

Dezernat I
- Rechtsamt -
Amt 30

Datum: 02.05.2005
Bearbeiterin: Frau Fröhlich
Telefon: 540- 2502
Aktenzeichen: 30.2-51-05/05

Amt 51
AL Herrn Förster

über
Bg I Herrn Platz

Stellungnahme zur DS 0208/05 vom 25.04.05 – Bestätigung der Richtlinie für Tagespflege

Die vorgelegte DS wurde teilweise redaktionell entsprechend unserer Stellungnahme vom 26.04.05 überarbeitet.

Die Kernaussage, Tagespflege nur für Kinder von 0-3 Jahren zu fördern, ist jedoch beibehalten worden.

Zu den Voraussetzungen der Inanspruchnahme von Tagespflege gem. § 24 SGB VIII n.F., weise ich darauf hin, dass die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, Tagespflege für Kinder unter drei Jahren und im schulpflichtigen Alter vorzuhalten (§ 24 Abs. 2 SGB VIII n.F.).

Für Kinder vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt hat die Gemeinde ergänzend zum bedarfsgerechten Angebot an Ganztagsplätzen darauf hinzuwirken, dass Förderung in Kindertagespflege zur Verfügung steht. Etwas anderes bestimmt auch nicht das KiFöG LSA, da es ansonsten gegen höherrangiges Recht verstoßen würde.

Die Pflicht zum Vorhalten von Tagespflege entsprechend dem altersgerechten Bedarf und damit die Möglichkeit zur Förderung derselben für die o.g. Altersgruppen ist nicht zu verwechseln mit dem Rechtsanspruch auf Kindesbetreuung in Tageseinrichtungen.

Denn ein Rechtsanspruch gegen die Gemeinde besteht nur auf den Besuch einer Tageseinrichtung nach Maßgabe § 3 KiFöG LSA in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 SGB VIII n.F.

Ein Rechtsanspruch auf den Besuch einer Tagespflege besteht daher grundsätzlich nicht, jedoch sehr wohl die Verpflichtung der Gemeinde eine bedarfsgerechte Tagespflege als Förderangebot der Jugendhilfe vorzuhalten und zwar nach Maßgabe der nach § 24 SGB VIII n.F. festgelegten Mindestbedarfskriterien für die verschiedenen Altersgruppen der dort genannten Kinder.

Sobald mithin seitens des Jugendamtes im Sinne des § 23 Abs. 1 SGB VIII n.F. in Verbindung mit § 6 Abs. 1 KiFöG LSA eine Tagespflegestelle vermittelt, weil ein Bedarf des Kindes nach Maßgabe des § 24 SGB VIII n.F. festgestellt worden ist, besteht ein Anspruch auf Förderung gem. § 23 SGB VIII n.F. in Verbindung mit § 11 Abs. 6 KiFöG LSA.

...

Der Pkt. 2 der neu vorgelegten Tagespflegerichtlinie ist daher immer noch rechtlich zu beanstanden und überarbeitungsbedürftig.

Ich rege an, den Punkt 2 vorläufig ganz aus der Tagespflegerichtlinie herauszunehmen und ggf. später in rechtlich abgestimmter Form einzufügen und Ermessen leitende Regelungen für die SachbearbeiterInnen des Jugendamtes im Wege einer Amtsleiterverfügung vorläufig festzulegen.

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich im Übrigen auf die genannte Stellungnahme vom 26.04.05.

Marske

Anlage

Stellungnahme vom 26.04.05

- Rechtsamt -
Amt 30, 30.2.3

Bearbeiterin: Frau Fröhlich
Telefon: 540- 2502
Aktenzeichen: 30.2-51-05/05

Amt 51
Frau Ulvolden

Stellungnahme zur DS 0208/05 vom 21.04.05 – Bestätigung der Richtlinie für Tagespflege

Die vorgelegte Richtlinie für Tagespflege ist die mir bekannte dritte Version. Lediglich die erste Version war - mit wenigen Vorbehalten - zwischen dem Rechtsamt und dem Jugendamt als abgestimmt zu betrachten. Mittlerweile ist noch eine vierte Version angekündigt worden!

