

VORLAGE

an die  
Stadtverordnetenversammlung

Eingang		DS.-Nr.	<b>491/</b>
			<b>16-</b>
			<b>21</b>
AusIB	ÄR	SozIJA	KSSpA
PBUA	OBR	HuFA	StV

**Betreff:** Personalgewinnung und -bindung im Kitabereich; hier: Ergebnis der Überprüfung der derzeitigen Eingruppierung, mit dem Ziel der Höhergruppierung in die Entgeltgruppe S 10 TVöD  
**Bezug:** DS 397/16-21 - Personalgewinnung und -bindung im Kitabereich

**M-Nr.:** 27/19

Der Magistrat leitet der Stadtverordnetenversammlung nachstehende Vorlage zur Beschlussfassung zu:

**Beschlussvorschlag:**

**Kenntnisnahme**

Die Stadtverordnetenversammlung nimmt zur Kenntnis, dass die Überprüfung mit dem Ergebnis schließt, dass die Höhergruppierung der Erzieher\*innen in den Kindertagesstätten in die Entgeltgruppe S 10 TVöD derzeit nicht möglich ist, da das Vorgehen als kommunaler Sonderweg tarifwidrig wäre.

**Beschluss**

1. Die Stadtverordnetenversammlung stellt fest, dass der Prüfauftrag somit erledigt ist und gemäß Beschluss der DS 397/16-21- Personalgewinnung und -bindung im Kitabereich – ab Genehmigung des Haushalts 2019 den Erzieher\*innen in den Kitas, die nach S 8b eingruppiert sind, eine übertarifliche Zulage in Höhe von 100 € pro Monat pro VZ-Stelle gezahlt wird.
2. Die Stadtverordnetenversammlung erweitert im Sinne der Gleichbehandlung die Gewährung der Zulage gemäß Beschluss zur DS 397/16-21 auf die Erzieher\*innen in den Betreuungsschulen, die ebenfalls in der Entgeltgruppe S 8b eingruppiert sind, um einem Abwandern von Fachkräften an den Betreuungsschulen in die Kindertagesstätten zuvor zu kommen. Die Mehrkosten in Höhe von rund 6.000 € sind noch nicht im Haushaltsplanentwurf 2019 enthalten.

**Begründung**

## **A. Ziel**

Ziel ist es, zur Steigerung der Arbeitgeberattraktivität und zur Personalgewinnung und -bindung im Erziehungsdienst einen finanziellen Anreiz zu schaffen, um kurzfristig und perspektivisch auf dem angespannten Fachkräftemarkt bestehen zu können.

Mittelfristiges Ziel, wenn auch nicht im unmittelbaren Einflußbereich der Kommune, sollte die gesellschaftliche Anerkennung und Aufwertung der frühkindlichen Bildungsarbeit der Fachkräfte in den Betreuungseinrichtungen sein.

## **B. Beschlusshistorie**

Die Vorlage knüpft unmittelbar an die DS 397/16-21 - Personalgewinnung und -bindung im Kitabereich- an und steht im Zusammenhang mit folgenden Drucksachen:

- 2018

DS 320/16-21 - Bericht des Magistrats zur Kenntnisnahme - Jahresbericht Fortbildungen und Praxisbegleitung in städtischen Kindertagesstätten im Jahr 2017

- 2017

DS 248/16-21 - Personalgewinnung in Verbindung mit Praxisstellen für Erzieherinnen und Erzieher in der Ausbildung

- 2013

DS 208a/11-16 - Personalgewinnung und –bindung bei Kita-Beschäftigten

- 2011

DS 08/11-16 - Personalgewinnung und –bindung in städtischen Kindertagesstätten

## **C. Problem**

Bereits mit der DS 397/16-21 - Personalgewinnung und -bindung im Kitabereich – hat der Magistrat dargelegt, dass der kommunale Arbeitgeberverband (KAV) tarifrechtliche Bedenken angemeldet hatte bezüglich einer Neubewertung der Erzieher\*innenstellen mit dem Ziel der Höhergruppierung.

Die Zuordnung der auszuübenden Tätigkeit zu den Vergütungsgruppen des für Beschäftigte relevanten Tarifvertrages (hier SuE) wird als „Eingruppierung“ bezeichnet. Als Grundlage der Eingruppierung dient die Stellenbewertung, welche notwendig ist, um die Tätigkeit bewerten zu können. Die pädagogischen Fachkräfte in den Kindertagesstätten (und Betreuungsschulen) sind in der S 8b eingruppiert. Von den Tarifpartner\*innen wurde die S 8b mit dem Herausstellungsmerkmal „Erzieher\*innen mit schwieriger Tätigkeit“ beschrieben.

