2015 bis 31.07.2016 und des Kindes C. in der Zeit vom 01.11.2015 bis 31.07.2016 über den bisher anerkannten Betrag von 4,30 Euro pro Stunde und Kind unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden. Es hat gleichzeitig die Berufung zugelassen.

Die Klage sei zulässig, insbesondere sei sie als Untätigkeitsklage statthaft, weil die Beklagte noch nicht über die Anträge der Klägerin auf laufende Geldleistung für die Betreuung der drei Kinder entschieden habe. Die Schreiben der PiB seien keine Verwaltungsakte. Die erfolgte Klagerweiterung sei sachdienlich.

Die Klage sei begründet. Zwar begegne die Höhe der der Klägerin gewährten Sachkostenpauschale nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII in Höhe von 1,43 Euro pro betreutem Kind und Stunde keinen durchgreifenden Bedenken. Der der Klägerin gewährte Anerkennungsbetrag im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII in Höhe von 2,87 Euro pro Stunde für die von der Klägerin betreuten Kinder werde jedoch den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht. Der Betrag sei leistungsgerecht ausgestaltet. Als Mindestmaßstab für die Bemessung einer leistungsgerechten Vergütung könne auf das Mindestlohngesetz abgestellt werden. Dessen Vorgaben würden hier eingehalten. Nach dem für die Klägerin festgesetzten Stundensatz von 2,87 Euro pro Kind und Stunde müsse eine Tagespflegeperson durchschnittlich 3,07 Kinder gleichzeitig betreuen, um den seit dem 01.10.2014 geltenden Mindestlohn von 8,80 Euro je Zeitstunde (brutto) zu erreichen. Damit würden keine zu hohen Anforderungen an Tagespflegepersonen gestellt. Zwar sei es für Tagespflegepersonen, die – wie die Klägerin – im Bereich der mobilen Kindertagespflege tätig seien, in der Praxis kaum möglich, über das Jahr betrachtet durchschnittlich 3,07 Kinder gleichzeitig zu betreuen. Es falle jedoch grundsätzlich in den Verantwortungsbereich der Tagespflegeperson, sich zu entscheiden, ob sie die Kindertagespflege im Haushalt der Personensorgeberechtigten, im eigenen Haushalt oder in externen Räumlichkeiten anbieten wolle. Hinzu komme, dass der Ort der Leistungserbringung nicht in § 23 Abs. 2a Satz 3 SGB VIII als Kriterium genannt werde, das bei der Festlegung der Höhe des Förderbetrages zwingend zu berücksichtigen sei.

Die Höhe des Betrages zu Anerkennung der Förderleistung pro Kind und Stunde sei indes nicht hinreichend transparent und sachgerecht bestimmt worden. Es sei nicht hinreichend nachvollziehbar erklärt, wie der genannte Stundensatz konkret berechnet worden

sei. Offen bleibe bereits, auf welcher Entgeltstufe des TöVD SuE der Entgeltgruppe S6 das durchschnittliche Gehalt einer Erzieherin/eines Erziehers berechnet worden seien. Auch seien die einzelnen Rechenschritte nicht dargelegt, wie ausgehend von 90% des Vergleichseinkommens einer Erzieherin/eines Erziehers der konkrete Anerkennungsbeitrag pro Stunde und Kind für eine Tagespflegeperson ermittelt worden sei.

Zudem begegne der Abschlag i.H.v. 10% im Vergleich zum durchschnittlichen Gehalt einer Erzieherin/eines Erziehers der Entgeltgruppe S6 rechtlichen Bedenken. Es sei jedenfalls nicht ohne weitere Begründung zulässig, einen Abschlag vorzunehmen, soweit eine Tagespflegeperson als Erzieherin/Erzieher ausgebildet worden sei bzw. – wie im Fall der Klägerin – eine mit der Ausbildung einer Erzieherin gleichwertige Qualifikation besitze. Der Abschlag stehe zudem im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber angestrebten grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Kindertagespflege mit der frühkindlichen Förderform in einer Tagespflege. Es sei auch zu bedenken, dass eine Tagespflegeperson bereits einen vergleichsweise geringeren Urlaubsanspruch habe.

