



Ausfertigung

VERWALTUNGSGERICHT MAGDEBURG

- 4. Kammer -



Az.: 4 A 169/12 MD
19

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in der Verwaltungsrechtssache

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Remmers, Robra und Meyer, Seumestraße 1,
39104 Magdeburg,

gegen

die **Landeshauptstadt Magdeburg**, vertreten durch den Oberbürgermeister, Alter Markt,
39104 Magdeburg,

Beklagte,

wegen

Erlaubnis zur Kindertagespflege

hat das Verwaltungsgericht Magdeburg - 4. Kammer – auf die mündliche Verhandlung vom 01.10.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Risse als Einzelrichter für Recht erkannt:

Der Bescheid des Beklagten vom 02.03.2012 wird aufgehoben.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Erlaubnis zur Kindertagespflege über den 31.08.2012 hinaus bis zum 31.08.2013 zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens; Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der vollstreckbaren Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Verlängerung der ihr erteilten Erlaubnis zur Kindertagespflege.

Die Klägerin ist am 14.03.1947 geboren. Sie ist ausgebildete Erzieherin mit staatlicher Anerkennung und Heilerziehungspflegerin. Sie war in mehreren Erziehungseinrichtungen tätig, darunter mehrfach und langjährig als Leiterin von Kindertagesstätten.

Auf entsprechenden Antrag erteilte die Beklagte der Klägerin mit Bescheid vom 03.08.2011 die Erlaubnis zur Kindertagespflege. Die Erlaubnis wurde gemäß den Richtlinien der Beklagten bis zum 14.03.2012, der Vollendung des 65. Lebensjahres, befristet. Am 23.10.2011 beantragte die Klägerin die Verlängerung bis zum 30.08.2013. Sie sehe die Altersbegrenzung nach den Richtlinien als diskriminierend an, zumal künftig bis zum 67. Lebensjahr gearbeitet werden müsse. Die Beklagte bot der Klägerin mit Schreiben vom 08.11.2011 eine Verlängerung bis zum 31.08.2012 an. Die Altersbeschränkung begründete sie damit, dass sie ein erhöhtes Unfallrisiko und eine Gefährdung des Kindeswohls auszuschließen habe. Nachdem die Klägerin den Vorschlag angenommen hatte, verlängerte die Beklagte mit Bescheid vom 24.11.2011 die Erlaubnis bis zum 31.08.2012.

Die Klägerin beantragte mit Schreiben vom 25.01.2012 die weitere Verlängerung der Erlaubnis bis zum 31.08.2013. Die Richtlinie gehe nur von einem Regelfall aus, der Ausnahmen zulasse. Sie sei gesundheitlich in der Lage, die Betreuung noch über eine längere Zeit engagiert durchzuführen.

Mit Schreiben vom 02.03.2012, das nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war, erklärte die Beklagte, dass sie die Klägerin „über die getroffenen Entscheidung in Kenntnis setzen“ wolle und führte zur Begründung erneut die Richtlinie an. Von einer Verlängerung der Erlaubnis zur Kindertagespflege möchte man „Abstand nehmen“. Die Klägerin wurde gebeten, ihre Tätigkeit zum 31.08.2012 zu beenden.

Am 10.07.2012 hat die Klägerin Klage erhoben. Sie hat ärztliche Atteste vorgelegt, in denen ihr ein physisch und psychisch guter Gesundheitszustand bescheinigt wurde. Sie trägt vor, dass sie die gesetzlichen Voraussetzungen für die Kindertagespflege nach § 43 Abs. 2 SGB VIII erfülle. Es gebe keine Erfahrungssätze, die die Annahme rechtfertigten, dass die Belastbarkeit für die Kindererziehung nach Vollendung des 65. Lebensjahres nicht mehr bestehe.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 02.03.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Erlaubnis zur Kindertagespflege über den 31.08.2012 hinaus bis zum 31.08.2013 zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie erwidert: Die Befristung der Erlaubnis bis zur gesetzlichen Altersgrenze stelle kein Berufsverbot dar, da hiervon der gesamte Berufszweig der Kinderbetreuung in öffentlichen und privaten Einrichtungen betroffen sei. Die Altersbegrenzung sei zulässig, weil es dem Schutzauftrag des Jugendamtes entspreche, das Alter der Betreuungspersonen als Eignungskriterium unabhängig vom tatsächlichen rein körperlichen gesundheitlichen Zustand abhängig zu machen. Insbesondere die psychische Belastbarkeit werde bei kleinen Kindern sehr beansprucht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze sowie die Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen. Diese Unterlagen waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist als Verpflichtungsklage zulässig. Das Gericht geht davon aus, dass es sich bei dem Schreiben vom 02.03.2012 um einen ablehnenden Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG handelt. Zwar enthält das Schreiben weder eine ausdrückliche Entscheidungsformel noch eine Rechtsbehelfsbelehrung. Gleichwohl hat es Regelungscharakter, weil von einer „Entscheidung“ die Rede ist und erklärt wird, dass man von einer Verlängerung der Erlaubnis Abstand nehme. Die Klägerin musste davon ausgehen, dass mit dem Schreiben ihr Antrag auf Verlängerung der Erlaubnis zur Kindertagespflege verbindlich abgelehnt worden ist. Die Klagefrist (vgl. § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO) ist eingehalten. Da eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlt, gilt gemäß § 58 Abs. 2 VwGO die Jahresfrist.

