

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e. V.



Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht Postfach 10 20 20 D-69010 Heidelberg

FORUM FÜR FACHFRAGEN

Datum 21.12.2010
Unser Zeichen
Ihr Zeichen J 5.420-2 My/K
Ansprechpartner / in
Durchwahl
E-Mail

STELLUNGNAHME

vom 21. Dezember 2010

Rechtliche Einordnung unangemeldeter Hausbesuche des Jugendamts bei Tagespflegepersonen

Das anfragende Jugendamt stellt sich im Rahmen der Er- und Überarbeitung seiner Satzungen und Richtlinien zur Förderung von Kindern in Kindertagespflege die Frage, ob und ggf auf welcher rechtlichen Grundlage Tagespflegepersonen unangemeldete Hausbesuche des Jugendamts zulassen müssen.

I. Im Rahmen der Erteilung der Kindertagespflegeerlaubnis (§ 43 SGB VIII)

1. Erlaubnis zur Sicherstellung eines Mindeststandards

Die Entscheidung über die Kindertagespflegeerlaubnis nach § 43 SGB VIII ist ein gebundener Verwaltungsakt iSd § 31 SGB X, auf dessen

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Poststraße 17 69115 Heidelberg
Telefon 06221 / 98 18-0
Fax 06221 / 98 18-28
institut@dijuf.de
www.dijuf.de

Sparkasse Heidelberg Nr. 505 420 (BLZ 672 500 20)
IBAN: DE57672500200000505420
BIC: SOLADES1HDB

Erteilung ein Rechtsanspruch besteht, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, also insbesondere feststeht, dass die betreffende Person für die Kindertagespflege geeignet ist.

Geeignet in diesem Sinne sind Personen, die

- sich durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnen und über kindgerechte Räumlichkeiten verfügen (§ 43 Abs. 2 S. 1 SGB VIII) und
- über vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege verfügen, die sie in qualifizierten Lehrgängen erworben oder in anderer Weise nachgewiesen haben.

Als Konkretisierung des staatlichen Wächteramts will der Erlaubnisvorbehalt in § 43 SGB VIII vor allem sicherstellen, dass Kinder nur in solchen Kindertagespflegestellen betreut werden, in denen ihr Wohl gewährleistet ist (Gerstein in: GK-SGB VIII, Stand: 03/2010, § 43 Rn 6). Neben den ausdrücklich vorgegebenen Qualitätskriterien hat das Jugendamt aus dieser Aufgabe zur Sicherung des Kindeswohls daher auch zu prüfen, dass in der Pflegestelle für die in Tagespflege aufgenommenen Kinder keine für ihre Entwicklung schädlichen Risiken oder Gefährdungen bestehen (VG Aachen 15.05.2006, zit. nach juris Rn 23; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 01/2009, § 43 Rn 16). Dabei ist zu berücksichtigen, dass – auch in Rücksicht auf die privatautonome Entscheidung der Eltern zur Auswahl der von ihnen gewünschten Tagespflegeperson – § 43 Abs. 2 SGB VIII keine optimale Betreuung gewährleisten, sondern nur einen Mindeststandard sicherstellen will, deren Anforderungen auch vor dem Hintergrund der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG nicht überspannt werden dürfen (Mann, in: Schellhorn/Fischer/Mann, SGB VIII, 3. Aufl. 2007, § 43 Rn 10; Gerstein § 43 Rn 6, 9).

Auch wenn die Grenze zur Ungeeignetheit nicht erst bei einer Kindeswohlgefährdung überschritten ist, begründet andererseits nicht bereits jeder Mangel eine persönliche Ungeeignetheit der Tagespflegeperson. Vielmehr ist dieser Schluss erst dann gerechtfertigt, wenn – die Erfüllung der geforderten Anforderungen an Qualität und Qualifizierung vorausgesetzt – der festgestellte Mangel negative Auswirkungen von nicht unerheblichem Gewicht auf die betreuten Kinder hinreichend konkret befürchten lässt (so ausdrücklich VG Freiburg JAmt 2010, 305, 310).

