



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 LC 77/17

(VG: 3 K 1871/14)

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

der Frau

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Soziales, Jugend, Frauen,
Integration und Sport, Bahnhofplatz 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 Rich-
terinnen 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 unter Abänderung des Bescheides vom 12.06.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.09.2014 verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf laufende Geldleistung für die Betreuung des Kindes B in der Zeit vom 19.02.2014 bis 31.07.2014 über den bisher bewilligten Betrag in Höhe von 3,90 Euro pro Stunde hinaus unter Beachtung der Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts neu 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 über 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 19.02.2014 bis zum 31.07.2014.

Die Klägerin war im genannten Zeitraum als Tagespflegeperson in der Kindertagespflege tätig. Ihr war gemäß § 43 des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe i.d.F. der Bekanntmachung vom 11. September 2012 (BGBl. I S. 2022), für den hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Artikel 1 des Kinder- und Jugendhilfeverwaltungvereinfachungsgesetz vom 29.08.2013 (BGBl. I S. 3464) – SGB VIII – erlaubt, gleichzeitig bis zu vier, insgesamt jedoch höchstens fünf Kinder zu betreuen. Sie betreute u.a. das Kind B, geb. am ...2012, im Umfang von fünfzehn Stunden pro Woche in ihrer früheren Mietwohnung. Für das Kind bewilligte das Amt für soziale Dienste, Sozialzentrum Vahr/Schwachhausen/Horn-Lehe, Wirtschaftliche Jugendhilfe, der Klägerin mit Bescheid vom 12.06.2014 für den Zeitraum vom 19.02.2014 bis zum 31.07.2014 ein monatliches Pflegegeld i.H.v. 253,31 Euro. Dabei ging die Beklagte von einem Stundensatz von 3,90 Euro aus, der sich aus einer Sachkostenpauschale i.H.v. 1,73 Euro und einem Anerkennungsbetrag i.H.v. 2,17 Euro zusammensetzte. Die Be-

klagte 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.

Die Klägerin legte am 04.07.2014 Widerspruch mit dem Ziel ein, sowohl eine höhere Sachkostenpauschale als auch einen höheren Anerkennungsbetrag zu erhalten. Sie trug dabei insbesondere vor, dass die der Pflegegeldgewährung zugrundeliegende Verwaltungsvorschrift nicht den gesetzlichen Anforderungen aus § 23 Abs. 2 und Abs. 2a SGB VIII entspreche.

Mit Widerspruchsbescheid vom 25.09.2014, der Klägerin zugestellt am 29.09.2014, wies die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen den Widerspruch als unbegründet zurück. In der allgemeinen Tagespflege werde entsprechend der geforderten Qualifikation der Tagespflegepersonen ein Stundenentgelt auf Basis des durchschnittlichen Gehaltes einer Erzieherin (Entgeltgruppe S6 TVöD SuE) zuzüglich der Sachkostenpauschale gezahlt. Grundlage der Berechnung sei nach Vergleichsberechnungen ein Anteil von 62% des durchschnittlichen Gehaltes einer Erzieherin. Die Berechnungen gingen davon aus, dass eine Erzieherin in der Regel fünf Kinder betreuen könne. Dabei werde als Standard vorausgesetzt, dass Tagespflegepersonen die Möglichkeit einer Erlaubnis zur Betreuung von fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern hätten. Dadurch würden die Vorgaben aus dem Mindestlohngesetz eingehalten. In den neuen Stundensätzen seien 2,8% Tarifierhöhung auf den Förderbetrag (Tarifierhöhung Januar 2013 von 1,4% und August 2013 von 1,4%) enthalten. Danach betrage ab dem 01.08.2013 die laufende Geldleistung (Anerkennungsbetrag und Sachkostenpauschale) für die allgemeine Kindertagespflege im Haushalt der Tagespflegeperson 3,90 € pro Stunde.

