

Winfried Kluth

„Demokratieerklärung“ oder „Extremismusklausel“ – zum Streit um die Nebenbestimmung(en) im Bundesprogramm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“ – Zugleich Besprechung von VG Dresden, Az. 1 K 1755/11 –

1 Hintergrund

Demokratie versteht sich gerne als eine Veranstaltung der „Guten und Gerechten“. Daran knüpft der missionarische Eifer ihrer weltweiten Verbreitung¹ an, die zuweilen aber mehr Ungerechtigkeit und Unfrieden stiftet, als man erwarten kann und darf.

Wie schwierig es ist, in einem demokratischen Verfassungsstaat, der auf Meinungsfreiheit und Meinungsstreit einschließlich der Provokation basiert, klare Grenzen zu ziehen und nicht nur Parteien, sondern auch einzelne Meinungen und Haltungen als „verfassungsfeindlich“ oder „extremistisch“ auszugrenzen, hat zuletzt die Wunsiedel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts deutlich gemacht. Dort hat das Gericht mit einer exzessionellen dogmatischen Konstruktion die strafrechtliche Ahndung des durch § 130 StGB für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.²

Noch größer werden die Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn es um das Handeln von Parteien i. S. d. Art. 21 GG³ geht, die eine Gleichbehandlung mit allen anderen Parteien auch im Bereich der staatlichen Parteienfinanzierung einfordern können, so lange sie noch nicht nach Art. 21 Abs. 2 GG verboten sind.⁴

Wie aber sieht es aus, wenn der Staat gezielt Aktivitäten fördern will, die (positiv) darauf abziehen, die Demokratie zu stärken, indem sie (negativ) dazu beitragen, bestehende „extremistische“ Haltungen und Aktivitäten⁵ zu „bekämpfen“, wobei dieses militärische Vokabular bereits erkennen lässt, dass hier immer die Gefahr der Schaffung oder Vertiefung neuer gesellschaftlicher Gräben besteht, die es in einer auf Toleranz basierenden Gesellschaft idealerweise nicht geben sollte.⁶

Den grundrechtlichen Rahmen für den (staatlichen) Umfang insbesondere mit rechtsextremen, der nationalsozialistischen Ideologie folgenden Positionen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Wunsiedel-Entscheidung mit großer Klarheit verdeutlicht, die sicher bei vielen Lesern in-

1 Dazu instruktiv die optimistische Sichtweise bei *Kriele*, Die demokratische Weltrevolution, 1997.

2 BVerfGE 124, 300 ff.

3 Anders verhält es sich bei sog. Rathausparteien, die nach h.M. nicht in den Anwendungsbereich des Art. 21 GG fallen. Siehe dazu *Kluth*, in: BeckOK GG, Art. 21, Rn. 23 ff. Zur Gegenansicht *Morlok/Merten*, DÖV 2011, 125 ff.

4 Dazu *Epping*, Parteirechtliche Aspekte der Verfassungstreue bei nicht verbotenen Parteien, in: *Kluth* (Hrsg.), Verfassungstreue jenseits des Beamtentums, 2010, S. 49 ff.

5 Zu bedeutsamen Unterscheidungen von Haltungen bzw. Gesinnungen einerseits und Aktivitäten andererseits siehe BVerfGE 124, 300 (330 = Rn. 67) „Art. 5 Abs. 1 und 2 GG erlaubt nicht den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung, sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsausserungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen“.

6 Es geht damit um das Grundproblem der Toleranz gegenüber den Intoleranten. Siehe dazu *Forst*, Toleranz im Konflikt, 2003.

neren Widerstand ob der großzügigen verfassungsrechtlichen Absicherung von extremen ideologischen Positionen zu provozieren vermag.

Dies betrifft zunächst den grundsätzlichen Schutz auch nationalsozialistischen Gedankenguts durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit:

„Geschützt sind damit von Art. 5 Abs. 1 GG auch Meinungen, die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu.“⁷

Verdeutlichend heißt es sodann:

„Nicht tragfähig für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit ist ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien oder auf die Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen zielt. Eine Beunruhigung, die die geistige Auseinandersetzung im Meinungskampf mit sich bringt und allein aus dem Inhalt der Ideen und deren gedanklichen Konsequenzen folgt, ist notwendige Kehrseite der Meinungsfreiheit und kann für deren Einschränkung kein legitimer Zweck sein. Die mögliche Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, gehört zum freiheitlichen Staat. Der Schutz vor einer Beeinträchtigung des „allgemeinen Friedensgefühls“ oder der „Vergiftung des geistigen Klimas“ sind ebenso wenig ein Eingriffegrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte. Auch das Ziel, die Menschenrechte im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung zu festigen, erlaubt es nicht, zuwiderlaufende Ansichten zu unterdrücken. Die Verfassung setzt vielmehr darauf, dass auch diesbezüglich Kritik und selbst Polemik gesellschaftlich ertragen, ihr mit bürgerschaftlichem Engagement begegnet und letztlich in Freiheit die Gefolgschaft verweigert wird. Demgegenüber setzte die Anerkennung des öffentlichen Friedens als Zumutbarkeitsgrenze gegenüber unerträglichen Ideen allein wegen der Meinung als solcher das in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgte Freiheitsprinzip selbst außer Kraft.“⁸

Das bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber und die Staatsorgane ohnmächtig der erneuten Verbreitung dieser Ideologie zusehen müssen. Sanktionen sind aber an genau definierte Bedingungen gebunden:

„Ein legitimer Zweck, zu dessen Wahrung der Gesetzgeber öffentlich wirkende Meinungsausserungen begrenzen darf, ist der öffentliche Friede jedoch in einem Verständnis als Gewährleistung von Friedlichkeit. Ziel ist hier der Schutz vor Äußerungen, die ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind, das heißt den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren. Die Wahrung des öffentlichen Friedens bezieht sich insoweit auf die Außenwirkungen von Meinungsausserungen etwa durch Appelle oder Emotionalisierungen, die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern. Auch hier knüpft der Eingriff in die Meinungsfreiheit möglicherweise zwar an den Inhalt der Meinungsausserung an. Jedoch richtet sich der Schutz des öffentlichen Friedens auf die Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders. Es geht um einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft, die sich in der Wirklichkeit konkretisieren. In diesem Sinne ist der öffentliche Friede ein Schutzgut, das verschiedenen Normen des Strafrechts

