

	<b>Geleitwort der Redaktion</b> .....	2
<b>Beiträge</b>	<b>Ferienregelungen und Schülerbeurlaubung an freien Schulen</b> Klaus Hesse & Hans-Jürgen Bader, Rechtsanwälte in Mannheim und Stuttgart..	2
<b>Rechtsprechung</b>	<b>Zur Zulässigkeit von Leistungsüberprüfungen durch die Schulverwaltung in der vierten Klasse der Montessori-Schule</b> Kammerbeschluss des BVerfG vom 08.06.2011 – 1 BvR 759/08 und 733/09 Prof. Dr. Köpcke-Duttler, Rechtsanwalt und Diplom-Pädagoge, Marktbreit.....	5
	<b>Genehmigung eines Jungengymnasiums</b> – Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 08.09.2011 – OVG 3 B 24.09 Dr. Thomas Langer, Wissenschaftlicher Leiter des IfBB.....	12
	<b>Katz- und Maus-Spiel vor Gericht</b> OVG Lüneburg vom 28.09.2011 – 2 LC 369/09 Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Berlin .....	16
	<b>Die Eintragungsfähigkeit gemeinnütziger Vereine – Ein Fehlentscheid mit Nachwirkung</b> Beschluss des Kammergerichts vom 21.02.2011 – 25 W 32/10 Klaus Hesse, Rechtsanwalt, Mannheim .....	17
	<b>Keine Rückforderung von Bauspenden</b> AG Mönchengladbach vom 01.04.2011 – 5 C 158/10 Ingo Krampen, Rechtsanwalt, Notar und Mediator, Bochum.....	20
<b>Dokumentation</b>	<b>Selektion und Gerechtigkeit in der Schule</b> – Tagungsbericht zum Gründungssymposium des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V. (IfBB) als An-Institut der Ruhr-Universität Bochum – Lisa Gurzan, Bochum und Nicole Wolf, Bonn .....	22
<b>Vorankündigung Symposium</b>	<b>Gerecht und effizient: Anforderungen an die Schulfinanzierung</b> Symposium des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V. (IfBB) in Kooperation mit der Software AG-Stiftung 02. März 2012 in der Leipziger Börse .....	31

### Geleitwort der Redaktion

Dieses Heft sollte Beiträge enthalten, die sich kritisch mit den Gutachten von AVENARIUS und WEIB beschäftigen. Aus terminlichen Gründen müssen diese Beiträge auf das nächste Heft verschoben werden. So sind diesmal unterschiedliche Gegenstände behandelt – Beiträge, die sich während des letzten halben Jahres angesammelt haben. Eine zusätzliche Einführung erscheint nicht erforderlich.

Es drängt mich aber, in diesem Geleitwort einer Persönlichkeit zu gedenken, die am 13.10.2011 im Alter von 87 Jahren in Sennestadt verstorben ist: Landeskirchenrat i.R. KARL HEINZ POTTHAST.

POTTHAST gehörte zu der Spezies tatkräftiger Protestanten, die mit Augenmaß und Mut Dinge durchsetzen, die sie für richtig erkannt haben. Die gedrungene, handfeste westfälische Gestalt mit der markigen Stimme ist mir aus gemeinsamer Zeit in der Bundesarbeitsgemeinschaft Freier Schulen plastisch und freundschaftlich in Erinnerung. Er war erfolgreicher Gründungsleiter der Hans Ehrenberg-Schule, einer evangelischen Gesamtschule im Arbeiterstadtteil Sennestadt, kämpfte mit Synoden um Unterstützung der evangelischen Schulen, war jahrzehntelang Vorsitzender der Evangelischen Schulbünde und als solcher Vertreter der evangelischen freien Schulen in der Bundesarbeitsgemeinschaft. Neben vielen Verdiensten für das Evangelische Schulwesen sah er nach der Wende die dringliche diakonische Aufgabe, christliche, evangelische Schulen in den neuen, weithin areligiösen Ländern zu errichten und unterstützte sie mit Rat und Tat. Dabei dachte er immer zugleich an die Gesamtheit der freien Schulen: Als 1989/1990 die katholische Seite sich noch zurückhielt und die Bundesarbeitsgemeinschaft deshalb nicht in den neuen Bundesländern tätig werden konnte, initiierte er mit den übrigen Vereinigungen freier Schulen, auch der Initiative Freie Pädagogik in der DDR, eine Handreichung mit einem Entwurf einer der neuen Situation angemessenen Schul-Verfassungsbestimmung, um den Neugründungen eine Rechtsgrundlage zu schaffen. Dass diese Bemühungen dann von der Übernahme des Grundgesetzes überrollt wurden, schmälert den Wert dieser Schrift nicht; sie ermutigte die Gründer und legte den Anfang für ein freies Schulwesen in den neuen Bundesländern. Die freien Schulen sollten ihn dankbar in Erinnerung behalten.



## Beiträge Ferienregelungen und Schülerbeurlaubung an freien Schulen

KLAUS HESSE & HANS-JÜRGEN BADER, RECHTSANWÄLTE IN MANNHEIM UND STUTTGART

Immer wieder rund um die Ferienzeit tauchen im Umfeld der Schulen in freier Trägerschaft zwei Fragen auf: Dürfen die freien Schulen von den staatlichen Ferienterminen generell abweichen und dürfen sie individuelle Befreiungen von der Pflicht zum Schulbesuch gestatten?

Obwohl sich beide Fragen im Kern um die Schulpflichterfüllung drehen, müssen sie doch differenziert betrachtet werden.

### 1. Ferien

In allen Bundesländern sind Lage und Umfang der staatlichen Schulferien aufgrund des Schulgesetzes durch Verordnung oder Verwaltungsvorschrift geregelt. Diese korrespondieren wiederum mit dem Länder-Staatsvertrag über die Lage der Ferientermine, insbesondere der Sommerferien.

Mit einer Ausnahme wird in keinem der Schul- oder Privatschulgesetze die Geltung der staatlichen Ferienordnung für freie Schulen unmittelbar angeordnet. Lediglich die Pflicht zur Beachtung der Erfüllung der Schulpflicht ergibt sich aus dem Gesetz. Die Vorschriften über die Schulpflicht selbst nehmen aber keinen Bezug auf die Ferienordnung, so dass auch auf diesem Wege die staatlichen Ferien nicht für freie Schulen gelten können.

Dies ist auch verfassungsrechtlich richtig gedacht:

### Schulpflicht umfasst nicht Ferienregelung

Die Schulpflicht wird an einer Schule so erfüllt, wie es der Inhalt des jeweiligen genehmigten Bildungsganges vorsieht. Bei Schulen in freier Trägerschaft muss dieser Bildungsgang lediglich gleichwertig zum staatlichen sein. Sinn der Gleichwertigkeit ist nicht die organisatorische Gleichschaltung der Schulen, sondern die Bewahrung des Schülers vor einem ungleichwertigem Lernerfolg; bei einheitlichen Bildungsgängen erfolgt die Lernerfolgskontrolle durch die Abschlussprüfungen am Ende der Schulzeit.<sup>1</sup> Das Wann und Wie der Unterrichtung von Schülern ist eine Frage der Methode, in der die freien Schulen vollkommene Freiheit genießen, solange sie durch ihre Organisation nicht den gleichwertigen Bildungserfolg der Schüler gefährden. Zu Recht schlussfolgert VOGEL daher, dass eine Erstreckung der Ferienordnung auf freie Schulen als Eingriff in die Organisationsfreiheit nicht über den Einrichtungsbegriff gerechtfertigt und daher rechtswidrig ist.<sup>2</sup>

### Ferienregelungen für Ersatzschulen nur Empfehlungen

Wo, wie in Bayern, die Ferienordnung nach Art. 5 BayEUG sich selbst für Schulen in freier Trägerschaft für anwendbar erklärt, ist dies ein klassischer Fall eines nicht vom Gesetz gedeckten Regelungsüberschusses, der insoweit zur Nichtigkeit und damit Unbeachtlichkeit der Verordnung führt. Rechtlich korrekt lässt es daher die Hessische Allgemeine Ferienordnung bei einer bloßen Empfehlung gegenüber den freien Schulen bewenden.

Wo, wie in Sachsen-Anhalt, die Möglichkeit gem. § 23 SchulG besteht, für die freien Schulen eine abweichende Ferienordnung zu erlassen, ist dies im Lichte von Art. 7 IV GG dahingehend zu verstehen, dass die staatliche Ferienordnung nur für die staatlichen Schulen unmittelbar gilt, während die freien Schulen selbständig für sich eine abweichende Ferienordnung erlassen können.

An diesen Ausführungen ändert sich wesentlich auch nichts durch die teilweise oder vollständige staatliche Anerkennung einer Schule in freier Trägerschaft. Mit der (echten) Anerkennung geht die Übernahme des staatlichen Unterrichtsinhaltes (Lehrplan, Stundentafel) unter Berücksichtigung des besonderen pädagogischen Profils einher.

### Zeitpunkt der Ferien Gegenstand der Methodenfreiheit

Die Frage des Wie und Wann der Vermittlung dieses Inhaltes ist jedoch Gegenstand der Methodenfreiheit, in der die Schulen trotz staatlicher Anerkennung frei bleiben müssen.

Hinsichtlich der Lage der Ferien ist also offensichtlich, dass Schulen in freier Trägerschaft diese einzig und allein nach pädagogischen Gesichtspunkten ohne Rücksichtnahme auf staatliche Ferientermine festlegen können. Spannend und von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist die Frage nach einem abweichenden Umfang von Ferien. Auch hier ist Maßstab die Gleichwertigkeit und die Sicherstellung eines gleichwertigen Lernerfolges. Dieser Maßstab erlaubt eine Abweichung im Umfang der Ferientage, wenn dadurch der Lernfortschritt der Schüler insgesamt nicht gefährdet wird. Das gilt, bezogen auf das Gesamtvolumen der gehaltenen Stunden auch für anerkannte Oberstufen; zum einen weil sich die notwendigen Stundenzahlen grundsätzlich auch anders organisieren lassen, zum anderen, weil eine rein quantitative Betrachtung für die Vermittlung von Lerninhalten nicht ausreicht.

<sup>1</sup> Vgl. BVerwG – 6 C 5/00.

<sup>2</sup> Vgl. J.P. VOGEL, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl., S. 90 a.E.

**Umfang der Ferien nach Kriterien der Gleichwertigkeit**

Schließlich organisiert sich der Staat selbst ungleich lange Schuljahre und Schulstundenmengen pro Jahr durch das Rotationssystem zwischen den Ländern beim Anfangstermin der Sommerferien, die zum Phänomen der sogenannten langen und kurzen Schuljahre führt. Diese Rotation führt zu Kürzungen oder Streckungen des effektiven Schuljahres von bis zu zwei Wochen. Diese zwei Wochen dürften ein Maßstab dafür sein, bis zu welchem Umfang eine freie Schule von der staatlichen Ferienordnung abweichen darf, ohne wesentliche besondere organisatorische Vorkehrungen zu treffen.

**2. Individuelle Schülerbeurlaubung**

Die Beurlaubung ist die vorübergehende Befreiung des Schülers von der Schulpflicht im Einzelfall auf dessen Wunsch hin. Die Schulgesetze enthalten Regelungen, unter welchen Bedingungen eine Beurlaubung erfolgen darf. Diese Regelungen gelten aus denselben Gründen, wie dies bei den Ferienordnungen der Fall ist (Gleichwertigkeit, Lernerfolg), nicht unmittelbar für Schulen in freier Trägerschaft.

**Beurlaubungen nach Gleichwertigkeitskriterien**

Vielmehr können Beurlaubungen erfolgen, wenn sie pädagogisch gerechtfertigt sind. Dies sind sie, wenn die Beurlaubung der Entwicklung des Schülers zuträglich ist und das Erreichen eines gleichwertigen Lernerfolges nicht gefährdet. Dabei sind das besondere pädagogische Profil und der besondere pädagogische Methodenansatz angemessen zu berücksichtigen.

Dadurch entsteht ein pädagogischer Einschätzungsspielraum der Schule, der behördlich oder gerichtlich nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden kann.

Bei kurzzeitigen Beurlaubungen für pädagogisch sinnvolle (z.B. Pfadfinderfreizeit) oder sozialadäquate (z.B. Hochzeiten in der Familie) Veranstaltungen ist die Beurlaubung aus Sicht der Schulpflichterfüllung unproblematisch.

**Begründungszwang bei Beurlaubung über zwei Wochen**

Langzeitige Beurlaubungen von mehr als zwei Wochen müssen schon erheblich pädagogisch begründet werden. Sie sind typischerweise in ein bestimmtes Konzept eingebettet. Darüber hinaus muss die Begleitung des Lernfortschrittes des Schülers abgesichert werden; wie dies erfolgt, liegt aber in der organisatorischen Freiheit der Schule.

Bei sehr langen Auslandsaufenthalten des Schülers mag es gedanklich in Betracht kommen, den Aufenthaltsort des Schülers in Deutschland aufzugeben, um so der Schulpflicht zu entgehen. Dies ist jedoch nicht nur mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand für den Schüler und seine Eltern verbunden, die Schule gefährdet damit auch ihren Finanzhilfeanspruch hinsichtlich des Schülers, obwohl sie noch eine pädagogische Begleitung gewährleistet und den Schülerplatz für die Rückkehr des Schülers offen hält.

**Keine Genehmigungen erforderlich**

Die gesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit für die Beurlaubung gelten nicht. Die Schule muss lediglich intern ein nachvollziehbares Entscheidungsverfahren schaffen, das eine pädagogisch begründbare Entscheidung über den Urlaubsantrag erzeugt.

**3. Fazit**

Wie aufgezeigt gelten die staatlichen Ferienordnungen nicht für Schulen in freier Trägerschaft, vielmehr können die Schulen ihre eigenen Ferienordnungen erlassen.

Bei der Entscheidung über die Beurlaubung eines Schülers kann die Schule eigenständig entscheiden, wenn das Ergebnis pädagogisch begründbar und der Lernfortschritt des Schülers gesichert sind.



# Rechtsprechung **Zur Zulässigkeit von Leistungsüberprüfungen durch die Schulverwaltung in der vierten Klasse der Montessori-Schule**

## Kammerbeschluss des BVerfG vom 08.06.2011 – 1 BvR 759/08 und 733/09

PROF. DR. KÖPCKE-DUTTNER, RECHTSANWALT UND DIPLOM-PÄDAGOGE, MARKTBREIT

### Vorbemerkung

Dem Kammerbeschluss liegt folgender Vorgang zugrunde: Die Schulverwaltung hatte an einer 9–10 stufigen Montessorischule im Aufbau, deren erste vier Klassenstufen als Ersatzschule genehmigt sind, in der 4. Klasse eine Leistungsprüfung in Deutsch und Mathematik vorgenommen, die negativ endete. Gegen diese Leistungsprüfung wandte sich der Schulträger ohne Erfolg (VG Augsburg vom 17.04.2007 – Au 3 K 06.1072 – und vom 08.04.2008 – Au 3 K 07.1043 – sowie VGH München vom 19.02.2009 – 7 ZB 08.1491); dasselbe gilt für die hier besprochenen Verfassungsbeschwerden. Die Streitfrage war, ob die Prüfung in der 4. Klasse hätte vorgenommen werden dürfen, denn die Montessorischule war auf 9–10 Klassen geplant und das Erreichen der Lehrziele hätte erst nach Abschluss der Schullaufbahn geprüft werden dürfen.

