

**Titel: Gefahrenabwehrrechtliche Aufgaben der Sozialleistung „Kindertagesstätte“ im Spiegel des Verfassungsrechts**

**Autor: Angela Busse**

**Kategorie: + Sozialrecht + Kinder- und Jugendhilferecht + Kindertagesstätte + Gefahrenabwehr + Verfassungsrecht +**

**Jahr: 2012**

## **1. Der Anspruch auf einen Kindergartenplatz und Kinderschutz – die politischen Themen des SGB VIII**

Spektakuläre Fälle der Kindesmisshandlung, unerwünschte Ergebnisse betreffend die deutsche Bildungslandschaft im Rahmen der Bildungsstudien haben die Diskussion um die Kinder- und Jugendhilfe in den letzten Jahren geprägt.<sup>1</sup> Sie haben den Ruf nach Kindertagesbetreuung, insbesondere in Kindertagesstätten, zu nehmend lauter werden lassen. Sogar eine Diskussion um eine Kindergartenpflicht entbrannte.<sup>2</sup> Dies zeigt die Hoffnung, die auf diesen Dienstleistungsangeboten ruht oder lastet. In vielerlei Hinsicht hat die Öffentlichkeit nur das Fehlen von Kindergartenplätzen und die Kindergartenpflicht als verfassungsrechtlichen Angriff auf das Recht der Eltern, ihre Kinder wunschgemäß zu erziehen, registriert. So wurde es um die Kindergartenpflicht rasch wieder still.

Die Kindertagesstätte als Dienstleistungsangebot muss in der konkreten Ausgestaltung ihrer Funktion, dem Auftrag gerecht werden, den die Verfassung vorsieht. Wie andere Sozialleistungen auch ist der Schutzauftrag der Verfassung bei der Ausgestaltung des Rechts der Kindertagesstätten zu berücksichtigen. Die gefahrenabwehrrechtlichen Dimension, die weder dem Betreuungsgeld noch einer anderen Geldleistung beigegeben ist, ist Gegenstand dieser Untersuchung. Um dies zu belegen, beschreibt die Darstellung die verfassungsrechtliche Dimension des Kinderschutzes in der Kindertagesstätte (2.). Die inhaltliche (3.) und verfahrensrechtliche (4.) Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Aufgaben im Bezug auf gefahrenabwehrrechtliche Aspekte schließen sich an. Mit einer Bewertung der Sozialleistung Kindertagesstätte hinsichtlich der Umsetzung der verfassungsrechtlichen Determinanten schließen die Ausführungen.(5.)

## **2. Gefahrenabwehrrechtliche Grundlagen der Kindertagesstätte in der Verfassung**

Wie jegliches deutsches Recht, haben sich auch die (einfach) rechtlichen Rahmenbedingungen der Kindertageseinrichtung an den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Grundgesetzes auszurichten. Die Verfassung sieht in ihrem Grundrechtskatalog keine speziellen Grundrechte für Kinder vor. Das Kind ist als natürliche Person aber Grundrechtsträger.<sup>3</sup> Deshalb wird es durch jedes Grundrecht geschützt, das auf seine Lebenssituation zutrifft. Dies wird als Grundrechtsmündigkeit bezeichnet. An der Grundrechtsmündigkeit fehlt es zum Beispiel einem

<sup>1</sup> Fischer in Schellhorn SGB VIII, § 22 Rz. 3.

<sup>2</sup> Z.B. Hoffmann ZKJ 2006, 436ff; Bader NVwZ 2007, 537ff; Kube/ Seiler JURA 2005, 567ff.

<sup>3</sup> Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Vor Art. 1 Rz. 34.

noch nicht sprachfähigen Kind im Bezug auf das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG. Zum Teil wird die Grundrechtsmündigkeit aber auch als die Möglichkeit verstanden, ein Grundrecht selbst oder durch einen Vertreter prozessual geltend zu machen.<sup>4</sup> Im Hinblick auf die hier im Mittelpunkt stehenden Entwicklungs- und Fördermöglichkeiten des Kindes durch die Kindertageseinrichtung sind vorliegend die Grundrechte nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 6 II GG von Interesse (2.1.). In verfassungsrechtlicher Hinsicht steht die Kindertagesstätte auch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Recht ungeborener Kinder auf Leben, Art. 2 II i.V.m. Art. 1 I GG (2.2). Selbst das Staatsorganisationsrecht verankert ordnungsrechtliche Inhalte des Kindergartenwesens im Rahmen der Gesetzgebungskompetenzen (2.3.).

## **2.1. Verfassungsrechtliche Vorgaben aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes, dem elterlichen Erziehungsrecht und dem staatlichen Wächteramt**

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG schützt das Recht des Kindes auf das „Person-Werden“.<sup>5</sup> Das Grundgesetz kennt kein ausdrücklich dem Kind zugeordnetes Recht auf Erziehung und Unterhalt. Hingegen schützt das elterliche Erziehungsrecht, Art. 6 II 2 GG, die Eltern vor Eingriffen des Staates in ihr Recht, das Kind nach ihren eigenen Vorstellungen zu erziehen.<sup>6</sup> Es kommt in erster Linie den Eltern zu, dieses Erziehungsrecht im Sinne des Kindes zu verwirklichen. Die Eltern werden entsprechend als Treuhänder des Rechts des Kindes auf Erziehung angesehen.<sup>7</sup> Soweit man mit der herrschenden Auffassung davon ausgeht, dass es sich bei Art 6 II GG auch um eine Grundpflicht der Eltern gegenüber den Kindern handelt, wird von einer etwas stärkeren Rechtsposition des Kindes ausgegangen. Das BVerfG führte in seiner Entscheidung zur Durchsetzung eines zwangsweisen Umgangsrechts eines Kindes gegen seinen Vater aus:<sup>8</sup>

„Mit dieser den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auferlegten Pflicht gegenüber dem Kind, es zu pflegen und zu erziehen, korrespondiert das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Wird jemandem eine Pflicht auferlegt, die sich auf eine andere Person bezieht und die zugleich mit dem Recht verbunden ist, auf diese Person einzuwirken, für sie Entscheidungen zu treffen, ihre Interessen zu vertreten und auf ihre Persönlichkeitsentfaltung maßgeblich und zuvörderst Einfluss zu nehmen, so berührt dies den Kern höchstpersönlicher Lebensentfaltung des Anderen und schränkt dessen freie

<sup>4</sup> Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Vor Art. 1 Rz. 39.

<sup>5</sup> Engels, Kinder und Jugendschutz in der Verfassung, AöR 1997, 217(226-228).

<sup>6</sup> Pieroth in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 6 Rz. 34; Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Art. 6 Rz. 14.

<sup>7</sup> BVerfG 59, 360(377) = NJW 1982, 1375(1376); BVerfGE 64,180(189)= NJW 1983, 2491(2491).

<sup>8</sup> BVerfG 1 BvR 1620/04 vom 1.4.2008, Rz.75,

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080401\\_1bvr162004.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080401_1bvr162004.html), letzter Aufruf 11.7.2012.

Willensentscheidung ein. Den Eltern eine solch tief greifende Einflussnahme auf das Leben ihres Kindes einzuräumen, rechtfertigt sich allein aus dem Umstand, dass das Kind noch nicht selbst für sich Verantwortung tragen kann und zu Schaden käme, wenn es hierbei keine Hilfe erführe. Bedarf aber das Kind solcher Unterstützung durch seine Eltern und ist deshalb die Elternverantwortung allein dem Wohle des Kindes verpflichtet wie geschuldet, dann hat das Kind auch einen Anspruch darauf, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen, und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auch nachkommen. Dieses Recht des Kindes findet insofern in der elterlichen Verantwortung seinen Grund und wird damit von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt. Es steht in engem Zusammenhang mit dem Grundrecht des Kindes auf Schutz seiner Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, denn es sichert dem Kind den familiären Bezug, der für seine Persönlichkeitsentwicklung von Bedeutung ist.“

Im Gegensatz zur Grundregel, dass Grundrechte lediglich den Staat binden, vgl. a. Art. 1 III GG,<sup>9</sup> werden hier die Eltern zu Grundrechtsverpflichteten hinsichtlich der Rechte der Kindes. Zum Schutz dieses Anspruchs<sup>10</sup> des Kindes hat der Staat für die Einhaltung dieser Pflicht durch die Eltern im Wege des staatlichen Wächteramtes, Art. 6 II 2 GG, zu sorgen. Die Eltern können zudem Abwehrrechte und sekundäre Leistungsrechte aus diesem Grundrecht gegen die staatliche Einflussnahme auf ihre Erziehungsvorstellungen geltend machen. Soweit die Heranreifeung des Kindes zur Persönlichkeit in Frage steht, bleibt dem Kind allein der Schutz seiner Persönlichkeit nach Art. 2 I GG. Das BVerfG hat dieses Grundrecht in der o.g. Entscheidung mit Art. 1 I GG verknüpft. Damit ist es gelungen das Schutzniveau von der Schranke des Art. 2 I GG ab zu lösen. Dennoch kann dem Persönlichkeitsrecht des Kindes das Recht seiner Eltern nach Art. 6 II GG entgegengehalten werden.

