

Tagespflege und Festanstellung: Rechtliche Aspekte (Rechtstand: 1.1.2014)

Autor: Dr. Simon Burger

I. Gesetzliche Konzeption:

Die Tagespflege als besonders familiennahe und flexible Betreuungsform erfolgt traditionell überwiegend auf selbständiger Basis; noch sind also die meisten Tagespflegepersonen freiberuflich tätig. Allerdings werden regional schon seit einiger Zeit auch Feststellungsmodelle erprobt und erfolgreich durchgeführt. Spätestens seit der Bund das „Aktionsprogramm Kindertagespflege – Förderung von Feststellungsmodellen“ ins Leben gerufen hat und dabei unter anderem unter bestimmten Bedingungen maximal 50% der Personalausgaben für längstens ein Jahr fördert, dürfte von einer spürbaren Zunahme festangestellter Tagespflegepersonen auszugehen sein.

Das Feststellungsmodell wirft jedoch auch einige Fragen zur Durchführung und rechtlichen Behandlung auf. Der Grundkonzeption des § 23 SGB VIII entspricht die Festanstellung der Tagespflegeperson eigentlich nicht: Dort hat der Bundesgesetzgeber unter anderem die Erstattung von Aufwendungen für die Unfallversicherung, die Alterssicherung, die Kranken- und Pflegeversicherung normiert und so deutlich gemacht, dass er grundsätzlich von einer selbständigen Tätigkeit der Tagespflegeperson ausging.

Ausgeschlossen soll die Tagespflege im Angestelltenverhältnis nach dem SGB VIII jedoch keineswegs sein, was nicht erst das neue Aktionsprogramm des Bundes zeigt. Neben das sozialrechtliche Verhältnis, das nach §§ 22, 23 SGB VIII zwischen dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Tagespflegeperson entsteht, kann durchaus ein privatrechtliches Rechtsverhältnis treten, entweder mit dem Jugendhilfeträger selbst oder aber einem Dritten. Darauf deutet auch das SGB VIII hin, da die Tagespflege nach § 22 SGB VIII auch im Haushalt der Eltern stattfinden kann; gerade dann kommt es aber häufig zu der Situation, dass zwischen Eltern und Tagespflegeperson ein Angestelltenverhältnis entsteht. Wie das privatrechtliche Verhältnis aber im Einzelfall rechtlich zu qualifizieren ist, kann eine schwierige Abgrenzungsfrage sein.

Das Festanstellungsmodell weist gegenüber der „herkömmlichen“ selbständigen Tagespflege einige Vorteile auf. Auf der Hand liegt insoweit zunächst der Schutz durch die Sozialversicherungssysteme im Falle eines Angestelltenverhältnisses. Denn obwohl § 23 SGB VIII auch für die selbständige Tagespflegeperson teilweise eine Versicherungspflicht sowie Zuschüsse zu den Beiträgen vorsieht, geht die umfassende und durch den Arbeitgeber abgewickelte Einbindung in das System der Sozialversicherung darüber noch deutlich hinaus. Daneben kommen der angestellten Tagespflegeperson die weiteren Vorteile der abhängigen Beschäftigung zugute, wie etwa der Kündigungsschutz, die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, der gesetzliche Anspruch auf Erholungsurlaub oder ein verlässliches Einkommen. Nur diejenige Tagespflegeperson wird sich freiwillig gegen eine Festanstellung und für die Selbständigkeit entscheiden, der es auf die eigene Flexibilität ankommt und der an einer vertraglichen Bindung gerade nicht gelegen ist. Allerdings kommt der Kündigungsschutz wie das Arbeitsrecht insgesamt in erster Linie dem Arbeitnehmer zugute und werden Ersatzansprüche des Arbeitgebers (wegen einer nicht fristgerechten Beendigung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer) in der Praxis eher selten durchgesetzt. Außerdem unterliegt auch die selbständige Tagespflegeperson – anders als andere Freiberufler – dadurch gewissen Bindungen, dass stets das Kindeswohl gewährleistet sein muss und auch die Pflegeerlaubnis grundsätzlich auf längere Zeit angelegt ist, weshalb ein Ein- und Aussteigen aus der Tätigkeit regelmäßig nicht in Betracht kommt. Ein spürbarer Verlust an Flexibilität dürfte mit der Tätigkeit als angestellte Tagespflegeperson in der Praxis also eher nicht verbunden sein.

Doch nicht nur die Tagespflegeperson profitiert von den Vorteilen der abhängigen Beschäftigung, auch den Eltern und den Kommunen kommt die stabile und strukturell ausgereifere Organisation des Festanstellungsmodells zugute: Zu nennen ist hier die Orientierung an einer geregelten (Wochen-)Arbeitszeit und nicht am (täglichen) Betreuungsbedarf im Einzelfall, die Vorhaltung von Reserven und zuverlässige Abdeckung der Betreuungsbedarfe sowie verbindlichere Arbeitsbedingungen und -konditionen auf allen Seiten. Hinzu kommt, dass die abhängig durchgeführte Tätigkeit durch das Arbeitsrecht stärker normativ erfasst und reguliert wird, was einerseits zu mehr Rechtssicherheit und klareren Standards im Vergleich zur selbständigen Tagespflege führt, andererseits aber auch eigene Fragen aufwerfen kann (z.B. im Bereich des Arbeitszeitrechts – Pausenregelungen).

Klar ist aber auch, dass das Festanstellungsmodell – sollte es sich bewähren und flächendeckend durchsetzen – die Tagespflege näher an die institutionelle Kinderbetreuung (mit ihren eigenen Anforderungen an Personal, Qualifikation sowie Durchführung der Betreuung) heranrücken lässt, wodurch weitere Abgrenzungsfragen aufgeworfen werden könnten. Langfristig wäre in diesem Fall wohl eine systematische Neukonzeptionierung durch den Bundesgesetzgeber erforderlich.

II. Abgrenzung selbständige und angestellte Tagespflegepersonen

Das Arbeitsrecht unterscheidet zwischen Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen und Selbständigen. Die Arbeitnehmer, für die die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts gelten, kennzeichnet vor allem die persönliche Abhängigkeit. Die Selbständigen werden insoweit als nicht schutzbedürftig angesehen; sie werden daher nur durch die allgemeinen zivilrechtlichen Schutzvorschriften erfasst (Verbotsgesetze, § 134 BGB; Sittenwidrigkeit und Wucher, § 138 BGB; Treu und Glauben, § 242 BGB; allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 311 ff. BGB). Zwischen diesen beiden Kategorien stehen die arbeitnehmerähnlichen Personen. Sie erfüllen nicht alle Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft, können aber jedenfalls in bestimmten Zusammenhängen aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit als ebenso schutzbedürftig angesehen werden.

Ob die Tätigkeit einer Tagespflegeperson rechtlich als selbständig oder als angestellt zu beurteilen ist, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. In vielen Fällen wird die Abgrenzung zwischen beiden Möglichkeiten keine Schwierigkeiten aufwerfen, entweder weil sich die beteiligten Parteien sehr eng am Modell der selbständigen Tagespflegeperson nach § 23 SGB VIII orientieren und keine Anhaltspunkte für eine Anstellung setzen, oder weil sie bewusst von einem Arbeitsverhältnis ausgehen und dies im Rahmen der Vertragsgestaltung explizit berücksichtigen. In der Praxis existiert jedoch eine große Bandbreite, wie die Tagespflege konkret organisiert und ausgestaltet wird. Die unterschiedlichen Varianten bei der Durchführung der Tagespflege können auch Auswirkungen auf die rechtliche Einordnung der Tagespflegeperson als selbständig oder angestellt haben, zumal die Grenzen zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung häufig fließend verlaufen. Nicht entscheidend ist dabei die Zuordnung durch die Vertragsparteien: Als „Scheinselbständiger“ wird bezeichnet, wer nach außen als Selbständiger auftritt, obwohl er rechtlich als abhängig

Beschäftigter zu qualifizieren ist. „Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben“ (BAG v. 15.2.2012 – 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731). In solchen Fällen kann es notwendig werden, die Einordnung der Tagespflegeperson als selbständig oder angestellt rechtlich nachzuprüfen.

Der Begriff des Arbeitnehmers wird in zahlreichen Gesetzen vorausgesetzt, ist aber nicht eigens gesetzlich definiert. Verkompliziert wird die Lage dadurch, dass der Arbeitnehmerbegriff nicht zwingend einheitlich zu verstehen ist, sondern je nach Rechtsgebiet – Arbeitsrecht, Sozialrecht, Steuerrecht – unterschiedlich gefasst sein kann. Nach der Rechtsprechung ist der Arbeitnehmerstatus einer Person anhand bestimmter Kriterien im Einzelfall zu bestimmen. Diese Kriterien sind typologisch, das heißt, sie müssen nicht zwingend sämtlich erfüllt sein.

1. Arbeitnehmereigenschaft: Kriterien

Ausgangspunkt bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft der Tagespflegeperson ist die folgende Feststellung des Bundesarbeitsgerichts: „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. (...) Wesen des Arbeitsverhältnisses ist der Austausch von Arbeit und Lohn“ (st. Rspr., s. etwa BAG v. 29.8.2012, 10 AZR 499/11). Aufbauend auf dieser Grundformel lassen sich verschiedene Kriterien entwickeln.

a) Privatrechtlicher Vertrag

Die Tagespflegeperson muss zunächst aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags tätig werden. An diesem Merkmal fehlt es, wenn die Kinderbetreuung (etwa unter Nachbarn) als bloße Gefälligkeit und ohne Rechtsbindungswillen durchgeführt wird. Der Begriff der Tagespflege setzt allerdings schon voraus, dass die Betreuung nicht aufgrund einer persönlichen Nähebeziehung, sondern als Dienstleistung und damit rechtsverbindlich durchgeführt wird (dies zeigt sich etwa daran, dass nach Art. 20 Nr. 4 BayKiBiG Fördervoraussetzung für die Tagespflege ist, dass Tagespflegeperson und betreutes Kind nicht verwandt und nicht verschwägert sind; s. zudem auch § 44 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII im Bereich der Vollzeitpflege). Das führt dazu, dass mit der Tagespflegeperson stets auch ein

Betreuungsvertrag geschlossen wird, gleich ob ausdrücklich vereinbart oder – mangels schriftlicher Regelung – stillschweigend.

