



Die Ministerin

Die Ministerin

MKJFGFI • MSB des Landes Nordrhein-Westfalen • 40190 Düsseldorf

An den
Präsidenten des Landtags
Nordrhein-Westfalen
Herrn André Kuper MdL
Platz des Landtags 1
40211 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
18. WAHLPERIODE

VORLAGE
18/737

A04, A15

17. Januar 2023
Seite 1 von 1

Ansprechpartner/in:

MSB
Pia Hegener
Telefon 0211 5867-3533
pia.hegener@msb.nrw.de

MKJFGFI
Uwe Schulz
Telefon 0211 837-3116
uwe.schulz@mkjfgfi.nrw.de

„Expertise zur landesrechtlichen Umsetzung des Artikel 1 Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Ganztagsförderungsgesetz (GaFöG) vom 2. Oktober 2021 in Nordrhein-Westfalen“ des Instituts für soziale Arbeit e.V.

Sehr geehrter Herr Landtagspräsident,

hiermit übersenden wir Ihnen die Expertise des Instituts für soziale Arbeit e.V. zu Fragen der Umsetzung des Rechtsanspruchs auf Ganztagsbetreuung für Kinder im Grundschulalter mit der Bitte, diese den Mitgliedern des Ausschusses für Familie, Kinder und Jugend und der Kinderschutzkommission sowie des Ausschusses für Schule und Bildung des nordrhein-westfälischen Landtags zur Information zuzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen

Dorothee Feller

Josefine Paul



Institut für soziale Arbeit e. V.
Friesenring 40
48147 Münster

**Expertise zur landesrechtlichen Umsetzung
des Artikel 1 Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch -
Ganztagsförderungsgesetzes (GaFöG) vom 2. Oktober 2021
in Nordrhein-Westfalen**

Münster, den 01.12.2022

Autorinnen und Autoren:

- Prof. Dr. jur. Johannes Münder
em. Universitätsprofessor TU Berlin
Lehrstuhl für Sozialrecht und Zivilrecht
- Prof. Dr. jur. Jörg Ennuschat
Juristische Fakultät Ruhr-Universität Bochum
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht
- Ilona Heuchel
Institut für soziale Arbeit e.V.
- Katharina Fournier
Institut für soziale Arbeit e.V.
- André Altermann
Institut für soziale Arbeit e.V.

Inhaltsverzeichnis

A. DIE AUSGANGSLAGE	4
A.1. FRAGESTELLUNG UND ZIELSETZUNG DER EXPERTISE	4
A.2. DIE SITUATION DER OFFENEN GANZTAGSSCHULEN IM PRIMARBEREICH (OGS) IN NRW	5
A.2.1 <i>Prognosen zu Bedarfen und Teilnahmequoten</i>	6
A.2.2 <i>Finanzierung und Finanzsituation der offenen Ganztagschulen im Primarbereich in NRW</i>	8
A.2.3 <i>Die Organisationsformen des Ganztags</i>	14
A.2.4 <i>Grundmodelle der Kooperation von Schule und Jugendhilfe in der OGS</i>	15
A.2.5 <i>Zu treffende Grundentscheidungen</i>	20
A.3 VERFASSUNGS- UND BUNDESRECHTLICHE ASPEKTE.....	21
A.3.1 <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben</i>	21
A.3.2 <i>Das Ganztagsförderungsgesetz des Bundes</i>	28
A.4. EIN LANDESGESETZ ZUR GANZTAGSFÖRDERUNG FÜR KINDER IM PRIMARBEREICH IN NRW	28
B. WICHTIGE ASPEKTE FÜR EIN AUSFÜHRUNGSGESETZ NRW ZUM	30
GANZTAGSFÖRDERUNGSGESETZ DES BUNDES	30
B.1. ZU BEACHTENDE RECHTLICHE VORGABEN.....	31
B.1.1. <i>Vorgaben des Artikel 1 Ganztagsförderungsgesetz (GaFöG)</i>	31
B.1.2. <i>Beachtung jugendhilferechtlicher Bestimmungen des Bundes- und des Landesrechts</i>	35
B.1.3. <i>Zu erwartende Regelungen – qualitative Aspekte</i>	36
B.2. KOOPERATION SCHULE – JUGENDHILFE	37
B.2.1. <i>Kooperationsverpflichtung</i>	37
B.2.3. <i>Auswahl des Kooperationspartners</i>	48
B.2.3.2 <i>Unions-, verfassungs- und vergaberechtliche Vorgaben für die Auswahl</i>	49
B.2.3.3 <i>Empfehlungen</i>	55
B.3. BETRIEBSERLAUBNIS FÜR DIE AUßERUNTERRICHTLICHEN ANGEBOTE NACH § 45 SGB VIII	56
B.4. PERSONAL DER AUßERUNTERRICHTLICHEN ANGEBOTE	61
B.4.1. <i>Fachkräfte, Tätigkeitsausschluss</i>	61
B.4.2. <i>Beschäftigung von Personal</i>	63
B.4.3. <i>Weisungsrecht, „Dienst- und Fachaufsicht“</i>	64
B.5. GESAMTVERANTWORTUNG, GEWÄHRLEISTUNG, PLANUNG	74
B.5.1. <i>Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverpflichtung</i>	74
B.5.2. <i>Jugendhilfeplanung</i>	76
B.5.3 <i>Schulentwicklungsplanung</i>	76
B.5.4. <i>Gemeinsame Planungsverantwortung</i>	78
B.6. GESETZLICHE UNFALLVERSICHERUNG	78
C. RESÜMEE, HANDLUNGSBEDARFE UND EMPFEHLUNGEN	79
C.1 ZWINGEND ZU SCHLIEßENDE REGULIERUNGSLÜCKEN.....	80
C.2 KLARSTELLUNGEN UND KONKRETISIERUNGEN BESTEHENDER REGULUNGEN	81
C.3. FACHLICHE EMPFEHLUNGEN	82

A. Die Ausgangslage

A.1. Fragestellung und Zielsetzung der Expertise

Mit dem Ganztagsförderungsgesetz (GaFöG) hat der Bund im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz die stufenweise Einführung eines Anspruchs auf ganztägige Förderung für Grundschul Kinder durch Änderungen des SGB VIII verbindlich festgelegt¹. Die Ausführungskompetenz dieses Bundesgesetzes ist nach Art. 83 GG eine eigene Angelegenheit der Bundesländer, sodass entsprechende Gestaltungsnotwendigkeiten und Gestaltungsspielräume für die Länder bestehen.

Nordrhein-Westfalen ist mit Blick auf quantitative und strukturelle Aspekte zur Umsetzung des Rechtsanspruchs im Vergleich zu anderen Bundesländern bereits gut vorbereitet, denn mit der Entscheidung, in der Primarstufe das sogenannte Trägermodell zu etablieren, ist der Grundstein für eine abgestimmte Zusammenarbeit zwischen der Kinder- und Jugendhilfe sowie Schule auf einzelschulischer und kommunaler Ebene bereits gelegt².

Auch hinsichtlich des zeitlichen Umfangs der ganztägigen Bildung, Förderung und Betreuung gibt es in NRW bestehende, verbindliche Regelungen, die aber die quantitativen Anforderungen des GaFöG³ noch nicht voll umfänglich abdecken. Im Ganztagschülerlass des MSB NRW heißt es: „Der Zeitrahmen offener Ganztagschulen im Primarbereich (§ 9 Absatz 3 SchulG) erstreckt sich unter Einschluss der allgemeinen Unterrichtszeit in der Regel an allen Unterrichtstagen von spätestens 8:00 Uhr bis 16:00 Uhr, bei Bedarf auch länger, mindestens aber bis 15:00 Uhr“⁴.

Dennoch, auch wenn die bestehenden Regelungen zur Ausgestaltung der Nordrhein-Westfälischen Ganztagschulen im Primarbereich⁵ im Hinblick auf eine Umsetzung des GaFöG schon recht weitreichend sind und die Kooperation von Jugendhilfe und Schule durch das Trägermodell bereits als erfolgreiches Praxismodell etabliert ist, ergeben sich durch Änderungen im SGB VIII und Anpassungen in der Schulgesetzgebung vielfältige Herausforderungen und Handlungsbedarfe für das Land NRW und die ausführenden Kommunen bzw. Kreise.

Dazu gehört bspw. die Klärung der zentralen Frage, ob die bisherigen, vornehmlich schulrechtlichen Regelungen in NRW⁶ (z.B. §9 SchulG; Ganztagserlass), weiterhin Bestand haben können oder ob der Rechtsanspruch, der explizit im Kinder- und Jugendhilferecht verankert ist, auf Landesebene in NRW bspw. ein Pendant zum Kinderbildungsgesetz NRW

1 Vgl. BGBl Teil I 2021 Nr. 71 vom 11.10.2021 S. 4602 ff.

2 „Eine zentrale Grundlage ist die Zusammenarbeit von Schule, Kinder- und Jugendhilfe, gemeinwohlorientierten Institutionen und Organisationen aus Kultur und Sport, Wirtschaft und Handwerk sowie weiteren außerschulischen Partnern (BASS .12-63 Nr. 2; 1.3).

3 Vgl. Kap. B1 fff.

4 RdErl. d. Ministeriums für Schule und Weiterbildung v. 23.12.2010 (ABl. NRW. 01/11 S. 38, berichtigt 02/11 S. 85).

5 Zu den Ganztagschulen im Primarbereich gehören neben den Grundschulen auch die Förderschulen sowie weitere außerunterrichtlichen Ganztags- und Betreuungsangeboten wie die „Schule von acht bis eins“, „Dreizehn Plus“ und „Silentien“, (...) und weitere Ganztags- und Betreuungsangebote“ BASS 12-63 Nr. 2).

6 Abgesehen vom §4; Abs. 5 KiBiz und flankierenden Regelungsbereichen wie das 3. AG-KJHG – KJFöG (insb. §7; Abs. 1 und Abs. 3).

(KiBiz) erfordert und ob darüber hinaus ergänzende oder flankierende Regelungen in weiteren landesrechtlichen Bestimmungen notwendig sein werden.

Ziel der nachfolgenden Fachexpertise ist es, Möglichkeiten und Modelle für eine rechtliche und organisatorische Umsetzung in NRW aufzuzeigen. Hierbei werden insbesondere notwendige Regelungsbereiche zur Verankerung im Kinder- und Jugendhilferecht und in der Schulgesetzgebung fokussiert.

Die Expertise zeigt Reglungs- und Umsetzungsmöglichkeiten auf und versteht sich insofern als fachlich-juristischer Impuls für einen anschließenden dialogischen Entwicklungs- und Aushandlungsprozess mit allen „Stakeholdern“ in NRW.

Dabei werden Möglichkeiten, aber auch Grenzen einer landesrechtlichen Regelung herausgestellt sowie Bereiche benannt, die mit geltenden rechtlichen Regelungen in NRW bereits hinreichend abgedeckt sind.

A.2. Die Situation der offenen Ganztagschulen im Primarbereich (OGS) in NRW

Die mehr als zwei Jahrzehnte zurückliegende landespolitische Entscheidung, den steigenden Betreuungsbedarf von Kindern im Grundschulalter durch eine Reduzierung der Horte bei gleichzeitigem Ausbau der offenen Ganztagschulen im Primarbereich zu begegnen, hat in Nordrhein-Westfalen dazu geführt, dass im Schuljahr 2020/21 ca. 94% der Grundschulen als offene Ganztagsgrundschulen arbeiten und die überwiegende Mehrzahl dieser Ganztagschulen im Primarbereich gemeinsam mit einem freien Träger der Jugendhilfe organisiert werden. Da bereits im Schuljahr 2017/18 der Anteil der Grundschulen, die als offene Ganztagschulen organisiert waren, bei 93% lag⁷, ist hinsichtlich der Teilnahme weiterer Schulen eine Sättigung im Feld zu beobachten.

Dennoch ist in den letzten Jahren auch eine anhaltende Ausbaudynamik der Plätze im OGS-Bereich zu verzeichnen. Standen im Schuljahr 2018/19 noch 315 600 Plätze zur Verfügung, so stehen im Haushalt 2022 bereits 362 500 Plätze in der OGS bereit. Im Schuljahr 2021/2022 nahmen 330.814 Kinder an der OGS teil⁸.

Im Zeitverlauf lässt sich ein zwar moderater, aber stetiger Anstieg der Teilnahmequoten feststellen – im Schuljahr 2017/2018 lag die Teilnahmequote noch bei ca. 45%.

Gemessen an allen schulpflichtigen Kindern im Grundschulalter nahm in 2021 ca. jedes zweite Kind Leistungen der Ganztagschulen in Anspruch: In 2021 nahmen 49% der Kinder an einer „Betreuungsform“ in der OGS teil und 7,5% der Kinder an „sonstigen Betreuungsformen“⁹.

Andererseits muss berücksichtigt werden, dass eingeschränkte Raum- und Flächenkapazitäten sowie und das wiegt z.T. schwerer, fehlendes Personal und die Auswirkungen der Corona-Pandemie den weiteren Ausbau negativ beeinflussten.

7 *Altermann, A./ Lange, M. / Menke, S. / Rosendahl, J./ Steinhauer, R./ Weischenberg, J. (2018): Bildungsbericht Ganztagschule NRW 2018.*

8 <https://www.schulministerium.nrw/system/files/media/document/file/statistiktelegramm-2021.pdf>

9 Ebd.

Gleichwohl die Ausbaudynamik in den letzten Jahren ein wenig nachließ - NRW ist im Ländervergleich bereits auf einem hohen Niveau - ist es plausibel anzunehmen, dass die Ausbaudynamik durch den Rechtsanspruch und die damit verbundenen zusätzlichen Investitionsmittel, je nach Region, deutlich bis moderat ansteigt.

A.2.1 Prognosen zu Bedarfen und Teilnahmequoten

Vorbemerkung:

Aktuell liegen einige, wenige Studien vor, die versuchen, erste Planungshinweise für die zu erwartenden Bedarfe an Betreuungsplätzen für Kinder im Grundschulalter zu schätzen, nicht zuletzt, um eine Rechnungsgrundlage für die zu erwartenden Kosten, bzw. Personal- und Raumbedarfe zu erhalten. Allen Studien gleich ist der Ansatz, auf Grundlage von gegenwartsbezogenen Vorannahmen und Prämissen, Prognosen über das Nachfrageverhalten zukünftiger Elterngenerationen zu erhalten. Dabei kämpfen alle Studien mit der Schwierigkeit, potenziell einflussnehmende ökonomische, gesellschaftliche oder (fach-) politische Entwicklungen nicht adäquat berücksichtigen zu können, bzw. aufgrund ihrer Komplexität bewusst ausklammern zu müssen. Insofern stellen alle aktuellen Hochrechnungen sehr grobe und vage Entwicklungsszenarien dar.

Betrachtet man analoge Entwicklungen in anderen Feldern der Jugendhilfe - der Vergleich mit den Kindertageseinrichtungen bietet sich hier sicherlich an -, so ist davon auszugehen, dass ein einmal etabliertes, qualitativ akzeptiertes Angebot zukünftig auch zunehmend nachgefragt wird¹⁰. Es scheint plausibel, in NRW auch im Feld der Ganztagschulen im Primarbereich¹¹ von einem sukzessiven Ausbau sowie einer im Zeitverlauf steigenden Nachfrage auszugehen.

Die Datenlage aus aktuellen Studien:

Die Studie „Plätze. Personal. Finanzen. Bedarfsorientierte Vorausberechnung für die Kindertages- und Grundschulbetreuung bis 2030“ vom Forschungsverbund DJI/TU Dortmund¹² geht für Nordrhein-Westfalen, je nach zugrunde gelegtem Szenario, von einem zusätzlichen Ausbaubedarf von 110.900 (unteres Szenario = konstanter Elternbedarf) bis 153.400 (oberes Szenario = steigender Elternbedarf¹³) Ganztagsplätzen für Kinder im Grundschulalter in 2029/30 aus. Gemessen am Platzbestand in 2019/20 (ca. 49% Inanspruchnahme in 2019/20), entspräche dies einem Aufwuchs um +35% bis +49%.

Betrachtet man die Auswirkungen auf das Personal, so ergibt sich in Szenario 1 (Personalschlüssel 1:15); in 20/29 ein zusätzlicher Personalbedarf von 4.200 VZÄ¹⁴ (konstanter Elternbedarf), respektive 5.800 VZÄ (steigender Elternbedarf). Für Szenario 2

10 Hamburg hat seit etwas mehr als 10 Jahren einen Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung und -förderung. Hier ist die Teilnahmequote aktuell auf mehr als 90% angestiegen.

11 „Die Förderschule mit dem Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung und die Förderschule mit dem Förderschwerpunkt Körperliche und Motorische Entwicklung werden in der Regel als Ganztagschule geführt“ §9; Abs. 1 SchulG NRW.

12 <https://www.forschungsverbund.tu-dortmund.de/detail/news/ganzttag-fuer-grundschulkinderausbaubedarf-insbesondere-in-den-westdeutschen-flaechenlaendern/>

13 Die Studie geht für die Modellrechnungen von einer durchschnittlichen Steigerung des Elternbedarfs von 10% aus.

14 Vollzeitäquivalent/Vollbeschäftigtenäquivalent.

(Personalschlüssel 1:10) wird bei konstantem Elternbedarf ein zusätzlicher Bedarf von 6.300 VZÄ sowie bei steigendem Elternbedarf ein zusätzlicher Bedarf von 8.800 VZÄ ausgegangen. Alle Personalwerte beziehen sich auf einen Zeitraum, in dem der Rechtsanspruch bereits vollständig greift. Da der Rechtsanspruch zum Schuljahr 2026/27 sukzessive eingeführt wird, ist zu Beginn des Rechtsanspruchs mit einem entsprechend geringeren Personalbedarf kalkuliert. Angesichts einer hohen Teilzeitquote im Beschäftigungsfeld¹⁵ ist von einer ungleich höheren Anzahl an benötigten Personal auszugehen, als die VZÄ ausweisen. Die Studie geht bspw. bei einem vollständig umgesetzten Rechtsanspruch in 2029/30 in Szenario 1 (Personalschlüssel 1:15) bei konstantem Elternbedarf von 7.300 und bei steigendem Elternbedarf von 10.200 zusätzlichen Personalstellen (VZÄ) aus. In Szenario 2 (Personalschlüssel 1:10) werden zur vollständigen Umsetzung des Rechtsanspruchs in 2029/2030 11.000 (konstanter Elternbedarf) bzw. 15.200 (steigender Elternbedarf) zusätzliche Personalstellen (VZÄ) ausgewiesen. Für die daraus resultierenden Mehrbedarfe an Investitions- und Betriebskosten weist die Studie für unterschiedliche Szenarien Hochrechnungen aus, auf die an dieser Stelle nicht ausführlich eingegangen wird¹⁶. Für NRW werden bis zur vollständigen Umsetzung des Rechtsanspruchs im kostengünstigsten Szenario ein Bedarf an 516 Mio. Euro für Investitionskosten sowie 294 Mio. Euro für laufende Betriebskosten per anno ausgewiesen. Die kostenintensivsten Szenarien gehen in 2029/30 von 715 Mio. Euro Investitionskosten sowie 667 Mio. Euro laufende Betriebskosten aus.

Die vorangegangenen Prognosen und Werte basieren auf Landesdurchschnitten. In ihrer Studie „Institutionelle Betreuung im Grundschulalter in NRW“ betonen Lange und Weischenberg die deutlich darstellbaren regionalen Disparitäten in NRW. Auf der Basis von Elternbefragungen¹⁷ weisen sie in 2019 für großstädtisch geprägte Regionen eine Betreuungsquote von 73% und in dünn besiedelten ländlichen Regionen eine Betreuungsquote von 54% aus. Entsprechend unterschiedlich fällt auch der Betreuungsbedarf der Eltern aus. Während in großstädtisch geprägten Regionen der Bedarf über 80% liegt, haben in ländlich geprägten Regionen nur 64% der teilnehmenden Eltern einen Betreuungsbedarf angegeben.

Ebenso wie die Bedarfe hinsichtlich der zeitlichen Betreuungsumfangs aufgrund unterschiedlicher Lebenssituationen der Eltern/Kinder variieren, ergeben sich unterschiedliche Bedarfe im Lebensverlauf der Kinder. „Der Betreuungsbedarf vor Unterrichtsbeginn im Grundschulalter nimmt mit steigender Klassenstufe kontinuierlich ab (1. Klasse: 32%; 4. Klasse: 21%)“¹⁸.

Gleich wie kleinräumig man die Untersuchungsräume auch zuschneidet, es bleiben Durchschnittswerte, die lediglich erste Anhaltspunkte für weitere Planungsgrundlagen und

15 Eine Dynamisierung der erwartbaren Kosten aufgrund steigender Gehälter; tariflicher Stufenaufstiege o.ä. wurden nicht berücksichtigt.

16 Ausführlich dazu *Rauschenbach et. al* (2021): Plätze. Personal. Finanzen. Bedarfsorientierte Vorausberechnung für die Kindertages- und Grundschulbetreuung bis 2030; S. 36 – 40.

17 Durch das Stichprobendesign und die realisierte Grundgesamtheit kommt es zu deutlichen Differenzen zur amtlichen Statistik in NRW. Die Grundtendenzen der ausgewiesenen Kennzahlen bleiben davon aber unberührt.

18 *Lange, M. / Weischenberg, J.* (2021): Institutionelle Betreuung im Grundschulalter in NRW. Betreuungswünsche und Elternbedarfe – Landes- und Regionalperspektive. Dortmund; S. 11.

Berechnungen liefern. Die konkreten Bedarfserhebungen und die Ausgestaltung von Planungsgrößen müssen auf der kommunalen Ebene erfolgen. Die Schulentwicklungs- und Jugendhilfeplanung (einschl. kommunaler Jugendförderplan) sind dafür zwei erprobte Instrumente, die mit Blick auf eine Verantwortungsgemeinschaft von Jugendhilfe und Schule für Entwicklungs- und Bildungsprozesse der Heranwachsenden zukünftig stärker aufeinander abgestimmt oder zu einer integrierten, inklusiv ausgerichteten kommunalen Sozial- und Bildungsplanung weiterentwickelt werden sollten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei hoher Qualität der außerunterrichtlichen Angebote in Verbindung mit einer darauf abgestimmten schulischen Gesamtkonzeption *kindorientierter und kindgerechter Ganztagsbildung*, mit sukzessiven steigenden Bedarfen bzw. Nachfragen zu rechnen ist. Je höher die Qualität der Angebote, desto höher fällt die Akzeptanz auf Seiten der Adressat:innen, sprich Eltern und Kinder aus.

A.2.2 Finanzierung und Finanzsituation der offenen Ganztagschulen im Primarbereich in NRW

Die Finanzierung der offenen Ganztagschulen im Primarbereich basiert auf einem „Drei-Säulen Prinzip“. Neben Landeszuschüssen (dynamisierte Festbetragsfinanzierung) und Lehrer:innenstellen, erbringt die Kommune bzw. der Schulträger einen kommunalen Eigenanteil, der durch Elternbeiträge ergänzt wird. Die Förderung des Landes erfolgt als Festbetragsfinanzierung i.d.R.¹⁹ über den Schulträger und setzt u.a. das Vorhandensein eines Ganztagskonzepts sowie der abgeschlossenen Kooperationsvereinbarungen voraus.

Zum 01.08.22 betrug der Grundfestbetrag pro Schuljahr und Kind 1.012 €²⁰, beziehungsweise 1.825 € für Kinder mit Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung sowie für neu zugewanderte Kinder. Wie eingangs erwähnt, erhöht sich der Grundfestbetrag jährlich zum Beginn des neuen Schuljahres um 3%. Der Festbetrag kann flexibel je nach den unterschiedlichen Bedürfnissen und differenzierten Förderbedarfen der Kinder für entstehende Personal- und Sachkosten verwendet werden. Fördergegenstand sind die außerunterrichtlichen Angebote in offenen Ganztagschulen der Primarstufe einschließlich aller alternativen Betreuungsformen²¹.

Neben dem Grundfestbetrag besteht die Möglichkeit, eine Betreuungspauschale in Form eines Zuschusses zu erhalten (7.500 €; bzw. 8.500 € für Förderschulen pro Jahr), sofern der jeweilige „Ganztagsträger“ ergänzende Betreuungsangebote (z.B. in den Ferienzeiten) oder Betreuungsangebote in den Tagesrandzeiten anbietet.

Neben dem Grundfestbetrag stellt das Land Lehrer:innenstellenanteile in einem Umfang von 0,2 Lehrer:innenstellen pro 25 Schüler:innen bzw. pro 12 Schüler:innen mit „besonderen Bedarf“²² an sonderpädagogischer Unterstützung bzw. für Kinder aus neu zugewanderten Flüchtlingsfamilien oder in vergleichbaren Lebenslagen zur Verfügung. 0,1 dieser

19 Tlw. auch über örtliche Jugendämter.

20 Alle nachfolgenden Angaben zu Förderbeträgen vgl. BASS 11-02 Nr. 19 sowie BASS 12-63 Nr.2.

21 „(...) sowie weitere außerunterrichtlichen Ganztags- und Betreuungsangeboten wie die „Schule von acht bis eins“, „Dreizehn Plus“ und „Silentien“, (...) und weitere Ganztags- und Betreuungsangebote“ BASS 12-63 Nr. 2).

22 Kinder mit sonderpädagogischer Unterstützung bzw. aus neu zugewanderten Flüchtlingsfamilien oder in vergleichbaren Lebenslagen.

Stellenanteile können, je nach Bedarf und Beschaffenheit des Fördergegenstandes, zusätzlich kapitalisiert werden. Zum 01.08.22 steht somit potenziell ein zusätzlicher Beitrag in Höhe von 340 € pro Schüler:in; bzw. 639 € pro Schüler:in mit „besonderen Bedarfen“ zur Verfügung.

Neben den Landeszuschüssen und Lehrer:innenstellen erbringt der Schulträger zwei (kommunale) Teilbeträge, die im interkommunalen Vergleich sehr stark variieren²³.

Der Schulträger erbringt für die Durchführung der außerunterrichtlichen Angebote einen kommunalen Eigenanteil, auf den die Elternbeiträge²⁴ angerechnet werden können. Der Eigenanteil des Schulträgers betrug zum 01.08.2022 als Mindestbetrag 535 € pro Jahr, pro Platz. Dieser Teilbetrag unterliegt, wie auch der Grundfestbetrag des Landes einer jährlichen Dynamisierung in Höhe von 3%.

Um diesen Eigenanteil zu erbringen, können die Kommunen Elternbeiträge erheben. Rechtsgrundlage für die Erhebung von Elternbeiträgen ist § 51 Abs.5 KiBiZ (Kinderbildungsgesetz) sowie der Ganztagerlass; insbesondere Absatz 8.2. Die nach oben gedeckelten, aber dynamisierten Elternbeiträge²⁵ sind variabel, meist nach verfügbarem Haushaltseinkommen der Familien gestaffelt und können von den Kommunen auf den zu erbringenden Eigenanteil angerechnet werden. Die große Anfrage 4 bietet eine Übersicht über den Umfang der Elternbeiträge in den Kommunen im Jahr 2018 (vgl. Fn. 24).

Aktuell liegen keine validen Daten zu den verfügbaren Budgets der Ganztagsträger vor. In einer nicht-repräsentativen Erhebung der Bildungsberichterstattung aus 2017/18 gaben aber knapp 58% der befragten Träger (n=49) zu diesem Zeitpunkt an, mehr als 2.000 €/brutto pro Kind und Schuljahr zur Verfügung zu haben. Am unteren Ende der Skala fanden sich immerhin knapp 5% der Träger, die angaben, weniger als 1.400 € oder bis zu 1.600 €/brutto pro Kind und Jahr zu Verfügung zu haben.

Ein ähnlich breites Bild ergab sich in dieser Untersuchung hinsichtlich der kommunalen Eigenanteile. Auch wenn diese Erhebung aufgrund der geringen Teilnahme nicht repräsentativ ist, kann angenommen werden, dass sich darin auch die aktuelle Tendenz innerhalb des Feldes abbildet.

Auf der Grundlage der aktuellen Regelungen zur Finanzierung ist davon auszugehen, dass die allgemeine Finanzlage der Kommunen sich im verfügbaren Trägerbudget pro Kind und Jahr niederschlägt. Strukturelle Ungleichheiten in den kommunalen Haushaltslagen können zu unterschiedlichen Ressourcenausstattungen der offenen Ganztagschulen in NRW und als Folge zu ungleichen Bedingungen des Aufwachsens für Kinder im Grundschulalter führen. Gleichwohl lassen sich weitere Variablen identifizieren, die die kommunale Finanzausstattung der offenen Ganztagschulen im Primarbereich beeinflussen und die Gleichung schwache Haushaltslage gleich ressourcenarme OGS ist keine Determinante. Es gibt durchaus Kommunen mit äußerst angespannter Haushaltslage, die

23 Vgl. *Altermann, A./ Börner, B./Lange, M./Menke, S./Steinhauer, R./Tabel, A. (2016): Bildungsbericht Ganztagschule NRW 2016, Dortmund. Sowie Altermann, A./Lange, M./ Menke, S./ Rosendahl, J./ Steinhauer, R./ Weischenberg, J. (2018): Bildungsbericht Ganztagschule NRW 2018, Dortmund.*

24 Große Anfrage 4 der Fraktion der SPD; Kita- und OGS-Gebühren sowie weitere finanzielle Belastungen der Familien in NRW; Drucksache 17/2017

25 Ab 01.08.2020 bis zu 203 €, anschließend 3%ige Dynamisierung pro anno.

überdurchschnittlich viele Ressourcen in den Ganzttag einbringen. Andersherum ist eine gute kommunale Kassenlage kein Garant für eine gut ausgestattete OGS. Kommunalpolitischer Wille und die Ausgestaltung der kommunalen Bildungslandschaften; bzw. der Stellenwert der OGS in den kommunalen Bildungslandschaften, prägen kommunale Budgetentscheidungen häufig mit.

A.2.2.2 Rechtslage zur Finanzierung ab 2026

A.2.2.2.1 Möglichkeit der Fortführung des Drei-Säulen-Prinzips sowie Bundeszuschüsse

Das vorstehend skizzierte Drei-Säulen-Prinzip der Finanzierung der außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganzttagsschule könnte nach 2026 fortgeführt werden. Es gäbe dann weiterhin Landeszuschüsse, Elternbeiträge und kommunale Eigenanteile. Die Gefahr einer Überforderung von Eltern kann durch Höchstgrenzen, die soziale Staffelung der Elternbeiträge (§ 90 Abs. 3 SGB VIII) sowie im Einzelfall durch eine Reduzierung oder Übernahme von Elternbeiträgen (§ 90 Abs. 4 SGB VIII) verringert werden.²⁶ Der Landesgesetzgeber kann jedoch auch entscheiden, die Eltern von Beiträgen freizustellen (mit der Folge der Konnexität gem. Art. 78 Abs. 3 LV NRW).

Parlamentsgesetzliche Grundlage der Landeszuschüsse ist derzeit § 94 Abs. 2 SchulG NRW,²⁷ also eine Norm aus dem Schulrecht. Die Einzelheiten der Förderung können durch Verwaltungsvorschriften i.V.m. dem Haushaltstitel geregelt werden.²⁸ Ab 2026 speisen sich die Landesmittel zum Teil aus Bundesmitteln (Betriebskostenzuschuss). Der Bund hat zunächst ein Sondervermögen „Ausbau ganztägiger Bildungs- und Betreuungsangebote für Kinder im Grundschulalter“ geschaffen.²⁹ Aus dem Sondervermögen werden den Ländern Finanzhilfen für gesamtstaatlich bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) in den quantitativen und qualitativen investiven Ausbau ganztägiger Bildungs- und Betreuungsangebote zur Umsetzung des Rechtsanspruchs auf Ganztagsbetreuung im Grundschulalter gewährt (so § 2 GaFG). Das Volumen der Finanzhilfen soll bis zu 3,5 Mrd. Euro betragen.³⁰ Die Einführung des Rechtsanspruchs gem. § 24 Abs. 4 SGB VIII (2026) wird flankiert durch das Ganztagsfinanzhilfegesetz (GaFinHG) des Bundes. Insoweit geht es ebenfalls um Investitionen. Diese Finanzhilfen des Bundes gemäß dem GaFG und dem GaFinHG stützen sich auf Art. 104c S. 2 i.V.m. Art. 104b Abs. 2 S. 1 GG,³¹ werden also zunächst an die Länder gerichtet, die diese dann an die Kommunen weiterleiten müssen. Schließlich wird durch eine Änderung des Finanzausgleichsgesetzes den Ländern ein größerer Anteil am Umsatzsteueraufkommen zugewiesen. Diese Mittel dienen dem „Ausgleich für laufende Belastungen der Länder [also

26 Dazu *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 64 ff.

27 *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 37.

28 Siehe „Zuwendungen für die Durchführung außerunterrichtlicher Angebote offener Ganztagschulen im Primarbereich“, Runderlass vom 12.2.2003 (BASS 11-02 Nr. 19); mit nachfolgenden Änderungen.

29 Gesetz zur Errichtung des Sondervermögens „Ausbau ganztägiger Bildungs- und Betreuungsangebote für Kinder im Grundschulalter“ (Ganztagsfinanzierungsgesetz – GaFG) vom 9.12.2020 (BGBl. I S. 2865), zul. geändert durch Gesetz vom 20.12.2021 (BGBl. I S. 5248).

30 BT-Drs. 19/29764, S. 2.

31 BT-Drs. 19/29764, S. 2, 16 f.

Betriebskosten], die diesen aus der stufenweisen Einführung eines Anspruchs auf ganztägige Förderung für Grundschul Kinder (...) entstehen“.³²

A.2.2.2.2 Überblick zu etwaigen Konnexitätsfolgen

Der Bundesgesetzgeber erwartet, dass die Einführung eines Rechtsanspruchs auf Förderung in einer Tageseinrichtung (vielfach: in einer offenen Ganztagschule) zu erheblichen Investitions- und Betriebskosten führen wird: Bundesweit sollen, so die Einschätzung des Bundesgesetzgebers, die gesamten Investitionskosten zwischen 1,383 und 3,179 Mrd. Euro und die jährlichen Betriebskosten zwischen 2,215 und 3,423 Mrd. Euro betragen.³³ Auf die Kommunen als Schul- und Jugendhilfeträger werden somit Mehrkosten zukommen. So stellt sich die Frage, ob sie gegen das Land Ausgleichsansprüche auf Grundlage des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips gem. Art. 78 Abs. 3 LV NRW geltend machen können.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Konnexitätsprinzips ergeben sich aus einer Zusammenschau der ersten beiden Sätze des Art. 78 Abs. 3 LV NRW. Danach ist ein konnexitätsrelevanter Sachverhalt bei Vorliegen von drei Voraussetzungen zu bejahen: **(1)** konnexitätsrelevante Verpflichtung, **(2)** konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung und **(3)** konnexitätsrelevante finanzielle Belastung.³⁴ Nur wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, entsteht auf Rechtsfolgenseite die Pflicht des Landes zu einer Kostendeckungsregelung und einem finanziellen Ausgleich aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung.

A.2.2.2.2.1 Konnexitätsrelevante Verpflichtung

Ein konnexitätsrelevanter Sachverhalt im Sinne von Art. 78 Abs. 3 S. 1 und 2 LV NRW setzt voraus, dass die Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben auf einem Landesgesetz oder einer Landesrechtsverordnung beruht. Die Aufgabenübertragung muss auf eine Entscheidung des Landesnormgebers zurückgehen, also ihm ursächlich zuzurechnen sein (konnexitätsrelevante Verpflichtung).³⁵ Insoweit muss also abgeschichtet werden, ob die zusätzlichen Pflichten, welche die Kommunen in Folge der Einführung eines Rechtsanspruchs von Grundschulkindern auf Förderung in einer Tageseinrichtung erfüllen müssen, (nur) auf den Bundesgesetzgeber oder (auch) auf den Landesgesetzgeber zurückzuführen sind.

(1) Der neue Rechtsanspruch wird durch § 24 Abs. 4 S. 1 SGB VIII begründet, d.h. durch Bundesrecht. Aus § 85 Abs. 1 SGB VIII folgt, dass für diese Aufgabe der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sachlich zuständig ist.³⁶ Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 86 SGB VIII. Landesrechtlich ordnet § 1a AG-KJHG NRW an, dass Kreise und kreisfreie Städte die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind.

32 Art. 4 des Ganztagsförderungsgesetzes des Bundes vom 2.10.2021, BGBl. I S. 4605.

33 BT-Drs. 19/29764, S. 3.

34 VerfGH NRW, Urteil vom 9.12.2014 – VerfGH 11/13, juris Rn. 73; *Durner*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 78 Rn. 98.

35 VerfGH NRW, Urteil vom 9.12.2014 – VerfGH 11/13, juris Rn. 73.

36 *Winkler*, in: BeckOK-Sozialrecht, Stand: März 2022, § 24 SGB VIII Rn. 56.

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Veränderung des bundesrechtlichen Aufgabenbestandes der Kommunen eine konnexitätsrelevante Verpflichtung auslösen kann, ist umstritten. Mit gewisser Vergrößerung können folgende Konstellationen unterschieden werden:

- Wenn bundesrechtlich Aufgaben erweitert oder vertieft werden, für deren Erledigung nach Landesrecht Kommunen zuständig sind, die landesrechtliche Zuständigkeitsnorm jedoch nicht verändert wird, dürfte nach der Rechtsprechung des VerFGH NRW eine konnexitätsrelevante Verpflichtung zu verneinen sein, weil es nur Änderungen im Bundesrecht, nicht jedoch im Landesrecht gibt.³⁷ Mehrere Literaturstimmen bejahen gleichwohl eine konnexitätsrelevante Verpflichtung und begründen dies damit, dass der Landesgesetzgeber die Entscheidung getroffen habe, die Zuständigkeit bei den Kommunen zu belassen und nicht auf das Land zu übertragen.³⁸
- Wenn der Landesgesetzgeber die Zuständigkeit für die bundesrechtlich normierte Aufgabe neu verteilt und einer kommunalen Ebene erstmals zuweist, liegt eine konnexitätsrelevante Verpflichtung vor.
- Noch ungeklärt ist, wie die Rechtslage zu bewerten ist, wenn der Landesgesetzgeber die Zuständigkeit im Ergebnis unverändert lässt, aber eine neue Zuständigkeitsnorm schafft. Derzeit ist ein Verfahren vor dem VerFGH NRW anhängig, das diese Frage beantworten könnte.³⁹ Falls das Land *insoweit* Konnexitätsfolgen vermeiden wollte, wäre deshalb vorsorglich zu empfehlen, die Zuständigkeitsregelung nicht zu verändern.