### 1. Einleitung: Confusio um den bayerischen Begriff der Volksschule

Ein Blick in ein Wörterbuch der lateinischen Sprache zeigt, dass die Bedeutung des Wortes „confusio“ sich über Vermischung, Vereinigung bis hin zu Verwirrung, Verstörtheit, ja Beschämung und Schmach erstreckt. Soweit will ich mit den folgenden Anmerkungen zu einem einstimmigen Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 08.06.2011 freilich nicht gehen, doch immerhin beginnen mit einigen Anmerkungen über die Unschärfe des Begriffs „Volksschule“.<sup>1</sup> Als Begründung dafür lässt sich anführen, dass in den Verfassungsbeschwerden aus dem Jahr 2008 die Rede ist von einer „bayerischen Volksschule“, von der Volksschule als einer schulorganisatorischen Einheit. Grund- und Hauptschule seien keine selbstständigen Schularten, vielmehr Glieder der „Schulart Volksschule“. Es gebe eine „Volksschule nach bayerischer Prägung“; das BayEUG sehe den „Schultyp einer Volksschule“ vor. Von da aus ist ein Blick zu werfen auf das „Hamburger Abkommen“, das Abkommen zwischen den Ländern der Bundesrepublik zur Vereinheitlichung auf dem Gebiete des Schulwesens. Dort heißt es in § 4, die für alle Schüler gemeinsame Unterstufe trage die Bezeichnung „Grundschule“. Die auf der Grundschule aufbauenden Schulen trügen die Bezeichnung Hauptschule, Realschule oder Gymnasium. Grundschule und Hauptschule könnten auch die Bezeichnung „Volksschule“ tragen.

### Von der Volksschule zur Grund- und Hauptschule

Gemäß Art. 135 der Bayerischen Verfassung (BV) sind die „öffentlichen Volksschulen“ gemeinsame Schulen für alle volksschulpflichtigen Kinder. In ihnen sollen die Schüler nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse unterrichtet und erzogen werden. Der Schwerpunkt liegt hier auf der „Abkehr vom Prinzip der Bekenntnisschule“, auf der christlichen Gemeinschaftsschule. Die gemeinsame Unterrichtung aller Kinder nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse gilt für alle öffentlichen Volksschulen.<sup>2</sup> Die öffentlichen Volksschulen seien gemeinsame Schulen für alle volksschulpflichtigen Kinder, nämlich „Gemeinschaftsschule“. Auch in Art. 129 Abs. 1 BV heißt es, alle Kinder seien zum Besuch der „Volksschule“ (und der Berufsschule) verpflichtet

1 GUSTAV RADBRUCH hat die gemeinsame Grundschule für alle Bevölkerungsklassen „soziale Einheitsschule“ genannt und unterschieden von einer konfessionellen Einheitsschule (Die weltliche Schule, in: GUSTAV RADBRUCH, Gesamtausgabe. Bd. 13 Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz-, Bildungs- und Religionspolitik, Heidelberg 1993, S. 192 f.).

2 LINDNER/MÖSTL/WOLFF, Verfassung des Freistaates Bayern, München 2009, Art. 135 –137, Rdnr. 8.



in egalitär-demokratischer und sozialstaatlicher Stoßrichtung. Obwohl nähere Bestimmungen dieser Artikel der Bayerischen Verfassung in einem Volksschulgesetz folgten, wurde nicht genauer über den Begriff „Volksschule“ nachgedacht. Später wurde das Bayerische Volksschulgesetz mit Gesetz vom 07.07.1994 aufgehoben, was mit dem jetzigen Art. 7 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) fortgeführt wird. Mit Gesetz vom 22.07.2010 wurde Art. 7 Abs. 1 BayEUG neu gefasst. Danach sind Volksschulen Grundschulen und Hauptschulen. Einerseits sollte mit der Aufzählung der Grundschulen und der Hauptschulen als Volksschulen die „Eigenständigkeit der Bildungsgänge“ von Grundschule und Hauptschule verdeutlicht werden. Andererseits heißt es, aus dem Kontext (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BayEUG fasst Grund- und Hauptschulen als Volksschulen zusammen) und dem Aufbau der Art. 7 mit Art. 18 BayEUG sei zu entnehmen, dass Grund- und Hauptschulen „keine selbstständigen Schularten“ seien, vielmehr Formen der Schulart Volksschule. Grundschulen und Hauptschulen könnten auch verbunden sein.<sup>1</sup> Was den auf die „Mannigfaltigkeit der Lebensberufe“ bezogenen „Kanon der Schularten“ angeht, so ist noch anzufügen, dass die Bayerische Verfassung zusätzlich zwischen der Volksschule und der Berufsschule (zu deren Besuch alle Kinder verpflichtet sind: Art. 129 Abs. 1 BV) und den „mittleren und höheren Lehranstalten“ unterschieden wird, die zudem im Zusammenhang mit dem Religionsunterricht ausdrücklich neben Volks- und Berufsschulen angesprochen werden (Art. 136 Abs. 2 BV).

„Volksschule“ =  
Grundschule

Das in bestimmter Weise gegliederte Schulsystem ist zudem weder vom Grundgesetz noch von den Landesverfassungen her geboten. Vielmehr sei es auch in Gesamtschulen möglich, den unterschiedlichen „Begabungen“ der Kinder und Jugendlichen durch eine sinnvolle Binnendifferenzierung Rechnung zu tragen.<sup>2</sup> Über die Errichtung eines gegliederten Schulsystems entscheiden die einzelnen Bundesländer, wobei die Verpflichtung des Staates, der öffentlichen Gewalt, ein differenziertes und vielfältiges (öffentliches) Schul-Bildungssystem zu errichten, hervorzuheben ist. VOGEL erscheint es zu schematisch, wenn unter „Volksschule“ heute Grund- und Hauptschule, dazu Förder-, Orientierungsstufe, neue Schularten in den neuen Bundesländern verstanden werden.<sup>3</sup> Orientiere man sich an der integrativen Zielsetzung des Art. 7 Abs. 5 GG, könne „Volksschule“ nur die Grundschule meinen, nicht aber die Sonderschule.<sup>4</sup> Art. 7 Abs. 5 GG verfolgt den Zweck, die Kinder aller Volksschichten zumindest in den ersten Klassen grundsätzlich zusammenzufassen. „Volksschule“ meine „zunächst“ die von der Gesamtheit der Schüler besuchte Grundschule. Zweifelhaft sei es, ob auch die Hauptschule sowie Förderstufen dazu gehörten.<sup>5</sup>

Die Verfassungsprinzipien der Freiheitlichkeit und der Pluralität gebieten, dass im öffentlichen Schulwesen alle Kinder ihre Begabungen und Interessen entfalten können müssen. Aus dem Elternrecht und dem Entfaltungsrecht des Kindes folge weder ein Anspruch auf eine frühe Differenzierung nach Schularten noch auf eine Einheitsschule. Verfassungsgemäß sind demnach sowohl die gemeinsame Grundschule als auch eine differenzierte Gesamtschule. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht die Begrenzung der

1 KIESL/STAHL, Das Schulrecht in Bayern, Kronach 2011, BayEUG-Kommentar zu Art. 7 Rdnr. 4.

2 NORBERT NIEHUES/JOHANNES RUX, Schul- und Prüfungsrecht. Bd. 1: Schulrecht, 4. Aufl. München 2006, S. 157.

3 JOHANN PETER VOGEL, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. Neuwied/Kriftel 1997, S. 22.

4 ACHIM LESCHINSKY, Volksschule zwischen Ausbau und Auszehrung, in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1982, S. 27 ff.

5 SCHMITT-KAMMLER, in: SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. München 2009, Art. 7 Rdnr. 72; GRÖSCHNER, in: DREIER (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 7 Rdnr. 111.

Privatschulfreiheit in Art. 7 Abs. 5 GG mit der Entscheidung für eine gemeinsame öffentliche Grundschule begründet.<sup>1</sup>

### Montessorischule als „Volksschule“

In dem zu kommentierenden Verfahren wegen der Verfassungsbeschwerde geht es nun um eine Reform- und Alternativschule, eine Schule, von der zuweilen gesagt wird, sie gehöre zu dem weitgehend autarken „pädagogischen Kosmos mit elaboriertem weltanschaulichem Hintergrund“,<sup>2</sup> unterschieden von dem Staatsschulsystem. Da es hier ankommt auf den „Geist des Kindes“, der bereitliege wie ein „fruchtbares Feld“,<sup>3</sup> auf die Bedürfnisse der Kinder, die mit ihren Lehrern, die sich nicht hinter Lehrplänen und Stundentafeln verstecken dürfen, zusammen leben, betonen die Träger von Montessori-Schulen ihren verfassungsrechtlich gesicherten Freiheitsraum. Durch diese Gestaltungsfreiheit – so das „Gemeinsame Schulkonzept der Schulen im Montessori-Landesverband Bayern“ – erfüllen Montessori-Schulen (als Schulen in freier Trägerschaft: siehe Art. 134 BV, Art. 90 ff. BayEUG) ihre verfassungsrechtliche und gesetzliche Verpflichtung, das staatliche Schulsystem zu bereichern, anzuregen und den Kindern neue schulische Bildungswege zu öffnen.<sup>4</sup> Gemäß dem besonderen pädagogischen Interesse (Art. 7 Abs. 5 GG) werden diese Schulen als eigene Schulgestalt, als Bildungshaus, verstanden, als Schule, in der SchülerInnen verschiedener Altersstufen, Begabungen und Temperamente miteinander lernen können, im Blick auf ihre unterschiedenen Stärken und Schwächen, mit unterschiedlichen Lern- und Entwicklungstempi (Prinzip der Heterogenität).<sup>5</sup> Diese pädagogisch begründete Schulstruktur geht ihrem Anspruch nach über die Ordnung der Gliederung der staatlichen Schule hinaus. Ein Spannungsbogen ergibt sich dann, wenn gemäß Art. 7 Abs. 4 GG, Art. 134 Abs. 1 BV, Art. 91 und Art. 92 BayEUG die Schule in ihren Lehrzielen nicht hinter denen gleichartiger staatlicher Schulen zurückstehen darf. Um diese grundlegende Spannung geht es in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 08.06.2011.

### „Volksschule“ im Sinne von Art. 7 (5) GG

Bekanntlich geht Art. 7 Abs. 5 GG zurück auf den „Weimarer Schulkompromiss“, mit dem der Streit zwischen Vertretern unterschiedlicher Schulformen zugunsten der Gemeinschaftsschule als Regelschule („Einheitsschule“) beendet werden sollte. So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 16.12.1992<sup>6</sup> von dem Zweck gesprochen, die Kinder aller Volksschichten zumindest in den ersten Klassen grundsätzlich zusammenzufassen und private „Volks- oder Grundschulen“ nur zuzulassen, wenn der Vorrang der öffentlichen Schulen aus besonderen Gründen zurücktreten soll. Die Privatschulfreiheit sei im Grundsatz auch für „private Volksschulen im Sinne des Art. 7 Abs. 5 GG“ verbürgt.

### Waldorfschule „Volksschule“?

Ist hier erneut die Rede von Volksschulen, so lässt sich an eine spätere Entscheidung anknüpfen, in der das Bundesverfassungsgericht einerseits hervorgehoben hat, das Landesrecht bestimme, welche öffentlichen Schulen es gebe, denen eine Privatschule entsprechen könne. In dem sogleich folgenden Satz heißt es dann andererseits, der Einordnung der Waldorfschulen als Ersatz-

1 BVerfGE 88, 40; INGO RICHTER, in: AK-GG, 3. Aufl. Neuwied 2001, Art. 7 Rdnr. 53.

2 JOHANNES JUNG, Reform- und Alternativschulen, in: WOLFGANG EINSIEDLER U.A. (Hrsg.), Handbuch Grundschulpädagogik und Grundschuldidaktik, 3. Aufl. Bad Heilbrunn 2011, S. 74.

3 MARIA MONTESSORI, „Kosmische Erziehung“, Freiburg 1988, S. 38; s. HARALD LUDWIG, Geistesgeschichtliche Einflüsse und Quellen für Maria Montessoris Konzeption einer „Kosmischen Erziehung“, in: Reinhard FISCHER/MICHAEL KLEIN-LANDECK/HARALD LUDWIG (Hrsg.), Die „Kosmische Erziehung“ Maria Montessoris, Münster 1999, S. 108–120 (LUDWIG erwähnt u.a. Anregungen durch JOHANN AMOS COMENIUS, FRIEDRICH FRÖBEL, ANTONIO STOPPANI).

4 Montessori-Landesverband Bayern (Hrsg.), Montessori-Schule. Eine Schule für Alle. 3. Aufl. München 2005, S. 33.

5 Ebd. S. 36.

6 BVerfGE 88, 40 ff.

schulen stünde nicht entgegen, wenn es im Land Baden-Württemberg keine Schulen gäbe, die von der Klasse eins bis zur Klasse zwölf als Einheit geführt werden und verschiedene weiterführende Abschlüsse ermöglichen.<sup>1</sup>

Es geht also bei der neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts um den Spielraum der Akzessorietät des Schulwesens in freier Trägerschaft<sup>2</sup>, wobei ich nicht näher eingehe auf die für Pädagogen (gerade Montessori-Pädagogen) wenig überzeugende Unterscheidung zwischen Lernzielen und Lehrzielen,<sup>3</sup> Erziehungszielen und Bildungszielen (Bereich der Qualifikation).

### 2. Die Auseinandersetzung

Beschwerdeführer war der Träger einer Schule im Bereich des bayerischen Regierungsbezirks Schwaben, die von dem Boden der Montessori-Pädagogik ausgehend und, angeregt von den Grunderfahrungen des Ehepaars REBECA und MAURICIO WILD in Ecuador, das pädagogische Prinzip der „Non-Direktivität“<sup>4</sup> hervorgelebt hat, ein Prinzip, von dem der Psychologe CARL R. R. ROGERS in seiner Gesprächstherapie ausgeht. Das Bundesverfassungsgericht spricht in seiner Entscheidung vom 08.06.2011, mit der die Verfassungsbeschwerden (das Gericht spricht wegen der unterschiedlichen Zeiten der Überprüfungen von zwei Beschwerden) nicht zur Entscheidung angenommen worden sind, davon, dass die „nicht-direktive Begleitung“ der Kinder in der Schule zu einer „Umkehrung des Lernprozesses“ führe, bei dem die Kinder die Möglichkeit haben, ihre Lern- und Entwicklungsschritte inhaltlich und zeitlich selbst zu gestalten. Der Träger, den der Montessori-Landesverband Bayern als Mitglied aufgenommen hatte, wurde von diesem in der Weise unterstützt, dass für eine umfassende Beratung mit verfassungsrechtlichem Sachverstand gesorgt wurde.

#### a) Begründung der Verfassungsbeschwerde

In der Verfassungsbeschwerde wird auf das gemeinsame Schulkonzept des Montessori-Landesverbands Bayern Bezug genommen, das eine von Klasse eins bis neun bzw. zehn „durchgehende Schule“ beschreibe (mittlerweile bis hin zu Fachoberschulen), die die Schüler je nach individuellen Möglichkeiten mit dem erfolgreichen, den qualifizierten Hauptschulabschluss oder dem mittleren Schulabschluss beenden. In der Begründung wird die pädagogische und verfassungsrechtlich abgesicherte Gestaltungsfreiheit der Schule in freier Trägerschaft hervorgehoben, wobei das pädagogische Prinzip der Altersmischung (Durchbrechung des Jahrgangsklassenprinzips) nicht übersehen werden darf. Mit Leistungsprüfungen am Ende der vierten Grundschulklasse werde die Freiheit der privaten Ersatzschule derart beschnitten, dass die für die Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG ausreichende Gleichwertigkeit in Richtung Gleichartigkeit verschoben würde.