Schließlich entspreche die Annahme der Beklagten, eine Erzieherin könne in der Regel fünf Kinder gleichzeitig betreuen, nicht der Realität. Selbst einer besonders tüchtigen Tagespflegeperson, insbesondere wenn sie ganztätig arbeite, dürfe es kaum möglich sein, Betreuungsverträge für fünf Kinder abzuschließen, die jeweils denselben Zeitraum abdeckten. Insoweit habe die Beklagte auch die Besonderheiten in der mobilen Kindertagespflege gänzlich außer Betracht gelassen, so dass in dieser Hinsicht zumindest ein Beurteilungsausfall vorliege.

Gegen das ihr am 21.03.2017 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 18.04.2017 Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 16.05.2017, beim Oberverwaltungsgericht eingegangen am 17.05.2017, begründet. Der Lebensunterhalt der Tagespflegepersonen könne nicht vollständig aus Mitteln der öffentlichen Hand gedeckt werden, denn diese hätten in Bremen – anders als in Nordrhein-Westfalen – die Möglichkeit, zusätzliche Geldleistungen der Eltern für die Tagespflege zu veranschlagen.

Ihr stehe bei der Festlegung des leistungsgerechten Anerkennungsbeitrages ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Sie müsse sich dabei nicht nach dem Mindestlohngesetz richten. Zwischen der Tätigkeit in einer Kindertagesbetreuung und der Tätigkeit einer Tagespflegeperson bestünden erhebliche Unterschiede. Diese beträfen sowohl die Qualifikationsanforderungen – Erzieherinnen und Erzieher müssten im Unterschied zu Tagespflegepersonen eine mehrjährige Ausbildung

absolvieren – als auch den Aufgabenbereich – Betreuung von bis zu fünf Kleinkindern einerseits und Tätigkeit in einer Kindertageseinrichtung mit Gruppen von Kindern im Alter von einem bis zu sechs Jahren andererseits. Ein wesentlicher Unterschied bestehe zudem darin, dass die Tätigkeit der Tagespflegeperson als selbstständige Tätigkeit ausgelegt sei, während die Erzieherin/der Erzieher eine nach Tarif bezahlte Angestelltentätigkeit – mit allen sich aus der Arbeitnehmereigenschaft ergebenden Rechten und Pflichten – ausübe. Insoweit könne das Tarifeinkommen der Erzieherin/des Erziehers allenfalls einen Anhalt bei der Bewertung der Leistungsgerechtigkeit der Geldleistung für eine Tagespflegeperson liefern. Schon gar nicht müsse sich das Einkommen der Tagespflegeperson weitestgehend mit dem Tarifeinkommen der Erzieherin/des Erziehers decken.

Sie dürfe auch davon ausgehen, dass die Betreuung von fünf Kindern in der Tagespflege tragbar sei. Tatsächlich betreuten Tagespflegepersonen bis zu acht Kinder in der Woche. Der Schnitt liege bei nahezu fünf Kindern.

Im August 2013 sei die Vergütung der Kindertagespflegepersonen umgestellt worden. Die Pflegesätze seien neugestaltet worden, die Betreuung der Kinder müsse nun nicht mehr auf die Minute genau abgerechnet werden. Außerdem werde den Tagespflegepersonen u.a. zusätzlich zu den Bedarfen der Eltern nunmehr die Wegezeiten und eine Übergabezeit vergütet. Wenn die Eltern beispielsweise ursprünglich 30 Stunden mit Wegezeiten benötigten, würden bei einer fünf Tage Woche nochmals 1,15 Stunden Übergabezeit hinzugerechnet, daraus würden sich dann 35 Stunden Betreuungszeit ergeben, die vergütet würden, auch wenn die Eltern nur 31,15 Stunden nutzten. In einem Monat würden der Kindertagespflegeperson so ca. 16 Stunden zusätzlich vergütet.

Soweit das Gericht rüge, dass die Höhe des Betrages nicht hinreichend transparent und sachgerecht bestimmt worden sei, sei richtig zu stellen, dass die Bundesregierung inzwischen eine Empfehlung zur möglichen Einstufung (S 2 oder S3 TVöD) einer angestellten Kindertagespflegeperson herausgegeben habe. Danach lägen die Pflegesätze in Bremen in diesem Rahmen.

Beklagte beantragt,

das Urteil vom 16.12.2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte gehe auf die konkrete Situation der Klägerin in der Kindertagespflege überhaupt nicht ein.

