

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e.V.

DIJU

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht Postfach 10 20 20 D-69010 Heidelberg

FORUM FÜR FACHFRAGEN
08.01.2015

Datum

J 5.320-1 Bm/Mr

Unser Zeichen

Ihr Zeichen

Ansprechpartner / in

Durchwahl

E-Mail

STELLUNGNAHME

vom 8. Januar 2015

zur E-Mail-Anfrage des StJA Borken vom 17. Dezember 2014

Umsetzung des Mindestlohns nach dem Mindestlohngesetz bei der Festanstellung von Kindertagespflegepersonen durch die Erziehungsberechtigten

Im Jugendamtsbezirk des anfragenden Jugendamts wird im Fall der Kindertagespflege im Haushalt der Eltern des Kindes die Tagespflegeperson von den Eltern angestellt, wobei ein Minijob, ein Midijob oder ein voll sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Die Vergütung der Tagespflegeperson durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe richtet sich im Bereich des anfragenden Jugendamts nach dem Alter der zu betreuenden Kinder, dem Qualifikationsstand der Tagespflegeperson und dem Betreuungsort (im Haushalt der Tagespflegeperson oder der Eltern des Kindes).

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Poststraße 17 69115 Heidelberg
Telefon 06221 / 98 18-0
Fax 06221 / 98 18-28
institut@dijuf.de
www.dijuf.de

Bankverbindung in Unterhaltsangelegenheiten
Sparkasse Heidelberg Nr. 500 739 (BLZ 672 500 20)
IBAN DE53 6725 0020 0000 5007 39
BIC SOLADES1HDB

Beispielsweise werden bei Betreuung zweier Kinder im Alter von vier und sechs Jahren durch eine noch nicht voll qualifizierte Tagespflegeperson im Haushalt der Eltern für Förderleistung und Sachkosten insgesamt 3,60 EUR je Stunde und Kind bezahlt, bei Betreuung zweier Kinder im Alter von zwei Jahren liegen Förderleistung und Sachkosten bei 3,90 EUR pro Kind und Stunde.

Das Jugendamt fragt, wie diesbezüglich mit den Regelungen des seit 01.01.2015 geltenden Mindestlohngesetzes umzugehen ist, nach denen bei einer Festanstellung einer Tagespflegeperson ein Mindestlohn von 8,50 EUR gilt.

I. Die Finanzierung der Kindertagespflege in den unterschiedlichen Rechtsverhältnissen und die Auswirkungen des Mindestlohngesetzes

Bei der Förderung in Kindertagespflege bestehen zwischen den jeweiligen Beteiligten – den Kindertagespflegepersonen, dem Kind bzw den Erziehungsberechtigten und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe – jeweils eigene Rechtsverhältnisse (*Grube*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 01/14, § 23 Rn 40), die auseinanderzuhalten sind.

1. Rechtsverhältnis zwischen Tagespflegeperson und Träger der öffentlichen Jugendhilfe

Zunächst besteht ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Leistungsverpflichtetem und der Tagespflegeperson als Leistungserbringerin.

Abweichend von der länderrechtlichen Vielfalt bei der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen regelt der Bundesgesetzgeber bei Erbringung von Leistungen der Kindertagespflege mit § 23 SGB VIII auch ihre Finanzierung. Kindertagespflege beinhaltet gem. § 23 Abs. 1 SGB VIII die Gewährung einer laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson. Bei der rechtlichen Gestaltung der Gewährung der laufenden Geldleistungen hat sich der Gesetzgeber entschieden, den Anspruch auf die laufende Geldleistung der Tagespflegeperson selbst zu gewähren (*Lakies*, in: Münder ua, FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2012, § 23 Rn 21; *Struck*, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 23 Rn 2b, 27; *Kaiser*, in: Kunkel, LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 32 Rn 10).

Die Höhe der laufenden Geldleistung wird von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe festgelegt, sofern Landesrecht nicht etwas anderes bestimmt. Sie obliegt damit im Gegensatz zu den Leistungen freier Träger, die dem Abschluss von Leistungs- und Entgeltvereinbarungen nach § 78a SGB VIII unterliegen, nicht einer Vereinbarung mit der leistungserbringenden Tagespflegeperson. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann vielmehr einseitig festsetzen, welchen Beitrag zur Anerkennung der Förderleistung der Tagespflegeperson er als angemessen ansieht (§ 23 Abs. 2a S. 1 SGB VIII). Das Gesetz bestimmt aber in § 23 Abs. 2a S. 2 SGB VIII, dass der Betrag zur Anerkennung der Förderleistung leistungsgerecht auszugestalten ist, wobei nach § 23 Abs. 2a S. 3 SGB VIII der zeitliche Umfang der Leistung und die Anzahl sowie der Förderbedarf der betreuten Kinder zu berücksichtigen sind.

