

12 A 56/13
19 K 959/11 Düsseldorf

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

wegen Kinder- und Jugendhilferechts – Erteilung einer nach § 43 Abs. 3 Satz 2
SGB VIII beschränkten Erlaubnis zur Kindertagespflege;
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 12. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 25. Februar 2013

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht J a e n e c k e ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht W e r k m e i s t e r ,

die Richterin am Oberverwaltungsgericht K e l l e r

auf den Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das – durch Be-
schluss vom 2. Januar 2013 tatbestandlich berichtigte – Urteil des Verwaltungsge-
richts Düsseldorf vom 31. Oktober 2012

beschlossen:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abge-
lehnt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungszulassungsverfahrens, für das Gerichtskosten nicht erhoben werden.

Gründe:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg, weil keiner der geltend gemachten Zulassungsgründe gegeben ist.

Das Zulassungsvorbringen rechtfertigt namentlich nicht die zuvorderst geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Es stellt die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, die Klägerin habe gemäß § 43 SGB VIII Anspruch auf eine Erlaubnis gehabt, die ihr gestattete, bis zu fünf gleichzeitig anwesende, fremde Kinder zu betreuen, nicht in Frage. Die Annahme der Beklagten, ihr habe gemäß § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII bei der Erteilung der Erlaubnis ein Ermessensspielraum zugestanden und sie habe den von den einschlägigen gesetzlichen Normen – neben § 43 SGB VIII insbesondere auch des § 4 Abs. 1 und 2 KiBiz – abgesteckten, vom Verwaltungsgericht aber fehlerhaft gedeuteten Beurteilungsspielraum bei ihrer Entscheidung, die Klägerin dürfe nur bis zu 5 Kinder, von denen nicht mehr als 3 gleichzeitig anwesend sein dürfen, im Rahmen von Kindertagespflege in den Räumen der katholischen Einrichtung für Kinder T.-----weg in X. betreuen, beachtet, trifft nicht zu. Die Beklagte verkennt damit zugunsten einer der richterlichen Kontrolle weitgehend entzogenen Machtfülle der örtlichen Träger der Jugendhilfe die Grundstrukturen der in § 43 SGB VIII geregelten Erlaubnispflichtigkeit der Kindertagespflege.

Der durch Art. 1 Nr. 20 des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 8. September 2005 (BGBl. I S. 2729) mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 eingefügte § 43 SGB VIII regelt – ähnlich wie bei der Vollzeitpflege nach § 44 SGB VIII und der Betriebserlaubnis für Einrichtungen gem. § 45 SGB VIII – zwecks Mindeststandardsicherung einen präventiven Erlaubnisvorbehalt für die – öffentlich oder privat finanzierte – Tagespflege des Kindes außerhalb seines elterlichen Haushalts.

Vgl. etwa Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, Vor. § 43 Rn. 5, § 43 Rn. 3; Mann, in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 1 und 4; Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 43 Rn. 1 und 2, § 43 Rn. 3.

Die Definition der erlaubnispflichtigen Kindertagespflege, die sich als eigenständige Betreuungsform mit Erwerbscharakter für die Betreuungsperson entwickelt hat, ergibt sich aus einer Zusammenschau von § 22 Abs. 1 Satz 2 und § 43 SGB VIII.

Vgl. Gerstein, in: GK-SGB VIII, Stand Dezember 2012, § 43 Rn. 3.

Zweck der Regelung des § 43 SGB VIII ist entsprechend der Überschrift des 2. Abschnitts des 3. Kapitels des SGB VIII - ohne dass es insoweit einer ausdrücklichen Erwähnung im Normtext bedarf - der Schutz der Kinder in Tagespflege, also die Gewährleistung des Kindeswohls, die ihrerseits aus dem staatlichen Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 GG, § 1 Abs. 2 SGB VIII) ihre Legitimation herleitet.

Vgl. Nonninger, a.a.O., § 43 Rn. 2; Gerstein, a.a.O., § 43 Rn. 2a.

Wenn die Erlaubniserteilung aber auf die Einhaltung von Mindeststandards zur Abwehr von Gefährdungen des Kindeswohls ausgerichtet ist und zur Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes gehört, zielt sie nicht darauf, die Qualität eines Leistungsangebotes auszubauen. Die Erlaubnis ist Teil der Schutzaufgabe, nicht aber Steuerungsinstrument im Rahmen der Planungsverantwortung (§ 79 SGB VIII) des Jugendamtes.

