Schule

Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft

Schule

Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen

Aktuelle Rechtsfragen in einer angespannten Beziehung

von Prof. Dr. jur. Hermann Avenarius
Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung
erstattet im Auftrag der Max-Traeger-Stiftung

Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft

Impressum

Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft
Hauptvorstand
Reifenberger Str. 21
60489 Frankfurt
069/78973-0
Fax: 069/78973-202
E-Mail: info@gew.de
www.gew.de

Verantwortlich: Marianne Demmer, Ulf Rödde (V.i.S.d.P.)
Redaktion: Martina Schmerr
Gestaltung: Bettina Hackenspiel
Druck: Druckerei Hassmüller

Das Rechtsgutachten wurde finanziert durch die Max-Traeger-Stiftung.

ISBN: 978-3-939470-61-8

Die Broschüre erhalten Sie im GEW-Shop (Artikelnr.: 1393).
www.gew-shop.de, E-Mail: gew-shop@callagift.de, Fax: 06103-30332-20
Mindestbestellmenge: 10 Exemplare, Einzelpreis 2,00 Euro
Preise zzgl. Verpackungs- und Versandkosten

Einzelexemplare können Sie anfordern unter: broschueren@gew.de,
Fax: 069/78973-70161. Einzelpreis 2,00 Euro zzgl. Porto.

Mai 2011

Inhalt

Vorwort 5

1 Einleitung 7

2 Verfassungsrechtliche Grundlagen 9

2.1 Ersatzschulen, Ergänzungsschulen 9
2.2 Genehmigung der Ersatzschule 9
2.3 Zulassung privater Grundschulen 11
2.4 Staatliche Anerkennung der Ersatzschule 12
2.5 Schulaufsicht über Privatschulen 12
2.6 Staatliche Finanzhilfe für Privatschulen 13

3 Zu klärende Fragen und damit zusammenhängende rechtliche Aspekte 15

3.1 Können private Einrichtungen auch dann als Ersatzschulen genehmigt werden, wenn sie deutlich von der Organisationsform der öffentlichen Schule abweichen? 15

3.11 Begriff der Ersatzschule: Akzessorietät zur öffentlichen Schule
3.12 Auswirkungen von Strukturveränderungen im öffentlichen Schulwesen auf die Rechtsstellung der Ersatzschulen
3.13 Ergänzungsschulen und Schulpflicht
3.14 Zur Rechtsstellung der internationalen und ausländischen Schulen

3.2 Müssen die Schulbehörden die Genehmigung von Privatschulen versagen, wenn dadurch öffentliche Schulen in ihrem Bestand gefährdet werden? 22

3.21 Standortkonkurrenzen zwischen öffentlichen und privaten Schulen
3.22 Zu dem für die Genehmigung privater Ersatzschulen maßgeblichen Erfordernis der Gleichwertigkeit der Einrichtungen
3.23 Zulassungsbedingungen für Grundschulen in freier Trägerschaft
3.24 Genehmigungsanspruch der Ersatzschule vs. Pflicht des Staates zur Bereitstellung eines ausreichenden Angebots an öffentlichen Schulen
3.25 Zu den Unterschieden in der Aufgabenstellung zwischen privaten und öffentlichen Schulen
3.26 Konsequenzen für die Entscheidung über die Genehmigung der Ersatzschule
3.27 Ergebnis
3.28 Exkurs: Zur Rechtslage in Sachsen

3.3 ***Genügt der Staat seiner Verantwortung für das Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG), wenn er vorhandene öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der vorgeschriebenen Mindestzügigkeit schließt und stattdessen neu errichtete Privatschulen mit einem religiös-weltanschaulichen Profil auch dann genehmigt und finanziell fördert, wenn sie die für öffentliche Schulen geltenden Anforderungen an die Mindestzügigkeit nicht erfüllen?*** ... ***31***

3.4 ***Ist es mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn eine offensichtlich gegen das Sonderungsverbot verstoßende Schule aus Steuermitteln subventioniert wird? Wie sehen die schulrechtlichen Bestimmungen der / ausgewählter Bundesländer aus, und sind sie mit dem Grundgesetz vereinbar?*** ... ***32***

3.41 Staatliche Finanzhilfe für Ersatzschulen nur bei Beachtung des Sonderungsverbots
3.42 Zur verfassungsrechtlich zulässigen Höchstgrenze von Schulgeldern
3.43 Exkurs: Zulässigkeit der Subventionierung internationaler Schulen?

3.5 ***Ist eine Finanzierung von Ersatz- und Ergänzungsschulen im allgemeinen schulischen Bereich auf der Grundlage von Bildungsgutscheinen mit dem Grundgesetz vereinbar?*** ... ***35***

3.51 Vereinbarkeit des Gutscheinmodells mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit
3.52 Exkurs: Finanzielle Gleichbehandlung von Ersatzschulen mit öffentlichen Schulen

3.6 ***Ist ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell im allgemeinen schulischen Bereich mit dem Grundgesetz und mit den schulrechtlichen Bestimmungen der Länder vereinbar?*** ... ***39***

3.61 Privatschulrechtliche Gemeinnützigkeit als Bedingung für staatliche Finanzhilfe
3.62 Hilfsbedürftigkeit der Ersatzschule als Bedingung für staatliche Finanzhilfe
3.63 Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit als Bedingung für staatliche Finanzhilfe
3.64 Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit als eine von mehreren Bedingungen für staatliche Finanzhilfe
3.65 Einschränkungen staatlicher Finanzhilfe durch sonstige gesetzliche Vorkehrungen

4 Zusammenfassung der Ergebnisse zu den nach dem Gutachterauftrag zu klärenden Fragen ... 43

Vorwort

In den letzten Jahren erfreuen sich Privatschulen zunehmender Beliebtheit. Vor allem finanzstarke und bildungsbewusste Eltern wenden sich vom staatlichen Schulwesen ab. Sie werden bestärkt von einer Privatschullobby, die mit Unterstützung neoliberaler Bildungsökonomen den Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Schulen als Königsweg zu mehr Qualität im Schulwesen propagiert. Der Wettbewerb soll gesteuert werden durch freie Schulwahl und durch dem einzelnen Schüler zugeordnete Bildungsgutscheine zur Vollfinanzierung der Schulen in privater Trägerschaft.

Die GEW beobachtet diese Entwicklung mit Sorge. Durch internationale Erfahrungen und Untersuchungen ist mittlerweile hinlänglich belegt, dass die Konkurrenz um Schülerinnen und Schüler die soziale Ungerechtigkeit des Schulsystems vergrößert (die bereits heute in Deutschland unakzeptabel groß ist) und den gesellschaftlichen Zusammenhalt gefährdet (der bereits heute durch die frühe Selektion in Deutschland in hohem Maße beeinträchtigt wird). Ein sozial gerechtes leistungsstarkes Schulsystem – davon ist die GEW überzeugt – bekommt man durch eine sozialgerechte Schulstruktur, die auf frühe Selektion verzichtet, durch eine aufgabengerechte Finanzierung und Ressourcenausstattung, durch motivierte gut ausgebildete Lehrkräfte und durch engagierte Eltern und Schulträger – aber nicht durch Wettbewerb.

Privatschulen sind durch das Grundgesetz garantiert. Es macht deshalb wenig Sinn, sie grundsätzlich bekämpfen zu wollen. Privatschulen stehen jedoch wie das gesamte Schulwesen unter staatlicher Aufsicht. Die GEW hält es deshalb für notwendig, die Entwicklung genau zu beobachten und auf Fehlentwicklungen aufmerksam zu machen.

Mit dem vorliegenden, von der Max-Traeger-Stiftung finanzierten Gutachten werden die staatlichen Organe an diesen rechtlichen Rahmen und an das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes erinnert, damit beides nicht weiter in Vergessenheit gerät. Zudem ergeben sich als Folge der demografischen Entwicklung neue Fragen, die von den Vätern des Grundgesetzes nicht vorhersehbar waren. Etwa die, dass Privatschulgründungen den Bestand staatlicher Schulen gefährden. Deshalb interessieren die rechtlichen Grenzen, die der Neugründung und Finanzierung von Privatschulen gezogen sind oder gezogen werden können.

Der bekannte Schulrechtsexperte Professor Dr. jur. Hermann Avenarius wurde gewonnen, eine Reihe von Fragen zu untersuchen, die sich in den letzten Jahren im Zusammenhang mit Privatschulgründungen ergeben haben. Auf dem Hintergrund einer pointierten Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen diskutiert Avenarius die vorgelegten Fragen. Er kommt zu Ergebnissen, die die rechtlichen Grundlagen und Praktiken einiger Bundesländer als unvereinbar mit dem Grundgesetz einstufen. Es wird deshalb unausweichlich, die Auseinandersetzung über die Rolle der Privatschulen in Deutschland verstärkt zu führen. Dabei geht es vorrangig um die Frage, wie die vom Grundgesetz intendierte sozialintegrative Funktion des Schulwesens gestärkt werden kann. Es ist zwar verständlich, wenn Eltern sagen „Die beste Schule für mein Kind“, das staatliche Schulwesen jedoch ist der Maxime verpflichtet „die beste Schule für jedes Kind“.

Marianne Demmer
Stellvertretende Vorsitzende der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft

Abkürzungsverzeichnis

AO	Abgabenordnung
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen
Bbg	Brandenburg, brandenburgisch
BEFT	Frank-Rüdiger Jach (Hrsg.): Bildung und Erziehung in Freier Trägerschaft. 5 Ordner, Neuwied (Loseblattausgabe)
Bln	Berlin, berlinisch
Brem	Bremen, bremisch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Z)
ESchFG	Ersatzschulfinanzierungsgesetz
FrTrSchulG	Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
Hess	Hessen, hessisch
Hmb	Hamburg, hamburgisch
HSchG	Hessisches Schulgesetz
IB	International Baccalaureate Diploma
i.V.m.	in Verbindung mit
KMK-BeschlS.	Sammlung der Beschlüsse Kultusministerkonferenz. 6 Ordner, Neuwied (Loseblattausgabe)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LSA	Land Sachsen-Anhalt
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
Nds	Niedersachsen, niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Z)
NRW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NSchG	Niedersächsisches Schulgesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht (Z)
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrivSchG	Privatschulgesetz
PSchG	Privatschulgesetz
R&B	Recht und Bildung (Z). Informationsschrift des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V.
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Z)
Rn.	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
Saarl	Saarland, saarländisch
Sachs, sächs	Sachsen, sächsisch
SchFG	Schulfinanzierungsgesetz
SchfTG	Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft
SchG, SchulG	Schulgesetz
SfTG	Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft
SH	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
SPE	Sammlung schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Neuwied (Loseblattausgabe)
Thür	Thüringen, thüringisch
UStG	Umsatzsteuergesetz
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VStG	Vermögensteuergesetz
Z	Zeitschrift

I. Einleitung

Lange Zeit spielten Privatschulen[1] im Schulwesen der Bundesrepublik Deutschland nur eine marginale Rolle. Das hat sich in den letzten Jahren geändert. Gab es 1992, im Jahr des Beginns der gesamtdeutschen Schulstatistik, 3.232 Privatschulen, so waren es 2008 bereits 5.015, ein Anstieg um 55%. Von diesen 5.015 Schulen entfallen drei Fünftel (3.057) auf allgemeinbildende, zwei Fünftel (1.958) auf berufliche Schulen. Der Anteil der Privatschulen an der Gesamtzahl der Schulen belief sich 2008 bei den allgemeinbildenden Schulen auf 8,8%, bei den beruflichen Schulen sogar auf 21,8%. Vor allem in den neuen Ländern ist ein anhaltender Zuwachs von Schulen in freier Trägerschaft zu beobachten. Die Anzahl privater Schulen erhöhte sich dort selbst dann noch weiter, als die Gesamtzahl aller Schulen aufgrund der drastisch zurückgegangenen Geburtenzahlen in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts verringert wurde; so sank von 2000 bis 2008 die Zahl der Schulen im Osten um 29,6%, während die Zahl der Schulen in freier Trägerschaft in dieser Zeit um 65,3% stieg.[2]

Das Wachstum der Privatschulen schlägt sich auch in der Zahl ihrer Schülerinnen und Schüler nieder. Sie ist im Zeitraum 1992 bis 2008 um 61,4% gestiegen. Von den rd. 12 Mio. Schülern besuchten 2008 ca. 926.500, mithin 7,8%, eine Schule in privater Trägerschaft. Im früheren Bundesgebiet sind es 7,6%, in den neuen Ländern 9,3%; dabei reicht die Spanne von 3,6% in Schleswig-Holstein bis zu 13% in Sachsen. Ein differenzierteres Bild wird erkennbar, wenn man die Privatschüleranteile nach Schularten betrachtet. Im allgemeinbildenden Schulwesen mit einem Schüleranteil von 7,7% dominieren bundesweit die Förderschulen (17,8%), gefolgt von den Gymnasien (11,1%) und den Realschulen (9,0%); weit zurück liegen Schularten mit mehreren Bildungsgängen (3,7%), Hauptschulen (3,1%) und Grundschulen (2,6%). Dabei zeigen sich allerdings im Ost-West-Vergleich erhebliche Unterschiede: Die neuen Länder weisen gegenüber den Ländern des früheren Bundesgebiets deutlich geringere Privatschüleranteile bei Förderschulen (7,9%/20,2%), Gymnasien (8,1%/11,5%) und Realschulen (6,9%/9,0%), dafür aber einen deutlich höheren Prozentsatz bei Grundschulen auf (6,2%/1,9%).

Auf die privaten beruflichen Schulen entfiel 2008 bundesweit ein Schüleranteil von 8,4%; vor allem Berufsfachschulen und Fachschulen finden mit 22,8% bzw. 30,4% der jeweiligen Schülerschaft großen Anklang. Auch insoweit werden im Ost-West-Vergleich signifikante Unterschiede sichtbar: In den neuen Ländern beträgt der Schüleranteil 15,4%, im früheren Bundesgebiet 6,8%; an privaten Berufsfachschulen und Fachschulen erreicht er im Osten sogar 50,3% bzw. 44,2% gegenüber 15,8% bzw. 26,9% im Westen.[3]

Auf die wachsende Nachfrage nach Privatschulen reagieren zunehmend auch kommerzielle Unternehmen, die hier ein neues Betätigungsfeld entdecken, so z.B., um nur einige zu nennen, die Privatschulkette PHORMS, der Schulbuchverlag Klett, die Volkswagen AG, sogar der Technische Überwachungsverein Rheinland-Pfalz.

1 Das Grundgesetz und die Verfassungen der alten Länder wie auch Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht verwenden den Begriff „Privatschule“ bzw. „private Schule“, die Verfassungen der neuen Länder und die meisten Schulgesetze die Bezeichnung „Schule in freier Trägerschaft“. Diese Begriffe werden im Folgenden synonym gebraucht.

2 Statistisches Bundesamt: Bildung und Kultur. Private Schulen. Schuljahr 2008/09 (Fachserie 11 Reihe 1.1), Wiesbaden 2009, S. 15 f., 149 ff.

3 Zahlen nach: Statistisches Bundesamt (Anm. 2), S. 17, 154 ff.

Es ist nicht zuletzt die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW), die den Privatschulboom mit großer Sorge beobachtet. Während früher private Schulen Reformalternativen praktiziert oder als konfessionelle Einrichtungen spezifische Ansätze verfolgt hätten, führe nunmehr das dramatische Vordringen privater Bildungsanbieter dazu, dass die soziale Selektivität und die gesellschaftliche Spaltung massiv zunähmen. Das Bildungswesen dürfe jedoch nicht dem Diktat des Marktes und des Geldes unterworfen werden; Bildung müsse ein öffentliches Gut bleiben.[4] Nach Auffassung der GEW verschärft ein immer größerer Anteil von Privatschulen die ohnehin schon höchst ungleiche Verteilung von Bildungschancen, ohne insgesamt bessere Schulleistungen zu bewirken.[5]

Diese bildungs- und gesellschaftspolitische Position bildet den Hintergrund, vor dem die Max-Traeger-Stiftung gutachtlich geklärt wissen möchte, ob und, wenn ja, wie weit der Expansion der Privatschulen rechtliche Grenzen gezogen sind oder gezogen werden können. Dabei geht es der Stiftung konkret um die folgenden Fragen:[6]

1.

Können private Einrichtungen auch dann als Ersatzschulen genehmigt werden, wenn sie deutlich von der Organisationsform der öffentlichen Schule abweichen?

2.

Müssen die Landesregierungen die Genehmigung von Privatschulen versagen, wenn dadurch öffentliche Schulen in ihrem Bestand gefährdet werden?

3.

Genügt der Staat seiner Verantwortung für das Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG), wenn er vorhandene öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der vorgeschriebenen Mindestzügigkeit schließt und stattdessen neu errichtete Privatschulen mit einem religiös-weltanschaulichen Profil auch dann genehmigt und finanziell fördert, wenn sie die für öffentliche Schulen geltenden Anforderungen an die Mindestzügigkeit nicht erfüllen?

4.

Ist es mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn eine offensichtlich gegen das Sonderungsverbot verstoßende Schule aus Steuermitteln subventioniert wird? Wie sehen die schulrechtlichen Bestimmungen der / ausgewählter Bundesländer aus, und sind sie mit dem Grundgesetz vereinbar?

5.

Ist eine Finanzierung von Ersatz- und Ergänzungsschulen im allgemeinen schulischen Bereich auf der Grundlage von Bildungsgutscheinen mit dem Grundgesetz vereinbar?

6.

Ist ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell im allgemeinen schulischen Bereich mit dem Grundgesetz und mit den schulrechtlichen Bestimmungen der Länder vereinbar?

Bevor sich das Gutachten diesen Fragen im Einzelnen zuwendet, erscheint es angezeigt, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatschulen, wie sie vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts verdeutlicht worden sind, im Überblick darzustellen.

4 Ulrich *Thöne*, Vorsitzender der GEW, im Vorwort zu GEW: Privatisierungsreport – 8: Erst kaputtgespart, dann privatisiert? Das öffentliche Bildungswesen in Deutschland, Frankfurt am Main, September 2009, S. 5 f. Die GEW hat bislang elf Privatisierungsreports publiziert, die sich kritisch mit den Privatisierungstendenzen im Bildungswesen auseinandersetzen (Autor jeweils: Matthias Holland-Letz); in diesem Zusammenhang ist insbesondere hinzuweisen auf Privatisierungsreport – 5: Bildung als Privatsache: Privatschulen und Nachhilfeanbieter auf dem Vormarsch, Frankfurt am Main, Oktober 2007.

5 Marianne *Demmer*, stellvertretende Vorsitzende der GEW, in: Erziehung und Wissenschaft, Heft 1/2008, S. 16.

6 Die Reihenfolge der im Gutachterauftrag formulierten Fragen wurde aus Gründen der Systematik geändert.

2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Zwar steht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates, also des jeweiligen Bundeslandes.[7] Es gibt jedoch kein staatliches Schulmonopol. Vielmehr gewährleistet das Grundgesetz in Art. 7 Abs. 4 die Freiheit zur Errichtung privater Schulen, also von Schulen, die keinen öffentlichen, sondern einen privaten Träger haben, z.B. Personenvereinigungen oder Stiftungen des bürgerlichen Rechts, Kirchen und den Kirchen verbundene Organisationen.
Die Privatschule hat aufgrund des in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgten Grundrechts der Privatschulfreiheit das Recht, ihren inneren und äußeren Schulbetrieb nach eigenem pädagogischen, religiösen oder weltanschaulichen Konzept frei zu gestalten.[8] Sie ist frei in der Wahl ihrer Lehrkräfte, sofern diese persönlich und fachlich geeignet sind. Darüber hinaus steht ihr das Recht der freien Schülerwahl zu; das bedeutet, dass sie in Abweichung von den Auslese- und Versetzungsgrundsätzen der öffentlichen Schule Schüler aufnehmen darf, soweit sie es erzieherisch verantworten kann, und dass ihr Schüler nicht gegen ihren Willen zugewiesen werden dürfen.
Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG räumt nicht nur ein subjektives öffentliches Recht auf Errichtung und Betrieb einer Privatschule ein, sondern garantiert darüber hinaus der Privatschule als Institution ihren Bestand und eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung.[9] Diese Gewährleistung bindet Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3 GG).

2.1

Ersatzschulen, Ergänzungsschulen

Je nachdem, ob eine Privatschule einer vergleichbaren öffentlichen Schule entspricht oder nicht, handelt es sich um eine Ersatz- oder um eine Ergänzungsschule. An einer Ersatzschule kann die Schulpflicht erfüllt werden, an einer Ergänzungsschule grundsätzlich nicht.[10]

2.2

Genehmigung der Ersatzschule

Bei privaten Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen steht das Grundrecht der Privatschulfreiheit unter dem Vorbehalt staatlicher Genehmigung (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG); demgegenüber braucht die Errichtung einer Ergänzungsschule der Schulbehörde nur angezeigt zu werden. Die Erteilung der Ersatzschulgenehmigung ist an die in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG abschließend aufgeführten Bedingungen geknüpft.[11] Danach darf die Schule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte nicht hinter der entsprechenden öffentlichen Schule zurückstehen. Ihr wird also Gleichwertigkeit, keineswegs aber Gleichartigkeit mit der öffentlichen Schule abverlangt. Weitere Genehmigungsvoraussetzung ist, dass eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird (Sonderungsverbot). Im Übrigen ist die Genehmigung zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht

7 Im Bundesstaat der Bundesrepublik Deutschland sind die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen für Schulangelegenheiten gemäß Art. 30 und 70 ff. GG den Ländern zugewiesen („Kulturhoheit der Länder“).

8 Die meisten Landesverfassungen enthalten ebenfalls eine Gewährleistung der Privatschulfreiheit oder setzen sie voraus: Art. 14 Abs. 2 Satz 3 und 4 bw Verf., Art. 134 bay Verf., Art. 30 Abs. 6 bbg Verf., Art. 29 brem Verf., Art. 61 hess Verf., Art. 4 Abs. 3 nds Verf., Art. 8 Abs. 4 nrw Verf., Art. 30 rp Verf., Art. 28 saarl Verf., Art. 102 Abs. 3 sächs Verf., Art. 28 Verf. LSA, Art. 26 thür Verf.

