

Az.: 4 B 173/17
5 L 425/17

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Leipzig
vertreten durch den Landrat

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Aufhebung Kindertagespflegeerlaubnis; Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
hier: Beschwerde

hat der 4. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Künzler, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. John und den Richter am Verwaltungsgericht Ranft

am 23. Oktober 2017

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 28. Juni 2017 - 5 L 425/17 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des gerichtskostenfreien Beschwerdeverfahrens.

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Die mit der Beschwerde vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, ergeben nicht, dass es das Verwaltungsgericht zu Unrecht abgelehnt hat, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 22. Mai 2017 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 17. Mai 2017, mit dem die der Antragstellerin erteilte Erlaubnis für die Tätigkeit als Kindertagespflegeperson mit Wirkung zum 29. Mai 2017 aufgehoben wurde, wiederherzustellen.
- 2 1. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts überwiege das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der unter dem 29. November 2012 erteilten Erlaubnis zur Kindertagespflege das private Interesse der Antragstellerin, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens weiterhin der bisher ausgeübten Tätigkeit der Kindertagespflege nachgehen zu können, weil die Aufhebungsentscheidung nach summarischer Prüfung rechtmäßig sei.
- 3 1.1. Der angegriffene Bescheid sei formell rechtmäßig, insbesondere sei der Antragstellerin unter Beifügung eines Bescheidentwurfs unter dem 11. Mai 2017 Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Aufhebungsentscheidung gegeben worden, die sie unter dem 16. Mai 2017 auch genutzt habe. Der Antragsgegner habe diese Stellungnahme berücksichtigt, da der am 17. Mai 2017 ergangene Bescheid auf

sie eingehe. Es seien keine Fristsetzungen erkennbar, die es der Antragstellerin unmöglich gemacht hätten, substantiiert Stellung zu nehmen.

- 4 1.2. In der Sache finde der Bescheid seine Rechtsgrundlage in § 48 SGB X i. V. m. § 43 Abs. 2 SGB VIII. In den tatsächlichen Verhältnissen, die bei Erlass der Erlaubnis zur Kindertagespflege im Jahr 2012 und zuvor bereits im Jahr 2007 vorgelegen haben, sei eine wesentliche Änderung eingetreten. Die persönliche Eignung liege nicht mehr vor, da die Antragstellerin den ihr mit der Übernahme der Aufgaben einer Tagespflegemutter auferlegten Pflichten nicht im ausreichenden Maße nachgekommen sei, so dass es zu einer drohenden Kindeswohlgefährdung gekommen sei. Der Antragstellerin mangle es an der für die Ausübung einer Tätigkeit als Tagespflegeperson notwendigen Geeignetheit, da sie ihrer Fürsorge- und Aufsichtspflicht für die ihr anvertrauten Kinder nur in ungenügendem Maße nachgekommen sei. Die festgestellten Mängel an persönlicher Integrität und Zuverlässigkeit ließen negative Auswirkungen von nicht unerheblichem Gewicht auf die betreuten Kinder konkret befürchten. So habe die Antragstellerin mehrfach mehr als fünf gleichzeitig anwesende Kinder betreut und die von ihr zu betreuenden Kinder in der Obhut dritter Pflegepersonen belassen, ohne dass sie zugegen gewesen sei.
- 5 1.2.1. Zunächst habe sie am 15. Januar 2009 mehr als fünf fremde Kinder gleichzeitig betreut, wobei dahingestellt bleiben könne, ob es sechs Kinder - wie sie behaupte - oder sieben Kinder - wie der Antragsgegner unter Berufung auf die angetroffenen Kinder und die vorgelegten Verträge schlussfolgere - gewesen seien. Trotz Belehrung über ihr Fehlverhalten und eine im Ordnungswidrigkeitsverfahren erteilte Geldbuße habe sie in der Folge erneut mehr als fünf Kinder gleichzeitig betreut. So habe die Antragstellerin am 22. Mai 2017 eingeräumt, dass sie - im Wissen nur fünf Kinder betreuen zu dürfen - am Tag des Vor-Ort-Termins des Jugendamtes am 25. April 2017 sieben fremde Kinder, von denen zwei vertraglich nicht gebunden gewesen seien, gleichzeitig betreut habe. Sie habe daher vorsätzlich rechtswidrig gehandelt. Aufgrund ihres Verhaltens habe die Antragstellerin erhebliche Zweifel daran aufkommen lassen, dass sie festgestellte Verstöße kritisch zu hinterfragen vermag. Sinn und Zweck der Festlegung der Höchstkinderzahl scheine im Bewusstsein der Antragstellerin nicht angekommen zu sein. Jedenfalls spreche alles dafür, dass sie nicht willens oder in der Lage sei, die gleichzeitige Anwesenheit von höchstens fünf fremden Pflegekindern in

