

## **OVG des Saarlandes**

**Beschluss vom 01.02.2021**

**Aktenz.: 2 B 379/20**

### **Leitsätze**

1. Eine Aufhebung der Tagespflegeterlaubnis wegen nachträglich entfallender Eignung ist nur bei konkreten, schweren Pflichtverletzungen gerechtfertigt.
2. Der Entzug der Erlaubnis zur Kindertagespflege stellt das letzte Mittel zur Gewährleistung des Kindeswohls dar.
3. Die Kooperationsbereitschaft mit dem Jugendamt ist - rein rechtlich betrachtet - kein Eignungskriterium.
4. Einzelfall, in dem eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls nicht dargelegt wurde.

### **Tenor**

Unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 3. Dezember 2020 - 3 L 1362/20 - wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin A gegen den Bescheid des Antragsgegners L vom 28.10.2020 wiederhergestellt.

Die Kosten des gerichtskostenfreien Verfahrens trägt der L.

### **Gründe**

#### **I.**

Die A ist seit über 25 Jahren selbständig als Tagesmutter tätig. Zuletzt wurde ihr mit Bescheid vom 30.04.2019 befristet bis zum 30.04.2024 die Erlaubnis zur Kindertagespflege von fünf fremden Kindern verlängert.

Mit Bescheid vom 28.10.2020 widerrief der L mit Wirkung für die Zukunft - ab dem 03.11.2020 - die der A erteilte Pflegeerlaubnis für die Kindertagespflege in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 30.04.2019 auf der Grundlage von § 48 Abs. 1 Satz 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X), da eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten sei. Diese bestehe darin, dass die A nicht mehr die persönlichen Voraussetzungen zur Geeignetheit für die Erteilung einer Pflegeerlaubnis auf der Grundlage von § 43 Abs. 1 Achstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) erfülle. Wer ein Kind außerhalb der elterlichen Wohnung in anderen Räumen während mehr als 15 Stunden wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreuen möchte, bedürfe der Pflegeerlaubnis. Die Pflegeerlaubnis sei zu erteilen, wenn sowohl die persönliche als auch die fachliche Eignung gegeben sei. Geeignet sei eine Person dann, wenn sie sich - die Sinnhaftigkeit von rechtlichen Beschränkungen des Betreuungsrahmens anerkennend - an diese Vorgaben zum Wohl der Kinder halte. Diese verletze die A unter mehreren Aspekten durch die Überschreitung der Höchstzahl der zu betreuenden Kinder durch zusätzlich aufgenommene Kinder, durch Duldung der Betreuung außerhalb der elterlichen Wohnung jedoch nicht in den Räumen der zur Betreuung zugelassenen Großtagespflegestelle und durch systematisches Unterlassen der Weitergabe von Informationen. Außerdem habe sie am 27.10.2020 um 14 Uhr den Zutritt zu den Räumen der Großtagespflegestelle verweigert. Jeder dieser Aspekte alleine begründe bereits das Aberkennen der persönlichen Geeignetheit. Der L ordnete die sofortige Vollziehung

Pflegeurlaubnis sei fallbezogen nicht ersichtlich. Gerade der in Rede stehende Pflichtenverstoß der Verweigerung des Zugangs zur Tagespflegstätte spreche mit Gewicht dafür, dass bei anderen in Erwägung zu ziehenden Maßnahmen zukünftig nicht mit der notwendigen Rechtssicherheit durch von der A sofort geduldete und auch ansonsten ungestörte örtliche Überprüfung festgestellt werden könnte, ob eine Kinderwohlgefährdung bei weiterer Genehmigung der Tagespflege in Frage stehe. Der Vortrag im gerichtlichen Verfahren berechtige auch nicht zur Hoffnung, dass diesbezüglich eine evidente Wiederherstellung der Zuverlässigkeit der A im noch laufenden Verfahren zu erwarten sei.

Gegen diesen Beschluss, der den Prozessbevollmächtigten der A am 03.12.2020 zugestellt wurde, richtet sich die am 17.12.2020 eingegangene und am 04.01.2021, einem Montag, begründete Beschwerde der A.

## II.

Die gemäß § 146 VwGO statthafte Beschwerde der A gegen den Beschluss des VG vom 03.12.2020 – 1 L 1362/20 -, mit dem ihr Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres gegen den Bescheid des L vom 28.10.2020 eingelegten Widerspruchs zurückgewiesen wurde, ist zulässig und begründet.