(2) Der neue Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 4 SGB VIII ist mit einigen quantitativen Vorgaben verbunden (Schuleintritt bis zum Beginn der fünften Klassenstufe, acht Stunden täglich). Neue Qualitätsstandards, die über den bisherigen Standard hinausreichen, werden durch den Bundesgesetzgeber nicht normiert. Wenn Landesrecht die quantitativen und qualitativen Mindeststandards des Bundesrechts erhöht – und nur dann –, wäre eine konnexitätsrelevante Verpflichtung zu bejahen. Wenn das Land von der Möglichkeit des § 24 Abs. 4 S. 4 SGB VIII Gebrauch macht, eine Schließzeit von vier Wochen zu regeln, würde insoweit eine konnexitätsrelevante Verpflichtung vermieden.⁴⁰ Konnexitätsrelevant sind auch Modifikationen der den Vollzug prägenden besonderen Anforderungen, etwa im Hinblick auf die teilweise Refinanzierung durch Elternbeiträge: Wenn der Landesgesetzgeber die Eltern von Beiträgen freistellt, verändert er zu Lasten der Kommunen deren Pflichtenumfang (siehe Nr. 8.2 des Ganztagschulrunderlasses, wonach der Schulträger oder der öffentliche Jugendhilfeträger die Elternbeiträge einzieht).

37 VerFGH NRW, Urteil vom 9.12.2014 – VerFGH 11/13, juris Rn. 69, 74; ebenso VerFGH RP, Beschluss vom 30.10.2015 – VG N 65/14, juris Rn. 74; *Engelken*, NVwZ 2015, 342 (343); *ders.*, NVwZ 2016, 589.

38 Etwa *Jäger/Suhren*, KonnexAG NRW, 2019, § 1 Anm. 2.1.2.3.1 (S. 33); *Henneke*, Der Landkreis 8-9/2016, 393 (396); *Schoch*, ZG 2018, 97 (108); *Wendt*, DÖV 2017, 1 (9); *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2021, 1487 (1490); ähnlich *Hellermann*, ZG 2021, 313 (320, 322).

39 VerFGH 42/19 (kommunales Verfassungsbeschwerdeverfahren).

40 Wenn Landesrecht keine oder kürzere Schließzeiten vorsehen sollte, wäre zu klären, ob schon das Nichtgebrauchmachen von der Möglichkeit des § 24 Abs. 4 S. 4 SGB VIII Konnexitätsrelevanz auslöst.

A.2.2.2.2 Konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung

Zweite tatbestandliche Voraussetzung des Konnexitätsprinzips ist eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung. Diese liegt vor, wenn den Gemeinden oder Gemeindeverbänden neue Aufgaben übertragen werden oder wenn bestehende Aufgaben verändert werden (Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW).⁴¹ Soweit eine konnexitätsrelevante Verpflichtung vorliegt, dürfte auch eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung zu bejahen sein.

A.2.2.2.3 Konnexitätsrelevanter finanzielle Belastung

Dritte tatbestandliche Voraussetzung der Konnexitätspflicht aus Art. 78 Abs. 3 S. 1 und 2 LV NRW ist das Vorliegen einer wesentlichen Belastung.⁴²

Bei der Frage, ob eine wesentliche Belastung vorliegt oder nicht, ist auf alle betroffenen kommunalen Körperschaften in ihrer Gesamtheit abzustellen. Belastungen ohne konnexitätsrelevanten Kausalzusammenhang sind auszuscheiden, insb. solche Mehraufwände, die nur auf Bundesrecht, auf exogenen Faktoren (z.B. demographisch bedingter Anstieg der Fallzahlen) oder auf freiwilligen Entscheidungen beruhen. Als Belastung gelten nur notwendige, durchschnittliche Aufwendungen (Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW). Notwendig ist nur das, was den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit entspricht.⁴³ Ob eine konnexitätsrelevante, wesentliche Belastung zu bejahen ist, ist durch eine Saldierung der Mehrbelastungen und der Entlastungen zu ermitteln. Wenn die Kommune den Aufwand durch Einnahmen (Gebühren, Beiträge, Entgelte) ganz oder teilweise decken kann, ist dies bei der Berechnung der Belastung zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 4 KonnexAG NRW).

Sofern Landesrecht Standards setzt, die über den bundesrechtlichen Standard hinausreichen, wäre bei der kommunalen Belastung sorgsam abzuschichten, welche Belastungen schon zuvor gegeben waren, welche nur auf den bundesrechtlichen und/oder auf den schon zuvor geltenden Standard zurückzuführen sind und wie groß die zusätzliche Belastung ist, die durch den Landesgesetzgeber veranlasst ist. Herauszufiltern wären ferner exogene Faktoren sowie freiwillige oder nicht notwendige überdurchschnittliche Aufwendungen. Die Ermittlung der konnexitätsrelevanten Mehrbelastung ist damit äußerst komplex, sodass unterschiedliche Sichtweisen von Land und Kommunen zu erwarten sind. Um das Konfliktpotenzial zu reduzieren, ist es daher für das Land empfehlenswert, bei einer Absicht zur Setzung von Standards frühzeitig und eng mit der kommunalen Seite zusammenzuarbeiten, wie es ohnehin der landesverfassungsrechtlichen Vorgabe in Art. 78 Abs. 3 S. 5 LV NRW entspricht (siehe sogleich). Die Abschaffung der Elternbeiträge würde ebenfalls eine konnexitätsrelevante Mehrbelastung auslösen.

A.2.2.2.4 Rechtsfolgenseite des Konnexitätsprinzips: Kostendeckungsregelung und finanzieller Ausgleich aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung

Auf Rechtsfolgenseite verlangt Art. 78 Abs. 3 S. 1 LV NRW, dass gleichzeitig mit der konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung oder Aufgabenveränderung Bestimmungen

41 VerfGH NRW, Urteil vom 9.12.2014 – VerfGH 11/13, juris Rn. 73.

42 VerfGH NRW, Urteil vom 9.12.2014 – VerfGH 11/13, juris Rn. 73; *Durner*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 78 Rn. 116.

43 LT-Drs. 1375515, S. 21.

über die Deckung der Kosten getroffen werden. Nach Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW muss für eine wesentliche Belastung der betroffenen Gemeinden ein finanzieller Ausgleich geschaffen werden, und zwar durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung. Art. 78 Abs. 3 S. 4 LV NRW schreibt unter bestimmten Voraussetzungen Anpassungen des finanziellen Ausgleichs vor. Art. 78 Abs. 3 S. 5 LV NRW sichert u.a. die Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände.

A.2.2.2.3 Konsequenzen

Der Landesgesetzgeber muss u.a. die grundlegenden Entscheidungen treffen, (1) ob er eigene Qualitätsstandards für die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule festlegen will, die über die eher zurückhaltend gefassten bundesrechtlichen Standards hinausgehen oder zumindest deutlicher formuliert werden, und (2) ob die Elternbeiträge beibehalten oder abgeschafft werden sollen. Eine Erhöhung der Standards oder Abschaffung der Elternbeiträge würde die Konnexitätsfolgen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW auslösen. Dann ist ein frühzeitiges, enges und vertrauensvolles Zusammenwirken mit den kommunalen Spitzenverbänden zu empfehlen, um möglichst einen politischen Konsens über das Ausmaß der Mehrbelastungen zu erzielen.

Wollte der Landesgesetzgeber Konnexitätsfolgen vermeiden, dürfte er deshalb keine eigenen qualitativen Standards setzen und müsste an den Elternbeiträgen festhalten. Diese Linie entspräche jedoch wohl nicht dem Willen der Koalition von CDU und Grünen. In der Koalitionsvereinbarung heißt es vielmehr, dass die Qualität des Ganztags gestärkt, die finanziellen Ressourcen erhöht und die Finanzierung im Rahmen des Konnexitätsprinzips geregelt werden sollen.⁴⁴

A.2.3 Die Organisationsformen des Ganztags

§ 9 SchulG NRW unterscheidet im Kontext der Ganztagschule drei Formen:

(1) § 9 Abs. 1 SchulG NRW betrifft die sog **gebundene Ganztagschule**. Alle Schülerinnen und Schüler der Schule müssen an den Ganztagsangeboten teilnehmen.⁴⁵ Einige Länder kennen zusätzlich die **teilweise gebundene Ganztagschule**. Die KMK versteht darunter – im Rahmen der Schulstatistik – Folgendes:⁴⁶ „In der teilweise gebundenen Form verpflichtet sich ein Teil der Schülerinnen und Schüler (z. B. einzelne Klassen oder Klassenstufen), an mindestens drei Wochentagen für jeweils mindestens sieben Zeitstunden an den ganztägigen Angeboten der Schule teilzunehmen.“ Schüler:innen

44 Koalitionsvereinbarung vom 27.6.2022, S. 58.

45 Nr. 1.2 tir. 1 des Runderlasses des MSB NRW vom 23.12.2010 – 12-63 Nr. 2 „Gebundene und offene Ganztagschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote in Primarbereich und Sekundarstufe I.“

46 KMK, Allgemeinbildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland. Statistik 2015 bis 2019 (26.3.2021), S. 5
(https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/Statistik/Dokumentationen/GTS_2019_Bericht.pdf).

anderer Klassen oder Klassenstufen können dann auf freiwilliger Basis am Ganztags teilnehmen.⁴⁷

(2) § 9 Abs. 2 SchulG NRW behandelt **außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote**, z.B. die „Schule von acht bis eins“, „Dreizehn Plus“ im Primarbereich oder die „pädagogische Übermittagsbetreuung“ in der Sekundarstufe I. An diesen Angeboten nimmt ein Teil der Schüler:innen teil. Eine regelmäßige und tägliche Teilnahme ist nicht erforderlich.⁴⁸

(3) § 9 Abs. 3 SchulG NRW regelt die **offene Ganztagschule**. Hier nimmt in der Regel nur ein Teil der Schüler:innen an den außerunterrichtlichen Angeboten teil. Wer sich anmeldet, ist gem. Nr. 1.2 Ganztagschulrunderlass für die Dauer eines Schuljahres in der Regel zur regelmäßigen und täglichen Teilnahme an diesen Angeboten verpflichtet. Wesensmerkmal der offenen Ganztagschule ist die „weitergehende Zusammenarbeit“ (so § 9 Abs. 3 SchulG NRW) mit Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe und anderen Einrichtungen, um außerunterrichtliche Angebote vorzuhalten. Diese Kooperation benennt der Schulgesetzgeber nur in § 9 Abs. 3 SchulG NRW, d.h. nur mit Blick auf die offene Ganztagschule. Die Kooperation ist freilich bei den Ganztagschulen i.S.d. § 9 Abs. 1 und 2 SchulG NRW ebenso möglich und wird praktiziert.

Im Zentrum dieser Expertise steht die offene Ganztagschule im Primarbereich. Im Schuljahr 2019/2020 waren 94 % der Grundschulen offene Ganztagschulen,⁴⁹ ebenso viele Förderschulen. Die offene Ganztagschule bildet in NRW quasi den Regelfall der Ganztagsbetreuung an Grundschulen. An Grundschulen nehmen im Landeschnitt knapp die Hälfte der Schülerinnen und Schülern an den Ganztagsangeboten teil, wobei der Anteil in der ersten Klasse am höchsten ist und dann im Laufe der Schuljahre kleiner wird.⁵⁰ Zu beobachten ist, dass in Ballungszentren deutlich mehr Schülerinnen und Schüler die außerunterrichtlichen Angebote nutzen.⁵¹

A.2.4. Grundmodelle der Kooperation von Schule und Jugendhilfe in der OGS

Schon seit längerem gibt es eine objektiv-rechtliche Verpflichtung des Jugendamtes als öffentlichem Jugendhilfeträger; für Kinder im schulpflichtigen Alter ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten. Das folgt bundesrechtlich aus § 24 Abs. 4 S. 1

47 Siehe etwa Nr. 3.1 des Runderlasses des Ministeriums für Bildung LSA vom 27.2.2019 – 24-81005 „Die Arbeit in der öffentlichen Ganztagschule“ (https://landesschulamt.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Landesjournal/Bildung_und_Wissenschaft/Landesschulamt/Formulare/RdErl_des_MB_vom_27.2.2019.pdf): „Die Gestaltung des Ganztagsangebotes und die Festlegung der Form kann auf einzelne Schuljahrgänge der Sekundarstufe I beschränkt werden. Die fakultative Teilnahme von Schülern der anderen Schuljahrgänge ist zulässig.“

48 Nr. 1.2 tir. 3 des Runderlasses des MSB NRW vom 23.12.2010 – 12-63 Nr. 2 „Gebundene und offene Ganztagschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote in Primarbereich und Sekundarstufe I.“

49 Angabe nach *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 36.

50 *Altermann u.a.*, Bildungsbericht Ganztagschule NRW 2018, S. 9.

51 *Lange, M. / Weischenberger, J.* (2021): Institutionelle Betreuung im Grundschulalter in NRW. Betreuungswünsche und Elternbedarfe – Landes- und Regionalperspektive. Dortmund.

SGB VIII sowie landesrechtlich aus § 4 Abs. 1 S. 1 KiBiz. In § 4 Abs. 5 Satz 1 KiBiz wird sodann Folgendes normiert:

„Die Jugendämter können die Verpflichtung nach § 24 des Achten Buches Sozialgesetzbuch, für Kinder im schulpflichtigen Alter nach Bedarf Plätze in Tageseinrichtungen vorzuhalten, auch durch entsprechende Angebote in Schulen erfüllen.“

§ 24 Abs. 4 S. 1 SGB VIII begründet ab dem 01.08.2026 für ein „Kind, das im Schuljahr 2026/27 oder in den folgenden Schuljahren die erste Klassenstufe besucht“⁵² einen Individualanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung.⁵³ Dieser Anspruch, so bestimmt § 24 Abs. 4 S. 3 SGB VIII (2026 bzw. 2029), gilt im zeitlichen Umfang des Unterrichts und der Angebote der Ganztagsgrundschulen, einschließlich der offenen Ganztagsgrundschulen, als erfüllt.⁵⁴

Diese Vorgaben können nur durch die Kooperation insb. von Schule und Schulträger sowie den Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe erfüllt werden. Dementsprechend heißt es schon seit 2010 im Runderlass zur Ganztagschule unter Nr. 1.3 (oben Fn. 47):

„Eine zentrale Grundlage ist die Zusammenarbeit von Schule, Kinder- und Jugendhilfe, gemeinwohlorientierten Institutionen und Organisationen aus Kultur und Sport, Wirtschaft und Handwerk sowie weiteren außerschulischen Partnern. Sie soll fortgeführt und weiter intensiviert werden.“

Unabhängig von der Kooperation u.a. zwischen Schule und Jugendhilfe stellt sich die Frage, wer die (Letzt-)Verantwortung für die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule trägt. Relevant ist die Frage nach der Verantwortlichkeit u.a. für die Aufsicht (Schulaufsicht und/oder Jugendhilfeaufsicht?) oder für die Haftung, nicht nur in rechtlicher Hinsicht, sondern auch in politischer: Wer stellt sich der Kritik der Medien und der Öffentlichkeit, wenn es in der offenen Ganztagschule zu Problemen kommt?

Bei der Verantwortung ist zu differenzieren zwischen dem „ob“ und dem „wie“ der Erbringung von außerunterrichtlichen Angeboten innerhalb der offenen Ganztagschule:

Die Verantwortung für die Erfüllung als solche („ob“) und damit die Haftung für die **Nichterfüllung** trifft den Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Wenn es keine Angebote der Ganztagsbetreuung in einer Schule gibt, greift die Pflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, für Schulkinder ein bedarfsgerechtes Angebot an Tageseinrichtungen vorzuhalten (§ 24 Abs. 4 SGB VIII, § 4 Abs. 1 KiBiz). Diese objektiv-rechtliche Verpflichtung wird ab 2026 ein subjektiv-rechtlicher Anspruch des Schulkindes. Dasselbe gilt, wenn es zwar Angebote gibt, die jedoch quantitativ unzureichend sind, weil sie hinter den

52 Artikel 1; Abs. 3 GaFöG (vom 20.10.2021)

53 Im Folgenden stehen Grundschulen im Blickpunkt. Die Ausführungen gelten jedoch gleichermaßen für Schülerinnen und Schüler der Klassen 1 bis 4 an Förderschulen oder anderen Schulen.

54 Der Wortlaut von § 24 Abs. 4 S. 3 SGB VIII (2016 bzw. 2019) spricht lediglich von „Ganztagsgrundschulen“ und von „offenen Ganztagsgrundschulen“. Darunter fallen jedoch auch schulorganisatorisch verbundene Schulsysteme (z.B. Grund- und Realschulen plus) sowie Förderschulen, soweit sie von Kindern im Grundschulalter besucht werden (vgl. in diesem Sinne die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/29764, S. 12).

gesetzlichen Vorgaben zurückbleiben (z.B. zu wenige Stunden pro Tag, zu wenige Tage pro Woche, zu lange Schließungszeiten in den Ferien).

Zum „wie“ der Erfüllung, d.h. zur Qualität der außerunterrichtlichen Angebote: Wer trägt insoweit die Letztverantwortung? Wer haftet für die **Schlechterfüllung**? Mit gewisser Vergrößerung können insoweit drei Grundmodelle unterschieden werden.

Abb. 1 Idealtypische Verantwortungsverteilung in drei systemübergreifenden Kooperationsmodellen

Letztverantwortung für das „wie“ (Qualität)/Haftung für Schlechterfüllung				
Regulärer Schulunterricht	Außerunterrichtliche Angebote der offenen Ganztagschule			Ergänzende Angebote in Tageseinrichtungen oder Tagespflege
z.B. 8 bis 13 Uhr	z.B. 13 bis 16 Uhr			z.B. 16 bis 18 Uhr
Schule/Schulaufsicht (Land), Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 3 S. 2 LV NRW, § 2 Abs. 1 SchulG NRW	Modell 1	Modell 2	Modell 3	Träger der öffentlichen Jugendhilfe, Jugendhilfeaufsicht, § 79 Abs. 1 SGB VIII
	Schule/Schulaufsicht	Schule und Träger der öffentlichen Jugendhilfe	Träger der öffentlichen Jugendhilfe	
	(ggf.) in Kooperation mit freien Trägern und Dritten			ggf. in Kooperation mit freien Trägern und Dritten

A.2.4.1 Grundmodell 1: außerunterrichtliche Angebote in Verantwortung der Schule

Grundmodell 1 beschreibt ein Modell der offenen Ganztagschule, bei dem die Letztverantwortung für die außerunterrichtlichen Angebote bei Schule und Schulaufsicht liegt. Kennzeichnende Elemente dieses Modells bestehen u.a. darin, dass der/die Schulleiter:in über fachliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse für die außerunterrichtlichen Angebote verfügt und dass der Schulaufsicht Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse zustehen, während der Träger der öffentlichen Jugendhilfe und die Jugendhilfeaufsicht nicht/kaum beteiligt werden und über keine/wenige Befugnisse verfügen. Im Ergebnis kommt damit Schule und Schulaufsicht ein Vorrang vor Jugendhilfe und Jugendhilfeaufsicht zu. Dieses Grundmodell legt die Kultusministerkonferenz – für statistische Zwecke – als Regelfall der Ganztagschule zugrunde. So zählt nach ihrer Auffassung zur Definition von Ganztagschule,⁵⁵ dass

„die **Ganztagsangebote unter der Aufsicht und Verantwortung des/der Schulleiter:in organisiert und in enger Kooperation mit dem/der Schulleiter:in** durchgeführt werden sowie in einem konzeptionellen

⁵⁵ Sekretariat der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeinbildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland – Statistik 2016 bis 2020, 17.12.2021, S. 4 – Hervorhebung nicht im Original.

Zusammenhang mit dem Unterricht stehen.“

Im Grundmodell 1 wäre ein außerschulischer Kooperationspartner – zugespitzt formuliert – auf die Rolle eines weisungsgebundenen Dienstleisters der Schule beschränkt.

A.2.4.2 Grundmodell 2: außerunterrichtliche Angebote in gemeinsamer Verantwortung von Schule und Jugendhilfe

Grundmodell 2 beschreibt eine Konstellation, in der Schule und öffentliche bzw. freie Jugendhilfe und Jugendhilfeaufsicht gleichberechtigt sind. Bezogen auf die Erbringung der außerunterrichtlichen Angebote bedeutet dies, dass Schule und der kooperierende Jugendhilfeträger einander auf Augenhöhe begegnen, sodass der/die Schulleiter:in keine einseitigen fachlichen Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse hat. Der/die Schulleiter:in trägt Mitverantwortung für die außerunterrichtlichen Angebote, schon wegen ihrer Verzahnung mit den schulischen Angeboten, aber nur im Rahmen der Kooperation und eines Kooperationsvertrages. Der Träger der Jugendhilfe wird an der Kooperation beteiligt und trägt eigene Verantwortung.

Dieses Modell erfüllt nach dem Verständnis der KMK ebenfalls die Voraussetzungen einer Ganztagschule. So zählen zu den offenen Ganztagsangeboten „auch diejenigen Angebote“, bei denen

- „der/die Schulleiter:in auf der Basis eines gemeinsamen pädagogischen Konzeptes mit einem außerschulischen Träger kooperiert und
- eine **Mitverantwortung des/der Schulleiter:in** für das Angebot besteht.“⁵⁶

A.2.4.3 Grundmodell 3: außerunterrichtliche Angebote in Verantwortung des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe

Im Grundmodell 3 betreibt ein öffentlicher oder freier Träger der Jugendhilfe eine Kindertageseinrichtung, z.B. einen Hort für Schulkinder, ggf. auch in den Räumen der Schule. Der Träger des Hortes und die Schule verständigen sich ggf. auf ein gemeinsames pädagogisches Konzept und sehen weitere Maßnahmen zur Kooperation vor. Die Hortarbeit richtet sich nach dem Kinder- und Jugendhilferecht.

Da das Grundmodell 3 für NRW eine in der Praxis nicht relevante Variante darstellt, bleibt es im weiteren Verlauf der Expertise unberücksichtigt.

A.2.4.4. Offene Ganztagschule in NRW: eine (noch) nicht konsequente Zuordnung zu einem Grundmodell

Die offene Ganztagschule in NRW ist mit ihrem konstitutiven Trägermodell konzeptionell und fachpolitisch als Grundmodell 2 gedacht, allerdings ist es in seiner konkreten Ausgestaltung nicht konsequent im Grundmodell 2 zu verorten. Strukturierendes Merkmal der gegenwärtigen offenen Ganztagschule im Primarbereich in NRW ist die Zusammenarbeit zwischen Schule und außerschulischem Träger. Das kommt insbesondere in der Kooperation zwischen den beiden beteiligten Organisationen, im verpflichtenden Kooperationsvertrag zum Ausdruck. Allerdings wird es nicht konsequent durchgehalten, es

⁵⁶ Sekretariat der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeinbildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland – Statistik 2016 bis 2020, 17.12.2021, S. 5 f. – Hervorhebung nicht im Original.

finden sich an verschiedenen Stellen Bestimmungen, die der Schule tendenziell ein etwas größeres Gewicht als den außerschulischen Trägern einräumen. Insofern ist es noch ein „unvollendetes Kooperationsmodell auf gleicher Augenhöhe“, was insbesondere in der Praxis gelegentlich zu Ungereimtheiten bzw. Unklarheiten führt.

Kooperativ ist der Umstand, dass Ganztagschulen nicht nur Gegenstand der Schulentwicklungsplanung, sondern auch der Jugendhilfeplanung sind.⁵⁷ Beide Planungen müssen aufeinander abgestimmt werden (§ 80 Abs. 1 S. 4 SchulG NRW, § 7 KJFöG NRW). Der öffentliche Träger der Jugendhilfe muss die Schulen und ihre außerschulischen Partner bei der Planung und Organisation der außerunterrichtlichen Angebote unterstützen.⁵⁸ Die Zusammenarbeit in der jeweiligen Schule beruht auf einer Kooperationsvereinbarung zwischen Schulträger, Schule und außerschulischem Träger.⁵⁹ Die Dienst- und Fachaufsicht über das Personal im offenen Ganztags liegt beim jeweiligen Anstellungsträger.⁶⁰ Die außerunterrichtlichen Angebote müssen nach den Grundsätzen des SGB VIII gestaltet werden,⁶¹ wobei offen bleibt, welche Reichweite diese Bindung an Vorgaben des SGB VIII haben soll.

Im Übrigen ist die Stellung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe mit Blick auf das Grundmodell 2 allerdings nicht konsequent durchstrukturiert. Seine Stellung im Kooperationsverhältnis verweist auf Elemente des Grundmodells 1. So ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe bspw. kein Partner der Kooperationsvereinbarung. Er wird lediglich über den Schulträger beteiligt.⁶² Eher schwach ist ferner die Position der Jugendhilfeaufsicht: Nach dem Ganztagschulrunderlass (Nr. 6.2) ist eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII nicht erforderlich. Diese Vorgabe – deren Vereinbarkeit mit Bundesrecht kritisch zu hinterfragen ist (dazu näher unten B.3) – reduziert die Einwirkungsbefugnisse der Jugendhilfeaufsicht ganz erheblich.

Einen Vorrang der Schule vor der Jugendhilfe könnten auch weitere Bestimmungen bewirken: Der Schulträger entscheidet mit Zustimmung der Schulkonferenz, ob eine Schule als offene Ganztagschule geführt wird.⁶³ Die Angebote außerschulischer Träger gelten als schulische Veranstaltungen.⁶⁴ Das Ganztagskonzept wird durch die Schule entwickelt und von der Schulkonferenz beschlossen.⁶⁵ Der außerschulische Partner wird dabei lediglich beteiligt.⁶⁶ Das Ganztagskonzept ist Teil des Schulprogramms.⁶⁷ Die Beschäftigung von Personal eines außerschulischen Trägers erfolgt im Einvernehmen mit dem/der

57 Nr. 4.1; BASS 12-63 Nr. 2 (23.12.2010) „Gebundene und offene Ganztagschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote in Primarbereich und Sekundarstufe I.

58 AaO, Nr. 4.5.

59 AaO, Nr. 6.8.

60 AaO, Nr. 7.5.

61 AaO, Nr. 1.4.

62 AaO, Nr. 6.8.

63 AaO, Nr. 4.2.

64 AaO, Nr. 9.1. – Ob diese Aussage im Ganztagschulrunderlass, die zunächst nur auf die Aufsicht (über die Schülerinnen und Schüler), die Sicherheitsförderung und den Unfallsversicherungsschutz zielt, verallgemeinert werden kann oder nicht, wird unter B.4.3.2.2.3näher betrachtet.

65 AaO, Nr. 6.5.

66 AaO, Nr. 6.5.

67 AaO, Nr. 6.5.

Schulleiter:in.⁶⁸ Gestützt auf §§ 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW, 21 ADO geht der Standardkommentar zum SchulG NRW sogar davon aus, dass der/die Schulleiter:in gegenüber allen Personen weisungsbefugt sei, die an der offenen Ganztagschule tätig seien.⁶⁹ Die Gesamtleitung der offenen Ganztagschule liege bei dem/der Schulleiter:in.⁷⁰

Hinweis: Ob und in welchem Umfang der/die Schulleiter:in gem. §§ 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW, 21 ADO Weisungsbefugnisse gegenüber dem Personal des außerschulischen Trägers de lege lata hat und de lege ferenda haben sollte oder nicht, wird näher unter B.4.3 betrachtet.

Da mit der Etablierung des Trägermodells in der offenen Ganztagschule im Primarbereich in NRW das fachpolitische Ziel verbunden ist, Kooperationsbeziehungen auf Augenhöhe zu befördern, die konkrete Ausgestaltung durch die gegebenen rechtlichen Regelungen aber nicht konsequent dem Grundmodell 2 zuzuordnen sind, besteht aufgrund der durch das GaFöG notwendigen Überarbeitungen der gegenwärtigen rechtlichen Grundlagen in NRW die Chance, den Kooperationsgedanken nunmehr von seinen aktuellen Unklarheiten und Uneindeutigkeiten zu bereinigen und den strukturierten Grundgedanken der gleichwertigen Kooperation konsequent zu realisieren, sofern ein entsprechender politischer Wille besteht.

A.2.5 Zu treffende Grundentscheidungen bei der Fortentwicklung der offenen Ganztagschule in NRW

Die Einführung eines Rechtsanspruchs von Kindern, „die im Schuljahr 2026/2027 oder in den folgenden Schuljahren die erste Klasse besuchen“, auf Förderung in einer Tageseinrichtung gem. § 24 Abs. 4 S. 1 SGB VIII (2026 bzw. 2029) ist Anlass zur Fortentwicklung der offenen Ganztagschule in NRW. Die zentrale Grundentscheidung, die der Gesetzgeber inhaltlich treffen muss, ist, ob er ein konsequentes Kooperationsmodell zwischen Schule und außerschulischen Trägern will, um bisherige Ungereimtheiten zu beseitigen und den Gedanken der gleichen Augenhöhe zu realisieren. Daraus ergeben sich die folgenden zu klärenden Fragen:

- Welchen Einfluss sollen Schulleiter:in, Schulkonferenz und Schulaufsicht auf die Gestaltung und Durchführung der außerunterrichtlichen Angebote im Offenen Ganztage haben? Soll der/die Schulleiter:in Mitwirkungsbefugnisse bei der Beschäftigung des Personals haben (derzeit: Einvernehmen)? Soll er/sie Weisungsbefugnisse haben?
- Welche Rolle soll der Träger der öffentlichen Jugendhilfe wahrnehmen? Soll er an der Kooperationsvereinbarung als Vereinbarungspartner beteiligt werden?
- Wie wird bei den außerunterrichtlichen Angeboten der außerschulischen Träger, sofern es sich um Angebote der Kinder- und Jugendhilfe handelt, die Aufsicht wahrgenommen?
- Wie werden schulische Bildungsziele und der in §24 Abs. 4 SGB VIII (2026) genannte Anspruch auf Förderung gemäß § 22 Abs. 3 SGB VIII (Grundsätze der Förderung)

68 AaO, Nr. 7.5.

69 So *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 44, der jedoch auch darauf hinweist, dass in der Kooperationsvereinbarung zu klären sei, welche Direktionsrechte die Schulleitung gegenüber dem Personal im offenen Ganztage haben solle.

70 So *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 44.

sinnvoll miteinander verknüpft, sodass grundlegende Rechte der Kinder⁷¹ verwirklicht werden.

Je nach den getroffenen Grundentscheidungen würde sich das derzeitige Mischmodell in NRW ggf. mehr in Richtung Grundmodell 1 oder Grundmodell 2 fortentwickeln. Die Anreicherung der bisherigen objektiv-rechtlichen Verpflichtung um eine subjektiv-rechtliche Dimension präjudiziert dabei nicht die Richtung der Fortentwicklung, sodass der Landesgesetzgeber trotz bundesrechtlicher Vorgaben über beträchtliche Gestaltungsspielräume verfügt. Zentrale Gestaltungsdirektive ist dabei das Wohl der betroffenen Schülerinnen und Schüler, was zu verfassungsrechtlichen Erwägungen weiterleitet.

A.3 Verfassungs- und bundesrechtliche Aspekte

A.3.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der äußere Rahmen zur landesgesetzlichen Ausgestaltung der offenen Ganztagschule wird zunächst durch das Verfassungsrecht, d.h. durch Grundgesetz und Landesverfassung gezogen. Hinsichtlich der landesverfassungsrechtlichen Regelungen ist freilich zu beachten, dass diese in der Normenhierarchie unterhalb der bundesgesetzlichen Vorgaben stehen (zu diesen A.3.2; B.1).

A.3.1.1 Grundrechte der Kinder

A.3.1.1.1 Grundrecht auf schulische Bildung

Im Zentrum stehen die Grundrechte der Kinder. Das entspricht der völker- und unionsrechtlichen Vorgabe, dass das Wohl des Kindes bei allen die Kinder betreffenden Maßnahmen eine vorrangige Erwägung sein muss (Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, Art. 24 Abs. 2 GRC).

Die offene Ganztagschule bietet Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsangebote (vgl. Ganztagschulrunderlass Nr. 1.4). Das Grundgesetz kennt kein explizites Recht auf Bildung. Schon seit längerem ist anerkannt, dass zumindest einige Teilelemente eines Rechts auf Bildung von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst sind,⁷² da zur freien Entfaltung der Persönlichkeit auch die freie Entfaltung der Anlagen und Befähigungen zählt.⁷³ Mittlerweile hat das BVerfG ein Grundrecht auf schulische Bildung bejaht.⁷⁴ Ziel der Schulbildung ist die Entwicklung der Kinder und Jugendlichen zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit.⁷⁵ Schulbildung ist eine Grundbedingung für die chancengerechte Entwicklung zu einer

71 Dazu gehören das Recht auf (schulische) Bildung gleichermaßen wie das Recht, dass ihre Talente gefördert werden, sie in Ihrer Persönlichkeitsentwicklung gestärkt werden und sie zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben befähigt werden.

72 Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 184 ff.; Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 3; Ennusat, RdJB 2005, 193 (196).

73 BVerfGE 96, 288 (306).

74 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Ls. 1: „Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG folgt ein Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern (Recht auf schulische Bildung).“

75 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Rn. 50.

eigenverantwortlichen Persönlichkeit.⁷⁶ Kinder und Jugendliche haben deshalb aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG gegenüber dem Staat ein Recht auf Unterstützung und Förderung ihrer Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit.⁷⁷ Landesverfassungsrechtlich gibt es ähnliche Verbürgungen. Kinder und Jugendliche haben gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 LV NRW ein Recht auf Entwicklung und Entfaltung ihrer Persönlichkeit und gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW Anspruch auf Erziehung und Bildung.

Das grundgesetzliche Grundrecht auf schulische Bildung stützt sich ausdrücklich auf Art. 7 Abs. 1 GG, dürfte mithin nur im Schulwesen gelten. Vor diesem Hintergrund wäre eine normative Klarstellung zu empfehlen, ob/dass die außerunterrichtlichen Angebote Teil von Schule sind.⁷⁸ Das landesverfassungsrechtliche Recht auf Bildung gem. Art. 8 Abs. 1 LV NRW erfasst hingegen auch die Bildung an nichtschulischen Bildungseinrichtungen.⁷⁹

A.3.1.1.2 Chancengleichheit

Schon das Grundrecht auf schulische Bildung zielt auf Chancengleichheit. Der Grundsatz der Chancengleichheit in den und durch die Schulen stützt sich zusätzlich auf den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip. Der Landesverfassung ist Chancengleichheit ebenfalls ein zentrales Anliegen, siehe Art. 10 Abs. 1 S. 4 LV NRW: „Für die Aufnahme in eine Schule sind Anlage und Neigung des Kindes maßgebend, nicht die wirtschaftliche Lage und die gesellschaftliche Stellung der Eltern.“

A.3.1.1.3 Qualitative Mindeststandards bei der offenen Ganztagsschule; Optimierungspflicht des Landes

In subjektiv-rechtlicher Hinsicht ist das grundgesetzliche Recht auf schulische Bildung auf einen unverzichtbaren Mindeststandard begrenzt.⁸⁰ Ein originärer Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung von Schulen oder auf bestimmte Qualitätsstandards ist damit nicht verbunden.⁸¹ Das entspricht dem Verständnis der landesverfassungsrechtlichen Verbürgung des Rechts auf Bildung.⁸² Mit dem Rechtsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG geht eine objektiv-rechtliche Unterstützungs- und Förderpflicht des Staates einher. Diese soll im Ansatz ebenfalls auf den Mindeststandard begrenzt sein.⁸³ Landesverfassungsrechtlich dürfte die Förderpflicht des Landes gem. Art. 8 Abs. 3 S. 1 LV NRW indessen über den Mindeststandard hinausreichen und auf stetige Optimierung zielen.⁸⁴

76 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Rn. 48.

77 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Rn. 47.

78 Gegenwärtig ordnet zwar Nr. 9.1 des Ganztagsschulrunderlasses an, dass die Angebote außerschulischer Träger als schulische Veranstaltungen gelten. Diese Aussage gilt zunächst aber nur für den Bereich „Aufsicht [über Schülerinnen und Schüler], Sicherheitsförderung, Unfallversicherungsschutz“ (so die Überschrift bei Nr. 9). Näher dazu unten B.4.3.2.2.3.

79 Vgl. *Kamp*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl. 2019, Art. 8 Rn. 4 f.

80 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Ls. 2a.

81 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Ls. 2a.

82 *Ennuschat*, in: Löwer/Tettinger, LV NRW, 2002, Art. 8 Rn. 7, 14; *Kamp*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 4.

83 So jedenfalls BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, juris Rn. 169.

84 *Ennuschat*, in: Löwer/Tettinger, LV NRW, 2002, Art. 8 Rn. 8, 14.

A.3.1.1.4 Veränderung der verfassungsrechtlich zu verlangenden qualitativen Standards bei der Gebundenen Ganztagschule

In der aktuellen Koalitionsvereinbarung zwischen CDU und Grünen vom 27.6.2022 heißt es, dass die Koalition den Grundschulen den gebundenen Ganzttag ermöglichen wolle.⁸⁵ Beim gebundenen Ganzttag ist die Teilnahme an den Ganztagsangeboten verpflichtend (Nr. 1.2 des Ganztagschulrunderlasses). Aus grundrechtlicher Perspektive ist deshalb in Erinnerung zu rufen, dass Schule zwar insb. die Bildungsmöglichkeiten dafür schaffen soll, dass junge Menschen ihre Persönlichkeit frei entfalten können. Insoweit zielt Schule auf die Ermöglichung von Freiheit und stellt sich als staatliche Leistung dar. Zugleich bewirkt Schule aber eine ganz erhebliche Beschränkung von Freiheit: Die Schulpflicht zwingt Schüler zum Schulbesuch und zwingt Eltern, ihre Kinder zur Schule zu schicken – und das für einen sehr langen Zeitraum. Die Schulpflicht ist somit ein gewichtiger Eingriff in die Grundrechte der Schüler und Eltern, und zwar vor allem in die allgemeine Handlungsfreiheit der Schülerinnen und Schüler (Art. 2 Abs. 1 GG) und in das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG).⁸⁶ Weitere Grundrechtseingriffe können hinzutreten, etwa in die Religionsfreiheit von Schülerinnen und Schülern und deren Eltern.

Bei einer rein formalen Betrachtung ist die Schulpflicht verfassungsrechtlich solide abgesichert. Art. 8 Abs. 2 S. 1 LV NRW bekennt sich ausdrücklich zur Schulpflicht. Die Schulpflicht wird in den grundgesetzlichen Regelungen der Art. 7 Abs. 2 bis 5 GG zum Religionsunterricht sowie zu Privatschulen indirekt vorausgesetzt.⁸⁷ Zudem gibt es auch inhaltlich gute Gründe zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe, die mit der Schulpflicht verbunden sind. Zu nennen sind etwa die Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), die sozialstaatliche Aufgabe zur Schaffung und Gewährleistung von Chancengleichheit (Art. 20 Abs. 1 GG) sowie die Integration der jungen Generation in Staat und Gesellschaft.⁸⁸

Eine überzeugende Rechtfertigung findet die Schulpflicht indessen nur, wenn sie die sie legitimierenden Gemeinwohlbelange *tatsächlich* fördert. Es gibt damit ein Junktim zwischen der Leistungsfähigkeit des Schulwesens und der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Schulpflicht. Dieses Junktim bewirkt eine Steigerung der qualitativen Mindeststandards der außerunterrichtlichen Angebote an einer gebundenen Ganztagschule, jedenfalls dann, wenn entweder alle Grundschulen gebundene Ganztagschulen sind oder im konkreten Fall nur gebundene Ganztagschulen in zumutbarer Entfernung erreichbar sind.