Mit der Verankerung der Rechte des Kindes in Art. 6 II, 2 I i.V.m. 1I GG wurde die durch die Ausgestaltung des Art. 6 II GG leicht zu Lasten des Kindes asymmetrisch ausgestaltete verfassungsrechtliche Ausgangslage ein wenig zu Gunsten des Kindes korrigiert. Für eine Förderung des Kindes in einer Kinderstageseinrichtung bleibt jedoch aufgrund der durch Art. 6 II GG nach wie vor sehr starken Stellung der Eltern dabei, dass sie sich nicht ausschließlich an den Optimierungsinteressen des Kindes ausrichten darf. Es ist trotz der stärkeren Betonung der Grundrechtsverpflichtung der Eltern und des Rechts des Kindes in hohem Maße auf das elterliche Erziehungsrecht Rücksicht zu nehmen. Aufgaben, Angebote und Ziele der Kindertageseinrichtung müssen daher das verfassungsrechtlich garantierte Erziehungsrecht der Eltern respektieren. Die Definitionshoheit der Eltern darüber, welche Impulse für eine Entwicklung des Kindes förderlich sind, dessen Wohl entsprechend dienlich sind, wird die Kindertagesstätte auch mit ausgefeilten

---

<sup>9</sup> Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Vor Art. 1 Rz.32.

<sup>10</sup> So wohl auch Schwab, Familienrecht, Rz.506.

Konzeptionen und Angeboten nicht unterlaufen dürfen, soweit die Eltern das Erziehungsziel nicht grob verfehlen.<sup>11</sup> In diesen Fällen obliegen Interventionen allerdings den Jugendämtern und Familiengerichten aufgrund des staatlichen Wächteramtes. Dieses Wächteramt ist in seiner intensivsten Form in § 1666 BGB geregelt. Jedoch nimmt der Gesetzgeber seine ihm aus dem Wächteramt erwachsende Verantwortung auch durchaus in zurückhaltenderer Weise wahr, indem er die Elternverantwortung über Leistungsangebote, wie sie u.a. in § 27 SGB VIII vorgesehen sind, zu unterstützen sucht.

## **2.2. Schwangerschaftsabbruch und Kindertagesstätten**

Die Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen war im JWG nicht ausdrücklich geregelt.<sup>12</sup> Ein Anspruch auf Betreuung in einer Tageseinrichtung bestand nur im Falle der Notwendigkeit erzieherischer Hilfen. Als das SGB VIII geschaffen wurde, scheiterte die Einrichtung eines Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz an den befürchteten finanziellen Auswirkungen für die Kommunen. Erst durch Art. 5 des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes vom 27.7.1992 zum 1.1.1996 wurde ein Rechtsanspruch auf den Besuch eines Kindergartens etabliert. Bei diesen Regelungen handelte es sich um flankierende Maßnahmen im Rahmen der Neuregelung der strafrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs. Das BVerfG setzte in seiner Entscheidung von 1993<sup>13</sup> zu dieser Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs en passant verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Einrichtung von Kindergärten fest.

Danach genüge der Staat seiner Schutzpflicht für das ungeborene Kind nicht allein dadurch, dass er Angriffe von Dritten (durch eine Strafandrohung) abwehre. Er müsse auch Gefahren entgegentreten, die für das ungeborene Leben in den Lebensverhältnissen der Frauen liegen und die Bereitschaft zum Austragen des Kindes beeinflussen. Der Staat müsse sich deshalb der Probleme annehmen, die für die Mutter während und nach der Schwangerschaft entstehen können.<sup>14</sup> Unter Berufung auf den ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform<sup>15</sup> wird ausgeführt, dass die ungünstige Wohnungssituation, die Unmöglichkeit, neben einer Ausbildung oder Erwerbstätigkeit ein Kind zu versorgen, sowie wirtschaftliche Not und sonstige materielle Gründe, außerdem bei alleinstehenden Schwangeren die Angst vor gesellschaftlicher Diskriminierung, zu den häufig genannten Ursachen und Motiven für den Wunsch nach einem Abbruch der Schwangerschaft gehören.<sup>16</sup> Insofern bestünde eine Pflicht des Staates, der Mutter vor und nach der Geburt bei zu stehen. Materielle Notlagen oder Nachteile, die

<sup>11</sup> Schwab, Familienrecht, Rz. 709, 699.

<sup>12</sup> Fischer, in: Schellhorn, SGB VIII, § 24 Rz.4.

<sup>13</sup> BVerfG Urteil vom 28.5.1993, 2 BvF 2/90 und 4,5/92. Im Folgenden BVerfG 1993.

<sup>14</sup> BVerfG 1993 Rz. 172.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 7/1981 [neu] S. 7.

<sup>16</sup> BVerfG 1993 Rz. 173.

einer Frau aus der Schwangerschaft für Ausbildung und Beruf erwachsen können, seien nach Möglichkeit auszuschließen.<sup>17</sup>

Daneben verpflichteten der Schutz des ungeborenen Lebens, der Schutzauftrag für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und die Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. Art. 3 Abs. 2 GG sowie Art. 3, 7 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966<sup>18</sup> ) den Staat und insbesondere den Gesetzgeber, Grundlagen dafür zu schaffen, dass Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt. Dazu zählen auch rechtliche und tatsächliche Maßnahmen, die ein Nebeneinander von Erziehungs- und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile ebenso wie eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit und einen beruflichen Aufstieg auch nach Zeiten der Kindererziehung ermöglichen. Gleiches gelte für Regelungen, die auf eine Verbesserung der institutionellen (vgl. Art. 5 SFHG) oder familiären Kinderbetreuung zielen (vgl. etwa die Leistungen im Rahmen des sogenannten Familienlastenausgleichs, insbesondere das Erziehungsgeld, sowie die Regelungen über den Erziehungsurlaub und den Unterhaltsvorschuss). Die Bedeutung solcher Leistungen als Maßnahmen präventiven Lebensschutzes habe der Gesetzgeber in Rechnung zu stellen, wenn es erforderlich werde, staatliche Leistungen im Hinblick auf knappe Mittel zu überprüfen.<sup>19</sup>

Das BVerfG hat in dieser Entscheidung eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugunsten des Kindes entwickelt, die die Bedeutung der institutionellen Kinderbetreuung in diesem Zusammenhang hervorhebt. Die Kindertagesstätte ist von Verfassungs wegen zum Schutz der (ungeborenen) Kinder mit einer präventiv gefahrenabwehrrechtlichen Aufgabe ausgestattet.

### **2.3. Ordnungsrechtliche Dimensionen der Fürsorge**

Neben den Grundrechten der Eltern und Kinder gibt die Verfassung staatsorganisationsrechtliche Rahmenbedingungen für Kindertageseinrichtungen vor. Zu diesen gehört vor allem die Gesetzgebungskompetenz. Das SGB VIII, und damit auch die Regelungen betreffend die Kindertageseinrichtung, nimmt die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz der öffentlichen Fürsorge in Anspruch, Art. 74 I Nr. 7 GG. Der verfassungsrechtliche Begriff der öffentlichen

---

<sup>17</sup> BVerfG 1993 Rz. 174.

<sup>18</sup> BGBl. 1973 II, S. 1570.

<sup>19</sup> BVerfG 1993 Rz.177.

Fürsorge ist nicht eng zu verstehen<sup>20</sup> und geht über den der Sozialfürsorge hinaus.<sup>21</sup> Er orientiert sich nicht an der traditionell das Sozialrecht prägenden Unterscheidung zwischen Fürsorge, Sozialversicherung und Versorgung. Unter öffentlicher Fürsorge versteht man die gesamte „öffentliche Fürsorge“. Dazu gehören: die Mutterschaftsfürsorge, Säuglingsfürsorge, Jugend- und Behindertenfürsorge. Auch der Jugendschutz gehört dazu. Erfasst wird außerdem die Jugendpflege, die ihrerseits den gesamten Bereich der Jugendwohlfahrtspflege, einschließlich der Förderung des körperlichen, geistigen und sittlichen Wohls der Jugendlichen erfasst. Dabei ist es nicht erforderlich, dass eine Gefährdung im Einzelfall vorliegt. Zur öffentlichen Fürsorge gehören zudem die Regelungen über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften. Auch die Regelungen des Schwerbehindertenrechts, sowie die Einführung von Zwangsmaßnahmen, wie etwa gegenüber psychisch Kranken, wird von der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 I Nr. 7 GG umfasst. Unter den Kompetenztitel der Fürsorge fallen vielgestaltige soziale Hilfen, aber sichtlich auch Eingriffe im Sinne traditioneller Gefahrenabwehr. Charakteristisch sind fördernde Ziele der Sozialleistungen, sowie der Versuch, Nachteile aufgrund besonderer Lebenssituationen ab zu bauen. Daneben ist es charakteristisch, dass den Leistungen keine Eigenleistung des Begünstigten voraus ging. Üblicherweise sind diese Leistungen auch aus Steuermitteln finanziert. Der Kompetenztitel stützt daneben gefahrenabwehrrechtliche Eingriffe zugunsten von Personen, die ihre eigenen Angelegenheiten nur unzureichend selbst wahrnehmen können. Das Nebeneinander oder ursprünglich sogar Miteinander von Leistungsangeboten und Eingriffen hat in der Fürsorge durchaus Tradition. Denn die Armenfürsorge wurde gerade auch durch die Absicht getragen, Armut als gesellschaftlich unerwünschte, da ordnungspolitisch Unsicherheit verursachenden Umstand abzuschaffen. Im 17. Jahrhundert arbeiteten Kirchen und Städte bei der Armenfürsorge eng zusammen. Das Bettelwesen wurde zunehmend bekämpft. Rechtsgrundlagen für Hilfen der Armenpflege waren keine Leistungsgesetze,<sup>22</sup> sondern Polizeigesetze („Gute Polizei“) oder kommunale Armenordnungen. Diese Regelwerke enthalten zu einem erheblichen Anteil Gebote zur Regulierung von Armut, Almosenvergabe sowie Vertreibung und Bestrafung fremder Bettler.<sup>23</sup> Im Vergleich zur vorangegangenen Zielsetzung der Hilfe aus religiöser Motivation verlagert sich der Akzent dieser Maßnahmen auf obrigkeitliche Regulierung bzw. Unterdrückung des privaten Almosengebens. Im 18. Jahrhundert verstärkten sich diese repressiven Züge auch durch eine stärkere Bekämpfung des Bettlertums. Wesentliche Elemente der heutigen Sozialhilfe wurden im Preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) niedergelegt. Durch dieses Gesetz wurde die öffentliche Fürsorge zur Staatsaufgabe.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Art. 74 Rz. 11.