Um in diesem Sinne eine angemessene Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 43 SGB VIII treffen zu können, muss es dem Jugendamt daher gestattet sein, sich vor Erteilung der Kindertagespflegeerlaubnis ein ausreichendes Bild von den (räumlichen) Verhältnissen zu machen (Gerstein § 43 Rn 7).

2. Zulassung von Hausbesuchen im Rahmen der Mitwirkungspflicht

Im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht (§ 20 SGB X) kann das Jugendamt nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, in welcher Form es seine Sachverhaltsermittlungen vornimmt, insbesondere auch welche Beweismittel sie für erforderlich hält (Trenczek, in: MÜnder ua, FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, Anh Verfahren Rn 26 f). Zu diesen gehört nach § 21 Abs. 1 Nr 4 SGB X auch ausdrücklich die Inaugenscheinnahme, dh grundsätzlich auch der Hausbesuch (Ollmann ZfJ 2001, 1, 2; Kunkel, in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, Anh 5 - Verwaltungsverfahren Rn 17).

Umgekehrt sind auch die Beteiligten hinsichtlich des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen bei der Ermittlung des Sachverhalts zur Mitwirkung verpflichtet (§ 21 Abs. 2 S. 1 SGB X; § 60 SGB I). Die Duldung eines Hausbesuchs unterfällt jedoch nicht den Mitwirkungspflichten (vgl §§ 60 ff SGB X), sodass grundsätzlich keine Verpflichtung besteht, das Betreten der (nach Art. 13 GG verfassungsrechtlich geschützten) Wohnung bzw angemieteten Räume gestatten zu müssen (Trenczek Anh Verfahren Rn 28). Rechtliche Konsequenzen einer solchen Verweigerung können sich allerdings im Zusammenspiel und damit indirekt ergeben: Kann aufgrund der Ablehnung des Hausbesuchs eine anspruchsbegründende Tatsache nicht festgestellt werden, wird die Behörde gezwungen sein, eine Ablehnungsentscheidung zu erlassen.

Übertragen auf die Erteilung der Kindertagespflegeerlaubnis bedeutet dies demnach Folgendes: Zu den Anspruchsvoraussetzungen der Geeignetheitsprüfung iSd § 43 SGB VIII gehört auch das Vorhalten kindgerechter Räumlichkeiten, die das Jugendamt naheliegendermaßen nur vor Ort, dh, bei einem Hausbesuch wird feststellen können. Dieser kann zwar nicht gegen den Willen durchgeführt werden. Wird jedoch eine solche Wohnungsbesichtigung verweigert, kann die Kindertagespflegeerlaubnis mangels abschließender Feststellung der Geeignetheit nicht erteilt werden.

Vor dem Hintergrund des in § 65 SGB I zudem festgeschriebenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach die Erfüllung der Mitwirkungspflicht nicht unzumutbar oder unangemessen sein darf (Kunke! Anh 5 – Verwaltungsverfahren Rn 17), sollte die Regel jedoch in einem angekündigten Hausbesuch bestehen. Unangekündigt erscheint er daher nur dann gerechtfertigt, wenn aufgrund konkreter Umstände im Einzelfall die begründete Annahme besteht, dass mit der Ankündigung der Zweck des Hausbesuchs vereitelt werden würde.