In Bayern seien Grund- und Hauptschule keine selbstständigen Schularten. Eine Leistungsüberprüfung am Ende des vierten Grundschuljahres vorzunehmen in einer Schule, deren „am gesetzlichen Modell der bayerischen Volksschule ausgerichtete pädagogische Konzeption“ auf neun bzw. zehn Schuljahre angelegt sei, würde bedeuten, eine staatliche Prüfung zu einem Zeitpunkt vorzunehmen, zu dem der Bildungsgang noch nicht abge-

**Leistungsprüfung  
in der 4. Klasse einer  
neunstufigen  
einheitlichen Schule?**

1 BVerfGE 90, 128/139.

2 BayVGh, Urteil vom 09.07.1997 – 7 B 97.1185, in: BayVBl 1998, S. 180–184.

3 HORST RUMPF spricht von Grundbildern des Menschenlernens (Belebungsversuche, Ausgrabungen gegen die Verödung der Lernkultur), Weinheim und München 1987.

4 REBECA WILD, Lebensqualität für Kinder und andere Menschen. Erziehung und Respekt für das innere Wachstum von Kindern und Jugendlichen, Weinheim und Basel 2001; CARL R. ROGERS, Freedom to learn, Ohio 1969.



geschlossen sei. Abgeschlossen werde der Bildungsgang an der „Volksschule bayerischer Ausformung“ mit dem neunten bzw. zehnten Schuljahr. Die Privatschulfreiheit dürfe auch nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass zwar eine Genehmigung für eine Grundschule erteilt worden, die Erteilung der Genehmigung der Hauptschule jedoch aufgeschoben bzw. verweigert worden sei. Auch hier wird betont, das BayEUG sehe den „Schultyp einer Volksschule“ vor. Die Gestaltungsfreiheit des Trägers der Privatschule dürfe auch nicht dadurch eingeschränkt werden, dass der Freistaat Bayern „für den Grund- und Hauptschulteil der einheitlichen Volksschule“ gesonderte Lehrpläne anwende. Die Trennung der Lehrpläne sei lediglich eine „verwaltungsinterne technische Gestaltung“, die an der gesetzlich angeordneten Einheitlichkeit der Volksschule in Bayern nichts ändert“. Verwiesen wird auf die Absicht des Trägers, von Anfang an eine „vollständige Volksschule“ zu betreiben. Gerügt wird also ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 GG mit dem Blick auf den Maßstab der Gleichwertigkeit, der nicht in Richtung auf Gleichartigkeit verschoben werden dürfe.

Ich gehe hier nicht auf den Teil der Verfassungsbeschwerde ein, in dem von der Unzulässigkeit der konkreten Leistungsüberprüfung, von ihrer näheren Ausgestaltung die Rede ist. Dass bei solch einer Überprüfung die pädagogische Konzeption der Schule in freier Trägerschaft berücksichtigt werden muss, dürfte nicht umstritten sein.<sup>1</sup> Ich konzentriere mich auf die Frage, was es bedeutet, dass Leistungsüberprüfungen nur am Ende eines Bildungsgangs und nicht am Ende eines jeden Schuljahres durch die staatliche Schulverwaltung vorgenommen werden dürfen. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Beratung wurde die These entfaltet, dass es ein gesetzliches Modell der bayerischen Volksschule gebe und dass mit der Überprüfung des Leistungsstandes der Kinder am Ende des vierten Grundschuljahres die Umsetzung des auf neun bzw. zehn Schuljahres angelegten Montessori-Konzepts das Ende bereitet würde. Die Hauptschule schließe sich an die Grundschule an und vervollständige diese zur Volksschule. Bei der fraglichen Schule gehe es um das Modell einer Volksschule, die mit „pädagogischer Eigenart“, auch genehmigt worden sei und umgesetzt werden dürfe. In die Beratung wurde die wichtige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.12.2000<sup>2</sup> aufgenommen, nach der die Schüler erst am Ende ihrer „Ausbildung“ über eine mit den staatlichen Schulen gleichwertige Gesamtqualifikation verfügen müssen. Dieses Urteil, auf das noch einzugehen sein wird, betraf den Träger einer Montessori-Schule in Bayern, der verantwortlich war für eine Grundschule und eine Teilhauptschule. Das Urteil kreiste um die Frage, ob der Unterricht auch jahrgangsübergreifend „erteilt“ werden dürfe. Das Bundesverwaltungsgericht urteilte, die vom Grundgesetz geforderte Gleichwertigkeit von „Ersatzschulen“ erstrecke sich nur auf die „Gesamtqualifikation“ am Ende der Ausbildung, nicht auf die Teilqualifikation zum Abschluss des Schuljahres. In den Verfassungsbeschwerden heißt es dann auch, vor dem Hintergrund dieses Urteils sei die Ansicht verfassungsrechtlich nicht haltbar, dass eine Schule in freier Trägerschaft darauf ausgerichtet sein müsse, Bildung, Erziehung und fachliche Kenntnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt, der vor dem Abschluss der schulischen Karriere liege, zumindest auf dem Niveau zu vermitteln, das der entsprechenden öffentlichen Schule eigen sei. Der Beschwerdeführer wendet sich demnach also gegen eine erzwungene Engführung eines pädagogischen Konzepts und gegen ein Überstülpen von durch die staatliche Schulverwaltung definierten Leistungsanforderungen.

**Leistungsprüfung erst  
am Ende des  
Bildungsganges**

<sup>1</sup> So auch BVerfG vom 8.06.2011, Orientierungssatz 3 d.

<sup>2</sup> BVerwGE 112, 263 – BVerwG 6 C 5.00.

Das pädagogische Konzept der Schule sei angelegt auf das Ende eines bestimmten Zeitrahmens, der in der genehmigten pädagogischen Konzeption und in dem gemeinsamen Schulkonzept des Montessori-Landesverbands Bayern angegeben sei.

### b) Die Argumentation des BVerfG

„Gesamtzweck“ vs.  
Gliederung

Es kann nicht übersehen werden, dass schon das Bundesverwaltungsgericht in seiner angesprochenen Entscheidung die Gliederung des bayerischen Landesschulrechts angeführt hat. Es heißt hier, Ersatzschulen im Sinne von Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG seien Privatschulen, die nach dem „mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck“ als Ersatz für eine in dem Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen sollen. Scheint hier der „Gesamtzweck“ einen gewissen Spielraum zu öffnen, so wird doch die Gegliedertheit des bayerischen Schulsystems in Schularten streng betont. Es heißt hier, im Bereich der allgemein bildenden Schulen gehöre dazu – „als Teil der Volksschule“ – die Hauptschule. Für diese seien in Art. 7 Abs. 6 und 7 BayEUG typenprägende Bestimmungen getroffen worden. Schwerpunkt des Urteils war, dass zu den Aussagen über Bildungsweg und vermittelte Qualifikation nicht der Grundsatz der Jahrgangsklasse an Schulen im Allgemeinen oder an Volksschulen im Besonderen gehöre. Bevor die neue Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in ihren Hauptgedanken zusammengefasst wird, ist die Aufmerksamkeit darauf zu lenken, dass selbst das Bundesverfassungsgericht von Ersatzschulen redet, die „unbeschadet ihrer Gleichwertigkeit nach ihrer ganzen Struktur von den öffentlichen Schulen so grundlegend verschieden sind, dass sich ein Wechsel ihrer Schüler zur öffentlichen Schule schon von hier aus verbietet“. Unterschieden wird hier zwischen Ersatzschulen des Regelfalles (die von der Anerkennung nicht ausgeschlossen sind) und „anderen Ersatzschulen“.<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht hebt einen „gebotenen pädagogischen Freiraum“ hervor, das Recht der Waldorfschulen, ihre Schüler ohne Auslese zum Schulabschluss zu führen, wie es der „Eigenart der Waldorfpädagogik“ entspreche. Nach dieser Entscheidung scheint der Maßstab einer strengen Akzessorietät verfassungsrechtlich nicht zwingend zu sein.

BVerfG:  
keine Bindung an  
staatliche Schularten

Zur Begründung, dass die Annahmeveraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorlägen, die Verfassungsbeschwerden keine Frage von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung aufwerfe, die Annahme nicht zur Durchsetzung des als verletzt bezeichneten Grundrechts angezeigt sei, heißt es unter anderem: Auch das Bundesverfassungsgericht verlangt keine Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen, sondern eine Gleichwertigkeit. Entscheidend sei, ob am Ende des jeweiligen Bildungsgangs „das Niveau des Bildungsprogramms der öffentlichen Schulen“ im Ergebnis erreicht werde, wobei den Ersatzschulen hinsichtlich der hierbei beschritten Wege und Mittel weitgehende Freiheit eingeräumt werden. An dieser Stelle wird auch die Folge das Recht einer grundsätzlichen Verschiedenheit nicht übergangen. Mit dem erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wird der Zweck des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht darin gesehen, die inhaltliche Einheit des Schulwesens zu sichern, sondern Schüler von Ersatzschulen vor einem ungleichwertigen Schulerfolg zu schützen. Es folgt dann eine Unterscheidung hinsichtlich der Lehrziele und „Erziehungsziele“ einerseits und der „Qualifikation“ andererseits, eine Unterscheidung, der in pädagogischer Rücksicht unbedingt in Zukunft nachgegangen werden sollte. Die Feststellung der Gleichwertigkeit beziehe sich auf die „Qualifikation“.<sup>2</sup> Insofern müsse Bezug genommen werden auf die im jeweiligen

Lehrziel =  
Erziehungsziele +  
Qualifikation

1 BVerfGE 90, 107.

2 Dazu auch LANGER: Genehmigung eines Jungengymnasiums, RuB 4/11, S. 12.

Landesschulrecht für die betreffende Schulart getroffenen Aussagen über die zu vermittelnde Qualifikation, die aber erst bei Abschluss des schulischen Bildungsgangs im Sinne eines „Gesamtergebnisses“ erreicht sein müsse. Das Bundesverfassungsgericht stimmt der Auslegung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu, dass die Verbindung der Schularten Grund- und Hauptschule zur „Volksschule“ bloß „nomineller Natur“ sei und keinen „einheitlichen Bildungsgang“ entstehen lasse. Der Verwaltungsgerichtshof gehe mit Recht davon aus, dass sich die gesetzlich vorgeschriebenen „Bildungsziele“ beider Schularten deutlich unterscheiden.

**Grundschule  
Voraussetzung für jede  
weitere Bildung,  
eigenständige Schulart**

Der Besuch der Grundschule stelle eine Voraussetzung dar für „jede weitere schulische Bildung“ an den jeweiligen weiterführenden Schulen. Mit dieser umfassenden Bildungsperspektive unterscheide sie sich wesentlich von der Hauptschule, deren Bildungsziele in einem engen Zusammenhang mit der späteren Berufswahl und einer berufsqualifizierenden Ausbildung stünden und die nach dem Willen des Gesetzgebers „nur einen begrenzten Kreis von Schülerinnen und Schülern“ ansprechen solle (Art. 7 Abs. 6 Satz 1 und 2 BayEUG). Es sei nur angemerkt, dass jetzt nicht von „Lehr- und Lernzielen“, von „Qualifikation“, sondern von „Bildungszielen“ gesprochen wird. Hier setzt sich eine Unschärfe durch, die nur mit einem genauen Blick auf unterschiedene pädagogische Konzeptionen geklärt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hält dem Beschwerdeführer vor, es setze sich hinreichend auseinander mit der Auslegung des einfachen Rechts. Auch das Verfassungsrecht meine mit dem in Art. 7 Abs. 5 GG verwendeten Begriff der Volksschule zumindest auch die der Vorbereitung auf den Besuch weiterführender Schulen dienende Grundschule und begreife diese „jedenfalls als eigenständige Schulart“.<sup>1</sup>

**Wendung:  
Die ersten vier  
Jahrgangsstufen der  
einheitlichen  
Montessori-  
Grundschule  
müssen staatlicher  
Grundschule  
entsprechen**

Das Bundesverfassungsgericht betont also die Bestimmung des Landesrechts, welche öffentlichen Schulen es gebe, denen eine Ersatzschule entsprechen könne. Erneut wird auch die Akzessorietät der Ersatzschulen zu den öffentlichen Schulen hervorgehoben, die „nicht notwendigerweise auf eine formale Entsprechung zu den jeweils im Landesrecht typisierten Schularten und -formen, sondern auf eine Entsprechung in deren Gesamtzweck“ sich beziehe. Wird die Strenge der Akzessorietät jetzt anscheinend wieder in Richtung auf den „ungenau bleibenden Gesamtzweck“ (auch die Schulkonzeption des Montessori-Landesverbands Bayern und des Schulbeschwerdeführers verfolgt einen pädagogisch näher dargelegten „Gesamtzweck“) etwas gelockert, so heißt es dann im nächsten Satz, selbst wenn der Beschwerdeführer eine „einheitliche Volksschule“ führen könnte, bliebe es doch dabei, dass deren Jahrgangsstufen eins bis vier in Orientierung an der Regelung des Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayEUG ihrem Gesamtzweck nach der öffentlichen Grundschule entsprechen müssten, „so dass auch dann diese der Bezugspunkt für die Feststellung im Kern gleicher Kenntnisse und Fertigkeiten bliebe“. Deshalb sei es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn am Ende eines vierten Schuljahres geprüft werde, „ob die im bayerischen Landesschulrecht für die Grundschule getroffenen Aussagen über die zu vermittelnde Qualifikation von einer als Ersatz für eine solche öffentlichen Schule genehmigten Privatschule im Sinne eines Gesamtergebnisses tatsächlich erreicht worden sind oder nicht“ (Seite 8 f. der Ausfertigung).

Auf die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts zur näheren Ausgestaltung der in den Jahren 2005 und 2008 erfolgten Leistungsprüfungen gehe ich hier, wie gesagt, nicht näher ein. Bemerkenswert ist nur, dass das Bundesverfassungsgericht hier seine Terminologie erneut ändert und von „für diese Schulart landesrechtlich maßgeblichen zentralen Bildungsstandards“ spricht.

<sup>1</sup> Seite 8 der Ausfertigung; BVerfGE 88, 40 / 45 f.

### 3. Zentrale Bildungsstandards als „Lehrziele“ gem. Art. 7 (4) GG?<sup>1</sup>

Diese Volte der Argumentation der Kammer überrascht. Die Grundschule hat – anders als die anderen bayerischen Schularten – gem. Art. 7 Abs. 4 und Abs. 5 BayEUG keinen eigenen Abschluss. Deshalb spricht das Gericht auch nicht von einer Qualifikation, die eben noch zur Definition der Lehrziele im Sinne von Art. 7 Abs. 4 GG gerechnet wurde. Jetzt werden auch „zentrale Bildungsstandards“ zu den Lehrzielen gerechnet, wohl in der Absicht, den fehlenden Abschluss der Grundschule zu kompensieren. Diese als Kunstgriff zu verstehende Ausweitung muss als verfassungsrechtlich außerordentlich fragwürdig gelten, denn „zentrale Bildungsstandards“ gibt es auf verschiedenen Klassenstufen. Sie dürften, wenn sie die ihnen jetzt vom Bundesverfassungsgericht zugeordnete Rolle spielen sollen, jede von den staatlichen Schulen abweichende Schulart infrage stellen. Diese Befürchtung trifft um so mehr zu, weil Schulen in freier Trägerschaft in ihrer pädagogischen Arbeit nicht einem Diktat der Gleichartigkeit unterworfen werden dürfen, sondern nur an einen (freilich nicht leicht zu bestimmenden) Maßstab der Gleichwertigkeit gebunden sind.

Es besteht also erheblicher Diskussionsbedarf.