7 BVerfGE 124, 300 (320 = Rn. 50).

8 BVerfGE 124, 300 (334 = Rn. 77).

seit jeher zugrunde liegt wie etwa den Verboten der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB), der Androhung von Straftaten (§ 126 StGB), der Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB) oder auch den anderen Straftatbeständen des Volksverhetzungsparagraphen (§ 130 Abs. 1 bis 3 StGB).“⁹

Dabei steht die Abwehr von Gefahren für die Staats- und Gesellschaftsordnung und nicht alleine das Bekämpfen von Gesinnungen im Vordergrund:

„Bestraft wird damit das Gutheißen nicht von Ideen, sondern von realen Verbrechen, die in der Geschichte einmalig und an Menschenverachtung nicht zu überbieten sind.“¹⁰

Anders verhält es sich, wenn nicht gegen die Träger einer solchen Ideologie vorgegangen wird, sondern durch staatliche Fördermaßnahmen Initiativen unterstützt werden, die sich kritisch mit ihnen auseinandersetzen und in gefährdeten Milieus zur Verbreitung demokratischen Gedanken- guts beitragen sollen. Dabei stellt sich die Frage, wie weit die Gestaltungsspielräume bei der Mittelvergabe sind, insbesondere welche „Verhaltenserwartungen“ an die Empfänger von Förder- geldern begründet werden dürfen, um eine Zusammenarbeit und damit indirekte Förderung von „extremen Kräften“ zu vermeiden.

2 Die Förderpraxis der Bundesverwaltung

Die Bundesregierung hat mit den Bundesprogrammen „VIELFALT TUT GUT. Jugend für Vielfalt, Toleranz und Demokratie“ und „kompetent. für Demokratie – Beratungsnetzwerke gegen Rechtsextremismus“ in den Jahren 2007 bis 2010 ziviles Engagement, demokratisches Verhalten, den Einsatz für Vielfalt und Toleranz sowie die Bildung von Beratungsnetzwerken gefördert. Dies geschieht in der Förderperiode ab 2011 unter einem gemeinsamen Dach im Bundesprogramm „TOLERANZ FÖRDERN – KOMPETENZ STÄRKEN“. Umfasst sind drei Programmberiche: (1) die Entwicklung integrierter lokaler Strategien (Lokale Aktionspläne), (2) die Förderung themenbezogener modellhafter Maßnahmen (Modellprojekte: Jugend, Bildung, Prävention), (3) die Förderung und Unterstützung qualitätsorientierter Beratungsleistungen in den landesweiten Beratungsnetzen. Das übergeordnete Ziel des zuletzt genannten Programmberichts ist, gemeinsam mit lokalen Akteuren, Handlungskonzepte für eine demokratische Stärkung des Gemeinwesens zu entwickeln und gegenüber Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus eine lebendige Zivilgesellschaft entgegenzustellen.

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) stellt zur Umsetzung des Programmberichts „Förderung und Unterstützung qualitätsorientierter Beratungsleistungen in den landesweiten Beratungsnetzwerken“ den Ländern Bundesmittel zu Verfügung. Antragsteller und Empfänger der Bundesmittel für die landesweiten Beratungsnetzwerke und mobilen Beratungsteams ist das vom Land benannte Landesministerium. Das Landesministerium leitet die Landesmittel an die Letztempfänger weiter. Letztempfänger sind staatliche Einrichtungen, nicht- staatliche Organisationen und fachlich geeignete Einzelpersonen.

Das Bundesamt für den Zivildienst weist den Ländern durch Zuwendungsbescheid Bundesmittel zu, die die Länder den Letztempfängern in Form von nicht rückzahlbaren Zuschüssen gewähren. Die Letztempfänger haben bestimmte Bedingungen zu erfüllen. Soweit es sich bei den Letztemp-

9 BVerfGE 124, 300 (335 = Rn. 78).

10 BVerfGE 124, 300 (336 = Rn. 81).

fängern um nicht-staatliche Organisationen handelt, gehört zu diesen Bedingungen die Unterzeichnung einer Einverständniserklärung, in der sie sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen und eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit gewährleisten.

Die Erklärung hatte in ihrer ursprünglichen Fassung folgenden Wortlaut:

„Hiermit bestätigen wir, dass wir
– uns zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland bekennen und
– eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit gewährleisten.“

Als Träger der geförderten Maßnahmen haben wir zudem im Rahmen unserer Möglichkeiten und auf eigene Verantwortung dafür Sorge zu tragen, dass die als Partner ausgewählten Organisationen, Referenten etc. sich ebenfalls den Zielen des Grundgesetzes verpflichten. Uns ist bewusst, dass keinesfalls der Anschein erweckt werden darf, dass einer Unterstützung extremistischer Strukturen durch die Gewährung materieller oder immaterieller Leistungen Vorschub geleistet wird.“

In dieser als Nebenbestimmung zum Vergabebescheid verankerten Erklärung spiegelt sich das Bestreben wider, eine mittelbare Förderung von demokratiefeindlichen Kräften so gut es geht zu verhindern. Ausgehend von dem Umstand, dass viele der geförderten Aktivitäten sinnvollerweise nur in sozialen Bereichen durchgeführt werden können, in denen sich auch Personen und Organisationen bewegen, gegen deren politisches Wirken vorgegangen werden soll, wird damit auf eine Problematik reagiert, die bei der Vergabe der Fördermittel nicht unmittelbar gelöst werden kann. Mit der „Steuerung“ und „Verpflichtung“ der geförderten Organisationen, die auch eine „kritische Einschätzung“ der Partner bei Projekten einschließt, begibt sich der Bund auf den schmalen Grat zwischen Wachsamkeit und Gesinnungsschnüffelei, der unterschiedliche Deutung zulässt und provoziert. Hinzu kommt, dass in den Hinweisen des Ministeriums zur Anwendung der Demokratieerklärung ein differenzierter Umgang mit der Partei Die Linke gefordert wird, der in einigen Bereichen ebenfalls extremistische Haltung unterstellt werden, die bekanntlich auch zu einer Beobachtung durch den Verfassungsschutz geführt haben und die Weigerung der Förderung ihrer Jugendorganisation zur Folge hatten.