Klargestellt sei dabei Folgendes: An dieser Stelle soll nicht erörtert werden, ob die offene

85 Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen 2022 – 2027, Koalitionsvereinbarung von CDU und Grünen, S. 61: „Wir wollen den Grundschulen den Gebundenen Ganzttag ermöglichen.“ (https://gruene-nrw.de/dateien/Zukunftsvertrag_CDU-GRUeNE_Vorder-und-Rueckseite.pdf).

86 BVerfG, Beschluss vom 21.7.2009 – 1 BvR 1358/09, juris Rn. 14; VerfGH BW, Beschluss vom 14.7.2014 – 9 S 897/14, juris Rn. 19, 23 f.; BayVerfGH, BayVBl. 1995, 173 (174); *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Nov. 2021, Art. 7 Rn. 25, 55; *Rux*, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 138; *Avenarius*, NZFam 2015, 342, 343; *Pieroth*, DVBl. 1994, 951 (955 ff.).

87 VG Hamburg, Beschluss vom 27.2.2006 – 15 E 340/06, juris Rn. 24; *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, 80. EL Juni 2017, Art. 7 Rn. 92; *Avenarius*, NZFam 2015, 342 (344 f.); *Ennuschat*, DV 45 (2012), 331 (337); offen lassend *Thiel*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021 Art. 7 Rn. 12.

88 *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Juni 2017, Art. 7 Rn. 5; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 22; *Uhle*, NVwZ 2014, 541 (542).

oder die gebundene Ganztagschule Schülerinnen und Schülern die bessere Qualität und die bessere Betreuung, Erziehung und Bildung bietet. Für pflichtige Angebote, die mit Grundrechtseingriffen verbunden sind, gelten aber kraft Verfassungsrechts höhere Qualitätsanforderungen als für freiwillige Angebote. Gleichwohl bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, auch für die freiwilligen Angebote der offenen Ganztagschule hohe Qualitätsanforderungen festzuschreiben.

A.3.1.1.5 Mitwirkung der Schülerinnen und Schüler

Seit längerer Zeit wird die Einführung von Kinderrechten in das Grundgesetz diskutiert. Das betrifft u.a. die Vorgabe, dass die Meinung der Kinder in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt werden. Vorbild sind insoweit Art. 12 UN-KRK und Art. 24 Abs. 1 S. 3 GRC, welche auch Wirkungen im Schulbereich entfalten.⁸⁹ Selbst wenn dieses Kinderrecht noch nicht im Grundgesetz oder in der Landesverfassung verankert ist, erzeugen Art. 12 UN-KRK und Art. 24 Abs. 1 S. 2 GRC einen Impuls in Richtung der Mitwirkung von Schüler:innen bei der Ausgestaltung der offenen Ganztagschule, z.B. im Rahmen der Schüler:innenvertretung. Sofern die offene Ganztagschule (nur/auch) als Jugendhilfeeinrichtung eingestuft wird, folgt dasselbe aus § 8 SGB VIII.

A.3.1.2 Elternrechte, u.a. Elternmitwirkung

Das Grundgesetz räumt dem Elternrecht in Art.6 Abs.2 GG großes Gewicht ein. Das Elternrecht ist treuhänderisch auf das Kindeswohl bezogen, wobei den Eltern – und nicht dem Staat! – der Interpretationsprimat zusteht, was dem Kindeswohl am besten dient. Im Schulartikel werden die Eltern bzw. Erziehungsberechtigten jedoch nur punktuell genannt, und zwar mit Blick auf den Religionsunterricht (Art.7 Abs.2 GG). Dieser Befund ist Anlass für manche Literaturstimme, die Bedeutung des Elternrechts für den Schulbereich zu minimieren.⁹⁰ Diesem Missverständnis will Art.8 Abs.1 S.2 LV NRW vorbeugen: „Das natürliche Recht der Eltern, die Erziehung und Bildung ihrer Kinder zu bestimmen, bildet die Grundlage des Erziehungs- und Schulwesens.“ Die Landesverfassung NRW betont damit das Elternrecht. Das entspricht der Rechtsprechung des BVerfG, wonach der Staat im Schulbereich zwar einen eigenen Erziehungsauftrag hat, der dem Elternrecht aber nur gleichgeordnet – nicht übergeordnet! – ist.⁹¹

Da die elterlichen Erziehungsvorstellungen vielfältig und unterschiedlich sind, kommt dem staatlichen Erziehungsauftrag faktisch ein Vorrang zu. Eine gewisse Kompensation dieser Schwächung der elterlichen Position bewirkt die landesverfassungsrechtliche Verankerung kollektiver Elternrechte. So wirken die Erziehungsberechtigten gem. Art.10 Abs.2 LV NRW durch Elternvertretungen an der Gestaltung des Schulwesens mit.

Das Gewicht des Elternrechts in der offenen Ganztagschule richtet sich u.a. danach, wie diese ihrer Funktion nach normativ zugeordnet wird: Ist sie Teil von Schule oder ist sie

⁸⁹ *Ennuschat*, in: Stern/Sachs, GRC, 2016, Art. 24 Rn. 16.

⁹⁰ *Schmitt-Kammler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S.57 (65); *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: *EssGespr.* 14 (1980), S.54 (81); *Beaucamp*, LKV 2003, S.1ff.; wohl auch *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier, Grundgesetz. Kommentar*, Bd I, 3.Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 62 f.

⁹¹ BVerfGE 96, 288 (304).

(auch/nur) Jugendhilfeeinrichtung? Das Elternrecht wirkt zwar auch innerhalb der Schule, wird dann aber begrenzt durch den auf Art. 7 Abs. 1 GG gestützten staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag. Die landesverfassungsrechtlich verbürgte Elternmitwirkung gilt dann auch für die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule. Das Gewicht des Elternrechts nimmt zu, wenn die außerunterrichtlichen Angebote nicht dem Schulwesen i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG zugerechnet würden, weil dann der auf die Schulaufsicht gestützte staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag entfielen. Anders als sonst in der Kinder- und Jugendhilfe haben die Eltern indessen faktisch keine Möglichkeit, zwischen den Angeboten verschiedener Träger zu wählen. Daraus folgt, dass es Absicherungen des Elternrechts innerhalb der offenen Ganztagschule geben muss, und zwar sowohl des individuellen Elternrechts als auch des kollektiven Elternrechts auf Elternmitwirkung.

A.3.1.3 Recht auf kommunale Selbstverwaltung

Schulträger sind i.d.R. die Gemeinden (§ 78 Abs. 1 SchulG NRW). Örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind die Kreise und kreisfreien Städte (§ 1a Abs. 1 AG-KJHG NRW), überörtliche Träger die Landschaftsverbände (§ 8 AG-KJHG NRW). Kreisangehörige Gemeinden können Aufgaben der Jugendhilfe wahrnehmen (§ 1a Abs. 3 AG-KJHG NRW). Gemeinden, Kreise und Landschaftsverbände können sich auf den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 1 und 2 LV NRW berufen.⁹² Das kommunale Selbstverwaltungsrecht erstreckt sich insb. auf die Wahrnehmung der Aufgaben als Schulträger⁹³ und als Träger der öffentlichen Jugendhilfe⁹⁴.

Hinsichtlich der Reichweite des Schutzes ist allerdings zwischen Gemeinden sowie Kreisen und Landschaftsverbänden zu unterscheiden: Errichtung und Unterhaltung von Schulen zählen seit je her zu den Aufgaben der Gemeinden. Die Schulträgerschaft der Gemeinden wird daher dem Schutzbereich kommunaler Selbstverwaltung i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 1 und 2 LV NRW zugerechnet, jedenfalls soweit es um Grund- oder Hauptschulen geht.⁹⁵ Vom Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG erfasst ist lediglich der Bereich der äußeren Schulangelegenheiten.⁹⁶

Die verfassungsrechtliche Rechtsstellung der Kreise und Landschaftsverbände ist deutlich schwächer als diejenige der Gemeinden. Die Kreise haben keinen Aufgabenbestand, der ihnen unmittelbar durch das Grundgesetz oder die Landesverfassung zugewiesen wird. Vielmehr werden ihnen sämtliche Aufgaben durch den Gesetzgeber zugeteilt.⁹⁷ Diese

92 Zur Zuordnung der Landschaftsverbände zum Schutz durch Art. 28 Abs. 2 GG, 78 LV NRW siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 49; *Schönenbroicher*, in: *Heusch/Schönenbroicher*, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 78 Rn. 12.

93 BVerfG NVwZ 2015, 728 (732 Tz. 66).

94 *Weißberger* in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB VIII, 2. Aufl. 2018, § 69 SGB VIII, § 69 Rn. 25.

95 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, juris Rn. 65; *Ennuschat*, in: *Löwer/Tettinger*, LV NRW, 2002, Art. 8 Rn. 58.

96 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, juris Rn. 66; *Ennuschat*, in: *Löwer/Tettinger*, LV NRW, 2002, Art. 8 Rn. 58.

97 BVerfG NVwZ 1992, 365 (367); 2015, 136 (149); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 50; *Ennuschat*, in: *Ennuschat/Ibler/Remmert*, Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 97.

Aufgaben können dann grundsätzlich als Selbstverwaltungsangelegenheit erfüllt werden, aber nur nach Maßgabe der Gesetze. Dasselbe gilt für Landschaftsverbände.

Die Gemeinden werden durch das Verfassungsrecht nicht nur berechtigt, sondern in Art. 8 Abs. 3 S. 1 LV NRW zugleich verpflichtet, Schulen zu errichten und zu fördern. Im Blick zu behalten ist schließlich das landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip gem. Art. 78 Abs. 3 LV NRW (dazu näher A.2.2.2).

A.3.1.4 Mitwirkungsrechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege

Grundgesetz und Landesverfassung NRW kennen im Schulbereich nur für den Religionsunterricht ein Mitwirkungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 7 Abs. 3 GG, Art. 14 LV NRW). Stärker ist die Verfassungsposition der Kirchen, Religionsgemeinschaften sowie der Verbände der freien Wohlfahrtsverbände in der Familienförderung und in der Kinder- und Jugendhilfe: Ihre Mitwirkung dort bleibt nach Art. 6 Abs. 4 LV NRW gewährleistet und ist zu fördern. Dies ist Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips: Vor dem Aufbau eigener Einrichtungen müssen die Kommunen prüfen, ob die Aufgabe nicht durch Träger der freien Jugendhilfe erfüllt werden kann.⁹⁸ Dies deckt sich mit der bundesrechtlichen Vorgabe in § 4 Abs. 2 SGB VIII.

A.3.1.5 Aufsicht des Landes über das Schulwesen; staatlicher Erziehungsauftrag

Nach Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 3 S. 2 LV NRW steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates (= des Landes). Der Begriff der „Aufsicht“ i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG umfasst einmal die herkömmlichen Erscheinungsformen von Aufsicht, d.h. die Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht, reicht jedoch über das übliche Begriffsverständnis hinaus und wird traditionell umfassend als die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Leitung und Planung des Schulwesens begriffen.⁹⁹ So verstanden beinhaltet die Aufsicht i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG ein Vollrecht des Staates über die Schulen und umschließt alle schulrelevanten legislativen und exekutiven Hoheitsbefugnisse einschließlich der beamtenrechtlichen Regelungen der Dienstaufsicht über die Lehrerinnen und Lehrer.¹⁰⁰ Soweit der Begriff „Aufsicht“ i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG weit verstanden wird, fallen nach Auffassung des BVerfG auch die Kommunen unter den Begriff „Staat“; das betrifft namentlich die Rolle der Kommunen im Rahmen der äußeren Schulangelegenheiten.¹⁰¹ Wenn es um die Schulaufsicht i.e.S. geht, kann das Land die Kommunen beteiligen, muss dies aber nicht und hat im Übrigen beträchtliche Gestaltungsspielräume.¹⁰²

98 *Kamp*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 29.

99 Siehe etwa BVerfGE 26, 228 (238); 96, 288 (303); BVerwGE 47, 201 (204); 107, 75 (78); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 44; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 7 Rn. 4; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 61, 68; *Thiel*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2022, Art. 7 Rn. 17; *Uhle*, in: BeckOK-GG, Stand: 15.2.2022, Art. 7 Rn. 11 f.

100 Vgl. *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: Juli 2021, Art. 7 Rn. 4, 45; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 44; *Thiel*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2022, Art. 7 Rn. 17; *Uhle*, in: BeckOK-GG, Stand: 15.2.2022, Art. 7 Rn. 12.

101 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, Rn. 81 f.

102 *Thiel*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2022, Art. 7 Rn. 31 ff.; *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, Schulrechtshandbuch NRW, Stand: Febr. 2022, § 86 Rn. 5; *Bülter*, in: Jehkul, Schulgesetz NRW, 19. EGL 2016, § 86 Erl. 1.5 (4); so wohl auch BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, Rn. 81 a.E.

Die Schulaufsicht i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG beinhaltet einen staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag.¹⁰³ Das Land hat davon u.a. durch die landesverfassungsrechtliche Normierung von Erziehungszielen in Art. 7 Abs. 1 und 2 LV NRW Gebrauch gemacht.

Die verfassungsrechtliche Position des Landes bei der Ausgestaltung der offenen Ganztagschule richtet sich deshalb auch danach, wo die außerunterrichtlichen Angebote zwischen den Polen „Schule“ und „Jugendhilfe“ verortet werden. Am weitesten reichen die staatlichen Gestaltungsbefugnisse, wenn sie nahe am Pol „Schule“ angesiedelt werden, weil sie dann von der Aufsicht des Landes über das Schulwesen i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 3 S. 2 LV NRW erfasst werden. Relevant ist dies namentlich in inhaltlicher Hinsicht, weil das Land sich dann von Verfassungs wegen auf einen eigenen Erziehungs- und Bildungsauftrag berufen kann, welcher dem Elternrecht gleichgeordnet ist und dieses begrenzt. Würden die außerunterrichtlichen Angebote ganz außerhalb des Schulwesens i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG platziert, könnte sich der Staat nur auf sein Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG sowie auf Schutzpflichten bei der Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Ihm steht dann aber kein eigener Erziehungsauftrag zu.¹⁰⁴

A.3.1.6 Zusammenstellung erster Einsichten zum verfassungsrechtlichen Rahmen

Wo die außerunterrichtlichen Angebote zwischen den Polen „Schule“ und „Jugendhilfe“ verortet werden, hat Auswirkungen auf den verfassungsrechtlichen Rahmen. Nur wenn die Angebote (auch) zur Schule zählen, ist das Grundrecht auf schulische Bildung gem. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG anwendbar. Das landesverfassungsrechtliche Recht auf Erziehung und Bildung nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW griffe hingegen auch dann, wenn es sich nicht um Schule i.e.S. handelte.

Grundgesetz und Landesverfassung verlangen in qualitativer Hinsicht lediglich die Einhaltung von Mindeststandards. Die verfassungsrechtlichen Mindeststandards wären tendenziell strenger, wenn es sich um eine gebundene Ganztagschule handelt. Über Mindeststandards hinaus zielt die landesverfassungsrechtliche Förderpflicht gem. Art. 8 Abs. 3 S. 1 LV NRW im Rahmen des Möglichen auf eine Optimierung. Im Übrigen steht es dem Landesgesetzgeber frei, auch für die freiwilligen Angebote der offenen Ganztagschule hohe Qualitätsanforderungen festzulegen.

Das Gewicht des Elternrechts ist desto stärker, je näher die außerunterrichtlichen Angebote am Pol „Jugendhilfe“ angesiedelt werden. Entsprechendes gilt für die Verfassungspositionen der Kirchen, Religionsgemeinschaften sowie der freien Träger der Jugendhilfe. Die Gestaltungsbefugnisse des Landes reichen desto weiter, je näher die außerunterrichtlichen Angebote an den Pol „Schule“ platziert werden, auch in inhaltlicher Hinsicht, weil dem Land nur dann ein eigener Erziehungs- und Bildungsauftrag zusteht, wenn die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule als Teile des Schulwesens i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG gelten.

103 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, juris Rn. 160.

104 *Wapler*, in: *Wiesner/Wapler*, SGB VIII, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 17.

A.3.2 Das Ganztagsförderungsgesetz des Bundes

Am 02.10.2021 wurde das Ganztagsförderungsgesetz des Bundes im Bundesgesetzblatt verkündet¹⁰⁵. Die zentrale inhaltliche Bestimmung, die Einfügung des Absatz 4 in § 24 SGB VIII, tritt laut Artikel 7 des GaFöG am 1. August 2026 in Kraft.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde erörtert, ob für die Regelungen dieses Gesetzes der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat. Der Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD begründet dies ausführlich¹⁰⁶. Dem wurde von Vertreter:innen der kommunalen Gebietskörperschaften¹⁰⁷ sowie punktuell in einem Aufsatz¹⁰⁸ widersprochen. Dass der Bundesgesetzgeber die Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hat, ist unstrittig. Gegenstand der Auseinandersetzung ist, ob der Bund gemäß Art. 72 Abs. 2 GG die Gesetzgebungskompetenz auch insofern hat, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“¹⁰⁹. Dies wird für die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen weitgehend bejaht¹¹⁰. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Kindertageseinrichtungen¹¹¹ wird davon auszugehen sein, dass die Kompetenz des Bundes für eine derartige Gesetzgebung besteht. Im Übrigen ist nach gegenwärtigem Kenntnisstand von keinem der Bundesländer gegen dieses Gesetz ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht angestrebt, Nordrhein-Westfalen geht von der Gültigkeit der gesetzlichen Regelung aus¹¹². Damit sind die Gesetzgebungsaufträge des GaFöG von Land Nordrhein-Westfalen zu erfüllen. Das Bundesgesetz enthält im Wesentlichen bezüglich der Länder quantitative Aussagen zur Sicherstellung der Förderung von Grundschulkindern in einer Tageseinrichtung¹¹³.

A.4. Ein Landesgesetz zur Ganztagsförderung für Kinder im Primarbereich in NRW

Wir halten es für erforderlich, rechtzeitig vor dem Inkrafttreten der bundesgesetzlichen Regelung zum 01.08.2026 zeitgerecht ein Landesgesetz für die Ganztagsförderung in Nordrhein-Westfalen zu schaffen.

105 BGBl. I S 4602.

106 B T-Drs. 19/29764, S. 14 bis 16.

107 *Henneke* DVBl. 2021, 987 (993).

108 *Wabnitz* ZKJ 2022, 50 (52).

109 Hier wird darauf verzichtet darzustellen, dass sich die Bundeskompetenz auch auf Art. 125a Abs. 2 Satz 1 GG ergeben könnte. Vgl. dazu *Münder*: Verortung zentraler Qualitätsdimensionen bei der ganztägigen Förderung von Grundschulkindern (Rechtsexpertise für die AWO Bundesverband e.V., April 2021, S. 8 f.).

110 Vgl. im Einzelnen die Nachweise bei *Münder* a.a.O. S. 6 f.

111 Vgl. etwa die erste grundlegende Entscheidung zur frühkindlichen Bildung – BVerfGE 97, 332 (341), sowie zum Betreuungsgeld, in dem das Gericht im Juli 2015 seine bisherige Rechtsprechung bestätigt – BVerfGE 140, 78 ff. - Rn 29 f.; 52; 57.

112 Ob evtl. von den kommunalen Gebietskörperschaften ein Verfahren angestrebt wird (evtl. mit Hinweis auf das Durchgriffsverbot nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG – vgl. dazu BVerfGE 155, 310 - Rn 67), ist nicht bekannt.

113 Vgl. B.1 fff

Die gegenwärtige Organisation und die inhaltlichen Vorgaben für die offenen Ganztagschulen beruhen auf dem Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 23.12.2010 „Gebundene und offene Ganztagschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote im Primarbereich der Sekundarstufe I“¹¹⁴. Auf dieser Basis hat sich inzwischen eine breite Landschaft offener Ganztagschulen in Nordrhein-Westfalen entwickelt, die eine geeignete Basis auch für die landesweite Umsetzung der Regelung des § 24 Abs. 3 SGB VIII zum 01.08.2026 abgeben. Der Grundlagenerlass ist allerdings (nur) eine Verwaltungsvorschrift, die nunmehr durch eine gesetzliche Regelung ersetzt werden sollte und müsste.

Grundsätzlich stehen dem für Regelungen unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung: vom (Landes-)Parlament beschlossene Gesetze, auf Gesetzen beruhende Rechtsverordnungen durch die zuständigen Ministerien und Verwaltungsvorschriften. Allerdings gibt es rechtliche Gründe, in diesem Fall eine gesetzliche Regelung vorzusehen.

Zentral für eine gesetzliche Regelung ist der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) entwickelte Wesentlichkeitsgrundsatz. Dieser besagt, dass grundlegende Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament treffen muss¹¹⁵. Damit sind ergänzende, konkretisierende Regelungen durch Rechtsverordnungen oder durch Verwaltungsvorschriften zwar nicht ausgeschlossen, aber die wesentlichen Entscheidungen müssen in einem formellen Gesetz enthalten sein. „Wesentlich“ sind unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Materien, die für die Verwirklichung der Grundrechte eine wesentliche Bedeutung haben. Hier bei der Förderung von Grundschulkindern geht es zentral um die Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit von jungen Menschen. Dafür sind im Fall der offenen Ganztagschulen sowohl der Unterricht als auch die außerunterrichtlichen Angebote von zentraler Bedeutung. Bei gesetzlichen Regelungen ist der Gesetzgeber an das Bestimmtheitsgebot rechtlicher Regelungen gebunden. Dadurch werden für die Verwaltung im Gesetz selbst steuernde Maßstäbe gesetzt und die Klarheit der Regelungen sorgt auch dafür, dass die Gerichte hier bei der Realisierung und Umsetzung eines Rechtsanspruches eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können.

Weitere Argumente für eine gesetzliche Regelung kommen hinzu.

§ 31 SGB I (Vorbehalt des Gesetzes) schreibt vor, dass Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzes nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz dies vorschreibt oder zulässt. Gesetz im Sinne dieser Formulierung sind vom Parlament beschlossene Gesetze, nicht aber Verwaltungsvorschriften. Die Bestimmung des § 31 SGB I gilt für alle Bereiche des SGB¹¹⁶.

In der Verwaltungsrechtsdogmatik wird darauf hingewiesen, dass bei Eingriffen in die Rechte von Bürger:innen unabhängig vom verfassungsrechtlichen

114 In der Fassung vom 16.02.2018 – ABl. NRW 01/11 S. 38, berichtigt 02/11 S. 85.

115 Zuletzt BVerfG 19.9.2018- 2 BvF1/15, 2 BvF 2/15, Rn. 192 – BVerfGE 150, 1ff., mwN zu früherer Rechtsprechung.

116 Vgl. LPK-SGB I/Meißner/Timme 4.Aufl. § 31 Rn 5 ff.; Mrozynski/Mrozynski SGB I, 6. Aufl. 2019, § 31 Rn 5, 7.

Wesentlichkeitsgrundsatz auf jeden Fall eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein muss. Handelt es sich dagegen um Leistungen, so genüge als Rechtsgrundlage das Haushaltsgesetz¹¹⁷.

In § 24 Abs. 4 SGB VIII (Stand 01.08.2026) findet sich eine „indirekt belastende“ Regelung in Satz 3. Danach gilt der Anspruch des Kindes auf Förderung in Tageseinrichtungen auch durch Angebote der Ganztagschulen im Primarbereich, einschließlich der offenen Ganztagschulen, als erfüllt. Die Erfüllungswirkung tritt durch die Existenz der Angebote ein, nicht durch die Wahrnehmung der Angebote. Das bedeutet einen indirekten Zwang für Grundschulkindern/für deren Eltern, die vorhandenen außerunterrichtlichen Angebote des offenen Ganztags in Anspruch zu nehmen, sofern sie, insbesondere aus Gründen der Betreuung, auf derartige Angebote angewiesen sind. Und auch die nach § 24 Absatz. 4 Satz 4 SGB VIII mögliche Festlegung von Schließungszeiten greift in den umfassenden Rechtsanspruch auf Ganztagsförderung ein.

Schließlich gibt es inzwischen politische Setzungen für eine gesetzliche Regelung: in der Koalitionsvereinbarung von CDU und GRÜNEN im Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen haben die Parteien unter dem Stichwort Ganztags die Vereinbarung getroffen, dass „die Erarbeitung eines Landesausführungsgesetzes“ vorangetrieben und begleitet wird¹¹⁸. Damit sind die Weichen auf politischer Ebene für ein eigenständiges Gesetz zur Ausführung der zukünftigen Regelung des § 24 Abs. 4 SGB VIII gestellt. In dem Koalitionsvertrag sind auch einige Stichworte der gesetzlichen Regelung genannt¹¹⁹: Stärkung der Qualität des Ganztags, Mindeststandards für den Ganztags, enge Zusammenarbeit auf Augenhöhe von allen bereits in der Schule tätigen Fachkräften, Finanzierung im Rahmen des geltenden Konnexitätsprinzips.

Mit dem Stichwort „Ausführungsgesetz“ im Koalitionsvertrag ist zudem die politische Entscheidung für ein eigenständiges Gesetz gefallen. Dies schließt nicht aus, dass es zu ergänzenden, flankierenden Regelungen in den „Spezialgesetzen“, also im Schulgesetz bzw. in jugendhilferechtlichen Landesgesetzen wie dem KiBiz, kommen kann. Somit werden unter B entsprechende Vorschläge vornehmlich zu dem geplanten Ausführungsgesetz gemacht.

B. Wichtige Aspekte für ein Ausführungsgesetz NRW zum Ganztagsförderungsgesetz des Bundes

Vorbemerkung

Wie aus der Darstellung der Grundmodelle zur Kooperation von Schule und Jugendhilfe in der OGS dargestellt, sind drei Modelle denkbar. Das dritte Modell – außerunterrichtliche Angebote in Verantwortung von Jugendhilfeträgern – ist in Nordrhein-Westfalen nicht von Bedeutung, sodass sich die Ausführungen zum möglichen Gesetzesinhalt auf die beiden anderen Modelle beziehen. Dabei wird entsprechend der Formulierung im Koalitionsvertrag

117 Zwar umstritten, aber h.M. vgl. BSG 22.3.1979 BSGE 48,120; *Weselski* in jurisPK-SGB I § 31 Rn 34

118 Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen S. 61.

119 Vgl. Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen S. 61.

von einer „engen Zusammenarbeit auf Augenhöhe“, von einer gemeinsamen Verantwortung für die außerunterrichtlichen Angebote durch Schule und Jugendhilfe ausgegangen.

Die folgenden Vorschläge gehen von der gegenwärtigen Rechtslage aus, wie sie durch den Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 23.12.2010 geprägt ist. Viele der dort geregelten Aspekte können inhaltlich in das Ausführungsgesetz übernommen werden. Die Ausführungen der Expertise ergeben sich aus den bundesrechtlichen Vorgaben und den Erkenntnissen zu Verbesserungsmöglichkeiten und Verbesserungsbedarfen und aus dem Grundgedanken der Zusammenarbeit auf Augenhöhe.

B.1. Zu beachtende rechtliche Vorgaben

Die zentrale Bestimmung des § 24 Abs. 4 SGB VIII für die ganztägige Förderung von Grundschulkindern tritt zum 01.08.2026 in Kraft. Somit besteht hinreichend Vorlaufzeit, um bei der Ausführung dieser Regelung die notwendigen landesrechtlichen Schritte zu unternehmen. Diese beziehen sich zunächst unmittelbar auf die Umsetzung des Artikel 1 des Ganztagsförderungsgesetzes (vgl. B.1.1.). In diesem Zusammenhang ist eine grundlegende Überprüfung der gegenwärtig im sog. Grundlagenerlass geregelten Bestimmungen notwendig, insbesondere ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, wie die Regelungen mit den sonstigen jugendhilferechtlichen Vorgaben, insbesondere des SGB VIII, und der landesrechtlichen Regelungen übereinstimmen (vgl. B.1.2.). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bis zum 01.08.2026 voraussichtlich weitere bundesrechtliche und/oder landesrechtliche Bestimmungen in Kraft treten werden/können (vgl. B.1.3.).

B.1.1. Vorgaben des Artikel 1 Ganztagsförderungsgesetz (GaFöG)

Die unmittelbarsten Auswirkungen des Ganztagsförderungsgesetzes ergeben sich hinsichtlich der Anforderungen, die in § 24 Abs. 4 SGB VIII gesetzlich geregelt sind und am 01.08.2026 in Kraft treten.

B.1.1.1. Förderung aller Kinder, bedarfsgerechtes Angebot

Grundsätzlich steht in NRW für alle Kinder in den offenen Ganztagschulen eine Förderung zur Verfügung¹²⁰. Auf der Ebene der Grundschulen sind die offenen Ganztagschulen das Standardangebot; die gebundenen Ganztagschulen und die erweiterten gebundenen Ganztagschulen sind de facto nicht von Bedeutung. Neben den offenen Ganztagschulen gibt es allerdings auch Grundschulen als „Halbtagsgrundschulen“ oft mit pädagogischer Übermittagsbetreuung und Bereitstellung eines Mittagessens, d.h. etwa in einem zeitlichen Umfang von fünf Stunden. In etwa 6 % der Grundschulen in Nordrhein-Westfalen besuchen Grundschulkindern diese „Halbtagsgrundschulen“, in einigen davon gibt es ergänzende Angebote am Nachmittag.

Erfolgt hier keine rechtliche Regelung, bedeutet dies, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die örtlich für Kinder aus solchen Halbtagschulen zuständig sind, den Rechtsanspruch mit Angeboten der Jugendhilfe sicherstellen müssen. Ein generelles Ausweichen auf die in § 24 Abs. 4 Satz 6 SGB VIII durch den Verweis auf Absatz 3 Satz 3 ermöglichte Förderung in der Kindertagespflege ist hier nicht möglich, da dies entsprechend § 24 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII nur „bei besonderem Bedarf oder ergänzend“ vorgesehen ist.

¹²⁰ Zum quantitativen Umfang vgl. unter B.1.1.1.

Ausgehend von der Tatsache, dass gegenwärtig in ganz überwiegenden Teilen der offenen Ganztagschulen im Primarbereich grundsätzlich die Förderung der Kinder möglich und gesichert ist, erscheint es am sinnvollsten, dass sich die noch verbleibenden Halbtagsgrundschulen zu offenen Ganztagschulen im Primarbereich weiterentwickeln. Dies ist nach der geltenden Rechtslage gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 SchulG nur möglich, wenn der Schulträger mit den Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe eine entsprechende Zusammenarbeit vereinbart, es hängt also von der Entscheidung des Schulträgers ab. Entscheidet er sich nicht für die Form der offenen Ganztagschule, dann bleibt es bei der Halbtagschule.

Will man also erreichen, dass auch an den jetzigen Halbtagsgrundschulen eine Weiterentwicklung stattfindet, bedarf es einer Gesetzesänderung. Diese muss in die Richtung gehen, die dazu führt, dass die gegenwärtigen Halbtagsgrundschulen entsprechende Angebote wie an offenen Ganztagschulen zur Verfügung stellen¹²¹.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die Planungen einiger, möglicherweise auch vieler offener Ganztagschulen für die außerunterrichtlichen Angebote sich nicht auf 100 % der Kinder, die den schulischen Unterricht besuchen, sondern auf einen niedrigeren Anteil beziehen, sodass nicht für alle den schulischen Unterricht besuchenden Kinder gegenwärtig ein außerunterrichtliches Förderungsangebot zur Verfügung steht. Außerdem ist anzunehmen, dass mit der gesetzlichen Verpflichtung ab 01.08.2026 die Inanspruchnahme der ganztägigen Förderung von Grundschulkindern steigt. Dies ist allerdings keine rechtliche Frage, sondern eine Frage der Entwicklungsplanung¹²² und wesentlich im Vorlauf im Kontext einer zu gestaltenden Implementationsphase zu berücksichtigen.

B.1.1.2. Zeitrahmen, individuelle Bedarfe

Hinsichtlich des quantitativen Umfangs der ganztägigen Förderung ergeben sich folgende, zu berücksichtigende Aspekte:

- Anspruch auf acht Stunden Förderung (Satz 2); der Klarstellung halber, wegen der Nähe zur Schule: es handelt sich um 60-Minuten-Stunden, also Zeitstunden und nicht etwa Unterrichtsstunden. Im zeitlichen Umfang des Unterrichts und der Angebote der Ganztagschulen im Primarbereich, einschließlich der offenen Ganztagschulen, gilt der jugendhilferechtliche Anspruch des Kindes als erfüllt (Satz 3).
- Der Anspruch besteht an allen Werktagen, also unabhängig von Schulunterricht und Ferien, nur falls landesrechtlich eine Schließzeit (von höchstens vier Wochen – Satz 4) bestimmt ist, ist diese Zeit von dem Anspruch auf ganzjährige Förderung ausgenommen.
- Satz 5 sieht vor, dass über den in Satz 1 festgelegten Anspruch hinaus ein bedarfsgerechtes Angebot für einen individuellen Bedarf vorzuhalten ist.

Aus all diesen Aspekten ergeben sich mögliche Optionen und gegebenenfalls Handlungsbedarfe.

121 Zu ggf. nötigen flankierenden Regelungen im Schulrecht im Einzelnen unter D.2

122 Dazu unter B.5.3. und B.5.4.

Achtstündige Förderung und Erfüllungswirkung

In NRW ist unter rechtlichen Gesichtspunkten der sog. Grundlagenerlass „Gebundene und offene Ganztagschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote im Primarbereich und Sekundarstufe I“¹²³ maßgeblich. Dieser sieht unter dem Gesichtspunkt der quantitativen zeitlichen Abdeckung unterschiedliche Regelungen vor:

- Bei den gebundenen Ganztagschulen der Sekundarstufe I müssen an mindestens drei Unterrichtstagen jeweils mindestens sieben Zeitstunden (in der Regel 8 Uhr bis 15 Uhr) entsprechende Angebote zur Verfügung stehen.
- Dies erhöht sich in der sog. erweiterten gebundenen Ganztagschule in der Regel auf mindestens vier Unterrichtstage im selben Stundenumfang.
- Der Zeitrahmen bei den offenen Ganztagschulen im Primarbereich erstreckt sich unter Berücksichtigung der allgemeinen Unterrichtszeit an allen Unterrichtstagen von spätestens 8 Uhr bis 16 Uhr, also auf acht Stunden, allerdings mit Erweiterungs- wie Kürzungsmöglichkeiten: Bei Bedarf kann er länger als diese acht Stunden sein, muss aber mindestens bis 15 Uhr gehen, also mindestens sieben Stunden umfassen.

Für alle Formen der Ganztagschulen im Primarbereich gilt die Erfüllungswirkung des § 24 Abs. 4 Satz 3 SGB VIII. Im Vorfeld der gesetzlichen Regelung wurde unter dem Gesichtspunkt, dass „offen“ die freiwillige Inanspruchnahme des offenen Ganztags bedeutet, erörtert, ob allein die Existenz von Angeboten ausreichend ist oder ob konkret eine Teilnahme erforderlich ist. Wie die jetzige Gesetzesformulierung zeigt, genügt allein die Existenz von Angeboten des offenen Ganztags: Wenn z.B. ein Kind am offenen Ganztags nicht teilnimmt, jedoch durch den Unterricht und durch die Angebote des offenen Ganztags acht Stunden täglich abgedeckt würden, dann gilt der Anspruch dieses Kindes als erfüllt.

Vor dem Hintergrund, dass in 5.2 des Grundlagenerlasses als Regelfall acht Stunden für Unterricht und die offenen Angebote vorgesehen sind, aber mit der Formulierung „mindestens aber bis 15:00 Uhr“ ermöglicht wird, dass gegebenenfalls auch nur sieben Stunden abgedeckt werden, ergibt sich bezüglich des gesetzlich vorgesehenen täglichen, achtstündigen Umfangs Handlungsbedarf.

Unternimmt der Landesgesetzgeber nichts, so sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, den fehlenden zeitlichen quantitativen Umfang abzudecken.

Allerdings kann der Landesgesetzgeber schulrechtliche Regelungen treffen: Er kann bezüglich der offenen Ganztagschulen festlegen, dass diese verbindlich bis 16:00 Uhr gehen, also verbindlich insgesamt acht Stunden umfassen müssen. Dann wäre hinsichtlich der Tage, an denen Schulunterricht stattfindet, dieses quantitative Problem im Umfang des bestehenden Rechtsanspruches des Kindes abgedeckt. Solche schulrechtlichen Regelungen durch den Landesgesetzgeber sind regelungstechnisch mit weniger Aufwand hinsichtlich der Ressourcen, hinsichtlich der praktischen Umsetzung und hinsichtlich der Regelungsanforderung verbunden und erscheinen uns deswegen die unproblematischste Option zu sein.

123 RdErl d. Ministerium für Schule und Weiterbildung v. 23.12.2010, 12-63 Nr. 2.

Ganzjährige Förderung

Der Grundlagenerlass bezieht sich durchgängig auf „Unterrichtstage“. Damit ist nach dem Grundlagenerlass insbesondere die Ferienzeit nicht abgedeckt¹²⁴. Üblicherweise beträgt die Gesamtferienzeit in NRW in einem Schuljahr zwölf Wochen. Davon kann im Umfang von bis zu vier Wochen durch Landesrecht eine Schließzeit vorgesehen werden, sodass acht Wochen im Rahmen der Ganztagschulen durch Schulunterricht und außerunterrichtliche Angebote nicht abgedeckt sind. Unter rechtlichen Gesichtspunkten müssen die vier Wochen Schließzeit nicht zusammenhängend sein. Aus Erfahrungen bei der Förderung von Kindern bis zum Schulbeginn ist bekannt, dass während Weihnachten/Neujahr, also im Umfang von zwei Wochen, zumindest in vielen Einrichtungen, eine Schließzeit besteht.

Hier existieren verschiedene Optionen und Handlungsmöglichkeiten.

Will der Landesgesetzgeber vorsehen, dass eine Schließzeit etabliert wird, dann hat er eine entsprechende landesrechtliche Regelung zu treffen. In diesem Zusammenhang ist zu überlegen, ob die Schließzeit landesweit terminlich festlegt oder Termin und Verfahren der jeweils örtlichen Regelung überlassen wird. Letztere Regelung würde eine höhere Flexibilität erlauben und die Möglichkeit eröffnen, stärker auf die jeweils lokalen Möglichkeiten vor Ort einzugehen.

Wird eine Schließzeit landesrechtlich festgelegt (was zu empfehlen ist), stellt sich die Frage, wer für die Erfüllung des Rechtsanspruches in den nicht durch die Schließzeit geregelten Ferienzeiten zur Erfüllung des Rechtsanspruches verpflichtet sein soll.

