

gigkeit und die Klassenfrequenzen gemäß den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen. Die Genehmigung einer Ersatzschule ist abhängig von der Einhaltung dieser Vorgaben.

Die Genehmigung einer Ersatzschule darf nicht mit der Begründung versagt werden, dass wegen der regionalen Standortkonkurrenz ein öffentliches Bedürfnis an der Errichtung nicht gegeben sei. Eine Genehmigung ist aber dann rechtswidrig, wenn auf Grund der Errichtung einer Schule in freier Trägerschaft unzumutbare Schulwege zu Schulen in öffentlicher Trägerschaft für Schülerinnen und Schüler entstehen würden und deren Anspruch sowie der ihrer Eltern auf den Besuch einer Schule in öffentlicher Trägerschaft nicht mehr zu verwirklichen wäre.

Die Genehmigung von Grundschulen ist gemäß Artikel 7 Abs. 5 GG zulässig, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse an der Errichtung anerkennt. Das setzt ein umfassendes, in sich geschlossenes Konzept voraus. Nur dann ist es gerechtfertigt, dass der Vorrang der Grundschule in öffentlicher Trägerschaft zurücktritt. Selbst wenn ein solches öffentliches Interesse vorliegt, darf es aber nicht zu einer flächendeckenden Zulassung von Grundschulen in freier Trägerschaft mit identischen Alternativkonzepten kommen.

*Verf.: Klaus-Detlef Hanßen, Schweinfurthstraße 90, 14195 Berlin, E-Mail: hanssenklaus@aol.com*

*Johann Peter Vogel*

## Was Schulverwaltungen von Ersatzschulgründern fordern

### 1 Bürokratievermehrung schränkt Freiräume ein

Mit dem Ansteigen der Schulgründungen haben sich auch die Nachweise, die einzelne Schulverwaltungen von Ersatzschulgründern zum Zwecke der Genehmigung fordern, vermehrt. Nicht nur haben einzelne Länder umfangreiche Listen von Unterlagen und Nachweisen entwickelt<sup>1</sup>, auch in der Literatur ist ein solcher Katalog veröffentlicht worden<sup>2</sup>. Wenn die Bundesregierung derzeit (2009) für ihr „Programm für Bürokratieabbau und bessere Rechtssetzung“ mit dem Slogan „Bürokratieabbau schafft Freiräume“ wirbt, dann gilt auch das Gegenteil: Vermehrung von Bürokratie schränkt Freiräume ein.

Deshalb sei im Folgenden die Frage gestellt, ob diese vielen Nachweis-Anforderungen erforderlich sind, um das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 (4) Sätze 3 & 4 GG zu prüfen. Zunächst mag dies eine Art Glasperlenspiel mit bürokratischen Peanuts sein; in der Praxis allerdings führen die Nachweise dazu, dass Gründer mit Aufgaben belastet werden, die erheblicher finanzieller und zeitaufwendiger Anstrengungen bedürfen. Zudem werden durch die

1 Hinzuweisen ist auf die VVPSchG BW, die ESGAV Bbg, die PSchVO MV, die beiden PSchG DVOen RP und die ESchVO LSA, die derzeit novelliert wird.

2 Jach, F.-R., Das Recht der Bildung und Erziehung in freier Trägerschaft (Grundriss), Loseblattsammlung 2008, Oz. 20, Kap. 13.

Nachweise weite Felder eröffnet, in denen Fehler und Lücken fast unvermeidlich sind, die dann das Projekt auf die lange Bank schieben. Und schließlich gehen Angaben aus den Nachweisen in die Genehmigungsbescheide ein, die die Träger auf eine Gestaltung ihrer Schule festlegen und damit die garantierten Freiheiten einschränken.

Ein Gründer ist in einer labilen Position: seine Schulgründung ist auf einen bestimmten nicht zu fernen Eröffnungszeitpunkt ausgerichtet, für den Räume, Lehrer, Schüler und Finanzen festgelegt sind; verschiebt sich der Zeitpunkt der Eröffnung um ein Schuljahr, steht der Gründer vor der Situation, hohe Kosten zu haben und/oder alles von vorn organisieren zu müssen. Deshalb wird er zeitaufwendige Rechtsmittel vermeiden, nolens volens mitspielen und Versprechungen abgeben, die er nicht einhalten kann.

Es erscheint deshalb wichtig, Schulverwalter und Schulpolitiker dafür zu sensibilisieren, dass den zumeist in Rechtsverordnungen geregelten Details eine erhebliche Bedeutung für die Wahrnehmung des Grundrechts auf Errichtung und Betrieb von Ersatzschulen zukommt. Im Folgenden sollen einige Nachweisforderungen auf ihre rechtliche Grundlage hin geprüft werden.

## 2 Genehmigungsvoraussetzungen und polizeiliche Anforderungen

Die von den Ersatzschulgründern erhobenen Nachweise dienen dem Zweck festzustellen, ob die Genehmigungsvoraussetzungen einer Ersatzschule sowie die dem Schutz der Öffentlichkeit vor Schäden und Gefahren dienenden polizeilichen Anforderungen<sup>3</sup> erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind übersichtlich:

- a. das Nichtzurückstehen hinter den Bildungszielen, den Einrichtungen und der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte (Art. 7 (4) Satz 3 GG);
- b. das Verbot, die Sonderung der Schüler nach ihren Besitzverhältnissen zu fördern (Art. 7 (4) Satz 3 GG);
- c. die genügende wirtschaftliche und rechtliche Sicherung der Lehrkräfte (Art. 7 (4) Satz 4 GG).