In der laufenden Geldleistung sind neben dem Betrag zur Anerkennung der Förderleistung die Kosten enthalten, die der Tagespflegeperson für den Sachaufwand entstehen sowie die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung und die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung der Tagespflegeperson.

Der Bundesverband für Kindertagespflege hat im Jahr 2009 einen Betrag von 5,50 EUR pro Stunde und Kind empfohlen, in dem bereits die Ernährung des Kindes sowie der Anteil der Sozialversicherungsbeiträge mitenthalten ist (so die Aussage im Handbuch Kindertagespflege des BMFSFJ, 2009, Kap. 3.6.1, zu finden unter: www.bmfsfj.de ► Publikationen ► Kinder und Jugend). Angemessen dürfte danach derzeit ein mindestens entsprechend hoher, eher höherer Betrag sein.

Bei der Angemessenheit der laufenden Geldleistung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff und es besteht bei der Festsetzung zudem ein Beurteilungsspielraum. Möglich ist eine Klage einer Tagespflegeperson an das Verwaltungsgericht. Hätte die Klage Erfolg, so müsste unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Höhe der laufenden Geldleistung neu entschieden werden (Grube § 23 Rn 25).

2. Vertragliche Beziehung zwischen Tagespflegeperson und Eltern

Von diesem Rechtsverhältnis abzugrenzen ist das Verhältnis zwischen der Tagespflegeperson und dem Kind bzw seinen personensorgeberechtigten Eltern.

Einrichtungsträger und Privatpersonen, die Leistungen der Kindertagesbetreuung nach dem SGB VIII erbringen, vereinbaren im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrags mit den Personensorgeberechtigten die Bedingungen der Betreuung des Kindes. In diesem Vertrag können sie auch das Entgelt für die Leistung mit den Erziehungsberechtigten vereinbaren. Der Gestaltungswille der Vertragsparteien ist hier zunächst grundsätzlich frei und auch die Höhe des Entgelts im Rahmen der Privatautonomie der Vertragsparteien frei verhandelbar.

Findet die Kindertagespflege allerdings im Haushalt der Erziehungsberechtigten statt, so ist der Gestaltungswille uU durch das Mindestlohngesetz eingeschränkt. Es liegt arbeitsrechtlich bei dieser Form der Betreuung im Haushalt der Erziehungsberechtigten in der Regel ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. Die Tagespflegeperson ist also bei den Erziehungsberechtigten angestellt. Für die Festanstellung einer Tagespflegeperson bei den Erziehungsberechtigten gilt allerdings seit dem 1. Januar 2015 das Mindestlohngesetz, nach welchem jede/r Arbeitnehmer/in Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns von 8,50 EUR je Stunde hat (§ 1 MiLoG). Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind nach § 3 S. 1 MiLoG unwirksam. Auch wenn von der Tagespflegeperson daher nur ein Kind im Haushalt der Erziehungsberechtigten betreut wird, so muss hierfür ein Arbeitsentgelt von mindestens 8,50 EUR/Stunde vereinbart werden.

Davon abgesehen ist der Gestaltungswille grundsätzlich nicht eingeschränkt, insbesondere nicht durch die jugendhilferechtlichen Regelungen zur Förderung in Kindertagespflege gebunden (DIJuF Rechtsgutachten JAmt 2013, 388). Bei den bisher in der Praxis gezahlten Beiträgen liegt nicht selten auf der Hand, dass die Tagespflegeperson selbst bei einer Betreuung der zulässigen Höchstzahl von betreuten Kindern im Umfang einer 40-Stundenwoche kaum Einnahmen in Höhe eines zur Unterhaltssicherung ausreichenden Erwerbseinkommens beziehen kann. Sieht die Tagespflegeperson mit den Leistungen nach § 23 Abs. 2 SGB VIII durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe ihre Tätigkeit nicht ausreichend vergütet, so wird sie zu der Lösung greifen, von den Eltern einen zusätzlichen Beitrag für die Förderung ihres Kindes zu verlangen. Doch auch wenn die Geldleistungen angemessen ausgestaltet sind, kann es Tagespflegepersonen geben, die gleichwohl von den Eltern zusätzliche Beiträge verlangen.