Das Merkmal des privatrechtlichen Vertrags ist damit unzweifelhaft dann erfüllt, wenn die Tagespflege rein privat organisiert und nicht öffentlich finanziert wird. Wird für die Tagespflege dagegen die öffentliche Förderung nach § 23 SGB VIII in Anspruch genommen, entsteht hierdurch ein *öffentlich-rechtliches* Pflichtenverhältnis zwischen Tagespflegeperson und Jugendamt, aufgrund dessen unter anderem die laufende Geldleistung als *Sozialleistung* gezahlt wird. Teilweise wird deshalb bezweifelt, ob mit der Tagespflegeperson überhaupt ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis abgeschlossen werden könne (GK-SGB VIII/*Gerstein*, § 23 Rn. 12). Verwiesen wird auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, nach der über öffentlich-rechtliche Pflichten nicht „paktiert“ werden dürfe (BSG v. 20.10.1960, BSGE 13, 130). Außerdem sei die Tätigkeit der Tagespflegeperson de facto in erster Linie durch die öffentliche Sozialleistung nach § 23 SGB VIII finanziert. Zusätzliche private Zahlungen an die Tagespflegeperson (insbesondere der Eltern) würden demgegenüber in den Hintergrund treten. In diese Richtung geht auch eine Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG v. 16.9.1999 B 7 AL 80/98 R, ZfS 1999 S. 337), nach der die Tätigkeit als Tagespflegeperson Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung nicht entgegensteht, wenn weder Weisungsgebundenheit gegenüber den Eltern noch Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.

Danach würden also die sozialrechtlichen Beziehungen nach dem SGB VIII einer privatrechtlichen Vereinbarung entgegenstehen bzw. die Tagespflege eine Tätigkeit „eigener Art“ neben selbständiger und abhängiger Beschäftigung darstellen. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. Im Wege der vertraglichen Ausgestaltung kann gewährleistet werden, dass das privatrechtliche Verhältnis zwischen Tagespflegeperson und Arbeitgeber nicht in das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Tagespflegeperson und Jugendamt nach § 23 SGB VIII eingreift, sondern auf dieses aufbaut und damit neben dieses tritt. Rechte und Pflichten des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe sowie der Tagespflegeperson bestimmen sich daher weiterhin allein nach dem SGB VIII. Demnach bedeutet ein privatrechtlicher (Arbeits-)Vertrag über die Tagespflege lediglich ein *Mehr* an rechtlicher Organisationsform auf Seiten der Tagespflegeperson, entweder indem einem der anderen Beteiligten (Jugendamt oder Eltern) *zusätzliche privatrechtliche Pflichten* auferlegt werden,

oder indem eine *zusätzliche Partei* (sonstiger Arbeitgeber) auftritt, über die bestimmte Aspekte der Betreuungstätigkeit abgewickelt werden. Festzuhalten bleibt damit, dass das Sozialleistungsverhältnis nach dem SGB VIII einem privatrechtlichen Vertrag mit der Tagespflegeperson nicht entgegensteht. Voraussetzung ist jedoch, dass der privatrechtliche Vertrag die öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten aus dem SGB VIII unberührt lässt (zur Vertragsgestaltung siehe unten).

b) Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt

Damit die Tagespflegeperson als abhängig Beschäftigte anzusehen ist, muss ihrer Betreuungstätigkeit ein Arbeitsentgelt gegenüberstehen. Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, der auf den Austausch von Arbeit und Lohn gerichtet ist (vgl. BAG v. 29.8.2012, 10 AZR 499/11, wonach eine unentgeltliche ehrenamtliche Tätigkeit kein Arbeitsverhältnis begründet). Ob die Tagespflegeperson demnach ein Arbeitsentgelt erhält, könnte man erneut angesichts des Sozialleistungsverhältnisses nach § 23 SGB VIII bezweifeln – schließlich soll die laufende Geldleistung nach § 23 Abs. 2 SGB VIII den Sachaufwand, nachgewiesene Aufwendungen für Versicherungen sowie einen leistungsgerechten Betrag zur Anerkennung der Förderungsleistung abdecken. All diese Posten sind gewöhnlich auch Gegenstand des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses, indem der Arbeitgeber die Betriebsmittel stellt, während der Arbeitnehmer sozialversichert ist und den Arbeitslohn als „Gewinn“ erhält. Auch insoweit könnte man also eine arbeitsvertragliche Vereinbarung als unzulässigen „Pakt über öffentlich-rechtliche Sozialleistungen“ ansehen (vgl. GK-SGB VIII/Gerstein, § 23 Rn. 12).

Allerdings gilt hier ebenso, dass – eine entsprechende vertragliche Ausgestaltung vorausgesetzt – das private Arbeitsentgelt nicht in die Sozialleistung nach § 23 SGB VIII *eingreift*, sondern auf diese aufbaut bzw. diese ausbaut. § 23 SGB VIII ist zu entnehmen, dass für die Betreuungsleistung der Tagespflegeperson bestimmte Vergütungsbestandteile fließen müssen, nicht dagegen *wie* mit diesen Geldern zu verfahren ist. Zahlt also ein Arbeitgeber der Tagespflegeperson ein pauschales Arbeitsentgelt und tritt die Tagespflegeperson ihren Anspruch auf die laufende Geldleistung nach § 23 SGB VIII an den Arbeitgeber ab, ist es unerheblich, dass *faktisch* wenigstens ein Teil des Arbeitsentgelts aus der Kasse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe stammt. Dass sich ein privater Arbeitgeber über Mittel der öffentlichen Hand refinanziert, ist per se nichts Ungewöhnliches,

wie etwa der Vergleich mit im Krankenhaus angestellten Ärzten einerseits sowie niedergelassenen Medizinerinnen andererseits zeigt.

Voraussetzung muss dann aber auch sein, dass das monatliche Arbeitsentgelt nicht geringer ist als die laufende Geldleistung, die der Tagespflegeperson nach § 23 SGB VIII zusteht und die sie an den Arbeitgeber abtritt (ggf. ohne Berücksichtigung des Sachaufwandsanteils, soweit diesen allein der Arbeitgeber trägt). Anderenfalls würde die privatrechtliche Vereinbarung in die öffentlich-rechtliche Sozialleistungsverpflichtung eingreifen. Unberücksichtigt muss insoweit auch bleiben, dass der Netto-Verdienst der angestellten Tagespflegeperson – vereinfacht formuliert – „mehr wert ist“ als der Netto-Gewinn der selbständigen Tagespflegeperson, weil nur ersterer ein verlässliches und dauerhaftes Einkommen mit sozialer Absicherung darstellt. Die Höhe der laufenden Geldleistung, die die Tagespflegeperson an den Arbeitgeber abtritt, darf also nicht höher sein als das Arbeitsentgelt.

Das Arbeitsentgelt des abhängig Beschäftigten ist grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, dass es pauschal gezahlt wird, das heißt unabhängig vom tatsächlichen Arbeitsanfall. Das Risiko für eine mangelnde Auslastung des Arbeitnehmers trägt nach dem Grundsatz des § 615 BGB der Arbeitgeber. Bei der Bestimmung des Status einer Tagespflegeperson kann also ein Kriterium sein, ob sie allein nach Kinderzahl und Betreuungsdauer oder davon unabhängig bezahlt wird. Allein entscheidend ist dies freilich nicht (wie der Fall der Scheinselbständigkeit zeigt), zumal es auch Mischformen gibt, etwa eine fixe Vergütung neben variablen Bestandteilen je nach Betreuungsanfall. Ähnliches gilt für die Gewährung von bezahltem Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall: Dies *kann* ein Indiz für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sein; in erster Linie ist es jedoch *Folge* einer bestehenden Arbeitnehmereigenschaft, weshalb sein Fehlen keine entscheidenden Schlüsse zulässt.

c) Weisungsrecht

Ein weiteres Abgrenzungsmerkmal zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung ist nach der Rechtsprechung das „Weisungsrecht (über) Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit“ sowie die Frage, ob der Mitarbeiter „im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“ (BAG v. 29.8.2012, 10 AZR 499/11). Zweifel

am Vorliegen der Weisungsabhängigkeit könnte man gerade bei der Tätigkeit der Tagespflege haben, jedenfalls im Verhältnis zu den Eltern. Die Bildung und Betreuung von Kindern kann nie abstrakt und in allen Einzelheiten vorgegeben werden; im Gegenteil ist stets erforderlich, dass die Betreuungsperson individuell und situationsbezogen auf die Kinder eingeht, also eigenverantwortlich handelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stehen „Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachliche Selbständigkeit“ der Arbeitnehmereigenschaft aber nicht von vornherein entgegen (BAG v. 26.5.1999, NZA-RR 2007, 424). Als ausreichend für die notwendige Weisungsabhängigkeit wird man es im Fall der Tagespflegeperson also ansehen können, wenn der Arbeitgeber die Details der organisatorischen Durchführung der Betreuung bestimmt (Ort, zeitliche Dauer und Lage). Dass der Auftraggeber hingegen die pädagogische Ausgestaltung der Betreuung und konkrete inhaltliche Aspekte nicht vorgibt, sondern sie der Tagespflegeperson überlässt, macht letztere nicht weisungsunabhängig.

