

Thomas Langer

„Nachhilfe – gefährlich oder hilfreich?“

1 Einleitung

„Es gibt kaum ein Gebiet, das unübersichtlicher und wissenschaftlich schlechter erforscht ist als der private Nachhilfesektor“, schrieb unlängst *Marianne Demmer*.¹ Hier nun wird der Versuch unternommen, die Nachhilfe aus einer besonderen, der öffentlich-rechtlichen Perspektive,² zu untersuchen. Der Schwerpunkt liegt auf dem Gefahrenabwehrrecht, aber vor allem auf dem Sozialrecht unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Die Erarbeitung einer umfassenden Systematik des Nachhilferechts muss einer anderen Arbeit vorbehalten bleiben.

2 Begriff und Arten des Nachhilfeunterrichts

Nachhilfe bzw. Nachhilfeunterricht³ ist nach geläufiger Definition die private Betreuung und Unterrichtung eines – zumeist minderjährigen – Schülers, und zwar unterrichtsbegleitend zu „öffentlichen“ Schulen.⁴ § 28 Abs. 5 SGB II bezeichnet Nachhilfe als „Lernförderung“, die ein schulisches Angebot ergänzt. Sie unterliegt also der schulischen Verantwortung nicht unmittelbar.⁵ Die Nachhilfe kommt in unterschiedlichen Arten vor: als Präsenzunterricht unter Anwesenden (Einzelunterricht oder Unterricht in Kleingruppen) und als Fernunterricht unter Abwesenden (Studienbriefe, CD-Roms, E-Learning usw.).⁶ Ich konzentriere mich auf die Nachhilfe im Präsenzunterricht.

3 Ist Nachhilfe Schule im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG?

Nachhilfe, die Schule im verfassungsrechtlichen Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG wäre, fiel unter die Schulaufsicht, anderenfalls in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Daher ist zu klären, was Schule ist und was nicht. Schule im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG wird nach überkommener und ganz herrschender Auffassung⁷ definiert als eine „auf eine gewisse Dauer berechnete, an fester Stätte unabhängig vom Wechsel der Lehrer und Schüler in überlieferten Formen organisierte Einrichtung der Erziehung und des Unterrichts, die durch planmäßige und methodische Unterweisung eines größeren Personenkreises in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder beruf-

1 *Demmer, M.*, Welche Konsequenzen hat das „Bildungspaket“ für die Praxis der Bildungseinrichtungen? Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 42 (1), 2011, S. 48–57, 54.

2 Zu zivilrechtlichen Aspekten der Nachhilfe s. *Gounalakis, G./Klose-Mokroß, L.*, Rechtsfragen des Nachhilfeunterrichts, RdJB (1), 1994, S. 50–71, 55 ff.

3 Beide Bezeichnungen werden im Folgenden synonym verwendet.

4 *Gounalakis/Klose-Mokroß* (Anm. 1), S. 50.

5 *S. Groth, A./Siebel-Huffmann, H.*, Das neue SGB II, NJW 2011, S. 1105–1110, 1108.

6 *Gounalakis/Klose-Mokroß* (Anm. 1), S. 51, unterscheiden die Nachhilfearten Direkt- und Fernunterricht. Unter die öffentlichen Schulen fallen nach hiesigem Verständnis sowohl die staatlichen als auch die Schulen in freier Trägerschaft.

7 *Heckel, H.*, Deutsches Privatschulrecht, Köln 1955, S. 218; *Niehues N./Rux, J.*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1, Schulrecht, 4. Aufl., München 2006, Rn. 6; *Knapper Avenarius, H.*, Schulrecht, 8. Aufl. Kronach, 2010, S. 3. Enger *S. Kösling, A.-M.*, Die private Schule, Baden-Baden 2005, S. 58 ff. m.w.H. ebd., S. 40 (Fn. 112).

bildender Fächer bestimmte Bildungs- und Erziehungsziele zu verwirklichen bestrebt ist und die nach Sprachsinne und allgemeiner Auffassung als Schule angesehen wird.⁸

Den Merkmalen dieser Schuldefinition entspricht die Nachhilfe ganz überwiegend nicht.

Mit Schule ist an sich die Vorstellung eines Unterrichts in größeren Gruppen verbunden. So genannter „Privatunterricht“, das ist nach Aussage einiger Landesschulgesetze Einzelunterricht und Unterricht in Kleingruppen von zwei bis drei, maximal bis fünf Lernenden, gilt nicht als Schule.⁹ Das heißt, Nachhilfeunterricht, der eine Mindestschülerzahl von fünf bzw. sechs Personen nicht erreicht, ist mithin keine Schule.¹⁰

Schule ist insofern auf Dauer angelegt, als sie vom *Wechsel der Lehrenden und Lernenden* unabhängig ist. Schule ist daher als ein Bestand von persönlichen und sächlichen Mitteln organisiert.¹¹ Das muss nicht für die Nachhilfe gelten. Das Element der Dauer fehlt typischerweise beim Einzelunterricht außerhalb einer Nachhilfeeinrichtung. Beispiele: Eine Nachhilfekraft unterrichtet nur ein ganz spezielles Individuum; ein spezielles Individuum nimmt nur bei einer bestimmten Lehrkraft Nachhilfe.

Der schulische Unterricht deckt eine *Mehrzahl von Fächern* und ein *breites Wissensspektrum* ab. Die Nachhilfe konzentriert sich in der Regel nur auf einzelne oder nur wenige Fächer.

Schule setzt eine gewisse *Mindestdauer* der Unterweisung voraus – das sollen mindestens ein Schuljahr oder wenigstens 600 Stunden pro Bildungsgang sein.¹² Die Nachhilfe dürfte ein solches Pensum – jedenfalls regelmäßig – nicht erfüllen.

Schule hat einen *festen Schulstandort*, an dem Lehrer und Schüler räumlich und zeitlich zu Unterrichtszwecken zusammengefasst sind. Bei der Nachhilfe in der Form des Fernunterrichts löst sich die zeitliche und örtliche Gebundenheit von Lehrenden und Lernenden auf. Der Schulcharakter kann jedenfalls insofern nur dann aufrechterhalten bleiben, wenn mehr als die Hälfte des Unterrichts als Präsenzveranstaltung stattfindet.

Schließlich führt der Nachhilfeunterricht nicht zu *staatlich anerkannten Schulabschlüssen* wie der erfolgreiche Schulbesuch.

Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass die Nachhilfe nicht Schule im verfassungsrechtlichen Sinne des Art. 7 GG ist. Was aber ist Nachhilfe dann?

4 Nachhilfe als Freie Einrichtung und Privatunterricht

Freie Unterrichtseinrichtungen und Privatunterricht sind „Nicht-Schulen“.¹³ Ihre Gründung und Existenz werden durch das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet.

8 S. Kösling, A.-M. (Anm. 7), S. 40, Fn. 112 m.w.N.

9 Zur gesetzlichen Definition des Privatunterrichts s. § 104 Abs. 3 SchG Berlin (weniger als vier Personen); § 34 Abs. 1 PrivSchG Saarland (weniger als sechs Personen).

10 § 1 Abs. 2 PrivSchG Saarland verlangt mehr als fünf Schüler für den Schulbegriff.

11 S. Kösling, A.-M. (Anm. 7), S. 41.

12 S. Kösling, A.-M. (Anm. 7), S. 43 m.w.N.

13 S. allgemein zu den Freien Unterrichtseinheiten Vogel, J. P., Bildung und Erziehung in freier Trägerschaft (BEFT), 27. Die Landesgesetze verwenden unterschiedliche Bezeichnungen für nicht schulische Unterrichtsveranstaltungen, zum Beispiel „freie Einrichtungen“, „Lehrgänge“, „Privatunterricht“.

Zu dieser nicht-schulischen Bildung zählen zum Beispiel Lehrgänge, Repetitorien und auch die Nachhilfe.

Weder das Bundes- noch das Landesrecht enthält ein Gesetz speziell für den Nachhilfeunterricht. Als nicht schulische Veranstaltung gelten für die Nachhilfe die landesrechtlichen Regelungen über die Freien Unterrichtseinrichtungen und den Privatunterricht. Das Recht der freien Unterrichtseinrichtungen und des Privatunterrichts ist landesrechtlich nicht abschließend geregelt, sondern erinnert eher an einen Flickenteppich. Teilweise verweisen diese Regelungen auf das Recht der Ergänzungsschulen, teilweise auf das allgemeine Polizeirecht.¹⁴ Erschwerend kommt hinzu, dass die Regelungsdichte in den Ländern unterschiedlich ausgeprägt ist. So existieren in Hamburg, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, soweit erkennbar, überhaupt keine besonderen Bestimmungen für Freie Einrichtungen und den Privatunterricht. Landesvorschriften über Freie Einrichtungen und Privatunterricht beschränken sich auf einige (wenige) Materien:

Freie Einrichtungen unterliegen häufig einer allgemeinen Anzeigepflicht (§ 104 Abs. 1 SchG Berlin, § 127 Abs. 1 SchG Bbg, § 35 Abs. 2 PrivSchG RhPf, § 33 Abs. 1 PrivSchG Saarl iVm § 34 Abs. 2 PrivSchG Saarl, § 177 Abs. 2 SchG Hess).