<sup>21</sup> Im Folgenden nach Papier, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrechts, Rz. 18, aus von Maydell/ Ruland et al., SRH, 2012.

<sup>22</sup> Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.18; Schoch, Sozialhilfe, S. 9.

<sup>23</sup> Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.18.

<sup>24</sup> Schoch, Sozialhilfe, S. 10.

Im 19. Jahrhundert trat die Idee der Sozialpolitik als Staatsaufgabe dennoch wieder zurück. Im Vordergrund stand der Kampf des Bürgertums um die Teilhabe an der politischen Macht. Mit dem Übergang in die bürgerliche Gesellschaft wurde eine umfassende Polizei zunehmend abgelehnt. Polizei sollte sich in Gefahrenabwehr erschöpfen.<sup>25</sup> Der Staat übte, entsprechend dem liberalistischen Geist der Zeit des 19. Jahrhunderts, Zurückhaltung in der Armengesetzgebung. In dieser Zeit entstanden die kirchlichen Wohlfahrtsverbände. Daneben führte der Rückzug des Staates auch zu einer fortschreitenden Selbstorganisation des Bürgertums in Vereine und Genossenschaften zur Abschaffung sozialer Notstände. Ihr Handlungsmotiv war keinesfalls nur fremdnützig, sondern neben ihren christlichen Wurzeln dienten sie auch der Sicherung des Bestands einer bürgerlichen Gesellschaft.<sup>26</sup>

Diese enge Verbindung der Sozialleistungsgesetzgebung zur Wahrung der öffentlichen Ordnung zeigt auch die Geschichte der Sozialversicherung. Die Einführung der Sozialversicherung durch Bismarck<sup>27</sup> sollte den Zulauf zur Sozialdemokratie und Arbeiterbewegung, die mit eigenen Wohlfahrts- und Bildungsvereinen wie die kirchlichen Träger eine Vorreiterfunktion antraten, verhindern und eindämmen. Das Entstehen der Sozialversicherung ist als staatliche Reaktion zur Abwehr der zunehmenden sozialen Unruhe zu verstehen. Einmal mehr bestätigte sich die Nähe der Sozialpolitik zur Gefahrenabwehr, nachdem erkannt worden war, dass sich eine Beschränkung des Staates auf eine „Nachtwächterrolle“ für diesen als existenzgefährdend erweisen konnte.

Die vorletzte Jahrhundertwende brachte auf kommunaler Ebene die Entwicklung von Strukturen mit sich, die der heutigen öffentlichen Daseinvorsorge<sup>28</sup> entsprechen. Der eingreifende „Nachtwächter“- Staat wurde durch den leistenden Staat ergänzt.<sup>29</sup> Zahlreiche private Betriebe wurden durch Stadt und Gemeinden übernommen.<sup>30</sup> Die sozialen Aufgaben der Städte speziell im Bereich des Gesundheitswesens, der öffentlichen Hygiene, Erziehung und Jugendfürsorge bildeten sich entsprechend heraus.

Diese Historie prägt den Kompetenztitel in Art. 74 I Nr. 7 GG und damit auch den Begriff der Fürsorge. Auch in seiner aktuellen Interpretation ist demnach die Fürsorge als verfassungsrechtlicher Kompetenztitel durch eine gegenseitige Durchdringung gefahrenabwehrrechtlicher und fördernder Gesetzesziele gekennzeichnet. Die gefahrenabwehrrechtliche Aspekte der Kinder- und Jugendhilfe und der dort verankerten Leistungen und Angebote gehören somit auch ihrer verfassungsrechtlich vorausgesetzten Natur.

---

<sup>25</sup> Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 30.

<sup>26</sup> Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 33.

<sup>27</sup> Auch Waltermann, Sozialrecht, § 3 Rz. 45 ff.

<sup>28</sup> Zum Begriff: Pielow JuS 2006, 692 (692).

<sup>29</sup> Pielow JuS 2006, 692 (692).

<sup>30</sup> Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.108.

Auch in seiner Entscheidung von 1998 betonte das BVerfG noch einmal ausdrücklich den präventiven Charakter der Kindertagesstätte. Es hält die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gerade deshalb für gegeben, weil die Kindertagesstätte auch der präventiven Gefahrenabwehr dient.<sup>31</sup> Diese Natur muss entsprechend auch in der konkreten einfach gesetzlichen Ausgestaltung der sozialen Leistungen, und damit auch in der Kindertagesstätte, entsprechend sichtbar sein. Gerade die Nähe des Kindergartens zum elementaren Bildungssektor lässt das Kriterium der Gefahrenabwehr als verfassungsrechtliche Notwendigkeit für eine bundesgesetzliche Regelung des Kindergartens in den Vordergrund treten.<sup>32</sup>

### **3. Ordnungsrechtliche Aufgabeninhalte der Kindertagesstätte**

Die Kindertagesstätte wurde nicht nur im Kinder- und Jugendhilferecht (3.1.) des Bundes (3.1.1) mit gesetzlichen Aufgaben bedacht. Auch die Landesgesetzgeber (3.1.2.) haben sich jeweils aus ihrer spezifischen Sicht mit der Kindertageseinrichtung auseinandergesetzt. Ferner lassen sich auch aus weiteren bundesrechtlichen Regelungen im Rahmen des SGB II (3.2) Aufgabenbeschreibungen der Kindertagesstätte ableiten, die gefahrenabwehrrechtliche Prägung zeigen.

#### **3.1. Aufgaben der Kindertagesstätte nach dem Kinder- und Jugendhilferecht**

Die Kindertagesstätte war von Beginn des SGB VIII an Teil des Kinder- und Jugendhilferechts. Seitdem hat eine intensive gesetzgeberische Auseinandersetzung mit der Tagesbetreuung von Kindern stattgefunden. Die bestand zum einen darin, den Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz schrittweise aus zu bauen. Zum anderen wurden die Anforderungen an den Betrieb und die personelle Ausstattung der Kindertagesstätte verändert. Als Meilenstein dieser Entwicklung wurde das TAG von 2004 betrachtet.<sup>33</sup> Das Tagesbetreuungsausbaugesetz formulierte Bedarfskriterien für die Vorhaltung von Angeboten der Tagesbetreuung für Kinder von unter drei Jahren und für Schulkinder ein. Diese Bedarfskriterien gingen aber wohl nicht über die von der Rechtsprechung bereits entwickelten Kriterien hinaus. Die Ausbaupflicht für ein bedarfsgerechtes

---

<sup>31</sup> BVerfG 1 BvR 178/97 vom 10.3.1998, Rz. 36, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310\\_1bvr017897.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html)

<sup>32</sup> BVerfG 1 BvR 178/97 vom 10.3.1998, Rz. 38, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310\\_1bvr017897.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html)

<sup>33</sup> Es gäbe der Jugendhilfe einen neuen Kick, wie dann später auch das KICK. So Kunkel, Jugendhilferecht, 6.Auflage, Rz. 34. Im folgenden nach Kunkel, Jugendhilferecht, Rz. 34 ff.

Angebot wurde ursprünglich stufenweise bis 2010 gestreckt. Vergleichsweise zurückhaltend waren die Aktivitäten des Gesetzgebers bzgl. der einfachgesetzlichen Beschreibung der Aufgaben der Kindertagesstätte.

### **6.1.1. Ordnungsrechtliche Ziele der Kindertagesstätte nach dem SGB VIII**

Maßgeblich für den Aufgabenbestand der Kindertagesstätte sind ihre gesetzlich geregelten Ziele. Sie werden unter dem Oberbegriff „Förderung“ in § 22 II, III SGB VIII erläutert. Einer Umstellung der Reihenfolge der Begriffe auf „Erziehung, Bildung, Betreuung“ (Abs. 2) wurde besondere Bedeutung hinsichtlich des Ranges der Erziehung beigemessen, da ursprünglich von der „Betreuung, Bildung und Erziehung“ die Rede war.<sup>34</sup> Hintergrund dieser Änderung war die Ansicht, dass eine reine Betreuung, im Sinne des Beaufsichtigens von Kindern, als unzureichend empfunden wurde und sie somit weiter in den Hintergrund treten sollte. Ziel war, das reine Aufbewahren von Kindern zu Gunsten einer aktiven, sowie pädagogisch qualifizierten Auseinandersetzung mit den Lebensbedingungen des Kindes in den Hintergrund zu drängen. Im Zentrum steht nun der Förderauftrag aus § 22 II Nr. 1 SGB VIII, der in § 22 III SGB VIII im Gegensatz zu den Familien unterstützenden und ergänzenden Aspekten nach § 22 II Nrn. 2 und 3 SGB VIII inhaltlich konkretisiert wird. Es steht nicht etwa die Lebenssituation der Eltern im Mittelpunkt. Die Entwicklung des Kindes ist der zentrale Anknüpfungspunkt. Die Gesetzssystematik bringt den Förderauftrag gerade nicht mit der elterlichen und familiären Situation in Verbindung. Hierin liegt auch ein wichtiger Unterschied zu den Hilfen nach § 27 SGB VIII. Dabei mag die Reihenfolge der Aufzählung der Ziele der Kindertageseinrichtung zufällig oder auch im Sinne einer Priorisierung gewählt worden sein. Einzig der Förderauftrag wurde im Sinne des Kriteriums der Kindesentwicklung konkretisiert, § 22 II Nr. 1, III 1 SGB VIII.