Deshalb darf in dieser Hinsicht auch die Rolle des Jugendamts nicht überbewertet werden. Zwar vermitteln die §§ 22, 23 SGB VIII dem Jugendamt durchaus nicht unerhebliche Einflussnahmemöglichkeiten, angefangen mit der Vermittlung des Kindes (§ 23 Abs. 1 SGB VIII) und der Erteilung der Pflegeerlaubnis nach Prüfung der einschlägigen Voraussetzungen (§ 43 SGB VIII), über die laufende Beratung, Begleitung und Qualifizierung bis hin zu einem möglichen Entzug der Pflegeerlaubnis. All dies betrifft aber öffentlich-rechtliche Mindeststandards, die an die Kinderbetreuung in Tagespflege generell angelegt werden, also auch an die rein privat organisierte und finanzierte Betreuung (vgl. § 43 SGB VIII). Ebenso wenig wie beispielsweise bei Ärzten Approbation, medizinrechtliche und sozialrechtliche Vorgaben oder die Überprüfung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung Einfluss auf die privatrechtliche Frage des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts haben, ist dies bei den speziellen Rechten des Jugendamts der Fall. Die aufsichtlichen Befugnisse des Jugendamts sprechen daher grundsätzlich weder *gegen* ein Weisungsrecht dritter Stellen (Eltern oder freier Träger) noch *für* ein arbeitsvertragliches Direktionsrecht des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe selbst. Entscheidend ist vielmehr, wie – aufbauend auf den Mindeststandards des SGB VIII – die Kinderbetreuung in Tagespflege konkret ausgestaltet wird und wer hierauf Einfluss nehmen kann.

d) Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation

Die Frage der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation dürfte bei der Statusbestimmung der Tagespflegeperson eine nicht unerhebliche Rolle spielen: § 22 Abs. 1 Satz 2 und 4 SGB VIII stellen die möglichen Orte – im Haushalt der Tagespflegeperson, im Haushalt der Eltern, in anderen geeigneten Räumlichkeiten (insbesondere eines Trägers) – grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander. Weil die Tagespflege besondere Betriebsmittel regelmäßig nicht erfordert und damit prinzipiell in jeder, gewissen Mindeststandards genügenden Wohnung durchgeführt werden kann, sind die Beteiligten in ihrer Entscheidung für einen bestimmten Ort weitgehend frei. Deshalb wird man diese Entscheidung – auch wenn natürlich praktische Erwägungen eine Rolle spielen – grundsätzlich als bewusst ansehen können und damit als Indiz für den jeweiligen Parteiwillen. Jedenfalls dann, wenn sich die Beteiligten für die Wohnung der Eltern oder eigens dafür zur Verfügung gestellte Räumlichkeiten (beispielsweise einer Großtagespflegestelle) entscheiden, kann dies dafür sprechen, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Andererseits kann von der Betreuung im Haushalt der Tagespflegeperson nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass diese in ihrer eigenen, unabhängigen Arbeitsorganisation agiert. So hat das Bundessozialgericht für die Tagespflege entschieden, dass „ein Arbeiten im eigenen räumlichen Umfeld zumindest in Ausnahmefällen“ ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründen kann (BSG v. 17.2.1998 – B 2U 3/97 R; NJW 1998, 3141). Zur Begründung stellt das Gericht gerade darauf ab, dass sich der Charakter der Tagespflege dadurch nicht entscheidend ändert, in welchen Räumlichkeiten sie stattfindet.

Außerdem betreute die Tagespflegeperson im entschiedenen Fall nur Kinder *eines* Auftraggebers, also nicht verschiedener Eltern. Dies ist jedoch seinerseits ein wesentliches Kriterium für die Abhängigkeit der Tagespflegeperson und damit die Arbeitnehmereigenschaft: Das Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer seine ganze Arbeitskraft der anderen Vertragspartei zur Verfügung stellt. Gegen die Arbeitnehmereigenschaft der Tagespflegeperson spricht es daher, wenn diese weiterhin am Marktgeschehen teilnimmt, also nach eigenem Ermessen darüber befindet, wie viele Kinder welcher Eltern sie aufnimmt. Geht es darum, ob ein Arbeitsverhältnis mit den Eltern besteht, ist demnach entscheidend, ob die Tagespflegeperson auch noch Kinder anderer Elternpaare betreut. Bei der Frage eines

abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zu einem freien Träger oder zum Jugendamt ist dagegen maßgeblich, wer nach außen gegenüber den Eltern als Anbieter der Betreuungsdienstleistung auftritt. Nicht relevant für die Arbeitnehmereigenschaft ist es dagegen, ob die Tagespflegeperson für mehrere Auftraggeber (nacheinander) in Teilzeit bzw. als Nebenbeschäftigung tätig wird.

2. Arbeitnehmerähnliche Personen

Die arbeitnehmerähnliche Person steht in ihrer rechtlichen Einordnung zwischen dem abhängig Beschäftigten und dem Selbständigen. Eine Legaldefinition enthält § 12a TVG: Danach handelt es sich um „Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind“. Entscheidend ist damit die *wirtschaftliche* im Gegensatz zur *persönlichen* Abhängigkeit. Während also Kriterien wie die Weisungsabhängigkeit oder die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation nicht vorliegen müssen, kommt es maßgeblich auf das gezahlte Entgelt und seine Bedeutung für die Tagespflegeperson an. Bestreitet die Tagespflegeperson daraus ihren wesentlichen Lebensunterhalt, ist sie als wirtschaftlich abhängig anzusehen. Sozial schutzbedürftig ist eine Person in der Regel dann, wenn sie aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags überwiegend für einen Auftraggeber tätig ist und die geschuldete Leistung persönlich und im Wesentlichen ohne die Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringt. Die persönliche Erfüllung der Betreuungsleistung ohne weitere Mitarbeiter ist dabei gerade Wesen der Tagespflege und wird in aller Regel vorliegen. Die übrigen Merkmale sind im Einzelfall zu prüfen (dazu unten IV.).

3. Möglichkeit der (Status-)Feststellung und Beispiele

Der Status einer Tagespflegeperson als abhängig Beschäftigte oder als selbständig Tätige kann durch die Rentenversicherung verbindlich festgestellt werden (§ 7a SGB IV). Das Statusfeststellungsverfahren kann sowohl durch die Tagespflegeperson als auch durch den möglichen Arbeitgeber eingeleitet werden, wenn Zweifel am sozialversicherungsrechtlichen Status bestehen. Nähere Informationen: www.deutsche-rentenversicherung.de.

III. Arten abhängiger Beschäftigung bei Tagespflegepersonen

Als mögliche Arbeitgeber einer angestellten Tagespflegeperson (oder aber als Auftraggeber einer arbeitnehmerähnlichen Tagespflegeperson) kommen zunächst die beiden übrigen Beteiligten in Betracht, die in der Grundkonzeption des SGB VIII vorgesehen sind, nämlich

der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sowie die Eltern. Näher liegt indes die abhängige Beschäftigung der Tagespflegeperson durch einen freien oder sonstigen Jugendhilfeträger; diese Variante soll daher zuerst behandelt werden.

1. Anstellung bei einem freien Träger

Vergleichsweise einfach zu beurteilen ist die Anstellung der Tagespflegeperson durch einen freien oder sonstigen Jugendhilfeträger. Nach diesem Modell, das auch dem „Aktionsprogramm Kindertagespflege“ des Bundes zugrunde liegt, schließt ein rechtlich selbstständiger Träger einen Arbeitsvertrag mit der Tagespflegeperson, wobei sich der Träger zur Zahlung eines festen Gehalts verpflichtet und die organisatorischen und räumlichen Rahmenbedingungen für die Betreuung bereitstellt, während die Tagespflegeperson die Betreuung bestimmter Kinder zu vorgegebenen Zeiten und nach den Vorgaben des Trägers verspricht. Die klassischen Kriterien des Arbeitnehmerstatus sind damit erfüllt. Auch der Umstand, dass die Tagespflegeperson nicht nur ein Arbeitsentgelt durch den Träger erhält, sondern gleichzeitig einen sozialrechtlichen Anspruch nach dem SGB VIII auf die laufende Geldleistung hat, steht ihrer Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich nicht entgegen (s. bereits oben).

Denkbar ist es grundsätzlich auch, dass sich mehrere Tagespflegepersonen zu einer Großtagespflegestelle zusammenschließen (vgl. § 23 Abs. 4 Satz 3 SGB VIII), wobei die Tagespflegepersonen nicht gleichberechtigt tätig werden (als Gesellschaft bürgerlichen Rechts), sondern eine Tagespflegeperson als selbständiger Arbeitgeber auftritt und als solcher die andere(n) Tagespflegeperson(en) anstellt (andere Ansicht allerdings das VG Stuttgart v. 5.11.2014, 7 K 459/13, das eine Organisationsstruktur der Tagespflegepersonen untereinander mit Leitungsfunktion und Angestelltenverhältnissen ausschließt, so wie dies im Streitfall in einer „Rahmenkonzeption Großtagespflege“ des örtlichen Jugendamts vorgesehen war). Zum oben dargestellten Modell des freien Trägers ergeben sich dann grundsätzlich keine Unterschiede.

2. Anstellung beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe

Nach dem „Grundfall“ der §§ 22, 23 SGB VIII entsteht zwischen dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Tagespflegeperson kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis: Es fehlt an einem privatrechtlichen Vertrag; die laufende Geldleistung ist eine Sozialleistung und kein Arbeitsentgelt; ein echtes Weisungsrecht

kommt dem Jugendamt nicht zu (s.o.); und schließlich ist die Tagespflegeperson nicht in die Arbeitsorganisation des Jugendamts eingegliedert.

Denkbar ist allerdings, dass die Tagespflegeperson im Verhältnis zum Jugendamt den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person innehat. Sie ist regelmäßig wirtschaftlich von der laufenden Geldleistung abhängig; außerdem ist sie grundsätzlich nur für einen Auftraggeber (fasst man darunter nur das Jugendamt und nicht die Eltern) tätig. Allerdings wird die Tagespflegeperson für das Jugendamt nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags tätig, sondern nach den §§ 22, 23 SGB VIII in Verbindung mit der Pflegeerlaubnis. Deshalb müssen weitere Indizien für eine arbeitnehmerähnliche Stellung vorliegen, die über das „Grundmodell“ der §§ 22, 23 SGB VIII hinausgehen.