Für den Privatunterricht sind teilweise Ausnahmen von der Anzeigepflicht geregelt (§ 15 Abs. 1 PrivSchulG Bre, § 127 Abs. 2 SchulG Brdb, § 104 Abs. 3 SchulG Be).

Die Möglichkeit einer staatlichen Anerkennung von freien Einrichtungen sieht § 35 Abs. 5 PrivSchG RhPf vor.

Eine Ausnahme von der Schulpflicht durch Privatunterricht in den ersten sechs Schuljahren bestimmt § 63 Abs. 5 NdsSchG.

Die Untersagung des Betriebs Freier Einrichtungen und ihre Gründe sind häufiger geregelt, insbesondere

- bei Verstößen gegen das Verbot einer Verwechslung freier Einrichtungen mit Schulen (Art. 105 iVm Art. 103 S. 1 BayEUG, § 104 Abs. 2 SchG Berlin, § 140 Abs. 2 NdsSchG, § 35 Abs. 3 RhPf PrivSchG i.V.m. § 15 Abs. 1 li. a) PrivSchG RhPf, § 33 Abs. 2 PrivSchG Saarl, § 16 PrivSchG BaWü, § 126 S. 2 SchG MV, § 119 Abs. 1 SchG NW, § 16 ThürSchfTG)
- oder bei Verstößen gegen das allgemeine Polizeirecht und Ordnungsrecht (Art. 103 BayEUG, § 35 Abs. PrivSchG Saarl, § 119 Abs. 2 SchG NW, § 36 Abs. 1 lit. c) PrivSchG RhPf iVm § 15 Abs. 1 lit. b PrivSchG Rh Pf)

Die genannten Verstöße sind teilweise als Ordnungswidrigkeiten bußgeldbewährt (§ 36 Abs. 1 PrivSchG Saarl, § 21 Abs. 6 PSchG BaWü, § 126 Abs. 1 Nr. 7 SchG NW, § 36 Abs. 1 lit. c) PrivSchG RhPf).

Den Nachweis *fachlicher Vorbildung* verlangen § 34 Abs. 3 PrivSchG Sarl und § 177 Abs. 2 SchG Hessen (gesetzliche Verordnungsermächtigung).

Die fehlende Eignung des Personals kann jedoch Grund für eine Tätigkeitsuntersagung sein, und zwar

14 Dazu gleich im Anschluss.

- bei *persönlicher Unzuverlässigkeit* (§ 15 Abs. 2 PrivSchG Bre (Träger, Leiter, Lehrer), § 177 Abs. 1 SchG Hess (bezogen auf Privatunterricht), § 36 Abs. 1 lit. c) PrivSchG RhPf iVm § 15 Abs. 1 lit. b) PrivSchG RhPf (mangelnde Eignung des Schulträgers, des Vertretungsberechtigten des Schulträgers, der Schulleiters), § 35 Abs. 1 PrivSchG Saarl (bezogen auf Privatunterricht)
- bei *fachlicher Unzuverlässigkeit* (§ 177 Abs. 1 SchG Hess (bezogen auf Privatunterricht), § 35 Abs. 1 PrivSchG Saarl (bezogen auf Privatunterricht), § 35 Abs. 2 PrivSchG RhPf iVm § 15 Abs. 1 lit. b) PrivSchG RhPf (mangelnde Eignung des Schulträgers, des Vertretungsberechtigten des Schulträgers, des Schulleiters), § 35 Abs. PrivSchG RhPf i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 2 PrivSchGDVO (fehlende „fachliche Befähigung“).

Die fachliche Eignung der Lehrkräfte an Freien Einrichtungen wird außerdem teilweise als Zulassungsvoraussetzung im Rahmen einer Anzeigepflicht geregelt (§ 34 Abs. 3 PrivSchG Saarl („ausreichende fachliche Vorbildung“) und § 177 Abs. 2 S. 2 SchGHess („ausreichende fachliche Vorbildung“) oder als Untersagungsgrund für eine Lehrtätigkeit an Freien Einrichtungen (§ 177 Abs. 1 SchG Hess („Mängel (...) in den Fähigkeiten der oder des Unterrichtenden“, § 35 Abs. 1 PrivSchG Saarl („Mängel (...) in den Fähigkeiten der oder des Unterrichtenden“), § 15 PrivSchG RhPf Abs. 1 lit. a) (Eignung der Schulträger, bei juristischen Personen der Vertretungsberechtigten des Schulträgers sowie Eignung der Leiter der Schule), § 35 Abs. 2 PrivSchG RhPf i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 2 PrivSchGDVO („Angaben ihrer fachlichen Befähigung“).

Soweit die Qualifikation landesrechtlich geregelt ist, bezieht sie sich nur auf die fachliche, nicht aber auf die pädagogische Vorbildung. Dies hat ihren sachlichen Grund darin, dass freie Einrichtungen bereits definitionsgemäß *fachlich speziell ausgebildete* Lehrkräfte erfordern,¹⁵ zum Beispiel Tanzlehrer für Tanz“schulen“, Musiklehrer für Musik“schulen“, Fahrlehrer für Fahr“schulen“. Allerdings ist zweifelhaft, ob bloße Fachkenntnisse ausreichen, um die mit der Nachhilfe verfolgten – teilweise ambitionierten – Lernziele auch bewirken zu können. Insofern ist die Lage in den Rechtsordnungen der Länder unbefriedigend, da sie eine qualifizierte pädagogische Vorbildung als Voraussetzung für die Ausübung der Lehrtätigkeit an einem Nachhilfeinstitut nicht verlangen.

Art und Ausmaß der erforderlichen *fachlichen Eignung* der Nachhilfelehrkräfte sind klärungsbedürftig. Bei den auf die fachliche Eignung bezogenen Formulierungen in den Landesgesetzen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe.¹⁶ Fragwürdig ist insbesondere, ob sich für die Erteilung des Nachhilfeunterrichts aus den entsprechenden Ländernormen das Erfordernis eines fachlichen und pädagogischen Studiums als Befähigungsnachweis ergeben kann. Ein derart hochgeschraubtes Qualifikationserfordernis für Nachhilfelehrkräfte wäre wohl im Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) unverhältnismäßig. Die Aussage von *Hans Heckel* hat insofern nichts an ihrer aktuellen Richtigkeit verloren: „Man besitzt die *erforderliche* (T. L.: Kursiv vom Verfasser) Befähigung für einen Beruf, wenn man imstande ist, ihn auszuüben; dabei ist unwesentlich, ob man die Befähigung im normalen Ausbildungsgang als Autodidakt oder durch praktische Übung und Erfahrung erworben hat.“¹⁷ Ein besonderer, durch ein erfolgreiches Studium belegter fachlicher oder pädagogischer Qualifikationsnachweis ist für die Nachhilfe *nicht erforderlich*. Dieses Ergebnis wird durch die Systematik des Grundgesetzes bestätigt. Selbst in Bezug auf die Genehmigung einer Ersatzschule gemäß Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG ist eine wissenschaftliche

¹⁵ *Vögel* (Anm. 13), 24. 4.

¹⁶ *Heckel* (Anm. 7), S. 243.

¹⁷ *Heckel* (Anm. 7), S. 242.

Qualifikation der Lehrkräfte nur insofern erforderlich, als sie nicht hinter der Ausbildung der Lehrkräfte an staatlichen Schulen *zurückstehen darf* (Gleichwertigkeitsgebot). Das heißt, Lehrkräfte, die an einer Ersatzschule unterrichten, müssen kein abgeschlossenes Lehramtsstudium nachweisen. Dann kann aber erst recht für Nachhilfelehrkräfte kein pädagogisches oder fachliches Hochschulstudium verlangt werden.

Ungeachtet der landesrechtlichen Vorgaben für die persönliche Zuverlässigkeit und fachliche Eignung in Bremen, Hessen, Rheinland Pfalz und Saarland, ist diese Materie in der Mehrzahl der Länder nicht geregelt, so dass – jedenfalls auch insoweit – der Anwendungsbereich der Gewerbeordnung für die Nachhilfe eröffnet sein kann.