9 BVerfGE 75, 40 (61 f.).

10 BVerfGE 27, 195 (201 f.); BVerwGE 104, 1 (8).

11 Zum abschließenden Charakter der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG s. BVerwGE 71, 236 (238); vgl. auch BVerwGE 12, 349 (351).

genügend gesichert ist. Durch den Genehmigungsvorbehalt soll die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen geschützt werden;[12] er dient darüber hinaus der gesellschaftlichen Integrationsfunktion des Schulwesens, soll also private Kaderschulen ausschließen.[13]

Gleichwertigkeit der Lehrziele bedeutet, dass sich die Ersatzschule die Bildungsziele der entsprechenden öffentlichen Schulart in ihren wesentlichen Merkmalen zu eigen machen muss. Eine strikte Bindung an die von der Schulverwaltung erlassenen Lehrpläne und Stundentafeln ist indes nicht geboten. Auch bei der Auswahl der Schulbücher ist die Privatschule frei. Ebenso kann sie in den Unterrichtsmethoden von den öffentlichen Schulen abweichen. Sie darf eigene, z.B. religiös-weltanschaulich geprägte Erziehungsziele verfolgen, muss dabei aber der Werteordnung der Verfassung Rechnung tragen. Darüber hinaus hat sie die Grundsätze der für entsprechende öffentliche Schulen geltenden Prüfungs- und Versetzungsordnungen einzuhalten.
Gleichwertigkeit der Einrichtungen heißt, dass die Schule in ihrer Organisation und Ausstattung nicht hinter der entsprechenden öffentlichen Schule zurückstehen darf. Zu den Einrichtungen rechnen solche Vorkehrungen, „die *funktionell* mit Sinn und Inhalt des Grundrechts der Privatschule notwendig verknüpft sind, die also im Dienst der ‚Lehrziele' stehen". Dazu „zählt nicht alles, was *rein tatsächlich* zum Betrieb der Privatschule gehört; sondern im *Rechtssinn* alles das, aber auch nur das, was Inhalt und Qualität der Bildungsfunktion der Privatschule mitbestimmt"[14].

Aus dem Gebot der *Gleichwertigkeit der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte* folgt, dass die an der Ersatzschule tätigen Lehrerinnen und Lehrer in ihrer fachlichen, pädagogischen und unterrichtspraktischen Vor- und Ausbildung über die für die Schulart erforderliche Eignung verfügen müssen. Das ist immer dann der Fall, wenn sie die staatliche Lehrerausbildung erfolgreich abgeschlossen haben. Die fachliche und pädagogische Eignung kann aber auch auf gleichwertigen sonstigen Leistungen, ausnahmsweise auch auf praktischer Bewährung beruhen.
Das *Sonderungsverbot* bedeutet, dass die Schule grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftlichen Verhältnisse offenstehen muss;[15] die Aufnahme des Schülers darf nicht an fehlenden finanziellen Mitteln scheitern. Einige wenige Freiplätze oder Schulgeldstipendien in Ausnahmefällen für besonders begabte oder besonders arme Kinder gewährleisten die allgemeine Zugänglichkeit nicht, zumal diese wiederum nur zu Lasten der anderen Schüler finanziert werden könnten. Werden überhöhte Schulgelder verlangt, darf die Genehmigung nicht erteilt bzw. nicht aufrechterhalten werden.[16]

Die *Genehmigungsbedingung der genügenden wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte* besagt nicht, dass diese in Bezahlung und Arbeitsplatzsicherheit den Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen gleichgestellt sein müssen, wohl aber, dass ihre Rechte und Pflichten in einem Arbeitsvertrag, der den Mindeststandards des Arbeits- und Sozialrechts entspricht, geregelt sind und dass sie mit der ihnen gewährten Vergütung ein ihrer beruflichen Stellung entsprechendes Leben führen können.

Sind die in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG abschließend geregelten Anforderungen erfüllt, hat die Ersatzschule einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung.[17] Eine wie auch immer geartete Bedürfnisprüfung ist unzulässig.[18] Dem Anspruch kann daher nicht entgegengehalten werden, dass es im Einzugsbereich des kommunalen Schulträgers bereits eine hinreichende Anzahl von Schulen gebe, die Errichtung einer weiteren Schule mithin nicht erforderlich sei.

12 BVerfGE 27, 195 (203).
13 Max-Emanuel *Geis*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin (Loseblattausgabe, Stand: Dezember 2009), Art. 7 Rn. 77.
14 Friedrich Müller: Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz. 2. Aufl., Berlin 1982, S. 130 f. (Hervorhebungen im Original).
15 BVerfGE 75, 40 (65); 90, 107 (119).
16 BVerfGE 75,40 (64).
17 BVerwGE 112, 263 (266).
18 *Müller* (Anm. 14), S. 54.

2.3

Zulassung privater Grundschulen

Bei *privaten Volksschulen* – unter den Begriff der Volksschule fällt nach heutigem Verständnis allein noch die *Grundschule*[19] – beschränkt sich die staatliche Kontrolle nicht auf die Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG. Die Zulassung dieser Schulen ist nur bei Vorliegen einer der zusätzlichen Bedingungen des Art. 7 Abs. 5 GG möglich, nämlich dann, wenn die Schulbehörde ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder wenn die Eltern die Errichtung einer Gemeinschafts-, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule beantragen und eine öffentliche Schule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.[20]

Die Zulassungsbedingung der *Anerkennung des besonderen pädagogischen Interesses* meint nicht, dass das der Privatschule zugrundeliegende Konzept in jeder Hinsicht neu oder gar einzigartig sein müsste; es genügt, dass es wesentliche neue Akzente setzt oder schon erprobte Konzepte mit neuen Ansätzen von einigem Gewicht verbindet. Doch kommt eine Anerkennung nur in Betracht, wenn das pädagogische Interesse an der privaten Grundschule gegenüber dem grundsätzlichen verfassungsmäßigen Vorrang der öffentlichen Grundschule überwiegt. Bei der Entscheidung über die Anerkennung des besonderen pädagogischen Interesses verfügt die Schulverwaltung über keinen umfassenden Beurteilungsspielraum. Vielmehr ist die Auslegung des Begriffs „besonderes pädagogisches Interesse“ gerichtlich in vollem Umfang nachprüfbar.[21] Allerdings unterliegt die Entscheidung der Schulverwaltung nicht in jeder Hinsicht der gerichtlichen Kontrolle. Soweit es um die Bewertung des pädagogischen Konzepts im konkreten Fall und die Abwägung mit dem Vorrang der öffentlichen Grundschule geht, können die Gerichte ihre Auffassung nicht an die Stelle der behördlichen Einschätzung setzen. Bei dieser Gewichtung unterschiedlicher Belange, für die Art. 7 Abs. 5 GG keine vollständige rechtliche Bindung vorgibt, steht der Verwaltung ein in eigener Verantwortung auszufüllender Handlungsspielraum zu.[22]

Die Möglichkeit, *private Grundschulen wegen ihrer religiösen oder weltanschaulichen Ausrichtung* zuzulassen, besteht nur um der positiven Bekenntnisfreiheit willen und nicht zu dem Zweck, vor (vermeintlichen) Verstößen gegen das Neutralitätsgebot in der Praxis der öffentlichen Regelschule auszuweichen;[23] vorausgesetzt wird die Homogenität des Bekenntnisses von Eltern, Schülern und Lehrkräften, das die Schule und den gesamten Unterricht prägt.[24] Auch private Grundschulen nichtchristlicher Bekenntnisse sind zuzulassen; das gilt jedoch nicht, wenn die betreffende Religion in Widerspruch zu Grundentscheidungen der Verfassung gerät und dies sich auf den schulischen Bereich auswirkt.[25]

19 Arletta-Marie *Kösling*: Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, Baden-Baden 2005, S. 229 ff.

20 Mit der in Art. 7 Abs. 5 GG genannten Gemeinschaftsschule ist demnach eine (Volks-)Schule gemeint, die in Abgrenzung zu Bekenntnis- oder Weltanschauungsschulen Schülerinnen und Schüler ungeachtet ihrer religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen zusammenfasst. Diese Gemeinschaftsschule ist zu unterscheiden von der auf längeres gemeinsames Lernen zielenden Gemeinschaftsschule, die in den Schulgesetzen der Länder Berlin (§ 17a SchulG), Schleswig-Holstein (§ 43 SchulG) und Thüringen (§ 6a ThürSchulG) geregelt und deren Einführung in mehreren anderen Ländern geplant ist.

21 BVerfGE 88, 40 (56 f.).

22 BVerfGE 88, 40 (61); BVerwG, NJW 2000, 1281 (1283).

23 BVerwGE 89, 368 (378 ff.).

24 BVerwGE 90, 1 (6).

25 Dazu Christine *Langenfeld*: Integration und kulturelle Integrität zugewanderter Minderheiten. Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2001, S. 561.

2.4

Staatliche Anerkennung der Ersatzschule

Die von der Ersatzschule erteilten Zeugnisse und Abschlüsse sind – außer in Nordrhein-Westfalen – nicht ohne Weiteres denen der öffentlichen Schule gleichgestellt. Mit der Erteilung der Genehmigung wird der Ersatzschule nur bestätigt, dass sie als eine Einrichtung, an der die Schulpflicht erfüllt werden kann, geeignet ist. Erst durch die *Anerkennung* erhält die Schule die Befugnis, ihren Schülern Leistungsnachweise mit öffentlich-rechtlicher Wirkung selbst zu erteilen.[26]

Die Voraussetzungen der Anerkennung sind in den Ländern verschieden geregelt. Teils müssen die Ersatzschulen die Genehmigungsbedingungen, teils die an entsprechende öffentliche Schulen gestellten Anforderungen auf Dauer erfüllen. Absolventen nicht anerkannter Ersatzschulen können Berechtigungen mit öffentlich-rechtlicher Außenwirkung nur durch erfolgreiche Teilnahme an einer Prüfung erwerben, die vor einer staatlichen Prüfungskommission an einer öffentlichen Schule abzulegen ist.

Die anerkannte Ersatzschule ist verpflichtet, bei Versetzungsentscheidungen und bei der Abhaltung von Prüfungen die für öffentliche Schulen geltenden Regelungen anzuwenden. Doch muss auch der anerkannten Ersatzschule die Gestaltungsfreiheit erhalten bleiben; die Länder dürfen das Institut der Anerkennung nicht dazu benutzen, die Ersatzschulen zur Anpassung an die öffentlichen Schulen in einem der Sache nach nicht gebotenen Umfang zu veranlassen.[27]

2.5

Schulaufsicht über Privatschulen

Die staatliche Aufsicht über das Schulwesen (Art. 7 Abs.1 GG) ist bei Privatschulen durch die Gewährleistung des Grundrechts der Privatschulfreiheit und die damit einhergehende Garantie der Privatschule als Institution eingeschränkt. Sie hat bei sämtlichen Privatschulen sicherzustellen, dass die allgemeinen gesetzlichen und polizeirechtlichen Anforderungen beachtet werden. Bei *Ersatzschulen* ist der Rahmen der staatlichen Aufsicht im Übrigen durch die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG abgesteckt; die Schulbehörde hat also darüber zu wachen, ob die Schule auch nach Erteilung der Genehmigung noch diesen Anforderungen entspricht. Soweit einer Ersatzschule durch staatliche Anerkennung Hoheitsrechte verliehen sind, ist es Aufgabe der Schulaufsicht zu gewährleisten, dass bei der Erteilung von Zeugnissen und der Abhaltung von Prüfungen die für öffentliche Schulen geltenden staatlichen Prüfungs- und Versetzungsvorschriften eingehalten werden. Hier kann die staatliche Kontrolle bis in die Einzelheiten des Prüfungsstoffs und des Prüfungsablaufs (z.B. durch Übernahme des Vorsitzes des Prüfungsausschusses) hineinreichen.

26 BVerfGE 27, 195 (203 ff.).
27 BVerfGE 27, 195 (209).

2.6

Staatliche Finanzhilfe für Privatschulen

Nur in den seltensten Fällen sind Privatschulen imstande, sich selbst zu finanzieren. Das scheitert bei den Ersatzschulen zumeist schon daran, dass sie keine kostendeckenden Schulgelder erheben dürfen. Wenn das Grundgesetz in Art. 7 Abs. 4 als Genehmigungsvoraussetzungen neben der Gleichwertigkeit in Lehrzielen, Einrichtungen und wissenschaftlicher Ausbildung der Lehrkräfte verlangt, dass eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert werden darf und die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrer gesichert sein muss, so sind private Schulen bei dem bestehenden hohen Kostenniveau heute nicht mehr in der Lage, diese Bedingungen gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen. Das Grundrecht der Privatschulfreiheit und die damit einhergehende Garantie der Institution des Privatschulwesens würden leerlaufen, wenn die Verfassungsnorm nicht zugleich eine Verpflichtung des Gesetzgebers begründete, die Ersatzschulen zu schützen und zu fördern.[28] In welcher Weise der Gesetzgeber seiner Förderungspflicht nachkommt, schreibt ihm das Grundgesetz allerdings nicht vor.[29] *Eine Handlungspflicht des Staates entsteht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts erst dann, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens insgesamt evident gefährdet wäre.*[30] Die Förderung soll sicherstellen, dass die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auf Dauer erfüllt werden; deshalb ist der Staat nur verpflichtet, „einen Beitrag bis zur Höhe dieses Existenzminimums der Institution zu leisten“[31]. Orientiert er sich dabei an den Kosten des öffentlichen Schulwesens, so ist das nicht zu beanstanden, da die Ersatzschulen nicht beanspruchen können, eine bessere Ausstattung als vergleichbare öffentliche Schulen zu erhalten.[32] Andererseits kann der Gesetzgeber auch sinkenden Schülerzahlen an öffentlichen Schulen Rechnung tragen; er braucht nicht die Ersatzschulen zu Lasten der öffentlichen Schulen zu bevorzugen.[33] Einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe lehnt das Gericht ab: „Der grundrechtliche Schutzanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers ist nur darauf gerichtet, dass der Gesetzgeber diejenigen Grenzen und Bindungen beachtet, die seinem politischen Handlungsspielraum durch die Schutz- und Förderpflicht gesetzt sind“; der gerichtliche Rechtsschutz beziehe sich unter diesen Umständen „auf die Prüfung einer Untätigkeit, einer groben Vernachlässigung und eines ersatzlosen Abbaues getroffener Maßnahmen“. Der konkrete Leistungsanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers werde durch das Gesetz bestimmt.[34] Der Staat kann seine Hilfe an die Bedingung knüpfen, dass der Schulträger eine angemessene Eigenleistung erbringt. Zur angemessenen Eigenleistung gehört auch die Anschubfinanzierung hinsichtlich der Investitionskosten; doch dürfen die Aufwendungen für die Beschaffung der erforderlichen Schulräume, seien es Bau- oder Mietkosten, bei der staatlichen Finanzhilfe nicht vollständig unberücksichtigt bleiben.[35] *Wartefristen* sind mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht grundsätzlich vereinbar; das darf allerdings nicht dazu führen, dass die Wartefrist sich als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirkt. Schließlich steht die Förderungspflicht von vornherein unter dem Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann; darüber hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung auch

28 BVerfGE 75, 40 (65).

29 BVerfGE 75, 40 (66 f.).

30 BVerfGE 75, 40 (90, 67 ff.); 112, 74 (84). – Demgegenüber soll nach Auffassung des VGH Mannheim (Urteil vom 14.7.2010, Az.: 9 S 2207/09 – juris) eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht des Staates nicht erst bei evidenter Gefährdung des Bestands des Ersatzschulwesens insgesamt, sondern bereits bei Gefährdung des Existenzminimums der einzelnen Schule entstehen. Das Gericht erkennt Privatschulträgern einen Anspruch auf Ausgleich der durch den Verzicht auf Schulgelderhebung entstehenden Einnahmeausfälle zu, sofern die Zuschussgewährung insgesamt das durch Art. 7 Abs. 4 GG gewährleistete Existenzminimum noch nicht sicherstellt. Diesen Ausgleichsanspruch leitet das Gericht unmittelbar aus Art. 17 Abs. 3 Satz 2 der Landesverfassung Baden-Württemberg ab. Zustimmend zu dem Urteil Friedhelm Hufen, R&B 4/10, S. 3.

31 BVerfGE 75, 40 (68).

32 BVerfGE 75, 40 (68).

33 BVerfGE 90, 107 (117).

34 BVerfGE 90, 107 (117).

35 BVerfGE 90, 128 (141 ff.).

anderer Gemeinschaftsbelange und der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu befinden.[36] Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Voraussetzungen und zum Umfang der staatlichen Finanzhilfe ist im Schrifttum teilweise auf harsche Kritik gestoßen.[37]

Auf die *Ergänzungsschulen*, für die die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht gelten, erstreckt sich die verfassungsrechtliche Förderungspflicht nicht.[38]

36 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 112, 74 (84 f.).

37 S. vor allem Friedhelm *Hufen*/Johann Peter *Vogel* (Hrsg.): Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, Berlin 2006; darin insbesondere die Beiträge von *Vogel*: Zwischen „struktureller Unmöglichkeit" und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen". Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Leistungspflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen, S. 17, und *Hufen*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft, S. 49.

38 BVerfGE 75, 40 (62).

3.

Zu klärende Fragen und damit zusammenhängende rechtliche Aspekte

3.1

Können private Einrichtungen auch dann als Ersatzschulen genehmigt werden, wenn sie deutlich von der Organisationsform der öffentlichen Schule abweichen?

Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen dürfen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG nur mit Genehmigung des Staates errichtet und betrieben werden; die Erteilung der Genehmigung ist wiederum nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG an bestimmte Voraussetzungen gebunden (dazu Abschnitt 2.2, S. 9 f.). So kommt es entscheidend darauf an, wie der Begriff der Ersatzschule zu definieren ist; das gilt umso mehr, als nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts die Schulpflicht nur an einer Ersatzschule erfüllt werden kann.[39] Zwar hängt die Qualifizierung einer Schule als Ersatzschule nicht davon ab, ob sie schulpflichtige Schüler aufnimmt;[40] das ändert aber nichts daran, dass es jedenfalls grundsätzlich nur die Ersatzschule ist, an der der Schulpflicht genügt werden kann.

3.1.1

Begriff der Ersatzschule: Akzessorietät zur öffentlichen Schule

Nach Auffassung Friedrich *Müllers* ist eine Ersatzschule „eine Schule, die bei funktional analogem Ausbildungs*typus* – zu einem Abschluss entsprechend dem Hauptschulabschluss führend, zu einem mittleren Abschluss führend, zur Allgemeinen Hochschulreife führend, und so weiter – in diesem Sinne als ‚Ersatz *für*' die entsprechenden öffentlichen Schulen wirksam ist"[41]. Diese Ansicht hätte zur Konsequenz, dass eine Schule in freier Trägerschaft immer dann als Ersatzschule anzusehen wäre, wenn sie auf einen im öffentlichen Schulwesen vorgesehenen Abschluss hinführt.

Es geht jedoch nicht an, einer Schule in freier Trägerschaft schon dann die Eigenschaft einer Ersatzschule zuzuerkennen, wenn sie in Bezug auf Abschluss oder Qualifikation als Ersatz für öffentliche Schulen arbeitet. Vielmehr kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Bejahung der Ersatzfunktion entscheidend darauf an, ob die Schule nach ihrem „*Gesamtzweck*" als Ersatz für eine in dem Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen soll.[42] Diese *Akzessorietät der Ersatzschule* zur öffentlichen Schule erschöpft sich nicht in der Vermittlung von Abschlüssen. Vielmehr muss die Privatschule, um Ersatzschule zu sein, in ihren wesentlichen, in ihren „typenprägenden" Merkmalen einer vom öffentlichen Schulwesen vorgehaltenen Schulart entsprechen. Ein Mindestmaß an Verträglichkeit mit den im öffentlichen Schulwesen vorhandenen Strukturen einschließlich der damit verfolgten pädagogischen Ziele ist erforderlich; die Schule muss sich in die Gesamtkonzeption des Landesgesetzgebers für das öffentliche Schulwesen einpassen.[43] Eine private Schule, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann nicht als Ersatzschule genehmigt werden. Sie ist Ergänzungsschule, die ohne staatliche Genehmigung errichtet werden kann und für die nach den Regelungen der Länder lediglich eine Anzeige über die Betriebsaufnahme erforderlich ist. Zur Rechtsstellung der Ergänzungsschulen s. unten, Abschnitt 3.13, S. 17 ff.

39 BVerfGE 27, 195 (201 f.); 75, 40 (76 f.); 90, 128 (139). BVerwGE 104, 1 (8); 112, 263 (266 f.).

40 BVerfGE 75, 40 (76).

41 *Müller* (Anm. 14), S. 308 (Hervorhebungen im Original). So im Wesentlichen auch *Jach*, BEFT Nr. 20, S. 65, der es für die Bejahung des Ersatzschulcharakters allein darauf ankommen lassen will, „dass das zu erwartende Endergebnis im Großen und Ganzen dem der vergleichbaren staatlichen Schule entspricht."

42 BVerfGE 27, 195 (201 f.); 75, 40 (76 f.); 128 (139). BVerwGE 104, 1 (8); 112, 263 (266 f.).

43 BVerwG in E 104, 1 (7 f.); vgl. auch BVerwGE 112, 263 (267). – Das Urteil des VG Freiburg vom 25.3.2009, SPE 238 Nr. 33, überdehnt den Ersatzschulbegriff bei Weitem, wenn es für die Einpassung der Privatschule in die Gesamtkonzeption des Landesgesetzgebers genügen lässt, „dass die in dieser Konzeption erkennbaren Zielsetzungen des Staates auch im Rahmen der mit der Genehmigung einer Ersatzschule verbundenen Möglichkeit der Erfüllung der Schulpflicht hinreichend Beachtung findet", und mit diesem Argument eine Bindung an den Numerus clausus der im öffentlichen Schulwesen anerkannten Schultypen nicht für erforderlich hält.

3.12

Auswirkungen von Strukturveränderungen im öffentlichen Schulwesen auf die Rechtsstellung der Ersatzschulen

Der Ersatzschulbegriff ist durch das Grundgesetz vorgegeben;[44] darüber kann sich das Landesrecht nicht hinwegsetzen.[45] Andererseits ist es der Landesgesetzgeber, der bestimmt, welche öffentlichen Schulen es gibt, denen eine Privatschule entsprechen kann, und der auf diese Weise die Frage beeinflusst, welche Privatschule Ersatzschule ist.[46]

Die Akzessorietät der Ersatzschule ist so lange unproblematisch, als der Staat im öffentlichen Schulwesen eine Vielfalt der Schularten und ihrer Ausformungen bereithält. Schwierigkeiten können dann auftreten, wenn die Strukturen der öffentlichen Schulen und die sie prägenden Merkmale verändert werden, zum Beispiel durch Einführung einer Schulart mit den Bildungsgängen der Hauptschule und der Realschule anstelle der zuvor selbstständigen Hauptschule und Realschule, durch Einrichtung einer sechsjährigen statt der zuvor vierjährigen Grundschule mit entsprechend verkürzten weiterführenden Bildungsgängen oder durch Reduzierung des gymnasialen Bildungsgangs auf acht Jahre.[47]

Als Zwischenergebnis ist somit zu resümieren, dass der Staat eine Schule, die deutlich von der Organisationsform der öffentlichen Schule abweicht, nicht als Ersatzschule genehmigen kann und darf.

