

Geleitwort..... 2

Beiträge **Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis**
Prof. Dr. F. Brosius-Gersdorf, LL.M., Leibniz Universität Hannover 2

Büchertisch **Der Missbrauch an der Odenwaldschule und die Vereinigung Deutscher Landerziehungsheime**
JENS BRACHMANN: Reformpädagogik zwischen Re-Education, Bildungsexpansion und Missbrauchsskandal. Die Geschichte der Vereinigung Deutscher Landerziehungsheime 1947–2012
Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Hamburg..... 17

Geleitwort

Dieses Heft enthält als Hauptbeitrag einen überarbeiteten Vortrag zur staatlichen Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft von Frau Prof. Dr. F. BROSIUS-GERSDORF, Universität Hannover. Es handelt sich um eine ausführliche, auf aktuellem Stand befindliche Darstellung des Verhältnisses Schulverwaltung/Freie Schule, mithin des Umfangs der grundgesetzlich garantierten Privatschulfreiheit. Es geht also um die Voraussetzungen der Ersatzschulgenehmigung, ihrer Kontrolle und der Bedingungen der staatlichen Finanzhilfe. Basis ist eine erweiternde Neudefinition dessen, was als „Schule“ zu verstehen ist; neue Institutionen, die Bildungsaufgaben erfüllen, werden einbezogen und der staatlichen Schulaufsicht unterstellt. Zugleich werden aber die Grenzen der Schulaufsicht deutlicher als bisher praktiziert gezogen. Schließlich steht am Schluss des Beitrags eine Nachricht, die alle jene erfreuen wird, die sich bisher im Bereich der Utopie wähnten: Frau BROSIUS-GERSDORF hält es nach den bisherigen Erkenntnissen zur Bedeutung der Privatschulgarantie im Grundgesetz für durchaus diskutabel, der Frage einer staatsunabhängigen Schulaufsicht „in Zukunft mehr Aufmerksamkeit zu schenken“. In der Tat liegt hier das letzte bedeutsame, wissenschaftlich noch nicht behandelte Gebiet des Rechts der freien Schulen. Das Dornröschen wartet darauf, geküsst zu werden.

DIE REDAKTION



Beiträge **Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis¹**

PROF. DR. F. BROSIUS-GERSDORF, LL.M., LEIBNIZ UNIVERSITÄT HANNOVER

I. Problemaufriss

Die verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Schulaufsicht des Staates über freie Schulen beschreibt das Grundgesetz mit dem knappen Satz: „Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates“ (Art. 7 Abs. 1 GG). In diesem Satz zählt jedes Wort. Mit dem „gesamte(n) Schulwesen“ unterstellt Art. 7 Abs. 1 GG neben den öffentlichen Schulen auch private Schulen der Aufsicht des Staates. Die Reichweite der staatlichen Aufsicht über private Schulen hängt zum einen von dem Begriff der Schule ab, die den Aufsichtsgegenstand bildet. Zum anderen ist bei der Bestimmung von Art und Umfang der staatlichen Aufsicht über freie Schulen anders als bei öffentlichen Schulen die besondere grundrechtliche Gewährleistung der Privatschulautonomie in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zu beachten, welche der Aufsicht der Länder Grenzen setzt. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Aufsicht des Staates über freie Schulen lassen sich nicht allein Art. 7 Abs. 1 GG entnehmen, sondern erst aus dem Zusammenspiel dieser Norm mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewinnen. Zwischen der Schulaufsicht des Staates und der verfassungsrechtlichen Garantie der Privatschulfreiheit besteht ein Spannungsverhältnis. Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ergibt, dass die Aufsicht des Staates über freie Schulen mehrfach begrenzt ist.

**Spannungsverhältnis
Art. 7 Abs. 1 zu
Art. 7 Abs. 4 GG.**

¹ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin auf dem 2. Bochumer Symposium zu „Bildungsrecht und Bildungsforschung“ – Schulaufsicht – am 19. Juni 2015 gehalten hat.

Im Folgenden werden zunächst einige grundsätzliche Bemerkungen zu dem Begriff des „Schulwesens“ als Gegenstand der Aufsicht des Staates gemacht (s. Ziff. II.), bevor anschließend Art und Umfang der „Aufsicht“ des Staates über freie Schulen bestimmt werden (s. Ziff. III.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Resümee (s. Ziff. IV.).

II. Das gesamte Schulwesen als Gegenstand der Aufsicht des Staates (Art. 7 Abs. 1 GG)

Gegenstand staatlicher Aufsicht ist gem. Art. 7 Abs. 1 GG „das gesamte Schulwesen“. Das „gesamte Schulwesen“ meint sowohl Schulen in staatlicher Trägerschaft als auch Schulen in freier Trägerschaft.¹ Bereits hieraus, aber auch aus der Gewährleistung des Rechts zur Errichtung privater Schulen in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG² ergibt sich die Absage des Grundgesetzes an ein Schulmonopol des Staates.³ Staatliche und private Schulen stehen nach dem Grundgesetz prinzipiell gleichrangig nebeneinander⁴ und unterliegen beide der Aufsicht des Staates.

Welche Bildungseinrichtungen als „Schulwesen“ staatlicher Aufsicht unterstellt sind, beurteilt sich danach, wie der verfassungsrechtliche Begriff der Schule i.S. des Art. 7 Abs. 1 GG zu verstehen ist. Die Definition des Schulbegriffs hat weitreichende Konsequenzen sowohl für öffentliche als auch für private Bildungseinrichtungen. Da der Begriff der privaten Schule in Art. 7 Abs. 4 GG den Schulbegriff des Art. 7 Abs. 1 GG in sich aufnimmt, bestimmt der Schulbegriff nicht nur über die Zuordnung von Bildungseinrichtungen zum Bereich der Schule oder Nichtschule und damit zugleich über die Aufsichtsbefugnisse des Staates.⁵ Er steuert auch die Einschlägigkeit des Grundrechts der Privatschulfreiheit und mithin den Autonomiebereich, die Genehmigungsanforderungen für Ersatzschulen sowie das Fördergebot für genehmigte Ersatzschulen.

Nach herkömmlicher Lesart, die auch das Bundesverfassungsgericht teilt, ist der Schulbegriff des Grundgesetzes in Anlehnung an HECKEL organisatorisch-formal zu verstehen. Schule sei „eine auf gewisse Dauer berechnete, an fester Stätte unabhängig vom Wechsel der Lehrer und Schüler in überlieferten Formen organisierte Einrichtung der Erziehung und des Unterrichts, die durch planmäßige und methodische Unterweisung eines größeren Personenkreises in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer bestimmte Bildungs- und Erziehungsziele zu verwirklichen bestrebt ist“.⁶

Dieser organisatorisch-formale Schulbegriff wird den Zielen des verfassungsrechtlichen Schulauftrags nicht gerecht. In der Sinnmitte des Art. 7 Abs. 1 GG steht die Vermittlung von Bildung, nicht Erziehung. Der Staat – und entsprechend private Schulträger – besitzt im Bereich der Schule anders als außerhalb des Schulsektors einen eigenständigen Bildungsauftrag, weil die systematische Vermittlung von Wissen und Fähigkeiten für junge Menschen

**Bildungsauftrag,
Erziehungsauftrag,
„Schule“**

1 F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 41.

2 Zu dem Grundrecht auf Errichtung privater Schulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG vgl. nur BVerfGE 27, 195 (201); 75, 40 (61); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83); BVerwGE 40, 347 (349).

3 BVerfGE 27, 195 (201); 34, 165 (197); 75, 40 (62); 90, 107 (114).

4 Näher F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 42.

5 Zu den grundlegend unterschiedlichen Aufsichtsbefugnissen des Staates über Schulen und nicht-schulische Kinderbetreuungseinrichtungen F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 34 ff.

6 H. HECKEL, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 218; in Anlehnung an HECKEL ebenso oder ähnlich BVerfGE 75, 40 (77); BayVGH, NVwZ-RR 1995, 38 (39); VGHBW, NVwZ-RR 2003, 561 (562); H. AVENARIUS, in: H. AVENARIUS, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 3; A. GUCKELBERGER, RdJB 2012, 5 (13); K. STERN, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 484 f.

unerlässliche Voraussetzung für die Verwirklichung der Ziele des Art. 7 Abs. 1 GG ist: für die Persönlichkeitsentfaltung der Kinder und Jugendlichen, für einen erfolgreichen Zugang zu Ausbildung, Studium und Beruf und für die verantwortliche Teilhabe am demokratischen Gemeinwesen sowie die Integration in die Gesellschaft.¹

Dieser Bildungsauftrag wird zwar durch einen Erziehungsauftrag der Schule ergänzt, der auf die Vermittlung von Werten wie sozialer Kompetenz und Toleranz gerichtet ist. Entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts und der überwiegenden Ansicht im Schrifttum steht dieser Erziehungsauftrag der Schule jedoch nicht eigenständig als zweite Säule neben dem Bildungsauftrag des Staates.² Der Schule kommt vielmehr lediglich ein akzessorischer Erziehungsauftrag zu, der auf die Bildungsaufgabe der Schule bezogen und beschränkt ist. Soweit die Schule keine Bildungsaufgabe besitzt, entfällt auch ihr Erziehungsauftrag. Ein eigenständiges Erziehungsmandat der Schule ist von Art. 7 Abs. 1 GG nicht gedeckt. Für diesen bildungsakzessorischen Erziehungsauftrag der Schule spricht nicht nur der Normtext des Art. 7 GG, der bildungs- und nicht erziehungsbezogen ist („Unterricht“, „Lehrfach“, „Lehrer“, „Lehrziele“, „Lehrkräfte“, „Unterrichtsverwaltung“), sondern vor allem die gebotene Abgrenzung des Schulauftrages in Art. 7 Abs. 1 GG zu dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Das Pflege- und Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG liefe über weite Strecken leer, wenn man der Schule neben ihrem von den Eltern unabhängigen Bildungsauftrag auch einen eigenständigen Erziehungsauftrag zuerkennen wollte. Ein eigenständiger Erziehungsauftrag der Schule ermächtigte den Staat etwa, eine Besuchspflicht für Kindertagesstätten und Ganztagschulen festzulegen, weil die kollektive Erziehung wichtige soziale Kompetenzen fördert und eine frühzeitige Integration in die Gesellschaft sicherstellt. Der den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gesicherte Bereich der Individualerziehung würde dadurch weitreichend beschnitten.³