den Betreuungsräumen sicher zu stellen. Die Höchstzahl der zu betreuenden Kinder sei auch nicht nur einmalig und nur zufällig immer an den Tagen der Vor-Ort-Kontrollen des Antragsgegners überschritten worden. Aus der Sichtung der vorgelegten Betreuungsverträge und der Mitteilung der Stadt B. zu den geltend gemachten vergüteten Kinderbetreuungsleistungen lasse sich ersehen, dass das Kind S.B. ab März 2016 als sechstes Kind in der Tagespflege der Antragstellerin mit neun Stunden täglich betreut worden sei. Für eine auf die gleichzeitige Betreuung von immer nur fünf Kindern gerichtete Organisation der Tagespflege sei nichts ersichtlich zumal die Betreuungsverträge eine neunstündige Betreuung mit einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung enthielten. Damit stehe fest, dass die Antragstellerin eindeutig und wiederholt die höchstzulässige Pflegekinderzahl überschritten habe. Diese sei für die Erlaubnis essentiell. Es bestehe ein Zusammenhang zwischen der Höchstzahl der zu betreuenden Kinder und der Kindeswohlgefährdung bei Überschreiten der erlaubten Anzahl zu betreuender Kinder. Der Umstand, dass der Antragsgegner den Verstoß vom 15. Januar 2009 nicht zum Anlass genommen habe, die damalige Erlaubnis zur Kindertagespflege zu widerrufen oder von der Erteilung der Erlaubnis vom 29. November 2012 abzusehen, bedeute nicht, dass dieses Fehlverhalten bei der Prüfung der Geeignetheit der Antragstellerin nicht mehr zu berücksichtigen sei. Auch zahlreiche kleinere Verstöße könnten die Nichteignung einer Tagespflegeperson begründen, da sie auf eine gewisse Hartnäckigkeit und eine verfestigte Einstellung, die geltenden Regelungen zu ignorieren, hindeuteten. Soweit die Antragstellerin vortrage, die Mehrbetreuung vor Erteilung einer Betriebserlaubnis für eine Kindertagesstätte in Erwartung einer solchen vorgenommen zu haben, rechtfertige dies ihr Handeln nicht, da sie nicht im Besitz einer Erlaubnis zum Betrieb einer Kindertagesstätte sei.

- 6 1.2.2. Ihre fehlende Eignung als Tagespflegemutter könne die Antragstellerin auch nicht deshalb in Abrede stellen, weil sie dritte Personen, die keine Erlaubnis zur Tagespflege besäßen, gebeten habe in ihrer Abwesenheit die Kindertagespflege an ihrer Stelle auszuüben. Es sei unzulässig, eine andere Person mit der Überwachung und Pflege der Kinder zu beauftragen. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass es sich um ausgebildete Pädagogen gehandelt habe, belege ihre mangelnde Einsicht, welcher Verantwortung sie als Tagespflegeperson gerecht werden müsse. Die regelmäßig für längere Zeit angebotene Kindertagespflege sei eine höchstpersönliche

zu erbringende soziale Dienstleistung, deren Erfüllung auch nicht in kleinerem Umfang und auch nicht im Einvernehmen mit Dritten und in Absprache mit den Eltern auf Dritte übertragen werden dürfe. Schon eine geringfügige Abweichung lasse auf ein mangelndes Problembewusstsein und damit auf eine mangelnde Verlässlichkeit schließen. Allein aufgrund der bewussten Vernachlässigung der eigenen Aufsichtspflichten und ungeachtet des Grades der konkret in Kauf genommenen Kindeswohlgefährdung sei von einer Unzuverlässigkeit und fehlenden Eignung auszugehen. Die von der Antragstellerin zum Einsatz dritter Personen angeführte Begründung, dass sie Betreuungspersonal in Erwartung einer beantragten Betriebserlaubnis eingestellt habe, weil es das Landesjugendamt so gefordert habe, könne nicht überzeugen und sei durch nichts belegt. Dass Voraussetzung der Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Kindertagesstätte bereits eingestelltes Personal sein solle, sei angesichts der zeitlichen Unwägbarkeiten völlig abwegig zumal dieses Personal ohne Leistung zu entlohnen wäre und Lohnnebenkosten zu leisten wären.