Dagegen hat die Klägerin am 28.10.2014 Klage erhoben, um eine über den bisher bewilligten Betrag von 3,90 Euro pro Stunde hinaus gehende laufende Geldleistung zu erstreiten. Die Regelung zu den Förderleistungen („Anerkennungsbetrag“) werde nicht dem Gedanken der leistungsgerechten Ausgestaltung der Anerkennung der jeweiligen Förderleistung gerecht. Es sei nicht nachvollziehbar, anhand welcher Kriterien die Klägerin lediglich einen Anteil von 62% des Gehaltes einer Erzieherin erhalten solle.

Die Annahmen, dass eine Erzieherin in der Regel fünf Kinder betreue und eine Tagespflegeperson gleichzeitig fünf Kinder betreuen könne, seien falsch. In bremischen Kindertagesstätten gebe es bei unter Dreijährigen einen Personenschlüssel von 1:3,2. Die Erzieherinnen arbeiteten in Teams, die für die Einzelne kurze Pausen ermöglichten. Ta-

gespflegepersonen erhielten nicht stets eine Pflegeerlaubnis für fünf Kinder. Durchschnittlich würden in Bremen 3,2 Kinder pro Tagespflegeperson betreut. So sei mit der Förderleistung in Höhe von 2,17 Euro noch nicht einmal annähernd der gesetzliche Mindestlohn zu erreichen.

Auch entspreche die Sachkostenpauschale, die seit 2008 unverändert sei, nicht den gesetzlichen Vorgaben.

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten. Die Sachkostenpauschale errechne sich pro Stunde und pro Kind aus einer monatlichen Pauschale von 300,00 Euro und einem Betreuungsumfang von 40 Stunden pro Woche. Dieser Betrag ergebe sich aus der Begründung zum Entwurf des Kinderförderungsgesetzes (BT-Drs. 16/9299, S. 22).

Die Ausgestaltung des Anerkennungsbetrages anhand der Zahl der betreuten Kinder und der Betreuungszeit sei leistungsgerecht. Das vom Bund geförderte Jahreseinkommen einer nach Entgeltgruppe S2 TVöD SuE 2013b angestellten Tagespflegeperson betrage bei Stufe 1 23.527,00 Euro, auf Stufe 3 25.845,00 Euro. Das Jahresbruttoeinkommen einer Erzieherin betrage nach Entgeltgruppe S6 TVöD SuE 2013b auf Stufe 1 28.653,61 Euro und auf Stufe 3 33.710,29 Euro. Der gemittelte Durchschnitt über alle Stufen liege bei 34.667,65 Euro. Eine selbständige Kindertagespflegeperson erziele bei einer wöchentlichen Betreuungszeit von 40 Stunden und vier betreuten Kindern einen Jahresanerkennungsbetrag – ohne die Sachkostenpauschale – von 18.054,40 Euro und bei fünf betreuten Kindern von 22.568,00 Euro. Zur Herstellung der Vergleichsbasis seien von dem Jahreseinkommen der angestellten Personen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 5.000,00 bis 5.800,00 Euro in Abzug zu bringen, so dass die Gesamtjahresanerkennungsbeträge der Tagespflegeperson jeweils höher ausfielen. Berücksichtige man, dass der Tagespflegeperson vier Wochen bezahlter Urlaub, fünfzehn bezahlte Krankentage und drei bezahlte Qualifizierungstage zugestanden würden, ergebe sich bei einem Jahresbruttoeinkommen in Höhe des Anerkennungsbetrages von 22.568,00 Euro bei fünf in Vollzeit betreuten Kindern ein Bruttostundenlohn von 12,72 Euro.

Mit Urteil vom 16.12.2016 hat das Verwaltungsgericht die Beklagte unter Abänderung ihres Bescheides vom 12.06.2014 und Aufhebung des Widerspruchsbescheides vom 25.09.2014 verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf laufende Geldleistungen für die Betreuung des Kindes B in der Zeit vom 19.02.2014 bis 31.07.2014 über den bisher bewilligten Betrag in Höhe von 3,90 Euro pro Stunde hinaus unter Beachtung der

Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Es hat gleichzeitig die Berufung zugelassen.

Die zulässige Klage auf Neubescheidung sei begründet. Zwar begegne die Höhe der der Klägerin gewährten Sachkostenpauschale nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII in Höhe von 1,73 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 2,17 Euro pro Stunde für das von der Klägerin betreute Kind werde jedoch den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht.