Interpretiert man Art. 7 Abs. 1 GG im Lichte seines Zieles, Kindern und Jugendlichen Bildung zu vermitteln, kommt es für den Begriff der Schule auf organisatorisch-formale Elemente nicht an. Im Lichte der Ziele des staatlichen Schulauftrages ist der verfassungsrechtliche Schulbegriff vielmehr funktional, d.h. aufgabenbezogen zu verstehen: „Schule“ ist jede Form der Vermittlung von Bildung und bildungsbezogener Erziehung, die geeignet und erforderlich ist, um Kinder zu selbstbestimmten und verantwortungsbewussten, in die soziale Gemeinschaft integrierten Bürgern zu entwickeln und ihre Teilhabe an Ausbildung, Studium und Beruf sicherzustellen. Die Bildung und (akzessorische) Erziehung muss dabei zwar von gewisser Dauer sein. Weitere, dem traditionellen Schulbegriff immanente Merkmale wie die, dass sich der Unterricht „an fester Stätte“ und „in überlieferten Formen“ vollziehen und dass er in einer „Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer“ kollektiv erteilt werden muss, sind Art. 7 Abs. 1 GG dagegen fremd. Auch Bildungsangebote, die Kenntnisse in einzelnen Fächern vermitteln, ohne in

Zu einem funktionalen Schulbegriff

1 Statt aller BVerfGE 47, 46 (75); BVerwGE 94, 82 (84 f.).

2 So aber BVerfGE 34, 165 (183); 47, 46 (72); 52, 223 (236); 93, 1 (21); BVerwGE 79, 298 (301); 94, 82 (84 f.); 107, 75 (81 Rdnr. 25); H. AVENARIUS, RdJB 2005, 423 (432); P. M. HUBER, BayVBl. 1994, 545 (546); H.-U. EVERS, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen, 1979, S. 55 ff.; P. BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 75. EL September 2015, Art. 7 Rdnr. 62; A. GUCKELBERGER, RdJB 2006, 11 (15); J. RUX, RdJB 2002, 423 (432 f.).

3 Näher F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 23 ff.

ein zusammenhängendes Unterrichtsprogramm eingebettet zu sein, sind bei funktionaler Deutung Schule im Verfassungssinne.¹

Ein solcher *funktionaler Schulbegriff* hat weitreichende Konsequenzen für die Qualifizierung von Bildungsangeboten zum schulischen oder nicht-schulischen Bereich und für die entsprechende Aufsicht des Staates. Auf der Grundlage des funktionalen Schulbegriffs sind zum Beispiel einzelne Lern- und Förderangebote für förderbedürftige Kinder im frühkindlichen Bereich – etwa Sprachförderung – als „Schule“ zu qualifizieren. Darüber hinaus unterfällt unterrichtsergänzende Förderung wie Nachhilfeunterricht im Rahmen von Ganztagschulen dem Verfassungsbegriff der Schule. Soweit solche Angebote von freien Trägern als Ersatzschulangebote erbracht werden, unterliegen sie nach Art. 7 Abs. 1 GG der Aufsicht des Staates und genießen unter den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG Anspruch auf staatliche Förderung.

III. Art und Umfang der Aufsicht des Staates über freie Schulen (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 GG)

1. Der Aufsichtsbegriff nach herrschender Lesart

Nach überwiegender Ansicht weist Art. 7 Abs. 1 GG mit der „Aufsicht“ dem Staat eine umfassende Gestaltungsbefugnis zu, die sich auf die „Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens“ erstrecken soll.² „Aufsicht“ i.S. des Art. 7 Abs. 1 GG wird also nicht wie sonst üblich als Kontrolle (Aufsicht im engeren Sinne), sondern als legislative Lenkungs- und exekutive Vollzugstätigkeit (Aufsicht im weiteren Sinne) verstanden,³ wofür im Wesentlichen historische Gründe genannt werden.⁴ Die Aufsicht im engeren Sinne soll sich für die öffentlichen Schulen als Fach- und Dienstaufsicht über die inneren Schulangelegenheiten und als Rechtsaufsicht über die äußeren Schulangelegenheiten entfalten. Für freie Schulen wird der Aufsichtsbegriff teilweise enger gezogen und auf die Rechtsaufsicht beschränkt;⁵ nach anderer Ansicht soll auch eine Fachaufsicht verfassungsrechtlich zulässig sein.⁶

2. Spannungsverhältnis zwischen der Schulaufsicht des Staates (Art. 7 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht der Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 GG)

Die weite Interpretation des Aufsichtsbegriffs in Art. 7 Abs. 1 GG als umfassende Gestaltungsbefugnis des Staates mag bezogen auf das staatliche Schulwesen zutreffen – für Schulen in freier Trägerschaft hingegen nicht. Die Aufsicht des Staates gem. Art. 7 Abs. 1 GG steht bezogen auf freie Schulen in einem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zu dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, das die Errichtung und den Betrieb privater Schulen einschließlich der Gestaltungsfreiheit der Schule gewährleistet.⁷ Die verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Schulaufsicht des

1 Hierzu F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 31 ff., insbesondere 34 ff.

2 BVerfGE 34, 165 (182); 47, 46 (80); 59, 360 (377); 93, 1 (21); BVerwGE 6, 101 (104); 18, 38 (39); 23, 351 (352); 47, 201 (204); 94, 82 (84); 96, 288 (303); 107, 75 (78); BayVerfGH, DVBl. 1995, 419; K. HEBBORN, RdJB 2003, 419; A. GÜCKELBERGER, RdJB 2012, 5 (12).

3 M. ZÜGEL, Funktionalreform im Schulwesen, 2011, S. 46.

4 Hierzu F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 44.

5 Siehe etwa M. Kotzur, in: STERN/BECKER (Hrsg.), Grundrechte, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rdnr. 28; K. STERN, Autonomie der Schule?, in: MERTEN (Hrsg.), Der Verwaltungsstaat im Wandel: Festschrift für FRANZ KNÖPFLE zum 70. Geburtstag, 1996, S. 333 ff. (339).

6 So v.a. J. MÜLLER, Schulische Eigenverantwortung und staatliche Aufsicht. Eine Untersuchung der Möglichkeiten und Grenzen schulischer Eigenverantwortung unter Geltung des Grundgesetzes, 2006, S. 82 ff.

7 Zur Gründungs- und Gestaltungsfreiheit privater Schulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG J. P. VOGEL, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 17, 24; H. HECKEL, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 232.

Staates über freie Schulen lassen sich nicht allein Art. 7 Abs. 1 GG entnehmen, sondern erst aus dem Zusammenspiel dieser Norm mit dem Grundrecht der Privatschulautonomie aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewinnen. Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ergibt, dass die Aufsicht des Staates über freie Schulen mehrfach begrenzt ist: *erstens* bei der gesetzlichen Festlegung der Genehmigungsvoraussetzungen für Ersatzschulen (s. Ziff. a)); *zweitens* bei der Genehmigungskontrolle durch eine auf die Rechtsaufsicht begrenzte Aufsicht im engeren Sinne unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (s. Ziff. b)); *drittens* bei der staatlichen Förderung freier Ersatzschulen im Anschluss an die Genehmigung (s. Ziff. c)); und *viertens* ggf. bei der Organisation der Aufsicht (s. Ziff. d)).

a) Genehmigungsvoraussetzungen für Ersatzschulen

Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ergibt zunächst, dass der Begriff der Aufsicht i.S. des Art. 7 Abs. 1 GG auf Genehmigungs- und Kontrollbefugnisse des Staates gegenüber freien Schulen beschränkt ist. Nach Art. 7 Abs. 4 GG besitzt der Staat gegenüber privaten Schulen keine „Befugnisse zur Organisation, Planung und Leitung“, sondern nur zur Beaufsichtigung im engeren Sinne der Genehmigung und ihrer Kontrolle. Für Ersatzschulen konkretisiert Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG die Aufsicht des Staates durch das Erfordernis einer staatlichen Genehmigung und Kontrolle.

Die Voraussetzungen der Genehmigung privater Schulen als Ersatzschulen sind dabei in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG abschließend geregelt; sie dürfen von den Ländern nicht erweitert werden.¹ Liegen die Voraussetzungen vor, muss die Genehmigung erteilt werden; auf sie besteht ein Rechtsanspruch.² Der Genehmigungsvorbehalt des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG für private Ersatzschulen dient dem Ziel, „die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen zu schützen“.³ Er bezweckt nicht, „die inhaltliche Einheit des Schulwesens zu sichern, sondern Schüler von Ersatzschulen vor einem ungleichwertigen Schulerfolg zu schützen“.⁴

Im Lichte dieser Zielsetzung des Genehmigungsvorbehalts sind die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG bereits dann erfüllt, wenn die Lehrziele, Einrichtungen und Lehrer der Privatschule denen entsprechender öffentlichen Schulen gleichwertig sind; Gleichartigkeit ist nicht erforderlich.⁵ Aus dem Spannungsverhältnis zwischen dem Genehmigungsvorbehalt des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG und dem Grundrecht der Privatschulfreiheit gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ergibt sich außerdem, dass nicht die Gleichwertigkeit der Bildungsmittel, sondern nur des Bildungserfolgs geboten ist.⁶ Die Ersatzschulen müssen im Ergebnis „im Kern gleiche Kenntnisse und Fertigkeiten“⁷ vermitteln wie öffentliche Schulen, wobei diese erst am Ende der Schullaufbahn vorliegen müssen.

Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs, nicht der Bildungsmittel

1 BVerwGE 17, 236 (238); J. P. VOGEL, DÖV 2008, 895 (901); K. RENNERT, DVBl. 2001, 504 (515).

2 Statt aller BVerfGE 27, 195 (200); BVerwGE 112, 263 (266); J. P. VOGEL, 50 Jahre Grundgesetz auf Errichtung freier Schulen, in: F.-R. JACH/S. JENKNER (Hrsg.), 50 Jahre Grundgesetz und Schulverfassung, 2000, S. 39 ff. (47).

3 BVerfGE 27, 195 (203).

4 BVerwGE 112, 263 (268).

5 Statt vieler BVerfGE 27, 195 (207); 90, 107 (122); 90, 128 (140); BVerwGE 12, 349 (350 f.); 17, 236 (237); 90, 1 (15); 112, 263 (268 f.); H. D. JARASS, in: H. D. JARASS/B. PIEROTH, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 7 Rdnr. 33.

6 F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 120; vgl. auch J. P. VOGEL, DÖV 2008, 895 (903).

7 Formulierung aus BVerfGE 90, 128 (140).

aa) Mindestschülerzahl

**Mindestschülerzahl
keine „Einrichtung“**

Zu den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG, die die Schulaufsicht des Staates gem. Art. 7 Abs. 1 GG konkretisieren, gehört nicht die Gewährleistung einer Mindestschülerzahl an öffentlichen Schulen. Dass es wegen des demografiebedingten Rückgangs der Schülerzahlen vielerorts zu einer Standortkonkurrenz zwischen öffentlichen und privaten Schulen kommt, berechtigt die Länder nicht, die Genehmigung von Ersatzschulen an eine Art Bedürfnisprüfung zu knüpfen und die Genehmigung nur zu erteilen, wenn sie eine bestimmte Mindestschülerzahl für benachbarte öffentliche Schulen nicht gefährden. Eine solche Genehmigungspraxis verstößt gegen Art. 7 Abs. 4 GG, da Mindestschülerzahlen nicht zu den dem Gleichwertigkeitspostulat unterfallenden „Lehrzielen“ oder „Einrichtungen“ gehören.¹

Art. 7 GG kennt auch keinen generellen Vorrang der öffentlichen Schule,² aus dem abgeleitet werden könnte, dass private Ersatzschulen die Existenz öffentlicher Schulen nicht gefährden dürfen. Staatliche und private Schulen stehen nach dem Grundgesetz prinzipiell gleichrangig nebeneinander. Das Grundgesetz hat die Bestimmung des Art. 143 Abs. 1 Satz 1 WRV, die ein Primat der öffentlichen Schule vorsah, nicht übernommen.³ Etwas anderes gilt nur für den Bereich der Grundschulen, in dem Art. 7 Abs. 5 GG einen Vorrang öffentlicher gegenüber privaten Grundschulen postuliert. Doch selbst im Volksschulbereich sind private Ersatzgrundschulen zu genehmigen, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 und 5 GG erfüllen. Dem Vorrang öffentlicher Grundschulen ist durch die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 und 5 GG abschließend Rechnung getragen.

bb) Deutschquote

**Gleichwertiger
Bildungserfolg nur
mit Deutschquote ?**

Die weitere, aktuell diskutierte Frage, ob die Länder befugt sind, die Genehmigung privater Ersatzschulen von der Einhaltung einer Deutschquote im Unterricht abhängig zu machen, dürfte im Lichte der Privatschulfreiheit ebenfalls zu verneinen sein. Eine solche Deutschquote für freie Schulen wurde etwa vom Land Berlin zum 1. August 2015 eingeführt, sodass seither mindestens die Hälfte des gesamten Unterrichts in den Sachfächern in deutscher Sprache erteilt werden muss.⁴ Betroffen sind von dieser Regelung vor allem bilinguale Ersatzschulen, deren Schülerschaft häufig aus hochmobilen Familien wie Diplomatenfamilien kommt oder gezielt auf eine internationale Karriere vorbereitet werden soll.

Eine undifferenzierte Deutschquote für sämtliche Ersatzschulen ungeachtet ihres Konzepts und ihrer Schülerschaft stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet mit der Gründungs- und Betriebsfreiheit privater Schulen auch die Freiheit der Gestaltung der Schule, wozu unter anderem die Festlegung der Bildungsziele sowie die eigenverantwortliche Gestaltung des Unterrichts gehört. Zwar setzt die Genehmigung privater Ersatzschulen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG voraus, dass der Bildungserfolg privater Schulen dem öffentlicher Schulen entspricht. Ein gleichwertiger Bildungserfolg erfordert indes eine Deutschquote für den Unterricht von Ersatzschulen nicht generell. Er ist bereits dann gewährleistet, wenn die Schülerinnen und Schüler die Schulabschlussprüfungen aufgrund der im Elternhaus erworbenen Deutsch-

1 OVG Meckl.-Vorp., 2 L 158/05 vom 20. 12. 2006 Rdnr. 8; eingehend J. P. VOGEL, DÖV 2011, 661 (663 ff).

2 So aber J. G. BADER, in: D. C. UMBACH/T. CLEMENS (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2002, Art. 7 Rdnr. 47; P. BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 75. EL September 2015, Art. 7 Rdnr. 92.

3 Näher F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 42.

4 Ziff. 5 Abs. 7 i.V.m. Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 10 der Ausführungsvorschriften für bilingualen Unterricht an allgemein bildenden Schulen (AV bilingualer Unterricht) vom 09.03.2015, ABl. S. 449.

kenntnisse in deutscher Sprache absolvieren können. Und selbst sofern Ersatzschüler keine entsprechenden Deutschkenntnisse aufweisen, erscheint eine generelle Deutschquote für Ersatzschulen mit Blick auf die Ziele des Schulwesens nicht geboten, wenn die Schülerinnen und Schüler ihre Ausbildung und ihren Beruf nicht in Deutschland, sondern im Ausland anstreben. Es bedarf daher einer Einzelfallprüfung, ob die Schülerinnen und Schüler der jeweiligen Ersatzschule nach ihrer Biografie und ihren familiären Verhältnissen auf Dauer in Deutschland bleiben wollen. Bei Schülerinnen und Schülern aus hochmobilen Elternhäusern dürfte das regelmäßig zu verneinen sein, sodass eine Deutschquote für die Ersatzschule nicht erforderlich und daher mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht vereinbar ist.

Umfang der Rechtsaufsicht

b) Genehmigungskontrolle durch Rechtsaufsicht nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Eine weitere verfassungsrechtliche Begrenzung erfährt die Schulaufsicht des Staates über freie Schulen im Bereich der Genehmigungskontrolle. Hat der Staat freie Schulen als Ersatzschulen i.S. des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG genehmigt, sind seine Aufsichtsbefugnisse gem. Art. 7 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG darauf begrenzt, die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen durch Rechtsaufsicht zu kontrollieren. Um der verfassungsrechtlich garantierten Autonomie der Privatschulträger Rechnung zu tragen, sind die Schulaufsichtsbehörden der Länder gegenüber freien Schulen – anders als gegenüber öffentlichen Schulen – auf die Ausübung der Rechtsaufsicht beschränkt.¹

Bei der Ausübung der Rechtsaufsicht unterliegen sowohl die Häufigkeit der staatlichen Kontrollen als auch die konkret ausgeübten Befugnisse den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Ob zum Zwecke der Genehmigungskontrolle anlasslose und unangekündigte Schulbesuche der Behörden, dauernde Unterrichtshospitationen oder weitreichende Einsichtnahmen in personenbezogene Unterlagen der freien Schulen, wie man sie derzeit in Niedersachsen beobachten kann, verhältnismäßig sind, darf bezweifelt werden.

c) Staatliche Förderung genehmigter Ersatzschulen

Schulaufsicht und Finanzhilfe

Das Spannungsverhältnis zwischen der Schulaufsicht des Staates (Art. 7 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht der Privatschulautonomie (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) wirkt sich außerdem auf die staatliche Förderung privater Ersatzschulen im Anschluss an die Erteilung der Genehmigung aus.

Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG entfaltet sich bekanntlich nicht nur als Abwehrrecht privater Schulträger gegenüber Eingriffen des Staates im Rahmen der Ersatzschulgenehmigung und -kontrolle,² sondern auch als verfassungsrechtliches Fördergebot.³ Der Staat darf sich „nicht darauf zurückziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen lediglich zuzulassen“,⁴ sondern muss ihnen finanzielle und weitere Unterstützung zukommen lassen. Staatliche Förderung von Er-

1 Näher unter Ziff. III. 1.

2 Zur Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG als Abwehrrecht BVerfGE 90, 107 (115) – ständige Rechtsprechung; K. STERN, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 526; F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 107.

3 BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (115); 112, 74 (83); BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u.a. vom 04.03.1997, Rdnr. 29 – ständige Rechtsprechung; BVerwGE 79, 154 (155 f.). Aus dem Schrifttum statt aller C. WEGRICHT, RdJB 2015, 3 (10); T. SCHWABENBAUER, DÖV 2011, 672 (673 f.); B. PIEROTH/T. BARCZAK, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: H. AVENARIUS – B. PIEROTH/T. BARCZAK, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 71 ff. (94 ff.); J. P. VOGEL, Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 17 (17 ff.); F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 108.