- 7 1.2.3. Der Antragsgegner stütze den Widerruf der Tagespflegerlaubnis auch darauf, dass die Antragstellerin mangelnde Kooperationsbereitschaft mit dem örtlichen Träger der Jugendhilfe zeige. Die Kooperationsbereitschaft, die in § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII nur im Verhältnis zu den Erziehungsberechtigten angesprochen sei, erstrecke sich auch auf das Verhältnis gegenüber dem Träger der örtlichen Jugendhilfe, was beispielsweise in der Unterrichtspflicht gemäß § 43 Abs. 3 SGB VIII zum Ausdruck komme. Die Tagespflegeperson habe nachzuweisen, dass sie die Erlaubnis einhalte. Hierzu zähle auch die Mitteilung der Vorkehrungen zur Einhaltung der vorgeschriebenen Höchstzahl der zu betreuenden Kinder. Gerade wegen der festgestellten Verstöße hätte die Antragstellerin dem Jugendamt darlegen müssen, welche Kinder sie in welchen Zeiträumen betreut und wie sie zeitliche Überschneidungen verhindert habe. Angesichts der konkreten Situation sei die Antragstellerin beweisbelastet, dass sie die gesetzlichen Regelungen einhalte. Bei der Nichtvorlage der vom Antragsgegner angeforderten Anwesenheitslisten für den Zeitraum Januar 2016 bis 25. April 2017 handle es sich nicht um ein Verhalten unmittelbar im Umgang mit Kindern, gleichwohl lasse es den Schluss auf Defizite der Antragstellerin bei der Erfüllung ihrer obliegenden Pflichten zu. Zu den an die Kindertagespflege zu stellenden Anforderungen gehöre auch, dass wichtige administrative Tätigkeiten, die aufgrund der Kindertagespflege entstehen, zuverlässig

erfüllt werden. Wenn - wie hier - mehr als fünf Vollzeitbetreuungsverträge vorlägen, die Antragstellerin aber nur fünf Kinder gleichzeitig betreut haben wolle, sei eine entsprechende Dokumentation zum Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens unabdingbar. Als Schutzbehauptung werde es angesehen, dass der Antragstellerin diese Dokumentation nicht vorliege und sie diese nicht erstellen könne, da die Antragstellerin diese zum Nachweis des erzielten Einkommens im Rahmen der Einkommensteuererklärung benötige. Im Übrigen ändere die behauptete Unfähigkeit zur Vorlage der Dokumentation nichts daran, dass diese gerade nicht vorliege.

8 2. Die Antragstellerin ist der Auffassung, das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht von der Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung ausgegangen.

9 2.1. Mit Blick auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs sei der Aufhebungsbescheid vom 17. Mai 2017 unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urt. v. 14. November 1984 - 1 RA 3/84 -, juris Rn. 16; Urt. v. 23. August 2005 - B 4 RA 29/04 R -, juris Rn. 25; Urt. v. 26. Juli 2016 - B 4 47/15 R -, juris Rn. 20) formell rechtswidrig, weil die Regelanhörungszeit von zwei Wochen nicht eingehalten worden sei. Dass von der Anhörung nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 SGB X hätte abgesehen werden können, sei ohne Belang, da ein Anhörungsverfahren eingeleitet worden sei.

10 2.2. In der Sache sei ihr die Geeignetheit zur Kindertagespflege nach § 43 Abs. 2 SGB VIII zu Unrecht abgesprochen worden.

11 2.2.1. Die festgestellte Betreuung von mehr als fünf Kindern begründe ihre Ungeeignetheit nicht. § 43 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII zeige, dass der Umstand der Betreuung von mehr als fünf Kindern als solcher nicht Kindeswohlgefährdend sei. Eine konkrete Kindeswohlgefährdung hätten auch weder der Antragsgegner noch das Verwaltungsgericht feststellen können, vielmehr sei es den Kindern gut gegangen. Die vom Verwaltungsgericht geschlussfolgerte abstrakte Kindeswohlgefährdung verkenne die Gegebenheiten des Einzelfalls. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Eignung müsse eingedenk der Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG mit Augenmaß erfolgen. Danach komme eine Entziehung der Tagespflegeerlaubnis nur bei grober Verletzung eindeutig pflegfachlich unstreitiger Anforderungen in Betracht.

Soweit nach einem Senatsbeschluss vom 17. Dezember 2015 (- 4 A 253/15 -, juris) die Geeignetheit einer Tagespflegeperson nicht mehr gegeben sei, wenn wiederholt in einem kurzem Zeitraum die zulässige Anzahl der zu betreuenden Kinder erheblich und für längere Zeit überschritten werde, sei hier eine vergleichbare Situation nicht gegeben. Es sei lediglich am 15. Januar 2009 und am 25. April 2017 eine Zuvielbetreuung festgestellt worden. Zudem dürfe der Pflichtenverstoß vom 15. Januar 2009 als erste Verfehlung seiner Art nicht mehr berücksichtigt werden, weil er acht Jahre zurückliege und er der Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege am 29. November 2012 nicht entgegengestanden habe. Die zweifache Verfehlung sei auch keine Vielzahl von kleineren Verstößen, die eine gewisse Hartnäckigkeit und verfestigte Einstellung, die für die Tagespflege geltenden Regelungen zu ignorieren begründe. Vielmehr seien die Verstöße der Unwissenheit in Bezug auf die von ihr beantragte Erlaubnis zur Eröffnung einer Kindertageseinrichtung geschuldet.

