

Prof. Dr. jur. Johannes Münder

unter Mitarbeit von:
Angela Smessaert

TU Berlin
Lehrstuhl für Sozial- und Zivilrecht

**Sozialrechtliche Leistungen
für Kinder und Jugendliche**

**Zur Verknüpfung von Schulrecht und Sozialrecht –
insbesondere in
Offenen Ganztagschulen (OGS)**

Berlin

November 2008

Gliederung:

| | |
|---|----|
| Vorbemerkung..... | 3 |
| 1 Rechtliche Grundlagen | 4 |
| 1.1 Grundsätzliches | 4 |
| 1.2 Kooperationsvereinbarungen..... | 6 |
| 1.3 Als Beispiel: Weisungsbefugnis, Vorgesetztenfunktion | 8 |
| 2 Betriebserlaubnisse in der OGS | 12 |
| 2.1 Erlaubnispflichtigkeit | 12 |
| 2.2 Ausnahmen der Erlaubnispflichtigkeit..... | 13 |
| 2.2.1 Außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben | 13 |
| 2.2.2 Entsprechende gesetzliche Aufsicht | 14 |
| 2.3 Weitere gesetzliche Aufsichten..... | 15 |
| 2.4 Zwischenergebnis..... | 15 |
| 3 Leistungsverpflichtungen der Kinder- und Jugendhilfeträger sowie der Sozialhilfeträger | 16 |
| 3.1 Rechtsansprüche auf Leistungen | 17 |
| 3.1.1 Rechtsansprüche auf Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII..... | 17 |
| 3.1.2 Rechtsansprüche auf Eingliederungshilfe gem. § 35a SGB VIII..... | 19 |
| 3.1.3 Rechtsansprüche auf Eingliederungshilfe gem. §§ 53 ff. SGB XII..... | 20 |
| 3.2 Erbringung von Integrationshilfen | 21 |
| 3.2.1 Integrationshilfen auf Grundlage des § 54 SGB XII..... | 21 |
| 3.2.2 Integrationshilfen auf Grundlage des § 13 Abs. 1 SGB VIII..... | 22 |
| 3.3 Resümee..... | 24 |
| 4 Teilnahmeverpflichtung für Minderjährige bei außerunterrichtlichen Angeboten | 25 |
| 4.1 Bestehen einer Teilnahmeverpflichtung | 26 |
| 4.1.1 Teilnahmeverpflichtung aus Vertrag | 26 |
| 4.1.2 Teilnahmeverpflichtung aus der Schulpflicht im engeren Sinne | 27 |
| 4.1.3 Unmittelbar aus Runderlass 12-63 Nr. 4..... | 28 |
| 4.1.4 Sonstige Teilnahmeverpflichtung aus Gesetz..... | 29 |
| 4.1.5 Zwischenergebnis | 30 |
| 4.2 Konsequenzen aus Verstoß für Schülerinnen, Schüler oder Eltern bzw. Personensorgeberechtigte | 31 |
| 4.2.1 Durchsetzung der Teilnahmeverpflichtung mit Zwangsmaßnahmen | 31 |
| 4.2.2 Kündigung des Betreuungsvertrags durch die Schule aufgrund fehlender oder unregelmäßiger Teilnahme..... | 33 |
| 4.2.3 Exkurs: Durchsetzung anderer übernommener Verpflichtungen | 34 |
| 4.2.4 Zwischenergebnis | 34 |
| 4.3 Auswirkungen auf die Förderung der Schule..... | 35 |
| 5 Vorhaltung eines bedarfsgerechten Angebots nach § 24 Abs. 2 SGB VIII durch die außerunterrichtlichen Angebote in der OGS | 36 |
| 5.1 Rechtlicher Gehalt des § 24 Abs. 2 SGB VIII | 36 |
| 5.1.1 Bedarfsgerechtes Angebot | 36 |
| 5.1.2 Vorhaltungspflicht | 39 |
| 5.1.3 Rechtlich verpflichtet: der Träger der öffentlichen Jugendhilfe | 40 |
| 5.2 Vorrang des außerunterrichtlichen Angebots der OGS vor Angeboten in Tageseinrichtungen nach § 24 Abs. 2 SGB VIII | 41 |
| 5.3 Verteilung der Plätze bei unzureichender Platzzahl | 42 |
| 5.3.1 Zuständigkeit..... | 42 |
| 5.3.2 Kriterien der Entscheidung..... | 45 |
| 5.4 Kostenbeteiligung | 47 |
| 5.5 Resümee..... | 48 |
| 6 Spezialfall – Kinderschutz | 49 |
| 6.1 Rechtliche Vorgaben zum Kinderschutz..... | 49 |
| 6.1.1 In Betracht kommende Normen | 49 |
| 6.1.2 Rechtliche Vorgaben für die OGS..... | 51 |
| 6.2 Konkretisierungsbedarf..... | 53 |
| 6.2.1 Eindeutig zuordenbare normative Grundlage für die OGS | 53 |
| 6.2.2 Einheitliche Tatbestandsmerkmale des Kinderschutzes für alle Schultypen | 54 |
| 6.2.3 Klare Verfahrenswege für alle Schultypen..... | 55 |
| 6.2.4 Runderlass zum Kinderschutz | 55 |
| 7 Datenschutz..... | 56 |
| 7.1 Überblick | 57 |
| 7.1.1 Allgemeine Vorgaben..... | 57 |
| 7.1.2 Strukturprinzipien | 59 |
| 7.2 Datenschutzvorgaben für die OGS | 60 |
| 7.2.1 Rechtliche Vorgaben für die OGS..... | 60 |
| 7.2.2 Konkretisierungsbedarf | 61 |
| 7.3 Datenübermittlung zwischen den unterschiedlichen Bereichen der OGS | 61 |
| 7.3.1 OGS „eine Stelle“? | 61 |
| 7.3.2 Anonymisierung, Pseudonymisierung, Einwilligung..... | 62 |
| 7.3.3 Vom schulischen Vormittags- an den nachmittägigen Jugendhilfebereich..... | 63 |
| 7.3.4 Vom nachmittäglichen Jugendhilfe- an den schulischen Vormittagsbereich | 64 |
| 7.4 Datenübermittlung vom vorschulischen Bereich zur Schule..... | 65 |
| 7.5 Resümee: Einwilligung als Königsweg | 66 |

Vorbemerkung

Das Zusammenwirken von Schule und Jugendhilfe ist kein neues Thema. Es hat allerdings durch das Bemühen um verlässliche Schulzeiten, sichere Betreuung für Kinder und Jugendliche im Rahmen der Schule und durch den Ausbau von Ganztagschulen¹ einen deutlichen Bedeutungszuwachs gewonnen.

In Nordrhein-Westfalen ist dies im Rahmen des landesweiten Programms der Offenen Ganztagschule (OGS) von besonderer Bedeutung. Unter einer OGS wird gemäß der Definition der Kultusministerkonferenz verstanden:

„...dass ein Aufenthalt verbunden mit einem Bildungs- und Betreuungsangebot in der Schule an mehreren Wochentagen ermöglicht wird, in dem Angebote zur Förderung des schulischen Lernens und zur Gestaltung der Freizeit gemacht werden; dass die Teilnahme jeweils von Schüler/-innen oder deren Erziehungsberechtigten für mindestens ein Schulhalbjahr verbindlich erklärt wird; dass die Verantwortlichkeit bei der Schule oder bei einem freien Träger oder bei einer Kommune in enger Kooperation mit der Schule liegt; dass geeignete Räume im Schulgebäude oder in unmittelbarer Nähe der Schule zur Verfügung stehen.“²

Damit ist die OGS in besonderer Weise an der Schnittstelle zwischen Kinder- und Jugendhilferecht einerseits und Schulrecht andererseits anzusiedeln. Die OGS im Primarbereich ist in ihren zentralen Grundlagen vornehmlich durch den Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006 geregelt³. Was das Zusammenwirken von Jugendhilfe und Schule anbelangt, so sieht dieser Erlass bezüglich der außerunterrichtlichen Angebote und des Zusammenwirkens zwei Varianten vor:

- entweder werden die entsprechenden Angebote personell vom Schulträger selbst durchgeführt, der demgemäß über die Einstellung und Beschäftigung des Personals für die außerunterrichtlichen Angebote zuständig ist,
- oder ein außerschulischer Träger führt die außerunterrichtlichen Angebote durch und stellt das dafür erforderliche Personal zur Verfügung (vgl. Nr. 1.5 des Erlasses vom 26.1.2006).

Gegenwärtig werden in Nordrhein-Westfalen unmittelbar von der Schule (dem Schulträger) ca. 20% der Angebote der OGS durchgeführt, 50% der Angebote werden im Zusam-

¹ Allen Ganztagschulen ist gemeinsam, dass an allen Tagen des Ganztagsbetriebs den teilnehmenden Schüler/-innen ein Mittagessen bereitgestellt wird und dass die Organisation aller Angebote durch die Schule oder in enger Kooperation mit der Schule erfolgt.

² Sekretariat der Kultusministerkonferenz (KMK), Allgemein bildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland- Statistik 2002 bis 2005 – vom 6.3.2007, 5.

³ ABl. NW S. 29; 12-63 Nr. 4.

menwirken zwischen Schule und Trägern der Jugendhilfe durchgeführt, 30% in anderen Varianten, insbesondere in Form des Zusammenwirkens zwischen Fördervereinen an Schulen und den Schulen selbst. Hinsichtlich des Zusammenwirkens von Kinder- und Jugendhilfe einerseits und der Schule andererseits sind damit die Mehrzahl der gegenwärtigen Projekte von besonderer Bedeutung, also dort, wo auf der Basis entsprechender Kooperationsvereinbarungen die Angebote der OGS zwischen den Trägern der Jugendhilfe und den Schulen durchgeführt werden. Hierauf beziehen sich schwerpunktmäßig die folgenden Ausführungen.

1 **Rechtliche Grundlagen**

1.1 **Grundsätzliches**

Rechtlich sind in diesem Zusammenhang verschiedene rechtliche Regelungen und Vereinbarungen von Bedeutung.

Relevant für die einzelne Schule vor Ort und das Zusammenwirken mit der Jugendhilfe sind zunächst die durch den Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006 in Nr. 3.2 vorgeschriebenen Kooperationsvereinbarungen zwischen den außerschulischen Trägern und der Schule.

Diese Kooperationsvereinbarungen sind eingebettet in diverse rechtliche Regelungen.

Bundsgesetzlich ist hier das SGB VIII von Bedeutung. Das SGB VIII selbst enthält keine generellen Regelungen über das Zusammenwirken zwischen Jugendhilfe und Schule, etwa gar noch in der Form der OGS. Von Bedeutung können jedoch einzelne Regelungen des SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe werden. Und von besonderer Bedeutung sind für die OGS beispielsweise die Bestimmungen der §§ 22 ff. SGB VIII hinsichtlich der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege, insbesondere die sich dort findenden Bestimmungen über die Rechtsansprüche und das bedarfsgerechte Angebot von Kindern im schulpflichtigen Alter hinsichtlich eines entsprechenden Angebotes von Plätzen in Tageseinrichtungen. Relevant können außerdem die Regelungen über die Betriebserlaubnisse von Einrichtungen nach §§ 45 ff. SGB VIII sein. Außerdem könnte die in § 90 SGB VIII vorgesehene pauschalierte Kostenbeteiligung für die dort genannten entsprechenden Angebote der Jugendarbeit (§ 11 SGB VIII) bzw. die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege relevant sein. Bundesrechtlich können auch noch andere Gesetze einschlägig sein. Hier bei der OGS könnte für behinderte Kinder das SGB XII (Sozialhilfe) bzw. das SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe behinderter Men-

schen) greifen.

Neben dem Bundesrecht ist **Landesrecht** maßgeblich für die konkrete Gestaltung des Zusammenwirkens von Jugendhilfe und Schule. Von Bedeutung sind hier zunächst die gesetzlichen Regelungen auf Landesebene. Auch hier gibt es keine strukturierte, systematische Regelung der OGS auf gesetzlicher Ebene. Insofern können wiederum Einzelbestimmungen aus dem Bereich des Jugendhilferechts bzw. des Schulrechts von Bedeutung sein. In dieser Hinsicht sind auf jugendhilferechtlicher Ebene in die Prüfung ggf. einzelne Bestimmungen des Zweiten Gesetzes zur Ausführung des Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder – GTK) vom 29.10.1991 einzubeziehen. Schwerpunkt landesgesetzlicher Regelungen wären die entsprechenden schulgesetzlichen Bestimmungen. Auch hier gibt es keine Regelungen, die sich umfassend, systematisch mit der OGS befassen. Vielmehr wird sie punktuell an verschiedenen Stellen erwähnt (z.B. § 9 Abs. 3, § 75 Abs. 4 SchulG⁴). Dieses Gesetz enthält allgemeine Aussagen etwa zur Kooperation mit der Jugendhilfe und anderen Einrichtungen der Bildung, Erziehung und Förderung. Außerdem können sich zu Einzelfragen (z.B. Vorgesetzteneigenschaft) aus punktuellen Bestimmungen (z.B. über die Stellung der Schulleitung) Erkenntnisse ergeben.

Schwerpunkte der rechtlichen Regelungen auf Landesebene sind entsprechende Verwaltungsvorschriften. Diese finden sich in den einschlägigen Runderlassen des zuständigen Ministeriums. Basisgrundlage ist der Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom (zunächst) 12.2.2003 in der Fassung vom 26.1.2006⁵. Außerdem finden sich weitere Bestimmungen, insbesondere in den Erlassen zu Zuwendungsregelungen, die jedoch für die hier anstehende Untersuchung nur eingeschränkte Bedeutung haben.

Alle diese rechtlichen Regelungen stehen in einem Verhältnis der Rechtshierarchie: ausgehend davon, dass die vorhandenen Regelungen zur OGS verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind⁶ (die hier vorgelegte Untersuchung befasst sich mit dieser Frage nicht), bedeutet dies, dass für die Kooperationsvereinbarungen die Runderlasse als Verwaltungsvorschriften vorrangig sind, für diese wiederum die gesetzlichen Regelungen⁷.

⁴ Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Schulgesetz NW – SchulG) vom 15.2.2005; Im Folgenden ist mit SchulG immer das Schulgesetz NW gemeint.

⁵ Abl. NW S. 29 „Offene Ganztagschule im Primarbereich“ mit der 12-63 Nr. 4.

⁶ Vgl. dazu insbesondere das Rechtsgutachten von Tettinger/Ennuschad: Offene Ganztagschule im Primarbereich, Köln 2003 (herausgegeben vom Presseamt des Erzbistums Köln), 33 ff.; siehe auch Broosch: Ganztagschule im Grundgesetz 2007.

⁷ Zum Teil wird dies in den Kooperationsvereinbarungen im Ansatz formuliert, wenn auch mit einer etwas eigenartigen Begrifflichkeit, wenn etwa ausgeführt wird: „durch Gesetz, Rechts- oder Verwaltungsvorschrift vorgegebene Zuständigkeiten werden durch diese Vereinbarung nicht berührt“, da dies Formulierung so wirkt, als würde sie sich nur auf

| | |
|--------------------------|---|
| Bundesrecht: | SGB VIII, SGB XII, SGB IX |
| Landesgesetze: | GTK, SchulG |
| Verwaltungsvorschriften: | Runderlasse des Ministeriums, z.B. 12-63 Nr. 4 vom 26.1.2006 |
| vertragliche Regelungen: | Kooperationsvereinbarungen nach Nr. 1.5, Nr. 3.2 des Rund- erlasses 12-63 Nr. 4 |

Somit sind Regelungen in Kooperationsvereinbarungen rechtlich nur von Bedeutung, wenn sie nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Für die Regelungen durch die Runderlasse des Ministeriums gilt Entsprechendes: sie sind irrelevant, sofern sie gegen gesetzliche Regelungen verstoßen. Da aber – wie bereits kurz ausgeführt – in den gesetzlichen Regelungen eine umfassende, systematische Regelung der OGS fehlt, bedarf es immer einer punktuellen Prüfung, ob für die in den Kooperationsvereinbarungen oder den Runderlassen geregelte Materie einschlägige gesetzliche Regelungen bestehen.

1.2 Kooperationsvereinbarungen

Die nordrhein-westfälischen Regelungen sehen vor, dass hinsichtlich der außerunterrichtlichen Angebote zwischen den Schulträgern und den Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe (sowie anderen Einrichtungen, die Bildung und Erziehung fördern) im Rahmen der OGS eine weitergehende Zusammenarbeit zu vereinbaren ist, um solche außerunterrichtlichen Angebote vorzuhalten (§ 9 Abs. 3 Satz 1 SchulG). Diese weitergehende Zusammenarbeit soll, entsprechend Pkt. 1.5 des Erlasses 12-63 Nr. 4, auf der „Grundlage von Kooperationsvereinbarungen zwischen dem Schulträger, den Schulen und den beteiligten außerschulischen Partnern ausgestaltet werden“. In Pkt. 3.2 dieses Erlasses wird dann, wenn ein außerschulischer Träger Personal zur Verfügung stellt, verbindlich geregelt, dass in diesem Fall die Rechte und Pflichten der Beteiligten in einer Kooperationsvereinbarung festzuhalten sind. Damit bilden derartige Kooperationsvereinbarungen zunächst die rechtliche Grundlage für die konkrete Ausgestaltung der außerunterrichtlichen Angebote.

Angesichts dieser hohen Bedeutung der Kooperationsvereinbarung für die konkrete Gestaltung der Kooperation vor Ort, könnte man meinen, dass es so etwas wie „Musterkooperationsvereinbarungen“ oder „Leitvereinbarungen“ gäbe. Dies ist nicht der Fall. Zwar gibt

es sogenannte Rahmenvereinbarungen⁸. Diese Rahmenvereinbarungen befassen sich jedoch nur sehr allgemein mit Rahmenbedingungen für den Abschluss von Kooperationsverträgen⁹, wie z.B. dem Hinweis auf die Maßgeblichkeit der Kooperationsverträge vor Ort, dem Vorrang des Angebots der Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe, Aussagen zur Fachlichkeit des beschäftigten Personals, zur Kontinuität des Personaleinsatzes, zu der Höhe der gezahlten Entgelte usw. Nur punktuell sind dort Aussagen enthalten, die für die konkreten Kooperationen vor Ort von Bedeutung sind, wie etwa die Aussage, dass die Angebote der freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen der OGS als schulische Veranstaltungen gelten (was wohl in erster Linie aus versicherungsrechtlichen Gründen geschah), oder dass die Personalhoheit der freien Träger für die von ihnen beschäftigten Personen von den Kooperationsvereinbarungen nicht berührt werden.

Das bedeutet, dass bei der Klärung von Einzelfragen die jeweils konkrete Kooperationsvereinbarung vor Ort herangezogen werden muss. Ist dort eine Regelung vorhanden, so ist zu prüfen, ob diese Regelung gegen höherrangiges Landes- oder Bundesrecht verstößt. Ist in den Kooperationsvereinbarungen keine Regelung vorhanden, so ist zu prüfen, ob landes- oder bundesrechtliche Vorschriften zu dem fraglichen Punkt entsprechende Regelungen enthalten. Entsprechend der vorgehend geschilderten Rechtshierarchie ist dabei – je nachdem, auf welcher Ebene Regelungen vorhanden sind – des Weiteren zu prüfen, ob die vorhandenen landesrechtlichen Regelungen, wenn es sich um Verwaltungsvorschriften handelt, mit höherrangigem Landesgesetz bzw. Bundesrecht vereinbar sind; bei landesgesetzlichen Regelungen ist dann zu prüfen, ob Bundesrecht entgegensteht.

Damit lassen sich allgemeine, d.h. über den konkreten Kooperationsvertrag hinausgreifende Aussagen nur dort treffen, wo eine ausdrückliche Regelung auf landesrechtlicher oder bundesgesetzlicher Ebene vorhanden ist.

Dies soll im Folgenden an der Frage nach der Weisungsbefugnis bzw. Vorgesetztenfunktion beispielhaft methodisch dargestellt werden.

⁸ Rahmenvereinbarungen liegen jeweils vor zwischen dem Ministerium für Schule, Jugend und Kinder des Landes Nordrhein-Westfalen einerseits und andererseits den Spitzenverbänden der freien Wohlfahrtspflege, dem Landessportbund, der Landesvereinigung kultureller Jugendarbeit NW e.V., dem Landesmusikrat Nordrhein-Westfalen, dem Landesverband der Musikschulen Nordrhein-Westfalen, der Arbeitsgemeinschaft Natur und Umweltbildung NW, den (Erz-)Bistümern und Diözesan-Charitasverbänden sowie der evangelischen Landeskirche und ihren diakonischen Werken in Nordrhein-Westfalen.

⁹ Wobei sich noch die Frage stellt – der hier im Einzelnen nicht nachgegangen wird –, inwiefern diese Rahmenvereinbarungen die einzelnen Mitgliedsorganisationen etwa der Spitzenverbände der freien Wohlfahrtspflege usw. binden: dies wäre nur der Fall, wenn aufgrund der verbandsinternen Regelungen die jeweiligen Spitzenverbände zum Abschluss verbindlicher Vereinbarungen ermächtigt wären.

1.3 *Als Beispiel: Weisungsbefugnis, Vorgesetztenfunktion*

Am Beispiel der Frage Weisungsbefugnis bzw. Vorgesetztenfunktion soll im Folgenden aufgezeigt werden, wie das rechtliche Vorgehen methodisch ist, um die jeweils aufgeworfenen Fragen zu klären. Unter den Stichworten Weisungsbefugnis und Vorgesetztenfunktion stellt sich die Frage, wer bezüglich des Personals (etwa von freien Trägern oder anderen außerschulischen Organisationen) weisungsbefugt ist bzw. die Vorgesetztenfunktion innehat.

Die exemplarisch untersuchten **Kooperationsvereinbarungen** treffen dazu unterschiedliche Regelungen, wie z.B.:

- keine Regelung: eine Kooperationsvereinbarung enthält zu der Frage Weisungsbefugnis, Vorgesetztenfunktion keine Regelung.
- „... in diesem Sinne (gemeint ist die Durchführung des schulischen Angebots) ist sie (gemeint ist die Schulleitung) auch weisungsbefugt gegenüber den sozialpädagogischen Fachkräften, soweit sie im Unterricht eingesetzt werden...“
- „... die Schulleitung ist ... gegenüber den in der Maßnahme Beschäftigten weisungsberechtigt hinsichtlich geltender Vorschriften ... Das Weisungsrecht der Schulleitung bezieht sich nicht auf Angelegenheiten des Arbeitsvertrages und damit zusammenhängender Regelungen. Die allgemeine Dienst- und Fachaufsicht über die Mitarbeiter des Maßnahmeträgers obliegt dem Maßnahmeträger...“
- „... die Schulleitung (ist) allen an der Schule tätigen Personen gegenüber in der Erfüllung ihrer vertraglich festgelegten Aufgaben weisungsbefugt. Das Weisungsrecht bezieht sich ausschließlich auf die Tätigkeit in der Schule und nicht auf das arbeitsrechtliche Verhältnis des Personals zu seinem Arbeitgeber...“
- „... der Schulleiter/die Schulleiterin ... ist Vorgesetzter aller an der Schule tätigen Personen im Hinblick auf die Einhaltung schulrechtlicher Vorschriften, Anordnungen der Schulaufsicht, des Schulträgers oder Beschlüssen von Mitwirkungsorganen und im Hinblick auf die Einhaltung einer geordneten Unterrichts- und Erziehungsarbeit...“

Die **Rahmenvereinbarung** zwischen dem Ministerium für Schule, Jugend und Kinder und den Spitzenverbänden der freien Wohlfahrtspflege (die hier immer exemplarisch für die Rahmenvereinbarungen untersucht wurde) führt bezüglich dieses Punktes aus, dass „... die Personalhoheit der freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe über von ihnen beschäftigte Personen ... (wird) ... davon (gemeint sind die vor Ort abzuschließenden Kooperationsverträge) nicht berührt ...“.

Grundsätzlich sind auf vertraglicher Ebene all diese unterschiedlichen Regelungen möglich, sofern sie nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Dort, wo in einem Kooperationsvertrag keine Regelung getroffen ist, gelten – sofern vorhanden – sowieso höherrangige Regelungen.

Höherrangigen Regelungen sind auf **Landesebene** vorhanden und zwar in den einschlä-

gigen schulgesetzlichen Vorschriften:

- § 59 Abs. 2 Schulgesetz NW (SchulG) regelt in Satz 2: „... sie oder er (gemeint ist: die Schulleiterin oder der Schulleiter) kann in Erfüllung dieser Aufgaben als Vorgesetzte oder Vorgesetzter alle an der Schule tätigen Personen Weisungen erteilen“.

Bundesrechtliche Regelungen liegen nicht vor.

Somit ergibt sich aus den Kooperationsvereinbarungen (dort wo einschlägige Vereinbarungen vorliegen), recht Unterschiedliches:

- keine Regelung,
- Weisungsbefugnis, sofern sozialpädagogische Fachkräfte im Unterricht eingesetzt werden,
- Weisungsbefugnis hinsichtlich geltender Vorschriften (wobei unklar ist, welche Vorschriften gemeint sind),
- Vorgesetztenfunktion hinsichtlich der Einhaltung schulrechtlicher Vorschriften,
- Weisungsbefugnis hinsichtlich von Tätigkeiten in der Schule.

Bezogen auf die **Kooperationsvereinbarungen** ist somit allein verbindendes Merkmal (dort wo Regelungen vorliegen), dass sich die Vorgesetztenfunktion/Weisungskompetenz der Schulleitung nur auf die operative Ebene bezieht. Damit ist klar, dass grundsätzliche arbeitsrechtliche Personalkompetenzen (z.B. Einstellung, Beförderung, Versetzung, Kündigung) beim Maßnahmeträger liegen.