Die unterschiedliche Beurteilung der Demokratieerklärung durch den Bund einerseits sowie einige Länderregierungen und Fördermittelempfänger andererseits hat seit Ende 2010 zu einem Gutachterstreit sowie gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt, die u. a. zu einer Entscheidung des VG Dresden vom 25.04.2012 führten, die den Anlass für die nachstehenden Überlegungen gegeben haben.

3 Der Gutachterstreit

3.1 Das Battis-Gutachten

Den Ausgangspunkt der juristischen Auseinandersetzung markiert das am 29.11.2010 vorgelegte Rechtsgutachten von *Ulrich Battis* „Zur Zulässigkeit der ‚Extremismusklausel‘ im Bundesprogramm ‚Toleranz fördern – Kompetenz stärken‘“, das im Auftrag des Vereins für Demokratische Kultur in Berlin e.V., der Aktion Sühnezeichen Friedensdienste e.V., des Kulturbüros Sachsen e.V. und der Opferperspektive Brandenburg e.V. erstellt wurde.¹¹ Das Gutachten wählt als Ausgangspunkt seiner Argumentation den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und fragt, ob

11 Battis, Zur Zulässigkeit der ‚Extremismusklausel‘ im Bundesprogramm ‚Toleranz fördern – Kompetenz stärken‘, 2010.

die Ungleichbehandlung, die im Falle der Ablehnung der Unterzeichnung der Demokratieerklärung durch Antragsteller für Fördermittel aus dem Bundesprogramm eintritt, sachlich gerechtfertigt ist.¹² In diese Prüfung wird die Überprüfung der einzelnen Sätze der Demokratieerklärung und der aus ihnen folgenden Verhaltenspflichten eingebettet. Zunächst wird zu diesem Zweck herausgearbeitet, dass der übergeordnete Zweck der Demokratieerklärung, nur solche Projektträger zu fördern, die sich für die Demokratie im Sinne des Grundgesetzes einsetzen, legitim ist, so dass es darauf ankommt, ob die einzelnen „Pflichten“ der verhältnismäßigen Umsetzung des Ziels dienen. Während die durch den ersten Satz begründete Pflicht als legitim und verhältnismäßig eingestuft wird, kommt *Battis* bei den durch die Sätze zwei und drei begründeten Pflichten zu einem negativen Ergebnis. Dies wird (in der knappen Form der Zusammenfassung) wie folgt begründet:

„Der zweite Satz der Bestätigungsgerklärung ist zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet. Es ist unklar, welches Verhalten die Letztempfänger konkret vorweisen müssen. Es ist nicht deutlich, wann eine andere Organisation als „Partner“ zu verstehen ist. Wie eine Nutzung der Möglichkeiten zur Kontrolle und Überprüfung auszusehen hat, ist nicht ersichtlich. Dabei ist weder klar, auf wessen Bewertung dabei abzustellen ist, noch ab welchem Verdachtsgrad anzunehmen ist, wann ein potentieller Partner nicht im Sinne des Grundgesetzes tätig ist. Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes nicht aufgeführt. Der dritte Satz ist ebenfalls [für die Zweckverwirklichung] ungeeignet, da auch hier keine konkrete Handlungsorientierung erkennbar ist. Es ist unklar, was eine „extremistische Struktur“ darstellt. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, auf wessen Bewertung der Letztempfänger sich zu beziehen hat. Ebenso ist nicht klar, was unter dem Begriff der Unterstützung und der Erweckung eines Anscheins verstanden wird. Darüber hinaus ist die Rechtsfolge nicht normiert.“¹³

Zusammenfassend wird festgestellt:

„Der zweite und dritte Satz der Bestätigungsgerklärung sind unverhältnismäßig. Die beiden Sätze verpflichten die Letztempfänger auf eine gegenseitige – praktisch kaum durchführbare – Kontrolle, die im Ergebnis zu einer erheblichen Belastung der Zusammenarbeit der Gruppen und Initiativen führen wird. Diese sind in ihrer Arbeit auf Vernetzung, Zusammenarbeit und gegenseitiges Vertrauen angewiesen. Diese Folge steht in einem nicht angemessenen Verhältnis zu den mit der Einschränkung verfolgten Belangen, da das in der Leitlinie übergeordnete Ziel der Demokratieförderung in Gefahr gerät.“¹⁴

3.2 Das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags

Am 31. Januar 2011 legte *Harald Georgii*, Mitarbeiter des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, eine „Ausarbeitung“ zur „Bekenntnisklausel im Zuwendungsbereich“ vor.¹⁵ Dessen Argumentation vermeidet die von *Battis* gewählte Anknüpfung an Art. 3 Abs. 1 GG und konzentriert sich auf den verwaltungsrechtlichen Prüfungsansatz unter Heranziehung der Zulässigkeitsanforderungen für Nebenbestimmungen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird geprüft, ob die abverlangte Bekenntniserklärung einen Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG darstellt.¹⁶

12 *Battis* (Anm. 11), S. 8 f.

13 *Battis* (Anm. 11), S. 3.

14 *Battis* (Anm. 11), S. 3.

15 *Georgii*, Bekenntnisklausel im Zuwendungsbereich. Dürfen Zuwendungen aus dem Programm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“ von einem Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung abhängig gemacht werden? – Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 505/10.

