

**An das
Verwaltungsgericht
Bahnhofsvorplatz 3**

45879 Gelsenkirchen

nur per Fax: 0209 – 1701 124

- 10 K 3265/14 -

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Claudia Gößling

gegen

Stadt Essen

Aktenzeichen: 081/14 (Bitte immer angeben)

Euskirchen, den 20.04.2015

erwidere ich auf den Schriftsatz der Beklagten vom 13.10.2014 wie folgt:

Den Ausführungen zur Höhe der laufenden Geldleistung kann nicht gefolgt werden.

Die Beklagte hat in der Klageerwiderng erstmalig erklärt, der Anteil des Sachaufwandes betrage in Anlehnung an die von den Finanzbehörden anerkannte Betriebsausgabenpauschale 1,88 EUR je Stunde. Die Beklagte hat jedoch nicht dargelegt, dass diese Überlegung tatsächlich bei der Festsetzung der laufenden

Geldleistung eine Rolle gespielt hat oder ob hier auch andere Berechnungen Gegenstand der Beratungen gewesen sind. Es darf zudem nicht außer Acht gelassen werden, dass die Stadt Essen jegliche Zuzahlungen seitens der Sorgeberechtigten untersagt. Im landesweiten Vergleich ist es jedoch üblicherweise seitens des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zulässig, von den Eltern Zuzahlungen für Verpflegung zu verlangen.

Dadurch, dass dieser Posten in Essen offensichtlich durch den Sachaufwand in Höhe von 1,88 EUR komplett abgedeckt werden soll, ist dieser Betrag zu gering.

Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass dadurch diejenigen Tagespflegepersonen benachteiligt werden, die ein Kind über den ganzen Tag betreuen, da hier aufgrund der längeren Verweildauer des Kindes mehr Mahlzeiten und Getränke gestellt werden müssen, als bei lediglich drei bis vier Stunden Betreuungszeit täglich.

Die gleichbleibende Höhe des Sachaufwandes ist vor diesem Hintergrund nicht angemessen, da hier alleine durch die tatsächlich anfallende Verpflegung unterschiedlich hohe Ausgaben – abhängig von der Betreuungszeit – abgedeckt werden müssen, die jedoch in gleichbleibender Höhe erstattet werden.

Da die Satzung der Beklagten sich an keiner Stelle über die einzelnen Komponenten Sachaufwand und Anerkennungsbetrag verhält und hier auch keine konkreten Einzelbeträge benannt werden, sondern lediglich Pauschalbeträge festgeschrieben sind, bleibt es dabei, dass die Satzung in diesem Punkt rechtswidrig ist, da sie gegen die Vorgaben des SGB VIII verstößt.

Dass die Abrechnung nach Stundenkorridoren im kommunalen Vergleich üblich ist, wird bestritten. Die Beklagte führt hier kein einziges konkretes Beispiel an.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Die Unterzeichnende hat bereits zahlreiche Tagespflegepersonen aus NRW in Bezug auf die Gewährung von laufenden Geldleistungen gem. § 23 SGB VIII vertreten; nach diesseitiger Kenntnis gehen auch die zuletzt noch mit Stundenkontingenten abrechnenden Kommunen - nicht zuletzt aufgrund der aktuellen Rechtsprechung - zu einer stundenbezogenen Abrechnung über.

Das VG Aachen hat zuletzt entschieden, dass jedenfalls Staffellungen in 10-Stundenschritten viel zu weit sind, vgl. VG Aachen vom 17.06.2014, Az. 2 K 2120/13. Das VG Düsseldorf hat sogar eine Staffellung in 5-Stundenschritten als nicht leistungsgerecht erachtet, wenn es zu Abweichungen von 30 % kommt, vgl. VG Düsseldorf 19 K 6520/14 vom 20.01.2015.

Die Gewährung der laufenden Geldleistung nach Stundenstaffelungen kann nicht mit der Vereinfachung der Verwaltungsvorgänge begründet werden.