5 Gewerberechtliche Regelung der Nachhilfe

Die Nachhilfe könnte den Regelungen der Gewerbeordnung unterliegen mit der Folge, dass sie anzeigepflichtig ist (§ 14 S. 1 GewO); zudem untersagt die Gewerbeaufsichtsbehörde die Nachhilfe wegen Unzuverlässigkeit des Lehrpersonals (§ 35 GewO). Das Eintreffen dieser Rechtsfolgen setzt voraus, dass der Anwendungsbereich der Gewerbeordnung in Bezug auf die Nachhilfe eröffnet ist.

5.1 Unterrichtswesen

Von der Anwendbarkeit der Gewerbeordnung *ausgenommen* ist nach § 6 Abs. 1 S. 1 GewO „die Erziehung von Kindern“ (Alt. 3) sowie „das Unterrichtswesen“ (Alt. 4). Während Erziehung die persönliche Sorge und die Einwirkung auf die Persönlichkeit des Kindes meint, zielt das Unterrichtswesen auf die geplante Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten.¹⁸ Die Nachhilfe bezweckt nicht – jedenfalls nicht primär – die Einwirkung auf die Persönlichkeit des Kindes im Sinne von Erziehung, sondern sie dient in erster Linie der Wissensvermittlung. Die Nachhilfe könnte daher Teil des Unterrichtswesens im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 1 GewO und vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgeschlossen sein.

Die früher vertretene Ansicht, das Unterrichtswesen begrifflich auf Schulen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG zu beschränken, hat sich nicht durchgesetzt. Der Wortlaut „Unterrichtswesen“ statt „Schulwesen“ spricht für eine weite Interpretation. Nach überwiegender und zutreffender Auffassung umfasst das Unterrichtswesen daher die „schulische und *außerschulische*, planmäßige Vermittlung von Wissen, Fähigkeiten und Fertigkeiten“.¹⁹ Allerdings haben das Bundesverwaltungsgericht und die ihm folgende mehrheitliche Literaturauffassung den Ausschlussbereich des Unterrichtswesens darauf beschränkt, dass entsprechende Regelungen im Landesrecht vorgesehen sind.²⁰ Der Ausschluss des Unterrichtswesens von der Gewerbeordnung bezweckt, die bundesrechtlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung zurücktreten zu lassen, soweit für Unterrichtsveranstaltungen landesrechtliche Regelungen bestehen.²¹ Der Gesetzgeber der Gewerbeordnung

18 *Sydow, G.*, in: Pielow (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GewO, 15. Edition, § 6 GewO, Rn. 20.

19 *Sydow* (Anm. 18), Rn. 22.

20 BVerwGE 78, 6, 10 ff.; *Vogel* (Anm. 13), 27. *Sydow* (Anm. 18), Rn. 22.

21 BVerwGE 78, 6, 10 ff.; *Vogel* (Anm. 13), 27. *Sydow* (Anm. 18), Rn. 22; *Tettinger, P. J.*, Das Unterrichtswesen, in: Wissenschaftsrecht im Umbruch, in: Hanau, P., et al., 2001, Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger, S. 348. A.A. aber *Ebner, H.-C.*, der insofern für eine Stärkung der Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich der Kulturhoheit plädiert. Auch wenn keine landesrechtlichen Regelungen für eine bestimmte Art von Unterrichtsveranstaltung bestehe,

habe sicherstellen wollen, dass die Unterrichtsgesetzgebung der Länder unberührt bleibt, um Kompetenzkonflikte zwischen Bund und den Ländern zu vermeiden.²² Diese Interpretation bestätigt laut Bundesverwaltungsgericht die Systematik der Gewerbeordnung. Nach der alten Fassung des § 35 GewO konnte demjenigen die Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht untersagt werden, der wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft worden war; dies deutet an, dass der Gesetzgeber nicht jedweden Unterricht von der Gewerbeordnung ausnehmen wollte.²³ Es sei im Übrigen sachgerechter, landesgesetzlich nicht geregelte, gewerbliche Unterrichtsveranstaltungen nach der Gewerbeordnung zu behandeln, als sie dem allgemeinen Polizeirecht zu unterstellen.²⁴

Als ein Teilergebnis ist festzuhalten, dass die Nachhilfe als Element des Unterrichtswesens im Sinne von § 6 GewO nur soweit von der Gewerbeordnung *nicht ausgeschlossen* ist, als das Landesrecht insofern *keine abschließende Regelung* getroffen hat.²⁵ Wie weiter oben gezeigt,²⁶ sind freie Einrichtungen und Privatunterricht in weiten Teilen nicht und in den Ländern im unterschiedlichen Ausmaß geregelt. Anschließend ist darauf einzugehen, ob die Nachhilfe – als weitere Voraussetzung für die Anwendung der Gewerbeordnung – den Tatbestand eines Gewerbes erfüllt.

5.2 Gewerbe

Gewerbe im Sinne des § 1 Abs. 1 GewO ist „jede nicht sozial unwertige (generell nicht verbotene), auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art sowie *persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern*) und bloße Verwaltung eigenen Vermögens.“²⁷ Die Nachhilfe ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kein Gewerbe, wenn sie entsprechend der Definition eine „persönliche Dienstleistung höherer Art“ darstellt. Von höherer Art ist die Dienstleistung, wenn ihre Ausübung ein Hochschulstudium voraussetzt.²⁸

Das Bundesverwaltungsgericht verlangt für eine Hausaufgabenbetreuung kein Hochschulstudium. Die vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Vorinstanz stellte fest, dass eine Hausaufgabenbetreuung mehr als Beaufsichtigung, aber weniger als Schulunterricht sei und deshalb ein Studium nicht erfordert. Nachhilfe in der Form einer Hausaufgabenbetreuung ist ein Gewerbe, das auch von Schülern höherer Jahrgänge und Studierenden erteilt werden kann.²⁹

sei die Gewerbeordnung nicht anwendbar. *Ders.*, Unterrichtswesen und Gewerbeordnung, GewArch (1) 1985, S. 1–9, 6, 9.

22 BVerwGE 78, 6, 11.

23 BVerwGE 78, 6, 11, Rn. 22. *Gounalakis/Klose-Mokroß* (Anm. 2), S. 52.

24 BVerwGE 78, 6, 11, Rn. 23.

25 *Gounalakis/Klose-Mokroß* (Anm. 2), S. 51 f.

26 S.o. 3.

27 Gefestigte Rechtsprechung: BVerwG GewArch 2008, 301; BVerwG GewArch 1976, 293, 294, BVerwG NJW 1977, 772; BVerwG GewArch 1993, 197; BVerwG DÖV 1995, 644.

28 BVerwGE 78, 6/Rn. 13. Nach von *Ebner* vertretenen anderer Anschauung, sei für die Einordnung in das Gewerberecht die betreffende Tätigkeit, nicht aber die berufliche Qualifikation des Ausübenden entscheidend. *Ebner* (Anm. 21), S. 8. Dagegen betont *Tettinger* mit Recht, dass, gemessen am Zweck der GewO, gerade solche Personen, die sich *nicht* durch eine entsprechende Ausbildung einen „Vertrauensvorschuss“ erarbeitet haben, im Interesse des Schutzes der Unterrichtsteilnehmer überwachungsbedürftig sind. *Tettinger* (Anm. 21), S. 347.