Wie aber im operativen Bereich die Kompetenzen sind, ergibt sich aus dem Kooperationsvereinbarungen in den meisten Fällen nicht eindeutig. Zum Teil wird ausdrücklich formuliert, dass die Dienst- und Fachaufsicht beim Maßnahmeträger liegt: in diesen Fällen hat die Schulleitung auch auf operativer Ebene keine Weisungskompetenz. Weisungskompetenzen werden der Schulleitung z.T. dann zugesprochen, wenn die sozialpädagogischen Fachkräfte im Unterricht eingesetzt werden, bzw. wenn es um schulrechtliche Angelegenheiten geht.

Insgesamt sind die Kooperationsvereinbarungen somit von einer gewissen Unklarheit geprägt, einheitliche Resultate ergeben sich auf jeden Fall nicht. Damit wäre zu prüfen, ob sich rechtliche Klarheiten auf der nächst höheren Ebene, nämlich auf der Ebene der Verwaltungsvorschriften ergeben.

In den **Verwaltungsvorschriften** ist zur Vorgesetztenfunktion/Weisungskompetenz der Schulleitung dazu keine ausdrückliche Regelung getroffen. Der Runderlass des Ministeri-

ums Nr. 12-63 Nr. 4¹⁰ enthält in Pkt. 2.7 die Aussage: „... die außerunterrichtlichen Angebote der Offenen Ganztagschule gelten als schulische Veranstaltung“. Daraus ist zunächst zu entnehmen, dass die außerunterrichtlichen Angebote originär keine schulischen Veranstaltungen sind, sondern nur als solche gelten. Grund dieser Regelung waren im Wesentlichen versicherungsrechtliche Gründe: es sollte durch die Formulierung dafür gesorgt werden, dass insbesondere die unfallversicherungsrechtlichen Bestimmungen auch für die außerunterrichtlichen Angebote Anwendung finden. Vor dem Hintergrund dieser Entstehungsgeschichte kann aus der Formulierung nicht entnommen werden, dass die gleichen schulrechtlichen Wirkungen wie bei schulischen Veranstaltungen Anwendung finden. Wegen der Unklarheiten ist es aber eben so möglich, die Formulierung so zu interpretieren, dass es sich zwar nicht um schulische Veranstaltungen im rechtlichen Sinne handelt, diese jedoch als schulische Veranstaltungen gelten und damit die für schulische Veranstaltungen maßgeblichen Regelungen des Schulrechts zur Anwendung kommen. Würde man die Formulierung so interpretieren, so läge die Weisungsbefugnis/Vorgesetzteneigenschaft bei der Schulleitung.

Wenn sich keine eindeutige Klarheit aus den Kooperationsvereinbarungen und den Verwaltungsvorschriften ergibt, kann möglicherweise Klarheit aus der nächst höheren Ebene, den **Landesgesetzen** gefunden werden. Maßgeblich wäre hier § 59 Abs. 2 Satz 2 SchulG, wonach die Schulleitung in Erfüllung ihrer in § 59 Abs. 2 Satz 1 genannten Aufgaben, Vorgesetzte aller an der Schule tätigen Personen ist. Die in § 59 Abs. 2 Satz 1 SchulG genannten Aufgaben sind sehr allgemein gehalten, etwa dass die Schulleitung die Schule leitet, verantwortlich ist für die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags usw.; zu den Aufgaben gehört auch (§ 59 Abs. 2 Satz 1, 6 SchulG) die Wahrnehmung des Hausrechts. Insofern deckt diese Norm vom Wortlaut her auch die Vorgesetzteneigenschaft (und die damit verbundene Weisungsfunktion) ab. Allerdings nur gegenüber „an der Schule tätigen Personen“. Der Begriff „an“ ist auslegungsbedürftig. Unzweifelhaft sind bei den außerunterrichtlichen Angeboten die dort tätigen Personen in den Räumen (auf dem Gelände) der Schule tätig. Ob allerdings die Benutzung von Räumen usw. bereits den Begriff „an der Schule tätig“ erfüllt, ist fraglich. Würde man den Begriff so verstehen, dann würden ggf. auch Abendveranstaltungen (z.B. Veranstaltungen der Volkshochschule usw.) unter den Begriff „an der Schule tätig“ fallen, der Begriff würde somit Tätigkeiten „in“ der Schule umfassen. Deswegen ist der Begriff für „an der Schule“ wohl eher so zu verstehen, dass

¹⁰ Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006.

es sich um Personen handeln muss, die in die Aufgabenerledigung der von der Schule zu erbringenden Aufgaben eingebunden sind. Dies wäre bei den außerunterrichtlichen Angeboten nicht der Fall, schon deswegen nicht, weil sie nicht zwingend an allen Schulen durchzuführen sind. Für die Auslegung, dass es sich um Personen handeln muss, die in Erfüllung der Funktionen der Schule tätig sind spricht auch die systematische Stellung der Norm, die sich im Sechsten Teil des SchulG unter der Überschrift „Schulpersonal“ befindet. Unter dem Schulpersonal werden in § 57 SchulG die Lehrerinnen und Lehrer und in § 58 SchulG sonstige pädagogische und sozialpädagogische Mitarbeiter/-innen angesprochen, aber nur solche, die im Landesdienst stehen. Dies ist bei den Mitarbeiter/-innen in den außerunterrichtlichen Angeboten gerade nicht der Fall: sie sind bei den Anbietern der außerunterrichtlichen Angebote beschäftigt, sie stehen nicht im Landesdienst.

Diese Ergebnis lässt sich allerdings – wie dargestellt – nur durch entsprechende gründliche Auslegung ermitteln, der Wortlaut des § 59 Abs. 2 SchulG gibt – zumindest für juristisch nicht geschulte Personen – hierzu keine klare Auskunft.

Das bedeutet nun insgesamt, dass

- sich aus dem Landesgesetz (SchulG) nicht ergibt, dass die Schulleitung Weisungsbefugnis/ Vorgesetztenfunktion hat, es ist allerdings landesgesetzlich auch nicht untersagt, dass die Schulleitung diese Funktionen ausüben;
- sich aus Verwaltungsvorschriften ebenfalls die Weisungsbefugnis/ Vorgesetztenfunktion der Schulleitung nicht ergibt, aber wiederum aufgrund dieser es auch nicht ausgeschlossen ist, dass der Schulleitung diese Funktion übertragen werden kann;
- insofern die Kooperationsvereinbarungen maßgeblich sind. Aus diesen ergibt sich, dass die grundsätzliche arbeitsrechtliche Kompetenz bei den Maßnahmeträgern liegt, dass allerdings auf operativer Ebene in einigen wenigen Fällen z.T. etwas unklare Regelungen vorliegen, aus denen sich eine Weisungsbefugnis/ Vorgesetzeneigenschaft der Schulleitung ergeben könnte. Sofern solche Regelungen vorliegen, würden sie nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen und wären deswegen möglich.

Angesichts der Unklarheit, zumindest für Personen, die sich nicht im Detail mit dieser Problematik befassen, könnte es sinnvoll sein, auf der Ebene der Verwaltungsvorschriften eine entsprechende Klarstellung zu treffen. Da höherrangiges Recht (Landesgesetz) keine verbindliche Regelung in die eine oder andere Richtung vornimmt, ist es rechtstechnisch möglich zu regeln, dass die Weisungsbefugnis/ Vorgesetztenfunktion entweder bei der Schulleitung oder beim Maßnahmeträger liegt. Die Kompetenz in grundsätzlichen Perso-

nalangelegenheiten liegt immer beim Maßnahmeträger/freien Träger und könnte auch durch Verwaltungsvorschrift nicht auf die Schulleitung übertragen werden.

2 Betriebserlaubnisse in der OGS

Im Rahmen der OGS werden von den außerschulischen Kooperationspartnern außerunterrichtliche Angebote gemacht. Diese Bildungs- und Betreuungsangebote unterstützen das schulische Lernen, sie sind Teil der Freizeitgestaltung. Sie haben deutlich sozialpädagogische Inhalte, wie sie in der Kinder- und Jugendhilfe verankert sind. Es ist deswegen nicht zufällig, dass die Angebote zu einem überwiegenden Teil von Trägern der Kinder- und Jugendhilfe erbracht werden.

Rechtlich ist deswegen die Frage aufgeworfen, ob für derartige Angebote die im SGB VIII vorgesehenen Vorschriften über den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen zur Anwendung kommen, wie sie in §§ 45 ff. SGB VIII geregelt sind. Bei diesen Regelungen handelt es sich um bundesgesetzliche Vorgaben. Diese haben wegen des Vorrangs des Bundesrechts vor dem Landesrecht (Art. 31 GG) auch dann Geltung, wenn auf landesrechtlicher Ebene (sei es auf gesetzlicher Ebene, sei es auf der Ebene von Verwaltungsvorschriften) anderweitige Regelungen bestünden; auch kooperationsvertragliche Regelungen könnten diese bundesgesetzliche Vorgabe nicht leerlaufen lassen. Wegen dieser bundesgesetzlichen Bestimmungen wäre es irrelevant, wenn auf Landesebene bzw. in den Kooperationsverträgen diesbezüglich etwas Anderes geregelt wäre.

Deswegen stellt sich die Frage, ob bundesgesetzliche Vorschriften anwendbar sind. Maßgeblich ist hier § 45 SGB VIII. Danach benötigt der Träger einer Einrichtung, in der Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden, für den Betrieb der Einrichtung eine Erlaubnis (§ 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII). Ausnahmsweise ist eine solche Erlaubnis entbehrlich, wenn eine Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII vorliegt.

2.1 Erlaubnispflichtigkeit

Grundsätzlich benötigt der Träger einer Einrichtung eine Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung, wenn in der Einrichtung für einen Teil des Tages (oder auch ganztägig) Kinder betreut werden. Diese Voraussetzungen sind gegeben. Eine Einrichtung ist eine auf gewisse Dauer angelegte Verbindung von sächlichen und persönlichen Mitteln zu einem bestimmten Zweck und der Verantwortung eines Trägers. Der Bestand und der Charakter einer Einrichtung ist vom Wechsel von Personen, die dort betreut werden, wie vom Wech-

sel der beschäftigten Personen unabhängig. Unter den Begriff der Einrichtung fallen (wie im Heimgesetz) nicht ambulante Maßnahmen, sondern nur Einrichtungen, die orts- oder gebäudebezogen sind. Dies ist bei den außerunterrichtlichen Maßnahmen der OGS der Fall: sie sind orts- und gebäudebezogen auf die Schule. In den außerunterrichtlichen Angeboten werden auch Kinder und Jugendliche für einen Teil des Tages (nämlich während der Schulzeit bzw. nach der Schulzeit) betreut. Damit würden die Träger der außerunterrichtlichen Angebote für die Betreuung von Kindern und Jugendlichen einer Erlaubnis bedürfen, es sei denn es kommt eine Ausnahme des § 45 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII zur Anwendung.

2.2 Ausnahmen der Erlaubnispflichtigkeit

Von den in Satz 2 genannten Ausnahmen könnte die Nr. 3 relevant sein, wonach eine Erlaubnis nicht erforderlich ist, wenn es sich um eine Einrichtung handelt, die außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben für Kinder und Jugendliche wahrnimmt (erste Voraussetzung) und wenn über diese Einrichtung eine entsprechende (andere) gesetzliche Aufsicht besteht (zweite Voraussetzung).

2.2.1 Außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben

Für die erste Voraussetzung ist entscheidend, dass die primäre Aufgabe der in Frage stehenden Einrichtung nicht in der regelmäßigen Betreuung (bzw. Unterkunftsgewährung) von Minderjährigen liegt, sondern dass außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben wahrgenommen werden.

Dies ist in der OGS der Fall. Die primäre Aufgabe der OGS sowohl im „Schulbereich“ als auch im „offenen Bereich“ ist vornehmlich auf die Unterrichtung, Bildung und Erziehung der Schülerinnen und Schüler ausgerichtet, um die verfassungsrechtlich festgelegten allgemeinen Bildungs- und Erziehungsziele zu erreichen. Die Zusammenarbeit der Schule mit Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe (oder auch anderen Einrichtungen) dient diesem Zweck der Förderung, der Bildung und Erziehung. In der OGS werden auch im „offenen Bereich“ keine anderen Ziele verfolgt, als diejenigen, die im „schulischen Bereich“ verfolgt werden. Zwar ist die Akzentsetzung unterschiedlich, aber damit bleibt es dabei, dass auch die außerunterrichtlichen Angebote in den schulischen Bereich eingeordnet sind. Dies macht nicht zuletzt die gesetzliche Regelung der OGS im Schulrecht, nämlich § 9 SchulG, deutlich. Dass die außerunterrichtlichen Angebote als Betreuungsmaßnahme in der Verantwortung der Schule verstanden werden, ergibt sich auch aus den

entsprechenden Verwaltungsvorschriften, so etwa in dem Runderlass 12-08 Nr. 2 über die Betreuung von Schüler/-innen in der Schule vor und nach dem Unterricht¹¹, in dem unter Pkt. 1 ausgeführt wird, dass die Betreuungsmaßnahme als schulische Veranstaltung gelte oder in dem Runderlass 12-63 Nr. 4 zur Offenen Ganztagschule im Primarbereich, in dem unter Pkt. 2.7 ausgeführt wird, dass die außerunterrichtlichen Angebote der OGS als schulische Veranstaltung gelten. Eine derartige Festlegung durch die Verwaltung als schulische Maßnahmen ist zulässig, da hier die Landesverwaltung im Rahmen der ihr zustehenden Verwaltungskompetenz handelt. Somit ist diese erste Voraussetzung erfüllt, dass außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben durchgeführt werden.

2.2.2 Entsprechende gesetzliche Aufsicht

Als weitere Voraussetzung für die Ausnahme vom Erlaubnisvorbehalt des § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII ist erforderlich, dass für diese Einrichtung eine „entsprechende gesetzliche Aufsicht“ besteht. Zum Teil wird unter Bezugnahme auf den Begriff „entsprechend“ die Auffassung vertreten, dass es sich um eine Aufsicht handeln müsse, die den gleichen (d.h. identischen) Schutzzweck umfasst, den § 45 SGB VIII beabsichtigt¹².

Diese Auffassung findet keine Stütze im Gesetz, denn sprachlich hätte der Gesetzgeber, wenn er die identische gesetzliche Aufsicht gemeint hätte, im SGB VIII formulieren müssen, dass „die selbe Aufsicht“, bzw. zumindest „die gleiche Aufsicht“ bestehen müsse. Mit der Verwendung des Begriffs „entsprechende gesetzliche Aufsicht“ hat er bewusst darauf abgestellt, dass es nicht um eine identische Aufsicht geht, sondern nur um eine Aufsicht, bei der eben auch die Situation von Kindern und Jugendlichen durch die Aufsichtsbehörde Beachtung findet. Im Schulrecht liegt eine entsprechende gesetzliche Aufsicht vor: nach §§ 86 ff. SchulG ist für die gesamte Schule, damit auch für die OGS und somit auch für die außerunterrichtlichen Angebote in der OGS, die schulrechtliche Aufsicht gegeben.

Diese Aufsicht wird auch den Erfordernissen des § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII gerecht. Dass die Schulaufsicht eine entsprechende, ausreichende Aufsicht ist, ergibt sich auch aus einem Blick auf den ebenfalls von der Erlaubnis ausgenommenen Sachverhalt des § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII, wonach Schülerheime von der Aufsicht ausge-

¹¹ Runderlass 12-08 Nr. 2 des Ministeriums für Schule, Wissenschaft und Forschung vom 19.2.2001 (Abl. NRW I, 62).

¹² So z.B. Nonninger, in: LPK-SGB VIII § 45 Rz. 24a; Wiesner/Mörsberger, SGB VIII § 45 Rz. 34, weswegen z.B. die Aufsicht nach §§ 30, 51 JArbSchG für nicht ausreichend gehalten wird, da sie sich nur darauf beziehe, dass die Gesundheit der Jugendlichen durch die Unterkunft nicht beeinträchtigt würde; dies steht im Gegensatz zur Gesetzesbegründung, die gerade diesen Schutz als ein Beispiel für die entsprechende gesetzliche Aufsicht genannt hatte (BT-Dr. 11/5948, 84), während die Gesundheitsaufsicht über Kinderheime oder Kinderkrankenhäuser bzw. die Gewerbeaufsicht über Werkstätten für behinderte Jugendliche als eine entsprechende Aufsicht angesehen wird – vgl. Nonninger a.a.O. –, was in der Argumentation in sich widersprüchlich ist.

nommen sind, die landesgesetzlich der Schulaufsicht unterstehen: hier ist die Schulaufsicht ausreichend, ausreichend sogar in einer Situation, wo es nicht nur um die zeitlich auf einen Teil des Tages beschränkte Betreuung geht, sondern um die viel umfassendere Unterkunftsgewährung und ganztägige Erziehung und Betreuung.

2.3 Weitere gesetzliche Aufsichten

Weitere bundesgesetzliche Vorschriften sind hier nicht einschlägig, auch dann nicht, wenn Kinder oder Jugendliche im Rahmen der OGS Leistungen nach dem SGB VIII (z.B. Eingliederungshilfe) oder Rehabilitationsleistungen nach dem SGB IX erhalten. Gedacht werden könnte hier allenfalls an die wiederkehrende oder anlassbezogene Überwachung durch Prüfungen bei den Heimen gemäß § 15 HeimG. Das Heimgesetz kommt gemäß § 1 HeimG jedoch nur zur Anwendung, wenn Wohnraum überlassen wird sowie Betreuung oder Verpflegung zur Verfügung gestellt wird und dies nur bei älteren Menschen oder pflegebedürftigen oder behinderten Volljährigen, so dass hier im Bereich der OGS kein Anwendungsbereich für das HeimG vorliegt.

Somit ergibt sich insgesamt keine Heimaufsicht oder heimaufsichtsrechtliche Prüfung aus bundesgesetzlichen Vorschriften.

Auch aus landesrechtlichen Vorschriften ergeben sich keine aufsichtsrechtlichen Kompetenzen. Im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts wäre es auch nicht möglich, durch Landesrecht derartige Aufsichtsvorschriften zu schaffen. Denn § 49 SGB VIII als Landesrechtsvorbehalt im Abschnitt über den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen sieht nur vor, dass „das Nähere“ durch Landesrecht geregelt werden kann. Damit hat Landesrecht aufgrund der bundesgesetzlichen Vorgabe nur die Möglichkeit Einzelheiten der durch das Bundesgesetz geschaffenen Regelungen zu bestimmen, nicht jedoch über das Bundesrecht hinausgehend weitere aufsichtsrechtliche Regelungen zu treffen.

2.4 Zwischenergebnis

Die außerunterrichtlichen Angebote im Rahmen der OGS bedürfen keine Erlaubnis nach § 45 SGB VIII, sie sind gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII erlaubnisfrei. Wegen des Vorrangs des Bundesrechts haben landesrechtliche Aussagen dahingehend, dass keine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII für die außerschulischen Betreuungsmaßnahmen erforderlich sei¹³, insofern nur hinweisenden Charakter.

¹³ Vgl. Runderlass des Ministeriums für Schule, Wissenschaft und Forschung vom 19.2.2001 12-08 Nr. 2 unter 1.

3 Leistungsverpflichtungen der Kinder- und Jugendhilfeträger sowie der Sozialhilfeträger

Im Rahmen des Zusammenwirkens von Schule und Jugendhilfe in der OGS sind auch Fragen danach aufgetaucht, ob und ggf. inwieweit die im SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) und die im SGB XII (Sozialhilfe) bestehenden Leistungsverpflichtungen der jeweils zuständigen Leistungsträger möglicherweise reduziert werden. Hintergrund solcher Überlegungen ist die Tatsache, dass die außerunterrichtlichen Angebote der OGS zu einem wesentlichen Teil von Partnern aus dem Feld der Kinder- und Jugendhilfe erbracht werden. Und da im Rahmen der außerunterrichtlichen Angebote eines der wesentlichen Ziele die gezielte individuelle Förderung u.a. der sozialen und persönlichen Entwicklung von Kindern ist, stellt sich die Frage, ob, wenn diese Aufgaben tatsächlich durch die (schwerpunktmäßig aus dem Feld der Kinder- und Jugendhilfe stammenden) sog. freien Träger erfüllt werden, sich dadurch die Leistungsverpflichtungen der öffentlichen Leistungsträger reduzieren oder gar in einzelnen Fällen entfallen.

Dabei konzentrieren sich die Fragen darauf, ob die Rechtsansprüche auf Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII wegen der entsprechenden sozialpädagogischen Tätigkeit der Jugendhilfefachkräfte in der OGS entfallen. Vergleichbar ist die Fragestellung bei der in § 35a SGB VIII benannten sog. Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche, bzw. bei der Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff. SGB XII für behinderte Menschen im Falle der körperlichen oder geistigen Behinderung von jungen Menschen.

Sonderproblem in diesem Zusammenhang ist, ob dort, wo entsprechende Hilfen (insbesondere sog. Integrationshilfen) im Bezug auf einzelne Minderjährige erbracht werden, diese Hilfen auch „integrativ“ gewährbar sind, also nicht nur für die Minderjährigen, bei denen die entsprechenden Voraussetzungen für die integrativen Hilfen bestehen, sondern unter integrativen Gesichtspunkten in die Leistungserbringung auch Minderjährige einbezogen werden können, bei denen selbst die Voraussetzungen für die jeweils integrative Hilfen nicht vorliegen.

Diesen Fragen wird im Folgenden in der Weise nachgegangen, dass zunächst grundlegend dargestellt wird, wann Rechtsansprüche auf Hilfe zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII), auf Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche (§ 35a SGB VIII) bzw. auf Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff. SGB XII bestehen. Anschließend befassen wir uns damit, ob und inwiefern durch die außerunterrichtlichen Angebote, vornehmlich von Leistungsanbietern der Kinder- und Jugendhilfe, möglicherweise derartige Rechtsansprü-

che erfüllt werden und was hieraus für die Leistungsverpflichtung der entsprechenden Leistungsträger folgt. Abschließend wird dann auf das genannte Sonderproblem der „integrativen Erbringung“ von Integrationshilfen eingegangen.

3.1 Rechtsansprüche auf Leistungen

Sowohl die Hilfe zur Erziehung wie auch die Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche findet sich im Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des SGB VIII¹⁴. In allen diesen Leistungsbereichen des Vierten Abschnitts des Zweiten Kapitels handelt es sich nicht um Programmsätze und Aufgabenbeschreibungen, sondern nach ganz unstrittiger Meinung um subjektive Rechtsansprüche¹⁵. Die Tatsache, dass ein unbedingter Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII bzw. auf Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII besteht, bedeutet nicht, dass es nicht rechtsdogmatisch Auseinandersetzungen an verschiedenen Punkten dieser Bestimmungen gibt, aber die Grundtatsache, dass ein unbedingter subjektiver Rechtsanspruch besteht, ist unbestritten.

Erforderlich allerdings ist, dass die jeweiligen Voraussetzungen der Norm vorliegen.

3.1.1 Rechtsansprüche auf Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII

Bei § 27 SGB VIII gehört zu den Voraussetzungen im engeren Sinne die Tatsache, dass das Wohl des Minderjährigen nicht gewährleistet ist, dass der sogenannte erzieherische Bedarf vorliegt, dass die entsprechende erzieherische Hilfe geeignet und notwendig ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist jeweils im Einzelfall festzustellen. Für den hier zu untersuchenden Zusammenhang ist dabei die Frage danach, ob ein erzieherischer Bedarf im konkreten Einzelfall vorliegt, sowie die Frage danach, ob erzieherische Hilfen die geeigneten Hilfen für die Deckung dieses Bedarfes sind, nicht relevant, dies muss jeweils bezogen auf die einzelnen Minderjährigen bzw. jungen Menschen festgestellt werden.

Im Zusammenhang der aufgeworfenen Frage von Bedeutung ist allerdings die Notwendigkeit der erzieherischen Hilfe. Das bedeutet, dass die öffentliche Hilfe zur Erziehung nötig ist, um die Mangellage des erzieherischen Bedarfs zu beheben. Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht also nicht, wenn zwar ein erzieherisches Problem besteht, dieses er-

¹⁴ An weiteren Leistungen findet sich noch die Hilfe für junge Volljährige in § 41 SGB VIII, auf die aber im Folgenden nicht eingegangen wird.

¹⁵ Vgl. z.B. und mit weiteren Nachweisen Münder: Kinder- und Jugendhilferecht, 6. Aufl. 2007, 101 ff. sowie die Entscheidungen zu §§ 27 ff.: BVerwG B. 26.3.1999 – FEVS 51, 10 f.; BVerwG U. 12.9.1996 – 5 C 31.95 – NDV-RD 1997, 80 ff.; OVG NW U. 12.9.2002 – 12 A 4352/01 – FEVS 54, 283 ff.; BVerwG U. 12.12.2002 – 5 C 48.01 – FEVS 54, 311 ff.; sowie zu § 35a SGB VIII: BVerwG U. 28.4.2005 – 5 C 20.04 – ZfJ 2005, 482; BVerwG U. 26.11.1998 – 5 C 38.97 – NDV-RD 1999, 71 ff.; OVG NI 2.11.2004 – 13 3835/04 – EuG 59, 508 ff.

zieherische Problem und der daraus resultierende erzieherische Bedarf jedoch auf andere Weise gedeckt werden kann¹⁶. Insofern ist also vorstellbar, dass in einem konkreten Einzelfall hinsichtlich der Hilfe zur Erziehung, die Notwendigkeit für eine erzieherische Hilfe nicht besteht, da der erzieherische Bedarf durch geeignete sozialpädagogische Leistungen und Maßnahmen, die in den außerunterrichtlichen Angeboten der OGS angeboten werden und stattfinden, gedeckt werden kann.

