

Nicht jede Differenz mit dem Jugendamt muss das Kindeswohl gefährden

SIGMAR ROLL

Der 2. Senat des Saarländischen Oberverwaltungsgerichts hat im vorliegenden Fall den Widerruf der Erlaubnis zur Kindertagespflege vorläufig ausgesetzt – formal: Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des dagegen eingelegten Widerspruchs –, weil eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls bisher nicht ausreichend dargelegt sei (Beschluss vom 01.02.2021, Az. 2 B 379/20). *

Leitsätze

1. Eine Aufhebung der Tagespflege-erlaubnis 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.

Sachverhalt

Die A ist seit über 25 Jahren selbständig als Tagesmutter tätig. Zuletzt wurde ihr mit Bescheid des Landkreises L vom April 2019 befristet für fünf Jahre die Erlaubnis zur Kindertagespflege von fünf fremden Kindern verlängert. Die A nutzt Räume einer Großtagespflegestelle zur Betreuung, in denen außer ihr noch ihre Tochter, Frau H, als Selbständige Betreuung anbietet. Im Rahmen der Betreuung werden Kinder auch zur Kita oder zur Grundschule gebracht. Offensichtlich wurde wegen der Corona-Pandemie, in der ohnehin nur Notbetreuung zugelassen war, auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes eine Durchmischung der betreuten Kinder untersagt. Auch kam es zu Differenzen mit dem Jugendamt wegen

der Stundenabrechnungen, nachdem dort ein neuer Mitarbeiter zuständig geworden war. Es wurde durch L eine Observierung von Frau H veranlasst und am 27.10.2020 sollte eine unangemeldete Kontrolle erfolgen (§ 46 Achstes Buch Sozialgesetzbuch – SGB VIII, § 1 Abs. 3 VO-Kindertagespflege Saarland). Die zunächst allein anwesende Frau H wollte den Zutritt erst nach Zuziehung ihres Anwaltes gewähren. Die A hat wohl nach ihrem Eintreffen den Zutritt angeboten.

Mit Bescheid vom 28.10.2020 widerrief der L mit Wirkung für die Zukunft – ab dem 03.11.2020 – die der A erteilte Erlaubnis zur Kindertagespflege: Die A erfülle nicht mehr die persönlichen Voraussetzungen zur Geeignetheit für die Erteilung einer Erlaubnis auf der Grundlage von § 43 Abs. 1 SGB VIII. Sie verletze die rechtlichen Beschränkungen der Betreuung 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 den Zutritt zu den Räumen der Großtagespflegestelle verweigert. Jeder dieser Aspekte alleine begründe das Aberkennen der persönlichen Geeignetheit. Der L ordnete die sofortige Vollziehung des Bescheides an, weil zum Schutz der betreuten Kinder ein sofortiges Handeln notwendig sei.

Am 02.11.2020 hat die A beim Verwaltungsgericht (VG) beantragt, die aufschiebende Wirkung ihres am selben Tag eingelegten Widerspruchs gegen den Bescheid vom 28.10.2020 wiederherzustellen. Mit Beschluss vom 03.12.2020 – 3 L 1362/20 – hat das VG den Antrag zurückgewiesen und die A hat daraufhin Beschwerde zum Oberverwaltungsgericht (OVG) eingelegt, der stattgegeben wurde.

Zur Begründung ihrer Beschwerde hatte die A vorgetragen, 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 Behauptung in der Begründung des Be-

* voller Wortlaut dieser Entscheidung siehe www.bag-jugendschutz.de/recht_rechtsprechung_jugendschutz.html