3. Auswirkungen des Mindestlohngesetzes auf die Gewährung der laufenden Geldleistung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe

Das Mindestlohngesetz gilt nur im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, hier also zwischen der Tagespflegeperson und den Eltern des betreuten Kindes. Ist die laufende Geldleistung für eine Kindertagespflegeperson allerdings geringer als der Mindestlohn von 8,50 EUR, so entsteht für die Eltern bei Inanspruchnahme der Kindertagespflege automatisch eine Situation, in der sie **Zusatzzahlungen an die Kindertagespflegeperson erbringen müssen**, damit der gesetzliche Mindestlohn sichergestellt ist. Dies führt dazu, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit einem entsprechenden Platz nicht den Betreuungsbedarf eines Kindes decken kann, der nach § 24 SGB VIII entweder durch eine objektiv-rechtliche Verpflichtung oder durch einen Rechtsanspruch (für Kinder ab Vollendung des ersten bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres) gesichert ist. Denn der Gesetzgeber geht davon aus, dass die gesamten Kosten der Kindertagespflege vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe übernommen werden (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 451; JAmt 2005, 515; JAmt 2006, 81; JAmt 2006, 348.). Der Rechtsanspruch bzw die objektiv-rechtliche Verpflichtung ist also nur dann vollumfänglich erfüllt, wenn die Leistungsberechtigten ausschließlich nach § 90 SGB VIII zu den Kosten der Leistung herangezogen werden und keine weiteren Zahlungen leisten müssen (BMFSFJ, Fakten und Empfehlungen zu den Neuregelungen in der Kindertagespflege, zu finden unter: www.bmfsfj.de). Ist es den Eltern daher nur dann möglich, einen Betreuungsplatz für ihr Kind bei einer Kindertagespflegeperson zu finden, wenn sie bereit sind, zusätzliches Betreuungsentgelt zu zahlen, ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe seiner **Pflicht nicht hinreichend nachgekommen**. Er ist also darauf angewiesen, genügend Betreuungsplätze zu finden, die nicht mit Zuzahlungen verbunden sind. Gelingt ihm dies nicht, so muss er **anfallende Zusatzbeiträge** für eine dann selbst gesuchte festangestellte Tagespflegeperson ggf wegen Nichterfüllung des Rechtsanspruchs U3 über den Aufwendungsersatzanspruch bei selbst beschaffter **Leistung erstatten** (siehe hierzu: Meysen/Beckmann, 2013, Rechtsanspruch U3, Förderung in Kita und Kindertagespflege, Rn 117, 122 ff, 131 ff).

Wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe also mit der Förderung bei einer Kindertagespflegeperson den Bedarf an Kindertagesbetreuung decken will, so kann er dies nur dann, wenn er auch die gesamten Kosten der Kindertagespflege deckt und die

Eltern ausschließlich nach § 90 SGB VIII zu den Kosten herangezogen werden. Dies kann er im Fall der Kindertagespflege im Haushalt der Erziehungsberechtigten aufgrund deren Verpflichtung zur Einhaltung des Mindestlohngesetzes folglich nur dann erreichen, wenn er die laufende Geldleistung so ausgestaltet, dass sie bei der Tagespflegeperson, die Kinder im Haushalt der Erziehungsberechtigten betreut, bei mindestens 8,50 EUR je Stunde liegt. Bei Betreuung nur eines Kindes würde dies etwa über die Regelung eines Sockelbetrages möglich sein, nach dem die laufende Geldleistung (ohne Sozialversicherungsbeiträge) für das erste betreute Kind bereits bei 8,50 EUR liegt und zB für alle weiteren betreuten Kinder geringere Erhöhungen dieses Sockelbetrages geleistet werden. Will der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die laufende Geldleistung nicht entsprechend ausgestalten, so bleibt ihm nur, andere Betreuungsplätze in ausreichender Zahl zu schaffen bzw zur Verfügung zu stellen.