29 OVG Münster, GewArch 1985, 372. In diese Richtung *Tettinger* (Anm. 21), S. 348.

Ob für die Erteilung der Nachhilfe kein Hochschulstudium erforderlich ist, lässt sich nicht generell beantworten. Vielmehr ist im Einzelfall nach dem jeweiligen Zweck der Nachhilfe zu differenzieren. Geht es etwa um die Erreichung der Versetzung, eines spezifischen Schulabschlusses oder Notendurchschnitts? Die Erreichung dieser und anderer mit der Nachhilfe angestrebten – im Gegensatz zur Hausaufgabenbetreuung – anspruchsvolleren Bildungsziele³⁰ erfordern auf Seiten der Lehrenden erhöhte Kenntnisse und Fähigkeiten, die durchaus ein Studium erforderlich machen könnten. Allerdings hat sich im Falle der Nachhilfebedürftigen gezeigt, dass sie die schulischen Bildungsziele *trotz* professioneller Unterstützung durch studierte schulische Lehrkräfte nicht erreichen konnten.³¹ Das heißt aber, dass ein (Lehramts-)Studium *nicht hinreichend* ist, den Erfolg der mit der Nachhilfe verfolgten Bildungsziele zu gewährleisten. Inwiefern ein entsprechendes Studium seitens der Nachhilfellehrkräfte jedoch eine *notwendige Bedingung* für den Bildungserfolg ist, ist eine empirisch zu untersuchende Frage, die sich an die Bildungsforschung richtet. Sollte sich in statistisch signifikanter Weise herausstellen, dass ein derart ambitionierter Nachhilfeunterricht nur auf der Basis eines Studiums erfolgreich durchgeführt werden kann, wäre die Nachhilfe von der Gewerbeordnung ausgenommen und der Gewerbeaufsicht entzogen. Diese empirische Frage kann an dieser Stelle auf sich beruhen. Das Erfordernis eines Hochschulstudiums in Bezug auf die Erteilung der Nachhilfe ist aus verfassungsrechtlichen Gründen zweifelhaft.³²

5.3 Erwerbsabsicht

Die Erwerbsabsicht, verstanden als Gewinnerzielungsabsicht, ist eine weitere Voraussetzung für die Anwendung der Gewerbeordnung.³³ Auf die Erzielung eines tatsächlichen Gewinns kommt es nicht an. Auch die Erwerbsabsicht als Nebenzweck der Tätigkeit reicht aus. Die Gewerbsmäßigkeit setzt zudem eine auf Dauer angelegte, planmäßige Tätigkeit voraus. Nachhilfe, die nur sporadisch erteilt wird, fällt nicht unter den Gewerbebegriff.

5.4 Rechtsfolgen: Anzeigepflicht und Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

Rechtsfolge der Anwendbarkeit der Gewerbeordnung ist zum einen die Anzeigepflicht des Gewerbes vor Aufnahme des Betriebs bei der zuständigen Gewerbeaufsichtsbehörde (§ 14 GewO). Zum anderen kann die Ausübung des Gewerbes wegen *Unzuverlässigkeit* untersagt werden (§ 35 GewO). Darum geht es im Folgenden.

Der Nachhilfeunterricht ist unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GewO ganz oder teilweise zu untersagen, soweit Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf dieses Gewerbe dartun. Unzuverlässig ist nach allgemein anerkannter Definition, wer keine Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben wird,³⁴

30 S. Gounalakis/Klose-Mokroß (Anm. 2), S. 51 f. „Aufarbeitung größerer Wissenslücken“. S. auch Ebner (Anm. 21), S. 8, in Bezug auf Nachhilfedienstleistungen in der gymnasialen Oberstufe.

31 Ähnlich Ebner (Anm. 21), S. 377: Bei den Nachhilfe bedürftigen Schülern handele es sich „ja in der Regel nicht um die Spitzen- oder Durchschnittsschüler, sondern mehr um die ‚schwierigen‘ Schüler (...), bei denen es sogar den akademisch gebildeten Lehrkräften in den Schulen nicht gelungen ist, diese Schüler so zu unterrichten und zu motivieren, dass sie ihre Hausaufgaben selbständig machen und etwaige Wissenslücken durch Selbststudium schließen können.“

32 S. o. 4.

33 S. allgemein Vögel (Anm. 13), 27.

34 Gefestigte Rechtsprechung BVerwGE 65, 1 f.; Tettinger, P. J., in: Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl. 2004, § 35 GewO, Rn. 26.

das heißt, das Gewerbe muss im Einklang mit dem geltenden Recht³⁵ sowie in Übereinstimmung mit den guten Sitten stehen³⁶. Die Unzuverlässigkeit muss durch Tatsachen, das heißt durch Zustände der Vergangenheit und Gegenwart,³⁷ dargetan werden und einen Bezug zum betreffenden Gewerbe aufweisen.³⁸ „Dartun“ im Sinne des § 35 Abs. 1 GewO setzt als Prognosemaßstab voraus, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts anzunehmen ist.³⁹ Zudem muss die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit *erforderlich* sein. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein Element des Unzuverlässigkeitsbegriffs, der unter Beachtung des Grundrechts der Berufsfreiheit auszulegen ist.⁴⁰

Von herausgehobener Relevanz im Zusammenhang mit dem Nachhilfegewerbe ist die Frage, ob mangelnde Sachkunde oder unzureichende pädagogisch-didaktische Fähigkeiten eine Unzuverlässigkeit im Sinne des § 35 GewO bedeuten, die mit einer Gewerbeuntersagung sanktioniert werden muss.

Qualifikations-, Ausbildungs- und Prüfungsanforderungen für berufliche Tätigkeiten sind subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen⁴¹, deren Zulässigkeit sich am verfassungsrechtlichen Maßstab der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG beurteilen.⁴² Der Verbraucherschutz, der den Schutz vor gesundheitlichen und wirtschaftlichen Schäden umfasst, ist vom Bundesverfassungsgericht als wichtiges Gemeinschaftsgut anerkannt worden.⁴³ Zur Gewährleistung des Verbraucherschutzes wäre es daher grundsätzlich gerechtfertigt, besondere Qualifikationsanforderungen an die Zulassung zum Nachhilfelehrer zu stellen, um die Betroffenen vor unzureichenden Nachhilfedienstleistungen sowie wirtschaftlichen Schäden zu schützen. Allerdings werden berufliche Tätigkeiten, für die ein Hochschulstudium notwendig ist, – wie bereits weiter oben erwähnt⁴⁴ – vom Gewerbebegriff („Dienstleistungen höherer Art“) nicht umfasst. Zudem kann gegen die Zulässigkeit des Erfordernisses einer besonderen Sachkunde nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ihre Unverhältnismäßigkeit sprechen.⁴⁵ Eine Gewerbeuntersagung auf Grund Unzuverlässigkeit im Sinne von § 35 GewO lässt sich demzufolge grundsätzlich nicht aus dem Umstand mangelnder Sachkunde herleiten. Ein Einschreiten der Gewerbeaufsichtsbehörden kommt wohl nur in den eher seltenen Fällen in Betracht, wenn durch Fehlen der für die ordnungsgemäße Ausübung eines bestimmten Gewerbes erforderlichen elementaren Kenntnisse und Fähigkeiten besondere Gefahren für die Allgemeinheit verursacht werden. Das Gewerberecht ist im Hinblick auf die fachlich-pädagogische Qualitätssicherung der Nachhilfe letztlich eher ein zahnloser Tiger.

6 Allgemeine polizeirechtliche Anforderungen an die Nachhilfe

Die allgemeinen polizeirechtlichen, gefahrenabwehrrechtlichen Anforderungen an Ersatzschulen und Ergänzungsschulen gelten häufig für Freie Einrichtungen und Privatunterricht entsprechend

35 VG Schleswig, NJW 2001, 387.

36 R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 61. Erglfg., Art. 12 GG, Rn. 361.

37 Tettinger (Anm. 34), Rn. 27.

38 Tettinger (Anm. 34), Rn. 28.

39 Tettinger (Anm. 34), Rn. 30.

40 BVerwG, GewArch, 1997, 242; VG Schleswig, NJW 2001, 387.

41 R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 61. Erglfg., Art. 12 GG, Rn. 355.

42 BVerfG, NJW, 1966, S. 291, 292.

43 BVerfG, NJW 1966, S. 291, 292 f.

44 S. o. 4.

45 BVerfG, NJW 1966, S. 291, 293. Der Fall betraf nicht den Unterrichtsbereich.

auf Grund von Verweisungsnormen in den Landesschulgesetzen.⁴⁶ Zu unterscheiden sind allgemeine polizeirechtliche Anforderungen an die Einrichtung und solche an das Personal.⁴⁷

Allgemeine polizeirechtliche Anforderungen an die Einrichtung sind in erster Linie baupolizeiliche, feuer- und hygienepolizeiliche Anforderungen sowie solche an die Unfallverhütung und gegebenenfalls an die Verkehrssicherheit.⁴⁸

Allgemeine polizeirechtliche Anforderungen an das Personal beziehen sich auf gesundheitspolizeiliche Anforderungen sowie auf die persönliche Eignung der Träger, Leiter und Lehrkräfte.⁴⁹ Bei der persönlichen Eignung ist weiter zu differenzieren zwischen der Zuverlässigkeit und Verfassungstreue.⁵⁰ Die Bedeutung der persönlichen Zuverlässigkeit entspricht derjenigen der Gewerbeordnung (§ 35 GewO),⁵¹ sie setzt insofern keinen strengeren Maßstab.⁵²

Die Verfassungstreue soll auch zur persönlichen Eignung gehören.⁵³ Ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung sei im Sinne des Art. 18 GG zu interpretieren als nachgewiesener Kampf gegen die freie demokratische Grundordnung.⁵⁴