Im Rahmen des Förderauftrages ist der über den Erziehungsauftrag hinausgehende Bildungsauftrag der Kindertageseinrichtung zu berücksichtigen. Dieser besteht ergänzend zur Bildung im Rahmen der familiären Verantwortung, § 22 II Nr. 2, Nr. 1 i.V.m. § 22 III 1 SGB VIII. Diese begriffliche Gegenüberstellung von Erziehung und Bildung betont eine verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung, die die Verknüpfung von Bildung und Erziehung in der Kindertagesstätte als problematisch erscheinen lässt. Die Gesetzgebungszuständigkeiten von Bund und Ländern fordern hier an und für sich eine strikte Abgrenzung. Nach Art. 74 I Nr. 7 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der Fürsorge. Auf diesen Kompetenztitel stützte sich sowohl das JWG als Vorgänger des SGB VIII<sup>35</sup> als auch das SGB VIII.

<sup>34</sup> Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 22 Rz.17; Fischer, in: Schellhorn SGB VIII, § 22 Rz.18.

<sup>35</sup> Das SGB VIII unterscheidet sich als Artikelgesetz vom KJHG deutlich.

Für die Bildungsgesetzgebung sind die Bundesländer zuständig, Art. 70 GG. Soweit der Bund im SGB VIII Regelungen zur Bildung in der Kindertagesstätte trifft, scheint er die Gesetzgebungskompetenz der Länder in Anspruch zu nehmen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird so immer wieder in Zweifel gezogen werden, ob der Bund den Kindertagesstätten als Ziel eine Bildungsfunktion zugunsten des Kindes aufgeben kann.<sup>36</sup> Diese verfassungsrechtliche Konfliktlage wird auch anhand der sog. Lex Bavaria § 26 S. 2 SGB VIII verdeutlicht.<sup>37</sup> Die Problematik kehrt auch im Rahmen des Ineinandergreifens des Landes Kindergartenrechts und Landesschulrechts sowie SGB VIII wieder. Die Schulgesetze der Länder beschreiben den Bildungsauftrag von Schule und Vorschule. Umgekehrt halten sich die Regelungen zum Kindergartenrecht der Länder, mit Ausnahme der des Freistaates Bayern, bzgl. des Bildungszieles der Kindertagesstätten zurück. Sie gehen jedenfalls nicht über das im SGB VIII geregelte hinaus. Bayern ordnet das Kindergartenwesen, wie es die lex bavaria andeutet, weiterhin dem Bildungsbereich zu. Die Regelungen der übrigen Bundesländer befassen sich daneben mit Finanzierung und Kostenbeiträgen zum Kindergartenplatz, finanzieller Förderung der Kindergärten und ihrer Träger, sowie in einigen Fällen gegenüber der bundesrechtlichen Regelung erweiterte Ansprüche auf einen Kindergartenplatz.

Das BVerfG hat die betreffenden Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern pragmatisch nach dem Schwerpunkt des Kindergartenwesens abgegrenzt. Es erkennt im Prinzip an, dass der Kindergarten einen Bildungsbezug aufweist, und dass Bildung selbstverständlich Ländersache ist. Dieser Bildungsbezug entziehe die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die fürsorgerischen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens seien untrennbar miteinander verbunden. Eine Aufspaltung der Gesetzgebungskompetenz anhand dieser Aspekte komme aus sachlichen Gründen nicht in Betracht. Der Schwerpunkt des Kindergartenwesens, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängt,<sup>38</sup> sei nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag steht hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück. Eine einheitliche Zuordnung zum Bereich der öffentlichen Fürsorge im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG sei daher zu bejahen<sup>39, 40</sup>

---

<sup>36</sup> Fischer, in: Schellhorn SGB VIII, § 22 Rz.3.

<sup>37</sup> Interessant dazu: Münder, Frankfurter Kommentar SGB VIII, Einl. Rz 42.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Februar 1998, 1 BvF 1/91, Rz. 89, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19971111\\_1bvf000191.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19971111_1bvf000191.html)

<sup>39</sup> Ebenso BVerwG, Beschluß vom 14. Februar 1995, 8 B 19.95; OVG Nordrhein-Westfalen, NvwZ 1995, S. 191(192); OVG Berlin, NJW 1982, S. 954 f.

<sup>40</sup> BVerfG, 1 BvR 178/97 vom 10.3.1998, Rz. 38, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310\\_1bvr017897.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html)

Es erscheint voreilig, dass das BVerfG auf die traditionelle verfassungsrechtliche Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen nach dem Schwerpunkt der Regelungen abgestellt hat. Dadurch vermied es eine Präzisierung des verfassungsrechtlichen Bildungsbegriffs, sowie seine Abgrenzung zur Erziehung und Fürsorge. Der Versuch einer solchen Abgrenzung hätte den Gefahrenabwehrrechtlich/ präventiven Auftrag der Kindertagesstätte noch einmal deutlich werden lassen können.

Erziehung und Bildung sind nicht nur verfassungsrechtlich relevante Abgrenzungskriterien, sondern gleichzeitig zentrale Grundbegriffe der Erziehungswissenschaft und Pädagogik.<sup>41</sup> Bei Marotzki/ Tiefel wird die Unterscheidung zwischen dem Bildungsbegriff der Erziehungswissenschaften und Pädagogik, dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Bildungssystem dargestellt. Danach ist der erziehungswissenschaftlich pädagogische Begriff der Bildung in seiner inhaltlichen Ausgestaltung wesentlich durch das Wesen des Menschen geprägt. Bildung umfasst Beschreibungen, welche grundlegende Haltung der Mensch zu sich und zu der ihn umgebenden materiellen, sozialen und geistigen Umwelt einnimmt. Diese Auseinandersetzung erfolgt (entsprechend der Tradition Humboldts) überwiegend mithilfe der Sprache und anderer Symbolsysteme. Der Begriff Bildung in der öffentlichen Diskussion wird demgegenüber mit dem der Qualifikation gleichgesetzt. Die institutionalisierte Bildung in diesem Sinne wird durch das institutionalisierte Bildungssystem geleistet.

Nach Thole/ Pfaffenberger war Erziehung nach einer jahrzehntelang gültigen Definition, die Summe der Reaktionen einer Gesellschaft auf die Entwicklungstatsache.<sup>42</sup> Ein aktueller Konsens ist derzeit diesbezüglich allerdings nicht nach zu weisen. Im Zentrum stand damit die Initiierung von Lernprozessen als Antwort auf die Tatsache, dass junge Menschen nicht von Geburt an über dieselben sozialen, emotionalen, kommunikativen und kognitiven Kompetenzen ausgestattet sind wie ältere Menschen. Dabei ist streitig, ob es sich um intentionale Interventionen handeln muss, die eine Erziehungsabsicht verfolgen oder ob auch beiläufige Reaktionen erfasst sind.<sup>43</sup>

Die Erziehung formuliert somit eher gesellschaftliche Anforderungen an eine Person. Bei der Bildung steht demgegenüber die Person, ihre selbständige Entfaltung, die Entwicklung einer Persönlichkeit und ihrer Haltung zur Umwelt im Mittelpunkt. Ungeachtet eines gefestigten oder umstrittenen erziehungswissenschaftlich/ pädagogischen Sprachgebrauchs und entsprechend

---

<sup>41</sup> Marotzki/ Tiefel, in: Deutscher Verein (Hrsg.), Fachlexikon der Sozialen Arbeit 7.A., 2011 Stichwort Bildung

<sup>42</sup> Thole/ Pfaffenberger, in: Deutscher Verein (Hrsg.), Fachlexikon der Sozialen Arbeit 7.A., 2011 Stichwort Erziehung

<sup>43</sup> Thole/ Pfaffenberger, in: Deutscher Verein (Hrsg.), Fachlexikon der Sozialen Arbeit 7.A., 2011 Stichwort Erziehung

folgenden Verhältnis der beiden Sichtweisen der Lernprozesse muss die Rechtsordnung eine sich aus ihren eigenen Strukturen ergebende begriffliche Abgrenzung leisten.

Ausgehend von einer rechtlich verfestigten, historisch ausgebildeten Realität, dass Bildung institutionalisiert stattfindet, kann man aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Abgrenzung schlicht anhand der institutioneller Gegebenheiten vornehmen. Der Bildung sind dann nur das Schulwesen und die Berufsbildungseinrichtungen zu ordnen. Bis zum Eintritt in dieses institutionalisierte Bildungswesen ist freigestellt, in welcher Form das elementare sozialpädagogisch gesteuerte und motivierte Lernen im Sinne von Alltagsbewältigung stattfindet. Dazu gehört insbesondere die Vermittlung von Verhaltensnormen, die auch nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch nicht mit der Vermittlung eines persönlichen oder gar analytischen Wissensschatzes in Verbindung gebracht werden. Dieses Lernen fällt entsprechend aus dem verfassungsrechtlichen Bildungsbegriff heraus. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist es der Fürsorge zu ordnen. Dabei ist die Fürsorge, wie bereits oben dargelegt, durch Prävention im Sinne der Fortschreibung gesellschaftlicher Verhaltensanforderungen geprägt und schließt so an den Erziehungsbegriff an.

