

	<b>Geleitwort</b> .....	2
<b>Rechtsprechung</b>	<b>Bundesgerichtshof verwirft die neue Vereinsrecht- sprechung des Kammergerichts. Zum Beschluss des BGH vom 16.05.2017 – II ZB 7/16.</b> Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Hamburg.....	3
	<b>Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entscheidet über Zuschüsse für integrative Ersatzschulen</b> Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas, M.C.L, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Medizinrecht, Stuttgart .....	4
<b>Büchertisch</b>	<b>MATTHIAS KERN (Hrsg.): Selbstbestimmte und selbstorganisierte Bildung versus Schulpflicht</b> Prof. Dr. Arnold Köpcke-Duttler, Rechtsanwalt und Diplom-Pädagoge, Ochsenfurt .....	10
	<b>HANSGÜNTER LANG: Das Bildungsangebot für Behinderte. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das System der sonderpädagogischen Förderung</b> Prof. Dr. Arnold Köpcke-Duttler, Rechtsanwalt und Diplom-Pädagoge, Ochsenfurt .....	13
<b>Neuerscheinung</b>	<b>Auf dem Weg zur inklusiven Schule. Organisation einer Schul- und Bildungsentwicklung – 4. Deutscher Schul- rechtstag (2016).</b> Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V./Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung (Hg.).....	15
<b>Ankündigung</b>	<b>Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot und seine Umsetzung im gegenwärtigen Privatschulsystem</b> Fachtagung vom 31. August bis 1. September 2017 an der Universität Mainz, Jakob-Welder-Weg 4, 55128 Mainz (Haus Recht und Wirtschaft II, Raum 00 341) Deutsche Gesellschaft für Bildungsverwaltung – DGBV AG Bildungsrecht.....	15

## Geleitwort

Ein Hauptproblem der Schulen in freier Trägerschaft in den letzten Jahren ist hoffentlich endgültig beseitigt: der Bundesgerichtshof hat am 18.05.2017 mit wünschenswerter Klarheit und juristischer Unanfechtbarkeit festgestellt, dass die gemeinnützigen Träger freier Schulen und Kindertagesstätten den Status als Verein zu Recht innehaben. Das Erdbeben, das nach den Entscheidungen des Berliner Kammergerichts durch die als Vereine organisierten Schulen und Kitas ging, ist beendet. Danke!

Eine andere Großbaustelle ist nach wie vor die höchstrichterliche Voraussetzung eines jeden Finanzhilfeanspruchs: die „Gefährdung der Institution Privatschulwesen“ (und nicht die Gefährdung der einzelnen Schule!). Über eine keimhafte Einschränkung dieser Institution berichtet MICHAEL QUAAS in diesem Heft: in einem neuen Beschluss hat das Bundesverwaltungsgericht zwar immer noch nicht die Gefährdung der einzelnen Schule zugrunde gelegt, aber es hat die Institution aufgeteilt. Es soll nun die Gefährdung des jeweiligen Schultyps der klagenden Schule genügen, im vorliegenden Fall des Schultyps Integrative Schule.

Unabhängig davon, ob man die höchstrichterliche Voraussetzung überhaupt für verfassungsrechtlich begründbar hält, wird hier wenigstens der bisher amöbenhafte Begriff „Institution des Privatschulwesens“ in Institutionen der jeweils betroffenen Schultypen zerlegt und damit ein wenig handlicher. Es bleibt aber immer noch die Frage: Wann tritt diese Gefährdung ein – bei Gefährdung wievieler Schulen, bei der Schließung einer oder mehrerer oder einer Prozentzahl von Schulen des Schultyps? Rechtsdogmatisch ist dem kaum beizukommen, Schätzungen bleiben gummiartig. Der prinzipielle Ansatz ist falsch, alles Weitere bleibt, ähnlich der zulässigen Schulgeldhöhe, gegriffen.

Die Buchbesprechungen in diesem Heft betreffen Dauerbrenner der öffentlichen pädagogischen Diskussion: die Inklusion und das Homeschooling. Und – wie die Tagungsankündigung zeigt –: die Diskussion der Thesen von WRASE und HELBING zur Missachtung des Sonderungsverbots (s. R&B 1/17) geht weiter.

DIE REDAKTION



## Rechtsprechung **Bundesgerichtshof verwirft die neue Vereinsrechtsprechung des Kammergerichts.**

**Zum Beschluss des BGH vom 16.05.2017 – II ZB 7/16.**

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, HAMBURG

Als das Kammergericht Berlin (KG) 2011 die Form des eingetragenen Vereins als Träger von Schulen und Kindertagesstätten in freier Trägerschaft infrage stellte (s. R&B 4/11), verbreitete sich Ratlosigkeit, aber auch Widerstand in den betroffenen Kreisen (s. R&B 1/14, S. 11 ff. (ST. MAY), R&B 3/14, S. 6 ff. (R. EICHHOLZ), R&B 3/16, S. 3 ff. (Offener Brief an BJM, W. CREMER/CHR. WEGRICHT, D. HARDORP)). Der Verein ist die am meisten gewählte Form der Trägerschaft; Hunderte von Einrichtungen wurden von der plötzlichen Wende der Rechtsprechung betroffen. Erfreulicherweise hat der BGH nun den alten Rechtszustand wieder hergestellt, indem er einen neuerlichen Beschluss des KG vom 16.02.2016 aufhob und ein beim Amtsgericht hängendes Verfahren zur Löschung eines Kita-Trägervereins im Vereinsregister einstellte.

**Kita- und Schulbetrieb  
fallen unter das  
Nebenzweckprivileg**

Es bleibt dabei: Ein nach seiner Satzung ausgewiesener Idealverein darf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (Kindergarten, Schule) betreiben, um damit seine satzungsgemäßen Ziele zu verfolgen (Nebenzweckprivileg). Entscheidend für die Einordnung als Idealverein seien die Zweckbestimmung in der Satzung sowie die Form, in der der Verein tatsächlich tätig wird. Für die Beurteilung dieser Voraussetzungen sei die Anerkennung des Trägers als gemeinnützig i.S. der §§ 51 ff. der Abgabenordnung (AO) entscheidend. Nach der Gesetzgebungshistorie habe der Gesetzgeber den gemeinnützigen Verein als Regelfall eines Idealvereins angesehen. Ursprünglich sollten in § 21 BGB – der Grundlage des Idealvereins – die als Zwecke eines Idealvereins möglichen Zwecke definiert werden (gemeinnützig, wohltätig, gesellig, wissenschaftlich, künstlerisch o.Ä.); auch wenn dies dann unterblieb, sollten damit die gemeinnützigen Zwecke nicht ausgeschlossen werden; dies umso mehr, als sie als Zwecke in den Gemeinnützigkeitsbestimmungen der AO wiederkehren. Stehen diese Eigenschaften des Vereins im Vordergrund seiner satzungsmäßigen Zwecksetzung, sind die Beteiligten selbstlos tätig und sind seine Mittel ausschließlich und unmittelbar für diese Zwecke einzusetzen, so ist seine wirtschaftliche Betätigung nicht Haupt- oder Selbstzweck, sondern dem ideellen Hauptzweck zugeordnet.

Dabei seien Größe und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung allein nicht aussagekräftig für die Frage der Zuordnung. Im entschiedenen Fall trug der betroffene Kitaträger neun Kitas.