Tagespflegepersonen könnten zwar von den Eltern zusätzliche Geldleistungen verlangen, dies bedeute jedoch nicht, dass sich diese Forderungen auch realisieren ließen. Mit den Ausführungen in der Berufungsbegründung sei der Beklagten immer noch nicht der Nachweis gelungen, dass der von ihr festgelegte Betrag zur Anerkennung der Förderleistung im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII den gesetzlichen Anforderungen gerecht werde. Dies gelte umso mehr, als die von der Beklagten zur Akte gereichten Anlagen aus unterschiedlichen Gründen, insbesondere wegen des fehlenden Bezugs zu dem streitgegenständlichen Zeitraum, nicht als Beleg für die getroffenen Aussagen taugten.

Das Mindestlohngesetz sei in Bremen wegen Art. 49 Abs. 2 der Bremischen Landesverfassung maßgeblich heranzuziehen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht die Beklagte verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf laufende Geldleistungen für die Betreuung des Kindes A. in der Zeit vom 01.08.2014 bis 31.07.2016 sowie des Kindes B. in der Zeit vom 01.09.2015 bis 31.07.2016 und des Kindes C. in der Zeit vom 01.11.2015 bis 31.07.2016 über den bisher anerkannten Betrag von 4,30 Euro pro Stunde und Kind unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Die vom Verwaltungsgericht für die Bescheidung vorgegebenen Maßgaben bedürfen allerdings teilweise einer Korrektur und werden neu gefasst.

Der der Klägerin vom Verwaltungsgericht zugesprochene Anspruch auf Bescheidung beschränkt sich nach der zur Auslegung des Tenors heranzuziehenden Begründung des Urteils auf die Höhe des Betrages zur Anerkennung ihrer Förderleistung (Anerkennungsbetrag) nach § 23 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 2a SGB VIII. Die von der Klägerin wohl zugleich angegriffene Sachkostenpauschale nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII hat das Verwaltungsgericht nicht beanstandet. Die Klägerin hat das Urteil nicht angegriffen. Deshalb ist die durch die Berufung veranlasste Prüfung des Anspruchs auf die Höhe des Anerkennungsbetrages beschränkt.

Rechtsgrundlage für das Bescheidungsbegehren der Klägerin ist § 23 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 24 Abs. 2 SGB VIII. Danach umfasst die Förderung in Kindertagespflege nach Maßgabe von § 24 SGB VIII – soweit hier von Interesse – die Gewährung einer laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson (§ 23 Abs. 1 SGB VIII), welche einen Betrag zur Anerkennung der Förderungsleistung der Tagespflegeperson (Anerkennungsbetrag) nach Maßgabe des § 23 Abs. 2a SGB VIII einschließt (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII).

Die Anspruchsberechtigung der Klägerin und das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach sind zwischen den Beteiligten nicht streitig. Ihr Streit konzentriert sich vielmehr auf die Höhe des Anerkennungsbetrages. Deren Festlegung obliegt gemäß § 23 Abs. 2a Satz 1 SGB VIII in der Regel den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe. Gemäß der Ermächtigung nach § 23 Abs. 2a Satz 1 SGB VIII i.V.m. § 13 des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch (BremAGKJHG) in der im maßgeblichen Zeitraum gültigen Fassung hat die Freie Hansestadt Bremen durch die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen am 03.07.2014 (Brem.ABl. S. 675) für den Zeitraum ab dem 01.08.2014 neue Pflegegeldsätze bestimmt. Sie hat darin u.a. geregelt, dass die Zahlung nach einem Stundensatz erfolgt, der die Sachkostenpauschale enthält. Das Pflegegeld (Anerkennungsbetrag und Sachkostenpauschale) beträgt danach pro Stunde und Kind bei der allgemeinen Kindertagespflege im Haushalt der Personensorgeberechtigten grundsätzlich 3,70 Euro (wovon 1,43 Euro auf die Sachkostenpauschale und 2,27 Euro auf den Anerkennungsbetrag entfallen). Die Beklagte hat sich bei der Bewilligung des streitgegenständlichen Pflegegeldes an dieser Verwaltungsvorschrift orientiert. Anders als bei der allgemeinen Kindertagespflege im Haushalt der Tagespflegeperson und bei der Allgemeinen Kindertagespflege in externen Räumen weist die Verwaltungsvorschrift zwar keinen gesonderten Stundensatz für die allgemeine Tagespflege im Haushalt der Personensorgeberechtigten durch eine Erzieherin/einen Erzieher aus. Die Beklagte hat jedoch für die Klägerin die Sachkostenpauschale in Höhe von 1,43 Euro – weil sie die Förderleistung im Haushalt der Personensorgeberechtigten erbringt – mit dem einer Erzieherin/einem Erzieher in der allgemeinen Tagespflege gewährten Anerkennungsbetrag i.H.v. 2,87 Euro kombiniert und so einen Stundensatz von 4,30 Euro bezahlt.