## Genehmigung eines Jungengymnasiums – Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 08.09.2011 – OVG 3 B 24.09

DR. THOMAS LANGER, WISSENSCHAFTLICHER LEITER DES IFBB

Das Brandenburger Ministerium für Bildung, Jugend und Sport konnte auch in dem von ihm angestregten Berufungsverfahren vor dem OVG Berlin-Brandenburg nicht verhindern, dass ein Jungengymnasium, das auf der Basis eines monoedukativen Erziehungsansatzes unterrichten will, im Grundsatz genehmigungsfähig ist (Urteil vom 08.09.2011 – OVG 3 B 24.09).<sup>2</sup> Das überzeugende Urteil stärkt in erfreulicher Weise das Grundrecht der Privatschulfreiheit, und zwar auch gegen völkerrechtliche Zumutungen:

1. Die für die Ersatzschuleigenschaft notwendige Anpassung an die landesrechtliche Struktur des Schulwesens und deren pädagogische Programmatik (Akzessorietät) bezieht das OVG Berlin-Brandenburg nicht auf die Koedukation.
2. Das OVG Berlin-Brandenburg stellt klar, dass Koedukation nicht Unterrichtszweck, sondern Mittel zur Erreichung eines Unterrichtszwecks und zwar der Gleichberechtigung der Geschlechter ist. Daran schließt sich die Frage an, ob und ggf. unter welchen weiteren Bedingungen ein pfleglicher Umgang der Geschlechter auch in einer monoedukativen Unterrichtsform eingeübt werden kann. Insofern hat das OVG die Rechtssache zur weiteren Aufklärung an die Ausgangsinstanz zurückverwiesen.
3. Das aus dem Grundrecht der Privatschulfreiheit fließende Recht der Schülersauswahl wird durch das verfassungsrechtliche Gleichheitsrecht der Geschlechtergleichstellung nicht beschränkt. Eine Ersatzschule, die auf einem monoedukativen Erziehungskonzept unterrichtet, kann den Zugang des jeweils anderen Geschlechts verweigern.

<sup>1</sup> Diese Schlussbemerkungen verdanken sich einer Anregung JOHANN PETER VOGELS.

<sup>2</sup> Vorinstanz VG Potsdam, Urt. v. 19. 6. 2009 – 12 K 1013/07; s. auch die Besprechung in R&B, 2009, Heft 3, S. 14.



- Die in die innerstaatliche Rechtsordnung transformierten völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus dem Menschenrecht auf Bildung können die Privatschulfreiheit des Grundgesetzes nicht beschränken – jedenfalls nicht in Bezug auf das Recht eines freien Schulträgers zur Gründung eines Jungengymnasiums.

### 1. Zum Ersatzschulbegriff

Laut der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefestigten Definition sind Ersatzschulen solche Schulen in freier Trägerschaft, „die nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck als Ersatz für eine in dem Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen“ sollen.<sup>1</sup> Wer Ersatzschule sein will, muss sich in die landesrechtliche Schulstruktur einfügen, darf nicht hinter den Lehrzielen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) zurückstehen und nicht der pädagogischen Gesamtkonzeption des Landes widersprechen.

### 2. Koedukation als Prinzip der landesrechtlichen Schulstruktur in Brandenburg?

Das OVG Berlin-Brandenburg gelangt zu der begründeten Auffassung, die landesrechtliche Schulstruktur in Brandenburg nicht durch das Prinzip der Koedukation geprägt ist. „Die geplante Schule entspricht von ihrem Aufbau und ihrer Struktur her den Vorgaben des brandenburgischen Schulrechts (Anm. T.L.: §§ 15 f. BbgSchG) und stimmt vor allem mit den dort geregelten Bildungsgängen (T.L.: insbesondere des Gymnasiums) überein, durch die die innere Organisation der Schulen geprägt wird“ (Rdnr. 16). Insofern zählt das OVG Berlin-Brandenburg die in § 4 Abs. 7 BbgSchG aufgeführten „Ziele und Grundsätze der Erziehung und Bildung“ nicht zu der landesrechtlichen Organisation der Schulformen. Die Koedukation sei „lediglich eine Erziehungsmethode“ „im Gegensatz zur Geschlechtertrennung“ (Rdnr. 17). Schließlich ergebe sich die Koedukation als Prinzip an staatlichen Schulen nicht aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Geschlechtergleichstellung (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und Art. 12 Abs. 2 und 3 BbgVerf). Das heißt, das Land Brandenburg sei verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, koedukative Unterrichtsformen an den staatlichen Schulen sicherzustellen.

Das verfassungsrechtliche Gleichberechtigungsgesetz besage vielmehr nur, dass Jungen und Mädchen gleichwertige Ausbildungsmöglichkeiten zuteilwerden, nicht aber dass sie gemeinsam unterrichtet werden müssten (Rdnr. 19).

### 3. Monoedukation als „Lehrziel“ (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG)?

Das OVG Berlin-Brandenburg prüft in einem nächsten Schritt, ob das vom Kläger angestrebte Jungengymnasium wegen der Monoedukation hinter den „Lehrzielen“ (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) entsprechender (koedukativer) staatlicher Gymnasien zurücksteht (Rdnr. 22).

Das OVG Berlin-Brandenburg gliedert Lehrziele in die Qualifikation und in die Erziehungsziele.<sup>2</sup> Letztere sind der allgemeine Bildungsauftrag sowie die Bildungsziele der einzelnen Schularten und -stufen. Auf diese bezogen könne nicht Gleichartigkeit, sondern nur Gleichwertigkeit verlangt werden. (Rdnr. 22) Aus dem Grundgesetz ergeben sich nach Auffassung des Gerichts allerdings verfassungsrechtliche Mindeststandards, denen die Lehrziele zu genügen hätten. Diese müssten mitunter zumindest das Gebot der Würde eines jeden Menschen, (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf freie Entfaltung der

Koedukation  
Erziehungsmethode,  
nicht Lehrziel

Lehrziele =  
Qualifikation +  
Erziehungsziele

1 BVerfGE 27, 195, 201 f.; BVerfG, NJW, 1987, 2359, 2363.

2 BVerfG vom 08.06.2011, Orientierungssatz 26 (s. RuB 4/11, S. 5).



Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), nicht zuletzt die Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Art. 12 Abs. 2 und 3 BbgVerf) beachten (Rdnr. 22). Daraus folge, dass Ersatzschulen, die in ihren Lehrzielen etwa das Gebot der Gleichberechtigung missachteten, in ihren Lehrzielen gegenüber denjenigen entsprechender staatlicher Schulen zurückstehen würden.

**Gleichberechtigung  
auch in  
monoedukativen  
Schulen**

Das OVG Berlin-Brandenburg stellt zutreffend fest, dass die Koedukation kein Lehrziel im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG darstellt, sondern „Mittel und Methode auf dem Weg dorthin“ (Rdnr. 24). Daher muss die Ausgangsfrage des Gerichts, ob das beantragte Jungengymnasium des Klägers wegen seiner Monoedukation hinter den „Lehrzielen“ zurücksteht, aus logischen Gründen verneint werden, selbst wenn man die Gleichberechtigung „als mit der Koedukation maßgeblich verknüpftes Erziehungsziel“ ansieht. „Dass das Erziehungsziel der Gleichberechtigung nicht auch in einer monoedukativen Unterrichtsform erreicht werden kann, ist nicht ersichtlich. Mag auch das tatsächliche Erleben des anderen Geschlechts in einer monoedukativen Schule nicht möglich sein, so ist doch auf der anderen Seite nicht erkennbar, dass die Bedeutung der Gleichberechtigung von Mann und Frau und die Verinnerlichung dieses verfassungsrechtlichen Grundwerts als prägend für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes nicht auch auf andere Weise im Rahmen eines pädagogischen Konzepts zu vermitteln wäre.“

Ohne ausdrückliche Erwähnung, gleichwohl in der Sache sehr ähnlich, interpretiert das OVG Berlin-Brandenburg die Erziehungsmethode der Monoedukation als „Einrichtung“ im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG. Zur „Einrichtung“ einer Ersatzschule gehören alle diejenigen Mittel, die auf die Lehrziele bezogen sind; ebenso wie diese müssen sie nicht gleichartig sein, sondern dürfen nur nicht gegenüber den Einrichtungen im staatlichen Schulwesen zurückstehen.

#### **4. Einfügung in die pädagogische Gesamtkonzeption und ihre Gefährdung**

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>1</sup> und ihm folgend das OVG Berlin-Brandenburg (Rdnr. 29 ff.) leiten aus dem Akzessorietätsgrundsatz des Ersatzschulbegriffs das Erfordernis her, dass sich das Vorhaben in die „pädagogische Gesamtkonzeption“ einfügen müsse. Worin der Unterschied zu den Lehrzielen genau liegt, ist nicht ganz klar. Aber es geht dem OVG Berlin-Brandenburg ersichtlich darum, zu verdeutlichen, dass die Genehmigung einer Ersatzschule verweigert werden müsste, wenn das Vorhaben die pädagogische Gesamtkonzeption der staatlichen Schulen gefährden sollte. Allerdings kommt das Gericht zu dem Schluss, dass ein Verständnis für die Gleichberechtigung auch im Wege der Monoedukation erreicht werden könne (Rdnr. 31). Zudem stellt es klar, dass bei den Schülern durch die Monoedukation nicht das Prinzip der Koedukation im staatlichen Schulwesen gefährdet würde (Rdnr. 32).

#### **5. Freie Schülerwahl**

Eine Pädagogik besonderer Prägung ist kennzeichnend für viele Schulen in freier Trägerschaft, nicht zuletzt um derentwillen sind sie durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit geschützt.<sup>2</sup> Ihre Freiheit zu einem eigenverantworteten und frei gestalteten Unterricht im Hinblick auf die Lehrziele, Inhalte und Lehrmethoden sowie die religiöse und weltanschauliche Basis umfasst auch das Recht zur freien Schülerwahl<sup>3</sup>, beschränkt nur durch das Sonderungsverbot. Das macht pädagogisch Sinn. Nicht jedes Kind ist für

**Freie Schülerwahl  
lässt Abweisung von  
Mädchen zu**

<sup>1</sup> BVerwGE 104, 1, 8.

<sup>2</sup> BVerfGE 27, 195, 201 f.; BVerfGE 34, 165, 197 f.; BVerfGE 88, 40, 46 f.; BVerfG, NVwZ, 2005, 923.

<sup>3</sup> BVerwG, NVwZ, 1984, 104, 105.

diese oder jene besondere pädagogische Prägung einer freien Schule geeignet. Dieser Linie folgend bekräftigt das OVG Berlin-Brandenburg die Freiheit des Schulträgers, „für seine Schule die Schüler so auszuwählen, dass ein seinen Vorstellungen entsprechender Unterricht durchgeführt werden kann“. Daraus zieht das Gericht den zutreffenden Schluss, dass der Träger des Vorhabens Mädchen mit Hinweis auf die monoedukative Konzeption den Zugang zum beabsichtigten Jungengymnasium verweigern könne (Rdnr. 35). Diese Feststellung stimmt mit der weiteren Aussage des Gerichts überein, dass die freie Schülersauswahl nicht durch die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sowie Art. 12 Abs. 2 und 3 BbgVerf beschränkt werden könne (Rdnr. 36). Schließlich gelangt das OVG-Berlin-Brandenburg zu dem Schluss, dass sich aus dem Brandenburger Schulgesetz keine Verpflichtung des Klägers zu einer geschlechtsheterogenen Erziehung und Unterrichtung ergebe (Rdnr. 37). So finde § 4 Abs. 7 BbGSchG, wo nach Satz 1 Schülerinnen und Schüler gemeinsam unterrichtet und erzogen werden, auf Schulen in freier Trägerschaft keine Anwendung, ebenso wenig aus § 3 Abs. 1 Satz 2 BbGSchG, der verlangt, dass die Schulen in Brandenburg unter anderem so zu gestalten sind, dass gleicher Zugang unter anderem unabhängig vom Geschlecht gewährleistet wird.

### 6. Keine Verpflichtung zur Koedukation aus völkerrechtlichen Abkommen

Das Brandenburger Ministerium für Bildung, Jugend und Sport hatte die Ansicht vertreten, dass sich eine Verpflichtung der Freien Schulen zur Koedukation aus von der Bundesrepublik Deutschland geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen ergebe. Es nimmt Bezug auf

- das Übereinkommen vom 15.12.1960 gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen,
- den Internationalen Pakt vom 19.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,
- das Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau,
- des Übereinkommens vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes.

Der Auffassung des Ministeriums trat das OVG-Berlin Brandenburg entgegen (Rdnr. 39). Die in die deutsche Rechtsordnung transformierten völkerrechtlichen Vereinbarungen stünden im Range eines Bundesgesetzes und müssten sich an höherrangigem Recht wie der Privatschulfreiheit messen lassen. Auf Grund dieses Rangverhältnisses könne den Übereinkommen keine dieses Grundrecht einschränkende Wirkung zugesprochen werden (Rdnr. 41). Neben diesen formalen Einwänden gegen die das Grundrecht der Privatschulfreiheit beschränkende Wirkung des Völkerrechts erhebt das OVG Berlin-Brandenburg auch materiell-rechtliche Einwände: „Selbst wenn die genannten Übereinkommen als Gesetzesrecht im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung für die Beurteilung des Umfangs der Privatschulfreiheit des Klägers zu beachten und anzuwenden wären, folgt daraus kein anderes Ergebnis. Sie stehen in ihren einschlägigen Regelungen dem geplanten Vorhaben nicht durchgreifend entgegen“ (Rdnr. 42).<sup>1</sup>

### 7. Ähnlichkeiten zwischen Koedukation und Inklusion

Unter Berücksichtigung der dargestellten Urteilsgründe des OVG Berlin-Brandenburg soll abschließend summarisch auf strukturelle Parallelen bzw. Ähnlichkeiten zwischen Koedukation und Inklusion hingewiesen werden.

---

<sup>1</sup> Zu den Einzelheiten s. Rdnr. 43 ff.

Bei dieser wie bei jener geht es um den gemeinsamen Unterricht von Kindern und Jugendlichen trotz oder gerade wegen unterschiedlicher Merkmale (Geschlecht bzw. Behinderung). Daher dürften die rechtlichen Schlussfolgerungen in Bezug auf die Inklusion und Koedukation wohl nicht allzu weit auseinander liegen; d.h., Schulen in freier Trägerschaft können nicht ohne weiteres zur Inklusion gezwungen werden.

Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die Inklusion ist kein „Lehrziel“ im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, sondern Mittel zum Zweck der diskriminierungsfreien Gleichstellung von Menschen mit und ohne Behinderung. Das Recht zur freien Schülerswahl erstreckt sich auch auf den Ausschluss von – je nach Schulkonzept – Kindern mit oder ohne Behinderung. Darin liegt kein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot. Ebenso wie die vom Brandenburger Kultusministerium angeführten völkerrechtlichen Verträge stehen die in die deutsche Rechtsordnung transformierte Behindertenrechtskonvention und das in ihr enthaltene Recht auf Inklusion (Art. 24 BRK) als Bundesgesetz im Rang unterhalb der Verfassung, insbesondere dem Grundgesetz. Daher kann auch der Behindertenrechtskonvention keine die Privatschulfreiheit einschränkende Wirkung zugesprochen werden.

**Völkerrechtliche  
Abkommen mit  
Gesetzesrang können  
verfassungsrechtliche  
Privatschulfreiheit nicht  
einschränken**

**Ist Inklusion ein  
Lehrziel?**



## Katz- und Maus-Spiel vor Gericht

OVG Lüneburg vom 28.09.2011 – 2 LC 369/09

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, BERLIN

Das Niedersächsische OVG hatte über einen Finanzhilfeanspruch eines Ersatzschulträgers zu entscheiden. Es ging dabei um einen Teilanspruch hinsichtlich des Zuschusses zur Alters- und Krankenversicherung. Die Rechtsgrundlage, § 150 (8) NSchG 2007, war nach Auffassung des Gerichts eindeutig, der klagende Schulträger erhielt den zusätzlichen Zuschuss in geforderter Höhe zugesprochen. So weit, so gut.