Vgl. Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand September 2012, § 43 Rn. 4; zur Gefahr der Vermischung von leistungsrechtlichen und ordnungsrechtlichen Funktionen des Jugendamtes bei der Erlaubniserteilung auch: Gerstein, a.a.O., § 43 Rn. 2.

Wenn die Person für die Kindertagespflege geeignet ist (siehe § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII) besteht nicht zuletzt deshalb nach einhelliger Auffassung ein Rechtsan-

spruch auf die Erteilung der so zu charakterisierenden Erlaubnis; sie ist schon vom Wortlaut des § 42 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII her (" ... ist zu erteilen ... ") nicht in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt.

Vgl. etwa: OVG NRW, Beschluss vom 2. September 2008 – 12 B 1224/08 –, juris; Mann, a.a.O., § 43 Rn. 20; Lakies, a.a.O., § 43 Rn. 12; Happe/Saubier, in: Jans/Happe/Saubier, Kinder- und Jugendhilferecht, Stand April 2012, Erl. § 43 8.1 KJHG, Nr. 17; Gerstein, a.a.O., § 43 Rn. 5.

Dabei wird der Rechtsbegriff der Eignung als Erteilungsvoraussetzung durch § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 sowie Satz 3 SGB VIII konkretisiert. Es handelt sich bei den tragenden Elementen dieser Bestimmungen jeweils um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen, ohne dass ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung besteht.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 27. Juni 2011 – 12 B 507/11 –, juris, m.w.N.

Weil durch die personen- oder sachbezogenen Kriterien der Eignung ggfs. in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen werden könnte,

vgl. zur möglichen Grundrechtsrelevanz: OVG NRW, Beschluss vom 8. November 2006 – 12 B 2077/06 –, juris; Lakies, a.a.O., § 43 Rn. 13 und (speziell für den Fall des § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII) Rn. 23

verlangt das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, nach der in die Berufsfreiheit nach Maßgabe der sog. "Stufenlehre" durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, dass die normativen Vorgaben hinreichend klar und eindeutig sind. Auch wenn es sich hier um eine bloße Regelung der Berufsausübung handeln dürfte, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits durch solche "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" legitimiert sein können, die den Berufstätigen nicht übermäßig und nicht unzumutbar treffen, bei denen Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit in den Vordergrund gestellt werden dür-

fen und für die bei der Festlegung sozialpolitischer Ziele ein weiter Spielraum bestehen soll,

vgl. BVerfG, Urteil vom 23. Januar 1990 – 1 BvL 44/86, 1 BvL 48/87 –, BVerfGE 81, 56, juris, m.w.N.;
vgl. grundlegend: BVerfG, Entscheidung vom 11. Juni 1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377, juris,

ist doch immer eine gesetzliche Regelung erforderlich, die Umfang und Grenzen des eventuellen Eingriffs deutlich erkennen lässt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Juni 1986 – 1 BvR 787/80 –, BVerfGE 73, 280, juris.

Das gilt auch, soweit durch § 4 KiBiZ in Ausfüllung von § 43 Abs. 3 Satz 3 und Abs. 5 SGB VIII u.a. eine Ergänzung dazu, welche Räumlichkeiten nach § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zur Betreuung in Frage kommen (Abs. 4), und die Voraussetzungen geregelt werden, unter denen Tagespflege im Verbund mit anderen Tagespflegepersonen in einer sog. "Großtagespflege" zulässig sein soll (Abs. 2).

Vgl. zur Zulässigkeit von Kindertagesgroßpflegestellen: Lakies, a.a.O., § 43 Rn. 24; Mann, a.a.O., § 43 Rn. 43, m.w.N.