**Gläubiger- und  
Konkurrenzschutz  
keine Gegengründe**

Im Übrigen verwirft der BGH auch die weiteren Begründungen des KG, wonach Gläubigerschutz oder Konkurrenzschutz erforderten, dass eine umfangreichere wirtschaftliche Betätigung in den dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen stattfinden müssten. § 21 BGB sehe das Nebenzweckprivileg für die dem ideellen Hauptzweck untergeordnete wirtschaftliche Betätigung des Idealvereins ausdrücklich vor. Das Nebenzweckprivileg verursache auch keine größeren Gefahren für den Rechtsverkehr als in den Fällen, in denen der wirtschaftliche Bereich aus dem Idealverein ausgegliedert und als Wirtschaftsbetrieb verselbständigt ist, abgesehen davon, dass die Vereinsvorschriften des BGB keine unmittelbar wettbewerbsregelnde Normen seien. Mit diesen Ausführungen sind alle möglichen Zweifel beseitigt. Kitas und Schulen in freier Trägerschaft dürfen und können weiterhin in der Form des eingetragenen Vereins betrieben werden. Der BGH hat die bisherige Rechtslage stabilisiert.

Den Schul- und Kitavereinen sei geraten, in ihren Vereinssatzungen für klare ideelle Zweckbestimmungen zu sorgen sowie darüber hinaus auch die Gemeinnützigkeit anerkennen zu lassen und deren Voraussetzungen sorgfältig zu befolgen. Schulen übrigens, die keine Anerkennung der Gemeinnützigkeit haben, sind nicht notwendig von der Vereinsträgerschaft ausgeschlossen; sie müssen allerdings in Zweifelsfällen nachweisen, dass sie die für die Anerkennung erforderlichen Voraussetzungen erfüllen. Empfehlenswert ist eine solche Trägerschaft nicht.



## **Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entscheidet über Zuschüsse für integrative Ersatzschulen**

RECHTSANWALT PROF. DR. MICHAEL QUAAS, M.C.L., FACHANWALT FÜR VERWALTUNGSRECHT  
UND MEDIZINRECHT, STUTTGART

**Anspruch auf  
Finanzhilfe für  
Mehraufwand für  
Inklusion?**

Das BVerwG hat in einem Beschluss vom 04.11.2016<sup>1</sup> über die Frage entschieden, unter welchen Voraussetzungen der Träger einer integrativen Ersatzschule sich gegen Kürzungen der staatlichen Zuschüsse am Maßstab der Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG zur Wehr setzen kann. Der Beschluss ist von grundsätzlicher Bedeutung, da der 4. Senat des BVerwG – in nahezu komplett neuer Besetzung – den Fall zum Anlass genommen hat, seine Auffassung zu den bundesverfassungsrechtlichen Grundsätzen der staatlichen Ersatzschulfinanzierung darzulegen und zu präzisieren. Fallentscheidend hat er zwar eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung der vorgelegten Fragen zum sog. (inklusivem) Mehraufwand für die integrative Unterrichtung behinderter Schüler verneint und damit die beantragte Zulassung der Revision gegen das vorinstanzliche Urteil des VGH Mannheim vom 14.10.2015 (VGH 9 S 353/13) abgelehnt. Gleichwohl kommt auch den diesbezüglichen Äußerungen des BVerwG grundsätzliche Bedeutung für die Förderpraxis integrativer Beschulung von Behinderten an Ersatzschulen zu.

### **I. Zum Sachverhalt**

Der Kläger ist Träger einer Waldorfschule, die als Ersatzschule mit 12 Klassenstufen genehmigt ist. Die Schule nahm seit 1999 an einem Schulversuch zur Unterrichtung geistig behinderter sonderschulpflichtiger Schüler („Schüler mit Anspruch auf ein sonderpädagogisches Bildungsangebot“ – SpBaSchüler) an allgemeinen Schulen teil (Inklusion). Insoweit wurden pro Klasse mit einer durchschnittlichen Klassenstärke von ca. 25 Schülern auch 3 bis 4 SpBa-Schüler – gemeinsam mit den sog. Regelschülern – („integrativ“) unterrichtet.

#### **1. Keine landesgesetzlichen Regelungen**

**Keine speziellen  
gesetzlichen  
Bestimmungen in  
Baden-Württemberg**

Landesgesetzliche Regelungen über die Finanzierung der durch die Inklusion bedingten Mehrkosten der teilnehmenden Ersatzschulen bestanden nicht. Nach der Verwaltungspraxis gewährte das beklagte Land unter anderem einen regelmäßigen Sachkostenzuschuss zur Deckung der Kosten der Unterhaltung des Schulgebäudes und des entsprechenden Betreuungsaufwands für die Schüler. Dabei erfolgte die Förderung der inklusiven Beschulung durch den Kläger auf der Grundlage der Verbindung zweier unterschiedlicher Fördermodelle des Privatschulgesetzes (PSchG): Die Beschulung der SpBaSchüler wurde entsprechend dem gesetzlichen Modell der Förderung genehmigter Sonderschulen (§ 18 Abs. 3 PSchG) über einen Personal- und einen Sachkostenzuschuss gefördert. Die SpBa-Schüler bekamen also eine Förderung in Höhe der tatsäch-

<sup>1</sup> BVerwG, Beschluss vom 04.11.2016 – BVerwG 6 B 27.16, juris.

lichen Personalkosten an der entsprechenden Sonderschule sowie einen pro-Kopf-Zuschuss als Sachkostenbeitrag für öffentliche Schulen. Dem gegenüber erfolgte die Förderung der übrigen (Regel-)Schüler nach Maßgabe der pauschalen pro-Kopf-Zuschüsse je Schüler gemäß § 18 Abs. 2 PSchG. Dieses Nebeneinander der pauschalen Förderung von Schülern pro Kopf einerseits und einer nach konkreten Personal- und Sachkosten getrennten Zuschussgewährung andererseits war der neuartigen Beschulung von Regelschülern und sonderschulpflichtigen geistig behinderten Schülern in einer einzigen Schule geschuldet, für die das PSchG keine gesetzliche Finanzierungsregelung vorsah.<sup>1</sup>

### 2. Kürzung der Zuschüsse

Im Jahr 2009 erwirkte der Kläger vor dem Ende des Schulversuchs ein verwaltungsgerichtliches Urteil, das den Beklagten verpflichtete, die integrative Beschulung von bis zu vier sonderschulpflichtigen Kindern mit geistiger Behinderung je Klasse dauerhaft zu genehmigen. Nach Erteilung der Genehmigung änderte der Beklagte ab November 2009 die Förderpraxis für den Sachkostenzuschuss. Dieser umfasste nunmehr die gesetzlich vorgesehenen niedrigeren Gebäudekosten für allgemeine öffentliche Schulen und die spezifischen Mehrkosten des Unterrichts für die SpBa-Schüler (Kosten für Lehr- und Lernmittel und für betreuendes Personal). Daher sank der Sachkostenzuschuss von jährlich 3.958 € für jeden behinderten Schüler auf 2.594 € je Schüler der Klassen 1 bis 4 und 2.461 € je Schüler der Klassen 5 bis 12. Daraus ergaben sich für November und Dezember 2009 Mindereinnahmen des Klägers von insgesamt 17.928 €.

**Finanzhilfekürzung  
bewirkt Defizit**

## II. Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Die Reduzierung des Sachkostenzuschusses für die SpBa-Schüler für den Zeitraum November und Dezember 2009 hat der Kläger mit der Klage – im Ergebnis erfolglos – angegriffen:

### 1. Urteil des VG Freiburg vom 10.10.2012

Bei dem Verwaltungsgericht (VG) Freiburg war der Kläger zum Teil erfolgreich. Mit Urteil vom 10.10.2012<sup>2</sup> hat das VG entschieden, das Land habe bei der Verbindung der beiden o.g. Zuschussmodelle nicht hinreichend beachtet, dass sich durch die inklusive Beschulung der geistig behinderten Schüler der Charakter der Schule in Bezug auf die Beschulung der Regelschüler in einer Weise ändere, dass dies bei einem Festhalten der bisherigen pro-Kopf-Förderung dieser Schüler wie in einer allgemeinen (nicht inklusivem) Schule zu einer strukturellen Unterfinanzierung des gesamten Schultyps der inklusiven Schule führen könne. Das ergäbe sich unmittelbar daraus, dass die an der Schülerzahl einer Waldorfschule oder einer anderen privaten Regelschule nach § 18 Abs. 1 PSchG vorgenommene Förderung an Klassenstärken orientiert sei, die dem Klassenteiler an staatlichen Schulen entsprechen.