Aufgrund der überwiegend als rechtswidrig einzustufenden Regelungen zu Pkt. 2 der vorgelegten Richtlinie ist es mir unmöglich die DS 0208/05 in der Version vom 21.04.05 zur Mitzeichnung zu empfehlen.

Ich kann nur dringend davon abraten, die DS in die Beratungsfolge zu geben, ohne dass eine abschließende Abstimmung des Inhalts unter Prüfung der rechtlichen sowie der praktischen Umsetzbarkeit innerhalb der Verwaltung erfolgt ist.

Nachfolgende Änderungen wären erforderlich, damit die DS überhaupt Mitzeichnungsreife erlangen kann.

In der Beratungsfolge fehlt der KRB-Ausschuss. Dieser hatte bereits zur Vorläuferdrucksache 060/05 eine Sondersitzung anberaunt und um Aufnahme in die Beratungsfolge gebeten. Die Sondersitzung hat aufgrund der Zurücknahme der DS nicht stattgefunden. Ich gehe daher davon aus, dass die Nichterwähnung des KRB in der Beratungsfolge lediglich ein Versehen darstellt und bitte dies nachzuholen. Die nächste KRB-Sitzung findet am 26.05.05 statt.

Die Verwendung des Wortes „entsprechend“ in Satz 1 der Begründung zur DS erhält in diesem Zusammenhang eine andere unkorrekte juristische Bedeutung. Bei Verwendung des Wortes „entsprechend“ wird hier fälschlicherweise suggeriert, die Tagespflege sei nicht ausdrücklich im SGB VIII und KiFöG LSA genannt und deshalb würden diese Gesetze lediglich „entsprechend (analog)“ angewandt.

Ich empfehle daher Satz 1 der Begründung wie folgt zu konkretisieren:

„... eine öffentliche Aufgabe gem. §§ 22, 23, 24 Art. 1 Ziff. 3 TAG zur Neufassung des SGB VIII vom 27.12.2004 (BGBl. Teil I Nr. 76) in Verbindung mit §§ 3, 6 KiFöG LSA (nachfolgend nur KiFöG genannt). ...“

Durch die Verquickung der Betreuungsform Tagespflege mit dem Rechtsanspruch der Betreuung in Kindertageseinrichtungen ist nunmehr eine Diskussion in der Öffentlichkeit und der Verwaltung entstanden, die fälschlicherweise den Eindruck erweckt, die Landeshauptstadt sei

gesetzlich nicht verpflichtet, die Betreuungsform in Tagespflege anzubieten. Diese Auffassung ist schlichtweg falsch und widerspricht dem geltenden Recht.

Sie ist wohl der Komplexität der Systematik des SGB VIII in Verbindung mit dem KiFöG geschuldet.

Die Begründung zu Pkt. 2.1 der Richtlinie und die damit verbundene Schlussfolgerung, die Tagespflege an sich sei der Betreuung in Kindertageseinrichtungen nachrangig fußt auf einer Auslegung des § 3 Abs. 4 KiFöG, ohne dabei den insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KiFöG zu berücksichtigen. Danach unterstützt und ergänzt Tagespflege als **Alternative** zur Förderung in Tageseinrichtungen die Erziehung des Kindes in der Familie. Das Wort „Alternative“ bezieht sich inhaltlich auf die anzubietenden Betreuungsformen.