Die in dem Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der A vom 04.01.2021 dargelegten Beschwerdegründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen eine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung. Zur Begründung ihrer Beschwerde trägt die A vor, es gebe keine Gründe, dass das Wohl der ihr anvertrauten Kinder durch ihr Verhalten betroffen sein könnte. Sie verfüge über jahrzehntelange Erfahrungen in der Kindertagespflege und über kindgerechte Räumlichkeiten. Eine Kooperationsverpflichtung mit dem Jugendamt sei lediglich in § 43 Abs. 3 Satz 6 SGB VIII vorgesehen, der die Tagesbetreuungsperson dazu verpflichte, das Jugendamt über wichtige Ereignisse zu unterrichten, die für die Betreuung der Kinder bedeutsam seien. Hieraus könne man allerdings keine Verpflichtung der Tagespflegeperson zur Meldung der Veränderung von Betreuungszeiten herleiten. Der L mache keine Ausführungen dazu, über welches wichtige Ereignis betreffend eines ihr anvertrauten Kindes sie angeblich nicht berichtet habe. Die Höchstzahl der zu betreuenden Kinder sei von ihr nicht überschritten worden. Der Bescheid vom 28.10.2020 schildere insoweit keinen konkreten Sachverhalt. Vielmehr werde auf Seite 2 des Bescheids behauptet, dass Frau H – nicht sie – sich in einem Schreiben vom 14.10.2020 dahingehend geäußert habe, dass sich die Höchstgrenze nach ihrer beider Auffassung nur auf die durch das Jugendamt vermittelten Kinder beziehe. Sie selbst sei mit der Überschreitung der Höchstgrenzen in dem Anhörungsschreiben vom 24.9.2020 konfrontiert worden. Frau H wiederum habe im Rahmen ihrer Anhörung lediglich ausgeführt, dass, soweit der L den Verdacht geäußert hätte, dass sie zusätzlich auf eigene Rechnung Kinder betreue, die dem L nicht namentlich bekannt seien, nochmals darauf hinzuweisen sei, dass ihr das grundsätzlich gestattet sei. Sie übe ihre Tätigkeit als selbständige Tätigkeit aus, weswegen es ihr ohne weiteres gestattet sei, im Rahmen bestehender gesetzlicher Vorschriften private Betreuungsleistungen zu erbringen. Diesen Ausführungen sei weder zu entnehmen, dass Frau H meine, mehr als fünf Kinder gleichzeitig betreuen zu dürfen, oder das getan habe oder tue, noch gehe daraus hervor, dass sie, die A sich hierzu berechtigt fühle, dies getan hätte oder tue. Die Behauptung in der Begründung des Bescheids „Sie haben daher an allen Tagen, an denen Sie zusätzlich zu den beim Jugendamt registrierten zu betreuenden Kindern weiter Kinder betreut haben, die Höchstzahl der gleichzeitig anwesenden Kinder überschritten“ hänge vollständig in der Luft, weil es keinen konkreten Anlass gebe, zu behaupten, sie habe jemals gleichzeitig mehr als fünf Kinder betreut. Es sei keine einzige konkrete Begebenheit genannt und gebe auch keine. Der Bescheid könne auch nicht damit begründet werden, sie habe während der Notbetreuung entgegen des Durchmischungsverbots eigene Kinder (respektive ihre Enkelkinder) zusammen mit fremden Kindern betreut. Auch dieser Behauptung liege kein konkret geschilderter Sachverhalt