16 *Georgii* (Anm. 15), S. 11 f.

Dabei werden aber lediglich Bedenken formuliert und auf verbleibende Restzweifel verwiesen, ohne dass ausdrücklich eine Rechtsverletzung festgestellt wird.¹⁷

Auch bezüglich der Bestimmtheitsanforderungen bleiben die Schlussfolgerungen hinter den Feststellungen von *Battis* zurück, obwohl bei den einzelnen Prüfungsschritten ausdrücklich an die Kritik von *Battis* zustimmend angeknüpft wird. In der Zusammenfassung werden entsprechend Bedenken vorgetragen und es wird auf Unklarheiten der Formulierungen hingewiesen.¹⁸ Klare rechtliche Wertungen vermeidet der Autor jedoch. Es wird lediglich die Empfehlung gegeben, den Begriff „extremistische Strukturen“ durch den dem Bestimmtheitsgebot genügenden Begriff „verfassungsfeindlicher Strukturen“ zu ersetzen.¹⁹

3.3 Das Ossenbühl-Gutachten

Das dritte, im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend durch *Fritz Ossenbühl* im Februar 2011 erstellte Gutachten „Die Zulässigkeit von Demokratieerklärungen im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes“ kommt trotz Bedenken an einigen Formulierungen insgesamt zu dem Ergebnis, dass bei entsprechender „Anwendung und Auslegung“ keine rechtlichen Bedenken gegenüber der Nebenbestimmung bestehen.

Ossenbühl kritisiert zunächst die verfassungsrechtlichen Argumentationsansätze von *Battis* und *Georgii*. Er hält die Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 1 GG bei *Battis* für ebenso grundlegend verfehlt²⁰ wie die Annahme eines Eingriffs in das Grundrecht der Meinungsfreiheit bei *Georgii*.²¹

Im Hinblick auf die ausreichende Bestimmtheit der einzelnen Sätze konzediert auch *Ossenbühl* in Bezug auf Satz 2, dass die „Formulierungen nicht ganz glücklich gewählt sind“.²² Auch schlägt er vor, angesichts der aufgekommenen Kritik die Formulierung „Zielen des Grundgesetzes“ durch die Verwendung des etablierten Ausdrucks „freiheitlich demokratische Grundordnung“ zu ersetzen.²³ Auch die Auswertung der Verfassungsschutzberichte ist nach seiner Ansicht nicht nur unproblematisch, sondern naheliegend und geboten. Dass dort – wie die Kritik vorträgt – auch Aussagen enthalten sind, die später revidiert werden müssen, ändere nichts an der grundsätzlichen Eignung dieser Erkenntnisquelle.²⁴ Schließlich weist *Ossenbühl* auch die Kritik an der Verwendung des Begriffs „extremistische Strukturen“ zurück, indem er darauf hinweist, dass die vom Ministerium veröffentlichten „Hinweise zur Erklärung für Demokratie“ vom 12.01.2011 ausreichende Orientierung für die Interpretation enthalten.²⁵

17 *Georgii* (Anm. 15), S. 13: „Der erste Spiegelstrich der Erklärung dürfte verfassungsrechtlich fragwürdig sein“ – das ist letztlich kein brauchbares Untersuchungsergebnis.

18 *Georgii* (Anm. 15), S. 20 f.

19 *Georgii* (Anm. 15), S. 21.

20 *Ossenbühl*, Die Zulässigkeit von Demokratieerklärungen im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes, S. 19 ff.: „Die These und die mit ihr verbundene Gedankenführung weist jedoch fundamentale rechtliche Fehler auf. Die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Subventionsbereich wird grundlegend verkannt. Deshalb ist die von *Battis* angestellte Gleichheitsprüfung bereits im Ansatz abwegig.“

21 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 22 ff.: „Mit dem Verlangen der Einverständniserklärung wird das Grundrecht der Meinungsfreiheit jedoch nicht berührt. Es steht jeder Organisation frei, auf eine Zuwendung zu verzichten.“

22 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 25.

23 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 27.

24 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 27 f. mit dem weiteren Hinweis, dass die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegenüber falschen Aussagen besteht.

25 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 29 f.

3.4 Kommentar und Zwischenergebnis

Ein zusammenfassender Blick auf die Gutachten führt zunächst zu der Einsicht, dass der verfolgte Zweck einvernehmlich als legitim eingestuft wird. Um es mit den Worten des schärfsten Kritikers unter den Gutachtern zum Ausdruck zu bringen: „Im Hinblick auf das Ziel der Demokratieförderung ist es also durchaus legitim, Zuwendungen aus dem Programm tatsächlich auch nur Projekten zugute kommen zu lassen, die sich für die Demokratie im Sinne des Grundgesetzes einsetzen.“²⁶

Auch in Bezug auf den ersten Satz der Erklärung werden von den Gutachtern keine (verfassungs-)rechtlichen Bedenken festgestellt.²⁷

Unterschiedlich weitreichende Kritik wird indes an der weiteren Umsetzung, insbesondere den Formulierungen in den Sätzen zwei und drei, geäußert. Während *Battis* diese Regelungsbestandteile für zu unbestimmt und ungeeignet hält und damit zur Rechtswidrigkeit gelangt²⁸, sieht *Ossenbühl* die Möglichkeit einer Auslegung, die zu einer hinreichenden Bestimmtheit in der Anwendung führt.²⁹ Die Ausführungen von *Georgii* zeigen rechtliche Bedenken auf, doch fehlt es an einer klaren rechtlichen Bewertung. Nimmt man die angeführten Bedenken ernst, so führen die Überlegungen von *Georgii* auch zur Rechtswidrigkeit der in den Sätzen zwei und drei getroffenen Regelungen.

3.5 Einzelanmerkungen zu den Gutachten

Bevor auf die Entscheidung des VG Dresden eingegangen wird, soll auf wenige Einzelheiten der Gutachten eingegangen werden, die in dem Urteil nicht im Vordergrund standen, für die allgemeine rechtliche Einordnung der Demokratieerklärung aber von Bedeutung sind.