Weshalb hier über die Entscheidung berichtet wird, ist ein öfter stattfindendes Katz- und Maus-Spiel, das die Schulverwaltung mit klagenden Schulträgern treibt. Ein Schulträger wehrt sich, weil die Schulverwaltung in einen Gesetzestext eine ungünstigere Aussage hinein interpretiert. Merkt sie vor Gericht, dass die Rechtslage vom Gericht anders gesehen wird, betreibt sie eine Gesetzesänderung (meist wie hier im allfälligen Haushaltsbegleitgesetz) in ihrem Sinne; die Änderung wird offiziell als „Klarstellung“ der an sich klaren gesetzlichen Bestimmung ausgegeben. Danach beruft sie sich im Gerichtsverfahren auf die Klarstellung, die zwar als Rechtsgrundlage für den strittigen Fall nicht mehr in Frage kommt, aber die Interpretation der vorher gültigen „unklaren“ Bestimmung stützen soll.

Das OVG durchschaute dieses Spiel. Obwohl in der Gesetzesbegründung offiziell von einer Klarstellung gesprochen wird, ließ es sich nicht beeindrucken und stellte fest, dass der neue Gesetzestext einen völlig neuen Wortlaut hat und deshalb keine Klarstellung ist. „Sofern in dieser Begründung lediglich von einer „gesetzlichen Klarstellung“ und einer „präziseren“ Beschreibung gesprochen wird, trifft diese Bewertung... nicht zu. Es ist nicht ein mehrdeutiger Wortlaut des § 150 (8) NSchG 2007 klargestellt, sondern der Wortlaut ist [im NSchG 2010] verändert worden.“ Das Gericht konnte sich auch darauf berufen, dass in den weiteren Ausführungen der Begründung als

Zweck der Änderung angegeben war, zu hohe Zuschüsse zu vermeiden – genau die, die der Kläger beanspruchte und auch durchsetzte. Mögen Gerichte immer so hellhörig sein, wenn strittige Bestimmungen während des Prozessverlaufes eine neue Fassung erhalten !



## Die Eintragungsfähigkeit gemeinnütziger Vereine – Ein Fehlentscheid mit Nachwirkung

Beschluss des Kammergerichts vom 21.02.2011 – 25 W 32/10

KLAUS HESSE, RECHTSANWALT, MANNHEIM

Der eingetragene Verein als Trägerrechtsform hat sich im Bereich des freien nicht-staatlichen Bildungswesens als eine der am häufigsten gewählten Formen durchgesetzt und behauptet. Ganz maßgeblich ursächlich dafür ist zum einen seine starke Anpassungsfähigkeit an die Wünsche und Bedürfnisse der den Bildungsbetrieb gründenden Personen, zum anderen seine im Vergleich mit anderen juristischen Personen geringen Errichtungs- und Organisationsvoraussetzungen.

Nun droht dem Verein als Träger einer Bildungseinrichtung eine Krise aufgrund eines fragwürdigen Beschlusses des Kammergerichts Berlin vom 21.02.2011 (Az. 25 W 32/10), der in Teilen eine ausdrückliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zur Eintragungsfähigkeit gemeinnütziger Idealvereine darstellt. Diese Rechtsprechung soll hier näher erörtert und dann auf ihre rechtliche und praktische Dimension hin untersucht werden.

### I. Der Beschluss

Das Kammergericht lehnte mit dem Beschluss die Eintragungsfähigkeit eines auf den Betrieb mehrerer Kindertagesstätten gerichteten Vereins ab. Dieser stelle keinen Idealverein im Sinne von § 21 BGB, sondern vielmehr einen wirtschaftlichen Verein gem. § 22 BGB dar, dem es an der Eintragungsfähigkeit ermangelt.

Zur Begründung seiner rechtlichen Einordnung des Vereins als wirtschaftlich stützte sich das Kammergericht auf mehrere Gesichtspunkte:

1. Zur Bestimmung der Natur des Hauptzwecks des Vereins als wirtschaftlich stellt das Kammergericht auf das typologische Abgrenzungssystem unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ab. Ein wirtschaftlicher Hauptzweck des Vereins liege dann vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt.

Aufgrund des Vorhandenseins eines kommerzialisierten Marktes für Kindertagesstätten, in dem auch andere Rechtsträgerformen (z.B. die gGmbH) agieren, kommt das Kammergericht zu dem Schluss, dass es sich bei dem Betrieb einer Kindertagesstätte um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handelt.

2. Desweiteren stellt das Kammergericht, etwas außerhalb des eigentlichen Begründungsstranges, zum Nachteil des Vereins darauf ab, dass sogar die Vorstandsarbeit laut Satzung vergütet werden könne; der Idealverein sei jedoch ganz wesentlich vom Ehrenamt geprägt.

Trägerverein von  
Kindertagesstätten  
kein Idealverein

Wirtschaftlicher  
Geschäftsbetrieb

Vergütete  
Vorstandstätigkeit

Kein Nebenzweck  
Eintragungsfähigkeit  
und Gemeinnützigkeit

3. Der Betrieb der Kindertagesstätten stelle sich auch nicht lediglich als eine vereinsinterne Binnentätigkeit des Vereins für seine Mitglieder dar. Laut der Satzung konnten auch juristische Personen die ordentliche Mitgliedschaft im Verein erwerben; diese könnten aber der Natur der Sache nach niemals Kinder haben.
4. Der wirtschaftliche Betrieb stelle, angesichts des Umsatzvolumens auch keinen privilegierten Nebenzweckbetrieb dar, sondern sei eben der Hauptzweck des Vereins.
5. Schließlich wendet sich das Kammergericht auch ausdrücklich von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, wonach das Vorliegen der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitsbescheinigung die Einhaltung des Nebenzweckprivilegs indiziere. Vielmehr sei die Frage der Eintragungsfähigkeit gänzlich unabhängig von der Frage der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit zu beantworten.

## II. Rechtliche Einordnung

Der Beschluss ist jedenfalls mit der gegebenen Begründung unzureichend und rechtsfehlerhaft. Das Kammergericht verkennt die bisherige Rechtsprechung der anderen Obergerichte und geht hierauf nicht hinreichend ein.

1. Kern der Entscheidung ist der Vorwurf des Kammergerichts gegenüber dem Verein, er betreibe einen Rechtsformmissbrauch. Dies wird deutlich, wenn das Kammergericht ausführt: „Ob aber ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, ist typologisch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB zu ermitteln. Der Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ist es, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des so genannten Nebenzweckprivilegs überschreitet.“

Kindergärten bisher  
nichtwirtschaftlich

Der typologische Ansatz ist nach dem Scheitern der subjektiven und der objektiven Theorie und des Einheitstatbestandes mittlerweile herrschend.<sup>1</sup> Kritisiert wird er wegen der mangelnden Subsumtionsfähigkeit und Vorhersehbarkeit im Einzelfall, die mit der Bildung von deskriptiven Typen anstelle definierender Tatbestandsmerkmale einhergeht. So galten z.B. der Betrieb von Kinderrippen, Kindergärten und Kinderhorten bisher unstrittig als Fälle nichtwirtschaftlicher Vereinsbetätigung.<sup>2</sup>

Schulverein bisher  
nichtwirtschaftlich

Die Entscheidung des Kammergerichtes läuft auch der bisherigen Rechtsprechung bei Vorliegen eines gemeinnützigen Hauptzwecks zuwider. § 65 Abgabenordnung, wonach ein dem gemeinnützigen Zweck unmittelbar dienender Betrieb (Zweckbetrieb) privilegiert wird, galt insoweit nach bislang herrschender Meinung auch für die Klassifizierung des Vereins als Idealverein.<sup>3</sup> So ist als Idealverein (Verein mit keinem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb) anzusehen ein Schulverein, dessen Zweck die Erteilung von Unterricht und Erziehungsaufgaben sind, auch wenn er Schulgeld erhebt und aus ihnen Lehrer bezahlt und deren Ruhegeld bestreitet.<sup>4</sup>

Kindertagesstätte  
lediglich  
Nebenzweckbetrieb?

Das Kammergericht duldet den Geschäftsbetrieb einer Kindertagesstätte jedoch lediglich als Nebenzweckbetrieb. Die insoweit vollzogene Abkehr von der einheitlichen Bewertung der Gemeinnützigkeit und des Vorliegens eines Idealvereins ist gemessen an den Folgen unzureichend begründet, da das Kammergericht mit keinem Wort auf die bisherige Einordnung eines Bildungsbetriebs als zulässigen Hauptbetrieb eingeht.

1 Vgl. KARSTEN SCHMIDT, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, 1984, S. 103 ff.

2 Vgl. BERNHARD REICHERT, *Vereins- und Verbandsrecht*, 2010, Rdnr. 125.

3 Vgl. STÖBER, *Handbuch zum Vereinsrecht*, 2004, Rdnr. 56.

4 Vgl. OLG Hamburg, OLG 15, 323.



**Übungsleiterpauschale  
auch für Ehrenämter**

2. Auch das Abstellen auf die in der Satzung vorgesehene Vergütungsmöglichkeit des Vorstandes überzeugt nicht. Der Steuergesetzgeber hatte bei der Schaffung der Übungsleiterpauschalen ganz bewusst die ehrenamtlich Tätigen u.a. in den Sportvereinen im Auge. Der Wegfall der Eintragungsfähigkeit der Idealvereine wegen Ausnutzung der einkommensteuerrechtlichen Privilegien war vom Gesetzgeber sicher nicht intendiert. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in die Satzung diente ja gerade der Bewahrung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit.

3. Schließlich ist auch die restriktive Gewährung der Eintragungsfähigkeit insgesamt nicht mehr zeitgemäß.

Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ist es, durch den Verweis auf die handelsrechtlichen Rechtsformen den Rechtsverkehr und Gläubiger zu schützen (s.o.). Soweit sind die Ausführungen des Kammergerichtes nachvollziehbar.

**Neues Handelsgesellschaftsrecht nicht  
berücksichtigt**

Nicht nachvollziehbar und daher rechtsfehlerhaft sind jedoch die unterbliebenen Ausführungen des Kammergerichtes zu den Veränderungen im Bereich des Handelsgesellschaftsrechtes. Der Gläubigerschutz soll mit der Wahl einer Handelsgesellschaft anstelle eines Idealvereins durch eine hinreichende Haftungssubstanz, durch Transparenz in Form der Bilanz und der Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzanmeldung realisiert werden.

a) Mit Einführung der Unternehmergesellschaft als „GmbH in Kinderschuhen“ in § 5a GmbHG hat der Gesetzgeber eine Rechtsträgerform geschaffen, der jegliche relevante Stammeinlage als Haftungssubstanz fehlt. Ein besserer Gläubigerschutz wird durch den Zwang zur Handelsgesellschaft nicht geschaffen.

b) Auch wenn für Idealvereine die Bilanzierungsvorschriften des HGB nicht unmittelbar gelten, so müssen Idealvereine jedenfalls gegenüber ihren Mitgliedern Rechenschaft ablegen. Ein Vorstand, der jegliche Transparenz verweigert wird wenig Hoffnung auf eine Wiederwahl oder Entlastung hegen dürfen. Darüber hinaus verlangen Geschäftspartner von Idealvereinen mit größerem Geschäftsbetrieb grundsätzlich die Vorlage eines bilanzartigen Rechenschaftsberichtes, so z.B. bei der Gewährung eines Bankdarlehens. Die Unterschiede im Bereich der Bilanzerstellung werden insofern durch die Praxis nivelliert.

c) Mit Einführung des § 15a InsolvenzO können nun auch Vereinsvorstände den Tatbestand der strafbewehrten Insolvenzverschleppung erfüllen. Daneben haften sie gem. § 42 Abs. 2 BGB für den Gläubigern infolge verspäteten Insolvenzantrages entstehenden Schaden, was bei Vereinen mit Geschäftsbetrieb in der Regel den persönlichen Ruin bedeuten kann.

Ein rechtlich bedeutsamer Unterschied zwischen der Rechtsform des Vereins und einer Handelsgesellschaft besteht somit insoweit nicht mehr. Daher besteht aber auch kein sachlich gebotener Grund, einem geschäftstätigen gemeinnützigen Verein die Eintragung zu versagen; die Versagung stellt sich als unverhältnismäßigen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG dar.

**III. Praktische Erwägungen**

Durch die Entscheidung des Kammergerichtes hat sich die Unsicherheit im Bereich der Idealvereine mit Bildungsbetrieb erhöht. Auch wenn der Beschluss fehlerhaft ist, sollten Bildungsträger ihn berücksichtigen.

Vor allem sollte der Verein darauf achten, dass alle Einrichtungsnutzer zugleich Vereinsmitglieder und alle Vereinsmitglieder Einrichtungsnutzer sind. Personen (insbesondere juristische) ohne unmittelbaren Bezug zur Ein-

richtung sollten lediglich auf dem Status von (stimmrechtslosen) Fördermitgliedern in der Satzung vorgesehen werden. Außerdem sollten über den Zweckbetrieb hinausgehende Aktivitäten der Vereinsmitglieder gefördert werden. Dies kann u.a. in Form kultureller, fortbildender oder auch politischer Veranstaltungen (soweit vom Satzungszweck gedeckt) wie z.B. Konzertveranstaltungen, Informationsabenden oder Demonstrationen erfolgen.

Das Vereinsleben muss über ein bloßes Austauschverhältnis von Bildungsleistung gegen Geldbeitrag hinausgehen, zwischen den einzelnen Vereinsmitgliedern muss eine soziale Verbindung geschaffen werden. Hierbei sind große Vereine und solche mit mehreren Betriebsstätten besonders gefordert, da innerhalb einer großen Elternschaft immer die Gefahr der Anonymität besteht.



## Keine Rückforderung von Bauspenden

AG Mönchengladbach vom 01.04.2011 – 5 C 158/10

INGO KRAMPEN, RECHTSANWALT, NOTAR UND MEDIATOR, BOCHUM

Eine Ersatzschule in Nordrhein-Westfalen sah sich einem zivilrechtlichen Rückforderungsanspruch von Eltern ausgesetzt, die die von ihnen geleistete Bauspende anteilig zurückgezahlt haben wollten. Sie beriefen sich dabei auf eine Informationsschrift der Schule mit dem Titel „Die wirtschaftliche Gestaltung unserer Schule“, in der folgende Passagen enthalten waren:

1. Die Eltern erbringen durch regelmäßige festgelegte Beiträge den Teil der laufenden Schulbetriebskosten, die nicht durch staatliche Zuschüsse ausgeglichen werden. Der vom jeweiligen Elternhaus zu erbringende monatliche Beitrag...
2. Um die Ausstattung mit bzw. den Ersatz von Einrichtungsgegenständen zu ermöglichen, wird für jedes Kind ein Gründungsbeitrag in Höhe von (einmalig) 255,00 € erhoben...
3. Die Bildung von genügend Eigenkapital für Baumaßnahmen ist nur möglich, wenn alle Eltern eine einmalige Bauspende in Höhe von 2.555,00 € (pro Familie) leisten. Die Spende kann in einzelnen Teilbeträgen oder regelmäßigen monatlichen Raten geleistet werden.

Die betroffenen Eltern hatten diesen „Baubeitrag“ in Höhe von 2.555 € gezahlt und darüber eine Spendenbescheinigung erhalten, die sie auch beim zuständigen Wohnsitz-Finanzamt bei ihrer Steuererklärung geltend gemacht hatten.

Nach einem Schulbesuch ihres Sohnes für einen Zeitraum von vier Jahren kündigten die betroffenen Eltern den Schulvertrag und forderten zugleich die Schule zur anteiligen Rückzahlung in Höhe von 1.625,91 € auf.