- 12 2.2.2. Auch die vom Antragsgegner am 25. April 2017 festgestellte Fremdbetreuung lasse ihre Geeignetheit nicht entfallen. Soweit die Betreuung der der Tagespflegeperson zugeordneten Kinder durch Dritte in der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 8. März 2017 - 4 B 12/17 -, juris Rn. 8; Beschl. v. 7. Juli 2016 - 4 A 644/15 -, juris Rn. 7) sehr restriktiv gesehen werde, betreffe dies nur solche Fallkonstellationen, in denen die Kinder allein in der Kindertagespflegestätte zurückgelassen oder durch ungelernete Kräfte über einen schon länger zu nennenden Zeitraum beaufsichtigt worden seien. Es existiere kein generelles Verbot für Tagespflegepersonen, sich unterstützen zu lassen, sondern lediglich die Pflicht der höchstpersönlichen Mitbetreuung. Ausgehend hiervon mangle es ihr nicht an der Einsicht bezogen auf die Verantwortung als Tagespflegeperson. Vielmehr zeige gerade der Umstand, dass sie - selbst für Unterstützungsleistungen - nur fachgerechtes Personal herangezogen habe, dass ihr die an sie gestellten Anforderungen bewusst seien.

- 13 2.2.3. Die Kooperationsbereitschaft der Tagespflegeperson mit dem Jugendamt sei entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts bereits kein Eignungskriterium i. S. d. § 4 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII. Die Vorschrift spreche lediglich von der Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und bestimme die Anforderungen an die Geeignetheit abschließend. Eine extensive Auslegung verbiete

sich mit Blick auf den damit einhergehenden Eingriff in die Berufsfreiheit. Zudem bestehe im Interesse des betreuten Kindes nur die Notwendigkeit, die Kommunikation mit allen Personen, mit denen das Kind zu tun hat und haben wird, zu fördern und zu pflegen. Für eine darüber hinausgehende Kooperationsbereitschaft gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestehe kein Bedarf. Vielmehr verwechsle das Verwaltungsgericht Kooperationsbereitschaft mit der Erfüllung gesetzlicher Mitteilungs- bzw. Unterrichtungspflichten. Letztere zeichneten sich gerade nicht durch einen fortwährenden Austausch über alle Belange in Beziehung zu Angelegenheiten der betreuten Kinder aus, sondern bestünden nur in den Fällen, in denen eine Kindeswohlgefährdung in Betracht komme.

- 14 Selbst wenn eine Kooperationsbereitschaft zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe ein Eignungskriterium wäre, sei diese nicht wegen der Nichtvorlage der Anwesenheitslisten verletzt. Für die Nachweisforderung des Antragsgegners fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Anders als die Erlaubnis aus dem Jahr 2007 enthalte die zuletzt erteilte Erlaubnis vom 29. November 2012 keine Nebenbestimmung dergestalt, dass Betreuungszeiten aufzuzeichnen seien. Allenfalls nach einem festgestellten Verstoß gegen die Höchstzahl der zu betreuenden Kinder bestehe ggf. eine Aufzeichnungspflicht. Insoweit sei die Unfähigkeit zur Vorlage der Anwesenheitslisten keine Schutzbehauptung, zumal sie auch nicht für die Einkommensteuererklärung vorzuhalten seien. Für diese seien lediglich die Betriebseinnahmen relevant.
- 15 3. Diese Darlegungen rechtfertigen keine Änderung der angegriffenen Entscheidung.
- 16 3.1. Der angegriffene Bescheid ist nicht wegen eines Anhörungsmangels rechtswidrig. Gemäß § 24 Abs. 1 SGB X ist, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Dabei darf eine dem Betroffenen gesetzte Äußerungsfrist i. d. R. zwei Wochen nicht unterschreiten (Mutschler in: Kassler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB X, Stand: 97. EL, Juli 2017, § 24 Rn. 19 m. w. N.). Soweit diese Frist aus dem Schreiben vom 11. Mai 2017 mit nur fünf Tagen zu kurz bemessen war, was grundsätzlich einem Unterlassen der Anhörung gleich steht (vgl. Mutschler a. a. O. Rn. 18 m. w. N.), ist eine Heilung nach § 41

Abs. 1 Nr. 3 SGB X eingetreten. Danach ist die Verletzung einer Verfahrensvorschrift unbeachtlich, wenn die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird. Hierzu zählt die umfassende Äußerung des Betroffenen, wenn seinen Ausführungen nicht eindeutig zu entnehmen ist, dass er eine weitere ergänzende Äußerung abgeben will und er sich diese nicht vorbehält (vgl. Mutschler a. a. O. Rn. 19, 21). Die Antragstellerin hat sich mit Telefax vom 16. Mai 2017 durch ihre Prozessbevollmächtigten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geäußert. Der acht-, mit Anlagen neunzehnteilige Schriftsatz enthält weder einen Vorbehalt einer weitergehenden Stellungnahme noch wurde deutlich, dass aufgrund der Fristsetzung ein Eingehen auf bestimmte Sachverhalts- oder Rechtsfragen nicht möglich gewesen sei. Vielmehr erweckt er den Eindruck der umfänglichen und - für das Verfahrensstadium - abschließenden Einlassung. Es kann daher dahinstehen, ob die Regelanhörungsfrist von zwei Wochen durch die Ankündigung des "Entzugs der Pflegeerlaubnis" im Schreiben des Antragsgegners vom 28. April 2017 eingehalten worden war.

