

	<b>Geleitwort</b> .....	2
<b>Beiträge</b>	<b>Gedanken zum Begriff der Öffentlichkeit: Öffentliche Verantwortung aller Schulen</b> Rechtsanwalt und Dipl.-Pädagoge Prof. Dr. Köpcke-Duttler, Marktbreit.....	4
<b>Rechtsprechung</b>	<b>Noch einmal: Keine Finanzhilfe für Kann-Kinder als Nichtschüler?</b> Zu den Urteilen des Niedersächsischen OVG vom 11.07.2012 – 2 LC 616/10 und 2 LC 617/10. Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Berlin .....	15
<b>Dokumentation</b>	<b>Eindrücke von der ersten „Global Home Education Conference 2012“ vom 1. bis 4. November 2012 in Berlin</b> Dr. Thomas Langer, wissenschaftlicher Leiter des IfBB.....	19
<b>Zum Schluss</b>	<b>Zum 80. Geburtstag von Professor Dr. Johann Peter Vogel</b> Rechtsanwalt Paul Christian Lucas, Frankfurt/M.....	22

## Geleitwort

Ein Rückblick über 50 Jahre auf die Position der freien Schulen innerhalb des öffentlichen Schulwesens wirft ein Licht auf die heutige Situation. 1962 gab es in allen Bundesländern der alten Bundesrepublik Privatschulgesetze, in denen Genehmigung und Anerkennung von Ersatzschulen, Behandlung der Ergänzungsschulen und unterschiedliche Formen der Gewährung von staatlichen Zuschüssen geregelt waren. Die Regelungen gingen inhaltlich in ihren wesentlichen Bestimmungen bis in die Formulierungen zurück auf die Ländervereinbarung der Kultusminister von 1951 und die wieder auf entsprechende Ländervereinbarungen (1928/30) aus der Weimarer Republik. Auch die Bestimmungen im Grundgesetz und in den Landesverfassungen hatten in der Reichsverfassung ihre Vorbilder. In Schleswig-Holstein galt noch lange die Preußische Ministerialinstruktion von 1839, die Privatschulen nur dort zuließ, wo es keine staatlichen Schulen gab, und sie mussten weitgehend angepasst an die Verhältnisse der staatlichen Schulen arbeiten. Grundlage war der Kommentar „Deutsches Privatschulrecht“ von HANS HECKEL (1955), der in vielen Einzelpunkten Bezug nahm auf Literatur der Weimarer Zeit. So, wie im Grundgesetz in Art. 7 (4) dem Text aus der Weimarer Verfassung einfach ein Grundrecht auf Errichtung und Betrieb von Privatschulen vorangestellt worden war, verhielt sich auch die allgemeine Rechtsauffassung: es war alles so wie in den zwanziger Jahren, und das Grundrecht schwebte irgendwie darüber, hatte aber auf die Interpretation des Kontextes keinen Einfluss. In den Schulverwaltungen war Privatschulrecht terra incognita; die winzige Minderheit dieser Schulen (5–6% der Schüler besuchten sie) wurde alles in allem wie das staatliche Schulwesen regiert; der Unterschied von Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit wurde wesentlich nur von Waldorfschulen in Anspruch genommen; hinsichtlich der Gewährung von Zuschüssen war ein patriarchalisches Verhalten von Politikern und Schulverwaltungen vorherrschend.

Diese Sicht des Privatschulrechts änderte sich mit dem Erscheinen des Gutachtens „Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz“ von FRIEDRICH MÜLLER (1980): MÜLLER legte das Grundrecht zugrunde und interpretierte von dort her den übrigen Verfassungstext. Er benutzte dabei die Bezeichnung „Freie Schule“, die seit 1970 in steigendem Maße von den Verbänden der Freien Schulen in Verkehr gebracht wurde, weil sich der Charakter dieser Schulen gewandelt hatte: es waren keine Schulen mehr, in der Privateleute partikuläre Bildung für exklusive Kreise anboten, sondern Schulen, die gemeinnützig eigenverantwortlich eine öffentliche Aufgabe für alle wahrnahmen. Dem folgte 1982 die dogmatische Ableitung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf öffentliche Finanzhilfe (MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN) aus einer Kombination des Grundrechts mit den Genehmigungsvoraussetzungen des Grundgesetzes; sie wurde 1987 Basis des Grundsatzurteils des Bundesverfassungsgerichts.

Als die Wiedervereinigung eintrat, bestand für einen Moment die Hoffnung, eine diesem Verständnis angemessene Neufassung des Art. 7 (4) und moderne Gesetze für freie Schulen in den neuen Bundesländern zu erhalten. Diese Chance wurde von der Politik nicht gewährt; auch heute noch suggerieren unangemessene, missdeutbare Begriffe wie „Privatschule“ und „Ersatzschule“ sowie „Öffentliche Schule“ allein für staatliche Schule eine rückständige, ja sozial schädliche Position der Freien Schulen im Schulwesen. Auch heute noch gibt es Landesgesetze, die nicht allen Ersatzschulen einen Finanzhilfeanspruch zusprechen und Genehmigungsvoraussetzungen mit Polizeivorschriften vermischen.

Das Grundgesetz will im Schulwesen nicht nur Integration, sondern auch Vielfalt. Ist die Bewegung hin zu mehr Selbstverwaltung und Schulprofil der Einzelschule in der allgemeinen Spar-Restauration schon wieder untergegangen? Seit 1990 steigt die Zahl der freien Schulen und ihrer Schüler im umgekehrten Verhältnis zur demographischen Entwicklung. Einzelne freie Schulen übernehmen in einzelnen Regionen die Aufgaben staatlicher Schulen. Die öffentlichen Schulen in freier Trägerschaft sind mit ca. 10 % der Schülerschaft offensichtlich keine quantité négligeable mehr; sie sind in der Gesellschaft angekommen, sie tragen öffentliche Verantwortung – ungeachtet der Reduktion der staatlichen Leistungspflicht durch das Bundesverfassungsgericht auf die nicht zu beweisende Frage, ob die „Institution Ersatzschule“ „evident gefährdet“ sei. Ungeachtet auch des Rückfalls von Schulpolitikern und -verwaltungen in alte Grabenkämpfe (Ist die staatliche Schule „unfrei“? Dienen Privatschulen der Integration?). Noch werden in den Schulverwaltungen die Möglichkeiten der von der Gesellschaft gewünschten freien Schulen zur Partnerschaft mit den staatlichen Schulen nicht gesehen. Aber der Zeitpunkt rückt näher, in dem die gesellschaftliche Entwicklung eine Neujustierung dessen fordert, was heute noch unter der allumfassenden „Aufsicht des Staates über das gesamte Schulwesen“ in Art. 7 (1) des Grundgesetzes verstanden wird, und ein öffentliches Schulwesen Platz greift, in dem staatliche und freie Schulen gleichberechtigt und möglicherweise in Absprache untereinander ihre Bildungsaufgaben erfüllen.