<sup>1</sup> Das hat sich durch die Neufassung des § 18 PSchG vom 21.07.2015 (GBl. Seite 645) geändert. Nunmehr existieren gesetzliche Regelungen auch zur Förderung inklusiver Ersatzschulen. Allerdings hat der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg mit Urteil vom 06.07.2015 (1 VB 130/13, juris) die Bestimmungen der §§ 17 f. PSchG insgesamt für verfassungswidrig erklärt und das Land Baden-Württemberg verpflichtet, für die Zeit ab 01.08.2017 eine verfassungskonforme Neuregelung zu treffen. Zu dem Urteil des VerfGH Baden-Württemberg vom 06.07.2015 vgl. QUAAS in RuB 2015, Heft 3/15, S. 3 ff.

<sup>2</sup> VG Freiburg, Urteil vom 10.10.2012 – 2 K 482/10.



## 2. Urteil des Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim vom 14.10.2015

**VGH:**

**Keine Gefährdung der  
Institution,**

**keine Bestandsgarantie  
für Einzelschule**

Auf die Berufung des beklagten Landes wurde die Klage abgewiesen. Die Revision wurde nicht zugelassen. In den Gründen des Berufungsurteils<sup>1</sup> heißt es, nach Art. 7 Abs. 4 GG seien die Länder verpflichtet, die Ersatzschulen zu unterstützen, soweit dies erforderlich sei, um eine existenzieller Gefährdung der Institution des Ersatzschulwesens zu vermeiden. Dagegen enthalte Art. 7 Abs. 4 GG keine Bestandsgarantie für die einzelne Ersatzschule. Der Kläger habe weder behauptet noch sei ersichtlich, dass die Absenkung des Sachkostenzuschusses für die integrative Beschulung die Existenz der Waldorfschulen gefährden könne. Ungeachtet dessen habe der Landesgesetzgeber mit dem Erlass von Finanzierungsregelungen für integrative Ersatzschulen zuwarten dürfen, bis der Schulversuch beendet und ausgewertet gewesen sei.

Integrative Waldorfschulen seien auch gegenüber den entsprechenden öffentlichen Schulen nicht gleichheitswidrig benachteiligt worden. Die Mehrkosten des integrativen Unterrichts habe der Beklagte hinreichend ausgeglichen. Es gäbe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Waldorfschulen aufgrund der integrativen Beschulung weniger Schüler aufnehmen könnten oder ihre Klassenstärke verringern müssten. Das Vertrauen des Klägers, dauerhaft einen Zuschuss in Höhe der Gebäudekosten öffentlicher Sonderschulen zu erhalten, sei nicht schutzwürdig.

### III. Der Beschluss des BVerwG

Gegen das Urteil des VGH Mannheim vom 14.10.2015 hat der Kläger die Nichtzulassungsbeschwerde erhoben, um zu erreichen, dass die Revision zugelassen wird. Dies hat das BVerwG abgelehnt. In der Begründung legt das BVerwG zunächst seine Auffassung zu den bundesverfassungsrechtlichen Grundsätzen der staatlichen Ersatzschulfinanzierung dar (1.) bevor er sie auf die Kernfrage der Zulässigkeit staatlicher Kürzungsmaßnahmen im Bereich der Förderung inklusivem Unterrichts anwendet (2.):

#### 1. Verpflichtung zur Förderung (inklusive) Ersatzschulen

Seine Ausführung beginnt das BVerwG mit einem durchaus positiven Blick auf die Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG als „Anspruchsgrundlage“ für die Existenz von Ersatzschulen!

- a) Das Grundgesetz verpflichte die für das Schulwesen zuständigen Bundesländer, die Institution der Ersatzschulen zu erhalten. Deren Bestand setze voraus, dass die Schulträger in der Lage seien, sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG dauerhaft zu erfüllen. Hierfür müssten sie den Schulen eine personelle und sachliche Ausstattung bieten, die nicht hinter derjenigen der öffentlichen Schulen zurückstehe. Es sei allgemein anerkannt, dass die Ersatzschulen in ihrer Gesamtheit diese Anforderungen nicht aus eigener Kraft erfüllen könnten, zumal sie mit dem Zugang keine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern dürften. Daher sei das Ersatzschulwesen zur Sicherung der mit Art. 7 Abs. 4 GG gewährleisteten Existenz auf staatliche Förderung angewiesen.<sup>2</sup>
- b) Allerdings – und nun kommt der Wermutstropfen – enthalte Art. 7 Abs. 4 GG keine Bestandsgarantie für einzelne Ersatzschulen. Dementsprechend habe die einzelne Schule keinen Anspruch auf staatliche Förderung, die ihren konkreten Verhältnissen Rechnung trage. Ihr Schutzanspruch sei

<sup>1</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 14.10.2015 – VGH 9 S 353/13.

<sup>2</sup> BVerwG, Beschluss vom 04.11.2016 – 6 B 27.16, juris Rdnr. 7 unter Verweis auf BVerwGE 75, 40; 90, 107 (115).

darauf beschränkt, dass der Staat den Bestand des Ersatzschulwesens als solches sicherstelle, indem er effektive Gefährdungen seiner Existenz vermeide oder abwende. Eine solche „verfassungsrechtlich relevante Gefährdungslage“ entstehe, wenn der Staat, insbesondere die Landesgesetzgeber, die Förderung des Ersatzschulwesens einstellen oder grob vernachlässigen würden. Darüber hinaus könne eine Existenzgefährdung der Institution der Ersatzschule durch den ersatzlosen Abbau von Fördermaßnahmen herbeigeführt werden. Ob nach diesen Maßstäben eine verfassungsrechtlich relevante Gefährdungslage bestehe, sei aufgrund einer Gesamtschau der maßgebenden Umstände zu beurteilen:<sup>1</sup>