scheids »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 zugrunde. Die Kinder von Frau H, auf die der L hier höchstens anspielen könne, seien in der Zeit des Durchmischungsverbots nicht in der Großpflegestelle betreut worden. (...) Sie betreue nicht mehr als diejenigen Kinder, mit deren Eltern sie einen Betreuungsvertrag abgeschlossen habe. Sie stelle zudem durch Vereinbarung mit den Kindeseltern die Betreuungszeiten für die vorgenannten, ihr durch Betreuungsverträge anvertrauten Kinder sicher, dass nie mehr als fünf dieser Kinder gleichzeitig in der Großpflegestelle anwesend seien und von ihr betreut würden. Sie betreue nicht zusätzlich gleichzeitig Kinder auf »private Rechnung«. Sie nehme auch keine Kinder in ihrer Privatwohnung entgegen, sondern betreue sie ausschließlich in den (...) Räumlichkeiten der Tagesstätte. Soweit Kinder (...) während der pandemiebedingten Schließung der Tagesstätten einen Anspruch auf Notbetreuung gehabt hätten, seien diese Kinder ausschließlich in den Räumen der Großpflegestelle betreut worden. Die Behauptung des L, diesem sei bekannt, dass Frau H Kinder in nicht genehmigten Räumen, für die unter Coronabedingungen kein Hygienekonzept beim Gesundheitsamt eingereicht worden sei, regelmäßig betreut habe, stehe gleichermaßen auf tönernen Füßen. Der L beziehe sich insoweit auf angebliche eigene Beobachtungen aufgrund einer »Observation« der Großpflegestelle

und des Privathauses der Frau H vom 17.09.2020. Frau H habe an dem besagten Tag nachweislich mehrere von ihr zu betreuende Kinder in der Großpflegestelle in Empfang genommen und später in die Schule gebracht, wobei sie kurz zuhause gewesen sei, um ihren eigenen Sohn abzuholen und ebenfalls mit zur Schule zu nehmen, was so besprochen, vereinbart und an Schultagen immer so praktiziert werde. Dies begründe keine Gefährdung des Kindeswohls. (...) Sinn der Tagesbetreuung in der Art, wie sie und Frau H sie anbieten würden, sei es unter anderem, dass Eltern ihre Kinder schon vor Schichtbeginn in der Großpflegestelle abgeben und darauf vertrauen könnten, dass ihre Kinder während der vereinbarten Betreuungszeiten rechtzeitig in die Schule und den Kindergarten gebracht bzw. dort auch wieder abgeholt und in der Großpflegestelle weiter betreut würden, bis sie von ihren Eltern abgeholt werden könnten. Welche Verletzung welcher Pflicht ihr in diesem Zusammenhang vorzuwerfen sollte, ergebe sich aus den Ausführungen des L nicht. Ganz bestimmt sei aufgrund der »Beobachtungen« des L nicht belegt, dass ihr bekannt sei und von ihr geduldet werde, dass Frau H – die ihre Tätigkeit ohnehin unabhängig von ihr, wenn auch in den gleichen Räumen ausübe – regelmäßig Kinder in nicht genehmigten Räumen betreue, darüber hinaus wesentlich später als angegeben in Großpflegestelle eintreffe und zwar bereits in Begleitung der Kinder, die dort erst übergeben werden sollten und mit zusätzlichen Kindern ohne Betreuungsvertrag. Dementsprechend gebe es insgesamt keine Veranlassung davon auszugehen, dass sie mit ihrer Tochter H bezüglich der Verletzung der Anforderungen an eine Tagespflege und an die besonderen infektionsschutzrechtlichen Anforderungen während der Notbetreuung zusammengewirkt hätte und das Wohl der ihr anvertrauten Kinder im Verhältnis zu finanziellen und sonstigen Vorteilen für sich selbst und ihre Tochter H hintenan gestellt hätte. Die vom L behauptete Gefährdung des Kindeswohls liege nicht vor. (...) Aus Differenzen in Bezug auf abge-

rechnete Betreuungsleistungen könne keine Kindeswohlgefährdung hergeleitet werden. Zwar sei sie verpflichtet, Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich seien, so z. B. eine nachträgliche Änderung des zeitlichen Umfangs oder Beendigung der Tagespflege unverzüglich mitzuteilen. (...) Die Behauptung, sie rechne zu viele Betreuungsstunden ab, werde im Rahmen des Widerspruchs- und eines evtl. Klageverfahrens widerlegt werden. (...) Sie habe dargelegt, dass die Betreuungszeiten sich [am] Bedarf der Eltern orientier[ten] 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. (...) 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 Tagespflegerlaubnis nicht. (...) 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.