4 BVerfGE 75, 40 (63).

satzschulen ist notwendig, damit „Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmert“.¹

Bisherige Rechtsprechung

Den Grund für das verfassungsrechtliche Fördergebot zugunsten privater Ersatzschulen sieht das Bundesverfassungsgericht in dem „regelmäßig bestehenden Unvermögen der privaten Schulträger, aus eigener Kraft sämtliche Anforderungen des Grundgesetzes (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG) für die Genehmigung der Schule gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen“.² Die Privatschulfreiheit weise die Besonderheit auf, dass das Grundgesetz ihre Wahrnehmung an besondere Bedingungen knüpfe. Private Schulen werden als Ersatz für öffentliche Schulen nur genehmigt, wenn sie in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Zudem muss die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend gesichert sein (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Diese Genehmigungshürden erschweren es erheblich, von der Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG Gebrauch zu machen. Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts sind „private Schulträger ... in aller Regel nicht mehr in der Lage, aus eigener Kraft ... sämtliche Anforderungen zu erfüllen, die das Grundgesetz in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG an die Genehmigung einer Ersatzschule stellt“,³ sondern sind hierfür auf Förderung durch den Staat angewiesen. „Die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen ist heute ein empirisch gesicherter Befund“.⁴ Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umso mehr, als der Staat die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG fortlaufend selbst verschärft, indem er den Standard seiner eigenen öffentlichen Schulen anhebt und die Besoldung seiner Lehrer stetig verbessert, was für die privaten Ersatzschulen einen Anpassungszwang begründet.⁵ „Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden“.⁶

Ob ein weiterer Grund für die Förderpflicht des Staates gegenüber genehmigten Ersatzschulen darin liegt, dass den privaten Schulen eine „Ersatzfunktion“ gegenüber öffentlichen Schulen zukommt und sie dem Staat finanzielle Aufwendungen für öffentliche Schulen ersparen, hat das Bundesverfassungsgericht bislang dahingestellt gelassen. Es hat die staatliche Förderpflicht zugunsten privater Ersatzschulen „jedenfalls nicht vorrangig“ mit einer Art Aufwendungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private begründet.⁷

1 BVerfGE 75, 40 (65).

2 BVerfGE 90, 128 (138); vgl. bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf auch SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Ziff. C. I. 1. b); gleichsinnig F. HUFEN, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 32 Rdnr. 32. Kritisch gegenüber der „Unmöglichkeitstheorie“ J. P. VOGEL, Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 17 (38 ff.).

3 BVerfGE 75, 40 (62 f., 67); 90, 107 (115); BVerfGE 79, 154 (158); ebenso R. TILLMANN, Die Freiheit der Privatschulen nach dem Grundgesetz, 2006, S. 7; F.-R. JACH, DÖV 2002, 969 (973).

4 BVerfGE 90, 107 (115); ebenso bereits BVerfGE 75, 40 (67).

5 BVerfGE 75, 40 (66); 90, 107 (115).

6 BVerfGE 90, 107 (115).

7 BVerfGE 75, 40 (65 f.); vgl. auch bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Ziff. C. I. 1. b); im Ergebnis ebenso M. RICHTER, Die Entlastung des Staates als Grund der Finanzhilfe, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 125 (125 ff.). Näher zum Problem C. WEGRICHT, RdJB 2015, 3 (6 f.); J. P. VOGEL, RdJB 2005, 255 (264). Zu der früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das in älteren Entscheidungen die Entlastungsfunktion freier Schulen betont hat, mit Nachweisen F. HUFEN, Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft. Vom individuellen Grundrechtsschutz zum „Schutz der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 49 (51 ff.).

Diese dem Fördergebot aus Art. 7 Abs. 4 GG unterlegte Begründung überzeugt nicht. Es steht außer Frage, dass privaten Schulen die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG ohne finanzielle Hilfestellung des Staates regelmäßig nicht möglich wäre. Darin liegt jedoch nicht – zumindest nicht vornehmlich – der Grund dafür, dass der Staat zur Förderung freier Ersatzschulen verpflichtet ist. Neben dem Grundrecht der Privatschulfreiheit statuieren auch andere Grundrechte wie zum Beispiel die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG oder die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG Genehmigungsvoraussetzungen oder erlauben, die Ausübung der grundrechtlich geschützten Freiheiten an mit Kosten verbundene Genehmigungsvoraussetzungen zu knüpfen, ohne dass hiermit besondere Förderpflichten des Staates verbunden wären. Sähe man die ratio des Fördergebotes aus Art. 7 Abs. 4 GG darin, Aufwendungsersatz für die mit der Genehmigung einhergehenden Kosten zu erstatten, wäre nicht erklärbar, weshalb der Staat die „Regulierungskosten“ nicht auch bei anderer grundrechtlich geschützter Freiheitsausübung ersetzen muss, etwa für die nach der Gewerbeordnung geltenden Anforderungen an die Gewerbezulassung oder für die im GmbH-Gesetz normierten Voraussetzungen für die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Ersatzschule und Entlastung der Staatsschule

Der primäre Grund für die Förderpflicht des Staates zugunsten privater Ersatzschulen ist vielmehr darin zu sehen, dass Ersatzschulen dem Staat eigene finanzielle Aufwendungen für entsprechende öffentliche Schulen ersparen und auf diese Weise die öffentlichen Haushalte entlasten. Ausschließlich diese besondere Entlastungsfunktion, die private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG) zugunsten des Staates und seiner Haushalte wahrnehmen, unterscheidet freie Schulen von anderen Grundrechtsträgern und legitimiert und rechtfertigt daher die Förderpflicht des Staates gegenüber den Ersatzschulen.

Parallelen staatlicher Förderpflicht

Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung in der Parallele zu der Förderpflicht des Staates für Ehen und Familien aus Art. 6 Abs. 1 GG. Ebenso wie Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet auch Art. 6 Abs. 1 GG den Staat zur Förderung grundrechtlich geschützter Freiheitsausübung. Der „besondere Schutz“ der staatlichen Ordnung, den die Institute der Ehe und der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG genießen, äußert sich auch und gerade darin, dass der Staat die Ehe und die Familie durch geeignete Maßnahmen fördern muss.¹ In der Existenz dieses Fördergebotes aus Art. 6 Abs. 1 GG zeigt sich – ebenso wie in dem Bestehen des Fördergebotes gem. Art. 7 Abs. 4 GG – die Besonderheit und Verschiedenheit des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe und der Familie gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Lebensformen, denen das Grundgesetz keine vergleichbaren Fördergarantien zuerkennt.² Der Grund für das besondere Fördergebot aus Art. 6 Abs. 1 GG liegt darin, dass Ehen und Familien dem Staat durch die Wahrnehmung besonderer Beistands- und Verantwortungspflichten (Ehe) bzw. durch die Gewährleistung der Pflege und Erziehung der Kinder (Familie) eigene Aufwendungen namentlich in Zeiten der Not und Hilfebedürftigkeit ersparen.³ Ehepaare und Eltern nehmen mit der ehelichen Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft bzw. mit der Pflege und Erziehung von Kindern kostenintensive Aufgaben wahr, die den Staat von seiner subsidiären Einstandsfunktion entlasten und ihm dadurch Kosten ersparen. Nur diese Entlastungsfunktion der Ehe und der Familie – und entsprechend der privaten Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen – unterscheidet

1 Zu diesem Fördergebot aus Art. 6 Abs. 1 GG näher mit weiteren Nachweisen F. BROSIUS-GERSDORF, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S. 210 ff.
2 BVerfGE 105, 313 (348).
3 Näher F. BROSIUS-GERSDORF, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S. 243 ff.

sie von anderen Grundrechtsträgern und vermag daher die verfassungsrechtliche Förderpflicht des Staates aus Art. 6 Abs. 1 GG – und entsprechend das Fördergebot gem. Art. 7 Abs. 4 GG – zu legitimieren und zu rechtfertigen.

Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet die Länder daher, genehmigte Ersatzschulen in weiterreichendem Maße zu fördern, als das Bundesverfassungsgericht annimmt. Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts soll aus Art. 7 Abs. 4 GG grundsätzlich „kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe und schon gar nicht ein Anspruch auf Leistung in bestimmter Höhe“ folgen.¹ Art. 7 Abs. 4 GG gebiete keine vollständige Übernahme der Kosten freier Ersatzschulen, sondern der Staat dürfe sich auf einen Beitrag zu den Kosten beschränken² und von den Ersatzschulträgern eine angemessene Eigenleistung fordern.³ Mitunter wird sogar angenommen, der Staat sei nur verpflichtet, „einen Beitrag bis zur Höhe des Existenzminimums der Institution Ersatzschulwesen zu leisten“.⁴ Die dem Staat obliegende Förderpflicht löse erst dann eine Handlungspflicht aus, „wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre“.⁵ Die „dem Ersatzschulwesen als Institution geschuldete objektive Förderpflicht (stehe) von vornherein unter dem Vorbehalt dessen, was von der Gesellschaft vernünftigerweise erwartet werden kann“.⁶

**Entlastung verlangt
höhere Finanzhilfe**

Im Lichte der dem Fördergebot zugrundeliegenden Zwecksetzung ist der Staat jedoch zu einer Förderung von Ersatzschulen in dem Maße verpflichtet, wie sie das Land von seiner Aufgabe entlasten, öffentliche Schulen zu errichten oder zu betreiben, und ihm entsprechend finanzielle Aufwendungen für die Beschulung von im Land ansässigen Kindern ersparen. Von diesen ersparten Aufwendungen darf nur zum einen ein angemessener Eigenanteil des Privatschulträgers in Abzug gebracht werden.⁷ Zum anderen dürfen Schulgelder in der der nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG zulässigen Höhe und sonstige verfügbare Finanzmittel des Privatschulträgers (z.B. Spenden) abgezogen werden.⁸ Ein „Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann“ ist angesichts der Entlastungsfunktion der Privatschulen sowie der besonderen verfassungsrechtlichen Gründungs- und Betriebsbedingungen für