Gemäß § 23 Abs. 2a Satz 2 SGB VIII ist der in der laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson enthaltene Betrag zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung leistungsgerecht auszugestalten. Dabei sind nach § 23 Abs. 2a Satz 3 SGB VIII der zeitliche Umfang der Leistung und die Anzahl sowie der Förderbedarf der betreuten Kinder zu berücksich-

tigen. Der Begriff des „Betrags zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung“ in § 23 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung und leistungsgerechter Ausgestaltung die Träger der öffentlichen Jugendhilfe über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfügen. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben abschließend zu entscheiden, wie sie den Anerkennungsbetrag berechnen und welche Höhe er hat (BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 10 ff.). Die Verwaltungsgerichte überprüfen insoweit lediglich, ob die Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei der Bestimmung der Leistungshöhe gegen Verfahrensvorschriften verstoßen haben, von einem unvollständigen oder unrichtigen Sachverhalt ausgegangen sind, die anzuwendenden Begriffe oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen können, verkannt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde und damit willkürliche Erwägungen angestellt haben (BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 21 m.w.N.).

Diese Grenzen ihres Beurteilungsspielraums hat die Beklagte bei der Festlegung des streitgegenständlichen Anerkennungsbetrages auf 2,87 Euro pro Stunde und pro Kind allerdings teilweise überschritten.

1. Ausgangspunkt für die Berechnung des Stundensatzes ist die Entscheidung der Freien Hansestadt Bremen, Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen, auf die die Beklagte zurückgegriffen hat, dass eine Tagespflegeperson, die als Erzieherin/als Erzieher ausgebildet ist und die in Vollzeit gleichzeitig fünf Kinder betreut, ein Stundenentgelt auf Basis des durchschnittlichen Gehaltes einer Erzieherin/eines Erziehers (§6 TVöD SuE) erhalten soll, das einem Anteil von 90% dieses Durchschnittsgehaltes entspricht (vgl. dazu die Vorlage der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen vom 12.06.2014 für die Sitzung der staatlichen Deputation am 03.07.2014). Das durchschnittliche Gehalt einer Erzieherin/eines Erziehers sei berechnet worden, indem man das Gehalt über alle sechs Stufen addiert und durch sechs geteilt habe. Der Abschlag i.H.v. ca. 10% erfolge „entsprechend der (geforderten) Qualifikation“ (vgl. bereits die Vorlage der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen vom 12.06.2014 für die Sitzung der staatlichen Deputation am 03.07.2014). Im Berufungsverfahren rechtfertigte die Beklagte den Abschlag ergänzend damit, dass Kindertagespflege mit einem geringeren Aufwand verbunden sei. Es seien keine „Kindergartenansprüche“ zu erfüllen und „das Gesetz“ sei nicht umzusetzen. In Kindergärten komme dazu noch der Aufwand für Inklusion.

Davon abgesehen, dass sich die Berechnung der Beklagten bereits rechnerisch nicht vollständig nachvollziehen lässt – jedenfalls bei Zugrundelegung des TVöD SuE 2014

errechnet sich ein Anteil von nur etwa 83%, bei Zugrundelegung des TVöD SuE 2015 sogar nur von etwa 78% – genügt die Begründung für den Abschlag in Höhe von 10% zur tariflichen Erziehvergütung nicht den sich aus dem Begriff der Leistungsgerechtigkeit ergebenden Anforderungen, so dass dieser letztlich der Höhe nach willkürlich gegriffen erscheint.

Es ist grundsätzlich nicht sachfremd, dass die Beklagte sich bei der Festsetzung des für die Förderleistung je Betreuungsstunde und je Kind festgelegten Satzes von 2,87 Euro an den damals geltenden Tariflöhnen staatlich ausgebildeter Erzieherinnen und Erzieher orientieren wollte. Denn die Tätigkeit von Tagespflegepersonen, die fremde Kinder in ihrem Haushalt, im Haushalt des Personensorgeberechtigten oder in anderen geeigneten Räumen betreuen und fördern und die Tätigkeit der genannten Personengruppen, die diese Leistungen in Kindertageseinrichtungen erbringen, sind vergleichbar (BVerwG, Ur. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 35). Zudem trägt die Anlehnung an die tarifliche Vergütung des in Kindertageseinrichtungen tätigen Fachpersonals in besonderer Weise der allgemeinen Zielsetzung des § 23 SGB VIII Rechnung, die Kindertagespflege als gleichrangiges alternatives Förderungsangebot neben den Tageseinrichtungen zu profilieren (BT-Drs. 16/9299 S. 2 und 14).