Werden die *Bildungsgänge der Hauptschule und der Realschule im öffentlichen Schulwesen in einer Schulart vereinigt* (wie z.B. bei der Realschule plus in Rheinland-Pfalz, der Erweiterten Realschule im Saarland, der Mittelschule in Sachsen, der Regionalen Schule in Schleswig-Holstein oder der Realschule in Thüringen), so stellt sich die Frage, ob eine Privatschule in diesen Ländern als separate Hauptschule oder als Realschule geführt werden kann.[48] Da der Zweck der neuen Schulart nicht nur darin besteht, Hauptschul- und Realschulabschluss zu vermitteln, sondern auch auf das pädagogisch-gesellschaftspolitische Ziel gerichtet ist, die nicht-gymnasiale Schülerschaft jedenfalls in den Klassenstufen 5 und 6 gemeinsam zu unterrichten und zu erziehen,[49] entspräche eine herkömmliche private Hauptschule oder Realschule in ihren wesentlichen Merkmalen eben nicht einer im öffentlichen Schulwesen vorgehaltenen Schulart.

Hat sich der Gesetzgeber wie z.B. in Brandenburg für die *ausnahmslos sechsjährige Grundschule* und für entsprechend verkürzte weiterführende Bildungsgänge entschieden,[50] ist der Spielraum privater Ersatzschulen eingeschränkt. Ein privates Gymnasium kann in diesem Land mit Rücksicht auf das Erfordernis der Akzessorietät grundsätzlich erst ab Klasse 7 errichtet werden. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts[51] steht der Einbeziehung der Klassen 5 und 6 in ein privates Gymnasium nicht zuletzt Art. 7 Abs. 5 GG entgegen, der der staatlichen Grundschule einen besonderen Vorrang ein-

44 BVerfGE 90, 128 (139): „Ob eine Privatschule Ersatzschule im Sinne von Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ist, bestimmt sich allein nach Bundesverfassungsrecht."

45 Höchst fragwürdig daher § 3 Abs. 2 SächsFrTrSchulG. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift sind Ersatzschulen Schulen in freier Trägerschaft, die in ihren Bildungs- und Erziehungszielen sowie ihren wesentlichen Lehrgegenständen im Freistaat Sachsen vorhandenen oder vorgesehenen öffentlichen Schulen gleichwertig sind; Abweichungen in der Lehr- und Erziehungsmethode, den Lehrstoffen und der schulischen Organisation sind möglich. In Absatz 2 heißt es sodann, dass die Staatsregierung durch Rechtsverordnung „weitere Schulen" zu Ersatzschulen erklären kann, wenn ein wichtiges öffentliches Interesse besteht. Die Vorschrift ermächtigt die Regierung somit, bei Vorliegen eines wichtigen öffentlichen Interesses auch solche Schulen als Ersatzschulen zu bestimmen, die nach Bundesrecht keine Ersatzschulen sind.

46 BVerfGE 90, 128 (139).

47 Zu den damit zusammenhängenden Problemen eingehend *Kösling* (Anm. 19), S. 216 ff.

48 Zu der Frage, ob die Hauptschule heute noch als Volksschule im Sinne des Art. 7 Abs. 5 GG anzusehen ist, s. oben unter 2.3, S. 11.

49 Vgl. § 10a Abs. 3 rp SchulG, § 3a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 saarl SchoG, § 6 Abs. 2 sächs SchulG, § 42 Abs. 2 sh SchulG, § 6 Abs. 1 ThürSchulG.

50 § 19 Abs. 2 BbgSchulG.

51 BVerwGE 104, 1 (7 ff.); vgl. dazu auch Arletta-Marie *Schröder*, RdJB 1998, 110 (112 ff.).

räumt. Sofern die für die staatlichen Grundschulen maßgebenden schulorganisatorischen Regelungen in ihrer Gesamtheit dem verfassungsrechtlichen Gebot eines differenzierten Unterrichts entsprechen, müssen sich private Schulen darauf einstellen, können also weiterführende Schulen erst ab Klasse 7 einrichten. Ausnahmen kommen nur dann in Betracht, wenn die pädagogischen Ziele, die speziell mit der sechsjährigen Grundschule verfolgt werden, auch in der Privatschule erfüllt werden können, indem beispielsweise das grundständige Gymnasium in besonderer Weise darauf angelegt ist, das Verständnis seiner Schüler für die jeweils anderen gesellschaftlichen Gruppen zu fördern und eine einseitige Zusammensetzung der Schülerschaft und der Lehrerschaft zu vermeiden. Doch bleibt auch in diesem Fall zu klären, ob das Privatgymnasium der staatlichen Grundschule leistungsstarke Schüler entzieht und dadurch deren spezifische Aufgabe, Schule für die Kinder aller Schichten und Begabungen zu sein, gefährdet.

Ist die *gymnasiale Schuldauer im öffentlichen Schulsystem eines Landes ausnahmslos auf acht Jahre verkürzt* worden (G 8), so müssen sich angesichts des typenprägenden Charakters dieser Regelung für das öffentliche Gymnasium auch private Gymnasien darauf einstellen; andernfalls verlieren sie ihre Eigenschaft, Ersatzschule zu sein.

Als Zwischenergebnis ist somit zu resümieren, dass der Staat eine Schule, die deutlich von der Organisationsform der öffentlichen Schule abweicht, nicht als Ersatzschule genehmigen kann und darf. Sofern eine Schule durch Strukturveränderungen im staatlichen Schulwesen ihre Ersatzschuleigenschaft verliert, muss die Schulbehörde die Genehmigung nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist aufheben.[52]

3.13 Ergänzungsschulen und Schulpflicht

Damit aber gewinnt die Frage an Bedeutung, welche rechtliche Stellung Schulen, die keine Ersatzschulen, sondern Ergänzungsschulen sind, beizumessen ist. Die Ergänzungsschule braucht weder in ihren Lehrzielen noch in ihren Einrichtungen mit der öffentlichen Schule gleichwertig zu sein; ihr wird auch keine Gleichwertigkeit in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte abverlangt. Das Sonderungsverbot gilt für sie ebenso wenig wie das Gebot der wirtschaftlichen und rechtlichen Absicherung der Lehrkräfte. Sie unterliegt mithin nicht den strengen Qualitätsanforderungen und sozialen Bedingungen, die für die genehmigungspflichtige Ersatzschule maßgeblich sind. Darin liegt letztlich der Grund, dass sie schulpflichtige Schüler grundsätzlich nicht aufnehmen kann.[53]

Das ändert nichts daran, dass *Ergänzungsschulen vor allem im Bereich der beruflichen Bildung* eine wichtige Rolle spielen. Sie orientieren sich besonders eng an den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes und sind mit ihrem Lehrangebot an den aktuellen Entwicklungen von Wirtschaft und Technik ausgerichtet; man denke etwa an Designerschulen, Schulen für Informatiker oder Medienassistenten.[54] Zumeist führen diese Schulen zu Abschlüssen, die im öffentlichen Schulwesen nicht vorgesehen sind; sie erweitern dadurch das Spektrum von Ausbildungsberufen.[55] Der Staat wäre überfordert, wollte er in seinen Schulen sämtliche heutzutage nachgefragten beruflichen Qualifikationen vermitteln. Jugendlichen, die sich im Anschluss an die Sekundarstufe I, also nach Beendigung der Vollzeitschulpflicht,

52 Die Übergangsfrist muss so bemessen sein, dass den Ersatzschulen genügend Gelegenheit zur Umstrukturierung gegeben ist. So *Kösling* (Anm. 19), S. 224.

53 Das BVerfG (E 27, 195 [201 f.]) zieht diesen Schluss aus der fehlenden Akzessorietät der Ergänzungsschule: Da sie im Unterschied zur Ersatzschule nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck nicht als Ersatz für eine in dem Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene Schule dienen solle, könne in ihr der Schulpflicht nicht genügt werden. Vgl. auch BVerwG (E 104, 1 [7]), das zu der Feststellung gelangt, „dass eine genehmigungsfreie Privatschule, die keine Ersatzschule ist, nie (sic!) eine Schule sein kann, mit deren Besuch der Schulpflicht genügt werden kann".

54 Frank-Rüdiger *Jach*, BEFT Nr. 20, S. 55.

55 *Kösling*, RdJB 2004, 208 (210).

für einen Ausbildungsberuf qualifizieren wollen, bleibt daher häufig nur die Möglichkeit, sich außerhalb des öffentlichen Schulwesens, nämlich durch den Besuch einer beruflichen Ergänzungsschule, ausbilden zu lassen.

Es kommt hinzu, dass der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag nach dem Übergang von der Vollzeitschulpflicht in die Berufsschulpflicht (Teilzeitschulpflicht), also in der Regel ab 16 Jahren, ohnehin aufgelockert ist. Gesetzgebung und Schulbehörden der Länder nehmen es hin, dass junge Menschen sich in diesem Alter für eine ihrem Berufsziel entsprechende Ausbildung an einer Ergänzungsschule entscheiden, mag diese auch den strengen für Ersatzschulen maßgeblichen Genehmigungsbedingungen enthoben sein.[56] In den meisten Ländern kann die Schulbehörde diesen Ergänzungsschulen sogar die Eigenschaft einer *anerkannten Ergänzungsschule* verleihen, und zwar dann, wenn an der von ihr vermittelten Ausbildung ein öffentliches Interesse besteht, der Unterricht nach einem staatlich genehmigten Lehrplan erteilt wird und die Abschlussprüfung nach einer genehmigten Prüfungsordnung stattfindet.[57]

Die Annahme liegt nahe, dass es demgegenüber im allgemeinbildenden Schulwesen keine Ergänzungsschulen gibt und geben kann. Der Grundsatz, dass nur private Ersatzschulen schulpflichtige Kinder aufnehmen können, lässt es jedenfalls nicht zu, dass junge Menschen schon während der Vollzeitschulpflicht eine Ergänzungsschule besuchen dürfen. Gerade für die Angehörigen dieser Altersgruppe kommt es darauf an, dass sie in einer Schule unterrichtet werden, die den strengen Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, vor allem dem Verbot der Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern, unterliegt.

Umso mehr nimmt es wunder, dass einige Länder in ihren (Privat-)Schulgesetzen der zuständigen Schulbehörde generell die Befugnis einräumen, schulpflichtigen Schülern den Besuch einer (anerkannten) Ergänzungsschule zu gestatten[58] oder einer (anerkannten) Ergänzungsschule die Aufnahme schulpflichtiger Schüler zu genehmigen[59]. Lassen sich solche Bestimmungen möglicherweise dadurch verfassungskonform auslegen, dass sie nur auf den Besuch von Schulen jenseits der *Vollzeitschulpflicht*, insbesondere von beruflichen Ergänzungsschulen anzuwenden sind, so stößt § 34 Abs. 3 des nordrhein-westfälischen Schulgesetzes auf erhebliche Bedenken. Nach dieser Vorschrift können Schulpflichtige während der Dauer der Vollzeitschulpflicht eine anerkannte Ergänzungsschule ab Klasse 5 besuchen, wenn die obere Schulbehörde festgestellt hat, dass an der Schule zumindest das Bildungsziel der Hauptschule erreicht werden kann; die Anerkennung der Ergänzungsschule setzt nach § 118 Abs. 4 SchulG voraus, dass der Unterricht nach seinen Zielen, den Einrichtungen der Schule und der Zuverlässigkeit des Trägers sowie der fachlichen Vorbildung und Fähigkeit der Lehrkräfte und Schulleitung geeignet ist, das von der Schule angestrebte Ausbildungsziel zu erreichen.

Diese Regelungen lassen außer Acht, dass die Schulpflicht an einer privaten Schule jedenfalls während der Vollzeitschulpflicht nur erfüllt werden kann, wenn es sich um eine genehmigte Ersatzschule handelt. Insbesondere umgehen sie das *Sonderungsverbot*, im Übrigen auch das Gebot der genügenden Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG). Sie sind daher mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.[60]

56 So ruht beispielsweise die Berufsschulpflicht unter bestimmten Voraussetzungen beim Besuch einer (Berufsfach-)Schule als Ergänzungsschule in Baden-Württemberg, Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen und Schleswig-Holstein (§ 80 Nr. 2 bw SchG, § 40 Abs. 1 Nr. 10 BbgSchulG, § 160 NSchG, § 29 Abs. 2 Nr. 1 sächs SchulG, § 23 Abs. 4 Nr. 1 sh SchulG). In Bayern und Thüringen kann die (Berufs-)Schulpflicht durch den Besuch einer Ergänzungsschule erfüllt werden, wenn die Eignung der Schule vom Kultusministerium festgestellt worden ist (Art, 36 Abs. 1 Nr. 3 BayEUG, § 21a Abs. 1 Satz 2 ThürSchulG). Im Saarland kann die Schulaufsichtsbehörde genehmigen, dass während des Besuchs bestimmter Ergänzungsschulen die Pflicht zum Besuch der Berufsschule entfällt (§ 17 Abs. 1 PrivSchG).

57 Z.B. § 103 bln SchulG, § 126 BbgSchulG, § 12 HmbSfTG, § 176 HSchG, § 125 SchulG M-V, § 118 Abs. 1 nrw SchulG, § 161 Abs. 1 NSchG, § 19 saarl PrivSchG, § 12 Abs. 1 und 2 SächsFrTrSchulG, § 18d Abs. 1 SchulG LSA, § 13 Abs. 1 und 2 ThürSchfTG.

58 Art. 36 Abs. 1 Nr. 3 BayEUG, § 56 Abs. 2 Satz 1 rp SchulG, § 13 Abs. 3 ThürSchfTG.

59 § 18d Abs. 2 SchulG LSA.

60 So auch *Kösling*, RdJB 2004, 214 ff., zu § 22 Abs. 1 des früheren Schulpflichtgesetzes, der Vorgängervorschrift des jetzigen § 34 Abs. 3 SchulG.

3.14 Zur Rechtsstellung der internationalen und ausländischen Schulen

In diesem Zusammenhang erweist sich nicht zuletzt die Frage als klärungsbedürftig, welcher Status den in mehreren Ländern auf eine wachsende Nachfrage stoßenden internationalen und ausländischen Schulen beizumessen ist, die ihrerseits im allgemeinbildenden Bereich arbeiten. Die *internationalen Schulen* mit einem Schulgeld von üblicherweise mehr als 1.000 Euro monatlich[61] orientieren sich an einem angelsächsisch geprägten Curriculum. Sie werden vom European Council of International Schools akkreditiert und führen nach zwölf Schuljahren zu dem vom International Baccalaureate Office in Genf abgenommenen International Baccalaureate Diploma (IB). Unterrichtssprache ist Englisch; doch wird in der Regel Deutsch als Muttersprache angeboten. Das IB kann am Ende des zwölfjährigen Bildungsgangs unter bestimmten Voraussetzungen als in Deutschland wirksame Hochschulzugangsberechtigung anerkannt und damit dem Abitur gleichgestellt werden.[62] Nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck dienen die internationalen Schulen nicht als Ersatz für eine im jeweiligen Bundesland vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene Schule.[63] Sie sind also Ergänzungsschulen.[64]

Ausländische Schulen, wie z.B. die Französische Schule (Lycée Français Victor Hugo) und die Griechische Schule in Frankfurt am Main oder die Japanische Internationale Schule in Düsseldorf sind auf die Besonderheiten des heimischen Bildungssystems ausgerichtet und daher gleichfalls keine Ersatz-, sondern Ergänzungsschulen.

Die Existenz der internationalen und ausländischen Schulen, die außerhalb des deutschen Schulsystems agieren, ist allein dadurch gerechtfertigt, dass sie auf Schülerinnen und Schüler zugeschnitten sind, die ihr künftiges Leben nicht in Deutschland verbringen werden, denen es also an einer dauerhaften Bleibeperspektive fehlt. Das gilt z.B. nach Maßgabe völkerrechtlicher Vereinbarungen für Kinder ausländischer Diplomaten, die ohnehin nicht der deutschen Schulpflicht unterliegen. Das gilt aber auch für deutsche oder ausländische Kinder, die sich wegen der berufsbedingten Situation ihrer Eltern nur vorübergehend hier aufhalten. Indem das zuständige Schulamt diesen Schülerinnen und Schülern den Besuch einer internationalen oder ausländischen Schule gestattet, befreit es sie von der allgemeinen Schulpflicht und damit von der Pflicht zum Besuch einer deutschen (öffentlichen oder Ersatz-)Schule. Im Übrigen darf die Schulbehörde weder einer solchen Schule erlauben, schulpflichtige Kinder aufzunehmen, noch Letzteren durch eine Ausnahmegenehmigung

61 So beträgt z.B. das Schulgeld an der Frankfurt International School zwischen 13.220 und 17.950 Euro jährlich, wobei Zusatzangebote kostenpflichtig sind (vgl. Stadt Frankfurt am Main – Dezernat für Bildung und Frauen: Privatschulen in Frankfurt a.M. – Allgemein bildende Schulen in freier Trägerschaft und sonstiger Trägerschaft (ohne Förderschulen), Frankfurt am Main, Februar 2010, S. 18 f.). An der International School Hamburg ist allein für Tuition Fees eine von Grade 1 bis Grade 12 gestaffelte Gebühr von 11.999 bis 17.450 Euro jährlich zu entrichten; hinzu kommen weitere Gebühren: Application Fee, Admission Fee, Capital Fee, Site Development Fee (s. im Einzelnen www.ishamburg.org/admission/tuition-fees/). Demgegenüber begnügt sich etwa die Leipzig International School mit einem Schulgeld, das für Grade 1-8 540 Euro, Grade 9-10 615 Euro und Grade 11-12 775 Euro monatlich beträgt; hinzu kommt eine jährlich zu zahlende Administration Fee von 300 Euro (s. www.intschool-leipzig.com).

62 Dazu die Vereinbarung der KMK über die Anerkennung des „International Baccalaureate Diploma/Diplôme du Baccalauréat International" vom 10.3.1986 i.d.F. vom 18.11.2004, KMK-BeschlS. Nr. 283.

63 S. aber § 2 Abs. 2 Satz 3 brem PrivSchG, wonach die International School of Bremen als Ersatzschule gilt und der staatlichen Genehmigung nach den für Ersatzschulen maßgeblichen Bedingungen bedarf. Diese Regelung ist bedenklich. Eine Fiktion („gilt") ist die gesetzlich festgelegte Annahme eines Sachverhalts, der in Wirklichkeit nicht besteht; der Gesetzgeber darf aber eine Fiktion nicht dazu verwenden, sich über den bundesverfassungsrechtlich determinierten Begriff der Ersatzschule hinwegzusetzen. – Ob die Höhe des an der International School of Bremen zu entrichtenden Schulgelds mit dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG vereinbar ist, lässt sich nicht beurteilen, da die Website der Schule (www.isbremen.de) darüber nichts mitteilt.

64 So zutreffend Werner *van den Hövel*, RdJB 2007, 330 (333), und *Kösling*, RdJB 2004, 208 (220), beide mit dem überzeugenden Argument, dass diese Schulen sich ersichtlich außerhalb des deutschen Schulsystems bewegen. A.A. *Jach*. BEFT Nr. 20, S. 71, nach dessen Auffassung internationale Schulen jedenfalls dann den Ersatzschulstatus erfüllen, wenn an öffentlichen Schulen neben dem Abitur das International Baccalaureate Diploma als Abschluss angeboten wird. Vgl. auch Johann Peter *Vogel*, DÖV 2008, 899, der die Bindung des Ersatzschulbegriffs an die staatlichen Abschlüsse wegen der zunehmenden Einbindung des deutschen Schulwesens in europäische, supranationale Zusammenhänge für „zu eng" hält. Wieso die internationalen Schulen in NRW, die im Schulgesetz ausdrücklich den Ergänzungsschulen zugerechnet werden, „Ersatzschulen in einem materiellen verfassungsrechtlichen Sinn" sein sollen (so Ralf *Poscher*/Michael *Neupert*, RdJB 2005, 250), vermag nicht einzuleuchten. – Auch die (Privat-)Schulgesetze der Länder ordnen die internationalen Schulen den Ergänzungsschulen zu (z.B. § 161 Abs. 3 NSchG, § 118 Abs. 3, nrw SchulG, § 12 Abs. 3 SächsFrTrSchulG). Das gilt, soweit es sich nicht um die International School of Bremen handelt (dazu Anm. 62), auch für Bremen (§ 14a Abs. 2 brem PSchG).

ermöglichen, sich dort unterrichten zu lassen.[65] Das gilt selbst dann, wenn Eltern ihrem Kind angesichts einer zunehmend globalen Welt eine international orientierte Bildung angedeihen oder es in einer nichtdeutschen Muttersprache unterrichten lassen wollen. Solange allerdings diese Einschränkungen beachtet werden, ist nichts dagegen einzuwenden, dass einer allgemeinbildenden internationalen Schule, die die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, die Eigenschaft einer anerkannten Ergänzungsschule verliehen wird.[66]

Das hat die Landesgesetzgeber in Sachsen und Nordrhein-Westfalen nicht daran gehindert, auch schulpflichtigen Schülern, die auf Dauer in Deutschland leben, den Besuch einer internationalen oder ausländischen Schule zu gestatten.

In *Sachsen* wird die Schulpflicht zwar grundsätzlich durch den Besuch einer öffentlichen Schule oder einer genehmigten Ersatzschule erfüllt (§ 26 Abs. 3 Satz 1 SchulG). Nach § 12 Abs. 3 Satz 3 SächsFrTrSchulG wird ihr aber auch durch den Besuch einer staatlich anerkannten Internationalen Schule genügt. Als Internationale Schulen definiert das Gesetz Ergänzungsschulen in der Sekundarstufe I oder II, die von der International Baccalaureate Organisation anerkannt sind und in denen das IB erreicht werden kann; sie können darüber hinaus das International General Certificate of Secondary Education oder, wenn sie von einer vom US State Department of Education anerkannten Akkreditierungsbehörde anerkannt sind, das High School Diploma anbieten (§ 12 Abs. 3 Satz 1 und 2 SächsFrTrSchulG). Die staatliche Anerkennung setzt voraus, dass sich die Schule bewährt hat und dass sie den Unterricht nach einem von der Schulaufsichtsbehörde genehmigten Lehrplan erteilt (§ 12 Abs. 1 SächsFrTrSchulG).