- 1 BVerfGE 90, 107 (117); 112, 74 (84); ebenso bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Ziff. C. I. 3.
- 2 BVerfGE 90, 107 (116); BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u.a. vom 04.03.1997, Rdnr. 29.
- 3 BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u.a. vom 04.03.1997, Rdnr. 29; vgl. auch BVerfGE 75, 40 (68).
- 4 BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u.a. vom 04.03.1997, Rdnr. 29; vgl. auch BVerfGE 75, 40 (68).
- 5 BVerfGE 75, 40 (67); 112, 74 (84); anderer Ansicht zu Recht bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Ziff. C. I. 3. a) dd); ebenfalls kritisch gegenüber der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts J. P. VOGEL, RdJB 2015, 15 (15 ff.); J. P. VOGEL, Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 17 (38 ff.); F. HUFEN, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 32 Rdnr. 32.
- 6 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 112, 74 (84); BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u.a. vom 04.03.1997, Rdnr. 30.
- 7 Näher zum berücksichtigungsfähigen Eigenanteil des Schulträgers C. WEGRIGHT, RdJB 2015, 3 (7 f.); J. P. VOGEL, RdJB 2005, 255 (256); F.-R. JACH, Die Existenzsicherung der Institution Ersatzschulwesen in Zeiten knapper Haushaltsmittel – Umfang und Grenzen der Finanzhilfepflicht des Staates vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: F.-R. JACH/S. JENKNER (Hrsg.), Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen, Festschrift zum 65. Geburtstag von J. P. VOGEL, 1998, S. 75 (79 ff.).
- 8 Für die Berücksichtigung der Schulgelder als Eigenanteil der Privatschule auch F. HUFEN, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen schulischer Selbstgestaltung, in: F.-R. JACH/S. JENKNER (Hrsg.), Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen, Festschrift zum 65. Geburtstag von J. P. VOGEL, 1998, S. 51 (70, 85), der darauf hinweist, dass den Privatschulträgern weitere Finanzquellen neben den Schulgeldern in der Regel nicht zur Verfügung stehen. Zu der verfassungsrechtlich zulässigen Schulgelddhöhe H. M. HEINIG/V. Vogel, LKV 2012, 337 (340); H. AVENARIUS, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: H. AVENARIUS – B. PIEROTH/T. BARCZAK, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 10 ff. (52 ff.); F. HUFEN, Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft. Vom individuellen Grundrechtsschutz zum „Schutz der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 49 (61).

Privatschulen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG nicht begründbar.¹ Die viel beschworene Gefahr einer finanziellen Überforderung des Staates besteht nicht, weil Privatschulen dem Staat eigene Schulkosten ersparen.² Die Deutung des Fördergebots aus Art. 7 Abs. 4 GG als Aufwendungsersatzleistung hat auch nicht zur Folge, dass der Staat über Art und Umfang der Förderung freier Schulen in dem Maße disponieren könnte, in dem er ein Interesse an seiner Entlastung bei der Gründung und dem Betrieb öffentlicher Schulen hat. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet mit der Gründungs- und Betriebsfreiheit privater Schulen zugleich den Anspruch auf Förderung des Staates, über die der Staat nicht nach Maßgabe seines „Entlastungsinteresses“ disponieren darf.

Wartefristen

Diesem Förderauftrag des Staates aus Art. 7 Abs. 4 GG widersprechen die derzeitige Förderpraxis vieler Länder und die zugrundeliegenden schulgesetzlichen Regelungen. Namentlich die in sämtlichen Bundesländern (mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz) geltenden schulgesetzlichen Regelungen, wonach freie Ersatzschulen staatliche Zuschüsse erst nach Ablauf einer mehrjährigen Wartefrist erhalten, sind mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht vereinbar. Solchen Wartefristen liegt zwar grundsätzlich der legitime Zweck zugrunde, „den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden“.³ Der Staat darf Finanzhilfen für freie Ersatzschulen „von einer hinreichend soliden Existenzbasis“ sowie von der pädagogischen Bewährung der Schule abhängig machen, „die der Gründung Aussicht auf dauerhaften Bestand verleiht“.⁴ Da Wartefristen die verfassungsrechtlich gewährleistete Gründungs- und Betriebsfreiheit privater Schulträger erheblich einschränken, bewirken sie aber einen Eingriff in das Grundrecht auf Errichtung privater Schulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, der der Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht⁵ unter Steuerung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedarf.⁶ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt auch zum Tragen, wenn man Wartefristen nicht als Grundrechtseingriff, sondern als Ausgestaltung des Fördergebots aus Art. 7 Abs. 4 GG ansieht.⁷ Das rechtsstaatliche Postulat der Verhältnismäßigkeit kommt nach heute gesicherter Staatsrechtslehre auch für grundrechtliche Ausgestaltungsregelungen zum Tragen.⁸

Um dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen, müssen Wartefristen *im Einzelfall* erforderlich sein. Sofern mildere und mit Blick auf das Ziel der Regelung gleich wirksame Mittel zur Verfügung stehen, sind Wartefristregelungen nicht erforderlich und verstoßen sie daher gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot.⁹ Die generelle Annahme der Landesgesetzgeber, Wartefristen seien generell, ohne Einzelfallprüfung zulässig, ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot, dem nicht nur generell, sondern auch in je-

-
- 1 Vgl. F. HUFEN, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen schulischer Selbstgestaltung, in: F.-R. JACH/S. JENKNER (Hrsg.), *Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen*, Festschrift zum 65. Geburtstag von J. P. VOGEL, 1998, S. 51 (S. 78 f.).
 - 2 Zu der Förderpraxis der Bundesländer B. PIEROTH/T. BARCZAK, *Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz*, in: H. AVENARIUS – B. PIEROTH/T. BARCZAK, *Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse*, 2012, S. 71 ff. (96 f.).
 - 3 BVerfGE 90, 107 (117); bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Ziff. C. II. 1. Dagegen generell kritisch gegenüber der Verfassungsmäßigkeit von Wartefristen J. P. VOGEL, RdJB 1995, 175 (180 ff.); J. P. VOGEL, RdJB 2005, 255 (258 ff.).
 - 4 BVerfGE 90, 107 (117 f.).
 - 5 Vgl. F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 112.
 - 6 Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Eingriffen in Grundrechte statt aller V. EPPING, *Grundrechte*, 6. Aufl. 2015, Rdnr. 91 f.
 - 7 So etwa BVerfGE 90, 107 (121).
 - 8 Statt vieler J. WIELAND, in: H. DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rdnr. 144 f.
 - 9 Zum Gebot der Erforderlichkeit als Postulat des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips statt aller K.-P. SOMMERMANN, in: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 314.

dem Einzelfall entsprochen werden muss¹, nicht vereinbar. Gesetzliche Regelungen der Wartezeit ohne Einzelfallprüfung sind verfassungswidrig.

Maßstab für Wartezeiten

Im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Einzelfallprüfung erweist sich eine Wartezeit im Hinblick auf ihren Zweck, eine hinreichend solide Existenzbasis der Schulträger sicherzustellen, als nicht erforderlich, wenn der jeweilige Schulträger in der Lage ist nachzuweisen, dass er über die für die Gründung und den Aufbau der Schule erforderlichen finanziellen Mittel verfügt. Seine Eigenmittel und etwaigen Schulgelder müssen zusammen mit den vom Land zu gewährenden finanziellen Leistungen die existenzielle Basis der Schule gewährleisten. Den erforderlichen Nachweis kann der Schulträger zum Beispiel erbringen, indem er darlegt, dass er über die notwendigen liquiden Mittel oder über ein entsprechendes Stiftungsvermögen verfügt, oder indem er Bankbürgschaften oder andere geeignete Sicherungen beibringt. Die eine Wartezeit rechtfertigende pädagogische Bewährung des Schulträgers ist im Rahmen der gebotenen Einzelfallprüfung etwa anzunehmen, wenn der Träger bereits erfolgreich eine entsprechende Schule aufgebaut hat und betreibt. Ist ein Schulträger im Einzelfall in der Lage, sowohl seine finanzielle Leistungsfähigkeit als auch seine pädagogische Bewährung nachzuweisen, ist der die Wartezeit allein rechtfertigende Zweck erfüllt und eine Wartezeit für die Förderung nicht erforderlich. Das Land ist in diesem Fall verpflichtet, dem Schulträger die gem. Art. 7 Abs. 4 GG gebotene Förderung ohne Wartezeit, das heißt vom Tag der Eröffnung der Schule an uneingeschränkt zu gewähren.

Erweist sich eine Wartezeit nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze dagegen im Einzelfall als erforderlich, um eine hinreichend solide Existenzbasis sowie die pädagogische Bewährung des Schulträgers sicherzustellen, muss der Gesetzgeber gem. Art. 7 Abs. 4 GG von Verfassungs wegen gewährleisten, dass sie sich nicht als faktische Errichtungssperre für neue Privatschulen auswirkt.² Unter welchen Voraussetzungen sich eine Wartezeit als faktische Errichtungssperre auswirkt und daher mit Art. 7 Abs. 4 GG unvereinbar ist, ist bislang nicht verbindlich geklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Gesamtschau sämtlicher die staatliche Schulfinanzierung ausgestaltenden landesgesetzlichen Regelungen geboten, bei der insbesondere die Länge der Wartezeit, die während der Wartezeit geleisteten staatlichen Zuschüsse, die nach Ablauf der Wartezeit einsetzenden regulären finanziellen Leistungen für die Ersatzschulen und etwaige Ausgleichszahlungen zu berücksichtigen sind.³ Im Rahmen dieser Gesamtschau muss gelten, dass Zuschüsse während der Wartezeit desto eher geleistet werden und desto höher ausfallen müssen, je länger die Wartezeit dauert, je geringer die von der Schule erhobenen Schulgelder sind und je niedriger die endgültigen finanziellen Leistungen nach Ablauf der Wartezeit ausfallen. Eine Wartezeit von einem Jahr oder zwei Jahren⁴ mag bei entsprechend hohen Schulgeldern und umfassenden finanziellen Leistungen nach Ablauf der Wartezeit noch nicht als faktische Sperre für die Errichtung von Schulen wirken.