„Alternative“ ist definiert als die freie, aber unabdingbare Entscheidung zwischen zwei Möglichkeiten (der Aspekt des Entweder-Oder), die Möglichkeit des Wählens zwischen zwei oder mehreren Dingen (so DUDEN Band 5, Fremdwörterbuch, 9. Aufl. 1990, S. 51). Eine andere Auslegung dieses Begriffes ist nicht gegeben und vom Gesetzgeber logischerweise damit auch nicht gewollt. Somit erübrigt sich jegliche Diskussion darüber, ob die Tagespflege als **Betreuungsform** nachrangig gegenüber der Betreuung in Kindertageseinrichtungen ist. Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar und wie oben dargestellt lässt der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KiFöG auch keine andere Auslegung zu. Die im Gesetzestext als Alternative bezeichnete Betreuungsform führt damit zur **Gleichrangigkeit** zwischen der Betreuung in Tagespflege und in Kindertageseinrichtungen. Dies wird mit der Formulierung in § 22 Abs. 2 SGB VIII n.F. bestätigt, da dort für Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflege identische Ziele formuliert sind. Eine Unterscheidung der Betreuungsformen ergibt sich lediglich durch die Ausgestaltung.

Gem. § 22 Abs. 1 Satz 3 KiFöG regelt daher das Nähere über die Abgrenzung von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege das Landesrecht. Dies hat der Landesgesetzgeber Sachsen-Anhalt mit dem KiFöG und der Tagespflegeverordnung Sachsen-Anhalt getan.

Etwas anderes läßt sich auch nicht aus der Formulierung des § 3 Abs. 4 Satz 2 KiFöG interpretieren, wonach bei Kindern bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres der Anspruch auch als erfüllt gilt, wenn eine Tagespflegestelle (§ 4 Abs. 3 und § 6 KiFöG) angeboten wird. Gerade diese Formulierung stützt sich auf eine inhaltliche Gleichwertigkeit von Kindertageseinrichtung und Tagespflege.

Der Anspruch auf die Jugendhilfemaßnahme „Kinderbetreuung“ bestimmt sich dem Grundsatz nach § 24 SGB VIII n.F. (Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege). Gem. § 24 Abs. 5 SGB VIII n.F. bleibt weitergehendes Landesrecht unberührt, das bedeutet jedoch nicht, dass der Landesgesetzgeber (bzw. die Gemeinde) Regelungen treffen darf die hinter der Grundsatzdefinition des Bundesgesetzgeber zurückbleiben. Das Land (bzw. die Gemeinde) darf insoweit nur positivere Regelungen für die mit dem SGB VIII n.F. angesprochenen Kinder treffen!

§ 24 Abs. 1 SGB VIII n.F. bestimmt lediglich den Besuch einer Tageseinrichtung eines Kindes vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt als Rechtsanspruch (Sachsen-Anhalt ist diesbezüglich weitergehend und gewährt den Rechtsanspruch für jedes Kind bis zur Versetzung in den 7. Schuljahrgang, § 3 Abs. 1 KiFöG). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Tagespflege als anspruchsbegründende Betreuungsform für diese Altersgruppe ausgeschlossen sein soll.

Denn es wurden für die verschiedenen Altersgruppen gesetzliche Bedarfskriterien nach § 24 SGB VIII n.F. bestimmt, nach denen die Tagespflege als gleichwertige Betreuungsform zur Tageseinrichtung vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe anzubieten ist.

Die Konkretisierung der gesetzlichen Verpflichtung durch die Formulierung von Bedarfskriterien dient der nachhaltigen und verlässlichen Verbesserung des Angebots der Tagesbetreuung der Kinder. Damit gibt der Gesetzgeber einen objektiv rechtlichen Maßstab vor, der die Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei der Ausgestaltung des Betreuungsangebotes **verpflichtet** und keinen Raum lässt für eine eigenständige Definition des Begriffes „bedarfsgerecht“ vor Ort, die hinter diesen Kriterien zurückbleibt (so die Begründung des Gesetzgebers zum TAG, Stand 2. April 2004, Teil B zu § 24, S. 27).

Diese „Verpflichtung“ betrifft gem. § 24 Abs. 2 in Verbindung mit § 23 Abs. 1 SGB VIII n.F. Kinder unter drei Jahren und im schulpflichtigen Alter. Für Kinder vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gem. § 24 Abs. 1 SGB VIII n.F. darauf hinzuwirken, dass für diese Altersgruppe ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen oder ergänzend Förderung in Kindertagespflege zur Verfügung steht.

In jedem Fall hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Tagespflegeplätze nach Bedarf vorzuhalten und in die Kita-Planung einzubeziehen.