- 17 Der hier aufgezeigten Heilung des Verfahrensfehlers steht nicht entgegen, dass das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 26. Juli 2016 (- B 4 AS 47/15 R -, juris Rn. 20) festgehalten hat, dass eine unangemessen kurze Frist der unterlassenen Anhörung gleichsteht, "ohne dass zu prüfen ist, ob der Betroffene sich auch tatsächlich zu dem Verwaltungsakt geäußert hatte oder hätte äußern wollen (Mutschler in Kasseler Kommentar, § 24 SGB X RdNr 18 f mwN, Stand September 2015)." Bei der Formulierung "geäußert hatte" handelt es sich um ein Redaktionsversehen. Zutreffend hätte es - wie die Bezugnahme auf den Kasseler Kommentar zeigt - wie dort: "geäußert hätte" lauten sollen. Die Ausführungen betreffen den Umstand, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen einer unangemessenen Frist und dem (hier nicht vorliegenden) Unterlassen einer Äußerung nicht bestehen muss (vgl. Mutschler a. a. O., Rn. 18).
- 18 3.2. Die Beschwerdebegründung ergibt nicht, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht vom Vorliegen der Aufhebungsvoraussetzung des § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X ausgegangen ist. Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine

wesentliche Änderung eintritt. Nach summarischer Prüfung dürfte eine Geeignetheit der Antragstellerin für die Kindertagespflege i. S. d. § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII nicht mehr vorliegen. Ein Entfallen der Geeignetheit ist eine wesentliche Änderung i. S. d. § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X, da diese gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege vom 29. November 2012 war. Geeignet im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sind nach Satz 2 dieser Vorschrift Personen, die sich durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnen und über kindgerechte Räumlichkeiten verfügen. Sie sollen über vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege verfügen, die sie in qualifizierten Lehrgängen erworben oder in anderer Weise nachgewiesen haben und dürfen nicht wegen der in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Delikte vorbestraft sein. Nach Aktenlage zeichnet sich die Antragstellerin nicht mehr durch Persönlichkeit und Sachkompetenz aus. Diese Mängel führen dazu, dass negative Auswirkungen von nicht unerheblichem Gewicht für die Kinder hinreichend konkret zu befürchten sind (vgl. zu den Anforderungen des § 43 Abs. 2 SGB VIII: SächsOVG, Beschl. v. 27. Mai 2014 - 4 B 48/14 -, juris Rn. 18; OVG NRW, Beschl. v. 21. Juli 2015 - 12 B 606/15 -, juris Rn. 14-16; BayVGh, Beschl. v. 16. Januar 2015 - 12 C 14.2846 -, juris Rn. 17 f; Busse in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 43 SGB VIII, Rn. 36 ff. jew. m. w. N.).

- 19 3.1. Bereits die dauerhafte Betreuung von mehr als fünf Kindern lässt darauf schließen, dass die Persönlichkeit der Antragstellerin nicht mehr von Zuverlässigkeit und Verantwortungsbewusstsein sowie von der Fähigkeit zur Reflexion geprägt ist.
- 20 3.1.1. Dabei geht der Senat dem Antragsgegner und dem Verwaltungsgericht folgend davon aus, dass die Antragstellerin zumindest ab März 2016 regelmäßig mindestens sechs Kinder betreut hat und der 25. April 2017 insoweit kein singuläres Ereignis darstellte. Ab März 2016 lagen durchgehend Betreuungsverträge für mindestens sechs Kinder vor. Für eine Organisation der Tagespflegeeinrichtung dergestalt, dass gleichwohl jeweils nur fünf Kinder anwesend waren, gibt es keine tatsächlichen Anhaltspunkte. Insbesondere der von den jeweiligen Eltern durch die Betreuungsverträge geltend gemachte Betreuungsbedarf von neun Stunden täglich

(außer in einem Fall) lässt keine dauerhafte Gestaltungsmöglichkeit erkennen, die eine Verteilung auf jeweils nur fünf täglich zu betreuende Kinder ermöglicht. Hinzu kommt, dass die zur Vertretung der Antragstellerin berufene Zeugin R. gegenüber der Zeugin P. - Mitarbeiterin des Antragsgegners - am 24. April 2017 mitgeteilt hat, dass seit Sommer 2016 in der Regel sieben bis acht Kinder gleichzeitig betreut würden (Seite 489/490 der Verwaltungsakte). Diese Angabe wurde im Vor-Ort-Termin vom 25. April 2017, bei dem sieben Kinder anwesend waren, bestätigt. Überdies hat die Antragstellerin eingeräumt, dass neben den vertraglich gebundenen Kindern weitere Kinder zumindest sporadisch ohne Vertrag betreut wurden. Schließlich hat die Antragstellerin mit email vom 11. Dezember 2016 (Bl. 534 der Verwaltungsakte) den Eltern von insgesamt sieben Kindern (F.S., B. und O. W., A.N., M.T., F.D., S.B.) neue Betreuungsverträge zugesandt, was auf das Vorhandensein jeweils bereits bestehender alter Verträge und eine fortdauernde Betreuung sämtlicher Kinder hindeutet.