Auch ist es vom Ansatz her weder sachfremd noch willkürlich, für Tagespflegepersonen einen Stundensatz unterhalb der tariflichen Vergütung festzulegen. Die dahinterstehende Überlegung der Beklagten, dass jedenfalls ein Abstand zu dieser Vergütung einzuhalten ist, soweit Tagespflegepersonen nicht über einen ähnlich qualifizierten Berufsabschluss verfügen wie die in Kindertageseinrichtungen tätigen Personen, ist nicht grundsätzlich als außerhalb des sachlich Vertretbaren zu bewerten und damit nicht schlechthin unhaltbar (BVerwG, Ur. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 35)

Nicht mehr nachvollziehbar ist es allerdings, dass die Beklagte auch für diejenigen Tagespflegepersonen, die ausgebildete Erzieher/Erzieherinnen sind bzw. – wie die Klägerin – über eine vergleichbare Qualifikation verfügen, unter Bezugnahme auf die Qualifikation einen Stundensatz unterhalb der tariflichen Vergütung für angemessen erachtet hat. Ein Unterschied in der Qualifikation der Betreuungsperson besteht in diesen Fällen gerade nicht. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht es ausdrücklich unbeanstandet gelassen, wenn die Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen einheitlichen Stundensatz je Kind unterhalb der tariflichen Vergütung für alle Tagespflegepersonen festlegen. Die damit im Einzelfall verbundene Benachteiligung von Tagesmüttern und -vätern, die ausnahmsweise einen ähnlich qualifizierten Berufsabschluss wie die in Kindertageseinrichtungen

tätigen Personen besäßen, aber ebenfalls nur auf der Grundlage des gegenüber der tariflichen Vergütung abgesenkten Stundensatzes entlohnt würden, halte sich im Rahmen der zulässigen Typisierung und Pauschalierung, solange die Anzahl dieser Fälle mehr als nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Tagespflegepersonen betreffe und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht besonders schwer wiege (BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 35).

Die Beklagte hat jedoch nicht in diesem Sinne pauschaliert. Sie hat vielmehr für die Tagespflegepersonen, die über einen ähnlich qualifizierten Berufsabschluss wie die in Kindertageseinrichtungen tätigen Personen verfügten, einen eigenen Stundensatz festgelegt. Ein Abschlag zur tariflichen Vergütung lässt sich dann aber nicht mehr mit der unterschiedlichen Qualifikation begründen.

Die im Berufungsverfahren von der Beklagten noch nachgeschobene (zusätzliche) Begründungen für den Abschlag für Kindertagespflegepersonen mit einem ähnlich qualifizierten Berufsabschluss wie die in Kindertageseinrichtungen tätigen Personen ist bereits nicht nachvollziehbar. Es bleibt unklar, worin die Beklagte den geringeren Aufwand der Tagespflegepersonen sieht, welche Kindergartenansprüche nicht zu erfüllen seien und welches Gesetz nicht umzusetzen sei. Auch Tagespflegepersonen haben teilweise Inklusionskinder zu betreuen.

Auch der Umstand, dass es für eine leistungsgerechte Ausgestaltung des Anerkennungsbetrages derzeit noch nicht erforderlich ist, dass die laufende Geldleistung für die Tagespflegeperson in einer Höhe festgelegt wird, mit der bei Ausübung einer Vollzeitätigkeit und Betreuung der maximal zulässigen Anzahl von Kindern der Lebensunterhalt der Tagespflegeperson in angemessener Weise sichergestellt ist (BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 13), rechtfertigt die Vorgehensweise der Beklagten, insbesondere den hohen Abschlag, nicht. Die Festlegung des Anerkennungsbetrages muss dennoch sachgerecht begründet und nachvollziehbar sein.