Selbst wenn es sich bei dem Schreiben nicht um einen Verwaltungsakt handelt sollte, wäre die Klage jedenfalls als Untätigkeitsklage gemäß § 75 Satz 1 VwVfG zulässig, weil die Beklagte dann ohne sachlichen Grund nicht innerhalb einer angemessenen Frist über den Antrag der Klägerin vom 25.01.2012 auf Verlängerung der Erlaubnis zur Kindertagespflege entschieden hätte.

Die Klage ist auch begründet. Die Klägerin hat gemäß § 43 Abs. 2 SGB VIII einen Anspruch auf Verlängerung der Erlaubnis zur Kindertagespflege jedenfalls im beantragten Umfang bis zum 31.08.2013. Der ablehnende Bescheid der Beklagten vom 02.03.2012 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Nach § 43 Abs. 1 SGB VIII bedarf eine Person, die ein Kind oder mehrere Kinder außerhalb des Haushalts des Erziehungsberechtigten während eines Teils des Tages und mehr als 15 Stunden wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreuen will, der Erlaubnis. Gemäß § 43 Abs. 2 SGB VIII ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn die Person für die Kindertagespflege geeignet ist. Geeignet sind Personen, die sich durch ihre Persönlich-

keit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnen und über kindgerechte Räumlichkeiten verfügen.

Zu den danach erforderlichen charakterlichen Eigenschaften einer Pflegeperson, die diese befähigt, die in § 22 Abs. 2 und 3 SGB VIII normierten Ziele der Tagespflege erfüllen zu können, gehört eine ausreichende psychische Belastbarkeit und Zuverlässigkeit, um in der Bewältigung auch unerwarteter Situationen flexibel reagieren zu können, sowie ausreichendes Verantwortungsbewusstsein und hinreichende emotionale Stabilität, damit das Kind und seine Rechte voraussichtlich unter allen Umständen geachtet werden. Ferner muss eine geeignete Tagespflegeperson ihr Handeln begründen und reflektieren können und fähig zum konstruktiven Umgang mit Konflikten und Kritik sein (OVG Nordrh.-Westf., Beschluss vom 02.09.2008 – 12 B 1224/08 -, juris).

Zur Überzeugung der Kammer sind diese Voraussetzungen bei der Klägerin erfüllt. Die Klägerin betreibt mit Erlaubnis der Beklagten seit dem 01.05.2011 eine Kindertagespflegeeinrichtung. Die persönliche Qualifikation und die Eignung der Räumlichkeiten werden von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Die Klägerin ist ausgebildete Erzieherin und war langjährig als Kindergärtnerin tätig. Sie hat auch mehrere Kindertagesstätten geleitet.

Die Versagung der beantragten Erlaubnis kann auch nicht auf die „Richtlinie für Tagespflege“ der Beklagten gestützt werden, die im Punkt 1. („Gesetzliche Grundlagen der Tagespflege“) vorsieht, dass die Erlaubnis in der Regel bei Eintritt in die gesetzlich vorgegebene Altersgrenze erlischt.

Die in der Richtlinie vorgesehene Altersgrenze findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze und widerspricht der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit der Klägerin. § 43 SGB VIII sieht keine Altersgrenze vor, deren Überschreitung einen Versagungsgrund für die Erteilung der Tagespflegeerlaubnis darstellt. Es gibt auch keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass Betreuungspersonen nach Überschreitung des 65. Lebensjahres nicht mehr über die zur Ausübung der Kindertagespflege hinreichende psychische Belastbarkeit verfügen. Die Beklagte hat nicht dargelegt, auf welche Grundlagen - etwa wissenschaftliche Studien - sie diese Annahme stützt. Das Obergericht der Freien Hansestadt Bremen (Beschluss vom 17.11.2010 – 2 B 256/10 -, juris) geht zwar davon aus, dass bei einem Alter von 76 Jahren in Frage gestellt werden müsse, ob die körperlichen und psychischen Kräfte noch ausreichen, um Kinder wöchentlich mehr als 15 Stunden zu betreuen. Diese Ausführungen lassen sich jedoch auf den vorliegenden Fall nicht übertragen, weil die Klägerin wesentlich jünger ist. Zudem hat das Obergericht Bremen seine Entscheidung zusätzlich darauf gestützt, dass sich die betroffene Person als persönlich unzuverlässig erwiesen hat. Dies ist bei der Klägerin nicht der Fall.