Welche Hilfen zur Erziehung dann, wenn die Voraussetzungen für eine Hilfe zur Erziehung vorliegen, zum Einsatz kommen, lassen die Bestimmungen des § 27 SGB VIII offen. § 27 Abs. 2 und 3 SGB VIII treffen zunächst Aussagen dazu, in welchen Formen Hilfen zur Erziehung erbracht werden. Gemäß Abs. 3 umfasst Hilfe zur Erziehung insbesondere die Gewährung pädagogischer und damit verbundener therapeutischer Leistungen. Nach Abs. 2 wird die Hilfe insbesondere nach Maßgabe der §§ 28–35 SGB VIII erbracht. In diesen Vorschriften sind beispielhafte Fälle standardisierter Erziehungshilfen benannt und beschrieben, die sich in der Praxis entwickelt haben. Der Begriff „insbesondere“ macht deutlich, dass es sich um keinen abschließenden Katalog möglicher Hilfeformen handelt. Dies unterstreicht auch § 27 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII, wonach sich Art und Umfang der Hilfe nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten. Es ist also möglich, über die in §§ 28–35 SGB VIII genannten Hilfen hinaus neue Hilfeformen zu entwickeln. Leistungen aus anderen Bereichen des SGB VIII können als Hilfen zur Erziehung erbracht werden¹⁷.

Daraus ergibt sich, dass eben auch entsprechende Leistungen der außerunterrichtlichen Angebote als Hilfe zur Erziehung in Frage kommen. Wird dann im konkreten Fall – noch einmal ist darauf hinzuweisen, dass jeweils auf den konkreten Einzelfall abzustellen ist – durch solche Angebote der erzieherische Bedarf gedeckt, dann besteht eben kein erzieherischer Bedarf mehr, der im Rahmen von Hilfen nach § 27 SGB VIII abgedeckt werden müsste.

Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass in diesem Fall dann überhaupt kein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht. Die – bisweilen anscheinend bestehende – Vorstellung, dass in einem solchen Fall der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung von einem unbedingten subjektiven Rechtsanspruch „absinkt“ auf eine Ermessensentscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ist irrig: ist durch entsprechende außerunterrichtliche

¹⁶ In der Befassung mit der Notwendigkeit der erzieherischen Hilfe spielte hier etwa die Möglichkeit der Deckung des erzieherischen Bedarfs durch die Personensorgeberechtigten selbst bzw. durch die Hilfe Dritter, etwa Verwandte, eine Rolle – vgl. BVerwG U. 4.9.1997 – 5 C 11.96 – FEVS 48, 289 ff.

¹⁷ Vgl. Münder u.a. FK-SGB VIII § 27 Rz. 17 m.w.N., dort auch Nachweise zur anderen Auffassung z.B. von Stähr in Hauck/Noftz § 27 Rz. 45.

Angebote der erzieherische Bedarf gedeckt, besteht kein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung.

3.1.2 Rechtsansprüche auf Eingliederungshilfe gem. § 35a SGB VIII

Entsprechendes gilt für die Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche nach § 35a SGB VIII. Auch hier ist zunächst unstrittig, dass dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Leistungen vorliegen, nach § 35a SGB VIII ein Rechtsanspruch auf die Eingliederungshilfe besteht¹⁸. Im Unterschied zu § 27 SGB VIII sind hier allerdings nicht die Personensorgeberechtigten, sondern die Minderjährigen selbst Anspruchsinhaber, sie haben einen eigenen, unmittelbaren Anspruch.

Auch hier ist erforderlich, dass die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Im Zusammenhang mit § 35a SGB VIII bedeutet es insbesondere, dass eine seelische Behinderung vorliegt und daher die Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt ist bzw. diese Beeinträchtigung zu erwarten ist¹⁹. Auch hier bedarf es im Einzelfall der genauen Prüfung, ob individuell diese Voraussetzungen vorliegen.

Die in § 35a Abs. 2 SGB VIII angesprochenen in Frage kommenden Hilfen sind auch auf den Bedarf im Einzelfall abgestellt. Aus der eher pauschalierenden Aufzählung des § 35a Abs. 2 SGB VIII ergibt sich, dass diese Hilfen den Grundformen der Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII entsprechen. Auch hier ist es deswegen denkbar, dass insbesondere Eingliederungshilfen im Rahmen der außerunterrichtlichen Angebote der OGS denkbar sind, sofern derartige Angebote zur Behebung bzw. Linderung des seelischen Eingliederungsbedarfs geeignet sind. Rechtstatsächlich werden, allerdings die Möglichkeiten entsprechend geeignete Hilfe für seelisch behinderte Minderjährige im Rahmen einer OGS zu finden, deutlich geringer, als dies im Bereich der Hilfen zur Erziehung vorstellbar ist. Grundsätzlich aber bleibt es dabei, dass es denkbar ist, dass Hilfen, die geeignet sind, den seelischen Behinderungsbedarf zu lindern bzw. zu beheben, im Rahmen der außerunterrichtlichen Angebote der OGS erbracht werden.

Auch in diesen Fällen ist es dann so, wie bei § 27 SGB VIII grundsätzlich dargestellt: wenn durch entsprechende außerunterrichtliche Angebote der OGS Leistungen zur Verfügung stehen, die den Eingliederungsbedarf decken, besteht kein Rechtsanspruch nach § 35a SGB VIII gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, da dieser Bedarf dann entsprechend anderweitig gesichert ist.

¹⁸ Vgl. Münder u.a. FK-SGB VIII § 35a Rz. 14 m.w.N.

¹⁹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. Münder u.a. FK-SGB VIII § 35a Rz. 18 ff., 33 ff.

Auch hier soll der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen werden, dass in diesem Fall der Rechtsanspruch entfällt; Vorstellungen, der unbedingte subjektive Rechtsanspruch würde sich an dieser Stelle auf ein Ermessen des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe „reduzieren“, sind rechtsirrig.

3.1.3 Rechtsansprüche auf Eingliederungshilfe gem. §§ 53 ff. SGB XII

Entsprechendes gilt schließlich auch für die Leistungsberechtigung und die Leistungen der Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff. SGB XII. Bekanntlich ist die Eingliederungshilfe für Minderjährige zweigeteilt: während die Eingliederungshilfe für seelisch Behinderte dem SGB VIII zugeordnet ist, ist die Eingliederungshilfe für körperlich bzw. geistig wesentlich behinderte Menschen der Sozialhilfe des SGB XII zugeordnet. Sofern es sich also um junge Menschen mit wesentlicher körperlicher bzw. geistiger Behinderung handelt, bestehen bei Vorliegen dieser Voraussetzungen Ansprüche auf entsprechende Leistungen gegen den Träger der Sozialhilfe²⁰. Entsprechend den Ausführungen zu § 27 (und auch zu § 35a) SGB VIII handelt es sich auch hier um einen unbedingten subjektiven Rechtsanspruch. Die Tatbestandsmerkmale entsprechen in etwa denen des § 35a SGB VIII: Voraussetzung ist eine Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und darüber hinaus die Tatsache, dass diese Menschen wesentlich in ihrer Fähigkeit an der Gesellschaft teilzuhaben beeinträchtigt sind bzw. von einer solchen wesentlichen Beeinträchtigung bedroht sind. Der Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX knüpft an den Behinderungsbegriff der WHO an und wird – wie bei § 35a SGB VIII – durch die internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit im Einzelnen definiert.²¹

Die Leistungen der Eingliederungshilfe sind in § 54 SGB XII angesprochen, wobei hier auf das SGB IX Bezug genommen wird. Der dort genannte Katalog wird – wie bei § 27 und § 35a SGB VIII – durch den Begriff „insbesondere“ eingeleitet, stellt also ebenfalls eine beispielhafte Aufzählung dar. Im Zusammenhang der OGS ist hier sicherlich die in § 54 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII angesprochene Hilfe zu einer angemessenen Schulbildung von besonderer Bedeutung.

Entsprechend der völlig vergleichbaren Regelungsstruktur zu § 27 und § 35a SGB VIII, ergibt sich somit auch bei Personen mit körperlicher oder geistiger Behinderung, dass dann wenn der Bedarf nach Eingliederungshilfe nach § 54 SGB XII anderweitig gedeckt ist, kein Rechtsanspruch mehr auf die entsprechende Eingliederungshilfe besteht. Dem-

²⁰ Zuständig ist grundsätzlich nach § 97 Abs. 3 SGB XII der überörtliche Träger der Sozialhilfe.

²¹ Zur ICF Münder u.a. FK-SGB VIII § 35a Rz. 33 ff.

gemäß ist es – jeweils in Abhängigkeit vom Einzelfall – auch hier vorstellbar, dass durch außerschulische Leistungen im Rahmen der OGS ein entsprechender Bedarf, der sich aus der körperlichen bzw. geistigen Behinderung ergibt, durch dafür geeignete Angebote gedeckt werden kann. Sollte dies im Einzelfall gegeben sein, entfällt auch hier der unbedingte subjektive Rechtsanspruch auf entsprechende Leistungen der Eingliederungshilfe.

3.2 Erbringung von Integrationshilfen

3.2.1 Integrationshilfen auf Grundlage des § 54 SGB XII

Im Rahmen der Eingliederungshilfe von minderjährigen Menschen mit geistiger bzw. körperlicher Behinderung findet § 54 SGB XII für die Leistungen der Eingliederungshilfe direkt Anwendung. Bei Minderjährigen mit seelischer Behinderung findet durch Verweis in § 35a Abs. 3 SGB VIII ebenfalls § 54 SGB XII Anwendung. Die dort in § 54 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII angesprochenen und in § 12 der Eingliederungshilfe-Verordnung²² (Eingliederungs-VO) weiter konkretisierten heilpädagogischen oder sonstigen Maßnahmen dienen wesentlich dazu, behinderten Kindern den Schulbesuch im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zu ermöglichen und zu erleichtern, es sind demgemäß entsprechende Integrationshilfen.

Bezogen auf den Bereich der Schule ist hier vor allem § 12 Eingliederungshilfe-VO maßgebend. Die dort für die OGS relevanten Bestimmungen des § 12 Nr. 1 und Nr. 2 Eingliederungshilfe-VO formulieren jeweils ausdrücklich, dass die angesprochenen heilpädagogischen oder sonstigen Maßnahmen, Maßnahmen der Schulbildung usw., „zu Gunsten körperlich und geistig behinderter Kinder und Jugendlicher“ dienen. Dies gilt auch dann, wenn nach § 35a Abs. 3 SGB VIII auf § 54 SGB XII verwiesen wird, da in § 35a Abs. 3 ausdrücklich festgelegt ist, dass diese Bestimmungen auch auf seelisch behinderte bzw. von einer solchen Behinderung bedrohte Personen Anwendung findet. Damit ist über § 54 SGB XII § 12 Eingliederungshilfe-VO eben auch „zu Gunsten seelisch behinderter oder von einer solchen Behinderung bedrohten“ Kinder oder Jugendlichen anzuwenden. So ist ausdrücklich bezüglich der Eingliederungshilfen vorgesehen, dass diese nur für den Personenkreis der behinderten Minderjährigen gelten. Aus § 54 SGB XII in Verbindung mit § 12 Eingliederungshilfe-VO folgt daher, dass es nicht möglich ist, aus integrativen Gesichtspunkten Maßnahmen o.ä. zu fördern, in denen – gerade wegen des integrativen Gesichtspunkts – auch nicht behinderte Kinder mitgefördert werden. Zulässig ist lediglich, dass nicht behinderte Kinder indirekt, gewissermaßen zufälligerweise als Nebenprodukt,

²² Verordnung nach § 60 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.2.1975, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Eingliederung des Sozialhilferecht in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003.

„Vorteile“ von einer entsprechenden Förderung der behinderten Kinder haben. Diese „zufällige“ Förderung, ist rechtlich akzeptabel. Eine ausdrückliche, bewusste, auf nicht behinderte Kinder abzielende Förderung ist dagegen nach § 54 SGB XII in Verbindung mit § 12 Eingliederungshilfe-VO nicht möglich.

3.2.2 Integrationshilfen auf Grundlage des § 13 Abs. 1 SGB VIII

Eine weitere mögliche Rechtsgrundlage für die angesprochene Unterstützung und Förderung im Kontext einer „sozialintegrativen Gruppenarbeit“ könnte § 13 Abs. 1 SGB VIII darstellen²³. Diese Norm bezieht sich allerdings nicht auf behinderte oder von Behinderung bedrohte Minderjährige, sondern auf junge Menschen mit sozialer Benachteiligung oder (alternativ) individueller Beeinträchtigung, die wegen dieser ihrer sozialen Benachteiligung bzw. individuellen Beeinträchtigung in erhöhtem Maße auf Unterstützung angewiesen sind²⁴.

Damit sind als Voraussetzungen für Leistungen nach § 13 Abs. 1 SGB VIII zwei Tatbestandsmerkmale angesprochen: der Ausgleich sozialer Benachteiligung oder die Überwindung individueller Beeinträchtigungen einerseits und (kumulativ) der erhöhte Unterstützungsbedarf (auf sozialpädagogische Hilfen) andererseits. Bei der sozialen Benachteiligung handelt es sich schwerpunktmäßig um gesellschaftliche Ursachen, bei den individuellen Beeinträchtigungen um individuelle, in der Person des jungen Menschen begründete Ursachen. Weil häufig gerade eine Vermengung komplexer Entstehungsbedingungen die Benachteiligung und die Beeinträchtigung schaffen, sind diese beiden Aspekte bewusst alternativ innerhalb des ersten Tatbestandsmerkmals genannt. Damit kommt es nicht darauf an, diese Merkmale scharf voneinander zu trennen. Die soziale Benachteiligung bzw. individuelle Beeinträchtigung wird in den Bereichen der Familie, der Schule, des Berufs, allgemein bei persönlichen Problemen und Krisen bedeutsam. Regelmäßig zeigt sich die soziale Benachteiligung bzw. individuelle Beeinträchtigung dadurch, dass die Situation der betreffenden Kinder und Jugendlichen im Vergleich zu der Durchschnittssituation altersentsprechender Kinder und Jugendlicher zurückgeblieben, durch soziale Mangelagen, Ausgrenzung usw. gekennzeichnet ist.

Folgerichtig wird als zweite Tatbestandsvoraussetzung von § 13 Abs. 1 SGB VIII verlangt, dass die jungen Menschen in erhöhtem Maße auf Unterstützung angewiesen sind. Ein solcher erhöhter Unterstützungsbedarf wird regelmäßig dann vorliegen, wenn junge Men-

²³ Ausführlich zu dieser Norm und zu ihrer Eignung für sozialintegrative Förderung vgl. Münder/Schruth: Zur Rechtsqualität von § 13 Abs. 1 SGB VIII, in: ZfJ 2002, 125 ff.

²⁴ Im Einzelnen vgl. Münder/Schruth ZfJ 2002, 129 f.

schen mehr als die durchschnittlichen Förderungs- und Vermittlungsbemühungen im Bereich der sozialen Integration, z.B. im Bereich der Schule, der Freizeit benötigen. Folgerichtig ist § 13 SGB VIII (auch von der Stellung im Gesetz) angesiedelt zwischen den allgemeinen Angeboten (etwa der Jugendarbeit in § 11 SGB VIII) und den individuellen, auf die einzelne Person ausgerichteten Leistungen, wie sie bereits mit §§ 18 ff. SGB VIII angesprochen sind und sich in besonderer Weise in den Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII finden.

Sind diese beiden Tatbestandsvoraussetzungen gegeben, besteht ein Rechtsanspruch auf sozialpädagogische Hilfen, auf solche Hilfen, die dem Ziel dienen, junge Menschen sozial zu integrieren. Dabei handelt es sich – entsprechend der Formulierung „sollen“ sozialpädagogische Hilfen angeboten werden – um einen „Regelrechtsanspruch“. Das heißt, der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist somit grundsätzlich verpflichtet die entsprechenden Leistungen zu erbringen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind²⁵.

Ob es sich dabei um einen subjektiven Rechtsanspruch handelt, ist umstritten. Da in § 13 Abs. 1 SGB VIII nicht – wie bei objektiven Rechtsverpflichtungen üblich – allgemein junge Menschen angesprochen sind (vgl. z.B. § 11 SGB VIII Jugendarbeit), sondern auf die soziale Benachteiligung bzw. die individuelle Beeinträchtigung abgestellt ist, und da somit die Lebenslage einer ganz speziellen Gruppe junger Menschen im Blickwinkel der gesetzlichen Bestimmung steht, sprechen die besseren Gründe dafür, dass § 13 Abs. 1 SGB VIII ein subjektiver Rechtsanspruch ist²⁶. Systematisch gesehen handelt es, wie erläutert, sich um einen Regelrechtsanspruch²⁷.

Hinsichtlich der als Rechtsfolge zu erbringenden Leistungen nennt § 13 Abs. 1 SGB VIII sozialpädagogische Hilfen, die u.a. dem Ziel dienen, junge Menschen in ihrer schulischen Ausbildung und ihrer sozialen Integration zu fördern. Damit verbinden sich hinsichtlich dieser Rechtsfolge bei den Leistungen geradezu in beispielhafter Weise die durch die OGS angestrebten Ziele, nämlich die Verbindung der schulischen Förderung mit dem Aspekt der individuellen, sozialen und persönlichen Entwicklung der Kinder. Im Unterschied zu den Formulierungen des § 54 SGB XII in Verbindung mit § 12 Eingliederungshilfe-VO, ist hier nicht ausdrücklich angesprochen, dass diese Hilfen nur für die sozial benachteiligten bzw. individuell beeinträchtigten Kinder zur Verfügung zu stellen sind. Dies ist auch nicht

²⁵ Vgl. Münder u.a. FK-SGB VIII VorKap. 2 Rz. 8.

²⁶ Vgl. Fischer, in: Schellhorn SGB VIII/KJHG § 11 Rz. 19; Mrozyński SGB VIII § 13 Rz. 2; Fieseler ZfJ 1997, 271 ff., 306 ff.; ausführlich Münder/Schruth ZfJ 2002, 128; a.A. Grube, in: Hauck/Noftz § 13 Rz. 27; Kunkel ZfJ 1997, 180 ff.

²⁷ Münder u.a. FK-SGB VIII VorKap. 2 Rz. 8.

überraschend. Denn § 13 SGB VIII ist – wie bereits angesprochen – inhaltlich (und auch vom Standort im Gesetz her) bewusst eingebettet zwischen den ganz allgemeinen Hilfen, die sich an einen unbegrenzten und unbestimmten Personenkreis richten (wie der Jugendarbeit) einerseits und den individuell auf einzelne Personen ausgerichteten Hilfen (wie insbesondere der Hilfe zur Erziehung) andererseits. Damit ist es auf der Rechtsgrundlage des § 13 Abs. 1 SGB VIII grundsätzlich möglich, dass sozialpädagogische Hilfen mit dem Ziel der sozialen Integration entwickelt und angeboten werden, die konzeptionell und bewusst auch junge Menschen ohne soziale Benachteiligung bzw. individuelle Beeinträchtigung einbeziehen. Dabei ist insbesondere an gruppenbezogene Angebote zu denken (wie etwa an Angebote der „sozial-integrativen Gruppenarbeit“)²⁸. Darauf hinzuweisen ist allerdings, dass bezüglich dieser spezifischen Hilfeangebotsformen, § 13 Abs. 1 SGB VIII zwar die rechtliche Grundlage liefert, also dafür sorgt, dass derartige sozial-integrative Gruppenangebote rechtlich zulässig sind, jedoch hierauf keine entsprechenden individuellen subjektiven Rechtsansprüche bestehen. Grund dafür ist, dass eben als Rechtsfolge nur generell nur von sozialpädagogischen Hilfen mit dem Ziel der sozialen Integration die Rede ist und es somit im Gestaltungsbereich des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe verbleibt, wie er diese sozialpädagogischen Hilfe, mit dem Ziel der sozialen Integration ausstattet. Wenn allerdings ein Träger der öffentlichen Jugendhilfe solche sozial-integrativen Gruppenangebote bewusst gestalten will, hat er mit § 13 Abs. 1 SGB VIII die dafür erforderliche Rechtsgrundlage, sein entsprechendes Handeln ist somit rechtmäßig.

3.3 Resümee

Zusammenfassend ergibt sich somit unter dem Gesichtspunkt der Leistungsverpflichtungen für die Träger der Kinder- und Jugendhilfe (bzw. der Sozialhilfe), dass die grundsätzlichen Leistungsverpflichtungen auf Hilfen zur Erziehung, Eingliederungshilfen für Minderjährige usw. durch das Konzept der außerunterrichtlichen Angebote im Rahmen der OGS nicht ausgeschaltet werden. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob durch entsprechende außerunterrichtliche Angebote im Rahmen der OGS der erzieherische Bedarf bzw. der behinderungsbedingte Eingliederungsbedarf gedeckt wird.

Sozial-integrative Angebote, die auch Kinder einbeziehen, die nicht sozial benachteiligt oder individuell beeinträchtigt sind, sind auf der Rechtsgrundlage des § 54 SGB XII nicht möglich. Allerdings erlaubt § 13 Abs. 1 SGB VIII die Erbringung entsprechender sozial-integrativer Gruppenangebote unter Einbeziehung von Kindern, die nicht sozial benachtei-

²⁸ Vgl. dazu Münder/Schruth a.a.O.

ligt oder individuell beeinträchtigt sind.

4 Teilnahmeverpflichtung für Minderjährige bei außerunterrichtlichen Angeboten

Bei der OGS wirken zwei Subsysteme (nämlich Schule einerseits und Kinder- und Jugendhilfe andererseits) zusammen, die unterschiedlichen strukturellen Vorgaben folgen. Hierbei von Bedeutung ist die mit dem System Schule verbundene Teilnahmepflicht für Schülerinnen und Schüler und das Prinzip der Freiwilligkeit auf der Seite der Kinder- und Jugendhilfe, das eben auch eine Freiwilligkeit der Teilnahme an entsprechenden Angeboten einschließt. Dies führt zu dem Rechtsproblem, ob und inwiefern eine Teilnahmeverpflichtung für Minderjährige bei den außerunterrichtlichen Angeboten der OGS besteht.

Wie kompliziert dies ist, zeigt sich bereits an der Definition der OGS durch das Sekretariat der Kultusministerkonferenz (vgl. auch oben die Vorbemerkung), die davon ausgeht, dass ein nachmittäglicher Aufenthalt mit Betreuungs- und Bildungsinhalten an mehreren Wochentagen an der Schule zwar ermöglicht wird, dass die Schülerinnen und Schüler bzw. ihre Personensorgeberechtigten über die Teilnahme an diesem jedoch individuell entscheiden können. Im Gegensatz zur Ganztagschule in gebundener Form ist hier die Teilnahme also nicht von vorneherein obligatorisch²⁹. Nach der Kultusministerkonferenz erfolgt die individuelle Entscheidung über die Teilnahme an den Ganztagsangeboten für mindestens ein Schulhalbjahr.

Das Prinzip der Freiwilligkeit wird vom Ministerium für Schule und Weiterbildung aufgegriffen, in dem Runderlass 12-63 Nr. 4 zur Offenen Ganztagschule im Primarbereich heißt es weiter:

„Die Teilnahme an den außerunterrichtlichen Angeboten der Offenen Ganztagschule ist freiwillig. Die Anmeldung eines Kindes zur Teilnahme an den außerunterrichtlichen Angeboten bindet aber für die Dauer eines Schuljahres. Sie verpflichtet in der Regel zur Teilnahme an fünf Tagen pro Woche.“³⁰

Hintergrund dieses Bedürfnisses nach einer Teilnahmeverpflichtung ist, dass auch freiwillige Veranstaltungen einem Konzept folgen, das einer regelmäßigen Teilnahme bedarf. Die kontinuierliche Teilnahme der Schülerinnen und Schüler ist Voraussetzung für eine sinnvolle Arbeit im nachmittäglichen Programm. Lediglich mit stabilen Gruppen kann die Vermittlung von Inhalten stattfinden und der ergänzende Erziehungs- und Bildungsauftrag der OGS erfüllt werden, der über einen reinen Betreuungs- und Beaufsichtigungsauftrag

²⁹ Sekretariat der KMK: Allgemein bildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland – Statistik 2002 bis 2005 – vom 6.3.2007, 5.

³⁰ Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, unter Pkt. 2.5 Abs. 1.

hinausgeht.

Somit ist zu klären, ob tatsächlich eine Teilnahmeverpflichtung besteht (unter 4.1) und wenn ja, welche Folgen sich ergeben, wenn gegen die Teilnahmeverpflichtung verstoßen wird, sei es für die Personensorgeberechtigten bzw. Minderjährigen (4.2), sei es hinsichtlich der Förderung der Schule (4.3).

4.1 Bestehen einer Teilnahmeverpflichtung

Zunächst ist fraglich, ob eine Teilnahmeverpflichtung überhaupt besteht und worauf sich diese begründet.

4.1.1 Teilnahmeverpflichtung aus Vertrag

Möglicherweise könnte sich eine Teilnahmeverpflichtung der Schülerinnen und Schüler aus der Anmeldung selbst bzw. aus einem über diese zwischen dem Schulträger und den Eltern abgeschlossenen Betreuungsvertrag ergeben. Eine von den Eltern abgeschlossene vertragliche Verpflichtung der Schülerinnen und Schüler ist möglich, da die Eltern im Rahmen ihres Personensorgerechts entsprechend handeln und insofern ihre Kinder gemäß § 1629 BGB gesetzlich vertreten können.

Die Rechtsnatur der Betreuungsverträge ist offen, nicht zuletzt deswegen, weil es sich um eine relativ neue Erscheinung handelt. Naheliegender könnte es sein, auf die Betreuungsverträge im Bereich der Kindertagesbetreuung zurückzugreifen: diese können sowohl als privat-rechtliche als auch öffentlich-rechtliche Verträge abgeschlossen werden³¹. Man wird dies auf die hier vorliegenden Betreuungsverträge in der OGS übertragen können, da sich diese Betreuungsverträge nur auf das nachmittägliche, grundsätzlich freiwillige Betreuungsangebot beziehen. Auch Schulen in staatlicher Trägerschaft steht es somit frei, die rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses im Nachmittagsangebot privat-rechtlich (wie es in der Regel der Fall sein wird) oder öffentlich-rechtlich auszugestalten.