2. Zwar überschreitet die Beklagte den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht, soweit sie – unter Übernahme der Überlegungen der Freien Hansestadt Bremen, Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen – ihren Vergleichsberechnungen zur Festsetzung des Anerkennungsbetrages zu Grunde gelegt hat, dass eine Kindertagespflegeperson in Vollzeit fünf Kinder gleichzeitig betreut. Eine auf der tariflichen Vergütung der Erzieherinnen und Erzieher basierende Festsetzung des Anerkennungsbetrages ergibt nur Sinn, wenn im Hinblick auf die zu bewertende Förderungsleistung der Tagespflegeperson

in etwa die gleichen Verhältnisse angenommen werden, wie sie für die tariflich vergüteten Tätigkeiten gelten, d.h. es muss von einer Tagespflegeperson ausgegangen werden, die – wie die nach Tarif bezahlte Kraft in einer Tageseinrichtung – „vollsichtig“ arbeitet und jedenfalls mehrere Kinder betreut, weil auch die Kraft in der Tageseinrichtung angesichts der Praxis der Gruppenbetreuung (vgl. § 10 Abs. 3 des Bremischen Gesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (BremKTG)) für mehrere Kinder zugleich die Verantwortung trägt (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 30.08.2016 - 12 A 599/15 - juris Rn. 79). Die Betreuung von fünf Kindern gleichzeitig ist grundsätzlich zulässig. So regelt § 15 Abs. 5 BremKTG, dass eine Kindertagespflegeperson in der Regel gleichzeitig nicht mehr als fünf Kinder betreuen soll. In den „Richtlinien zur Förderung und Betreuung durch Kindertagespflegepersonen im Land Bremen“ vom 25.09.2008 hat die Senatorin für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales daher festgelegt, dass in der Kindertagespflege pro Tagespflegeperson bis zu fünf fremde Kinder gleichzeitig betreut werden können. Insgesamt über die Woche verteilt, könne eine Kindertagespflegeperson bis zu acht Kinder betreuen (vgl. Ziff. 6.2 und 7.1 der Richtlinien). Ausgehend von diesen Vorgaben erlaubt die Beklagte den Tagespflegepersonen dementsprechend grundsätzlich die Betreuung von gleichzeitig bis zu fünf Kindern, soweit die Geeignetheit der Tagespflegeperson sowie die Größe oder die Ausstattung der für die Kindertagespflege genutzten Räume dies zulassen. Wenn die Tagespflegeperson die Tagespflegeerlaubnis nicht im vollen Umfang ausnutzen kann, sei es aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung, sei es aufgrund zu geringer Nachfrage und/oder zu geringen Betreuungsbedarfs, unterfällt dies allein ihrem unternehmerischen Risiko als Selbstständige. Dies gilt entsprechend, wenn die Tagespflegeperson, wie dies auch bei der Klägerin der Fall war, sich für das Modell der mobilen Tagespflege im Haushalt der Personensorgeberechtigten entscheidet, bei dem es – außer bei Geschwistern – nicht möglich ist, mehrere Kinder gleichzeitig zu betreuen. Dabei sind diese Annahmen für die Tagespflegeperson nach der dargestellten Konzeption von vornherein nicht dahingehend zu verstehen, es werde das übliche Geschehen im Rahmen der Kindertagespflege dargestellt in dem Sinne, dass die Tagespflegepersonen regelmäßig tatsächlich in dem dargestellten Umfang „ausgelastet“ sind. Vielmehr handelt es sich um „Sollwerte“, die es ermöglichen, die Förderungsleistung der Tagespflegeperson mit der Förderungsleistung einer Erzieherin/eines Erziehers in einer Tageseinrichtung vergleichbar zu machen, um so die Leistungsgerechtigkeit des Anerkennungsbetrags zu bestimmen oder bestimmen zu können (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 30.08.2016 - 12 A 599/15 - juris Rn. 79).