Finanzhilfeanspruch während Wartezeit

Bei einer mehrjährigen Wartezeit muss der Staat dem Schulträger bereits während der Wartezeit Zuschüsse gewähren, damit die verfassungsrechtlich garantierte Errichtungs- und Betriebsfreiheit privater Schulen nicht leerläuft. Dies gilt umso mehr, wenn Schulen lediglich niedrige oder keine Schulgelder erheben und wenn die reguläre staatliche Förderung nach Ablauf der Wartezeit eher gering ausfällt. Die während einer mehrjährigen Wartezeit zu gewährenden Zuschüsse dürfen dabei nicht auf Freiwilligkeit des Landes beruhen oder

1 Statt aller M. SACHS, in: M. SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 20, Rdnr. 154.

2 BVerfGE 90, 107 (117); bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Ziff. C. II. 1.

3 Zu dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts näher unter Ziff. III. 4. a).

4 Für eine zulässige Wartezeit von drei Jahren P. THEUERSBACHER, RdJB 1994, 497 (503).

in seinem Ermessen stehen oder von der Haushaltslage des Staates abhängig sein. Sie müssen vielmehr, damit sie für gründungswillige Schulträger berechenbar sind, durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein. Freiwillige Leistungen des Staates, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Schulträgers gesichert ist, genügen dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 GG nicht.¹ Soweit während des Aufbaus einer Schule geringere Kosten anfallen als nach Abschluss des Aufbaus, etwa weil die Schule erst über wenige Klassen verfügt und der Personalaufwand noch gering ist,² ist das Land berechtigt, während der Wartezeit geringere Zuschüsse zu leisten als es nach Ablauf der Wartezeit als reguläre Förderung erbringen muss.

Ersatz ersparter Aufwendungen nach Wartezeit

Nach Ablauf der Wartezeit ist das Land gem. Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet, den Schulträgern die durch die Entlastung des Landes ersparten Aufwendungen zu ersetzen, wobei ein angemessener Eigenanteil des Privatschulträgers und nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG zulässigerweise erhobene Schulgelde sowie sonstige verfügbare Finanzmittel des Privatschulträgers (z.B. Spenden) in Abzug gebracht werden dürfen. Bei der Bemessung des Bedarfs der freien Ersatzschulen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts neben den Personalkosten auch die für die Errichtung und den laufenden Betrieb notwendigen Sachkosten wie zum Beispiel die Kosten für den Schulbau und die Ausstattung der Schulräumlichkeiten einzubeziehen.³

Entlastung während Wartezeit

Darüber hinaus muss das Land dem Schulträger nach dem Ende der Wartezeit während der Wartezeit nicht geleistete Zahlungen rückwirkend vollständig erbringen.⁴ Der Grund hierfür ist, dass private Ersatzschulen das Land auch während der Wartezeit von seiner Schulaufgabe (s. Art. 7 Abs. 1 GG) entlasten und ihm finanzielle Aufwendungen ersparen, was die Förderpflicht des Staates gem. Art. 7 Abs. 4 GG auslöst. An der Entlastungsfunktion der Ersatzschulen ändert eine Wartezeit nichts; sie dient allein dem Ziel sicherzustellen, dass der Schulträger über eine hinreichend solide finanzielle Basis verfügt und sich pädagogisch bewährt. Das mit einer Wartezeit verbundene grundsätzlich legitime Anliegen des Staates, keine finanziellen Mittel zu vergeuden und daher nur solche Ersatzschulen zu fördern, die aufgrund solider finanzieller Grundlagen und ausreichender pädagogischer Bewährung die Gewähr für einen dauerhaften Betrieb der Schule bieten, legitimiert den Staat nur, über den Zeitpunkt der erstmaligen Auszahlung der Förderung zu befinden. Es ändert aber nichts an dem Zahlungsgrund vom ersten Tag der Aufnahme des genehmigten Ersatzschulbetriebes an. Dem entspricht es, dass Schulträger auch während einer Wartezeit gezahlte Zuschüsse nach Ablauf der Wartezeit nicht an das zuschussgewährende Land zurückzahlen müssen. Eine solche Rückzahlungspflicht läge aber nahe, wenn mit dem Schulbetrieb während der Wartezeit keine Entlastung des Staates von seiner öffentlichen Schulaufgabe und entsprechend keine Ersparnis staatlicher Aufwendungen verbunden wäre.

d) Organisation der Aufsicht des Staates über freie Schulen

Das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG setzt der Gestaltungsfreiheit des Staates im Schulwesen auch bei der Organisation der Aufsicht Schranken. Bislang kaum erörtert ist die Frage, ob im Lichte der verfassungsrechtlich gewährleisteten Privatschulautonomie die Einführung

1 Vgl. BVerfGE 90, 107 (124); bezogen auf existenzsichernde Hartz IV-Leistungen vgl. auch BVerfGE 125, 175 (223).

2 Vgl. BVerfGE 90, 128 (140).

3 Näher unter Ziff. IV. 3.

4 Ebenso J. P. VOGEL, RdJB 2005, 255 (258 f.); F. HUFEN, Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft. Vom individuellen Grundrechtsschutz zum „Schutz der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. HUFEN/J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 49 (57); etwas zurückhaltender, aber in dieselbe Richtung denkt M. THIEL, in: M. SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rdnr. 66. Für eine Verzinsungspflicht des Staates für rückwirkend zu leistende Zuschusszahlungen T. SCHWABENBAUER, DÖV 2011, 672 (678 f.).

einer staatsunabhängigen Schulaufsicht verfassungsrechtlich zulässig – oder sogar geboten – ist. Hierzu seien einige erste Gedanken geäußert:

Staatsunabhängige Schulaufsicht ?

Art. 7 Abs. 1 GG weist die Aufgabe der Aufsicht über das Schulwesen dem Staat zu. Mit dieser verfassungsrechtlichen Aufgabennorm verträgt sich auf den ersten Blick eine staatsunabhängige Schulaufsicht nicht, bei der die Genehmigung und Kontrolle freier Schulen in den Händen einer von dem jeweiligen Bundesland unabhängigen Einrichtung läge. Die Schulaufsicht des Staates steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundrecht der Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG), das der staatlichen Aufsicht über freie Schulen Grenzen setzt. Eine staatsunabhängige Aufsicht könnte durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit geboten sein, wenn der Staat seiner Aufsichtsaufgabe anderenfalls nicht gerecht wird, weil die zu beaufsichtigenden freien Schulen in Konkurrenz mit öffentlichen Schulen stehen, wodurch der Staat in Interessenkonflikte geraten kann. Nehmen die Länder die ihnen obliegende Aufgabe der Genehmigung und Kontrolle freier Schulen wegen des Betriebs eigener, öffentlicher Schulen nicht unparteiisch, allein orientiert am Maßstab des Gesetzes wahr, könnte die Herauslösung der Aufsicht aus der hierarchischen Ministerialverwaltung verfassungsrechtlich geboten sein. Befindet sich der Staat in einem Interessen- und Zielkonflikt zwischen dem Schutz der öffentlichen Schulen und der Rechtsaufsicht über freie Schulen, könnte dies seine verfassungskräftige Aufgabe gefährden, die Genehmigung und Kontrolle freier Schulen unparteiisch nach Maßgabe von Recht und Gesetz auszuüben. Insoweit bestünde die Gefahr, dass die Länder öffentliche Schulen gegenüber privaten Schulen privilegierten bzw. bei der Genehmigung und Kontrolle privater Schulen auf sachfremde Belange Rücksicht nähmen. Anhaltspunkte hierfür in der Praxis mag es geben.

Für einen solchen Interessen- und Zielkonflikt, der eine staatsunabhängige Aufsicht rechtfertigte, spricht die Parallele zu anderen unabhängigen Aufsichtsinstanzen, etwa der Bundesnetzagentur, den Landesmedienanstalten oder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien. Die Unabhängigkeit dieser Aufsichts- und Regulierungsbehörden findet ihren Grund und ihre Rechtfertigung entweder ebenfalls in Interessenkollisionen beim Staat, der als Wettbewerber in dem zu beaufsichtigenden Bereich selber tätig ist, oder in der verfassungsrechtlich garantierten Staatsfreiheit der zu beaufsichtigenden Grundrechtsträger.

Es bedarf allerdings einer sorgsamten Analyse, ob Mängel bei der staatlichen Schulaufsicht tatsächlich dadurch bedingt sind, dass die Länder infolge der Konkurrenz zwischen freien und öffentlichen Schulen Interessenkonflikten ausgesetzt sind. Ein anderer Grund für Mängel bei der Aufsicht über freie Schulen könnte darin liegen, dass die Landesgesetzgeber es bislang versäumt haben, die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Genehmigung und Kontrolle sowie vor allem für die Privatschulförderung in einer Weise zu regeln, dass den Maßgaben des Art. 7 Abs. 4 GG entsprochen wird. Wären die Maßstäbe für die Ersatzschulgenehmigung und die Rechtsaufsicht über freie Schulen landesgesetzlich hinreichend bestimmt und verfassungskonform festgelegt, blieben den staatlichen Aufsichtsbehörden geringere Spielräume bei der Ausübung der Aufsicht und könnte dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG auch ohne eine staatsunabhängige Aufsicht entsprochen sein. Insoweit besteht ein Unterschied zwischen der Schulaufsicht und den erwähnten unabhängigen Aufsichtsinstanzen (Bundesnetzagentur, Landesmedienanstalten, Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien), bei denen die gesetzlichen Maßstäbe für die Aufsicht regelmäßig eher weit und entsprechend unbestimmt sind, da den Aufsichtsinstanzen von Verfassungs Beurteilungsspielräume zukommen müssen.