Betreuungsstunden ab, werde im Rahmen des Widerspruchs- und eines evtl. Klageverfahrens widerlegt werden. Mit dem diesbezüglichen Vortrag setze sich der angefochtene Beschluss des VG nicht auseinander. Zwischen den Beteiligten herrsche, seitdem der Sachbearbeiter W die Bearbeitung übernommen habe, Streit um die Frage, welche Transparenzpflichten sie in Bezug auf Berichte zu tatsächlichen Betreuungszeiten gegenüber dem Jugendamt treffen. Sie habe dargelegt, dass die Betreuungszeiten sich an den Bedarf der Eltern orientiere und sei der Auffassung, dass sie nicht verpflichtet sei, die Betreuungszeiten wöchentlich zu melden. Die von ihr geforderte Quartalsstatistik habe sie immer geführt und vorgelegt. Es könne nicht nachvollzogen werden, inwieweit ein Streit um Abrechnungsfragen das Kindeswohl betreffen solle, zu Zweifeln an ihrer Eignung sowie dazu führen könne, dass ein Vollzugsinteresse des L gegenüber ihrem Suspensivinteresse überwiege. Sie sei seit Jahrzehnten in der Kindertagespflege tätig und ihre Abrechnungspraxis habe sich nicht geändert. L habe seine Anforderung geändert, wobei allerdings unklar bleibe, auf welcher rechtlichen Grundlage. Soweit das VG darauf abgestellt habe, dass sie dem L am 27.10.2020 den sofortigen Zutritt zu den Räumlichkeiten verweigert hätte, habe sie mehrfach darauf hingewiesen, dass sie den Zutritt gerade nicht verweigert habe und dies eidesstattlich versichert. Sie habe sich noch nie in ihrer langjährigen Praxis Überprüfungen ihrer Großpflegestelle entzogen. Es treffe nicht zu, dass sie für irgendwelche Verzögerungen verantwortlich zu machen sei. Sie habe auch schon vor dem Eintreffen des Rechtsanwalts ihrer Tochter ausdrücklich angeboten, dass die Anwesenden in die Großpflegestelle kommen sollten, was dann aber damit abgelehnt worden sei, dass man nun auf den Anwalt von Frau H warten wolle. Im Übrigen rechtfertige ein einmaliger Verstoß die Entziehung der Tagespflegeerlaubnis nicht. Dies habe erst recht zu gelten, wenn es sich um eine seit Jahrzehnten unbescholten in der Tagespflege tätige Tagesmutter handele. Der massive Einsatz der betroffenen Eltern spreche dagegen, dass irgendwelche Befürchtungen im Hinblick auf das Kindeswohl hätten gehegt werden müssen. Für die Anordnung des Sofortvollzugs finde sich im Bescheid vom 28.10.2020 keine nachvollziehbare Begründung. Der L habe weder konkret dargelegt, dass sie jemals mehr als fünf Kinder gleichzeitig betreut hätte, noch dargelegt, dass ihr eine Missachtung des Infektionsschutzgesetzes zur Last falle.

Die unter Berücksichtigung dieses Beschwerdevorbringens im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem Interesse der A, von den Wirkungen des Bescheides vorläufig bis zu einer Entscheidung über ihren Widerspruch verschont zu bleiben und ihren Beruf weiter ausüben zu können, überwiegt das öffentliche Interesse an einer unverzüglichen Durchsetzung der Verfügung, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 28.10.2020 bestehen.

Zwar bestehen bezüglich des vom VG vorgenommenen Austauschs der Rechtsgrundlage – § 5 Abs. 5 Satz 6 SKBBG statt § 48 SGB X – keine Bedenken. Maßgebliches Kriterium ist in beiden Fällen das am Kindeswohl orientierte Kriterium der Eignung zur Kindertagespflege. Nach § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII sind Personen für die Ausübung der Tagespflege geeignet, die sich durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnen (Nr. 1) und über kindgerechte Räumlichkeiten (Nr. 2) verfügen. Der in § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII verwendete Begriff der Eignung einer Tagespflegeperson ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung der vollen gerichtlichen Prüfung unterliegt. Bei nicht speziell ausgebildeten Kindertagespflegepersonen ist hierbei auf das Gesamtbild der Persönlichkeit, deren Sachkompetenz sowie soziale und kommunikative Kompetenz abzustellen. Mit Blick auf die Zielrichtung der Regelung des § 43 Abs. 2 SGB VIII, die in § 22 Abs. 2 und 3 SGB VIII normierten Grundsätze der Förderung zu verwirklichen, sollen über das Merkmal der Eignung der Tagespflegeperson Qualitätsstandards gesetzt und eine kindgerechte Pflege der zu betreuenden Kinder sichergestellt werden. Eine Aufhebung der Tagespflegeerlaubnis wegen nachträglich entfallener Eignung zur Tagespflege ist bei schweren Pflichtverletzungen gerechtfertigt. Dies sind insbesondere Verhaltensweisen, die - unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles und situativer

habe Betreuungszeiten bei zwei (namentlich genannten) Kindern unrichtig angegeben, bereits in dem Anhörungsschreiben vom 06.10.2020 substantiiert entgegen getreten. Im vorliegenden Verfahren hat sie zur Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit der Behauptung des L in der Antragsrüge, sie habe es in den zurückliegenden Monaten unterlassen, überhaupt irgendwelche Veränderungen bei den Betreuungszeiten mitzuteilen, entsprechende Anpassungsmitteilungen zu veränderten Stundenzahlen der von ihr betreuten Kinder vorgelegt. Ob und in welchem Umfang die A insoweit gegen ihre Mitteilungspflichten verstoßen hat und ob dies nach den Umständen des Einzelfalles ausreicht, um ihr die persönliche Eignung für die Kindertagespflege abzuspochen, kann im vorliegenden (summarischen) Eilverfahren nicht abschließend geklärt werden.