Die Bedarfskriterien sind in § 24 Abs. 1-3 SGB VIII n.F. genannt, der Ermessensspielraum zur Ablehnung der Jugendhilfemaßnahme „Tagesbetreuung“ ist daher eingeengt auf die vorgegebenen Bedarfskriterien. So kann es durchaus sein, dass im Einzelfall der Ermessensspielraum des Jugendamtes so gering ist, dass sich der Betreuungsbedarf auf einen Rechtsanspruch des Personensorgeberechtigten zur „Tagesbetreuung“ des Kindes verdichtet (ggf. Ermessensreduzierung auf null).

Das zentrale Kriterium für die Inanspruchnahme eines Betreuungsplatzes für Kinder unter drei Jahren ist die Erwerbstätigkeit beider Elternteile oder des alleinerziehenden Elternteils (§ 24 Abs. 3 Ziff. 1 SGB VIII n.F.). Daneben berücksichtigt § 24 Abs. 3 Ziff. 2 SGB VIII n.F. auch einen spezifischen erzieherischen Bedarf, also die Notwendigkeit der Tagesbetreuung von Kindern aus besonders belasteten Familienverhältnissen (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf Teil B zu § 24, S. 28).

Die Kriterien des § 24 SGB VIII n.F. sind die Grundlage für die örtliche Jugendhilfeplanung . Dabei ist aber auch das Nachfrageverhalten durch Elternbefragungen einzubeziehen. Vorgehalten werden muss deshalb nicht ein abstrakt ermittelter Bedarf, sondern ein konkret ermittelter Bedarf unter Einbeziehung der zu erwartenden Entwicklung (so a.a.O. Begründung zum Gesetzentwurf, S. 28-29).

Nach meinem Kenntnisstand ist in der Landeshauptstadt Magdeburg noch keine derartige konkrete Bedarfsermittlung zur Tagespflege erfolgt. Damit aufgrund dessen vom örtlichen Träger der Bedarf von Tagespflege schon deshalb nicht negiert werden darf, hat der Gesetzgeber die Verpflichtung zur Vorhaltung von Tagespflege in einem Mindestumfang bestimmt und Übergangsregelungen gem. § 24 a SGB VIII n.F. geschaffen.

Die derzeitigen Regelungen der Richtlinie werden daher den gesetzlichen Regelungen keinesfalls gerecht und sind mithin zum Teil sogar rechtswidrig. Hierauf werde ich im Einzelnen noch eingehen!

Daneben wäre gesondert zu prüfen, ob nicht ein Fall der Hilfe zur Erziehung in Form von „Tagesbetreuung“ vorliegt.

Mit den Neuerungen des SGB VIII wurde in erster Linie das Wunsch und Wahlrecht der Eltern zur Gewährung von Jugendhilfemaßnahmen gestärkt, denn die Eltern sollen letztendlich bestimmen, welches Angebot sie als Ergänzung zur familiären Erziehung in Anspruch nehmen möchten.

Die Begründung zu Pkt. 2.1 ist insoweit vom Grundsatz her überarbeitungsbedürftig.

Ich bitte auch um Erklärung, ob die Behauptung, „dass es im Interesse der gesundheitlichen und seelischen Entwicklung des Kindes ist eine Rahmenbetreuungszeit festzulegen“, fachlich fundiert durch Studien bzw. ärztliche Gutachten ist. Wenn ja, bitte ich mir diese vorzulegen. Meines Wissens nach hat an der Unterausschusssitzung Jugendhilfeplanung nämlich niemand mit ärztlichen Fachkenntnissen teilgenommen.

Zur Tagespflegerichtlinie im Einzelnen:

Das Deckblatt der Anlage ist wie folgt zu ergänzen:

„... nach § 6 KiFöG LSA vom 05.03.2003, **geändert am 12.11.2004...**“

Die Benennung der Fassung des KiFöG ist meines Erachtens jedoch entbehrlich, da die Gesetzesgrundlagen in der Richtlinie am Anfang aufgeführt werden.

zu 1.