Dieses Heft trägt dieser Situation Rechnung. Noch einmal wird der Begriff des „Öffentlichen“ wieder aufgenommen, dessen staatliche wie freie Schulen teilhaftig sind. – Der Wind, der den freien Schulen entgegenbläst, zeigt sich im fragwürdigen Entzug eines Jahrzehnte alten Rechts der Ersatzschulen, der Schulfähigkeitsprüfung bei Kann-Kindern, durch die Verwaltung; sie wird vom Oberverwaltungsgericht Niedersachsen gebilligt (in Mecklenburg-Vorpommern entschied das dortige Oberverwaltungsgericht für eine Kürzung der Finanzhilfe, die die Verwaltung durch fragwürdige Uminterpretation der bestehenden Regelung gewonnen hatte). – Man muss kein Verfechter des Homeschooling sein, auch wenn in Berlin angesichts der rapide steigenden Bevölkerungsanteile aus Südosteuropa und Anatolien die Schulpflicht mangels Lehrern und Gebäuden nur noch verzögert durchgesetzt werden kann (Tagesspiegel vom 06.11.12). Das wären wohl auch die ungeeigneten Kreise für Homeschooling. Aber Homeschooling ist auch der äußere Grenzpfosten der Schulfreiheit. Seine prinzipielle Ablehnung verkleinert den Spielraum der Vielfalt, den ein Schulwesen haben könnte.



## Beiträge Gedanken zum Begriff der Öffentlichkeit: Öffentliche Verantwortung aller Schulen

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

### Bildung als öffentliche Aufgabe

Bildung wird nicht allein in dem Bildungsverfassungsrecht des Bundes als „öffentliche Aufgabe“ verstanden. INGO RICHTER erläutert dazu, die Öffentlichkeit dieser Aufgabe werde unter der „Herrschaft des Grundgesetzes“ aus dem Prinzip der Universalität der Staatsaufgaben abgeleitet, darüber hinaus durch die Auslegung der Sozialstaatsklausel und des Demokratieprinzips begründet sowie aus der Regelung des Privatschulrechts gefolgert.<sup>1</sup> In dieser Bemerkung deutet sich an, dass entgegen dem, was die herrschende Lehre und die Rechtsprechung immer noch tun, Öffentlichkeit nicht unbedingt mit Staatlichkeit gleichgesetzt werden darf. Wird nur die staatliche Schule als öffentliche Schule bezeichnet, so wird bei privaten Schulen die Konnotation verbreitet, dass diese Schulen private Fächer unterrichten nur für elitäre Kreise. Der historische Vorrang staatlicher Schulen führt zu dem traditionellen, heute fragwürdig gewordenen Terminus Ersatzschule. Schulen in freier Trägerschaft werden allenfalls als „Ersatz“ für eine staatliche Schule hingenommen nach dieser Auffassung. Einer simplifizierenden binären Logik folgt auch, wer, konfrontiert mit dem Begriff „Schule in freier Trägerschaft“, die scheinhafte Frage stellt, ob dann die staatlichen Schulen Stätten der Unfreiheit seien.<sup>2</sup>

Öffentlich  
= staatlich?

Es kann demgegenüber nicht übergangen werden, dass Ersatzschulen „neben dem Staat und an seiner Stelle öffentliche Bildungsaufgaben erfüllen“ können.<sup>3</sup> Auch sie beteiligen sich am öffentlichen Schulwesen. Staatliche Schulen und Schulen in freier Trägerschaft tragen so bei zur Erfüllung öffentlicher Bildungsaufgaben. Die staatliche Schulpflicht korrespondiert mit der Förderung eigenverantwortlicher Miterfüllung der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG auch der „Privatinitiative“ überlassenen allgemeinen (öffentlichen) Bildungsaufgaben.

Was heißt „öffentlich“?

Immer noch ist nicht klar genug, was hier mit Öffentlichkeit gemeint ist. Heute wird vermehrt von einem öffentlichen Schulwesen in staatlicher und freier Trägerschaft gesprochen.<sup>4</sup> Nicht nur VOGEL hebt hervor, dass Art. 7 Abs. 1 GG den Staat nicht dazu verpflichtet, ein eigenes Schulwesen flächendeckend vorzuhalten. Dafür spreche, dass das Rechtsstaats-, das Sozialstaatsprinzip und das Demokratiegebot auch für Träger freier Schulen gelten. Das Verfassungsziel der Vielfalt in Gleichwertigkeit sowie der Gleichberechtigung staatlicher und freier Schulen in der Bürgergesellschaft richtet sich gegen eine Etatisierung des Schul- und Bildungswesens. Von daher heißt es bei VOGEL, dass der Staat sich auch öffentlicher Schulen in freier Trägerschaft

1 INGO RICHTER, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl. Neuwied und Kriftel 2001, Art. 7 Rdnr. 6.

2 MANFRED WEIB, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland. Bereicherung oder Gefährdung des öffentlichen Schulwesens? Eine Zusammenfassung der Studie von MANFRED WEIB, in: ROLF WERNSTEDT/MAREI JOHN-OHNESORG (Hrsg.), Allgemeinbildende Privatschulen. Impulsgeber für das Schulsystem oder Privatisierung von Bildung?, Berlin 2011, S. 14. Eine Argumentation aus der Mottenkiste: Machen freie Demokraten andere Demokraten, machen freigemeinnützige Krankenhäuser andere Krankenhäuser unfrei?, s. Arbeitsgemeinschaft Freie Schulen (Hrsg.), Freie Schule, Stuttgart 1971; s. auch JOHANN PETER VOGEL: Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, Neuwied, 1. Aufl. 1984, S. 3 f.