Argumentation des Gerichts

Die unter Berücksichtigung dieses Beschwerdevorbringens im Verfahren nach § 80 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung (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.

(...) 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.

»» Eine Eignung der Tagespflegeperson wird – weil eine abgeschlossene Ausbildung nicht gefordert wird – aus dem Gesamtbild der Persönlichkeit, der Sachkompetenz, der erzieherischen Kooperationsbereitschaft und vertieften fachlichen Kenntnissen abgeleitet. Hierunter fallen Eigenständigkeit, Verlässlichkeit, Vorbildfunktion, angemessene Autorität sowie soziale und kommunikative Kompetenz (vgl. z. B. Mörsberger in: Wiesner, Kommentar zum SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 43 Rn 21 und 23). **««**

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.

»» Eine schwere Pflichtverletzung liegt insbesondere bei Verhaltensweisen vor, die auf eine mangelnde Sorgfalt der Tagespflegeperson im Umgang mit den betreuten Kindern und eine daraus resultierende Gefährdung des Kindeswohls schließen lassen; dies kann neben konkreten Ereignissen wohl auch Aussagen auf Schlüsselfragen betreffen, sofern diese wie die Coronapandemie zuvor keine Rolle gespielt haben (s. hierzu auch Mörsberger a.a.O. Rn 24 und 39b). **««**

Dies sind insbesondere Verhaltensweisen, die – unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles und situativer Besonderheiten – auf eine mangelnde Sorgfalt der Tagespflegeperson im Umgang mit den betreuten Kindern und eine daraus resultierende Gefährdung des Kindeswohls schließen lassen. Der Entzug der Erlaubnis zur Kindertagespflege stellt dabei stets das letzte Mittel zur Gewährleistung des Kindeswohls dar. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass § 43 SGB VIII für die Kindertagespflegeperson einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) darstellt, weshalb bei der Erlaubniserteilung nur Mindeststandards (§ 43 Abs. 2 SGB VIII) verlangt werden dürfen. Die persönliche Eignung für die Kindertagespflege im Sinne des § 43 Abs. 2 SGB VIII fehlt nur dann, wenn ein festgestellter Mangel an persönlicher Integrität und Zuverlässigkeit negative Auswirkungen von nicht unerheblichem Gewicht auf die betreuten Kinder konkret befürchten lässt.

Der § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII erwähnt als Voraussetzung für eine Erlaubniserteilung jedoch ausdrücklich nur die Kooperationsbereitschaft der Pflegeperson mit den Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen, nicht hingegen mit dem Jugendamt. Kooperationsbereitschaft mit dem Jugendamt ist daher – rein rechtlich betrachtet – kein Eignungskriterium im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII. Eine Kooperationsverpflichtung der Tagespflegeperson mit dem Jugendamt ist lediglich in § 43 Abs. 3 Satz 6 SGB VIII vorgesehen, der die Tagespflegeperson verpflichtet, den Träger der öffentlichen Jugendhilfe über wichtige Ereignisse zu unterrichten, die für die Betreuung des oder der Kinder bedeutsam sind.

Ausgehend von diesen Grundsätzen bestehen im vorliegenden Fall erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Tagespflegeerlaubnis gegenüber der A. Zwar würde es sich [bei] einer auf Dauer angelegten Überschreitung der Höchstzahl der zu betreuenden Kinder um eine schwere Pflichtverletzung handeln, die auf eine mangelnde Sorgfalt im Umgang mit den zu betreuenden Kindern schließen lassen würde, ohne dass es insoweit auf den Eintritt eines Schadensereignisses ankommt. Die dauerhafte Überschreitung der gesetzlichen Höchstzahl der zu betreuenden Kinder würde erkennen lassen, dass die A sich nunmehr nach eigenem Gutdünken nachhaltig über gesetzliche, dem Kindeswohl dienende Regelungen hinwegsetzt und keine Gewähr mehr dafür bietet, dass sie sich adäquat auf die Belange der ihr anvertrauten Kinder konzentriert. Dass die A selbst die Höchstzahl der zu betreuenden Kinder überschritten hat, wird jedoch in dem angefochtenen Bescheid nicht behauptet. (...) Eine konkrete Begebenheit wird in dem Zusammenhang nicht benannt. Der L hat (...) selbst eingeräumt, dass die A im Gegensatz zu ihrer Tochter (...) keine privaten Betreuungsverhältnisse für sich in Anspruch nehme. Soweit in dem Bescheid weiter ausgeführt wird, es sei ohne die ausgesprochene oder unausgesprochene Einwilligung der A nicht möglich, dass Frau H die Räume der Großtagespflegestelle mit zusätzlichen Kindern betreue und deshalb sei davon auszugehen, dass die A mit ihrer Tochter bezüglich der Verletzung der Anforderungen an