Das damit befasste Amtsgericht Mönchengladbach (5 C 158/10) entschied dazu mit Urteil vom 01.04.2011 (keineswegs ein Aprilscherz!), dass den betroffenen Eltern kein Rückzahlungsanspruch zusteht. Dies wird im Wesentlichen wie folgt begründet:

**Bauspenden sind kein Leistungsentgelt, wenn das Schulgeld die reinen Schulkosten deckt**

*Entgegen der Ansicht der Kläger handelt es sich bei dem sogenannten Baubeitrag nicht um ein Leistungsentgelt, sondern vielmehr um eine Spende. Nach dem von den Klägern zitierten Urteil des BFH ist ein als Spende deklariertes Elternbeitrag nämlich dann nicht als Spende im Rechtssinne anzusehen, wenn die zur Deckung der Schulkosten von den Eltern geleisteten Beiträge ein Entgelt für die Leistungen des Schulträgers darstellen, auch wenn sie beispielsweise in Schulgeld, Vereinsbeitrag und Bauumlage aufgeteilt werden. In den Fällen, in denen das seitens des Schulträgers festgesetzte Schulgeld so niedrig angesetzt wurde, dass der normale Schulbetrieb nur durch die Zuwendungen der Eltern aufrechterhalten werden kann, handelt es sich um ein Leistungsentgelt, nicht um Spenden.*

*Spenden stellen daher nur Leistungen der Eltern dar, die über den Betrag hinausgehen, der erforderlich ist, um die Kosten des normalen Schulbetriebes zu decken (vgl. BGH, Urteil vom 12.08.1999 – XI R 65/1998).*

*Dies zugrunde gelegt bestand vorliegend kein Grund zu der Annahme, dass es sich vorliegend bei dem von den Klägern zu Beginn des Schulverhältnisses geleisteten Baubeitrag tatsächlich um ein Entgelt für Leistungen gehandelt hat. Hierzu hätte es seitens der Kläger des Nachweises bedurft, dass der Beklagte den als sog. Bauspende deklarierten Beitrag zur Deckung der Kosten des laufenden Schulbetriebes benötigt. Hierzu ist aber bereits kein Sachvortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Kläger dargetan.*

### Auch zu freiwilligen Spenden kann man sich verpflichten

*Soweit die Kläger das Vorliegen einer Spende bereits deshalb verneinen, da es sowohl an der Freiwilligkeit als auch an der Freiheit über die Höhe der Zahlung fehle, dringen sie hiermit nicht durch. Zwar ist den Klägern zuzugeben, dass eine Spende im allgemeinen Sprachgebrauch grundsätzlich in Grund und Höhe als freiwillige Zuwendung zu verstehen ist. Das Eingehen einer Verpflichtung zu einer Zuwendung steht dem aber nicht entgegen. Rechtlich gesehen handelt es sich bei einer Spende nämlich um eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB, wobei das Schenkungsversprechen nach § 518 BGB grundsätzlich sogar formbedürftig ist.*

*Auch ergibt sich aus der von den Klägern zur Akte gereichten Kopie der Informationsschrift nichts anderes. Soweit die Kläger die Ansicht vertreten, aus dem Aufbau der Informationsschrift und dem dort verwendeten Wortlaut das Vorliegen eines Leistungsentgelts ableiten zu können, dringen sie hiermit ebenfalls nicht durch. In der Informationsschrift benennt der Beklagte – nach der generellen Darlegung der Zulässigkeit der zumutbaren Beteiligung der Eltern an den Schulbetriebskosten – die einzelnen Beitragsarten und deren Verwendung. Aus dieser Gestaltung kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Beklagte die Beitragsarten als Schulbetriebskosten, mithin als Leistungsentgelt, zu qualifizieren beabsichtigte. Insbesondere ist für die rechtliche Einordnung nicht auf die Gestaltung bzw. den Wortlaut abzustellen, sondern auf das Vorliegen der Voraussetzungen. Diese sind vorliegend aber nicht gegeben.*

Dieses Urteil gibt den Trägern von Ersatzschulen, die Spendenbescheinigungen für Baubeiträge erteilen, eine erfreuliche Rechtssicherheit und einige klare Hinweise zur Handhabung dieser Bauspenden:

### Generelle Hinweise zur Behandlung von Bauspenden

Oberster Grundsatz ist natürlich, dass Bauspenden nicht für Schulbetriebskosten vereinnahmt bzw. verwendet werden dürfen, sondern zweckentsprechend nur für Baukosten, die über die Kosten des normalen Schulbetriebs hinausgehen. Sonst wären Bauspenden, auch wenn sie so bezeichnet werden, trotzdem Leistungsentgelt, und keine Spenden.

Des weiteren wird vom Amtsgericht Mönchengladbach klargestellt, dass sich an der Qualität der Spende nichts dadurch ändert, dass Eltern insoweit eine moralische Verpflichtung sehen, die Spende zu leisten. Selbst wenn – was sicher bisweilen der Fall ist – von Schulträgern insoweit „sanfter Druck“ ausgeübt wird gegenüber Eltern, eine Verpflichtung zur Spendenleistung abzugeben, beeinträchtigt dies die Spendeneigenschaft nicht. Entscheidend ist, dass die Zahlung letztlich doch freiwillig bleibt, d.h. dass die betroffenen Eltern auch die Zahlung verweigern könnten, ohne dass dann umgekehrt ihren Kindern der Schulbesuch verweigert würde. Solange dieser Rest von Freiwilligkeit erhalten bleibt, handelt es sich um eine Schenkung im Rechtssinne. Diese wird spätestens mit der tatsächlichen Zahlung gem. § 518 Abs. 2 BGB wirksam, was zu den ansonsten sehr zutreffenden oben zitierten Urteilsbegründungen des Amtsgerichts noch hinzuzufügen ist.



## Dokumentation **Selektion und Gerechtigkeit in der Schule**

– Tagungsbericht zum Gründungssymposium des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V. (IfBB) als An-Institut der Ruhr-Universität Bochum –

LISA GURZAN/NICOLE WOLF\*

### I. Einleitung

Anlässlich seiner Gründung als An-Institut der Ruhr-Universität Bochum veranstaltete das Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V. (IfBB) am 15. Juli 2011 ein Symposium zum Thema „Selektion und Gerechtigkeit in der Schule“. Nach einer Einführung durch Prof. Dr. WOLFRAM CREMER, Wissenschaftlicher Direktor des IfBB, diskutierten auf dem Symposium Vertreter der Wissenschaft, Schulverwaltung, Schulpraxis, Schüler- und Elternvertreter verschiedene Einflussfaktoren und Entwicklungsprozesse dieses Problemfeldes, erörterten Streitfragen und formulierten erstrebenswerte Perspektiven für eine künftige Verbesserung unseres Bildungssystems.

### II. Vorträge

Nach einer Begrüßung durch Prof. Dr. ULF EYSEL, Prorektor für Forschung und Struktur der Ruhr-Universität Bochum, Prof. Dr. ADELHEID PUTTLER, Dekanin der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum und INGO KRAMPEN, Vorsitzender des Kuratoriums des IfBB, referierte SYLVIA LÖHRMANN, Stellvertretende Ministerpräsidentin des Landes NRW und Ministerin für Schule und Weiterbildung zum Thema „Gemeinschaftsschule als Instrument des Ausgleichs sozialer und ethnischer Benachteiligungen“.

Bildung und insbesondere Bildungsgerechtigkeit sei für die Landesregierung eine politische Herzensangelegenheit, denn das Wohl unserer Gesellschaft sei immer eng verbunden mit der Bildung der Menschen. Gerade mit Blick auf den demografischen Wandel und den weiter zunehmenden Bedarf an hochqualifizierten Arbeitskräften sei es heute wichtiger denn je, dass mehr Jugendliche die Schule mit einer Hochschulzulassungsberechtigung verlassen. Dieses Ziel könne insbesondere dadurch gefördert werden, dass durch Reformierung des bestehenden Bildungssystems soziale, ethnische und auch regionale Ungerechtigkeiten bewältigt werden, um durch Schaffung von mehr Bildungsgerechtigkeit die Interessen der einzelnen Schulkinder zu schützen, aber letztlich auch – in einem größeren Rahmen betrachtet – den sozialen Frieden in unserem Land zu wahren.

Leider sei heutzutage gerade auch im Bildungssektor weiterhin festzustellen, dass derjenige, der wenig hat, auch weniger Chancen habe. Zwar seien die besseren Ergebnisse der letzten PISA Studie im Vergleich zu PISA 2000 vor allem mit Blick auf die Lesekompetenzen Jugendlicher aus bildungsfernen Schichten oder aus Familien mit Migrationshintergrund erfreulich, zur Erreichung des Ziels soziale Disparitäten im Bildungssektor immer weiter abzubauen aber bei weitem nicht ausreichend. LÖHRMANN veranschaulichte diese weiterhin bestehende negative Korrelation zwischen sozialer Herkunft und Bildungserfolg unter Bezugnahme auf den KMK-Ländervergleich von 2010. Dieser belege, dass ein Kind aus der obersten sozialen Schicht bei gleicher Leseleistung eine etwa sechsfach höhere Chance habe, eine gymnasiale Bildung zu genießen, als ein Arbeiterkind. Zu kritisieren sei insofern vor allem die herrschende Schulkultur, in der vornehmlich die Überzeugung zu herrschen scheine, dass Kinder in eine bestimmte Schule passen müssten, wohingegen eigentlich die einzelnen Schulen gewährleisten sollten, dass sie

**Politisches Ziel:  
mehr Schüler  
zur Hochschulreife**

**Soziale Disparitäten  
abbauen, Schule den  
Schülern anpassen**

\* LISA GURZAN ist Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. WOLFRAM CREMER an der Ruhr-Universität Bochum; NICOLE WOLF ist Juristische Referentin am Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands in Bonn.



sich den Bedürfnissen und Fähigkeiten der Kinder anpassten. Dass es sich lohne, diese alten Denkmuster zu durchbrechen, zeigten vor allem diejenigen Schulen, die in den letzten Jahren Schulpreise für besonders innovatives Arbeiten und individuelles Fördern erhielten. Einen solchen Paradigmenwechsel erfordere zudem vor allem die aktuelle Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention, die verbürge, dass Kinder mit Behinderungen ein Recht auf inklusive Beschulung haben.

### Etablierung von Gemeinschaftsschulen

Insgesamt stelle die Beseitigung sozialer Selektion und die Schaffung von mehr Bildungsgerechtigkeit die Politik und auch die Schulpraxis vor erhebliche logistische, finanzielle und pädagogische Herausforderungen. Die Landesregierung sehe ein mögliches Lösungskonzept zum Abbau der bestehenden sozialen Disparitäten in der Etablierung von Gemeinschaftsschulen. Derzeit führe der „Königsweg“ zur Erreichung des Abiturs in den Augen vieler weiterhin über das Gymnasium. Schüler mit Migrationshintergrund erreichen diesen Abschluss aber signifikant seltener am Gymnasium, sondern zu höheren Anteilen über den Besuch einer Gesamtschule. Zur Erreichung des Zieles, dass mehr junge Menschen eine Hochschulzulassungsberechtigung erlangen, biete die Einführung der Gemeinschaftsschule einen neuen, zusätzlichen Bildungsweg, an dem alle Schulabschlüsse zu realisieren seien. Die Gemeinschaftsschulen ermöglichten ferner ein längeres gemeinsames Lernen, so dass die Weichenstellung, auf welchen Bildungsweg, mit welchem Abschlussziel sich ein Kind begibt, erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolge und sich so die soziale Schere bedingt durch herkunftsabhängige Verteilung der Kinder auf verschiedene Schulformen schließe. LÖHRMANN betonte ferner, dass mit Blick auf die sinkenden Schülerzahlen (um mehr als 300.000 bis zum Jahr 2019) dieser demografische Wandel vor allem in ländlichen Gebieten zu einem Schulsterben führen werde. Einzig durch die Etablierung von Gemeinschaftsschulen sei gerade in diesen Regionen ein wohnortnahes Bildungsangebot zu gewährleisten, an dem alle Bildungsabschlüsse zu erreichen sind. Die Realisierung dieser Ziele durch die Landesregierung erfolge im Wege einer sog. „Ermöglichungsstrategie“, d.h. dass zwar zentral durch die Landesregierung ein gewisser allgemeingültiger Rahmen aufgestellt werde, gleichzeitig aber entsprechend den jeweiligen regionalen Bedürfnissen Raum für individuelle Umsetzungsstrategien offen zu halten seien.

### Etablierung der Sekundarstufe

Des Weiteren nahm LÖHRMANN Stellung zum aktuellen Urteil des OVG Münster zur Gemeinschaftsschule Finnentrop. Anders als vielfach dargestellt, richte sich dieses nicht gegen das Projekt Gemeinschaftsschule an sich, sondern beanstande lediglich die bislang fehlende gesetzliche Fixierung im Schulgesetz NRW, die nun alsbald nachzuholen sei. Angemerkt sei hier, dass am 19.07.2011 in NRW ein schulpolitischer Konsens erzielt werden konnte, der nunmehr die Etablierung einer sog. Sekundarschule vorsieht. Die Sekundarschule soll die Jahrgänge 5 bis 10 umfassen, in der Regel als Ganztagschule betrieben und neben den bereits vorhandenen Schulformen bestehen. LÖHRMANN schloss mit der Feststellung, dass der Wert guter Bildung heute mehr denn je im Bewusstsein der Menschen verankert sei. Bildung als Menschenrecht sei ein Teilhaberecht, trage und stärke die Demokratie und sei auch Ausformung präventiver Sozialpolitik. Durch jede Optimierung unseres Bildungssektors sicherten wir nicht nur die Zukunftsaussichten unserer Kinder, sondern schlussendlich auch die Zukunft unserer ganzen Gesellschaft.

### Selektion = Auslese nach sozialer Herkunft oder Behinderung

Im Anschluss referierte Frau ANKE PÖRKSEN von der Behörde für Schule und Berufsbildung Hamburg und Bundesvorsitzende der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen (AsJ) zum Thema



„Selektion/Integration/Inklusion – UN-Behindertenrechtskonvention und ihre Umsetzung in Deutschland“. „Selektion“ im Bildungssektor definiere sich allgemein als die Auslese von Schülerinnen und Schülern aufgrund ihrer sozialen Herkunft. Die Realität einer solchen Segmentierung betreffe nicht nur Kinder mit Migrationshintergrund, sondern insbesondere auch Schülerinnen und Schüler mit Behinderungen geistiger oder körperlicher Art. Art. 24 Abs. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen stelle jedoch gerade im Gegenteil fest, dass die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen anerkennen. Konkreter gefasst bestimme Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-Behindertenrechtskonvention, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben. Mit anderen Worten dürfe es Selektionsprozesse bedingt durch Behinderungen jedweder Art nach den Verbürgungen der UN-Behindertenrechtskonvention künftig gerade nicht mehr geben. In diesem Zusammenhang verwies PÖRKSEN auf die in der deutschen Fassung der UN-Behindertenrechtskonvention abweichende Übersetzung des Art. 24 Abs. 1, in der „inclusive education“ mit der Bezeichnung „integratives Bildungssystem“ wiedergegeben werde.

**Anspruch aus UN-Konvention für Behinderte**

PÖRKSEN befasste sich weiterhin mit dem Verständnis der Begriffe „Exklusion“, „Separation“, „Integration“ und „Inklusion“, wobei der Übergang der zuletzt genannten Bereiche fließend sei und beide von dem Ansatz geprägt seien, dass die Heterogenität einer Schülergruppe nicht schade, sondern vielmehr schätzenswert sei und nutzbar gemacht werden müsse. Der individuelle Rechtsanspruch auf inklusive Beschulung erfolge aber nach h.M. nicht unmittelbar aus der Konvention, sondern aus einer konventionskonformen Auslegung der Regelungen aus den Landesschulgesetzen, z.B. § 12 Abs. 1 Hamburgisches SchulG.