Dies dürfte kaum rechtfertigen, in einigen Fällen 36,5 % mehr für eine Betreuungsstunde aufzuwenden, als für eine andere (11 Stunden im Vergleich zu 15 Stunden).

Der Hinweis der Beklagten auf das Urteil des VG Frankfurt liegt neben der Sache.

Die Beklagte berücksichtigt mit der Staffellung ja nicht die Anzahl der betreuten Kinder, indem sie einen degressiven Maßstab dergestalt zugrunde legt, dass der Stundensatz mit der Anzahl der in dieser Zeit betreuten Kinder abnimmt. Die Anzahl der betreuten Kinder wird bei der Festsetzung des Stundensatzes gar nicht berücksichtigt.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Zudem berücksichtigt die Staffelung auch nicht, dass es zahlreiche Kinder gibt, die mehr als 45 Stunden wöchentlich betreut werden. Die Staffelung endet jedoch bei „über 40 Stunden“ so dass davon auszugehen ist, dass auch bei mehr als 45 Wochenstunden der Satz für 40 Wochenstunden gezahlt wird.

Auch dies ist unter keinem Gesichtspunkt mehr leistungsgerecht.

Den Ausführungen zur 1/12 Kürzung ist zu entgegnen, dass diese pauschale Kürzung der festgelegten laufenden Geldleistung die Tagespflegepersonen unangemessen benachteiligt und damit durch die Hintertüre ein geringerer Stundensatz gezahlt wird. Die Beklagte führt aus, dass der Abzug des 1/12-Anteils auch geschieht, weil damit 20 Tage Urlaub und zwei Tage Fortbildungszeit gewährt werden. Eine interessante Variante, die unbezahlte Zeit der Tagespflegepersonen so zu deklarieren.

Wenn die Beklagte vorträgt, im Einzelfall könne auch eine Kürzung der tatsächlichen Nichtbetreuungszeiten erfolgen, so mag sie näher darlegen, wie dies in der Praxis umgesetzt wird.

In den mit den Verwaltungsvorgängen übersandten Kooperationsverträgen mit den von der Beklagten beauftragten Trägern müssen sich die Tagespflegepersonen bereits zu Beginn der Kooperation festlegen, ob die 1/12 Regelung gelten soll, oder nicht.

Aus der Formulierung der entsprechenden Regelung des § 1 Abs. 3 in der Satzung der Beklagten geht auch nicht hervor, ob sich die Fehlzeiten ausschließlich auf die Tagespflegeperson oder auch auf die betreuten Kinder beziehen.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Sollte dies der Fall sein, so wäre eine Kürzung bereits aus dem Grund rechtswidrig, als das Ausfallrisiko des Tageskindes nicht auf die Tagespflegeperson abgewälzt werden darf. Krankheit oder Urlaub des Tageskindes fallen nicht in den Risikobereich der Tagespflegeperson.

Sofern die 1/12-Kürzung dazu verwendet wird, die Vertretung der Tagespflegepersonen während der Fehlzeiten zu finanzieren, so ist auch diese Vorgehensweise rechtswidrig.

Dadurch wird letztlich die Verpflichtung der Kommune, nach § 23 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII für Ausfallzeiten einer Tagespflegeperson rechtzeitig eine andere Betreuungsmöglichkeit für das Kind sicherzustellen, auf die Tagespflegeperson zurückverlagert, indem man diese jedenfalls mit der Finanzierung dieser Vertretung belastet.

Bezeichnenderweise erhält das Jugendamt gem. § 22 Abs. 1 KiBiZ vom Land NRW für jedes Tagespflegekind einen jährlichen Zuschuss in Höhe von früher 736,- Euro und derzeit 758,- Euro, wenn nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 KiBiZ „für Ausfallzeiten der Tagespflegeperson vom Jugendamt eine gleichermaßen geeignete Betreuung sichergestellt wird“ (a. F. mit Gültigkeit bis 31. Juli 2014) bzw. „für Ausfallzeiten der Tagespflegeperson eine gleichermaßen geeignete Betreuung durch transparente Regelung des Jugendamtes sichergestellt wird“.