rechtigten und anderen Tagespflegepersonen, nicht hingegen mit dem Jugendamt. Kooperationsbereitschaft mit dem Jugendamt ist daher – rein rechtlich betrachtet – kein Eignungskriterium im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII. Eine Kooperationsverpflichtung der Tagespflegeperson mit dem Jugendamt ist lediglich in § 43 Abs. 3 Satz 6 SGB VIII vorgesehen, der die Tagespflegeperson verpflichtet, den Träger der öffentlichen Jugendhilfe über wichtige Ereignisse zu unterrichten, die für die Betreuung des oder der Kinder bedeutsam sind.

eine Tagespflege und an die besonderen infektionsschutzrechtlichen Anforderungen zusammengewirkt habe, ist dieser Vorwurf spekulativer Natur. Eine konkrete, nachvollziehbare Pflichtverletzung der A ergibt sich daraus nicht. Ebenfalls spekulativ und auf Vermutungen basierend ist die Behauptung, in diesem »planvollen Hinwegsehen« komme zum Ausdruck, dass sich auch die A über die Regeln, die zum Schutz des Kindeswohls unumstößlich seien, hinwegsetze. (...)

Soweit der L (...) darauf abgestellt hat, dass die A, obwohl sie Monat für Monat keine Angaben zur Veränderung in der Abrechnung der Betreuungsstunden mache, keineswegs alle Kinder im gleichen monatlichen Umfang betreue, (...) [hat die A] zur Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit der Behauptung des L (...) entsprechende Anpassungsmittelungen zu veränderten Stundenzeiten 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 Einzelfalls ausreicht, um ihr die persönliche Eignung für die Kindertagespflege abzusprechen, kann im vorliegenden (summarischen) Eilverfahren nicht abschließend geklärt werden.

Soweit der L (...) 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. (...) 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. (...)

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 Kindes-

entwicklung abzusehen ist, die bei ihrer Fortdauer eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.

►► Hier wird die Definition der **Kindeswohlgefährdung** wiedergegeben und gegenüber einer lediglich abstrakten allgemeinen Erhöhung von Risiken abgegrenzt. ◀◀

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 (...) nicht vor. In dem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die A über einen sehr langen Zeitraum (über 25 Jahre) als Tagesmutter tätig gewesen ist, ohne dass es offenbar zu erheblichen Beanstandungen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit gekommen ist. Sofern zwischen den Beteiligten unterschiedliche Ansichten darüber bestehen, in welchem Umfang die A Berichtspflichten bezüglich der tatsächlichen Betreuungszeiten nachzukommen hat, ist eine Entscheidung darüber – wie erwähnt – einem Hauptsachverfahren vorzubehalten. Eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls, die ein öffentliches Interesse am Sofortvollzug der Verfügung begründen würde, kann daraus sicher nicht hergeleitet werden. (...)

