

Ulrike Lembke*

Widerruf der Erlaubnis zum Betrieb einer Kindertagesstätte

SGB VIII § 45 VII

Zu den Voraussetzungen für Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis zum Betrieb einer Kindertagesstätte.

HmbOVG, Beschluss vom 14.12.2012 – 4 Bs 248/12

Sachverhalt und anwendbare Norm

Die Antragstellerin ist Betreiberin einer Kindertagesstätte in Hamburg und begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen den Widerruf der Betriebserlaubnis für diese. In der Kindertagesstätte werden aktuell 14 Kinder betreut, die meisten von ihnen sind zwischen ein und drei Jahren alt. Das Personal wechselte in der Vergangenheit extrem häufig. Von Januar 2009 bis Oktober 2012 waren insgesamt 35 pädagogische Fachkräfte in der Einrichtung tätig, die meisten von ihnen nicht länger als vier Monate. Die pädagogische Leitung hatte seit 2007 zehnmal gewechselt. Als wesentlicher Grund für die Kündigungen von Fachkräften und Leitung wurde die permanente Einmischung der Antragstellerin in die pädagogische Arbeit genannt, welche auch zu erheblichen Zerwürfnissen mit Eltern betreuter Kinder führte. Zwischenzeitlich hat die Antragstellerin ein neues pädagogisches Konzept erstellt, das jede Einmischung ausschließt, und ihr Büro in ein anderes Gebäude verlegt. Die hohe Personalfuktuation führt sie auf den eklatanten Fachkräftemangel bei gleichzeitig massivem Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen zurück.

Die zuständige Behörde begründete den Widerruf der Betriebserlaubnis mit Wirkung zum 31.12.2012 damit, dass das Wohl der betreuten Kinder durch häufigen Personalwechsel gefährdet sei. Gerade angesichts des jungen Alters und der geringen Zahl der Kinder, die von Personalwechseln stets und tief greifend betroffen seien, könne es zu Bindungsängsten und Entwicklungsverzögerungen kommen. Die Betriebserlaubnis sei 2010 schon einmal aus gleichem Grunde widerrufen worden, die damals gestellte positive Prognose, die zur Aufhebung des Widerrufs führte, habe sich nicht erfüllt. Das Verwaltungsgericht Hamburg teilte diese Einschätzung. Auf Beschwerde der Antragstellerin ordnete das OVG Hamburg dagegen die aufschiebende Wirkung des Widerspruches an.

Die einschlägige Norm ist § 45 SGB VIII:

(1) Der Träger einer Einrichtung, in der Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten, bedarf für den Betrieb der Einrichtung der Erlaubnis. [...]

(2) Die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn

1. die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt sind, [...]

(4) Die Erlaubnis kann mit Nebenbestimmungen versehen werden. Zur Sicherung des Wohls der Kinder und der Jugendlichen können auch nachträgliche Auflagen erteilt werden.

(6) Sind in einer Einrichtung Mängel festgestellt worden, so soll die zuständige Behörde zunächst den Träger der Einrichtung über die Möglichkeiten zur Beseitigung der Mängel beraten. [...] Werden festgestellte Mängel nicht behoben, so können dem Träger der Einrichtung Auflagen erteilt werden, die zur Beseitigung einer eingetretenen oder Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen erforderlich sind. [...]

(7) Die Erlaubnis ist zurückzunehmen oder zu widerrufen, wenn das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung gefährdet und der Träger der Einrichtung nicht bereit oder nicht in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Rücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis haben keine aufschiebende Wirkung.

Voraussetzungen des Widerrufs

Das Gericht hatte zwei wesentliche Fragen zu beantworten. Zum einen musste es durch Auslegung der einschlägigen Norm klären, welches die rechtlichen Voraussetzungen für den Widerruf der Erlaubnis zum Betrieb einer Kindertagesstätte sind. Zum anderen stellte sich anschließend die Frage, ob im vorliegenden Fall diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren. Die divergierenden Entscheidungen in erster und zweiter Instanz zeigen schon, dass es hier unterschiedliche Auffassungen geben kann.

Die rechtlichen Voraussetzungen des Widerrufs schießen dabei nach dem Gesetzeswortlaut recht klar zu sein. Nach § 45 VII SGB VIII ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn das Kindeswohl gefährdet ist. Uneinigkeit herrscht allerdings darüber, ob die Erlaubnis auch widerrufen werden kann, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nachträglich entfallen sind. Im allgemei-

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

nen Verwaltungsrecht ist dies ein klassischer Widerrufsgrund, der in § 49 II Nr. 3 VwVfG ausdrücklich geregelt ist. Das OVG Hamburg vertrat die Auffassung, dass im Wegfall der Erteilungsvoraussetzungen kein Widerrufsgrund liege.