Der erste Punkt ist wie folgt zu korrigieren:

„...**in der Fassung vom 05.03.2003** (GVBl. LSA 2003, S. 48), **geändert durch Gesetz zur Änderung des KiFöG vom 12.11.04** (GVBl. LSA 2004, S. 774)...“

zu 2.1

Die hier getroffenen Regelungen sind schon dem Grundsatz nach rechtswidrig und deshalb zu überarbeiten. Ich verweise hierzu auf meine obigen Ausführungen zur Alternativität von Tagespflege und Kindertageseinrichtung.

Die Ausführungen in Satz 2 zu 2.1 sind zudem irreführend und ebenfalls rechtlich nicht haltbar. Denn wenn es einen Rechtsanspruch auf Tagespflege gibt, ist das Vorliegen des Anspruch anhand der tatbestandlichen Voraussetzungen zu prüfen. Dies kann im Einzelfall zu abweichenden Entscheidungen führen, aber keinesfalls kann das Jugendamt eigene Tatbestandsvoraussetzungen schaffen, wenn ein bestimmter Tatbestand vorgegeben ist.

Durch eine Richtlinie sollen für den Sachbearbeiter in verständlicher Weise Anleitungen für die rechtmäßige Tatbestandsprüfung und ermessensgerechte Bearbeitung von Anträgen geschaffen werden. Dies ist um so mehr erforderlich, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen einer Anspruchsnorm einen Ermessensspielraum zur Bewilligung eröffnen. Dieses Ermessen soll einheitlich ausgeübt werden. Hierfür gilt es Kriterien festzulegen, die nicht gegen geltendes Recht verstoßen. Dafür reicht es gerade nicht den Sachbearbeiter auf die Möglichkeit der Einzelfallentscheidung zu verweisen, für die aber keine Richtlinien aufgestellt sind, zumal die Gewährung von Jugendhilfe immer eine Einzelfallentscheidung ist. Der Sachbearbeiter hätte wiederum die Schwierigkeit eine ermessensgerechte Entscheidung zu treffen.

Wie bereits zuvor dargestellt orientiert sich die Inanspruchnahme der Tagespflege an den Mindestbedarfskriterien des § 24 SGB VIII n.F. und zwar für Kinder von unter drei Jahren bis in das schulpflichtige Alter hinein. Mithin kann nicht durch die Richtlinie bestimmt werden, dass bestimmte Altersgruppen von Kindern gänzlich von der Förderung in Tagespflege ausgeschlossen sind. Diese Regelung ist rechtswidrig!

Der erste Teilstrich 2.1 wiederholt lediglich das Bedarfskriterium des § 24 Abs. 3 Ziff. 1 SGB VIII n.F. und ist daher überflüssig.

Der zweite Teilstrich enthält ein gesetzlich nicht erwähntes Bedarfskriterium, welches noch dazu einschränkender Natur ist und schon deshalb rechtswidrig sein könnte. 30 min. mit ÖPNV pro Wegstrecke erscheint im Hinblick auf die Rechtsprechung und die Literaturmeinung hierzu unangemessen hoch, wenn man davon ausgeht, dass den Kindern an Kindergärten Fußwege, die länger als 15 min. sind nicht zumutbar wären (vgl. Reich, Kommentar zum KiFöG LSA, 2. Auflage 2003 zu § 3, Rdnr. 9).

Der dritte Teilstrich könnte dem Bedarfskriterium des § 24 Abs. 3 Ziff. 2 SGB VIII n.F. zuzuordnen sein. Jedoch ist die Abgrenzung zu anderen Leistungen, wie Hilfe zur Erziehung oder Eingliederungshilfeleistungen, nicht ausreichend konkretisiert. Außerdem stellt ein ärztliches Gutachten eine unangemessen Hohe Forderung gegenüber den Personensorgeberechtigten dar, allein schon wegen der damit verbundenen Kosten. Immerhin braucht man zur Durchsetzung von Ansprüchen auf einen Kindergartenplatz keinen solchen überspitzten Nachweis des Bedarfs zu führen.

