

Johann Peter Vogel

## **Falscher Alarm Zu Klaus-Detlev Hanßen: Rechtliche Fragen der Genehmigung von Privatschulen (in RdJB 3/2009)**

Mit dem Ansteigen der Zahl der Privatschulgründungen melden sich auch die Besorgnisse der Schulverwaltungen der Länder, inwieweit der Staat noch in der Lage sei, eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit staatlicher Schule aufrecht zu erhalten. Besonders in bevölkerungsschwachen Landesteilen – und die wieder liegen vorzugsweise, aber nicht nur in den „neuen“ Bundesländern – nehmen die Fälle zu, in denen aus ökonomisch-pädagogischen Gründen staatliche Schulen geschlossen werden, die Eltern aber, flankiert von ehrgeizigen Bürgermeistern, die ihren Ort nicht ohne Schule sehen möchten, anstelle der staatlichen eine Schule in freier Trägerschaft initiieren. Damit wird staatliche Bedarfsplanung schwieriger, denn weder erhalten die übrigen staatlichen Schulen der Umgebung die erhoffte zusätzliche Schülervermehrung, noch wird der Schülertransport ökonomischer. Bei entsprechender Entwicklung könnte die Folge sein, dass weitere staatliche Schulen ökonomisch nicht mehr vertretbar erscheinen und nachrückende freie Schulen flächendeckend werden.

Deutlich wird zunächst einmal, welch hohen Stellenwert die Schule für die Eltern darstellt und welche Opfer die Eltern bereit sind zu tragen, um einen Schulstandort zu halten. Das gilt zum anderen auch für Bürgermeister, die sich um die Infrastruktur ihrer Gemeinde sorgen, da eine Schule für die Ansiedlung von Produktionsstätten eine der wesentlichen Voraussetzungen ist.

Gleichwohl nimmt sich die Problematik relativ unerheblich aus, wenn man berücksichtigt, dass trotz der erheblichen Steigerung der Zahl der Schulen in freier Trägerschaft im Bundesgebiet insgesamt, aber auch in den betroffenen Ländern im Einzelnen, der Anteil der Schüler an allen allgemeinbildenden und berufsbildenden Schularten freier Schulen noch bei nur zehn Prozent liegt (darunter in den „neuen“ Bundesländern im berufsbildenden Bereich deutlich höher, im allgemeinbildenden Bereich deutlich darunter). Am de facto-Vorrang der staatlichen Schulen und ihrer Flächendeckung, insbesondere im allgemeinbildenden Bereich (und allein auf den kommt es hier an), kann also kein Zweifel bestehen. Es handelt sich um lokale Probleme regionaler Standortkonkurrenz zwischen staatlichen und freien Schulen, die letztenendes mit lokalen Mitteln flexibel bewältigt werden müssten. In Richtung solcher punktuellen Regelungen denkt die Schulverwaltung offenbar nicht; vielmehr geht es um generelle Möglichkeiten, wie man die Gründungen neuer Schulen in freier Trägerschaft eindämmen könnte. Ein Beispiel sind die Überlegungen, die Klaus Detlef Hanßen zur „Genehmigung von Privatschulen in den neuen Ländern“ in RdJB 3/09, S. 334 ff., veröffentlicht hat. Hanßen war seit der Wende als allseits respektierter Jurist u.a. für Schulrecht im Brandenburgischen Kultusministerium tätig.

Ziel seiner Ausführungen ist die Behinderung von Neugründungen freier Schulen durch Verschärfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 (4) GG. In seiner Zusammenfassung (S. 345/346) schreibt er: „Ersatzschulen dürfen gem. Art. 7 (4) GG in ihren Lehrzielen und Einrichtungen nicht hinter Schulen in öffentlicher Trägerschaft zurückstehen.“

*<1> Zu den Einrichtungen gehören die Zügigkeit und die Klassenfrequenzen gemäß den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen. Die Genehmigung einer Ersatzschule ist abhängig von der Einhaltung dieser Vorgaben ...*

*<2> Eine Genehmigung ist <auch> dann rechtswidrig, wenn auf Grund der Errichtung einer Schule in freier Trägerschaft unzumutbare Schulwege zu Schulen in öffentlicher Trägerschaft ... entstehen würden und deren Anspruch sowie der ihrer Eltern auf den Besuch einer Schule in öffentlicher Trägerschaft nicht mehr zu verwirklichen wäre.“*

(<3> Der weitere Punkt, die Genehmigung von (freien Grundschulen, bringt keine neuen Erkenntnisse).