Weiterhin bekommt die Tagespflegeperson in Esse entgegen der Satzung für ein Inklusionskind auch nicht den zweifachen Betrag zur Anerkennung der Förderleistung, sondern einen auf maximal 35 Stunden begrenzten Betrag, auch wenn das Kind einen 41-Stunden-Vertrag hat.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Klärungsbedürftig ist auch die Tatsache, dass eine Tagespflegeperson nach der Qualifizierung erst zwei Jahre tätig sein, um überhaupt ansatzweise angemessen bezahlt zu werden, pädagogische ausgebildete Fachkräfte werden gar nicht berücksichtigt. Dies ist insofern nicht nachvollziehbar, als das SGB VIII in § 43 zur Erteilung der Pflegeerlaubnis Kenntnisse der Kindertagespflege fordert, welche in qualifizierten Lehrgängen erworben werden sollen.

Gemäß § 23 SGB VIII wiederum bestimmt, dass „der Betrag zur Anerkennung der Förderungsleistung der Tagespflegeperson ist leistungsgerecht auszugestalten“ ist. Damit muss eine leistungsgerechte Bezahlung bereits ab dem ersten Tag nach Abschluss der Qualifizierung erfolgen und darf nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft werden.

Auch die Ausführungen zum Zuzahlungsverbot verfangen nicht.

Zwar trifft es zu, dass das gesetzliche System der Förderung in Kindertagespflege nicht auf eine etwaige Zuzahlung der Sorgeberechtigten ausgerichtet ist, sondern davon ausgeht, dass die Tagespflegeperson vom Jugendamt einen Gesamtbetrag erhält.

Es entspricht jedoch auch nicht der Konzeption der Kindertagespflege, wenn die Kindertagespflegeperson neben der leistungsgerechten „Vergütung“ auf Zuzahlungen angewiesen ist.

Eine Kostenbeteiligung der Eltern soll sich nach der gesetzlichen Konstruktion allein nach § 90 SGB VIII richten. Dies bedeutet aber kein ausdrückliches Verbot, das die Rechtsgrundlage für einen Eingriff in die Vertragsfreiheit abgeben könnte.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Auch kann nicht im Wege der teleologischen Reduktion eine Ausweitung des Wortlautes des § 23 SGB VIII entsprechend einer mutmaßlichen gesetzlichen Zielsetzung erfolgen, denn damit würde schon den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Eingriffsnorm nicht Genüge getan. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitende Bestimmtheitsgebot verlangt vom Normgeber, die Rechtsvorschrift so genau zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.

Ungeachtet dessen lässt sich ein Verbot der Zahlung eines zusätzlichen Betreuungsentgeltes durch die Sorgeberechtigten des Kindes auch nicht aus der Zielsetzung der §§ 23, 24 SGB VIII heraus, die diese mit Blick auf die Tagespflegeperson verfolgen, ableiten.

Vielmehr deuten gerade die Gesetzesmotive in eine andere Richtung. Begründen die in § 23 SGB VIII enthaltenen Vorgaben für die Tagespflegeperson keinen unmittelbaren Anspruch auf Leistungsvergütung in einer Höhe, mit der - bei Ausübung einer Vollzeittätigkeit und bei vollständiger Ausschöpfung der Pflegeerlaubnis - der Lebensunterhalt der Tagespflegeperson in angemessener Weise sichergestellt wird, sondern stellt dies entsprechend der Begründung des Gesetzesentwurfes (vgl. BT-Drs. 16/9299, S. 14/15) nur das mittelfristige Ziel des Gesetzgebers des Kinderförderungsgesetzes vom 10. Dezember 2008 dar, wäre es widersprüchlich, dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe den



Mitglied im **Anwalt**Verein

Tagespflegepersonen bis zur Erreichung seiner gesellschafts- und marktpolitischen Zielvorstellung untersagen wollen, die Lücke zu einem „auskömmlichen Einkommen“ durch die Vereinbarung von Zuzahlungen seitens der Sorgeberechtigten zu schließen.