Da für die S10 von den Tarifpartner\*innen im Rahmen der Tarifgespräche 2015 keine Merkmale hinterlegt wurden, ist eine Stellenbewertung durch die interne AG Stellenbewertung nicht möglich. Vor diesem Hintergrund hat der Magistrat eine umfassende rechtliche Prüfung veranlasst, um zu prüfen, ob dennoch eine Höhergruppierung möglich ist.

## **D. Ergebnisse der rechtlichen Prüfung**

### 1. Tarifliche Rechtsfolgen

Die Entgeltgruppe S 10 TVöD ist gegenwärtig nicht besetzt und kann auch nur durch die Tarifvertragsparteien neu besetzt werden.

Daher hat die bisher erfolgte tarifliche Überprüfung einer Höhereingruppierung ergeben, dass die Stadt Rüsselsheim nicht selbstständig eine Höhergruppierung vornehmen kann.

Der zwischen Ver.di und der VKA abgeschlossene Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes TVöD-VKA entfaltet eine normative Rechtswirkung. Beschließt die Stadtverordnetenversammlung gleichwohl die Eingruppierung von Erzieher\*innen in Entgeltgruppe S 10 TVöD, geht damit eindeutig ein eklatanter Tarifverstoß durch die Stadt Rüsselsheim am Main einher.

Die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes durch die Stadt Rüsselsheim am Main löst gemäß § 4 Abs.3 der Verbandssatzung des KAV Hessen zunächst eine Verbandsstrafe in Höhe des 3-fachen Jahresbeitrages aus. Diese Strafe kann einen Betrag bis zu rd. 25.000 € umfassen. Es kann sogar zum Ausschluss eines tarifuntreuen Mitglieds kommen durch den KAV Hessen. Sofern dieser Fall eintritt, entfällt die Tarifbindung mit allen Rechten und Pflichten in allen Bereichen der Stadt. Dies wäre mit Blick auf alle Beschäftigten der Stadt höchst unsozial und ist weder im Sinne der Stadt als Arbeitgeberin noch der Gewerkschaft Ver.di.

## 2. Strafrechtliche Konsequenzen

Neben den tariflichen Konsequenzen einer Eingruppierung der Erzieher\*innen in Entgeltgruppe S 10 TVöD sind auch mögliche strafrechtliche Konsequenzen nicht ausgeschlossen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die Entscheidungsträger\*innen gegen Strafgesetze verstoßen, wenn sie einen Stadtverordnetenbeschluss umsetzen, der eine Eingruppierung der Erzieher\*innen in Entgeltgruppe S 10 TVöD vorsieht.

In Betracht kommt hier eine Strafbarkeit wegen (Haushalts-)Untreue nach § 266 StGB. Danach macht sich strafbar, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt. Bei diesem Delikt handelt es sich um ein Sonderdelikt, da nur Täter\*in sein kann, wen die erforderliche Vermögensbetreuungspflicht trifft. Der Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB erfasst zwei Alternativen: einen Missbrauchs- und einen Treuebruchtatbestand, wobei der Missbrauchstatbestand als Spezialfall zu der Treuebruchvariante verstanden wird.

Zunächst muss festgestellt werden, ob den Entscheidungsträger\*innen eine Vermögensbetreuungspflicht, die für beide Varianten gefordert wird, obliegt. Eine Vermögensbetreuungspflicht ergibt sich dabei aus der ihm obliegenden Pflicht die Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu führen. Dieser Grundsatz wird von § 92 Abs. 2 HGO festgelegt. Die Eingruppierung von Personen in Entgeltgruppen nach dem Tarifrecht fällt in den Bereich der Haushaltsführung. Im Hinblick auf den kommunalen Haushalt muss ebenfalls überprüft werden, ob und wie eine Höhergruppierung aus finanzieller Sicht erfolgen kann. Eine Vermögensbetreuungspflicht kann für Entscheidungsträger\*innen der Stadt Rüsselsheim am Main demnach direkt aus der HGO hergeleitet werden (zur Vermögensbetreuungspflicht für Bürgermeister\*innen auch BGH, Urt. vom 24.5.2016 – 4 StR 440/15).

Weiterhin muss auch eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht festgestellt werden können. Bei einer Höhergruppierung von Erzieher\*innen muss entsprechend mehr Gehalt von der Stadt gezahlt werden, als tariflich vorgesehen ist, sodass es zu höheren finanziellen Ausgaben kommt. Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bildet dabei den äußeren Rahmen dieses Beurteilungsspielraums (BGH, Beschl. v. 20.6.2018 – 4 StR 561/17; BGH, Urt. vom 24.5.2016 – 4 StR 440/15).