Polizeiliche Anforderungen sind:

- d. die persönliche Zuverlässigkeit (persönliche Geeignetheit) und Verfassungstreue des Trägers, der Leiter und der Lehrkräfte der Schule<sup>4</sup>;
- e. die bau- und hygienepolizeilichen Anforderungen an die Schulgebäude<sup>5</sup> sowie die gesundheitspolizeilichen Maßnahmen (Reihenuntersuchungen u.ä.) in der Schule.
- f. Für Grundschulen muss zusätzlich entweder nachgewiesen werden, dass es sich um eine Bekenntnisschule handelt (mit entsprechender Liste der beantragenden Eltern), oder dass eine

3 So schon *Heckel, H.*, Deutsches Privatschulrecht 1955, Anm. 25 und 27; *Vogel, J.-P.*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3, 1997, Kap. 5 (S. 65 ff.).

4 *Heckel*, a.a.O., Anm. 27; *Vogel*, a.a.O., Kap. 5.3 (S. 67 ff.).

5 *Heckel*, a.a.O., Anm. 25; *Vogel*, a.a.O., Kap. 5.2.1. (S. 66 f.).

besondere pädagogische Prägung vorliegt, die ein besonderes pädagogisches Interesse auslöst (Art. 7 (5) GG).

In den landesgesetzlichen Bestimmungen werden häufig Genehmigungsvoraussetzungen und polizeiliche Anforderungen durcheinandergeworfen<sup>6</sup>. Dabei geraten grundsätzliche Unterschiede zwischen beiden aus dem Blick: Die Genehmigungsvoraussetzungen gelten nur für Ersatzschulen; ihre Erfüllung darf nicht hinter den Anforderungen staatlicher Schulen zurückstehen. Die polizeilichen Anforderungen gelten für alle freie Schulen (Ersatz- und Ergänzungsschulen)<sup>7</sup>; sie gestatten keine gleichwertige, sondern nur eine gleichartige Erfüllung. Die bei Ergänzungsschulen erforderliche Anforderung auch der fachlichen Eignung von Leitern und Lehrkräften wird im Falle der Ersatzschulen von der Genehmigungsvoraussetzung des Nichtzurückstehens in der wissenschaftlichen Ausbildung aufgesogen<sup>8</sup>.

Berücksichtigt man diese überschaubaren verfassungsrechtlichen und polizeilichen Vorgaben, erscheint eine an die Gründer gerichtete Nachweisliste von ca. 20 Punkten übersetzt, und es fragt sich, ob sich dies alles aus den Verfassungs- und landesgesetzlichen Bestimmungen ableiten lässt. Im Folgenden soll dies anhand einiger zentraler Forderungen untersucht werden.

### 3 Einzelne Nachweispflichten

#### 3.1 Der Nachweis der Konzeption

Einleitend sei eine besonders umfassende Nachweisforderung innerhalb der einschlägigen Bestimmungen zitiert. § 3 (6) Nr. 3 ESchVO LSA fordert den Nachweis einer „pädagogischen Konzeption der Schule mit Angaben über die Gegenstandsbereiche des Unterrichts, Rahmenrichtlinien, Rahmenlehrpläne, Lehrpläne und Einheitliche Prüfungsanforderungen, insbesondere wenn diese nicht mit den Vorgaben der entsprechenden öffentlichen Schule übereinstimmen, Lernziele, Stundentafeln, Leistungsbewertung, Versetzungsregelungen, vorgesehene Abschlüsse, gegebenenfalls Prüfungsordnungen, Organisation der Schule und der Ausbildung“<sup>9</sup>.

Die gesetzliche Vorgabe ergibt sich aus § 16 (1) SchG LSA, wonach Schulen Ersatzschulen sind, „wenn sie in ihren Bildungs-, Ausbildungs- und Erziehungszielen öffentlichen Schulen entsprechen. Sie können in ihrer inneren und äußeren Gestaltung von den Anforderungen abweichen, die an entsprechende öffentliche Schulen gestellt sind, wenn die Gestaltung der Schule insgesamt als gleichwertig anzusehen ist“<sup>10</sup>.

**3.1.1** Hier zeigt sich, dass die Konzeption der Schule nicht im Zusammenhang mit der Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen, sondern im Zusammenhang mit der Frage gefordert

6 Beispiele etwa Art. 92 (2) BayEUG; § 98 (3) SchG B; § 145 (1) SchG Nisa; § 115 (3) SchG SH.

7 Avenarius, H., Schulrechtskunde 7, 2000, S. 207 unter Berufung auf Heckel und Vogel.

8 Heckel, a.a.O., Anm. 28; Vogel, a.a.O., Kap. 5.4. (S. 71).

9 Ähnlich, wenn auch nicht ganz so detailliert, § 1(1) Nr. 7 und Nr. 10 sowie (2) Nr. 6 und 7 PSchVO MV, §§ 5, 6 (3) Nr. 4 PSchG DVO RP, § 1 (1) 1. DVO PSchG SL sowie Merkblatt der Landesschulbehörde Niedersachsen „Schulen in freier Trägerschaft“ L 8. Knapper Nr. 8 (1) Nr. 7 VVPsSchG BW und § 3 Nr. 5 ESGAV Bbg. Siehe auch Jach, a.a.O., Oz. 20, Kap. 13, Nr. 3.1.