Für die Auslegung des Bildungs- und Erziehungsbegriffs auf einfachgesetzlicher Ebene des SGB VIII ergibt sich daraus ein terminologisch differenziertes, aber auch zerrissenes Bild. Aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 22 III, 26 SGB VIII ist zu schließen, dass der Begriff „Bildung“ nach § 22 III und § 26 SGB VIII eine vom verfassungsrechtlichen Begriff abweichende Bedeutung aufweist. Während § 26 SGB VIII sicherstellen soll, dass die verfassungsrechtliche Symmetrie und damit die verfassungsrechtlichen Grenzen der Gesetzgebungskompetenz gewahrt werden sollen, soll die Zielbeschreibung in § 22 SGB VIII sicherstellen, dass Kindergärten eine alters- und fähigkeitsentsprechende Entwicklungsmöglichkeit für Kinder anbieten, um so eine problemlose Einmündung in das institutionalisierte Bildungswesen zu ermöglichen. § 22 SGB VIII steht hingegen in engem Zusammenhang mit § 45 II Nr. 1 SGB VIII. Die Voraussetzungen des § 45 II SGB VIII sollen gerade den Zweck der Kindertageseinrichtung durch entsprechende personelle Anforderungen unterstützen. Dies wird gerade auch nach der Änderung im Hinblick auf die Qualifikation der Kindergartenmitarbeiter, weg von der bloß „geeigneten“ Kraft (Gesetzesstand bis 2011) hin zu einem Personalstamm, der im Rahmen „des Zwecks und der Konzeption der Einrichtung, (die) entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb“ verbürgen kann (Gesetzesstand 2012), deutlich. Die Anknüpfung an „Fachlichkeit“ bezieht sich im Rahmen des SGB VIII, XII üblicherweise auf sozialpädagogische Standards.<sup>44</sup> Entsprechend ist im Rahmen des § 22 SGB VIII Bildung auch (nur) soweit erfasst, als sie sozialpädagogisch initiiert wird bzw. initiiierbar ist und dafür geeignet ist,

---

<sup>44</sup> So sie denn entwickelt und nicht dem gesetzgeberischen Erfindungsgeist überantwortet sind. Dazu Münder et al., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Einl. Rz.34.

die Einmündung in das institutionalisierte Bildungswesen sicher zu stellen. Entsprechend wird auch in der Literatur von einem gegenüber der Schule eigenständigen Bildungsauftrag der Jugendhilfe gesprochen.<sup>45</sup> In verfassungsrechtlicher Terminologie bliebe es bei der Erziehungsaufgabe, d.h. der fürsorgerischen Tätigkeit.

§ 26 SGB VIII knüpft hingegen am verfassungsrechtlichen Bildungsbegriff an. Maßgeblich ist also die institutionelle Zuordnung der Einrichtung zum landesrechtlichen Bildungssystem. Damit wird den entsprechenden Bundesländern erlaubt, ihre eigene Struktur des (institutionalisierten) Bildungswesens bei zu behalten. Landesrecht ist demnach hier aufgrund der wissentlichen Zurückhaltung des Bundesgesetzgebers in der Lage verfassungsrechtlichen Vorgaben zu widersprechen, ohne verfassungswidrig zu sein.

Das Erziehungsziel der Kindertagesstätte erweist sich somit als zentral. Aufgrund des verfassungsrechtlichen Einflusses, mag man die Bildung als Priorität im § 22 III SGB VIII anordnen. Die verfassungsrechtliche Grenze der fürsorgerisch geprägten Dienstleistung wird die Kindertagesstätte nur um den Preis des Verstoßes gegen Verfassungsrecht überschreiten dürfen. Gerade auch insofern ist es bedauerlich, dass das BVerfG sich von der faktischen Untrennbarkeit hat leiten lassen, anstatt begrifflich deutliche Grenzen zu ziehen.

Im Ergebnis bleibt jedoch fest zu halten, dass die gesetzliche Aufgabenbeschreibung der Kindertagesstätte mit dem Auftrag zur Erziehung einen präventiven Zweck verfolgt. Präventiv wirkt diese Aufgabe zum einen aus der Perspektive der Gesellschaft, die so ihre Verhaltensanforderungen fort schreibt. Präventiv wirkt diese Aufgabe aber auch, weil so gewährleistet werden soll, dass sich das Kind im gegebenen gesellschaftlichen Rahmen entfalten kann.

Auch die allgemeinen Zielbestimmungen des SGB I, VIII treffen auf die Aufgaben der Kindertagesstätte zu. Dazu gehören insbesondere auch die Regelungen nach §§ 1 III, 9 SGB VIII. Dabei ist im Hinblick auf den Schutz von Kindern insbesondere § 1 III Nr. 3 SGB VIII zu erwähnen, wonach Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen sind. Aus dem SGB I sind §§ 1 I, 8 S. 2 SGB I als Zielbestimmungen der Tätigkeit der Kindertagesstätte zu berücksichtigen. Diese Regelungen dienen allerdings im wesentlichen als Auslegungsleitlinien und sind bei der Ausgestaltung der Dienstleistung im konkreten Fall zu berücksichtigen.

---

<sup>45</sup> Münder et. al., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Einl. Rz.39.

### **3.1.2. Ordnungsrechtliche Aufgaben der Kindertagesstätte im Rahmen der Landesgesetzgebung**

Alle Bundesländer haben im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz und politischen Initiative mit den Kindertagesstätten beschäftigt. Die Namen dieser Landesgesetze sind vielfältig.<sup>46</sup> Viele legen den Begriff der Kindertagesstätte fest und differenzieren nach verschiedenen Einrichtungsarten. Sie äußern sich zum Inhalt des Förderauftrags der Kindertagesstätte, regeln nicht selten personelle, räumliche und baurechtliche sowie andere sachliche Anforderungen. Ein weiteres Thema ist die Mitwirkung der Eltern sowie zum Teil auch die Mitwirkung der Kinder in der Kindertagesstätte. Die Erlaubnispflichten werden konkretisiert, Planungsvorgaben eingeführt, Finanzierungsinhalte und -modalitäten, u.a. auch Elternbeiträge, festgelegt. Oft werden Finanzierungsfragen auch mit der Frage der Qualitätssicherung – und Entwicklung verbunden. Selten sind weitergehende Rechtsansprüche auf einen Platz in der Kindertagesstätte als dies im Bundesrecht vorgesehen ist. Die Varianten reichen von einer Veränderung des Eintrittsalters bis zum Betreuungsumfang. Gelegentlich werden auch besondere Anforderungen an die Öffnungszeiten der Kindertagesstätte gestellt. Verschiedene Antragsfristen bis zum Eintritt in die Kindertagesstätte sprechen gelegentlich Bände: von der laufenden Anmeldung in Sachsen-Anhalt bis zur Jahresfrist in Hamburg wurden verschiedene Modelle gewählt. Über das SGB VIII hinausgehende gefahrenabwehrrechtliche Aufgaben sind nicht sichtbar. Ergänzend zu den Regelungen im SGB VIII werden oft Betriebserlaubnisse, ärztliche Untersuchungen vor der Aufnahme in die Kindertagesstätte, sowie der Gesundheitsvorsorge dienende Reihenuntersuchungen in der Kindertagesstätte geregelt.

### **3.2. Aufgaben der Kindertagesstätte nach dem Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende**

Eine weitere Rechtsgrundlage für Leistungen der Kinderbetreuung verzeichnet das Recht der Grundsicherung der Arbeitssuchenden, § 16 a Nr.1 SGB II. Als kommunale Eingliederungsleistungen in Arbeit sind Leistungen zur Betreuung minderjähriger Kinder vorgesehen. Diese Leistungen „können“ vom kommunalen Träger „erbracht“ werden. Insofern handelt es sich um Ermessensleistungen des kommunalen Trägers, auf die kein Rechtsanspruch besteht.<sup>47</sup> Leistungsberechtigt ist nicht das Kind, sondern der erwerbsfähige Leistungsberechtigte

<sup>46</sup> BaWü KiTaG; BayKibiG; BerKiTaFöG; BranKiTaG; HessKJGB; KiföG M-V; BremKTG; HamKibeG; NdsKiTaG, NRW KiBiz; RP KitaG; Saarl SKBBG; Sachs KitaG; Sach-Anh KiFöG; Thür KiTag; SchlHolst KiTaG.