Ebenso wie ein freier oder sonstiger Träger kann allerdings auch der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe explizit als Arbeitgeber auftreten, wie es auch das „Aktionsprogramm Kindertagespflege“ des Bundes vorsieht. Weil aber das SGB VIII eine normativ festgelegte Rolle für den öffentlichen Jugendhilfeträger vorsieht, ist Voraussetzung für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, dass man sich von diesem „Grundmodell“ löst. Erforderlich ist also, dass das Jugendamt eine eigene Arbeitsorganisation für die Erbringung der Betreuungsleistung selbst (und nicht nur die Vermittlung sowie die Rahmenbedingungen) bereitstellt und die Tagespflegeperson in diese Struktur integriert wird. De facto muss also der Träger der öffentlichen Jugendhilfe – für den Bereich der Tagespflege bislang eher unüblich – wie ein freier Träger auftreten. Das gilt auch für das Arbeitsentgelt, das pauschal und nicht abhängig von der Kinderzahl und dem Umfang der Betreuung zu erbringen ist, wie es bei der laufenden Geldleistung in der Praxis bisher häufig der Fall ist (obwohl sich pauschale laufende Geldleistung und Selbständigkeit nicht ausschließen; dazu sogleich). In dieser Form erfüllt die Zahlung an die Tagespflegeperson eine Doppelfunktion aus öffentlicher Sozialleistung und privatrechtlichem Arbeitsentgelt. Tatsächlich erspart die Doppelrolle des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe lediglich die Verrechnung bzw. Abtretung der laufenden Geldleistung.

Denkbar ist es allerdings grundsätzlich auch (wenngleich praktisch eher die Ausnahme), dass die Tagespflegeperson in ihren eigenen Räumlichkeiten arbeitet und trotzdem beim örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe angestellt ist. Weil die Tagespflegeperson aber

dann nicht (wenigstens nicht örtlich) in die Arbeitsorganisation des Jugendamts eingegliedert ist, müssen die übrigen Kriterien der Arbeitnehmereigenschaft eindeutig erfüllt sein, also ein Vertrag mit einem pauschalen Arbeitsentgelt für die Tagespflegeperson und einem echten Direktionsrecht des Jugendamts. Diese Kriterien erfüllen gängige Vereinbarungen zwischen Jugendamt und Tagespflegeperson in aller Regel nicht, weil nur die laufende Geldleistung nach dem SGB VIII gezahlt wird und sich die Rolle des Jugendamts auf die Vermittlung und Aufsicht beschränkt (s.o.). Deshalb dürfte es praktisch die absolute Ausnahme sein, dass Jugendamt und Tagespflegeperson „aus Versehen“ ein Arbeitsverhältnis eingehen, ohne dies zu wollen. Vielmehr müssten tatsächlich Vereinbarungen getroffen werden, die über die Grundkonzeption des § 23 SGB VIII hinausgehen und die Arbeitnehmereigenschaft der Tagespflegeperson begründen.

Im Übrigen ist es so, dass einzelne Kriterien, die üblicherweise für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen, im Zusammenhang mit der Tagespflege nach § 23 SGB VIII gerade gewollt sind. Weil aber § 23 SGB VIII als Grundmodell die selbständige Tagespflege zugrunde liegt, können diese Kriterien hier gerade nicht als Argument für ein Anstellungsverhältnis herangezogen werden. Das gilt beispielsweise für Modalitäten der Bezahlung: Vieles spricht dafür, dass es einer „leistungsgerechten“ Vergütung der Tagespflegeleistung im Sinne von § 23 Abs. 2a SGB VIII ebenso entspricht, wenn das Tagespflegeentgelt in einem gewissen Umfang pauschal gezahlt wird, also etwa auch bei vorübergehender Abwesenheit der Kinder oder der Tagespflegeperson, etwa im Urlaubs- oder Krankheitsfall (als Alternative dazu, in solchen Zeiten keine laufende Geldleistung zu erbringen und diese stattdessen im Vorhinein um einen zusätzlichen Aufschlag zu erhöhen). Motiv des Gesetzgebers bei den vergangenen Änderungen des § 23 SGB VIII war es schließlich auch, die Tagespflege gerade im Hinblick auf die Vergütung für die Tagespflegepersonen attraktiver zu machen. Entscheidet sich der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe für eine Ausgestaltung der laufenden Geldleistung in dieser die Tagespflegeperson begünstigenden Weise, kann ihm das – weil er in der Tendenz gerade im Einklang mit § 23 SGB VIII handelt – grundsätzlich nicht als Indiz für ein Anstellungsverhältnis entgegengehalten werden. Gleiches gilt z.B. für die Tatsache, dass das Jugendamt nach § 23 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII die Ersatzbetreuung sicherzustellen hat: Kennzeichnend für den Arbeitnehmer ist es im Allgemeinen, dass er die Arbeitsleistung persönlich zu erbringen hat

und nicht selbst für Ersatz bzw. eine Vertretung sorgen muss. Der Umstand, dass dies bei der Tagespflege ebenso gehandhabt wird, kann dann aber – weil es das Gesetz verlangt – hier gerade nicht gegen eine selbständige Stellung der Tagespflegeperson und für die Arbeitnehmereigenschaft sprechen. Der entscheidende Aspekt, wenn es um die Beurteilung einer möglichen Arbeitgeberstellung des Jugendamts geht, wird daher im Wesentlichen die konkrete Durchführung der Betreuung sein, also die Entscheidung über die Aufnahme neuer Kinder, das konkrete Betreuungskonzept, die angebotenen Betreuungszeiten usw. Bleiben diese der Tagespflegeperson überlassen, ist in aller Regel nicht von einer Scheinselbständigkeit auszugehen, auch wenn die Geldleistung etwa pauschal und auch für Urlaubszeiten erfolgt.

3. Anstellung bei den Eltern

Der privatrechtliche Betreuungsvertrag zwischen Tagespflegeperson und Eltern ist in seiner rechtlichen Qualifikation offen. Nach dem Grundmodell der §§ 22, 23 SGB VIII – Vermittlung/Zahlungsflüsse usw. – handelt es sich allerdings bereits um keinen gegenseitigen Austauschvertrag, sodass ein Arbeitsvertrag von vornherein fernliegt. Ob die Tagespflegeperson die Betreuungsleistung allein dem Jugendamt oder auch (unmittelbar) den Eltern schuldet, kann dabei dahinstehen: Jedenfalls kann der Elternbeitrag und seine (teilweise) Auszahlung „übers Eck“ an die Tagespflegeperson in Form der laufenden Geldleistung nach § 23 SGB VIII nur schwerlich als echtes Arbeitsentgelt bezeichnet werden. Es handelt sich vielmehr um eine öffentlich-rechtliche Kostenbeteiligung gegenüber dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die ein Arbeitsverhältnis nicht begründet. Das zeigt schließlich auch folgende Überlegung: Die Arbeitnehmereigenschaft der Tagespflegeperson kann nicht davon abhängen, ob die Eltern nach § 90 Abs. 2 SGB VIII vom Elternbeitrag befreit werden oder nicht. Nichts anderes kann gelten, wenn die Tagespflegeperson „private Zuzahlungen“ wie Essensgeld, Bastelgeld oder ähnliches verlangt (vgl. VG Frankfurt/Main v. 4.3.2013, 7 K 1299/11.F zu Zahlungen durch die Eltern). Auch insoweit handelt es sich um eine reine Sachkostenbeteiligung bzw. einen Defizitausgleich, der keine originäre Gegenleistung für die Kinderbetreuung darstellt. Außerdem haben die Eltern kein echtes Weisungsrecht gegenüber der Tagespflegeperson, jedenfalls dann, wenn die Betreuung in den Räumlichkeiten der Tagespflegeperson oder in anderen geeigneten Räumlichkeiten außerhalb des Elternhauses der betreuten Kinder stattfindet. Auch wenn die Betreuung stets der engen Abstimmung mit dem Kind sowie den Eltern bedarf, muss die

Durchführung der Betreuung gerade bei Kindern mehrerer Eltern auch praktischen Erwägungen folgen kann und die Berücksichtigung spezieller Elternwünsche nur im Einzelfall erfolgen.

Ein echtes Arbeitsverhältnis zu den Eltern kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Tagespflegeperson *nur* deren Kinder (insbesondere im Haushalt der Eltern) und nicht auch die Kinder anderer Eltern betreut (Kriterium: Tätigkeit im Wesentlichen für einen Arbeitgeber). In dieser Form wird die Kinderbetreuung häufig rein privat organisiert (und bezahlt) erfolgen; sie kann aber auch dann nach den §§ 22, 23 SGB VIII öffentlich gefördert werden (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII – „im Haushalt der Personensorgeberechtigten“).

In diesen Fällen werden die Eltern in der Regel auch einen größeren Einfluss auf Art und Weise der Betreuung, Dauer, zeitliche Lage usw. haben, sodass ein Weisungsrecht gegenüber der Tagespflegeperson angenommen werden kann. Im Übrigen wird sich die Tagespflegeperson kaum mit der laufenden Geldleistung des Jugendamts zufrieden geben (zumal sie in der Regel auch weniger Kinder betreuen wird als es ihre Pflegeerlaubnis zuließe), sondern ein pauschales Entgelt von den Eltern erhalten. Diesem Entgelt kommt dann aber eine andere Funktion zu als bei sonstigen privaten Zuzahlungen: Es dient gerade dazu, die Folgen aus der Betreuung ganz bestimmter Kinder zu vorgegebenen Zeiten und Umständen für die Tagespflegeperson auszugleichen, die keine Kinder anderer Eltern mehr aufnehmen kann. In dieser Form trägt es den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses Rechnung und tritt anstelle der laufenden Geldleistung nach dem SGB VIII, sofern diese durch die Tagespflegeperson an die Eltern abgetreten wird.

IV. Arbeitsrechtliche Aspekte der Festanstellung

1. Grundlagen

Auf die Tätigkeit der angestellten Tagespflegeperson finden grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen für Arbeitnehmer Anwendung. Die Anstellung als Tagespflegeperson ist grundsätzlich als reguläres Arbeitsverhältnis anzusehen. Einschränkungen können sich etwa aus der Zahl der Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber beschäftigt, ergeben (z.B. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG, dazu im Folgenden).