Der Betrag sei nach den sich aus § 23 Abs. 2a Satz 2 und 3 SGB VIII ergebenden Maßstäben nicht hinreichend transparent und sachgerecht bestimmt worden. Die Vorlage der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen vom 25.01.2013 für die Sitzung der Staatlichen Deputation für Soziales, Kinder und Jugend vom 14.02.2013 enthalte keine ausreichende Begründung, weshalb der festgesetzte Betrag von 2,17 Euro pro Kind und Stunde als leistungsgerecht i.S.d. § 23 Abs. 2a Satz 2 SGB VIII anzusehen sei und lasse im Übrigen auch offen, wie dieser Stundensatz konkret berechnet worden sei. Zwar sei es grundsätzlich zulässig, den Betrag zur Anerkennung der Förderleistung an der tariflichen Entlohnung von Erzieherinnen und Erziehern auszurichten. Auch sei es nachvollziehbar, einen Abschlag vorzunehmen, soweit die Tagespflegeperson – wie im Fall der Klägerin – nicht als Erzieher/in ausgebildet sei. Allerdings bedürfe jedenfalls ein Abschlag i.H.v. 38% im Vergleich zu dem durchschnittlichen Gehalt einer Erzieherin/eines Erziehers einer hinreichenden Begründung, welche die Beklagte auch im gerichtlichen Verfahren nicht vorgelegt habe. Im Übrigen habe die Beklagte den Umstand nicht berücksichtigt, dass Tagespflegepersonen im Unterschied zu angestellten Erziehern/Erzieherinnen Zusatzarbeiten (Vor- und Nachbereitung sowie Organisation) leisten müssten, die nicht unmittelbar vergütet würden. Es seien auch die einzelnen Rechenschritte nicht dargelegt, wie ausgehend von 62% des Vergleichseinkommens der konkrete Anerkennungsbetrag pro Kind und Stunde für eine Tagespflegeperson ermittelt worden sei.

Die vorgelegten Vergleichsberechnungen zwischen dem Einkommen einer Erzieherin/eines Erziehers und der Vergütung einer Tagespflegeperson beruhten zudem nicht auf hinreichend realistischen Maßstäben. Es sei nicht realitätsgerecht, der Vergleichsberechnung eine gleichzeitige Betreuung von fünf Kindern zu jeweils 40 Wochenstunden durch die Tagespflegeperson zugrunde zu legen. Es bestünden in der Regel keine Rechtsansprüche auf frühkindliche Bildung in diesem Umfang. Bezüglich der überwie-

gend in der Tagespflege betreuten unter dreijährigen Kinder entspreche ein Betreuungsschlüssel von eins zu fünf kaum den tatsächlichen Verhältnissen in Tageseinrichtungen.

Der Betrag von 2,17 Euro verfehle schließlich der Höhe nach offensichtlich das Kriterium einer leistungsgerechten Vergütung. Es müsse bei einer vollschichtigen Tätigkeit zumindest möglich sein, hierdurch einen angemessenen Lebensunterhalt zu sichern. Als Mindestmaßstab könne auf das Mindestlohngesetz für das Land Bremen abgestellt werden. Der Staat habe zu gewährleisten, dass Tagespflegepersonen, die in das staatliche Erziehungssystem eingebunden seien, mindestens eine Vergütung erhielten, die existenzsichernd sei. Dies ergebe sich aus Art. 49 Abs. 2 der Bremischen Landesverfassung. Nach dem festgelegten Stundensatz müsste eine Tagespflegeperson durchschnittlich 3,74 Kinder gleichzeitig betreuen, um lediglich den Mindestlohn zu erreichen. Dies könne von ihr nicht verlangt werden.

Gegen das ihr am 20.03.2017 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 Anerkennungsbetrages 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 würden 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.