3 BVerwGE 17, 41 ff.; 27, 360 ff.; BVerfGE 75, 40 ff.

4 ARLETTA MARIE KÖSLING, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, Baden-Baden 2005; JOHANN PETER VOGEL, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. Neuwied/Kriftel 1997, S. 3 f.

## Privatschule und öffentliche Aufgabe

zum Zwecke der Flächendeckung bedienen könne.<sup>1</sup> Damit wird freilich einem staatlichen Schulmonopol deutlich widersprochen.<sup>2</sup>

Noch heute deuten die herrschende Lehre und Rechtsprechung „öffentlich“ als „staatlich“. Öffentlich sei die staatliche Schule;<sup>3</sup> Privatschulen unterrichteten nur exklusive Kreise, als allenfalls (ungenügender) Ersatz einer öffentlichen (staatlichen) Schule. VOGEL entdeckt ein Weiterleben der Macht der Preußischen Ministerialinstruktion von 1839 und fordert zu einem Umdenken auf,<sup>4</sup> das er schon in einer frühen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts angedeutet sieht. Dieses hat schon lange geurteilt, Ersatzschulen erfüllten neben dem Staat und an seiner Stelle öffentliche Bildungsaufgaben.<sup>5</sup>

VOGEL fügt an, der Begriff „Privatschule“ sei kontraproduktiv, denn „privat“ und „öffentlich“ schlössen sich aus. Eher sei heute zu sprechen von einem öffentlichen Schulwesen in staatlicher und freier Trägerschaft. Zu bedenken bleibt das Verfassungsprinzip der Vielfalt des Schulwesens, der Gleichberechtigung staatlicher und freier Schulen – gerade in der Zivilgesellschaft.<sup>6</sup>

Eine vorsichtige Andeutung versucht VOGEL, konfrontiert mit den Problemen einer Bürgerschule, wenn er „öffentlich“ (öffentliche Schulen in freier Trägerschaft) versteht „im Sinne des Dienens einer gesamtgesellschaftlichen Aufgabe“.<sup>7</sup> Schulen in freier Trägerschaft erfüllen demnach einen dem Wohl der gesamten Gesellschaft dienenden Bildungsauftrag.

### Erregung des „Gemeingeistes“ (SCHLEIERMACHER) und „Schule in der Bürgergesellschaft“

Der Grundfrage dieser Abhandlung nachzukommen, kann die Erinnerung an einen großen – nicht allein – Pädagogen hilfreich sein. In seiner Abhandlung „Über den Beruf des Staates zur Erziehung“ (1814) unterscheidet SCHLEIERMACHER zwischen der häuslichen Erziehung (in dem Heiligtum des väterlichen Hauses) – Erziehung ist ein Verhältnis der Generationen unter sich, eine persönliche Beziehung – und dem Beruf des Staates zur Erziehung. Hier geht es dem Theologen und Philosophen um das Gefühl der Einheit des Ganzen, um das Bestreben, die Menschen zu einer höheren geistigen Einheit zu verbinden. SCHLEIERMACHER beantwortet die Frage, wie der Staat rechtmäßigerweise dazu komme, einen tätigen Anteil an der Erziehung des Volkes zu nehmen, mit dem Gedanken, er tue es nur dann, wenn es darauf ankomme, eine „höhere Potenz der Gemeinschaft und des Bewusstseins der-

1 VOGEL, Eindämmen oder Kooperation? Rechtsfragen zum Verhältnis von staatlichen und freien Schulen in Zeiten des Schülerschwunds, in: DÖV 2011, 671.

2 SIEGFRIED JENKNER, Staatsschule – Gemeindeschule – Schulgemeinde, in: Pädagogische Rundschau 1985, S. 342 (Schule als eigenständige Institution in genossenschaftlicher Selbstverwaltung); FRANK-RÜDIGER JACH/SIEGFRIED JENKNER (Hrsg.), Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen. Festschrift zum 65. Geburtstag von J. P. VOGEL, Berlin 1998.

3 MAUNZ-DÜRIG/BADURA, in: Grundgesetz, Art. 7 Rdnr. 11, 46, 51; HERMANN AVENARIUS, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, in: DERS./BODO PIEROTH/TRISTAN BARCZAK, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse. Studien zum Schul- und Bildungsrecht, Bd. 2, Baden-Baden 2012, S. 29.

4 JOHANN PETER VOGEL, Eindämmen oder Kooperation?, ebd., S. 670.

5 BVerwGE 17, 41 ff.; 23, 347 ff.; 27, 360 ff.; BVerfGE 75, 40 ff.

6 FRANK-RÜDIGER JACH, Schulverfassung und Bürgergesellschaft, Berlin 1999.

7 JOHANN-PETER VOGEL, Probleme einer „Bürgerschule“, in: Recht & Bildung 2012, H, 2, S. 11 (Fußnote).

selben zu stiften.“<sup>1</sup> Die Zurückgabe der Erziehung in die Hände des Volkes bedeutet für SCHLEIERMACHER nicht eine Rückkehr zur Privaterziehung, die nur in der Sehnsucht nach Willkür oder in dem Mangel an Gemeinsinn ihren Ursprung habe. Vielmehr soll die öffentliche Erziehung unter den Betrieb und die Leitung des Volkes selbst gestellt werden. SCHLEIERMACHER spricht auch von einer „allgemeinen Bildung“, die nicht in den „pädagogischen Dünkel“ flüchte.