10 Ähnlich § 5 PSchG RP; § 5 (1) PSchG SL; § 3 SächsFrTrSchG; § 4 (1) ThürSchfTG.

wird, ob überhaupt eine Ersatzschule vorliegt. Offensichtlich geht es darum, ob „die Gestaltung der Schule insgesamt als gleichwertig anzusehen ist“. Eine solche Verknüpfung der Ersatzschuldefinition mit umfassenden Gleichwertigkeitsanforderungen ist allerdings verfassungsrechtlich fragwürdig; erreicht werden soll nämlich durch diese Verknüpfung eine sehr viel weiter gehende Überprüfung der Schule auf ihre Gleichwertigkeit hin als in den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 (4) Satz 3 GG vorgesehen ist.

Die „Schule als Ersatz für öffentliche Schulen“ wird in Art. 7 (4) Satz 2 GG nicht definiert, ist aber inzwischen häufig Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Danach ist sie die Schule, „die nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck als Ersatz für eine im Lande vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen soll“<sup>11</sup>. Dabei geht es von einem nicht unerheblichen Spielraum aus: Die eingeprägte Schulart muss im staatlichen Schulwesen nicht vorhanden sein; ausschlaggebend ist, dass „im Kern“ gleiche Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden und zu Abschlüssen staatlicher Schularten geführt wird<sup>12</sup>. Mit Schwierigkeiten beim Schulwechsel wird gerechnet, aber sie sind nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist, dass am Ende der letzten Schulklasse zu den gesetzlich beschriebenen Qualifikationen hingeführt werden soll<sup>13</sup>. Die Ersatzschule ist also geprägt durch einen Schultyp, der funktional als Ersatz für eine staatliche Schulart dienen kann, und durch einen staatlichen Abschluss<sup>14</sup>. Der Weg dahin liegt in erster Linie in der Gestaltungsfreiheit des Trägers. Gleichwertigkeit der geplanten Schule „insgesamt“ ist hier kein Kriterium. Wo dies landesgesetzlich so bestimmt ist, kann diese Formulierung nur als eine Vermengung von Ersatzschuldefinition und Genehmigungsvoraussetzungen verstanden werden. Eine Gleichwertigkeit über die Genehmigungsvoraussetzungen hinaus, etwa des gesamten „inneren und äußeren Schulbetriebs“<sup>15</sup>, wäre eine unzulässige Ausweitung der Genehmigungsvoraussetzungen.

3.1.2 Die drei Gleichwertigkeitsmerkmale der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 (4) Satz 3 GG – Nichtzurückstehen in den Lehrzielen, den Einrichtungen und der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte – müssen nachgewiesen werden durch eine Beschreibung der Ziele und Einrichtungen sowie durch Vorlage der Ausbildungsunterlagen der Lehrkräfte. Auch hier schließen einige Schulverwaltungen aus den drei Merkmalen, dass damit der gesamte innere und äußere Schulbetrieb gemeint sei<sup>16</sup> und die Genehmigungsunterlagen sich auf den ganzen Betrieb beziehen müssten<sup>17</sup>. Wie bereits unter 3.1.1. festgestellt, ist dies eine erhebliche Überschreitung der Aufsicht über die Genehmigungsvoraussetzungen.

Wendet man diese Gesichtspunkte auf den eingangs zitierten § 3 (6) Nr. 3 ESchVO LSA an, dann kann diese Formel allenfalls auf Grundschulen besonderer pädagogischer Prägung nach

11 BVerfGE 27, 195 ff.; ständige Rechtsprechung.

12 BVerfGE 90, 128 ff. (C11).

13 BVerwGE 112, 263 ff. (II 2 a).

14 Dazu im einzelnen Vogel, Zur Genehmigung von Ersatzschulen, DÖV, 2008, S. 895 ff. (897 ff.).

15 § 2 (2) ESchVO LSA. Konsequenz, wenn auch unzutreffend wendet § 2 SchG LSA die Bestimmungen des gesamten Schulgesetzes auf Schulen in freier Trägerschaft an, es sei denn, es würde etwas anderes bestimmt. Dies überschreitet die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 (4) GG bei weitem. Alle anderen Landesschulgesetze regeln die Geltung des Gesetzes umgekehrt: die Bestimmungen gelten nur dann für Schulen in freier Trägerschaft, wo dies ausdrücklich bestimmt ist (am weitestgehenden § 13 (5) ThürSchG).

16 § 144 SchG Nisa. Dagegen zuletzt Kösling, A.M., Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG. Baden-Baden 2005, S. 182 hält diese Ausweitung für „ersichtlich überzogen“.

17 § 1 (1) Nr. 7 & 10, (2) Nr. 6 & 7 PSchVO MV; §§ 5, 6 (3) Nr. 4 PSchG DVO RP; § 1 (1) 1. DVO SL; §§ 2 (2), 3 (6) Nr. 3 ESchVO LSA.