Auch in *Nordrhein-Westfalen* ist die Schulpflicht grundsätzlich durch den Besuch einer deutschen öffentlichen Schule oder einer Ersatzschule zu erfüllen (§ 34 Abs. 2

65 Z.B. § 56 Abs. 2 Satz 2 rp SchulG: Genehmigung des Besuchs einer ausländischen Schule nur „in begründeten Fällen". Dazu OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 116: Das Gericht lehnte den Antrag eines achtjährigen Kindes deutscher und jordanischer Staatsangehörigkeit, ihm die Erlaubnis zum weiteren Besuch der König-Fahad-Akademie in Bonn statt der öffentlichen Grundschule zu gestatten, mit der Begründung ab, der Besuch einer ausländischen Schule könne nur in begründeten Ausnahmefällen, wie etwa der absehbaren Rückkehr in das Heimatland, erlaubt werden; die Pflicht zum Besuch deutscher öffentlicher Schulen diene dem Interesse der Allgemeinheit an der sozialen Integration ausländischer Kinder.

66 So z.B. gemäß § 161 Abs. 3 NSchG.

Satz 2, Abs. 5 Satz 1 SchulG). Aber auch in diesem Land ist eine Ausnahme möglich, wenn die Schülerin oder der Schüler eine allgemeinbildende ausländische oder internationale Ergänzungsschule besucht, deren Eignung zur Erfüllung der Schulpflicht das Ministerium festgestellt hat (§ 34 Abs. 5 Satz 2 Buchstabe b SchulG). Nach § 118 Abs. 3 Satz 1 SchulG setzt diese Eignungsfeststellung, die auf Antrag der Schule in die Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ergänzungsschule mündet, voraus, dass

1. der Abschluss eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder ein von den Ländern als Hochschulzugangsberechtigung anerkannter internationaler Abschluss erreicht werden kann,
2. in einem durch das Ministerium bestimmten Mindestumfang Unterricht in deutscher Sprache abgehalten wird und
3. für die Errichtung und den Betrieb dieser Schule dauerhaft ein besonderes öffentliches Interesse besteht.

Wie bei der Anerkennung sonstiger Ergänzungsschulen ist weitere Voraussetzung, dass der Unterricht nach seinen Zielen, den Einrichtungen der Schule und der Zuverlässigkeit des Trägers sowie der fachlichen Vorbildung und Fähigkeit der Lehrkräfte und Schulleitung geeignet ist, das von der Schule angestrebte Ausbildungsziel zu erreichen (§ 118 Abs. 4 SchulG). In der Primarstufe ist eine Anerkennung – und damit die Aufnahme schulpflichtiger Kinder – nur möglich, wenn ein besonderes pädagogisches Interesse festgestellt worden ist und eine Sonderung nicht gefördert wird (§ 118 Abs. 3 Satz 2 SchulG).

Die gesetzlichen Regelungen in Sachsen und Nordrhein-Westfalen laufen darauf hinaus, dass der Zugang zu internationalen Schulen generell auch für „normale" schulpflichtige Kinder und Jugendliche eröffnet ist, obwohl diese Schulen nicht an die für Ersatzschulen geltenden Genehmigungsbedingungen gebunden und nicht auf die gesellschaftliche Integrationsfunktion verpflichtet sind, der die Ersatzschulen gerecht werden müssen. Vor allem das Sonderungsverbot wird unterlaufen.[67] Da die internationalen Schulen hohe Schulgelder verlangen[68], ist davon auszugehen, dass sie nur von Schülerinnen und Schülern aus begüterten Familien besucht werden. Bei allem Verständnis für das Streben mancher Eltern nach bestmöglicher, an internationalen Standards ausgerichteter Bildung ihrer Kinder, bei aller Aufgeschlossenheit für das Interesse von Städten an den mit der Existenz solcher Schulen verbundenen Standortvorteilen: *Mit dem Grundgesetz sind Schulen, die ihre Schülerklientel von vornherein aus wirtschaftlich leistungsfähigen Schichten rekrutieren, nicht vereinbar.*

Mit dem Grundgesetz sind Schulen, die ihre Schülerklientel von vornherein aus wirtschaftlich leistungsfähigen Schichten rekrutieren, nicht vereinbar.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zu strafrechtlichen Sanktionen gegen das „Homeschooling" hervorgehoben hat, dass die allgemeine Schulpflicht dem legitimen Ziel der Durchsetzung des staatlichen Erziehungsauftrags diene. Dieser Auftrag richte sich nicht nur auf die Vermittlung von Wissen und die Erziehung zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit, sondern auch auf die Heranbildung von Staatsbürgern, die gleichberechtigt und verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben. Dies gelte umso mehr, als die Allgemeinheit ein berechtigtes Interesse daran habe, der Entstehung von religiös oder weltanschaulich motivierten „Parallelgesellschaften" entgegenzuwirken und Minderheiten zu integrieren.[69] Wenn im Zusammenhang mit dem Homeschooling die Gefahr des Entstehens von Parallelgesellschaften beschworen wird, dann ist diese Sorge angesichts des Ausweichens von Kindern aus begüterten Familien in die International Schools umso eher begründet.

67 Das Sonderungsverbot findet in NRW nur auf die Primarstufe Anwendung, die in Sachsen nicht Bestandteil der in § 12 Abs. 3 SächsFrTrSchulG definierten Internationalen Schule ist.

68 Zur verfassungsrechtlich zulässigen Höhe von Schulgeldern s. Abschnitt 3.42, S. 32 ff.

69 BVerfG, SPE 738 Nr. 5, S. 20 (24).

3.2

Müssen die Schulbehörden die Genehmigung von Privatschulen versagen, wenn dadurch öffentliche Schulen in ihrem Bestand gefährdet werden?

3.2 I Standortkonkurrenzen zwischen öffentlichen und privaten Schulen

Die dem Staat durch Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesene Aufsicht über das gesamte Schulwesen umfasst die Befugnis zur Planung und Organisation des Schulwesens mit dem Ziel, ein Schulsystem zu gewährleisten, das allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten eröffnet. Diese Befugnis ist nicht auf die äußere Organisation des Schulsystems beschränkt, sondern umfasst darüber hinaus einen Erziehungsauftrag, der nicht nur auf Wissensvermittlung gerichtet ist, sondern auch zum Ziel hat, den einzelnen Schüler zu einem selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranzubilden.[70] Dabei ist zu beachten, dass der Staat nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die ihm durch Art. 7 Abs. 1 GG übertragenen Befugnisse wahrzunehmen.[71] Aus Art. 7 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Gebot der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ergibt sich die Pflicht des Staates, darauf hinzuwirken, dass Kinder aller Bevölkerungsschichten unabhängig von ihrem Wohnort die Schulen tatsächlich in Anspruch nehmen können; dies gilt umso mehr, als sie aufgrund der allgemeinen Schulpflicht die Schule besuchen müssen.[72]

Soweit Eltern ihr Kind nicht auf eine öffentliche, sondern auf eine private Ersatzschule schicken, tritt die Beschulungspflicht des Staates und der kommunalen Schulträger hinter das private Bildungsangebot zurück. Indem Schulen in freier Trägerschaft Schüler aufnehmen, entlasten sie die öffentliche Hand; vor allem in Ballungsräumen tragen sie zur Vielfalt des Bildungsangebots bei. Hingegen stehen die Gemeinden und Landkreise in dünn besiedelten Regionen wegen teilweise dramatisch sinkender Schülerzahlen häufig vor dem Problem, ein wohnortnahes Angebot an öffentlichen Schulen vorzuhalten; das betrifft insbesondere, aber nicht nur die ostdeutschen Länder.[73] In diesen Gebieten kann die Errichtung einer privaten Schule auf die Existenzgefährdung der vorhandenen öffentlichen Schule(n) hinauslaufen, und zwar dann, wenn die Schule in freier Trägerschaft Schüler von den öffentlichen Schulen abzieht und diese daraufhin wegen Unterschreitens der vorgeschriebenen Mindestzügigkeit geschlossen werden müssen.

Bei der Klärung der Frage, ob die staatliche Schulbehörde in einem solchen Fall die Genehmigung der Ersatzschule versagen kann, ist zunächst im Rückgriff auf die Ausführungen im Abschnitt 2.2 (S. 9 f.) Folgendes zu betonen: Sofern eine Privatschule die in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG genannten Genehmigungsbedingungen erfüllt, hat sie einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. Eine Bedürfnisprüfung ist unzulässig. Für die Bejahung des Anspruchs kommt es also darauf an, ob die Schule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte nicht hinter der entsprechenden öffentlichen Schule zurücksteht, mithin gleichwertig ist, ob sie das Sonderungsverbot beachtet und ob sie für eine genügende Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung ihrer Lehrkräfte sorgt. Die Genehmigung der Schule in freier Trägerschaft darf schon dann nicht erteilt werden, wenn auch nur eine der dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegt.

70 BVerfGE 26, 228 (238): 34, 165 (182); 47,46 (71 ff.).

71 Bodo *Pieroth*, DVBl. 1994, 949 (951).

72 Hans-Peter *Füssel*, in: Hermann *Avenarius*: Schulrecht. 8. Aufl., Kronach 2010, S. 30; *Avenarius*, ebda., S. 349; vgl. auch Jörg *Ennuschat*, RdJB 2007, 271 (276 f.).

73 Zu den durch den demografischen Wandel bewirkten Herausforderungen für das Schulwesen s. *Autorengruppe Bildungsberichterstattung* (Hrsg.): Bildung in Deutschland 2010, Bielefeld 2010, S. 171 ff.

3.22 Zu dem für die Genehmigung privater Ersatzschulen maßgeblichen Erfordernis der Gleichwertigkeit der Einrichtungen

Bedenken gegen die Genehmigung einer den Bestand öffentlicher Schulen gefährdenden Ersatzschule könnten sich insbesondere daraus ergeben, dass sie in ihren Einrichtungen nicht mit der öffentlichen Schule gleichwertig ist. Hierbei ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Zweck der Genehmigung einer Ersatzschule darin besteht, die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen zu schützen. Demgemäß sind unter den Rechtsbegriff der Einrichtungen diejenigen Vorkehrungen zu subsumieren, die für die Qualität der Bildungsarbeit der Privatschule erheblich sind (vgl. Abschnitt 2.2, S. 9 f.).

Hierzu vertritt *Hanßen*[74] die Ansicht, dass *Zügigkeit und Klassenfrequenzen*, wie sie nach den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen für die öffentlichen Schulen gelten, zu den qualitätsrelevanten Einrichtungen im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gehörten, so dass die Genehmigung einer Ersatzschule von der Einhaltung dieser Vorgaben abhänge. Diese Auffassung verdeutlicht er am Beispiel der Zügigkeit unter Berufung auf den im Jahr 2000 vorgelegten Bericht einer von der Landesregierung Brandenburg einberufenen Kommission über die „Entwicklung der Schulen der Sekundarstufe I im ländlichen Raum des Landes Brandenburg". Die Kommission hatte darin die Überzeugung geäußert, dass die erforderliche Qualität schulischer Bildung an einzügigen Schulen in der Sekundarstufe I kaum erfüllt werden könne; der Unterricht lasse sich durch fachlich ausgebildete Lehrkräfte selbst bei idealer Fächerkombination strukturell nur noch in Kernbereichen abdecken; ein fachlicher Austausch mit anderen Lehrkräften sei kaum noch möglich; das fachliche und didaktische Anregungsmilieu sei gering, und es bestehe die Gefahr einer unbewussten Absenkung der unterrichtlichen Standards; schließlich könne die Vielfalt des gesamten Schullebens nur wenig ausgeprägt sein. Die Kommission war daher zu dem Ergebnis gelangt, dass eine „Fortführung einzügiger Schulen – auch in Ausnahmefällen – nicht befürwortet werden kann". Daraus zieht *Hanßen* den Schluss, dass jedenfalls in Brandenburg eine einzügige Ersatzschule in der Sekundarstufe I nicht genehmigt werden könne.

Dieser Auffassung hält *Vogel*[75] entgegen, Zügigkeit und Klassenfrequenzen seien ökonomische Größen, die dem Zweck dienten, eine Konkordanz aus vorhandener Schülerzahl, weitestgehender Flächendeckung und zur Verfügung stehender Haushaltsmittel herzustellen. Zwar könne eine festgesetzte Schülerzahl in der Klasse oder eine bestimmte Zügigkeit im Sinne einer Differenzierung der Unterrichtsangebote auch pädagogische Gründe haben; ausschlaggebend seien aber die haushaltspolitischen Vorgaben, die von Haushaltsjahr zu Haushaltsjahr variieren könnten, ohne dass sich an der Schulart oder den Bildungszielen etwas ändere. Immerhin räumt *Vogel* ein, dass eine festgesetzte Klassenfrequenz oder Zügigkeit *auch* pädagogische Gründe haben möge. So bestehe von einer bestimmten Größe der Klasse an die Vermutung, dass ein ordnungsgemäßer Unterricht nicht mehr erteilt werden könne. Für die Mindestfrequenz gebe es hingegen eine solche Vermutung nicht. Was die vom Gesetzgeber für die öffentliche Schule in der Sekundarstufe I als Mindestgröße festgelegte Zweizügigkeit angehe, so könne diese die Unterrichtsorganisation zwar in mancher Hinsicht

Die Aufgabe jeder Schule, ob öffentlich oder privat, besteht nicht darin, Unterricht in erlesenen Kleingruppen zu erteilen. Wenn sie den einzelnen Schüler zu einem selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranbilden soll, dann bedarf es dazu des schulischen Gemeinschaftslebens in einer größeren Gruppe…

74 Klaus-Detlef *Hanßen*, RdJB 2009, 334 (345 f.).
75 ohann Peter *Vogel*, RdJB 2010, 222 (223 ff.)..

begünstigen; es sei aber nicht erwiesen, dass eine einzügig organisierte Ersatzschule die Qualitätsanforderungen nicht zu erfüllen vermöge.

Wie *Vogel* im Anschluss an Friedrich *Müller* zutreffend feststellt, gehört zu den Einrichtungen im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG alles das, aber auch nur das, was Inhalt und Qualität der Bildungsfunktion der Privatschule mitbestimmt. Dass die Qualität der pädagogischen Arbeit einer Privatschule in der Sekundarstufe I wesentlich von der Zahl der Züge abhängt, ist keineswegs gewiss. Jedenfalls kann auch eine einzügige Ersatzschule, wie *Vogel* zu Recht betont, ihre Schüler selbst dann zu den anzustrebenden Bildungszielen führen, wenn im öffentlichen Schulwesen Zweizügigkeit vorgeschrieben ist. Hingegen gehören die für öffentliche Schulen vorgeschriebenen Klassenfrequenzen sehr wohl zu den Einrichtungen, hinter denen die Ersatzschule nicht zurückstehen darf. Anders als *Vogel* meint, gilt dies allerdings nicht nur für Klassenhöchststärken, sondern auch für die von den öffentlichen Schulen einzuhaltende Mindestgröße einer Klasse. Die gegenteilige Ansicht liefe in der Konsequenz darauf hinaus, dass eine private Schule, die in jeder Jahrgangsstufe nur eine Handvoll Schüler hätte, dennoch über die für die Genehmigung erforderliche Qualität verfügte. Die Aufgabe jeder Schule, ob öffentlich oder privat, besteht aber nicht darin, Unterricht in erlesenen Kleingruppen zu erteilen. Wenn sie den einzelnen Schüler zu einem selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranbilden soll, dann bedarf es dazu des schulischen Gemeinschaftslebens in einer größeren Gruppe, in der es darauf ankommt, andere zu respektieren, sich mit abweichenden Auffassungen auseinanderzusetzen, in der Vielfalt der Meinungen und Lebensstile die eigene Persönlichkeit zu entwickeln und die Bereitschaft zu sozialem Handeln zu erlernen. Insoweit ist auch die für öffentliche Schulen festgelegte Mindestfrequenz einer Klasse sehr wohl ein Anhaltspunkt, ein Qualitätsmaßstab für die Prüfung der Gleichwertigkeit der privaten Schule.[76]

76 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die in der öffentlichen Wahrnehmung bestehenden – an kleineren Klassen festgemachten – günstigeren Unterrichtsbedingungen an Privatschulen durch die Schulstatistik nicht bestätigt werden. Vgl. Manfred *Weiß*: Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland. Schriftenreihe des Netzwerks Bildung, Berlin 2011, S. 24.

3.23 Zulassungsbedingungen für Grundschulen in freier Trägerschaft

Besonderheiten gelten für Grundschulen in freier Trägerschaft. Bei ihnen beschränkt sich die staatliche Kontrolle nicht auf die Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG. Sie müssen, um zugelassen zu werden, zusätzlich eine der Bedingungen des Art. 7 Abs. 5 GG erfüllen: Erforderlich ist entweder ein von der Unterrichtsverwaltung anerkanntes besonderes pädagogisches Interesse oder ein Antrag von Eltern auf Errichtung einer im öffentlichen Schulwesen der Gemeinde nicht vorhandenen Gemeinschafts-, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule (dazu Abschnitt 2.3, S. 11). Private Grundschulen kommen daher nur ausnahmsweise in Betracht. Diese Einschränkung der Privatschulfreiheit liegt im Interesse der Zusammenfassung der Kinder aller Bevölkerungsschichten in der öffentlichen (Volks-)Schule. Sie bedeutet eine sozialstaatlichem und egalitär-demokratischem Gedankengut verpflichtete Absage an Klassen, Stände und sonstige Schichtungen.[77] Diesem Vorrang der öffentlichen Schule muss die Schulbehörde bei der Entscheidung über die Zulassung von Grundschulen in privater Trägerschaft Rechnung tragen. Vor allem darf sie dem Begriff des besonderen pädagogischen Interesses kein Verständnis zugrunde legen, das eine flächendeckende Zulassung von privaten Grundschulen mit demselben Alternativkonzept erlaubt.[78] Das Bundesverwaltungsgericht hat deutlich gemacht, dass in einer dünn besiedelten Gegend auch in größerer Entfernung voneinander gelegene private Grundschulen den Vorrang der öffentlichen Grundschulen beeinträchtigen könnten. Es hat überdies betont, dass wegen des egalitär-demokratischen Kerngedankens des Vorrangprinzips auch demografischen Faktoren bei der Genehmigung privater Grundschulen Rechnung getragen werden müsse. Das verfassungsrechtliche Anliegen einer einheitlichen öffentlichen Grundschule sei die Vermeidung einer schichtenspezifischen Sonderung von Schülern in diesem Alter; dabei gehe es auch um die *Vermeidung einer Sonderung nach Begabung, Sprache, Kultur oder Staatsangehörigkeit*. Der Genehmigung einer privaten Grundschule könne demnach auch entgegenstehen, dass die Zusammensetzung ihrer Schülerschaft zu einer von den konkurrierenden öffentlichen Grundschulen stark abweichenden demografischen Repräsentanz führe.[79]

> Angesichts dieser strengen Zulassungsbedingungen macht es staunen, dass vor allem die Schulbehörden in den neuen Ländern bei der Genehmigung privater Grundschulen recht großzügig zu verfahren scheinen. Während 2008 in den alten Ländern nur 1,9% der Schüler eine Grundschule in privater Trägerschaft besuchten, waren es in den neuen Ländern 6,2%.[80]

3.24 Genehmigungsanspruch der Ersatzschule vs. Pflicht des Staates zur Bereitstellung eines ausreichenden Angebots an öffentlichen Schulen

Sofern eine Ersatzschule sämtliche in Art. 7 Abs. 4 GG genannten Bedingungen erfüllt, bleibt zu prüfen, ob der Staat gleichwohl die Genehmigung im Hinblick darauf versagen kann, dass mit ihrer Errichtung aller Voraussicht nach Schüler von den benachbarten öffentlichen Schulen zu ihr abwandern und dadurch deren Fortbestand gefährdet ist. Dieses Problem stellt sich insbesondere in dünn besiedelten Regionen mit rückläufigen Schülerzahlen, in denen die Aufrechterhaltung eines hinreichenden Angebots an öffentlichen Schulen den Staat und die kommunalen Schulträger ohnehin vor große Herausforderungen stellt.

In diesem Zusammenhang bietet ein Ende 2006 ergangenes *Urteil des OVG Greifswald*[81] eine anregende, wenn

77 BVerfGE 88, 40 (49 f.).

78 BVerfGE 88, 40 (52); BVerwG, NJW 2000, 1281.

79 BVerwG, NJW 2000. 1281 (1283); so auch Klaus-Detlef *Hanßen*, RdJB 2009, 334 (344 f.).

80 *Statistisches Bundesamt* (Anm. 2), S. 15 f., 158 f. Von den im Schuljahr 2010/11 in Sachsen vorhandenen 186 allgemeinbildenden Schulen in freier Trägerschaft entfällt auf die 74 Grundschulen mit nahezu 40% der relativ größte Anteil; von den insgesamt 17.900 Schülern, die in diesem Schuljahr eine Privatschule besuchen, gehen 6.500 (= 36,3%) auf eine Grundschule (*Sächsisches Staatsministerium für Kultus und Sport*: Hintergrundinformationen zum Regierungsentwurf zum Doppelhaushalt 2011/2012 für den Haushalt des Kultus- und Sportministeriums, 21. September 2010, Tabellen im Anhang).

81 Vom 10.12.2006, Az.: 2 L 158/05 – juris.

auch zum Widerspruch reizende Lektüre. Das Gericht kommt zu dem Schluss, die Genehmigung einer Ersatzschule als weiterführender Schule könne nicht mit der Begründung versagt werden, dass durch die Verringerung der Zahl der Schüler an den benachbarten öffentlichen Schulen deren Bestand gefährdet sei. Die Rechte von Eltern würden nicht bereits durch die Erteilung der Ersatzschulgenehmigung berührt; ebenso wenig sei dadurch die Verpflichtung des Staates, ein ausreichendes Schulangebot vorzuhalten, tangiert. Es sei vielmehr erst die Anwendung der einfachgesetzlichen Vorschriften über Mindestschülerzahlen und über die Schließung von Schulen für den Fall der Nichterreichung der Zahlen, die diese Folgen auslösten. Dadurch werde aber der Anspruch auf Erteilung der Ersatzschulgenehmigung unter den Vorbehalt des einfachen Gesetzes gestellt. Einen solchen Vorbehalt sehe Art. 7 Abs. 4 GG indes nicht vor. In dem zu entscheidenden Fall vermochte das Gericht keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass das Land seiner Verpflichtung gemäß Art. 7 Abs. 1 GG, landesweit – also auch in strukturschwachen und bevölkerungsarmen Regionen – ein ausreichendes Angebot an weiterführenden Schulen vorzuhalten, objektiv nicht mehr nachkommen könne, wenn aufgrund der zu genehmigenden privaten Ersatzschule die Schülerzahlen an den umliegenden öffentlichen Schulen weiter zurückgingen und insoweit die Funktionsfähigkeit des staatlichen Schulwesens selbst bedroht wäre. Die einfachgesetzlichen Vorschriften über Mindestschülerzahlen knüpften jedenfalls nicht an die Grenze der Funktionsfähigkeit des staatlichen Schulwesens an, sondern beruhten auf pädagogischen und fiskalischen Überlegungen.