II. Landesrechtlicher Ausschluss einer über die laufende Geldleistung hinausgehenden Vergütung der Tagespflegeperson durch die Eltern in Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen ist zudem die Besonderheit zu beachten, dass der Gesetzgeber in § 23 Abs. 1 S. 3 KiBiz NRW geregelt hat, dass, soweit die Förderung in Kindertagespflege gemäß § 23 SGB VIII erfolgt, weitere Kostenbeiträge der Eltern an die Tagespflegeperson ausgeschlossen sind. Diesbezüglich stellt sich die Frage, inwieweit eine solche Einflussnahme auf die Entgeltvereinbarung zwischen der Tagespflegeperson und den Erziehungsberechtigten möglich ist.

1. Ausschluss einer Zusatzvergütung für selbstständige Tagespflegepersonen

Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist darauf angewiesen, genügend Betreuungsplätze zu finden, die nicht mit Zuzahlungen verbunden sind. Nur dann kann er seiner gesetzlichen Gewährleistungsverpflichtung gerecht werden.

Bei der Frage, ob die Möglichkeit zur Begrenzung solcher privater zusätzlicher Betreuungsentgelte besteht, ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Tagespflegeperson mangels Festlegung des Entgelts über Vereinbarungen keinen Einfluss auf die Höhe der laufenden Geldleistung hat, die der Träger der öffentlichen Jugendhilfe allein festsetzt.

Könnten Tagespflegepersonen nicht im Rahmen der Privatautonomie selbst festlegen, welcher Betrag für sie leistungsgerecht ist, so hätten sie folglich keinerlei Verhandlungsmacht bei der Festlegung der angemessenen Höhe für die laufenden Geldleistungen vor Ort. Eine Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsspielräume durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, etwa durch Satzung oder Verordnung, ist daher nicht möglich (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2013, 388; aA und für eine generelle Einschränkung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe: VG Frankfurt aM JAmt 2013, 594).

Möglich ist eine Begrenzung daher nur durch den Gesetzgeber und somit auch durch das Landesrecht. Dieses kann daher dann, wenn es sich um ein nach § 23 SGB VIII gefördertes Tagespflegeverhältnis handelt, auch regeln, dass die Tagespflegeperson von den Eltern nicht mehr als die laufende Geldleistung als Vergütung verlangen darf (*Grube* § 23 Rn 41). Legitim ist ein solcher Ausschluss, damit die Gewähr besteht, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe genügend bedarfsgerechte Betreuungsplätze schaffen können. Wünschenswert wäre zwar, dass der Landesgesetzgeber mit dem Ausschluss von Zuzahlungen zugleich auch eine Mindesthöhe für die Festsetzung der laufenden Geldleistung geregelt, sodass ebenfalls die Gewähr dafür besteht, dass die öffentliche Geldleistung von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe angemessen hoch festgesetzt wird. Dies ist hier dagegen nicht geschehen, sodass den Tagespflegepersonen, die Zweifel an der Angemessenheit der Höhe der laufenden Geldleistung haben, nur die Möglichkeit bleibt, sie gerichtlich überprüfen zu lassen.

Der in diesem Fall landesgesetzlich in § 23 Abs. 1 S. 3 KiBiz NRW geregelte Ausschluss der Vereinbarung eines höheren Leistungsentgelts ist daher jedenfalls für den Regelfall der Kindertagespflege mit einer selbstständig tätigen Tagespflegeperson rechtmäßig.

2. Ausschluss einer Zusatzvergütung für festangestellte Tagespflegepersonen

Im Fall der Festanstellung einer Tagespflegeperson würde der landesrechtliche Ausschluss zusätzlicher Betreuungsentgelte jedoch mit der gesetzlichen Verpflichtung zur Vereinbarung des Mindestlohns kollidieren, sofern nicht gleichzeitig landesrechtlich geregelt ist, dass die laufende Geldleistung im Falle der Festanstellung mindestens den Mindestlohn abdeckt. Denn für die Kindertagespflege bestünden dann zugleich die

bundesgesetzliche Verpflichtung zur Vereinbarung des Mindestlohns und der landesrechtliche Ausschluss der Vereinbarung des Mindestlohns in Fällen, in denen die laufende Geldleistung nicht mindestens bei 8,50 EUR liegt. Bei Befolgung der bundesrechtlichen Vorgabe zur Vereinbarung des Mindestlohns würde dann der Anspruch der Tagespflegeperson auf die laufende Geldleistung nach § 23 Abs. 1 SGB VIII wegfallen und damit für Kindertagespflegepersonen in Festanstellungsverhältnissen insgesamt ins Leere laufen. Tagespflegepersonen in Festanstellung wären dann vom Anspruch des § 23 Abs. 2 SGB VIII ausgenommen, was das bundesrechtliche SGB VIII nicht vorsieht und Landesrecht nicht abweichend regeln kann.