Allgemeine polizeirechtliche Anforderungen an die fachliche Eignung des Nachhilfepersonals ergeben sich nur soweit, als sie landesgesetzlich vorgeschrieben sind. Auch insofern besteht kein Wertungsunterschied gegenüber dem gewerberechtlichen Maßstab der fachlichen Eignung.⁵⁵

7 Staatliche Förderung der Nachhilfe für Kinder von Beziehern des Arbeitslosengeldes II

Es ist dem Staat in Bezug auf die Nachhilfe nicht allein aufgegeben, die Empfänger von Nachhilfedienstleistungen vor den von ihnen ausgehenden Gefahren zu schützen. Daneben könnte auch zu den Aufgaben des Staates gehören, den allgemeinen Zugang zur Nachhilfe sicherzustellen. Dass eine Schülerin oder ein Schüler nur dann in der Lage sein soll, Nachhilfe nehmen zu können, soweit die Eltern über eine ausreichende Einkommenshöhe verfügen, widerstrebt dem Gedanken der Chancengerechtigkeit. Dies umso mehr, da Kinder und Jugendliche mit einem besonderen Lernförderungsbedarf häufig aus Familien mit niedrigem Einkommen stammen und gegenüber jenen mit höherem Einkommen hinsichtlich der Chancen eines erfolgreichen Schulabschlusses benach-

46 Art. 103 BayEUG, § 35 PrivSchG Saarl, § 119 Abs. 2 SchulG NW, § 36 Abs. 1 lit. c) PrivSchG RhPf i.V.m. § 15 Abs. 1 lit. b) PrivSchG RhPf.

47 Grundlegend zu den allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Voraussetzungen in Bezug auf freie Bildungseinrichtungen *Heckel* (Anm. 7), S. 236 ff.; *Vogel* (Anm. 13), 24.

48 *Vogel* (Anm. 13), 24.2.1.

49 *Vogel* (Anm. 13), 24.2.2.

50 *Vogel* (Anm. 13), 24.3.

51 S.o. 5.d).

52 S. o. 5. Nach *J. P. Vogel* sei von der persönlichen Zuverlässigkeit nicht auszugehen, „wenn im Gesamtverhalten des Betreffenden erhebliche, schwerwiegende Mängel im Sinne einer objektiv pflichtwidrigen Handlungsweise sichtbar geworden sind (...) Weiter ist die Zuverlässigkeit nicht gegeben, wenn über den Betreffenden Tatsachen vorliegen, die für den Fall, dass er im öffentlichen Dienst wäre, sein Ausscheiden zur Folge hätte.“ *Ders.* (Anm. 13), 24.3.2.1.

53 So *Vogel* (Anm. 13), 24.3.2.2. A. A. *Müller, F.*, Das Recht der Freien Schulen nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1982, S. 209.

54 *Vogel* (Anm. 13), 24.3.2.2.

55 S.o. 5. a) und d).

teiligt würden. Daher ist zu erwägen, den individuellen Nachhilfebedarf von Hilfsbedürftigen nach sozialrechtlichen Maßstäben zu kompensieren.

7.1 Sozialleistungen für Nachhilfe nach dem SGB II a.F.

Leistungsberechtigte von Arbeitslosengeld II bzw. Sozialgeld mussten zum 31.12.2010 die hohen Hürden des § 21 Abs. 6 SGB II überwinden, um einen besonderen – staatlich finanzierten – Förderungsbedarf für Nachhilfe für sich reklamieren zu können.⁵⁶ Ein Mehrbedarf ist nach § 21 Abs. 6 S. 1 SGB II anerkannt, soweit im Einzelfall ein *unabweisbarer*, laufender, nicht nur einmaliger besonderer Bedarf besteht. Das Bundesverfassungsgericht bezieht den Mehrbedarf auf die Garantie des menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG), die auf die Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs unabweisbar ausstrahlt.⁵⁷ Ausweislich der Gesetzesbegründung setzt der unabweisbare Mehrbedarf einen „atypischen Bedarf“ voraus, der aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen nur *ausnahmsweise in besonderen Fällen* gewährt wird.⁵⁸ Das *SG Bremen* kam unter Bezugnahme von Presseberichten zu dem Ergebnis, dass Nachhilfe in der sozialen Wirklichkeit der Gegenwart eher die Regel als die Ausnahme, eher typisch als untypisch sei.⁵⁹ Jedenfalls könnte es besondere Umstände des Einzelfalls geben, die einen unabweisbaren Mehrbedarf für Nachhilfe auslösen, zum Beispiel der Todesfall in der Familie oder eine Lese- und Rechtschreibstörung,⁶⁰ wohingegen der Migrationshintergrund als sachlicher Grund – jedenfalls für sich betrachtet – keinen unabweisbaren Mehrbedarf rechtfertigt.⁶¹

7.2 Änderungen durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10.2.2010 („Hartz IV“)

Das Bundesverfassungsgericht urteilte im „Hartz IV“-Urteil vom 10.2.2010, dass die Regelleistungen des SGB II a. F. *nicht das verfassungsrechtlich gebotene Minimum* zur Bestreitung einer *menschenwürdigen Existenz* gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG).⁶² Das Bundesverfassungsgericht setzte dem Gesetzgeber ursprünglich eine Frist bis zum 31.12.2010, die Regelbedarfe *realitätsnah* und *nachvollziehbar* zu ermitteln.⁶³ Nachdem der Bundesrat dem Gesetzentwurf der Regierung zunächst seine Zustimmung versagte, fand das Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des SGB II und SGB XII die Zustimmung des Bundesrates erst am 25.2.2011. Das am 29.3.2011 verkündete Gesetz ist rückwirkend zum 1.1.2011 in Kraft getreten.

Das neue SGB II verfolgt eine doppelte Zielsetzung: Neben der Integration von Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt tritt das neue Ziel „Bildung und Teilhabe“ von Kindern und Jugendlichen (§§ 28 f. SGB II).⁶⁴ Die im „Bildungspaket“ beschlossenen Maßnahmen bezwecken

56 Dabei handelte es sich um die einzige Rechtsgrundlage für die staatliche Kostenübernahme der Nachhilfe. *SG Bremen*, Beschl. 6.1.2011, S 21 AS 2626/10, Rn. 14 (Juris).

57 BVerfG, Urt. 10.2.2010 („Hartz IV“), NJW 2010, S. 505.

58 BR-Drs. 17/1465, 8 f.

59 *SG Bremen*, Beschl. 6.1.2011, S 21 AS 2626/10, Rn. 15 (Juris).

60 *SG Bremen*, Beschl. 6.1.2011, S 21 AS 2626/10, Rn. 16 (Juris).

61 *SG Bremen*, Beschl. 6.1.2011, S 21 AS 2626/10, Rn. 17 (Juris).

62 BVerfG, Urt. 10.2.2010 („Hartz IV“), NJW 2010, 505.

63 Zum Gesetzgebungsverfahren s. *Groth/Siebel-Huffmann* (Anm. 5), S. 1105.

64 *Armborst, Ch.*, Das Bildungspaket oder: Hartz IV reloaded/overloaded?, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* (1), 2011, S. 4–11, 4.

die Auflösung des engen Zusammenhangs zwischen Bildung und Armut⁶⁵ und sollen die soziale und kulturelle Integration erleichtern.⁶⁶ Die im SGB II grundsätzlich vorgesehene pauschalisierte Leistungserbringung ist in Bezug auf Leistungen für Bildung und Teilhabe flexibel und individuell ausgestaltet.⁶⁷ Bei nicht zweckentsprechender Mittelverwendung soll der Bewilligungsbescheid widerrufen werden (§ 29 Abs. 4 SGB II). Neu an den Regelungen für Bildung und Teilhabe ist, dass es sich um zusätzliche und eigenständige Leistungen handelt, die bis auf den persönlichen Schulbedarf auch gesondert beantragt werden müssen (§ 37 Abs. 1 S. 2 SGB II). Gegenüber der früheren Gesetzeslage ist ein bereits bestehender Leistungsanspruch nicht erforderlich (s. § 19 SGB II).⁶⁸ Regelungstechnisch wird dies dadurch bewerkstelligt, dass zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen zuerst auf Regelleistungen und erst zuletzt auf Leistungen für Bildung angerechnet wird. Damit wird der herausragenden Bedeutung der Bildung als Beitrag zur Armutsbekämpfung Rechnung getragen.