Der Auffassung des OVG Greifswald ist entgegenzusetzen, dass die Vorschriften über die für öffentliche Schulen maßgeblichen Mindestschülerzahlen und über die Auflösung von Schulen bei Unterschreiten dieser Zahlen nicht dazu dienen, die Genehmigung von Ersatzschulen unter einen einfachgesetzlichen Vorbehalt zu stellen; sie konkretisieren vielmehr die Verantwortung des Staates für das öffentliche Schulwesen gemäß Art. 7 Abs. 1 GG. Es ist der Gesetzgeber, der zu bestimmen hat, unter welchen Voraussetzungen Schulen zu errichten und zu schließen sind; er hat auch im Hinblick auf die pädagogische Leistungsfähigkeit der Schulen festzulegen, welche Mindestschülerzahlen für ihren Fortbestand erforderlich sind. Wenn der Gesetzgeber nicht nur aus fiskalischen, sondern – wie das Gericht selbst einräumt – eben auch aus pädagogischen Erwägungen die Auflösung von Schulen bei Unterschreiten der Mindestschülerzahl für erforderlich hält und dies zur Folge hat, dass bei Genehmigung der privaten Ersatzschule staatliche Schulen in erreichbarer Nähe geschlossen werden müssen, dann ist die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Schulwesens in dieser Region bedroht.[82] Das Gericht lässt im Übrigen nicht erkennen, unter welchen Umständen die Grenzen der Funktionsfähigkeit des staatlichen Schulwesens überschritten wären. Immerhin hat es angedeutet, dass in einem solchen – hypothetischen – Fall Genehmigungen weiterer Ersatzschulen zu versagen wären.

> Es ist jedenfalls daran festzuhalten, dass der Gesetzgeber im Rahmen der staatlichen Verantwortung für das öffentliche Schulwesen die Errichtung und Fortführung von Schulen sehr wohl an die Einhaltung bestimmter Mindestschülerzahlen knüpfen kann, über die sich Schulverwaltung und kommunale Schulträger nicht hinwegsetzen dürfen.[83]

Sofern daher die Gründung einer Ersatzschule in einer Region mit ohnehin stark zurückgehender Schülerpopulation die Schließung öffentlicher Schulen nach sich zöge, kann es die Schulbehörde nicht damit bewenden lassen, auf eine Lösung hinzuarbeiten, die die künftige Schulversorgung im schulischen Umfeld „irgendwie“ sicherstellt, indem sie etwa von der Erwartung ausgeht, dass die zu genehmigende Ersatzschule nunmehr die durch Auflösung der öffentlichen Schule(n) entstehende Lücke schließt. Eine Schulverwaltung, die sich bei der Genehmigungsentscheidung allein von pragmatischen Gesichtspunkten leiten ließe, verlöre die durch das Grundgesetz bestimmte unterschiedliche Aufgabenstellung der öffentlichen und der privaten Schulen aus dem Blick.

82 Die Argumentation des Gerichts erweckt zuweilen den Eindruck, als habe der Staat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er für die Existenzfähigkeit öffentlicher Schulen Mindestschülerzahlen vorschreibt. In Wirklichkeit kommt der Gesetzgeber damit nur seiner Aufgabe nach, ein pädagogisch leistungsfähiges Schulsystem sicherzustellen. Indem er anordnet, dass Schulen, die diese Mindestgröße nicht mehr erreichen, geschlossen werden müssen, will er die Qualität der einzelnen Schule sichern. So auch *Hanßen*, RdJB 2009, 334 (342).

83 Allerdings muss der Gesetzgeber die Mindestschülerzahl so festlegen, dass die Erreichbarkeit öffentlicher Schulen in zumutbarer Entfernung gewährleistet ist; das kann z.B. dadurch geschehen, dass er für besonders schwach besiedelte Gebiete Ausnahmen von der für den Regelfall bestimmten Mindestschülerzahl zulässt.

3.25 Zu den Unterschieden in der Aufgabenstellung zwischen privaten und öffentlichen Schulen

Das Recht zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen ist durch Art. 7 Abs. 4 GG garantiert. Aber gerade die verfassungsrechtliche Gewährleistung macht den *Ausnahmecharakter der Privatschule* deutlich. Die öffentliche Schule ist in der deutschen bildungsgeschichtlichen Entwicklung die Regelschule geworden, wenngleich sich private Schulen gerade in letzter Zeit zunehmender Beliebtheit erfreuen. Zwar hat das Grundgesetz darauf verzichtet, den Grundsatz der Weimarer Verfassung (Art. 143 Abs. 1 Satz 1) aufzunehmen, für die Bildung der Jugend sei durch öffentliche Anstalten zu sorgen. Doch lässt sich nicht übersehen, dass auch nach den Aussagen des Grundgesetzes die öffentliche Schule als Maßstab (Art. 7 Abs. 4) und Regel (Art. 7 Abs. 5) dient.[84]

Die herausragende Funktion der öffentlichen Schule liegt in ihrem Beitrag zur *Integrationsaufgabe* des Staates in einer pluralistischen, auch im geistig-ethischen Sinn pluralistischen Gesellschaft.[85] Dieser Integrationsauftrag gewinnt umso größere Bedeutung, als in der öffentlichen Schule Kinder und Jugendliche unterschiedlicher sozialer, kultureller und religiöser Herkunft einander begegnen.[86] So hat nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht die allgemeine Schulpflicht gegen zunehmende Tendenzen des Homeschooling mit dem Argument gerechtfertigt, die Allgemeinheit habe ein berechtigtes Interesse daran, der Entstehung von religiös oder weltanschaulich motivierten „Parallelgesellschaften" entgegenzuwirken und Minderheiten zu integrieren; es sei eine wichtige Aufgabe der öffentlichen Schule, den Dialog mit Andersdenkenden und -gläubigen im Sinne gelebter Toleranz einzuüben.[87]

Zwar muss auch die Schule in freier Trägerschaft, die als Ersatzschule nicht hinter den Lehrzielen der öffentlichen Schule zurückstehen darf, diese Integrationsaufgabe wahrnehmen.[88] Da sie aber ihre Schülerinnen und Schüler frei auswählen kann, hat sie es in der Regel mit einer vergleichsweise homogenen Schülerschaft zu tun (vgl. auch Abschnitt 3.522, S. 37).

Es ist nicht zuletzt dieses der Schule in freier Trägerschaft zustehende *Recht der freien Schülerwahl*, das einen wesentlichen Unterschied zur öffentlichen Schule ausmacht. Die Ersatzschule kann sich die Schüler, die zu ihrem pädagogischen Konzept passen, aussuchen. Angesichts der Tatsache, dass sie ein eigenes, zumal ein religiös-weltanschaulich geprägtes Erziehungsziel verfolgen darf, ist das nur konsequent. Demgegenüber kann die öffentliche Schule Schüler allenfalls dann zurückweisen, wenn sie außerhalb eines vorgeschriebenen Schulbezirks wohnen, wenn sie an Leistungskriterien orientierte allgemein geltende Aufnahmebedingungen nicht erfüllen oder wenn Kapazitätsengpässe entgegenstehen. Im Übrigen aber muss die öffentliche Schule für alle Schüler zugänglich sein, zumal für sie überdies das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität gilt.[89]

Das Recht zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen ist durch Art. 7 Abs. 4 GG garantiert. Aber gerade die verfassungsrechtliche Gewährleistung macht den Ausnahmecharakter der Privatschule deutlich.

Deshalb hat der Staat dafür Sorge zu tragen, dass die Schüler eine öffentliche Schule tatsächlich erreichen kön-

84 *Avenarius* (Anm. 72), S. 58.

85 Ernst-Wolfgang *Böckenförde*: Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Joseph Krautscheidt/Heiner Marré (Hrsg.): Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche. Bd. 14, Münster 1980, S. 84; vgl. auch Matthias *Jestaedt*: Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts. Bd. VII, Heidelberg 2009, § 156, Rn. 45.

86 Friedhelm *Hufen*: Staatsrecht II. Grundrechte. 2. Aufl., München 2009, § 32 Rn. 37.

87 BVerfG, SPE 738 Nr. 5, S. 20 (24).

88 So weist *Geis* (Anm. 13), Art. 7 Rn. 77, zutreffend darauf hin, dass der Genehmigungsvorbehalt nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG auch der gesellschaftlichen Integrationsfunktion des Schulwesens diene.

89 BVerfGE 41, 29 (49 ff.); 93, 1 (15 ff.).

nen;[90] er kann sie nicht auf eine private Schule verweisen, an der sie üblicherweise obendrein Schulgeld zahlen müssten. Ein Zwang in dieser Richtung ist wegen des durch Art. 4 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts der Glaubensfreiheit vor allem dann ausgeschlossen, wenn es sich bei der Ersatzschule um eine Schule mit religiös-weltanschaulichem Profil handelt.

3.26 Konsequenzen für die Entscheidung über die Genehmigung der Ersatzschule

Vor dem Hintergrund dieser verfassungsrechtlich vorgegebenen Unterschiede zwischen öffentlicher und privater Schule muss die Schulbehörde in einem Konflikt entscheiden, in dem sich zwei Rechtsgüter, die ihrerseits verfassungsrechtlich geschützt sind, gegenüberstehen: einerseits der grundrechtlich gewährleistete Genehmigungsanspruch der Ersatzschule (Art. 7 Abs. 4 GG); andererseits die Pflicht des Staates, ein ausreichendes Angebot an wohnortnahen öffentlichen Schulen vorzuhalten (Art. 7 Abs. 1 GG). Dabei ist der Staat nicht nur objektiv-rechtlich zur Schulversorgung verpflichtet; er muss zugleich auch dem grundrechtlich verbürgten Anspruch der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG auf ein ausreichendes tatsächliches Angebot der gesetzlich vorgesehenen Schulen genügen. Gleiches gilt für den entsprechenden Anspruch der Schülerinnen und Schüler gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.

Hanßen[91] vertritt zur Lösung dieses Normenkonflikts die Meinung, dass Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 7 Abs. 4 und 5 GG „eben nicht so einfach nebeneinander" stünden. Er greift den in Rechtsprechung und Literatur erörterten Gesichtspunkt grundrechtsimmanenter Schranken auf und gelangt auf diese Weise zu dem Ergebnis, dass der *grundrechtlich geschützte Genehmigungsanspruch der Ersatzschule über die ausdrücklich normierten Genehmigungstatbestände hinaus zusätzlich durch die staatliche Verantwortung für das öffentliche Schulwesen begrenzt* werde. Art. 7 Abs. 1 GG umfasse die Garantie eines erreichbaren staatlichen Angebots und dieses müsse im Konfliktfall den Vorrang haben. Eltern dürften nicht gezwungen werden, auf ein privates Angebot zurückzugreifen. *Hanßen* stützt sich in seiner Argumentation zudem auf das Finanzhilfe-Urteil des Bundesverfassungsgerichts; dieses hatte im Zusammenhang mit der Förderungspflicht des Staates gegenüber den Ersatzschulen betont, der Gesetzgeber könne auch dem Umstand sinkender Schülerzahlen im öffentlichen Schulwesen als Folge des Geburtenrückgangs Rechnung tragen und sei nicht etwa verpflichtet, ohne Rücksicht hierauf das private Ersatzschulwesen zu unterstützen.[92]

Demgegenüber wendet *Vogel*[93] ein, die Auffassung, dass der Staat als Schulträger tätig sein müsse, sei dem Wortlaut des Art. 7 GG nicht ohne Weiteres zu entnehmen, und verweist auf Stimmen in der Literatur, die eben dieses bestreiten. Zutreffend stellt er klar, dass das von *Hanßen* zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht von einer Genehmigungssperre handle, sondern von der Berücksichtigung eines Schülerrückgangs bei der Zumessung einer öffentlichen Finanzhilfe. Der Staat müsse hierbei nicht das Ersatzschulwesen zu Lasten seiner Schulen bevorzugen. Das heiße aber nicht, dass er das Grundrecht auf Errichtung einer Ersatzschule einfachgesetzlich einschränken dürfe. Schulen in freier Trägerschaft müssten staatlicher Planung nicht weichen, wie andererseits der Staat nicht gehindert sei, seine Schulen neben Ersatzschulen zu stellen. Der Anspruch des Staates, als Schulträger ein flächendeckendes Schulwesen bereithalten zu müssen, verbaue die Sicht auf die Möglichkeit, ggf. mit den Ersatzschulen Kooperationsmodelle zu vereinbaren, um die lokalen Standortprobleme zu lösen.

Die Kritik, die *Vogel* gegen *Hanßens* Position vorträgt, verkennt indes die substanziellen Unterschiede in der verfassungsrechtlich vorgezeichneten Aufgabenstellung öffentlicher und privater Schulen. Sie lässt insbesondere die Tatsache außer Acht, dass Schulen in freier Trägerschaft, vor allem wenn sie besondere Erziehungsinhalte und -formen anstreben oder eine spezifisch religiös-weltanschauliche Prägung aufweisen, keine „Schulen für alle" sind und sein können. Art. 7 Abs. 4 GG bedeutet zwar

90 Hierbei kommt es auf die Länge des zumutbaren Schulweges an. Was als zumutbarer bzw. unzumutbarer Schulweg anzusehen ist, ergibt sich im Allgemeinen aus den Bestimmungen der Länder über Schülerbeförderung und Fahrkostenerstattung. Dazu *Avenarius* (Anm. 72), S. 514 ff. Zur Zumutbarkeit der Länge des Schulwegs vgl. auch *Hanßen*, RdJB 2009, 334 (341 f.).

91 RdJB 2009, 334 (342); RdJB 2010, 228 (229).

92 BVerfGE 75, 40 (67).

93 RdJB 2010, 222 (226 f.).

eine Absage an ein staatliches Schulmonopol.[94] Er bedeutet aber nicht, dass private Ersatzschulen ihrerseits eine – und sei es auch nur eine regional begrenzte – Monopolstellung in Anspruch nehmen dürften.

Die gegen die Genehmigung der Ersatzschule geltend gemachten Einwendungen lassen sich möglicherweise durch *Vereinbarungen mit der Privatschule und den Eltern* ausräumen, etwa in der Weise, dass die Schule sich zur Übernahme sämtlicher von der drohenden Schulschließung betroffenen Schüler bereit erklärt und Schüler und Eltern mit dem Besuch der Schule einverstanden sind.[95] So könnte die Genehmigung mit der Auflage erteilt werden, dass sich die Privatschule gegenüber Schulbehörde und kommunalem Schulträger vertraglich zur Aufnahme dieser Schüler verpflichtet und dass die Eltern ihrerseits aus freien Stücken einen Schulvertrag mit der Ersatzschule abschließen. Auf diese Weise würde – so scheint es – niemand gezwungen, die private Schule in Anspruch zu nehmen, und es wäre gleichwohl die Schulversorgung im Einzugsbereich auch künftig gesichert.

Abgesehen davon, dass Ersatzschule und Eltern für ein solches Arrangement nicht ohne Weiteres zu gewinnen sind, ist Folgendes zu bedenken:
Die vertraglich geregelte Verpflichtung der Privatschule, die von der Schließung der öffentlichen Schule betroffenen Schüler zu unterrichten, ist deshalb problematisch, weil sie sich dadurch des Rechts der freien Schülerwahl und damit auch des Rechts begibt, Schüler von der Schule zu entfernen, die sich gegen ihr pädagogisches Konzept oder ihre religiös-weltanschauliche Prägung auflehnen; sie liefe folglich Gefahr, ihre gesamte Bildungsarbeit aufs Spiel zu setzen. Durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dieses Inhalts erklärte sie einen Grundrechtsverzicht. Dieser kann aber nur dann in Betracht kommen, wenn er sich auf eine zeitlich begrenzte Wahrnehmung einer grundrechtlichen Rechtsposition bezieht; er muss also, wenn er auf Dauer angelegt ist, widerrufbar sein.[96] Die Ersatzschule dürfte daher nicht daran gehindert werden, in einem solchen Fall den mit den Eltern geschlossenen Schulvertrag zu kündigen.
Die Eltern sind zwar ihrerseits durch den Schulvertrag gebunden. Aber auch sie müssten sich aus den vertraglichen Bindungen mit der Schule durch Kündigung lösen können, sofern sie mit dem pädagogischen Konzept oder der religiös-weltanschaulichen Ausrichtung der Schule nicht mehr einverstanden sind.
Die mit Auflagen versehene Genehmigung der Schulbehörde würde demnach das Schulprojekt im Hinblick auf die Schulversorgung in der Region nicht nur erheblichen Risiken aussetzen; sie wäre auch unzulässig, weil sie der Schule, mittelbar auch den Eltern Verpflichtungen auferlegte, an denen die Beteiligten nicht auf Dauer festgehalten werden können.
Schließlich bleibt noch zu klären, ob sich *Hanßens* Argumentation mit dem Umstand vereinbaren lässt, dass das Grundgesetz selbst die den Genehmigungsanspruch begrenzenden Tatbestände in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 detailliert festlegt und dadurch bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die dem Staat durch Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesenen Befugnisse und Pflichten eingeschränkt werden können. Der Verfassungsgeber hat mithin die Konfliktmöglichkeiten im Verhältnis zu Art. 7 Abs. 1 GG durchaus in Betracht gezogen. Insoweit erscheint es nur konsequent, wenn *Müller* betont, dass die öffentliche Gewalt in keinem Fall die in Art. 7 Abs. 4 GG enthaltenen Garantien über die dort abschließend normierten Schranken hinaus einengen oder festlegen dürfe.[97]

Art. 7 Abs. 4 GG bedeutet zwar eine Absage an ein staatliches Schulmonopol. Er bedeutet aber nicht, dass private Ersatzschulen ihrerseits eine – und sei es auch nur eine regional begrenzte – Monopolstellung in Anspruch nehmen dürften.

Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass Art. 7 GG in einer Zeit entstanden ist, in der sich die schulische Situation von der heutigen grundlegend unterschied. Bei der Beratung und Verabschiedung des Grundgesetzes konnte der Verfassungsgeber von einer ungefährdeten Existenz öffentlicher Schulen ausgehen. Eine demogra-

94 BVerfGE 90, 107 (114).
95 In diesem Sinne sind vermutlich die von *Vogel*, RdJB 2010, 222 (226), erwähnten Kooperationsmodelle zu verstehen.
96 Vgl. Michael *Sachs*, in: Klaus Stern; Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/2, München 1994, § 86, S. 887 (915 f.).
97 *Müller* (Anm. 14), S. 320.

fische Entwicklung, die zur Folge hat, dass Staat und Kommunen wegen der drastisch sinkenden Schülerzahlen kaum noch imstande sind, in ländlichen Regionen eine bedarfsdeckende Versorgung mit öffentlichen Schulen sicherzustellen, war damals nicht abzusehen. *Das Vorhandensein einer ausreichenden Zahl öffentlicher Schulen war und ist somit die als selbstverständlich zugrunde gelegte Bedingung der Verwirklichung des Anspruchs auf Genehmigung einer Ersatzschule*. Das gilt umso mehr, als eine Auslegung des Art. 7 Abs. 4 GG, wonach der Staat verpflichtet wäre, Privatschulen ohne Rücksicht auf die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Schulwesens zu genehmigen, zur Konsequenz hätte, dass die durch Art. 6 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1, ggf. auch Art. 4 Abs. 1 GG geschützten Rechte von Eltern und Schülern auf Zugang zu einer tatsächlich erreichbaren, dem Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität unterliegenden öffentlichen Schule beeinträchtigt würden.

3.27

Ergebnis

Die Genehmigung einer Ersatzschule ist dann zu versagen, wenn aufgrund der Errichtung dieser Schule öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der gesetzlich bestimmten Mindestgröße geschlossen werden müssten, wenn für die dadurch betroffenen Schüler unzumutbar lange Schulwege zu anderen öffentlichen Schulen entstünden und wenn deshalb der Anspruch der Schüler und Eltern auf ein Angebot an öffentlichen Schulen in erreichbarer Nähe sich nicht mehr verwirklichen ließe.[98]

Soweit es sich bei der privaten Ersatzschule um eine Grundschule handelt, ist zu beachten, dass sie gemäß Art. 7 Abs. 5 GG auch bei Vorliegen eines besonderen pädagogischen Interesses nur zugelassen werden kann, wenn der Vorrang der öffentlichen Grundschulen nicht beeinträchtigt wird. Würde der Fortbestand einer öffentlichen Grundschule durch Gründung einer Grundschule in freier Trägerschaft gefährdet, könnte die private Schule daher nicht genehmigt werden

3.28

Exkurs: Zur Rechtslage in Sachsen

Der Gesetzgeber im Freistaat Sachsen lädt Schulverwaltung, kommunale Schulträger und betroffene Eltern nachgerade dazu ein, Defizite in der staatlichen Schulversorgung durch Privatschulen zu kompensieren. Sofern das Kultusministerium feststellt, dass das öffentliche Bedürfnis für die Fortführung der öffentlichen Schule, z.B. wegen rückläufiger Schülerzahlen, nicht mehr besteht, kann es nach § 24 Abs. 3 SchulG die Mitwirkung des Freistaats an der Unterhaltung der Schule widerrufen, was dazu führt, dass der kommunale Schulträger die Schule schließen muss. Für diesen Fall bestimmt § 14 Abs. 2 SächsFrTrSchulG, dass die staatliche Finanzhilfe für eine Ersatzschule, die an die Stelle der im Gebiet eines öffentlichen Schulträgers einzigen öffentlichen Schule dieser Schulart tritt, insoweit verringert wird, als der Schulträger die Schule bezuschusst oder durch andere geldwerte Leistungen unterstützt. Die Vorschrift setzt mithin die Zulässigkeit der Errichtung und Genehmigung einer Ersatzschule als selbstverständlich voraus. Dies führt häufig dazu, dass Eltern, die mit der Schließung der öffentlichen Schule nicht einverstanden sind, stattdessen eine Privatschule gründen, um ein wohnortnahes Bildungsangebot aufrechtzuerhalten.[99]

Für den Staat ist diese vom Gesetzgeber vorgesehene Lösung in doppelter Hinsicht vorteilhaft: Die Aufwendungen für die öffentliche Schule fallen weg; die ohnehin niedrigere staatliche Finanzhilfe für die an ihre Stelle tretende Privatschule wird um die finanziellen oder geldwerten Leistungen des kommunalen Schulträgers gekürzt. Aber auch der kommunale Schulträger profitiert: Selbst wenn er der Ersatzschule beispielsweise Gebäude und sonstige Einrichtungen der öffentlichen Schule kostenfrei überlässt, spart er immer noch den Großteil des Sachaufwands, den er zuvor für die Unterhaltung seiner Schule aufbringen musste. Die Ersatzschule hingegen muss diejenigen Aufwendungen tragen, die durch die staatliche Finanzhilfe und die Unterstützung seitens des kommunalen Schulträgers nicht aufgefangen werden. Die Deckungslücke wird mithin durch Schulgelder und sonstige Eigenleistungen der Eltern geschlossen. So spart die öffentliche Hand auf Kosten der Eltern.