Gegen eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Vertrags bestehen keine landesrechtlichen Bedenken. Zwar legt § 2 Abs. 3 Nr. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz NW (VwVfG NW) in Satz 1 fest, dass für die Tätigkeit der Schulen nur die §§ 3a bis 13, 17 bis 52, 79 bis 80 und 95 des VwVfG NW gelten, was bedeutet, dass die Anwendung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgeschlossen ist. Das VG Berlin entschied jedoch zur entsprechenden Berliner Regelung, dass die getroffene Einschränkung sich nicht auf Vereinbarungen im Zusammenhang mit Veranstaltungen ohne Teilnahmeverpflichtung (dort: Schulfahrten) beziehe³². Zwar folgte das VG Münster dieser Entscheidung in Bezug auf Vereinbarungen über die Kostenübernahme von Schulfahrten nicht, es stellte dabei jedoch explizit auf den landesrechtlichen Unterschied ab, wonach in Berlin die Teilnahme an den Schulfahrten freiwillig, in

³¹ Vgl. z.B. OVG NW 1.7.1988 – 8 A 2711/85 – E MüLü 40, 124 ff.

³² Zur entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift (§ 2 Abs. 2 VwVfG Bln.) VG Berlin 28.1.2000 – 3 A 559/99 – NJW 2000, 2040.

NW jedoch verpflichtend ist³³. Obwohl eine gerichtliche Klärung der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VwVfG NW in diesem Fall abzuwarten bleibt, ist damit zu rechnen, dass von den Schulen abgeschlossene Betreuungsverträge zum Nachmittagsangebot der OGS auch in öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur als zulässig erachtet werden.

Ungeachtet der prinzipiellen Möglichkeit des Abschlusses von Betreuungsverträgen, darf jedoch nicht übersehen werden, dass vorliegend zu erörtern ist, ob die Regelung der Teilnahme am Nachmittagsprogramm auf vertraglicher Grundlage rechtlich überhaupt zulässig ist. Denn es ist zu beachten, dass eine (durchsetzbare) Teilnahmepflicht in das Entfaltungsrecht der jungen Menschen (Art. 2 Abs. 1 GG) und in das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) eingreifen würde, da auch eine vertragliche Teilnahmepflicht den Charakter der Freiwilligkeit des Ganztagsprogramms – zumindest für ein Schulhalbjahr – aufheben würde. Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) für das Handeln hoheitlicher Organe, bedarf es daher einer gesetzlichen Grundlage. Eine Teilnahmepflicht ohne gesetzliche Grundlage bereits aus der Anmeldung für das Ganztagsprogramm zu konstruieren, wäre verfassungsrechtlich bedenklich³⁴. Im Folgenden wird daher untersucht werden, ob eine Teilnahmeverpflichtung aus Gesetz ableitbar ist.

Soweit allerdings eine Teilnahmepflicht auf einer gesetzlichen Grundlage bejaht werden sollte, kann diese unproblematisch in Betreuungsverträgen inhaltlich näher bestimmt und ausgeformt werden (z.B. hinsichtlich Teilnahmezeiten etc.).

4.1.2 Teilnahmeverpflichtung aus der Schulpflicht im engeren Sinne

Fraglich ist, ob aus der Schulpflicht auch eine Teilnahmepflicht nach Anmeldung für das Offene Ganztagsprogramm abgeleitet werden kann. Die Schulpflicht ergibt sich einerseits aus dem verfassungsrechtlich verankerten, staatlichen Erziehungsauftrag in Art. 7 Abs. 1 GG³⁵. Sie ist aber auch ausdrücklich in Art. 8 Abs. 2 Verfassung des Landes NW verankert³⁶. Im SchulG finden sich im Vierten Teil in den §§ 34 - 41 Regelungen zur Schulpflicht. Gemäß § 34 Abs. 2 SchulG umfasst die Primarstufe und die Sekundarstufe I die Pflicht zum Besuch einer Vollzeitschule. Der Begriff Vollzeitschule ist nicht mit dem Begriff der Ganztagschule gleichzusetzen, sondern dient zur Abgrenzung zu dem in der Sekundarstufe II möglichen Besuch einer Berufsschule, eines Berufskollegs etc.³⁷. Entscheidend ist

³³ VG Münster 27.6.2003 – 1 K 3065/02.

³⁴ So Avenarius, in: Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000, 246; Broosch 2007; Zurückhaltender und eine gesetzliche Grundlage „jedenfalls“ bei der Umstellung auf ein obligatorisches Ganztagswesen fordernd Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1 Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 154.

³⁵ Nach der h.M. leitet sich aus dem in Art. 7 Abs. 1 GG festgelegten Grundsatz der staatlichen Schulaufsicht auch die Schulpflicht ab, vgl. BVerfG 5.9.1986 – 1 BvR 794/86 – NJW 1987, 180; Avenarius, in: Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000, 448 m.w.N.

³⁶ Es besteht allgemeine Schulpflicht; ihrer Erfüllung dienen grundsätzlich die Volksschule und die Berufsschule.

³⁷ Vgl. dazu näher Avenarius, in: Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000, 455 ff.

vielmehr, ob die Ganztagsangebote Teil der von der Schulpflicht erfassten Schulveranstaltungen sind. Da sich die Schulpflicht neben der regelmäßigen Teilnahme am Unterricht auf alle verbindlichen Veranstaltungen der Schule erstreckt³⁸ würde sie auch die außerunterrichtlichen Angebote der OGS umfassen, wenn es sich bei dem Nachmittagsprogramm um verpflichtende Schulveranstaltungen handelt. Im Gegensatz zur Gebundenen Ganztagschule ist es jedoch ein Wesenselement der OGS, dass die Teilnahme an dem Ganztagsangebot den Schülerinnen und Schülern freigestellt ist³⁹. Aufgrund dieses Wesenselements der Freiwilligkeit können die Nachmittagsangebote der Offenen Ganztagschule nicht als verpflichtende Schulveranstaltungen eingeordnet werden. Dies hat zur Konsequenz, dass sich die gesetzlich verankerte Schulpflicht im engeren Sinne folglich nicht auf das Ganztagesprogramm erstreckt.

4.1.3 Unmittelbar aus Runderlass 12-63 Nr. 4

Fraglich ist, ob der bereits zitierte Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, Pkt. 2.5 Abs. 1 als Verpflichtungsgrundlage in Betracht kommt. In diesem ist festgelegt, dass trotz der prinzipiellen Freiwilligkeit die Anmeldung eines Kindes zur Teilnahme an den außerunterrichtlichen Angeboten für die Dauer eines Schuljahres bindet und in der Regel zur Teilnahme an fünf Tagen pro Woche verpflichtet. Problematisch ist jedoch, dass Runderlasse lediglich den Rechtscharakter einer Verwaltungsvorschrift und damit einer internen Weisung haben⁴⁰, die vom Ministerium für Schule und Weiterbildung in seiner Funktion als oberste Schulaufsichtsbehörde gegenüber den unteren Schulbehörden und den Schulen erlassen werden. Sie haben keine unmittelbare Außenwirkung und haben damit keinen Effekt auf das (Außen-)Rechtsverhältnis der Beteiligten⁴¹. Der Runderlass kann folglich nicht als unmittelbare rechtliche Grundlage einer Teilnahmepflicht der Schülerinnen und Schüler herangezogen werden. Soweit dies von Anderen behauptet wird, übersehen diese, dass Regelungsadressat eines Runderlasses stets nur untergeordnete Verwaltungsbehörden sein können, nicht aber Bürgerinnen und Bürger, die folglich durch einen solchen auch nicht verpflichtet werden können.

³⁸ Die Reichweite der Schulpflicht ergibt sich inzident aus § 43 Abs. 1 S. 1 und inzident aus § 41 Abs. 1 S. 2 SchulG NW.

³⁹ Sekretariat der KMK: Allgemein bildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland - Statistik 2002 bis 2005 – vom 6.3.2007, S. 5; RdErl. 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, Pkt. 2.5 Abs. 1.

⁴⁰ Vgl. dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 24.

⁴¹ Es wird allenfalls eine mittelbare Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften anerkannt, die über die Verwaltungspraxis und den Gleichheitssatz hergestellt wird. Diese ist jedoch soweit es um die Konstruktion einer Teilnahmepflicht für die Schülerinnen und Schüler geht irrelevant. Zur mittelbaren Außenwirkung Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 24 Rn. 21ff. m.w.N.

4.1.4 Sonstige Teilnahmeverpflichtung aus Gesetz

Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 SchulG verpflichtet eine Meldung zur Teilnahme an einer freiwilligen Unterrichtsveranstaltung zu einer regelmäßigen Teilnahme mindestens für ein Schulhalbjahr. Aufgrund der systematischen Stellung außerhalb der Regelungen zur Schulpflicht wird deutlich, dass hier eine Teilnahmeverpflichtung begründet wird, die nicht zur Schulpflicht im engeren Sinne gerechnet werden kann, aber eine sonstige gesetzliche Teilnahmeverpflichtung ist⁴². Es handelt sich bei dem Nachmittagsangebot einer OGS um eine freiwillige Veranstaltung, fraglich ist jedoch, ob sie auch als „Unterrichts“veranstaltung angesehen werden kann. Dagegen spricht, der eindeutige Wortlaut. Das Angebot der OGS hat einen anderen Schwerpunkt als die Unterrichtsveranstaltungen und wird nicht umsonst auch als außerunterrichtliche Veranstaltungen umschrieben. § 43 Abs. 1 Satz 2 SchulG kann daher nicht als Grundlage herangezogen werden.

Eine Regelung zur Teilnahmeverpflichtung sonstiger freiwilliger Schulveranstaltungen enthält das SchulG nicht.

Bedenkenswert ist jedoch, ob das Angebot der OGS nicht im Sinne von § 43 Abs. 1 Satz 1 SchulG als „sonstige verpflichtende Schulveranstaltung“ eingeordnet werden kann (in Abgrenzung zu aus der allgemeinen Schulpflicht verpflichtenden Schulveranstaltungen). Dies scheint zunächst widersprüchlich, weil gerade mehrfach die Freiwilligkeit der OGS betont wurde. Andererseits ist im SchulG nicht genau bestimmt, was als sonstige verbindliche Schulveranstaltung zu betrachten ist. Typischerweise werden hierunter z.B. Wandertage oder Klassenfahrten verstanden, die von der Schulkonferenz oder der Schulleitung im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenz für verbindlich erklärt werden.

Insofern erscheint es möglich, dass das grundsätzlich freiwillige Programm der OGS unter der Einschränkung, dass eine Anmeldung zu diesem erfolgt ist, als verbindlich erklärt wird. Dies kann einerseits gemäß § 128 SchulG durch Verwaltungsvorschrift vom Ministerium im Sinne einer Durchführungsvorschrift geschehen. Als solche kommt auch der bereits erwähnte Runderlass 12-63 Nr. 4 zur OGS im Primärbereich in Betracht. Ferner könnte eine derartige Verbindlichkeitserklärung auch durch die Schulkonferenz im Rahmen ihrer Kompetenz zur Einrichtung außerunterrichtlicher Ganztags- und Betreuungsangebote sowie die Rahmenplanung von Schulveranstaltungen außerhalb des Unterrichts gem. § 65 Abs. 2 Nr. 6 SchulG oder zuletzt gegebenenfalls auch durch die Schulleitung im Rahmen

⁴² Für eine solche systematische Unterscheidung spricht auch, dass sich die allgemeine Schulpflicht zwingend auf alle Schülerinnen und Schüler erstreckt, wohingegen hier nur eine Teilnahmeverpflichtung für einzelne Schülerinnen und Schüler begründet wird.

ihrer Leitungskompetenz nach § 59 SchulG erfolgen. Von diesen genannten Möglichkeiten bietet sich insbesondere der Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006 12-63, Pkt. 2.5 Abs. 1 als Grundlage an, aufgrund derer das Programm der OGS nach Anmeldung der einzelnen Schülerin, des einzelnen Schülers als sonstige verbindliche Schulveranstaltung im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 SchulG gilt. Dies erscheint aus rechtlicher Hinsicht möglich.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es, auch wenn für die hier vorgenommene Auslegung gute rechtsdogmatische Gründe sprechen, angesichts der grundsätzlichen Neuheit der OGS und der damit verbundenen rechtlichen Fragen sinnvoll sein kann, eine klarstellende Regelung im Gesetz aufzunehmen. Das Bundesland Hamburg ist diesen Weg bereits gegangen, indem es in § 13 SchulG Hamburg zu den Ganztagschulen in Abs. 3 folgende Regelung trifft:

„In der offenen Form der Ganztagschule ist die Teilnahme am Unterricht nach Studentafel Pflicht, an den ergänzenden Angeboten freiwillig. Einzelne Züge an Offenen Ganztagschulen können ohne Nachmittagsunterricht geführt werden. Entscheiden sich die Erziehungsberechtigten für die Teilnahme ihres Kindes an einem ergänzenden Angebot, so ist die Teilnahme für ein Schulhalbjahr verpflichtend.“

Durch eine entsprechende Regelung im SchulG könnte die gesetzliche Teilnahmepflicht nach Anmeldung zur OGS klargestellt werden.

4.1.5 Zwischenergebnis

Aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken sollte eine Teilnahmepflicht nicht allein auf Grundlage der Anmeldung bzw. einem abgeschlossenen Betreuungsvertrag angenommen werden. Eine gesetzliche Teilnahmeverpflichtung lässt sich nach derzeit geltendem Recht nur aus § 43 Abs. 1 Satz 1 SchulG ableiten, was einigen Begründungsaufwand bedarf, da im Gesetzestext von „sonstigen verbindlichen Schulveranstaltungen“ gesprochen wird. Da aber offen ist, was eine „sonstige verbindliche Schulveranstaltung“ ist, kann insbesondere entsprechend dem Runderlass 12-63 Nr. 4 angenommen werden, dass nach entsprechender Anmeldung auch das prinzipiell freiwillige Programm der OGS als sonstige verbindliche Schulveranstaltung einzuordnen ist.

Es wäre auch denkbar, eine klarstellende Regelung im Schulgesetz aufzunehmen, bei einer solchen möglichen Gesetzesänderung sind jedoch über diese Einzelregelungen hinausgehende Grundsatzfragen mit zu berücksichtigen. Wollte man eine solche klarstellende Regelung aufnehmen, so könnte beispielsweise § 43 Abs. 1 SchulG wie folgt ergänzt werden:

Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht und an den sonstigen verbindli-

chen Schulveranstaltungen teilzunehmen. Die Meldung zur Teilnahme an einer freiwilligen Unterrichtsveranstaltung verpflichtet zur regelmäßigen Teilnahme mindestens für ein Schulhalbjahr. Entscheiden sich die Erziehungsberechtigten für die Teilnahme ihres Kindes an einem Angebot einer Offenen Ganztagschule, so ist die Teilnahme für ein Schulhalbjahr [oder Schuljahr] verpflichtend.

Unabhängig davon sollten in Betreuungsverträgen der Schulträger mit den Eltern bzw. Personensorgeberechtigten Regelungen aufgenommen werden, aus denen sich für die betroffenen Eltern bzw. Sorgeberechtigten deutlich ergibt, dass bei der Anmeldung zur OGS die Teilnahme für die Dauer eines Schulhalbjahrs (oder eines Schuljahres) verbindlich ist. Die Funktion einer solchen Regelung in Betreuungsverträgen ist nicht zu unterschätzen, denn dadurch wird den Betroffenen klar, dass mit der Anmeldung zur OGS die Pflicht zur Teilnahme besteht und es nicht ins Belieben gestellt ist, ob die Kinder teilnehmen. Wegen der Außenwirkung gegenüber den Betroffenen ist es zudem empfehlenswert dafür zu sorgen, dass es zu einer landeseinheitlichen Verfahrensweise in den Betreuungsverträgen kommt, damit die Eltern bzw. Personensorgeberechtigten eine deutliche und klare Information über die Teilnahmepflicht erhalten.

4.2 Konsequenzen aus Verstoß für Schülerinnen, Schüler oder Eltern bzw. Personensorgeberechtigte

Nachdem eine Teilnahmeverpflichtung nach Anmeldung zur OGS bejaht wurde, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich für die Schülerinnen, Schüler oder auch ihre Eltern bzw. Personensorgeberechtigten aus einem Verstoß gegen diese Verpflichtung ergeben können. Gemeint ist dabei weder ein einmaliges unentschuldigtes Fehlen (z.B. Krankheit), noch ein regelmäßiges entschuldigtes wöchentliches Fehlen (z.B. wegen der Teilnahme an außerschulischem Musik- oder Konfirmationsunterricht, Training in einem Sportverein), sondern vielmehr ein dauerndes oder gehäuftes, unentschuldigtes Fernbleiben vom Nachmittagsprogramm.

4.2.1 Durchsetzung der Teilnahmeverpflichtung mit Zwangsmaßnahmen

Eltern sind gemäß § 41 Abs. 1 SchulG nicht nur zur Überwachung der Schulpflicht ihrer Kinder verpflichtet, sondern auch dazu, dass die Kinder regelmäßig an den „sonstigen verbindlichen Veranstaltungen“ der Schule teilnehmen. Wird der unter 4.1.4 dargestellten Auffassung gefolgt, dass das Programm der OGS nach entsprechender Anmeldung im Sinne von § 43 Abs. 1 Satz 1 SchulG eine sonstige verbindliche Veranstaltung der Schule ist, besteht eine Rechtspflicht der Eltern bzw. Personensorgeberechtigten zur Überwachung bereits aus § 41 Abs. 1 Satz 2 SchulG.

Daneben ergibt sich diese Pflicht auch als Nebenpflicht aus dem abgeschlossenen

Betreuungsvertrag: Aufgrund ihrer Pflicht zur Personensorge (§§ 1626, 1631 BGB) haben sie dafür zu sorgen, dass diese vertragliche Pflicht erfüllt wird.

Kommen sie ihrer Pflicht gemäß § 41 Abs. 1 SchulG nicht nach, können sie grundsätzlich von der Schulverwaltung nach § 41 Abs. 5 SchulG i.V.m. §§ 55 – 65 Verwaltungsvollstreckungsgesetz NW (VwVG NW) durch Zwangsmittel (insb. Zwangsgeld) zur Erfüllung dieser Pflicht angehalten werden. Als letzte Konsequenz ist ein vollständiger oder teilweiser Entzug der elterlichen Sorge in einem Verfahren nach § 1666 Abs. 1 BGB möglich⁴³. Geht der Verstoß gegen die Teilnahmepflicht von dem einzelnen Schüler oder der Schülerin aus, sind gemäß § 41 Abs. 4 SchulG auch gegen diese Zwangsmaßnahmen möglich⁴⁴ – wenn die pädagogische Einwirkung von Lehrerinnen, Lehrern, Schulleiterin oder Schulleiter erfolglos blieb.

Eine Übertragung dieser Regelungen, die eigentlich zur Durchsetzung der Schulpflicht festgelegt sind, auf die gesetzliche Teilnahmepflicht bei zunächst freiwilligen Veranstaltungen (wie dem Nachmittagsangebot der OGS) die erst nach Anmeldung verpflichtend sind, erscheint jedoch schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zweifelhaft. Damit die Rechtmäßigkeit von Zwangsmaßnahmen gewahrt bleibt, ist es zwingend erforderlich, dass diese verhältnismäßig sind.

Selbst bei einigen Veranstaltungen, auf die sich die Schulpflicht erstreckt, wird von einer Durchsetzung der Schulpflicht abgesehen. So wird relativ häufig den Anträgen für islamische oder strenggläubige christliche Schülerinnen und Schüler auf Befreiung vom Sport- und insbesondere Schwimmunterricht aus religiösen Gründen stattgegeben. Hier findet sich bereits deshalb eine relativ großzügige Handhabung, weil die Teilnahme am Schwimmunterricht – obwohl sie zweifellos der körperlichen und sozialen Entwicklung der Kinder und Jugendlichen dient – keine maßgebliche Bedeutung für den Abschluss der schulischen Bildungsgänge zugeordnet wird⁴⁵.

Vergleichbares gilt auch für das Nachmittagsangebot der OGS. Dies lässt sich insbesondere daraus folgern, dass in einkalkulierter Folge der grundsätzlichen Freiwilligkeit der OGS von vorneherein ein Teil der Schülerinnen und Schüler nicht am Nachmittagsangebot teilnimmt, was in der Regel auch eine Auflösung der Klassenverbände während des Nachmittagsangebots nach sich zieht. Dies zeigt, dass für den Besuch des Nachmittagsprogramms keine unbedingte Notwendigkeit besteht. Daran ändert auch die über die Anmeldung gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 SchulG entstandene Teilnahmepflicht nichts. Diese hat eher pädagogische Bedeutung. Der Eingriff, den eine Durchsetzung durch Zwangsmaßnahmen bedeuten würde, stände nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem

⁴³ So kürzlich noch einmal bestätigend in 2 Fällen von Schulverweigerung aufgrund religiöser Überzeugung BGH 11.9.2007 - XII ZB 41/07 und XII ZB 42/07 – NJW 2008, 369ff.

⁴⁴ Unmittelbarer Zwang, für dessen Ausübung allein die Polizeibehörden zuständig sind - Niehues/Rux: Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1 Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 331.

⁴⁵ Niehues/Rux: Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1 Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 305.

angestrebten Erfolg (Teilnahme für den Rest des Schuljahres). Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung der Teilnahmeverpflichtung der Schülerinnen und Schüler in der OGS sind daher nicht zulässig.

Sollte sich der Gesetzgeber entscheidende klarstellende Regelungen zur OGS in das SchulG aufzunehmen (vgl. dazu unter 4.1.5), erscheint es sinnvoll § 41 SchulG ebenfalls zu ergänzen:

(1) Die Eltern melden ihr schulpflichtiges Kind bei der Schule an und ab. Sie sind dafür verantwortlich, dass es am Unterricht, an den sonstigen verbindlichen Veranstaltungen der Schule und nach entsprechender Anmeldung auch an dem Programm der Offenen Ganztagschule regelmäßig teilnimmt, und stattdessen es angemessen aus.

...

(6) Die Absätze 4 und 5 finden keine Anwendung hinsichtlich der Durchsetzung einer Teilnahmepflicht zum Besuch einer Offenen Ganztagschule.

4.2.2 Kündigung des Betreuungsvertrags durch die Schule aufgrund fehlender oder unregelmäßiger Teilnahme

Besonders bei hoher Nachfrage des Ganztagsangebots (Bedarf oberhalb der Kapazität) kann es für die Schulträger von Bedeutung sein, ob sie den für einen Schüler oder eine Schülerin abgeschlossenen Betreuungsvertrag aufgrund fehlender oder unregelmäßiger Teilnahme fristlos oder unter Einhaltung einer stark verkürzten Frist kündigen können. Daran besteht ein Interesse, da es so möglich wäre, den nicht oder unregelmäßig genutzten Platz an einen anderen Schüler oder eine andere Schülerin zu vergeben.

Im SchulG finden sich hierzu keine Regelungen. Im Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006 findet sich unter Pkt. 2.5 Abs. 2 die folgende Ausführung:

In begründeten Fällen sind unterjährige An- und Abmeldungen (z.B. aufgrund von Wohnortwechsel oder unvorhersehbaren Förder- und Betreuungsbedarfen) und der Ausschluss von Schülerinnen und Schülern (z.B. aufgrund unregelmäßiger Teilnahme, fehlender Zahlung von Elternbeiträgen) ohne Folgen für die gewährte Landesförderung möglich. Beim Ausschluss ist ein strenger Maßstab anzulegen.

Wie jedoch bereits unter 4.1 dargestellt wurde, bleibt ein Runderlass als verwaltungsinterne Weisung ohne Außenwirkung. Die darin enthaltenen Ausführungen können also nicht als Grundlage für eine Kündigung des Vertrags dienen.

Relativ unproblematisch besteht die Kündigungsmöglichkeit – unabhängig von der Rechtsnatur des Vertrags –, wenn sie im Betreuungsvertrag vereinbart worden ist. Es ist daher dringend anzuraten, in den Verträgen entsprechende Kündigungsklauseln aufzunehmen. Dabei sollte – bereits aus pädagogischen Gründen – zumindest eine Mahnung vor dem Ausspruch der Kündigung vorgesehen werden, um Schülerinnen und Schüler,

Eltern bzw. Personensorgeberechtigte mittels des förmlichen Schreibens den Ernst der Folgen des Teilnahmeverstoßes zu verdeutlichen.

Fehlt es an einer vertraglichen Kündigungsklausel, kann eine Kündigung nur auf Grundlage der gesetzlichen Regelungen erfolgen. Einschlägig ist, da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, § 314 BGB (im Falle eines öffentlich-rechtlichen Betreuungsverhältnisses in Verbindung mit § 62 S. 2 VwVfG⁴⁶). Voraussetzung ist danach ein „wichtiger Grund“, der gemäß § 314 Abs. 2 BGB vorliegt, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann. Eine fehlende oder unregelmäßige Teilnahme am Ganztagsangebot trotz hohen Bedarfs anderer Schülerinnen und Schüler ist ein wichtiger Grund in diesem Sinne. Gemäß § 314 Abs. 2 BGB ist vor der Kündigung eine Abmahnung erforderlich.

4.2.3 Exkurs: Durchsetzung anderer übernommener Verpflichtungen

Unabhängig von der Frage der Durchsetzung der Teilnahmeverpflichtung selbst, ist die Frage der Durchsetzung anderer Pflichten zu sehen, die von den Beteiligten durch die Anmeldung bzw. durch einen durch diese abgeschlossenen Betreuungsvertrag entstanden sind. Exemplarisch sei darauf hingewiesen, dass eine eingegangene Pflicht zur Zahlung von Elternbeiträgen⁴⁷ (sei es privat-rechtlich durch Vertrag oder öffentlich-rechtlich durch entsprechende Beitragssatzungen) nicht dadurch erlöschen kann, dass sich Schülerinnen, Schüler oder ihre Eltern bzw. Personensorgeberechtigten für eine Unterbrechung oder einen Abbruch der Teilnahme am Ganztagsprogramm entscheiden. Diese Pflicht besteht grundsätzlich fort und ist – in Abhängigkeit zur Rechtsnatur des Betreuungsverhältnisses – nach den allgemeinen Regeln durchsetzbar.