Zu den in 2.1 getroffenen Regelungen steht der 2.3 in Widerspruch und ist vom Wortlaut her nicht nachvollziehbar. So ist unklar, welche Altersgruppen von dieser Regelung betroffen sein sollen (alle Kinder über 3?!). Dann wird den Eltern eine Wahlfreiheit zwischen Tagespflege und Kindertageseinrichtung eingeräumt. Warum dann aber nur als Halbtages- bzw. Ganztagsplatz? Auch diese Regelung ist nicht ermessensgerecht, denn gem. § 24 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII n.F. richtet sich der Umfang der täglichen Betreuungszeit nach dem individuellen Bedarf, insbesondere für Kinder unter drei Jahren.

Gleichermaßen unverständlich sind die Beschränkungen der Betreuungszeiten in Pkt. 2.4 und 2.7. Eine stundenweise Betreuung z.B. „als ergänzendes Angebot“ nach 2.4 kann nicht auf der Grundlage eines Halbtags-/Ganztagsplatzes abgerechnet werden (siehe auch Elternbeitrag Pkt. 9).

Der Elternbeitrag für Tagespflege sollte daher vielmehr auch stundenweise bemessen sein, nur so ergibt sich dann auch im Weiteren ein quantifiziertes Einsparungspotential bezüglich des städtischen Zuschusses für die Tagespflege (siehe Pkt. 10).

zu 2.2

Diese Regelung erscheint mir in mehrfacher Hinsicht ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

Mit der Richtlinie kann kein Ausnahmeverbehalt für Einzelfälle bestimmt werden, die noch nicht einmal ansatzweise benannt bzw. bekannt sind. Die Förderung der Betreuung von Kinder durch Großeltern darf nicht ausgenommen werden, da die Kriterien aufgrund ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Prüfung von finanziellen Leistungen an diese aufgestellt wurden. Verwandte, welche selbst nicht anerkannte Tagespflegepersonen sind können unter bestimmten Umständen sehr wohl Leistungen des Jugendamtes in angemessener Höhe beanspruchen. Bei Großeltern ist dies dann der Fall, wenn sie nicht aufgrund einer bestehenden Unterhaltspflicht die Pflege übernehmen und nicht bereit sind diese unentgeltlich zu leisten (ständige Rechtsprechung des BVerwG vgl. statt vieler BVerwGE vom 12.09.1996 - 5 C 37/95). Diese Rechtsprechung ist in Ihrem Amt bekannt.

Die Festlegung, dass Tagespflegepersonen ihre eigenen Kinder selbst zu betreuen haben, kann ebenfalls nur eine Einzelfallprüfung ergeben und nicht kategorisch mit der Richtlinie angeordnet werden. Dies würde zu einem Ermessensnichtgebrauch und damit zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung führen. Im Übrigen setzt sich Ihr Amt damit in Widerspruch zur eigenen geübten Praxis bei der Betreuung der Kinder von Erzieherinnen in Kita, denen grundsätzlich angeraten wird ihre Kinder nicht selbst in der Einrichtung (Kindeswohl) zu betreuen.

zu 2.3 und 2.4 siehe Anmerkungen unter 2.1.

zu 2.6

Die Elternmitwirkung ist gesetzlich geregelt gem. § 19 Abs. 5 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 Satz 2 KiFöG , soweit die Tagespflege anstelle der Betreuung in einer Tageseinrichtung nach § 3 Abs. 4 Satz 2 KiFöG angeboten wird. Eine Sachentscheidung hierzu kann nicht durch Sachbearbeiter des Jugendamtes getroffen werden, insofern erübrigt sich hierzu eine Regelung in der Richtlinie. Ich empfehle diesen Punkt aus der Richtlinie herauszunehmen.

zu 3.- 8.

Diese Regelungen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

zu 9. – 10. siehe Anmerkungen unter 2.1.

Die Anlagen 1 und 2 der Richtlinie sind rechtlich nicht zu beanstanden.
Für Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

I.A.

Fröhlich