98 So bereits *Hanßen*, RdJB 2009, 334 (346).

99 *GEW*: Privatisierungsreport 5 (Anm. 4), S. 20; vgl. auch *Vogel*, RdJB 2010, 222. Laut Privatisierungsreport 5, ebda., entstanden auf diese Weise allein im Zeitraum 2000 bis 2005 39 neue allgemeinbildende private Schulen.

3.3

Genügt der Staat seiner Verantwortung für das Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG), wenn er vorhandene öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der vorgeschriebenen Mindestzügigkeit schließt und stattdessen neu errichtete Privatschulen mit einem religiös-weltanschaulichen Profil auch dann genehmigt und finanziell fördert, wenn sie die für öffentliche Schulen geltenden Anforderungen an die Mindestzügigkeit nicht erfüllen?

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich im Wesentlichen aus den Darlegungen im vorangehenden Abschnitt. Die Fallgestaltung unterscheidet sich insoweit von der zuletzt erörterten Problematik, als es die Schulbehörde selbst ist („stattdessen"), die die Auflösung öffentlicher Schulen zum Anlass nimmt, auf die Errichtung von Privatschulen hinzuwirken, und dass es sich bei diesen Schulen ausschließlich um solche mit einem religiös-weltanschaulichen Profil handelt.

Es sei daran erinnert, dass die Schulverwaltung eine Ersatzschule nicht genehmigen, infolgedessen auch nicht finanziell fördern darf, sofern wegen der Gründung dieser Schule der grundrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch der Eltern und Schüler auf ein Angebot öffentlicher Schulen in erreichbarer Nähe nicht mehr gesichert wäre. Die Genehmigung ist mit Rücksicht auf die durch Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete (negative) Glaubensfreiheit insbesondere dann zu versagen, wenn es sich, wie hier, bei der Schule, die an die Stelle der öffentlichen Schule treten soll, um eine Einrichtung mit religiös-weltanschaulichem Profil handelt. Schon im Vorfeld der Entscheidung über die Genehmigung darf die Schulverwaltung daher – mangels einer realistischen Alternative erreichbarer öffentlicher Schulen – weder Eltern auffordern, sich dauerhaft zu verpflichten, ihr Kind auf die Privatschule zu schicken, noch an die Ersatzschule appellieren, sich auf unbegrenzte Zeit ihres Rechts der freien Schülerwahl zu begeben (vgl. oben, Abschnitt 3.26, S. 28 f.). Sollte die Schulbehörde die vorhandene öffentliche Schule gar in der Erwartung aufgelöst haben, dass sie wegen der geplanten Errichtung der Privatschule voraussichtlich Schüler verlieren werde und deshalb ihre Mindestzügigkeit nicht einhalten könne, läge hierin ein rechtswidriger Verwaltungsakt. Der Staat darf nicht darauf hinarbeiten, die für die Fortführung der öffentlichen Schule maßgeblichen Bedingungen auszuhebeln, und auf diese Weise eine Situation – Unterschreiten der vorgeschriebenen Mindestzügigkeit – herbeiführen, die bei pflichtgemäßem Handeln nicht entstanden wäre. Es ist die Schulbehörde selbst, die die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Schule durch eigenes Tun verhindert hat. Sie muss deshalb den Verwaltungsakt, durch den sie die Schließung der Schule angeordnet hat, zurücknehmen.[100]

Da die Schule in freier Trägerschaft in der beschriebenen Fallkonstellation eh nicht genehmigt werden darf, kommt es auf die Frage, ob sie die für entsprechende öffentliche Schulen vorgeschriebene Mindestzügigkeit unterschreiten darf (dazu Abschnitt 3.22, S. 23 f.), nicht an.

100 Zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte Hartmut *Maurer*: Allgemeines Verwaltungsrecht. 17. Aufl., München 2009, § 11 Rn. 10 ff.

3.4

Ist es mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn eine offensichtlich gegen das Sonderungsverbot verstoßende Schule aus Steuermitteln subventioniert wird? Wie sehen die schulrechtlichen Bestimmungen der / ausgewählter Bundesländer aus, und sind sie mit dem Grundgesetz vereinbar?

3.4 I Staatliche Finanzhilfe für Ersatzschulen nur bei Beachtung des Sonderungsverbots

Eine private Ersatzschule darf eine Sonderung ihrer Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht fördern und deshalb keine überhöhten Schulgelder verlangen. Setzt sie sich über dieses Sonderungsverbot hinweg, kann sie nicht genehmigt werden; das gilt selbst dann, wenn sie alle anderen Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllt. Mangels Genehmigung darf die Schule den Betrieb nicht aufnehmen. Staatliche Finanzhilfe kommt daher von vornherein nicht in Betracht.

3.4 2 Zur verfassungsrechtlich zulässigen Höchstgrenze von Schulgeldern

Damit Schulen in freier Trägerschaft trotz des Sonderungsverbots und der übrigen strengen Genehmigungsvoraussetzungen überhaupt errichtet und betrieben werden können, sind sie auf staatliche Förderung angewiesen. Nur so lässt sich vermeiden, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Schulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmert. Mit dieser Begründung hat das Bundesverfassungsgericht aus der Verfassungsnorm eine Verpflichtung des Gesetzgebers hergeleitet, die privaten Ersatzschulen zu schützen und zu fördern.[101] „Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden“[102]. Damit hat das Gericht die Möglichkeit der partiellen Selbstfinanzierung durch Schulgelder nicht rundweg ausgeschlossen. Allerdings bleibt weitgehend ungeklärt, bis zu welcher Höhe Schulgelder verfassungsrechtlich hinnehmbar sind.

So gelangte das Bundesverfassungsgericht 1994 zu der Ansicht, es liege auf der Hand, dass, bezogen auf das Jahr 1986, Beträge in der Größenordnung von monatlich 170 bis 190 DM nicht von allen Eltern gezahlt werden könnten und daher dann mit dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG unvereinbar seien, wenn sie als Schulgeld entrichtet würden; das gelte jedoch nicht, wenn es sich bei diesen Summen um Beiträge zur Eigenleistung handele, mit denen Eltern eine Schule nach ihren eigenen bildungspolitischen Vorstellungen gründen und tragen wollten.[103] Aufgrund dieser Entscheidung kam der VGH Mannheim im Jahr 2000[104] zu dem Schluss, dass die Grenze für das Schulgeld im Sinne des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1986 höchstens bei 130 DM gelegen haben könne; er hat unter Berücksichtigung der seither erfolgten Steigerung von Lebenshaltungskosten für das Jahr 2000 ein durchschnittliches monatliches Schulgeld in der Größenordnung von 220 DM und im Jahr 2005 von etwa 120 Euro als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft.[105] An

101 BVerfGE 75, 40 (65).
102 BVerfGE 90, 197 (115).
103 Beschluss vom 9.3.1994 (BVerfGE 90, 107, 119 f.)
104 Urteil vom 12.1.2000, Az.: 9 S 317/98 – juris.
105 Urteil vom 19.7.2005, Az. 9 S 317/98 – juris.

dieser Rechtsprechung hält das Gericht jedoch nicht mehr fest. In seinem Urteil vom Juli 2010 geht es davon aus, dass allenfalls ein Schulgeld in Höhe von 70 Euro monatlich als sozial verträglich bezeichnet werden könne.[106]

Auch im Schrifttum werden unterschiedliche Auffassungen zur zulässigen Höhe des Schulgelds – zwischen 60 und 120 Euro monatlich – vertreten.[107] Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass es wegen der regionalen Einkommensdivergenzen nicht möglich ist, landes- oder gar bundesweit einen Betrag festzusetzen, der dem Sonderungsverbot noch nicht zuwiderlaufen würde.[108]

Vor allem darauf dürfte es zurückzuführen sein, dass die meisten Länder in ihren schulrechtlichen Vorschriften keine Höchstgrenze des Schulgeldes bestimmt haben.[109] So bleibt es der Schulbehörde vorbehalten, bei der Entscheidung über die Genehmigung der Ersatzschule je nach den am Ort bestehenden Einkommensverhältnissen von Fall zu Fall zu ermitteln, ob das von der Ersatzschule geforderte Schulgeld dem Sonderungsverbot Rechnung trägt. Es sind schließlich die Verwaltungsgerichte, die, wie zuletzt der VGH Mannheim, vor allem bei Klagen von Privatschulen auf Erhöhung der staatlichen Zuwendung inzidenter auch über die verfassungsrechtlich zulässige Höhe des Schulgelds befinden

.

3.43 Exkurs: Zulässigkeit der Subventionierung internationaler Schulen?

Die internationalen Schulen sind keine Ersatzschulen, sondern Ergänzungsschulen und brauchen daher das Sonderungsverbot nicht zu beachten.[110] Wenn einzelne Länder diesen Schulen nach Maßgabe des Landeshaushalts einen Zuschuss gewähren,[111] so mag dies insoweit gerechtfertigt sein, als dadurch die Anziehungskraft der jeweiligen Region für international agierende Fachkräfte gesichert werden soll.

Der Besuch dieser Schulen ist Kindern und Jugendlichen vorbehalten, die entweder in Deutschland der Schulpflicht nicht unterliegen (z.B. Diplomatenkinder) oder zwar schulpflichtig sind, sich aber nach der Lebensplanung der Eltern nur vorübergehend in Deutschland aufhalten (z.B. Kinder von Beschäftigten internationaler Konzerne). Die Unterrichtung anderer schulpflichtiger Schüler liefe auf eine Umgehung des Sonderungsverbots hinaus. Gesetzliche Regelungen wie in Nordrhein-Westfalen und Sachsen, die schulpflichtigen Schülern generell den Besuch internationaler Schulen gestatten, sind mit dem Grundgesetz ebenso wenig vereinbar wie eine großzügig gehandhabte Praxis der Schulbehörden bei der Befreiung von der Pflicht zum Besuch einer deutschen öffentlichen Schule oder einer privaten Ersatzschule (dazu Abschnitt 3.14, S. 19 ff.). Gewährte der Staat einer solchen Schule finanzielle Hilfen, würde er den Grundrechtsverstoß obendrein noch subventionieren.

> Das Ergebnis ist eindeutig: Der Haushaltsgesetzgeber darf zwar aus Gründen der regionalen Standortförderung internationalen Schulen einen Zuschuss aus Haushaltsmitteln gewähren, dies aber nur dann, wenn sie ausschließlich solche Schüler aufnehmen, die nicht der Schulpflicht unterliegen oder von der Erfüllung der Schulpflicht ausnahmsweise befreit sind.

106 VGH Mannheim, Urteil vom 14.7.2010, Az.: 9 S 2207/09 – juris.

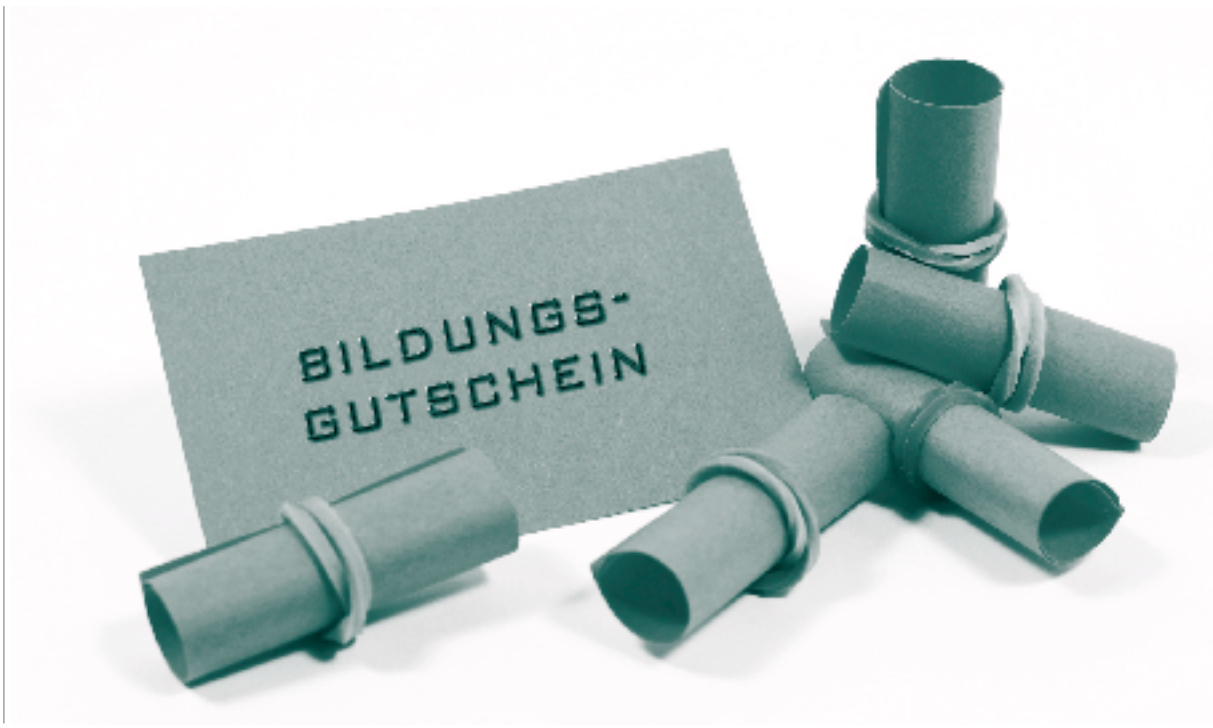
107 Bernd *Eisinger*/Peter K. *Warndorf*/Johannes *Falterbaum*/Jochen *Feldt*: Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vor dem Hintergrund des Sonderungsverbotes nach Art. 7 GG – Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, München 2007, S. 139: *60 Euro*; Norbert *Niehues*/Johannes *Rux*: Schulrecht. 4. Aufl., München 2006, Rn. 974: *100 Euro*; *Jach* (BEFT Nr. 20, S. 118 [Stand: Juni 2008]): *120 Euro*. Nach *Jach* soll unter Berücksichtigung einer eventuellen Eigenleistung der Eltern, die über ein reines Schulgeld hinausgeht, sogar eine monatliche Belastung von 150 bis 250 Euro pro Monat und Kind als Regelleistung bei Familien mit mittlerem Einkommen mit dem Sonderungsverbot vereinbar sein. *Eisinger/Warndorf/Falterbaum/Feldt*, a.a.O., weisen darauf hin, dass in Baden-Württemberg 80% der Alleinerziehenden und 32% der Paare mit zwei Kindern (bei einem jeweiligen Haushaltsnettoeinkommen von bis zu 2.600 Euro) nicht mehr in der Lage sind, ein Schulgeld von 60 Euro monatlich aufzubringen.

108 *Eisinger/Warndorf/Falterbaum/Feldt* (Anm. 107), ebda.

109 S. aber Art. 47 Abs. 3 Bay SchFG, wonach der Staat für Schüler staatlich anerkannter Realschulen, Gymnasien, beruflichen Schulen und Schulen des Zweiten Bildungswegs den Erziehungsberechtigten oder den volljährigen Schülern das Schulgeld bis zum Betrag von 75 Euro je Unterrichtsmonat ersetzt.

110 Eine Ausnahme macht die Bremen International School, die nach § 2 Abs. 2 Satz 3 brem Privatschulgesetz als Ersatzschule gilt (vgl. Anm. 63).

111 Ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen z.B. in § 15 Abs. 6 ThürSchfTG (für Ergänzungsschulen, die zu einem international anerkannten allgemeinbildenden Schulabschluss führen, der auch in Deutschland anerkannt ist), § 18d Abs. 4 SchulG LSA (generell für anerkannte Ergänzungsschulen).



Umso befremdlicher ist die Rechtslage in Sachsen. Dort bestimmt § 12 Abs. 3 Satz 4 SächsFrTrSchulG, dass die Vorschriften über die staatliche Finanzhilfe „nach diesem Gesetz“ für staatlich anerkannte Internationale Schulen entsprechend gelten; sie erhalten daher wie die Ersatzschulen auf Antrag Zuschüsse des Landes in entsprechender Anwendung der §§ 14 ff. SächsFrTrSchulG. Der Freistaat Sachsen missachtet mithin das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht nur dadurch, dass er den internationalen Schulen die Umgehung der verfassungsrechtlichen Verbotsnorm überhaupt erst ermöglicht, sondern zusätzlich dadurch, dass er ihnen trotz Missachtung des Sonderungsverbots finanzielle Beihilfen bewilligt.

3.5

Ist eine Finanzierung von Ersatz- und Ergänzungsschulen im allgemeinen schulischen Bereich auf der Grundlage von Bildungsgutscheinen mit dem Grundgesetz vereinbar?

Diese Modalität der Finanzierung des Schulwesens, die auf den amerikanischen Wirtschaftswissenschaftler *Milton Friedman* zurückgeht, ist in ihren Grundzügen dadurch gekennzeichnet, dass der Staat den Eltern für jedes Kind einen Bildungsgutschein mit einem für die jeweilige Schulart gleichen Nennwert aushändigt und die Eltern sodann aus der Zahl der verfügbaren öffentlichen und privaten Schulen nach Eignung des Schülers diejenige Schule auswählen, die sie für die beste halten. Bei der Anmeldung des Kindes in der Schule lösen sie den Gutschein ein; die Schule wiederum erhält von der zuständigen staatlichen Stelle gegen Vorlage des Gutscheins den entsprechenden Geldbetrag.[112] Auf diese Weise soll mehr Wahlfreiheit eingeräumt, der Wettbewerb zwischen den einzelnen – öffentlichen wie privaten – Schulen mit dem Ziel der Verbesserung ihrer pädagogischen Qualität forciert und nicht zuletzt Chancengleichheit gefördert werden.[113]

3.5.1 Vereinbarkeit des Gutscheinmodells mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit

Soweit es um Ersatzschulen geht, bestünde für sie der Vorteil einer Subventionierung durch Einlösung von Bildungsgutscheinen darin, dass sie mit öffentlichen Schulen finanziell gleichbehandelt würden und folglich die dauerhafte Einhaltung des Sonderungsverbots gewährleistet wäre. Es ist aber das mit diesem Modell einhergehende Prinzip der freien Schulwahl, das sich im Blick auf die beteiligten Privatschulen als problematisch erweist. Bildungsgutscheine sollen den Eltern die Befugnis einräumen, die nach ihrer Auffassung bestgeeignete Schule für ihr Kind auszusuchen; dieses Recht stünde nur auf dem Papier, wenn die Schule, für die sie votiert haben, den Schüler zurückweisen könnte. Den Ersatzschulen darf aber aufgrund des ihnen durch Art. 7 Abs. 4 GG verbürgten Rechts der freien Schülerwahl kein Schüler aufgedrängt werden; sie allein haben darüber zu entscheiden, ob sie einen Schüler, den die Eltern bei ihnen anmelden möchten, aufnehmen oder nicht. Schon aus diesem Grund dürfte sich das Bildungsgutscheinsystem nicht, jedenfalls nicht in seiner „reinen" Form verwirklichen lassen.

> Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, *Ergänzungsschulen*, für die das Sonderungsverbot nicht gilt, zu finanzieren, besteht nicht. Abgesehen davon würde das Gutscheinverfahren für diese Schulen der öffentlichen Hand erhebliche Zusatzbelastungen aufbürden und ist deshalb bar jeder Realität.

3.5.2 Exkurs: Finanzielle Gleichbehandlung von Ersatzschulen mit öffentlichen Schulen

Bei der in diesem Abschnitt (3.5) zu erörternden Frage dürfte es letztlich ohnehin weniger um die spezifische Finanzierung der Schulen auf der Grundlage von Bil-

112 Vgl. Dieter *Dohmen*: Theorie und Empirie von Bildungsgutscheinen: Was können wir von den Erfahrungen anderer Länder für die deutsche Diskussion lernen? Manuskript, Köln, Juli 2005 (www.fibs.eu/de/sites/_wgData/forum_027.pdf). Die Entwicklung der Finanzierung des Schulsystems durch Bildungsgutscheine im internationalen Vergleich seit 1998 untersucht Jürgen *Oelkers*: Expertise Bildungsgutscheine und Freie Schulwahl. Bericht zuhanden der Erziehungsdirektion des Kantons Bern, August 2007 (www.erz.be.ch/site/biev-publikationen).

113 *Dohmen* (Anm. 112), S. 7 ff.

Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so ergibt sich mithin aus dem Grundgesetz kein Gebot der finanziellen Gleichbehandlung privater mit öffentlichen Schulen.

dungsgutscheinen als um die Zulässigkeit der finanziellen Gleichbehandlung von privaten mit öffentlichen Schulen gehen, für die das Gutscheinverfahren nur eine von mehreren möglichen Ausprägungen ist.[114] Die dadurch aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme sind Gegenstand dieses Exkurses.

3.52 I

Ist der Staat nach dem Grundgesetz zur finanziellen Gleichbehandlung der privaten Ersatzschulen mit öffentlichen Schulen verpflichtet?

Dass der Staat bei der finanziellen Förderung von Ersatzschulen den Beschränkungen aus Art. 3 GG unterliegt und daher diese Schulen untereinander grundsätzlich gleichbehandeln muss, hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt.[115] Der Gleichbehandlungsgrundsatz bedeutet insbesondere, dass Schutz und Förderung durch den Staat nicht auf bereits bestehende Ersatzschulen beschränkt sind; auch Neugründungen müssen praktisch möglich bleiben. Doch sind Wartefristen mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht prinzipiell vereinbar; sie haben den Zweck, den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden.[116]

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich aus Art. 3 GG ein grundsätzlicher Anspruch der Ersatzschulen auf Chancengleichheit in dem Sinne ergibt, dass der Staat sie bei der Zuteilung seiner Finanzhilfe auch gegenüber öffentlichen Schulen nicht benachteiligen darf.