Gleichermaßen nach den vorstehenden Grundsätzen richtet sich die Erteilung einer Tagespflegeerlaubnis für eine geringere Zahl von gleichzeitig anwesenden Kindern als 5 nach Maßgabe von § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII. Impliziert § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII, dass die Erlaubnis kraft Gesetzes im Regelfall zur Betreuung von bis zu 5 gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern befugt,

vgl. etwa Lakies, a.a.O., § 43 Rn. 22; Nonninger, a.a.O., § 43 Rn. 19,

formuliert § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII ein Regel-Ausnahmeverhältnis in der Weise, dass eine Beschränkung auf weniger als 5 Kinder nur im besonderen Einzelfall möglich ist, wenn ein sachlicher Grund dafür vorliegt und die Einschränkung verhältnismäßig ist,

so auch: Stähr, a.a.O., K § 43 Rn. 21a,

also die räumlichen Verhältnisse als sachliches Eignungskriterium (§ 43 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII i. V. m. § 4 Abs. 4 KiBiZ) oder die persönlichen Eignungsvoraussetzungen (§ 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 SGB VIII) die Einschränkung der Erlaubnis fordern, um den Schutz der Kinder gewährleisten zu können.

So wohl auch Nonninger, a.a.O., § 43 Rn. 20;
Mörsberger, a.a.O., § 43 Rn. 22.

Entsprechend der Rechtsnatur der Entscheidung zu § 43 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 SGB VIII handelt es sich deshalb auch bei der Entscheidung über die Erteilung einer Erlaubnis, die zur Kindertagespflege von weniger als 5 gleichzeitig anwesenden fremden Kindern befugt, um eine gebundene Maßnahme.

In Konsequenz dessen hat das Verwaltungsgericht den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt einer Würdigung dahingehend unterzogen, ob er zwingend die Unterschreitung von 5 gleichzeitig zu betreuenden Kindern erfordert. Dem kann die Beklagte – soweit ihre Argumentation nicht ohnehin teilweise am Kern der Problematik vorbei geht – nicht wirksam ihre eigene abweichende Bewertung – namentlich der räumlichen Verhältnisse – entgegen setzen. Die Würdigung der Erkenntnismittel einschließlich der Frage, ob sie zu einer abschließenden Beurteilung ausreichen oder der Sachverhalt weiterer Aufklärung bedarf, fällt nämlich unter die richterliche Überzeugungsbildung nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Der insoweit eröffnete Wertungsrahmen des entscheidenden Gerichtes findet seine Grenze lediglich in der Forderung, dass die aus den Entscheidungsgründen erkennbare Argumentation rational, d. h. willkürfrei sowie ohne gedankliche Brüche und Widersprüche, begründet sein muss und nicht gegen Denkgesetze (Logik), Naturgesetze oder zwingende Erfahrungssätze verstoßen darf.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Mai 2007 – 2 C 30.05 –,
NVwZ 2007, 197, juris, und Beschlüsse vom 14. Ja-

nuar 2010 – 6 B 74.09 –, Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 87, juris, sowie vom 15. Februar 2010 - 2 B 126.09 -, Buchholz 232.0 § 96 BBG 2009 Nr. 1, juris; OVG NRW, Beschluss vom 28. Oktober 2011 – 12 A 1174/11 –, Beschluss vom 21. Oktober 2011 – 12 A 1384/11 –, Beschluss vom 29. Juli 2011 – 12 A 2237/10 –, Beschluss vom 30. Juni 2011 – 12 A 701/11 –, Beschluss vom 9. März 2011 – 12 A 1000/10 –, Beschluss vom 25. Februar 2011 – 12 A 633/10 – sowie Beschluss vom 11. Januar 2011 – 12 A 1765/09 – und Höfling, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage 2010, § 108, Rn. 77ff. und 79ff.; Bamberger, in: Wysk, VwGO, 2011, § 108, Rn. 4; zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 15. Februar 2010 – 2 B 126/09 –, Buchholz 232.0 § 96 BBG 2009, juris, m.w.N.

Derartige Mängel in der Überzeugungsbildung des Verwaltungsgerichts zeigt die Zulassungsbegründung hier indes nicht auf. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, den Sachverhalt – so, wie er sich nach den eigenen Feststellungen darstellen soll – einer eigenen kritischen Würdigung zu unterziehen und dabei für richtungsweisende Fragen zu einem anderen Ergebnis zu gelangen.