<sup>47</sup> Harich, in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 16a SGB II, Rz. 4; Eicher, in: Eicher/ Spellbrink, SGB II, § 16 Rn 173, 182; Niewald, in: Münder, LPK-SGB II, § 16 Rz. 17.

im Sinne des § 7 I SGB II. Anders als im SGB VIII steht nicht die Förderung der Entwicklung des Kindes im Vordergrund, sondern die Eingliederung des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in den Arbeitsmarkt. Das bedeutet in der Regel, dass Sicherstellung der Kinderbetreuung die Voraussetzungen für die Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses durch den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten schaffen soll. An dieser Stelle kann man die Aufgabenstellung des SGB VIII in § 22 III Nr. 3 SGB VIII vergleichen. Hier wurde eine der Forderungen des BVerfG anlässlich der Reform des Rechts zum Schwangerschaftsabbruch aufgenommen, wonach Beruf und Familie vereinbar zu gestalten seien. Dabei wird eine Akzentverschiebung deutlich. Während es im SGB VIII um Gestaltungsmöglichkeiten der Eltern geht, ist das SGB II mit § 16a Nr. 1 SGB II daran interessiert, das Subsidiaritätsprinzip §§ 3 III, 5 SGB II zu verwirklichen, also die Inanspruchnahme steuerfinanzierter Sozialleistungen ab zu wehren.

Eine Altersgrenze ist bzgl. der Kinder nicht vorgesehen.<sup>48</sup> Das Regulativ hierzu bildet die Erforderlichkeit der Betreuung. Der Inhalt der Leistung kann eine Dienst- oder Geldleistung<sup>49</sup> sein, § 4 II SGB II, die die Betreuung eines Kindes zum Inhalt hat. Es besteht also z.B. kein Anspruch auf Übernahme der Kosten für eine bestimmte Betreuungsperson. Der Leistungsträger hat vielmehr die Möglichkeit, den Anspruch auch durch den Abschluss entsprechender Vereinbarungen mit Dritten zu erfüllen, für die ggf. die in den SGB VIII, SGB XI und SGB XII aufgeführten spezialgesetzlichen Regelungen zu beachten sind.<sup>50</sup> Das Spektrum der erforderlichen Leistungen ist das Spiegelbild der vor allem in den alten Bundesländern defizitären Situation öffentlicher Kinderbetreuung. Fehlende Plätze für Kinderbetreuung, unzureichende und starre Öffnungszeiten, Defizite in der Vermittlung von Tagesbetreuungspersonen, mangelnde Vorsorge für kurzfristige Notfallsituationen sind elementare Probleme, die kommunale Träger durch eigene Angebote oder Vermittlungen von freien Trägern oder Tagespflegepersonen aufzufangen bzw. zu verringern haben. Wenn die Betroffenen angesichts fehlender bzw. dem Bedarf nicht entsprechender Dienstleistungen selbst aktiv werden, sind die jeweiligen Betreuungskosten zu erstatten.<sup>51</sup> Gemäß § 10 III SGB VIII gehen die Leistungen zur Kinderbetreuung nach dem SGB II den Leistungen nach dem SGB VIII vor.

Soweit das SGB II eine Schutzfunktion entfaltet, streitet diese nicht zugunsten des Kindes, sondern zugunsten der materiellen Absicherung seiner Familie, d.h. in der Regel seiner Eltern, bzw. des Elternteils. Der Bezug zur Gefahrenabwehr steht hier im Vordergrund: die

---

<sup>48</sup> Kohte, in: Gagel, SGB II / SGB III, § 16a SGB II Rz. 11.

<sup>49</sup> Harich, in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 16a SGB II Rz.4.; Eicher, in: Eicher/ Spellbrink, SGB II, § 16 Rz.82; Kohte, in: Gagel, SGB II / SGB III, § 16a SGB II Rz.11;

<sup>50</sup> Harich in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 16a SGB II Rz.4.

<sup>51</sup> Kohte Gagel, SGB II / SGB III, § 16a SGB II Rz.11.

Inanspruchnahme öffentlicher Hilfen, also Arbeitslosengeld II und Sozialgeld sowie Folgeleistungen, wird durch die Versorgung des Kindes mit (fachgerechten) Betreuungsleistungen abgewehrt. Versteht man das Fehlen ausreichender Mittel zu Lebensunterhalt im traditionellen Sinne als Störung der öffentlichen Ordnung, dreht man die Geschichte der Fürsorge zwar ein gutes Jahrhundert zurück, aber der gefahrenabwehrrechtliche Aspekt dieses Anspruchs auf einen Platz in der Kinderbetreuung wird deutlich sichtbar.

#### **4. Die Kindertagesstätte und der Schutzauftrag nach § 8a SGB VIII**

Das Kick von 2005 führte den ausdrücklichen Schutzauftrag nach § 8a SGB VIII in das SGB VIII ein. Dieser Schutzauftrag sollte die repressive Seite der Jugendhilfe bei Kindeswohlgefährdung enttabuisieren. Da § 8a SGB VIII nur die öffentlichen Jugendhilfeträger als Adressaten anspricht, wurde darüber hinaus gehend geregelt, dass über Sicherstellungsvereinbarungen freie Träger der Jugendhilfe in die Pflicht genommen werden, den Schutzauftrag nach § 8a SGB VIII zu erfüllen. § 8a SGB VIII führt zu einer Verknüpfung von Eingriff und Sozialleistung durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen. In dieser Regelung kommt zum Ausdruck, dass Jugendhilfe Hilfe durch Leistung und durch Eingriff ist.<sup>52</sup> In gewisser Hinsicht steht diese Regelung im Gegensatz zum Paradigma des Aushandelns und der konsensualen Hilfeleistung, wie es im Hilfeplan nach § 36 II SGB VIII zum Ausdruck kommt.

Zunächst fordert der § 8a SGB VIII, dass die Gefährdung von Kindern und Jugendlichen zu erkennen ist. Diese Forderung richtet sich nicht ausschließlich an den öffentlichen Träger der Jugendhilfe, sondern gem. § 8a IV SGB VIII auch an freie Träger. Dies setzt die Ermittlung einer Tatsachenbasis für die folgende Bewertung, das wertende Abschätzen, der evtl. vorliegenden (Gefährdungs-) Situation voraus. Dabei kommt es insbesondere auch auf eine sachgerechte Einschätzung des Eintritts eines Schadens beim Kind an. In diesem Zusammenhang ist gleichzeitig zu überlegen, welche Hilfeleistung zur Abwendung des Schadens möglich ist. Die Abschätzung soll in eine Handlung des Jugendamtes einmünden. Sind Hilfen angezeigt, sind sie den Eltern anzubieten. Kann eine freiwillige notwendige Mitwirkung der Eltern nicht erreicht werden oder ist der Schadenseintritt nicht anders abwendbar, hat das Jugendamt das Familiengericht anzurufen, § 8a II SGB VIII. Nach § 8a III SGB VIII steht dem Jugendamt auch die Möglichkeit offen, andere Stellen einzuschalten, deren Maßnahmen oder Hilfen geeignet sind, die Gefahr für das Kind abzuwenden. Soweit freie Träger eine Abschätzung nach § 8a I, 8a IV SGB VIII vornehmen, sind sie ebenfalls berechtigt auf die Inanspruchnahme von Hilfen hin zu wirken, also selbst zu handeln oder das Jugendamt entsprechend zu informieren. Mit diesem Schutzauftrag

---

<sup>52</sup> Kunkel, Jugendhilferecht, Rz. 41.

werden alle Leistungserbringer nach dem SGB VIII, soweit dort Fachkräfte tätig sind, als Beobachter und Verteidiger des Kindeswohls angesprochen und zur Mitwirkung im Sinne einer Gefahrenabwehr verpflichtet. Dabei werden keine hoheitlichen Befugnisse auf freie Träger der Jugendhilfe übertragen.<sup>53</sup> Das sich ergänzende Nebeneinander gefahrenabwehrrechtlicher Aspekte innerhalb der Realisierung und Erbringung von Sozialleistungen wird in dieser Verfahrensvorschrift deutlich. Sozialleistungen sind sowohl Einstieg als auch Ergebnis des allgemeinen Schutzauftrags zugunsten des Kindes.

Ähnlich zeigen auch die Beratungsansprüche nach § 8b SGB VIII, die ebenfalls Leistungserbringer bzw. bei Leistungserbringern tätige Personen betreffen, dass die Abwehr der Gefahren für das Wohl des Kindes als wesentlicher Bestandteil für die Realisierung von Sozialleistungen entwickelt wurde. Der Anwendungsbereich des § 8b SGB VIII geht allerdings auch über den Bereich der Realisierung von Sozialleistungen hinaus.<sup>54</sup> § 8b SGB VIII wurde durch das BKiSchG eingefügt. Das als Teil des BKiSchG geregelte KKG (Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz), bietet frühe Hilfen an. In § 1 IV KKG werden frühe Hilfen als Vorhaltung eines möglichst frühzeitigen, koordinierten und multiprofessionellen Angebots im Hinblick auf die Entwicklung von Kindern vor allem in den ersten Lebensjahren für Mütter und Väter sowie schwangere Frauen und werdende Väter, charakterisiert. Durch sie sollen die Eltern bei der Wahrnehmung ihres Erziehungsrechts und ihrer Erziehungsverantwortung durch die staatliche Gemeinschaft insbesondere auch Information, Beratung und Hilfe unterstützt werden. Kindertagesstätten sind dadurch insofern tangiert, als sie als Einrichtungen und Dienste der öffentlichen und freien Jugendhilfe, Teil eines Kinderschutznetzwerkes nach § 3 II KKG sein können. Eine Verpflichtung für die genannten Institutionen zur Kooperation und Beteiligung am Netzwerk ergibt sich aus der Vorschrift nicht.<sup>55</sup> Maßgeblich bleibt danach für die Kindertageseinrichtungen der Schutzauftrag nach § 8a SGB VIII, soweit sie vertraglich gebunden oder in der Hand öffentlicher Träger sind.