Die Beklagte geht allerdings insoweit von einem unrichtigen Sachverhalt aus, als sie die von den Tagespflegepersonen geleisteten Betreuungsstunden mit Arbeitsstunden gleichsetzt und deswegen die Arbeitszeit einer Tagespflegeperson, die gleichzeitig fünf Kinder 40 Stunden wöchentlich betreut, mit der Arbeitszeit einer vollschichtigen Erzieherin in einer Tageseinrichtung, die tariflich etwa 39,2 Stunden arbeiten muss, für grundsätzlich vergleichbar erachtet. Dabei verkennt die Beklagte, dass es sich bei den Betreuungsstunden lediglich um eine Berechnungseinheit für die Zeit handelt, während der die Tagespflegeperson die Kinder betreut. Die Tagespflegeperson hat aber zusätzlich zu diesen Betreuungsstunden noch Vor- und Nachbereitung zu leisten sowie administrative Aufgaben zu erfüllen. Die Tagespflegeperson muss damit also in jedem Fall deutlich mehr als 40 Stunden in der Woche arbeiten, um die von der Beklagten behaupteten 62% des durchschnittlichen Gehaltes einer in Vollzeit mit 39,2 Wochenstunden arbeitenden Erzieherin zu erzielen. Hinzu kommt, dass die Beklagte auch an anderen Stellen – Urlaubsanspruch einer Erzieherin/eines Erziehers von 30 Tagen gegenüber vier Kalenderwochen betreuungsfreie Zeit für Tagespflegepersonen; Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall von sechs Wochen für Erzieher/innen gegenüber fünfzehn bezahlten Betreuungstagen bei Erkrankung pro Kalenderjahr bei Tagespflegepersonen – für die Tagespflegepersonen im Vergleich zu Erzieherinnen und Erziehern in Tageseinrichtungen ungünstigere Arbeitsbedingungen außer Acht gelassen hat. In der Kumulation aller vorgenannten Faktoren geht die Beklagte also zu Unrecht davon aus, dass bei einer Kindertagespflegeperson, die fünf Kinder gleichzeitig 40 Stunden wöchentlich betreut, und einer/eines vollschichtig 39,2 Wochenstunden tätigen Erzieherin/Erziehers in einer Tageseinrichtung in etwa gleiche Verhältnisse vorliegen. Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten hat, auch eine Erzieherin/ein Erzieher würde die Vor- und Nachbereitung, Elterngespräche sowie administrative Aufgaben außerhalb ihrer/seiner tariflichen Arbeitszeit leisten müssen, ist dies ebenfalls unzutreffend.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die von der Beklagten angewendete Verwaltungsvorschrift von den Kriterien, die nach § 23 Abs. 2a Satz 3 SGB VIII bei der Bestimmung des Anerkennungsbetrags zu berücksichtigen sind, zwar den Umfang der Leistung und die Anzahl der betreuten Kinder, nicht aber deren Förderbedarf berücksichtigt hat. Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, sie berücksichtige durchaus einen erhöhten Förderbedarf beim Anerkennungsbetrag, ist insoweit aber eine transparente und nachvollziehbare Regelung nicht erkennbar.

3. Soweit sich aus der angegriffenen Entscheidung ergibt, dass das Verwaltungsgericht sinngemäß den gesetzlichen Mindestlohn gemäß § 9 Abs. 3 Mindestlohngesetz für das

Land Bremen (MiLoG) vom 17. Juli 2012 (Brem.GBl. S. 300) als geeignetes Kriterium zur Bemessung der Leistungsgerechtigkeit des Anerkennungsbetrags ansieht, kann dem nicht gefolgt werden. Unmittelbar kann § 9 MiLoG schon deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil der Mindestlohn nach § 3 MiLoG nur für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt, zu denen Tagespflegepersonen offensichtlich nicht gehören. Er ist hier aber auch als mittelbares Kriterium ungeeignet, da es den der Beklagten zustehenden Beurteilungsspielraum missachten würde, der gerade auch vor dem Hintergrund eröffnet ist, dass der Anerkennungsbetrag noch nicht auf eine Vollvergütung zur Sicherung des Lebensunterhaltes gerichtet ist, sondern dahinter zurückbleiben darf (BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 – 5 C 18.16 – juris Rn. 13). Auch aus Art. 49 Abs. 2 der Bremischen Landesverfassung ergibt sich nichts anderes. Hierbei handelt es sich um einen Programmsatz, aus dem keine bestimmten staatlichen Handlungsverpflichtungen herzuleiten sind (vgl. Hase, in: Fischer-Lescano/Rinken/Buse/Meyer/Stauch/Weber, Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Art. 49 Rn. 6 f.). Davon abgesehen entspricht der Anerkennungsbetrag – wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat – bereits bei der vollschichtigen Betreuung von 3,07 Kindern dem seit dem 01.10.2014 geltenden gesetzlichen Mindestlohn von 8,80 Euro (brutto).

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1, § 188 Satz 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198,
28195 Bremen, (Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

gez. Dr. Maierhöfer

gez. Traub

gez. Dr. Koch