### Die Erweckung des Gemeingeistes in der staatlichen Schule

Auch in seiner Vorlesung „Grundzüge der Erziehungskunst“ (1826) unterscheidet SCHLEIERMACHER zwischen der Erziehung im Hauswesen und der Erziehung im öffentlichen Leben, zwischen individueller und universeller Erziehung. Der Staat repräsentiere das Geistige, das größere moralische Ganze, dem der einzelne angehöre. Das Interesse des Staates an der Erziehung bestimmt SCHLEIERMACHER so, dass es darauf beruhe, den „Gemeingeist“ zu wecken. Dieser könne in eine kosmopolitische Gesinnung hinein gesteigert werden<sup>2</sup>, in die „freie Geselligkeit“. Die Schule (SCHLEIERMACHER unterscheidet Volksschule, Bürgerschule oder Realschule und Gelehrten-schule) soll dem Knechtssinn und der Zügellosigkeit entgegenwirken, die SCHLEIERMACHER als schlecht und nachteilig für das öffentliche Leben erachtet. Der Staat als „lebendige Vereinigung der Kräfte“ soll durch den öffentlichen Unterricht in öffentlichen Anstalten sich beteiligen an der Ausbildung einer „Assoziation zum gemeinschaftlichen Wirken“. Neben der „Belebung des religiösen Prinzips“ geht es hier um die „Erregung des Gemeingeistes“. Der Gemeingeist ist das „Lebensprinzip und der Ausdruck einer, wenn auch zusammengesetzten, Persönlichkeit“ und zugleich „etwas Kosmisches, Allgemeines und wahrhaft Menschliches und Sittliches“.<sup>3</sup> Erregt werde der Gemeingeist in der Familie und durch das gemeinschaftliche Leben der Jugend, der jungen Menschen, die später an der öffentlichen Erziehung teilnehmen. An die Stelle des Standesgeistes soll der Gemeingeist treten, der in Einrichtungen des gemeinsamen Lebens und in öffentlichen Anstalten vorgelebt wird.

Heute wird auf der rechtlichen Ebene eine „Schule in der Bürgergesellschaft“ vorgeschlagen.

### Bürgerschaftliche Schule

Nach FRANK-RÜDIGER JACH soll die Schule der Zukunft eine „bürgerschaftliche Schule“ sein, die dem Prinzip des mündigen Bürgers in einer pluralistischen Gesellschaft Rechnung trage. Bildungsprozesse sollten weder vorrangig dem Staat noch dem Markt überlassen bleiben. Unabhängig von ihrer Trägerschaft sollten alle Schulen gleichberechtigt einen öffentlichen Bildungsauftrag wahrnehmen.<sup>4</sup> Was hier mit Öffentlichkeit gemeint ist, ist damit noch nicht hinreichend bestimmt. Der Protest in Richtung auf eine „Schule in der Bürgergesellschaft“ widerspricht jedenfalls der Behauptung, die staatliche Schule als Verkörperung der sittlichen Idee des Gemeinwohls garantiere Gerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und eine hohe Qualität des

1 FRIEDRICH SCHLEIERMACHER, Über den Beruf des Staates zur Erziehung, in: DERS., Texte zur Pädagogik. Kommentierte Studienausgabe. Bd. 1. Hg. v. MICHAEL WINKLER und JENS BRACHMANN, Frankfurt 2000, S. 286.

2 SCHLEIERMACHER, Grundzüge der Erziehungskunst (Vorlesungen 1826), in: DERS., Texte zur Pädagogik. Kommentierte Studienausgabe. Bd. 2, Frankfurt 2000, S. 139.

3 Ebd. S. 373. – Die „freie Geselligkeit“ sagt sich vom häuslichen Leben los und wird eine Art von öffentlichem Leben (SCHLEIERMACHER, Ethik (1812/13), 2. Aufl. Hamburg 1990, S. 128).

4 FRANK-RÜDIGER JACH, Abschied von der verwalteten Schule. Vorschläge zu einer umfassenden Bildungsreform, Neuwied/Kriftel 2002, S. 132

gesamten schulischen Bildungswesens.<sup>1</sup> Eine unbeschränkte staatliche Schulhoheit, die zentrale Organisations- und Bestimmungsgewalt des Staates sollten nicht länger bestehen. Schulvielfalt wird als Voraussetzung von Bürgerverantwortung im Bildungswesen erachtet. Die Schulen dominieren nicht mehr (ausschließlich oder vorrangig) als Angelegenheit des Staates. Der öffentliche Bildungsauftrag wird auch wahrgenommen von den gemeinwohlverpflichteten gesellschaftlichen Einrichtungen. „Jenseits der Sphären von Markt und Staat“ soll Bildung weder durch den Staat autoritativ verfügt noch als Ware dem angeblichen freien Spiel der Marktkräfte anheimgegeben werden. Es geht um eine Demokratisierung des Bildungswesens insgesamt und um eine Neubestimmung des Begriffs der Öffentlichkeit.

Demokratie wird hier nicht (nur) als Staatsform, als Regierungsform gedeutet, sondern als Lebensgestaltung, als Lebensform. „Demokratie als Lebensform bezieht sich auf die Teilhabe an und den Einfluss auf die öffentlichen Geschäfte ...“<sup>2</sup> Der Pädagoge OELKERS lässt den demokratischen Habitus in der Zivilgesellschaft entstehen „mit Aufgaben und Ämtern, die Bürgerinnen und Bürger bewältigen, denen man zutraut, dass sie sich um die Belange des Gemeinwesens kümmern können.“<sup>3</sup> Freilich müssen Schulen dann selber ein hohes Maß an Partizipation ermöglichen, Transparenz fördern, HANNAH ARENDTS Grundgedanken ernst nehmen, dass es kein Recht gibt, gehorsam zu sein – erst recht nicht einem autokratischen Staat gegenüber.

Ein Beispiel: Nicht allein dem Staat obliegt – RUDOLF SMEND folgend – die Aufgabe der Integration der Menschen. Die öffentliche Bildung muss selber in großer Vielfalt demokratisiert werden – entgegen einer kontrollierenden und direktiven Staatsgewalt, einer „imperialen“ zumal.<sup>4</sup> Integration darf nicht einengend ausgelegt werden als (erzwungene) Einfügung in, Unterordnung unter die Macht einer alle Unterschiede gleichschleifenden Ganzheit, unter die Herrschaft einer einheitlichen Kultur. Die An-Stiftung des Zusammenhalts in der Gesellschaft bedarf vielfältiger Initiativen. So sind freie Schulen als unverzichtbare Bestandteile eines verfassungsrechtlich auf Vielfalt angelegten demokratischen öffentlichen Schulwesens zu verstehen und zu unterstützen. VOGEL betont die „öffentliche Funktion der freien Schulen als Gewährleister verfassungsrechtlich gewollter Schulvielfalt“<sup>5</sup> und deutet die Freie Schule als „notwendiges Instrument bürgerlicher Bildungswünsche und bürgerlicher Übernahme von Aufgaben des öffentlichen Gemeinwohls in einem vielfältig gedachten Schulwesen“. Es wäre hilfreich, näher zu bestimmen, was mit Bürgerlichkeit gemeint ist. Jedenfalls soll es nicht um die Verfolgung privater Sonderinteressen gehen, nicht um exklusive, Privilegien sichernde bildungspolitische Ziele der freien Träger. Mit dem Blick auf Art. 7 Abs. 4 GG sind die Überwindung des staatlichen Schulmonopols, die Freiheit von staatlicher Lenkung und omnipotenter Direktion des Gemeinwohls zu verbinden mit dem Prinzip der Gleich-Wertigkeit als Ausdruck