## 1 Statistik

Im Jahre 2005 betrug der Prozentsatz von Schülern, die eine allgemeinbildende Schule in freier Trägerschaft besuchten, zwischen 4,6 % (Thüringen) und 3,9 % (Brandenburg) der Gesamtschülerschaft allgemeinbildender Schulen in den neuen Bundesländern (ohne Berlin).<sup>1</sup> Damit besetzen die fünf neuen Bundesländer (+ Schleswig-Holstein) die letzten Plätze 11–16 in der Bundesrepublik. Für das hier interessierende Problem müsste davon noch der Grundschulbereich abgezogen werden, weil in diesem Bereich der Vorrang staatlicher Schulen nach Art. 7 (5) GG Gründungen freier Schulen nur beschränkt zulässt. Seit 2005 sind weitere Schulen im allgemeinbildenden Bereich gegründet worden, doch dürfte sich das allenfalls in halben Prozenten niederschlagen. Ohnehin nehmen die Prozentsätze der Schüler an freien Schulen auch ohne Zuwachs zu, wenn die Schülerzahl an staatlichen Schulen – wie es in den neuen Bundesländern der Fall ist – zurückgehen. Die von Hanßen (S. 334) erwähnten hohen Prozentsätze ergeben sich aus der hohen Zahl berufsbildender Schulen, die aber mit dem hier vorliegenden Problem nichts zu tun haben. Es geht also nur um Einzelfälle, in denen freie Schulen in unmittelbare Konkurrenz zu staatlichen Schulen treten. Lohnt das eine generelle Neuregelung bei den Genehmigungen, wie sie Hanßen anstrebt?

## 2 Zur Rechtslage

Die Rechtslage für Schulen in freier Trägerschaft in den neuen Bundesländern ist dieselbe wie die in den alten. Die Feststellung ist sogar erlaubt, dass die Einführung einer Wartefrist bis zur Zahlung der ersten Regelfinanzhilfe für die Gründungen in den neuen Bundesländern viel zu früh kam, sodass auch noch jetzt im (teureren) allgemeinbildenden Bereich die Zahl der freien Schulen in den neuen Ländern deutlich hinter der in den alten zurückbleibt.

## 3 Zügigkeit und Klassenfrequenzen als Genehmigungsvoraussetzungen

Hanßen möchte Zügigkeit und Klassenfrequenzen im Rahmen der „Einrichtungen“ des Art. 7 (4) Satz 3 GG als (zusätzliche) Bestandteile der Genehmigungsvoraussetzungen behandelt sehen. Für die Zügigkeit verweist er auf § 103 BbgSchG, der Zweizügigkeit für weiterführende

1 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur. Private Schulen. Schuljahr 2005/06, Wiesbaden 2006.

(staatliche) Schulen zwingend vorsieht, begrenzt aber damit die Stringenz seiner Aussagen auf Brandenburg. Eine ausdrückliche gesetzliche Übertragung der Geltung der Bestimmung auf Ersatzschulen, wie sie § 1 (2) BbgSchG fordert, ist nicht vorgesehen. Damit ist klargestellt, dass § 103 BbgSchG nicht unmittelbar für Schulen in freier Trägerschaft gilt. – Klassenfrequenzen sind gesetzlich nicht festgeschrieben.

**3.1** Würden Zügigkeit und Klassenfrequenzen als „Einrichtungen“ i.S. des Art. 7 (4) Satz 3 GG angesehen, tritt die Schwierigkeit auf, dass auch die „Einrichtungen“ nicht hinter denen entsprechender staatlicher Schulen „zurückstehen“, also durchaus abweichen dürfen. Ersatzschulen dürfen mithin in ihren „Einrichtungen“ gleichwertige, müssen aber nicht gleichartige Regelungen haben. Wenn die für staatliche Schulen vorgeschriebene Zahl der Züge bzw. der Schüler pro Klasse einzuhalten sein soll, wäre dies die Forderung nach unzulässiger Gleichartigkeit statt zulässigen Nichtzurückstehens. Ersatzschulen müssten Zügigkeit und Klassenfrequenzen staatlicher Schulen lediglich als Orientierungspunkte beachten, könnten aber nicht auf deren Zahlen festgelegt werden.