**Schulaufsicht und
Privatschulfreiheit:
Interessenkonflikt des
Staates ?**

Allerdings könnte der Gesetzgeber im Schulwesen mit Blick auf die Konkurrenzsituation zwischen öffentlichen und privaten Schulen selbst in einem Interessen- und Zielkonflikt gefangen sein, sodass er – ebenso wie in anderen Bereichen mit unabhängiger Aufsichtsbehörde wie etwa dem Telekommunikationssektor – auf die Funktion eines „Rahmengesetzgebers“ zu beschränken sein könnte. Im System der Telekommunikationsregulierung ist der Hauptakteur die Bundesnetzagentur, die zudem weisungsfrei und in sonstiger Hinsicht unabhängig sein muss.¹ Eine „gesetzliche Vorstrukturierung“ des der Regulierungsbehörde eröffneten Regulierungsermessens ist nur in engen Grenzen möglich. Die Regelung des „Wesentlichen vom Wesentlichen“ obliegt – in Abkehr tradierter staatsrechtlicher Anschauungen – nicht dem Gesetzgeber, sondern der (insoweit unabhängigen) Exekutive.² Neben den „weisungsfreien Raum“ tritt insoweit der „gesetzesfreie“, „parlamentsfreie“ Raum. Für einen Staatsrechtler ist das zwar auf den ersten Blick schwer verdauliche Kost. Nach einiger Zeit der Verdauung mag dann aber die Erkenntnis kommen, dass es ein und derselbe Sachgrund ist, der sowohl die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde legitimiert als auch der Regelungsmacht des Gesetzgebers Grenzen setzt: die Vermeidung einer Kollision zwischen aufsichtlichen Interessen und Interessen als „Wettbewerber“ im Schulwesen.

IV. Resümee

Nimmt man das Grundgesetz nicht nur beim Wort, sondern auch bei seinen Zielen und schenkt dem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen der Schulaufsicht des Staates und dem Grundrecht der Privatschulfreiheit Beachtung, ist die Aufsicht des Staates über freie Schulen vielfach begrenzt. Diese Grenzen zeigen sich nicht nur bei der gesetzlichen Festlegung der Genehmigungsvoraussetzungen für Ersatzschulen, sondern auch bei der Genehmigungskontrolle durch Rechtsaufsicht und bei der staatlichen Förderung freier Ersatzschulen. Ob von Verfassungs wegen auch die Einführung einer staatsunabhängigen Schulaufsicht zulässig oder gar geboten ist, gehört zu den bislang ungeklärten Fragen. Die vielfältigen Interessenkonflikte, denen die Länder bei der Ausübung der Schulaufsicht über öffentliche und freie Schulen ausgesetzt sind, sowie die Parallele zu anderen unabhängigen Aufsichtsinstanzen legt es nahe, dieser Frage in Zukunft mehr Aufmerksamkeit zu schenken.



1 Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), Abl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33.

2 Hierzu näher M. MÖSTL, in: MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 75. EL September 2015, Art. 87 f. Rdnr. 102; TH. ATTENDORN/M. GEPPERT, in: M. GEPPERT/R. SCHÜTZ (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 116 Rdnr. 17 f. und § 117 Rdnr. 7 ff.

Büchertisch **Der Missbrauch an der Odenwaldschule und die Vereinigung Deutscher Landerziehungsheime**

JENS BRACHMANN: Reformpädagogik zwischen Re-Education, Bildungsexpansion und Missbrauchsskandal. Die Geschichte der Vereinigung Deutscher Landerziehungsheime 1947–2012. Klinkhardt 2015.

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, HAMBURG

Die Vereinigung Deutscher Landerziehungsheime ist dem Missbrauch in der Odenwaldschule zum Opfer gefallen – im Zerfall hat sie noch für ihre eigene Archivierung gesorgt: Sie beauftragte den Erziehungswissenschaftler DR. JENS BRACHMANN, Professor in Rostock, mit der Aufarbeitung des Missbrauchs und wie es dazu kommen konnte. Daraus ist eine Geschichte der Vereinigung seit dem 2. Weltkrieg geworden. Das Werk liegt nun vor; 500 Seiten eng gedruckter Text und 200 Seiten Quellen; schon vom Umfang her hat es Anspruch, als Standardwerk zu gelten.

Mit einigem Zögern möchte ich mich zu dem Buch äußern: Ich komme selbst als langjähriger Syndikus/Geschäftsführer der Vereinigung im Buch vor und habe durch ein ausführliches Interview mit dem Autor an ihm mitgewirkt; bin ich dann nicht befangen? Andererseits bin ich vermutlich einer der Letzten, die alle zwischen 1960 und 2000 aktiven, im Buch erwähnten Personen (leider außer MINNA SPECHT) persönlich kannten. Wer könnte sonst zu den berichteten Tatsachen etwas sagen?

BRACHMANN behandelt das Thema auf drei Ebenen: Zunächst die Geschichte der Vereinigung und ihrer Mitgliedsschulen von der Wiedergründung 1947 an bis zur Auflösung 2012; sodann Biographien und Handeln der sechs Vorsitzenden; und schließlich noch einmal eine Chronik. Die Summe zieht ein Kapitel mit dem Titel: „*Die Aufarbeitung der Vorkommnisse um pädokriminelle Gewalt als Testfall für die Belastbarkeit der Korporationskultur des Dachverbandes der Reforminternate*“. Alles dies außerordentlich gründlich unter Verwendung umfangreichen Materials aus Akten und Zeitzeugenberichten; unter den Quellen fehlt mir nur der wichtige Abschlussbericht der unabhängigen Prüferinnen zum Missbrauch an der Odenwaldschule. Eindrucksvoll die raumgreifenden Darstellungen der changierenden Persönlichkeiten des Bildungspolitikers HELLMUT BECKER, der zwischen 1949 und 1993 in verschiedenen Ämtern beherrschenden Einfluss auf die Vereinigung und ihre Mitgliedsschulen nahm – und des nicht mit ihm verwandten aber von ihm stets nachdrücklich geförderten, weit über die Vereinigung hinaus anerkannten charismatischen Pädagogen GEROLD UMMO BECKER, Leiter und Zerstörer der Odenwaldschule.

Ausgangspunkt BRACHMANNS ist der Missbrauch an der Odenwaldschule und seine Auswirkung auf die Vereinigung. Es entsteht der Eindruck, dass die Vereinigung und die Leiter der Landerziehungsheime seit GUSTAV WYNEKEN, der 1906 mit PAUL GEHEEB, dem späteren Gründer der Odenwaldschule (1910) das LEH Wickersdorf gründete und wegen des Missbrauchs von Schülern strafrechtlich verurteilt wurde, latent gefährdet waren – was sich schließlich unter GEROLD B. entlud. Nicht nur, dass die Vereinigung in der Nachkriegszeit Wyneken (einmalig) finanziell unterstützt habe; HELLMUT B. habe auch (mit ironischem Unterton), als Beispiel für Chaotik und sexuelle Freizügigkeit in einem Landerziehungsheim, den Wickersdorf-Roman „Kampf um Odilienberg“ als Lektüre angepriesen und GEROLD B. gefördert, obwohl er dessen päderastische Neigungen kannte. Außerdem hätten die Leiter trotz diverser einschlägiger Anlässe auf Vereinigungssitzungen nie über das Thema „Pädagogische Nähe, pädagogischer Eros und sexuelle Gefährdung“ diskutiert, es also beschwiegen („*Das Thema war tabuisiert*“ (S. 402)). BRACHMANN wandelt sich nicht nur hier in seiner Darstellung vom sachlichen Historiker zum pro-

phetisch verdammenden Moralisten: Weil GEROLD B. auf der Heimleitertagung 1983 außerhalb der Tagungsordnung Ausführungen zum „*Fluidum averbaler Aufklärung und zunehmenden Klima selbstverständlicher Zärtlichkeit auch in der Schulöffentlichkeit*“ machte, der Vorsitzende HELLMUT B. eine Diskussion verhinderte und der Punkt deshalb nicht im Protokoll erschien, seien die Leiter „zu Duldern, zu Unterstützern, ja zu einem aktiven Teil der Tätersysteme“ geworden. „Jeder der Anwesenden hat damit schuldhaft in Kauf genommen, dass es zu einer Verletzung einer verantwortungsbewussten Erziehungskultur im Hambachtal kam (S. 395). Eine historische Schuld vom Ausmaß der Ober-Hambacher Missbrauchstaten bleibt in die kulturelle Grammatik der Institution eingeschrieben – für alle Zeit“ (S. 396).

Hier halte ich inne. Sind die mitgeteilten Tatsachen wirklich so gravierend, dass sie eine solche Verurteilung der Vereinigung trügen? Immerhin: Nicht die Vereinigung, sondern GEROLD B. an der Odenwaldschule hat die Missbräuche begangen. Nicht die ahnungslose Vereinigung, sondern HELLMUT B. hat, obwohl er GEROLD B.'s Päderastie kannte, diesen ständig gefördert und gegen berechnete Kritik geschützt.