II. Überprüfung nach Erteilung von Kindertagespflegeerlaubnissen

Die Anfrage legt nahe, dass das Jugendamt vor allem unangemeldete Hausbesuche bei den Tagespflegepersonen beabsichtigt, nachdem ihnen die Kindertagespflegeerlaubnis nach § 43 SGB VIII erteilt wurde. Wie diese Aufsicht über die Betreuung von Kindern ausgestaltet werden darf, darüber gibt das SGB VIII keine nähere Auskunft. Die Aufgabe der Aufsicht über Kindertagespflegeverhältnisse ergibt sich implizit aus dem Erlaubnisvorbehalt des § 43 SGB VIII in Verbindung mit der Möglichkeit, bei Verstößen gegen das Verbot der unerlaubten Kindertagespflege ein Bußgeld oder eine Strafe zu verhängen (§§ 104 f. SGB VIII). Die andere Aufgabe der Kindertagespflegeaufsicht steht im Abschnitt über den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen, wie die Überschrift des Abschnitts der §§ 43 bis 49 SGB VIII formuliert, in dem auch die Aufsicht über Vollzeitpflegeverhältnisse (§ 44 SGB VIII) und den Betrieb von Einrichtungen (§§ 45 ff SGB VIII) geregelt ist.

1. Vergleich mit der Aufsicht über Vollzeitpflegeverhältnisse und den Betrieb von Einrichtungen

a) Schutz von Kindern in Vollzeitpflegeverhältnissen (§ 44 SGB VIII)

Während nach auch für die Kindertagespflegeerlaubnis geltendem früheren Recht gem. § 44 Abs. 3 SGB VIII nicht nur ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen war, an Ort und Stelle zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Kindertagespflegeerlaubnis fortbestehen, sondern auch für den Fall von Gefährdungssituationen eine eigene Widerrufs- und Rücknahmevorschrift vorhanden war, sind – mit Inkrafttreten des KICK zum 01.10.2005 – im Zuge der Verselbstständigung der Kindertagespflegeerlaub-

nis in § 43 SGB VIII beide Tatbestände aufgehoben worden und der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung einen Rechtsanspruch der Tagespflegeperson auf Erteilung für die Dauer von fünf Jahren vorzusehen.

Eine Pflicht, aber auch Befugnis des Jugendamts, an Ort und Stelle zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis weiter bestehen – wie sie § 44 SGB VIII ausdrücklich vorsieht – ist in § 43 SGB VIII nicht enthalten. Diese unterschiedliche Ausgestaltung der Wahrnehmung der Aufgaben des Schutzes von Kindern in Kindertages- und in Vollzeitpflege hat strukturelle Gründe:

Die Erlaubnistatbestände zur Vollzeitpflege und zur Kindertagespflege unterscheiden sich vor allen Dingen dadurch, dass sich die Vollzeitpflegeerlaubnis konkret auf einzelne Kinder bezieht und die Kindertagespflegeerlaubnis – vergleichbar dem Betrieb einer Einrichtung – abstrakt auf die Tagespflegeperson (Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 3. Aufl. 2006, Vorb § 43 Rn 30 f.).

Dies hat auch verfassungsrechtliche Hintergründe. Das Familienpflegeverhältnis bei Vollzeitpflege ist vom grundrechtlichen Schutz der Familie des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst (BVerfGE 68, 171, 187). Der Schutzgedanke bezieht sich daher auf Aspekte der konkreten Gefährdung eines Kindes, vergleichbar den Kriterien für Eingriffe wegen Kindeswohlgefährdung in Fällen, in denen ein Kind in der Herkunftsfamilie lebt (OVG BE 19.06.1997, 6 B 65.94; Lakies, in: Münder ua, FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 44 Rn 29). Gesetzlich erfordert dies für Vollzeitpflegeverhältnisse eine spezielle Regelung zur Frage der Überprüfung der Erziehungseignung der Pflegeeltern als Eingriff in das Grundrecht auf Familie, wie sie in § 44 Abs. 3 SGB VIII angelehnt an den Schutz vor Gefährdung durch Eltern vorsieht. Der Gesetzgeber hat dem mit parallelen Formulierungen Rechnung getragen und bspw ein Einschreiten dann für erforderlich erklärt, wenn eine Kindeswohlgefährdung vorliegt und die Pflegeperson „nicht bereit oder in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“ (§ 44 Abs. 3 S. 2 SGB VIII im Vergleich mit § 8a Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 SGB VIII und § 1666 Abs. 1 BGB).