Zum Teil haben die Landesgesetzgeber einen eigenen Schutzauftrag eingeführt. Das KiföG M-V sieht in § 9a eine Regelung zum Kinderschutz mit Verweis auf § 8a SGB VIII vor. Dies unterscheidet Mecklenburg Vorpommern von vielen der Gesetze, die sich auf landesrechtlicher Ebene mit Kindertagesstätten und ihren Aufgaben befassen. Konsequenterweise hat sich Mecklenburg Vorpommern nicht die Mühe gemacht, ein eigenes Landesgesetz zum Kinderschutz zu erlassen. Einen ganz ähnlichen Weg geht das SachsAnh KiföG mit § 10 a. Allerdings wird diese Regelung durch ein eigenes LKiSchG ergänzt. Ohne Verweis auf § 8a SGB VIII ist der Kinderschutz auch in § 6 III SächsKitaG Gegenstand der Aufgaben der Kindertagesstätte

<sup>53</sup> Mann, in: Schellhorn et al, SGB VIII § 8a Rz. 44.

<sup>54</sup> Mann, in: Schellhorn et al, SGB VIII § 8b Rz. 5.

<sup>55</sup> BT-Drs 202/11 S. 27.

geworden. Auch Thüringen ging diesen Weg mit § 6 II a ThürKiTaG. RhPf hat sein KiTaG in § 2 II 2 um eine Regelung zum Kinderschutz bereichert. Die eigentliche Inanspruchnahme der Kindertagesstätte für den Kinderschutz wird jedoch wohl durch das LKiSchuG geleistet, indem die Kindertagesstätte nach § 3, als weitere geeignete Organisation, in die Lokalen Netzwerke einbezogen sein müsste. Die Einbindung der Kindertagesstätten in den Kinderschutz bleibt entsprechend der verfassungsrechtlichen Gegebenheiten an den Vorgaben des SGB VIII, hier insbesondere § 8a SGB VIII, orientiert.

Im Rahmen der Verwirklichung dieses Schutzauftrages nach § 8a SGB VIII kann der Besuch einer Kindertagesstätte, in der Fachkräfte beschäftigt sind, die Speerspitze für intensive Grundrechtseingriffe zu Lasten der Eltern werden. Nach § 8a IV SGB VIII ist der freie Träger dann vertraglich zur Gefährdungseinschätzung zu verpflichten. Auf der Grundlage dieser Gefährdungseinschätzung kann es zu weiteren Tätigkeiten kommen, die vom Angebot eigener Hilfen an die Eltern bis zur Information des Jugendamtes reichen.<sup>56</sup> Die Kindertagesstätte kann so mittelbar eine Inobhutnahme sowie weitere Maßnahmen zu Neugestaltung der elterlichen Sorge durch das Familiengericht anstoßen, § 8a IV, V, III SGB VIII.

## **5. Der verfassungsrechtliche Schutz des Kindes in seiner Umsetzung durch die Kindertagesstätte**

Ein wesentlicher Aspekt des verfassungsrechtlichen Schutzes von Kindern ist, dass sie Personen mit eigenen Rechten sind. Es streitet demnach nicht nur das staatliche Wächteramt für sie, sondern auch die Sozialleistung Kindergarten muss sich an mehr als einer verfassungsrechtlichen Vorgabe orientieren.

### **5.1. Aufgabe Erziehung und Schutz des Kindes**

Das betrifft zunächst den grundsätzlich präventiv und damit ordnungsrechtlich ausgerichteten Charakter der Erziehung im Kindergarten, der natürlich von weiteren Zielen überlagert wird. Dieser Aspekt wird durch die Betonung eines eigenständigen Bildungsauftrages der Kindertagesstätte in § 22 III SGB VIII ohne tatsächliche Not verwässert. Politisch mag eine möglichst frühe und gute Bildung wünschenswert sein. Es wäre jedoch erstrebenswerter, die Gesetzesterminologie von tagespolitischen Trends, die verfassungsrechtlich auf dünnem Eis stehen, frei zu halten. Im Gegenteil sollte hier klargestellt werden, dass es einen rechtlichen Unterschied gibt, zwischen dem

---

<sup>56</sup> Mann, in: Schellhorn, SGB VIII § 8a Rz. 51 – 52.

Bildungssystem, das bestimmte Grundfertigkeiten sozialen Miteinanders voraussetzt und der Vermittlung dieser sozialen Grundfertigkeiten. Die Fürsorge und deren gefahrenabwehrrechtliche Prägung ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass bestimmte soziale Grundlagen defizitär bzw. von der gesellschaftlichen Norm abweichend ausgeprägt sind. Darin liegt insbesondere ihr Rechtfertigungsgrund für den Einsatz öffentlicher Gelder und für die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse, Art. 72 II GG. Die Orientierung an den verfassungsrechtlichen Grenzen ist hier nur mäßig gelungen.

## **5.2. Das Recht des Kindes auf Leben und die Kindertagesstätte**

§ 24 I 1 SGB VIII bestimmt nun für die Kita, dass ausschließlich für Kinder ab dem vollendeten 3. Lebensjahr bis zum tatsächlichen Schuleintritt ein klagbarer Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz besteht. Soweit Landesrecht hier keine Konkretisierungen geschaffen hat, ist der Umfang des Anspruchs gesetzlich nicht näher bezeichnet. Leistungsberechtigt ist hier das Kind selbst, nicht der Inhaber der elterlichen Sorge. Verpflichtet ist der öffentliche Jugendhilfeträger, den insofern eine Gewährleistungspflicht trifft. Das ergibt sich bereits aus § 79 I , II SGB VIII sowie aus § 17 I SGB I. Die Leistungspflicht des Trägers besteht darin, einen Platz in einer Kindertagesstätte zur Verfügung zu stellen. Dies kann geschehen, indem der Träger selbst einen Platz in einer eigenen Einrichtung zur Verfügung stellt. Er kann aber auch auf einen Platz in Trägerschaft eines frei- gemeinnützigen oder frei - gewerblichen Trägers nachweisen, soweit dieser Träger bereit ist, das Kind auf zu nehmen. Dabei sollen zur Vergütung der Leistungen der freien Träger Vereinbarungen bestehen, § 77 Satz 1 SGB VIII bzw. Landesrecht § 77 Satz 2 SGB VIII. Der Mindestbetreuungsumfang beträgt 6 Stunden. Ein Angebot, das eine geringere Stundenzahl pro Tag beinhaltet, erfüllt den Rechtsanspruch nicht. Entgegenstehendes Landesrecht wäre gem. Art. 31 GG unwirksam.<sup>57</sup> Bundesrechtlich ist eine über § 22 SGB VIII hinausgehende Konkretisierung des Anspruchs nicht vorgesehen. Weitere leistungsrechtliche Konkretisierungen können allerdings aus den Grundprinzipien der Jugendhilfe geschlossen werden: so gilt die Wohnortnähe (vgl. a. § 80 II Nr. 1 SGB VIII) als allgemeines Grundprinzip. Auch das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII ist in jedem Fall zu beachten.

Für alle anderen Kinder gilt, dass ein Rechtsanspruch dieses Inhalts, zumindest bis zum 30.7.2013, nicht besteht. Dasselbe gilt für eine Ganztagesbetreuung in der Kindertagesstätte. Einen Rechtsanspruch darauf räumt das SGB VIII nicht ein. Soweit das Landesrecht hier günstigere Regelungen, also einen Anspruch bspw. ab dem 1. Lebensjahr und einen Betreuungsumfang bis zu 10 Stunden( ThürKiTaG) vorsieht, bleiben diese Regelungen unberührt,

---

<sup>57</sup> Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 24 Rz. 17.

§ 24 V SGB VIII. Bundesrechtlich ist insoweit nur ein infrastrukturelles Leistungsangebot vorgesehen, das bedarfsgerecht aus zu gestalten ist. Dies entspricht einer objektiv rechtlichen Pflicht des Jugendhilfeträgers und ist nicht etwa als freiwillige Aufgabe, die nach Belieben übernommen werden kann oder auch nicht, an zu sehen. Diese Pflicht ist zwar vom Bürger nicht ein klagbar, wohl aber aufsichtsrechtlich relevant. Bzgl. der Bedarfsgerechtigkeit hat das BVerwG ausgeführt, käme es nicht allein auf die Nachfrage (subjektiven Bedarf ) an. Maßgeblich sei der objektive Bedarf, der aus dem Zusammenhang von Gesamt- und Planungsverantwortung des öffentlichen Trägers zu entwickeln sei. Maßgeblich dabei seien die Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten. Dabei darf die Wahrnehmung familiärer Erziehungsaufgaben nicht zu beruflichen Nachteilen führen. Den Erwerbsinteressen der Eltern ist entsprechend Rechnung zu tragen.<sup>58</sup> Ein Haushaltsvorbehalt ist kein Kriterium, dass bei der Frage der Bedarfsgerechtigkeit Berücksichtigung zu finden hätte.<sup>59</sup>

Aus § 39 SGB I i.V.m. § 24 II SGB VIII soll sich ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung, so die Bedarfskriterien, die der Bedarfsplanung zugrunde lagen in der Person der Erziehungsberechtigten oder des Kindes verwirklicht sind, ergeben.<sup>60</sup> Nach § 39 SGB I ist jedoch die ausdrückliche Anordnung eines Ermessens vorgesehen. Dies ist in § 24 II SGB VIII nicht der Fall. Es handelt sich deshalb bei § 24 II SGB VIII ausschließlich um eine objektiv- rechtliche Verpflichtung ohne Anspruch<sup>61</sup> oder auch Ermessenscharakter.