Auch aus der „Familiennähe“ der Betreuungsform der Tagespflege folgt keine generelle rechtliche Privilegierung. Das kann ausnahmsweise anders sein für die Tätigkeit der angestellten Tagespflegeperson im Haushalt der Eltern (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht „für den Arbeitsschutz von Hausangestellten in privaten Haushalten“. Statt der detaillierten Vorgaben des ArbSchG gilt für die Tagespflegeperson im Haushalt der Eltern daher nur die allgemeine Vorschrift des § 618 BGB, welche jedoch sehr unspezifisch gefasst ist.

Für die arbeitnehmerähnlichen Personen ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen nach ihrem Sinn und Zweck greifen. Eine ausdrückliche Berücksichtigung auch der arbeitnehmerähnlichen Personen sieht etwa § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG vor.

a) Arbeitsentgelt (und Grenzen)

Weil sich der privatrechtliche Arbeitsvertrag nicht über die gesetzliche Konzeption des § 23 SGB VIII hinwegsetzen kann, muss das Arbeitsentgelt der Tagespflegeperson mindestens in Höhe des Anspruchs liegen, den sie nach § 23 SGB VIII gegen den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat, und den sie an den Arbeitgeber abtritt (s.o.). Ob diese Untergrenze überhaupt einmal relevant wird, hängt von der Bemessung der laufenden Geldleistung durch das jeweilige Jugendamt ab. Grundsätzlich ausgeschlossen ist damit aber eine „Mischkalkulation“ des Arbeitgebers, bei der sich die Höhe des regelmäßigen Arbeitsentgelts nach der Höhe der laufenden Geldleistung bei einer durchschnittlichen Auslastung der Tagespflegeperson richtet, und nach der etwa in Monaten hoher bzw. voller Auslastung das Arbeitsentgelt niedriger als die laufende Geldleistung läge. Auch wenn die entscheidende Messlatte die „leistungsgerechte“ Vergütung im Sinne des § 23 SGB VIII sein müsste, wird man sich insoweit mangels handhabbarer Kriterien nach der konkreten im Einzelfall ausgezahlten Geldleistung richten müssen.

Zu zahlen ist grundsätzlich eine pauschale Vergütung unabhängig von den tatsächlich angefallenen Betreuungsstunden. Zwar gibt es die Möglichkeit, einen Akkord- oder Prämienlohn anhand konkreter Arbeitsergebnisse zu vereinbaren. Weil jedoch die angestellte Tagespflegeperson, die sich grundsätzlich nicht um „Akquise“ kümmern muss,

keinen Einfluss auf den tatsächlichen Betreuungsanfall hat, scheidet diese Möglichkeit mangels unmittelbaren Bezugs zum eigenen Arbeitsergebnis aus. Denkbar sind allerdings Zuschläge für besondere Leistungen.

Rechtliche Untergrenze ist stets der sog. Lohnwucher (§ 138 Abs. 2 BGB). Dieser liegt dann vor, wenn die Vergütungshöhe in einem auffälligen Missverhältnis zur Arbeitsleistung steht und dies unter Ausnutzung besonderer Umstände wie einer Zwangslage erfolgt. Das sog. Wucherähnliche Rechtsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) setzt solche besonderen Umstände nicht voraus. Die Sittenwidrigkeit der Vergütung ist aber in jedem Fall nicht allein anhand der Entgelthöhe zu beurteilen, sondern anhand des Gesamtzusammenhangs (BAG v. 26.4.2006, NZA 2006, 1354). Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Für einen Lehrer an einer privaten Schule hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine Vergütung von weniger als 75% des Verdiensts eines Lehrers im öffentlichen Dienst sittenwidrig ist. Überträgt man diese Maßstäbe auf die Tagespflegeperson, könnte man hier eine Grenze von 75% der Höhe des Verdienstes nach Entgeltgruppe S2 TVöD-SuE ziehen, wenngleich sich die Tätigkeit einer Kinderpflegerin in Ausbildung und Aufgaben von der einer Tagespflegeperson unterscheidet.

Die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB markiert freilich die absolute Lohnuntergrenze und ist nicht mit einem angemessenen Vergütungsniveau zu verwechseln. Für das „Aktionsprogramm Kindertagespflege – Förderung von Feststellungsmodellen“ verlangt der Bund eine Vergütung mindestens in Höhe der Entgeltgruppe S2 TVöD-SuE. Ist die Vergütungshöhe nicht ausdrücklich vereinbart, gilt § 612 BGB („übliche Vergütung“).

b) Kündigungsschutzrecht

Abhängig beschäftigte Tagespflegepersonen unterfallen als Arbeitnehmer den Bestimmungen des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes.

aa) Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) beschränkt die Möglichkeit der ordentlichen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, das mindestens sechs Monate Bestand hatte, auf sozial gerechtfertigte Kündigungen. Es findet jedoch grundsätzlich keine Anwendung auf sogenannte Kleinbetriebe, die in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen (Teilzeitkräfte sind anteilig zu berücksichtigen), § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG. Ein Betrieb im Sinne des KSchG ist eine „organisatorische Einheit (...), innerhalb derer der Arbeitgeber allein

oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“ (BAG v. 28.10.2010, BB 2011, 1339). Als Betrieb ist damit regelmäßig die Großtagespflegestelle anzusehen, in der die angestellten Tagespflegepersonen tätig werden. Aus der Begrenzung auf zehn gleichzeitig anwesende Kinder und 16 Betreuungsverhältnisse folgt, dass die Grenze von zehn Arbeitnehmern bei einer einzelnen GTP nicht erreicht werden kann.

Grundsätzlich ist es möglich, dass eine Großtagespflegestelle als Teilbetrieb eines größeren Betriebes anzusehen ist, etwa bei mehreren Großtagespflegestellen eines Trägers oder der Angliederung der Großtagespflegestelle an eine institutionelle Kindertageseinrichtung. In diesem Fall wären für die Anwendbarkeit des KSchG die Arbeitnehmer der Teilbetriebe zusammenzuzählen und könnte die Grenze von zehn Arbeitnehmern überschritten sein. Betriebsteile können organisatorisch selbständig sein, müssen aber eine Teilfunktion des arbeitstechnischen Zwecks des Hauptbetriebs übernehmen (BAG v. 28.10.2010, BB 2011, 1339). Ob das zutrifft, ist eine Frage des Einzelfalls. Entscheidend ist, ob die Großtagespflege und die weiteren Betriebsteile einheitlich und zentral geleitet werden; auf die räumliche Nähe der einzelnen Betriebsstätten zueinander kommt es dagegen nicht entscheidend an (BAG a.a.O.). In der Praxis dürfte dies im Hinblick auf mehrere Großtagespflegestellen eines Trägers eher die Ausnahme darstellen.

Zu beachten ist schließlich, dass die §§ 4-7 KSchG seit 1.1.2004 unabhängig von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer gelten, also auch für jede angestellte Tagespflegeperson. Deshalb muss die Tagespflegeperson, die sich gegen eine erfolgte Kündigung wehren möchte, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben; anderenfalls wird die Kündigung wirksam (§§ 4 Satz 1, 7 KSchG).

bb) Kündigungsschutz nach dem BGB

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG gelten für die Kündigung der angestellten Tagespflegeperson die allgemeinen Bestimmungen des BGB. Das BGB verhält sich nicht ausdrücklich dazu, wann ein zulässiger Kündigungsgrund vorliegt. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Kündigung im Belieben des Arbeitgebers steht; vielmehr ist die Tagespflegeperson

nach den §§ 138, 242 BGB vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen geschützt (BVerfG v. 27. 1.1998, BVerfGE 97, 169; BAG v. 24.1.2008, NZA-RR 2008, 404). Unwirksam sind deshalb etwa diskriminierende Kündigungen oder solche, die gegen das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB verstoßen, also als Reaktion auf die zulässige Ausübung der Rechte der Tagespflegeperson erfolgen (Beispiel: die Tagespflegeperson weigert sich, eine nicht von der Pflegeerlaubnis gedeckte Zahl von Kindern zu betreuen).

Außerdem ist nur die schriftliche Kündigung wirksam; eine Kündigung etwa per E-Mail ist daher unzulässig (§ 623 BGB).

cc) Kündigungsfristen

Kündigungsfristen für die Beendigung von auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnissen (unabhängig von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer) enthält § 622 BGB. Danach können Arbeitsverhältnisse, die noch keine zwei Jahre bestanden haben, mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden (§ 622 Abs. 1 BGB); dies gilt sowohl für die Kündigung durch den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer. Einzelvertraglich kann diese Kündigungsfrist nur in den Grenzen des § 622 Abs. 5 BGB verkürzt werden, also bei Einstellung der Tagespflegeperson als vorübergehende Aushilfskraft oder bei Kleinbetrieben mit höchstens 20 Vollzeitarbeitnehmern (was im Rahmen der Tagespflege die Regel ist, dazu sogleich); im Fall der Kleinbetriebe darf die einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsfrist jedoch wie in § 622 Abs. 1 BGB vier Wochen nicht unterschreiten, kann dann jedoch auch zu einem anderen Termin als dem Fünfzehnten oder dem Monatsende erklärt werden. Ab einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von zwei Jahren sieht § 622 Abs. 2 BGB gestaffelte längere Kündigungsfristen für den Arbeitgeber vor; für den Arbeitnehmer gilt dagegen stets die Frist des § 622 Abs. 1 BGB. Im Arbeitsvertrag können allerdings längere Kündigungsfristen als die gesetzlich vorgesehenen vereinbart werden, und zwar sowohl für den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer (§ 622 Abs. 5 Satz 3 BGB). Eine Probezeit muss arbeitsvertraglich vereinbart werden, wobei sie höchstens sechs Monate dauern darf (§ 622 Abs. 3 BGB). In der Probezeit gilt (sofern keine längere Frist vereinbart wurde), eine Kündigungsfrist von zwei Wochen.