### BVerwG: Gefährdung des Ersatzschultyps?

- c) „Daraus folgt, dass ein Ersatzschulträger nur dann erfolgreich gegen die Streichung oder Kürzung von Fördermaßnahmen vorgehen kann, wenn diese Einschränkungen nach Lage der Dinge voraussichtlich eine Gefährdung des jeweiligen Ersatzschultyps in dem betroffenen Bundesland nach sich ziehen würde.“<sup>2</sup>
- d) Das BVerwG fügt diesen – eher allgemein gehaltenen – Ausführungen eine weitere Einschränkung zur Begründung eines Förderanspruchs aus Art. 7 Abs. 4 GG zu: Es betont den den Ländern aufgrund von Art. 7 Abs. 1 GG zustehenden „Handlungsspielraum“ für die Art und den Umfang der Förderung. Er umfasse die Entscheidung, den Ersatzschulen finanzielle Zuschüsse zu den Personal- und Sachkosten zu gewähren, deren Höhe sich an den Kosten der entsprechenden öffentlichen Schulen orientiere. Die Ersatzschulen könnten nicht verlangen, Zuschüsse in einer Höhe zu erhalten, die ihnen eine bessere Ausstattung als in öffentlichen Schulen ermögliche. Auch könnten die Länder bei der Bemessung der Zuschüsse berücksichtigen, dass die Ersatzschulträger nach Abschluss der Gründungsphase einer Schule angemessene Eigenleistungen für deren Betrieb beizusteuern hätten und nicht vom allgemeinen unternehmerischen Risiko, insbesondere vom Wettbewerb mit anderen Ersatzschulen und öffentlichen Schulen befreit seien. Schließlich stehe die Ersatzschulfinanzierung unter dem Vorbehalt dessen, was in Anbetracht der begrenzten öffentlichen Mittel vernünftigerweise erwartet werden könne. So können allgemeine Haushaltskürzungen oder strukturelle Änderungen des öffentlichen Schulwesens dazu führen, dass die Förderung des Ersatzschulwesens neu konzipiert wird und infolge dessen niedriger ausfällt.<sup>3</sup>
- e) Diese, unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG abgeleiteten Rechtsgrundsätze gelten schließlich allgemein, das heißt unabhängig davon, ob die jeweilige Ersatzschulfinanzierung auf gesetzlicher Grundlage oder einer allgemeinen Förderpraxis des Staates beruht. Das vorübergehende anlassbedingte Fehlen einer gesetzlichen Grundlage könne nicht dazu führen, dass Ersatzschulträger einen Anspruch auf staatliche Förderung hätten, der über die durch Art. 7 Abs. 4 GG verfassungsunmittelbar vorgegebene Förderpflicht zur Existenzsicherung des Ersatzschulwesens hinausgehe.

## 2. Anwendung auf inklusive Schulen

Die Linie, die das BVerwG im allgemeinen Teil der Beschlussbegründung vorgenommen hat, zunächst „positiv“ zu beginnen, um sodann einige für einen Ersatzschulträger weniger erfreuliche Einschränkungen vorzunehmen, wird auch im zweiten Teil des Beschlusses, der Anwendung der Grundsätze auf den konkreten Fall, beibehalten:

1 BVerwG, a.a.O., Rdnr. 8 unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18.10, juris.

2 BVerwG, a.a.O., Rdnr. 8.

3 BVerwG, a.a.O., Rdnr. 9 unter Verweis auf BVerwGE 75, 40 (68 f); 90, 128 (139).

- a) Eingangs betont das BVerwG, die Länder seien nach Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet, den Mehraufwand infolge der Minderung der Aufnahmekapazitäten integrativer Ersatzschulen für Regelschüler auszugleichen, wenn und insoweit diesen Schulen dadurch auch bei zumutbaren Eigenleistungen wirtschaftliche Nachteile entstünden. Voraussetzung sei weiterhin, dass dadurch eine hinter den öffentlichen Schulen zurückstehende, integrative Beschulung generell gefährdet sei.<sup>1</sup>
- b) Im Übrigen – so das BVerwG weiter – dürfe der sog. Inklusionseffekt nicht dazu führen, dass die Ersatzschulen zur Sicherung ihres Bestandes auf die integrative Beschulung verzichten müssten. Gleiches gelte für die staatliche Erstattung derjenigen Mehrkosten, die durch die integrativ unterrichteten Schüler entstehen. Auch integrative Schulen gehörten zu dem von Art. 7 Abs. 4 GG gewährleisteten „Ersatzschultyp“.<sup>2</sup>
- c) Als Revisionsgericht ist das BVerwG an die von dem VGH festgestellten Tatsachen gebunden. Insoweit hatte der VGH bei der Anwendung der vorgenannten Grundsätze eine Würdigung vorgenommen, die vom BVerwG nicht beanstandet wurde. Aus den tatsächlichen Feststellungen des VGH ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kürzung des Sachkostenzuschusses für die Gebäudekosten seit November 2009 „den Bestand integrativer Waldorfschulen und der integrativen Ersatzschulen in ihrer Gesamtheit landesweit gefährdet“ habe. Auch habe der VGH zu Recht darauf hingewiesen, dass die ermäßigte Förderung nur einen Zeitraum bis zum Inkrafttreten spezifischer gesetzlicher Förderregelungen für die integrative Beschulung überbrücken sollte.<sup>3</sup>

**Mehraufwand für Inklusion darf nicht zu Verzicht auf Inklusion führen.**

**Aber: keine Gefährdung des Ersatzschultyps**

#### IV. Anmerkung

Liest man den Beschluss des BVerwG vom 04.11.2016 im Kontext früherer Entscheidungen des Senats zur Privatschulfinanzierung, insbesondere das – ebenfalls eine Waldorfschule betreffende – Grundsatzurteil vom 21.12.2011,<sup>4</sup> ergeben sich aus der Sicht betroffener Ersatzschulträger Ansatzpunkte für eine Fortentwicklung der Rechtsprechung, die hoffen lässt, dass die Ersatzschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG als „Förderzusage“ nicht gänzlich nur auf dem Papier steht und ohne (einklagbaren) Inhalt ist.<sup>5</sup> Das gilt nach Maßgabe der Entscheidungsgründe sowohl in allgemeiner Hinsicht als auch in Bezug auf die konkreten Fallfragen:

##### 1. Schutz auch eines bestimmten Ersatzschultyps

- a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG ließ sich ein (individueller) einklagbarer Förderanspruch einer Ersatzschule aus Art. 7 Abs. 4 GG nur ableiten, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens insgesamt aufgrund unzureichend unterbliebener Fördermaßnahmen gefährdet war. Stets las man in den entsprechenden Judikaten die – gebetsmühlenartig vorgetragenen – Lehrsätze, dass aus Art. 7 Abs. 4 GG kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe folge, „gar noch in bestimmter Höhe“. Der grundrechtliche Schutzanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers sei nur darauf gerichtet, dass der Gesetzgeber „die Institution des privaten Ersatzschulwesens im Land vor Existenzgefährdungen schützt“.<sup>6</sup>

1 BVerwG, a.a.O., Rdnr. 11.

2 BVerwG, a.a.O., Rdnr. 11.

3 BVerwG, a.a.O., Rdnr. 13.

4 BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18.10, in Buchholz 421 Kultur- und Schulwesen Nr. 138.

5 Vgl. zu dieser „Unmöglichkeit“ der Förderzusage angesichts der „Evidenz-Rechtsprechung“ des BVerwG, Förderansprüche abzuleiten, u.a. VOGEL, RuB 2015, S. 15 ff.

6 BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18.10, juris u.v.m.



**Einschränkung des  
Instituts  
Privatschulwesens  
auf Ersatzschultyp**

- b) Diesen „Textbaustein“ sucht man im Beschluss vom 04.11.2016 vergeblich. Das BVerwG beginnt – wie ausgeführt – positiv mit dem Hinweis, wozu Art. 7 Abs. 4 GG die für das Schulwesen zuständigen Bundesländer verpflichtet. Der Senat macht zugleich darauf aufmerksam, dass die Ersatzschulen die sich aus den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ergebenden Anforderungen nicht aus eigener Kraft erfüllen könnten, zumal sie aufgrund des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gezwungen seien, Schulgelder nur in unzureichender Höhe zu erheben.<sup>1</sup> Darüber hinaus sieht der Senat nunmehr – unter Aufgabe (?) seiner bisherigen Rechtsprechung – den „Gefährdungsnachweis“ nicht erst dann als erfüllt an, wenn er für den „Bestand des Ersatzschulwesens als solches“ geführt wird. Vielmehr kann der jeweilige Ersatzschulträger bereits dann erfolgreich gegen die Streichung oder Kürzung von Fördermaßnahmen vorgehen, wenn diese Einschränkungen voraussichtlich eine Gefährdung „des jeweiligen Schultyps“ in dem betroffenen Bundesland nach sich ziehen würde. Schutzgegenstand des Art. 7 Abs. 4 GG ist damit nicht erst „das Ersatzschulwesen als solches“, allerdings auch nicht „die einzelne Schule“. Lässt sich in dem jeweiligen Bundesland ein „Ersatzschultyp“ ausmachen, wie es vorliegend sowohl bei der „Waldorfschule“ wie auch dem Schultyp der „integrativen Schule“ der Fall ist, reichen Gefährdungen dieses Schultyps als Auslöser von Förderansprüchen aus.