Unabhängig davon stellt die Anwendung der durch eine Richtlinie festgelegten allgemeinen Altersgrenze einen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG dar. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reichen normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften oder eine ständige Verwaltungspraxis, die

sich in abstrakt-generell gefassten Vorgaben einer festen Altersgrenze niederschlägt, als Grundlage von Beschränkungen der Berufswahlfreiheit nicht aus (BVerfG, Beschluss vom 21.06.1989 – 1 BvR 32/87 -, BVerfGE 80, 257; Kammerbeschluss vom 09.03.2007 – 1 BvR 2887/06 -, NVwZ 2007, 804). Auch wenn man die von der Beklagten vorgesehene Altersgrenze letztlich nicht als Regelung der Berufswahl, sondern als Berufsausübungsregelung ansieht, ist die Festlegung der Altersgrenze mit einem erheblichen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit verbunden. Von der Altersgrenze bliebe nur die nach § 43 Abs. 1 SGB VIII erlaubnisfreie Tagespflege verschont, die in einem geringen Umfang betrieben wird.

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Diesem Gesetzesvorbehalt unterliegen Maßnahmen, die die Freiheit der Berufswahl betreffen ebenso wie solche, die lediglich die Ausübung des Berufs berühren (BVerfG, Urteil vom 15.06.2000 – 3 C 10.99 -, NVwZ 2001, 324). Nach der von der Beklagten zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können zwar tarifvertraglich geregelte Altersgrenzen eine wirksame Schranke der Berufsfreiheit bilden. Tarifverträge sind jedoch mit Verwaltungsvorschriften nicht vergleichbar, weil sie auf der verfassungsrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit beruhen, die den Tarifvertragsparteien ein Normsetzungsrecht gewährt (vgl. BAG, Urteil vom 08.12.2010 – 7 AZR 438/09 -, NZA 2011, 586).

Aus der gesetzlichen Regelung des § 43 SGB VIII über die Erlaubnis zur Kindertagespflege lässt sich nicht darauf schließen, dass die persönliche Eignung nach allgemeinen Kriterien unter Anwendung einer generellen Altersgrenze bestimmt werden könnte. Die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen für die Eignung nach § 43 Abs. 2 SGB VIII knüpfen vielmehr an individuelle persönliche Merkmale wie Persönlichkeit, Sachkompetenz, Kooperationsbereitschaft und Fachkenntnisse an, deren Vorliegen im konkreten Einzelfall zu prüfen ist.

Die Anwendung der Richtlinie lässt sich auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass die Erlaubnis bei Überschreitung des Renteneintrittsalters nur „im Regelfall“ erlöschen soll, also Abweichungen zulässig sind. Denn unabhängig von der Frage, ob es grundsätzlich zulässig wäre, die Überschreitung einer Altersgrenze im Rahmen von Verwaltungsvorschriften als ein *nicht bindendes* Kriterium für die persönliche Eignung nach § 43 Abs. 2 SGB VIII festzulegen, hat die Beklagte gerade nicht im konkreten Einzelfall näher geprüft, ob die Klägerin trotz Überschreitung der Altersgrenze die physischen und psychischen Voraussetzungen für eine Tätigkeit als Kindertagespflegerin erfüllt. Angesichts der ärztlichen Bescheinigungen vom 11.05.2012 und 13.07.2012 ist das Gericht davon überzeugt, dass die Klägerin in gesundheitlicher Hinsicht den in § 43 SGB VIII bestimmten Anforderungen an die Betreuung von Kindern gerecht wird.

Widerspricht die Versagung der begehrten Erlaubnis bereits der gesetzlichen Regelung des § 43 SGB VIII und der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit der Klägerin, so kann dahinstehen, ob sich ein Anspruch auf Erteilung der Kindertagespflege-

erlaubnis zudem aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz oder der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ergibt.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 188 Satz 2 VwGO. Die Entscheidung bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie von dem Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt zugelassen wird.

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils zu beantragen. Der Antrag ist bei dem

Verwaltungsgericht Magdeburg,
Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg,

zu stellen. Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist.

Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg, einzureichen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfefverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird.

Als Bevollmächtigte vor dem Oberverwaltungsgericht sind zugelassen: Rechtsanwälte, Rechtslehrer im Sinne des § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO und die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen; eine Vertretung ist auch durch entsprechend beschäftigte Diplom-Juristen im höheren Verwaltungsdienst zulässig.

Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Bei dem Verwaltungsgericht Magdeburg und beim Obergericht des Landes Sachsen-Anhalt können in allen Verfahren auch elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt eingereicht werden.

Risse

Ausgefertigt
Magdeburg, *[Handwritten Signature]* 0. OKT. 2012
(Ehrke) Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