4.2.4 Zwischenergebnis

Trotz des Bestehens der unter 4.1 bejahrten Teilnahmeverpflichtung der Schülerinnen und Schüler am Nachmittagsprogramm der OGS nach entsprechender Anmeldung durch ihre Eltern oder Personensorgeberechtigten, sind keine Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung dieser Teilnahmepflicht zulässig. Solche würden gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen und damit rechtswidrig sein.

⁴⁶ § 60 VwVfG verdrängt als *lex specialis* lediglich § 313 BGB, nicht jedoch § 314 BGB, vgl. Greis NVwZ 2002, 385, 387.

⁴⁷ Die Möglichkeit der Erhebung von Elternbeiträgern durch den Schulträger ist vorgesehen in dem RdErl. 11-02 Nr. 19 des Ministeriums für Schule, Jugend und Kinder vom 12.2.2003, vgl. Pkt. 5.5.

Der Schulträger hat jedoch bei fehlender oder unregelmäßiger Teilnahme die Möglichkeit das Betreuungsverhältnis zu kündigen. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollten entsprechende Kündigungsklauseln in die Betreuungsverträge aufgenommen werden.

Von der tatsächlichen Teilnahme unabhängig bestehen Verpflichtungen (aus Betreuungsvertrag oder Beitragssatzung) zur Zahlung von Elternbeiträgen fort.

4.3 Auswirkungen auf die Förderung der Schule

Fraglich ist, ob sich für die Schulen Konsequenzen aus der Nicht-Teilnahme von Schülerinnen und Schülern trotz erfolgter Anmeldung ergeben. Dies ist jedenfalls im Hinblick auf erhaltene Landeszuschüsse denkbar, da diese in Abhängigkeit zur Anzahl angemeldeter Schülerinnen und Schüler geleistet werden⁴⁸.

Eine Rückerstattungspflicht der Schulträger wäre gegeben, sollte der Zuwendungsgeber im Zuwendungsbescheid rechtmäßig eine (Teil-) Aufhebung der Förderungsbewilligung erlassen. Es handelt es sich um eine Subvention, die zwar mangels dauerhafter Teilnahme der Schülerin/des Schülers nicht mehr entsprechend der eigentlichen Intention für ihre/seine Betreuung verwendet werden kann, der ursprüngliche Förderungsbescheid war jedoch rechtmäßig. Einschlägig ist daher die Aufhebung in Form eines Widerrufs gemäß § 49 Abs. 3 VwVfG NW wegen nicht zweckgemäßer Verwendung⁴⁹.

Vorliegend ist bereits fraglich, ob die Voraussetzung eines Widerrufs nach § 49 Abs. 3 VwVfG NW überhaupt gegeben ist – konkret: ob hier bereits wegen der Nicht-Teilnahme einzelner Schülerinnen und Schüler von einer Zweckverfehlung ausgegangen werden kann. Zwar zeigt die Koppelung der Förderungshöhe an die Anzahl der Anmeldungen, dass eine der Teilnehmendenzahl angemessene Betreuung sichergestellt werden soll. Der Schulträger trifft die notwendigen Dispositionen für die Sicherstellung der Betreuung (z.B. Einstellung entsprechenden Betreuungspersonals) jedoch bereits kurz nachdem die Anmeldungen erfolgt sind. Würde eine Zweckverfehlung bereits darin gesehen werden, dass keine Betreuung der nicht-teilnehmenden Schülerin/des nicht-teilnehmenden Schülers stattfinden kann, würde dies eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Schulen bedeuten, ohne dass sie Einflussmöglichkeiten auf das die Rückerstattungspflicht auslösende Ereignis hätten. Deswegen ist richtigerweise eine Zweckverfehlung bereits dann anzunehmen, wenn die Förderung für die Sicherstellung der Betreuung der angemeldeten Schülerinnen und Schüler verwendet wird.

Auch wenn entgegen der hier vertretenen Meinung davon ausgegangen wird, dass der Zweck der Förderung erst mit der tatsächlichen Betreuung der Schülerinnen und Schüler erfüllt ist, besteht für die Schulträger keine beängstigende Gefahr, Rückforderungen ausgesetzt zu werden, da sich das Ministerium für Schule und Weiterbildung als Förderungsgeber in der Ausübung des in § 49 Abs. 3 VwVfG NW eingeräumten Ermessens im Rund-erlass 12-63 Nr. 4 vom 26.1.2006 dergestalt selbst gebunden hat, dass in begründeten

⁴⁸ Grundfestbetrag i.H.v. 615 € pro Schuljahr und Schulkind bzw. 1230 € für Kinder mit sonderpädagogischem Förderbedarf pro Schuljahr, RdErl. 11-02 Nr. 19d. Ministeriums für Schule, Jugend und Kinder vom 12.2.2003, vgl. Pkt. 5.4 Abs. 1.

⁴⁹ Vgl. zur Aufhebung zweck- und aufgabenwidrig verwendeter Subventionen Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 11 Rn. 44 ff.

Fällen unterjährige An- und Abmeldungen (z.B. aufgrund von Wohnortwechsel oder unvorhersehbaren Förder- und Betreuungsbedarfen) und der Ausschluss von Schülerinnen und Schülern (z.B. aufgrund unregelmäßiger Teilnahme, fehlender Zahlung von Elternbeiträgen) ohne Folgen für die gewährte Landesförderung möglich sind.

5 Vorhaltung eines bedarfsgerechten Angebots nach § 24 Abs. 2 SGB VIII durch die außerunterrichtlichen Angebote in der OGS

Durch die außerunterrichtlichen Angebote der OGS im Primarbereich wird zugleich die Betreuung schulpflichtiger Kinder entsprechend dem Umfang der außerunterrichtlichen Angebote abgedeckt. Gemäß den Zielen und Grundsätzen der OGS (vgl. Runderlass 12-63 Nr. 4 unter 1.4) geht die Landesregierung davon aus, dass durch diese Angebote langfristig Horte nicht mehr erforderlich sind. Damit stellen sich rechtliche Fragen, inwiefern durch die außerunterrichtlichen Angebote in der OGS die bundesrechtlich geregelten Vorgaben insbesondere des § 24 Abs. 2 SGB VIII erfüllt werden (unter 5.1), ob schulpflichtige Kinder vorrangig auf die Angebote der OGS anstelle von Angeboten in Tageseinrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe verwiesen werden können (unter 5.2), ob es Vorgaben gibt, wie bei einer (noch) unzureichenden Anzahl von Plätzen im außerunterrichtlichen Betreuungsangebot der OGS verfahren werden kann (unter 5.3) und wie die Kostenbeteiligung (Teilnahmebeiträge, Kostenbeiträge) geregelt ist (unter 5.4)

5.1 Rechtlicher Gehalt des § 24 Abs. 2 SGB VIII⁵⁰

§ 24 Abs. 2 SGB VIII befasst sich mit dem Angebot an Plätzen für Kinder unter 3 Jahren und für Kinder im schulpflichtigen Alter, hier ist nur Letzteres von Bedeutung. Diesbezüglich schreibt § 24 Abs. 2 SGB VIII vor, dass für Kinder im schulpflichtigen Alter ein bedarfsgerechtes Angebot an Plätzen in Tageseinrichtungen vorzuhalten ist.

Damit stellen sich Rechtsfragen dahingehend, was unter einem bedarfsgerechten Angebot und was unter dem Begriff des Vorhaltens zu verstehen ist, sowie danach, wer hierzu rechtlich verpflichtet ist.

5.1.1 Bedarfsgerechtes Angebot

Der Begriff des bedarfsgerechten Angebots umfasst mehrere Dimensionen. Relativ naheliegend ist die quantitative Dimension, die sich darauf bezieht, in welchem Umfang und mit welcher Dauer ein entsprechendes Angebot zur Verfügung zu stellen ist. Ebenso von Be-

⁵⁰ Bezüglich des § 24 SGB VIII wird hier auf die bis zum 31.7.2013 geltende Fassung des § 24 Abs. 2 abgestellt. Ab 1.8.2013 gilt die Neufassung, in der dieser Punkt dann in § 24 Abs. 4 behandelt ist, inhaltlich in der Sache unverändert: „für Kinder im schulpflichtigen Alter ist ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten“.

deutung ist auch der qualitative Aspekt, die Frage danach, welcher Art (konzeptionell, inhaltlich, methodisch) das in § 24 Abs. 2 SGB VIII angesprochene Angebot ist.

Was die quantitative Dimension anbelangt, so enthält das Gesetz keine generellen, allgemeinen Vorgaben, vielmehr wird im Gesetz ansatzweise und in der Rechtsprechung deutlich auf die individuelle Situation des jeweiligen Kindes abgestellt. Aus dem Gesetz ergibt sich dies ansatzweise aus § 24 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII, wenn die Rede davon ist, dass der Umfang der täglichen Betreuungszeit sich nach dem individuellen Bedarf richtet. Allerdings ist diese Regelung in Abs. 3 bezogen auf Kinder im Alter unter 3 Jahren. Da aber in § 24 Abs. 2 SGB VIII Kinder im Alter unter 3 Jahren und schulpflichtige Kinder hinsichtlich des bedarfsgerechten Angebots gemeinsam behandelt werden, lässt sich daraus entnehmen, dass generell der Aspekt der quantitativen Bedarfsgerechtigkeit sich nach dem individuellen Bedarf richtet⁵¹.

In qualitativer Hinsicht enthält § 24 SGB VIII selbst keine Vorgaben. Vielmehr finden sich diese Vorgaben generell in den Grundsätzen der Förderung in § 22 SGB VIII und z.T. in § 22a SGB VIII. Demnach umfasst nach § 22 Abs. 3 SGB VIII der Förderungsauftrag Erziehung, Bildung und Betreuung des Kindes, bezieht sich auf die soziale, emotionale, körperliche und geistige Entwicklung des Kindes, schließt orientierende Werte und Regelungen ein, richtet sich nach dem jeweils individuellen Alter und Entwicklungsstand und Fähigkeiten sowie nach der Lebenssituation der einzelnen Kinder unter Berücksichtigung ihrer ethnischen Herkunft. Gemäß § 22a Abs. 3 SGB VIII hat sich das Angebot pädagogisch und organisatorisch an den Bedürfnissen der Kinder und ihrer Familien zu orientieren. Und nach § 22a Abs. 4 SGB VIII sollen nach Möglichkeit Kinder mit und ohne Behinderung in Gruppen gemeinsam gefördert werden. Insbesondere mit den in § 22 Abs. 3 SGB VIII genannten Begriffen „Erziehung, Betreuung und Bildung“ kommt zum Ausdruck, dass eine Betreuung ohne pädagogische Angebote nicht den gesetzlichen Anforderungen der Bildung in Tageseinrichtungen entspricht. In dieser Verbindung von Betreuung, Bildung und Erziehung ist die sozialpädagogisch ausgerichtete Förderung von besonderer Bedeutung. Dies hat mit familialen und gesellschaftlichen Entwicklungen zu tun: durch zurückgehende Kinderzahlen in Familie und Nachbarschaft haben sich spontane, aus dem Alltag der Umwelt ergebende Kommunikations- und Spielmöglichkeiten für Kinder verringert. Der öffentliche Raum für Kinder ist enger geworden. Damit wächst die Bedeutung

⁵¹ Mit der Neufassung ab 1.8.2013 ist dies dann klarer formuliert, denn dort wird in § 24 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII Bezug genommen auf den § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII in dem geregelt ist, dass der Umfang der täglichen Förderung sich nach dem individuellen Bedarf richtet.

organisierter Zusammenhänge für Kinder und durch die Betreuung in Einrichtungen ist sicherzustellen, dass die Kinder entsprechende Entwicklungsmöglichkeiten bekommen. Damit ist auch klar, dass die Förderung von Kinder in qualitativer Hinsicht bei §§ 22, 24 SGB VIII nicht allein auszurichten ist auf die Situation der Kinder in der Schule. Sicherlich ist dieser Aspekt nicht zu vernachlässigen, aber die vom Bundesgesetzgeber in §§ 22, 24 SGB VIII geregelte Förderung von schulpflichtigen Kindern in Einrichtungen reicht in qualitativer Hinsicht über allein schulbezogene außerunterrichtliche Aktivitäten hinaus.

Bisher ist der Gesichtspunkt des bedarfsgerechten Angebots insbesondere unter quantitativen Aspekten erörtert worden. Der rechtsdogmatische Ertrag hierzu ist kontrovers. Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass ein Angebot dann bedarfsgerecht ist, wenn es geeignet ist, die Nachfrage zu befriedigen, und zwar nicht nur ganz allgemein eine Nachfrage, sondern hinsichtlich der von den Eltern gewünschten Erziehungskonzeptionen⁵².

Das Bundesverwaltungsgericht⁵³ hat allerdings bei § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII a. F. entschieden, dass der Begriff des Bedarfs nicht im Sinne einer faktischen Nachfrage zu bestimmen sei, sondern als normativer Begriff im Rahmen der Gesamtverantwortung und der Planungsverantwortung des Jugendhilfeträgers »unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten«. Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings nicht näher ausgeführt, welchen rechtlichen Voraussetzungen eine solche normative Auslegung von Bedarfskriterien im Einzelnen genügen muss. Es hat aber z.B. darauf verwiesen, dass auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Gebote Voraussetzungen dafür zu schaffen sind, dass z.B. Familientätigkeit und Berufstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können, damit die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt⁵⁴.

Hinsichtlich der Frage, ob die außerunterrichtlichen Angebote an der OGS diesen Kriterien gerecht werden, ist deswegen jeweils vor Ort zu prüfen, inwiefern die quantitativen und die qualitativen Dimensionen des bedarfsgerechten Angebots gegeben sind. Da in quantitativer Hinsicht auf die jeweils individuellen Bedarfe der jeweiligen Kinder abgestellt wird, ist zu prüfen, inwiefern diese individuellen Bedarfe durch das konkrete Angebot befriedigt werden. Das bezieht sich insbesondere auf die entsprechenden Betreuungszeiten nach dem Unterricht, ggf. aber auch vor dem Unterricht, sowie auf die Betreuungszeiten in den Schulferienzeiten. Hier ist bei den entsprechenden außerunterrichtlichen Angeboten dar-

⁵² Lakies ZfJ 1993, 271; Grube, in: Hauck/Noftz § 24 Rz. 28; OVG SH 18.12.1995 – 5 L 136/95 – JfJ 1996, 467; OVG SL 16.12.1997 – 8 W 6/97 – FEVS 48, 399 ff.

⁵³ BVerwG 27.1.2000 – 5 C 19.99 – E 110, 320 ff. – ZfJ 2000, 235 ff.

⁵⁴ BVerfGE 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – 88, 203, 258 ff.

auf zu achten, dass durch diese Angebote vor der Unterrichtszeit und nach der Unterrichtszeit und in der schulfreien Ferienzeit der individuelle Bedarf der einzelnen Kinder in quantitativer Hinsicht abgedeckt ist.

Was die qualitative Dimension anbelangt, ist es sicherlich schwieriger. Aber auch hier ist darauf zu achten, dass die außerunterrichtlichen Angebote in qualitativer Hinsicht, um bedarfsgerecht und bedarfsdeckend zu sein, den Vorgaben des § 22 und § 22a SGB VIII entsprechen müssen. Ob dies jeweils der Fall ist, ist ggf. anhand der konkreten Angebote vor Ort zu prüfen. Sicher ist es nicht verkehrt, wenn hier eine genaue Betrachtung der jeweiligen Angebote unter qualitativen Gesichtspunkten erfolgt. Denn die im Runderlass 12-63 Nr. 4 Offene Ganztagschule im Primarbereich unter Pkt. 2.8 beispielhaft genannten Angebote der OGS beziehen sich schwerpunktmäßig auf den schulischen Bereich. Dies wird an den dort genannten Beispielen deutlich: die Förderangebote richten sich auf den schulischen Bereich etwa der Sprachförderung, Mathematik, Naturwissenschaften, Englisch; es ist die Hausaufgabenbetreuung und -hilfe angesprochen; es werden themenbezogene Aktivitäten unterrichtspädagogischer Art erwähnt. Allerdings werden auch musisch-künstlerische Bildung und Erziehung, Bewegung, Sport und Spiel angesprochen, sowie ganz ausdrücklich Projekte der Kinder- und Jugendhilfe, vor allem die außerschulische Jugendarbeit. Insofern bedarf es der rechtstatsächlichen Feststellung der jeweils einzelnen Angebote, inwiefern die insbesondere in § 22 Abs. 3 SGB VIII genannten sozialen, emotionalen, körperlichen und geistigen Entwicklungsaspekte der Kinder durch die entsprechenden Angebote angesprochen werden. Rein lernpädagogisch, kognitiv ausgerichtete außerunterrichtliche Angebote der OGS würden kein bedarfsgerechtes Angebot im Sinne des § 24 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 3 SGB VIII darstellen.

5.1.2 Vorhaltungspflicht

Der Gesetzgeber spricht in § 24 Abs. 2 SGB VIII bezüglich des bedarfsgerechten Angebots nur davon, dass ein solches Angebot vorzuhalten ist. Schon aus dem Vergleich mit § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII ergibt sich, dass es sich dabei nicht um einen subjektiven Rechtsanspruch handelt. Allerdings ist die Formulierung mehr als ein reiner Programmsatz. Bei der in § 24 Abs. 2 SGB VIII verankerten Pflicht ein bedarfsgerechtes Angebot vorzuhalten, handelt es sich um eine objektiv-rechtliche Verpflichtung. Dies ist eine uneingeschränkte rechtliche Verpflichtung⁵⁵. Damit ist insbesondere eine Berufung etwa auf fehlende finanzielle Mittel unzulässig, es wäre rechtswidrig den „Bedarf“ unter eine Art Haus-

⁵⁵ Vgl. Schoch/Wieland: Aufgaben, Zuständigkeit und Finanzverantwortung verbesserter Kinderbetreuung 2004, 178 f.

haltsverbot zu stellen, also die Befriedigung des Bedarfs davon abhängig zu machen, ob genügend Haushaltsmittel vorhanden sind⁵⁶. Damit ergibt sich aus der objektiv-rechtlichen Verpflichtung eine entsprechende Gewährleistungspflicht. Das zeigt auch die Übergangsregelung in § 24a SGB VIII (siehe auch unter 5.3), denn wenn keine Gewährleistungspflicht bestünde, bedürfte es keiner Übergangsregelung mit zwingenden jährlichen Ausbaustufen⁵⁷. Deswegen besteht die Verpflichtung eine entsprechende Jugendhilfeplanung aufzustellen. Der dort festgestellte Bedarf ist im Rahmen der Gewährleistungspflicht (§ 79 SGB VIII) abzudecken und es sind die erforderlichen Haushaltsmittel zur Verfügung zu stellen. Die Gewährleistungspflicht und die Planungsverantwortung wird unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellung des bedarfsgerechten Angebots nur dann ordnungsgemäß erfüllt, wenn ein entsprechender Katalog von Bedarfskriterien aufgestellt wird, der den vom Bundesverfassungsgericht vorrangig genannten Kriterien gerecht wird. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass dann, wenn ein derartiger auf der Jugendhilfeplanung beruhender Bedarfskatalog nicht aufgestellt wird, der Bedarf letztlich dann doch durch die konkrete Nachfrage bestimmt wird⁵⁸.

5.1.3 Rechtlich verpflichtet: der Träger der öffentlichen Jugendhilfe

Rechtlich verpflichtet, ein bedarfsgerechtes Angebot – in quantitativer und qualitativer Hinsicht – vorzuhalten, ist gemäß §§ 69 Abs. 1, 85 SGB VIII der örtliche Träger der Jugendhilfe.

Diese Verpflichtung des örtlichen Trägers der Jugendhilfe ist dort von besonderer Bedeutung, wo die außerunterrichtlichen Angebote – sei es in quantitativer, sei es in qualitativer Hinsicht (siehe 5.1.1) – keine bedarfsgerechten Angebote im Sinne des § 24 Abs. 2 SGB VIII sind. In diesen Fällen bleibt die bundesgesetzliche Verpflichtung des § 24 Abs. 2 SGB VIII weiterhin enthalten. Die Tatsache, dass die Schule (irgendwelche) außerunterrichtliche Angebote zur Verfügung stellt, kann den Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht von seiner Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 SGB VIII entbinden. Voraussetzung dafür, dass möglicherweise die rechtliche Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe entfällt, ist zunächst, dass die entsprechenden Angebote im individuellen Fall sowohl in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht bedarfsgerecht sind. Die rechtliche Verpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers würde in diesen Fällen nur dann zurücktreten, wenn diese

⁵⁶ zur h.M. vgl. zum Beispiel Wrase ZfJ 2004, 138 ff.; Wiesner/Struck SGB VIII § 24 Rz. 36; Münder u.a. FK-SGB VIII § 24 Rz. 21; anders, aber rechtlich nicht haltbar: OVG HH 10.11.2003 – 4 Bs 435/03 – ZfJ 2004, 155.

⁵⁷ Vgl. dazu im Einzelnen Münder u.a. FK-SGB VIII § 24a Rz. 3 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu Münder: Kinder- und Jugendhilferecht, 6. Aufl., Köln 2007, 96.

Verpflichtung nachrangig gegenüber einer anderweitigen Bedarfsdeckung wäre. Dazu im Folgenden.

5.2. Vorrang des außerunterrichtlichen Angebots der OGS vor Angeboten in Tageseinrichtungen nach § 24 Abs. 2 SGB VIII

Die Frage des Vorrangs der außerunterrichtlichen Angebote stellt sich nur dann, wenn diese in quantitativer und in qualitativer Hinsicht bedarfsdeckend im Sinne des § 24 Abs. 2 SGB VIII wären. Ausgehend davon, dass dies der Fall ist, stellt sich die rechtliche Frage, ob in einer solchen Situation der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe die entsprechenden schulpflichtigen Kinder auf die außerunterrichtlichen Angebote der OGS verweisen kann, wenn sie sich an ihn wenden, um von ihm ein entsprechendes Angebot zu erhalten. Eine solche Vorgehensweise wäre rechtlich dann zulässig, wenn die real existierenden, im Sinne des § 24 Abs. 2 SGB VIII bedarfsgerechten Angebote der OGS dazu führen, dass der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe von seiner Verpflichtung frei wird.

Da die Bestimmungen der §§ 22 ff. SGB VIII hierzu keine Spezialregelungen enthalten, ist auf die allgemeine Regelung des § 10 SGB VIII zurückzugreifen.

§ 10 SGB VIII regelt als Kollisionsnorm das Verhältnis der Leistungen des SGB VIII zu anderen Leistungen und Verpflichtungen. Durch die Bestimmung wird festgelegt, welche Leistungen Anderer im Verhältnis zu denen des SGB VIII vorrangig sind und welche nachrangig sind. Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (KICK) wurde § 10 SGB VIII zum 1.10.2005 geändert: in Abs. 1 Satz 1 sind nun ausdrücklich auch die Schulen als vorrangig Verpflichtete genannt.

Mit dieser ausdrücklichen Erwähnung der Schulen änderte sich zwar letztlich nichts an der Rechtsfrage, denn schon bisher waren die Schulträger vorrangig leistungs verpflichtet. Allerdings versprach sich der Gesetzgeber wegen Zuständigkeitsproblemen in der Praxis und, da die Schulträger relativ zurückhaltend ihre Förderaufgaben gegenüber Schülerinnen und Schülern (insbesondere im Bereich von § 35a SGB VIII) wahrnahmen, durch die ausdrückliche Aufnahme der Schulen eine diesbezügliche Klärung⁵⁹. Demgemäß stand im Fokus der Änderung der (sonderpädagogische) Förderungsbedarf im Bereich von Teilleistungsstörungen⁶⁰.

Die – klarstellende – Regelung durch das KICK bezieht sich generell auf die Verpflichtungen und Leistungen der Schule, nicht nur auf den Bereich des sozialpädagogischen För-

⁵⁹ BT-Dr. 15/5616, 25.

⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich Münder u.a. FK-SGB VIII § 10 Rz. 19; Meysen JAmt 2003, 53, 54 f.

derungsbedarfs. Damit sind alle Angebote der Schule gegenüber den Leistungen und Angeboten des SGB VIII vorrangig, die entsprechenden Jugendhilfeleistungen sind nachrangig.

Das bedeutet: sind die entsprechenden außerunterrichtlichen Angebote in der OGS in qualitativer und quantitativer Hinsicht bedarfsgerechte Angebote im Sinne des § 24 Abs. 2 SGB VIII, sind diese Leistungen der Schulen vorrangig. Insofern besteht dann kein Bedarf mehr und damit auch keine Ansprüche auf entsprechende Leistungen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Wenden sich deswegen schulpflichtige Kinder bzw. deren Eltern – aus welchen Gründen auch immer – an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, um von den Jugendhilfeträgern entsprechende bedarfsgerechte Angebote zu erhalten, ist der Verweis auf die bedarfsdeckenden außerunterrichtlichen Angebote der OGS nicht nur rechtlich zulässig, sondern rechtlich geboten.

Das bedeutet, dass dann, wenn in quantitativer und qualitativer Hinsicht bedarfsdeckende Angebote im außerunterrichtlichen Bereich der Schule vorliegen, insofern die Verpflichtung des Trägers der Jugendhilfe, entsprechende Angebote vorzuhalten, rechtlich entfällt, der Verweis auf bedarfsdeckende Angebote im außerunterrichtlichen Bereich zulässig ist. Damit ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nur dann in einer entsprechenden Vorhaltepflcht, wenn die außerunterrichtlichen Angebote (sei es in quantitativer, sei es in qualitativer Hinsicht) nicht bedarfsdeckende Angebote im Sinne des § 24 Abs. 2 SGB VIII sind.

5.3 Verteilung der Plätze bei unzureichender Platzzahl

Im Folgenden geht es um die Klärung der Frage, welche Kriterien zu berücksichtigen sind, wenn die im Bereich der außerunterrichtlichen Angebote vorhandenen Plätze nicht ausreichen, um die Nachfrage nach entsprechenden Plätzen abzudecken. Dazu bedarf es zunächst der Klärung, wer für die Entscheidung der Platzvergabe zuständig ist und welche Kriterien unter rechtlichen Gesichtspunkten vernünftiger Weise zu berücksichtigen sind.