**Inklusion an Regelschule nach Willen des Kindes**

In einem weiteren Schritt betrachtete PÖRKSEN Problemfelder, die sich bei der praktischen Umsetzung der Inklusionsbemühungen ergeben könnten. Zum einen könnten sich Eltern u.U. zum vermeintlichen Schutz ihres Kindes oder aus Angst, die Betreuung ihres Kindes an einer inklusiven Regelschule bleibe in pädagogischer und therapeutischer Hinsicht hinter dem Standard der derzeitigen Sonderschulen zurück, gegen eine inklusive Beschulung entscheiden. Wie derartige Konstellationen zum Wohle des Kindes zu lösen sein werden, sei bislang noch nicht praxiserprobt. Ein denkbarer, so aber auch in Hamburg noch nicht praktizierter Lösungsansatz könnte eine allein am mutmaßlichen Kindswillen orientierte Entscheidung sein.

**Inklusion erfordert hochindividuellen Unterricht nach entsprechender Lehrerbildung**

Ein anderes Problemfeld bei der Umsetzung des Inklusionsgedankens seien die notwendigen Veränderungen im Unterrichtsalltag, denen sich vor allem die Lehrer stellen müssten. Einleitend formulierte sie, „dass die Inklusion den Lehrern die letzte Illusion raube, dass in ihrer Klasse irgendetwas im Gleichschritt verlaufe.“ Ein inklusives Schulsystem mit sehr heterogenen Lerngruppen sei mit klassischem Frontalunterricht nicht mehr vereinbar, sondern erfordere vielmehr einen hoch individualisierten und kompetenzorientierten Unterricht von allgemeinpädagogisch und sonderpädagogisch ausgebildeten Lehrern. Um den Lehrern die Bewältigung dieser neuen Herausforderungen zu ermöglichen, müssten gezielte Fort- und Weiterbildungen durchgeführt werden, die nicht nur auf theoretischer Basis Impulse für die Neugestaltung der Unterrichtsabläufe bieten, sondern vielmehr auch ganz praxisnah an der tatsächlichen Umsetzung dieser neuen Modelle mitwirken. Zudem müssten vermehrt Vertreter anderer Professionen wie Erzieher, Sozial-

pädagogen, Therapeuten und Schulbegleiter in den Unterrichtsalltag eingebunden werden, um die Lehrer zu unterstützen. Die notwendigen Förder- und Unterstützungsangebote für Schüler mit speziellen körperlichen oder geistigen Behinderungen müssten künftig ebenfalls an inklusiven Regelschulen vorhanden sein, damit das erforderliche Maß an sonderpädagogischer Unterstützung, Therapie und Pflege erhalten bleibe und auch in diesem Bereich keine Verschlechterung in der Betreuung behinderter Kinder erfolge. Zusammenfassend müsse also für einen erfolgreichen Inklusionsprozess eine sukzessive Verlagerung von Know-How und Ressourcen aus den Sonderschulen an die Regelschulen erfolgen.

**Konzepte für Schüler,  
die „übrig bleiben“**

**Nichtbehinderte  
profitieren  
von Inklusion**

Die Bestrebungen um die Etablierung eines inklusiven Schulsystems in Deutschland berge sicherlich die Gefahr, dass einige wenige Schüler, besonders diejenigen mit schweren Behinderungen und intensivem Assistenzbedarf, als nicht integrativ beschulbar an den Sonderschulen „übrigbleiben“. Gerade auch für diese Kinder müssten Konzepte erarbeitet und umgesetzt werden, um auch hier eine geeignete inklusive Beschulungsform zu finden. Abschließend wurde darauf hingewiesen, dass Inklusion nur funktionieren kann, wenn sich alle Schulen, also insbesondere auch die Gymnasien beteiligen, da in dieser Schülergruppe die soziale Kompetenz zur Integrierung behinderter Mitschüler mutmaßlich in besonderem Maße gegeben sei. Zum anderen würde es ohne eine Beteiligung aller Schulformen zu nicht vertretbaren Überforderungssituationen an einzelnen Schulen kommen. Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-Behindertenrechtskonvention verlange nämlich eine flächendeckende Inklusion, die sich neben einigen Schwerpunkt-Inklusionsschulen auf alle Bereiche unseres Schulsystems erstrecke. Die größte Herausforderung sei sicherlich die Inklusion von in besonderem Maße verhaltensauffälligen Kindern, die bislang als nicht beschulbar galten. Abschließend wurde festgestellt, dass praktische Erfahrungen zeigten, dass vor allem die nichtbehinderten Kinder von einem inklusiven Schulsystem profitierten. Werden die Ideen und Konzepte konsequent umgesetzt, so könne bzw. müsse Inklusion zu einer deutlichen Verbesserung der Qualität unseres Bildungssystems beitragen

**PROF. DR. RALF POSCHER** vom Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg referierte in seinem Vortrag „**Das Recht auf Bildung im Völkerrecht**“ über die in völkerrechtlichen Abkommen verankerten bildungsspezifischen Verpflichtungen und ihre innerstaatliche Geltung. POSCHER stellte dabei zunächst die insoweit relevanten Abkommen vor: Das Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen (ÜDU) von 1960, der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) von 1966, die Konvention über die Rechte des Kindes (KRK) von 1989, das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) von 2006 sowie die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950. Diese völkerrechtlichen Abkommen beinhalteten bildungsspezifische Pflichten, die sich in das Recht auf Bildung, dessen Konkretisierungen sowie völkerrechtliche Diskriminierungsverbote typisieren ließen.

**Recht auf Bildung  
ohne Diskriminierung**

Das Recht auf Bildung verlange nach einem flächendeckenden öffentlichen Schulangebot, das physisch und ökonomisch allgemein zugänglich, für Minderheiten akzeptabel und anpassungsfähig sei (sog. „4-A-Scheme“: Availability, Accessibility, Acceptability, Adaptability). Dieses Recht konkretisiere sich etwa in einem differenzierten Schulangebot, einer Kostenfreiheit (jedenfalls) der Volksschule, der Sicherung eines gewissen (gleichbleibenden) Unterrichtsniveaus, der Achtung der kulturellen Identität sowie dem Angebot einer inklusiven Beschulung. *Poscher* verdeutlichte das grundsätzliche

Verbot, bei der Inanspruchnahme des Rechts auf Bildung zwischen den Merkmalen Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Überzeugung sowie nationale oder soziale Herkunft zu differenzieren. Verboten sei zum einen die intendierte Diskriminierung, Ungleichbehandlungen nach sachlichen Kriterien seien indes zulässig. Verboten sei zudem – was POSCHER wegen der besonderen Relevanz für Diskriminierungen wegen der nationalen oder sozialen Herkunft hervorhob – aber auch die faktische Diskriminierung. Als Garantieplichten, bei denen jede Abweichung vom Sollzustand als Vertragsverletzung zu werten sei, gälten indes grundsätzlich allein die Verbote *direkter* Diskriminierung. Eine Ausnahme stelle insoweit die EMRK dar, wonach grundsätzlich auch das Verbot faktischer Diskriminierung zu den Garantieplichten zähle.

**Völkerrechtskonventionen müssen transformiert werden**

Im Übrigen trafen die Vertragsstaaten (nur) Pflichten zur schrittweisen Umsetzung, mithin zur Ergreifung effektiver, auf den Sollzustand gerichteter Maßnahmen. Zudem sei das Völkerrecht grundsätzlich kein Teil des innerstaatlich anwendbaren Rechts. Die Völkerrechtskonventionen müssten vielmehr in nationales Recht transformiert werden und unmittelbar anwendbar sein. Zum Teil komme den Abkommen keine innerstaatliche Geltung zu, da einige Länderparlamente, denen in Deutschland die Transformationskompetenz für die Schulbildung obliegt, diesen bislang nicht zugestimmt hätten. Unmittelbar anwendbar seien zudem nur die Garantie- oder Respektierungspflichten, mithin grundsätzlich – auf die Ausnahme der EMRK wurde bereits hingewiesen – nur die Verbote intendierter Diskriminierung. Die progressiven Verpflichtungen zur schrittweisen Umsetzung der Konventionen seien hingegen nicht unmittelbar anwendbar und erlangten nur bei einer Konkretisierung durch den (nationalen) Gesetzgeber innerstaatliche Geltung. Eine Vertragsverletzung ergebe sich in diesen Fällen (nur) bei mangelhaften Anstrengungen des jeweiligen Staates im Hinblick auf die Erreichung des Sollzustandes. Dies werfe indes schwierige Beweisfragen auf. Anhand mehrerer Urteile des EGMR zur Bevölkerungsgruppe der Roma verdeutlichte POSCHER, dass vor den internationalen Gerichten insofern auch Statistiken als Beweismittel zulässig sind. Indizierten diese Statistiken eine faktische Diskriminierung, so treffe den jeweiligen Staat die Beweislast für das Vorliegen sachlicher Gründe für die Ungleichbehandlung.

Anschließend erörterte **PROF. DR. GABRIELE BELLENBERG**, geschäftsführende Direktorin des Instituts für Erziehungswissenschaften der Ruhr-Universität Bochum, das Thema „**Entscheidungsverhalten von Schülern und Eltern sowie Selektion durch Schule und Schulverwaltung im Übergang zur Sekundarstufe – empirische Befunde**“. Im Unterschied zu den zuvor eher juristisch geprägten Themen, wählte die Referentin nunmehr einen pädagogisch empirischen Zugang zu diesem Themenkomplex. Das deutsche Bildungswesen zwingt Eltern und Schüler zu einem sehr frühen Zeitpunkt zu einer Weichenstellung über den weiteren Bildungsgang des Kindes im Sekundarbereich. Verbreitet erfolge die Wahl einer bestimmten weiterführenden Schulform mit Abschluss der 4. Klasse, vereinzelt wie in Berlin erst nach 6 Jahren gemeinsamen Unterrichts. Basis dieser Übergangentscheidung sei oftmals ein langwieriger Prozess, der von ganz unterschiedlichen Einflussfaktoren determiniert werden könne. Ausschlaggebend seien oftmals das vorhandene schulstrukturelle Angebot, der Wille und die persönlichen Erfahrungen der Eltern, die Lehrerempfehlung, die Erreichbarkeit der Schule für das Kind, der regionale „Ruf“ einer bestimmten Schule und schließlich in entscheidendem Maße die jeweiligen landesgesetzlichen Rahmenbedingungen. Eine Vielzahl erziehungswissenschaftlicher Studien widmeten sich der Erforschung dieser komplexen Übergangssituation, um die unterschiedlichen

Einflussfaktoren und Aspekte und vor allem ihre Erheblichkeit und Gewichtung hinsichtlich der Schulformwahl näher zu beleuchten. Jeder Schüler habe einen Anspruch darauf in der Schule ausschließlich anhand von Leistung und nicht anhand seiner sozialen oder ethnischen Herkunft oder anderer sachfremder Attribute beurteilt zu werden. Diese Prämisse müsse vor allem an den Schnittstellen einer Schullaufbahn, also gerade beim Übergang in eine weiterführende Schule, gewahrt werden. In diesem Zusammenhang sei zwischen primären Effekten, d.h. solchen Effekten die auf objektiver Schülerleistung beruhen, und sekundären Effekten, d.h. solchen Effekten die gerade nicht auf objektiver Schülerleistung beruhen, sondern auf unterschiedliche Bildungsaspirationen und Entscheidungsverhalten von Menschen unterschiedlicher sozialer Schichten zurückzuführen sind, zu unterscheiden. Insbesondere der zuletzt genannte Aspekt sei erörterungswürdig, da eine solche Verknüpfung der im Idealfall leistungsbezogenen Schulallokation zuwiderlaufen würde.

### Gymnasialeignung und Bildungsferne

Um zu verdeutlichen, dass de facto sehr wohl die soziale Abstammung eines Kindes seinen schulischen Werdegang heute wie damals auf verschiedenen Ebenen beeinflusse, verwies BELLENBERG zunächst auf Erkenntnisse einer Studie von OTMAR PREUSS aus dem Jahre 1970. Schüler der vierten Klassen aus Dortmund seien im Rahmen dieser Studie einem allgemeinen Schulleistungstest unterzogen worden, um die Gymnasialeignung zu testen. Die Ergebnisse zeigten, dass bei gymnasialen Eignungstests Kinder aus bildungsferneren Schichten bei gleichen kognitiven Kompetenzen signifikant schlechter abschneiden als Kinder aus höheren sozialen Schichten. Des Weiteren wurden sekundäre soziale Ungleichbehandlungen dahingehend festgestellt, dass die Übergangsempfehlungen der Lehrer augenscheinlich ebenfalls nicht objektiv ausfielen, sondern durch die soziale Herkunft der Schüler beeinflusst werden. So erhalten Kinder leitender Angestellter oder Beamter überproportional häufiger eine Gymnasialempfehlung, wohingegen Kindern von Facharbeitern oder Nichtfacharbeitern diese Empfehlung nicht selten bei gleicher Eignung versagt werde. Ähnliche Erkenntnisse zeigt die IGLU-Studie aus dem Jahr 2006. Für Kinder von Eltern aus der oberen Dienstklasse bestehe bei gleicher Leseleistung eine mehr als zweieinhalb Mal so große Chance eine Grundschulempfehlung mit Gymnasialpräferenz zu erhalten als für Kinder von Facharbeitern.

### Prognosegenauigkeit von Grundschulgutachten eingeschränkt

Darüber hinaus werden diese sozialen Ungleichbehandlungen durch das divergente Entscheidungsverhalten von Eltern aus unterschiedlichen sozialen Schichten und mit jeweils unterschiedlichem Bildungsgrad intensiviert. Eltern aus bildungsfernen Schichten entscheiden sich entsprechend ihres eigenen Bildungsstandes zum einen häufiger trotz Gymnasialempfehlung für eine niedrigere Schulform, zum anderen weichen sie bei Versagung der Gymnasialpräferenz durch die Lehrer seltener von dieser Entscheidung ab. Eine Studie belege, dass nach Einschätzung der Lehrer 8 % der Kinder von Nichtfacharbeitern für eine gymnasiale Bildung geeignet seien, tatsächlich in den gymnasialen Bildungszweig gelangten aber lediglich 5 % dieser Kinder. Erschwerend komme hinzu, dass die Prognosegenauigkeit von Grundschulgutachten sehr eingeschränkt sei, da es keine allgemeingültigen Kriterien und Beurteilungsmaßstäbe gebe, anhand derer die Lehrer ihre Prognose einheitlich festmachen können. Aus einer Studie gehe beispielsweise hervor, dass im Schuljahr 2009 an den Gesamtschulen in NRW 70% der Abiturienten keine gymnasiale Grundschulempfehlung aufweisen konnten. Um soziale Herkunftseffekte zu minimieren und mehr Bildungsgerechtigkeit zu schaffen, erscheine es sinnvoll, eine Selektion erst später vorzunehmen, wie es in vielen anderen euro-



päischen Ländern schon üblich ist. Des Weiteren müsse eine Anschlussfähigkeit in die Sekundarstufe II für alle Schulformen ermöglicht werden.

**Grundschul-  
empfehlungen  
verfassungswidrig?**

Abschließend beleuchtete PROF. DR. WOLFRAM CREMER in seinem Referat „Die verbindliche Übergangsempfehlung zur Sekundarstufe zwischen Verfassungsauftrag und Verfassungswidrigkeit“ die Verfassungsmäßigkeit der in den Bundesländern teils sehr unterschiedlich geregelten Übergangsempfehlung für die Sekundarstufe. CREMER ging zunächst der Frage nach, ob und inwiefern dem Grundgesetz ein Auftrag zu einem (bildungs)forschungsadäquaten Bildungsrecht zu entnehmen ist. Er verwies insoweit auf das Urteil des BVerfG zur Hessischen Förderstufe aus dem Jahr 1972, in dem das Gericht ausführt, nach dem staatlichen Erziehungsauftrag des Art. 7 Abs. 1 GG sei es Aufgabe des Staates „auf der Grundlage der Ergebnisse der Bildungsforschung bildungspolitische Entscheidungen zu treffen“<sup>1</sup>.