- 21 Demgegenüber haben die von der Antragstellerin gegenüber dem Verwaltungsgericht vorgelegten Versicherungen an Eides Statt der Eltern des Kindes M.T. und F.S., dass die Betreuung ihrer jeweiligen Kinder in der Kindertagespflege immer dann stattgefunden habe, wenn weniger als fünf Kinder anwesend gewesen seien, kein Gewicht. Die Erklärungen der Eheleute T. erscheinen bereits deshalb inhaltlich falsch, weil die Antragstellerin am 25. April 2017 eines der sieben Kinder als M.T. identifizierte und dessen Anwesenheit nochmals mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten vom 9. Mai 2017 bestätigte. Es kann dahinstehen, ob die Versicherung an Eides Statt der Eltern des Kindes F.S. ebenfalls inhaltlich schon deshalb unzutreffend ist, weil der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin die Anwesenheit dieses Kindes für den 25. April 2017 - entgegen der Angaben der Antragstellerin vor Ort - bestätigte. Auch kommt eine Unrichtigkeit in Betracht, weil G.S. von der Antragstellerin mit email vom 11. Dezember 2016 einen "neuen" zu unterschreibenden Betreuungsvertrag erhielt, den die Antragstellerin vorgeblich am 20. Dezember 2016 unterschrieben bei der Gemeinde einzureichen gedachte. Selbst wenn die eidesstattlich versicherte, im Dezember 2016 begonnene sporadische Betreuung ohne Betreuungsvertrag tatsächlich jeweils an Tagen stattfand, an denen nicht mehr als vier andere Kinder anwesend waren, hätte dies keine Aussagekraft für die übrige - über vereinzelte Tage hinausgehende - Zeit.

- 22 3.1.2. Bei der auf Dauer angelegten Überschreitung der Höchstzahl der zu betreuenden Kinder handelt es sich - bereits für sich gesehen - um eine schwere Pflichtverletzung, die auf eine mangelnde Sorgfalt im Umgang mit den zu betreuenden Kindern schließen lässt (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 17. Dezember 2015 a. a. O., Rn. 9). Auf den Eintritt eines Schadensereignisses kommt es insoweit nicht an (vgl. Mörsberger in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. § 43 Rn. 39b). Die dauerhafte Überschreitung der gesetzlichen Höchstzahl der zu betreuenden Kinder lässt erkennen, dass die Antragstellerin sich nunmehr nach eigenem Gutdünken nachhaltig über gesetzliche, dem Kindeswohl dienende Regelungen hinwegsetzt und kein Verlass mehr dafür vorliegt, dass sie sich adäquat auf die Belange der ihr anvertrauten Kinder konzentriert.
- 23 Eine die Mehrbetreuung rechtfertigende situative Besonderheit liegt in der von der Antragstellerin geplanten Tageseinrichtung i. S. d. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII (in Form einer Kinderkrippe i. S. d. § 1 Abs. 2 SächsKitaG) nicht vor. Vielmehr hätte es der Antragstellerin obliegen, für einen geordneten Übergang zwischen der Betreuung der Kinder in der Tagespflege und in der zu eröffnenden Tageseinrichtung zum Zeitpunkt der Schließung/Eröffnung zu sorgen. Überdies konnte die Antragstellerin nach dem Inhalt der Akte des Landesjugendamtes weder bei Aufnahme der Betreuung von mehr als fünf Kindern im März 2016 noch in der Folge mit einer unmittelbar bevorstehenden Erteilung der Erlaubnis nach § 45 SGB VIII rechnen. Sie hatte sich nach Übergabe eines Konzepts und einer Erstberatung im Januar 2016 erstmals wieder im August 2016 telefonisch um eine Erlaubnis nach § 45 Abs. 1 SGB VIII bemüht, wobei sie mitteilte, dass die Baugenehmigung noch nicht erteilt sei. Im September 2016 reichte sie namens der damals noch als GmbH bezeichneten und erst am 11. Oktober 2016 im Handelsregister des Amtsgerichts Leipzig eingetragenen (vgl. Bekanntmachung des AG Leipzig vom 11. Oktober 2016 zu HRB 3xxxx) Kinderladen "H." UG (haftungsbeschränkt) ein Antragsformular ein, worauf eine stetige im April 2017 noch nicht abgeschlossene Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und dem Landesjugendamt mit Nachforderungen von Unterlagen folgte.
- 24 Schließlich liegt auch keine Besonderheit darin, dass nach § 43 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII, § 23 Abs. 4 SächsLJHG eine Erlaubnis zur Betreuung von mehr als fünf Kindern erteilt werden kann. Ohnehin liegt eine solche Erlaubnis für die

Antragstellerin weder vor noch wurde sie beantragt noch ist ersichtlich, dass die Antragstellerin einen Anspruch auf eine solche Erlaubnis gehabt hätte.