Verpflichtet, den Rechtsanspruch des Kindes sicherzustellen, ist, wenn keine weitere Regelung getroffen wird, der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe, also die Kreise, Kreisfreien Städte sowie die zugelassenen Großen und Mittleren Kreisangehörigen Städte.

In diesen Fällen ist es empfehlenswert, durch entsprechende Informations- und Beratungsangebote die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu unterstützen, diese Situation angemessen zu gestalten. Zum anderen ist zu beachten, dass es in dieser Zeit um „Förderung“, nicht etwa nur um eine „Betreuung“ der Kinder geht. Dabei ist klar, dass auch Freizeit, Entspannung, Erholung, Sport, Kultur usw. durchaus im Sinne des SGB VIII fördernde Funktion haben können.

Man kann auch überlegen, auf Landesebene Vorgaben für diese verbleibenden Ferienzeiten zu treffen, etwa dahingehend, dass eine entsprechende „Notförderung“ zwischen nahe gelegenen Schulen vereinbart wird, oder bestimmen, dass die Ferienmaßnahmen durch die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe in Abstimmung mit den Schulen abgedeckt wird. Sinnvoll erscheint es jedoch, sich zunächst einen Überblick über die gegenwärtig bestehende Praxis zu verschaffen.

Zudem wird sich das Land darauf einstellen müssen, dass ein finanzieller Unterstützungsbedarf entstehen wird.

Individuelles bedarfsgerechtes Angebot

Schließlich ist nach Satz 5 des § 24 Abs. 4 SGB VIII ein bedarfsgerechtes Angebot über den zeitlichen Umfang von acht Stunden hinaus vorzuhalten, das sich nach dem individuellen

¹²⁴ Vgl. allerdings Nr. 5.5 des Grundlagenerlasses mit jedoch nur sehr allgemeinen Aussagen.

Bedarf richtet. Auch hier besteht, solange es zu keiner anderen Regelung kommt, die Verpflichtung der örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Hier halten wir eine Regelung in der Kinder- und Jugendhilfe für sinnvoll. Das ergibt sich indirekt auch aus dem letzten, dem 6. Satz, dieser Bestimmung, in dem auf Absatz 3 Satz 3 verwiesen wird. Nach dieser Bestimmung kann das Kind bei einem besonderen Bedarf (oder einem ergänzenden Bedarf) auch in Kindertagespflege gefördert werden. D.h. die Abdeckung von „Randstunden“, etwa wegen Arbeits- oder Ausbildungszeit der Sorgeberechtigten, bei besonderen Bedarfslagen etwa aufgrund der Situation des Kindes oder bei sonstigen spezifischen Gründen, sollte sinnvollerweise in der Kinder- und Jugendhilfe stattfinden. Natürlich kommen hier nach wie vor auch Angebote in Kindertageseinrichtungen infrage. Mit dieser Offenheit hätten die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Möglichkeit, flexibel und bedarfsgerecht vor Ort regeln zu können, welches Angebot gegebenenfalls vorzuhalten wäre. Im schulischen Bereich erscheint dies – zumindest nicht ohne weiteres – möglich.

B.1.2. Beachtung jugendhilferechtlicher Bestimmungen des Bundes- und des Landesrechts

Hier ist zu prüfen, ob jugendhilferechtliche Vorgaben für die außerunterrichtlichen Angebote außerschulischer Träger gelten. Dies gilt in erster Linie für die jugendhilferechtlichen Bestimmungen des Bundesrechts, denn diese sind durch das Landesrecht nicht änder- oder abdingbar¹²⁵. Bezüglich des jugendhilferechtlichen Landesrechts wird die gegenwärtig geltende Rechtslage dargestellt. Die landesrechtliche Rechtslage ist einer Änderung des Landesgesetzgebers zugänglich, insofern sind hier Änderungen möglich, müssten dann aber ausdrücklich vorgenommen werden.

Für Nordrhein-Westfalen sind dies in erster Linie das Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (KiBiz) sowie gegenwärtig der sog. Grundlagenerlass, für die Bundesebene (neben dem GaFöG) das SGB VIII, sofern es sich um Träger der Kinder- und Jugendhilfe handelt.

In 4 Abs. 5 KiBiz ist die Formulierung enthalten, dass das JA seine nach § 24 SGB VIII bestehende Verpflichtung, für Kinder im schulpflichtigen Alter nach Bedarf Plätze in Tageseinrichtungen vorzuhalten, auch durch entsprechende Angebote an Schulen erfüllen kann. Diese Angebote erfüllen die (gegenwärtig: objektive) Rechtsverpflichtung nach § 24 SGB VIII. Damit gelten für derartige Angebote die Grundsätze des SGB VIII. Der Erlass vom 23.12.2010 bezieht sich ebenfalls hierauf und führt in 1.4 aus, dass die Kommune ihre Verpflichtung nach (jetzigem) § 24 Abs. 4 SGB VIII auch durch entsprechende Angebote an Schulen erfüllen kann, „soweit die Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsangebote nach den Grundsätzen des SGB VIII gestaltet werden (§ 5 Abs. 1 KiBiz)“¹²⁶. Damit stellt der Erlass klar, dass die Grundsätze des SGB VIII zur Anwendung kommen. Somit ist nach

125 Sofern es sich um besonders wichtige oder umfangreiche Komplexe handelt, werden diese unter B.3. bis B.5. behandelt.

126 Das Zitat bezieht sich auf das damalige KiBiz, der damalige § 5 Abs. 1 entspricht dem heutigen § 4 Abs.

Landesrecht davon auszugehen, dass sich außerunterrichtliche Angebote grundsätzlich nach den Bestimmungen der Kinder- und Jugendhilfe richten.

Die Rechtslage wird sich zum 01.08.2026 insofern verändern, als dann der verpflichtende Rechtsanspruch auf ganztägige Förderung in der Grundschule im SGB VIII enthalten ist.

Dieser Anspruch gilt in zeitlicher Hinsicht der acht Stunden durch den zeitlichen Umfang des Unterrichts sowie durch den zeitlichen Umfang der Angebote der Ganztagschulen im Primarbereich, einschl. der offenen Ganztagschulen als erfüllt. Aussagen, welche inhaltlichen Aspekte sowohl der Unterricht wie die entsprechenden (in Nordrhein-Westfalen außerunterrichtlichen Angebote der außerschulischen Träger) haben müssen, trifft der Bundesgesetzgeber nicht. Dies ergibt sich aus den jeweiligen für die Tätigkeitsfelder relevanten gesetzlichen Regelungen. Für den Unterricht sind dies die landesrechtlichen Regelungen des Schulgesetzes. Für die außerunterrichtlichen Angebote außerschulischer Träger sind dies, sofern diese Träger der Kinder- und Jugendhilfe sind, die landesrechtlichen und bundesrechtlichen jugendhilferechtlichen Bestimmungen.

In zeitlicher Hinsicht regelt § 24 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII die Erfüllungswirkung der Angebote der Ganztagschulen im Primarbereich bzw. der offenen Ganztagschulen. Der Anspruch der sog. ganztägigen Förderung von Grundschulkindern ist nicht zufälligerweise ein Absatz des § 24 SGB VIII, der Förderung in Tageseinrichtungen: Die außerunterrichtlichen Angebote außerschulischer Träger sind „Förderung in Tageseinrichtungen“. Für sie sind alle Bestimmungen relevant, die für Tageseinrichtungen und für die Förderung in Tageseinrichtungen gelten. Im Kontext des § 24 Abs. 4 SGB VIII hat der Gesetzgeber – in zeitlicher Hinsicht – klargestellt, dass die entsprechenden Angebote Erfüllungswirkung haben. Damit wird zugleich in inhaltlicher Hinsicht der Anspruch nach § 24 Abs. 4 SGB VIII erfüllt. Eine Erfüllung in inhaltlicher Hinsicht kann jedoch nur eintreten, wenn die in den außerunterrichtlichen Angeboten der außerschulischen Träger erbrachten Angebote und Leistungen nicht „irgendwelche“ Angebote/Leistungen sind, sondern sie müssen den im SGB VIII geregelten Vorgaben entsprechen. „Erfüllungswirkung“ in inhaltlicher Hinsicht haben die Angebote nur dann, wenn sie die Vorgaben des SGB VIII beachten.

B.1.3. Zu erwartende Regelungen – qualitative Aspekte

Über die in den gegenwärtigen landesrechtlichen und bundesrechtlichen Regelungen hinaus, gab und gibt es eine Diskussion um qualitative Aspekte und Standards bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen. So hat die GEW bereits 2015 eine bundesgesetzliche Regelung der Rahmenbedingungen gefordert¹²⁷, die Jugend- und Familienministerkonferenz 2017 beschlossen, dass Qualitätsziele auf der Grundlage eines Qualitätsentwicklungsgesetzes realisiert werden sollen¹²⁸.

Im Zusammenhang mit der ganztägigen Förderung von Kindern im Primarbereich wurde sich insbesondere intensiv mit Qualitätsfragen befasst¹²⁹. Mit der Verabschiedung der

127 Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, Qualität in Tageseinrichtungen für Kinder, Frankfurt/Main 2015.

128 Beschluss vom 19.5.2017: „Frühe Bildung weiterentwickeln und finanziell sichern. Eckpunkte für ein Qualitätsentwicklungsgesetz“.

129 Angeregt insbesondere durch eine von Arbeiterwohlfahrt Bundesverband, Bertelsmann-Stiftung, Robert-Bosch-Stiftung und Stiftung Mercator initiierte Expert:innenrunde, vgl. dazu die Gutachten von *Münder, J.*:

Ganztagsförderung im Bundestag kam es zu einem Antrag der GRÜNEN, in dem verschiedene Qualitätsaspekte benannt waren, wie Betreuungsschlüssel, Qualifikation der Fachkräfte, Ausstattung usw.¹³⁰, bei der Verabschiedung des Ganztagsförderungsgesetzes wurde dieser Antrag abgelehnt¹³¹. Inzwischen jedoch hat sich die Situation geändert. Entsprechend dem aktuellen Koalitionsvertrag von SPD, GRÜNE und FDP wurde festgehalten, dass das „gute Kita-Gesetz auf der Grundlage der Ergebnisse des Monitorings und der Evaluation (...) bis Ende der Legislaturperiode gemeinsam mit den Ländern in ein Qualitätsentwicklungsgesetz mit bundesweiten Standards“ überführt werden soll, wobei insbesondere die „Verbesserung der Betreuungsrelation, Sprachförderung und ein bedarfsgerechtes Ganztagsangebot“ im Mittelpunkt stehen¹³². Und im gegenwärtigen Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen für 2022 bis 2027 wird festgehalten, dass für den Bereich des schulischen Ganztags eine Fachkräfte- und Qualitätsoffensive stattfinden soll, um so Mindeststandards für den Ganzttag festzulegen, wozu u.a. ein Fachkräftegebot gehören soll,¹³³. Auf der Bundesebene sind die Vorarbeiten bereits im Gange: In der AG „Frühkindliche Bildung“ arbeitet eine Expertengruppe und Vertretung der Länder an entsprechenden Vorschlägen. Ziel ist, diese in 2023 abzuschließen und entsprechende gesetzliche Regelungen in dieser Legislaturperiode zu verabschieden. Schwerpunkte dort sind der bedarfsgerechte Ausbau der Ganztagsangebote (insbesondere über die ganztägige Förderung von Grundschulkindern hinaus), die Sprachförderung und qualitative Festlegungen zur Betreuungsrelation.

Wir halten es für sinnvoll, dass diese Entwicklungen in ein geplantes Landesgesetz zur Ganztagsförderung aufgenommen werden.

B.2. Kooperation Schule – Jugendhilfe

B.2.1. Kooperationsverpflichtung

Für die Qualität des offenen Ganztages kommt es in erheblichem Umfang darauf an, dass die beteiligten Partner – Schule und außerschulischer Träger – gut zusammenarbeiten. Dafür sind verschiedene Elemente von Bedeutung, z.B. der Kooperationsvertrag¹³⁴. Hier geht es darum, dass im Gesetz strukturell vorgegeben wird, dass die Akteure, und das sind mehr als nur die Schule und der außerschulische Träger, verpflichtet sind, zu kooperieren.

B.2.1.1 Jugendhilferechtliche Ausgangslage

Im SGB VIII gibt es im Abschnitt über die „Gesamtverantwortung, Jugendhilfeplanung“ in § 81 SGB VIII eine generelle Bestimmung über die „strukturelle Zusammenarbeit mit anderen

Rechtliche Möglichkeiten zur Sicherung der Qualität bei der Förderung von Grundschulkindern (gefördert von der Bertelsmann-Stiftung), Gütersloh 2018; *Wrase, M.*: Einheitliche Qualitätskriterien für den Ganzttag im Grundschulalter (gefördert von der Stiftung Mercator, Essen 2019); sowie *Münder, J.*: Verortung zentraler Qualitätsdimensionen bei der ganztägigen Förderung von Grundschulkindern (gefördert vom AWO Bundesverband e.V., Berlin 2021).

130 BT-Drs. 19/22117,

131 BT-Drs. 19/30512, S. 6.

132 Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit – Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP, S. 95.

133 Zukunftsvertrag für NRW – Koalitionsvereinbarung von CDU und GRÜNEN, S. 61.

134 Unter B.2.f.

Stellen und öffentlichen Einrichtungen“. Hiernach sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe durch die Formulierung „haben mit anderen Stellen und öffentlichen Einrichtungen ... zusammen zu arbeiten“ verpflichtet. Diese objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Zusammenarbeit für die Träger der Jugendhilfe ist nicht in deren jeweils individuellen Befinden oder Ermessen gestellt, sondern verpflichtet sie. Verstöße hiergegen sind ggf. von der rechtsaufsichtlichen Behörde zu beanstanden. Unter den anderen Stellen und öffentlichen Einrichtungen werden in § 81 SGB VIII insgesamt 13 verschiedene Adressaten aufgeführt, in der Nr. 4. die „Schulen und Stellen der Schulverwaltung“. Eine spezifische Kooperationsverpflichtung im Kontext der Förderung von Kindern im Primarbereich findet sich im SGB VIII nicht.

Dabei gibt es im SGB VIII bei speziellen Leistungen durchaus spezielle Kooperationsvorschriften. So sieht etwa § 13 Abs. 4 SGB VIII (Jugendsozialarbeit) vor, dass die Angebote mit Maßnahmen der Schulverwaltung (...) abgestimmt werden sollen. In § 13a SGB VIII (Schulsozialarbeit) wird hinsichtlich der Träger der Schulsozialarbeit in Satz 2 ausgeführt, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit den Schulen zusammenarbeiten. Auch bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege gibt es Vorschriften, die sich mit der Zusammenarbeit mit den Schulen im weitesten Sinn befassen:

- In § 22 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII wird für die Tageseinrichtung für Kinder und für die Kindertagespflege ausgeführt, dass diese mit anderen Diensten oder Einrichtungen, die bei der Leistungserbringung für das Kind tätig sind, zusammenarbeiten;
- nach § 22a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII sollen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sicherstellen, dass die Fachkräfte in ihren Einrichtungen zusammenarbeiten „mit den Schulen, um den Kindern einen guten Übergang in die Schule zu sichern ...“.

Diese Bestimmungen beziehen sich auf die Tageseinrichtungen und die Kindertagespflege. Unter die Tageseinrichtungen fallen auch die Einrichtungen zur Förderung von „Kindern im schulpflichtigen Alter“, für die ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten ist. Eine spezielle Norm, die sich auf die Zusammenarbeit von Kindern in Tageseinrichtungen mit der Schule bezieht, existiert allerdings auch hier nicht. Es fehlt also auf Bundesebene eine spezielle Kooperationsverpflichtung für eine verbindliche Zusammenarbeit zwischen Schule und Jugendhilfe bei der Förderung von Kindern im Primarbereich.

Hier sind landesrechtliche Regelungen möglich, was im konkreten Fall auch ausdrücklich durch den Landesrechtsvorbehalt in § 26 SGB VIII angesprochen wird.

B.2.1.2 Schulrechtliche Ausgangslage

In einer Schule gibt es viele handelnde Personen: Schulleiter:in, Lehrkräfte, weiteres Personal, Schüler:innen, Eltern. Die Schule interagiert wiederum mit dem Schulträger (Kommune), der Schulaufsicht, anderen Schulen und weiteren Akteuren, etwa Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe, Vereinen. Das Schulrecht kennt zahlreiche Vorgaben zur Zusammenarbeit der verschiedenen Personen und Institutionen.

B.2.1.2.1 Überblick über schulrechtliche Vorgaben zur Zusammenarbeit

Die schulgesetzlichen Vorgaben erfordern innerhalb der einzelnen Schule die vertrauensvolle Zusammenarbeit aller Beteiligten (vgl. § 42 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW zu den Beteiligten des öffentlich-rechtlichen Schulverhältnisses). Schule und Eltern¹³⁵ wirken bei der Verwirklichung der Bildungs- und Erziehungsziele partnerschaftlich zusammen (§ 2 Abs. 3 S. 2 SchulG NRW). Schülerinnen und Schüler haben das Recht, an der Gestaltung der Bildungs- und Erziehungsarbeit der Schule mitzuwirken und ihre Interessen wahrzunehmen (§ 42 Abs. 2 SchulG NRW).

Die Schule – namentlich der/die Schulleiter:in – arbeitet eng und vertrauensvoll mit dem Schulträger zusammen (§ 59 Abs. 11 SchulG NRW). Schule und Schulträger wirken bei der Entwicklung des Schulwesens auf örtlicher Ebene zusammen (§ 76 S. 1 SchulG NRW). Weitere Vorgaben zur Zusammenarbeit betreffen andere Schulen (§§ 4 Abs. 1 S. 1, 11 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW), den schulpsychologischen Dienst und die Berufsberatung (§ 44 Abs. 5 S. 2 SchulG) sowie – bei Grundschulen – Tageseinrichtungen für Kinder (§ 11 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW). Schulen sollen in gemeinsamer Verantwortung mit den Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe, mit Religionsgemeinschaften und mit anderen Partnern zusammenarbeiten, die Verantwortung für die Belange von Kindern, Jugendlichen und jungen Volljährigen tragen (§ 5 Abs. 2 SchulG NRW).

B.2.1.2.2 Schulrechtliche Vorgaben zur Zusammenarbeit in der offenen Ganztagsschule

Schulrechtliche Vorgaben zur Zusammenarbeit betreffen insb. die offene Ganztagsschule. Nach § 80 Abs. 1 S. 4 SchulG NRW sind – in Parallele zu § 7 KJFöG NRW – die Schulentwicklungsplanung und die Jugendhilfeplanung aufeinander abzustimmen.¹³⁶ Gem. § 9 Abs. 3 S. 1 SchulG NRW kann der Schulträger mit Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe und anderen Einrichtungen, die Bildung und Erziehung fördern, eine weitergehende Zusammenarbeit vereinbaren, um außerunterrichtliche Angebote vorzuhalten. Der Runderlass zur Ganztagsschule¹³⁷ hebt dabei hervor (Nr. 1.3), dass eine zentrale Grundlage der Ganztagsschule die Zusammenarbeit von Schule, Kinder- und Jugendhilfe, gemeinwohlorientierten Institutionen und Organisationen aus Kultur und Sport, Wirtschaft und Handwerk sowie weiteren außerschulischen Partnern ist. Diese Zusammenarbeit soll fortgeführt und weiter intensiviert werden. Alle beteiligten Personen und Einrichtungen sollen vertrauensvoll zusammenarbeiten (Nr. 6.7).

Zur Ermöglichung der Zusammenarbeit sehen Schulgesetz und Runderlass verschiedene Instrumente und organisatorische Vorkehrungen vor, wie im Folgenden skizziert werden soll.

In § 9 Abs. 3 SchulG NRW werden nur der Schulträger und ein (regelmäßig freier) Träger der Jugendhilfe als Partner der Kooperationsvereinbarung genannt, nicht aber die Schule.

¹³⁵ Kinder und Jugendliche werden an dieser Stelle nicht genannt, sollten aber insbesondere aufgrund des Artikels 12 (Berücksichtigung des Kindeswillens) der UN-Kinderrechtskonvention berücksichtigt werden.

¹³⁶ Diese Vorschrift dient der Wahrung der Belange der Jugendhilfeplanung, nicht aber den Interessen von Eltern, die auf diese Norm keinen gerichtlichen Rechtsschutz stützen können, so *Fehrmann*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 80 Rn. 6.

¹³⁷ Runderlass des MSB NRW vom 23.12.2010 – 12-63 Nr. 2 „Gebundene und offene Ganztagsschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote in Primarbereich und Sekundarstufe I“.

Demgegenüber gibt Nr. 6.8 des Ganztagschulrunderlasses vor, dass zusätzlich die Schule an der Kooperationsvereinbarung beteiligt ist. Nr. 6.9 wiederum geht offenbar von einer Vereinbarung nur zwischen Schule und dem außerschulischen Partner aus, der die Kräfte für das Ganztagsangebot stellt. Auffällig ist schließlich, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Regelfall, dass ein freier Träger die außerunterrichtlichen Angebote bereitstellt, kein Partner der Kooperationsvereinbarung ist. Er wird lediglich durch den Schulträger beteiligt (so Nr. 6.8 des Ganztagschulrunderlasses).

Hinweis: Im Rahmen der Fortentwicklung der offenen Ganztagschule sollte klarer vorgegeben werden, wer Partner der Kooperationsvereinbarung sein soll. Dabei wäre insb. zu klären, ob die Stellung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe so belassen oder aufgewertet werden soll.

B.2.1.2.2.2 Kooperationspartner Schule – wer ist das eigentlich?

Schule und Jugendhilfe wirken im Rahmen der offenen Ganztagschule zusammen. Aber wer ist eigentlich „Schule“ in diesem Kontext?

Zunächst sind Schule, Schulträger und Schulaufsicht zu unterscheiden. Der **Schulträger** entscheidet (mit Zustimmung der Schulkonferenz), ob eine Schule als offene Ganztagschule geführt wird (§ 9 Abs. 3 S. 1 und 3 SchulG NRW). Er unterstützt (gemeinsam mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe) die Schule und ihre außerschulischen Partner bei der Planung und Organisation ihrer außerunterrichtlichen Angebote (Ganztagschulrunderlass Nr. 4.5). Er stellt die erforderliche Infrastruktur bereit (Nr. 6.1), soll insb. kostenfrei Schulräume zur Verfügung stellen (Nr. 6.2). Er ermöglicht ein Mittagessen und stellt dafür Räume, Sach- und Personalausstattung bereit (Nr. 6.3).

Die **Schulaufsicht** unterstützt die jeweiligen örtlichen Entwicklungsprozesse von Schulen, Trägern und Kommunen, z.B. durch Beratung, Unterstützung in Konfliktsituationen oder Mitarbeit in Steuergruppen und Qualitätszirkeln (Nr. 2.3).

Die **Schule** wird in den einschlägigen Vorschriften bisweilen als Ganzes adressiert. So bestimmt z.B. Nr. 6.5 des Ganztags-Runderlasses, dass die Schule ein Ganztagskonzept entwickelt. Vielfach werden jedoch Schulorgane im Text der Vorschriften genannt, insb. der/die Schulleiter:in und die Schulkonferenz. Der/die **Schulleiter:in** leitet die Schule und vertritt sie nach außen (§ 59 Abs. 2 Nr. 1 SchulG NRW) und unterzeichnet etwa die Kooperationsvereinbarung. Schulintern benötigt er/sie jedoch hierzu die Zustimmung der **Schulkonferenz** (§§ 9 Abs. 3 S. 3, 75 Abs. 4 S. 2 SchulG NRW, Ganztagschulrunderlass Nrn. 6.8, 6.9). Die Schulkonferenz entscheidet über das Ganztagskonzept (Ganztagschulrunderlass Nr. 6.5).

B.2.1.2.2.3 Ganztagskonzept

Die Schule entwickelt „auch unter Beteiligung der außerschulischen Kooperationspartner“ ein Ganztagskonzept, das Teil des Schulprogramms ist und regelmäßig fortgeschrieben wird (Ganztagschulrunderlass Nr. 6.5). Über das Konzept entscheidet die Schulkonferenz (§ 65 Abs. 2 Nrn. 1, 6 SchulG NRW). Inhaltlich orientiert sich das Ganztagskonzept an einer Liste aus 14 „Merkmale von Ganztagschulen“, die in Nr. 3.1 des Ganztagschulrunderlasses zusammengestellt sind. Die (offene) Ganztagschule muss diese Merkmale umsetzen, aber nur „im Rahmen ihrer Ressourcen und Möglichkeiten“ (so

Ganztagsschulrunderlass Nr. 3.1). Diese Einschränkung dient ersichtlich dazu, die Konnexitätsfolgen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW zu vermeiden (zur Konnexität siehe A.2.2.).

Hinweis: Bei der Entwicklung des Ganztagskonzepts scheint dem schulischen Partner in den gegenwärtigen Rechtsvorgaben ein gewisser Vorrang zuzukommen. Bei der Fortentwicklung der offenen Ganztagschule in NRW wäre zu klären, ob und wie die Stellung des außerschulischen Kooperationspartners insoweit gestärkt werden kann und soll.

B.2.1.2.2.4 Gemeinsame Steuergruppen und Qualitätszirkel

Gem. § 9 Abs. 3 S. 2 SchulG NRW soll die Kooperationsvereinbarung die Bildung gemeinsamer Steuergruppen vorsehen. Der Ganztagsschulrunderlass erwähnt zudem die Möglichkeit von „Qualitätszirkeln“ (Nr. 2.3). Schulgesetz und Runderlass geben die Zusammensetzung der gemeinsamen Steuergruppe oder eines Qualitätszirkels nicht vor. Denkbar ist auch die Mitarbeit der Schulaufsicht in Steuergruppen oder Qualitätszirkeln (Ganztagsschulrunderlass Nr. 2.3).

Bei der Fortentwicklung der offenen Ganztagschule in NRW könnte die organisatorische Dimension der Kooperation normativ stärker vorstrukturiert werden. Eine gewisse Vorbildwirkung könnte das Hamburger Schulrecht entfalten: Gem. § 56a HmbSchulG gibt es einen Ganztagsausschuss. Dieser wird von der Schulkonferenz eingesetzt. Er soll mindestens viermal jährlich zusammentreten und tagt schulöffentlich. Im Ausschuss vertreten sind der/die Schulleiter:in, Vertreter des Elternrates, Mitglieder der Lehrerkonferenz, Mitglieder des Schülerrates und Vertreter des Trägers der Jugendhilfe (näher § 56a Abs. 1 HmbSchulG). Der Ganztagsausschuss dient der Planung, Umsetzung und Begleitung der ganztägigen Bildung und Betreuung. Der/die Schulleiter:in und die Leitung des Trägers der Jugendhilfe müssen den Ganztagsausschuss über grundlegende Entwicklungen der ganztägigen Bildung und Betreuung der jeweiligen Schule unterrichten. Die Schulkonferenz muss den Ganztagsausschuss vor Entscheidungen zu Fragen der ganztägigen Bildung und Betreuung hören. Der Ganztagsausschuss kann Empfehlungen oder Beschlussvorschläge an die Schulkonferenz richten und diese dort erläutern. Eine Ablehnung oder Änderung der Empfehlung oder des Beschlussvorschlages muss die Schulkonferenz gegenüber dem Ganztagsausschuss begründen (zum Vorstehenden § 56a Abs. 2 HmbSchulG).

B.2.1.2.2.5 Zentraler Ansprechpartner auf Seiten des außerschulischen Trägers der Ganztagsangebote für den/die Schulleiter:in

Der außerschulische Träger „kann“ eine Person zur Koordination benennen, die eng mit dem/der Schulleiter:in zusammenarbeitet (Ganztagsschulrunderlass Nr. 7.6). Es dürfte sich anbieten, diese Kann-Vorgabe verpflichtend zu machen. Der/die Schulleiter:in benötigt einen Ansprechpartner, der innerhalb der Organisation des außerschulischen Trägers dem Personal, das bei den außerunterrichtlichen Angeboten mitwirkt, Weisungen erteilen kann (näher B.4.3).

B.2.1.2.2.6 Sicherung des fachlichen Austauschs

Der/die Schulleiter:in sorgt für regelmäßigen und fachgerechten Austausch zwischen den Akteuren in der Schule und in der Ganztagsbetreuung (Ganztagsschulrunderlass Nr. 6.7).

Hinweis: Auch insoweit wird der/die Schulleiter:in und damit die Schule quasi in den Vordergrund gerückt und ihm/ihr dadurch eine gewisse Gesamtverantwortung zugewiesen. Auch bei dieser Bestimmung ist deshalb zu klären, wie das Verhältnis von Schule und Kooperationspartner künftig ausgestaltet werden soll. Zu erwägen ist etwa eine Vorgabe, wonach Schulleiter:in und eine verantwortliche Person des Kooperationspartners gemeinsam für den regelmäßigen und fachgerechten Austausch sorgen.

B.2.1.2.2.7 Mitwirkung der (sozial)pädagogischen Fachkräfte des Kooperationspartners in den schulischen Gremien (insb. in der Schulkonferenz)

Gemäß § 75 Abs. 4 SchulG NRW vereinbart an einer offenen Ganztagschule die Schule mit ihren Kooperationspartnern besondere Regelungen zur Mitwirkung der (sozial)pädagogischen Kräfte dieser Partner, die in der offenen Ganztagschule tätig sind. Hierzu eröffnen § 66 Abs. 7 und § 68 Abs. 4 SchulG NRW Mitwirkungsmöglichkeiten im Rahmen der Schulkonferenz.

B.2.1.2.2.7.1 (Sozial)pädagogische Fachkräfte der offenen Ganztagschule als beratende Mitglieder der Schulkonferenz, § 66 Abs. 7 SchulG NRW

Gem. § 66 Abs. 7 S. 1 SchulG NRW kann die Schulkonferenz Vertreterinnen und Vertreter schulergänzender Angebote und Personen aus dem schulischen Umfeld als beratende Mitglieder berufen. Hierbei sollen pädagogische und sonderpädagogische Fachkräfte, die im Rahmen außerunterrichtlicher Angebote tätig sind und nicht der Schule angehören, in besonderer Weise berücksichtigt werden (§ 66 Abs. 7 S. 2 SchulG NRW).

Die (sozial)pädagogischen Fachkräfte, die in der offenen Ganztagschule tätig werden, stehen meist im Dienst des Kooperationspartners, z.B. eines Trägers der freien Jugendhilfe. Sie gehören damit nicht zum Schulpersonal i.S.d. §§ 57 ff. SchulG NRW (vgl. § 58 SchulG NRW: „im Landesdienst“) und gehören der Schule nicht an (§ 68 Abs. 4 S. 3 a.E. SchulG NRW). Sie fallen damit in den Anwendungsbereich des § 66 Abs. 7 SchulG NRW. Als beratende Mitglieder haben sie kein Stimm-, aber Rederecht und können Anträge stellen (§ 63 Abs. 3 S. 2 SchulG NRW).¹³⁸

B.2.1.2.2.7.2 (Sozial)pädagogische Fachkräfte der offenen Ganztagschule als Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe der Lehrerinnen und Lehrer in der Schulkonferenz – mit Stimmrecht

§ 75 Abs. 4 SchulG NRW zielt ferner auf die Lehrerkonferenz.¹³⁹ Zu deren Mitgliedern gehört gem. § 68 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 1 SchulG NRW neben den an der Schule tätigen Lehrerinnen und Lehrern auch das weitere dort tätige pädagogische und sozialpädagogische Personal, allerdings nur soweit dieses im Landesdienst steht. Die (sozial)pädagogischen Kräfte der offenen Ganztagschule stehen im Dienst (z.B.) eines Trägers der freien Jugendhilfe und sind deshalb nicht Mitglied der Lehrerkonferenz.¹⁴⁰ Die Lehrerkonferenz wählt Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe der Lehrer:innen für die

138 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 66 Rn. 16.

139 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 75 Rn. 6.

140 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 68 Rn. 5.

Schulkonferenz (§ 68 Abs. 4 S. 1 SchulG). Hierzu bestimmt § 68 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW Folgendes:

„Die Lehrerkonferenz kann auch pädagogische oder sozialpädagogische Fachkräfte wählen, die im Rahmen außerunterrichtlicher Angebote tätig sind und nicht der Schule angehören.“

(Sozial)pädagogische Fachkräfte der offenen Ganztagschule, die als Vertreter:innen der Gruppe der Lehrer:innen gewählt und in die Schulkonferenz entsandt worden sind, sind vollwertige Mitglieder der Schulkonferenz (§ 66 Abs. 3 SchulG NRW) und haben deshalb – im Unterschied zu § 66 Abs. 7 SchulG NRW – nicht nur Rede- und Antrags-, sondern auch Stimmrecht.

B.2.1.2.2.7.3 Empfehlung zur Ermöglichung der Mitwirkung (sozial)pädagogischer Fachkräfte der offenen Ganztagschule in schulischen Gremien

Der Ganztagschulrunderlass empfiehlt, von den vorstehend genannten Möglichkeiten Gebrauch zu machen (Nr. 6.9):

„Die Schule vereinbart mit Zustimmung der Schulkonferenz mit ihren Kooperationspartnern besondere Regelungen zur Mitwirkung der pädagogischen Kräfte der außerschulischen Partner (§ 75 Abs. 4 SchulG). Es wird empfohlen, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, Vertreter:innen außerunterrichtlicher Angebote in Ganztagschulen in den schulischen Gremien zu beteiligen (§§ 66 Absatz 7 SchulG, 68 Absatz 4 SchulG, 75 Abs. 4 SchulG).“

Die Kooperationsvereinbarung, die derartige Regelungen zur Mitwirkung enthalten soll, bedarf der Zustimmung der Schulkonferenz (§ 65 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 75 Abs. 4 S. 2 SchulG NRW). Die Schulkonferenz kann dabei nur zustimmen oder ablehnen, jedoch nicht unmittelbar den Inhalt der Kooperationsvereinbarung bestimmen.¹⁴¹ Ungeachtet der Empfehlung in Nr. 6.9 des Ganztags-Runderlass soll die Schulkonferenz nach Ansicht der Kommentarliteratur frei in ihrer Entscheidung sein.¹⁴²

Selbst wenn die Kooperationsvereinbarung keine derartigen Regelungen zur Mitwirkung enthält, können die Schulkonferenz und/oder die Lehrerkonferenz die Möglichkeiten der §§ 66 Abs. 7, 68 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW nutzen, d.h. (sozial)pädagogische Fachkräfte zu beratenden oder sogar stimmberechtigten Mitgliedern der Schulkonferenz machen. Der/die Schulleiter:in soll die Gremien auf diese Möglichkeiten hinweisen.¹⁴³ Schulkonferenz und Lehrerkonferenz sollen gleichwohl frei sein, ob sie das tun oder nicht.¹⁴⁴

Nach hiesiger Auffassung ist jedenfalls die Schulkonferenz nicht frei. Der Schulgesetzgeber gibt durch § 66 Abs. 7 S. 2 SchulG NRW in Form einer Soll-Bestimmung vor, dass die Schulkonferenz bei der Möglichkeit, beratende Mitglieder zu ernennen, Fachkräfte aus der

141 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 65 Rn. 10; van den Hövel, aaO, § 9 Rn. 60.

142 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 66 Rn. 16.

143 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 66 Rn. 16.

144 Pfaff, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 66 Rn. 16.

offenen Ganztagschule berücksichtigen „soll“. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:¹⁴⁵

„Die Änderung dient dazu, den Status der vor allem im Ganztage tätigen, aber nicht in Anstellungsträgerschaft des Landes stehenden pädagogischen und sozialpädagogischen Fachkräfte in der Schulmitwirkung zu stärken.“

An dieses Ziel und diese Vorgabe des Gesetzgebers ist die Schulkonferenz gebunden. Lediglich bei Vorliegen atypischer Umstände kann sie davon absehen.

In der Schulpraxis wird die Empfehlung, Fachkräfte aus der offenen Ganztagschule in die Schulkonferenz als beratende oder vollwertige Mitglieder aufzunehmen, dennoch wohl nicht durchgängig umgesetzt. Möglicherweise liegt das daran, dass viele Grundschulen eher klein sind, sodass es in der Schulkonferenz nur drei oder sechs Vertreter der Lehrer:innen gibt (siehe § 66 Abs. 1 SchulG NRW), sodass eine Lehrerkonferenz zögern mag, einen der wenigen Plätze an Fachkräfte aus der offenen Ganztagschule zu vergeben. Allerdings könnte die Schulkonferenz eine Erhöhung der Mitgliederzahl beschließen (§ 66 Abs. 2 SchulG NRW). Sie kann zudem zusätzliche Mitglieder mit beratender Stimme berufen (§ 66 Abs. 7 SchulG NRW).

Hinweis: Im Rahmen der Fortentwicklung der offenen Ganztagschule in NRW ist zu empfehlen, dass der Gesetzgeber zwingend vorschreibt, dass es in der Schulkonferenz zumindest beratende Mitglieder aus den Reihen der OGS geben muss oder dass diese Möglichkeit zumindest den betroffenen Personen angeboten werden muss. Ggf. könnte der Kreis der möglichen Vertreter:innen aus den Reihen der OGS auf solche Kräfte beschränkt werden, die eine festzusetzende wöchentliche Mindeststundenzahl (z.B. 10) in der entsprechenden Schule verbringen.

B.2.1.2.3 Zusammenstellung von Kooperationsinstrumenten im Kontext der offenen Ganztagschule

Die Kooperation von Schule, Schulträger und Jugendhilfe im Rahmen der offenen Ganztagschule hat mehrere Dimensionen und Instrumente:

- Die fachliche Dimension besteht insb. aus einem übergreifenden pädagogischen Konzept, das die unterrichtlichen und außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule verklammert.¹⁴⁶
- Die Kooperation kann – und sollte – organisatorisch durch gemeinsame Gremien (z.B. Steuergruppe oder Ganztagsausschuss) oder durch wechselseitige Vertretung in den jeweiligen Gremien (z.B. Mitgliedschaft von Vertreter:innen der außerschulischen Kooperationspartner in der Schulkonferenz, § 66 Abs 7 SchulG NRW) flankiert werden.
- Weitere Kooperationsinstrumente können wechselseitige Informationspflichten, Beratungspflichten, Mitwirkungsrechte (insb. Anhörung- und Stellungnahmerechte, Benehmens- und Einvernehmensefordernisse), Unterstützungspflichten u.ä. sein.

145 LT-Drs. 16/8441, S. 50.

146 Sog. Ganztagskonzept; siehe Ganztagschulrunderlass Nr. 6.5.

- Gemeinsame Ziele, fachliche Standards und Instrumente der Kooperation, soweit sie sich nicht unmittelbar aus Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift ergeben, können in einem Kooperationsvertrag geregelt werden.