Anmerkung

Die vorliegende Entscheidung differenziert zwischen Streitpunkten, die sich nur indirekt auf das Kindeswohl auswirken können, und solchen, bei denen eine unmittelbare Eignung zur Kindeswohlgefährdung zu bejahen wäre. Letztere sieht das OVG derzeit nicht als nachgewiesen oder überwiegend wahrscheinlich an und kommt deshalb – aus meiner Sicht zu Recht – im Rahmen seiner Abwägung zum Ergebnis, dass es verantwortbar sei, der A vorläufig weiterhin bis zur Klärung der

Angelegenheit die Erlaubnis zur Kindertagespflege zu belassen. Der vorliegende Fall unterscheidet sich insofern von dem einer nachgewiesenen Aufsichtspflichtverletzung aus eigennützigen Motiven, bei dem das OVG Bautzen den Sofortvollzug für angemessen angesehen hatte (Beschl. v. 27.05.2014, Az. 4 B 48/14). Allerdings muss nicht jede Aufsichtspflichtverletzung und noch nicht einmal eine Straftat zwingend zum Widerruf der Erlaubnis unter Anordnung des Sofortvollzugs führen (OVG Bautzen, Beschl. v. 08.03.2017, Az. 4 B 12/17 = KJug 3/2017, S. 123; Mörsberger a.a.O. Rn 23a).

Zusätzlich wäre bei der Frage des Sofortvollzuges auch in die Abwägung einzubeziehen, welche Auswirkungen auf das Kindeswohl davon ausgehen, wenn ein Kind seine vertraute Bezugsperson in der Betreuung oder gar die Betreuung insgesamt verliert. Allerdings bleibt hier unklar, wie sich die Situation zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung – also 3 Monate nach Anordnung des Sofortvollzugs – tatsächlich darstellte: War solange die Tagespflege bereits unterblieben, war sie in der Zeit ab November 2020 wegen verschärfter Corona-Auflagen (Lockdown) ohnehin nicht möglich oder war im Hinblick auf die eingelegten Rechtsmittel – formal zu Unrecht – doch eine Fortsetzung der Betreuung geduldet worden. Außerhalb der aktuellen Pandemiesituation erschiene eine dreimonatige Dauer bis zur Eilentscheidung (1 Monat in der ersten Instanz, 2 Monate in der Beschwerdeinstanz) aus diesen Gründen schon problematisch, auch wenn die A selbst mit dem Zeitablauf bis zur Einlegung und dann bis zur Begründung der Beschwerde selbst erheblich zur Verfahrensdauer beigetragen hat.

Da in dem Streitfall anscheinend auch persönliche Probleme im Umgang der Beteiligten eine Rolle spielen, könnte im Hauptsacherechtsstreit auch eine Mediation bzw. ein Güterichterverfahren sinnvoll sein.

Gesetz und Gesetzgebung

Das zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vorgesehene **Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG)** befand sich bei Redaktionsschluss noch im Gesetzgebungsprozess. Unter dem Titel »Zweiter Anlauf: Das ‚neue‘ KJSG« bescheinigt Katharina Lohse (in: JAm 11/2020, S. 545) dem Neuentwurf eine deutliche Weiterentwicklung gegenüber der 2017 abgelehnten Fassung. Verschiedene Stellungnahmen befassen sich mit Detailpunkten (AFET sowie Arbeitsgruppe Kinder psychisch- und suchtkrankter Eltern, jeweils in: Dialog Erziehungshilfe 4/2020, S. 7-12 und 13-18; Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags in: FamRZ 1/2021, S. 13-17; Deutscher Verein in: NDV 2/2021, S. 88-102). Eine deutliche Kritik kommt von Goldberg/Radewagen im Hinblick auf vorgesehene Änderungen im Kinderschutz (§4 KKG), in: JAm 12/2020, S. 622-629 (gekürzte Fassung in: Dialog Erziehungshilfe 4/2020, S. 27-32); s.a. Kepert, unsere jugend 2/2021, S. 87-93 (Themenheft KJSG).

Unter der Überschrift »**Der Regierungsentwurf zur Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz** – Verfassungsrechtliche Symbolpolitik am falschen Ort« arbeitet Dr. Michael von Landenberg-Roberg (in: NZFam 4/2021, S. 145-148) die Fortschritte des aktuellen Vorschlags heraus, hält jedoch eine Zuordnung zu Art. 2 statt zu Art. 6 GG für vorzugswürdiger.