Dies betrifft an erster Stelle die Frage, ob durch die Demokratieerklärung in das Grundrecht der Meinungsfreiheit eingegriffen wird, wie dies *Georgii* meint.³⁰ Er sieht einen Fall der negativen Meinungsfreiheit gegeben, da die Projektträger verpflichtet werden sollen, eine bestimmte Meinung, nämlich ihr Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung, kundzutun. Der Einwand von *Ossenbühl*, niemand sei zur Antragstellung und damit auch zur Abgabe der Erklärung gezwungen³¹, verkürzt die Problematik unzulässig. Entscheidend ist vielmehr, dass es zwar vordergründig um die Abgabe einer (vorgefertigten) Erklärung geht, diese aber in der Sache auf die Zusicherung einer Eigenschaft sowie die Begründung einer Verhaltenspflicht der Antragsteller abzielt und nicht auf eine Meinungsaußerung. Sinn und Zweck der Erklärung erschließen sich am besten aus dem Blickwinkel der Compliance: es geht darum, die Mitwirkung des geförderten Partners bei der Umsetzung des Förderziels sicherzustellen. Es liegt demnach aus diesen Gründen kein Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit vor.

Zweitens ist zu klären, welche Rolle dem allgemeinen Gleichheitssatz zukommt, da *Ossenbühl* die Argumentation von *Battis* insoweit als unhaltbar qualifiziert.³² In der Tat erscheint der um-

26 *Battis* (Anm. 11), S. 11. Ebenso *Georgii* (Anm. 15), S. 20; *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 3 f.

27 *Battis* (Anm. 11), S. 14, 24; *Georgii* (Anm. 15), S. 14; *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 19 ff.

28 *Battis* (Anm. 11), S. 14 ff.

29 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 19 ff.

30 *Georgii* (Anm. 15), S. 11 ff.

31 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 23. *Battis* geht auf diesen Aspekt nicht ein.

32 *Ossenbühl* (Anm. 30), S. 19 ff.

ständliche Rekurs von *Battis* auf Art. 3 Abs. 1 GG, um letztlich die verwaltungsrechtliche Frage der hinreichenden Bestimmtheit der Nebenbestimmung zu prüfen, wenig überzeugend und für das verfolgte Argumentationsziel überflüssig. Als Motiv für diese Vorgehensweise kann allenfalls vermutet werden, dass auf diesem Wege aus prozessrechtlichen Gründen eine subjektiv rechtliche Position begründet werden sollte. Diese wäre aber im Falle einer Antragstellung auch anderweitig begründbar gewesen.

Drittens ist auf das mehrfache Monitum von *Battis* einzugehen, wonach es an ausdrücklichen Aussagen zu den Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Nebenbestimmungen fehlt.³³ Soweit daraus eine Verstärkung der Kritik an der (unzureichenden) Bestimmtheit der Regelung abgeleitet werden soll, trägt das Argument nicht, weil fehlende Rechtsfolgenanordnungen grundsätzlich zu Lasten der Behörde gehen. In der Sache wird aber verkannt, dass sich die Rechtsfolgen – wie sehr häufig bei Nebenbestimmungen – aus den §§ 48, 49 VwVfG ableiten³⁴ mit der Folge, dass es sehr wohl eine – gesetzliche – Regelung der Frage gibt.

4 Die Entscheidung des VG Dresden

4.1 Zugrunde liegender Sachverhalt

Das VG Dresden hatte über die Klage eines Vereins zu entscheiden, dem eine Zuwendung in Höhe von 900 € bewilligt worden war und der auf Grund der Nebenbestimmung zum Bewilligungsbescheid die „Demokratieerklärung“ abgeben sollte. Gegen den Bewilligungsbescheid erhob der Verein insoweit Widerspruch und anschließend Klage, als von ihm die Unterzeichnung der „Bestätigung“ verlangt wurde. In der Begründung von Widerspruch und Klage argumentierte der Verein folgendermaßen:

„Legitimer Zweck des freiheitlich-demokratischen Grundordnungsbekenntnisses (FdGO-Bekenntnis) sei, dass nur diejenigen Zuwendungsempfänger Zuwendungen erhalten, die i. S. d. freiheitlich-demokratischen Grundordnung handeln. Weiterhin solle zumindest eine Sensibilisierung bezüglich der Problematik der Unterwanderung durch extremistische Strukturen herbeigeführt werden. Das Abverlangen des FdGO-Bekenntnisses von dem Zuwendungsempfänger sei ungeeignet den verfolgten Zweck zu erreichen. Es sei fraglich, ob ein derartiges Bekenntnis Auswirkungen auf das tatsächliche Handeln einer Person habe. Die innere Einstellung einer Person sei so lange bedeutungslos, bis sie sich durch aktives Handeln nach außen äußere. Es lasse sich also nicht behaupten, dass die innere Haltung einer Person sich immer im inneren Handeln zeige und somit zwangsläufig den Zuwendungszweck beeinflusse.“

Es gebe keine verhältnismäßige Möglichkeit, das abgegebene Bekenntnis auf seine Wahrhaftigkeit hin zu überprüfen. Es bestehe somit kein unmittelbarer Zusammenhang der Abgabe des Bekenntnisses und dem beabsichtigten Förderziel. Es sei eine Fehlvorstellung, dass die Ablehnung des schriftlichen FdGO-Bekenntnisses gleichbedeutend sei mit dem Unterhalten und Fördern verfassungsfeindlicher Bestrebungen. Denn die bloße Kritik an Verfassungswerten und Verfassungsgrundsätzen sei ausweislich des Urteils vom Bundesverwaltungsgericht vom 21.07.2010 – 6 C 22/09 – nicht als Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzuschätzen. Der Rahmen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung werde durch eine derartige Kritik nicht verlassen. Vielmehr sei die bloße Kritik Ausdruck der durch das Grundgesetz gewährleisteten Meinungsfreiheit und damit eine Ausprägung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Die bloße Kritik frei äußern zu dürfen, bezeichne eine demokratische Gesellschaft geradeaus und gehe konform

33 *Battis* (Anm. 11), S. 3, 20; siehe auch *Georgii* (Anm. 15), S. 11: „Sanktionen gegenüber einer Falschbekenntnis sind nicht ersichtlich.“

34 Dazu näher *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 51.

mit dem Zweck des Bundesprogrammes „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“. Es müsse daher ernstlich bezweifelt werden, dass die Erklärung sicherstellen könne, dass Steuergelder weder unmittelbar noch mittelbar extremistischen Strukturen zufließen würden. Stattdessen werde durch das Bekenntnisverlangen die Arbeit der im Bereich der Förderung von Demokratie und Toleranz tätigen demokratischen nichtstaatlichen Organisationen behindert.