5.3.1 Zuständigkeit

Eine ausdrückliche Regelung, wer für die Entscheidung über die Aufnahme bei den außerunterrichtlichen Angeboten zuständig ist, findet sich nicht. Auch aus dem Runderlass 12-63 Nr. 4 zur Offenen Ganztagschule im Primarbereich und den Regelungen im SchulG ergeben sich unmittelbar keine Folgen für die Zuständigkeit hinsichtlich der Entscheidung über die Verteilung der Plätze im außerunterrichtlichen Angebot der OGS bzw. die Auf-

nahme von Kindern in diese Angebote. Nach Pkt. 2.2 des Runderlasses handelt es sich beim Ganztagskonzept der Schule um einen Teil des Schulprogramms. Dort wird auch auf § 65 Abs. 2 Nr. 1 SchulG verwiesen. Diese Bestimmung befasst sich im Rahmen der Schulverfassung mit den Aufgaben der Schulkonferenz und stellt klar, dass die Schulkonferenz über das Schulprogramm entscheidet. Daraus ergibt sich, dass die Entscheidung über das Ganztagskonzept Angelegenheit der Schule ist. Gemäß § 59 Abs. 2 SchulG ist die Schulleitung zuständig für die Leitung und Vertretung der Schule nach außen. Daraus ergibt sich allerdings noch nicht zwingend, dass die Schulleitung auch für die Entscheidung darüber zuständig ist, welche Kinder in die außerunterrichtlichen Angebote aufgenommen werden. Hieraus ergibt sich zwar die Kompetenz der Schulleitung darüber zu entscheiden, welche Kinder in die Schule aufgenommen werden. Diese Kompetenz, über die Aufnahme in Schule zu entscheiden, beinhaltet jedoch nicht zugleich die Kompetenz, über die Aufnahme in die außerunterrichtlichen Angebote der OGS zu entscheiden. Weder das Schulgesetz noch der Runderlass trifft dazu eine ausdrückliche Vorgabe.

Damit ist es den Kooperationsvereinbarungen überlassen, wer über die Aufnahme in die außerunterrichtlichen Angebote der OGS entscheidet. Wiederum finden sich in der durch die Kooperationsvereinbarungen gesteuerten Praxis im Grunde alle denkbaren Variationen:

- der Träger der freien Jugendhilfe entscheidet über den Abschluss der jeweiligen Betreuungsverträge also darüber, welche Kinder in die außerunterrichtlichen Angebote aufgenommen werden;
- die Entscheidung obliegt allein dem Schulträger und damit der Schulleitung;
- der Träger der öffentlichen Jugendhilfe schließt den Betreuungsvertrag selbst ab und entscheidet damit über die Aufnahme in die außerunterrichtlichen Angebote, lässt diesen Vertrag jedoch durch die Schule mitzeichnen – die Entscheidung über die Aufnahme in die außerunterrichtlichen Angebote wird zwischen Schulleitung und Träger der Angebote „einvernehmlich getroffen“.

Die unterschiedlichen Entscheidungskompetenzen hängen u.a. auch mit der Form der Trägerschaft der außerunterrichtlichen Angebote zusammen: dort wo z.B. ein „schuleigener Trägerverein“ diese Angebote macht, besteht oft Personenidentität zwischen Schulleitung und Trägerverein, so dass hier eine Art „gemeinsame“ Entscheidung fällt. Zum Problem kann die Frage der Zuständigkeit nach Aufhebung des Systems der Schulsprengel werden. Denn es ist vorstellbar, dass zwar die an einer Schule angemeldete Zahl von

Schülern an der Schule aufgenommen werden können, jedoch die zugleich bestehende Nachfrage nach Plätzen im außerunterrichtlichen Angebot die Zahl der zur Verfügung stehenden Plätze überschreitet. Und da in nicht wenigen Fällen Eltern eine Schule wählen wegen des außerunterrichtlichen Angebots, würde an in dieser Situation die Tatsache, dass das Kind einen Platz in den außerunterrichtlichen Angeboten erhält, möglicherweise dazu führen, dass auch die Anmeldung an dieser Schule zurückgezogen wird und die Eltern bzw. Personensorgeberechtigten versuchen, an einer anderen Schule einen Platz zugleich an der Schule und im außerunterrichtlichen Angebot zu erhalten.

Ein Indiz für die Kompetenz der Schulleitung hinsichtlich der Aufnahmeentscheidung könnte sich allenfalls aus der spezifischen Regelung unter Punkt 2.5 des Runderlasses 12-63 Nr. 4 ergeben, wo ausgeführt wird, dass der „Schulträger“ sicherzustellen hat, dass im Falle der Umstellung Kinder, die bereits einen Ganztagsplatz hatten, in der OGS einen entsprechenden Platz (d.h. einen Platz im außerunterrichtlichen Angebot) erhalten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um eine Übergangsregelung handelt, aus der nicht generell der Schluss gezogen werden kann, dass auch im „Normalfall“ der Schulträger (vertreten durch die Schulleitung) eine Entscheidung darüber zu treffen hat, wer in die außerunterrichtlichen Angebote aufgenommen wird. Insofern ist die Rechtslage auf der Ebene Landesgesetz bzw. Landesverordnung als offen zu bezeichnen, so dass entsprechende Gestaltungsspielräume für die Kooperationsvereinbarungen bestehen.

Da durch Landesrecht (Gesetz, Verordnung) keine eindeutige Regelung getroffen ist und da die Regelungen in den Kooperationsvereinbarungen unterschiedlich sein können und z.T. auch sind, ist zu überlegen, ob es sinnvoll ist, durch Verwaltungsanweisung oder Verwaltungsvorschrift ein einheitliches Verwaltungshandeln an dieser Stelle sicherzustellen. Dabei ist in der Sache zu überlegen, was eine sinnvolle Regelung ist. Wegen des Zusammenwirkens zwischen Schule (vertreten durch die Schulleitung) einerseits, die darüber entscheidet, ob ein Ganztagskonzept angeboten wird, und die Durchführung eines dann angebotenen Ganztagskonzepts durch entsprechende freie Träger andererseits, erscheint es uns in der Sache sinnvoll, dass im Grunde genommen eine einvernehmliche Entscheidung zwischen Schulleitung und Träger der außerunterrichtlichen Angebote stattfindet. Sofern dies fachlich erwünscht ist, empfehlen wir eine entsprechende Klarstellung durch Verwaltungsvorschrift. Sinnvoller Weise sollte in diesem Zusammenhang auch geregelt werden, nach welchen Kriterien die Entscheidung zu treffen ist – dazu im Folgenden.

5.3.2 Kriterien der Entscheidung

Kriterien über die Aufnahme und die Inanspruchnahme dieser außerunterrichtlichen Angebote für schulpflichtige Kinder finden sich im Bundesgesetz des SGB VIII nur ansatzweise. In § 24 SGB VIII sind für die Personengruppe der schulpflichtigen Kinder keine ausdrücklichen Regelungen enthalten. Aus der Rechtsprechung insbesondere zu § 24 Abs. 2 SGB VIII ergeben sich ansatzweise einige Hinweise. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 27.1.2000⁶¹ darauf verwiesen, dass die Festlegung von Bedarfskriterien sich auf die Grundlage verfassungsrechtlicher Vorgaben beziehen müsse. Mit diesem Hinweis wird Bezug genommen auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶², in der klargestellt wird, dass die Voraussetzungen dafür zu schaffen sind, dass Familientätigkeit und Berufstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führen soll. Das bedeutet, dass im Rahmen der nach § 24 Abs. 2 SGB VIII zu berücksichtigenden Kriterien auf jeden Fall einem Bedarf Rechnung getragen werden muss, der daraus entsteht, dass sich Eltern in Ausbildung befinden oder aus wirtschaftlichen Gründen erwerbstätig sein müssen.

Weitere Kriterien auf bundesrechtlicher Ebene ergeben sich (gegenwärtig noch) aus der Übergangsregelung des § 24a SGB VIII⁶³. Dort hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass, solange das erforderliche Angebot zur Erfüllung der Verpflichtungen u.a. nach § 24 Abs. 2 SGB VIII nicht gewährleistet ist, gemäß § 24a Abs. 4 SGB VIII bei der Vergabe der Plätze⁶⁴ die dort genannten Kriterien zu berücksichtigen sind. Hiernach werden als Kriterien genannt das nicht gesicherte Wohl des Kindes und (gleichrangig) Kinder, deren Eltern oder Elternteile in Ausbildung stehen, eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder an Maßnahmen nach § 16 ff. SGB II teilnehmen.

⁶¹ BVerwGE 27.1.2000 – 5 C 19.99 – 110, 320 ff.; ZfJ 2000, 235 ff.

⁶² BVerfGE 28.5.1993 – 2 BvR 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – 88, 203, 258 ff.

⁶³ Mit der gegenwärtigen Regelung ist die Regelung des § 24a SGB VIII gemeint vor In-Kraft-Treten des Kinderförderungsgesetzes (KiföG): dieses ist inzwischen vom Bundestag verabschiedet, der Bundesrat hat jedoch noch nicht zugestimmt und das Datum des In-Kraft-Tretens ist noch offen. Tritt die Neuregelung des § 24a SGB VIII in Kraft, so enthält dieser keine ausdrückliche Aussage mehr für den Bereich der schulpflichtigen Kinder, denn in dem dann geänderten § 24a SGB VIII sind die (im Folgenden genannten Kriterien) nur noch bezogen auf die Angebote nach § 24 Abs. 3 SGB VIII. Diese Angebote beziehen sich nur auf Kinder, die das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Durch den Verweis in § 24a Abs. 1 SGB VIII, der nur auf den § 24 Abs. 3 SGB VIII und nicht mehr auf den § 24 Abs. 2 SGB VIII verweist, ist die unmittelbare Anwendung der Kriterien auf die schulpflichtigen Kinder nicht mehr von Gesetzeswegen gegeben. Da aber die im Folgenden genannten Kriterien auch von der Rechtsprechung entwickelt wurden, können diese Kriterien durchaus auch nach In-Kraft-Treten des neuen § 24a SGB VIII weiterhin Geltung beanspruchen.

⁶⁴ Der Gesetzgeber spricht dort zwar nur von der Vergabe der „neu geschaffenen Plätze“, ein sachgerechter Umgang mit der Norm ist allerdings nur dann möglich, wenn die in Abs. 4 genannten Kriterien auf alle freien Plätze in Tageseinrichtungen angewandt werden, dementsprechend sind auch „frei werdende Plätze“ einzubeziehen – vgl. Münder u.a. FK-SGB VIII § 24a Rz. 14; Grube, in: Hauck/Noftz SGB VIII § 24a Rz. 5.

Diese Kriterien binden als gesetzliche Vorgaben (nur) den Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Wie unter 5.3.1 dargestellt, ist für die Entscheidung über die Aufnahme jedoch nicht der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zuständig, sondern – je nach Inhalt der Kooperationsvereinbarung – der Träger der freien Jugendhilfe, die Schulleitung oder beide gemeinsam. Diese sind bei der Ausübung ihres Ermessens in den Fällen, in denen die Plätze nicht ausreichen, grundsätzlich nicht an die Vorgaben des Kinder- und Jugendhilferechts gebunden. Sie haben jedoch ihr Vergabeermessen fehlerfrei auszuüben. Im Rahmen der fehlerfreien Ausübung können auch andere und weitere Aspekte berücksichtigt werden als die sich aus § 24 Abs. 2 SGB VIII ergebenden bzw. die in § 24a Abs. 4 SGB VIII genannten Kriterien. Als Beispiele seien hier aus Kooperationsverträgen genannt: ein Geschwisterkind nimmt bereits am offenen Ganztage teil; die Erziehungsberechtigten sind Bezieher von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz; das Kind nahm bisher an Betreuungsmaßnahmen 13plus oder SIT teil.

Nun wird allerdings rechtstatsächlich davon auszugehen sein, dass in vielen Fällen die Kriterien, die sich aus §§ 24, bzw. 24a SGB VIII ergeben, schon deswegen berücksichtigt werden, weil die Gemeinden als Schulträger (vgl. § 78 Abs. 1 SchulG) ein Interesse haben, dass sie ihre Verpflichtungen, die sich für sie aus §§ 24, 24a SGB VIII ergeben, erfüllen können. Rechtlich jedoch ist nicht zwingend sichergestellt, dass die Entscheidung über die Aufnahme in die außerunterrichtlichen Angebote der OGS entsprechend den Kriterien der §§ 24, 24a SGB VIII getroffen wird.

Wird eine solche Entscheidung getroffen und führt sie dazu, dass Kinder, die nach § 24a Abs. 4 SGB VIII vorrangig zu berücksichtigen wären, nicht in die außerunterrichtlichen Angebote der OGS aufgenommen werden, so besteht der sich aus §§ 24 Abs. 2, 24a Abs. 4 SGB VIII ergebende vorrangige Anspruch auf Aufnahme in entsprechende Angebote gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe weiterhin. Dieser kann sich mit dem Verweis auf die möglicherweise anderen Aufnahmekriterien der Schule seiner sich aus §§ 24 Abs. 2, 24a Abs. 4 SGB VIII ergebenden Verpflichtung nicht entziehen.

Deswegen ist es sinnvoll ggf. auch durch entsprechende Verwaltungsanweisungen und Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass bei der Aufnahme in die außerunterrichtlichen Angebote der OGS auf jeden Fall die in § 24a Abs. 4 SGB VIII ausdrücklich festgehaltenen Kriterien vorrangig Anwendung finden.

5.4 Kostenbeteiligung

Bei der Inanspruchnahme der außerunterrichtlichen Angebote stellt sich die Frage, ob hierfür eine Kostenbeteiligung festgelegt werden kann. Bezug genommen wird hierbei auf § 90 SGB VIII, der einen Kostenbeitrag vorsieht. Kostenbeiträge verlangen entsprechende Beiträge von den Kindern bzw. den Personensorgeberechtigten/Erziehungsberechtigten, sie bedürfen einer korrekten Rechtsgrundlage.

Als Rechtsgrundlage könnte eine eigenständige Rechtsregelung in Frage kommen, eine unmittelbare Anwendung des § 90 SGB VIII oder eine (rechtlich korrekte) Bezugnahme auf § 90 SGB VIII.

Eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Kostenbeteiligung im Sinne eines pauschalierten Kostenbeitrags ist nicht vorhanden.

Eine unmittelbare Anwendung des § 90 SGB VIII als Rechtsgrundlage für die Erhebung eines pauschalierten Kostenbeitrags ist nur dann möglich, wenn die außerunterrichtlichen Angebote in der OGS in jugendhilferechtlichem Sinne eine Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen nach §§ 22 bis 24a SGB VIII darstellen. Erforderlich hierzu ist – wie unter dem Aspekt des „bedarfsgerechten Angebots“ (unter 5.1.1) behandelt, dass es sich zunächst in qualitativer und quantitativer Hinsicht um entsprechende bedarfsgerechte Angebote handelt, die den inhaltlichen Vorgaben insbesondere des § 22 SGB VIII entsprechen. Um Jugendhilfeleistungen im Sinne des SGB VIII zu sein, müssen sie gemäß § 3 Abs. 2 SGB VIII von Trägern der freien Jugendhilfe oder von Trägern der öffentlichen Jugendhilfe erbracht werden. Was ein Träger der freien Jugendhilfe ist, definiert das SGB VIII selbst bewusst nicht, um hier keine Weiterentwicklungen zu verbauen. Insofern zählen zu den Trägern der freien Jugendhilfe nicht nur die frei-gemeinnützigen Träger, sondern z.B. auch privat-gewerbliche Träger. Es muss sich jedoch auf jeden Fall um Träger der Jugendhilfe handeln. Das bedeutet sie müssen auf dem Gebiet der Jugendhilfe im Sinne des § 1 SGB VIII tätig sein. Erforderlich ist allerdings nicht, dass sie ausschließlich auf diesem Gebiet tätig sind, aber sie müssen zumindest mit einem Teil ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe in Erscheinung treten. Das wird bei den Trägern, die in der OGS tätig sind regelmäßig der Fall sein, auch wenn ihr Schwerpunkt möglicherweise im kulturellen, sportlichen Bereich liegt. In allen diesen stellt § 90 SGB VIII die erforderliche Rechtsgrundlage für die Festsetzung von Kostenbeiträgen dar⁶⁵.

⁶⁵ In den Fällen, in denen diese ausnahmsweise diese Voraussetzungen nicht gegeben sein sollten, ist zunächst davon auszugehen, dass weder eine eigenständige Rechtsgrundlage vorhanden ist, noch § 90 SGB VIII unmittelbar Anwendung finden kann. § 90 SGB VIII könnte hier nur dann zur Anwendung kommen, wenn er in rechtlich korrekter Weise in Bezug genommen wäre. Eine solche Inbezugnahme erfordert wegen der Tatsache, dass die Erhebung von

Sofern die Regelungen des § 90 SGB VIII Anwendung finden, findet auch § 90 Abs. 3 SGB VIII Anwendung, wonach der Kostenbeitrag auf Antrag ganz oder teilweise vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe übernommen wird, wenn die Belastung den Eltern und dem Kind nicht zumutbar ist. Damit gelten in diesem Fall alle in § 90 SGB VIII vorgesehenen Regelungen.

5.5 Resümee

Die sich aus § 24 Abs. 2 SGB VIII ergebende Verpflichtung des örtlich zuständigen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, ein quantitativ und qualitativ bedarfsgerechtes Angebot für schulpflichtige Kinder bereitzuhalten, ist eine objektiv-rechtliche Verpflichtung, die den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, der gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist, entsprechend bindet.

Sofern von den OGS qualitativ und quantitativ bedarfsdeckende Angebote im außerunterrichtlichen Bereich zur Verfügung gestellt werden, sind diese Angebote vorrangig, die sich aus § 24 Abs. 2 SGB VIII ergebende Vorhalteverpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ist nachrangig und wird nur dann von Bedeutung sein, wenn die entsprechenden außerunterrichtlichen Angebote nicht bedarfsdeckend sind.

Die Entscheidung über die Verteilung von Plätzen bei unzureichender Platzzahl ist landesrechtlich nicht geregelt, wer entscheidet, ist von den jeweils – unterschiedlichen – Kooperationsvereinbarungen abhängig. Die hier zu treffende Ermessensentscheidung ist hinsichtlich der anzuwendenden Kriterien grundsätzlich autonom und nicht z.B. an die Kriterien des § 24a Abs. 4 SGB VIII gebunden. Um sicherzustellen, dass wegen der Anwendung anderer – sachgerechter – Kriterien für Kinder, die nach den Kriterien des § 24a Abs. 4 SGB VIII vorrangig zu berücksichtigen wären, keine Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe entsteht, ist es empfehlenswert, dass es zum Gleichlauf zwischen den angewandten Entscheidungskriterien und den in § 24a Abs. 4 SGB VIII genannten Kriterien kommt.

Kostenbeiträgen rechtlich gesehen einen Eingriff darstellt, eine hinreichend geeignete gesetzliche Grundlage. Die Bezugnahme in Verträgen (Kooperationsverträge, Betreuungsverträge u.ä.) wäre dazu nicht ausreichend, da die Verträge nur eine vertragliche Grundlage darstellen. Sollten solche Fallgruppen vorliegen, wäre die Schaffung einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage erforderlich, was durch eine landesrechtlich eigenständig zu schaffende Rechtsgrundlage geschehen könnte. Diese könnte hinsichtlich der Kriterien wie Staffelung, Einkommensermittlung usw. durchaus auf § 90 SGB VIII Bezug nehmen, müsste aber zunächst festlegen, dass für die außerunterrichtlichen Angebote im Bereich der Jugendhilfe die Kostenbeteiligung nach § 90 SGB VIII Anwendung finden. Ob ein rechtlicher Bedarf nach so einer Regelung besteht, kann von uns nicht beurteilt werden, hierzu bedarf es der rechtstat-sächlichen Feststellung, inwiefern bei den außerunterrichtlichen Angeboten Anbieter tätig sind, die keine Träger der Jugendhilfe sind, wobei wir allerdings vermuten, dass dies faktisch nicht vorliegen wird.

6 Spezialfall – Kinderschutz

Im Folgenden wird untersucht, welche gesetzlichen Vorgaben für den Kinderschutz im Bereich der OGS gelten (6.1). Zudem wird geprüft, ob es weiterer Regelungen bedarf (6.2). Auf die Frage der Datenweitergabe aus Gründen des Kinderschutzes wird im Kapitel zum Datenschutz (unter 7) eingegangen.

6.1 Rechtliche Vorgaben zum Kinderschutz

6.1.1 In Betracht kommende Normen

Das staatliche Wächteramt ist in der **Verfassung** und damit normhierarchisch auf höchster Stufe festgelegt. Sowohl auf Bundesebene in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, aber auch in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 der Verfassung NW wird deutlich, dass der Kinderschutz nicht im Ermessen der Verantwortlichen liegt, sondern eindeutiger Auftrag an den Staat und seine Institutionen ist. Bereits hierdurch sind sowohl die Schulen als auch die öffentliche und freie Kinder- und Jugendhilfe in die Verantwortung genommen.

Ein spezifischer Handlungsauftrag wird jedoch erst auf einfachgesetzlicher Ebene begründet:

Im **Kinder- und Jugendhilfegesetz** werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben in § 1 Abs. 2 SGB VIII wiederholt, zudem wird in § 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII der Kinderschutz explizit der Kinder- und Jugendhilfe als Aufgabe zugeschrieben. Als Vorschrift zum Verfahren in Kinderschutzfällen enthält § 8a SGB VIII konkretisierende Bestimmungen sowohl für die öffentliche Kinder- und Jugendhilfe (Abs. 1) als auch hinsichtlich der Einbeziehung der freien Kinder- und Jugendhilfe in den Kinderschutz durch Vereinbarungen (Abs. 2). Durch die Einfügung des § 8a SGB VIII wurden fachliche Standards des Kindeswohlverfahrens gesetzlich fixiert, etwa indem die Zusammenwirkung mehrerer Fachkräfte (Abs. 1 S. 1) bzw. die Hinzuziehung einer insoweit erfahrenen Fachkraft (Abs. 2 S. 1) festgelegt wurden. Gem. Abs. 3 ist die Anrufung des Familiengerichts, gem. Abs. 4 das Einschalten anderer Stellen durch das Jugendamt geregelt. Schließlich findet sich in § 42 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII die Ermächtigungsnorm, wonach dem Jugendamt bei dringender Gefahr für das Wohl eines Kindes oder Jugendlichen eine Inobhutnahme gestattet ist.

Im **Schulrecht** ist zunächst die allgemeine Fürsorgepflicht der Schule von Bedeutung, die sich aus dem Bildungs- und Erziehungsauftrag (Art. 7 GG, Art. 8 Verfassung NW, § 2 SchulG) ableitet. Eine konkrete Handlungspflicht zum Kinderschutz begründet jedoch in erster Linie § 42 Abs. 6 SchulG. Danach erfordert es die Sorge für das Wohl der Schülerinnen und Schüler, jedem Anschein von Vernachlässigung oder Misshandlung nachzuge-

hen. Die Schule entscheidet rechtzeitig über die Einbeziehung des Jugendamtes oder anderer Stellen.

§ 8a SGB VIII und § 42 Abs. 6 SchulG **unterscheiden sich deutlich** in Tatbestand und Rechtsfolge:

| | § 8a SGB VIII | § 42 Abs. 6 SchulG NW |
|---|---|---|
| Vorraussetzung: Kinderschutz-Verfahren auslösender Faktor | gewichtige Anhaltspunkte | jedem Anschein von Vernachlässigung und Misshandlung |
| Rechtsfolge: Vorgaben für das durchzuführende Kinderschutz-Verfahren | konkrete Vorgaben: - Zusammenwirkung mehrerer Fachkräfte bzw. Einbeziehung einer insoweit erfahrenen Fachkraft - die Beteiligung der Personensorge- oder Erziehungsberechtigten, des Kindes oder Jugendlichen - das Anbieten bzw. Hinwirken auf die Inanspruchnahme von Hilfen | nicht näher differenziert: - nachgegangen - rechtzeitige Einbeziehung anderer Stellen |

Dieser Vergleich zeigt einerseits, dass in § 8a SGB VIII für die Jugendhilfe sehr konkrete Vorgaben bezüglich des durchzuführenden Verfahrens gemacht werden, während dieses für die Schule in § 42 Abs. 6 SchulG nicht näher differenziert wird. Insbesondere bleibt offen, welche Schritte von der Schule hinsichtlich des „Nachgehens“ erwartet werden und wann noch von einer „rechtzeitigen Einbeziehung“ ausgegangen werden kann⁶⁶. Andererseits indiziert der Wortlaut „jedem Anschein“, dass für die Schule ein früherer Zeitpunkt das Verfahren zu eröffnen vorgeben ist als für die Jugendhilfe bei „gewichtige Anhaltspunkte“. Dennoch werden in Broschüren, die sich mit dem Thema Kinderschutz in Schule auseinandersetzen⁶⁷, identische Indikatorenlisten wie zu § 8a SGB VIII abgedruckt. Dies geschieht auch aus gutem Grund, da sowohl über § 42 Abs. 6 SchulG als auch über § 8a SGB VIII ein Tätigwerden zum frühestmöglichen Zeitpunkt angeregt und legitimiert werden soll.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass § 8a SGB VIII sehr viel konkre-

⁶⁶ Meysen, in: Institut für Sozialarbeit und Sozialpädagogik e.V. (ISS), Vernachlässigte Kinder besser schützen, 2008, 44 weist darauf hin, dass die Norm wohl so auszulegen ist, dass in der Schule abgeschätzt werden soll, wann die eigenen Mittel nicht mehr ausreichen und daher die Einbeziehung des Jugendamtes noch „rechtzeitig“ erscheint, gleichzeitig im Gesetz aber keine Aussagen darüber getroffen sind, wie die Schule mit bekannt gewordenen Anhaltspunkten für eine Gefährdung umgehen soll.