Um Anhaltspunkte für eine Neuberechnung zu haben, seien die ursprünglichen Pflegesätze auf einen Stundenlohn heruntergebrochen worden. Gleichzeitig seien die durchschnittliche Stundenberechnung einer Kindertagespflegeperson und einer Erzieherin dem gegenübergestellt worden. Dabei seien alle Entgeltstufen plus Sonderzahlungen durch zwölf Monate und 39,2 Stunden gerechnet worden. Dieser daraus resultierende Stundenlohn wiederum sei dem ursprünglichen Stundenlohn der Kindertagespflegeperson gegenübergestellt worden. Um einen gerechteren Stundenlohn zu erreichen und für zukünftige Tarifanpassungen festzusetzen, sei aus dem neuen Stundenlohn für die Kindertagespflegeperson der prozentuale Unterschied errechnet worden. Dieser sei im Laufe der Jahre nochmals verändert worden, indem alle Kindertagespflegepersonen nach dem Stundenlohn der Erzieherinnen und Erzieher berechnet worden seien. Dabei sei eine Abstufung notwendig, um der unterschiedlichen Ausbildung – vier Jahre benötige ein Erzieher/eine Erzieherin und 160 Stunden damals eine Kindertagespflegeperson - Rechnung zu tragen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil vom 16.12.2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

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 unter Abänderung des Bescheides vom 12.06.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.09.2014 zur Neubescheidung des Antrags der Klägerin auf laufende Geldleistungen für die Betreuung des Kindes B in der Zeit vom 19.02.2014 bis 31.07.2014 über den bisher bewilligten Betrag von 3,90 Euro pro Stunde hinaus verpflichtet (§ 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 Neubescheidung 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 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 14.02.2013 (Brem.ABl. S. 259) für den Zeitraum ab dem 01.08.2013 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 Tagespflegeperson 3,90 Euro (wovon 1,73 Euro auf die Sachkostenpauschale und 2,17 Euro auf den Anerkennungsbetrag entfallen). Die Beklagte hat sich bei der Bewilligung des streitgegenständlichen Pflegegeldes an dieser Verwaltungsvorschrift orientiert.

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 berücksichtigen. 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 sach-

fremde 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 2,17 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 in Vollzeit gleichzeitig fünf Kinder betreut, ein Stundenentgelt auf Basis des durchschnittlichen Gehaltes einer Erzieherin/eines Erziehers (S6 TVöD SuE) erhalten soll, das einem Anteil von 62% dieses Durchschnittsgehaltes entspricht (vgl. dazu die Vorlage der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen vom 25.01.2013 für die Sitzung der staatlichen Deputation am 14.02.2013). Das durchschnittliche Gehalt einer Erzieherin/eines Erziehers sei berechnet worden, indem man das Gehalt über alle sechs Stufen addiert und durch sechs geteilt habe. Den Abschlag i.H.v. 38% begründete die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen zunächst damit, dass die Tagespflegepersonen nicht über ähnlich qualifizierte Berufsabschlüsse verfügten wie die in Kindertageseinrichtungen tätigen Erzieherinnen (vgl. bereits die Vorlage der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen vom 25.01.2013 für die Sitzung der staatlichen Deputation am 14.02.2013). Im Berufungsverfahren rechtfertigte die Beklagte den Abschlag ergänzend mit Unterschieden im Aufgabenbereich der beiden Berufsgruppen sowie mit der Tatsache, dass die Tätigkeit der Tagespflegeperson als selbstständige Tätigkeit ausgelegt sei, während die Erzieherin/der Erzieher eine nach Tarif bezahlte Angestelltentätigkeit ausübe. Zudem hätten Tagespflegepersonen in Bremen auch die Möglichkeit, zusätzliche Vergütungsvereinbarungen mit den Eltern zu schließen.

Davon abgesehen, dass sich die Berechnung der Beklagten bereits rechnerisch nicht vollständig nachvollziehen lässt – jedenfalls bei Zugrundelegung des TVöD 2013b – genügt die Begründung für den Abschlag in Höhe von 38% 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 2,17 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, Urt. 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, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 35).