25 3.2. Auch das dauerhafte und planvolle Überlassen der zu betreuenden Kinder an Dritte lässt auf das Entfallen von Zuverlässigkeit und Verantwortungsbewusstsein sowie der Fähigkeit zur Reflexion schließen.

26 3.2.1. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die Antragstellerin die Betreuung der Kinder am 25. April 2017 zum Zeitpunkt des Vor-Ort-Termins des Antragsgegners vollständig Frau K. L. und Frau V. B. überlassen hatte. Die Antragstellerin befand sich beim Eintreffen der Mitarbeiterinnen des Antragsgegners - wie sie selbst ausführt - nicht in den Räumen der Tagespflege, sondern in einer Nebenstraße. Ausweislich des Protokolls zum Vor-Ort-Termin benötigte sie mehrere Minuten nach ihrer wohl telefonischen Benachrichtigung, um die Räume der Tagespflege zu erreichen. Insofern standen Frau L. und Frau B. zum Zeitpunkt des Eintreffens der Mitarbeiter des Antragsgegners nicht unter der unmittelbaren Aufsicht und Leitung der Antragstellerin. Es ist daher nicht - wie die Antragstellerin meint - von einer bloßen Mitbetreuung bzw. Unterstützung auszugehen. Ferner besteht aufgrund der Aktenlage Grund für die Annahme, dass die Antragstellerin die Betreuung der Kinder planvoll und dauerhaft anderen Personen überlassen hat.

27 Unstreitig ist insoweit eine Überlassung der Kinder an die Zeugin R. bereits seit dem Jahr 2015. Diese erfolgte in Absprache mit dem Antragsgegner aufgrund des besonderen Umstands, dass die Antragstellerin sich längere Zeit in einer Wiedereingliederung nach einem Unfall befand.

28 Darüber hinaus hat die Antragstellerin zumindest in den Betreuungsverträgen für die Kinder S.B. vom Januar 2016 (Betreuungsbeginn: März 2016) und E. S. (Betreuungsbeginn: August 2016) einen "§ 11 Vertretung" vereinbart, der in Bezug auf S.B. lautete (auszugsweise):

"(1) Die von den Sorgeberechtigten übertragene Aufsichtspflicht über ihr Kind für die Dauer der Betreuungszeit kann von der Tagespflegeperson bei Urlaub, Krankheit, Weiterbildung oder sonstigen Abwesenheitszeiten für persönliche oder berufliche Erledigungen an folgende Vertretungspersonen abgegeben werden:

Name: M. K.

(2) (...)

(3) Die Vertretungsperson hat dieselben Rechte und Pflichten wie die Tagespflegeperson gem. §§ 5, 7, 8 und 10 dieses Vertrages.

(4) Die Vertretungsperson verfügt ebenfalls über die nach § 43 SGB VIII erforderliche Pflegeerlaubnis.

(5) (...)"

29 Der Vertrag in Bezug auf E. S. unterscheidet sich nur insoweit, als von Vertretungspersonen die Rede ist und neben M. K. auch die Zeugin R. und Frau K. K. benannt sind.

30 Diese Verträge lassen darauf schließen, dass die Antragstellerin die von ihr zu betreuenden Kinder entsprechend dieser Vereinbarungen tatsächlich an die dort benannten Personen aus den dort benannten Gründen überlassen hat. Für die von der Antragstellerin vorgebrachte ständige bloße Mitbetreuung ist angesichts der bereits allein wegen des Studiums angefallenen Fehlzeiten der Antragstellerin kein Raum. Dies gilt umso mehr, als die Antragstellerin mit der email vom 11. Dezember 2016 die Betreuungsverträge auf die Kinderland "H." UG (haftungsbeschränkt) umzuschreiben suchte und damit den Charakter der von ihr durchgeführten Betreuung als Kindertageseinrichtung noch deutlicher dokumentiert hatte.