Rechtsprechung

Eine unbefugte und **strafbare Weitergabe von Bildern** unter Verletzung des § 201 Abs. 1 Nr. 5 StGB (im damals geltenden Gesetzestext noch Nr. 4) kann auch vorliegen, wenn das Tatopfer das Foto selbst gefertigt hatte (Selfie) – so der Beschluss des BGH vom 29.07.2020, Az. 4 StR 49/20. Es reicht

aus, dass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches vorliegt, was insbesondere bei der Weitergabe von Nacktfotos – hier von Minderjährigen – bejaht wird. Diese Strafbarkeit besteht neben der Strafbarkeit wegen Weitergabe von kinderpornographischen oder jugendpornographischen Abbildungen. Anmerkungen hierzu haben Busch (in: NJW 49/2020, S. 3609 f), Kudlich (in: JA 12/2020, S. 952 f) und Borutta (jurisPR-StrafR 2/2021 Anm. 5) verfasst.

Neben dem im Impressum einer Website genannten Verantwortlichen und dem Domaininhaber kann auch ein sog. »intellektueller Verbreiter« als Anbieter in Anspruch genommen werden, der ein unzulässiges Verbreiten **pornographischer Inhalte** im Internet außerhalb geschlossener Benutzergruppen zu unterbinden hat, wenn im Einzelfall hinreichende Indizien dafür sprechen, dass er über entsprechende Einflussmöglichkeiten verfügt (VG Cottbus, Urt. v. 15.10.2020, Az. 8 K 2831/17). Dies verhindert, dass durch das Zwischenschalten nicht erreichbarer Strohmann ungehindert ein personalisiertes Internetangebot eines Sexdienstleisters aus Deutschland mit fortwährenden Gesetzesverstößen betrieben werden kann.

Aus der Gestattung eines Kinderbesuchs lässt sich keine über eine alltägliche Gefälligkeit hinausgehende Übernahme einer **Aufsichtspflicht** ableiten, so dass auch für eine beim Spielen auftretende Unfallverletzung keine Haftung zu übernehmen ist. Auch aus der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ergibt sich dies nicht, wenn das zur Verfügung gestellte Spielgerät nicht eine echte Gefahrenlage mit sich bringt und zu unbesonnenem Verhalten Anlass bietet, was hier für ein Spielhaus verneint wurde (OLG Brandenburg, Urt. v. 08.07.2020, Az. 4 U 182/19).

Auch Kinder – hier ein 8-Jähriger – können einen Antrag nach dem **Gewaltschutzgesetz** stellen, wenn sie Opfer von Gewalt oder Nachstellungen Dritter werden. In dem vom Amtsge-

richt Frankfurt/Main entschiedenen Fall (Beschl. v. 16.11.2020, Az. 456 F 5230/20 EAGS) war das Kind von einer Nachbarin u.a. – wohl aus Verärgerung über Lärm beim Spielen – aus dem zweiten Stock mit rohen Kartoffeln beworfen worden; dem Gericht fehlte der Nachweis für eine vorsätzliche Verletzung von durch das GewSchG geschützten Rechtsgütern, was Dr. Michael Cirullies (in NZFam /2021, S. 95) als nachvollziehbar ansah. Für eine vergleichbare Maßnahme nach § 1666 Abs. 3 Nr. 3 BGB wegen Kindeswohlgefährdung fehle es ebenfalls an der Eingriffsintensität, prinzipiell komme ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch in Betracht.

Nachtrag zu KJug 3/2016, S. 112 ff und 2/2020, S. 77

Laserspiele sind nach einem Urteil des VG Augsburg vom 23.10.2020 (Az. Au 3 K 17.1642) wegen ihrer aggressionssteigernden und angsteinflößenden Wirkung für Kinder unter 14 Jahren generell nicht geeignet; es ist auf den sog. gefährdungsgeneigten Minderjährigen abzustellen.