Art. 7 (5) GG angewandt werden, weil hier die besondere pädagogische Konzeption dargelegt werden muss. Bei Ersatzschulen der Sekundarstufen ist eine so erweiterte Nachweispflicht verfassungsrechtlich nicht geboten. Hier genügt zur Feststellung, ob eine Ersatzschule vorliegt, der ausreichende Nachweis für eine Feststellung des Schultyps, also eine allgemeine Konzeption, aus der die Schulart und der Abschluss hervorgehen, also Klassenstufen und der beabsichtigte Fächerkanon, sowie Stundentafeln, aus denen sich die Verteilung der Stunden und Fächer auf die einzelnen Schuljahre ergibt. Das ergibt sich aus der Genehmigungsvoraussetzung gleichwertiger Einrichtung, wobei „Einrichtung“ i.S. Art. 7 (4) Satz 3 GG (nur) diejenige ist, die der Verwirklichung der Bildungsziele dient<sup>18</sup>.

Fragwürdig ist auch eine Nachweisforderung für die „Organisation der Schule“. Der Entwurf 2008 der ESchO LSA (§ 1 (3)) sieht sogar vor, dass der Schulträger den Nachweis zu erbringen hat dafür, „dass er die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen für die Errichtung, die Organisation und die Verwaltungsführung der einzelnen Ersatzschule dauerhaft erfüllt“<sup>19</sup>. Eine gesetzliche oder verfassungsrechtliche Grundlage gibt es dafür nicht. Gem. § 14 (2) SchG LSA obliegt den freien Trägern „die Organisation (des Unterrichts)“; es ist also alleinige Aufgabe des Trägers, sein „Unternehmerrisiko“, dafür zu sorgen, dass die Schule organisatorisch und verwaltungstechnisch professionell geführt wird. Die Schulaufsicht hat keinerlei rechtliche Grundlage, dies zu beaufsichtigen, zu kontrollieren oder Nachweise zu fordern.

Mehr ist auch für die Feststellung der Ersatzschulqualität und ihrer Einordnung in das Landes-schulwesen sowie der Genehmigungsvoraussetzung nach Art. 7 (4) Satz 3 GG nicht erforderlich. Die in § 3 (6) Nr. 3 ESchO LSA und ähnlichen Ordnungen vorgesehenen Formulierungen gehen zu weit; ein Nachweis dieser Art muss nicht erbracht werden. Der Weg zu den Bildungszielen ist der Schulaufsicht entzogen<sup>20</sup>.

**3.1.3** Die Ausdehnung der Gleichwertigkeitsanforderungen und entsprechender Nachweise auf den ganzen inneren und äußeren Schulbetrieb hat erhebliche Folgen für den verfassungsrechtlich garantierten Gestaltungsspielraum der Ersatzschule<sup>21</sup>, denn aus den gemachten Angaben entstehen nicht selten Nebenbestimmungen in den Genehmigungsurkunden, die den Träger weithin an staatliche Vorgaben binden, z.B. an (vollständige) Lehrpläne, von denen behauptet wird, sie seien „Mindestlehrpläne“<sup>22</sup>, an Stundentafeln und ganze Schulordnungen. Von diesen wieder wird die Berechtigung abgeleitet, im so beschriebenen Umfang Fachaufsicht ausüben zu dürfen<sup>23</sup>.

**3.1.4** Besonders widersinnig ist die Bindung von freien Grundschulen an die staatliche Grundschulordnung<sup>24</sup>, denn die Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 (5) GG setzt voraus, dass die Grundschule eine eigene pädagogische Prägung hat, die geeignet sein muss, ein besonderes päd-

18 Müller, F., Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz. Berlin 2/1982, S. 130; zustimmend Kösling, a.a.O., S. 167 f.

19 Ähnlich auch § 1 (1) Nr. 7, (2) Nr. 7 PSchVO MV.

20 BVerwGE 112, 263 ff.(II 3).

21 „Ohne Selbstbestimmung im schulischen Wirkungsbereich bleibt das Recht zur Errichtung von privaten Ersatzschulen inhaltslos“ (BVerfGE 75, 40 ff., C II 2 a).

22 Art. 93 (1) BayEUG behält sich den Erlass von Mindestlehrplänen ausdrücklich vor. § 11 (1) PSchG DVO RP bezeichnet die staatlichen Lehrpläne als „Mindestlehrpläne“.

23 Mir sind solche Fälle aus Bayern und Brandenburg bekannt.

24 VG Augsburg, Urteile vom 31. 1. 2006, Az. 3 K 05.1255 und vom 17. 4. 2007, Az. 3 K 06.1072.

agogisches Interesse zu begründen. Mit der Bindung wird die besondere Prägung wieder aufgehoben; der Schule müsste die Genehmigung wieder entzogen werden.

### 3.2 Nachweise für Lehrer und Leiter der Schule

Die Genehmigungsvoraussetzung Nichtzurückstehen in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrer<sup>25</sup> gilt auch für den Leiter<sup>26</sup>. Darüber hinaus muss die Schule für ihn auch einen Nachweis über seine persönliche Eignung (Zuverlässigkeit) und Verfassungstreue vorlegen<sup>27</sup>. Eine zusätzliche fachliche Leiterqualifikation ist aus den Genehmigungsvoraussetzungen nicht zu entnehmen, wird aber gefordert<sup>28</sup>.