**Bildung nicht mehr  
als staatliche, sondern  
als öffentliche Aufgabe**

1 Ebd. S. 9; s.a. JACH, Schulvielfalt als Verfassungsgebot, Berlin 1991.

2 JÜRGEN OELKERS, Demokratie, Globalisierung und Bildung – Ein historischer Blick, in: STEFAN AUFENANGER/FRANZ HAMBURGER/LUISE LUDWIG/RUDOLF TIPPELT (Hrsg.), „Bildung in der Demokratie“. Beiträge zum 22. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Erziehungswissenschaft, Opladen & Farmington Hills 2010, S. 119.

3 Ebd. S. 120.

4 RUDOLF SMEND, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968. – Hier proklamiert die Verfassung ein Wert- oder Güter-, ein Kultur-System.

5 VOGEL, „Strukturelle Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: FRIEDHELM HUFEN/JOHANN PETER VOGEL, Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, Berlin 2006, S. 46.

des Verfassungsprinzips der Vielfalt der Schulen. Freiheit und Gleichheit des öffentlichen Schulwesens gelingen nur, wenn das Sonderungsverbot (VOGEL spricht hier den Gedanken einer „sozialen Integration“ aus) nicht nur eingehalten, eingelöst wird als Kritik eines elitären Schulsystems, sondern als sozialer Grundgedanke des gesamten Schulwesens befürwortet wird. Öffentlichkeit widerspricht privat gleich ausschließender, nur auf den eigenen Vorteil und auf Ausgrenzung bedachter Bildungsarbeit. Diese Einsicht zu praktizieren wird auch den Trägern freier Schulen und Bildungseinrichtungen abverlangt.

## HABERMAS: Öffentliche und private Autonomie

Wie auch an anderen Stellen dieser Abhandlung das Feld des Bildungs- und Schul-Rechts überschreitend, deute ich eine philosophische Diskussion über den Begriff der Öffentlichkeit an. JÜRGEN HABERMAS unterscheidet zwischen der „öffentlichen Autonomie“ von Staatsbürgern, die an der Selbstgesetzgebungspraxis des Gemeinwesens teilnehmen, und der persönlichen Selbstbestimmung der „Privatleute“, der privaten Autonomie. KANTS Republikanismus folgend heißt es, kein Mensch könne auf Kosten der Freiheit eines anderen Menschen frei sein. So stellt sich die Frage, wie allen Menschen gleiche Freiheit gewährleistet werden kann. Kommunikations- und Teilnahmerechte sollen die öffentliche Autonomie der Staatsbürger sichern, den öffentlichen Gebrauch kommunikativer Freiheiten. HABERMAS führt KANTS hellsichtige Antizipation einer „weltweiten Öffentlichkeit“, einer globalen Öffentlichkeit und die Idee eines Bürgerrechts, eines öffentlichen Menschenrechts, fort, eines Rechts, zu dem „übernationale Öffentlichkeiten“ gehören.<sup>1</sup>

### Bildung als „öffentliches Gut“

Ich gehe auf aktuelle schulrechtliche Diskussionen zu: HERMANN AVENARIUS nimmt einen Grundgedanken der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft auf, dass die Bildung ein „öffentliches Gut“ bleiben müsse, nicht dem Diktat des Marktes und des Geldes unterworfen werden dürfe.<sup>2</sup> Ein immer größerer Anteil von Privatschulen verschärfe die ohnehin schon höchst ungleiche Verteilung von Bildungschancen. In den verfassungsrechtlichen Grundlagen bekräftigt AVENARIUS dann, es gebe kein staatliches Schulmonopol; das Grundgesetz gewährleiste in Art. 7 Abs. 4 die Freiheit zur Einrichtung privater Schulen, von Schulen, die keinen öffentlichen Träger haben.

## Privatschule und Gemeinwohl

Hier kehrt also die leere Formel wieder, dass eine private Schule keinen öffentlichen Träger besitzt. PIEROTH und BARCZAK sprechen dann – ohne Arg – von einem „wachsenden Privatschulmarkt“, gegen den sich eine repressive Politik richte. Sie fragen, wie weit die spezifische Verantwortung für das öffentliche Bildungswesen reiche, wobei als Träger dieser Verantwortung fraglos der Staat angesehen wird – freilich betraut mit der Aufgabe, ein vielfältiges, insgesamt öffentliches Schulwesen neben staatlichen Schulen und an ihrer Stelle zu verwirklichen.<sup>3</sup>

1 JÜRGEN HABERMAS, Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt 1999, S. 205.

2 HERMANN AVENARIUS, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, in: DERS./BODO PIEROTH/TRISTAN BARCZAK, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse. – Studien zum Schul- und Bildungsrecht. Bd. 2, Baden-Baden 2012, S. 18.