Zunächst wies das Gericht darauf hin, dass für die Erteilung nach § 45 II SGB VIII das Kindeswohl gewährleistet sein müsse. Dies lasse eine Gefahrenprognose zu, bei der bereits Bedenken bezüglich des Kindeswohls zur Nichterteilung der Erlaubnis führen könnten. Der in § 45 VII SGB VIII vorgesehene Widerruf setze dagegen eine konkrete Gefahr voraus, also eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehe, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eintreten wird. Entgegen der Literaturmeinung, die ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers vermutet,¹ geht das OVG davon aus, dass der Gesetzgeber bewusst unterschiedliche Maßstäbe gewählt hat. Dies entspreche systematisch auch dem Charakter der Norm als präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das den Prüfungsschwerpunkt auf den Zeitpunkt vor Inbetriebnahme lege. Ferner sei der Wortlaut eindeutig, der eben keine § 49 II Nr. 3 VwVfG vergleichbare Regelung treffe. Schließlich müsse beachtet werden, dass ein Widerruf nach § 45 VII SGB VIII als gebundene Entscheidung mit sofortiger Vollziehbarkeit gravierende Folgen für den/die Betreiber/in habe und auch daher restriktiv ausgelegt werden müsse.

Das OVG Hamburg entfaltet hier konsequent den Regelungsgedanken eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Vor allem aber stützt es sich weder auf ein diffuses Rechtsgefühl (wer den Betrieb jetzt nicht eröffnen dürfte, darf ihn auch nicht weiterführen) noch auf Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts, sondern auf die einschlägige speziellere Gesetzesnorm. Damit belegt es einmal mehr, wie sehr sich der Blick ins Gesetz lohnen kann.

Gefährdungen des Kindeswohls

Die tatsächliche Beurteilung des Falles scheint das Gericht allerdings mehr zu fordern. Die zuständige Behörde war ersichtlich bemüht, eine beeindruckende Menge an Fachliteratur und einschlägigen Studien in das Verfahren einzubringen, die belegen sollen, dass häufiger Personalwechsel dem Kindeswohl schadet. Das OVG Hamburg kann dieser Expertise aber nur entnehmen, dass langfristige Bindungen zwischen Kleinkindern und betreuenden Personen sehr wichtig für deren optimale Betreuung seien. Dabei gebe es noch diverse andere Faktoren, die für eine optimale Betreuung relevant

seien.² Und überhaupt sei eine suboptimale Betreuung noch kein Schaden: „Eine geringere Bindungssicherheit bedeutet aber nicht zwingend Bindungsangst und ein weniger elaboriertes Sprachverhalten ist nicht von vornherein mit einer schädlichen Entwicklungsverzögerung gleichzusetzen.“ Vielleicht in dem Gefühl, mit dieser Abneigung gegen gesprächige Kinder etwas weit gegangen zu sein, gibt das OVG Hamburg der zuständigen Behörde auf, den Zusammenhang zwischen Personalfluktuations und möglicher Kindeswohlgefährdung doch im Widerspruchsverfahren aufzuklären.

Die ferner genannten möglichen Ursachen einer Kindeswohlgefährdung verwirft das Gericht recht knapp. Die Einmischung in die pädagogische Arbeit begründe keine Kindeswohlgefährdung, da die vorgetragenen Fälle einige Zeit zurücklägen und sich das pädagogische Konzept sowie die pädagogische Leitung wesentlich geändert hätten. Im Übrigen würden die Ausführungen zum häufigen Personalwechsel gelten. Eine mögliche Störung der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Antragstellerin und Eltern sei ebenfalls kein Widerrufsgrund, da nicht ersichtlich sei, dass Kinder hierdurch in ihrem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl gefährdet sein könnten. Schließlich hätte die zuständige Behörde bezüglich des Fehlens einer pädagogischen Leitungskraft zunächst eine entsprechende Auflage erteilen müssen, ohne diese sei der Widerruf unverhältnismäßig.

Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des OVG Hamburg bewegt sich in einem schwierigen Feld: Eltern müssen Vertrauen in die Qualität von Kindertagesstätten haben, wenn sie ihre Kinder dort betreuen lassen sollen. Es besteht inzwischen auch ein gesellschaftlicher Konsens, dass Kinderbetreuung sich nicht in sicherer Aufbewahrung erschöpft. Andererseits kann den Kindertagesstätten auch nicht absolute Perfektion abverlangt werden – schließlich sind auch Eltern nicht perfekt. Zur Frage der rechtlichen Voraussetzungen hat das OVG Hamburg die entsprechende Gratwanderung des Gesetzgebers gut nachvollzogen. Im Umgang mit Studien und pädagogischer Fachliteratur könnte die Souveränität des Gerichts allerdings noch wachsen. Allzu häufig wird in der Rechtsprechung deutlich, dass schon in der juristischen Ausbildung die Verarbeitung von Tatsachen eine zu geringe Rolle spielt und es zudem an interdisziplinärer Öffnung fehlt, obwohl Jurist/innen grundsätzlich auf fachfremde Expertise angewiesen sind.

² Dies erinnert ein wenig an die Argumentation, dass eine Chemiefabrik im Wohnort zwar nicht ganz günstig für die Gesundheit sei, der Lungenkrebs aber doch ebenso gut vom Passivrauchen kommen könne. Natürlich ist das Verwaltungsrecht keine Lebensversicherung gegen alles, aber man wünschte doch manchmal, es gäbe einen klareren Maßstab verwaltungsrechtlicher Kausalität.

¹ Nachweise in der Entscheidung selbst, OVG Hamburg vom 14.12.2012 – 4 Bs 248/12, Rn. 15.