Nach *Hufen* besteht ein Verfassungssatz, demzufolge die sich aus Art. 7 Abs. 4 und Art. 3 GG ergebenden Grenzen verletzt sind, wenn unter gegebenen Bedingungen staatliche Schulen gegenüber gleichwertigen und als solchen anerkannten freien Schulen bevorzugt werden.[117]

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[118] dürfte indes ein solcher Verfassungssatz nicht zu entnehmen sein. Das Gericht hat zwar betont, der Staat müsse „den schulischen Pluralismus auch gegen sich selbst in der Weise garantieren, dass er auf eigenen Akten beruhende Beeinträchtigungen durch staatliche Förderung in ihrer Wirkung neutralisiert"; es hat aber zugleich deutlich gemacht, dass die den Staat betreffende Schutzpflicht erst „*dann eine Handlungspflicht auslöst, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre*". Auch könne der Staat „nur verpflichtet sein, einen Beitrag bis zur Höhe dieses Existenzminimums der Institution zu leisten". Orientiere er sich an den Kosten des öffentlichen Schulwesens, so sei das nicht zu beanstanden – was aber zugleich heißt, dass es auch nicht zwingend geboten ist.[119] Der Gesetz-

114 So hat jüngst die Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände in einem Positionspapier („Privatschulen in Hessen – Stand und Perspektiven", Frankfurt, Februar 2010) gefordert, das Land Hessen solle die Ersatzschulen bis zum Jahre 2030 sukzessive in der Finanzierung den öffentlichen Schulen gleichstellen; von 2020 an solle die Finanzierung aller Schulen durch Bildungsgutscheine, die jeder Schüler für eine Schule seiner Wahl und Eignung einlösen könne, erfolgen.

115 BVerfGE 75, 40 (69 ff.).

116 BVerfGE 90, 107 (115 ff.).

117 Friedhelm *Hufen*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft, in Hufen/Vogel (Anm. 36), S. 49 (65 f.). Allerdings expliziert *Hufen* diesen vermeintlichen Verfassungssatz sehr zurückhaltend, hält er doch die Ausrichtung der Fördermaßnahmen an staatlichen Schulkosten – zumal „unter Abzug eines gewissen Eigenanteils" – nur für „möglicherweise sogar geboten".

118 Zum Folgenden auch die zusammenfassende Darstellung der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts zur staatlichen Finanzhilfe für Privatschulen in Abschnitt 2.6 (S. 13 ff.).

119 Jörg *Ennuschat*: Die Kritik an der Rechtsprechung zur Finanzhilfe – Anmerkung zum Buch „Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?", R&B, Sonderheft 1/08, Januar 2008, S. 3 (9).

geber könne – so das Gericht – auch sinkenden Schülerzahlen an öffentlichen Schulen als Folgen des Geburtenrückgangs Rechnung tragen; er brauche die Ersatzschulen nicht zu Lasten der öffentlichen Schulen zu bevorzugen.[120] *Ennuschat* ist zuzustimmen, wenn er daraus den Schluss zieht, dass zwar die Pflicht des Staates bestehen bleibe, die Existenzgrundlage privater Schulen nicht zugunsten weniger wichtiger Belange des öffentlichen Schulwesens zu vernachlässigen, dass dies aber die Möglichkeit eines Zurückstehens privater Schulen wegen noch wichtigerer Belange des öffentlichen Schulwesens wohl nicht ausschlösse.[121] Das Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen den Kostenvergleich mit den Aufwendungen für öffentliche Schulen als Bemessungsgrundlage für die Höhe des den Ersatzschulen zu gewährenden staatlichen Zuschusses keineswegs gelten lassen: Selbst wenn der schülerbezogene Kostenaufwand für die öffentlichen Schulen mehr als doppelt so hoch wie die den Trägern der Ersatzschulen gewährten staatlichen Zuschüsse sein sollte, so wäre dem entgegenzuhalten, „dass Zuschüsse naturgemäß nicht dazu bestimmt sind, den vollen Kostenaufwand zu decken". Das eine könne deshalb bei rechtlicher Betrachtung nicht mit dem anderen verglichen werden.[122]

Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so ergibt sich mithin aus dem Grundgesetz kein Gebot der finanziellen Gleichbehandlung privater mit öffentlichen Schulen.[123]

3.522 Ist es nach dem Grundgesetz zulässig, dass der Gesetzgeber Ersatzschulen mit öffentlichen Schulen finanziell gleichstellt?

Bei der Klärung dieser Frage ist zu bedenken, dass die Gleichstellung der Ersatzschulen mit den entsprechenden öffentlichen Schulen unweigerlich zur Folge hätte, dass das Privatschulwesen, das bereits unter den gegenwärtigen Bedingungen staatlicher Förderung eine bemerkenswerte Expansion erlebt (vgl. Kapitel 1), sich noch erheblich weiter ausdehnen würde. Kürzlich hat *Weiß* darauf hingewiesen, dass die Privatschulen längst nicht mehr ein Refugium gehobener Gesellschaftsschichten, sondern zu nehmend auch der bürgerlichen Mitte sind. Nach seinen Erkenntnissen bieten sie Milieunähe und Distinktion und schaffen durch die Festlegung der Aufnahmebedingungen und durch die Gestaltung ihres curricularen und extracurricularen Profils die Voraussetzungen dafür, dass gleichgesinnte Eltern, die das Besondere suchen, zueinander finden.[124] Eine Studie der *Konrad-Adenauer-Stiftung* über das Selbstverständnis von Eltern und ihr Erziehungsverhalten[125] stellt fest, dass in den letzten Jahren ein deutliches Auseinanderdriften der Milieus sowohl in räumlicher als auch in kultureller Hinsicht zu beobachten sei. Deutschland scheine sich auf dem Weg in eine neue Art von Klassengesellschaft zu befinden, wobei die Trennungslinie nicht nur über Einkommen und Vermögen, sondern auch über kulturelle Dimensionen wie Bildungskapital und Bildungsaspirationen, aber auch Werte und Alltagsästhetik verlaufe. Der Zulauf zu Privatschulen ebenso wie das Umzugsverhalten der Eltern gäben ein beredtes Zeugnis dieser Entwicklung. Kinder der bürgerlichen Mitte hätten kaum mehr Kontakt zu Kindern unterer Schichten. Sie sammelten somit keine gemeinsamen Erfahrungen, lernten nicht, wie man dort miteinander kommuniziere und um welche Werte, Ziele und Sorgen es dort gehe. Vor diesem Hintergrund könne sich Empathie als Grundlage für Solidarität nur schwerlich entwickeln.[126]

Würden die privaten Schulen künftig mit den öffentlichen Schulen finanziell gleichgestellt, so stünden sie zwar nicht mehr vor dem Problem der Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern. Wohl aber wäre zu erwarten, dass die schon heute vorhandene Tendenz einer *Sonderung der Schüler nach den Bildungsverhältnissen der Eltern* drastisch zunähme. Das kann nicht ohne Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Bewertung bleiben.

120 BVerfGE 90, 107 (117).
121 *Ennuschat* (Anm. 119), S. 9.
122 BVerfGE 112, 74 (89).
123 So auch *Ennuschat* (Anm. 119), S. 9.
124 *Weiß* (Anm. 76), S. 52.
125 Michael *Borchard*/Christine *Henry-Huthmacher*/Tanja *Merkle*/Carsten *Wippermann*/Elisabeth *Hoffmann*: Eltern unter Druck. Selbstverständnisse, Befindlichkeiten und Bedürfnisse von Eltern in verschiedenen Lebenswelten, Berlin 2008.
126 *Henry-Huthmacher*: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Studie (Anm. 125), S. 8.

Erneut sind die unterschiedlichen Funktionen und Voraussetzungen öffentlicher und privater Schulen in den Blick zu nehmen. Wie zuvor bereits erläutert (Abschnitt 3.25, S. 27 f.), sind Erziehung und Bildung im Miteinander von Kindern verschiedener sozialer Schichten, unterschiedlicher kultureller und religiöser Herkunft die herausragende Aufgabe der öffentlichen Schule. Es geht um die durch Einübung von Dialog und Toleranz sowie durch Gemeinschaftserfahrungen zu fördernde Integration der nachwachsenden Generation in die Gesellschaft.

Gewiss, auch manche Privatschulen nehmen wichtige Integrationsaufgaben wahr. So weist *Vogel* zu Recht darauf hin, dass sie Schulüberdrüssige wieder für geregelten Unterricht motivieren, Hochbegabte individuell breit entfalten und „Spätzünder" heranführen. Er verweist auf

Indem die Schule in privater Trägerschaft vorzugsweise Kinder aus „bildungsnahen" Familien aufnimmt, entzieht sie der öffentlichen Schule zugleich Schüler, deren Einbindung für eine erfolgreiche Integrationsarbeit unerlässlich ist.

Internatsschulen der Reformpädagogik wie Landerziehungsheime, die von Jugendämtern betreute gefährdete Kinder wieder eingliedern; auf heilpädagogische und karitativ-diakonisch geprägte Förderschulen, die sich gerade der Schüler mit schwersten Behinderungen und Erziehungsproblemen annehmen; auf katholische Schulen, die längst nicht mehr innerkirchliche Missionsschulen für den eigenen Nachwuchs seien, sondern christliche Werte für das Leben in unserer Gesellschaft vermittelten.[127] Solchen von *Vogel* beispielhaft angeführten Privatschulen kommen in der Tat große Verdienste zu. Sie füllen Lücken, die das öffentliche Schulwesen hinterlässt.

Das ändert aber nichts daran, dass die Schule in privater Trägerschaft im Unterschied zur öffentlichen Schule über eine selbstgewählte Schülerklientel verfügt. Da sie die Schüler nach ihrem jeweiligen pädagogischen oder weltanschaulichen Konzept rekrutieren kann und den Eltern die Möglichkeit eröffnet, sich ein ihren Erziehungsvorstellungen entsprechendes Bildungsangebot auszusuchen, steht sie in weit geringerem Maße vor der Herausforderung, Schüler verschiedener Milieus gemeinsam zu unterrichten und zu erziehen. Indem sie vorzugsweise Kinder aus „bildungsnahen" Familien aufnimmt, entzieht sie der öffentlichen Schule zugleich Schüler, deren Einbindung für eine erfolgreiche Integrationsarbeit unerlässlich ist. Finanzielle Gleichstellung mit der öffentlichen Schule liefe geradezu zwangsläufig darauf hinaus, dass das Privatschulwesen seine Anziehungskraft noch mehr als bislang erhöhte und somit seine Schülerpopulation erweiterte. Der eh schon unverkennbare Trend zur *Segregation*, wie er nicht nur aus angelsächsischen Ländern bekannt ist, dürfte sich fortan auch im deutschen Bildungssystem durchsetzen.

Diese Gefährdung des Integrationsauftrags der öffentlichen Schule darf der Gesetzgeber im Rahmen seines politischen Handlungsspielraums nicht außer Acht lassen. Er muss zwar einerseits die staatliche Finanzhilfe für Ersatzschulen so bemessen, dass der Bestand des Privatschulwesens nicht beeinträchtigt wird, – was gegenwärtig angesichts der Blüte der Schulen in freier Trägerschaft kaum zu befürchten ist. Er muss aber andererseits dafür sorgen, dass die Zuschüsse nicht zu Lasten der öffentlichen Schule und ihrer Integrationsfunktion gehen.

> Ohnehin hat der Staat ein ausreichendes Angebot an öffentlichen Schulen vorzuhalten, damit Eltern nicht gezwungen sind, ihr Kind auf eine ihren Erziehungsvorstellungen nicht entsprechende private Schule zu schicken. Dieser Pflicht handelte der Gesetzgeber zuwider, wenn er die Förderung privater Schulen an den Aufwendungen für öffentliche Schulen ausrichtete. Finanzielle Gleichbehandlung der Ersatzschulen mit den öffentlichen Schulen ist daher mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.[128]

127 Johann Peter *Vogel*, R&B, Sonderheft 1/08, Januar 2008, S. 23 (24 f.). Wenn *Vogel* allerdings das Hohe Lied der Internationalen Schulen singt, die Kinder globaler Nomaden aus Wirtschaft, Diplomatie und Kultur auffingen, so übersieht er, dass diese Schulen zugleich auch pädagogische Fluchtburgen für den Nachwuchs in Deutschland sesshafter finanzkräftiger Familien sind.

128 Etwas anderes gilt für solche Ersatzschulen, z.B. Förderschulen mit dem Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung, bei denen freie Träger, insbesondere die Kirchen, fast vollständig an die Stelle des Staates treten.

3.6

Ist ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell im allgemeinen schulischen Bereich mit dem Grundgesetz und mit den schulrechtlichen Bestimmungen der Länder vereinbar?

Das Grundgesetz verbietet nicht eo ipso ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell beim Betrieb einer Schule in privater Trägerschaft. Soweit es sich um Ergänzungsschulen handelt, für die insbesondere das Sonderungsverbot nicht gilt, steht es dem Schulträger frei, Gewinne zu erwirtschaften.

Bei Ersatzschulen hingegen bleibt es den Landesgesetzgebern unbenommen, die staatliche Förderung von der privatschulrechtlichen Gemeinnützigkeit ihres Schulträgers, von dessen konkreter Hilfsbedürftigkeit oder vom Nachweis der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit abhängig zu machen. Einige Länder fordern für die Gewährung staatlicher Finanzhilfe neben steuerrechtlicher Gemeinnützigkeit noch zusätzliche Bedingungen.

3.61 Privatschulrechtliche Gemeinnützigkeit als Bedingung für staatliche Finanzhilfe

Privatschulrechtliche Gemeinnützigkeit ist gemeint, wenn (Privat-)Schulgesetze die Gewährung von Landeszuschüssen an die Bedingung knüpfen, dass die Ersatzschule *„auf gemeinnütziger Grundlage* arbeitet"; dadurch soll sichergestellt werden, dass öffentliche Gelder nicht zur Erwirtschaftung privaten Gewinns verwendet werden.[129] Dem entsprechen die Regelungen in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Sachsen.[130]

3.62 Hilfsbedürftigkeit der Ersatzschule als Bedingung für staatliche Finanzhilfe

In Hamburg und Schleswig-Holstein ist die wirtschaftliche Bedürftigkeit der Ersatzschule Voraussetzung für die Gewährung von Zuschüssen; diese ist zu bejahen, soweit die erzielbaren Einnahmen die bei sparsamer und ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung entstehenden Ausgaben des Schulbetriebs (Hamburg) bzw. die nach dem Gesetz berücksichtigungsfähigen Sach- und Personalkosten (Schleswig-Holstein) nicht abdecken.[131] Ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell steht somit auch in diesen beiden Ländern der Bewilligung von Zuschüssen entgegen.

3.63 Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit als Bedingung für staatliche Finanzhilfe

Das Land Hessen leistet genehmigten Ersatzschulen staatliche Beihilfen, wenn der Schulträger die Voraussetzungen der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit nach § 52 AO nachweist.[132] Der Nachweis wird durch eine Bescheinigung des örtlich zuständigen Finanzamts erbracht.

Dank steuerrechtlicher Gemeinnützigkeit sind Körperschaften, also insbesondere juristische Personen des privaten Rechts, die gemeinnützige Zwecke verfolgen, von der Körperschaftsteuer, der Gewerbesteuer und der Ver-

129 Vgl. BVerfGE 75, 40 (67 f.).

130 § 17 Abs. 5 bw PSchG, Art. 29 Abs. 2 Satz 1 BySchFG, § 124 Abs. 1 Satz 2 BbgSchulG, § 17 Abs. 1 Satz 1 brem PrivSchG, § 105 Abs. 5 Satz 1 nrw SchulG, § 28 Abs. 2 rp PrivSchG, § 28 Abs. 1 saarl PrivSchG, § 14 Abs. 4 SächsFrTrSchulG.

131 § 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 HmbSfTG, § 119 Abs. 1 und Abs. 3 sh SchulG.

132 § 1 Nr. 2 ESchFG.

mögensteuer befreit (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, § 3 Nr. 6 GewStG, § 3 Abs. 1 Nr. 12 VStG); ihre Leistungen unterliegen bei der Umsatzsteuer dem ermäßigten Steuersatz von 7% (§ 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG). Voraussetzung ist gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 51 Abs. 1 Satz 1 AO, dass die Tätigkeit ausschließlich und unmittelbar darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Als *Förderung der Allgemeinheit* ist nach § 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 AO die Förderung der Erziehung, Volks- und Berufsbildung einschließlich der Studentenhilfe anzuerkennen. Zu dieser Förderungsart rechnet auch die Unterhaltung von privaten Schulen.[133] Um in den Genuss der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit zu gelangen, müssen Privatschulträger die Erziehung *selbstlos* fördern. Das ist nach § 55 Abs. 1 AO der Fall, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke – verfolgt werden; eine Gewinnerzielung tritt dann in ihrer Bedeutung als geringfügig zurück, wenn lediglich in einzelnen Wirtschaftsjahren die Einnahmen die Ausgaben übersteigen, die Körperschaft aber keine Gewinnerzielungsabsicht hat und langfristig höchstens ausgeglichene Ergebnisse erzielt.[134] Außerdem müssen weitere Bedingungen erfüllt sein (u.a. Verwendung der Mittel nur für die satzungsgemäßen Zwecke, keine Begünstigung von Personen durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen). Der *Ausschließlichkeitsgrundsatz* erfordert, dass der Ersatzschulträger allein im Rahmen seines Satzungszwecks tätig wird (§ 56 AO); der *Unmittelbarkeitsgrundsatz* verlangt, dass der Schulträger den satzungsmäßigen Zweck selbst durch seine Organe oder durch Hilfspersonen verwirklicht (§ 57 AO).

Mithin hat auch in Hessen ein Schulträger, der ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell verfolgt, keinen Anspruch auf staatliche Finanzhilfe.

133 *Hübschmann/Hepp/Spitaler*: Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung. Kommentar, Köln (Loseblattsausgabe, Stand: November 2009), § 52 AO Rn. 152. – Nach Nr. 4 des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung ist die Förderung der Allgemeinheit bei Ersatzschulen stets anzunehmen, weil die zuständigen Landesbehörden die Errichtung und den Betrieb einer Ersatzschule nur dann genehmigen dürfen, wenn eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird; bei Ergänzungsschulen kann eine Förderung der Allgemeinheit dann angenommen werden, wenn in der Körperschaft, die die Schule betreibt, festgelegt ist, dass bei mindestens 25% der Schüler keine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern vorgenommen werden darf.

134 *Klein-Gersch*: Abgabenordnung. Kommentar. 10. Aufl., München 2009, § 55 Rn. 2.

3.64 Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit als eine von mehreren Bedingungen für staatliche Finanzhilfe

Die gleichlautenden schulgesetzlichen Vorschriften Mecklenburg-Vorpommerns und Niedersachsens bestimmen, dass der Anspruch der Ersatzschule auf Finanzhilfe nicht besteht oder erlischt, wenn der Schulträger einen erwerbswirtschaftlichen Gewinn erzielt oder erstrebt. Sofern der Schulträger eine juristische Person ist, hat er nur dann einen Anspruch auf Finanzhilfe, falls er ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke gemäß § 52 AO verfolgt.[135]

Nach Satz 1 der jeweiligen Regelung, der für natürliche Personen als Schulträger gilt, darf ein erwerbswirtschaftlicher Gewinn nicht nur nicht erstrebt, sondern nicht einmal erzielt werden. Danach wäre auch eine Gewinnerzielung in einzelnen Wirtschaftsjahren, selbst wenn sie in den Folgejahren ausgeglichen wird, schädlich. Insoweit wären natürliche Personen gegenüber juristischen Personen mit steuerrechtlicher Gemeinnützigkeit (Satz 2), die in dem einen oder anderen Jahresabschluss einen Überschuss, langfristig aber ausgeglichene Ergebnisse ausweisen, benachteiligt. Bei systematischer Auslegung der Rechtsnormen ist Satz 1 so zu interpretieren, dass ein in einzelnen Wirtschaftsjahren erzielter Gewinn auch bei natürlichen Personen als Schulträgern die staatliche Zuwendung nicht in Frage stellt, sofern der Überschuss im weiteren Verlauf kompensiert wird. Demgemäß haben auch in diesen beiden Ländern Schulträger nur dann Anspruch auf staatliche Zuschüsse, wenn sie kein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell verfolgen.

Für eine umgekehrte Variante im Vergleich zu Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen haben sich Sachsen-Anhalt und Thüringen entschieden. Sie ordnen in ihren inhaltlich übereinstimmenden (privat-)schulrechtlichen Bestimmungen zunächst an, dass die Gewährung der Finanzhilfe die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit des Schulträgers voraussetzt (Satz 1), und fügen sodann hinzu, dass der Anspruch auf Finanzhilfe nicht besteht oder erlischt, sofern ein erwerbswirtschaftlicher Gewinn erzielt oder erstrebt wird (Satz 2).[136] Demnach können allein juristische Personen als Schulträger Finanzhilfe beanspruchen. Dabei ist Satz 2 der Vorschrift, soll er nicht überflüssig sein, im einschränkenden Sinn dahin zu interpretieren, dass selbst ein tatsächlich erzielter, nicht einmal angestrebter Überschuss in einem Wirtschaftsjahr die Gewährung der Finanzhilfe gefährdet, selbst wenn langfristig ausgeglichene Ergebnisse erreicht werden. Jedenfalls haben auch in Sachsen-Anhalt und Thüringen Schulträger mit einem auf Gewinn abzielenden Geschäftsmodell keinen Anspruch auf staatliche Zuschüsse.

3.65 Einschränkungen staatlicher Finanzhilfe durch sonstige gesetzliche Vorkehrungen

In Berlin setzt die Bereitstellung von Zuschüssen an Ersatzschulträger weder privatschulrechtliche noch steuerrechtliche Gemeinnützigkeit voraus; auch ein Nachweis wirtschaftlicher Hilfsbedürftigkeit ist nicht erforderlich. Übersteigen allerdings die Einnahmen 125% der vergleichbaren Personalskosten entsprechender öffentlicher Schulen, wird der Zuschuss um den darüber liegenden Betrag gekürzt.[137]

135 § 127 Abs. 3 SchulG M-V, § 149 Abs. 4 NSchG.
136 § 18 Abs. 3 SchulG LSA, § 15 Abs. 3 ThürSchfTG.
137 § 101 Abs. 2 Satz 4 SchulG.

4.

Zusammenfassung der Ergebnisse zu den nach dem Gutachterauftrag zu klärenden Fragen

Können private Einrichtungen auch dann als Ersatzschulen genehmigt werden, wenn sie deutlich von der Organisationsform der öffentlichen Schule abweichen?

Eine private Schule als Ersatz für öffentliche Schulen bedarf nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG der staatlichen Genehmigung. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Schule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte mit der entsprechenden öffentlichen Schule gleichwertig ist und das Verbot einer Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern einhält (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG); die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). An einer Ersatzschule kann die Schulpflicht erfüllt werden.