Die außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB) beendet das Arbeitsverhältnis fristlos. Erforderlich ist ein wichtiger Grund, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und die Einhaltung der Kündigungsfrist unzumutbar macht. Hierfür sind regelmäßig schwere Verfehlungen erforderlich; als möglicher Grund für eine fristlose Kündigung kommt etwa eine Kindeswohlgefährdung durch die Tagespflegeperson in Betracht. Erforderlich ist aber stets eine Interessenabwägung, wobei zunächst die Abmahnung als milderer Mittel in Betracht zu ziehen ist.

c) Befristete Arbeitsverträge

Für befristete Arbeitsverträge gilt das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), § 620 Abs. 3 BGB. Die Möglichkeit der Befristung unterliegt aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes Grenzen. Befristung meint dabei nicht nur die Vereinbarung eines festen Enddatums; sie kann auch im Hinblick auf einen bestimmten Zweck erfolgen (§ 3 Abs. 1 TzBfG). Zu unterscheiden ist die sachgrundlose Befristung von der Befristung mit Sachgrund.

Die sachgrundlose Befristung kann höchstens bis zur Dauer von zwei Jahren und mit höchstens dreimaliger Verlängerung erfolgen (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Beispielsweise kann der Arbeitsvertrag zunächst auf ein Jahr abgeschlossen werden und anschließend dreimal um jeweils vier Monate verlängert werden. Da das Festanstellungsmodell in der Tagespflege ein vergleichsweise neues Phänomen ist, kann jedoch die Ausnahme des § 14 Abs. 2a TzBfG zum Tragen kommen. Danach ist für neugegründete Unternehmen abweichend von § 14 Abs. 2 TzBfG die mehrmalige sachgrundlose Befristung bis zur Dauer von vier Jahren zulässig. „Neugegründet“ muss allerdings das Unternehmen, also der Arbeitgeber der Tagespflegepersonen sein. Abzustellen ist daher auf den Träger, nicht auf die einzelne Großtagespflegestelle.

Für die Befristung mit Sachgrund hält § 14 Abs. 1 TzBfG einen Katalog bestimmter Tatbestände bereit. Ein Sachgrund kann danach z.B. die Erprobung der Tagespflegeperson oder die Einstellung als Vertretungskraft sein. Von der Ausstattung mit finanziellen Mitteln durch das Jugendamt (oder durch den Bund im Rahmen des „Aktionsprogramm Kindertagespflege – Förderung von Festanstellungsmodellen“) kann eine Befristung dagegen

grundsätzlich nicht abhängig gemacht werden; dies gehört zum unternehmerischen Risiko des Arbeitgebers.

Die Befristung bedarf der Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Befristet und unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer haben grundsätzlich die gleichen Rechte; befristet beschäftigte Tagespflegepersonen dürfen daher nicht wegen der Befristung benachteiligt werden (§ 4 Abs. 2 TzBfG). Bei einer wirksamen Befristung kann das Arbeitsverhältnis nur außerordentlich gekündigt werden (§ 15 Abs. 3 TzBfG). Ist die Befristung unwirksam, ist Folge ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (§ 16 TzBfG).

d) Fürsorgepflicht und Arbeitsschutz

Den Arbeitgeber treffen gegenüber der angestellten Tagespflegeperson Fürsorge- und Schutzpflichten (vgl. §§ 241 Abs. 2, 618 BGB). Daraus folgen etwa besondere Anforderungen an den Persönlichkeitsschutz (z.B. Schutz gegen Mobbing) oder Aufklärungs- und Auskunftsrechte (z.B. Zeugniserteilung). Spezielle Vorgaben zu den Bedingungen am Arbeitsplatz enthält das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), wonach etwa im Rahmen der betrieblichen Organisation die Sicherheit und Gesundheit der angestellten Tagespflegeperson zu schützen sind. So gibt es bestimmte arbeitsmedizinische Pflichtuntersuchungen und Impfpflichten für Beschäftigte mit Umgang mit Kindern (vgl. Anhang der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge).

e) Sonstige Schutzbestimmungen

aa) Arbeitszeitrecht

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gilt für angestellte Tagespflegepersonen mit Ausnahme derjenigen, „die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen“ (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG). Die tägliche Arbeitszeit darf bis zu acht Stunden, in Ausnahmefällen bis zu zehn Stunden betragen (§ 3 ArbZG). Ab sechs Stunden Arbeitszeit ist zwingend eine Ruhepause von 30 Minuten einzulegen (§ 4 ArbZG). Arbeiten mehrere Tagespflegepersonen in einer Großtagespflegestelle zusammen, können sich die Tagespflegepersonen während der (versetzten) Pausen grundsätzlich gegenseitig vertreten. Versteht man § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII streng, muss der Arbeitgeber allerdings für einen echten Ersatz sorgen, falls auf die nicht pausierenden Tagespflegepersonen ansonsten mehr als je fünf Kinder kommen würden.

Hier gilt es praxisnahe Lösungen zu finden, zumal eine vergleichbare Situation im Bereich der institutionellen Kinderbetreuung auftritt: Für den Mindestanstellungsschlüssel nach § 17 Abs. 1 AVBayKiBiG werden nur die Arbeitsstunden angesetzt, sodass Pausen der pädagogischen Fachkräfte keine Rolle bei der Berechnung spielen. In Kindertageseinrichtungen muss also während der Ruhepausen nur das allgemeine Erfordernis des Kindeswohls (§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII) erfüllt sein (vgl. Dunkl/Eirich, BayKiBiG, § 17 AVBayKiBiG Rn. 1.1). Nicht in jeder Konstellation wird man sich deshalb während der Ruhepausen der Tagespflegeperson sklavisch an die Obergrenze von fünf gleichzeitig anwesenden Kindern pro nicht pausierender Tagespflegeperson halten müssen. Schöpft hingegen jede Tagespflegeperson einer Großtagespflegestelle diese Anzahl aus, wird man eine gegenseitige Vertretung – abhängig vom Alter der Kinder – regelmäßig nicht als ausreichend erachten können.

In bestimmten Konstellationen verlangt daher die Tagespflege im Angestelltenverhältnis vor dem Hintergrund des ArbZG nach eigenen Lösungen. Nicht den gesetzlichen Vorgaben genügt allerdings allein die Vertragsgestaltung, beispielsweise die Vereinbarung einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 30 Stunden (sodass bei sechs Stunden täglicher Arbeitszeit noch keine Ruhepause eingelegt werden muss) bei Ableistung zusätzlicher Stunden „auf Abruf“; maßgeblich ist stets die tatsächlich erbrachte Arbeitszeit (vgl. Dunkl/Eirich, BayKiBiG, § 17 AVBayKiBiG Rn. 1.1 für den Bereich der Einrichtung).

bb) Urlaub

Die angestellte Tagespflegeperson hat einen gesetzlichen Anspruch auf Erholungsurlaub (§ 3 BurlG), der mindestens 24 Werktage betragen muss, was bei einer Vollzeittätigkeit an fünf Tagen pro Woche 20 Arbeitstage bzw. vier Wochen bedeutet. Zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses gilt eine Wartezeit von sechs Monaten (§ 4 BurlG).

cc) Mutterschutz

Die schwangere angestellte Tagespflegeperson trifft im Gegensatz zur selbständigen das Beschäftigungsverbot der §§ 3, 4 Mutterschutzgesetz (MuSchG) sowie nach der Entbindung gem. § 6 MuSchG, wobei das Arbeitsentgelt weiter zu zahlen ist (§ 11 MuSchG). Während der Schwangerschaft und für die Dauer von vier Monaten nach der Entbindung gilt ein

Kündigungsverbot (§ 9 MuSchG). Zudem bestehen Ansprüche nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG).

dd) Krankheit und Entgeltfortzahlung (§ 616 BGB, § 3 EFZG).

Die angestellte Tagespflegeperson, die unverschuldet arbeitsunfähig erkrankt ist, hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG), wenn das Arbeitsverhältnis bereits mindestens vier Wochen bestanden hat. Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit möglichst schnell anzuzeigen und bei Arbeitsunfähigkeit von mehr als drei Kalendertagen (auf Verlangen des Arbeitgebers auch schon vorher) durch Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachzuweisen (§ 5 EFZG).

f) Aufsichtspflicht und Haftung

Der Umfang der Aufsichtspflicht und der Haftung der Tagespflegeperson gegenüber den betreuten Kindern unterscheidet sich bei der selbständigen und angestellten Tagespflege nicht wesentlich. Der Inhalt der Aufsichtspflicht ergibt sich aus dem Betreuungsvertrag sowie aus der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB.

Besonderheiten gelten im Anstellungsverhältnis allerdings für die Konsequenzen einer Aufsichtspflichtverletzung oder einer sonstigen Schädigung des Kindes. Dies zunächst aus Sicht des Kindes, dem in einem solchen Fall im Gegensatz zur selbständigen Tagespflege *zwei* Personen schadensersatzpflichtig sein können: Zum einen die Tagespflegeperson, die außervertraglich nach Deliktsrecht haftet, wenn sie das Kind vorsätzlich oder fahrlässig geschädigt hat (§ 823 Abs. 1 BGB); zum anderen der Arbeitgeber, der sich im Rahmen der vertraglichen Haftung ein Verschulden der Tagespflegeperson zurechnen lassen muss (§§ 280 Abs. 1, 278 Satz 1 BGB; zum Deliktsrecht vgl. § 831 BGB).

Im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und angestellter Tagespflegeperson gelten außerdem die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs. Danach ist die Arbeitnehmerhaftung bei betrieblich veranlassten Tätigkeiten beschränkt. Im Falle leichter Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber regelmäßig gar nicht, bei normaler Fahrlässigkeit anteilig und bei grober Fahrlässigkeit sowie Vorsatz grundsätzlich voll (vgl. BAG v. 12.6.1992, NJW 1993, 1732). Im Fall der Schädigung Dritter haftet die angestellte Tagespflegeperson im Außenverhältnis allerdings voll; die Haftungsbeschränkung gilt also im

Verhältnis zu einem geschädigten Kind nicht (vgl. BGH v. 21.12.1993, NJW 1994, 852). Im Innenverhältnis kann die Tagespflegeperson allerdings gegenüber dem Arbeitgeber einen Freistellungsanspruch je nach Verschuldensgrad haben.

V. Sozialversicherung und Lohnsteuer

Die angestellte Tagespflegeperson unterliegt als Beschäftigte im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung (Kranken-, Pflege-, Renten- und Unfallversicherung) sowie der Arbeitslosenversicherung. Besonderheiten gelten für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse (sog. „Mini-Jobs“) und Beschäftigungsverhältnisse in der Gleitzone (sog. „Midi-Jobs“).