**2. Verfassungsrechtlich relevante Gefährdungslage**

- a) Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG war der Nachweis einer „evidenten Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“ auch deshalb von einem konkret betroffenen Schulträger nicht zu führen, weil das Merkmal der „evidenten Gefährdung“ des Ersatzschulwesens an die Darlegung verknüpft war, dass der Landesgesetzgeber die Förderung des Ersatzschulwesens ganz eingestellt oder zumindest „grob vernachlässigt“ hat. Auch dies war aufgrund einer „Gesamtheit der maßgebenden Umstände“ zu beurteilen.<sup>2</sup>
- b) Diese Diktion wird zwar im B.v. 04.11.2016 beibehalten. Das Merkmal einer solchen „verfassungsrechtlich relevanten Gefährdungslage“ wird jedoch konkreter gefasst, indem die zuvor angesprochene Beschränkung auf den konkreten Schultyp und darauf bezogene (unterlassene) Fördermaßnahmen mit in den Blick genommen werden. Mit Rücksicht darauf können Schulträger bereits gegen eine „Kürzung von Fördermaßnahmen“ vorgehen, soweit sich dadurch entsprechende Gefährdungen des jeweiligen Ersatzschultyps ergeben. So gesehen ist das Tatbestandsmerkmal einer „verfassungsrechtlich relevanten Gefährdungslage“ eng an eine Formulierung des VGH Baden-Württemberg im Urteil vom 14.07.2010<sup>3</sup> angelehnt, die den Nachweis einer verfassungswidrigen Privatschulfinanzierung als gegeben erachtete, wenn die Fördermaßnahmen des Staates zu einer „strukturellen Unterfinanzierung“ des jeweiligen Ersatzschultyps führten.

**3. Schlussfolgerungen**

- a) Warum der Senat letztlich einen solchen Nachweis hier nicht als geführt ansah, ist eine Einzelfrage, die aus dem Revisionsrecht zu beantworten ist. Dem Beschluss kann jedenfalls entnommen werden, dass unbeschadet gesetzlicher Förderbestimmungen eine völlige Nichtberücksichtigung des

1 Zu einer grundrechtsdogmatischen Betrachtung des Sonderungsverbots vgl. u.a. WEGRICHT, RuB 1/15, S. 3 ff. und WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 ff.

2 BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18.10, juris, u.v.m.

3 VGH BW, Urteil vom 14.07.2010 – 9 5 2207/09, juris.

sog. Inklusionseffekts sowohl mit der Ersatzschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG als auch dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>1</sup> nicht vereinbar wäre. Es liegt auf der Hand – und wird vom BVerwG ausdrücklich berücksichtigt –, dass eine inklusive Ersatzschule aufgrund der notwendigen Betreuung des SpBa-Schüler nicht in der Lage ist, im gleichen Umfang wie eine (private) Ersatzschule desselben Typs Regelschüler aufzunehmen. Das liegt vor allem an dem „erhöhten Betreuungsaufwand“, den die Beschulung eines SpBa-Schülers erfordert. Nicht zuletzt deshalb weisen sog. Sonderschulen (nicht nur für geistig Behinderte) erheblich geringere Klassenstärken auf als Regelschulen.

**Berücksichtigung  
des inklusiven  
Mehraufwands**

- b) Ebenso ist nun durch den Beschluss des BVerwG geklärt, dass im Rahmen der nach Art. 7 Abs. 4 GG gebotenen Förderung inklusiver Ersatzschulen zusätzlich der durch Unterricht verursachte „inklusive Mehraufwand“ zu berücksichtigen ist. Erfolgt dies unzureichend und folgt daraus eine „strukturelle Unterfinanzierung“ des jeweiligen Ersatzschultyps, lässt sich ein entsprechendes Begehren des Ersatzschulträgers nicht mit dem Argument entkräften, Ersatzschulen hätten mit Rücksicht auf Art. 7 Abs. 4 GG ohnehin keinen Anspruch auf eine solche, den inklusiven Mehraufwand betreffende Bezuschussung.<sup>2</sup>

**V. Ergebnis**

Nach der Rechtsprechung des BVerwG gemäß dem Beschluss vom 04.11.2016 dürfen Kürzungen der staatlichen Zuschüsse für integrative Ersatzschulen nicht zu einer Gefährdung der integrativen Beschulung an diesen Schulen führen. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände zu beurteilen. In vielen Bundesländern fehlt es noch an entsprechenden gesetzlichen Regelungen für eine solche Bezuschussung. Sobald sie in Kraft getreten sind, wird sich deren Verfassungsmäßigkeit und die Rechtmäßigkeit ihrer Anwendung an den vom BVerwG im Beschluss vom 04.11.2016 herausgestellten Kriterien zu messen haben.



**Büchertisch Selbstbestimmte und selbstorganisierte Bildung versus Schulpflicht, MATTHIAS KERN (Hrsg.)**

**Tologo Verlag, Leipzig 2016. ISBN: 978 -3-937797-59-5. 160 Seiten,  
Preis: 18,90 €**

PROF. DR. ARNOLD KÖPCKE-DUTTNER, RECHTSANWALT UND DIPLOM-PÄDAGOGE, OCHSENFURT

Dieses Buch enthält die überarbeiteten Vorträge, die am 18.07.2014 in Gießen während eines rechtswissenschaftlich-interdisziplinären Kolloquiums gehalten worden sind. Veranstaltet wurde es von der im Sommer 2012 gegründeten Freilerner-Solidargemeinschaft e.V. Diese setzt sich zum Ziel, das Recht junger Menschen auf eine selbstbestimmte Bildung zu stärken und junge Menschen (gegebenenfalls deren Familien) zu unterstützen, die „aufgrund der eigenständigen Wahl ihrer Bildungsform“ unter Druck gesetzt werden. Der Herausgeber gibt das Grundthema an mit Betrachtungen zum Spannungsverhältnis zwischen Schulbesuchspflicht, schließlich Schulzwang und den Grundrechten junger Menschen. Die Koppelung von Bildung und Schule wird demnach in Frage gestellt, von dem Philosophen BERTRAND STERN in seiner polemogenen Abhandlung „Zum Ausbruch aus der Beschulungs-ideologie:

1 Zu dessen Beachtlichkeit im vorliegenden Zusammenhang vgl. BVerwG, Beschluss vom 04.11.2016, a.a.O., Rdnr. 12.

2 So aber Bay VGH, Beschluss vom 05.10.2015 – 7 ZB 15.768, BayVBl 2016, 197 m.w.N.

Gute Gründe, auch juristisch den Schulverweigerern unser prospektives Vertrauen zu schenken“ (S. 133 ff.) heftig und einseitig attackiert. Das Plädoyer für die selbstbestimmte Bildung junger Menschen stellt, wie der Herausgeber betont, Schulen, Schulbehörden, Jugendämter, Gerichte wie die jungen Menschen und ihre Eltern vor „viele Fragen ethischer, philosophischer, juristischer, aber auch praktischer Art.“ (S. 7 ) So wird in einem kontroversen interdisziplinären Dialog auch gefragt, welche Konsequenzen sich aus der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und dem Recht des jungen Menschen auf Achtung seiner Menschenwürde und freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ergeben. Der Dialog soll mit einem weiteren Kolloquium im Sommer 2017 fortgeführt werden.