**3.2** Die weitere Frage ist, ob Klassenfrequenz und Zügigkeit überhaupt „Einrichtungen“ i.S. Art. 7 (4) Satz 3 GG sind. Nach inzwischen allgemeiner Auffassung zählt zu den Einrichtungen „im Rechtssinn alles das, aber auch nur das, was Inhalt und Qualität der Bildungsfunktion der Privatschule mitbestimmt“.<sup>2</sup> Zügigkeit und Klassenfrequenzen sind ökonomische Größen, die dem Haushalt der Schule geschuldet sind. Sie dienen dem Zweck, eine Konkordanz aus vorhandener Schülerzahl, weitestgehender Flächendeckung und zur Verfügung stehenden Mitteln herzustellen. Mag eine festgesetzte Schülerfrequenz in der Klasse, mag eine bestimmte Zügigkeit i.S. einer Differenzierung der Unterrichtsangebote auch pädagogische Gründe haben: ausschlaggebend sind die haushaltspolitischen Vorgaben; sie können von Haushaltsjahr zu Haushaltsjahr variieren; dadurch ändert sich aber nichts an der Schultart oder ihren Bildungszielen.

In der Literatur sind es bezeichnenderweise nur die Höchsthäufigkeiten, die zu den „Einrichtungen“ gezählt werden,<sup>3</sup> wohl deshalb, weil hier zugleich die pädagogische Frage des Erreichens der Bildungsziele gestellt ist. Von einer bestimmten Größe der Klasse an besteht die Vermutung, dass ein ordnungsgemäßer Unterricht nicht mehr erteilt werden kann. Für die Mindestfrequenz besteht die Vermutung nicht.

Die Zügigkeit als „Einrichtung“ findet sich in der Literatur nicht. Hanßen baut eine Brücke über den Ersatzschulbegriff des BVerfG hin zu dem Satz: „Die Genehmigung von Ersatzschulen hat die jeweilige landesgesetzliche Ausgestaltung des öffentlichen Bildungswesens zu beachten und darf nur dann erteilt werden, wenn die beantragte Schule einer Schule in öffentlicher Trägerschaft entspricht.“ (S. 337) Diese Feststellung macht die Zügigkeit aber noch nicht zur „Einrichtung“, denn die Ersatzschule muss der staatlichen Schule eben gerade nicht in ihrem „gesamten

2 Müller, F., Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, Berlin 2/1982, S. 130/131; so auch Vogel, J.P., Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, Neuwied 3/1997, 3. 88 und Kösling, A.-M., Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, Baden-Baden 2005, S. 187/188; § 105 (2) Nr. 2 DJT-SchGE (1981).

3 Müller, a.a.O., S. 131 („... die Beachtung der ... vorgeschriebenen Schülerhöchstzahlen. (Klassenfrequenzen)“; Vogel, a.a.O., S. 88 ff (89); Kösling, a.a.O., S. 188 („... dagegen dürfen die Ersatzschulen nicht wesentlich über die an den öffentlichen Schulen zulässigen <Klassenstärke> hinausgehen ...“). In der von Hanßen zitierten Textstelle Kößlings, S. 180, stehen zwar ebenfalls die „Klassenfrequenzen“, allerdings unter Berufung auf Heckel und Maunz, die an der interpretativen Weiterentwicklung des Einrichtungsbegriffs seit Müller nicht mehr teilnehmen konnten und überholt sind.

inneren und äußeren Schulbetrieb“ entsprechen.<sup>4</sup> Die Ersatzschule muss zwar typmäßig in das Landesschulwesen eingepasst werden können, kann aber von den Schultypen sogar soweit abweichen, dass ein Übergang an eine staatliche Schule schwierig ist.<sup>5</sup> Der Schultyp wird nicht von der Zügigkeit bestimmt, sondern vom Bildungsziel, den Inhalten und dem Abschluss.<sup>6</sup>

Hanßen versucht, der Zügigkeit die Qualität einer „Einrichtung“ zu verleihen dadurch, dass er sie als pädagogisches Instrument zur Erreichung der Bildungsziele interpretiert. Er berichtet (S. 339) vom Gutachten einer von der Landesregierung eingesetzten Kommission, das die in Brandenburg dann gesetzlich festgelegte Zweizügigkeit gegenüber der Einzügigkeit favorisiert. Dass aber die Einzügigkeit das Erreichen der Bildungsziele verhindern könnte, wird nicht erwiesen. Entsprechende Aussagen werden durch „kaum“ relativiert. Die vom Gesetzgeber in § 103 BbgSchG festgelegte Zweizügigkeit ist keine Form der Außendifferenzierung, sondern teilt lediglich eine für eine Einzügigkeit zu große Schülerzahl. Bei Zweizügigkeit mag es gewisse Synergieeffekte geben; es ist aber nicht erwiesen, dass Einzügigkeit nicht genauso zu den Bildungszielen führen könnte. Es ist eine Frage der Methodik, insbesondere der Didaktik, ob die Bildungsziele erreicht werden. Der Schule obliegt es, mögliche Vor- und Nachteile einer Einzügigkeit oder Unterschreitungen einer Klassenfrequenz durch unterrichtliche und organisatorische Maßnahmen auszugleichen.