Soweit der L in seinem Schriftsatz vom 27.01.2021 vorträgt, aus den Darlegungen der A im vorliegenden Verfahren sei erkennbar, dass diese substantiell mehr Betreuungszeiten abgerechnet habe als in Anspruch genommen worden seien, war dies nicht Gegenstand des Bescheides vom 28.10.2020. Die Berechtigung der Schlussfolgerung des L, bestenfalls habe die A nur zu viel Geld abgerechnet, schlimmeren Falls habe sie mehr als 5 Kinder zeitgleich betreut, ist im Eilverfahren nicht klärbar.

Auf den Vorwurf der Verweigerung eines Zutritts zu den Räumen der Großpflegestelle am 27.10.2020 kann der Widerruf der Pflegeerlaubnis gegenüber der A schwerlich gestützt werden. Abgesehen davon, dass die Kooperationsbereitschaft gegenüber dem Jugendamt wie erwähnt für sich genommen kein Eignungskriterium darstellt, hat die A in dem Zusammenhang glaubhaft versichert, dass sie den Zutritt nicht verweigert und schon vor dem Eintreffen des Rechtsanwalts ihrer Tochter angeboten habe, dass die Anwesenden in die Großpflegestelle kommen sollten, was dann aber unter Hinweis darauf abgelehnt worden sei, dass man nun auf den Anwalt von Frau H warten wolle. Dies findet in dem Bescheid vom 28.10.2020 auch insoweit (teilweise) eine Stütze, als darin ausgeführt ist, dass die A später den Zugang ermöglicht habe. Es sei jedoch Teil der örtlichen Prüfung, dass nicht sie entscheide, welchen Vertretern welcher Behörde sie eingeschränkt Zutritt gewähre. Unabhängig von der Frage, ob, wie das VG angenommen hat, eine Pflicht besteht, die Durchführung einer Überprüfung „ohne Verzögerung“ zu dulden, divergieren die Darstellungen über den Hergang der Ortsbesichtigung erheblich. Insoweit dürfte aber feststehen, dass die Verzögerung, so sie denn überhaupt erheblich gewesen sein sollte, maßgeblich auf Frau H und ihren Wunsch, ihren Anwalt hinzuzuziehen, nicht aber auf das Verhalten der A zurückzuführen war. Davon abgesehen ist auch insofern eine eingehende Klärung im vorliegenden Eilverfahren nicht möglich, sondern bleibt für den Fall der Entscheidungserheblichkeit einem Hauptsacheverfahren, in dem gegebenenfalls auch Zeugen vernommen werden können, vorbehalten.

Abgesehen von den sich danach ergebenden ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Bescheides überwiegt das Interesse der A an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs auch deshalb, weil das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung vergleichsweise gering ist. Zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der Pflegeerlaubnis ist in dem Bescheid eher vage ausgeführt, die A habe die rechtlichen Grenzen zum Wohl der zu betreuenden Kinder in einem Maße verletzt, dass ein Abwarten bis zur Klärung der Rechtskraft des Bescheides die Kindeswohlgefährdung insbesondere wegen einer zu hohen Zahl an zu betreuenden Kindern und wegen Missachtung des Infektionsschutzgesetzes so stark überwiege, dass zum Schutz der betreuten Kinder umgehendes Handeln erforderlich sei. Was die angebliche Missachtung des Infektionsschutzgesetzes angeht, dürfte dies wiederum nicht die A selbst, sondern ihre Tochter betreffen. Abgesehen davon liegt eine Kindeswohlgefährdung nur dann vor, wenn eine gegenwärtige oder zumindest unmittelbar bevorstehende Gefahr für die Kindesentwicklung abzusehen ist, die bei ihrer Fortdauer eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt. Konkrete Hinweise dafür, dass das Verhalten der A eine solche erhebliche Schädigung des Kindeswohls im Fall der Weiterführung der Kindertagespflege bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache erwarten ließe, lagen und liegen auch unter Berücksichtigung