1. Zweige der Sozialversicherung

a) Krankenversicherung

Die angestellte Tagespflegeperson ist in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), wobei vom gesetzlichen Beitragssatz in Höhe von 14,6 Prozent (§ 241 SGB V) der Arbeitgeber 7,3 Prozent und der Arbeitnehmer 7,3 Prozent trägt. Sie ist nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB VI Mitglied der gesetzlichen Pflegeversicherung; Arbeitgeber und Arbeitnehmer tragen (außer im Fall der Familienversicherung) einen Beitragssatz in Höhe von je 1,025 Prozent.

b) Unfallversicherung

Die Mitgliedschaft der angestellten Tagespflegeperson in der gesetzlichen Unfallversicherung folgt aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, wobei auch die selbständige Tagespflegeperson versicherungspflichtig ist (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII). Im Falle der Anstellung hat jedoch der Arbeitgeber die Beiträge allein zu tragen, §§ 150 Abs. 1 Satz 1, 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII.

c) Rentenversicherung

Nach § 162 Nr. 1 SGB VI ist die angestellte Tagespflegeperson rentenversicherungspflichtig, wobei der Beitrag seit dem 1.1.2013 18,9 Prozent beträgt und von Arbeitgeber und Arbeitnehmer je zur Hälfte getragen wird.

d) Arbeitslosenversicherung

In der Arbeitslosenversicherung ist die angestellte Tagespflegeperson nach §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III pflichtversichert. Den Beitragssatz in Höhe von 3,0 Prozent des Bruttoeinkommens müssen Arbeitgeber und Arbeitnehmer je zur Hälfte zahlen (§§ 341 Abs. 2, 346 Abs. 1 SGB III).

e) Zusammenfassung

Insgesamt muss die angestellte Tagespflegeperson von ihrem Bruttoeinkommen also im Normalfall 20,525 Prozent in die Sozialversicherung abführen, der Arbeitgeberanteil liegt etwas höher. Die Beiträge beider Seiten werden durch den Arbeitgeber an die Krankenkasse als Einzugsstelle gezahlt. Zur Identifikation des Arbeitgebers in der Sozialversicherung dient die Betriebsnummer, die bei der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen ist.

2. Geringfügige Beschäftigung und Gleitzone

Sozialversicherungsfrei ist die Tagespflegeperson dagegen, wenn sie geringfügig beschäftigt ist, also nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV das Arbeitsentgelt regelmäßig 450 Euro monatlich nicht überschreitet. Die Einkünfte aus mehreren geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen sind hierfür zusammenzurechnen.

Für die angestellte Tagespflegeperson fallen in diesem Fall keine Abgaben an; der Arbeitgeber hat hingegen einen pauschalen Beitrag in Höhe von insgesamt 30,99 Prozent des Lohns abzuführen (in Privathaushalten, also bei der Anstellung bei den Eltern, gilt ein reduzierter Satz in Höhe von insgesamt 14,44 Prozent). Näheres zu den Melde- und Beitragspflichten unter <http://www.minijob-zentrale.de>.

Beträgt das Arbeitsentgelt 450,01 bis 850 Euro, gilt die sogenannte Gleitzone: In diesem Fall muss auch der Arbeitnehmer Beiträge abführen, die jedoch am unteren Ende der Gleitzone sehr niedrig liegen und dann gleichmäßig ansteigen; der Arbeitgeberbeitrag bleibt dagegen konstant. Hierdurch können auch Beschäftigungsverhältnisse attraktiv werden, bei denen das Arbeitsentgelt nur um wenig über der 450-Euro-Grenze liegt.

3. Sozialversicherung des Arbeitnehmers und Erstattung nachgewiesener Aufwendungen durch das Jugendamt

Bereits dargelegt wurde, dass § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII vom Modell der selbständigen Tagespflegeperson ausgehen. Nach der Begründung zum KIFöG bezweckt die Erstattung der Aufwendungen zur Sozialversicherung gerade, dass „die Tagespflegepersonen nach der Intention des Gesetzgebers in ihrer sozialen Absicherung angestellten Arbeitnehmern angenähert werden“ (BT-Drs. 16/10173, S. 12). Ob und welche Aufwendungen der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu erstatten hat, wenn die Tagespflegeperson entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers doch einmal Arbeitnehmerin ist, bleibt offen.

Auf den ersten Blick liegen zunächst zwei Möglichkeiten nahe: Man könnte auf eine Erstattung von Aufwendungen durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe gänzlich verzichten, weil die soziale Absicherung der angestellten Tagespflegeperson in jedem Fall gesichert ist (dazu unter a). Alternativ könnte man nach einem Pendant der „nachgewiesenen Aufwendungen“ im Arbeitsverhältnis suchen und dabei auf den Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung abstellen (b). Beide Möglichkeiten überzeugen jedoch nicht: Stattdessen sind durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe Aufwendungen in der Höhe zu erstatten, wie sie bei einer selbständigen Tagespflegeperson anfallen würden (c).

- a) Zunächst könnte man eine Pflicht zur Erstattung von Aufwendungen deshalb ablehnen, weil der Zweck der § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII bei der angestellten Tagespflegeperson bereits „kraft Arbeitnehmereigenschaft“ erfüllt ist, weil sie – ob sie will oder nicht und ohne eigene Zahlungen zu leisten – sozialversichert ist. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII will jedoch nicht nur Anreize setzen, *dass* die selbständige Tagespflegeperson sich selbst sozial absichert; die Norm verpflichtet auch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, einen Beitrag zu den entstehenden Aufwendungen zu leisten. Aufwendungen für die soziale Absicherung fallen aber auch und gerade im Arbeitsverhältnis an; dass sie in diesem Fall „zufällig“ der Arbeitgeber (rund) hälftig trägt und insgesamt abführt, kann den örtlichen Träger nicht entlasten. Auch wenn § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII den Fall des Angestelltenverhältnisses nicht berücksichtigen, ist er in diesem Fall entsprechend anzuwenden.

Die Situation des Arbeitsverhältnisses ist damit nicht vergleichbar mit der über die Familienversicherung krankenversicherten selbständigen Tagespflegeperson, die kraft

ihrer Rechtsbeziehung zu einem Dritten keine eigenen Beiträge leisten muss und deswegen auch keine Aufwendungen erstattet bekommt. Stellung und Zahlungen des Arbeitgebers sind – anders als im Fall des Familienmitglieds – untrennbar mit der Tagespflegeleistung verbunden. Dass sich ein Arbeitgeber in die Rechtsbeziehungen aus § 23 SGB VIII einschaltet, führt zunächst nur dazu, dass er das allgemeine Arbeitgeberrisiko trägt und insbesondere das Arbeitsentgelt anders als die laufende Geldleistung pauschal bezahlen muss. Es kann andererseits nicht dazu führen, dass er das Jugendamt um Aufwendungen entlastet, die es ohne Arbeitsverhältnis fraglos gehabt hätte. Würde man § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII streng wörtlich verstehen und den kommunalen Zuschuss im Fall der angestellten Tagespflegeperson entsprechend niedriger ansetzen, würde die Tagespflege für Arbeitgeber weniger attraktiv. Gleichzeitig ist es erklärtes Ziel des KiFöG, „die Kindertagespflege zu einem Berufsbild weiterzuentwickeln, das für Eltern, Kinder und Tagespflegepersonen attraktiv ist“ (BT-Drs. 10/10173, S. 2). Wegen der Vorteile des Angestelltenverhältnisses gerade für diese Personen (s.o.) ist aber auch § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII entsprechend weit auszulegen.

- b) Als „nachgewiesene Aufwendungen“ der angestellten Tagespflegeperson könnte man den Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung ansehen, der von ihrem Bruttoeinkommen. Dieser dient demselben Zweck wie die „Aufwendungen“ der selbständigen Tagespflegeperson und wird faktisch von ihr allein getragen. Dies ist jedoch abzulehnen, da nicht einzusehen ist, wieso der Umfang der Erstattungspflicht des Jugendamts davon abhängen soll, welches Bruttoeinkommen der Arbeitgeber der Tagespflegeperson zahlt. So ist das Arbeitsentgelt pauschal und unabhängig von der Zahl der betreuten Kinder zu zahlen, während bei der laufenden Geldleistung nach § 23 Abs. 2a Satz 3 SGB VIII der zeitliche Umfang der Leistung und die Anzahl der betreuten Kinder zu berücksichtigen ist. Deshalb könnte es dazu kommen, dass keine oder wenige Kinder die Betreuungsleistung der Tagespflegeperson in Anspruch nehmen und die laufende Geldleistung gering ausfällt, gleichzeitig aber vergleichsweise hohe Aufwendungen zur Sozialversicherung bemessen am gleichbleibend hohen Bruttoeinkommen zu erstatten sind.
- c) Deshalb liegt es nahe, auch bei der angestellten Tagespflegeperson die „Aufwendungen“ anhand der laufenden Geldleistung zu berechnen und sie damit im Rahmen einer analogen Anwendung von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII fiktiv als selbständig zu betrachten. Dies bedeutet beispielsweise für die Krankenversicherung, dass der Betrag als „Aufwendung“ erstattet wird, den die angestellte Tagespflegeperson als Beitrag leisten müsste, wäre sie freiwillig gesetzlich versichert (zur Berechnung vgl. <http://www.handbuch-kindertagespflege.de>, 3.7.2). Dass solche Aufwendungen nicht im engeren Sinne „nachgewiesen“ werden können, ist der Ausrichtung von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII auf die selbständige Tagespflegeperson geschuldet und daher nicht

entscheidend. Folge ist dann gleichzeitig, dass auch für die angestellte Tagespflegeperson nur der reduzierte Beitragssatz angesetzt wird, der nach § 10 Abs. 1 Satz 3 SGB V eigentlich nur für die selbständige Tagespflegeperson gilt.