Hanßen zieht ausgerechnet die Entscheidung des BVerwGE 112 als Stütze seiner Argumentation heran (S. 337). Gerade hier findet sich aber die schroffe Ablehnung des Verbots der Jahrgangsmischung,<sup>7</sup> obwohl „das Prinzip der Jahrgangsklasse ein durchgängiges Organisationsmerkmal des öffentlichen Schulwesens“ sei. „Der Zweck der Privatschulfreiheit steht einem Verbot der Jahrgangsmischung ... entgegen.“ Wenn aber schon die Organisation nach Jahrgangsklassen gegenüber der Privatschulfreiheit zugunsten anderer Modelle zurücktreten muss, dann gilt dies erst recht für die Zügigkeit, auch wenn sie gesetzlich für die staatlichen Schulen festgeschrieben ist. Zügigkeit ist kein bestimmendes Merkmal einer Schulart.

c) Ist es schon nicht möglich, Zügigkeit und Klassenfrequenz den „Einrichtungen“ zuzuordnen, wäre es denkbar, die Zügigkeit in die Definition der Ersatzschule einzugliedern. Bei den Vorgaben des § 103 BbgSchG handelt es sich „um wesentliche schulorganisatorische Festlegungen“, die berücksichtigt werden müssten, wenn die Vorfrage auftritt, ob eine allgemeinbildende weiterführende Schule ohne Zweizügigkeit überhaupt Ersatzschule sein kann. Auch diese Überlegung führt in die Irre angesichts des oben dargestellten offenen Ersatzschulbegriffs des BVerfG und der Schulartdefinition. Zudem: nach § 117 (2) BbgSchG obliegt den Schulen in freier Trägerschaft „die Schulgestaltung. Dabei entscheiden sie insbesondere über ... die Organisation von Unterricht und Erziehung, ... soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt“. Dazu gehört zweifellos die Einrichtung von Parallelklassen und die Klassenfrequenz. § 103 gilt, wie oben schon festgestellt, mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht für Schulen in freier Trägerschaft. Eine Ausweitung auf Ersatzschulen dürfte aus den genannten Gründen verfassungsrechtlich nicht haltbar sein.

4 So zuletzt wieder Kößling, a.a.O., S. 182.

5 BVerfGE 27, 195 ff.; 90, 128 ff.; BVerwGE 112, 263 ff. (II 2 b cc)).

6 So z.B. die Definitionen der Schularten in den Schulgesetzen, z.B. in §§ 19 ff BbgSchG. Die von Hanßen (S. 338) herangezogene Entscheidung des BVerwGE 104, 1 ff. hält sich genau in diesem Rahmen: Ein grundständiges Gymnasium kann es bei ausnahmslos sechsklassiger Grundschule nicht geben. Es ging um die Gliederung des staatlichen Schulwesens nach Schularten, nicht um Zügigkeit. Das gilt auch für das Urteil des VG Hannover vom 8.3.2006, das Hanßen zur Unterstützung seines Standpunktes heranzieht.

7 BVerwGE 112, 263 ff. (II 2 b bb)).

#### 4 Zumutbare Schulwege

Es gibt keine Stimme, die dafür plädierte, dass der Schulweg zu den Genehmigungsvoraussetzungen einer Ersatzschule gehört. Das ist auch der Grund, warum es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch der Ersatzschule auf Erstattung der Beförderungskosten gibt. Deshalb erübrigt es sich auch, der Frage nachzugehen, ob die Schulweglänge in den Bereich der „Einrichtungen“ fällt.

Da die Schulweglänge die Gesundheit der Schüler beeinträchtigen könnte, wäre allenfalls daran zu denken, ob es gesundheitspolizeiliche Vorschriften gibt, die eine generelle Begrenzung der Schulwege zum Ziel haben. Abgesehen von diesbezüglichen Auffassungen in Gerichtsentscheidungen, die sich mit Beförderungsregelungen zu beschäftigen hatten, gibt es derartige Bestimmungen nicht.