Konstruktiv gelingt der Dialog nur zum Teil, weil die Referenten nicht aufgefordert worden sind, hinreichend Stellung zu nehmen zu den Gedanken der Korreferenten. KAREN KERN kritisiert jede Erziehung als paternalistisch, den „Bildungsbereich Schule“ (hier ist doch von Bildung die Rede) und die Schulpflicht als „massive Einschränkungen der Grundrechte junger Menschen“. (S. 10) Bildung außerhalb der Schule könne ein durchaus sinnvoller Weg sein. An den Anfang rückt sie eine „Bewegung zur Gleichberechtigung junger Menschen“, einen Paradigmenwechsel vom „Erziehungsobjekt Kind zum selbstbestimmten Individuum“. Dabei wird jede Erziehung schnell mit Bevormundung gleich gesetzt. Die „Grundbildung“ könne auch ohne Schulbesuch erlangt werden. Der Anspruch der Freilerner geht also dahin, sowohl das Erziehungsparadigma als auch die Institution Schule in Frage zu stellen. Ein gesetzlicher Konflikt werde deutlich, in den manche Eltern gerieten: „Sie müssen einerseits für die Erfüllung der Schulpflicht ihrer Tochter oder ihres Sohnes sorgen, sind aber gleichzeitig verpflichtet, diese gewaltfrei zu erziehen und deren Menschenrechte und Menschenwürde zu achten, wie es unsere freiheitlich-demokratische Grundordnung von ihnen verlangt.“ (S. 30) Es gehe darum, den jungen Menschen als Subjekt anzuerkennen, um die Selbstbestimmung und die Würde des jungen Menschen. Deren Wohl könne nicht (allein) über Beschulung definiert werden; junge Menschen dürften nicht zum Objekt degradiert werden.

So folgen dann Beiträge einer sechzehnjährigen Freilernerin und eines Jungen, die nach dem „Schulausstieg“ ihren eigenen Bildungs-Weg sinnvoll und erfolgreich gegangen sind.

KAREN KERN nimmt hier Grundgedanken BERTRAND STERNS vorweg. Unklar bleibt bei beiden gleichermaßen, wie sie den von ihnen behaupteten Gegensatz zwischen Erziehung und Bildung begründen. Lassen sie sich anregen von ROUSSEAU, von TOLSTOI (der in seiner Schule in Jasnaja Poljana Erziehung als Bemächtigung, Überwältigung der Kinder kritisierte und Bildung als Akt der Befreiung dachte und praktizierte), von MARIA MONTESSORI? Derlei Namen finden sich nicht in dem Buch, wohl in den Literaturangaben (S. 35–37) die Namen REMO LARGO, ALAN THOMAS, PETER GRAY, IVAN ILLICH, HOLGER STROHM, RICHARD FARSON („Menschenrechte für Kinder“).

Die Freilerner-Solidargemeinschaft zeigt ihren Mut zu kontroverser Diskussion dadurch, dass sie JOHANNES RUX als „vehementen Befürworter der Schulpflicht“ (S. 65) zu Wort kommen lässt. Wie STERN, der nicht auf eine genaue Lektüre des Grundgesetzes zurückgreift und unscharf von dem Geist und dem Buchstaben der Verfassung (S. 141) spricht, betont RUX das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, dessen Schranken nicht leugnend. Ohne Zweifel sei die Schulpflicht ein Eingriff in da Recht auf die allgemeine Handlungsfreiheit und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Der Staat habe einen Bildungs-und Erziehungsauftrag, den er über die Schulen

erfülle. Die Verfassung lasse Eingriffe in die Freiheitssphäre des Einzelnen zu. Der Eingriff durch die Schulpflicht sei geeignet, einem legitimen Zweck zu dienen, erforderlich und verstoße nicht gegen das Übermaßverbot (S. 69). RUX sieht also (anders als der enthusiastische Philosoph) die in Art. 2 GG vorbehaltenen Schranken der Entfaltungsfreiheit und betont, eine „isolierte Selbstbestimmung“ sei in einer modernen Gesellschaft unmöglich. Wer seine Persönlichkeit entfalten wolle, werde immer an Grenzen stoßen, weil er die Freiheitssphäre anderer Menschen berühre und umgekehrt (S. 75). Zudem komme dem Staat in einer komplexen pluralistischen Gesellschaft ein Wächteramt zu. Im Sinn der Gewaltminimierung spricht sich RUX dafür aus, im Einzelfall Befreiungen von der Schulpflicht zuzulassen, möglichst nicht zu Zwangsmaßnahmen zu greifen (S. 83).

STERN dagegen denkt (entgegen dem Wortlaut des Art. 2 GG) die freie Entfaltung, in seiner Sprache: das Recht des jungen Menschen, sich frei zu bilden, als unbeschränkt, jedenfalls nicht beschränkbar durch den Staat, den STERN als System der Herrschaft bestimmt, die Schule als Teil eines Bemächtigungssystems. Er spricht von der „Beschulungsideologie“ mit ihrem Schulanwesenheitszwang, der entgegengestellt wird „die menschliche Potenz, frei sich zu bilden“ (S. 143). Der junge Mensch sei wie jeder Mensch das „Subjekt“, das selbstverständlich mit dem Bedürfnis und der Fähigkeit geboren sei, frei und selbstbestimmt sich zu bilden. „Landschaften der freien Bildung“ seien zu schaffen gemäß seinem „radikal-menschenrechtlichen“ Enthusiasmus, bei dem nicht deutlich wird, auf dem Boden welcher Philosophie der Begriff des Subjekts (zuweilen heißt es: Person) gedacht wird, wie die Beziehung zwischen der Selbstverwirklichung des Individuums und dem des Rechts auf Selbstverwirklichung des Anderen gestaltet sei. STERN bedenkt auch nicht den Begriff des Systems, wenn er die „bloße Aufrechterhaltung des Systems (durch Pathologisierung, Kriminalisierung von Abweichlern) kritisiert und zugleich den „Wandel von der Beschulungsideologie hin zu einem menschenrechtlichen Bildungssystem“ (S. 148) fordert.

Ich füge hier an, dass Art 28 und 29 der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen und Art. 24 der Behindertenrechtskonvention das Recht auf eine schulische Bildung und die Schulpflicht beinhalten.

Die anderen Abhandlungen können nur knapp angesprochen werden. Der Philosoph CHRISTOPH SCHICKHARDT entfaltet seine ethische Perspektive auf den gesetzlichen Schulzwang und sucht nach dessen Ort zwischen dem Kindeswohl und dem Allgemeinwohl (S. 47 ff.). Er fragt, welcher ethische Stellenwert dem Willen von Kindern, ihrer Selbstbestimmung und ihrem Leiden unter der Missachtung ihres Willens durch Dritte zugesprochen wird, wenn der Wille des Kindes nicht voll kompetent, autonom, reif und wohlüberlegt sei. Schickhardt hebt das Freiheitsrecht aller Kinder im Sinn eines Rechts auf aktive Selbstbestimmung und auf passive Verschonung vor Eingriffen Dritter in die kindlichen Lebens- und Willensbereiche heraus (S. 55). Die „Menschenrechte für Kinder“ seien zu stärken.