Das Abverlangen des FdGO-Bekenntnisses sei nicht erforderlich, denn es dürfte kein anderes gleich wirk-
sames Mittel zum Erreichen eines legitimen Zweckes zur Verfügung stehen. Es stelle sich die Frage, ob es
nicht ausreichend wäre, von den Antragstellern allein bestätigen zu lassen, dass sie eine den Zielen des Grund-
gesetzes förderliche Arbeit gewährleisten würden, wie sie in dem zweiten Halbsatz von Satz 1 der Einver-
ständniserklärung gefordert werde. Nichts anderes gelte, falls die Vereinbarkeitserklärung alleinige Förder-
voraussetzung oder als Nebenbestimmung Teil des Zuwendungsbescheides wäre. ...

Satz 2 der Einverständniserklärung sei nicht hinreichend bestimmt, da unklar sei, wer mit „Partner“ gemeint
sei. Auch die in Satz 2 dem Kläger auferlegte Pflicht zu dokumentieren, mit wem und warum unter welchen
Abwägungen er seine Partner auswählt, werfe Fragen auf. Den „Hinweisen“ könne entnommen werden, dass
grundsätzlich dann mit extremistischen Personen und Organisationen in Kontakt getreten werden könne, wenn
dies in „verantwortlicher Weise“ passiere, ohne dass dies näher ausgeführt werde.

Soweit in Satz 3 formuliert werde, dass keinesfalls der Anschein erweckt werden dürfe, dass extremistische
Strukturen durch die Gewährung von materieller und immaterieller Leistung Vorschub geleistet werde, sei
dies zu unbestimmt. Auch die Verkettung der Begriffe „bewusst“, „Anschein“, „Unterstützung“ sowie „Vor-
schub leisten“ sei zu unbestimmt.“

Wie sich unschwer erkennen lässt, folgt die Argumentation damit in den wesentlichen Punkten
dem *Battis* Gutachten.

4.2 Entscheidung des VG Dresden

Das VG Dresden folgt in seiner Entscheidungsbegründung ebenfalls dem *Battis* Gutachten und
weist die im *Ossenbühl* Gutachten vorgetragene Argumentation als nicht überzeugend zurück.

„Gemessen an diesem Maßstab [§ 37 VwVfG – Anm. d. Verf.] ist zur Überzeugung der Kammer lediglich
der erste Satz der „Bestätigung“ hinreichend bestimmt. ...

Auch soweit im zweiten Halbsatz von Satz 1 der „Bestätigung“ die „Ziele des Grundgesetzes“ benannt wer-
den, ist dies für den Zuwendungsempfänger und Normadressaten entgegen der klägerischen Auffassung hin-
reichend bestimmt. ...

Jedoch ist Satz 2 der „Bestätigung“ zu unbestimmt. ... Insbesondere wer mit dem dort benannten „Partner“
gemeint ist, bleibt auch in Ansehung der Beklagterwiderung und der zu dem angegriffenen Bescheid er-
gangenen „Hinweise“ in der maßgeblichen Fassung vom 12.1.2011 unklar. Zunächst fällt bereits auf, dass
sich der Beklagte in seinen ausführlichen Erwiderungen nicht zu der zur Überzeugung der Kammer streitent-
scheidenden Norm des § 37 Abs. 1 VwVfG äußert. Auch seine Argumentation, ausweislich der „Hinweise“
seien als „Partner“ vor dem Hintergrund der eindeutigen Zielrichtung des Programms diejenigen Personen
und Einrichtungen, die den Vertretern extremistischer Organisationen in der Diskussion entgegentreten wür-
den, gemeint, überzeugt nicht. Denn in Nr. 2 der „Hinweise“ – Überschrift: Was versteht man genau unter
den als „Partner“ ausgewählten Organisationen, Referenten, etc.“ und welche Form der Zusammenarbeit ist
damit auszuschließen? – wird in Satz Fünf dargelegt, dass die Auseinandersetzung mit extremistischen Grup-
pierungen und Personen erfolgen kann. Würden aber solche Gruppierungen und Personen zu einer Veranstal-
tung eingeladen, womit ihnen nach Satz 3 der „Hinweise“ eine immaterielle Leistung durch die Verschaf-
fung eines Podiums gewährt werden würde, so könne die Veranstaltung durchgeführt werden, wenn dies in