Entsprechend ist die im Rahmen des § 44 SGB VIII enthaltene Überprüfungspflicht an die ausdrückliche Vorgabe gebunden, diese an „den Erfordernissen des Einzelfalls entsprechend“ auszurichten, dh entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf es auch in diesem Rahmen keine Routinekontrollen ohne besonderen Anlass

geben (Meysen NJW 2003, 3369; Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 44 Rn 34; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 11/2006, § 44 Rn 31; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 44 Rn 20). Vielmehr sind die Kontrollpflichten wie -befugnisse darauf beschränkt, dass im Einzelfall konkrete Hinweise vorliegen, die das weitere Vorliegen der Erlaubnisvoraussetzungen in Frage stellen (Stähr § 44 Rn 31).

Selbst bei Vorliegen derartiger konkreter Anhaltspunkte, gilt allerdings als anerkannt, dass die in § 44 SGB VIII sogar ausdrücklich vorgesehene Überprüfung an Ort und Stelle keine eigenen Eingriffsbefugnisse, insbesondere keine Betretungs- und Besichtigungsrechte vermittelt (Nonninger § 44 Rn 35; Stähr § 44 Rn 32; Mörsberger § 44 Rn 22). Vielmehr ist eine entsprechende Befugnis durch Landesrecht zu schaffen, wie dies auch der Landesgesetzgeber von Mecklenburg-Vorpommern dies in § 21 Abs. 1 Landesjugendhilfeorganisationsgesetz (KJHG-Org M-V) vorgenommen hat und den Pflegepersonen die Duldung eines Hausbesuchs für den Fall auferlegt, dass der begründete Verdacht einer Gefährdung des Wohls des Kindes oder Jugendlichen in der Pflegestelle besteht. Ansonsten besteht eine Betretungsbefugnis – gegen den Willen der Pflegepersonen – nur im Rahmen der allgemeinen Möglichkeiten des Handelns bei Gefahr im Verzug (§ 42 SGB VIII; Nonninger § 44 Rn 35; Stähr § 44 Rn 32).

b) Schutz von Kindern in Kindertagespflege (§ 43 SGB VIII)

Kindertagespflege, die unter Erlaubnisvorbehalt steht, ist in Abgrenzung zur Pflegefamilie eine professionelle Dienstleistung im Kontakt mit Kindern, an die der Gesetzgeber Mindestanforderungen an die Qualität der Erziehung, Bildung und Betreuung stellt und – wie bei der Heimaufsicht – für den Schutz abstrakte Kriterien formuliert (zB Betreuung von höchstens fünf Kindern gleichzeitig). Sie hat eher den Charakter einer Betriebserlaubnis (Gerstein § 43 Rn 10). Die Aufsicht in Kindertagespflege dient nicht nur dem Schutz von Kindern, sondern auch der Qualitätsentwicklung, Standardsicherung und nicht zuletzt dem Verbraucherschutz (Mörsberger Vorb § 43 Rn 24 ff).

Die Frage, mit welcher Dichte und welchen Methoden die Aufsicht über Kindertagespflegeverhältnisse ausgeübt werden darf, ist daher auch von der Überprüfung von Vollzeitpflegeverhältnissen zu unterscheiden. Dem Informationsbedarf des Jugendamts zur Sicherstellung der gesetzlichen Mindestanforderungen an die Qualität der Kindertagespflege stehen die Persönlichkeitsrechte der Tagespflegeperson gegen-

Über. Bei der Befugnis zur Informationsgewinnung durch das Jugendamt ist zu differenzieren zwischen der Frage, ob die mit der Erteilung der Kindertagespflegeerlaubnis geprüfte Sachkompetenz für die Förderung vorliegt oder die als kindgerecht festgestellten Räumlichkeiten noch zur Verfügung stehen auf der einen Seite und der Frage, ob sich die Tagespflegeperson mit ihrem Betreuungsangebot an die Erlaubnis hält, insbesondere ob sie nicht mehr Kinder betreut, als die Erlaubnis ihr erlaubt oder ob sich eine „Großtagespflegestelle“ in seiner Ausgestaltung nicht doch als Einrichtung der Kindertagesbetreuung darstellt auf der anderen Seite.