§ 24 III SGB VIII sieht vor, dass bei Vorliegen besonderer persönlicher Voraussetzungen, die jedoch nicht die Schwelle der Hilfe zur Erziehung erreichen, ein Kind in einer Tageseinrichtung „zu fördern ist“. Hier wurde zu Recht die Frage aufgeworfen, ob ein subjektiv öffentliches Recht eingeräumt werden soll. Das VG Göttingen<sup>62</sup> hat aufgrund von § 24 III SGB VIII im Rahmen eines Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes einen Anordnungsanspruch aufgrund von § 24 III SGB VIII befürwortet. Dies entspräche der Annahme eines subjektiv öffentlichen Rechts, das seinerseits klagbar ist. Die Literatur geht allerdings von einer „weitergehenden Vorhaltpflicht“ und damit vom Bestehen eines objektiven Rechts aus.<sup>63</sup>

Angesichts der in § 24a SGB VIII auch im Gesetz deutlich zum Ausdruck kommenden Probleme, ein Angebot an Kinderbetreuungsplätzen zu schaffen, das tatsächlichen Anforderungen, politisch gewolltem und dennoch finanzierbaren Betreuungsmöglichkeiten entspricht, erstaunt die

---

<sup>58</sup> BVerwG Urteil vom 27. 1. 2000 - 5 C 19. 99 Rz. 18.

<sup>59</sup> Lakies, in: Kunkel, LPK- SGB VIII, § 24 Rz. 41; Wrase ZfJ 2004,S. 138; a.A. OVG Hamburg 10.11.2003 4 Bs 435/03.

<sup>60</sup> Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 24 Rz. 47.

<sup>61</sup> Winkler, in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, BeckOK, zu § 24 SGB VIII.

<sup>62</sup> Beschluss vom 01.03.2011 - 2 B 22/11, BeckRS 2011, 49268.

<sup>63</sup> Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 24 Rz 42.

Selbstverständlichkeit mit der das VG Göttingen einen Rechtsanspruch anzunehmen bereit ist. Dass ein solcher Anspruch derzeit nicht besteht signalisiert die geplante Änderungen der § 24 SGB VIII, der den Rechtsanspruch ab dem 1. Lebensjahr erst ab August 2013 vorsieht. Entsprechend findet sich die Formulierung des jetzigen § 24 III SGB VIII später im § 24 I wieder, wobei Kinder unter einem Jahr zum Adressatenkreis der Norm gehören. Aus dem systematischen Kontext geht somit hervor, dass der Gesetzgeber ein abgestuftes Regelungssystem geschaffen hat und Ansprüche dem Wortlaut nach deutlich als solche bezeichnet hat. Dass man argumentativ mit der Theorie des subjektiv öffentlichen Rechts durchaus einen Anspruch begründen können mag, erscheint allerdings keinesfalls völlig abwegig. Dennoch sollte man einem deutlich zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers durchaus Geltungskraft zu erkennen. Dies gilt insbesondere, wenn absehbar ist, dass ein politisch wünschenswertes Ergebnis demnächst (zumindest zum Teil) rechtliche Realität werden soll.

An dieser Stelle schließt sich der Kreis zurück zum vom BVerfG in der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch betonten Schutzfunktion für das ungeborene Kind. Leider, muss man sagen, wird die Kindertagesstätte in ihrer Schutzfunktion zugunsten dieser Kinder noch nicht realisiert werden. Bzgl. des Anspruchsinhaltes wird der Rechtsanspruch auf den Kindergartenplatz also auch in Zukunft seinem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag inhaltlich nicht vollständig erfüllen. Daneben konterkariert das geplante Betreuungsgeld den Anspruch des Kindes auf den Kindergartenplatz nach dem künftigen § 24 II SGB VIII.<sup>64</sup> Konsequenterweise dürfte dieser ab August 2013 keinen Anspruch des Kindes mehr regeln, sondern nur noch einen Anspruch des Sorgeberechtigten für Kinder zwischen 1 bis 3 Jahre. In diesem Fall wären die Regelungen wenigstens dogmatisch konsistent, wenn auch in der Sache nicht weniger fragwürdig. Nur ein Anspruch auf einen Kindergartenplatz bzw. Kindertagespflege ab dem 0. Lebensjahr wäre in der Lage den Schutzanforderungen, die das BVerfG aufstellte, tatsächlich zu erfüllen. Es bleibt dabei der Fortentwicklung entsprechender Angebote überlassen, diese Hilfen für Kleinstkinder fachgerecht fort zu entwickeln. Erzieherisch auf Frauen ein zu wirken, die sich zwar für ein Kind entschieden haben, aber dennoch ihre Existenz selbständig sichern möchten, ist keine Alternative, die dem Gesetzgeber zur Wahl steht. Das BVerfG hat im Jahr 1993 insofern deutliche verfassungsrechtliche Prioritäten gesetzt.

---

<sup>64</sup> Aus rein praktisch finanzieller Sicht Tartler/Kade, SPD rollt Anti-Herdprämien- Kampagne an, Financial Times Deutschland 5.7.2012, <http://www.ftd.de/politik/deutschland/betreuungsgeld-spd-rollt-anti-herdpraemien-kampagne-an/70059490.html>, letzter Aufruf 11.7.2012

### **5.3. Der Schutzauftrag der Kindertagesstätte nach § 8a SGB VIII und staatliche Wächteramt**

Soweit die Kindertagesstätte weder mit Fachkräften für Kinderschutz ausgestattet noch in staatlicher Trägerschaft ist, stellt sich die Frage nach einem verfassungsrechtlich abgesicherten Auftrag nicht. Das mag man als Lücke beklagen oder als erfreulichen Freiraum für alle Beteiligten begrüßen. Der Schutzauftrag kann weder bei öffentlichen noch bei freien Trägern eine aufmerksame und engagierte Arbeit der Erzieherinnen und Erzieher ersetzen. Sobald ein Kind in der Obhut institutionalisierter Kinderbeobachtung- und -erziehung ist, besteht für das Kind die Chance, dass eine (am Gefährdungsgeschehen unbeteiligte) Person, Anzeichen einer Gefährdung beobachten kann und daraus zivil-couragiert oder rechtlich verpflichtet Konsequenzen ziehen kann. Nur dadurch tritt die entsprechende Person für die Grundrechte des Kindes ein.

#### **6. Gefahrenabwehr in der Kindertagesstätte – eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit**

Die verfassungsrechtliche Analyse zeigt deutlicher als die einfachrechtliche Ausgestaltung der Sozialleistung „Kindertagesstätte“, dass ein verfassungsrechtlicher Auftrag des Kindergartens, das ihm anvertraute Kind (vor seinen Eltern) zu schützen existiert. Dieser Auftrag orientiert sich einfach gesetzlich vor allem am Wohl des Kindes und wird durch das staatliche Wächteramt, Art. 6 II GG, verfassungsrechtlich getragen. Die verfassungsrechtliche Analyse hat auch gezeigt, dass das Wohl des Kindes zwar aufgrund seiner eigenen Grundrechte im Vordergrund stehen mag, aber der Schutz des Kindes immer auch eine gesellschaftlich bezogene Komponente hat. Entsprechend ist die Sozialleistung „Kindertagesstätte“ in ein Netz rechtlicher Regelungen eingebunden, das entworfen wurde, um die Kinder vor Gefahren für ihr Wohl zu bewahren. Die gesellschaftliche Komponente des Kindeswohls, die man vielleicht auch als Gemeinwohl präventive Komponente bezeichnen könnte, wird in der Kindertagesstätte in besonderem Maße deutlich, da hier der erste außer familiäre Abgleich von Anforderungen an die Person des Kindes stattfindet. Der Kindergarten ermöglicht deshalb in vielen Fällen erst den wirksamen Zugriff der gesetzlich vorgesehenen weiterführenden Schutzmechanismen zugunsten gefährdeter Kinder. Wenn nun den Eltern unter dem Etikett der Wahlfreiheit der Anspruch ihrer Kinder auf einen Kindergartenplatz durch das Betreuungsgeld abgekauft werden soll, wird jeweils eine Möglichkeit verschont, dem staatlichen Wächteramt auf gleichsam unauffällige und zurückhaltende Art Geltung zu verschaffen. Die Wahlfreiheit der Eltern wird zu Lasten der Chancen, Gefahren von Kindern ab zu wenden, erkauft. Jede/r erwachsene Mensch kann sich nach eigenem Belieben für irgendeine „Herdprämie“, ob sie nun Elterngeld oder Betreuungsgeld heißen mag, entscheiden. Aber gerade kleine oder kleinste Kinder können sich nicht für oder gegen ihre Gefährdung entscheiden. Ihnen kann meist nicht einmal klar sein, dass sie gefährdet sind oder sein könnten. Gerade deshalb sind die verfassungsrechtlich vorgezeichneten gefahrenabwehrrechtlichen Inhalte der Sozialleistung Kindertagesstätte von zentraler Bedeutung und sollten nicht zum Ausverkauf bereit stehen.

Dieser Text wurde von

**Offene Rechtswissenschaft**

**[www.offene-rechtswissenschaft.org](http://www.offene-rechtswissenschaft.org)**

zur Verfügung gestellt.

Kontakt:

Prof. Dr. Angela Busse

[Angela\\_Busse@offene-rechtswissenschaft.org](mailto:Angela_Busse@offene-rechtswissenschaft.org)