„verantwortlicher Weise“ geschieht (Satz 6 der „Hinweise“). Was allerdings mit „verantwortlicher Weise“ gemeint ist, bleibt offen und wird nicht weiter dargelegt. Der Hinweisgeber verweist daher von einem nicht näher bestimmtem Begriff auf einen anderen Begriff, ohne diesen dann seinerseits weiter zu konkretisieren. Dies wird dem Bestimmtheitserfordernis nicht gerecht. Falls gemeint sein sollte, dass bereits im Vorfeld einer Veranstaltung durch den Zuwendungsnehmer sicher gestellt wird, dass die Mehrzahl der Teilnehmer (sollte dies, wie etwa früher zu „DDR-Zeiten“ teilweise üblich, durch die Ausgabe von Platzkarten für den Veranstaltungsort an „Gesinnungsfreunde“ geschehen?), sich dann in der Diskussion gegen die extremistischen Gruppierungen und deren Personen wendet, würde der öffentliche Charakter einer derartigen Veranstaltung geschmälert und damit die Aufklärungszielstellung verringert. Auch dürfte es wohl gerade die Intention einer öffentlichen Veranstaltung sein, Personen mit indifferenter Haltung oder mit der Neigung zu extremistischen Auffassungen zu erreichen und mit ihnen in die Diskussion einzutreten, um sie, falls möglich, für demokratische Auffassungen zu gewinnen. Nur so könnte letztlich dem Förderziel Rechnung getragen werden. Denn eine (mehr oder weniger geschlossene) Veranstaltung für „Nichtextremisten“ bedürfte für diesen Teilnehmerkreis wohl nicht der öffentlichen Förderung aus diesem Förderprogramm.

Das zum „Partner“-Begriff abweichende Rechtsgutachten von Prof. Ossenbühl vermag die Kammer nicht zu überzeugen. Denn in dem Teil des Gutachtens, der sich zu dieser Problemstellung verhält (vgl. dort Nr. 4a. des Gutachtens – Überschrift: Was heißt „Partner“?), wird keine nachvollziehbare Begründung dargetan. In den Sätzen 1 bis 3 des Gutachtens wird zunächst die Kritik des Rechtsgutachtens von Prof. Battis angesprochen, in den Sätzen 4 bis 8 werden die „Hinweise“ wiederholt und in Satz 9 kommt der Gutachter dann zu der Schlussfolgerung: „Durch diese konkretisierenden Hinweise ist der Kreis der gemeinten „Partner“ hinreichend bestimmt umschrieben“; (der verbleibende letzte Satz 10 von Nr. 4.a. des Rechtsgutachtens enthält den Hinweis, dass sofern ein Widerspruchsführer die Unbestimmtheit rügt, im Widerspruchsbescheid auf die „Hinweise“ Bezug zu nehmen ist). Eine Begründung für seine Schlussfolgerung legt der Gutachter jedoch nicht dar. Es handelt sich damit um eine schlichte Behauptung ohne nähere Begründung. Sie übersieht, das, wie oben dargelegt, der Hinweisgeber in seinen „Hinweisen“ letztlich in unbestimmter Weise erläutert, der Zuwendungsnehmer möge seine Veranstaltung in „verantwortlicher Weise“ durchführen.

Ebenfalls unklar ist in Satz 2 der „Bestätigung“, in welcher Art und Weise der Zuwendungsnehmer „in eigener Verantwortung“ dafür „Sorge tragen“ soll, dass sich die Partner den Zielen des Grundgesetzes verpflichten. Es ist Prof. Battis (a. a. O. S. 2; GAS 166 R, 167) beizupflichten, der zu der Einschätzung gelangt, dass die hier in der „Bestätigung“ geforderte Erklärung nicht hinreichend klar ist. Denn welches Verhalten der Letztempfänger konkret vorweisen muss und wie eine Nutzung der Möglichkeit zur Kontrolle und Überprüfung auszusehen hat, wird durch die Formulierung für den Normadressaten nicht erkennbar. Offen bleibt auch, auf wessen Bewertung hierbei letztlich abzustellen ist.

Auch Satz 3 der „Bestätigung“ ist zu unbestimmt. Dort wird vom Zuwendungsnehmer gefordert, ihm müsse „bewusst (sein), dass keinesfalls der Anschein erweckt werden darf, dass eine Unterstützung extremistischer Strukturen durch die Gewährung materieller oder immaterieller Leistungen Vorschub geleistet wird“. Damit ist zur Überzeugung der Kammer nicht klar und unzweideutig erkennbar, was von dem Zuwendungsnehmer verlangt wird. Soweit es das eigene „Bewusst“-Sein des Zuwendungsempfängers angeht, handelt es sich um einen inneren Vorgang, der letztlich nicht prüfbar ist. Erst wenn sich das „Bewusstsein“ in einem äußeren Handeln widerspiegelt, sind Rückschlüsse hierauf möglich. Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten gehen hierbei zulasten der Behörde (BVerwGE 104, 301, 317). Unklar ist jedenfalls, wie der Zuwendungsnehmer konkret vermeiden soll, das „der Anschein erweckt“ wird, dass eine „Unterstützung extremistischer Strukturen Vorschub geleistet“ wird. Den „Hinweisen“ lässt sich hierzu nichts Näheres entnehmen. In Nr. 2 Satz 4 der „Hinweise“ wird Satz 3 der „Bestätigung“ insoweit lediglich wiederholt; eine Konkretisierung erfolgt nicht. Da nach Satz 5 in Nr. 2 der „Hinweise“ eine Veranstaltung mit extremistischen Strukturen und ihnen nahe stehenden Personen erfolgen kann (und wohl auch zur Erreichung des Förderzwecks sinnvoll sein dürfte), ist es für den Zuwendungsnehmer nicht hinreichend klar, wie er einerseits mit Extremisten Veranstaltungen durchführen, aber andererseits bereits „den Anschein vermeiden“ soll, ihnen werde durch die Schaffung eines Podiums hierdurch eine immaterielle Leistung (vgl. Satz drei der Nr. 2 der „Hinweise“) zuteil. Diese Unklarheit geht zulasten der Behörde.“

5 Kommentierung der Entscheidung

Die Entscheidung des VG Dresden folgt der in den Rechtsgutachten vorgezeichneten Argumentationslinie, indem die allgemeine Zielsetzung der Nebenbestimmung sowie ihr erster Satz gebilligt und die Sätze zwei und drei wegen fehlender Bestimmtheit als rechtswidrig beurteilt werden. Auch wenn insoweit eine Abweichung zum *Ossenbühl* Gutachten vorliegt und ausdrücklich ausgewiesen wird, stellt dies in der Sache keine allzu große Abweichung dar, denn auch *Ossenbühl* kommt nur mit Mühe zu einem positiven Ergebnis und rät dem Ministerium eine sprachliche und sachliche Anpassung.³⁵

Kritisch ist zu der gesamten Entwicklung und Debatte anzumerken, dass von Seiten des Ministeriums die an sich legitime Zielsetzung durch eine „übertriebene“ Ausgestaltung in ihrer Wirksamkeit behindert wurde, während von Seiten der Kritiker deren Wirkungen übertrieben dargestellt und damit der Zweck vernebelt wurde. Dies gilt insbesondere für die auch vom VG Dresden verwendete irreführende Titulierung als Extremismusklausel an Stelle von Demokratieerklärung.