⁶⁷ z.B. Bathke/Reichel u.a., „Kinderschutz macht Schule“ in: Der GanzTag in NRW 2007, Heft 5; „Kindeswohlgefährdung – Was kann ich tun?“ des Arbeitskreises Schule-Jugendhilfe der Stadt Herzogenrath (2005); „Kindesvernachlässigung, Erkennen – Beurteilen – Handeln“ des Kinderschutzbund Landesverband NRW und des Instituts für soziale Arbeit e.V..

tere Verpflichtungen begründet, das Initialmerkmal des § 42 Abs. 6 SGB VIII demgegenüber jedoch auf einer niedrigeren Stufe angesiedelt ist.

6.1.2 Rechtliche Vorgaben für die OGS

Zwar ist der Anwendungsbereich von § 42 Abs. 6 SchulG und § 8a SGB VIII klar abgegrenzt, da diese mit Schule bzw. Jugendhilfe unterschiedliche Normadressaten haben, dadurch dass die OGS jedoch an der Schnittstelle zwischen Jugendhilfe und Schule angesiedelt ist, stellt sich die Frage, welche einfachgesetzliche Norm, § 42 Abs. 6 SchulG oder § 8a SGB VIII, gilt.

Während für das „Vormittagsprogramm“ der OGS als originäres Schulprogramm eindeutig ist, dass die einfachgesetzliche Verpflichtung zur Mitwirkung am Kinderschutz über § 42 Abs. 6 SchulG erfolgt, fehlt es an einer solchen Eindeutigkeit für das Nachmittagsprogramm der OGS.

Für die Beantwortung der Frage, welche Norm gilt, kommt es entscheidend darauf an, wie die OGS organisiert ist. Wird das Nachmittagsprogramm einer OGS vom Schulträger mit eigenem, ggf. auch neu angestelltem Personal organisiert, ist dieses als Schulveranstaltung anzusehen, so dass § 42 Abs. 6 SchulG greift. Wird es hingegen in alleiniger Verantwortung eines Jugendhilfeträgers ausgerichtet, ist dagegen der Anwendungsbereich des § 8a SGB VIII eröffnet.

Vorgesehen ist jedoch, dass das Programm der Offenen Ganztagschulen in Zusammenarbeit von Schule und der außerschulischen Kinder- und Jugendhilfe entwickelt wird⁶⁸, dies führt auch dazu, dass bereits jetzt die Ablösung der Horte (als in alleiniger Verantwortung von Jugendhilfeträgern stehende Einrichtungen) durch die OGS proklamiert wird⁶⁹. In der Regel sind daher organisatorische Mischformen zu erwarten, bei denen die Frage der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der §§ 8a SGB VIII, 42 Abs. 6 SchulG nur schwer zu beantworten ist.

An dieser Stelle sind verschiedene Meinungen vertretbar: So könnte einerseits argumentiert werden, dass sich in den meisten Kooperationsvereinbarungen zwischen den Schulträgern und den Trägern der öffentlichen und freien Kinder- und Jugendhilfe die Regelung findet, dass die Angebote der Träger der Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen der OGS als schulische Veranstaltungen gelten. So sieht es auch die Rahmenvereinbarung vor⁷⁰. Auf-

⁶⁸ Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, vgl. unter 1.1, 1.2, 1.5, 2.1.

⁶⁹ Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, vgl. unter 1.4.

⁷⁰ Exemplarisch: Rahmenvereinbarung zwischen dem Ministerium für Schule, Jugend und Kinder und den Spitzenverbänden der freien Wohlfahrtspflege vom Februar 2004 unter Pkt. 8 Abs. 1.

grund dieser Einordnung des Nachmittagsprogramms als Schulveranstaltung wäre es möglich, die Auffassung zu vertreten, dass auch für dieses § 42 Abs. 6 SchulG gilt - unabhängig davon, dass die rahmenvertragliche Regelung zur Einordnung als Schulveranstaltung wohl in erster Linie aus versicherungsrechtlichen Gründen eingefügt wurde. Andererseits erscheint es auch vertretbar, an die Zuordnung der verantwortlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anzuknüpfen. Dafür spräche, dass in vielen Kooperationsvereinbarungen (und auch der Rahmenvereinbarung) festgehalten ist, dass die Personalhoheit der freien Träger für die von ihnen beschäftigten Personen von den Kooperationsvereinbarungen nicht berührt wird⁷¹. Eine gewisse Unabhängigkeit bleibt folglich bestehen. Daraus könnte gefolgert werden, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die nicht Angestellte des Schulträgers, sondern Angestellte eines Trägers der Kinder- und Jugendhilfe sind, sich auch weiter entsprechend der Vorgaben des § 8a SGB VIII verhalten müssen.

Klarstellend muss darauf hingewiesen werden, dass Aussagen in den Kooperationsvereinbarungen lediglich (wie oben geschehen) als Anhaltspunkte herangezogen werden können. Ist dort insbesondere § 42 Abs. 6 SchulG als die für die betreffende OGS verbindliche Kinderschutznorm festgelegt, hilft dies nicht weiter. Würde tatsächlich § 8a SGB VIII für den Nachmittagsbereich gelten, ließe sich allein durch die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung diese weitergehende bundesgesetzliche Verpflichtung des § 8a SGB VIII nicht abbedingen.

Derartig konkrete Regelungen fanden sich in den uns zur Verfügung gestellten Kooperationsvereinbarungen allerdings auch nicht.

Die Auslegung der Normen anhand des juristischen Auslegungskanons lässt kein eindeutiges rechtliches Ergebnis zu, welche der vorgestellten Ansichten vorzugswürdig ist. Beide sind nach Wortlaut und Historie möglich. Systematisch kommt es darauf an, ob eher auf die Einordnung des Programms der Offenen Ganztagschule als Schulveranstaltung oder die personalrechtliche Zuordnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zur Schule bzw. zur Kinder- und Jugendhilfe Wert gelegt wird. Dabei spricht wohl die deutliche landesrechtliche Einordnung als Schulprogramm, über das die Schulkonferenz entscheidet⁷², wohl eher für die erste Meinung.

Eine klare Aussage, welche der Normen gilt, kann somit an dieser Stelle nicht gemacht werden. Unseres Erachtens sollte deshalb aus Gründen der Anwendungssicherheit weiterhin von der Geltung des § 8a SGB VIII ausgegangen werden, da es sich bei diesem um

⁷¹ Exemplarisch: Rahmenvereinbarung zwischen dem Ministerium für Schule, Jugend und Kinder und den Spitzenverbänden der freien Wohlfahrtspflege vom Februar 2004 unter Pkt. 8 Abs. 2.

⁷² Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, vgl. unter 2.1.

die schärfere Norm handelt. Blicke es bei der Anwendung des § 42 Abs. 6 SchulG - unabhängig von Vor- und Nachmittagsbereich – entstünde eine deutliche Rechtsunsicherheit, ob hinter den ggf. letztlich geltenden Vorgaben zurückgeblieben wird. Zudem wäre auch fachlich nicht schlüssig begründbar, warum für das Nachmittagsprogramm einer OGS geringere Anforderungen gelten sollten, als für eine vergleichbare außer-OGS-schulische Betreuungseinrichtung.

6.2 Konkretisierungsbedarf

6.2.1 Eindeutig zuordenbare normative Grundlage für die OGS

Wie bereits unter 6.1.3 aufgezeigt werden konnte, ist nicht sicher vorhersagbar, zu welcher Auffassung die Rechtsprechung hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 8a SGB VIII oder § 42 Abs. 6 SchulG für den Nachmittagsbereich einer OGS käme. Beide Auffassungen sind aus guten Gründen vertretbar. Dadurch entstehen jedoch Handlungsunsicherheiten zu Lasten der Kinder und letztlich steigt auch das Haftungsrisiko für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Im Folgenden soll daher aufgezeigt werden, inwieweit durch eine gesetzliche oder verwaltungsinterne Konkretisierung Handlungssicherheit wieder hergestellt werden kann. Zu dieser raten wir, da das Abwarten einer Klärung durch die Rechtsprechung der Bedeutung des Kinderschutzes nicht gerecht wäre.

Entsprechend der Ausführungen unter 6.1.3 empfehlen wir aus Gründen der Rechtssicherheit, eine klare Regelung zum Kinderschutz für die OGS zu treffen, die sich an den Vorgaben des § 8a Abs. 2 SGB VIII anlehnt. Dafür spricht zum einen, dass anderenfalls die aufgezeigte Unsicherheit auch gar nicht beseitigt wäre. Würde nämlich lediglich festgelegt werden, dass auch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe, die im Rahmen einer Zusammenarbeit mit der Schule tätig sind, nur § 42 Abs. 6 SchulG gilt, hätte diese Regelung keine Gültigkeit, wenn sich bei einer gerichtlichen Überprüfung die Meinung durchsetzen würde, dass § 8a SGB VIII mit seinen höheren Anforderungen anwendbar ist (Bundesrecht bricht Landesrecht, Art. 31 GG).

Zum anderen spricht hierfür auch das fachliche Argument, einen möglichst wirkungsvollen Kinderschutz etablieren zu wollen. Die Schule wird als OGS für die Schülerinnen und Schüler stärker als bei anderen Schultypen zentraler Lebensort. Dadurch werden auch in erhöhtem Maße Einblicke in die physische und psychische Situation der Kinder möglich, was sich in den Anforderungen an den Kinderschutz niederschlagen sollte.

Als jugendhilfe- oder eher noch schulpolitische Frage sollte bei der Gelegenheit auch erörtert werden, ob diese Regelung auch auf das schulische Personal der OGS erstreckt werden sollte. Unseres Erachtens

sprechen insbesondere pragmatische Überlegungen dafür. Es erscheint nicht sachgerecht, würden innerhalb einer Schule unterschiedliche Maßstäbe und Verfahrensvorgaben des Kinderschutzes gelten. Vormittags- und Nachmittagsprogramm einer OGS stehen in einem Zusammenhang und werden jeweils von der Schulkonferenz der Schule beschlossen. Dies führt zwangsläufig auch zu einer Zusammenarbeit des Personals. Zudem erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass dieses nicht immer ausschließlich in Vor- bzw. Nachmittagsprogramm eingesetzt werden würde, was möglicherweise erneut zu Abgrenzungsfragen führen könnte. Sollte eine Lehrerin mit dem Verdacht einer Kindeswohlgefährdung sich etwa im Verlaufe des Vormittags an § 42 Abs. 6 SchulG, am Nachmittag aber an § 8a SGB VIII halten, obwohl sie jeweils das gleiche Kind betreut?

Eine Überforderung des schulischen Personals durch die höheren gesetzlichen Anforderungen ist unseres Erachtens nicht zu befürchten. Dieses kann an einer OGS nämlich für die anspruchsvollen Einschätzungs- und Beratungsaufgaben des § 8a SGB VIII durch die zusätzlichen, anders qualifizierten und erfahrenen Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe unterstützt werden. Diese können sowohl in einem eingeleiteten § 8a SGB VIII-Verfahren als auch bereits im Vorfeld kollegial beratend tätig werden (zu den Anforderungen des Datenschutzes vgl. 7)⁷³. Lehnt sich die Regelung an § 8a Abs. 2 SGB VIII an, können von den Schulen zudem die dort genannten Hilfen aktiviert werden. Insbesondere kann und muss dann in einem Kinderschutzfall eine „insoweit erfahrene Fachkraft“ hinzugezogen werden. Diese Hinzuziehung führt einerseits zum Wohle des Kindes zu einer Verbesserung des fachlichen Standards in solchen Gefährdungsfällen, verschafft andererseits aber auch den Beschäftigten Handlungssicherheit durch Beratung und beugt Überforderung vor.

6.2.2 Einheitliche Tatbestandsmerkmale des Kinderschutzes für alle Schultypen

Der unterschiedliche Wortlaut, „jeder Anschein von Vernachlässigung oder Missbrauch“ (§ 42 Abs. 6 SchulG) bzw. „gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung“ (§ 8a SGB VIII) sorgen für zusätzliche Unsicherheit im Umgang mit der Norm, die sich unabhängig vom Schultyp auch außerhalb der Ganztagschulen auswirken kann. Es ist für die Praxis nicht ersichtlich, ob auf Grund des unterschiedlichen Wortlauts eine jeweils andere Auslegung des das Kinderschutzverfahren auslösenden Zeitpunkts erforderlich ist (siehe dazu unter 6.1.1). Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber sollte deswegen überlegen, den Wortlaut des § 42 Abs. 6 SchulG anzupassen, um so dazu anzuregen, dass auch beim Kinderschutz in der Schule auf die umfassenden, zu § 8a SGB VIII zusammengetragenen fachlichen Erkenntnisse zurückgegriffen wird.

⁷³ Vgl. auch Hinweis Meysen, in: Institut für Sozialarbeit und Sozialpädagogik e.V. (ISS), Vernachlässigte Kinder besser schützen, 2008, S. 44 hinsichtlich des fachlichen Qualifizierungs- und Unterstützungsbedarfs, um „Schule“ zu befähigen, ihren Zugang zu den Kindern, Jugendlichen, Eltern in krisenhaften und konflikträchtigen Erziehungsfragen wie einer (möglichen) Kindeswohlgefährdung nutzen zu können.

6.2.3 Klare Verfahrenswege für alle Schultypen

§ 8a SGB VIII wurde eingeführt, nachdem in der Kinder- und Jugendhilfe aufgrund verschiedener Strafverfahren gegen Fachkräfte deutlich geworden war, dass die Etablierung einheitlicher fachlicher Standards zum Kinderschutz erforderlich ist⁷⁴. Auf diese Erkenntnisse sollte auch im Schulrecht zurückgegriffen werden. § 42 Abs. 6 SchulG lässt bislang offen, wie innerhalb der Schule auf jeden Anschein der Vernachlässigung oder des Missbrauchs reagiert werden soll. Somit ist es den Lehrerinnen, Lehrern sowie den anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Schule überlassen, wie sie als einen solchen Anschein wahrnehmende Einzelpersonen konkret vorgehen. So bleibt z.B. unklar, welchen Dienstweg diese einhalten soll: Schulleitung - Schulamt?⁷⁵ Und wer nimmt konkret Kontakt mit dem Jugendamt oder den in § 42 Abs. 6 SchulG genannten „anderen Stellen“⁷⁶ auf?

Dass zur Zeit in verschiedenen Schulen Nordrhein-Westfalens bereits an der Etablierung von Kooperationsstrukturen, z.B. durch die Entwicklung von Kooperationsvereinbarungen mit dem Jugendamt (in Anlehnung an die Vereinbarungen nach § 8a SGB VIII), und auch an der Entwicklung interner Schwellenwerte gearbeitet wird, ist ermutigend⁷⁷. Durch entsprechende rechtliche Vorgaben könnte dafür Sorge getragen werden, dass diese Standards flächendeckend etabliert werden und es nicht bei einigen Pilotprojekten bleibt.

6.2.4 Runderlass zum Kinderschutz

Anstelle einer gesetzlichen Konkretisierung der unter 6.2.1-6.2.3 angesprochenen Gesichtspunkte wäre ebenso ein „Runderlass zum Kinderschutz an Schulen“ als interne Weisung geeignet, existierende rechtliche Unsicherheiten zu beseitigen. Da es mehr um eine Frage der Auslegung der Normen als um ergänzende gesetzliche Verpflichtungen geht, wäre aus rechtlicher Sicht ein Runderlass als interne Weisung ausreichend. Einer gesetzlichen Regelung mit Außenwirkung bedarf es nicht, da die Schulen durch einen solchen Runderlass bereits (verwaltungsintern) gebunden werden können. Auch durch in einem solchen Runderlass festgehaltene Vorgaben erhielten die an Schulen beschäftigten Personen Handlungssicherheit. Inhaltlich sinnvoll wäre es dabei auf Folgendes einzugehen⁷⁸:

⁷⁴ Vgl. zum Hintergrund der Einführung Münder u.a., FK-SGB VIII, § 8a Rz.4 ff..

⁷⁵ Dazu Pretien ZKJ 2008, 59, 60.

⁷⁶ Mit dieser Formulierung dürfte in erster Linie Kinderschutzbund, Erziehungsberatungsstellen etc. sowie das Familiengericht und bei dringender Gefahr die Polizei gemeint sein.

⁷⁷ Vgl. hierzu Praxisbeispiele in Bathke/Reichel u.a., „Kinderschutz macht Schule“, in: Der GanzTag in NRW 2007, Heft 5.

⁷⁸ Gegenwärtig gibt es im gemeinsamen Runderlass des Innenministeriums, des Justizministeriums, Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales, des Ministeriums für Generationen, Familien, Frauen und Integration und des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 31.8.2007 (Abl. NRW S. 516) zwar unter 2.2 eine Passage, in der Regelungen enthalten sind, wie bei der Vernachlässigung oder bei der Misshandlung einer Schülerin oder eines Schü-

- wann ein Anschein der Vernachlässigung anzunehmen ist,
- an welches interne Verfahren sich die Beschäftigten halten sollen (klare Verantwortlichkeitskette mit Vertretungsregeln),
- ob die Schulen z.B. eine mit dieser Thematik besonders vertraute und ggf. auch fortgebildete Person zur internen Beratung benennen sollen,
- wie Schülerinnen, Schüler und ihre Eltern in das Verfahren einbezogen werden sollten, soweit hierdurch der wirksame Schutz des Schülers oder der Schülerin nicht in Frage gestellt wird,
- dass und ggf. wie die Zusammenarbeit und ein konstruktiver Austausch bei verschiedenen Schulbereichen (insbesondere im Ganztagsbetrieb zwischen den Beschäftigten des Vormittags- und Nachmittagsprogramms) etabliert werden soll,
- wann der Zeitpunkt der „rechtzeitigen Einbeziehung“ erreicht ist,
- wie die Kooperation mit anderen Institutionen, wie Jugendamt, Kinderschutzbund, Erziehungsberatungsstellen, ggf. auch Gesundheitsamt und Schuldnerberatungsstellen sowie der Polizei erfolgen soll,
- welches abgekürzte Verfahren für das Vorgehen bei dringender Gefahr gilt.

Hier könnte auf Erkenntnis z.B. der Serviceagentur "Ganztägig lernen in Nordrhein-Westfalen" zurückgegriffen werden⁷⁹.

7 Datenschutz

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die im Schulrecht im Vergleich zum Kinder- und Jugendhilferecht geltenden datenschutzrechtlichen Regelungen gegeben werden (7.1). Angesichts der Komplexität der Datenschutzbestimmungen ist es dabei allein möglich, die wesentlichen Prinzipien und Grundlagen darzustellen. Es wird aufgezeigt, inwiefern auch hier Klärungsbedarf hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Datenschutznormen an der OGS besteht (7.2), sowie, welche Bedeutung die Datenschutzbestimmungen für die Datenübermittlung vom schulischem Vormittags zum außerschulischen Nachmittagsbereich (und umgekehrt) haben (7.3). Danach wird (exkursorisch) darauf hingewiesen,

lers vorzugehen ist. Diese erreichen jedoch noch nicht den hier vorgeschlagenen Präzisionsgrad, sie befinden sich zudem unter der Überschrift „Zusammenarbeit bei der Verhütung und Bekämpfung der Jugendkriminalität“ und sind deswegen eher ungewöhnlich zugeordnet und könnten gar Missverständnisse dahingehend auslösen, dass die Vernachlässigung oder Misshandlung von Schülerinnen oder Schülern ein Faktor (späterer) Jugendkriminalität wäre. Insofern ist es sinnvoll, diese Bestimmung aus dem bisherigen Kontext zu lösen und im Zusammenhang einer Verwaltungsvorschrift mit den nachfolgenden zentralen Inhalten aufzunehmen.

⁷⁹ Vgl. z.B. Materialien, die zu den Informationsveranstaltungen "Kinderschutz macht Schule" ins Internet gestellt wurden:
http://www.ganztag.nrw.de/front_content.php?idcat=654&idart=1156.

wie die Datenübermittlung vom vorschulischen Bereich (Kindergarten) zum schulischen Bereich in NRW geregelt ist (7.4). Abschließend wird ein Vorschlag für eine Einwilligungserklärung vorgestellt (7.5).

7.1 Überblick

Die Zusammenarbeit zwischen den Lehrenden im Vormittagsprogramm und den Beschäftigten im Nachmittagsprogramm einer OGS ist eine wichtige Voraussetzung für die gelingende pädagogische Arbeit mit den Schülerinnen und Schülern. Nur so lässt sich das Ziel der Ganztagschule umsetzen, eine verbesserte schulische Förderung der Schülerinnen und Schüler zu erreichen. Es besteht jedoch ein Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsbedürfnis der Schule und den in die OGS eingebundenen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe einerseits und dem berechtigten Wunsch der einzelnen Schülerinnen, Schüler und ihrer Eltern bzw. Personensorgeberechtigten nach Privatheit andererseits, der verfassungsrechtlich durch das Recht auf informelle Selbstbestimmung geschützt ist⁸⁰. Dies kann dazu führen, dass in der praktischen Arbeit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der OGS gerade bei der einzelfallbezogenen Zusammenarbeit in den datenschutzrechtlichen Anforderungen Hürden gesehen werden und die Frage auftaucht, inwiefern die Weitergabe von im schulischen Bereich gewonnenen Informationen in den Bereich der nachmittäglichen Jugendhilfearbeit (und umgekehrt) zulässig ist.

7.1.1 Allgemeine Vorgaben

Allgemeine Rechtsgrundlage für den Datenschutz sind das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und in Nordrhein-Westfalen das Datenschutzgesetz NW (DSG). Diese sind subsidiär gegenüber besonderen Rechtsvorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten (§ 1 Abs. 4 BDSG, § 2 Abs. 3 DSG). Solche enthalten sowohl das Schul- als auch das Kinder- und Jugendhilferecht des SGB VIII. BDSG und DSG bleiben daneben jedoch anwendbar, soweit die spezialgesetzlichen Normen keine Sonderregelungen treffen, was insbesondere im Bereich des Schulrechts der Fall ist.

Die Datenschutzbestimmungen des nordrhein-westfälischen **Schulrechts** finden sich im zwölften Teil des SchulG. Da es vorliegend allein um die Daten von Schülerinnen, Schülern und Eltern bzw. Personensorgeberechtigten geht, ist § 120 SchulG einschlägig. Diese Regelung wird ergänzt durch die Verordnung über die zur Verarbeitung zugelassenen Da-

⁸⁰ Dieses wird abgeleitet aus den allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, grundlegend: BVerfGE 65, 1 (Volkszählungsurteil).

ten von Schülerinnen, Schülern und Eltern (VO-DV I)⁸¹. In dieser ist konkret festgelegt, welche Daten der Schülerinnen, Schüler und ihrer Eltern von den Schulen und Schulaufsichtsbehörden in Dateien oder Akten verarbeitet werden dürfen. Trotz dieser Sonderregelungen entspricht der schulische Datenschutz damit weitestgehend den allgemeinen Datenschutzbestimmungen für die öffentliche Hand, wie sie im BDSG und den Landesdatenschutzgesetzen (hier: DSG NW) festgelegt sind.

Für den Bereich der **öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe** enthält das SGB VIII in den §§ 61-68 SGB VIII besondere Vorschriften zum Datenschutz, die zu den allgemeinen Bestimmungen des Sozialdatenschutzes (§§ 35 SGB I, 67-85a SGB X) hinzutreten. Da Sozialdaten als besonders sensibel eingestuft werden und das besondere Vertrauensverhältnis innerhalb der Kinder- und Jugendhilfe einen besonderen Schutz erhalten sollte, sind diese Bestimmungen deutlich strenger als der allgemeine Datenschutz für die Öffentliche Hand und auch für die Schule.

Für die **privaten Träger der Kinder- und Jugendhilfe** gelten diese Vorschriften zum Datenschutz nicht unmittelbar⁸². Grundsätzlich gilt für diese nur das allgemeine Datenschutzrecht (BDSG und Landesdatenschutzgesetze) sowie das, was sie an Datenschutzbestimmungen in den Einzelverträgen mit ihren Klienten vereinbaren. Eine Besonderheit besteht für kirchliche Träger⁸³.

In der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) gilt das Datenschutzgesetz der EKD (DSG-EKD) und in der Katholischen Kirche die Anordnung über den kirchlichen Datenschutz (KDO). Aufgrund der sehr großen Nähe zu den gesetzlichen Datenschutzbestimmungen wird im Folgenden auf diese spezifischen Datenschutzbestimmungen nicht eingegangen werden.

Private Träger können jedoch zu einer entsprechenden Einhaltung der sozialgesetzlichen Datenschutzregelungen verpflichtet werden, was gesetzlich in § 61 Abs. 3 SGB VIII für den Fall ihrer Inanspruchnahme im Rahmen der Jugendhilfe vorgesehen ist⁸⁴. Auch wenn die Form nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, geschieht diese Verpflichtung zur entsprechenden Einhaltung der Datenschutzregelung oft mit der Bewilligung von Förderungsgeldern durch Verwaltungsakt oder vertraglich mit dem Abschluss von Vereinbarungen nach §§ 78a ff. oder § 8a SGB VIII.

Schließlich sind gem. § 78 Abs. 1 SGB X alle nicht in § 35 SGB I genannten Personen oder Stellen (und damit u.a. sowohl die privaten Jugendhilfeträger als auch die Schulen) spätestens an den Sozialdatenschutz gebunden, wenn sie Sozialdaten von einem öffentli-

⁸¹ Verordnung vom 24.3.1995, BASS 10-44 Nr. 2.1.

⁸² Sie werden vom Anwendungsbereich nach §§ 35 SGB I, 61 Abs. 1 S. 2 SGB VIII nicht erfasst.

⁸³ Vgl. dazu ausführlicher Münder u.a., FK-SGB VIII VorKap. 4 Rz. 28 ff.

⁸⁴ Münder u.a. FK-SGB VIII § 61 Rz. 24 ff..

chen Träger übermittelt bekommen haben – sie müssen diese Daten dann ebenso geheim halten wie der öffentliche Träger.