7.3 Das „Bildungspaket“, insbesondere außerschulische Lernförderung

Leistungen für Bildung (§ 28 Abs. 2 bis 6 SGB II) umfassen Schulausflüge und Klassenfahrten (Abs. 2), den persönlichen Schulbedarf (Abs. 3), die Schülerbeförderung (Abs. 4) und nicht zuletzt die zusätzliche außerschulische Lernförderung bzw. Nachhilfe (Abs. 5). Dadurch soll auch Kindern und Jugendlichen im SGB II-Bezug Nachhilfe ermöglicht werden.⁶⁹

§ 28 Abs. 5 SGB II lautet: „Bei Schülerinnen und Schülern wird eine schulische Angebote ergänzende angemessene Lernförderung berücksichtigt, soweit diese geeignet und zusätzlich erforderlich ist, um die nach den schulrechtlichen Bestimmungen festgelegten wesentlichen Lernziele zu erreichen.“

Groth/Siebel-Huffmann sehen nicht zuletzt wegen „zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe“ Schwierigkeiten auf die Praxis zukommen.⁷⁰

Die Autoren vermuten, dass der relativ hohe Abstraktionsgrad der Vorschrift ihren Grund auch darin habe, dass die Bundesnorm von den bildungsrechtlichen Besonderheiten der Länder absehen müsse.⁷¹

(I) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 5 SGB II

Der *persönliche Anwendungsbereich* der Berechtigten bezieht sich auf Schüler und Schülerinnen, die in § 25 Abs. 1 S. 2 SGB II definiert werden als Personen, die das 25. Lebensjahr nicht vollendet haben, eine allgemein- oder berufsbildende Schule besuchen und keine Ausbildungsvergütung erhalten.

65 *Armborst* (Anm. 64), S. 10.

66 BT-Dr 17/4032, 11 f.

67 S. *Groth/Siebel-Huffmann* (Anm. 5), S. 1107.

68 Ein bereits bestehender Leistungsanspruch war gemäß § 24 a SGB 2 a. F. für zusätzliche schulbezogene Leistungen erforderlich.

69 *Demmer* (Anm. 1), S. 51.

70 S. *Groth/Siebel-Huffmann* (Anm. 5), S. 1107.

71 S. *Groth/Siebel-Huffmann* (Anm. 5), S. 1107.

Die Lernförderung muss eine *Ergänzung* des schulischen Angebots sein. Das seien solche Angebote, die nicht unmittelbar der schulischen Verantwortung unterlägen.⁷² Die Nachhilfe darf nach dem Sinn der Wortbedeutung – negativ formuliert – *kein Ersatz* für das schulische Angebot sein. Da aber die Nachhilfe funktional betrachtet der Verfolgung *wesentlicher schulischer Lernziele* dienen soll, bedeutet die Nachhilfe meines Erachtens gerade keine Ergänzung, sondern ersetzt die Schule bei ihrer gesetzlichen Aufgabe, Schülerinnen und Schüler die bestmögliche individuelle Förderung zuteilwerden zu lassen – zumindest teilweise.

Staatlich finanzierte außerschulische Lernförderung setzt voraus, dass sie zur Erreichung der in den Landesschulgesetzen festgelegten *wesentlichen Lernziele* geeignet und erforderlich sein muss. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass die Nachhilfe der Erfüllung schulischer Mindestanforderungen dienen muss, zum Beispiel der Versetzung in die nächste Klassenstufe⁷³ oder der Erreichung des Schulabschlusses. Darüber hinausgehende Lernoptimierungen, zum Beispiel die Notenverbesserung oder die Empfehlung für das Gymnasium nach der Grundschule, seien unwesentliche Lernziele^{74, 75}.

Eine zu enge Interpretation der Wesentlichkeitsvoraussetzung stößt hier allerdings unter dem Gesichtspunkt der sozialen Chancengerechtigkeit auf Bedenken. Nachhilfe wird mittlerweile typischerweise nicht nur zur Erreichung der schulischen Mindestanforderungen in Anspruch genommen, sondern dient auch der *Erreichung schulischer Höchstleistungen*, ein Wunsch, den vor allem Eltern aus höheren sozialen Schichten hegen. Selbstverständlich müssen aber auch Kinder von Hartz-IV-Empfängern die bestmögliche individuelle Förderung erhalten und zwar auch ggf. mithilfe staatlich finanzierter Nachhilfe.

Die Nachhilfe ist positiv *geeignet*, wenn die Prognose der Lehrkraft, dass die wesentlichen Lernziele nur durch eine zusätzliche Lernförderung erreicht werden können, positiv ausfällt.⁷⁶ Die Verantwortung für die Feststellung der pädagogischen Defizite liegt damit bei den Schulen.⁷⁷ Daraus folgt aber die pädagogisch unsinnige Schlussfolgerung, förderungsbedürftige Schüler bei einer Negativprognose zu hoffnungslosen Fällen zu erklären.⁷⁸ Die pädagogische Einschätzungsprerogative birgt die Gefahr, dass sich die Lehrkräfte ihrer pädagogischen Verantwortung entledigen können.⁷⁹ Daher sollte das SGB um ein Rechtsschutzverfahren ergänzt werden, das die durch die negativ beschiedene Nachhilfeförderung beeinträchtigten Rechtspositionen der Schüler und ihrer Eltern schützt. Im Übrigen stößt auf Unverständnis, dass soziales Fehlverhalten wie Schulabstanz kein geeigneter Nachhilfegrund sein soll.⁸⁰

72 Groth/Siebel-Huffmann (Anm. 5), S. 1108.

73 Das SG Frankfurt a.M. zählt zu den wesentlichen Lernzielen die Versetzung des Schülers in die Qualifizierungsphase der Oberstufe. Beschl. 5.5.2011, S 26 AS 463711 ER, Rn.19 (Juris).

74 Groth/Siebel-Huffmann (Anm. 5), S. 1108.

75 Demmer (Anm. 1), S. 52. Unklar sei nach der Begründung des Gesetzes, ob auch das Ziel eines höher qualifizierenden Schulabschluss ausgeschlossen ist.

76 Groth/Siebel-Huffmann (Anm. 5), S. 1108.

77 Walter, T., Das Bildungs- und Teilhabepaket aus kommunaler Perspektive, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 42 (1), 2011, S. 38-47, 42.

78 Demmer (Anm. 1), S. 53.

79 Walter (Anm. 77), S. 42.

80 Kritisch Demmer (Anm. 1), S. 53: „Lern- und Verhaltensprobleme gehen Hand in Hand und lassen sich nur gemeinsam lösen.“

Erforderlich ist nach der Gesetzesbegründung eine Lernförderung, die nur „kurzzeitig notwendig“ ist, um vorübergehende Lernschwächen zu beheben.⁸¹ Auch dies leuchtet pädagogisch nicht ein. Schreib- oder Rechenschwächen etwa müssen häufig langfristig zusätzlich gefördert werden.⁸² Zudem kann es je nach Art und Umfang der Lernschwäche erforderlich sein, die Lernförderung nicht auf ein Fach zu beschränken.

Es bleibt als Teilergebnis festzuhalten, dass der § 28 Abs. 5 SGB II zahlreiche Unwägbarkeiten beinhaltet, die bei der Entscheidung für oder gegen die staatliche Förderung der Nachhilfe häufig zu pädagogisch unsachgemäßen Ergebnissen führen können.

(II) Geeignete Anbieter und Qualitätssicherung

Die kommunalen Träger der Grundsicherung (SGB XII) tragen die Verantwortung für die Umsetzung des Bildungs- und Teilhabepakets.⁸³ Die kommunalen Träger gewährleisten nach § 19 Abs. 2 S. 2 SGB II, dass Gutscheine für Nachhilfe bei *geeigneten Anbietern* eingelöst werden können. Die Auswahl eines geeigneten Anbieters kann auch auf der Grundlage einer Empfehlung einer schulischen Lehrkraft erfolgen.⁸⁴

Die Gesetzesbegründung führt die folgenden Entscheidungskriterien für die Auswahl geeigneter Anbieter auf:⁸⁵

- Kommerzielle Institute sind nachrangig gegenüber anderen geeigneten Anbietern.
- Schulnahe Angebotsstrukturen haben Vorrang (Oberstufenschüler, Studierende und ehemalige Lehrkräfte).
- Die Anbieter dürfen das Kindeswohl nicht gefährden. Zur Geeignetheit der Anbieter gehört auch ihre verfassungsrechtliche Zuverlässigkeit. Religiöse Sekten oder radikale politische Gruppierungen, die ihr Nachhilfeangebot zur Indoktrination der Schüler und Schülerinnen instrumentalisieren, dürfen nicht zugelassen werden.