ANDREAS VOGT fasst als Rechtsanwalt aktuelle gerichtliche Urteile in seiner Abhandlung „Die Schulpflicht vor Gericht. Freilernen und Homeschooling in der Rechtsprechung“ zusammen (S. 85–104). Nur auf der Grundlage eines organisatorisch-formalen Schulbegriffs, die der bislang herrschenden Meinung entspreche, seien Freilernen und Homeschooling nicht Schule. Eine rechtlich überzeugende Herleitung von Grund und Grenze des staatlichen Erziehungsauftrags liege bis heute nicht vor (S. 94). Der Schluss von der Nichterfüllung der Schulpflicht auf eine konkrete Kindeswohlgefährdung sei nicht zwingend. VOGT erläutert einige neue gerichtliche Entscheidungen,



nach denen die Erzwingung des Schulbesuchs unverhältnismäßig stark in das Elternrecht eingreife und das Kind in seinem körperlichen, geistigen und seelischen Wohl gefährde.

Der Jurist MARTIN STOPPEL erörtert die Situation des Kindeswohls im Spannungsverhältnis zwischen selbstbestimmter Bildung und der Schulpflicht (S. 105–114). Mit dem Blick auf die Kinderrechtskonvention erachtet er eine pauschale Schulpflicht als kritisch. Das Recht auf selbstbestimmte Bildung sei als ein „moralisches Recht“ abzuleiten aus der Würde des Kindes und dessen Wohl (s. Art. 3 UN-KRK). Jedwede Gewalt in der Erziehung sei zu ächten (s. § 1631 BGB).

Die Psychologin FRANZISKA KLINKIGT stellt angesichts rechtlicher Auseinandersetzungen um Schulverweigerungen die Frage (S. 115 ff.), ob gerichtliche Gutachten kindeswohlgefährdend sein können. Jedes Gutachten habe den jungen Menschen als einen Menschen zu würdigen, der einen Anspruch darauf habe, in seinen Äußerungen (Kritik an der Schule, Verweigerung der Schulanwesenheit) ernst genommen zu werden. Kinder seien „vollwertige Menschen“; jungen Menschen sei mit wirklichem zwischenmenschlichen Interesse zu begegnen. Verweigere sich ein junger Mensch der Schule, verweigere er sich nicht umstandslos einem freien Bildungsweg.

Das Buch führt eine wichtige Diskussion weiter. Es bleibt zu hoffen, dass das nächste Kolloquium das notwendige interdisziplinäre Gespräch konzentriert und intensiviert.



### **Das Bildungsangebot für Behinderte. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das System der sonderpädagogischen Förderung, HANSGÜNTER LANG**

**Duncker & Humblot, Berlin 2017, 696 Seiten, Preis: 119.90 €, ISBN 978-3-428-15072-4**

PROF. DR. ARNOLD KÖPCKE-DUTTNER, RECHTSANWALT UND DIPLOM-PÄDAGOGE, OCHSENFURT

Der Verfasser, dreiunddreißig Jahre tätig im Kultusministerium des Saarlandes, zuletzt als Staatssekretär, legt mit diesem Buch eine Untersuchung auf der Grundlage der gesetzlichen Regelungen und der schulischen Praxis im Saarland vor. Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes hat die Arbeit im Jahr 2016 als Dissertation angenommen. In dem Vorwort betont LANG den verfassungsrechtlichen Ansatz, der, Völkervertragsrecht berücksichtigend, auf den „normativen Fluchtpunkt staatlicher Schulverantwortung“ (S. 5) ziele: auf die Gewährleistung der Erfüllung des Bildungsanspruchs des behinderten Kindes und die Respektierung des Elternrechts. Bei diesem „normativen Zugriff“ abstrahiert er nicht von dem Vollzug der Rechtsnormen und ihrer Wirkungen. So soll der „integrale Normdiskurs“ auch beitragen zur Erforschung von „Rechtstatsachen“.

Der erste Teil (S. 45–167) umfasst die erstmalige gesetzliche Regelung der „integralen Unterrichtung“. Das Saarland sei das erste Bundesland gewesen, das die integrative Unterrichtung von behinderten und nichtbehinderten Kindern und Jugendlichen in einem Schulgesetz verankert habe, nämlich mit dem Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Schulrechts vom 04.06.1986. Dabei übersieht der Verfasser nicht, dass die Bildungskommission des Deutschen Bildungsrates und die Bund-Länder-Kommission für Bildungsforschung bereits im Jahr 1973 die absolute Vorrangstellung der Sonderschulen als Ort sonderpädagogischer Förderung angezweifelt und Maßnahmen zur Förderung behinderter Schüler auch innerhalb des allge-



meinen Bildungswesens und eine schrittweise Verlagerung der Funktion von Sonderschulen auf das allgemeine Schulwesen gefordert haben. Mit dem Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hebt er den „Bildungsanspruch“ des behinderten und des nichtbehinderten Schülers hervor, das Recht auf ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit: Art. 2 Abs. 1 GG).

In dem zweiten Teil (S. 168–266) geht es um den „Rechtsbefund“, den Ausbau der integrativen Unterrichtung, die pädagogische Qualität in Abhängigkeit von den personellen Ressourcen, die staatliche Schulverantwortung und die wissenschaftliche Politikberatung.

Der dritte Teil (S. 267–375) trägt die Überschrift „Förderschule“. Ausführlich werden die Regelungen zur Förderschule in der Verfassung des Saarlandes dargestellt. Dabei wird ein Grundgedanke des Verfassers deutlich: Er tritt ein für die Förderschulen als „zweite Säule des Systems sonderpädagogischer Förderung“. Zur Hilfe kommen ihm dabei genaue Einblicke in parteipolitische Prozesse. Auch sonderpädagogische Fachliteratur heranziehend, plädiert der Verfasser für die Förderschule als alternatives, komplementäres und subsidiäres Bildungsangebot, als „objektiv-institutionelle Voraussetzung personaler Integrationsentscheidung“. Das Recht des Kindes und des Jugendlichen auf (schulische) Bildung fußt nach LANG auf der „anthropologischen Grundtatsache der Personalität des Menschen“ (S. 291). Mit dem schmalen Blick auf ein christlich geprägtes Wörterbuch aus dem Jahr 1959 (BRUGGER) und den Verfassungsrechtler GÜNTER DÜRIG expliziert LANG sein *fundamentum inconsussum*: Die Personalität des Menschen umfasse seine Individualität und seine Sozialität. Das humanitäre Anliegen der Integration müsse ausgehen von den Bedürfnissen des einzelnen Kindes, von seinem Recht auf Anerkennung seiner Menschenwürde. In schnellen Zügen führt dann die so gedachte Integration (Integration und Inklusion werden als Synonyma betrachtet) von dem theologisch-philosophischen Hintergrund des Personbegriffs als „Bestandteil christlich-abendländischen Denkens“ (S. 293) zu KANTS praktischem Imperativ, von dort – Unterschiede missachtend – entlang einer Behauptung einer ideengeschichtlichen Kontinuität dieses Personalismus zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zu dem „Menschenbild des Grundgesetzes“, ausmündend in einem „Wertesystem“. Mit der Explikation des „Grundprinzips der Dienlichkeit und Förderlichkeit für das behinderte Kind“ (S. 294 ff.) werden Bezüge zu den Sonderpädagogen OTTO SPECK, BERND AHRBECK, ULRICH BLEIDICK, Kritikern einer enthusiastischen Inklusion, hergestellt. Im Rahmen dieser Rezension kann dazu nichts weiter gesagt werden, außer dass dieser Personalismus, so sehr er jeden Zwang zur Inklusion mit Recht bestreitet (als autoritären Kollektivismus), doch Zwischenmenschlichkeit und die gesellschaftlichen Lebensbedingungen zu wenig erwägt und die kommunikative Dimension der Menschenwürde und der Grundrechte übersieht. Anders gesagt: Der Blick in die Theologie und die Philosophie gerät unscharf und selektiv in der Begründung.