aa) Überprüfung des weiteren Vorliegens der Erlaubnisvoraussetzungen

Die Kindertagespflegeerlaubnis wird auf fünf Jahre befristet erteilt (§ 43 Abs. 3 S. 1 SGB VIII). Ihr Widerruf sowie ihre Rücknahme richtet sich nach den allgemeinen Regeln (§§ 44 ff SGB VIII). Sie stellt als Regelung mit einer über die punktuelle Gestaltung eines Rechtsverhältnisses hinausreichenden, auf fünf Jahre befristeten Regelungswirkung einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dar (VG Freiburg JAmt 2010, 305). Auf diesen finden die Regelungen des § 48 SGB X Anwendung. Ein solcher Verwaltungsakt mit Dauerwirkung ist mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt.

Der Gesetzgeber geht somit implizit mit seiner gesetzlich angeordneten Befristung davon aus, dass eine Neuprüfung der Voraussetzungen in der Regel nach fünf Jahren fällig wird. In der Zwischenzeit hat nach § 43 Abs. 3 S. 3 SGB VIII die Tagespflegeperson das Jugendamt über wichtige Ereignisse zu unterrichten (zB die Veränderung der räumlichen Voraussetzungen). Diese Unterrichtungen können ebenso Anlass geben für Überprüfungen wie anderweitig bekannt gewordene Hinweise auf Veränderungen in Bezug auf die Voraussetzungen für die Erteilung einer Kindertagespflegeerlaubnis. Ob ein unangemeldeter Hausbesuch zulässig ist, unterliegt den gleichen Kriterien wie bei der erstmaligen oder turnusmäßigen Erlaubniserteilung. Er ist somit nur verhältnismäßig, wenn aufgrund konkreter Umstände im Einzelfall die begründete Annahme besteht, dass mit der Ankündigung der Zweck des Hausbesuchs vereitelt werden würde. Nur wenn dies der Fall ist, kann das Jugendamt eine – sofern dies verhältnismäßig

erscheint auch unangemeldete – Überprüfung der Tagespflegestelle vornehmen (Gerstein § 43 Rn 7).

bb) Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Kindertagespflege

Das Jugendamt hat über die Erlaubniserteilung hinaus die Aufgabe zu überprüfen, dass keine rechtswidrige Kindertagespflege stattfindet. Verstöße können bspw darin liegen, dass

- von einer Tagespflegeperson mehr als die erlaubten Kinder betreut werden,
- die Betreuung nicht durch die Tagespflegeperson erfolgt, für welche die Erlaubnis erteilt wurde,
- eine Betreuung in Umgehung der Vorgaben über die Betriebserlaubnis erfolgt, als etwa die Betreuung durch mehrere Tagespflegepersonen in zusammenhängenden Räumen nicht mit eindeutiger Zuordnung zu einer Tagespflegeperson erfolgt.

Auch diese Aufgabe der Aufsicht bringt die Notwendigkeit der Informationsgewinnung mit sich. Überprüfungen am Ort der Kindertagespflegestelle können hierbei ein angemessenes und probates Mittel sein. Gewisse Kontrollfunktionen werden ohne unangekündigte Hausbesuche nicht adäquat durchführ sein, insbesondere die Überprüfung der Einhaltung der Zuordnung zu den verschiedenen Kindertagespflegepersonen in so genannten „Großtagespflegestellen“.

Wegen der Grundrechtsintensität der Informationsgewinnung gilt jedoch grundsätzlich auch hier, dass dem Jugendamt für einen unangemeldeten Hausbesuch in der Regel konkrete Hinweise vorliegen müssen, die einen begründeten Anlass zu der Vermutung geben, dass unerlaubte Kindertagespflege ausgeübt wird. Nur wenn eine anlassunabhängige Überprüfung für die Sicherstellung der Einhaltung der Grenzen des § 43 SGB VIII erforderlich erscheint und auch keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen, kann das unangemeldete Aufsuchen verhältnismäßig sein.