Soweit die Beklagte geltend macht, die Räumlichkeiten verfügten über eine unzureichende Aufteilung, um die gerade bei einer Großtagespflege mit ihren verschiedenen und jeweils individuell betreuten Kindergruppen erforderlichen Rückzugsmöglichkeiten zu bieten, begründet sie dies zudem mit einem bloßen – auf eine Qualitätsverbesserung gerichteten – Programm, das der Deutsche Verein in seinem Positionspapier zu den aktuellen Entwicklungen in der Kindertagespflege,

NDV 2011, 241 (252),

aufgestellt hat, und bezieht sie sich auf das - nicht zur Großtagespflege, sondern lediglich zu Gruppen von Tageseinrichtungen ergangene - Rundschreiben Nr. 42/627/2009 des Landschaftsverbands Rheinland. Sie fehlinterpretiert zudem die Stellungnahme des Sozialdienstes Katholischer Frauen e.V. vom 11. November 2009. Der SKF hat eine Beschränkung auf 7 – 8 Kinder nicht damit begründet, dass die Abtrennung der Nische als Rückzugsort durch einen Vorhang lediglich eine Behelfslösung darstelle, die allenfalls für 7 – 8 Kinder ausreichende Raumverhält-

nisse schaffe, sondern er hat mit der Größe der Gesamtgruppe argumentiert, die bei 9 Kindern wenig familienähnlich als vielmehr einrichtungscharakteristisch sei. Der überzeugenden Auffassung des Verwaltungsgerichtes, dass dieses Kriterium der Familienähnlichkeit vorliegend jedoch nicht zur Einschränkung der Berufsausübung von Pflegepersonen herangezogen werden könne, weil es keinen ausdrücklichen Eingang in das Gesetz gefunden habe und zu wenig konkret sei, ist die Beklagte im Kern lediglich mit dem Hinweis begegnet, im Rahmen von § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII einen Beurteilungsspielraum zu besitzen, der ihr bei der Einzelfallprüfung eine Berücksichtigung des Kriteriums der "Familienähnlichkeit" erlaube. Diese Annahme ist – wie eingangs dargelegt – hingegen ebenso wenig zutreffend, wie sich allein schon daraus, dass sich aus § 4 Abs. 2 Satz 2 KiBiZ das Leitbild des Gesetzgebers von einer persönlichen Betreuung der Kinder durch die jeweilige Tagespflegeperson auch in der Großtagespflege ableiten lässt, eine hinreichend bestimmte Grenze der zulässigen Gruppengröße ablesen lässt.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zu § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO führt das Zusammenwirken des SGB VIII mit dem KiBiZ unter Berücksichtigung auch des Grundrechts aus Art. 12 GG nicht zu einer Komplexität, die der Sache die ferner geltend gemachten besondere rechtliche Schwierigkeiten i. S. v. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO verleiht. Wesentliche entscheidungserhebliche Fragen haben in der Rechtsprechung und/oder Literatur bereits eine Antwort erfahren, deren Übertragung auf den konkreten Fall an einen auf das Jugendhilferecht spezialisierten Spruchkörper keine erhöhten Anforderungen stellt und eines Berufungsverfahrens nicht bedarf.

Schließlich kann die Berufung auch nicht nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO wegen einer grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen werden. Wenn die Beklagte Antworten zu den "hier relevanten rechtlichen Fragen und dem Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen der Gesetzgebung" erwartet, ist dem schon keine Einkleidung der Problematik in konkrete – einerseits verallgemeinerungsfähige und andererseits eindeutig zu beantwortende – Fragen erfolgt. Das Problemfeld wird vielmehr mit seinen verschiedenen Aspekten so abstrakt-offen dargestellt, dass die Fragestellung letztlich nur in der Art eines Lehrbuchs behandelt werden könnte. Ein solches zu liefern dient die Grundsatzrüge hingegen nicht.

Vgl. auch: BVerwG, Beschluss vom 29. März 2006
– 4 B 1.06 –, BRS 68 Nr. 2012, juris.

Die Einordnung der Erlaubnis nach § 43 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII lässt sich – wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist – zudem ohne weiteres unter Zuhilfenahme bereits ergangener Rechtsprechung und der Fachliteratur aus dem Gesetz beantworten.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 188 Satz 2 Halbsatz 1 VwGO.

Mit dem Beschluss, der nach § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar ist, wird das Urteil des Verwaltungsgerichts ist rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

Jaenecke

Werkmeister

Keller