Die zur Begründung angezogene Entscheidung des BVerwG erscheint allerdings in ihrer Allgemeinverbindlichkeit zweifelhaft. Sie ist im Ergebnis zutreffend, soweit es den zugrundeliegenden nordrhein-westfälischen Fall betrifft, weil dort Ersatzschullehrer auf Planstellen eingesetzt werden, die öffentlich refinanziert und, sofern die Schule geschlossen wird, staatlich garantiert werden (§§ 103 (1), 111 SchG NRW); in einem solchen Fall wird die Genehmigung der Eignetheit eines (stellvertretenden) Leiters über die Finanzhilfebestimmungen (vorgegebene Stellenkegel, § 107 SchG NRW) gerechtfertigt. In den übrigen Bundesländern gibt es aber eine solche „Quasi-Beamtenstellung“ des Ersatzschullehrers und -leiters nicht. Die Begründung des Gerichts, „wissenschaftliche Ausbildung“ betreffe über die fachliche Ausbildung als Lehrer hinaus auch eine Qualifikation für eine leitende, koordinierende und überwachende Beschäftigung mit Aufgaben der Unterrichtsverwaltung, ergibt sich m.E. aus Art. 7 (4) Satz 3 GG und § 102 (1 und 2) SchG NRW (in der Entscheidung noch § 41 (2) SchOG) gerade nicht; die das Grundrecht einschränkende Genehmigungsvoraussetzung kann nicht auf beliebige Tätigkeitsqualifikationen ausgedehnt werden.

Der vom Träger im Rahmen seiner organisatorischen Gestaltungsfreiheit eingesetzte Leiter muss angezeigt<sup>29</sup>, aber in seiner Leiterfunktion nicht genehmigt werden.

### 3.3 Nachweise hinsichtlich der Mitwirkung in der Schule

Eine Genehmigungsvoraussetzung, etwa das Nichtzurückstehen in den Regelungen der Mitwirkung, gibt es in Art. 7 (4) Sätze 3 und 4 GG nicht. Eine Ausweitung dieser Genehmigungsvoraussetzungen ist unzulässig<sup>30</sup>. Das Demokratiegebot des Art. 20 (1) GG betrifft die demokratische Legitimation der Institution Schule durch die Kette vom Volkswillen über das Parlament, der Schulverwaltung bis zur Schulverwaltung. Diese Legitimation kann durch gewählte Vertreter der

25 Vogel, Zur Problematik der Unterrichtsgenehmigung für Lehrer an Ersatzschulen, in: Erbguth et al., Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, Berlin 1999, S. 371 ff.

26 § 3 (1) Nr. 2 ESGAV Bbg; § 1 (2) Nr. 4 PSchVO MV; §§ 101 (5), 102 (1 & 2) SchG NRW sowie Merkbl. Nisa. (Fn. 9), E.

27 So viele Länder, z.B. Art. 92 (2) Nr. 1 BayEUG, § 6 (1) Nr. 5 HmbSFTG, § 115 (3) Nr. 2 SchG SH, § 5 (1) Nr. 3 ThürSchFTG.

28 Als einzige Bestimmung in den Landesregelungen § 16 a (2) SchG LSA (3 Jahre erfolgreicher Unterricht) und § 5 (2) ESchVO LSA (schulformbezogene Qualifikation). Neuerdings auch Kabinettsentwurf 2009 für eine Novelle des PSchG SL, die sogar eine fachliche Qualifikation des Trägers (!) vorsieht. Siehe auch *Jach F.-R.*, a.a.O., S. 106 f. unter Berufung auf BVerwG, Beschluss v. 6. 4. 1990, NVwZ 1990, 864 (s. auch *Avenarius*, a.a.O., S. 211 Fn. 43).

29 So z.B. Nr. 8 (1) Nr. 5 VVPsSchG BW; § 2 Nr. 6 ESGAV Bbg; § 1 (1) Nr. 5 PSchVO MV.

30 H.M.

Beteiligten an der Schule und deren wie immer ausgestatteter Mitsprache nicht hergestellt werden<sup>31</sup>. Entsprechend abgeschwächt findet sich Mitwirkung verschiedenen Umfangs in fast allen Landesgesetzen<sup>32</sup>.

3.3.1 Die Mitwirkung findet sich erstmals als Teil der Genehmigungsvoraussetzungen im Schulgesetzentwurf des Deutschen Juristentags 1980<sup>33</sup>. Aus der Begründung dazu ergibt sich, dass es sich nur um die Mitwirkung der Schüler handelt, und zwar unter dem Gesichtspunkt, dass sie ein Instrument der Erziehung zum mündigen Bürger ist<sup>34</sup> und damit unter die Bildungsziele subsumiert werden kann, die nach Art. 7 (4) Satz 3 GG nicht hinter denen entsprechender staatlicher Schulen zurückstehen dürfen. Es handelt sich also nicht um die Forderung platten Demokratiegebotes oder um eine (unzulässige) Erweiterung der Genehmigungsvoraussetzungen, sondern um ein Merkmal des Nichtzurückstehens der Bildungsziele. Zutreffend fordern die Landesgesetze auch (nur) „Formen“ der Mitwirkung.