Insbesondere auch das Fehlen einer fachlich-pädagogischen Qualitätsprüfung der Nachhilfeeinrichtungen ist kritisch zu sehen. Um dennoch den gewachsenen faktischen Qualitätsansprüchen der Eltern und Schüler, insbesondere an die fachliche Qualifikation der Nachhilfeeinrichtungen sowie den berechtigten Forderungen nach mehr Transparenz in Bezug auf die Nachhilfe gerecht werden zu können, lässt sich die überwiegende Mehrheit der Nachhilfeeinrichtungen *zertifizieren*.⁸⁶ Zu den im Rahmen des Qualitätsmanagementsystems einzuhaltenden Vorgaben zählt auch die Verbesserung der

81 Kritisch *Demmer* (Anm. 1), S. 53.

82 Diesen kritischen Hinweis gibt *Demmer* (Anm. 1), S. 53.

83 *Walter* (Anm. 77), S. 44.

84 Kritisch *Demmer* (Anm. 1), S. 53.

85 S. im folgenden *Demmer* (Anm. 1), S. 53.

86 Dabei handelt es sich um die Prüfsiegel von „RAL-Gütezeichen Nachhilfeschoolen“, Qualitätsstandard Nachhilfe“ nach ID: 00000007170 oder die weltweit gültige Zertifizierung nach QMS ISO 9001; 2000. S. Tabelle des Bundesverbands des Nachhilfe- und Nachmittagsunterrichts e.V. (VNN). Abrufbar zum Download auf www.nachhilfeschoolen.org. Die analoge Anwendung der Anforderungen an die Träger der beruflichen Weiterbildung gemäß §§ 84 ff. SGB III in Verbindung mit der Verordnung über das Verfahren zur Anerkennung von fachkundigen Stellen sowie zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung nach dem Fritten Buch Sozialgesetzbuch Anerkennungs- und Zulassungsverordnung – Weiterbildung – (AZWV) auf Nachhilfeeinrichtungen ist im SGB II nicht vorgesehen.

Unternehmen und Unternehmensabläufe durch Qualifikationsmaßnahmen des Lehrpersonals. Allerdings bezieht sich die Zertifizierung nur auf die *Qualität der Unternehmen und Unternehmensabläufe*, wohingegen die Zertifizierungsstelle wie, zum Beispiel der TÜV, nicht den Erfolg solcher Ausbildungs- und Fortbildungsbemühungen bzw. der Dienstleistung „Nachhilfe“ überprüft.⁸⁷

(III) Angemessene Angebotsstrukturen

Die in § 28 Abs. 5 SGB II geforderte *Angemessenheit* der Lernförderung erläutert die Gesetzesbegründung wie folgt: „Angemessen ist die Lernförderung, wenn sie im Rahmen der örtlichen Angebotsstruktur auf kostengünstige Anbieterstrukturen zurückgreift. Die Angemessenheit der Höhe der Vergütung richtet sich ferner nach der konkret benötigten Lernförderung und den ortsüblichen Sätzen.“⁸⁸

Klärungsbedürftig ist, auf welcher Datengrundlage die kostengünstigen Anbieterstrukturen und ortsüblichen Sätze ermittelt werden.⁸⁹

Des Weiteren empfiehlt der kommunale Träger der Grundsicherung den Eltern einen Anbieter nach Prüfung seiner Angemessenheit (§ 28 Abs. 5 SGB II). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die Eltern ein Auswahlrecht haben oder an die Empfehlung rechtsverbindlich gebunden sind.⁹⁰

8 Landesschulgesetzliche Zulässigkeit einer Zusammenarbeit zwischen Schulen und Nachhilfeanbietern

Die Umsetzung des § 28 Abs. 5 SGB II ist darauf angewiesen, dass Schulangebot und Nachhilfe in pädagogisch sinnvoller Weise aufeinander abgestimmt werden. Ein gewisses Maß an Zusammenarbeit zwischen schulischen und außerschulischen Akteuren ist unumgänglich. Anschließend soll untersucht werden, ob und inwieweit nach den landesschulrechtlichen Vorgaben eine Kooperation zwischen einer Schule und einem Nachhilfeanbieter zulässig ist.

Das Ob und die Modalitäten einer Zusammenarbeit zwischen Schule und Nicht-Schule sind in den Landesschulgesetzen unterschiedlich ausgestaltet.

Eine ausdrückliche *Kooperationsverpflichtung* der Schule mit Einrichtungen der schulergänzenden Lernförderung im Sinne des § 28 Abs. 5 SGB II enthält nur § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 SchG Berlin: „Die Schulen öffnen sich gegenüber ihrem Umfeld. Zu diesem Zweck arbeiten sie im Rahmen des Bildungs- und Erziehungsauftrags (...) mit Anbietern von ergänzender Lernförderung nach § 28 Abs. 5 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (...) zusammen“.

Ein generelles entsprechendes *Kooperationsverbot* könnte sich aus § 12 Abs. 1 S. 1 Bremer SchG ergeben: „Zur Erfüllung ihres Auftrages arbeitet die Schule zusammen mit Institutionen,

87 LG Essen, Urteil v. 11. 11. 2009 – 44 0 96/09, BeckRS 2010, 15130. Die Kammer entschied, dass die Werbung „TÜV-geprüfte Nachhilfe“ irreführend im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 UWG ist. Das Gericht ging davon aus, dass der entsprechende Kreis von Verbrauchern die Zertifizierung des TÜV nicht auf das Unternehmen, sondern auf die Nachhilfe selbst bezogen ist.

88 Demmer (Anm. 1), S. 53.

89 Demmer (Anm. 1), S. 54.

90 Demmer (Anm. 1), S. 53.

die allgemein für die Angebote und Hilfe in gesundheitlichen, sozialen, kriminalpräventiven und berufsbezogenen Fragen zuständig sind, (...).“ Die Vorschrift beschränkt die zulässige Kooperation der Schulen in Bremen mit außerschulischen Einrichtungen abschließend auf die Gebiete Gesundheit, Soziales, Kriminalprävention und Berufliches. Eine Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Bildung ist im Bremer Schulgesetz nicht vorgesehen. Bezogen auf Nachhilfe besteht in Bremen ein Kooperationsverbot. Zur Vermeidung eines Normenkonflikts zwischen § 28 Abs. 5 SGB II und § 11 Abs. 1 S. 1 BremSchG sollte der Bremer Landesgesetzgeber die Kooperationsinhalte durch eine Gesetzesänderung auf das Gebiet der außerschulischen Lernförderung erweitern.

Soweit ersichtlich enthalten die Landesschulgesetze von Baden-Württemberg, Hamburg, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein keine Regelungen über eine Kooperation der Schulen mit außerschulischen Einrichtungen im Allgemeinen und Nachhilfe im Besonderen und folglich auch kein Kooperationsverbot.

Die überwiegende Mehrzahl der Landessschulgesetze, diejenigen von Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Thüringen,⁹¹ enthalten für Schulen *Kooperationsgebote* in Bezug auf außerschulische Einrichtungen. Aus der gebräuchlichen weiten Formulierung in den Landesgesetzen „Zusammenarbeit der Schulen mit außerschulischen Einrichtungen“⁹² geht hervor, dass die Zusammenarbeit auch die Nachhilfe einbeziehen kann.

Die Zusammenarbeit ist in den Landesgesetzen regelmäßig als zwingende Kooperationsgebote ausgestaltet („ist“). Davon abgesehen enthält das Brandenburger Schulgesetz eine Soll-Bestimmung (§ 9 Abs. 1 S. 3). Kann-Regelungen sehen Hessen (§ 16 Absätze 1 und 2 HessSchulG) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 40 Abs. 1 S. 2 SchG M-V) vor.

Teilweise stellen die Landessschulgesetze *verfahrensrechtliche Anforderungen* an die Entscheidung für oder gegen eine Kooperation. In Nordrhein-Westfalen bedarf die Zusammenarbeit der Zustimmung der Schulkonferenz (§ 5 Abs. 3 SchG NW), in Brandenburg der Zustimmung durch das staatliche Schulamt und den Schulträger (§ 9 Abs. 1 S. 3 BbgSchG). In Thüringen entscheidet die Schulkonferenz, die Durchführung erfolgt im Benehmen mit dem Schulträger (§ 11 Sätze 4 und 5 ThürSchG).

Ein Teilergebnis lautet, dass trotz der zahlreichen Regelungsunterschiede in den Landesschulgesetzen im Detail eine Kooperation zwischen einer Schule und Personen und Einrichtungen der Nachhilfe in allen Bundesländern mit Ausnahme von Bremen zulässig ist. Art, Inhalt und Umfang der Kooperation lassen die Landessschulgesetze allerdings im Dunkeln. Hierzu bedarf es weiterer Untersuchungen, die an dieser Stelle nicht erfolgen können.