Die Höhergruppierung von Erzieher\*innen soll in Rüsselsheim erfolgen, um den Beschäftigten die ihnen zustehende Anerkennung zuteil werden zu lassen für ihre wichtige Arbeit und um den Standort als Arbeitsplatz attraktiver zu machen. Dabei hat die Stadt dafür zu sorgen, dass in den Betreuungseinrichtungen genügend Arbeitskräfte vorhanden sind. Eine Höhergruppierung allein zu diesem Zweck liegt dann allerdings nicht in der Person bzw. der Arbeitsleistung der jeweiligen Erzieher\*in begründet. Zudem ist hier zu beachten, dass die Entgeltgruppe aktuell nicht besetzt ist, sodass die Stadt schon aus tarifrechtlicher Sicht keine Möglichkeit für eine Höhergruppierung hat. Ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze soll nach der Rechtsprechung jedoch nicht automatisch auch eine Pflichtverletzung im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB zur Folge haben, auch wenn diese bei einem Verstoß gegen Tarifrecht zumeist angenommen wird (BGH, Urt. vom 24.5.2016 – 4 StR 440/15). Um eine Pflichtverletzung, die zu einer Strafbarkeit wegen Haushaltsuntreue führt, zu begründen, wird eine gravierende Pflichtverletzung gefordert (Eidam/Anm. zu BGH, Urt. vom 24.5.2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 603; Latzel/Dommermuth-Alhäuser, RdA 2017, 178, 182). Neben dem Verstoß gegen Tarifrecht bei einer Höhergruppierung muss demnach eine Pflichtverletzung der Vermögensbetreuungspflicht gesondert festgestellt werden. Eine solche erscheint hier nicht abwegig.

Die zur Entscheidung Berufenen überschreiten im Bereich der öffentlichen Verwaltung, soweit ihn öffentlich-rechtliche Vorschriften insoweit nicht begrenzen, ihre Ermessensspielräume regelmäßig nicht, wenn sie eine angemessene Vergütung zahlen, und zwar auch dann, wenn betreffende Vertragspartner\*innen auf Grund ihrer persönlichen wirtschaftlichen Situation selbst zu deutlich ungünstigeren Bedingungen kontrahieren würde (BGH, Urt. vom 24.5.2016 – 4 StR 440/15). Das haushaltsrechtliche Sparsamkeitsgebot begründet nicht die Pflicht, in jedem Fall das niedrigste Gehalt zu zahlen, zu dem die Vertragspartei bereit ist zu arbeiten (Fischer, StGB, § 266 Rn. 88). Eine Höhereingruppierung ohne Blick auf die Arbeitsleistung, Eingruppierungsvorschriften und Fähigkeiten der Erzieher\*innen lässt eine Pflichtverletzung naheliegend erscheinen. Es ist davon auszugehen, dass ein solches Vorgehen in der Weise gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstößt, dass eine pflichtwidrige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht entsteht.

Zudem muss es auch zu einem Vermögensnachteil kommen. Grundsätzlich ist bei der Feststellung des Vermögensnachteils auch hier eine Gesamtsaldierung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen (Wittig/BeckOK StGB, § 266 Rn. 56).

Verfügen Entscheidungsträger\*innen durch die Umsetzung der Höhereingruppierung bewusst über das Vermögen der Stadt Rüsselsheim und kommt ihnen ein eigener Entscheidungsspielraum zu, kann Untreue vorliegen.

### 3. Fazit

Es liegt ein eklatanter Tarifverstoß bei Eingruppierung der Erzieher\*innen in Entgeltgruppe S 10 TVöD vor. Es kann zum Ausschluss eines tarifuntreuen Mitglieds kommen durch den KAV Hessen. Die Konsequenz wäre, dass die Stadt Rüsselsheim aus der Tarifbindung mit allen Rechten und Pflichten fallen würde. Dies würde alle Beschäftigten der Stadtverwaltung treffen.

Eine Strafbarkeit von Entscheidungsträgern wegen Haushaltsuntreue nach § 266 Abs. 1 StGB bei der Höhereingruppierung von Erzieher\*innen in Entgeltgruppe S 10 TVöD ist nicht abwegig. Die Verletzung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit führt dazu, dass eine pflichtwidrige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht begründet werden kann. In jedem Fall hängt eine Strafbarkeit von einer Einzelfallprüfung ab, bei der es insbesondere Unterschiede auf subjektiver Ebene bei den handelnden Personen geben kann.

Auch aus strafrechtlicher Sicht ist daher von einer Höhergruppierung in Entgeltgruppe S 10 TVöD dringend Abstand zu nehmen.