Von besonderer Bedeutung ist darüber hinaus auch der im **Strafrecht** verankerte „personenbezogene Datenschutz“ des § 203 StGB. Für die in Abs. 1 - 3 benannten Personengruppen ist der Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht strafrechtlich sanktioniert.

Zusammenfassender Überblick:

| Allgemeiner Datenschutz | Schulen | Öffentliche Träger der Kinder- und Jugendhilfe | private Träger der Kinder- und Jugendhilfe |
|--|--|---|--|
| - BDSG, - Landesdatenschutzgesetze (hier: DSG NW) | - § 120 Abs. 5 SchulG NW, - VO-DS I | - § 35 SGB I - §§ 67 ff. SGB X - §§ 61 ff. SGB VIII | - Kirchen: EKD-DSG bzw. KDO - ggf. Bindung über Klientenvertrag oder Verpflichtung wegen § 61 Abs. 3 SGB VIII |
| - nach Datenweitergabe durch Sozialträger gem. § 78 SGB X - ggf. § 203 StGB | | | |

7.1.2 Strukturprinzipien

Der Datenschutz im Schulrecht und im Kinder- und Jugendhilferecht ist auf den gleichen Strukturprinzipien aufgebaut. So gilt jeweils das Erforderlichkeitsprinzip⁸⁵, der Zweckbindungsgrundsatz⁸⁶, das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit⁸⁷. Dies bedeutet, dass Daten nur insoweit erhoben oder weitergegeben werden dürfen, wie dies erforderlich ist (keine Vorratsdatensammlung), sie sind gebunden an den Zweck für den sie erhoben wurden und nach dessen Beendigung zu löschen. Vorrangig sind die Daten bei den Betroffenen zu erheben. Vor einer Datenübermittlung sollte grundsätzlich eine Einwilligung der Betroffenen eingeholt werden⁸⁸. Schließlich soll, soweit dies möglich ist, auf eine personenbezogene Datenübermittlung verzichtet und auf anonymisierte⁸⁹ oder pseudony-

⁸⁵ Es ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, §§ 67a Abs. 1 S. 1, 67c Abs. 1 S. 1 SGB X.

⁸⁶ Daten dürfen grundsätzlich nur zu den Zwecken verwendet werden, zu denen sie erhoben worden sind, §§ 67c Abs. 1 S. 1, 78 Abs. 1 S. 1 SGB X.

⁸⁷ Siehe dazu § 78b SGB X, § 3a BDSG.

⁸⁸ An die Wirksamkeit einer Einwilligung werden bestimmte Anforderungen gestellt, u.a. dass diese freiwillig, eigenhändig, schriftlich, nach genauer Aufklärung und widerruflich erfolgt sind (vgl. z.B. §§ 4a BDSG, 4 DSG, 67b Abs. 2 SGB X).

⁸⁹ Anonymisieren ist das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person zugeordnet werden können (§ 67 Abs. 8 SGB X,

misierte⁹⁰ Daten zurückgegriffen werden. Zu beachten ist, dass die Datenschutzvorgaben nicht nur für die jeweiligen Organe und Funktionsträger, sondern auch für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in ihrer dienstlichen Tätigkeit Geltung entfalten.

Diese Strukturprinzipien gelten sowohl für den Datenschutz im Kinder- und Jugendhilferecht als auch den im Schulrecht. Dennoch sei nochmals betont, dass der Datenschutz für die Kinder- und Jugendhilfe strenger als der Datenschutz für Schulen ist.

7.2 Datenschutzvorgaben für die OGS

7.2.1 Rechtliche Vorgaben für die OGS

Es stellt sich die Frage, ob bei einer OGS die schul- oder jugendhilferechtlichen Datenschutzbestimmungen anzuwenden sind. Diesbezüglich kann auf die in Kapitel 6.1.2 zum Kinderschutz dargestellten Ergebnisse verwiesen werden:

Handelt es sich um den schulischen Vormittagsbereich oder ist die Schule ausschließlich in schulischer Trägerschaft organisiert, sind allein die schulrechtlichen Vorschriften anwendbar.

Die jugendhilferechtlichen Bestimmungen sind hingegen unzweifelhaft anwendbar, ist das Nachmittagsangebot in alleiniger Verantwortung eines (öffentlichen oder freien) Jugendhilfeträgers organisiert.

Bei den in der Regel zu erwartenden Mischformen sind verschiedene Auffassungen vertretbar – je nachdem, ob besonders auf die Einordnung des Nachmittagsprogramms als schulische Veranstaltung oder die personalrechtliche Zuordnung Wert gelegt wird. Auch hinsichtlich des Datenschutzes raten wir deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit dazu, dass sich Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Nachmittagsbereichs an OGS, die in einer solchen Mischform organisiert sind, an die jugendhilferechtlichen Vorschriften halten, da anderenfalls unklar ist, ob sie ggf. unterhalb der für sie gültigen gesetzlichen Schutzanforderungen bleiben (vgl. ausführliche Diskussion unter 6.1.2).

Rechtlich eindeutig ist, dass in OGS zudem die strafrechtliche Sanktionsnorm des § 203 StGB für Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter, Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen (gem. Abs. 1 Nr. 5), Psychologinnen und Psychologen z.B. eines Schulpsychologischen Dienstes (Abs. 1 Nr. 2), aber auch für Lehrerinnen und Lehrer, die als Beratungslehrer z.B. in Suchtfragen (Abs. 1 Nr. 4) tätig sind⁹¹, gilt.

§ 3 Abs. 6 BDSG).

⁹⁰ Pseudonymisieren ist das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren (§ 67 Abs. 8a SGB X, § 3 Abs. 6a BDSG).

⁹¹ Vgl. hierzu Avenarius: Einführung in das Schulrecht 2001, Kap. 15.4.2; BVerfGE 9.2.1982 – 1 BvR 845/79 – 59, 360 ff..

7.2.2 Konkretisierungsbedarf

Wie dies bereits unter 6.2.1 für den Kinderschutz gefordert wurde, sollte auch im Bereich des Datenschutzes eine Klarstellung erfolgen, dass der nordrhein-westfälische Gesetzgeber im Bereich der OGS die jugendhilferechtlichen Vorschriften für anwendbar hält.

Dabei wäre wiederum fachlich zu diskutieren, ob es sinnvoll erscheint, die Verpflichtung zum erhöhten Datenschutz auch auf das schulische Personal auszuweiten. Dies erscheint uns nicht im gleichen Maße erforderlich wie beim Kinderschutz, da durchaus Erfahrungen bestehen, wie unterschiedliche Stellen mit unterschiedlichen Datenschutzerfordernissen zusammenarbeiten können und im Gegensatz zum Kinderschutz auch keine pragmatischen Gründe für ein einheitliches Konzept sprechen. Dennoch sollte diese Frage diskutiert werden.

Eine Vorschrift, die die Anforderungen an den Kinderschutz für das Personal einer OGS einheitlich, die Anforderungen an den Datenschutz jedoch differenziert regeln würde, könnte wie folgt lauten:

Soweit an Ganztagschulen Angebote der Kinder- und Jugendhilfe durchgeführt werden, ist ein gemeinsames Kinderschutzkonzept entsprechend der Vorgaben des § 8a Abs. 2 SGB VIII auszuarbeiten. Für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Jugendhilfe finden für ihre Tätigkeit an einer Offenen Ganztagschule die kinder- und jugendhilferechtlichen Vorschriften zum Datenschutz Anwendung.

7.3 Datenübermittlung zwischen den unterschiedlichen Bereichen der OGS

Ist man der Auffassung, dass für Vor- und Nachmittagsbereich einer OGS unterschiedliche rechtliche Vorgaben zum Datenschutz gelten, muss konkret analysiert werden, wie die für eine Kooperation unerlässliche Kommunikation rechtlich korrekt möglich ist.

7.3.1 OGS „eine Stelle“?

Der Datenschutz in den §§ 61 ff. SGB VIII ist stellenbezogen. Der Begriff „Stelle“ ist bewusst statt der Begriffe Amt, Behörde gewählt worden. Er ist funktional auszulegen, das bedeutet, dass unter einer Stelle diejenige kleinste Einheit innerhalb eines Amtes verstanden wird, die für die konkrete Aufgabenerledigung funktional zuständig ist⁹².

Der Datenschutz nach § 120 SchulG, VO-DV I ist demgegenüber bezogen auf Schule und Schulaufsichtsbehörden. Wie sich insbesondere in § 120 Abs. 5 S. 2 SchulG zeigt („andere öffentliche Stellen“), ist darin jedoch keine Abwendung vom Stellenbezug des Datenschutzes zu sehen. Schule und Schulaufsichtsbehörden sind lediglich als konkrete Stellen benannt.

Fraglich ist daher, ob eine OGS als eine Stelle anzusehen ist, innerhalb derer der Daten-

⁹² Münder u.a. FK-SGB VIII § 61 Rz. 18

austausch relativ unproblematisch (allerdings ist § 65 SGB VIII als personengebundener Vertrauensschutz ist zwar weiterhin zu beachten) möglich ist, oder ob Vor- und Nachmittagsbereich jeweils getrennt als Stelle zu betrachten sind. Für erstere Auslegung des Stellenbegriffs spricht, dass gerade die enge Kooperation und das funktionale Zusammenwirken des Vor- und Nachmittagsprogramms⁹³ ausschlaggebende Gründe für die Einführung des Schultyps OGS waren. Dagegen spricht jedoch, dass - jedenfalls aus Gründen der Rechtsicherheit - davon ausgegangen werden muss, dass im Vor- und Nachmittagsbereich jeweils unterschiedliche Datenschutznormen anwendbar sind (vgl. Kap. 7.2.1). Diese systematische Zuordnung würde übergangen werden, würde die OGS als eine Stelle im Sinne des Datenschutzes eingeordnet werden. Darüber hinaus muss auch beachtet werden, dass auch innerhalb eines Amtes stets auf die funktional kleinste Einheit abzustellen ist und daher bereits z.B. innerhalb eines Jugendamtes zwischen den verschiedenen Abteilungen, obwohl stets der Anwendungsbereich des Kinder- und Jugendhilferechts eröffnet ist, differenziert werden muss⁹⁴. Dies führt dazu, dass Vor- und Nachmittagsbereich einer OGS nicht als eine Stelle betrachtet werden können. Es handelt sich bei diesen vielmehr um zwei Stellen innerhalb einer Institution, wie dies auch bei den verschiedenen Abteilungen eines Jugendamtes der Fall ist.

7.3.2 Anonymisierung, Pseudonymisierung, Einwilligung

Aus den Grundsätzen der Datenvermeidung und Datensparsamkeit folgt, dass, soweit dies möglich ist, auf einen Austausch personenbezogener Daten verzichtet werden muss. Sind Daten jedoch anonymisiert oder pseudonymisiert können diese unproblematisch in Besprechungen verwendet werden⁹⁵. Diese Möglichkeit kann auch bei der Zusammenarbeit von Schule und Jugendhilfe in einer OGS genutzt werden.

Handelt es sich dagegen um personenbezogene Daten, sollte wie oben bereits erwähnt, möglichst auf die Legitimation einer Einwilligung zur Datenübermittlung zurückgegriffen werden. Dies ist auch aus fachlichen Gründen sinnvoll, da nur so die Grundlage einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den Eltern gelegt werden kann. Haben die Betroffenen in die Datenübermittlung eingewilligt, sind sämtliche Kooperationsformen datenschutz-

⁹³ Schließlich werden einheitliche Bildungs- und Erziehungsziele verfolgt, was sich z.B. darin manifestiert, dass auch das Nachmittagsprogramm einer OGS – unabhängig von ihrer Organisationsform - als Schulprogramm eingeordnet ist, über das die Schulkonferenz entscheidet (Runderlass 12-63 Nr. 4 des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 26.1.2006, vgl. unter 2.1).

⁹⁴ Z.B. zwischen Erziehungsberatung und dem Sozialen Dienst, vgl. Münder u.a. FK-SGB VIII § 61 Rz. 18; Morsberger, in: Wiesner, SGB VIII Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 61 Rz. 9.

⁹⁵ Dies gilt selbstverständlich nur, wenn hierdurch tatsächlich ein Rückschluss auf einzelne Schülerinnen und Schüler bzw. ihre Eltern vermieden wird.

rechtlich zulässig (§§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 BDSG, 4 Abs. 1 S. 1b, S. 2 DSGVO, 67b Abs. 1, 2 SGB X). Solche Einwilligungen können den Personensorgeberechtigten bereits bei Abschluss der Betreuungsverträge zur Unterschrift vorgelegt werden.

Zwar können grundsätzlich auch Minderjährige eine Einwilligung in die Übermittlung von Daten erteilen⁹⁶, diese müssen jedoch fähig sein, die Tragweite einer solchen Entscheidung abzuschätzen. Eine solche Einsichtsfähigkeit⁹⁷ hinsichtlich der komplexen Kooperation zwischen Schule und Jugendhilfe wird in der Regel bei Minderjährigen unter 14 Jahren noch nicht gegeben sein⁹⁸.

7.3.3 Vom schulischen Vormittags- an den nachmittägigen Jugendhilfebereich

Da es hier um die Übermittlung von personenbezogenen Daten im Einzelfall geht, sind § 5 Abs. 1 VO-DV I in Verbindung mit § 120 Abs. 5 SchulG einschlägig. Zu beachten ist, dass dieser, je nach Bereich der Jugendhilfe, unterschiedliche Anforderungen an die Übermittlung von Daten stellt.

An das **Jugendamt** ist die Übermittlung von Daten gem. § 120 Abs. 5 S. 1 SchulG erlaubt, sofern diese für das Jugendamt zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Das Jugendamt darf die Schule um Informationen allerdings nur ersuchen, wenn die Voraussetzungen einer der Alternativen des § 62 Abs. 3 SGB VIII für eine Datenerhebung bei Dritten erfüllt sind. Die Aufzählung der Ausnahmetatbestände ist abschließend. Ist kein solcher erfüllt, ist das Jugendamt weiterhin zur grundsätzlich vorzuziehenden Datenerhebung beim Betroffenen (Abs. 2) verpflichtet⁹⁹.

Die Übermittlung von Daten an **andere Einrichtungen der Jugendhilfe, also auch die in einer OGS aktiven Träger der Jugendhilfe**, ist von § 120 Abs. 5 S. 1 SchulG nicht erfasst (Wortlaut). Hier sind S. 2 (*öffentliche* Jugendhilfeträger) und S. 3 (*private* Jugendhilfe als nicht-öffentlicher Bereich) einschlägig. Dies führt dazu, dass entweder eine Einwilligung der Betroffenen oder eine besondere gesetzliche Legitimation erforderlich ist: Für die Rechtmäßigkeit einer Weitergabe von Daten an eine öffentliche Stelle ist eine Erlaubnis durch Gesetz erforderlich, für eine rechtmäßige Weitergabe an nicht-öffentliche Stellen ein rechtlicher Anspruch auf Datenbekanntgabe dieser Stelle gegeben sein. Beides existiert bislang für den Ganztags schulbereich nicht.

⁹⁶ Vgl. hierzu grundlegend BVerfGE 9.2.1982 – 1 BvR 845/79 – 59, 360 ff..

⁹⁷ Die Einsichtsfähigkeit ist anhand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, dabei sind u.a. Alter und geistige Reife des oder der Minderjährigen, Umfang, Zweck und Sensibilität der erhobenen Daten zu berücksichtigen.

⁹⁸ So auch das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Zusammenarbeit von Schule und Jugendhilfe, unter: www.datenschutzzentrum.de/sozialdatenschutz/schjughi.htm.

⁹⁹ Vgl. dazu Beispiele des Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Zusammenarbeit von Schule und Jugendhilfe, unter: www.datenschutzzentrum.de/sozialdatenschutz/schjughi.htm.

Zwar könnten vom Landesgesetzgeber theoretisch Regelungen geschaffen werden, die diesen Anforderungen entsprechen, es stellt sich jedoch die Frage, ob dies sinnvoll wäre. Dagegen spricht zum einen, dass die starke Einbeziehung privater Träger in die OGS die Schaffung eines „Anspruchs“ erforderlich macht. Es ist anzunehmen, dass ein solcher bereits aufgrund seines rechtsdogmatisch hohen Gewichts politisch schwer durchsetzbar wäre. Selbst wenn ein solcher jedoch gesetzlich festgelegt wäre, bestände darüber hinaus gem. § 120 Abs. 3 SchulG die Pflicht, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob durch die Datenübermittlung schutzwürdige Belange der Betroffenen berührt sind. Zum anderen hätte eine solche Regelung nur Sinn, könnte gleichzeitig auch ein Datenaustausch vom nachmittägigen Bereich der Jugendhilfearbeit an den schulischen Vormittagsbereich an den OGS erlaubt werden. Die Schaffung einer solchen Regelung ist jedoch nur sehr schwer möglich (vgl. dazu unter 7.3.4).

Dies spricht dafür, dass anstelle einer Legitimation durch Gesetz eine Legitimation für den Datenaustausch durch eine Einwilligung der Personensorgeberechtigten herbeigeführt werden sollte (vgl. dazu auch später unter 7.5).

7.3.4 Vom nachmittäglichen Jugendhilfe- an den schulischen Vormittagsbereich

Die Übermittlung von Daten von dem nachmittägigen Jugendhilfebereich einer OGS an den schulischen Vormittagsbereich ist aufgrund des besonderen Sozialdatenschutzes der §§ 64 ff. SGB VIII strengeren Voraussetzungen unterworfen als umgekehrt.

Auch wenn der Sozialdatenschutz des SGB VIII für die privaten Träger der Jugendhilfe nicht unmittelbar gilt, sondern grundsätzlich nur, das gilt, was diese mit ihren Klienten vereinbart haben¹⁰⁰, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass ein entsprechender Sozialdatenschutz mit den privaten Trägern i.S.d. § 61 Abs. 3 SGB VIII vereinbart worden ist.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Informationsweitergabe muss zwischen „anvertrauten“ und sonstigen Sozialdaten differenziert werden.

Handelt es sich nicht um anvertraute Sozialdaten und soll ihre Übermittlung für eigene Zwecke erfolgen, ist dies im Rahmen der Erforderlichkeit gem. § 64 Abs. 1 SGB VIII erlaubt. Erfolgt hingegen die Übermittlung zur Erfüllung sonstiger sozialer Aufgaben nach § 69 SGB X, darf hierdurch der Erfolg der Jugendhilfeleistung nicht gefährdet werden (§ 64 Abs. 2 SGB VIII).

¹⁰⁰ Ausreichend sind hierfür regelmäßig auch stillschweigende Vereinbarungen, die sich aus dem Kontext der Arbeit zwischen dem privaten Jugendhilfeträger und den Klienten ergeben; die Vorstellungen der Klienten werden oft bis regelmäßig dahingehen, dass besonders vertrauliche Informationen, die den Mitarbeitern der privaten Träger in der Arbeit bekannt geworden sind, nicht ohne Weiteres weitergegeben werden dürfen.

Handelt es sich um „anvertraute“ Daten, die also als „Geheimnis“ entgegengenommen und deshalb einem besonderen Vertrauensschutz unterliegen, kommt ihre Weitergabe nur in Betracht, wenn eine der in § 65 Abs. 1 SGB VIII genannten Voraussetzungen gegeben ist. Deren Betrachtung zeigt wiederum, dass über eine Einwilligung der Personensorgeberechtigten am einfachsten eine Legitimation der Datenübermittlung zu erreichen wäre (§ 65 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII). Fehlt es an einer solchen Einwilligung, können jedenfalls in Fällen des Kinderschutzes anvertraute Daten, soweit diese nicht bereits anonymisiert oder pseudonymisiert werden können, sowohl zur Risikoabschätzung i.S.d. § 8a SGB VIII (§ 65 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII) als auch unter den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB (Weitergabe zur Abwendung einer konkreten Gefahr) weitergegeben werden, da in einem solchen Fall auch die Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1, 3 StGB gebrochen werden dürfte (§ 65 Abs. 1 Nr. 5 SGB VIII).

Wurden Daten aus dem nachmittäglichen Jugendhilfebereich in den schulischen Bereich einer OGS weitergegeben, ist dieser gem. § 78 Abs. 1 SGB X an die Zweckbindungs- und die Geheimhaltungspflicht im gleichen Grade wie die Jugendhilfe gebunden und darf mit diesen Daten also nicht anders umgehen, als auch die Jugendhilfe dies dürfte.

Da es sich bei diesen Datenschutzvorschriften um Bundesrecht handelt, kann auf landesgesetzlicher Ebene von diesen keine Ausnahme oder Einschränkung gemacht werden. Eine gesetzliche Legitimation für eine freiere Datenübermittlung vom nachmittägigen Jugendhilfebereich an den vormittägigen schulischen Bereich könnte folglich auch nur durch Bundesgesetz erfolgen. Ob ein solches aber politisch durchsetzbar ist, erscheint sehr fraglich.

7.4 Datenübermittlung vom vorschulischen Bereich zur Schule

Es existieren bereits Erfahrungen im Umgang mit dem Datenschutz zwischen Jugendhilfeeinrichtungen und Schulen. Vor der Einführung der OGS wurden Fragen des Datenschutzes vor allem hinsichtlich der Kooperation mit Horten und Kindergärten diskutiert. Aus den hier existierenden Vorgaben lassen sich Anregungen auch für die OGS ziehen.

Konkrete Vorgaben existieren in Nordrhein-Westfalen seit April 2004 bezüglich des Datenschutzes beim Übergang von der Kindertageseinrichtung zur Grundschule. Mit Erlass des Ministeriums für Schule, Jugend und Kinder vom 27.7.2004 wird darauf hingewiesen, dass das in einem Merkblatt vom 26.4.2004 unter 3. festgehaltene Verfahren einzuhalten ist. Danach können bestimmte personenbezogene Daten (z.B. Kindergarteneintritt, Betreuungszeit, Teilnahme an Sprachförderungsmaßnahmen) mit Einwilligung der Eltern abgeru-

fen werden. Ergänzend wurde ein Muster zur „Erklärung der Erziehungsberechtigten zum Informationsaustausch zwischen Kindergarten und Grundschule“ beigefügt¹⁰¹.

Dem im Wesentlichen entsprechend wurden auch in anderen Bundesländern verwaltungsinterne Vorgaben gemacht, dass für den personenbezogenen Datenaustausch über Kinder die Einwilligung der Eltern bzw. Personensorgeberechtigten einzuholen ist¹⁰².

7.5 Resümee: Einwilligung als Königsweg

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein Datenaustausch auf Grundlage der Einwilligung der Betroffenen einerseits fachlich und andererseits auch rechtlich die wirkungsvollste Legitimation einer kooperativen Zusammenarbeit ist.

Haben die Betroffenen in die Datenübermittlung eingewilligt, sind sämtliche Kooperationsformen datenschutzrechtlich zulässig (§§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 BDSG, §§ 4 Abs. 1 S. 1b, S. 2 DSG NRW, §§ 67b Abs. 1, 2 SGB X). Wie unter 7.3.3 und 7.3.4 festgestellt wurde, ist ein Datenaustausch zwischen dem vormittägigen Schul- und dem nachmittäglichen Jugendhilfebereich ohne Einwilligung der Personensorgeberechtigten rechtlich nur in sehr begrenztem Maße möglich. Eltern und Personensorgeberechtigte sind jedoch an einem solchen Datenaustausch durchaus interessiert, erhoffen sie sich doch bessere Bildungs- und Erziehungserfolge ihrer Kinder durch den Besuch einer OGS. Geeignester Zeitpunkt die Einwilligungen einzuholen wäre der Moment der verbindlichen Anmeldung des Kindes für das Nachmittagsprogramm bzw. der Abschluss des Betreuungsvertrags.

Dem Beispiel der Kooperation zwischen Schule und Kindergarten sollte gefolgt werden. Dabei erscheint es durchaus sinnvoll durch verwaltungsinterne Weisung (wie einen Rund-erlass) die Offenen Ganztagschulen zu einer entsprechenden Einwilligungspraxis anzuhalten.

Eine generelle Einwilligungserklärung könnte wie folgt lauten:

Um den im schulischen und im offenen Nachmittagsbereich der Offenen Ganztagschule ... beschäftigten Lehrerinnen, Lehrern und den dort beschäftigten Fachkräften der Kinder- und Jugendhilfe ein zeitna-
hes, kooperatives und professionelles Handeln zu ermöglichen, gestatte ich hiermit, den Austausch von
Daten zwischen diesen Beteiligten, die mein Kind ... in allen relevanten Erziehungs-, Förder- und Bil-
dungsfragen betreffen. Diese Erklärung ist jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerruflich.

¹⁰¹ Vgl. dazu unter http://www.lwl.org/LWL/Jugend/Landesjugendamt/LJA/jufoe/koop_jugendhilfe_schule/1093603112/datenschutz/index2.html.

¹⁰² Z.B. RdErl. des Niedersächsischen Kultusministeriums vom 2.5.2006 - 32 - 80006 (SVBl. 6/2006 S.218) - VORIS 22410 ; in Hessen § 15 Abs. 3 Verordnung zur Ausgestaltung der Bildungsgänge und Schulformen der Grundstufe (Primarstufe) und der Mittelstufe (Sekundarstufe I) und der Abschlussprüfungen in der Mittelstufe (VOBGM); Informationen des Bayrischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen unter <http://www.stmas.bayern.de/kinderbetreuung/tageseinrichtungen/garten-koop.htm#datenschutz> sowie Mustervordruck für die Einwilligung (Stand: 29.11.2006, <http://www.stmas.bayern.de/kinderbetreuung/download/einwillmuster.pdf>).

Auch wenn eine solche generelle Einwilligungserklärung rechtlich wohl ausreichend wäre, ist aus rechtlichen wie fachlichen Gründen eine Erklärung mit höherem Bestimmtheitsgrad vorzuziehen. In einer beispielhaften („insbesondere“) Aufzählung sollte benannt werden, über welche Punkte konkret ein Austausch vorgesehen ist. Dabei halten wir es jedoch für erforderlich, dass diese Punkte, die für den Austausch innerhalb einer OGS von besonderer Relevanz sind, von Personen genannt werden, die hiermit praktisch befasst sind.