CREMER präsentierte sodann einen Überblick über die in den Bundesländern kodifizierten Regelungsmodelle zum Übergang in die Sekundarstufe. Diese lassen sich nach drei Grundkategorien systematisieren:

- Übergangsregime mit verbindlicher Grundschulempfehlung,
- Regime mit unverbindlicher Übergangsempfehlung sowie
- Beratungsmodelle mit Präklusionswirkung.

Verbindliche Empfehlungen sehen – mit zum Teil nicht ganz unerheblichen Unterschieden en detail<sup>2</sup> – die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen vor. Entspricht die Grundschulempfehlung nicht dem Willen der Eltern, müssen die Kinder in diesen Bundesländern an einer (zentralen) Aufnahmeprüfung<sup>3</sup> respektive einem (mehrtägigen) Probeunterricht teilnehmen. Im Gegensatz dazu sehen die Bundesländer Niedersachsen, Saarland, Berlin, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen – jedenfalls grundsätzlich – lediglich informatorische, also unverbindliche Grundschulempfehlungen und einen Vorrang des freien Elternwahlrechts vor. Allerdings obliegt die Schulformwahl den Eltern nur in den Bundesländern Niedersachsen und Saarland ohne Einschränkungen. In den übrigen Ländern mit unverbindlicher Übergangsempfehlung gilt bei Anmeldung an einer höheren und so nicht empfohlenen Schulform eine gewisse Zeit als Probezeit, an deren Ende eine – dann verbindliche – Eignungsentscheidung steht. In Bremen und Schleswig-Holstein sehen die Schulgesetze hingegen ein sogenanntes Beratungsmodell mit Präklusionswirkung vor. Wollen die Eltern hier von der Grundschulempfehlung abweichen, müssen sie an einem verbindlichen Beratungsgespräch teilnehmen. Wird dies verabsäumt, erstarkt die Empfehlung der Grundschule zu einer verbindlichen Zuweisung ohne Abweichmöglichkeiten.

**Gesetzliche  
Regelungsmodelle  
für den Übergang  
Grundschule –  
weiterbildende Schule**

**Verbindliche und  
unverbindliche  
Empfehlungen**

Nach dieser Überblicksdarstellung steckte CREMER den für die Prüfung relevanten verfassungsrechtlichen Rahmen ab. Für verbindliche Übergangsempfehlungen streiten demnach die dem Staat gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verliehene Kompetenz, aber auch Pflicht zur Organisation, Leitung und Planung

1 BVerfGE 34, 165, 183 f.

2 So erfolgt etwa in Brandenburg der Übergang (und damit die Erteilung der Übergangsempfehlung) erst nach Beendigung der 6. Klassenstufe, in Thüringen indes findet die Leistungsprognose schon nach der 3. Klassenstufe statt.

3 Eine Besonderheit ergibt sich insoweit in Thüringen, wo bei einer Anmeldung am Gymnasium die Aufnahmeprüfung nicht die Ausnahme, sondern der gesetzlich vorgeschriebene Regelfall ist; vgl. § 7 Abs. 2 ThürSchulG, § 125 ThürSchulO.



des Schulwesens sowie das Grundrecht der (potentiellen) Mitschüler auf Abwehr ungeeigneter Schüler. Für eine Unverbindlichkeit der Grundschulempfehlungen und ein freies Elternwahlrecht streiten hingegen das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sowie verschiedene Grundrechtspositionen der betroffenen Schüler.

### Rechtslage bei verbindlichen Empfehlungen

### Elternwille hat Vorrang

CREMER widmete sich im Folgenden insbesondere der verfassungsrechtlichen Prüfung *verbindlicher* Übergangsempfehlungen. Er verdeutlichte, dass das Schulwesen insgesamt durch eine Gleichordnung von staatlichem Erziehungsauftrag und elterlichem Erziehungsrecht gekennzeichnet und Art. 7 Abs. 1 GG im Schulwesen nicht *lex specialis* zu Art. 6 Abs. 2 GG sei. Bei der Übergangentscheidung zur Sekundarstufe komme dem Elternwillen hingegen eine Vorrangstellung zu; die Durchbrechung des Elternwillens sei eine rechtfertigungs- und begründungsbedürftige Ausnahme. Bei der folgenden Rechtfertigungsprüfung unterschied *Cremer* zwischen einer Positivkorrektur (also einer „Hochstufung“ des Schülers) und einer Negativkorrektur (also einer „Herabstufung“ des Schülers) der elterlichen Entscheidung. Als Begründungsansatz für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Positivkorrektur wird vor allem eine Unterforderung des Schülers angeführt. CREMER verwies indes auf das bereits genannte Urteil des BVerfG. Das Gericht stellt darin klar, dass der Staat durch schulorganisatorische Maßnahmen nie den ganzen Werdegang eines Kindes regeln darf. Der Staat habe vielmehr „im Rahmen seiner finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten ein Schulsystem bereitzustellen, das den verschiedenen Begabungsrichtungen Raum zur Entfaltung läßt, sich aber von jeder »Bewirtschaftung des Begabungspotentials« freihält“<sup>1</sup>. Dabei sei – bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG – sogar die Möglichkeit in Kauf zu nehmen, „daß das Kind durch einen Entschluß der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben betriebenen Begabtenauslese vielleicht vermieden werden könnten“<sup>2</sup>.

### Verstoß gegen Art. 6 (2) GG?

Als weiterer (denkbarer) Rechtfertigungsansatz wurde von CREMER die Frage einer Hemmung der Mitschüler aufgeworfen. Dieser Ansatz werde indes in der Rechtswissenschaft nur für die umgekehrte Situation des *überforderten* Schülers geltend gemacht und auch in der Bildungsforschung nicht diskutiert. Mangels Rechtfertigung der staatlichen Durchbrechung des Elternwillens sei die Positivkorrektur somit verfassungswidrig. Bei der folgenden verfassungsrechtlichen Prüfung der Negativkorrektur der elterlichen Entscheidung thematisierte CREMER zunächst einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Die zur Rechtfertigung vorgebrachte Begründung einer Überforderung des Schülers lehnte der Referent mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG, die eine „Bewirtschaftung des Begabungspotentials“ verbietet, ab. Hinsichtlich der These, ein (offensichtlich) ungeeigneter Schüler hemme seine Mitschüler hielt CREMER eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers mangels Evidenz in der Bildungsforschung zwar *prima facie* für akzeptabel. Die Störungsthese sei jedoch nicht plausibel: Eine Überforderung sei (allein) ein Problem des betreffenden ungeeigneten Schülers selbst, nicht hingegen seiner Mitschüler. Zudem fänden sich im Gymnasium ohnehin nicht wenige Schülerinnen und Schüler, deren Kompetenzen eher Hauptschulniveau entsprächen.

1 BVerfGE 34, 165, 184.

2 BVerfGE 34, 165, 184.

Verstoß gegen  
Art. 3 (3) GG?

Sodann prüfte CREMER, ob die Negativkorrektur darüber hinaus gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 6. Alt. GG verstößt. Seit Jahrzehnten verdeutlichen die Ergebnisse der Bildungsforschung, dass die soziale Herkunft eines Schülers die Übergangsempfehlung (mit)bestimme und es so durch die Empfehlungspraxis zu einer mittelbaren Diskriminierung komme. Diese Diskriminierung sei dem Gesetzgeber – entgegen in der Literatur zum Teil vertretener Ansicht – auch zurechenbar. Zwar sei es erwiesen, dass bildungsferne Eltern unabhängig von der (Un-)Verbindlichkeit der Grundschulempfehlung von dieser bei der Schulformwahl nicht nach oben abwichen.

Keine Diskriminierung  
bei unverbindlicher  
Empfehlung

Anders als bei verbindlichen liege bei *un*verbindlichen Übergangsempfehlungen aber gerade keine *staatliche* Diskriminierung vor. Darüber hinaus könne der Staat der Diskriminierung durch eine (wenngleich bislang erfolglose) verbesserte Diagnostik abhelfen. Mangels Rechtfertigungsgrund verstoße die Negativkorrektur der elterlichen Entscheidung somit sowohl gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG als auch gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 6. Alt. GG. Konstatierend sei somit sowohl eine Positiv- wie eine Negativkorrektur und mithin die verbindliche Übergangsempfehlung als solche verfassungswidrig.

### III. Offene Podiumsdiskussion

Bei der abschließenden Podiumsdiskussion stellten sich Experten aus Wissenschaft und Politik sowie sachkundige Vertreter des öffentlichen wie privaten Schulwesens dem Dialog mit einem breit gefächerten Tagungspublikum aus Wissenschaft, Schulpolitik, Schulverwaltung, Schulpraxis sowie Elternvertretern und Schulverbänden. In Kurzvorträgen wurden verschiedene schul- und bildungsrechtsrelevante Aspekte aufgegriffen und konkretisiert. Eine offene Diskussion rundete die Tagung ab.

### IV. Schluss

Das Symposium hat eindrucksvoll gezeigt, dass das deutsche Schulsystem in großem Ausmaße durch soziale und herkunftsbedingte Disparitäten geprägt ist, deren Beseitigung Politik und Schulpraxis vor große Herausforderungen stellt. Den Organisatoren des Symposiums ist es gelungen, durch die Einbringung interdisziplinären Sachverständes die Anschlussfähigkeit der Thematik aufzuzeigen und zu verdeutlichen, dass ein Mehr an Bildungsgerechtigkeit nur durch gemeinsame Ideen und Anstrengungen verwirklicht werden kann.



## Vorankündigung Symposium

## Gerecht und effizient: Anforderungen an die Schulfinanzierung Symposium des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V. (IfBB) in Kooperation mit der Software AG-Stiftung

### Programmablauf

**02. März 2012**  
**in der Leipziger Börse**

- 10.00-10.30: **Grußworte**  
– Prof. Dr. Horst Philipp Bauer (Software AG-Stiftung)  
– Burkhard Jung (Oberbürgermeister Leipzig, angefragt)  
– Prof. Dr. Wolfram Cremer (wiss. Direktor des IfBB)  
**Einleitungsvortrag**  
Dr. Thomas Langer (wiss. Leiter des IfBB)
- 10.30-11.00: **Forschungsstand zur Schulfinanzierung und Forschungslücken**  
Prof. Dr. Heiner Barz (Düsseldorf)
- 11.00-11.30: **Diskussion**
- 11.30-11.50: **Kaffeepause**
- 11.50-12.40: **Die bildungsökonomische Effizienz von Schulen in freier Trägerschaft im Vergleich zum staatlichen Schulwesen**  
Ein Streitgespräch zwischen Prof. Dr. Manfred Weiß (DIPF, angefragt) und Helmut Klein (IW Köln)
- 12.40-13.00: **Diskussion**  
Moderation, Dr. Dieter Dohmen (FIBS)
- 13.00-14.00: **Mittagsimbiss**
- 14.00-14.30: **Die Obergrenze der staatlichen Förderung der Schulen in freier Trägerschaft**  
Dr. Eva Maria Stange, stellvertretende Vorsitzende und bildungspolitische Sprecherin der SPD-Fraktion im Sächsischen Landtag
- 14.30-15.00: **Die verfassungsrechtliche Untergrenze der Förderung von Schulen in freier Trägerschaft**  
Prof. Dr. Bodo Pieroth (Münster)
- 15.00-15.30: **Diskussion**  
Moderation, Prof. Dr. Wolfram Cremer (wissenschaftlicher Direktor des IfBB)
- 15.30-15.50: **Kaffeepause**
- 15.50-17.00: **Podiumsdiskussion, Finanzierungsgerechtigkeit im Schulwesen**  
– Prof. Dr. Hermann Avenarius (DIPF)  
– Manja Bürger, VDP Landesverband Sachsen-Thüringen  
– Vorsitzender Richter Werner Neumann (BVerwG, 6. Senat)  
– Prof. Dr. Bodo Pieroth (Münster)  
– Dr. Detlef Hardorp (Geschäftsführer der Landesarbeitsgemeinschaft Freie Schulen Brandenburg)  
**Moderation:** Dr. Thomas Langer (wiss. Leiter des IfBB)

Der Wettbewerb zwischen dem staatlichen Schulwesen und den Schulen in freier Trägerschaft ist größer geworden. Sinkende Schülerzahlen bei zugleich gestiegener Nachfrage nach Schulen in freier Trägerschaft haben dazu geführt, dass vereinzelt staatliche Schulstandorte nicht gehalten werden konnten. Die Lücken in der staatlichen Schulversorgung werden teilweise durch Schulen in freier Trägerschaft geschlossen. Zur Bestandserhaltung des

staatlichen Schulwesens reagiert die Schulverwaltung teilweise mit einer restriktiven Genehmigungspraxis. Darüber hinaus lässt sich in den Ländern teilweise die Reduzierung der Finanzhilfe für Freie Schulen auf ein für sie existenzbedrohliches Niveau beobachten.

Die Tagung erörtert das Thema Schulfinanzierung in Vorträgen und einer Podiumsdiskussion mit Bildungsexperten aus der Wissenschaft, der Schulpraxis, der Schulverwaltung und -politik, der Schulverbände und der Justiz in erster Linie unter folgenden Aspekten:

- Haben Freie Schulen Effizienzvorteile im Vergleich zum staatlichen Schulwesen?
- Welche Maßstäbe sind an eine gerechte Schulfinanzierung anzulegen?
- Wo liegt die verfassungsrechtlich zulässige Untergrenze der Förderung von Schulen in freier Trägerschaft?
- Wie muss die Schulfinanzierung ausgestaltet sein, wenn Schulen in freier Trägerschaft anstelle von staatlichen Schulen eine öffentliche Versorgungsfunktion im Schulwesen lokal begrenzt erfüllen?

RECHTSANWALT DR. THOMAS LANGER, WISS. LEITER DES IFBB

## IMPRESSUM

Herausgeber:  
Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V.  
Geschäftsführung: Rechtsanwalt Marc Y. Wandersleben  
Breite Str. 2 (Aegi Haus) • D-30159 Hannover  
Tel.: 0511 – 260 918 -21 • Fax: 0511 – 260 918 -20  
e-mail: [info@Institut-IfBB.de](mailto:info@Institut-IfBB.de)  
[www.Institut-IfBB.de](http://www.Institut-IfBB.de)

Redaktionsleitung:  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter Vogel  
e-mail: [Redaktion@Institut-IfBB.de](mailto:Redaktion@Institut-IfBB.de)

R&B – Recht und Bildung und alle darin enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Außerhalb der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Herausgebers nicht erlaubt.

ISSN 1614-8134

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreis: 15,- € jährlich einschl. Versandkosten

Einzelpreis: 5,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten

Satz: Schreibbüro Barbara Brudlo  
Holzweg 6 • D-29352 Adelheidsdorf  
e-mail: [Barbara.Brudlo@t-online.de](mailto:Barbara.Brudlo@t-online.de)

Neu- bzw. Nachbestellung von Heften:  
IfBB – An-Institut der Ruhr-Universität Bochum  
Juristische Fakultät GC 8/160  
Universitätsstraße 150 • 44780 Bochum  
e-mail: [Abo@Institut-IfBB.de](mailto:Abo@Institut-IfBB.de)

Druck:  
agenturdirekt druck + medien gmbh  
Wiesenaue Straße 18 • D-30179 Hannover  
[www.agenturdirekt.de](http://www.agenturdirekt.de)

ClimatePartner<sup>®</sup>  
**klimaneutral  
gedruckt**  
Zertifikatsnummer:  
066-53146-0510-1046  
[www.climatepartner.com](http://www.climatepartner.com)