Nachtrag zu KJug 1/2018, S. 27

Nach dem Amtsgericht Medebach haben das LG Arnsberg und zuletzt das OLG Hamm als Revisionsinstanz (Beschluss v. 22.10.2020, Az. 5 RVs 83/20) die Strafbarkeit von Jugendamtsbediensteten wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen auch für den Fall bestätigt, dass zwar ein Handeln wegen Unkenntnis der Gefahrenlage unmöglich gewesen war, aber dem eine pflichtwidrig herbeigeführte Unkenntnis vorangegangen war. Prof. Dr. Michael Hegmanns (in: JAmt 1/2021, S. 48-50) sieht dies kritisch und geht von einer Überspannung der Anforderungen aus, die im realen Alltag nicht erfüllbar seien.

Nachtrag zu KJug 3/2019, S. 121 und 2/2020, S. 77

Da von dem betroffenen Jugendschutzprogramm nun auch Versionen für mobile Nutzung existieren,

ist die Eignungsanerkennung durch die FSM nach Ansicht der KJM rechtlich unbedenklich, auch wenn sich die KJM weitergehenden Schutz insbesondere bei social-media-Angeboten wünscht (KJM-Pressemitteilung 02/2021).

Schrifttum

Unfallversicherungsschutz für Kinder in Kitas

Kurzer Abriss zum versicherten Personenkreis, den versicherten Einrichtungen (auch Tagespflegestätten und vorschulische Sprachförderungskurse) und möglichen Leistungen.

→ Joachim Schwede und Gaby Schwede in: NZFam 1/2021, S. 28-29.

Versuchtes Cybergrooming – Grenzbereich des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts und Legitimation des »Präventionsstrafrechts«

Beim vollendeten Cybergrooming (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB) handele es sich nicht um ein unzulässiges Gesinnungsstrafrecht, sondern um das Ansetzen an einer Vorbereitungshandlung weit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutverletzung. Normen wie § 176 Abs. 6 Satz 2 StGB (versuchtes Cybergrooming an einem Scheinkind) seien dagegen reines Gefahrenabwehrrecht ohne tatsächliche Rechtsgutverletzung und damit im Strafgesetzbuch deplatziert.

→ Dr. Jesko Baumhöfener in: MMR 1/2021, S. 30-34.

»Liken als Haten«: Strafverfolgung von Hatespeech in Sozialen Netzwerken

In den detailliert strafjuristischen Ausführungen wird die Möglichkeit zur strafrechtlichen Erfassung des Likens und Teilens von Hassbeiträgen im Internet herausgearbeitet, während eine Verantwortlichkeit bei Plattformen nur bestehe, wenn sie speziell auf diesen Zweck ausgerichtet seien.

→ Dr. Philipp Eckel und Dr. Christian Rottmeier in: NStZ 1/2021, S. 1-11.

Staatlicher Jugendschutz für Apps und parallele Regeln der App-Stores

– Konkurrenz zwischen dem Jugendschutz nach dem JMStV und den Richtlinien von Google und Apple für Publisher von Apps
Die jeweiligen Regelungen werden vorgestellt und im Ergebnis wird die Auffassung vertreten, dass die gesetzlichen Bestimmungen weniger restriktiv seien, die vorgesehenen gesetzlichen Änderungen kaum hilfreich wären und die Kongruenz der Systeme sich daraus ergebe, dass die Einschränkungen der App-Stores als technisches Mittel im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV anzusehen wären.

→ Dr. Cristian Rauda in: MMR-Beil. 8/2020, S. 13-17 (gekürzte Fassung in: tv-diskurs 95 1/2021, S. 84 f).

Weitere Beiträge im Sonderheft zu Jugendschutz in der Games-Branche von u.a. Lober/Jäkel-Gottmann, Liesching, Bodensiek zu Alterskennzeichnung, EU-Bezogenheit und Nutzungsrisiken.

»Simuliertes Glücksspiel« in Game-Apps

Am Beispiel des Spieles »Coin-Master« werden die Kriterien für Jugendschutzeingriffe diskutiert; bei derzeit bestehender Gesetzeslage wurde von der BPJM eine Indizierung abgelehnt, eine Altersbeschränkung für die App existiert mittlerweile.

→ Prof. Dr. Marc Liesching in: ZfWG 5/2020, S. 313-318.

Sigmar Roll

Psychologe/Jurist

Richter am Bayerischen Landessozialgericht
Zweigstelle Schweinfurt