Die Beklagte hat allerdings einen Abschlag von 38% vorgenommen. Ein solcher Abschlag lässt sich nicht (allein) mit dem Fehlen eines den Erzieherinnen/Erziehern vergleichbaren Berufsabschlusses der Tagespflegepersonen rechtfertigen. Dafür ist zum einen maßgeblich, dass auch die Tagespflegepersonen für ihre Tätigkeit qualifiziert sein müssen. Nach § 23 Abs. 1 SGB VIII setzt die Gewährung des Anerkennungsbetrages die Geeignetheit der Tagespflegeperson voraus. Diese ist gemäß § 23 Abs. 3 SGB VIII zu bejahen, wenn sich die Tagespflegeperson durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit anderen Tagespflegepersonen auszeichnet und über vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege verfügt, die sie in qualifizierten Lehrgängen erworben oder in anderer Weise nachgewiesen hat. Die Höhe des Anerkennungsbetrags muss dieser vom Gesetzgeber geforderten Qualifikation der Kindertagespflegepersonen angemessen Rechnung tragen (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 29). Zum anderen berücksichtigt ein lediglich mit der unterschiedlichen Qualifikation begründeter Abschlag von 38% nicht hinreichend, das – wie auch vom Bundesverwaltungsgericht angenommen (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.01.2018 - 5 C 18.16 - juris Rn. 35) – die Tätigkeit von Erzieherinnen und Erziehern in Kindertagesstätten und die Tätigkeit von Tagespflegepersonen grundsätzlich vergleichbar sind. Es entspricht gerade auch der Intention des Gesetzgebers, mit dem § 23 SGB VIII die Attraktivität der Kindertagespflege mit Blick auf deren Bedeutung beim Ausbau der Kin-

dertagesbetreuung zu steigern und diese als gleichrangiges alternatives Förderungsangebot neben den Tageseinrichtungen zu etablieren (BT-Drs. 16/9299 S. 2 und 14).

Anhaltspunkte für einen noch zulässigen qualifikationsbedingten Abschlag ließen sich beispielsweise aus dem Vergleich zwischen dem Tariflohn für eine Erzieherin/ einen Erzieher einerseits und einer (ungelernten) Beschäftigten in der Tätigkeit von Kinderpflegerinnen/Kinderpflegern andererseits entnehmen. Obgleich letztere die Kinder grundsätzlich nicht vollständig in eigener Verantwortung betreuen müssen, erhielten sie nach dem ab 01.03.2014 geltenden Tarifvertrag – eingruppiert als S2 – immerhin zwischen 82% – auf Stufe 1 – und 73% – auf Stufe 6 – des Gehaltes einer Erzieherin/ eines Erziehers (Entgeltgruppe S 6). Das Förderprogramm des Bundes zur Festanstellung von Tagespflegepersonen („Aktionsprogramm Kindertagespflege – Förderung von Feststellungsmodellen“), auf das sich die Beklagte im Berufungsverfahren selbst berufen hat, geht ebenfalls von der Einstufung einer Tagespflegeperson mit mindestens S2 TVöD SuE aus (Anlage 7 zur Berufungsbegründung). Auch andere Methoden, um den qualifikationsbedingten Abschlag nach sachlichen Kriterien der Größenordnung nach zu bestimmen, sind denkbar.

Die im Berufungsverfahren von der Beklagten noch nachgeschobenen (zusätzlichen) Begründungen für den erheblichen Abschlag für Kindertagespflegepersonen sind bereits nicht nachvollziehbar. Welche Unterschiede im Aufgabenbereich eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen sollen, legt die Beklagte nicht substantiiert dar. Vor dem Hintergrund der angestrebten Gleichwertigkeit der Betreuungsmodelle erschließt sich dies auch nicht. Auch der Umstand, dass die Tagespflegeperson selbständig tätig ist, rechtfertigt für sich genommen keinen Abschlag. Schließlich vermag auch das Argument der Beklagten, die Tagespflegepersonen könnten u.U. noch Zusatzvergütungen von den Eltern verlangen, eine Reduzierung des Stundensatzes nicht zu rechtfertigen, da der Anerkennungsbetrag selbst leistungsgerecht sein muss.

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 Vollzeittätigkeit 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 – „vollschichtig“ 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 der Tagespflegeperson, wie dies auch bei der Klägerin der Fall war, wegen der räumlichen Verhältnisse lediglich die Betreuung von gleichzeitig vier Kindern gestattet wird. 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 berück-

sichtige 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.).

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)

einulegen. 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 Bedeu-

tung 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