3.3.2 Die Mitwirkung der Eltern und Lehrer lässt sich jedoch nicht gleicherweise unter eine der Genehmigungsvoraussetzungen subsumieren. Nach W. Edelstein könnte die Mitwirkung aller Beteiligten erforderlich sein, um als „demokratische Schulkultur“ den Erwerb sozialer und demokratischer Handlungskompetenzen zu fördern<sup>35</sup>. Gemeint ist aber immer die staatliche Schule. Deren Herrschaftsstruktur ist wesentlich unterschieden von der an Schulen in freier Trägerschaft. Die Mitwirkung der Eltern an staatlichen Schulen ist gedacht als Ausgleich für die Erziehungsverpflichteten in einem öffentlichen Rechtsverhältnis der Über- und Unterordnung<sup>36</sup>, gleichsam der Versuch einer Demokratisierung gegen die Struktur<sup>37</sup>. „Demokratische Strukturen in <staatlichen> Schulen müssen nicht, können aber zu einer besseren Wahrnehmung der Aufgaben von Schulen führen“<sup>38</sup>, im Wege breiterer Akzeptanz der Entscheidungen.

Anders an Schulen in freier Trägerschaft; hier stehen sich Eltern und Schule in einem freiwillig eingegangenen Vertragsverhältnis auf „gleicher Augenhöhe“ gegenüber; sie können sogar selbst Schulträger oder Teil des Schulträgers sein. Infolgedessen ist der Versuch, die Elternmitwirkung den „Einrichtungen“ zuzuordnen, in denen die Ersatzschule nicht zurückstehen darf, nicht schlüssig. Sie ist es auch deshalb nicht, weil die in Art. 7 (4) GG genannten „Einrichtungen“ der Erreichung der „Bildungsziele“ dienen müssen; die Elternmitwirkung dient aber diesem Ziel nicht<sup>39</sup>; allenfalls mittelbar könnte sie den Bildungszielen dienen, indem sie den Schülern die

31 Müller, J., Schulische Eigenverantwortung und staatliche Aufsicht, Baden-Baden 2006, S. 190 ff. (195).

32 Mitwirkung der Schüler in Art. 56 (2) Nr. 2 BayEUG, § 141 (2) SchG Nies; der Schüler und Eltern in § 98 (7) SchG B, § 4 (2) HmbSfTG, § 171 (4) SchG He, § 120 (1) Nr. 4 SchG MV, § 100 (5) SchG NRW, Art. 104 SächsVf (s. auch Jach, a.a.O., Oz. 20, Kap. 13 Nr. 3.7); der Schüler, Eltern und Lehrer in § 121 (5) SchG Bbg, §§ 22 (3), 24 SchG RP, Art. 29 (2) Vf LSA, § 2 (1) i.V. mit §§ 45 ff., 55 ff. SchG LSA und § 3 (5) Nr. 5 ESchVO LSA.

33 Deutscher Juristentag: Schule im Rechtsstaat, Band I, Entwurf für ein Landesschulgesetz, München 1981, § 105 (2) Nr. 3 DJT SchGE.

34 Deutscher Juristentag, a.a.O., S. 395. So auch Kösling, a.a.O., S. 189.

35 Zuletzt Edelstein, W., „Demokratie lernen und leben“, PädF 2008, S. 148 ff.

36 Müller, J., Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus – auch in der Schule? (PädF 2008, S. 151 ff.) spricht von „struktureller Unterlegenheit auch von Eltern gegenüber Lehrern und Schulleitung“ an staatlichen Schulen als Grund für eine Mitwirkung.

37 So Edelstein, S. 147 f.

38 Müller, J., a.a.O.; Kösling, a.a.O., S. 189 nennt bezeichnenderweise außer der Schülermitwirkung die Elternmitwirkung nicht unter der Genehmigungsvoraussetzung „Einrichtung“.

39 Art. 104 SächsVf, Art. 29 (2) Vf LSA i.V. mit § 2 (1) i.V. mit §§ 45 ff., 55 ff. SchG LSA und § 3 (5) Nr. 5 ESchVO LSA.

Wahrnehmung, dass auch andere Gruppierungen an der Mitwirkung teilnehmen und in Interessenkonkurrenz zueinander treten, ermöglicht.

Wo die Mitwirkung der Eltern in der Schule in der Landesverfassung verankert ist, widerspricht dies den Bestimmungen des Art. 7 (4) GG nicht; erst die landesgesetzliche Konkretisierung steht Art. 7 (4) GG entgegen, soweit sie Elternmitwirkung an Schulen in freier Trägerschaft fordert.

3.3.3 Die Mitwirkung der Lehrer an Staatsschulen setzt sich zusammen aus der pädagogischen in den Konferenzen und der gewerkschaftlichen als Beamte oder Öffentliche Angestellte im Personalrat; beim freien Träger sind sie private Angestellte und wirken mit in Betriebsräten oder (an konfessionellen Schulen) Mitarbeitervertretungen. Hinsichtlich der Organisation der Konferenzen ist der Schulträger frei. Es ist also sehr zweifelhaft, ob die Lehrermitwirkung in Konferenzen eine „Einrichtung“ ist, die der Erreichung der Bildungsziele dient.

Die Anforderungen in dieser Hinsicht sind gesetzlich nicht legitimiert, und wenn sie es wären, verfassungsrechtlich fragwürdig. Ein Nachweis für die Mitwirkung der Eltern und Lehrer muss nicht erbracht werden. Die Bildung von Vertretungen dieser Beteiligten (es sind je nach Eigenart der Schule auch noch Altschüler oder umliegende Gemeinde vertreten) gehört in den Bereich der Selbstbestimmung des Trägers.