Wie diese fiktive Berechnung bei der Unfallversicherung zu erfolgen hat, für die im Arbeitsverhältnis allein der Arbeitgeber Beiträge entrichtet, ist offen. Konsequenz wäre es, auch in diesem Falle fiktive eigene Beiträge der angestellten Tagespflegeperson zu berechnen und zu erstatten, weil entsprechende Aufwendungen tatsächlich anfallen und nur „zufällig“ vom Arbeitgeber getragen werden, was – wiederum anders als im Vergleichsfall der Familienversicherung – das Jugendamt nicht entlasten kann. Wünschenswert wäre in jedem Fall, dass der Gesetzgeber diesen bisher nicht berücksichtigten Fall ausdrücklich regelt.

4. Lohnsteuer

Die Lohnsteuer wird vom Arbeitnehmer getragen und vom Arbeitgeber berechnet, einbehalten und abgeführt. Die Höhe der Lohnsteuer hängt von Arbeitseinkommen, der Lohnsteuerklasse sowie Freibeträgen ab. Die Lohnsteuer ist eine besondere Form der Einkommenssteuer, die auch die selbständige Tagespflegeperson zu tragen hat. Der Arbeitgeber reicht die elektronische Lohnsteueranmeldung bei dem Finanzamt ein, das für die Tagespflegestelle zuständig ist.

Für geringfügig beschäftigte Tagespflegepersonen kann der Arbeitgeber die pauschale Lohnsteuererhebung wählen; der Arbeitgeber entrichtet dann eine Pauschale von 2 Prozent. Weitere Informationen unter <http://www.minijob-zentrale.de>.

VI. Die angestellte Tagespflegeperson im System des SGB VIII – sozialrechtliches Dreiecksverhältnis; Folgen für die Vertragsgestaltung

Werden sozialrechtliche Dienstleistungen erbracht, liegt der Leistungserbringung typischerweise ein mindestens dreiseitiges Verhältnis zugrunde, das zunächst aus dem Leistungsträger, dem Leistungserbringer und dem Leistungsempfänger besteht. Nach dieser Grundstruktur erfolgt im Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger die soziale Dienstleistung, wobei der Leistungsträger den Leistungserbringer für diese Dienstleistung entlohnt. Dieses Prinzip gilt grundsätzlich für alle Bereiche des Sozialrechts, ob nun für die Krankenversicherung nach dem SGB V (Krankenkasse als Leistungsträger, Kassenarzt als Leistungserbringer, Patient als Leistungsempfänger) oder eben für die

Tagespflege nach § 23 SGB VIII: Hier fungiert der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe als *Leistungsträger*, der den Eltern bzw. dem Kind als *Leistungsempfängern* die Betreuungstätigkeit vermittelt, die die Tagespflegeperson als *Leistungserbringerin* ausführt. Folge dieses Dreiecksverhältnisses ist auch, dass zwar die Betreuungsleistung im Verhältnis zwischen Tagespflegeperson und Eltern/Kind erbracht wird, dass aber (nur) der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Leistungsträger die Tagespflegeperson als Leistungserbringerin entlohnt. Nach diesem sog. Sachleistungsprinzip erfolgt die Leistungserbringung quasi „in natura“, ohne dass der Leistungserbringer dem Leistungsempfänger eine Rechnung stellt; Zahlungen erfolgen grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer (im Fall der Tagespflege Tagespflegeentgelt; außerdem Beratung, Begleitung, Qualifizierung) sowie im Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsempfänger (Elternbeitrag). Von vornherein ausgeschlossen sind Zahlungen im Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger freilich nicht, wie schon das Beispiel der institutionellen Kinderbetreuung zeigt (anders dagegen im Bereich der Tagespflege, vgl. VG Frankfurt/Main v. 4.3.2013, 7 K 1299/11.F).

Von anderen Sozialleistungen unterscheidet sich die Kinderbetreuung dadurch, dass das Verhältnis zwischen Leistungserbringer (Tagespflegeperson) und Leistungsempfänger (Eltern/Kind) ein besonderes Vertrauensverhältnis darstellt (Kindererziehung als höchstpersönliche Tätigkeit). Weil es bei der Betreuungstätigkeit sehr stark auf persönliche Sympathie und „Wellenlänge“ ankommt, werden sich die Eltern zusammen mit dem Kind in aller Regel die Tagespflegeperson nach individuellen Kriterien selbst aussuchen und sich nicht auf eine durch das Jugendamt vermittelte Tagespflegeperson „unbesehen“ einlassen. Hinzu kommt, dass auch die Durchführung bzw. Organisation der Betreuung auf die ganz individuellen Bedürfnisse des Kindes sowie der Eltern Rücksicht nehmen muss. Deshalb kann es nicht bei dem sozialrechtlichen Grundschema bleiben, wonach im Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger allein die tatsächliche Ausführung der Leistung erfolgt, während die Organisation und Koordination durch den Leistungsträger erfolgt. Vielmehr ist es erforderlich, dass auch zwischen selbständiger Tagespflegeperson und Eltern ein Organisationsvertrag bestehen muss, der Betreuungsvertrag. In der Praxis haben sich dreiseitige Vereinbarungen zwischen Tagespflegeperson, Eltern und Jugendamt bewährt.

Zwar entsteht nach dem Grundkonzept der §§ 22, 23 SGB VIII zwischen Eltern und Jugendamt kein privatrechtliches Verhältnis, sondern bleibt es bei dem öffentlich-rechtlichen Sozialleistungsverhältnis. Dennoch kann eine fachliche Einbindung des Jugendamts sinnvoll sein, etwa im Hinblick auf Qualitätskontrolle und rechtliche Standards.

Im Fall der Tagespflege im Angestelltenverhältnis gilt der allgemeine Grundsatz, dass nach außen gegenüber dem „Kunden“ nur der Unternehmer bzw. Arbeitgeber eine Rechtsbeziehung eingeht, nicht dagegen die angestellt tätige Tagespflegeperson. Das ist beim Feststellungsmodell der Tagespflege nicht anders als etwa im Bereich der institutionellen Kindertageseinrichtung, bei der zwischen Eltern und Erzieherin ebenso wenig ein Vertragsverhältnis besteht. Deshalb schließen die Eltern (sofern sie nicht ohnehin selbst als Arbeitgeber auftreten) den privatrechtlichen Betreuungsvertrag im Rahmen des Feststellungsmodells nicht mit der Tagespflegeperson selbst, sondern mit deren Arbeitgeber, je nach Einzelfall also dem freien Träger oder dem Jugendamt. Gleichzeitig bedarf es jedoch auch im Rahmen des Feststellungsmodells einer engen Abstimmung zwischen der Tagespflegeperson und den Eltern, sodass es sich im Einzelfall empfehlen kann, wenn der Arbeitgeber die Tagespflegeperson beim Vertragsschluss mit einbezieht (das heißt tatsächlich, nicht rechtlich) und nicht über ihren Kopf hinweg entscheidet. Außerdem muss der Betreuungsvertrag die Eigenart der Tagespflege als besonders familiennahe Betreuungsform berücksichtigen. Das bedeutet insbesondere, dass der Betreuungsvertrag stets die konkrete Zuordnung zwischen Tagespflegeperson und Kind gewährleisten muss. Insbesondere die letzten beiden Punkte unterscheiden die Betreuungsverträge zwischen Träger und Eltern in der Tagespflege von der institutionellen Kinderbetreuung. Der Arbeitgeber tritt zwar rechtlich und nach außen an die Stelle der angestellten Tagespflegeperson; dennoch tritt die angestellte Tagespflegeperson nicht völlig zurück und muss ihre Rolle als unmittelbar dem Kind zugeordnete Betreuungsperson gewahrt werden.

Wesentliche Besonderheit des Arbeitsvertrags zwischen Tagespflegeperson und Arbeitgeber (im Vergleich zu Arbeitsverträgen im Bereich der institutionellen Kinderbetreuung) ist die Vereinbarung, dass der Anspruch auf die laufende Geldleistung nach § 23 SGB VIII an den Arbeitgeber abgetreten wird. Die Abtretung umfasst grundsätzlich den vollen Umfang der laufenden Geldleistung sowie ggf. den Qualifizierungszuschlag. Umfasst sind auch die

Zuschüsse zu den Beiträgen für die Sozialversicherung, die im Angestelltenverhältnis schließlich ebenso anfallen (die dann allerdings anhand der fiktiven Beiträge im Falle der Selbständigkeit berechnet werden dürften). Dass auch die Zuschüsse zur Sozialversicherung zu zahlen sind, folgt für den Fall der Eltern als Arbeitgeber daraus, dass diese über den Beitrag nach § 90 SGB VIII grundsätzlich nicht zugunsten des Jugendamts an den Kosten zu beteiligen sind. Dann kann aber nichts anderes für den Fall eines freien Trägers gelten.

Die Abtretung der laufenden Geldleistung an den Arbeitgeber ist allerdings – vereinfacht gesprochen – lediglich eine Modalität bei der Ausgestaltung der Zahlungsflüsse im Dreiecksverhältnis Jugendamt – Tagespflegeperson – Arbeitgeber. Sie ist keine zwingende Folge des Anstellungsverhältnisses und kann ebenso – wenn auch in der Regel deutlich komplizierter – durch andere (Verrechnungs-)Vereinbarungen ersetzt werden. Liegt allerdings ein Arbeitsverhältnis vor und erhält die Tagespflegeperson trotzdem (aus welchem Grund auch immer) die laufende Geldleistung selbst ausbezahlt, ändert dies nichts daran, dass die Geldleistung in diesem Fall als Arbeitsentgelt anzusehen ist und insbesondere sozialversicherungspflichtig ist. Für die Einordnung dieser Zahlung kann es schließlich keinen Unterschied machen, ob im Verhältnis Arbeitgeber – Tagespflegeperson eine Abtretung vereinbart wurde oder nicht (siehe hierzu auch den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Tagespflege, S. 10 ff., abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Rechtsfragen-in-der-Kindertagespflege,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf>). Aus diesem Grund und weil die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge dann ungleich komplizierter würde, ist eine Abtretung der laufenden Geldleistung an den Arbeitgeber unbedingt zu empfehlen.