Die Kollision führt nach Art. 31 GG zur Nichtigkeit der landesrechtlichen Regelung in dem Teil ihres Anwendungsbereichs, der mit dem Bundesrecht bricht, also unvereinbar ist (*Gubelt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 31 Rn 21). Unvereinbar ist die landesrechtliche Regelung mit dem bundesgesetzlichen Mindestlohngesetz nur für den Fall der Festanstellung der Tagespflegeperson bei den Erziehungsberechtigten. Rechtsfolge ist die Nichtigkeit der landesrechtlichen Norm im Rahmen dieses Anwendungsbereichs, sodass festangestellte Tagespflegepersonen dennoch Zuzahlungen verlangen dürfen, ohne dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ihnen deshalb die Zahlung der laufenden Geldleistung verweigern darf. Nur so können die Erziehungsberechtigten ihrer Pflicht zur Vergütung mindestens in Höhe des Mindestlohns nachkommen.

Dass den selbstständig tätigen Tagespflegepersonen Zuzahlungen der Eltern untersagt werden, dürfte auch insbesondere im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit Art. 3 GG keinen Grundrechtseingriff darstellen. Denn es handelt sich bei der selbstständigen Kindertagespflege und der Kindertagespflege in Festanstellungsverhältnissen um unterschiedliche Betreuungssettings. Während eine Tagespflegeperson in Festanstellung weisungsgebunden ist und nicht von sich aus mehr Kinder in die Betreuung aufnehmen kann, hat die selbstständige Tagespflegeperson die Möglichkeit, in der Regel bis zu fünf Kinder zu betreuen und darüber ein ausreichendes Erwerbseinkommen sicherzustellen. Die mangelnde Auslastung ist dann, anders als bei der festangestellten Tagespflegeperson, unternehmerisches Risiko.

III. Fazit

Bei der Förderung in Kindertagespflege im Haushalt der Erziehungsberechtigten sind die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse auseinanderzuhalten. Während für das Feststellungsverhältnis zwischen der Tagespflegeperson und den Erziehungsberechtigten das Mindestlohngesetz Anwendung findet, richtet sich die öffentlich-rechtliche Gewährung der laufenden Geldleistung an eine Kindertagespflegeperson (die nicht beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe angestellt ist) nach § 23 SGB VIII und wird von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe einseitig festgesetzt. Seiner Gewährleistungsverantwortung kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe allerdings nur gerecht werden, wenn er Plätze zur Verfügung stellt, die für die Eltern neben der Kostenbeteiligung nach § 90 SGB VIII mit keinen Zuzahlungsverpflichtungen verbunden sind. Plätze in Kindertagespflege im Haushalt der Erziehungsberechtigten erfüllen daher die Gewährleistungspflicht nur dann, wenn sie vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe voll finanziert werden, was nur im Fall einer laufenden Geldleistung in Höhe des Mindestlohns möglich ist. Ist die Betreuung dagegen mit Zuzahlungen verbunden, so kommen in dieser Höhe Aufwendungsersatzansprüche der Erziehungsberechtigten gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe in Betracht. Wählen die Erziehungsberechtigten für ihr Kind allerdings die Kindertagespflege im eigenen Haushalt, obwohl diese für sie mit Zuzahlungen verbunden ist und obwohl der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ihnen einen anderen Betreuungsplatz ohne Zuzahlungsverpflichtung angeboten hat, so müssen sie die Zuzahlungen selbst tragen.

Was die Vereinbarung von Zuzahlungen zwischen den Erziehungsberechtigten und der Tagespflegeperson betrifft, so kann auch Landesrecht nicht ausschließen, dass für die Kindertagespflege in Festanstellung im Haushalt der Erziehungsberechtigten Zusatzbeiträge vereinbart werden, da diese erforderlich sind, um dem Mindestlohngesetz gerecht zu werden.