Dem Ministerium musste bewusst sein, dass die über die Nebenbestimmung (!) eingeforderten Verhaltensweisen nicht in den Details durchsetzbar waren, schon weil es dafür keine systematische Informationsgrundlage gab. Eine lediglich auf Zufallserkenntnissen basierende Rechtsdurchsetzung wäre aber aus der Sicht des Gleichheitssatzes problematisch. Deshalb musste von vorneherein von einer eher symbolisch-appellativen Wirkung ausgegangen werden. Solche Regelungen sind nicht überflüssig und sie können dem weiten Feld des in anderen Rechtsbereichen vordringenden Modells der Compliance zugeordnet werden.³⁶ Compliance lebt aber gerade von Vertrauen und Verständigung und tritt nicht an die Stelle der förmlichen Rechtsdurchsetzung. Bei einem solchen Verständnis kommt der „hinreichenden Bestimmtheit“ eine andere Bedeutung zu, als bei vollstreckbaren Verhaltenspflichten. Allerdings hätte dies dafür gesprochen, die Nebenbestimmung eher kürzer zu fassen und auf eingeführte Begrifflichkeiten aufzubauen.

Umgekehrt überzeichnet die Kritik an der Regelung ihrerseits die rechtlich und tatsächlich zu erwartenden Wirkungen einer solchen Nebenbestimmung deutlich. Angesichts der leicht nachvollziehbaren und legitimen Zielsetzung der Demokratieerklärung von einer Extremismusklausel zu sprechen, die eine diskriminierende Wirkung suggeriert, wird dem verfolgten Anliegen nicht gerecht. Erst das durch die Kritik im Anschluss an das *Battis* Gutachten herausgearbeitete formalisierte Verständnis führt zu den Effekten, die bei nüchterner Betrachtungsweise von den Autoren der Nebenbestimmung nicht indentifiziert waren.

6 Reaktion des Bundesministeriums und Ausblick

Ohne dass ersichtlich ist, welchen Einfluss die Entscheidung des VG Dresden besitzt, ist aus heutiger Sicht festzustellen, dass das Bundesministerium den Text der Demokratieerklärung neu gefasst und auf den umstrittenen Kern reduziert hat. Die Erklärung hat nun folgenden Wortlaut:

„Hiermit bestätigen wir, dass wir uns zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland bekennen und eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit gewährleisten.“

35 *Ossenbühl* (Anm. 20), S. 25 f.

36 Dazu exemplarisch *Holzhauser*, Interdisziplinäre Aspekte von Compliance, 2011.

Wir werden keine Personen oder Organisationen mit der inhaltlichen Mitwirkung an der Durchführung des Projekts beauftragen, von denen uns bekannt ist oder bei denen wir damit rechnen, dass sie sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung betätigen.“

In dieser Form wird die Regelung ihrem intendierten Charakter deutlich besser gerecht und es dürfte nicht nur die Auseinandersetzung über ihre Rechtmäßigkeit ein Ende gefunden haben, sondern auch die Bezeichnung als Extremismusklausel überholt sein.

Verf.: Prof. Dr. Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle, E-Mail: kluth@jura.uni-halle.de

Peter-Christian Kunkel

Schulsozialarbeit zwischen Elternrecht und Schweigepflicht

1 Der gesetzliche Auftrag der Schulsozialarbeit

1.1 Schulsozialarbeit als Jugendhilfe

Während die Schule einen eigenständigen (originären) Erziehungs- und Bildungsauftrag¹ hat (Art. 7 GG i.V.m. Schulgesetz), der neben den der Eltern tritt (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), hat die Jugendhilfe „nur“ einen derivativen Erziehungs- und Bildungsauftrag, der aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII), das eigentlich ein Elternhilfegesetz ist, abgeleitet wird. Schulsozialarbeit ist eine Aufgabe der Jugendhilfe (§ 2 Abs. 2 Nr 1 i.V.m. § 13 Abs. 2 SGB VIII), die ausschließlich nach den Regeln des SGB VIII erfüllt wird. Das Schulgesetz findet auf sie keine Anwendung. Dienst- und Fachaufsicht wird daher nur vom Leiter des Jugendamts, nicht aber vom Schulleiter ausgeübt.

1.2 Schulsozialarbeit im Verhältnis von öffentlichem zu freiem Träger

Als Leistung der Jugendhilfe kann der öffentliche Träger (Stadt- oder Landkreis) die Wahrnehmung dieser Aufgabe auf einen freien Träger übertragen (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). Das geschieht durch einen öffentlich-rechtlichen Leistungs- und Entgeltvertrag (§ 77 SGB VIII i.V.m. §§ 53, 55 SGB X). Der öffentliche Träger bleibt aber dafür verantwortlich, dass die Schulsozialarbeit dem Gesetz entsprechend erbracht wird (§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 79 Abs. 1 u. 2 SGB VIII). Dies bedeutet, dass sie rechtzeitig, ausreichend und plural gem. dem Wunsch- und Wahlrecht aus § 5 SGB VIII geleistet wird (§ 79 Abs. 2 SGB VIII). Nur in diesem Rahmen ist der freie Träger selbständig bei der Durchführung der Aufgabe (§ 4 Abs. 2 SGB VIII).

1 Näher zu diesem Luthe, Bildungsrecht, 2003.