#### 3.4 Nachweis der finanziellen Situation der Schule

In verschiedenen Bestimmungen wird die finanzielle Sicherung der Schule angesprochen. In mehreren Landesbestimmungen werden „Angaben zur Finanzierung des Schulbetriebs und – soweit ein Schulgeld erhoben wird – Angaben zu dessen Höhe, zur Schulgeldbefreiung und Schulgeldermäßigung sowie über sonstige im Zusammenhang mit dem Betrieb der Schule für die Erziehungsberechtigten und die Schüler entstehenden Kosten“ erhoben<sup>40</sup>. Weiter wird verlangt, dass dem Genehmigungsantrag beizufügen ist „der Haushaltsvoranschlag der Schule mindestens für drei Jahre sowie ein Nachweis über die Aufbringung der Eigenleistung und diesbezüglicher Leistungen Dritter (Bürgschaften, Kreditverträge, Spenden), gegebenenfalls Bereitschaft der Eltern zur Erhöhung des Schulgelds“<sup>41</sup>. Es handelt sich also um Auskünfte zum einen hinsichtlich der gesamten Schulfinanzierung, zum anderen um die Einhaltung des Sonderungsverbots.

3.4.1 Für die Auskunftsforderung hinsichtlich der gesamten Schulfinanzierung fehlt jede rechtliche Grundlage. Es gibt keine Genehmigungsvoraussetzung, die etwa eine genügende Sicherung der Finanzierung der Schule forderte. Weder das Sonderungsverbot (Art. 7 (4) Satz 3 GG), noch das Gebot, die Lehrkräfte rechtlich und wirtschaftlich genügend zu sichern (Art. 7 (4) Satz 4 GG), rechtfertigen, den Haushalt der Schule auf drei Jahre und die gesamte Finanzierung des Schulbetriebs auszuforschen. Den Nachweisforderungen lagen früher Bestimmungen zugrunde, die sich auf die Abrechnung der von der Genehmigung an gezahlten öffentlichen Finanzhilfe und auf den Verbleib öffentlicher Mittel bezogen; in diesen Fällen sehen die Landesgesetze vor, dass die

40 § 3 (5) Nr. 6 ESchVO LSA, ähnlich Nr. 8 (2) Nr. 6 VVPSchG BW, § 3 ESZV Bbg, § 1 (2) Nr. 8 und 9 PSchVO MV. Die sehr weitgehenden Überprüfungen des Schulhaushalts in NRW und SI rühren von der besonderen Berechnungsart der Finanzhilfe dort (Defizitdeckungssystem) her. De facto wird die Schulgelderhebung in NRW und RP verboten.

41 § 3 (6) Nr. 7 ESchVO LSA, Merkbl. Nisa (Fn. 9), L 9; ähnlich § 3 (1) Nr. 8 ESGAV Bbg.



Schulbehörden das Recht haben, „Berichte und Nachweise zur Erfüllung der Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfe zu fordern“<sup>42</sup>.

Die Einführung der Wartefrist zwischen Genehmigung und erster Regelfinanzhilfe hat die Situation der Gründer grundsätzlich gewandelt: Genehmigte Ersatzschulen erhalten z.B. in Sachsen-Anhalt, entgegen der eindeutigen Rechtsprechung<sup>43</sup> keine öffentliche Finanzhilfe<sup>44</sup>, und fast alle Länder haben jahrelange Wartefristen festgelegt<sup>45</sup>; Grund dafür ist, „den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden“. Die Gründer „müssen bereit sein, die <mit der Gründung> verbundenen Risiken in Kauf zu nehmen“<sup>46</sup>. Damit fällt, solange die Wartefrist währt, die gesamte Finanzierung der Schule in das Unternehmerrisiko des Trägers<sup>47</sup>. Die wirtschaftliche Solidität der Schule erweist sich nun in ihrer Lebensfähigkeit während der Wartefrist<sup>48</sup>. Die Vorlage solider Finanzpläne hat keinen Sinn, denn sie hat keinen Einfluss auf die Wartefrist. Begründungen einer Nachweispflicht hinsichtlich der finanziellen Situation der Schule wie die, Schulen könnten nur genehmigt werden, wenn sie auf Dauer angelegt seien, oder Neugründungen müssten vor Risiken bewahrt werden, verfangen nicht, weil der Staat selbst mit der Beschränkung seiner Finanzhilfe das Risiko erhöht, das er vorgeblich abwenden möchte.

Deshalb ergibt sich, solange keine Finanzhilfe geleistet wird, kein rechtlicher Anlass, Angaben über die Finanzierung der Schule zu fordern oder abzugeben.