31 Hinzu kommt, dass die Antragstellerin nach den Angaben der Zeugin R. gegenüber der Zeugin P. im Zeitraum 18. April 2017 bis 21. April 2017 abwesend war und die Betreuung der Kinder Dritten überlassen hatte. Die Angaben der Zeugin R. in Bezug auf die Anwesenheit fremder Personen in der Tagespflege bewahrheitete sich am 25. April 2017 durch das Antreffen von Frau L. und Frau B.. Die Abwesenheit der Antragstellerin in diesem Zeitraum erklärt die Beobachtungen der Zeugin H. über die Verhaltensveränderung ihrer Tochter S.B. (Bl. 561 der Verwaltungsakte) und wird insoweit ebenfalls bestätigt. Daher kann nach Aktenlage davon ausgegangen werden, dass Frau L. und Frau B. die Betreuung der Kinder vom 18. bis 21. April 2017 anstelle der Antragstellerin wahrgenommen hatten.

32 3.2.2. Die Annahme eines negativen Persönlichkeitswandels wird vorliegend nicht durch die Überlassung der Kinder in die Obhut von Frau R., jedoch durch die Überlassung in die Obhut von Herrn K., Frau K., Frau L. und Frau B. begründet.

- 33 Da die regelmäßig für längere Zeiten angebotene Kindertagespflege die Eignung des Betreuenden zur Voraussetzung hat und deshalb eine höchstpersönlich zu erbringende soziale Dienstleistung darstellt, darf deren alleinige Erfüllung auch nicht in kleinerem Umfang auf einen Dritten delegiert werden. Schon eine geringfügige Abweichung von diesem Grundprinzip lässt grundsätzlich auf ein mangelndes Problembewusstsein und damit eine mangelnde Verlässlichkeit schließen. Allein schon aufgrund der bewussten Vernachlässigung der eigenen Aufsichtspflichten und ganz ungeachtet des Grades der konkret in Kauf genommenen Kindeswohlgefährdung ist regelmäßig von einer Unzuverlässigkeit und fehlenden Eignung auszugehen (SächsOVG, Beschl. vom 27. Mai 2014 a. a. O., Rn. 20; Beschl. v. 7. Juli 2016 a. a. O., Rn. 7; OVG NRW Beschl. v. 22. November 2012 - 12 B 1252/12 , juris Rn. 21).
- 34 Aufgrund der Abstimmung mit dem Antragsgegner und der in diesem Zuge wohl eingeholten Tagespflegeerlaubnis für die Zeugin R. begründete die Überlassung der Betreuung in Fehlzeiten an Frau R. keine Aufsichtspflichtverletzung und lässt auf keinen Persönlichkeitswandel schließen. Insoweit liegt eine besondere Fallkonstellation vor. Dies gilt aber nicht in Bezug auf die Überlassung der Betreuung an die übrigen genannten Personen. Diese war weder mit dem Antragsgegner abgestimmt, noch besaßen diese Personen - entgegen § 11 Abs. 4 der oben zitierten Betreuungsverträge - eine Pflegeerlaubnis nach § 43 SGB VIII. Die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des VGH Baden-Württemberg (Urt. v. 12. Juli 2017 - 12 S 102/15) ist daher nicht einschlägig. Die pädagogische Ausbildung des von der Antragstellerin eingesetzten Personals kann die Aufsichtspflichtverletzung nicht beseitigen. Vielmehr kommt erschwerend hinzu, dass der Antragstellerin die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens angesichts des § 11 Abs. 4 der Betreuungsverträge und einer Beanstandung im April 2014 wegen eines vergleichbaren Verhaltens (Einsatz von Frau N. als Vertreterin) vor Augen stand.
- 35 3.3. Da bereits vorbezeichnete Umstände hinreichend deutlich auf ein Entfallen der Eignung der Antragstellerin zur Kindertagespflege hindeuten, kann dahinstehen, ob die mangelnde Kooperationsbereitschaft der Antragstellerin mit dem Antragsgegner, vorliegt - wofür zumindest ihre widersprüchlichen Angaben in Bezug auf die Identität der Kinder sprechen. In diesem Zusammenhang ist der Antragstellerin zuzugeben, dass die Kooperationsbereitschaft der Tagespflegeperson mit dem Jugendamt kein

eigenständiges Eignungskriterium darstellt (vgl. BayVGH, Beschl. v. 18. Oktober 2012 - 12 B 12.1048 -, juris Rn. 40 f.). Gleichwohl gehört die Bereitschaft zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht aus § 25 Abs. 1 SächsLJHG, dem zuständigen Jugendamt die erforderlichen Auskünfte für die Prüfung des Weiterbestehens der Voraussetzungen der Erlaubnis zu erteilen, zu einer sich durch Persönlichkeit und Sachkompetenz i. S. d. § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII auszeichnenden Person (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 17. Dezember 2015 a. a. O., Rn. 8; zur Erfüllung der Pflicht aus § 43 Abs. 3 Satz 6 SGB VIII: Mörsberger in: Wiesner a. a. O., Rn. 39).

36 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Für das Verfahren werden gemäß § 188 VwGO keine Gerichtskosten erhoben.

37 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

gez.:
Künzler

Dr. John

Ranft