B.2.1.3 Konsequenzen für das Ganztagsförderungsgesetz NRW

Folgt man dem oben gemachten Vorschlag eines eigenständigen GaFöG, dann würde man eine entsprechende Formulierung in dieses Gesetz aufnehmen, etwa wie folgt:

„Die außerschulischen Träger von Angeboten und Einrichtungen zur Förderung von Grundschulkindern arbeiten zur Sicherstellung des Anspruchs des Kindes nach § 24 Abs. 4 SGB VIII (Fassung 2026) verbindlich und kontinuierlich mit den Grundschulen zusammen. Form und Verfahren der Zusammenarbeit sind auf der Ebene der jeweiligen Jugendhilfeangebote und der jeweiligen Schule in der Kooperationsvereinbarung festzulegen.“

Schulorganisatorisch sollte festgelegt werden, dass die (sozial)pädagogischen Fachkräfte der offenen Ganztagschule in der Schulkonferenz mit einer/einem Vertreter:in zumindest mit beratender Stimme, besser stimmberechtigt vertreten sein müssen. Die Regelung in § 66 Abs. 7 S. 2 SchulG NRW müsste von einer Soll- in eine Muss-Bestimmung umgewandelt werden. Diese Vorgabe kann auch dadurch erfüllt werden, dass eine (sozial)pädagogische Fachkraft der offenen Ganztagschule gem. § 68 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW als (stimmberechtigte) Vertreter:in der Gruppe der Lehrer:innen in die Schulkonferenz gewählt wird.

Exkurs: Falls es nicht zu einem Landesausführungsgesetz kommt¹⁴⁷

Sollte es zu keinem Landesausführungsgesetz kommen, dann ist es besonders wichtig, dass die jeweiligen jugendhilferechtlichen und schulrechtlichen Regelungen entsprechende Bestimmungen enthalten. Auf landesrechtlicher Ebene NRW käme für die Suche nach entsprechenden Regelungen das AGKJHG NW, das KJFöG und das KiBiz in Frage.

§ 7 KJFöG ist mit „Zusammenarbeit von Jugendhilfe und Schule überschrieben, ausgeführt wird, dass die Träger der Jugendhilfe mit den Schulen zusammenwirken bzw. sich bei schulbezogenen Angeboten abstimmen sollen. Allerdings gilt diese Bestimmung entsprechend § 1 KJFöG eben nur für den Regelungsbereich der §§ 11-14 SGB VIII, kommt also für die Förderung von Kindern im Primarbereich nicht infrage. Kooperation ist auch ein Stichwort des KiBiz: In § 13 werden in der Überschrift u.a. auch „Kooperationen“ angesprochen. Allerdings ist hier nur sehr allgemein in § 13 Abs. 1 Satz 1 KiBiz davon die Rede, dass die Träger von Kindertageseinrichtungen, insbesondere das pädagogische Personal in den Tageseinrichtungen (...) „mit anderen Einrichtungen und Diensten, die ihren Aufgabenbereich berühren, zusammenarbeiten“. Konkreter wird es in § 30 KiBiz, diese Bestimmung befasst sich mit der „Zusammenarbeit mit der Grundschule“¹⁴⁸. Aus dieser Bestimmung wird allerdings auch deutlich, dass sich das KiBiz trotz der Aussage in § 1 KiBiz, dass es für die „Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in

147 Dieser Exkurs soll die Konsequenzen aufzeigen. Die Autor:innen dieser Expertise sprechen sich explizit für eine gemeinsame und gleichwertige schul- und jugendhilferechtliche Lösung aus.

148 § 30 des KiBiz benennt an dieser Stelle ausschließlich Grundschulen. An dieser Stelle sind aber ebenfalls die Förderschulen im Primarbereich mitzudenken.

Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege“ gilt, sich faktisch allein auf Kindertageseinrichtungen im Bereich vor Beginn des Schulunterrichts bezieht, denn § 30 KiBiz spricht die Zusammenarbeit mit der Grundschule im Zusammenhang mit dem „Übergang in die Grundschule“ (§ 30 Abs. 1 KiBiz) an.

Damit ist auch auf Landesebene Nordrhein-Westfalen zu konstatieren, dass es keine spezifische Regelung über die verbindliche Zusammenarbeit zwischen der Jugendhilfe, ihren Angeboten, ihren Einrichtungen und der Grundschule hinsichtlich der Förderung entsprechend § 24 Abs. 4 SGB VIII (Fassung ab 01.08.2026) gibt.

Angesichts der deutlich gewachsenen An- und Herausforderungen durch die Neuregelung ist es wichtig, dass es zu verbindlichen Regelungen über die Zusammenarbeit, zu einer Kooperationsverpflichtung kommt.

In der Kinder- und Jugendhilfe könnte dies mit folgender Formulierung geschehen:

Träger von Angeboten und Einrichtungen der Förderung von Kindern im Primarbereich arbeiten zur Sicherstellung des Anspruchs des Kindes nach § 24 Abs. 4 SGB VIII (Fassung 2026) verbindlich und kontinuierlich mit den Schulen des Primarbereiches zusammen. Form und Verfahren der Zusammenarbeit sind auf der Ebene der jeweiligen außerschulischen Träger und der jeweiligen Schule festzulegen.

B.2.2.1. Abschluss eines Kooperationsvertrags

Für das Gelingen der Förderung von Grundschulkindern ist die funktionierende Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Akteuren vor Ort entscheidend. Hier sind verschiedene Faktoren von Bedeutung. Entscheidende Bedeutung kommt dem Abschluss eines Vertrags zwischen den auf der Seite der Schule und auf der Seite der Jugendhilfe tätigen Organisationen zu. Deswegen ist – wie bisher auch im Grundlagenerlass – der Abschluss eines Kooperationsvertrages gesetzlich vorzuschreiben.

Verträge gehen zumindest rechtlich von gleichberechtigten Akteuren und Partnern aus. Der Grundlagenerlass spricht unter 3.1 deswegen zu Recht von Akteuren „auf Augenhöhe“. Allerdings ist dieses wichtige Merkmal nicht durchgängig realisiert. Das beginnt bereits mit den Partnern des Kooperationsvertrags. Nach gegenwärtiger Rechtslage sind dies auf der einen Seite der Schulträger und der/die Schulleiter:in, auf der anderen Seite der außerschulische Träger.

Würde man auf der Ebene der (hier: institutionellen) Beteiligten Gleichheit zum Schulträger, zum/zur Schulleiter:in herstellen wollen, so würde das bedeuten, dass auf der anderen Seite der außerschulische Träger und die Träger der öffentlichen Jugendhilfe stehen. Dies sieht etwa die Formulierung des Grundlagenerlasses nicht vor, vielmehr „beteiligt“ der Schulträger den Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe wird also nur vom Schulträger beteiligt, er ist nicht Vertragspartei.

Hier halten wir die gleichberechtigte rechtliche Einbeziehung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe für erforderlich.

Zum einen ergibt sich dies aus grundsätzlichen Überlegungen: Wenn auf der einen Seite der Schulträger, also die Gemeinde, und der/die Schulleiter:in steht, so müsste auf der anderen Seite die Vertretung der öffentlichen Jugendhilfe, und das sind die (örtlichen) Träger

der öffentlichen Jugendhilfe, sowie die konkreten Leistungserbringer (die außerschulischen Träger) stehen.

Es geht aber nicht nur um diesen vielleicht eher formalen Aspekt der Gleichgewichtigkeit. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe werden – und müssen – in die Verhandlungen Aspekte einbringen, die der – in der Regel privatrechtlich organisierte – außerschulische Träger in der Regel nicht berücksichtigen kann, da sie nicht unbedingt zu seinem Tätigkeitsprofil gehören. Beispielhaft sind hier genannt: Aspekte der Sicherung des Kindeswohls, Kinderschutzaspekte im öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen (familienrechtlichen) Bereich, Aspekte der Jugendhilfeplanung, der Weiterentwicklung von Angeboten usw.

Von daher muss, da der Aspekt „auf Augenhöhe“ nicht nur eine formale Gleichheit meint, sondern ein qualitatives Merkmal ist, eine Einbeziehung der örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Vertragspartner stattfinden, die über die Beteiligung über den Schulträger hinausgeht: Partner des Kooperationsvertrags sollten einerseits die Schulträger und der/die Schulleiter:in und andererseits der außerschulische Träger und der Träger der öffentlichen Jugendhilfe sein.

B.2.2.2. Entwicklung und Fortschreibung eines Ganztagskonzeptes

Wesentlich für die Qualität des offenen Ganztags und für die Förderung der Grundschul Kinder wird der konkrete Inhalt des jeweiligen schulischen Ganztagskonzeptes sein. Deswegen wird zu Recht gegenwärtig (im Grundlagenerlass) ausgeführt: „Jede Ganztagschule entwickelt, auch unter Beteiligung der außerschulischen Kooperationspartner, ein Ganztagskonzept...“.

Die Formulierung „Beteiligung“ macht deutlich, dass kein gesicherter inhaltlich gestaltender Einfluss – und sei es auch nur für die außerunterrichtlichen Angebote – dem außerschulischen Kooperationspartner zukommt. Nun kann man, da es sich hier ja um das Kooperationsvertragsmodell handelt, die Auffassung vertreten, dass der außerschulische Kooperationspartner seine Vorstellungen im Rahmen der Vertragsverhandlungen einbringen kann. Ein qualitativ tieferes Verständnis von „auf Augenhöhe“ besteht aber darin, dass die Entwicklung eines Ganztagskonzeptes, das wesentlich die außerunterrichtlichen Angebote beinhalten muss, gemeinschaftlich entwickelt wird, und insofern mehr als eine Beteiligung erforderlich ist.

Insofern müsste in eine entsprechende Regelung aufgenommen werden, dass die Entwicklung und Fortschreibung des Ganztagskonzeptes z.B. „unter Abstimmung“ oder (etwas schwächer) „unter Einbeziehung der Vorstellungen der außerschulischen Kooperationspartner“ stattfindet. Damit würde an einer wichtigen Kooperationsstelle signalisiert werden, dass in der Tat die Schule und der außerschulische Träger „auf Augenhöhe“ arbeiten – zumindest hinsichtlich des außerschulischen Teils.

B.2.2.3. Nutzung von Räumen, insbesondere Schulräumen

Gegenwärtig wird im sog. Grundlagenerlass unter 6.2 ausgeführt, dass für die Angebote außerschulischer Träger Schulräume kostenfrei zur Verfügung gestellt werden „sollen“. Juristisch gesehen tritt der außerschulische Träger hier als „Antragsteller“ auf. Eine gleichberechtigte Formulierung, die einem Kooperationsverhältnis entspräche, wäre, dass für Angebote außerschulischer Träger die Schulräume kostenfrei zur Verfügung gestellt

werden. Auf jeden Fall müsste jedoch sinngemäß eine Bestimmung enthalten sein, dass die außerschulischen Träger mit der Schule über die kostenfreie Zurverfügungstellung von Schulräumen eine Regelung treffen.

B.2.3. Auswahl des Kooperationspartners

Nach § 9 Abs. 3 SchulG NRW kann der Schulträger mit Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe und anderen Einrichtungen, die Bildung und Erziehung fördern, eine weitergehende Zusammenarbeit vereinbaren, um im Rahmen der offenen Ganztagschule außerunterrichtliche Angebote vorzuhalten. Insoweit stellen sich verschiedene Fragen: Gibt es Mindestanforderungen, welche ein Kooperationspartner erfüllen muss? Was gilt, wenn es mehrere Einrichtungen gibt, welche Interesse haben, außerunterrichtliche Angebote für die offene Ganztagschule bereitzustellen, aber der Schulträger mit Blick auf eine bestimmte Schule nur Bedarf hat, mit einer Einrichtung zu kooperieren? Wer trifft die Auswahlentscheidung? Welche Auswahlkriterien greifen? Welches Auswahlverfahren ist anzuwenden? Bei allen Antwortversuchen wird u.a. danach zu differenzieren sein, ob der Kooperationspartner eine Art Generalunternehmer ist, der ein Gesamtpaket an außerunterrichtlichen Angeboten offeriert (ggf. in Kooperation mit Dritten, die einzelne Leistungen beisteuern), oder ob es sich um einen Kooperationspartner handelt, der nur eine einzelne Leistung anbietet. Im Vordergrund der nachstehenden Überlegungen steht die erstgenannte Variante.

Hinweis: Im Folgenden wird die gegenwärtige Rechtslage zugrunde gelegt, wonach der Schulträger mit einem (in der Regel freien) Träger der Jugendhilfe eine Kooperationsvereinbarung schließt (§ 9 Abs. 3 SchulG NRW), also den Kooperationspartner auswählt. Je nach Organisationsmodell könnte die Auswahl auch dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe überantwortet werden oder dieser könnte zumindest an der Auswahl beteiligt werden (z.B. in Form eines Einvernehmens, Benehmens oder einer Stellungnahmemöglichkeit). Eine Auswahl gegen den Willen der Schule ist nicht möglich, weil die Schulkonferenz der Kooperationsvereinbarung zustimmen muss (§ 65 Abs. 2 Nr. 3 SchulG NRW).

B.2.3.1 Jugendhilfe- und schulrechtliche Ausgangslage: nur punktuelle Vorgaben zur Auswahl des Kooperationspartners

Im gegenwärtigen Jugendhilfe- und im Schulrecht gibt es nur punktuelle Vorgaben zur Auswahl des Kooperationspartners.

Zum Jugendhilferecht: Die außerunterrichtlichen Angebote im Rahmen einer offenen Ganztagschule lassen sich unter dem Begriff der Einrichtung i.S.d. § 45a SGB VIII subsummieren. Die außerunterrichtlichen Angebote erfüllen zugleich die Merkmale einer Kindertageseinrichtung i.S.d. § 22 SGB VIII, § 25 KiBiz.¹⁴⁹ Eine Einrichtung i.S.d. § 45a SGB VIII muss in der Verantwortung eines Trägers liegen. Träger können Einzelpersonen, Personengemeinschaften und juristische Personen sein.¹⁵⁰ Ebenfalls weit gefasst ist der Kreis möglicher Träger von Kindertageseinrichtungen: Nach § 25 Abs. 2 KiBiz können neben den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, den Jugendämtern und weiteren

149 Siehe hierzu mit Blick auf § 22 SGB VIII BayVG, NJW 2016, 1032 (1033 Rn. 15).

150 *Winkler*, BeckOK-Sozialrecht, Stand: 1.6.2022, § 45a SGB VIII Rn. 3.

öffentlichen Trägern „auch andere Träger, zum Beispiel Unternehmen, privatgewerbliche Träger und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe“ Träger einer Kindertageseinrichtung sein. Im Jugendhilferecht gibt es mithin keine formalen oder materiellen Anforderungen an einen Träger, lediglich Anforderungen an die Tätigkeit oder an das Personal (z.B. Fachkräftegebot).

Etwas enger gefasst sind die Vorgaben im Schulrecht. Nach § 9 Abs. 3 SchulG NRW muss die Einrichtung, welche die Angebote für die offene Ganztagschule bereitstellt, Bildung und Erziehung fördern. Dabei dürfte es genügen, dass sie ex nunc Bildung und Erziehung fördert, sodass es keine zwingende Voraussetzung ist, schon in der Vergangenheit in diesem Bereich tätig gewesen zu sein. Nr. 1.3 des Ganztagschulrunderlasses schließt – und hier besteht ein Unterschied zum Jugendhilferecht – gewinnorientierte Träger sowie kommerzielle Nachhilfeinstitute aus. Begründet wird dies mit dem Verbot wirtschaftlicher Betätigung „in der Schule“ gem. § 55 Abs. 1 SchulG NRW. Im Übrigen wird der Kreis möglicher Träger in Nr. 4.5 des Ganztagschulrunderlasses weit gezogen. Innerhalb der Anbieter kommt dem gemeinnützigen Sport eine begrenzte Sonderstellung zu; siehe Nr. 4.5 a.E.: „Bei den Bewegungs-, Spiel- und Sportangeboten ist der gemeinnützige Sport zu berücksichtigen.“ Relevant dürfte dies insb. in der Konstellation sein, dass ein Träger der freien Jugendhilfe die außerunterrichtlichen Angebote in einer offenen Ganztagschule bereithält, aber nicht alle Angebote selbst zur Verfügung stellt, sondern einzelne Angebote – z.B. Sport – durch Dritte offeriert.

Zusammengefasst bedeutet dies: Das derzeitige Schulrecht schließt gewinnorientierte Anbieter aus und verlangt, dass der Anbieter Bildung und Erziehung fördert. Im Übrigen gibt es keine (Eignungs-)Anforderungen. Eine gewisse Vorgabe für die Auswahl folgt aus der Pflicht, den gemeinnützigen Sport zu berücksichtigen. Vorgaben zum Auswahlverfahren fehlen im Jugendhilfe- und Schulrecht.

B.2.3.2 Unions-, verfassungs- und vergaberechtliche Vorgaben für die Auswahl

Vorgaben für das Auswahlverfahren könnten sich aus dem Vergaberecht ergeben. In Deutschland ist das Vergaberecht (i.e.S.) zweigeteilt. Oberhalb bestimmter Schwellenwerte greift das Kartellvergaberecht gem. §§ 97 ff. GWB (unten B.2.3.2.1). Im Unterschwellenbereich gilt das sog. Haushaltsvergaberecht (unten B.2.3.2.2). Unabhängig von der Anwendbarkeit des Vergaberechts i.e.S. folgen aus den Grundrechten und ggf. den unionalen Grundfreiheiten Mindestanforderungen an das Verfahren (sog. Vergaberecht light, unten B.2.3.2.2).

Vergaberecht ist eine besonders komplexe Rechtsmaterie, sodass Aussagen zur vergaberechtlichen Rechtslage stets mit gewissen Unsicherheiten verbunden sind. Das betrifft häufig – und so auch hier – schon die Frage, ob das Vergaberecht überhaupt anwendbar ist. Im Rahmen dieser Expertise können die vergaberechtlichen Aspekte nicht umfassend aufgearbeitet werden. Die nachfolgenden Ausführungen, welche an die derzeitigen Regelungen zur offenen Ganztagschule im Primarbereich anknüpfen, sollen deshalb in erster Linie auf mögliche Problemfelder hinweisen. Sie betreffen nur die Leistungsbereiche, die im Kontext der offenen Ganztagschule im Primarbereich in

Nordrhein-Westfalen an Dritte (i.d.R. anerkannte Träger der Jugendhilfe) überantwortet werden, nicht aber andere Felder bzw. Leistungsbereiche der Kinder- und Jugendhilfe. Abschließende Aussagen zum Vergaberecht sind ohnehin erst nach gerichtlicher Klärung möglich.

B.2.3.2.1 Zur Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts, §§ 97 ff. GWB

Die Anwendbarkeit des (Kartell-)Vergaberechts richtet sich nach §§ 97 ff. GWB. Der Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Auftraggeber, (2) öffentlicher Auftrag, (3) Schwellenwert, (4) keine Ausnahme vom Anwendungsbereich.

(1) Auftraggeber. Der Schulträger wählt den Kooperationspartner für die außerunterrichtlichen Angebote im Rahmen der offenen Ganztagschule aus (§ 9 Abs. 3 S. 1 SchulG NRW). Schulträger sind die Gemeinden (§ 78 Abs. 1 SchulG NRW). Gemeinden sind Gebietskörperschaften und damit öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB.

(2) Öffentlicher Auftrag. Öffentliche Aufträge sind gem. § 103 Abs. 1 GWB „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern (...) und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben“. Als Dienstleistungen gelten gem. § 103 Abs. 4 GWB solche Verträge über die Erbringung von Leistungen, die weder Lieferung von Waren noch Ausführung von Bauleistungen sind. Die außerunterrichtlichen Angebote stellen deshalb eine Dienstleistung dar. Diese Dienstleistung beschafft sich der Schulträger, sodass ein Beschaffungszweck verfolgt wird.

Anmerkung: Die Begriffe „Dienstleistung“ bzw. „Dienstleister“ könnten im Alltagsdeutsch im Sinne eines hierarchischen Verhältnisses missverstanden werden (der Dienstleister als Diener). Deshalb ist klarzustellen, dass § 103 Abs. 4 GWB einen sog. Auffangtatbestand darstellt, der sämtliche Leistungen erfasst, die weder Warenlieferung noch Ausführung einer Bauleistung sind. Aus § 103 Abs. 4 GWB folgen aber keine Aussagen über den Inhalt und die Prägung eines Dienstleistungsvertragsverhältnisses. Der – ohnehin unionsrechtlich vorgegebene – Begriff der Dienstleistung steht der Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses auf Augenhöhe damit nicht entgegen. Ebenso wenig folgen aus der vergaberechtlichen Terminologie Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

Die Gemeinde als Schulträger und der Kooperationspartner schließen einen Vertrag über die Durchführung der außerunterrichtlichen Angebote. Unabhängig davon, ob dieser Vertrag als öffentlich-rechtlicher oder als zivilrechtlicher Vertrag einzustufen ist,¹⁵¹ wäre das Merkmal „Vertrag“ i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB erfüllt. Dieser Vertrag muss entgeltlich sein. Entgeltlichkeit ist gegeben, wenn der Auftragnehmer vom Auftraggeber eine geldwerte Leistung erhält.¹⁵² Kein öffentlicher Auftrag, sondern eine Dienstleistungskonzession wäre hingegen gegeben, wenn der Kooperationspartner das Entgelt nicht vom Auftraggeber

¹⁵¹ Nach Ansicht von *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 40, soll es sich um eine privatrechtliche Vereinbarung handeln. – Zur Zuordnung öffentlich-rechtlicher Verträge zum Vergaberecht siehe *Burgi*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2.

¹⁵² *Burgi*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 5.

erhält, sondern von diesem das Recht erlangt, die Dienstleistung zu verwerten (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und dabei das Betriebsrisiko trägt (§ 105 Abs. 2 GWB).

Ob ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession anzunehmen ist, richtet sich – bei gewisser Vergrößerung – danach, von wem der Auftragnehmer das Entgelt erhält: unmittelbar vom Auftraggeber (dann öffentlicher Auftrag) oder von den Nutzern (dann Konzession). Der Ganztagschulrunderlass sieht Elternbeiträge vor (Nr. 8.2), die jedoch nicht an den Kooperationspartner entrichtet werden, sondern an den Schulträger oder den öffentlichen Jugendhilfeträger. Der Kooperationspartner wird dann durch die Gemeinde bezahlt. Insoweit handelt es sich folglich um einen öffentlichen Auftrag.

Anders gelagert ist die Situation beim Entgelt für die Mittagsverpflegung, für die ein zusätzlicher Beitrag erhoben werden kann (Nr. 8.4) und wird. Dieses Entgelt wird von den Eltern unmittelbar an den Kooperationspartner gezahlt.¹⁵³ Der Kooperationspartner trägt damit das Risiko, dass sein Mittagsangebot nachgefragt wird, sowie das Ausfallrisiko, also das Risiko, dass die Eltern die Mittagsverpflegungsbeiträge nicht zahlen.¹⁵⁴ Eine Konzession käme allerdings nur in Betracht, wenn der Kooperationsvertrag wechselseitig bindende Pflichten enthält, denen zufolge die Erbringung der Mittagessensdienstleistung bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die von der Gemeinde festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind,¹⁵⁵ d.h. der Kooperationspartner muss zum Mittagsverpflegungsangebot verpflichtet sein. Anderenfalls fehlt es am Beschaffungszweck.¹⁵⁶ Insoweit wäre der einzelne Kooperationsvertrag näher zu betrachten.

Selbst wenn hins. der Mittagsverpflegung Konzessionscharakter zu bejahen wäre, müsste geklärt werden, ob bei einer Würdigung aller Leistungen des Kooperationspartners im Rahmen der offenen Ganztagschule das Gewicht der Mittagsverpflegung so gering wäre, dass bei einer wertenden Gesamtbetrachtung von einem einheitlichen öffentlichen Auftrag auszugehen wäre. Vorgaben zum „ob“ und „wie“ einer Gesamtbetrachtung enthalten die §§ 110 ff. GWB. Ohne Kenntnis der Inhalte des Kooperationsvertrages sind hierzu keine näheren Aussagen möglich.

(3) Schwellenwert. Das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist gem. § 106 Abs. 1 GWB nur anwendbar, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind. Die Bereitstellung der außerunterrichtlichen Angebote im Rahmen einer offenen Ganztagschule dürfte sich als soziale Dienstleistung i.S.d. Anhangs XIV der RL 2014/24/EU darstellen.¹⁵⁷ Der Schwellenwert hierfür liegt (unverändert auch nach dem 1.1.2022) bei 750.000 Euro.¹⁵⁸ Es handelt sich um einen besonderen Schwellenwert für soziale Dienstleistungen, der den allgemeinen Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge (215.000 Euro) deutlich übersteigt. Darin liegt eine Privilegierung der Auftraggeber von

153 So z.B. § 3 Abs. 5 der Satzung der Stadt Witten zur Beitragserhebung für die Nutzung außerunterrichtlicher Angebote der offenen Ganztagschule im Primarbereich (Beitragsatzung OGS) vom 11.4.2017.

154 Vgl. *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 105 GWB Rn. 31.

155 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 14 der Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU.

156 *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 105 GWB Rn. 34 f.

157 In Betracht kommt insb. CPV 85312100-0 „Betreuung in Tagesstätten“.

158 Angabe nach <https://www.vergabe.nrw.de/wirtschaft/eu-schwellenwerte-ab-01012022>.

sozialen Dienstleistungen, weil der Anwendungsbereich des europäisierten Kartellvergaberecht beträchtlich eingeschränkt wird.

Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Schwellenwert erreicht oder überschritten ist, ist der geschätzte Auftrags- oder Vertragswert. Die Umsatzsteuer bleibt unberücksichtigt (§ 106 Abs. 1 S. 1 GWB). Wird der Kooperationsvertrag für mehrere Jahre geschlossen, ist der Wert aller Leistungen während der gesamten Vertragslaufzeit zu berücksichtigen. Enthält der Vertrag Verlängerungsoptionen, sind diese ebenfalls in die Berechnung einzubeziehen (§ 3 Abs. 1 S. 2 VgV).

(4) Keine Ausnahme vom Anwendungsbereich. Die allgemeinen Ausnahmen gem. §§ 107 ff. GWB greifen im Kontext der Offenen Ganztagschule in aller Regel nicht. Vielfach diskutiert wird, ob die Besonderheiten des deutschen Sozialrechts (Stichwort: sozialrechtliches Dreiecksverhältnis zwischen Leistungsträger, Leistungserbringer und Leistungsempfänger) dazu führen, dass bestimmte sozialrechtliche Leistungsbeziehungen vom Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB auszuklammern seien.¹⁵⁹ Relevant kann dies u.a. für Leistungen nach dem SGB VIII sein.¹⁶⁰

Beim derzeitigen Diskussionsstand ist die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts im Jugendhilferecht im Allgemeinen und mit Blick auf die Ganztagsbetreuung im Rahmen einer OGS im Besonderen noch nicht abschließend geklärt und bedarf ggf. weiterer Untersuchung. An dieser Stelle sei immerhin auf Folgendes hingewiesen: Mittlerweile dürfte Konsens bestehen, dass das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis als solches keine allgemeine Herausnahme sozialrechtlicher Leistungen aus dem Vergaberecht bewirkt.¹⁶¹

Zentral für die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist ein Auswahlvorgang der öffentlichen Hand. Wenn die öffentliche Hand keine Auswahlentscheidung treffen muss, entfällt die Grundlage für das Vergaberecht. Zulassungssysteme ohne Auswahllement, bei denen alle

159 Dazu *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB Rn. 3, 22 ff., 214 ff.; *Luthe*, jurisPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 45.

160 Näher *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB Rn. 220 ff.

161 *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB Rn. 22; ebenso Bundesregierung, BT-Drs. 18/6492, S. 3: „Ein öffentlicher Auftrag liegt danach nur vor, wenn der Auftragnehmer vom Auftraggeber ausgewählt wurde. Dies stellt die Vergaberichtlinie nunmehr ausdrücklich klar. Konstellationen, in denen alle Unternehmen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, sind dagegen keine öffentlichen Aufträge, sondern einfache Zulassungssysteme. Die Anwendung des Vergaberechts auf die Leistungserbringung im sogenannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis kann unter Beachtung der genannten Voraussetzungen nicht einheitlich beantwortet werden, sondern hängt von der Ausgestaltung der konkreten Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger, Leistungserbringer und Leistungsempfänger im jeweils anzuwendenden Leistungserbringungsrecht ab. Eine pauschale Ausnahme für Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vom Vergaberecht ist europarechtlich weder möglich noch in der Sache gerechtfertigt.“

Zugelassenen unter den exakt gleichen vertraglichen Bedingungen tätig werden,¹⁶² dürften deshalb vom Vergaberecht nicht erfasst sein.¹⁶³

Die Situation bei der Offenen Ganztagschule ist indessen anders gelagert. Hier steht das Zwei-Personen-Verhältnis zwischen der Gemeinde (Schulträger) und dem Kooperationspartner im Vordergrund. Der jeweilige Kooperationspartner wird von der Gemeinde ausgewählt, nicht etwa von den einzelnen Schülerinnen und Schülern bzw. deren Eltern, die konkret einen Betreuungsvertrag¹⁶⁴ mit dem Träger abschließen. Der Schulträger bestimmt gemeinsam mit dem Kooperationspartner Inhalt, Quantität und Qualität der Angebote der Offenen Ganztagschule, ohne dass die Schülerinnen und Schüler und deren Eltern darauf Einfluss nehmen können. Das Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 I SGB VIII) der Schülerinnen und Schüler sowie ihrer Eltern ist faktisch auf darauf reduziert, dass sie entscheiden können, ob sie die Angebote der Offenen Ganztagschule an der von ihnen besuchten Schule nutzen oder nicht.¹⁶⁵ Damit gibt es eine Auswahlentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers. Die Auswahl des Kooperationspartners und der mit ihm geschlossene Kooperationsvertrag dürften deshalb vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst sein.¹⁶⁶ Selbst wenn man – anders als hier vertreten – die Anwendbarkeit des Vergaberechts i.e.S. verneinen sollte, wäre im Blick zu behalten, dass aus den Grundrechten Anforderungen an die Auswahlentscheidung folgen, die auf ein „Vergaberecht light“ hinauslaufen (näher unten 2.3.2.3).

(5) Sonderregeln für soziale Dienstleistungen. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist damit – sofern der Schwellenwert von 750.000 Euro erreicht oder überschritten wird – eröffnet.¹⁶⁷ Anwendbar ist ferner die VgV. Da es sich um soziale Dienstleistungen handelt,

162 Ein vergaberechtsfreies Zulassungssystem liegt nicht schon dann vor, wenn jeder zugelassen werden kann, sondern erst dann, wenn alle Zugelassenen unter identischen vertraglichen Bedingungen ihre Leistungen erbringen, so *Luthe*, jurisPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 45.

163 *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB Rn. 217; ebenso Bundesregierung, BT-Drs. 18/6492, S. 3, sowie die Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 18/6281, S. 73: „Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollten nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen). Daraus lässt sich schließen, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/24/EU unterfällt. Gleiches gilt für die Zulassung von Pflegeeinrichtungen sowie die Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen.“

164 In der Praxis wird dieser Vertrag wohl vielfach „Betreuungsvertrag“ genannt, auch wenn die vertraglichen Pflichten des Trägers ggü. Eltern und Kind mehr umfassen als nur Betreuung.

165 Man könnte allenfalls darauf abstellen, dass die Eltern – vorbehaltlich der Zulassung durch den Schulleiter (§ 46 Abs. 1 SchulG NRW) – die Grundschule auswählen, die ihr Kind besuchen soll. Mittelbar wird von dieser Auswahlentscheidung der Eltern dann auch der Träger der außerunterrichtlichen Angebote erfasst. Sowohl rechtlich wie auch tatsächlich steht dabei jedoch die Auswahl der Schule im Vordergrund.

166 Ebenso *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 43 sowie <https://www.ganztag-nrw.de/information/ganzrecht/kooperation/>. – In diese Richtung auch *Schindler*, in: Münder u.a., Frankfurter Kommentar, SGB VIII, 9. Aufl. 2022, § 77 Rn. 12 ff.; *Ziegler*, in: Plagemann, MAH SozR, 5. Aufl. 2018, Teil N § 49 Rn. 115 f.

167 Die Verpflichtung zur Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen kann sich zusätzlich aus den Nebenbestimmungen zum Förderbescheid ergeben, den der Schulträger vom Land zwecks Finanzierung der außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule erhält.

gibt es einige privilegierende Sonderregelungen. Das betrifft – neben der Erhöhung des Schwellenwertes – insb. die Wahl des Vergabeverfahrens. Im Normalfall stehen einem öffentlichen Auftraggeber das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren nach seiner Wahl zur Verfügung.¹⁶⁸ Das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb ist nur unter weiteren Voraussetzungen zulässig (§ 119 Abs. 2 GWB, § 14 Abs. 2 VgV). Bei einer sozialen Dienstleistung ist zusätzlich – ohne weitere Voraussetzungen – das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zulässig (§ 130 Abs. 1 S. 1 GWB). Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 VgV durchgeführt werden (§ 130 Abs. 1 S. 2 GWB).

Beim offenen und nicht offenen Verfahren muss der Auftraggeber die Leistung präzise beschreiben und trifft unter den eingehenden Angeboten eine Auswahlentscheidung, ohne den Inhalt der Angebote (incl. Preis) beeinflussen zu können. Nur beim Verhandlungsverfahren kann der Auftraggeber mit dem Bieter über den Inhalt und Preis des Angebotes verhandeln. Deshalb dürfte das Verhandlungsverfahren in vielen Fällen die sachadäquate Verfahrensart sein.

2.3.2.2 Zur Anwendbarkeit des Haushaltsvergaberechts, § 26 Abs. 2 KomHVO, UVgO

Im Unterschwellenbereich (= unter 750.000 Euro) gelten nicht die §§ 97 ff. GWB, sondern es greift das sog. Haushaltsvergaberecht. Für das Land stellt § 55 LHO die Ausgangsnorm dar. Für Kommunen gilt § 26 Abs. 2 KomHVO: „Bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (...) sind die Vergabebestimmungen anzuwenden, die das für Kommunales zuständige Ministerium bekannt gibt.“ Das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung NRW hat hierzu den Runderlass „Kommunale Vergabegrundsätze“ erlassen.¹⁶⁹

Nach Nr. 5.1 des Runderlasses soll im Unterschwellenbereich die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) angewendet werden. Hingewiesen sei ferner auf Nr. 6.2 des Runderlasses, welcher bis zu einem Schwellenwert von 250.000 Euro dem Auftraggeber weitreichende Spielräume bei der Wahl der Verfahrensart verschafft:

„Bei Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von § 130 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen steht dem Auftraggeber bis zu einem vorab geschätzten Auftragswert in Höhe von 250 000 Euro ohne Umsatzsteuer abweichend von § 49 der Unterschwellenvergabeordnung neben der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb stets auch die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und die Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung.“

Die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb läuft auf das Modell der früher so genannten freihändigen Vergabe hinaus, was für die Kommune, die als Schulträgerin einen

¹⁶⁸ Außer Betracht sollen hier die ebenfalls in §§ 119 Abs. 1, 130 Abs. 1 GWB genannten Verfahrensarten des wettbewerblichen Dialogs und der Innovationspartnerschaft bleiben.

¹⁶⁹ Runderlass vom 28.8.2018 (MBI. NRW S. 497), zul. geändert durch Runderlass vom 13.12.2021 (MBI. NRW S. 1106).

Kooperationspartner für die offene Ganztagschule sucht, mit besonderer Flexibilität verbunden ist. Eine Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb steht indessen in einem Spannungsverhältnis zum verfassungs- und unionsrechtlich gebotenen Transparenzprinzip (siehe sogleich), sodass stets ein tragfähiger sachlicher Grund zu fordern ist, wenn auf den Teilnahmewettbewerb verzichtet werden soll.

B.2.3.2.3 Vergaberecht light als Folge grundrechtlicher und grundfreiheitlicher Vorgaben

Heute ist die umfassende Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand anerkannt und damit auch die sog. Fiskalgeltung der Grundrechte. Die öffentliche Hand ist an die Grundrechte also selbst dann gebunden, wenn sie privatrechtlich handelt. Der öffentliche Auftraggeber muss deshalb die Berufsfreiheit, etwaige weitere Freiheitsrechte und das Gleichheitsrecht seiner Vertragspartner und der übrigen Bieter beachten.

Daraus folgen für Auswahlentscheidungen insb. die Erfordernisse der Chancengleichheit, Transparenz und Objektivität sowie ein Mindestmaß an Rechtsschutz. Im Ergebnis laufen diese Anforderungen auf ein „Vergaberecht light“ hinaus. Parallele Anforderungen ergeben sich aus den unionalen Grundfreiheiten (insb. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV), sofern die Vergabeentscheidung einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen sollte.¹⁷⁰

B.2.3.3 Empfehlungen

B.2.3.3.1 Mindestanforderungen an den Kooperationspartner

In einer freiheitlichen Gesellschaft hat der Staat kein Monopol zur Bildung und Erziehung der Kinder. In der offenen Ganztagschule sollen deshalb gesellschaftliche Kräfte verantwortlich mitwirken. Vor diesem Hintergrund dürfte viel dafürsprechen, den Kreis möglicher Kooperationspartner nicht vorschnell durch Mindestanforderungen zu verengen, sondern an der bisherigen Offenheit der Regelungen festzuhalten.

Zu klären ist, ob weiterhin kommerzielle Anbieter im Rahmen der offenen Ganztagschule ausgeschlossen bleiben sollen. Dieser Ausschluss stellt sich als Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar, dessen Verfassungskonformität zu prüfen wäre. Im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe verschafft Art. 6 Abs. 4 LV NRW den Kirchen, Religionsgemeinschaften und Verbänden der freien Wohlfahrtspflege zwar eine bevorzugte Stellung. Gewerbliche Anbieter werden dennoch nicht ausgeschlossen (§ 25 Abs. 2 KiBiz). Im Schulrecht gibt es allerdings eine lange Tradition, gewerbliche Anbieter aus dem Schulbereich fernzuhalten, damit Bildung nicht zur Ware wird. So können im Ergebnis nur gemeinnützige Einrichtungen Träger von Ersatzschulen sein (siehe § 105 Abs. 5 S. 1 SchulG NRW: „Die Gewährung von Landeszuschüssen setzt voraus, dass die Ersatzschule auf gemeinnütziger Grundlage arbeitet.“).

Zu erwägen ist es, den Kooperationspartner gesetzlich auf den Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule gem. § 2 SchulG NRW sowie die Ziele der Jugendhilfe gem. § 1 Abs. 3 SGB VIII zu verpflichten.

Hinweis: Die Intensität der jeweiligen Verpflichtung richtet sich danach, wo die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule zwischen den Polen

170 Siehe in diesem Sinne auch den Runderlass „Kommunale Vergabegrundsätze“ (dort Nr. 3.1).

„Schule“ und „Jugendhilfe“ verortet werden. Je enger die außerunterrichtlichen Angebote an die Schule angebunden werden sollen, desto stärker müsste die offene Ganztagschule auf den schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag ausgerichtet werden, etwa im Sinne einer Förderung/Erreichung dieser Ziele. Wenn die außerunterrichtlichen Angebote hingegen ganz eng am Pol „Jugendhilfe“ angesiedelt werden sollen, würde eine Berücksichtigung der schulischen Bildungs- und Erziehungsziele genügen, während die Ziele der Jugendhilfe im Vordergrund stünden.