3.4.2 Nachweise zur Einhaltung des Sonderungsverbots beruhen auf der Genehmigungsvoraussetzung des Verbots, die Sonderung der Schüler nach ihren Besitzverhältnissen zu fördern (Art. 7 (4) Satz 3 GG). „Die Privatschule muss allgemein zugänglich sein“ in dem Sinne, dass sie grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Wirtschaftslage <der Schüler> besucht werden kann“<sup>49</sup>. Die Rechtsprechung des BVerfG hat festgestellt, dass „die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen heute ein empirisch gesicherter Befund“ sei, da die Ersatzschulträger nicht in der Lage seien, die Genehmigungsvoraussetzungen gleichzeitig dauerhaft zu erfüllen<sup>50</sup>. In einem weiteren Urteil hat sie dann, um die Wartefrist bis zum Einsetzen der obligatorischen Finanzhilfe zu begründen, allerdings für möglich gehalten, dass Träger es in der Anfangsphase nach Genehmigung doch könnten; die Eltern müssten eben die finanzielle Deckung der Kosten über das zulässige Schulgeld hinaus mit einem (der Höhe nach unbegrenzten) „Bildungsengagement“ leisten<sup>51</sup>.

Mit anderen Worten: Das Sonderungsverbot ist bis zum Einsetzen der öffentlichen Finanzhilfe faktisch aufgehoben. Diese Interpretation des BVerfG muss bei der Prüfung der Einhaltung des Sonderungsverbot im Rahmen der Genehmigung einer Ersatzschule berücksichtigt werden.

42 So alle Finanzhilferegulungen der Länder.

43 BVerfGE 75, 40 ff. (C II).

44 § 18 (1) Satz 1 SchG LSA. Eine entsprechende Änderung sieht auch der Kabinettsentwurf zum PSchG SL vor.

45 So die Finanzhilferegulungen aller Länder (bisher außer SL.) in der Folge von BVerfGE 90, 107 ff.

46 BVerfGE 90, 117 ff. (3 & 3 a).

47 Zum Unternehmerrisiko BVerwGE 70, 290 ff. (I11 und 2); BVerfG 1997 (Kammerbeschluss) SPE n.F.236, S. 133 ff. Vogel, Folgerungen für die Praxis der Länder, Schulträger und Schulen, in: Müller, F./Jeand'Heur, B. (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Freien Schule 2, 1996, S. 92 ff. (97).

48 BVerfGE 90, 117 ff. (3 b): „Ob <der Schule die pädagogische Bewährung> gelingt, darf der Gesetzgeber eine Zeitlang abwarten, ehe er zur ständigen Förderung übergeht“.

49 BVerfGE 75, 40 ff. (C II 2 b).

50 BVerfGE 75, 40 ff. (C III 2 & II 2 b).

51 BVerfGE 90, 107 ff. (3 d) bb).

Dem Träger muss bis zum Einsetzen der obligatorischen Finanzhilfe die Freiheit zugestanden werden, entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG zusätzlich zum zulässigen Schulgeld weitere finanzielle Leistungen in unbegrenzter Höhe von den Eltern zu erheben. Die Schulverwaltung kann nicht gleichzeitig die Wartefrist praktizieren und darauf bestehen, dass der Träger die allgemeine Zugänglichkeit der Schule gewährleistet und seine Einnahmen von den Eltern auf das zulässige Schulgeld begrenzt. De facto würde damit eine Begrenzung der Gründungen auf „reiche“ Träger stattfinden und eine weitreichende Errichtungssperre eingeführt. Eine Prüfung der allgemeinen Zugänglichkeit der Schule ist erst möglich, wenn die volle obligatorische Finanzhilfe einsetzt.

#### 4 Zusammenfassung

Die Vermehrung der bei Gründung einer Ersatzschule vom Schulträger verlangten Nachweise überschreitet in den herausgegriffenen Punkten die verfassungsrechtlichen und landesgesetzlichen Vorgaben. Dies wird an vier Beispielen – der Konzeption, der Leiterqualifikation, der Mitwirkung und der finanziellen Ausstattung – gezeigt; bei einer Überprüfung der Landesregelungen im einzelnen dürften sich noch mehr Überschreitungen ergeben. Jedenfalls ist eine gründliche Prüfung angebracht, welche Nachweise zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen und polizeilichen Anforderungen erforderlich sind. Gründer sind darauf angewiesen, dass die Genehmigung innerhalb der geplanten Zeit vorliegt; im Zweifel werden sie lieber die Zumutungen zu befriedigen suchen als sich mit Rechtsauseinandersetzungen aufzuhalten. Gleichwohl sollen die dargestellten Beispiele Gründer ermutigen, gegebenenfalls auch schon während des Genehmigungsverfahrens, dann aber auch nach Genehmigung Rechtsmittel zu gebrauchen, wenn der bürokratische Wildwuchs nicht durch Verhandlungen oder politische Intervention zurückgeschnitten werden kann.

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

*Ingo Krampen*

## Welche Rechtsform passt für welche Schule? Geeignete Träger für Schulen in freier Trägerschaft

#### 1 Vorbemerkung

In Deutschland gab es nach Angaben des Statistischen Bundesamtes im Schuljahr 2006/07 rund 4.700 Privatschulen, heute in den meisten Schulgesetzen der Länder zutreffender Weise *Schulen in freier Trägerschaft* genannt<sup>1</sup>. Hinzu kommen weitere Bildungseinrichtungen in freier Trägerschaft, z.B. Sprachschulen, Weiterbildungs-Institute oder Nachhilfeeinrichtungen. Die rund 4.700 statistisch erfassten Privatschulen unterteilen sich in 2.867 allgemein bildende und 1.844 berufs-

1 Z.B. in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.