Um Ersatzschule zu sein, muss die Schule in freier Trägerschaft nach ihrem Gesamtzweck als Ersatz für eine in dem jeweiligen Bundesland vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen (Akzessorietät). Weicht sie deutlich von den typenprägenden Merkmalen der öffentlichen Schule ab, kann sie nicht als Ersatzschule genehmigt werden. **Sofern eine Schule durch Strukturveränderungen im öffentlichen Schulwesen ihre Ersatzschuleigenschaft verliert, muss die Schulbehörde die Genehmigung aufheben.**

Private Schulen, die keine Ersatzschulen sind, werden als *Ergänzungsschulen* bezeichnet. Sie können ohne staatliche Genehmigung errichtet werden; für die Betriebsaufnahme ist lediglich eine Anzeige bei der Schulbehörde erforderlich. Die Ergänzungsschule unterliegt nicht den strengen Qualitätsanforderungen und sozialen Bedingungen, die für die genehmigungspflichtige Ersatzschule maßgeblich sind; vor allem das Sonderungsverbot gilt für sie nicht. Daher kann die Schulpflicht an der Ergänzungsschule grundsätzlich nicht erfüllt werden.

Auch die *internationalen Schulen*, die außerhalb des deutschen Schulsystems agieren, sind Ergänzungsschulen. Der Besuch dieser Schulen, die zumeist Schulgelder von mehr als 1.000 Euro monatlich verlangen, ist Kindern und Jugendlichen vorbehalten, die entweder in Deutschland der Schulpflicht nicht unterliegen (z.B. Diplomatenkinder) oder zwar schulpflichtig sind, sich aber nach der Lebensplanung der Eltern nur vorübergehend in Deutschland aufhalten. Die Schulbehörde darf weder einer internationalen Schule erlauben, „normale“ schulpflichtige Kinder aufzunehmen, noch Letzteren durch Ausnahmegenehmigungen ermöglichen, sich dort unterrichten zu lassen. Andernfalls würde schulpflichtigen Schülern aus begüterten Familien, die die hohen Schulgelder aufbringen können, der Zugang zu einer Schule gestattet, die nicht an die für Ersatzschulen geltenden Genehmigungsbedingungen, insbesondere das Sonderungsverbot, gebunden ist.

Regelungen, die wie in Nordrhein-Westfalen und Sachsen Schülern generell die Erfüllung der Schulpflicht an einer staatlich anerkannten internationalen Schule ermöglichen, sind mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

Müssen die Schulbehörden die Genehmigung von Privatschulen versagen, wenn dadurch öffentliche Schulen in ihrem Bestand gefährdet werden?

Gerade in dünn besiedelten ländlichen Gebieten mit stark rückläufigen Schülerzahlen kann die Errichtung einer Ersatzschule die Existenz der einzigen am Ort vorhandenen öffentlichen Schule bedrohen. Erfüllt die Privatschule sämtliche Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, muss die für die Genehmigung zuständige Schulbehörde in einem Konflikt zwischen zwei verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern entscheiden: einerseits dem grundrechtlich gewährleisteten Genehmigungsanspruch der Ersatzschule (Art. 7 Abs. 4 GG), andererseits der Pflicht des Staates, ein ausreichendes Angebot an wohnortnahen öffentlichen Schulen vorzuhalten (Art. 7 Abs. 1 GG).

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Schule eine Integrationsaufgabe wahrzunehmen hat, indem sie Kinder und Jugendliche unterschiedlicher sozialer, kultureller und religiöser Herkunft befähigt, selbstverantwortliche Mitglieder der Gesellschaft zu werden. Zwar muss auch die private Ersatzschule dieser Integrationsaufgabe genügen; sie hat dabei aber mit einer selbst rekrutierten und deshalb eher homogenen Schülerschaft zu tun.

Daraus ergibt sich: Die Schulbehörde darf die Ersatzschule nicht genehmigen, wenn aufgrund der Errichtung dieser Schule öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der gesetzlich bestimmten Mindestgröße geschlossen werden müssten, wenn für die dadurch betroffenen Schüler unzumutbar lange Schulwege zu anderen öffentlichen Schulen entstünden und wenn deshalb der Anspruch der Schüler und Eltern auf ein Angebot an öffentlichen Schulen in erreichbarer Nähe sich nicht mehr verwirklichen ließe.

Soweit es sich bei der privaten Ersatzschule um eine Grundschule handelt, ist zusätzlich zu beachten, dass sie gemäß Art. 7 Abs. 5 GG auch bei Vorliegen eines besonderen pädagogischen Interesses nur zugelassen werden kann, wenn der Vorrang der öffentlichen Grundschulen nicht beeinträchtigt wird. Würde der Fortbestand einer öffentlichen Grundschule durch Gründung einer Grundschule in freier Trägerschaft gefährdet, könnte die private Schule nicht genehmigt werden.

Genügt der Staat seiner Verantwortung für das Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG), wenn er vorhandene öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der vorgeschriebenen Mindestzügigkeit schließt und stattdessen neu errichtete Privatschulen mit einem religiös-weltanschaulichen Profil auch dann genehmigt und finanziell fördert, wenn sie die für öffentliche Schulen geltenden Anforderungen an die Mindestzügigkeit nicht erfüllen?

Die Schulverwaltung darf eine Ersatzschule nicht genehmigen, infolgedessen auch nicht finanziell fördern, wenn wegen der Gründung dieser Schule der grundrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch der Eltern und Schüler auf ein Angebot öffentlicher Schulen in erreichbarer Nähe nicht mehr gesichert wäre (s. oben). Die Genehmigung ist mit Rücksicht auf die durch Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete (negative) Glaubensfreiheit insbesondere dann zu versagen, wenn es sich bei der Schule, die an die Stelle der öffentlichen Schule treten soll, um eine Einrichtung mit religiös-weltanschaulichem Profil handelt.

Ist es mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn eine offensichtlich gegen das Sonderungsverbot verstoßende Schule aus Steuermitteln subventioniert wird? Wie sehen die schulrechtlichen Bestimmungen der / ausgewählter Bundesländer aus, und sind sie mit dem Grundgesetz vereinbar?

Eine private Ersatzschule darf eine Sonderung ihrer Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht fördern und deshalb keine überhöhten Schulgelder verlangen. Setzt sie sich über dieses Sonderungsverbot hinweg, kann sie nicht genehmigt werden; das gilt selbst dann, wenn sie alle anderen Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllt. Mangels Genehmigung darf die Schule den Betrieb nicht aufnehmen. Staatliche Finanzhilfe kommt daher von vornherein nicht in Betracht.

In Sachsen hingegen kann nach den gesetzlichen Vorschriften nicht nur die Schulpflicht durch den Besuch einer staatlich anerkannten Internationalen Schule erfüllt und auf diese Weise das für Ersatzschulen geltende Sonderungsverbot umgangen werden. Die Internationalen Schulen haben darüber hinaus sogar Anspruch auf Finanzhilfe. Das hat zur Folge, dass der Verstoß gegen das Sonderungsverbot obendrein noch subventioniert wird. Diese Regelungen sind mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

Ist eine Finanzierung von Ersatz- und Ergänzungsschulen im allgemeinen schulischen Bereich auf der Grundlage von Bildungsgutscheinen mit dem Grundgesetz vereinbar?

Für Ersatzschulen bestünde der Vorzug einer Subventionierung durch Einlösung von Bildungsgutscheinen darin, dass sie mit öffentlichen Schulen finanziell gleichbehandelt würden; dadurch wäre zugleich die dauerhafte Einhaltung des Sonderungsverbots gewährleistet. Allerdings setzt dieses Modell voraus, dass die Eltern die nach ihrer Auffassung bestgeeignete Schule für ihr Kind aussuchen können, ohne dass die Schule, für die sie votiert haben, ihrerseits den Schüler zurückweisen dürfte. **Da die Ersatzschule aber aufgrund der ihr durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgten Privatschulfreiheit die Aufnahme des Schülers ablehnen kann, lässt sich das Bildungsgutscheinsystem bei Einbeziehung der Schulen in freier Trägerschaft kaum verwirklichen.**

Dessen ungeachtet setzt sich die Untersuchung mit der Frage auseinander, ob die dem Gutscheinverfahren inhärente finanzielle Gleichstellung von Ersatzschulen und öffentlichen Schulen mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht des Staates erst dann entstehen lässt, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre, ist der Gesetzgeber zur Einführung einer solchen Gleichbehandlung jedenfalls nicht verpflichtet.

Eine finanzielle Gleichstellung der Ersatzschulen hätte im Übrigen aller Voraussicht nach zur Folge, dass der Zulauf zu Privatschulen erheblich zunähme. Es stünde zu befürchten, dass fortan zwar keine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen, wohl aber nach den Bildungsverhältnissen der Eltern einträte. Indem die Ersatzschule erwartungsgemäß vorzugsweise Kinder aus „bildungsnahen“ Familien aufnähme, entzöge sie der öffentlichen Schule zwangsläufig Schüler, die diese für eine erfolgreiche Bildungsarbeit benötigt. Unter solchen Bedingungen könnte die öffentliche Schule ihren Integrationsauftrag nicht mehr wahrnehmen.

Der Gesetzgeber muss zwar einerseits die staatliche Finanzhilfe für Ersatzschulen so bemessen, dass der Bestand des Privatschulwesens nicht beeinträchtigt wird. Er muss aber andererseits dafür sorgen, dass die staatlichen Zuschüsse nicht zu Lasten der öffentlichen Schule und ihrer Integrationsfunktion gehen. Dieser Pflicht würde der Gesetzgeber zuwiderhandeln, wenn er die Förderung privater Schulen an den Aufwendungen für öffentliche Schulen ausrichtete.

Ist ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell im allgemeinen schulischen Bereich mit dem Grundgesetz und mit den schulrechtlichen Bestimmungen der Länder vereinbar?

Das Grundgesetz verbietet nicht eo ipso ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell beim Betrieb einer Schule in freier Trägerschaft. Soweit es sich um Ergänzungsschulen handelt, darf der Schulträger Gewinne erwirtschaften.
Bei Ersatzschulen hingegen machen die Länder mit Ausnahme Berlins die Gewährung staatlicher Finanzhilfe von der privatschulrechtlichen Gemeinnützigkeit des Schulträgers, von dessen konkreter Hilfsbedürftigkeit oder vom Nachweis der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit abhängig. **Ein Schulträger, der ein auf Gewinn abzielendes Geschäftsmodell verfolgt, hat demnach keinen Anspruch auf staatliche Zuschüsse.**

GEW-Reihe Privatisierungsreport

Mit der Reihe „Privatisierungsreport“ mischt sich die Bildungsgewerkschaft GEW in die Diskussion über die zunehmende Privatisierung des gesamten Bildungsbereiches ein. Sie sensibilisiert für die unterschiedlichen Privatisierungsstrategien und -instrumente und deren Dimensionen und Facetten. Sie möchte deutlich machen, dass die Grenzen zwischen Staat und Markt, zwischen Öffentlichem und Privatem, zwischen neutralem Bildungsauftrag und privatwirtschaftlicher Indienstnahme fließender und flirrender sind, als man das für den Bildungsbereich bisher zur Kenntnis genommen hat.

In der Reihe sind seit 2006 bisher erschienen:

Privatisierungsreport 1
Vom Rückzug des Staates aus der Bildung

Privatisierungsreport 2
Vom Durchmarsch der Stiftungen und Konzerne

Privatisierungsreport 3
Unternehmen Schule: Von Billig-Lehrern, Schülerfirmen und Public Privat Partnership

Privatisierungsreport 4
Globaler Freihandel: Wie das weltweite Geschäft mit der Bildung angekurbelt wird

Privatisierungsreport 5
Bildung als Privatsache: Privatschulen und Nachhilfeanbieter auf dem Vormarsch

Privatisierungsreport 6
Schöne neue Hochschulwelt

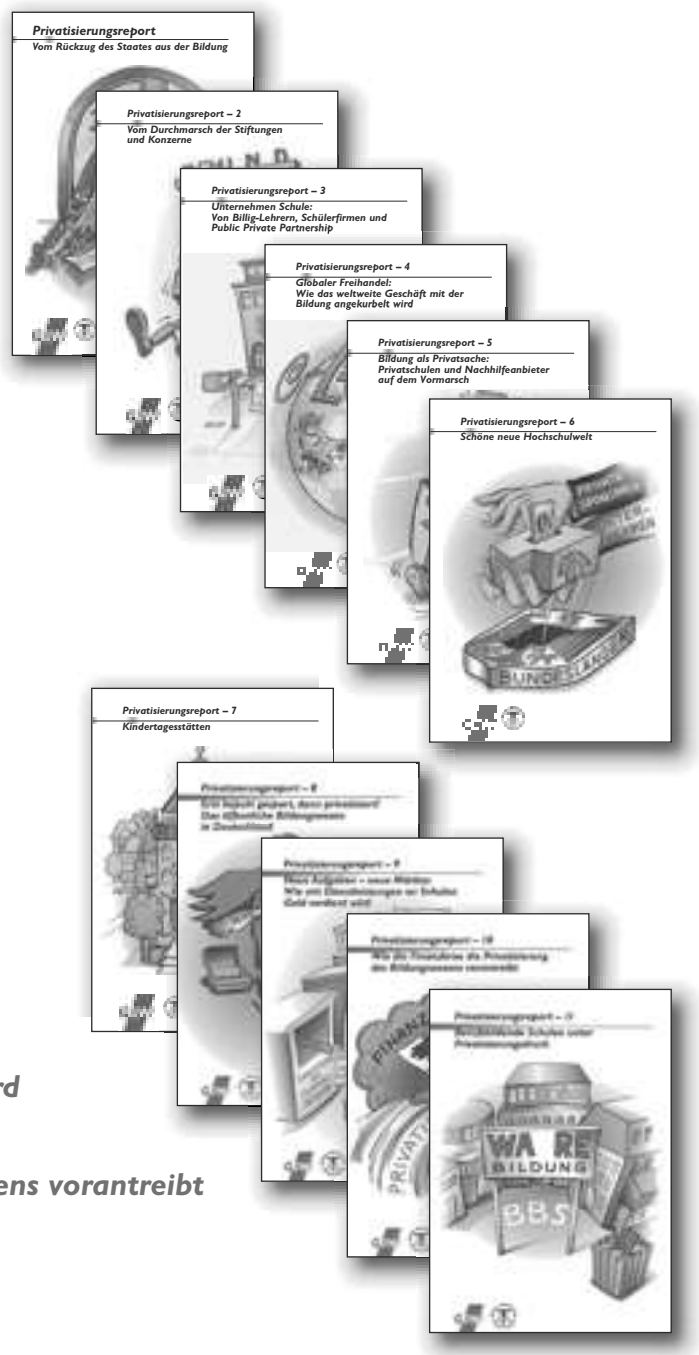
Privatisierungsreport 7
Kindertagesstätten

Privatisierungsreport 8
Erst kaputt gespart, dann privatisiert? Das öffentliche Bildungswesen in Deutschland

Privatisierungsreport 9
Neue Aufgaben – neue Märkte: Wie mit Dienstleistungen an Schulen Geld verdient wird

Privatisierungsreport 10
Wie die Finanzkrise die Privatisierung des Bildungswesens vorantreibt

Privatisierungsreport 11
Berufsbildende Schulen unter Privatisierungsdruck



Die Privatisierungsreporte erhalten Sie im GEW-Shop (www.gew-shop.de, E-Mail: gew-shop@callagift.de, Fax: 06103-30332-20), ab 10 Stück, Einzelpreis 2,00 Euro, zzgl. Verpackungs- und Versandkosten.
Einzelexemplare unter: broschueren@gew.de, Fax: 069/78973-70161. Preis: 2,70 Euro inklusive Versandkosten.
Die Privatisierungsreporte 1, 4, 5 sind ausverkauft, aber online noch erhältlich (siehe unten).

Keine Lust auf Papier? Die elektronischen Versionen erhalten Sie unter ***www.gew.de/Publikationen_Bildung_Politik.html***

Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft

GEW

MAX TRAEGER STIFTUNG

Antrag auf Mitgliedschaft in der GEW

(Bitte in Druckschrift ausfüllen)

Persönliches

Frau / Herr

Nachname (Titel)

Vorname

Straße, Nr.

Postleitzahl, Ort

Telefon / E-Mail

Geburtsdatum — Nationalität

gewünschtes Eintrittsdatum

bisher gewerkschaftlich organisiert bei — von/bis (Monat/Jahr)

Name/Ort der Bank

Kontonummer — Bankleitzahl

Berufliches

Berufsbezeichnung (für Studierende: Berufsziel) — Fachgruppe

Diensteintritt / Berufsanfang

Tarif- / Besoldungsgebiet

Tarif- / Besoldungsgruppe — Stufe — seit

Bruttoeinkommen € monatlich (falls nicht öffentlicher Dienst)

Betrieb / Dienststelle / Schule

Träger des Betriebs / der Dienststelle / der Schule

Straße, Nr. des Betriebs / der Dienststelle / der Schule

Postleitzahl, Ort des Betriebs / der Dienststelle / der Schule

Ihr Mitgliedsbeitrag:

- BeamtInnen zahlen 0,75 Prozent der Besoldungsgruppe und -stufe, nach der sie besoldet werden.
- Angestellte zahlen 0,7 Prozent der Entgeltgruppe und -stufe, nach der vergütet wird.
- Der Mindestbeitrag beträgt immer 0,6 Prozent der untersten Stufe der Entgeltgruppe 1 des TVöD.
- Arbeitslose zahlen ein Drittel des Mindestbeitrages.
- Studierende zahlen einen Festbetrag von 2,50 Euro.
- Mitglieder im Referendariat oder Praktikum zahlen einen Festbetrag von 4 Euro.
- Mitglieder im Ruhestand zahlen 0,66 Prozent ihrer Ruhestandsbezüge.

Weitere Informationen sind der Beitragsordnung zu entnehmen.
Jedes Mitglied der GEW ist verpflichtet, den satzungsgemäßen Beitrag zu entrichten. Der Austritt ist mit einer Frist von drei Monaten schriftlich dem Landesverband zu erklären und nur zum Ende eines Kalendervierteljahres möglich.

Beschäftigungsverhältnis:

- ❍ Honorarkraft
- ❍ angestellt
- ❍ beurlaubt ohne Bezüge
- ❍ beamtet
- ❍ teilzeitbeschäftigt mit _____ Std./Woche
- ❍ teilzeitbeschäftigt mit _____ Prozent
- ❍ in Rente/ pensioniert
- ❍ im Studium
- ❍ Altersteilzeit
- ❍ in Elternzeit
- ❍ befristet bis_____
- ❍ Referendariat/Berufspraktikum
- ❍ arbeitslos
- ❍ Sonstiges_____

Mit meiner Unterschrift auf diesem Antrag ermächtige ich die GEW zugleich widerruflich, den von mir zu leistenden Mitgliedsbeitrag vierteljährlich von meinem Konto abzubuchen.

Ort, Datum — Unterschrift

wird von der GEW ausgefüllt

GEW-KV/-OV — Dienststelle — Fachgruppe — Kassierstelle

Tarifbereich — Beschäftigungsverhältnis — Mitgliedsbeitrag € — Beschäftigungsverhältnis

Bitte senden Sie den ausgefüllten Antrag an den für Sie zuständigen Landesverband der GEW bzw. an den Hauptvorstand. Die Anschrif?ten finden Sie auf der nächsten Seite.

Die uns von Ihnen angegebenen personenbezogenen Daten sind nur zur Erfüllung unserer satzungsgemäßen Aufgaben auf Datenträgern gespeichert und entsprechend den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes geschützt.

Vielen Dank
Ihre GEW

Ihr Kontakt zu uns

Unsere Adressen

GEW Baden-Württemberg
Silcherstraße 7
70176 Stuttgart
Telefon: 0711/21030-0
Telefax: 0711/2103045
info@gew-bw.de
www.gew-bw.de

GEW Bayern
Schwanthalerstraße 64
80336 München
Telefon: 089/544081-0
Telefax: 089/5389487
info@bayern.gew.de
www.gew-bayern.de

GEW Berlin
Ahornstraße 5
10787 Berlin
Telefon: 030/219993-0
Telefax: 030/219993-50
info@gew-berlin.de
www.gew-berlin.de

GEW Brandenburg
Alleestraße 6a
14469 Potsdam
Telefon: 0331/27184-0
Telefax: 0331/27184-30
info@gew-brandenburg.de
www.gew-brandenburg.de

GEW Bremen
Bahnhofsplatz 22-28
28195 Bremen
Telefon: 0421/33764-0
Telefax: 0421/33764-30
info@gew-hb.de
www.gew-bremen.de

GEW Hamburg
Rothenbaumchaussee 15
20148 Hamburg
Telefon: 040/414633-0
Telefax: 040/440877
info@gew-hamburg.de
www.gew-hamburg.de

GEW Hessen
Zimmerweg 12
60325 Frankfurt am Main
Telefon: 069/971293-0
Telefax: 069/971293-93
info@gew-hessen.de
www.gew-hessen.de

GEW Mecklenburg-Vorpommern
Lübecker Straße 265a
19059 Schwerin
Telefon: 0385/485270
Telefax: 0385/4852724
landesverband@mvp.gew.de
www.gew-mv.de

GEW Niedersachsen
Berliner Allee 16
30175 Hannover
Telefon: 0511/33804-0
Telefax: 0511/33804-46
email@gew-nds.de
www.gew-nds.de

GEW Nordrhein-Westfalen
Nünningstraße 11
45141 Essen
Telefon: 0201/294030-1
Telefax: 0201/29403-51
info@gew-nrw.de
www.gew-nrw.de

GEW Rheinland-Pfalz
Neubrunnenstraße 8
55116 Mainz
Telefon: 06131/28988-0
Telefax: 06131/28988-80
gew@gew-rlp.de
www.gew-rlp.de

GEW Saarland
Mainzer Straße 84
66121 Saarbrücken
Telefon: 0681/66830-0
Telefax: 0681/66830-17
info@gew-saarland.de
www.gew-saarland.de

GEW Sachsen
Nonnenstraße 58
04229 Leipzig
Telefon: 0341/4947404
Telefax: 0341/4947406
gew-sachsen@t-online.de
www.gew-sachsen.de

GEW Sachsen-Anhalt
Markgrafenstraße 6
39114 Magdeburg
Telefon: 0391/73554-0
Telefax: 0391/7313405
info@gew-lsa.de
www.gew-lsa.de

GEW Schleswig-Holstein
Legienstraße 22-24
24103 Kiel
Telefon: 0431/5195-1550
Telefax: 0431/5195-1555
info@gew-sh.de
www.gew-sh.de

GEW Thüringen
Heinrich-Mann--Straße 22
99096 Erfurt
Telefon: 0361/59095-0
Telefax: 0361/59095-60
info@gew-thueringen.de
www.gew-thueringen.de

Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft
Hauptvorstand
Reifenberger Straße 21
60489 Frankfurt am Main
Telefon: 069/78973-0
Telefax: 069/78973-201
info@gew.de
www.gew.de

GEW-Hauptvorstand, Parlamentarisches Verbindungsbüro Berlin
Wallstraße 65, 10179 Berlin
Telefon: 030/235014-0
Telefax: 030/235014-10
parlamentsbuero@gew.de