B.2.3.3.2 Anwendbarkeit des Vergaberechts klarstellen

Sollte sich die Einsicht, dass Vergaberecht anwendbar ist, durchsetzen, ist zu erwägen, dies klarzustellen. Das könnte ggf. im Gesetz erfolgen (siehe die Parallele in § 16 Abs. 1 SpielbG NRW) oder (wohl vorzugswürdig) in einer Verwaltungsvorschrift.

Hinsichtlich der Festlegung der Vertragsdauer hat die ausschreibende Gemeinde Gestaltungsspielräume. Gestaltungsrichtlinien können sich aus dem Verwaltungsaufwand der ausschreibenden Gemeinde, dem etwaigen Investitionsaufwand des Trägers, der binnen der Vertragsdauer amortisiert werden müsste, und in erster Linie aus pädagogischen Gründen ergeben. Eine Obergrenze folgt aus der Notwendigkeit, dass auch andere und neue Bewerber in absehbarer Zeit eine Chance haben müssen, zum Zuge zu kommen. Ohne diese Fragen an dieser Stelle vertiefen zu können, dürften Vertragslaufzeiten von vier bis acht Jahren (ein bis zwei Grundschulzyklen) sachgerecht sein.

B.2.3.3.3 Vorkonturierung von Eignungs- und Auswahlkriterien

Im Gesetz oder (wohl vorzugswürdig) in einer Verwaltungsvorschrift könnten Eignungs- und Auswahlkriterien für die Auswahlentscheidung zusammengestellt werden. Formale Eignungskriterien könnten auch die Vorlage von Konzepten (pädagogisches Konzept, Sicherheitskonzept, Ernährungskonzept etc.) einschließen. Die Auswahlkriterien könnten sich z.B. an der Zusammenstellung in Nr. 3.1 des Ganztagsrunderlasses orientieren.¹⁷¹

Besonderes Gewicht könnte das Auswahlkriterium „Sozialraumbezug“ (Nr. 3.1 tir. 3 Ganztagsschulrunderlass, § 7 Abs. 2 KJFöG NRW) erhalten: Die Förderung in einer offenen Ganztagschule kann nur erfolgreich sein, wenn das pädagogische Konzept (Ganztagskonzept) auf den Sozialraum der Schülerinnen und Schüler abgestimmt ist. Das Konzept kann wiederum nur mit Leben erfüllt werden, wenn das eingesetzte Personal den Sozialraum kennt. Der Sozialraumbezug ist dabei keine Anforderung an den Träger als solchen, der also keinen Sitz im Sozialraum haben muss. Lediglich Konzept und Personal müssen hinreichenden Sozialraumbezug aufweisen.

Die Vorkonturierung in einer Verwaltungsvorschrift sollte indessen nur eine orientierende Funktion übernehmen, damit der Schulträger die Vergabe inhaltlich so gestalten kann, wie es den Bedürfnissen vor Ort am besten gerecht wird.

B.3. Betriebserlaubnis für die außerunterrichtlichen Angebote nach § 45 SGB VIII

Die Frage, ob die außerschulischen Träger für die außerunterrichtlichen Angebote im Rahmen der offenen Ganztagschulen im Primarbereich eine Betriebserlaubnis nach § 45

¹⁷¹ In diese Richtung wohl auch <https://www.ganztag-nrw.de/information/ganzrecht/kooperation/>.

SGB VIII benötigen, wird immer wieder erörtert. Im gegenwärtig gültigen Grundlagenerlass findet sich unter Punkt 6 die lapidare Aussage: „Eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII ist nicht erforderlich“. Diese im Einzelnen nicht ausgeführte Aussage ist wohl wesentlich vor dem Hintergrund der Nummer 9 des Grundlagenerlasses zu verstehen, in dem ausgeführt wird, dass die Angebote außerschulischer Träger als schulische Veranstaltung „gelten“, was dazu führt, dass die allgemeinen unfallversicherungsrechtlichen Vorschriften und die Vorschriften über Sicherheitsförderung und Aufsicht zur Anwendung kommen.¹⁷²

Diese Aussage im Grundlagenerlass beruht möglicherweise auf einer von J. Munder 2008 erstellten Expertise¹⁷³. Dort wurde die Aussage getroffen, dass für Angebote des offenen Ganztags eine Aufsicht nach § 45 SGB VIII nicht erforderlich wäre, da Schulaufsicht bestünde. Diese Aussage beruhte auf einem damaligen Kenntnisstand über den „offenen Bereich“. Die Autor:innen hatten ihn vornehmlich ausgerichtet auf Unterricht, Bildung und Erziehung der Schüler:innen verstanden, also dahingehend, dass im sog. offenen Bereich inhaltlich dieselben Ziele wie im schulischen Bereich verfolgt würden. In gewisser Weise also eine „Verlängerung“ des schulischen Unterrichtsbereichs in den außerunterrichtlichen Bereich stattfinden würde¹⁷⁴ und deswegen gedacht, dass die Schulaufsicht diesen Bereich inhaltlich, konzeptionell abdecken könne.

Diese damalige Annahme über die Arbeit im „offenen“ Bereich der OGS stimmt mit der heutigen Realität der außerunterrichtlichen Angebote durch außerschulische Träger nicht (mehr) überein. Insofern bedarf die gegenwärtige Aussage des Grundlagenerlasses hinsichtlich der Übereinstimmung mit § 45 SGB VIII einer detaillierten Klärung. Nach § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII wäre eine Betriebserlaubnis nur dann nicht erforderlich, wenn eine Einrichtung betrieben wird, die außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben für Kinder und Jugendliche wahrnimmt und wenn für diese Einrichtung eine entsprechende gesetzliche Aufsicht besteht. Durch das KJSG¹⁷⁵ wurde in § 45 a SGB VIII der Begriff der Einrichtung gesetzlich definiert, entsprechend dieser Regelung handelt es sich bei den außerunterrichtlichen Angeboten in der Schule, aber auch wenn sie in Einrichtungen außerhalb der Schule stattfinden, um eine Einrichtung entsprechend § 45 a SGB VIII. Entscheidend für die Frage, ob eine Einrichtung einer Erlaubnis nach § 45 SGB VIII nicht bedarf, ist damit,

- ob es sich um außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben für Kinder und Jugendliche handelt und
- ob für diese Einrichtung eine entsprechende gesetzliche Aufsicht besteht. Auslegungsprobleme in Bezug auf die außerunterrichtlichen Angebote im offenen

172 Im Übrigen: der Begriff „Aufsicht“ in dem dortigen (unter 9) behandelten Zusammenhang ist nicht identisch mit dem Aufsichtsbegriff des § 45 SGB VIII, sondern meint die Aufsicht über Kinder, Jugendliche.

173 Vgl. dazu schon beispielsweise Munder: Sozialrechtliche Leistungen für Kinder und Jugendliche zur Verknüpfung von Schulrecht und Sozialrecht insbesondere in offenen Ganztagschulen (OGS), Berlin 2008, S. 12 ff. (Link: https://www.ganztag-nrw.de/fileadmin/Dateien/Materialien/Recht/Literatur/Munder_OGS_NRW_aktuell_4-11-08.pdf)

174 Vgl. a.a.O. S. 13 ff.

175 BGBl. 2021 I 1444.

Ganztage können sich bei der ersten Voraussetzung, ob Aufgaben wahrgenommen werden, die außerhalb der Jugendhilfe liegen, ergeben.

Die Leistungen des § 24 Abs. 4 SGB VIII (Fassung 2026) dienen der „Förderung“ des Kindes. Der Begriff der Förderung umfasst nach § 22 Abs. 3 SGB VIII Erziehung, Bildung und Betreuung. Hier meint der Begriff der „Bildung“ die nicht institutionelle, nicht formale Bildung jenseits der formellen, schulischen Bildung. Entsprechend der Formulierung des § 24 Abs. 4 Satz 3 SGB VIII (2026) unterscheidet der Gesetzgeber zwischen „Unterricht“ und „Angebot“ der Ganztage in der Primarbereich bzw. der offenen Ganztage in der Primarbereich.

Die „Gesamtheit“ des offenen Ganztags, bestehend aus dem Unterricht und den außerunterrichtlichen Angeboten, ist in Nordrhein-Westfalen eine „Mischkonstruktion“ aus unterrichtlichen und außerunterrichtlichen Teilen. Die Bereitstellung und Durchführung der außerunterrichtlichen Angebote geschieht auf kooperativer Ebene und ist in der Regel im Kooperationsvertrag geregelt. Die außerunterrichtlichen Angebote verantworten die außerschulischen Träger konzeptionell, inhaltlich und methodisch eigenständig. Das Personal ist beim außerschulischen Träger der außerunterrichtlichen Angebote angestellt, es unterliegt den Weisungen/dem Direktionsrecht des außerschulischen Trägers¹⁷⁶. Sofern es sich um Angebote aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe handelt, insbesondere also Angebote, die von Trägern der Kinder- und Jugendhilfe erbracht werden, wird es sich regelmäßig um Aufgaben handeln, die „innerhalb“ der Kinder- und Jugendhilfe liegen. Damit wäre die erste Voraussetzung dafür, dass diese außerunterrichtlichen Angebote eine Erlaubnis nach § 45 VIII SGB VIII nicht brauchen, nicht erfüllt. Nur in den Fällen, in denen die außerunterrichtlichen Angebote außerhalb des Bereiches der Kinder- und Jugendhilfe liegen, z.B. Sportangebote von Sportvereinen, Musikangebote von Musikschulen, wäre die erste Voraussetzung für den Entfall einer Betriebserlaubnis nach § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII gegeben.

Neben dieser ersten Voraussetzung muss für den Entfall der Betriebserlaubnis allerdings auch die zweite Voraussetzung, „eine entsprechende gesetzliche Aufsicht“, erfüllt sein. Die ursprüngliche Gesetzesfassung des § 45 SGB VIII stammt aus dem SGB VIII vom 26.6.1990. In der Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs wurde ausgeführt, dass die infrage kommende Aufsicht „demselben Zweck dient wie diese Vorschrift, nämlich der Sicherstellung des Wohls der untergebrachten bzw. betreuten Kinder und Jugendlichen“¹⁷⁷. Auch der Gesetzesentwurf der Fraktionen zum Ganztageförderungsgesetz geht kurz drauf ein: „Für anspruchserfüllende Angebote gilt die Erlaubnispflicht nach § 45. Gemäß § 45 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 besteht davon eine Ausnahme, wenn eine entsprechende gesetzliche Aufsicht besteht. Dazu gehört insbesondere die Schulaufsicht. Bei der Bereitstellung der Angebote sind Kooperationen der Kindertageseinrichtungen oder Schulen mit Dritten, wie z.B. mit Sportvereinen, Musikschulen oder anderen in vergleichbarer Weise geeigneten Kooperationspartnern möglich, wenn im Rahmen des Kooperationsverhältnisses sichergestellt ist, dass die vorgenannten Anforderungen an die Erlaubnispflicht bzw. die gesetzliche Aufsicht erfüllt sind“¹⁷⁸.

176 Im Einzelnen unter B.4 f; insb. B.4.3.

177 BT-Drs. 11/5948, 84.

178 BT-Drs. 19/29764, 28.

Die Hinweise der Gesetzesmaterialien sind insofern nicht ganz eindeutig. Aus der Begründung zum KJHG ergibt sich, dass dort ausdrücklich unter demselben Zweck die Sicherstellung des Wohls der betreuten Kinder und Jugendlichen angesprochen wird. In der Begründung zur Ganztagsförderung wird zwar die Schulaufsicht erwähnt, aber keine Aussage dazu getroffen, ob sie eine entsprechende gesetzliche Aufsicht ist, insbesondere deswegen, weil im Folgesatz darauf Bezug genommen wird, dass die Anforderungen an die Erlaubnispflicht bzw. die gesetzliche Aufsicht zu erfüllen ist.

Der Wortlaut selbst ergibt auch keine weiteren Auslegungshinweise, sodass vornehmlich systematische und teleologische Aspekte herangezogen werden müssen.

Der Begriff „entsprechender Zweck“ ist kein formaler, sondern ein inhaltlich-qualitativer Begriff. Damit kommt es darauf an, dass die entsprechende Aufsicht die für eine Betriebserlaubnis des § 45 SGB VIII zentralen inhaltlichen Aspekte abdeckt. Diese ergeben sich aus dem SGB VIII, dabei sind Weiterentwicklungen des SGB VIII zu berücksichtigen. Diese waren in den letzten Jahren wesentlich durch das Bundeskinderschutzgesetz¹⁷⁹ und durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz¹⁸⁰ geprägt. Schwerpunkte des SGB VIII, die durch Gesetzesänderungen der letzten Jahre unterstrichen wurden, sind wesentlich die Sicherung des Kindeswohls und die Verhinderung von Gefährdung des Kindeswohls. Mit dem Aspekt der Kindeswohlsicherung geht es vornehmlich darum, dass die Leistungen für die Kinder entsprechend den fachlichen, professionellen Standards erbracht werden. Bei der Verhinderung der Kindeswohlgefährdung steht der Kinderschutz im Vordergrund. Danach ist, wie sich etwa aus § 8a SGB VIII ergibt, sicherzustellen, dass Anzeichen für eine Kindeswohlgefährdung auch außerhalb des eigenen Tätigkeitsfeldes ernst genommen, erkannt und ihnen ggf. nachgegangen werden. Hierfür sind nicht nur die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verantwortlich, sondern auch die Träger der freien Jugendhilfe und die Leistungserbringer. Sie sind entsprechend § 8a Abs. 3, 4 SGB VIII eingebunden. Damit muss eine „entsprechende“ Aufsicht kompetent und professionell solche Aspekte im Rahmen ihrer Aufsicht berücksichtigen und anwenden können. Das wird aufgrund des deutlich unterschiedlichen Profils durch die Schulaufsicht nicht möglich sein. Die in §§ 86 ff. SchulG NW geregelte Schulaufsicht hat ein augenfällig unterschiedliches Profil. Dies wird schon in § 86 SchulG ersichtlich, in dem die Inhalte der Schulaufsicht grob beschrieben sind. Erkennbar wird es auch durch die Beschreibung der Qualifikation des Schulaufsichtspersonals in § 87 SchulG, wo ausdrücklich benannt wird, dass es sich um „schulfachlich und verwaltungsfachlich vorgebildete Beamtinnen und Beamte“ handeln muss. Bestimmte Aufgaben können Lehrer:innen, sofern sie in der Fachberatung tätig sind, übertragen werden¹⁸¹.

Nach § 88 Abs. 3 SchulG ist die untere Schulaufsichtsbehörde, die für die Schulen des Primarbereichs zuständig ist, das staatliche Schulamt, das einer Kreisfreien Stadt bzw. dem

179 BKiSchG vom 22.12.2011 BGBl. I 2011, 2975.

180 KJSG vom 3.6.2021 BGBl. I 2022, 1444.

181 Das Schulfachliche Personal aufgrund seiner anderen Qualifikation nicht (ohne weiteres) in der Lage ist, solche sozial- und humanwissenschaftlichen Aspekte zu berücksichtigen, wird u.a. dadurch erkennbar, dass diese Personengruppe nach § 3 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 KKG hinsichtlich von Kindeswohlgefährdungen und deren Einschätzung einen Anspruch auf Beratung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft haben – im Einzelnen dazu *Meysen* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII, 9. Aufl. 2022, Anhang KKG Rn 100 ff.

Kreis zugeordnet ist. Kreisfreie Städte und Kreise sind in sehr vielen Fällen in Nordrhein-Westfalen zugleich die Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Da sie selber somit in nicht unwichtigen Bereichen, (z.B. bei den Kindertageseinrichtungen) selbst auch Träger von Einrichtungen sind, ist im SGB VIII die Erteilung der Betriebserlaubnisse nach § 45 SGB VIII ausdrücklich nicht den örtlichen Trägern der Jugendhilfe, sondern den überörtlichen Trägern zugeordnet. Dies sind in Nordrhein-Westfalen die Landschaftsverbände. Durch diese bewusst vorgenommene Trennung der Aufgaben sollen Interessenskonflikte vermieden werden, die sich ergeben könnten, wenn Kreisfreie Städte oder Kreise zugleich Anbieter/Leistungserbringer und Aufsichtsbehörde wären. Würde nun die untere Schulaufsichtsbehörde, also das staatliche Schulamt, das der Kreisfreien Stadt oder dem Kreis zugeordnet ist, diese Aufgabe wahrnehmen, würde die vom SGB VIII bewusst vorgesehene Trennung zwischen örtlicher und überörtlicher Jugendhilfe verwischt werden können.

Insofern handelt es sich bei der „Schulaufsicht“ nicht um eine „entsprechende Aufsicht“ im Sinne des § 45 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII¹⁸². Damit kommt auch für Träger, die außerschulische Angebote außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen des offenen Ganztages anbieten, eine Befreiung von einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII nicht infrage.

Auch über § 49 SGB VIII kann man nicht dazu kommen, dass eine Betriebserlaubnis für den außerschulischen Teil der offenen Ganztagschule nach § 45 SGB VIII entbehrlich wird. § 49 SGB VIII enthält einen sogenannten Landesrechtsvorbehalt für die im zweiten Abschnitt des dritten Kapitels behandelten Gegenstände, also auch für die Betriebserlaubnis. Die Landesrechtsvorbehalte des SGB VIII sind entweder sogenannte Öffnungsklauseln; mit diesen Öffnungsklauseln räumt der Bundesgesetzgeber (insbesondere auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung) den Landesgesetzgebern Gesetzgebungskompetenzen ein. Oder sie bringen deklaratorisch zum Ausdruck, dass der Bundesgesetzgeber (im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung) seine Regelungskompetenz nicht ausgeschöpft hat und deswegen die Länder gesetzliche Regeln treffen können¹⁸³. Da der Landesrechtsvorbehalt des § 49 SGB VIII nur diesen spezifischen Anwendungsbereich hat,

182 So auch: *Smessaert* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII, 9.Aufl. 2022, § 45 Rn 11 unter Verweis auch auf *Gerstein*, JAmt 2016, 410 (411 f.); ebenso *Kepert/Dexheimer* in LPK-SGB VIII, § 45 Rn 12: „Eine entsprechende gesetzliche Aufsicht ist eine Aufsicht, die den gleichen Schutzzweck verfolgt wie § 45“; *Stähr* in *Hauck/Noftz* SGB VIII (Lieferung 1/2021), § 45 Rn 23: „Sofern die Schulkinderbetreuung als freiwilliges, nicht der Schulpflicht unterliegendes Angebot in der Verantwortung von freien oder kommunalen Trägern durchgeführt wird, ist sie erlaubnispflichtig (hierzu näher *Gerstein*, JAmt 2016, 410 ff.)“; nicht ganz eindeutig *Wiesner/Wiesner* in der 6. Aufl. (2022), wo dieselbe Formulierung benutzt wird, wie in der Gesetzesbegründung zum Ganztagsförderungsgesetz: „Sie (die Ganztagsschulangebote) ... unterliegen nicht den §§ 45 ff., wenn eine entsprechende gesetzliche Aufsicht besteht. Dazu gehört insbesondere die Schulaufsicht. Bei der Bereitstellung der Angebote sind Kooperationen der Kindertageseinrichtungen oder Schulen mit Dritten, wie z.B. mit Sportvereinen, Musikschulen oder anderen in vergleichbarer Weise geeigneten Kooperationspartner möglich, wenn im Rahmen der Kooperation Anforderungen an die Erlaubnispflicht, bzw. die gesetzliche Aufsicht erfüllt sind ... - vgl. dazu oben; etwas klarer die Voraufgabe *Wiesner/Moersberger* (5. Aufl. 2015), wo in Bezug auf die Schulaufsicht „ausdrücklich durch Landesrecht ermächtigt und verpflichtet ist, spezifische Schutzfunktionen in dieser Hinsicht wahrzunehmen“.

183 Ausführlich dazu *Meysen/Münder*: Rahmensetzung der Länder bei Hilfen zur Erziehung (Gutachten für die Bertelsmann Stiftung), Gütersloh 2020, 46 ff.

besteht für die Länder nicht die Möglichkeit, die bundesgesetzlichen Vorgaben des § 45 SGB VIII durch landesrechtliche Regelungen anders zu regeln.

Damit gilt: Für die außerunterrichtlichen Angebote und Leistungen außerschulischer Träger in der offenen Ganztagschule ist eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII erforderlich.

Will man hier ein alternatives Szenario vorsehen, so müsste konzeptionell eine „entsprechende Aufsicht im Sinne des § 45 SGB VIII – wie oben inhaltlich ausgeführt – etabliert werden. Will man diese Aufgabe der existierenden Schulaufsicht zuordnen, so müsste diese weiterentwickelt und auch quantitativ entsprechend ausgestattet werden, damit sie eine „entsprechende Aufsicht“ in konzeptioneller, inhaltlicher, qualitativer Hinsicht wahrnehmen kann. Das würde wohl auch mit einem entsprechenden personellen Ausbau und einer inhaltlichen personellen Profilierung verbunden sein.

B.4. Personal der außerunterrichtlichen Angebote

B.4.1. Fachkräfte, Tätigkeitsausschluss

Hier geht es um die Fragen, ob für das Personal der außerunterrichtlichen Angebote die jugendhilferechtlichen Bestimmungen gelten, auf Bundesebene die des SGB VIII, auf landesrechtlicher Ebene die des KiBiz.

In § 4 Abs. 5 KiBiz ist die Formulierung enthalten, dass das JA seine nach § 24 SGB VIII bestehende Verpflichtung, für Kinder im schulpflichtigen Alter nach Bedarf Plätze in Tageseinrichtungen vorzuhalten, auch durch entsprechende Angebote in Schulen erfüllen kann. Damit ergibt sich, dass es sich bei diesen Angeboten um die Erfüllung der Rechtsverpflichtung nach § 24 SGB VIII handelt, womit für derartige Angebote die Grundsätze des SGB VIII gelten. Der Grundlagenerlass vom 23.12.2010 bezieht sich ebenfalls hierauf und führt in 1.4 aus, dass die Kommunen ihre Verpflichtung nach (jetzigem) § 24 Abs. 4 SGB VIII auch durch entsprechende Angebote an Schulen erfüllen können, „soweit die Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsangebote nach den Grundsätzen des SGB VIII gestaltet werden (§ 5 Abs. 1 KiBiz)¹⁸⁴. Zwar sind die Formulierungen nicht eindeutig, sie weisen jedoch darauf hin, dass die Grundsätze des SGB VIII zur Anwendung kommen. Somit ist nach Landesrecht davon auszugehen, dass sich außerunterrichtliche Angebote grundsätzlich nach den Bestimmungen der Kinder- und Jugendhilfe richten.

Die Rechtslage wird sich zum 01.08.2026 insofern verändern, als dann der verpflichtende Rechtsanspruch auf ganztägige Förderung in der Grundschule im SGB VIII enthalten ist. Dieser Anspruch gilt entsprechend § 24 Abs. 4 Satz 3 neben dem Umfang des Unterrichts durch die (hier in NRW) außerunterrichtlichen Angebote der Ganztagschulen im Primarbereich, einschließlich der offenen Ganztagschulen als erfüllt. Der Gesetzgeber geht also von einer Erfüllungswirkung des jugendhilferechtlichen Rechtsanspruchs durch die außerunterrichtlichen Angebote aus. Damit können diese außerunterrichtlichen Angebote nicht irgendwelche Angebote sein, sondern müssen in ihren Grundsätzen den im SGB VIII geregelten Vorgaben entsprechen. Daraus ist zu folgern, dass dieser Rechtsanspruch entsprechend den Grundsätzen und Bestimmungen des SGB VIII zu erfüllen ist. Insofern kommen die jugendhilferechtlichen Vorgaben des SGB VIII zur Anwendung.

¹⁸⁴ Das Zitat bezieht sich auf den damaligen das damalige KiBiz, der damalige § 5 Abs. 1 entspricht dem heutigen § 4 Abs. 5

Auf bundesgesetzlicher Ebene des SGB VIII findet sich in § 72 SGB VIII unter der Überschrift „Mitarbeiter, Fortbildung“ die sog. Fachkräfteregelung, wonach bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe hauptberuflich bei den Jugendämtern und Landesjugendämtern nur Personen beschäftigt werden sollen, die für die jeweilige Aufgabe eine entsprechende Ausbildung erhalten haben. Diese Bestimmung richtet sich an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Eine entsprechende Bestimmung für die Mitarbeiterschaft der Träger der freien Jugendhilfe existiert schon deswegen nicht, da es bei den Trägern der freien Jugendhilfe regelmäßig nicht um Beschäftigungen in Verwaltungen/Ämtern geht, sondern um die unmittelbare Leistungserbringung gegenüber jungen Menschen und ihren Familien. Die Bindung der Träger der freien Jugendhilfe an das Fachkräftegebot geschieht im Wesentlichen über die Finanzierung der Arbeit der freien Träger durch die Träger der öffentlichen Jugendhilfe: Wenn diese nach §§ 74, 74a SGB VIII über Zuwendungen finanziert werden, sind dort regelmäßig Auflagen oder Nebenbestimmungen enthalten, wonach für die zu erbringenden Leistungen jeweils geeignete Personen zu beschäftigen sind. In den Fällen, in denen die Finanzierung der Leistungserbringung nach § 77 SGB VIII auf vertraglicher Ebene erfolgt, sind entsprechende Vorgaben regelmäßig in den Verträgen enthalten. In diese Bindung der Träger der freien Jugendhilfe an das Fachkräftegebot sind üblicherweise alle Personen, die der freie Träger der Leistungserbringung einsetzt, einbezogen, unabhängig davon, ob es sich um hauptberuflich tätige Personen oder um neben- oder ehrenamtlich tätige Personen handelt, sofern sie in die Leistungserbringung des freien Trägers eingebunden sind. Falls ein freier Träger weder über seine Finanzierungsregelungen noch sonst wie an das Fachkräftegebot gebunden wird, ist er „frei“ bei seiner Personalwahl; das aber kommt, wie der Frankfurter Kommentar lapidar feststellt, „praktisch jedoch kaum vor“¹⁸⁵.

Dass dem so ist, ist u.a. durch den mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 08.09.2005 neu eingefügten § 72a SGB VIII, dem Tätigkeitsausschluss einschlägig vorbestrafter Personen¹⁸⁶, bedingt.

Dort wird in Abs. 1 Satz 1 zunächst festgelegt, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Aufgabenwahrnehmung in der Kinder- und Jugendhilfe keine Personen beschäftigen dürfen, die rechtskräftig wegen einer der dort genannten Straftaten verurteilt sind. Hierzu verlangt § 72a Abs. 1 Satz 2 SGB VIII u.a. die Vorlage eines (erweiterten) Führungszeugnisses nach § 30a Abs. 1 BZRG. Dies gilt wiederum zunächst nur für alle hauptamtlich beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe beschäftigte Personen. In Abs. 3 wird dies dann auch auf neben- oder ehrenamtlich tätige Personen erweitert, wenn sie bei der Aufgabenwahrnehmung in der Kinder- und Jugendhilfe Kinder oder Jugendliche beaufsichtigen, betreuen, erziehen oder einen vergleichbaren Kontakt haben.

Auf das Personal der freien Träger wird dies durch Abs. 2.4 dadurch erweitert, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit den Trägern der freien Jugendhilfe durch Vereinbarungen sicherstellen sollen, dass auch diese weder haupt-, neben- oder ehrenamtlich tätige Personen beschäftigen, die wegen Straftaten, die in § 72 a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII genannten sind, rechtskräftig verurteilt wurden. Ebenso ist die Vorlagepflicht

¹⁸⁵ So *Smessaert* in Mündler u.a. Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 9. Aufl. 2022, § 72 Rn 2.

¹⁸⁶ BGBl. I, 2729.

eines Führungszeugnisses in derselben Weise auf die Träger der freien Jugendhilfe erweitert.

Auf der gesetzlichen Ebene des Landes Nordrhein-Westfalen finden sich keine rechtlichen Regelungen zur Qualifikation des Personals in den außerschulischen Angeboten¹⁸⁷.

So verbleiben gegenwärtig auf der Landesebene nur (überschaubare) Ausführungen im Grundlagenerlass. Dieser befasst sich unter 7 mit dem Personal, sowohl dem Lehrpersonal als auch dem des außerschulischen Trägers. Er hält in 7.1 fest, dass sich die Qualifikation des Personals nach dem Förder- und Betreuungsbedarf der Kinder und Jugendlichen richtet. Ausdrücklich sieht 7.7 vor, dass das Personal vor Aufnahme seiner Tätigkeit ein erweitertes Führungszeugnis nach § 30a Abs. 1 BZRG vorzulegen hat; bei Personen, „die in Begleitung mitwirken“, „und bei Schülerinnen und Schülern“ kann auf ein erweitertes Führungszeugnis verzichtet werden.

Mit dem 01.08.2026 ist der Grundlagenerlass keine hinreichende Rechtsgrundlage mehr für die Arbeit im offenen Ganztage. Zwar folgt aus den obenstehenden Ausführungen, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen des SGB VIII ab 01.08.2026 auf das Personal des außerschulischen Trägers Anwendung finden. Schon aus Klarstellungsgründen ist es allerdings sinnvoll, die fachlichen Anforderungen an das Personal gesetzlich zum Ausdruck zu bringen. Dies sollte in der Weise geschehen, dass klar gemacht wird, dass sich die Qualifikation des Personals des außerschulischen Trägers jeweils nach den Anforderungen für die Förderung der Grundschulkinder hinsichtlich deren außerschulischen Bildung, Erziehung und Betreuung richtet und somit den entwickelten und fachlich akzeptierten Standards der Kinder- und Jugendhilfe entsprechen muss. Außerdem ist es aus Klarstellungsgründen ebenfalls sinnvoll, auszuführen, dass für dieses Personal die Bestimmung des § 72 a SGB VIII gilt, insbesondere auch die Vorlage eines erweiterten Führungszeugnisses nach § 30a Abs. 1 BZRG.

Damit läge dann auch eine Orientierung für die Landesjugendämter hinsichtlich der zu erteilenden Betriebserlaubnisse vor.

B.4.2. Beschäftigung von Personal

Der Begriff „Beschäftigung von Personal“ taucht im Grundlagenerlass unter 7.5 Satz 2 auf. Der Begriff ist umgangssprachlich und auch juristisch nicht ganz eindeutig. Meist wird darunter die Einstellung von Personal verstanden, zum Teil ist das Verständnis allerdings auch weiter und umfasst einzelne Maßnahmen innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses, insbesondere wird zum Teil auch die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses darunter verstanden. Im Kontext des 7.5 wird unter Beschäftigung wohl ausschließlich die Einstellung der entsprechenden Person verstanden werden.

Die Formulierung „Beschäftigung von Personal eines außerschulischen Trägers“ ist missverständlich, denn sie würde vom Wortlaut her sämtliche Beschäftigung von Personal eines außerschulischen Trägers bedeuten. Vom Sinnzusammenhang her kann sich dies jedoch nur für auf das Personal der außerunterrichtlichen Angebote, nicht auf das gesamte Personal des außerschulischen Trägers beziehen.

¹⁸⁷ Zwar befasst sich § 58 SchulG auch mit dem schulpädagogischen Personal, ist hier aber nicht einschlägig, da es nur auf die „im Landesdiensts stehenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ abstellt.

Die Formulierung, dass ein Einvernehmen mit dem/der Schulleiter:in herzustellen ist, bedeutet rechtlich die verbindlichste Form der Mitwirkung. Ohne ein Einvernehmen darf derjenige, der die Handlung, hier also die Einstellung, vornehmen will, diese Handlung nicht vornehmen. Damit hat der/die Schulleiter:in ein Vetorecht bei der Beschäftigung/Einstellung von Personal eines außerschulischen Trägers im Bereich der außerunterrichtlichen Angebote. Dass diese stärkste Form der Mitwirkung hier verwendet wird, verwundert, denn man hätte auch an andere Formen der Mitwirkung des/der Schulleiter:in denken können. Eine deutlich schwächere Form ist die Anhörung des/der Schulleiter:in. Hier kann der/die Schulleiter:in seine/ihre Vorstellungen einbringen, der außerschulische Träger hat sich auch damit zu befassen, kann aber ohne dass eine inhaltliche Begründung erforderlich wäre, seine eigenen Vorstellungen umsetzen. Zwischen diesen beiden Polen liegt das „Benehmen“. Die Herstellung des Benehmens zwischen außerschulischem Träger und Schulleiter:in bedeutet, dass der/die Schulleiter:in ihre Gründe, warum er/sie etwa gegen eine Einstellung ist, vortragen kann. Der außerschulische Träger muss sich mit diesen Gründen auseinandersetzen, er kann aus sachlichen Gründen von der Auffassung des/der Schulleiter:in abweichen, hat aber die sachlichen Gründe darzulegen, also in eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Gründen einzutreten und seinerseits sachliche Gründe vorzutragen, wenn er von den Vorstellungen des/der Schulleiter:in abweichen will.

Unter dem Gesichtspunkt „auf Augenhöhe“ und der Tatsache, dass das Verhältnis zwischen Schule und außerschulischem Träger auf einer Kooperationsvereinbarung beruht, also auf einer Vereinbarung zwischen „Gleichberechtigten“, überrascht diese hier vorliegende schärfste Form der Mitwirkung. Insofern sehen wir Handlungsbedarf. Dieser ergibt sich daraus, dass auch bei der Beschäftigung von Personal der Grundsatz des kooperativen Zusammenwirkens gelten sollte. Als Möglichkeiten dies zu ändern, wäre der Begriff des Einvernehmens durch einen von der Bindungswirkung her schwächeren Begriff zu ersetzen. Was auch immer der Grund dieser Formulierung gewesen sein mag, wenn es hier Bedenken gab, dass gegen einen ausdrücklich geäußerten Wunsch des/der Schulleiter:in jemand beschäftigt wird, dann wäre der Begriff des Einvernehmens der hier geeignete Begriff: Er zwingt beide Seiten auf einer sachlichen Ebene, sich damit auseinanderzusetzen und Einvernehmen herzustellen.

Darüber hinaus ist allerdings auch zu bedenken, warum eine einzelne Maßnahme, nämlich die Beschäftigung/die Einstellung, derart exzeptionell hervorgehoben wird¹⁸⁸. Richtiger- und sinnvollerweise wird diese Frage als ein Aspekt in der Kooperationsvereinbarung zwischen Schule und außerschulischem Träger geregelt.

B.4.3. Weisungsrecht, „Dienst- und Fachaufsicht“

Unter 7.5 des Grundlagenerlasses wird die Dienst- und Fachaufsicht über das Personal angesprochen, die nach den dortigen Ausführungen beim jeweiligen Anstellungsträger liegt.

Der Begriff „Dienst- und Fachaufsicht“ stammt aus dem öffentlichen Recht und ist somit auch im Schulrecht ein üblicher Begriff. Dienstaufsicht ist vor allem Behördenaufsicht, d.h. die Aufsicht einer übergeordneten über die nachgeordnete Behörde.¹⁸⁹ Dienstaufsicht kann

188 Man kann nur vermuten, dass es ggf. Einzelfälle oder anlassbezogene Interventionen gab.

189 *Groß*, DVBl. 2002, 793 (796); *Klaproth*, DÖD 2001, 57 (58).

aber auch behördenintern verstanden werden.¹⁹⁰ Die Dienstaufsicht erstreckt sich auf den Aufbau, die innere Ordnung, die allgemeine Geschäftsführung und die Personalangelegenheiten der Behörde (§ 12 Abs. 1 LOG NRW). Bezugspunkt der Dienstaufsicht sind mithin nicht Sachentscheidungen, sondern die organisatorischen und personellen Verhältnisse einer Behörde.¹⁹¹ Die Fachaufsicht erfasst die rechtmäßige und zweckmäßige Wahrnehmung der Aufgaben (§ 13 Abs. 1 LOG NRW).

Im Weiteren sind verschiedene Aufsichts- bzw. Weisungskonstellationen zu betrachten: Weisungsrechte des außerschulischen Trägers (als Arbeitgeber), des/der Schulleiter:in sowie der Schul- und Jugendhilfeaufsichtsbehörden.

B.4.3.1. Weisungsrecht des außerschulischen Trägers als Arbeitgeber, § 106 GewO

In der Praxis stehen die Aufsichts- und Weisungsverhältnisse innerhalb des jeweiligen Trägers der außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule im Vordergrund. Die Träger sind regelmäßig privatrechtlich organisiert, sodass die Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zum Träger stehen. Der Träger hat als Arbeitgeber ein Weisungsrecht (Direktionsrecht).¹⁹² Rechtsgrundlage ist § 106 S. 1 GewO: Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Das gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 106 S. 2 GewO). Konsequenz ist, dass die Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule, soweit sie einen Arbeitsvertrag mit dem Träger geschlossen haben,¹⁹³ den Weisungen ihres Arbeitgebers zu folgen haben. Der Arbeitgeber benennt dabei regelmäßig Personen (Vorgesetzte), welche in der täglichen Arbeit diese Weisungen erteilen.

B.4.3.2 Weisungen des/der Schulleiter:in

Fraglich ist, ob der/die Schulleiter:in den Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule Weisungen erteilen kann. Für eine Weisungsbefugnis kommen insb. drei rechtliche Anknüpfungspunkte in Betracht: Erstens benennt der Ganztagschulrunderlass einige Aufgaben und Befugnisse des/der Schulleiter:in mit Blick auf die offene Ganztagschule. Zweitens steht ihm/ihr nach § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW in bestimmten Konstellationen eine Weisungsbefugnis zu. Drittens führt der/die Schulleiter:in Beschlüsse der Schulkonferenz aus, die wiederum die offene Ganztagschule betreffen können.

190 *Klaproth*, DÖD 2001, 57 (58).

191 *Groß*, DVBl. 2002, 793 (796); ähnlich *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 22 Rn. 31; *Jock*, Das Instrument der Fachaufsicht, 2011, S. 54.

192 *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 44.

193 Zur Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit im Rahmen der offenen Ganztagschule (hier: als Hausaufgabenbetreuerin) siehe LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.3.2013 – 9 Sa 1746/12, juris Ls. 1; LAG RP, Urteil vom 2.3.2021 – 8 Sa 144/20, juris Rn. 154.

B.4.3.2.1 Explizit geregelte Einflussmöglichkeiten des Schulleiters auf das Personal der offenen Ganztagschule

Einige Einflussmöglichkeiten des/der Schulleiter:in auf das Personal der offenen Ganztagschule sind in der gegenwärtigen Rechtslage explizit geregelt.