Wenn § 23 Abs. 2 a SGB VIII es erlaubt, dass die Höhe der laufenden Geldleistung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe festgesetzt wird, soweit nicht Landesrecht etwas anderes bestimmt, dann kann es nicht möglich sein, dass der

Landesgesetzgeber zwar keine einheitliche Regelung zu Festsetzung der Höhe der laufenden Geldleistung trifft, andererseits jedoch die von den Kommunen frei festzusetzende Höhe der Geldleistung durch ein landesweites Zuzahlungsverbot begrenzt.

Dadurch kommt es durch eine gesetzliche Regelung zu einer Ungleichbehandlung von Tagespflegepersonen, da diese die durch die unterschiedliche Leistungsgewährung der Kommunen entstehenden finanziellen Nachteile nicht mehr durch private Zuzahlungsvereinbarungen ausgleichen können.

Nach diesseitiger Auffassung kann der Landesgesetzgeber nur dann ein flächendeckendes Zuzahlungsverbot installieren, wenn er zugleich auch entsprechend der Regelung des § 23 Abs. 2 a SGB VIII die Höhe der laufenden Geldleistung landeseinheitlich für ganz NRW festschreibt.

Die Beklagte setzt das in ihrer Satzung verankerte Zuzahlungsverbot nicht einheitlich um.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Die von der Beklagten beauftragten freien Träger, z. B. die AWO Essen, legten den Tagespflegepersonen noch am 30.09.2014 Betreuungsvertragsmuster vor, in denen es beispielsweise heißt:

§ 3: „Nicht im Betreuungsgeld enthalten und von den Sorgeberechtigten zusätzlich aufzubringen sind Aufwendungen für: Windeln, spezielle Pflegemittel, ... spezielle Ernährung, z. B. bei Allergien,....“.

Diesen Passus haben die Tagespflegepersonen teilweise in ihre eigenen Verträge wörtlich übernommen und berechnen u. a. für Biokost Zusatzbeiträge. Biokost ist eine spezielle Ernährung, für die nach der o. a. Formulierung Zusatzzahlungen verlangt werden dürften.

Die Beklagte hat jedoch aufgrund dieser Formulierungen in eigenen Betreuungsverträgen einigen Tagespflegepersonen die Zahlung der laufenden Geldleistung versagt.

B e w e i s: N. N.

Auf die bisherigen Ausführungen, insbesondere in der Klageschrift, wird vollumfänglich Bezug genommen.

Es wird abschließend darum gebeten, kurzfristig einen Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Die Sache scheint ausgeschrieben und durch die ungeklärte Rechtslage in Bezug auf die Geldleistungen sehen sich zahlreiche Tagespflegepersonen – insbesondere diejenigen, die in externen Räumlichkeiten tätig sind – in ihrer Existenz bedroht.



Mitglied im **Anwalt**Verein

Ab dem 01.08 2015 beginnen die neuen Betreuungsverträge, die meisten Altverträge laufen aus.

Das bedeutet, dass private Zuzahlungen komplett wegfallen; ohne diese kann eine Großtagespflege jedoch nicht überleben. Es ist den Tagespflegepersonen jedoch in den meisten Fällen auch nicht möglich, ihre Tätigkeit aufzugeben, da in diesem Fall Fördermittel für Investitionen im dreistelligen Bereich zurückgezahlt werden müssten.

M. Taprogge-Essaida
Rechtsanwältin und Mediatorin



Mitglied im **Anwalt**Verein