3 BODO PIEROTH/TRISTAN BARCZAK, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, ebd. S. 74.

**Kommerzialisierung  
der Bildung  
durch Privatschulen?**

Einerseits heißt es, die meisten Privatschulen<sup>1</sup> seien gemeinnützig und trügen keine Gewinnerzielungsabsicht; andererseits wird die Debatte um sie als geprägt von der Furcht vor einer „Kommerzialisierung des öffentlichen Guts der Bildung“ gesehen.<sup>2</sup> Gegen die Gefahr einer selektiven Wirkung wird zu der „zivilgesellschaftlichen Verantwortung“ der Schulen in freier Trägerschaft aufgerufen. Wernstedt fürchtet, dass sich im Zuge „marktgängiger Überlegungen“ die „Bildungsbewussteren und Begüterten“ von der Verantwortung für das Gemeinwohl freisprechen, und verweist darauf, dass es nicht unwesentliche Sektoren der Gesellschaft gebe, in denen sich offenbar Egoismus und Verantwortungslosigkeit auszahlen.<sup>3</sup> MARIANNE DEMMER, stellvertretende Vorsitzende der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, kritisiert die Ökonomisierung der Gesellschaft, die auch das Schulwesen erfasst habe. Das Privatschulsystem trage mit seinen Privilegien bei zur Vergrößerung der sozialen Ungerechtigkeit und gefährde den gesellschaftlichen Zusammenhalt. Ohne dass JOHN DEWEY an dieser Stelle zitiert wird, führt sie weiter aus, die gesellschaftliche Funktion der Schule als Laboratorium eines demokratischen und solidarischen Gemeinwesens drohe bei marktförmig organisierten Schulsystemen vollständig in Vergessenheit zu geraten.<sup>4</sup> In einem selektiven und elitären Schulmodell werde die Staatlichkeit des Schulwesens zurückgedrängt; nach einem „neoliberalen Wettbewerbsmodell“ werde die Bildung – ursprünglich ein öffentliches Gut – zur Ware reduziert oder auch zur Dienstleistung. Ohne dass näher über eine Theorie des Staates nachgedacht würde, lautet dann eine Forderung, die staatliche Aufsicht über das gesamte Schulwesen, eingeschlossen die Privatschulen, müsse aktiver wahrgenommen werden, das Sonderungsverbot des Grundgesetzes strenger definiert. Hier wird ein „leistungsstarkes, sozial gerechtes und demokratisches Schulsystem“ angedeutet, das nicht aus dem Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Schulen resultiere. Es geht unter anderem um eine „sozial gerechte Schulstruktur“, die auf eine frühe Selektion verzichtet.

Hier scheint die öffentliche Verantwortung dominant in die Hände eines nicht-autoritären Sozialstaats gelegt zu werden, ohne dass gefragt würde nach der Geltung eines Grundrechts auf Bildung, nach der „öffentlichen“ Verfügung über die Bildungsprozesse, danach, ob Bildung eine staatsbürgerliche Grundpflicht wie Steuerpflicht und Wehrpflicht ist.<sup>5</sup>

- 
- 1 Der Ausdruck „Privatschule“ (Art. 7 Abs. 4 GG) ist irreführend, weil er die Privatheit der Schule unterstellt. „Private Schulen“ sind aber durchaus öffentlich, denn sie sind allgemein zugänglich“. In der UN-Behindertenrechtskonvention ist damit gemeint ein Grundzug des Rechts auf Bildung: accessibility (INGO RICHTER, Recht im Bildungssystem, Stuttgart 2006, S. 41); zur Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen s. ARNOLD KÖPCKE-DÜTLER, Bildung als Menschenrecht, in: Gemeinsam leben. Zeitschrift für Inklusion, Heft 4/2011, S. 219–230.
  - 2 ROLF WERNSTEDT/MAREI JOHN-OHNSOR (Hrsg.), Allgemeinbildende Privatschulen. Impulsgeber für das Schulwesen oder Privatisierung von Bildung? – Empfehlungen des Netzwerk Bildung, Berlin 2011, S. 12.
  - 3 WERNSTEDT, Gleiche Chancen für alle. Bildung im Spannungsfeld zwischen staatlichen und privaten Schulen, in: Allgemeinbildende Privatschulen, ebd. S. 25.
  - 4 MARIANNE DEMMER, Die beste Schule für jedes Kind – Überlegungen zur Entwicklung von Privatschulen und öffentlichen Schulen, in: Allgemeinbildende Privatschulen, ebd. S. 31 – In der Politikwissenschaft findet sich verbreitet das Konzept der „governance“, in dem Akteuren politische Kompetenzen ohne den Anspruch der Allgemeinheit zugesprochen werden; behördliches Handeln wird durch die Sachwalterschaft privater Agenturen ersetzt (MARCUS LIANQUE, Politik, in: Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Freiburg/München 2011, S. 177; G. S. SCHUPPERT (Hrsg.), Governance-Forschung, Baden-Baden 2005).
  - 5 INGO RICHTER, Überlegungen zur Kodifikation von Grundrechten auf Bildung, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE/JÜRGEN JAKEWITZ/THILO RAMM (Hrsg.), Soziale Grundrechte, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 122.

### Öffentlichkeit als Bestreiten einer autoritativen Erziehungsmacht

Gegen einen verbreitet behaupteten Vorrang der staatlichen Schule ist darauf zu beharren, dass diese den Begriff „öffentliche Schule“ nicht für sich allein reklamieren darf; auch die Schulen in freier Trägerschaft sind als öffentliche Schulen zu verstehen. Getragen von Kirchen, Stiftungen, (häufig gemeinnützigen) Vereinen dienen sie der öffentlichen Aufgabe, das Schulwesen des jeweiligen Landes zu reformieren und zu bereichern. Sie ergänzen die Möglichkeiten freier Schulwahl und bringen das Schulwesen durch neue Inhalte von Formen von Selbstbildung, Erziehung, Unterricht, Schulleben voran. Die öffentlichen Bildungsaufgaben sollen – früheren elitären und plutokratischen Tendenzen entgegen – vielfältiger werden und auch Alternativen zum staatlichen Schulwesen ausprägen.<sup>1</sup>

Qualifikation und  
Sozialisation sind  
öffentliche Aufgaben

Nach Art. 7 Abs. 1 GG ist das gesamte Schulwesen ein öffentliches nicht (zumindest nicht allein) im Sinn der Staatszentriertheit, sondern in dem Sinn, den nicht wenige Juristen bestreiten, dass Qualifikation und Sozialisation (personale Bildung in der Schule nicht übergehend) wegen ihres gesamtgesellschaftlichen Sinns nicht nach dem Modell einer ungebundenen und an den monetären Wert gefesselten Marktwirtschaft privatrechtlich organisiert, sondern verfassungsrechtlich als öffentliche Aufgaben bestimmt werden. INGO RICHTER betont zwar, dass einerseits die Privatschulfreiheit in erster Linie die Interessen der Kirchen im Schulwesen absichere und dass sie von daher häufig als Ersatz für die konfessionelle Prägung des staatlichen Schulwesens angesehen wird. Er übersieht aber auf der anderen Seite nicht, dass das Privatschulwesen eine Reformfunktion hat und dass sowohl bei der Gründung der Weimarer Republik als auch bei der Schaffung des Grundgesetzes gemäß der „Privatschulfreiheit“ Privatschulen Aufgaben übernommen haben, die das staatliche Schulwesen nur unzureichend erfüllt. In historischer Sicht erwähnt er hier insbesondere die Mädchenbildung und die berufliche Bildung.<sup>2</sup> Schon aus dieser Reformaufgabe heraus beziehen die Schulen in freier Trägerschaft ihr Recht auf Bestehen und Unterstützung; darüber hinaus tragen sie bei zu einer Vielfalt der pädagogischen Konzeption der Schulen und zur Stärkung des Elternrechts auf Erziehung ihrer Kinder, zu deren Recht auf Selbstbildung ihrer Persönlichkeit, auf freie Entfaltung. Art. 2 Abs. 1 GG gewährt ein Kindesgrundrecht auf freie Entfaltung – auch in der Schule, zumal in der Schule in freier Trägerschaft. Dem Recht und der Pflicht der elterlichen Verantwortung für die Bildung ihrer Kinder korrespondiert, was mittlerweile auch die Rechtsprechung eingesehen hat, ein Recht des jeweiligen Kindes auf Bildung.<sup>3</sup>