Das betrifft zunächst das „ob“ der Beschäftigung. Nach Nr. 7.5 des Ganztagschulrunderlasses erfolgt die Beschäftigung von Personal eines außerschulischen Trägers im Einvernehmen mit dem/der Schulleiter:in. Wird das Einvernehmen bei Beginn verweigert oder später zurückgezogen, darf die betroffene Person nicht länger in der offenen Ganztagschule (dieser Schule) eingesetzt werden. Zu beachten ist dabei, dass der Runderlass den außerschulischen Träger nicht unmittelbar verpflichtet. Der Einvernehmensvorbehalt muss daher in der Kooperationsvereinbarung geregelt werden.¹⁹⁴

Ein gewisser Einfluss auf das „wie“ der Beschäftigung wird dem/der Schulleiter:in durch Nr. 6.7 des Ganztagschulrunderlasses eingeräumt, in dem er/sie für einen regelmäßigen und fachgerechten Austausch zwischen den Lehrkräften und den Mitarbeiter:innen in den außerunterrichtlichen Angeboten zu sorgen hat. Durch das Erfordernis „fachgerecht“ kann der/die Schulleiter:in zumindest Fachthemen für den Austausch setzen. Der Runderlass verpflichtet ausdrücklich nur den/die Schulleiter:in zur Sicherstellung des regelmäßigen und fachgerechten Austauschs. Sinnvoll wäre eine gemeinsame Sicherstellung des Austauschs durch den/die Schulleiter:in und einer Führungskraft des Trägers. Die gemeinsame Verantwortung für den Austausch kann schon jetzt in der Kooperationsvereinbarung und könnte künftig durch den Gesetzgeber explizit festgeschrieben werden.

Noch etwas stärker ist der Einfluss des/der Schulleiter:in bei der Aufsicht (über die Schüler:innen) und der Sicherheitsförderung: Er/sie muss sicherstellen, dass Aufsicht und Sicherheitsförderung auch vom Personal der offenen Ganztagschule wahrgenommen werden. Der/die Schulleiter:in gewährleistet die Einweisung in die Aufsichtspflicht (Nr. 9.2. a.E. des Ganztagschulrunderlasses). Den Hintergrund dieser Regelungen bilden § 59 Abs. 8 SchulG NRW, § 20 Abs. 7 ADO, wonach der/die Schulleiter:in für die Unfallverhütung, eine wirksame Erste Hilfe und den Arbeits- und Gesundheitsschutz verantwortlich ist. Inhaltlich maßgeblich sind insoweit die für Schulen einschlägigen Vorgaben.¹⁹⁵ Der Runderlass gibt nicht vor, wie der/die Schulleiter:in diese – ihn/sie treffenden – Pflichten erfüllt, lässt insb. offen, ob sie/er sich ggf. unmittelbar an einzelne Mitarbeiter:innen des Trägers der offenen Ganztagschule wendet oder nur an den Träger (näher sogleich).

Bezogen auf den Infektionsschutz ist zu berücksichtigen, dass sowohl Kindertageseinrichtungen als auch Schulen Gemeinschaftseinrichtungen i.S.d. § 33 Nrn. 1 und 3 IfSG sind. Dies bedeutet, dass der Träger der außerschulischen Angebote (als Arbeitgeber, § 35 S. 1 IfSG, ebenso Nr. 7.8 des Ganztagschulrunderlasses) und grundsätzlich auch der/die Schulleiter:in (§ 35 S. 3 IfSG) zur Belehrung des Personals über die Gesundheitsanforderungen verpflichtet sind. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, auch Aufsicht, Sicherheitsförderung und infektionsschutzrechtliche Belehrungen im Kooperationsvertrag aufzunehmen und dort Regelungen zu treffen.

¹⁹⁴ van den Hövel, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 45.

¹⁹⁵ Siehe die Auflistung einschlägiger Vorschriften in Nr. 9.2 des Ganztagschulrunderlasses.

B.4.3.2.2 Weisungsrecht als Vorgesetzter aller an der Schule tätigen Personen, § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW

Nach § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW, § 21 Abs. 1 ADO ist der/die Schulleiter:in Vorgesetzte/r aller an der Schule tätigen Personen und kann diesen Weisungen erteilen, allerdings nur in Erfüllung der Aufgaben gem. § 59 Abs. 2 S. 1 SchulG NRW. Das Weisungsrecht nach § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW hat also keinen Selbststand, knüpft vielmehr an den Katalog von Aufgaben des/der Schulleiter:in in § 59 Abs. 2 S. 1 SchulG NRW an.

B.4.3.2.2.1 Verantwortung des Schulleiters für die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrages, § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchulG NRW

Im Katalog des § 59 Abs. 2 S. 1 SchulG NRW genannt ist u.a. die Verantwortung des/der Schulleiter:in für die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrages (Nr. 2; ebenso § 20 Abs. 4 Nr. 2 ADO). Gemeint ist der schulische Bildungs- und Erziehungsauftrag gem. Art. 7 LV NRW, § 2 SchulG NRW.¹⁹⁶ Damit stellt sich erneut die Frage nach der Zuordnung der außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule zwischen den Polen Schule und Jugendhilfe, hier mit Blick auf die Ziele: Sind die außerunterrichtlichen Angebote auf die schulischen Bildungs- und Erziehungsziele und/oder auf die Ziele der Jugendhilfe ausgerichtet?

Die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule dienen nicht nur der Betreuung, sondern auch Bildung und Erziehung. Nr. 1.4 des Ganztagschulrunderlasses richtet Bildung und Erziehung auf die Grundsätze des SGB VIII aus. Freie Träger der Jugendhilfe können sich im Rahmen dieser Grundsätze eigene Ziele setzen (vgl. § 4 Abs. 1 SGB VIII). Mithin besteht eine Bindung an die Ziele des Kinder- und Jugendhilferechts.

Sind die schulischen Bildungs- und Erziehungsziele zusätzlich relevant? Im Standardkommentar zum SchulG NRW wird diese Frage wohl verneint.¹⁹⁷ Für diese Sichtweise spricht, dass der Ganztagschulrunderlass eine Bindung an die Grundsätze des SGB VIII ausdrücklich festschreibt, jedoch nicht die schulischen Bildungsziele nennt. Allerdings ist das Ganztagskonzept Teil des Schulprogramms und wird von der Schulkonferenz beschlossen (Nr. 6.5 des Ganztagschulrunderlasses), was auf eine gewisse Bindungswirkung der schulischen Bildungs- und Erziehungsziele hinweist.

Hinweis: *Künftig könnte der Gesetzgeber klarstellen, ob und in welchem Umfang die schulischen Bildungs- und Erziehungsziele relevant sind.*

Inhaltlich dürfte es sich – zumindest im Normalfall – nicht auswirken, ob die schulischen Ziele zusätzlich greifen oder nicht, weil die Erreichung der schulischen Ziele durch die außerunterrichtlichen Angebote ohnehin mittelbar gefördert wird. Bedeutsam ist die Bindungswirkung der schulischen Bildungs- und Erziehungsziele für die außerunterrichtlichen Angebote allerdings für die Reichweite der Verantwortung des/der Schulleiter:in gem. § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchulG NRW. Würde die Geltung der schulischen Bildungs- und Erziehungsziele verneint, hätte der/die Schulleiter:in keine unmittelbare Verantwortung für Bildung und Erziehung in den außerunterrichtlichen Angeboten der

¹⁹⁶ So *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 59 Rn. 11.

¹⁹⁷ So *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 61, mit Blick auf die im schulischen Bildungsgang vorgegebenen Ziele.

offenen Ganztagschule. Er/sie trüge lediglich Verantwortung, dass die Angebote der offenen Ganztagschule nicht mit dem schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag kollidieren.¹⁹⁸ Eine derartige Kollision ist schwer vorstellbar. Der Einfluss des/der Schulleiter:in auf die Inhalte von Erziehung und Bildung in den Angeboten der offenen Ganztagschule wäre entsprechend limitiert. Wären die außerunterrichtlichen Angebote hingegen auch auf die schulischen Bildungs- und Erziehungsziele ausgerichtet, unterfielen diese unmittelbar der Verantwortung des/der Schulleiter:in.

Hinweis: Mit Blick auf die Weisungsbefugnisse des/der Schulleiter:in verliert diese Unterscheidung allerdings an Bedeutung (näher sogleich)

B.4.3.2.2 Hausrecht, § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SchulG NRW

Der/die Schulleiter:in nimmt nach § 59 Abs 2 S. 1 Nr. 6 das Hausrecht wahr. Insoweit handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Hausrecht, das vom zivilrechtlichen Hausrecht zu unterscheiden ist. Das zivilrechtliche Hausrecht steht der Gemeinde als Eigentümerin und/oder Besitzerin der Schulanlagen zu (§§ 859 f., 903, 1004 BGB). Der/die Schulleiter:in übt das zivilrechtliche Hausrecht dann in Vertretung oder im Auftrag der Gemeinde in ihrer Funktion als Schulträgerin aus.¹⁹⁹

Das öffentlich-rechtliche Hausrecht i.S.d. § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SchulG NRW, § 25 ADO steht ihm/ihr als Behördenleiter:in zu. § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SchulG NRW konkretisiert dabei das gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Hausrecht und die Ordnungsgewalt des/der Behördenleiter:in, was beides notwendiger Annex der Sachkompetenz eines Hoheitsträgers zur Erfüllung der ihm/ihr übertragenden Aufgaben ist, d.h. der Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebes dient und eine Störungsabwehrbefugnis enthält.²⁰⁰ Vielfach wird insoweit differenziert zwischen der Ordnungsgewalt, die intern (gegen Behördenangehörige) wirkt, und dem öffentlich-rechtlichen Hausrecht, das gegen Externe gerichtet ist.²⁰¹

Das Hausrecht gem. § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SchulG NRW umfasst sowohl den Hausfrieden als auch die Ordnung²⁰² und dürfte sich somit gleichermaßen gegen Schulseitige wie Dritte richten. Es ist jedoch auf die ordnungsgemäße Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrages der Schule i.S.d. §§ 1 f. SchulG NRW bezogen.²⁰³ Soweit der schulische Bildungs- und Erziehungsauftrag nicht berührt wird, ist nur das (zivilrechtliche) Hausrecht des Schulträgers anwendbar.²⁰⁴ Dies bedeutet: Das Hausrecht des/der Schulleiter:in nach § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SchulG NRW greift nur bei etwaigen nachteiligen

198 Ähnlich *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 59 Rn. 12 mit Blick auf außerschulische Unterstützungskräfte (z.B. Integrationshelfer, Schulbegleiter).

199 Vgl. *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 59 Rn. 16.

200 Siehe allgemein OVG NRW, Beschluss vom 5.9.2018 – 15 B 1001/18, juris Rn. 10; *Peters/Lux*, LKV 2018, 17 (18); speziell zur Schule OVG NRW, Beschluss vom 26.10.2005 – 19 B 1473/05, juris Rn. 6, 8.

201 Z.B. *Ennuschat*, in: Ennuschat/Ibler/Remmert, Öffentliches Recht in BW, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 193.

202 *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 59 Rn. 16.

203 OVG NRW, Beschluss vom 26.10.2005 – 19 B 1473/05, juris Rn. 8.

204 OVG NRW, Beschluss vom 26.10.2005 – 19 B 1473/05, juris Ls. 3, Rn. 8.

Rückwirkungen²⁰⁵ der Angebote der offenen Ganztagschule auf den schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag.

B.4.3.2.2.3 An der Schule tätige Personen

Das Weisungsrecht gem. § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW besteht nur gegenüber Personen, die an der Schule tätig sind. An der offenen Ganztagschule sind teils Lehrkräfte beschäftigt, die im Landesdienst stehen (vgl. Nr. 10.1 des Ganztagschulrunderlasses). Diese Lehrkräfte sind an der Schule tätig, auch dann, wenn sie bei den außerunterrichtlichen Angeboten der offenen Ganztagschule mitwirken. Dasselbe gilt für pädagogische oder sozialpädagogische Fachkräfte im Landesdienst (§ 58 SchulG NRW). Nicht leicht zu beantworten ist die Frage, ob die pädagogischen Fachkräfte im Dienst des Trägers der Angebote der offenen Ganztagschule an der Schule tätig i.S.d. § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW sind.

Dagegen könnte zunächst § 86 Abs. 4 S. 2 SchulG NRW sprechen, der davon ausgeht, dass die pädagogischen Fachkräfte im Dienst des Trägers der Angebote der offenen Ganztagschule „nicht der Schule *angehören*“. Sie könnten dennoch gem. § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW „an der Schule“ *tätig* sein. Dass das Personal des außerschulischen Trägers „in der Schule tätig ist“, wird in § 21 Abs. 6 S. 3 ADO zugrunde gelegt. Eine Tätigkeit an bzw. in der Schule wird man gleichwohl nur annehmen können, wenn die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule als Teil von „Schule“ eingestuft werden können. Damit ist wiederum die Frage der Verortung der außerunterrichtlichen Angebote zwischen den Polen Schule und Jugendhilfe aufgeworfen.

Auf den ersten Blick betrachtet scheint sich die Zuordnung der Angebote der offenen Ganztagschule zur Schule schon aus Nr. 9.1 des Ganztagschulrunderlasses zu ergeben: „Angebote außerschulischer Träger gelten als schulische Veranstaltungen.“ Allerdings bezieht sich diese Regelung zunächst nur für den Bereich „Aufsicht, Sicherheitsförderung, Unfallversicherungsschutz“ (so die Überschrift vor Nr. 9.1). Die dortige Zuordnung zur Schule kann nicht ohne Weiteres verallgemeinert werden. So zählen die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule z.B. nicht als schulische Angebote, soweit es um die Finanzierung geht.²⁰⁶ Anderenfalls verstießen die Elternbeiträge (Nr. 8.2 des Ganztagschulrunderlasses) gegen Art. 9 Abs. 1 LV NRW, § 92 Abs. 4 SchulG NRW, wonach ein Schulgeld nicht erhoben wird. Dasselbe gilt mit Blick auf die Schülerfahrkosten: Der Besuch der außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule ist kein Schulbesuch i.S.d. § 1 SchfKVO.²⁰⁷

Daraus folgt: Es muss für jede Vorschrift und für jeden Kontext gesondert geklärt werden, ob die Angebote der offenen Ganztagschule dem Bereich von „Schule“ zuzuordnen sind oder nicht. Bezogen auf § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW spricht für diese Zuordnung zunächst der schon genannte § 21 Abs. 6 S. 3 ADO sowie der Umstand, dass es sich um

205 Die Gefahr nachteiliger Rückwirkungen wird dadurch deutlich verringert, dass das Personal der offenen Ganztagschule ein erweitertes Führungszeugnis vorlegen muss (Nr. 7.7 des Ganztagschulrunderlasses).

206 Dazu *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 37.

207 So VG Köln, Urteil vom 7.9.2005 – 10 K 3986/04, juris Rn. 20.

außerunterrichtliche, nicht um außerschulische Angebote handelt (§ 9 Abs. 3 S. 1 SchulG NRW).²⁰⁸

Dennoch: Es verbleiben schon dem Grunde nach gewisse Auslegungsunsicherheiten, die durch eine klarere Zuordnung der außerunterrichtlichen Angebote seitens des Gesetzgebers beseitigt werden könnten und sollten.

B.4.3.2.2.4 Ausübung der Weisungsbefugnis des/der Schulleiter:in nach § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW

Soweit die Personen, die im Rahmen der außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule eingesetzt werden, im Landesdienst stehen, kann der/die Schulleiter:in als Behördenleiter:in und Vorgesetzte:r etwaige Weisungen unmittelbar an diese Personen richten. Die Lage wird komplexer, wenn es sich um Personal des Trägers der offenen Ganztagschule handelt, der seinerseits über eine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis gem. § 106 GewO verfügt (oben B.4.3.1). Insoweit kommen für Weisungen, aber auch für informelle Hinweise, Bitten etc. der/die Schulleiter:in zwei Wege in Betracht: Sie könnten an eine vom Träger benannte Führungskraft gerichtet werden, die sie weitergibt, oder sie könnten unmittelbar an den jeweils betroffenen Mitarbeiter adressiert werden.²⁰⁹

Fraglich ist also, ob und wie der/die Schulleiter:in das Weisungsrecht nach § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW ausüben darf, wenn es um das Personal des außerschulischen Trägers geht. Eine – allerdings nicht eindeutige – Antwort findet sich in § 21 Abs. 6 ADO: Dort wird zunächst angeordnet, dass das Weisungsrecht des/der Schulleiter:in ggü. Personen, die nicht im Landesdienst, sondern im Dienst des Schulträgers stehen, nur „im Rahmen der vom Schulträger getroffenen allgemeinen Anordnungen“ ausgeübt wird (§ 21 Abs. 6 S. 1 ADO); betroffen sind etwa die/der Schulsekretär:in oder ein(e) Hausmeister:in. In § 21 Abs. 6 S. 3 ADO heißt es sodann: „Entsprechendes gilt für das Personal, das aufgrund einer Vereinbarung des Schulträgers mit Dritten in der Schule tätig ist.“ Darunter fällt u.a. das Personal der offenen Ganztagschule.²¹⁰ Der insoweit unklare Wortlaut der Rechtsverordnung lässt aber nicht so recht erkennen, worauf sich das „Entsprechende“ bezieht, ob also das Weisungsrecht des/der Schulleiter:in nur im Rahmen der allgemeinen Anordnungen des Schulträgers, der allgemeinen Anordnungen des Kooperationspartners oder der Vereinbarung gilt.

Betrachtet man die parlamentsgesetzliche Norm des § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG, stünde der Wortlaut einer Weisung unmittelbar an die betroffene Person nicht entgegen. Das gilt auch für Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule, die im Dienst des Trägers stehen, sofern sie an der Schule tätig sind.²¹¹ Auf Rechtsfolgenseite hat der/die Schulleiter:in jedoch Ermessen, wie er/sie seine/ihre Weisung übermittelt, kann also auch eine Führungskraft des

208 Hinsichtlich des Hausrechts könnte man ergänzend darauf abstellen, dass subsidiär zur speziellen Regelung des Hausrechts in § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SchulG NRW die gewohnheitsrechtlich anerkannte allgemeine Störungsabwehrbefugnis des Schulleiters als Behördenleiter greift, die sowohl intern wie extern wirkt, sodass insoweit die Zuordnung des Personals der offenen Ganztagschule offen bleiben kann.

209 Eine ähnliche Problematik stellt sich mit Blick auf Aufsicht und Sicherheitsförderung nach Nr. 9.2 des Ganztagschulrunderlasses ein (oben B.4.3.2.1) sowie hinsichtlich der gewohnheitsrechtlich anerkannten allgemeinen Störungsabwehrbefugnis (oben B.4.3.2.2).

210 *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 59 Rn. 17.

211 So wohl auch *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 44.

Trägers der offenen Ganztagschule zwischenschalten. Für die Ermessensausübung bestehen einige Direktiven, die einer auf § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW gestützten Weisung unmittelbar an Mitarbeiter:innen entgegenstehen.

Zu nennen ist zunächst die Verpflichtung des/der Schulleiter:in nach Nr. 6.7 des Ganztagschulrunderlasses zur vertrauensvollen Zusammenarbeit u.a. mit dem Träger der offenen Ganztagschule. Daraus folgt eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf Belange des Trägers und damit auf dessen Weisungsrecht als Arbeitgeber bzw. dessen Befugnisse zur Dienst- und Fachaufsicht gem. Nr. 7.5 des Ganztagschulrunderlasses. Dies begründet einen Vorrang des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts des Trägers, den der/die Schulleiter:in zu achten hat. Hinzu kommt der Umstand, dass Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule im Falle einer Weisungsunterworfenheit – unter die Weisungen des/der Schulleiter:in als Landesbedienstete:r – womöglich einen Anspruch auf Einstellung in den Landesdienst hätten.²¹² Auch deshalb wäre es ermessenswidrig, wenn ein/e Schulleiter:in unter Berufung auf § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW Weisungen an das Personal des außerschulischen Trägers richten würde. Unberührt hiervon ist das öffentlich-rechtliche Hausrecht zur Abwehr etwaiger Störungen des Schulbetriebes, das gegenüber jedermann ausgeübt werden kann.²¹³

Vor diesem Hintergrund ist es dem/der Schulleiter:in verwehrt, auf Grundlage von § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW unmittelbar dem Personal des außerschulischen Trägers Weisungen zu erteilen.²¹⁴ Dieses Ergebnis ergibt sich jedoch nicht klar genug aus dem Wortlaut, sondern erst im Rahmen der Auslegung, namentlich zur Ermessensseite. Zu empfehlen ist es daher, künftig im Gesetzestext des Schulgesetzes – und nicht erst auf Ebene einer Rechtsverordnung – klarzustellen, dass die Weisungsbefugnis des § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW nicht gegenüber dem Personal des außerschulischen Trägers besteht.

B.4.3.2.2.5 Notwendigkeit von Regelungen zur Ausübung der Weisungsbefugnis des/der Schulleiter:in im Kooperationsvertrag

Deutlich wird, dass Adressatenkreis, Umfang sowie Art und Weise der Weisungsbefugnis des/der Schulleiter:in gegenüber dem Personal der offenen Ganztagschule auf Grundlage der derzeitigen Gesetzeslage mit Unsicherheiten verbunden sind. Die Zusammenarbeit zwischen Schulträger, Schule und außerschulischem Träger muss ohnehin auf einer Kooperationsvereinbarung beruhen (Nr. 6.8 des Ganztagschulrunderlasses). Es empfiehlt sich daher, in einem Kooperationsvertrag auch Regelungen zur Ausübung der Weisungsbefugnisse eines/einer Schulleiter:in zu treffen.²¹⁵ In diesem Sinne könnte dann auch § 20 Abs. 6 S. 3 ADO interpretiert werden. Eine Kooperation auf Augenhöhe lässt sich dabei nur verwirklichen, wenn der/die Schulleiter:in – von der Ausübung des Hausrechts abgesehen – keine Weisungen an einzelne Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule, die im Dienst des außerschulischen Trägers stehen, richtet, sondern ggf. an die zuständige Führungskraft des Trägers herantritt, auf einen Weisungsbedarf hinweist und dann darauf

212 Dazu LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.3.2013 – 9 Sa 1746/12, juris Rn. 90 ff., LAG RP, Urteil vom 2.3.2021 – 8 Sa 144/20, juris Rn. 154.

213 LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.3.2013 – 9 Sa 1746/12, juris Rn. 93.

214 Im Ergebnis ebenso LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.3.2013 – 9 Sa 1746/12, juris Rn. 93, LAG RP, Urteil vom 2.3.2021 – 8 Sa 144/20, juris Rn. 154.

215 Ebenso *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 44.

vertraut, dass die Führungskraft im Rahmen ihrer arbeitsrechtlichen Weisungsbefugnisse das Nötige erledigt und veranlasst. Im Sinne der Kooperation kann dieses „Herantreten“ auch nicht in Form einer einseitigen Weisung ggü. der Führungskraft erfolgen, sondern nur im Rahmen eines vertrauensvollen Gesprächs. Wenn der/die Schulleiter:in im Rahmen des Kooperationsvertrages nur an die Führungskraft des Trägers herantritt und diese dann in Erfüllung des Kooperationsvertrages und auf Grundlage des Arbeitsvertrages mit dem/der Mitarbeiter:in diesem/dieser eine Weisung erteilt, wird zugleich vermieden, dass gemäß dem Arbeitnehmerüberlassungsrecht (insb. § 10 Abs. 1 AÜG) ein Arbeitsvertrag zwischen dem Land und dem/der Mitarbeiter:in entsteht.²¹⁶

B.4.3.2.3 Durchführung der Beschlüsse der Schulkonferenz, § 59 Abs. 10 SchulG NRW

Der/die Schulleiter:in führt Beschlüsse der Schulkonferenz durch (§ 59 Abs. 10 SchulG NRW, § 20 Abs. 1 ADO). Die Schulkonferenz entscheidet u.a. über die offene Ganztagschule (§ 65 Abs. 2 Nr. 3 SchulG NRW) und über das Schulprogramm (§ 65 Abs. 2 Nr. 1 SchulG NRW), das wiederum das Ganztagskonzept (Nr. 6.5 des Ganztagschulrunderlasses) und damit fachliche Aussagen zur offenen Ganztagschule enthält. Die Umsetzung der Beschlüsse der Schulkonferenz erfolgt dann vielfach durch die pädagogischen Fachkräfte, welche die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule erbringen. Die Durchführung der Beschlüsse der Schulkonferenz kann insoweit nur durch das Personal der offenen Ganztagschule gelingen. Der/die Schulleiter:in muss zwecks Durchführung der Beschlüsse dann an die Verantwortlichen des außerschulischen Trägers herantreten, damit diese die Umsetzung der Beschlüsse sicherstellen. Das Nähere sollte im Kooperationsvertrag geregelt sein.

B.4.3.2.4 Empfohlene Regelung: Einvernehmen bei der Bewältigung von Problemen oder als ultima ratio Kündigung des Kooperationsvertrages

Eine künftige gesetzliche Regelung könnte im Sinne einer Kooperation auf Augenhöhe folgende Eckpunkte aufweisen:

- Der außerschulische Träger benennt das pädagogisch tätige Personal der offenen Ganztagschule im Einvernehmen mit dem/der Schulleiter:in (so bislang Nr. 7.5 des Ganztagschulrunderlasses). Die Erteilung des Einvernehmens könnte fingiert werden, wenn es nicht binnen einer bestimmten Frist explizit verweigert wird. Das Einvernehmen kann ggf. widerrufen werden.
- Der/die Schulleiter:in trägt gem. § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchulG NRW die Verantwortung für die schulische Bildungs- und Erziehungsarbeit. Der außerschulische Träger ist für Betreuung, Erziehung und Bildung in den außerunterrichtlichen Angeboten der offenen Ganztagschule verantwortlich. Der/die Schulleiter:in wiederum hat eine Verantwortung, dass die Praxis der außerunterrichtlichen Angebote nicht mit den schulischen Bildungs- und Erziehungsziele kollidiert.

²¹⁶ Näher insb. LAG Köln, Urteil vom 17.12.2014 – 11 Sa 652/14, juris Rn. 27 ff: Die Regelungen des AÜG seien in diesem Fall nicht anwendbar, weil sie von den sozialrechtlichen Regelungen verdrängt würden (Rn. 27). Selbst wenn sie anwendbar wären, würde kein konkludenter Vertragsschluss zwischen dem Land und dem Mitarbeiter entstehen, weil der Träger der außerunterrichtlichen Angebote lediglich seine Pflichten aus dem Kooperationsvertrag mit dem Schulträger erfülle und zudem eigene Betriebszwecke verfolge (Rn. 29).

- Erkennt der/die Schulleiter:in nachteilige Auswirkungen der Arbeit in den außerunterrichtlichen Angeboten auf den schulischen Auftrag, tritt er/sie an eine(n) zuständige(n) und dafür benannte(n) Verantwortungsträger:in beim außerschulischen Träger (bzw. an eine von diesem benannten Vorgesetzten) heran und informiert sie/ihn.
- Beide suchen nach einer einvernehmlichen Bewertung und Bewältigung der Situation, ggf. unter Einschaltung gemeinsam und paritätisch besetzter Steuerungsgruppen. Die verantwortliche Person beim außerschulischen Träger veranlasst, gestützt auf den Arbeitsvertrag und das arbeitsrechtliche Weisungsrecht, die einvernehmlich als notwendig identifizierten Maßnahmen.
- Dadurch erfüllt der Träger seine Pflichten aus dem Kooperationsvertrag. Wenn dem/der Schulleiter:in im Rahmen einer gesetzgeberischen Klarstellung des § 59 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW verwehrt wird, Weisungen unmittelbar an die Mitarbeiter:innen des außerschulischen Trägers zu richten, wird zugleich das Entstehen eines Arbeitsvertrages zwischen dem Land und dem/der Mitarbeiter:in der offenen Ganztagschule vermieden.
- Gelingt eine einvernehmliche Problembewältigung nicht, fehlt die Vertrauensgrundlage für eine erfolgreiche Kooperation. Als ultima ratio wirkt der/die Schulleiter:in dann auf eine Kündigung des Kooperationsvertrages hin.
- Nur bei gegenwärtigen Gefahren für den Schulbetrieb hat der/die Schulleiter:in, gestützt auf ihre allgemeine Störungsabwehrbefugnis als Behördenleiter:in (Ordnungsbefugnis und öffentlich-rechtliches Hausrecht), das Recht, Weisungen an einzelne Mitarbeiter:innen des außerschulischen Trägers zu richten.
- In Fragen der Aufsicht (über die Schüler:innen) und der Sicherheitsförderung sowie bei der Durchführung von Beschlüssen der Schulkonferenz gilt Entsprechendes.

B.4.3.3 Weisungen der Schulaufsichts- und/oder der Jugendhilfeaufsichtsbehörden

Die offene Ganztagschule hat einen doppelten Rechtscharakter.²¹⁷ Sie ist einerseits Schule und auf die schulischen Bildungs- und Erziehungszielen gem. § 2 SchulG NRW ausgerichtet. Der Begriff der Aufsicht i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 3 S. 2 LV NRW und § 86 SchulG NRW ist weitgefasst und schließt ein Vollrecht des Staates über die Schulen ein, das auch die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule umfasst. Die offene Ganztagschule ist andererseits ein Instrument der Jugendhilfe. Nr. 1.4 des Ganztagschulrunderlasses verpflichtet die außerunterrichtlichen Angebote auf die Grundsätze des SGB VIII und bezieht sich dabei auf § 5 KiBiz (heute: § 4 Abs. 5 KiBiz). Die offene Ganztagschule muss daher Anforderungen sowohl des Schul- als auch des Jugendhilferechts gerecht werden.

Welche Behörden entsprechende Aufsichts- und Weisungsbefugnisse haben, richtet sich danach, nach welchem Grundmodell die offene Ganztagschule ausgestaltet wird, wo also die außerunterrichtlichen Angebote zwischen den Polen Schule und Jugendhilfe verortet werden – hier mit Blick auf die Aufsicht (zu den Grundmodellen oben A.2.4).

Bezogen auf die Aufsicht steht derzeit die Schulaufsicht im Vordergrund (insoweit also wie Grundmodell 1), was sich insb. dadurch ausdrückt, dass Nr. 6.2 des

²¹⁷ So *van den Hövel*, Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 9 Rn. 35.

Ganztagsschulrunderlasses anordnet, dass eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII nicht erforderlich ist. Die Jugendhilfeaufsicht ist dadurch weit zurückgedrängt. Es wurde bereits ausgeführt, dass es Bedenken gibt, ob diese Anordnung, die ohnehin nur in einer Verwaltungsvorschrift enthalten ist, mit Bundesrecht vereinbar ist (oben B.3). Sollte der Landesgesetzgeber sich über diese Bedenken hinwegsetzen, müsste er, um Rechtsunsicherheiten zu verringern, die Schulaufsicht zumindest fachlich und organisatorisch ertüchtigen, um sie in die Lage zu versetzen, jugendhilferechtliche Anforderungen zu überwachen. Prozedural könnte dies durch Beteiligungsrechte der Jugendhilfeaufsichtsbehörden flankiert werden. Insoweit kommen drei unterschiedlich intensive Stufen der Beteiligung in Betracht: Die Jugendhilfeaufsicht könnte (1.) das Recht haben, eine Stellungnahme abzugeben, die von der Schulaufsicht berücksichtigt werden muss, bevor diese tätig wird. Die Entscheidung der Schulaufsicht könnte (2.) im Benehmen oder (3.) im Einvernehmen mit der Jugendhilfeaufsicht getroffen werden. Wenn sich im Abstimmungsprozess unterschiedliche Sichtweisen andeuten, könnten in allen drei Varianten gemeinsame Steuergruppen gebildet werden.

Sollte der Landesgesetzgeber künftig zugrunde legen, dass die außerunterrichtlichen Angebote zwar Teil von Schule sind, aber einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII bedürfen, wären sowohl die Schulaufsicht als auch die Jugendhilfeaufsicht im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen für die Aufsicht über die außerunterrichtlichen Angebote der offenen Ganztagschule zuständig (insoweit wie Grundmodell 2). Um einen Gleichlauf der Aufsicht zu sichern, könnten prozedural erneut die Instrumente „Stellungnahme“, „Benehmen“, „Einvernehmen“ sowie „Steuergruppen“ eingesetzt werden, wobei das Erfordernis eines Einvernehmens der Kooperation von Schulaufsicht und Jugendhilfeaufsicht auf Augenhöhe am ehesten gerecht würde. Man könnte die Erteilung des Einvernehmens gesetzlich fingieren, wenn es nicht binnen einer bestimmten Frist explizit verweigert wird. Verwaltungsvorschriften könnten von beiden Aufsichtsbehörden gemeinsam erlassen werden. Ein gewisses Vorbild könnte etwa im Runderlass „Schulnahe Bildungsangebote in den Zentralen Unterbringungseinrichtungen (ZUE)“ vom 1.7.2020 zu sehen sein, der gemeinsam vom Ministerium für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration und dem Ministerium für Schule und Bildung erlassen wurde.

Adressat:in von Weisungen der Schulaufsichtsbehörde ist der/die Schulleiter:in. Weisungen der Jugendhilfeaufsichtsbehörde wären an den außerschulischen Träger zu adressieren.

B.5. Gesamtverantwortung, Gewährleistung, Planung

Die besondere Situation der Kinder- und Jugendhilfe vornehmlich in Fragen der Zuständigkeit in Nordrhein-Westfalen macht es erforderlich, einige Hinweise zu den örtlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe und ihren Aufgaben vornehmlich im Zusammenhang mit der Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverpflichtung des Rechtsanspruches von Grundschulkindern auf ganztägige Förderung zu geben (unter B.5.1.). Des Weiteren erfolgen einige Hinweise zur Planung (unter B.5.2.), zu den Planungsaufgaben im Vorfeld des Inkrafttretens des Rechtsanspruches zum 01.08.2026.

B.5.1. Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverpflichtung

Auch wenn in NRW gegenwärtig und zukünftig mit dem Inkrafttreten des Ganztagsförderungsgesetzes vom 01.08.2026 der Rechtsanspruch auf die ganztägige

Förderung von Grundschulkindern wesentlich in und durch die Form der offenen Ganztagschulen erbracht wird, bleibt es dabei, dass § 24 Abs. 4 SGB VIII (2026) eine Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe ist. Damit sind zuständig die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 85 SGB VIII). Diese sind in NRW zunächst (wie in den meisten anderen Bundesländern) nach § 1a Abs. 1 AG KJHG die Kreise und Kreisfreien Städte²¹⁸. Nach § 1a Abs. 3 AG KJHG können Kreisangehörige Gemeinden, die nicht örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, Aufgaben der Jugendhilfe für den örtlichen Bereich wahrnehmen. Sie werden dadurch jedoch nicht zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe. Dies ist anders, falls der Fall des § 2 AG KJHG vorliegt. Nach § 2 Satz 1 AG KJHG kann die oberste Landesbehörde (auf Antrag Großer und Mittlerer Kreisangehöriger Städte) durch Rechtsverordnung solche Großen und Mittleren Kreisangehörigen Städte zu örtlichen Trägern der Jugendhilfe bestimmen²¹⁹. Sie sind dann vollumfänglich örtliche Träger der Jugendhilfe. Diesen sowie den Kreisen und Kreisfreien Städten obliegt somit als örtlichem Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit nach § 85 SGB VIII die Gesamtverantwortung und die Gewährleistungsverpflichtung für die Umsetzung und Sicherung des Rechtsanspruches von Kinder im Primarbereich auf die ganztägige Förderung.

Diesen Kreisen, Kreisfreien Städten sowie Großen Kreisangehörigen Städte und Mittlere Kreisangehörigen Städten, soweit letztere zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt wurden, obliegen die Gesamtverantwortung nach § 79 Abs. 1 SGB VIII und die Gewährleistungsverpflichtung nach § 79 Abs. 2 SGB VIII. Im Kontext der ganztägigen Förderung der Grundschulkindern ist hier insbesondere die Gewährleistungsverpflichtung nach § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII von Bedeutung, der die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe anhält, den nach Nr. 1 ermittelten Bedarf sicherzustellen und dazu mit den erforderlichen Einrichtungen zusammenzuarbeiten, verbindliche Strukturen der Zusammenarbeit aufzubauen und weiterzuentwickeln. Das ist dort, wo wie in Nordrhein-Westfalen der Rechtsanspruch auf ganztägige Förderung im Zusammenwirken von Schule und Jugendhilfe in Form des offenen Ganztags gesichert werden soll, von besonderer Bedeutung. Auch hier werden in den Städten, Kreisen, Gemeinden, in denen es bereits offene Ganztagschulen gibt, in der Regel entsprechende Strukturen zur Verfügung stehen. Dort wird es vornehmlich darum gehen, innerhalb dieser Strukturen die Fragen des entsprechenden Ausbaus und der qualitativen Sicherung zu bearbeiten.

Sofern nach § 1a AG KJHG Kreisangehörige Gemeinden für ihren örtlichen Bereich Aufgaben der Förderung in Tageseinrichtungen übernommen haben, was gerade für dieses Jugendhilfefeld nicht selten ist, werden sie, wie ausgeführt, nicht örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe. In diesen Fällen bleiben die Gesamtverantwortung und die Gewährleistungsverpflichtung bei den Kreisen als den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe. Von besonderer Bedeutung ist dies dort, wenn in entsprechenden Kreisangehörigen Gemeinden noch keine offenen Ganztagschulen existieren.

218 Das sind gegenwärtig 31 Kreise und 22 Kreisfreie Städte.

219 Verordnung über die Bestimmung Großer Kreisangehöriger Städte und Mittlerer Kreisangehöriger Städte zu örtlichen Trägern der Jugendhilfe vom 8.11.1991 in der Fassung vom 1.1.2012.

Sofern noch nicht hinreichend Formen der Zusammenarbeit zwischen Jugendhilfe und Schule entwickelt worden sind, sind diese entsprechend vornehmlich § 81 SGB VIII möglichst bald zu schaffen²²⁰.

B.5.2. Jugendhilfeplanung

Entsprechend den eben getätigten Ausführungen unter B.5.1. sind auch für die Jugendhilfeplanung nach § 80 SGB VIII die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe entsprechend § 85 SGB VIII sachlich zuständig. Die umfangreiche Aufgabenbenennung in § 80 SGB VIII²²¹ ist insbesondere in der Implementationsphase bis zum Inkrafttreten des Rechtsanspruches von besonderer Bedeutung. Auf die Bedeutung der Jugendhilfeplanung weist bereits der Grundlagenerlass unter 4.1. hin, wenn dort ausgeführt wird, dass Ganztagschulen Gegenstand der Jugendhilfeplanung sind²²². Nur wenn die diesbezügliche Jugendhilfeplanung in enger Abstimmung und Kooperation mit einer entsprechenden Schulplanung rechtzeitig anläuft, kann gesichert werden, dass bis zum Inkrafttreten des Rechtsanspruches die entsprechenden Strukturen, Vernetzungen und Kooperationen existieren, um die Umsetzung des Rechtsanspruches sicherzustellen.