## E. Lösung

Um dennoch einen finanziellen Anreiz schaffen zu können, hat die Stadtverordnetenversammlung bereits mit der DS 397/16-21 - Personalgewinnung und -bindung im Kitabereich die Gewährung einer Zulage in Höhe von 100 € pro VZ-Stelle für Erzieher\*innen in den Kindertagesstätten beschlossen, die mit der Haushaltsgenehmigung umgesetzt werden kann.

Die nachfolgende Tabelle verdeutlicht, dass in den Stufen 1 - 5 der jährliche Bruttogewinn bei der Zulage höher ausfällt als bei einer Höhergruppierung. Lediglich für Erzieher\*innen in der Stufe 6 liegt der jährliche Bruttogewinn bei der Höhergruppierung höher.

Gegenüberstellung EG S 8b zu EG S10 bzw. Zulage 100,00 € mtl. (nach Stufen)

Stufe	Stellenanteile Stand 01.12.2018	Bruttogewinn bei Höhergruppierung je Vollzeitstelle jährlich	Bruttogewinn bei Zulage 100,00 € mtl. je Vollzeitstelle jährlich (inkl. Anteil 13. Monatsgehalt)
1	0,00	704,55 €	1.279,52 €
2	45,43	1.068,23 €	1.279,52 €
3	48,39	-136,47 €	1.279,52 €
4	60,74	886,20 €	1.279,52 €
5	76,11	1.153,22 €	1.279,52 €
6	9,22	1.599,27 €	1.279,52 €

Das Ziel einen finanziellen Anreiz zu schaffen wird somit durch die Zulage erreicht.

Dennoch favorisieren die Beschäftigten eine Höhergruppierung. Dies ist aus Sicht des Magistrats nachvollziehbar, da die Höhergruppierung im Gegensatz zu einer Zulage nicht widerruflich ist. Noch wichtiger für die Beschäftigten im Erziehungsdienst ist jedoch, dass eine Höhergruppierung Ausdruck der gesellschaftlichen Anerkennung der Elementarerziehung und frühkindlichen Bildungsarbeit in den Betreuungseinrichtungen wäre.

Vor diesem Hintergrund hat sich der Oberbürgermeister mit einem Schreiben an den Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen gewandt, in dem er anregt, dass die Tarifparteien sich im Zuge der nächsten Tarifverhandlungen über Eingruppierungsmerkmale der S 10 verständigen, die es den Kommunen ermöglichen, ihre im Erziehungsdienst Beschäftigten entsprechend einzugruppieren.

Im Sinne einer Gleichbehandlung schlägt der Magistrat vor, auch für die Fachkräfte in den Betreuungsschulen, deren Arbeit mit Schulkindern als gleichwertig zu erachten ist und die deshalb ebenfalls in der Entgeltgruppe S 8b eingruppiert sind, analog zu den Kindertagesstätten eine Zulagengewährung zu beschließen. Dies betrifft 9,05 VZ-Stellen.

## F. Kosten

Die Mehrkosten für die Zulagengewährung für die Erzieher\*innen in den Betreuungsschulen betragen auf der Grundlage des Stellenplans zum Haushalt 2019 jährlich 14.160 €. Es werden für die Fortschreibung des Haushalts 2019 anteilig Mittel in Höhe von 5.900 € angemeldet. Weitere, geringfügige Mehrkosten entstehen für die ebenfalls nach S 8b eingruppierte Fachkräfte, die über Beschäftigtenentgelte, teilweise auf Stundenbasis und nach Einsatzhäufigkeit in den Betreuungsschulen eingesetzt sind.

Es dient zur Kenntnis, dass es sich, wie auch bei dem bereits getroffenen Beschluss aus der DS 397/16-21 hierbei um eine freiwillige Leistung handelt, der erst mit der Genehmigung des Haushalts 2019 durch die Aufsichtsbehörde zur Umsetzung kommen kann.

### **G. Alternative**

Aufgrund der rechtlichen Situation ist eine Höhergruppierung der Erzieher\*innen gegenwärtig nicht möglich. Sollte gleichwohl ein Stadtverordnetenbeschluss getroffen werden, der die Eingruppierung der Erzieher\*innen in Entgeltgruppe S 10 TVöD zum Gegenstand hat, verletzt er das Recht gemäß § 63 Abs.1 HGO. Der Oberbürgermeister ist dann verpflichtet, Widerspruch gemäß § 63 Abs.1 Satz 1 HGO einzulegen, damit ein solch rechtswidriger Beschluss nicht umgesetzt werden muss.

Rüsselsheim am Main, den 05.02.2019

Udo Bausch  
Oberbürgermeister