Schulvielfalt als  
Verfassungsgebot

Entgegen einem etatistischen Verständnis der Schulverfassung (Schule als Anstalt, als Domäne des Staates) und gegen eine preußisch-absolutistische Tradition eines umfassenden Gestaltungsrechts des Staates im Bereich der schulischen Erziehung richtet FRANK-RÜDIGER JACH die Schulvielfalt als

1 VOGEL, Nachdenken über einige Grundbegriffe des Rechts der freien Schulen, in: Rechtsfragen der Schulen in freier Trägerschaft. Recht und Schule. Sonderheft Nr. 1, Hannover 1998, S. 6; s.a. DERS., Privatschule, in: Enzyklopädie Erziehungswissenschaft, Bd. 8, Stuttgart 1993, S. 522.

2 INGO RICHTER, Die sieben Todsünden der Bildungspolitik, München/Wien 1999, S. 171 ff.

3 Nach § 1 Abs. 1 Sozialgesetzbuch VIII hat jeder junge Mensch ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Minderjährige sind „autonome Rechtssubjekte“ – auch in Bezug auf die Eltern (JOHANNES MÜNDER/THOMAS MEYSEN/THOMAS TRENCZEK (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe, 6. Aufl. Baden-Baden 2009, § 1 Rdnr. 17; zum Menschenrecht auf Bildung s.a. Art. 13 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

Verfassungsgebot.<sup>1</sup> Ein freiheitliches Kulturverfassungs-Verständnis stellt für ihn die Tradition der Veranstaltung von Schule als primär staatliche Angelegenheit in Frage. Der kulturellen Vielfalt einer demokratischen Gesellschaft soll auch im Schulwesen Gerechtigkeit widerfahren, zudem den Grundrechten von Eltern und Schülern größere Geltung verschafft werden.<sup>2</sup> Die „Sicherung der geistigen Macht über das Schulwesen“ (JACH), die Dominanz staatlicher Schulerziehung, wird hier konfrontiert mit dem kulturellen Pluralismus als Grundzug eines freiheitlichen Verfassungsstaates, mit schulischer Vielfalt und dem Recht der Eltern, die Erziehung ihrer Kinder nicht autoritativ, sondern mit diesen zu bestimmen. Grundrechte wie das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) und das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit müssen – und auch das ist eine grundlegende Forderung der „Privatschulfreiheit“, die in Zukunft eher Schulgestaltungs-Freiheit genannt werden sollte – vor einem einseitigen politischen Gestaltungsrecht des Staates und seiner autoritativen Erziehungsmacht<sup>3</sup> geschützt werden.

### Öffentlichkeit als Offenheit des Horizonts einer Menschheits-Bildung

Bereits während des 11. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Erziehungswissenschaft (1988 in der Universität Saarbrücken) hat WARNFRIED DETTLING Wege der Entstaatlichung und Entprivatisierung des Schulwesens vorgeschlagen, dritte Wege, neue Formen frei sich ordnender Gemeinschaften und zugleich kritischer Öffentlichkeiten suchend. Die Frage lautete damals:

„Wie kann man Schule als sozialen Ort, als Teil einer kommunalen Infrastruktur wieder revitalisieren?“<sup>4</sup> Zur Antwort auf diese zentrale bildungspolitische Frage seien berufen der Staat, Privatpersonen und eine sich den Menschen zuwendende Erziehungswissenschaft. In bildungs- und schulrechtlicher Hinsicht ist anzufügen, dass gemäß Art. 7 GG das gesamte Schulwesen in Deutschland als öffentliches besteht. Öffentlichkeit wird, einen Gedanken INGO RICHTERS erneut aufnehmend, so verstanden, dass Qualifikation und Sozialisation wegen ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung nicht marktförmig privatrechtlich organisiert, sondern verfassungsrechtlich als öffentliche Aufgaben bestimmt sind. RICHTER lässt die „substantielle Öffentlichkeit“ des Schulwesens eine private Schulträgerschaft durchaus einschließen. Er fügt an, Privatschulen seien nicht „freie Schulen“ (gemeint ist im Sinn der Beliebigkeit, der elitären Tendenzen, der plutokratischen Züge), sondern Schulen, die aufgrund von Art. 7 Abs. 4 und 5 GG in die Gesamtheit des öffentlichen Schulwesens integriert seien und einen verfassungsrechtlich gesicherten Freiheitsraum erhalten hätten.<sup>5</sup> An anderer Stelle verdeutlicht RICHTER, aus den Prinzipien der freiheitlichen Demokratie und aus den Grundrechten der Eltern und Schüler folge der Grundsatz der Partizipation, der eine einseitig zentralistisch bestimmte Schule ausschließe und eine im Prinzip dezentral angelegte und durch die Beteiligung der Betroffenen mitbestimmte Schule

Freie Schulen  
weder beliebig  
noch partikulär

1 FRANK-RÜDIGER JACH, Schulvielfalt als Verfassungsgebot, Berlin 1991.

2 Siehe HELLMUT BECKER, Zur öffentlichen Bedeutung privater Initiativen und zum Verrechtlichungsproblem im Bildungswesen, in: Neue Sammlung 1988, S. 350–266.