B.5.3 Schulentwicklungsplanung

Schulträger sind gem. § 80 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW verpflichtet, für ihren Bereich eine mit den Planungen benachbarter Schulträger abgestimmte Schulentwicklungsplanung zu betreiben. Schulträger der Grundschulen sind die Städte und Gemeinden (§ 78 Abs. 1 SchulG NRW). Träger von Förderschulen sind teils die Landschaftsverbände (§ 78 Abs. 3 SchulG NRW), im Übrigen die Gemeinden oder Kreise (§ 78 Abs. 4 S. 4, Abs. 6 SchulG NRW). Die oberen Schulaufsichtsbehörden (= Bezirksregierungen) beraten die Schulträger bei der Schulentwicklungsplanung und geben ihnen Empfehlungen (§ 80 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW).

Schulträger müssen den Schulentwicklungsplan der Schulaufsicht nur anlassbezogen vorlegen (§ 80 Abs. 6 SchulG: bei der Einholung einer Genehmigung). Relevant ist dies etwa für die gebundene Ganztagschule, deren Errichtung der Zustimmung der oberen Schulaufsichtsbehörde bedarf (§§ 9 Abs. 1 S. 3, 81 Abs. 2 SchulG NRW). Bei der offenen Ganztagschule ist eine schulaufsichtliche Zustimmung nicht nötig. Dennoch sind offene Ganztagschulen ebenfalls in die Schulentwicklungsplanung einzubeziehen (Nr. 4.1 Ganztagschulrunderlass), schon weil die außerunterrichtlichen Angebote Räume benötigen. Diese soll der Schulträger kostenfrei zur Verfügung stellen (Nr. 6.2 des Ganztagschulrunderlasses). Sie stehen dann für den Schulunterricht nicht (mehr) zur Verfügung, was wiederum Rückwirkungen auf die maximale Schüler:innen- und Klassenzahl einer Schule zeitigt.

Das SchulG NRW enthält nur wenige Vorgaben zum Inhalt eines Schulentwicklungsplans (insb. § 80 Abs. 5 SchulG NRW), was den Schulträgern entsprechende

220 Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen unter B.2.1. zur Kooperationsverpflichtung.

221 Ausführlich dazu Tammen in *Münder* u.a. FK-SGB VIII (9. Aufl. 2022), § 80 Rn 9 ff.

222 Der dortige Verweis auf § 7 KJFG führt allerdings etwas in die Irre, denn das KJFG gilt für den Regelungsbereich der §§ 11 bis 14 SGB VIII, also nicht unmittelbar für den Regelungsbereich des § 24 SGB VIII.

Gestaltungsmöglichkeiten belässt.²²³ Manche Schulträger untergliedern den Schulentwicklungsplan in selbstständig fortgeschriebene Teilpläne (z.B. „Teilplan Grundschulen“). Bezogen auf die offene Ganztagschule sind die Aussagen in den Schulentwicklungsplänen der jeweiligen Schulträger sehr unterschiedlich. Während manche Gemeinden die offene Ganztagschule nur eher beiläufig und allgemein erwähnen, äußern sich andere Schulentwicklungspläne konkret zur offenen Ganztagschule an den einzelnen Schulen.

Schulentwicklungspläne zielen auf einen sinnvollen Ressourceneinsatz.²²⁴ Sie enthalten deshalb zunächst tatsächliche (statistische) Informationen (gegenwärtiger Ist-Zustand und Rückschau auf die Entwicklung der vergangenen Jahre; hier bezogen auf Plätze im offenen Ganztage, Wahlverhalten der Eltern etc.), die Grundlage für eine Prognose der zu erwartenden Nachfrage nach Plätzen im offenen Ganztage sind (wie viele Plätze, wo im Gemeindegebiet, an welchen Schulen?). Viele der benötigten Informationen können u.a. durch eine kommunale Bildungsberichterstattung zur Verfügung gestellt werden.²²⁵ Die Prognose ermöglicht die Feststellung eines entsprechenden Bedürfnisses nach Plätzen im offenen Ganztage (vgl. § 78 Abs. 4 und 5 SchulG NRW). Am Schluss steht eine planerische Entscheidung, wie das Bedürfnis nach Plätzen im offenen Ganztage in den nächsten Jahren befriedigt werden soll. Dabei handelt es sich um eine Abwägungsentscheidung, in die alle relevanten öffentlichen und privaten Belange eingestellt werden müssen.²²⁶ Dabei muss auch der jeweilige Sozialraum bewertet werden, um ggf. spezifische Ressourcenanforderungen für den offenen Ganztage zu erkennen (z.B. Notwendigkeit von Einrichtungen mit besonders viel Bewegungs- und Sportmöglichkeiten).²²⁷ Denkbar sind ferner gemeinsame Angebote des offenen Ganztags benachbarter Schulen (Nr. 6.4. des Ganztagschulrunderlasses). Eine weitere inhaltliche Vorgabe besteht darin, dass Schulentwicklungsplanung und Jugendhilfeplanung aufeinander abzustimmen sind (§ 80 Abs. 1 S. 4 SchulG NRW; siehe sogleich). Die Beweggründe für die planerischen Entscheidungen sind zu dokumentieren.²²⁸

Um möglichst viele relevante Belange zu erkennen, sieht der Schulgesetzgeber einige prozedurale Vorkehrungen vor. Bei der Schulentwicklungsplanung müssen die Schulträger benachbarte Schulträger anhören (§ 80 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW), ggf. den Kreis unterrichten (§ 80 Abs. 2 S. 4 SchulG NRW) sowie Träger von Ersatzschulen informieren (§ 80 Abs. 7 S. 1 SchulG NRW). Die vorgeschriebene Abstimmung mit der Jugendhilfeplanung verlangt ebenfalls in einem ersten Schritt wechselseitige Information. Kommunale Bildungsnetzwerke (§ 78a SchulG NRW, Nr. 4.1 Ganztagschulrunderlass) können helfen, alle relevanten Belange zu identifizieren. Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach

223 *Fehrmann*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 80 Rn. 11.

224 *Fehrmann*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 80 Rn. 4.

225 Vgl. *Fehrmann*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 80 Rn. 1.

226 *Fehrmann*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 80 Rn. 4.

227 Die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Angebote im Offenen Ganztage erfolgt nicht im Schulentwicklungsplan, sondern in der einzelnen Schule durch Erarbeitung eines Ganztagskonzepts (Nr. 6.5 des Ganztagschulrunderlasses), und zwar gemeinsam mit dem Kooperationspartner.

228 *Fehrmann*, in: Jülich/van den Hövel, SchulG NRW, Stand: Aug. 2022, § 80 Rn. 4.

kommunalrechtlichen Vorschriften. Der Schulentwicklungsplan wird in einer Gemeinde vom Rat beschlossen.

B.5.4. Gemeinsame Planungsverantwortung – integrierte, kommunale Sozial- und Bildungsplanung

Gem. § 80 Abs. 1 S. 4 SchulG, § 80 Abs. 5 SGB VIII sind Schulentwicklungsplanung und Jugendhilfeplanung (inhaltlich) aufeinander abzustimmen. Das verlangt eine Kooperation des Schulträgers mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Teils fallen beide in einer Körperschaft zusammen, teils begegnen sich etwa eine Gemeinde als Schulträgerin und der Kreis als Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Prozedural kann die Kooperation – über wechselseitige Informationen und Gelegenheiten zur Stellungnahme hinaus – z.B. dadurch gefördert werden, dass etwa ein/eine Vertreter:in des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe in einer Arbeitsgruppe vertreten ist, die einen Entwurf für einen Schulentwicklungsplan erstellt, damit die Perspektive der Jugendhilfe nicht erst am Ende, sondern schon während des Planungsprozesses in die Planung einfließt. Zu erwägen ist, derartige Vorkehrungen z.B. in Verwaltungsvorschriften vorzuschreiben.

Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat eine Auffangverantwortung, d.h. er muss Plätze in Tageseinrichtungen zur Verfügung stellen, falls der Schulträger nicht genügend Plätze im offenen Ganztage bereithält (§ 24 Abs. 5 SGB VIII). Er ist ab 2026 der Anspruchs- und Klagegegner, falls Eltern für ihr Kind auf Zurverfügungstellung eines Platzes klagen. Bezogen auf den offenen Ganztage ist die Schulentwicklungsplanung damit der Jugendhilfeplanung zeitlich vorgelagert: Erst wenn die Schulentwicklungsplanung abgeschlossen ist, kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe erkennen, ob er über das Angebot im offenen Ganztage hinaus zusätzliche Plätze in Tageseinrichtungen schaffen muss.

Vor diesem Hintergrund könnte der Schulträger zur frühzeitigen Fortschreibung seiner Schulentwicklungsplanung verpflichtet werden, damit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe genügend zeitlicher Vorlauf verbleibt, ggf. für zusätzliche Plätze zu sorgen. Denkbar wäre etwa, dass der Schulträger einen Teilplan „offener Ganztage“ aufstellt, den er *jährlich* für die Folge(schul)jahre fortschreibt. Dies könnte durch den Schulgesetzgeber zur Pflicht gemacht werden.

B.6. Gesetzliche Unfallversicherung

Die Unfallversicherung der Beschäftigten und der verbeamteten Personen ist rechtlich unproblematisch. Beschäftigte sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 gesetzlich unfallversichert, für Beamte gilt das System der Beamtenversorgung auch Unfallfürsorgeleistungen. Hier geht es um die gesetzliche Unfallversicherung für Schüler:innen maßgeblich ist hierfür ist § 2 Abs. 1 Nr.8 SGB VII. Dort sind zwei Varianten vorgesehen, die beide von Bedeutung sein können:

- Nach Nr.8 a) sind Kinder während des Besuchs von Tageseinrichtungen, deren Träger für den Betrieb der Einrichtung einer Erlaubnis nach § 45 SGB VIII (oder aufgrund einer entsprechenden landesrechtlichen Regelung) benötigt, kraft Gesetzes versichert.

- Nach Nr.8 b) sind Schüler:innen während (...) der Teilnahme an unmittelbar vor oder nach dem Unterricht von der Schule oder im Zusammenwirken mit ihr durchgeführten Betreuungsmaßnahmen kraft Gesetz versichert.

Bei den außerunterrichtlichen Angeboten ist regelmäßig das Kriterium der Einrichtung nach § 45 a SGB VIII erfüllt²²⁹. Außerdem handelt es sich nach gegenwärtiger Rechtslage gemäß § 24 Abs. 4 SGB VIII um Tageseinrichtungen; auch nach künftiger Rechtslage (01.08.2026) erfüllen die Angebote an den offenen Ganztagschulen im Primarbereich den Anspruch des Kindes auf Förderung in einer Tageseinrichtung. Damit benötigen die außerschulischen Träger regelmäßig eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII²³⁰. Nach dem Wortlaut des Nr.8 a) kommt es dabei nicht darauf an, ob sie tatsächlich eine Betriebserlaubnis erhalten haben, maßgeblich ist, ob sie einer Erlaubnis „bedürfen“. Liegt eine Betriebserlaubnis vor, so folgt aus den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen eine Bindung des Trägers der gesetzlichen Unfallversicherung an diese Entscheidung²³¹.

Damit sind in den Fällen, in denen es sich um außerunterrichtliche Angebote von außerschulischen Trägern handelt, die Voraussetzung der Nr.8 a) erfüllt.

Auch die Voraussetzungen der Nr. 8 b) werden in den meisten Fällen vorliegen. Die Zielsetzung der Nr. 8 b) geht dahin, dass Angebote der Förderung, Betreuung, Erziehung und (außerschulischen) Bildung, die in den organisatorischen Gesamtbereich der Schule eingebunden sind, dem gesetzlichen Unfallversicherungsschutz unterfallen. Zu derartigen Betreuungsmaßnahmen gehören etwa die Einnahme des Mittagessens, die beaufsichtigte Betreuung von Schulaufgaben und eben der gesamte Bereich der auf der Basis des jetzigen Grundlagenerlasses, bzw. eines zukünftigen GaFöG durchgeführten außerunterrichtlichen Angebote. Die offene Ganztagschule besteht in NRW aus dem schulischen Unterricht und den außerunterrichtlichen Angeboten, sie bilden die (Misch-)Form der offenen Ganztagschule, das Zusammenwirken von Schule und außerschulischem Kooperationspartner der Jugendhilfe, Betreuungsmaßnahmen sind für die OGS konstitutiv. Zudem finden sie regelmäßig unmittelbar nach dem Unterricht bzw. zukünftig gegebenenfalls bei entsprechenden Bedarfen auch vor dem Unterricht statt. Deswegen liegt das in Nr. 8 b) angesprochene Kriterium der Betreuungsmaßnahme im Zusammenwirken mit der Schule regelmäßig vor.

C. Resümee, Handlungsbedarfe und Empfehlungen

Grundsätzlich

Die landesspezifische Umsetzung des individuellen Rechtsanspruches auf ganztägige Förderung von Kindern im Grundschulalter ist Aufgabe der unterschiedlichsten Landesebenen - angefangen von der obersten Landesjugend- sowie Schulbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen bis hin zu verantwortlichen Akteuren in den Kreisen, kreisangehörigen und kreisfreien Städten.

Die Ausführungen der Expertise weisen darauf hin, dass ab dem 01.08.2026 die bisherige Regelung über einen Grundlagenerlass bzw. KiBiz unter verschiedenen Gesichtspunkten

²²⁹ Wie unter B.1.f ausgeführt ist.

²³⁰ (vgl. B.1.f.)

²³¹ Hedermann in Becker u.a. LPK-SGB VII 5. Aufl. 2018, § 2 Rn 46 m.w.N.

keine hinreichende Rechtsgrundlage bietet, um den Rechtsanspruch auf einen Ganztagsplatz in NRW adäquat umzusetzen. Die Verfasser:innen dieser Expertise regen an, dass ein Landesausführungsgesetz in NRW als verbindlicher Rahmen für die Umsetzung des Rechtsanspruchs auf einen Ganztagsplatz erarbeitet werden sollte. Dabei ist zu prüfen, welche Regelungen im Schulgesetz und in verschiedenen Kindern und Jugendliche betreffenden Gesetzen ergänzt oder modifiziert werden müssen. Zu empfehlen wäre daher ein Artikelgesetz. Zentraler Artikel wäre das landesrechtliche Ganztagsförderungsgesetz. Weitere Artikel würden die erforderlichen Änderungen im KiBiz, im AGKJHG und im Schulgesetz NRW, enthalten und explizit dazu beitragen, die fachpolitisch gewollte Verantwortungsgemeinschaft von Kinder- und Jugendhilfe, Schulträger und Schulaufsicht herauszustellen und Kooperationsbeziehungen auf Augenhöhe zu ermöglichen. Im KiBiZ, das bisher vorwiegend die Frühpädagogik adressiert, sollte dazu ein eigenes Teilkapitel zu dem Thema außerunterrichtlichen Förderung von Kindern im Primarbereich (in Grundschulen und in Förderschulen) durch außerschulische Träger geschaffen werden.

Aus dieser Zielsetzung und der zuvor dargelegten Rechtsexpertisen von Prof. Dr. Johannes Münder und Prof. Dr. Jörg Ennuschat leiten sich spezifische juristische Handlungsbedarfe ab. Nachfolgend werden ausgewählte Empfehlungen in kompakter Form dargelegt.

C.1 Zwingend zu schließende Regulierungslücken

Der Gesetzgebungsauftrag des GaFöG besteht für Nordrhein-Westfalen insbesondere in der Erfüllung der quantitativen Vorgaben zur Sicherstellung des Förderanspruchs von Grundschulkindern in einer Tageseinrichtung. Da der Anspruch des Kindes auf Förderung in Tageseinrichtungen auch durch Angebote an Ganztagschulen im Primarbereich, einschließlich der offenen Ganztagschulen, als erfüllt gilt und in Nordrhein-Westfalen diesbezüglich schon erhebliche Strukturen ausgebaut sind, müssen die laut Grundlagenerlass bestehenden Regelungen auf Erfüllung der quantitativen Vorgaben des Gesetzgebungsauftrages durch den Bund überarbeitet werden. Dazu gehören eine Ausweitung des individuellen Anspruchs auf mindestens acht Zeitstunden Förderung, an allen Werktagen - im Kontext der offenen Ganztagschulen im Primarbereich einschließlich Unterrichtszeiten. Des Weiteren sind verbindliche rechtliche Regelungen zu den Schließzeiten von maximal vier Wochen pro Kalenderjahr festzulegen. In Ergänzung zu diesen festgelegten zeitlichen Ansprüchen der Kinder besteht darüber hinaus ein Anspruch auf ein individuelles bedarfsgerechtes Angebot, das vor Ort ebenfalls vorzuhalten ist (Satz 5 des § 24 Abs. 4 SGB VIII). Da der Gesetzgebungsauftrag des Bundes über eine Ergänzung des § 24 SGB VIII erfolgt, sind über zeitlich-strukturelle Aspekte hinaus auch qualitative Aspekte zwingend zu berücksichtigen:

„Eine Erfüllung in inhaltlicher Hinsicht kann jedoch nur eintreten, wenn die in den außerunterrichtlichen Angeboten der außerschulischen Träger erbrachten Angebote und Leistungen nicht „irgendwelche“ Angebote/Leistungen sind, sondern sie müssen den im SGB VIII geregelten Vorgaben entsprechen. „Erfüllungswirkung“ in inhaltlicher Hinsicht haben die Angebote nur dann, wenn sie die Vorgaben des SGB VIII beachten“ (in diesem Dokument; S. 36).

In diesem Zusammenhang halten die Autor:innen es für sinnvoll, qualitative Standards festzulegen, wie sie bspw. in fachpolitischen Diskursen in Nordrhein-Westfalen oder auf Bundesebene konsensuell diskutiert oder eingefordert werden (vgl. B.1.3.).

C.2 Klarstellungen und Konkretisierungen bestehender Regelungen

In Nordrhein-Westfalen gibt es Regelungsbereiche, die bisher nur unzureichend oder nicht hinreichend ausgeschärft formuliert sind. Dazu gehört die Klarstellung, dass entgegen älteren juristischen Einschätzungen für „die außerunterrichtlichen Angebote und Leistungen außerschulischer Träger in der offenen Ganztagschule [...] eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII erforderlich“ (In diesem Dokument S. 59; vgl. B3) ist.

Vieles spricht dafür, dass nach derzeitigem Recht (§ 103 Abs. 1 GWB) für alle Kommunen grundsätzlich die Pflicht besteht, Leistungen entsprechend den jeweils geltenden Schwellenwerten auszuschreiben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Qualität der Kooperationsverhältnisse durch ein Dienstleistungsverhältnis geprägt sein müssen:

„Der – ohnehin unionsrechtlich vorgegebene – Begriff der Dienstleistung steht der Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses auf Augenhöhe damit nicht entgegen“ (In diesem Dokument, S. 50; vgl. B.2.3.fff)

In diesem Zusammenhang ist auch klarzustellen, dass aus „*der vergaberechtlichen Terminologie [ebenso wenig] Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes*“ erfolgen (ebd.).

Gerade mit Blick auf eine Kooperation auf Augenhöhe ist deutlicher klarzustellen, dass die Dienst- und Fachaufsicht sowie das Weisungsrecht beim jeweiligen Anstellungsträger verbleiben und nicht auf eine einzelne Leitungsperson im Kontext der offenen Ganztagschule im Primarbereich übergehen.

„Konsequenz ist, dass die Mitarbeiter:innen der offenen Ganztagschule, soweit sie einen Arbeitsvertrag mit dem Träger geschlossen haben,²³² den Weisungen ihres Arbeitgebers zu folgen haben. Der Arbeitgeber benennt dabei regelmäßig Personen (Vorgesetzte), welche in der täglichen Arbeit diese Weisungen erteilen.“ (In diesem Dokument, S. 64; B.4.3.fff).

Darüber hinaus ist deutlicher darzustellen, dass der gesetzliche Unfallversicherungsschutz für Kinder auch in den außerunterrichtlichen Angeboten oder Angeboten der außerschulischen Anbieter greift, denn für alle Angebote gilt im Kontext der offenen Ganztagschule im Primarbereich § 2 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 8b SGB VII als gegeben. Insbesondere aus der Klarstellung zur Notwendigkeit der Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII für die außerschulischen Träger (s.o.), ergibt sich eine eindeutige Abdeckung durch den gesetzlichen Unfallversicherungsschutz, denn:

„Bei den außerunterrichtlichen Angeboten ist regelmäßig das Kriterium der Einrichtung nach § 45 a SGB VIII erfüllt²³³. Außerdem handelt es sich nach

232 Zur Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit im Rahmen der offenen Ganztagschule (hier: als Hausaufgabenbetreuerin) siehe LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.3.2013 – 9 Sa 1746/12, juris Ls. 1; LAG RP, Urteil vom 2.3.2021 – 8 Sa 144/20, juris Rn. 154.

233 Wie unter B. 1. f ausgeführt ist.

gegenwärtiger Rechtslage gemäß § 24 Abs. 4 SGB VIII um Tageseinrichtungen; auch nach künftiger Rechtslage (01.08.2026) erfüllen die Angebote an den offenen Ganztagschulen im Primarbereich den Anspruch des Kindes auf Förderung in einer Tageseinrichtung. Damit benötigen die außerschulischen Träger regelmäßig eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII²³⁴. Nach dem Wortlaut des Nr.8 a) kommt es dabei nicht darauf an, ob sie tatsächlich eine Betriebserlaubnis erhalten haben, maßgeblich ist, ob sie einer Erlaubnis „bedürfen“. Liegt eine Betriebserlaubnis vor, so folgt aus den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen eine Bindung des Trägers der gesetzlichen Unfallversicherung an diese Entscheidung²³⁵ (In diesem Dokument, S. 77; vgl. B.6.).

C.3. Fachliche Empfehlungen

Grundsätzlich

Zentral ist die politische Zielsetzung, die mit dem Ausbau der Ganztagschulen im Primarbereich verbunden ist. Ziel der Ganztagschulen im Primarbereich sollte es sein, originäre Rechte der Kinder zu verwirklichen. Dazu gehört neben dem Recht auf (schulische) Bildung ebenso das Recht ihre Fähigkeiten zu fördern, sie in ihrer Persönlichkeitsentwicklung zu stärken und sie zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben zu befähigen. Aufgabe des Landes und der Kommunen ist es, gemeinsam und sozialraumbezogen qualitativ hochwertige Konzepte zur Gewährleistung des Rechtsanspruchs auf ganztägige Förderung von Kindern im Grundschulalter zu entwickeln und durch eine verbindliche Rahmung für potenziell gleichwertige Lebensverhältnisse bzw. Bedingungen des Aufwachsens zu sorgen. Dies umfasst ebenso die sozialpolitische Zielsetzung, für gleichwertige Bildungschancen ungeachtet der sozialen und ethnischen Herkunft Sorge zu tragen.

Stärkung und Betonung der Verantwortungsgemeinschaft von Kinder- und Jugendhilfe und des Schulsystems im Sinne eines Kooperativen Ganztags

Trotz formal unterschiedlicher gesellschaftlicher Aufträge bildet die Kinder- und Jugendhilfe gemeinsam mit der Schule eine Verantwortungsgemeinschaft für ein gelingendes Aufwachsen und eine bestmögliche Förderung der Entwicklungsprozesse von Heranwachsenden. Sie ist – so auch die bisherigen Erlassregelungen – „die zentrale Grundlage“. Darauf beruht das in Nordrhein-Westfalen seit den Anfängen der offenen Ganztagschule im Primarbereich gepflegte „Trägermodell“. Diese gemeinsame Verantwortung und Gleichwertigkeit der Aufgabenwahrnehmung müssen in einer zukünftigen rechtlichen Rahmung zur Umsetzung des Rechtsanspruchs Berücksichtigung finden. Denn ein zentrales Ergebnis der Expertise ist, dass das Schulgesetz in NRW in seiner jetzigen Ausführung keine hinreichende rechtssichere Grundlage für eine inhaltlich wirkungsvolle Kooperation im Rahmen des bewährten Trägermodells in Kooperation mit der Kinder- und Jugendhilfe bietet (z.B. die unklaren Befugnisse im Hinblick auf die Ausübung

234 (vgl. B.1.f.)

235 Hedermann in Becker u.a. LPK-SGB VII 5. Aufl. 2018, § 2 Rn 46 m.w.N.

der Rechte eines/einer Schulleiter:in gegenüber dem außerschulischen Träger von Ganztagsangeboten). Bei der Fortentwicklung der offenen Ganztagschule im Primarbereich wird deshalb empfohlen, die Stellung der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe und des außerschulischen Kooperationspartners gesetzlich zu stärken, um ein kooperatives Zusammenwirken zu gewährleisten und abzusichern.

So sollte beispielsweise der öffentliche Träger der Kinder- und Jugendhilfe verpflichtend mit in Kooperationsvereinbarungen einbezogen werden. Die außerunterrichtlichen Träger von Angeboten und Einrichtungen der Förderung von Kindern im Grundschulalter und die jeweiligen Schulen der Primarstufe sollten zur Sicherstellung des Anspruchs des Kindes nach § 24 Abs. 4 SGB VIII (Fassung 2026) verbindlich und kontinuierlich zusammenarbeiten. Form und Verfahren der Zusammenarbeit sind auf der Ebene des jeweiligen Trägers und der jeweiligen Schule im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung festzulegen. Künftig sollten als Partner des Kooperationsvertrages für eine Kooperation auf „Augenhöhe“ einerseits die Schule und Schulträger und andererseits der außerschulische Träger sowie der Träger der öffentlichen Jugendhilfe sein. Auf Ebene der Schulorganisation wird eine Stärkung der Rechtsstellung des außerschulischen Partners empfohlen, beispielsweise durch verbindliche Verankerung seiner Beteiligung in schulischen Gremien, um ein kooperatives Zusammenwirken zu gewährleisten.

Für die kooperative Weiterentwicklung der Ganztagschule empfiehlt es sich, unter Berücksichtigung des Konnexitätsprinzips, verbindliche Qualitätsstandards für die außerunterrichtlichen Angebote der Ganztagschule festzulegen.

Da sich die Verantwortung für die Erfüllung des Rechtsanspruchs an die öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe richtet, ist eine Verpflichtung zur kommunalen Bedarfsplanung erforderlich. Demnach sollten in einem Ausführungsgesetz die Kommunen²³⁶ in NRW im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtung zu einer abgestimmten Jugendhilfe- und Schulentwicklungsplanung verpflichtet werden, ab 2023 jährliche Bedarfsplanungen unter Beteiligung von Eltern und Kindern²³⁷ durchzuführen²³⁸. Bei verpflichtender Abstimmung der Jugendhilfe- und Schulentwicklungsplanung zur Gestaltung der OGS sollte auch auf § 7 des 3. AG NRW zum KJHG - KJFöG NRW hingewiesen werden, der umfassender auf die Zusammenarbeit von Schule und Kinder- und Jugendhilfe hinweist. Wünschenswert wäre zudem eine analoge inhaltlich verbreiterte und vertiefte Verpflichtung im Schulgesetz. Um die Qualität abzusichern, könnte bspw. die Vorlage einer abgestimmten Planung zur Voraussetzung für die Landesförderung gemacht werden.

Zur Weiterentwicklung könnte das Land NRW z.B. im Rahmen seiner Anregungsfunktion beispielhafte Entwicklungswerkstätten, die auf die Größenordnungen der Kommunen zugeschnitten sind, durchführen. Eine besondere Herausforderung stellt in diesem Kontext

236 Eine gesetzliche Mitwirkungspflicht sollte insbesondere den örtlichen öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe als auch den örtlichen Schulträger betreffen.

237 Es ist davon auszugehen, dass ein Großteil der Kinder, die im Schuljahr 2026/27 einen Ganztagsplatz beanspruchen werden, bereits heute, spätestens aber in 2023 die örtlichen Kindertagesstätten besuchen. Es bietet sich an, bei diesen Familien erste Erhebungen zu den Bedarfen durchzuführen.

238 Hinsichtlich der rechtlichen Regelung wäre eine Bedarfsanzeige (entsprechenden § 5 KiBiZ) bezüglich der Teilnahme am offenen Ganztage im ersten Schuljahr denkbar.

die Einbeziehung kreisangehöriger Städte und Gemeinden ohne ein eigenes Jugendamt und die Umsetzung für kleine Jugendämter dar.

Mitwirkung und Partizipation

Das Landesausführungsgesetz sollte umfassende wechselseitige Mitwirkungsrechte jeweils von Schule und von Kindern- und Jugendhilfe als Rahmung für die Kooperation der Kinder- und Jugendhilfe und Schule sicherstellen. Die Autor:innen regen an, eine mit Stimmrecht ausgestattete Beteiligung von Vertreter:innen des außerschulischen Trägers bei Schulkonferenzen verpflichtend zu machen.

Die Sicherung der Rechte von Kindern bedeutet primär die Schaffung von Rechten für Kinder, auch für Grundschul Kinder. In besonderer Weise ist für die Zusammenarbeit zwischen Schule und außerunterrichtlichen Angeboten wichtig, dass die Kinder rechtzeitig und inhaltlich nicht nur beteiligt werden, sondern ihre Vorstellungen in die Gestaltung der Arbeit mit ihnen einbezogen werden. So kann es gelingen, dass durch ein Zusammenwirken von Unterricht und außerunterrichtlichen Angeboten die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder gefördert und gestärkt werden kann. Diese Rechte von Grundschulkindern sind im Landesgesetz zur Ganztagsförderung von Grundschulkindern zu berücksichtigen.

Es werden außerdem erweiterte Regelungen zur Absicherung des Elternrechts innerhalb der offenen Ganztagschule erforderlich sein, und zwar sowohl des individuellen Elternrechts als auch des kollektiven Elternrechts auf Elternmitwirkung.

Raum- und Flächenbedarfe

Die Raum- und Flächenkapazitäten sind eine besondere Herausforderung. An vielen Orten ist kaum noch Platz für den Bau zusätzlicher pädagogischer Räume. Für die außerunterrichtlichen Angebote sollte daher der vorhandene schulische Raum- und Flächenbestand multifunktional genutzt werden können. Dies ist keine rechtliche Frage, wohl aber von hoher Bedeutung für die Kommunen in der Umsetzung. Rechtlich wäre denkbar, die frühzeitige Beteiligung von Eltern und Kindern auch auf diesen Punkt zu beziehen.

In Zusammenarbeit mit den Landschaftsverbänden und anderen, in pädagogischer Architektur qualifizierten Akteuren, sollten möglichst ortsnahe Workshops zum Themenfeld kindgerechte, pädagogische Ganztagsräume angeregt werden. Das sollten mit Blick auf die Investitionsmittel bspw. die Themen umfassen, wie kommunale bauliche Planungen durch innovative Organisationsmodelle beschleunigt werden können und wie die vorhandenen Raumbestände und Flächen effizient aber kindgerecht²³⁹ genutzt werden können (kindgerechte und an pädagogischen Prinzipien und Konzepten orientierte multifunktionale Raum und Flächennutzung).

Ganztagspersonal

Zum Schutz des Wohls von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, aber auch zur Absicherung und Gewährleistung qualitativ hochwertiger

239 Kindgerechte und an pädagogischen Prinzipien und Konzepten orientierte multifunktionale Raum und Flächennutzung.

Bildungs²⁴⁰- und Betreuungsangebote ist die Beschäftigung von Personen mit fachlicher und persönlicher Eignung eine zentrale Voraussetzung. Auf der gesetzlichen Ebene des Landes NRW finden sich keine rechtsverbindlichen Regelungen zur Qualifikation des Personals in den außerunterrichtlichen Angeboten. Die bundesrechtlichen Regelungen des SGB VIII ab dem 01.08.2026 zeigen auf, dass die Qualifikation des Personals für die außerunterrichtlichen Angebote sich nach den Anforderungen für die Förderung von Schulkindern an den entwickelten und fachlich akzeptierten Standards der Kinder- und Jugendhilfe ausrichten muss. Ebenso müssen die Bestimmungen des § 72 a SGB VIII für die öffentliche Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere auch die Vorlage eines erweiterten polizeilichen Führungszeugnisses nach § 30a Abs. 1 BZRG berücksichtigt werden und durch die Vertragsgestaltung im Leistungsbereich (nach § 77 SGB VIII) oder durch Vereinbarungen im „Zuwendungsbereich“ (nach § 74, 74a SGB VIII) in entsprechender Weise auch für die Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe umgesetzt werden.

Analog zu anderen Arbeitsfeldern der Kinder- und Jugendhilfe sollte auf landesrechtlicher-Ebene geregelt werden, dass, je nach landesrechtlicher Ausführung des GaFöG, sei es durch Vereinbarungen, Vorschriften, Verwaltungsentscheidungen, die hinreichenden und notwendigen Qualifikationen des eingesetzten Personals sicherzustellen ist. Denn diesbezüglich bleibt § 72 SGB VIII (Fachkräftegebot) zu unbestimmt²⁴¹. Neben der nicht unerheblichen persönlichen Eignung, wird lediglich eine der „Aufgabe entsprechende(n) Ausbildung“ oder das Vorliegen „besonderer Erfahrungen in der sozialen Arbeit“ als Voraussetzung benannt. Demnach ist von einer Fachkraft zu sprechen, wenn eine Person über arbeitsfeldspezifisches Wissen, Kenntnisse, Fähigkeiten und Kompetenzen verfügt und darüber hinaus persönlich geeignet ist, um in der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe pädagogisch sinnvoll handeln zu können. Mit Blick auf den zu erwartenden Personalbedarf und den derzeitigen Fachkräftemangel sollte bezogen auf das Arbeitsfeld Ganztagschule gemeinsam mit den Landesjugendbehörden, Anstellungsträgern und Ausbildungsinstitutionen ausgelotet werden, über welche notwendige und hinreichende personale Kompetenz und Fachkompetenz eine Ganztagsfachkraft verfügen muss, um im Kontext der Ganztagschulen in der Primarstufe pädagogisch sinnvoll handeln zu können (bspw. in der Systematik des Deutschen Qualifikationsrahmens - DQR). Darauf aufbauend sollte eruiert werden, welche bestehenden Ausbildungs- und Studiengänge in NRW hier in Frage kämen und welche Anpassungsqualifizierungen bzw. Weiterbildungsangebote für

240 Unter Bildungsangebote werden in diesem Kontext abgestimmte Bildungskonzepte verstanden, die informelle, non-formale und formale Bildungsinhalte umfassen und auf Grundlage einer multiprofessionellen Kooperation durch Akteure aus der Kinder- und Jugendhilfe gemeinsam mit Akteur:innen aus dem Bildungssystem gestaltet werden.

241 Bezogen auf die fachliche Qualifikation sind die Ausbildungen, die in der Kinder- und Jugendhilfe tätigen Personen vorweisen müssen, um als Fachkraft zu gelten, im Gesetz nicht konkret festgeschrieben. Referenzpunkt zur Definition einer Fachkraft in der Kinder- und Jugendhilfe stellt der Begriff der Aufgabe dar. Entscheidend ist die Frage, inwieweit die jeweiligen Ausbildungsinhalte hinreichend geeignet sind, die an die Person gestellten Aufgaben potenziell sach- und fachgerecht erledigen zu können. Davon kann bei Erzieher:innen, Sozialarbeiter:innen und vergleichbaren Berufsgruppen ausgegangen werden. Allerdings gibt es darüber hinaus auch Bedarfe für andere Berufsgruppen, beispielsweise in Kultur und Sport.

bereits im Feld tätiges Personal und (noch) nicht einschlägig qualifiziertes Personal notwendig sind.

In gleicher Weise sollten die Kooperationserfordernisse in Ganztagschulen stärker in die Ausbildung angehender Lehrkräfte verankert werden, bzw. sollten auch für diese Profession arbeitsfeldspezifische Weiterbildungen (weiter)entwickelt und angeboten werden.

Finanzen

Mit dem Ausführungsgesetz sollten in Umsetzung des „Paktes für Kinderarmut“ die Fördergrundsätze des Landes für Kommunen, die sich in der Haushaltssicherung befinden und Kommunen mit einem hohen Anteil von Kindern, die in Armutskontexten leben, bedacht und ausgelotet werden.

Mittelfristig sollte der Besuch einer Ganztagschule für die Eltern kostenneutral gestaltet werden. Ähnlich dem Hamburger Modell wäre es denkbar, die Förderung und Betreuung in den Kernzeiten kostenneutral, aber die Betreuung in Randzeiten jenseits der bundesgesetzlich vorgeschriebenen acht Zeitstunden kostenpflichtig zu gestalten. Dabei sind für einkommensschwache Haushalte einkommensabhängige Staffelungen und/oder Kostenübernahmen zu berücksichtigen.

Datengrundlagen für Handlungssicherheit schaffen

Sowohl die eingangs genannten Ebenen im Land Nordrhein-Westfalen, als auch die ausführenden Akteure der freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe, aus Kultur, Sport und weiterer Partner:innen sind bei strategischen Planungs- und Steuerungsprozessen auf aktuelle und umfängliche Datengrundlagen zum qualitativen und strukturellen Ausbau angewiesen, die derzeit weder auf landesweiter, noch auf kommunaler Ebene vorliegen. Dies betrifft insbesondere Informationen zum eingesetzten Personal, zu Arbeitsbedingungen/-verhältnissen; regionalen Personalbedarfen, Qualifizierungserfordernissen etc..

Gerade mit Blick auf das fachpolitische Ziel einer abgestimmten und wirkungsvollen „Fachkräfte- und Qualifizierungsoffensive“²⁴², eines „sinnvollen gemeinsamen Einsatz von Fachkräften im schulischen und außerschulischen Bereich“²⁴³, eines bedarfsgerechten und qualitativen Ausbaus der Förderung in Ganztagschulen im Primarbereich, bedarf es einer umfassenden nordrhein-westfälischen Bildungsberichterstattung Ganztagschule, die zeitnah allen Partner:innen verwertbare Daten zu den wichtigsten Handlungsfeldern bereitstellt.

Handlungsbedarfe in Behörden und Verwaltungen

Für die Arbeit der außerschulischen Träger ist nach Einschätzung von Prof. Dr. Johannes Münder und Prof. Dr. Jörg Ennuschat eine Betriebserlaubnis gem. § 45 SGB VIII erforderlich. Diesbezüglich wäre frühzeitig und unter Einbeziehung der ausführenden Behörden (Landschaftsverbände) zu klären, wie diese Prüfung bürokratisch niederschwellig und ressourcenschonend bewerkstelligt werden kann.

242 Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen; S. 58-62

243 Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“; S. 74

Es besteht zudem vergaberechtlicher Regelungsbedarf im Hinblick auf die Auswahlverfahren des außerschulischen Trägers. Grundsätzlich sprechen sich die Verfasser:innen dafür aus, an der bisherigen Offenheit der Regelungen festzuhalten und den Kreis potenzieller Träger der Kinder- und Jugendhilfe nicht durch Mindestanforderungen zu stark einzuengen. Dabei sollte jedoch erwogen werden, den Kooperationspartner gesetzlich auf den Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule gem. § 2 SchulG NRW sowie die Ziele der Jugendhilfe gem. § 1 Abs. 3 SGB VIII zu verpflichten.