Hanßen geht es freilich weniger um die Schulwege zu freien Schulen als um die zu staatlichen Schulen (S. 341/342). Wenn die Wege zu weit sind, könnte der Anspruch auf Besuch einer staatlichen Schule unerfüllbar sein. Um den Besuch einer staatlichen Schule gleichwohl zu gewährleisten, soll einer diesen Besuch behindernden Ersatzschulgründung die Genehmigung vorenthalten werden können. Er beruft sich dabei auf einen Satz aus dem Finanzhilfe-Urteil des BVerfG<sup>8</sup> und auf die Entscheidung des OVG MV vom 20. 12. 2006.<sup>9</sup>

Stichhaltig ist diese Berufung nicht. Das BVerfG handelt nicht von einer Genehmigungssperre, sondern von einer Berücksichtigung eines Schülerrückgangs bei der Zumessung einer öffentlichen Finanzhilfe. Der Staat müsse nicht „das Ersatzschulwesen zu Lasten seiner Schulen bevorzugen“. Er darf aber nicht – wäre fortzufahren – das Grundrecht auf Errichtung einer Ersatzschule einfachgesetzlich einschränken. Das OVG bestätigt dies, indem es feststellt, dass „die Genehmigung einer Ersatzschule nicht mit der Begründung versagt werden darf, dass durch die Verringerung der Zahl der Schüler an den benachbarten öffentlichen Schulen deren Bestand gefährdet“ sei. Es tritt damit nachdrücklich dem erstinstanzlichen VG Greifswald entgegen, das ähnlich wie Hanßen über die Versagung der Genehmigung nachgedacht hatte, wenn die Errichtung zur Folge hätte, dass in zumutbarer Entfernung zum Wohnort betroffener Schüler keine entsprechende Schule eines bestimmten Bildungsganges mehr vorgehalten würde. Die die Problematik verschärfende gesetzlich zwingende Zweizügigkeit für weiterführende Schulen in Brandenburg (§ 103 BbgSchG) muss entweder durch Novelle entschärft werden, oder die Schulverwaltung muss andere Lösungen finden, das Problem zu lösen. In keinem Fall kann der Landesgesetzgeber Regelungen für staatliche Schulen treffen, die so gebaut sind, dass Ersatzschulen nicht gegründet werden können und die Privatschulgarantie des Art. 7 (4) Satz 1 GG durch schlichte gesetzliche Vorgaben aufgehoben wird.

Dass der Staat als Schulträger tätig sein müsste, ist aus dem Wortlaut des Art. 7 (1) GG nicht ohne Weiteres abzuleiten. Einige Stimmen in der Literatur bestreiten das sogar.<sup>10</sup> Allerdings verpflichtet Art. 29 (2) BbgVf das Land, „öffentliche Bildungseinrichtungen zu schaffen“. Nach Art. 30 (5) BbgVf haben Land und kommunale Selbstverwaltungen die Pflicht, „Schulen einzurichten und zu fördern“. Gleichwohl besteht das (im richtigen Sinne) öffentliche Schulwesen

8 BVerfGE E 75,40 (67).

9 Dazu Vogel in R&B 1/09, S. 11 f.

10 *Jach, F.R.*, Schulvielfalt als Verfassungsgebot. Berlin 1992, S. 83; *Ingo Richter*, Das Grundgesetz – Eine gute Verfassung für Familie, Kultur und Bildung? Berlin 2009, S. 284–286; *Robbers, G.* in: Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 2005, Art. 7, Rn. 62, 64.

nach dem Grundgesetz gleichermaßen aus staatlichen und freien Schulen. Wichtig ist dies vor allem für die Standortkonkurrenz. Schulen in freier Trägerschaft müssen staatlicher Planung nicht weichen, wie andererseits der Staat nicht gehindert ist, seine Schulen neben Ersatzschulen zu stellen. Die Gründungsfreiheit des „Apotheken-Urteils“<sup>11</sup> gilt auch für die freien Schulen; eine Bedürfnisprüfung gibt es auch nach Hanßen nicht. Aber der Anspruch des Staates, als Schulträger ein flächendeckendes Schulwesen bereithalten zu müssen, verbaut die Sicht auf die Möglichkeit, ggf. mit den Ersatzschulen Kooperationsmodelle zu vereinbaren, um die lokalen Standortprobleme zu lösen.

## 5 Zusammenfassung

Es handelt sich um lokale Probleme. Die von Hanßen vorgeschlagenen Erweiterungen der Genehmigungsvoraussetzungen sind rechtlich nicht möglich. Es bedarf ihrer auch nicht.

*Verf.: Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Am Schlachtensee 2, 14163 Berlin*

---

11 BVerfGE 7, 377 ff.