Schnell bei der Hand ist der Verfasser mit dem Vorwurf der „Sozialromantik“ gegenüber Befürwortern der Inklusion, auch mit dem Vorwurf, sie neigten zu einer „Zwangsinklusion“. Doch kann nicht bestritten werden, dass LANG (wenn auch äußerst knapp und kursorisch) die Auseinandersetzung sucht mit fundamentaler Kritik an dem Förderschulwesen (THERESIA DEGENER, SCHUMANN, KLEMM). In der verfassungsrechtlichen Diskussion spielt für LANG eine zentrale Rolle die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 08.10.1997 (1 BvR 9/97). Das substanzielle Wahlrecht des behinderten Kindes und seiner Eltern bezüglich des Bildungswegs begrenze die „staatliche Schulhoheit“.

Der vierte Teil („Inklusive Schule“) ist am umfangreichsten geraten (S. 376–619). Hier geht es dem Verfasser um die UN-Behindertenrechtskonvention, um einen bildungspolitischen Diskurs, um die Interpretation des Art. 24 der Konvention. Der Verfasser zeigt die Bearbeitung weiter Felder der Literatur (z.B. POSCHER/RUX/LANGER, Von der Integration zur Inklusion). Seine Sprache wird aber immer heftiger; er spricht von schrillen Tönen in der öffentlichen Diskussion, von der (angeblichen) Anmaßung der „totalen Inklusion“, von ihrem „quasitotalitären Charakter“ (S. 385), von einer Emotionalisierung der Öffentlichkeit – selber emotionalisiert. Den Suchern nach einer „Schule für alle“ (die meiner Auffassung nach jeder gleichschleifenden Vereinheitlichung sich gerade nicht beugt), nach einer Kritik des gegliederten Schulsystems, den Kritikern der Förderschulen, den für eine fundamentale Reform des „deutschen Schulsystems“ Streitenden wird – philosophisch undurchdacht, in den politischen Diskussionen verbreitet – zornig entgegengehalten der Verdacht der Instrumentalisierung, der „Ideologie“.

Geltung, Anwendbarkeit und normativer Gehalt der Behindertenrechtskonvention werden dann hinsichtlich des Bildungsanspruchs des behinderten Kindes detailliert dargestellt – auch auf der völkerrechtlichen Ebene. Mit Recht betont der Verfasser den Zusammenhang von Armut und Behinderung. Zudem wird die Bedeutung des Elternrechts (auch in der Kinderrechtskonvention) gesehen. Es folgen Gedanken zur rechtlichen Regelung der inklusiven Schule im Saarland. So wurde im Jahr 2011 die Verfassung des Saarlandes geändert und die Förderschule als institutionell garantierte Schulform gestrichen („um des Machterhaltes willen“). Die Inklusionsverordnung wird erläutert, wobei LANG die These errichtet, dass die inklusive Schule im Saarland ohne gesicherte sonderpädagogische Qualität sei.

Aus der Zusammenfassung der Thesen (S. 620–624; im Anhang finden sich Rechtsvorschriften) erwähne ich hier nur die kontrovers diskutierte These, dass aus der Behindertenrechtskonvention keine Verpflichtung zu einer „grundlegenden Umgestaltung des deutschen Schulsystems“ im Sinne einer „Schule für alle“ abgeleitet werden könne (S. 622). Es irritiert die Rede von einem „deutschen Schulsystem“, das es doch gar nicht gibt. Der Verfasser legt ein ausladendes und streitbares Werk vor, das seine genaue Kenntnis der schulpolitischen Situation des Saarlandes beweist. Zu beachten ist seine Einbeziehung eines Teil der sonderpädagogischen Literatur, was für Juristen beileibe nicht selbstverständlich ist. Die limitierte Diskussion des Rechts-Ethos einer differenzierenden Inklusion ändert nichts daran, dass diese Dissertation einen wichtigen Beitrag zu der notwendigen Diskussion über das Bildungsrecht behinderter Menschen, gerade weil ich ihrem Grundton nicht zu akklamieren vermag. Aber das kann in einer Rezension nicht weiter begründet werden.



## Neuerscheinung **Auf dem Weg zur inklusiven Schule**

Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V./Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung (Hg.):

Auf dem Weg zur inklusiven Schule. Organisation einer Schul- und Bildungsentwicklung – 4. Deutscher Schulrechtstag (2016). Studien zum Schul- und Bildungsrecht, Band 16. Baden-Baden 2017.

Der Bericht über den 4. Schulrechtstag findet sich in Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 2016, Heft 24, S. 1044 ff.



## Ankündigung

# Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot und seine Umsetzung im gegenwärtigen Privatschulsystem

Fachtagung vom 31. August bis 1. September 2017 an der Universität Mainz,  
Jakob-Welder-Weg 4, 55128 Mainz (Haus Recht und Wirtschaft II, Raum 00 341)

DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR BILDUNGSVERWALTUNG – DGBV AG BILDUNGSRECHT

### Programm **Donnerstag, 31. August 2017**

13:00 Uhr Anreise, Begrüßungskaffee

13:30 Uhr Begrüßung, Einführung

*AG Bildungsrecht der DGBV*

14:00 Uhr Soziale Selektivität im Privatschulsystem: empirische Erkenntnisse

*Prof. Dr. Rita Nikolai, Humboldt Universität zu Berlin*

*Prof. Marcel Helbig, Universität Erfurt*

anschließende Diskussion

15:30 Uhr Kaffeepause

15:45 Uhr Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot und seine Konsequenzen für die Ausgestaltung des Privatschulsystems: Genehmigung, Finanzierung, Aufsicht

*Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, Universität Hannover*

*PD Dr. Felix Hanschmann, Goethe-Universität Frankfurt/Main*

Zusammenfassung und Kommentar:

*Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Universität Mainz*

19.30 Uhr gemeinsames Abendessen

### **Freitag, 1. September 2017**

09:00 Uhr Begrüßung

Zusammenfassung der Erkenntnisse des ersten Konferenztages

09:15 Uhr Praxispanel I: Die Perspektive der Verwaltung

Diskussion mit Vertreterinnen und Vertretern der Landesschulverwaltungen Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen

10:30 Uhr Kaffeepause

11:00 Uhr Praxispanel II: Die Perspektive der Privatschulträger

*N.N., Verband Deutscher Privatschulverbände (VDP) e.V.*

*Dr. Hüttig, Bund der freien Waldorfschulen*

*Tilmann Kern, Bund der freien Alternativschulen*

12:15 Uhr Kaffeepause

13:00 Uhr Abschlussdiskussion:

Erkenntnisse und rechtspolitische Konsequenzen

*Prof. Dr. Michael Wrase, Universität Hildesheim*

14:00 Uhr Ende der Tagung

### **Anmeldung:**

Deutsche Gesellschaft für Bildungsverwaltung e.V.

Sibylle Krüger, Platanenstraße 5, 15566 Schöneiche

Fon: 01520 / 899 50 49, Fax: 030 / 649 038 26, E-Mail: [krueger-dgbv@web.de](mailto:krueger-dgbv@web.de)

## 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](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: 20,- € jährlich einschl. Versandkosten

Einzelpreis: 8,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten

Neu- bzw. Nachbestellung von Heften:  
e-mail: [Abo@Institut-IfBB.de](mailto:Abo@Institut-IfBB.de)

Druck:  
Umweltdruckhaus Hannover GmbH  
Klusriede 23 • D-30851 Langenhagen  
[www.Umweltdruckhaus.de](http://www.Umweltdruckhaus.de)

R & B ist auch im Internet abrufbar unter: [www.Recht-Bildung.de](http://www.Recht-Bildung.de)