Alle Gründer von Landerziehungsheimen, auch PAUL GEHEEB, kamen aus der Jugendbewegung/Wandervogel mit ihrer jugendlichen Befreiung, u.a. Freikörperkultur und Entkrampfung der Sexualität. Auch diese Seiten wurden im Dritten Reich pervertiert und danach von der Leitergeneration, die in dieser Zeit sozialisiert wurde, nicht wieder aufgenommen. Schon unter den Gründern war es nur WYNEKEN, von dem ein ständiger sexueller Missbrauch von Schülern bekannt ist (der aber nach strafrechtlicher Verurteilung sogar noch in einem Kultusministerium beschäftigt wurde!). Da Wickersdorf schon von den Nazis geschlossen wurde, ist die Traditionslinie zur Nachkriegszeit etwas schütter. Dass die Heimleiter ihm nach dem Krieg eine einmalige finanzielle Hilfe zukommen ließen, war seiner Armut zuzuschreiben, aber kein Bekenntnis zur Päderastie.

- Die Gefährdung der von der Reformpädagogik angestrebten Nähe zwischen Lehrenden und Lernenden durch Missbräuche wurde in der Vereinigung nicht behandelt, weil alle Leiter (bis auf GEROLD B.) selbstverständlich manifeste homophile Neigungen von Erwachsenen gegenüber Schülern ahndeten; BRACHMANN erwähnt beispielhaft und zustimmend das Vorgehen des Schondorfer Leiters in einem solchen Fall (S. 78): fristlose Freistellung des Mitarbeiters und zugleich Schutz der betroffenen Schüler vor peinlichen Vernehmungen durch Polizei und vor Gericht.
- Als GEROLD B. das Thema auf der Heimleitertagung 1983 ansprach, fand eine Diskussion nicht statt – vermutlich nicht, weil die übrigen Leiter den Ausführungen zustimmten, sondern weil keiner den tatsächlichen Hintergrund der Ausführungen kannte.
- Erst im Lichte des nun bekannten Missbrauchs entsteht ex post aus diesen Vorgängen ein allerdings sehr durchbrochener historischer Zusammenhang. GEROLD B. war bis 1998 (und darüber hinaus) ein aufgrund seiner Schriften und Vorträge hoch prominenter Pädagoge; staatliche, kirchliche, pädagogische und gewerkschaftliche Institutionen rissen sich um ihn als Vortragenden; HELLMUT B. förderte ihn, weil er interessante Standpunkte vertrat; er war menschlich gewinnend, charmant und geistreich – dass er sich an Schülern vergehen könnte, war etwas Unvorstellbares. Deshalb wurden die ersten Bezeichnungen durch zwei Altschüler, 15 Jahre nach den Vorfällen, vom Schulleiter W. HARDER 1998 eher latent behandelt. Ein Leiter, der zu diesem Zeitpunkt sich wie Jesuitenpater MERTENS zehn (für die Öffnung der öffentlichen Meinung zur Sexualität entscheidende) Jahre später geoutet hätte, wäre vom Träger

sofort entlassen worden, nicht, weil die Sache beschwiegen werden sollte, sondern weil kein Mensch sie geglaubt hätte. Die Odenwaldschule war nach Bewältigung der BECKERSCHEN Unordnung durch W. HARDER seit 1985 wieder die Vorzeigeschule, die sie vor BECKER war und blieb das noch 24 (!) Jahre bis 2009; Altschülerin AMELIE FRIED beschreibt anschaulich, wie glücklich sie und ihre Mitschüler in dieser Internatsschule waren (FAZ vom 13.03.2010).

Geschichte, die vom Ende her geschrieben wird, erscheint alternativlos. Meine Gegenthese, die sich ebenfalls aus den Quellen ergeben könnte: Die Vereinigung ist an ideeller Auszehrung eingegangen; sie zerfiel, als eine der Mitgliedsschulen eine Katastrophe erlebte, auf die sie keine Antwort mehr fand. Der Missbrauch an der Odenwaldschule ist nicht die Folge einer Landerziehungsheim-eigenen Tradition in Sexualfragen, sondern ein Sonderfall, der in einer bestimmten Konstellation der Umstände an der Odenwaldschule möglich wurde. Im Einzelnen:

- Die Vereinigung lebte so lange, wie sich die Leiter der gemeinsamen Wurzeln in der Reformpädagogik bewusst waren und sie weiter entwickelten. Die pädagogischen Auseinandersetzungen zwischen den beiden führenden, in ihren Strukturen und Auffassungen sehr gegensätzlichen Heimen Salem und Odenwaldschule auf den Heimleiter tagungen waren fruchtbar auch für die übrigen Mitgliedsschulen. HELLMUT B. als Vorsitzender verstand es, diese Auseinandersetzungen zu provozieren und zu Denkprozessen in allen Schulen zu führen. Diese ideelle Spannung ging unter HELLMUT B.'s Nachfolgern nach dem Abgang der Leiter Salems, BERNHARD BUEB, und der Odenwaldschule, GEROLD B., zur Neige. Die Reformideen waren in der staatlichen Schule angekommen; die Ganztagschulen stellten die Notwendigkeit der Internatserziehung in Frage; die differenzierte Oberstufe und der Wunsch der Schüler, an Wochenenden nach Hause fahren zu dürfen, schränkten die Zeiträume für besondere Angebote ein. Der Herausforderung durch den Missbrauch in der Odenwaldschule hatte die Vereinigung ausreichende Einigkeit und Solidarität nicht mehr entgegen zu setzen. Folglich lief sie auseinander und wurde aufgelöst. Dies kann man ihr, wenn man moralisch denkt, vorwerfen.
- Dass ein Missbrauch in der Odenwaldschule so intensiv durch den Leiter betrieben werden konnte und so lange verborgen blieb, lag an den mefistofelischen Qualitäten GEROLD B.'s, aber auch an der speziellen Verfassung der Schule. Während nämlich überall die Leiter als Angestellte der Träger nicht Mitglied im Trägervorstand als Aufsichtsgremium sein können, war der Leiter der Odenwaldschule kraft Amtes Mitglied des Vorstands. Die Aufsicht des Trägers war mithin verwischt. Weiter: Während in den übrigen Schulen jeder Schüler außer dem Familienoberhaupt noch einen frei gewählten Mitarbeiter als Bezugsperson hat (Vieraugenprinzip), gab es an der Odenwaldschule nur das Familienoberhaupt, wenn auch der Klassenlehrer und die Schulpsychologin als Gesprächspartner zur Verfügung standen – freilich nicht so individuell zugeteilt wie beim Vieraugenprinzip. Diese bis dahin ausreichende liberale Verfassung ließ GEROLD B. den Freiraum für seine Missbräuche und deren Verheimlichung. An den anderen Landerziehungsheimen hätte er sicher auch Schüler missbrauchen können; so lange und so diskret wie an der Odenwaldschule wahrscheinlich nicht – wie die Beispiele an anderen Landerziehungsheimen zeigen. Ein Argument für die Aufhebung der personellen Einheit von Lehrer und Erzieher, wie Jugendämter sie nun fordern, ergibt sich daraus nicht.

BRACHMANN nimmt die rechtliche Seite grundsätzlich wenig in den Blick. Schon dass er die Vereinigung (möglicherweise aus sprachästhetischen Gründen) unter immer anderen Namen behandelt, ist irritierend. Landerziehungsheime sind teils Vereine, teils Stiftungen, Spiekeroog eine GmbH; nach 1947 lösten sich schließlich alle aus dem Eigentum der Gründerfamilien und wurden autonome, von juristischen Personen getragene Institute. Die Vereinigung war ein Verein, aber kein Zusammenschluss der Träger („Dachverband“), sondern der Leiter. Diese etwas gebrechliche Verbindung konnte deshalb bei Vorkommnissen nur den betreffenden Leiter beraten; auf das Handeln der Schulträger hatte sie keinen Einfluss; und wenn sie für eine der Schulen auftreten sollte, ging dies nur mit Zustimmung der Schule. Nach Berichten von Schulleitern scheint die von der Entwicklung 2009 völlig überraschte und wohl auch überforderte damalige Leiterin der Odenwaldschule MARGARITA KAUFMANN auch etwas resistent gegenüber Beratung und Hilfe seitens der Vereinigung gewesen zu sein.

Ein Letztes: BRACHMANN spricht hinsichtlich der Bildung eines Privatschulrechts nach dem Krieg durch HELLMUT B. und VOGEL von in Gänsefüßchen gesetzter „Interessenjurisprudenz“; das suggeriert, hier sei eine Art privaten Rechts zum Schutze der Landerziehungsheime entwickelt worden. Es ging aber darum, eine in Gang befindliche Übernahme der veralteten Regeln der Weimarer Zeit zu korrigieren und ein dem Grundgesetz mit seinem Grundrecht, Privatschulen zu gründen, adäquates Landesrecht zu schaffen – eine Entwicklung, die erst mit den Gutachten des Heidelberger Rechtswissenschaftlers FRIEDRICH MÜLLER 1980 einen dogmatisch fundierten Rang gefunden hat.

In summa: BRACHMANN hat eine Beschreibung und Geschichte der Vereinigung vorgelegt, die auf weite Strecken viele richtig beobachtete und treffende Details enthält. Der Drang BRACHMANNs zu moralischer Bewertung jedoch und die Verengung des Auftrags auf die „Aufarbeitung“ des Missbrauchs an Landerziehungsheimen, speziell an der Odenwaldschule, verstellen in ihrer Dominanz den Blick auf Alternativen historischer Deutung der Quellen.



IMPRESSUM

Herausgeber:
Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V.
Osterstraße 1 • D-30159 Hannover
Tel.: 0511 – 260 918 -21 • Fax: 0511 – 260 918 -20
e-mail: info@Institut-IfBB.de
www.Institut-IfBB.de

Redaktionsleitung:
Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter VOGEL
e-mail: 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: 20,- € jährlich einschl. Versandkosten

Einzelpreis: 8,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten

Neu- bzw. Nachbestellung von Heften:
e-mail: Abo@Institut-IfBB.de

Druck:
Umweltdruckhaus Hannover GmbH
Klusriede 23 • D-30851 Langenhagen
www.Umweltdruckhaus.de