9 Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Bezug auf zusätzliche Lernförderung

Woraus ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bildungspaket in Bezug auf die Regelung der außerschulischen Lernförderung im Sinne des § 28 Abs. 5 SGB II? Sie könnte

91 Art. 31 Abs. 1 S. 1 BayEUG, § 9 Abs. 1 Sätze 1 und 3 BbgSchG, § 16 Abs. 1 und 2 HessSchG, § 40 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SchG M-V, § 25 Abs. 3 NdsSchG, § 5 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SchG NW, § 19 Nr. 2 SchG RhPf, § 35 b SchG Sachsen, § 11 Sätze 3, 4 und 5 ThürSchG.

92 § 16 Abs. 3 S. 1 HessSchG, § 40 Abs. 1 S. 2 SchG M-V, § 25 Abs. 3 NdsSchG, § 19 Nr. 2 SchG RhPf, § 35 b SchG Sachsen.

ihren Grund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge (Art. 70, 72, 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) haben.

Der Verfassungsbegriff „öffentliche Fürsorge“ wird weit interpretiert⁹³ und umfasst die „Hilfe durch öffentlich-rechtliche oder öffentlich-rechtlich beliehene Rechtsträger mit öffentlichen Mitteln an Personen, die sich nicht helfen können und die erforderliche Hilfe auch nicht von anderen erhalten.“⁹⁴ Begriffsprägend für die öffentliche Fürsorge sind die Grundsätze der Subsidiarität und der Individualisierung der staatlichen Hilfeleistungen. Leitbild dieses Kompetenztitels sind die Hilfe zum Lebensunterhalt und andere in § 8 SGB XII aufgelisteten besonderen Hilfeleistungen.⁹⁵ Darunter fällt auch die Jugendpflege⁹⁶ und die Altenpflege⁹⁷. Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für die „öffentliche Fürsorge“ kann auch Materien umfassen, die in Landesmaterien übergreifen, insbesondere wenn ein spezifischer *Sachzusammenhang* zwischen der Landesmaterie und der Bundeskompetenz der öffentlichen Fürsorge vorliegt. Im Anschluss an das Abgrenzungskriterium des Sachzusammenhangs ergibt sich die Gesetzgebungsbefugnis aus der stärkeren sachlichen Nähe des Regelungsinhalts zur Bundeskompetenz oder zur Ländermaterie. Dies ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.⁹⁸ Eine umfassende Regelung eines den Ländern vorbehaltenen Bereichs ist dem Bund in keinem Fall eröffnet.⁹⁹ Allerdings müssen nach einer von *Rengeling* vertretenen funktionalen Interpretation die auf den Kompetenztitel „öffentliche Fürsorge“ bezogenen Regelungen fürsorgerische Ziele verfolgen; solche, die vorrangig andere Ziele regeln wollen, z. B. Bildung, fallen nicht unter die Kompetenzbestimmung.¹⁰⁰

In Anwendung der vorstehenden Grundsätze sind folgende Schlussfolgerungen in Bezug auf die Gesetzgebungszuständigkeit für die schulergänzende Lernförderung nach § 28 Abs. 5 SGB II zu ziehen.

Zwar handelt es sich bei der außerschulischen Lernförderung (Nachhilfe als zu den freien Einrichtungen zugehörig) grundsätzlich um eine Materie, die nicht in die Regelungskompetenz der Länder in Bezug auf das Schulwesen übergreift. Der Gesetzgeber stellt die Nachhilfe jedoch in einen Mittel-Zweck-Zusammenhang zur Erreichung der nach den schulrechtlichen Bestimmungen wesentlichen Lernziele (so § 28 Abs. 5 SGB II). Die Aufgabe der individuellen Lernförderung ist aber Sache der Schulen.¹⁰¹ Die Regelung der schulischen Lernziele gehört zu den genuinen Ländermaterien. Daher besteht in Bezug auf die Regelung der Nachhilfe zur Erreichung der schulischen Bildungsziele nach der hier vertretenen Auffassung auch eine stärkere Sachnähe zur Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung des Schulwesens. Die bundesrechtliche Regelung der außerschulischen Lernförderung stößt daher auf verfassungsrechtliche Bedenken.

93 BVerfGE 88, 293, 329.

94 *Rengeling, H.-W.*, § 135 Gesetzgebungszuständigkeit, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Bd. VI, 2008, Rn. 212 f.

95 *Rengeling* (Anm. 94), Rn. 212 f. Die gesetzlichen Maßnahmen müssen sich am Typus staatlicher Unterstützung Hilfsbedürftiger ausrichten. So *Seiler, C.*, in: Eppinger/Hillgruber, Beckscher Online-Kommentar GG, Art. 72 GG, Rn. 24. S. auch *Niehues/Rux* (Anm. 7), Rn. 91. Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Sozialrechts und des Kinder- und Jugendhilferechts.

96 BVerfGE 106, 62, 133 f.

97 BVerfGE 108, 186, 214.

98 *Bullinger, M.*, Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, ArchÖR 96, 1971, S. 237–285, 252.

99 BVerfG, NJW 2003, S. 44.

100 *Rengeling* (Anm. 94), Rn. 215.

101 S. § 3 Abs. 1 SchulG BbgSchulG; § 1 Abs. 1 SchulG NRW; § 1 Abs. 2 S. 3 SchulG Sa; § 1 Abs. 3 SchulG Sa-A.

10 Schluss

Nachhilfe als Nicht-Schule fällt nicht unter Art. 7 GG. Gemessen am Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) ist nur ein Minimalschutz vor einer unzureichenden Qualität der Nachhilfe verfassungsrechtlich zulässig, sei es auf der Grundlage des Rechts der Freien Einrichtungen und des Privatunterrichts, sei es mit Blick auf das besondere und allgemeine Gefahrenabwehrrecht. Zur Qualitätssicherung der Nachhilfe sind weniger staatliche als vielmehr marktnahe Lösungen gefordert. Freiwillige Zertifizierungen und Qualitätssicherungssysteme weisen in die richtige Richtung. Demgegenüber sind in Bezug auf die staatlichen Leistungen für Nachhilfe zur Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz für Hartz IV-Empfänger erhöhte Anforderungen an die Geeignetheit der Nachhilfeanbieter zu stellen, nicht zuletzt wegen der öffentlichen Zweckbindung staatlich verwendeter Mittel, welche die öffentliche Hand zu einer sachgerechten und effizienten Mittelverwendung anhält. Soll sich die Nachhilfe eher hilfreich denn gefährlich erweisen, sollte die Qualitätssicherung auf eine solide gesetzliche Basis gestellt werden. Der Bundessozialgesetzgeber täte gut daran, im SGB II in Bezug auf die schulergänzende Lernförderung einen Verweis auf die entsprechende Anwendung der Regelungen zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung nach den §§ 77 ff. SGB III in Verbindung mit den §§ 7 ff. der Anerkennungs- und Zulassungsverordnung Weiterbildung (AZWV) einzufügen.

Verf.: Dr. jur. Thomas Langer, Dipl.-Soz.wiss., Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e. V., An-Institut der Ruhr-Universität Bochum, Wissenschaftliche Leitung, GC 8/144, Universitätsstraße 150, 44780 Bochum, E-Mail: Langer@institut-iffb.de

Rainer Palmstorfer

Häuslicher Unterricht in Österreich: Das Grundrecht auf „Homeschooling“*

1 Einleitung

Im Unterschied zu Deutschland gibt es in Österreich das elterliche Grundrecht auf häuslichen Unterricht. Dieses Recht wird, wenngleich in bescheidenem Umfang, tatsächlich auch in Anspruch genommen. So befanden sich in den Schuljahren 2009/2010 und 2010/2011 1496 beziehungsweise 2216 Kinder in Österreich im häuslichen Unterricht.¹ Das sind deutlich weniger als 0,5 % der schulpflichtigen Kinder in Österreich. Zwar müssen die Eltern ihre Beweggründe für diese

* An dieser Stelle möchte ich mich insbesondere für die freundliche Unterstützung durch Univ.-Prof. Dr. Stefan T. Hopmann, Mag. Wilfried Göttlicher und Mag.a Sonja Bauer vom Arbeitsbereich für historische und vergleichende Schul- und Bildungsforschung an der Universität Wien, durch Univ.-Prof. Dr. Horst Pfeiffle sowie durch weitere Kollegen aus dem Bereich der Erziehungswissenschaften bedanken. Mein Dank gilt weiter auch Professor Walter Berka für seine kritische Durchsicht des Artikels.

1 Siehe die Angaben des Unterrichtsministeriums, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_07837/fname_218766.pdf.