3 HARTMUT VON HENTIG, Ach, Die Werte! München/Wien 1999, S. 195 ff.

4 Zeitschrift der Pädagogik, 23. Beiheft, Erziehung und Bildung als öffentliche Aufgabe, Weinheim/Basel 1988, S. 83.

5 INGO RICHTER, Privatschulrecht, in: Enzyklopädie Erziehungswissenschaft, Bd. 5. Organisation, Recht und Ökonomie des Bildungswesens, Stuttgart 1984, S. 356; s.a. JOHANN PETER VOGEL, Die Privatschulbestimmungen des Grundgesetzes – Ein Verfassungsmodell für das gesamte Schulwesen?, in: Neue Sammlung 1988, S. 372; s. auch Arbeitsgemeinschaft Freier Schulen (Hrsg.), Freie Schule II. Öffentliche Verantwortung und freie Initiative, Stuttgart 1972.

verlange. In verfassungsrechtlicher Sicht – ich ergänze: entsprechend in pädagogischer – gebe es eine Verpflichtung, Pluralität und Sozialität nicht nur der Schulorganisation, sondern auch der Schulgestaltungen hervorzubringen.<sup>1</sup> Privatschulen sind nicht – so RICHTER – „freie Schulen“, die partikulare und private Interessen verfolgen. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben schließt ein und fordert dazu heraus, dass Schulen in freier Trägerschaft Alternativen zum staatlichen Schulwesen bieten; deutlicher noch: Die Grundsätze der Pluralität und Freiheitlichkeit des gesamten Schulwesens verpflichten dazu, dass Schulen in freier Trägerschaft andere Bildungs- und Erziehungsziele verfolgen, von den staatlichen Lehrplänen abweichen, Unterricht und Erziehung anders organisieren als staatliche Schulen. Eine „Homogenisierung von privaten und staatlichen Schulen“ (RICHTER) wird als verfassungswidrig erachtet, wobei die Notwendigkeit hervorgehoben wird, das Prinzip der Öffentlichkeit des gesamten Schulwesens zu konkretisieren. Dazu gehört, den Begriff der Öffentlichkeit neu zu denken.

Wenn von einer Integration in die Gesamtheit des öffentlichen Schulwesens gesprochen wird, muss freilich bedacht werden, dass es sich nicht um eine einengende und vereinheitlichende Einordnung, gar Unterordnung handelt, sondern um eine Ergänzenbarkeit des Schulwesens, die in sich Vielfalt austrägt und über sich hinaus nach neuen Inhalten und Formen schulischer Bildungswege Ausschau hält.

„Öffentlichkeit“  
neu denken

Der demokratietheoretische Hintergrund, der zu einem neuen Verständnis von Öffentlichkeit, ja Öffentlichkeiten führt, ist schon von dem Philosophen und Pädagogen JOHN DEWEY ausgearbeitet worden. Danach ist die Demokratie mehr als eine Staatsform, mehr als eine Regierungsweise, als eine Form der Herrschaft. In erster Linie ist sie eine Form des Zusammenlebens, der gemeinsamen und miteinander geteilten Erfahrung: Eine politische Lebensgestaltung. Mannigfaltig sind entsprechend auch die Gestaltungen der Öffentlichkeit.<sup>2</sup>

Thesen von HABERMAS

Knapp werden hier einige Thesen angedeutet, die der Philosoph JÜRGEN HABERMAS dargelegt hat. In komplexen Gesellschaften bilde die Öffentlichkeit eine intermediäre Struktur, die zwischen dem politischen System einerseits, den privaten Sektoren der Lebenswelt und funktional spezifizierten Handlungssystemen andererseits vermittele. Sie bilde ein hochkomplexes Netzwerk, „das sich räumlich in eine Vielzahl von überlappenden internationalen, nationalen, regionalen, kommunalen, subkulturellen Arenen verzweigt; das sich fachlich nach funktionalen Gesichtspunkten, Themenschwerpunkten, Politikbereichen usw. in mehr oder weniger spezialisierte, aber für ein Laienpublikum noch zugängliche Öffentlichkeiten ... gliedert.“<sup>3</sup> Es geht also um den Mut zu öffentlichen Diskursen, um die Ausprägung verschiedener autonomer Öffentlichkeiten, die in sich selber demokratisch verfasst sein müssen als Orte der Gedanken- und Willensbildung. Auch Schulen in freier Trägerschaft, alle Schulen nehmen teil an dem Prozess der Demokratisierung der Schulen. Ausschlussmechanismen, elitäre und plutokratische Tendenzen sollen überwunden werden zugunsten eines großen Potentials der Selbst-

<sup>1</sup> INGO RICHTER, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, a.a.O., Art. 7 Rdnr. 23.

<sup>2</sup> JOHN DEWEY, Die Öffentlichkeit und ihre Probleme, Frankfurt 1966; JÜRGEN OELKERS, Öffentlichkeit und Bildung in erziehungsphilosophischer Sicht, in: Zeitschrift für Pädagogik, 23. Beiheft, a.a.O., S. 28; FRIEDRICH MÜLLER (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der freien Schule, Berlin 1988.

<sup>3</sup> JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung, Frankfurt 1992, S. 452.

transformation, der Überschreitung partikularer Egoismen.<sup>1</sup> Die Verselbständigung der staatlichen Schule (Autonomie oder Teilautonomie) muss (soziale) Integration und Vielfalt miteinander ausgleichen. Eine nur ihrem besonderen Profil gegenüber folgsame Schule versteigt sich zwangsläufig in segregierende Tendenzen hinein.

Thesen von A. FLITNER

Gedanken zur öffentlichen Verantwortung als gemeinsamem Horizont staatlicher und freier Schulen aufnehmend,<sup>2</sup> lasse ich ein weiteres Mal Pädagogen sprechen. Für ANDREAS FLITNER, der sich hier von DEWEYS Einsicht in die Fragilität und Missbräuchlichkeit der Demokratie ansprechen lässt, besteht die zentrale öffentliche Aufgabe in dem Aufbau eines demokratischen Bewusstseins in unterschiedenen Lerngemeinschaften. Ein öffentliches Bildungswesen soll hierarchische und autoritäre Gesellschaftsformen kritisieren, desgleichen jeden autoritären Zug des Staates. So muss auch die Schule sich jeder autoritären Belehrung verweigern. „Das setzt voraus, dass die Lernenden ihr Lernen jederzeit verstehen und bejahen, dass sie mitwirken an seiner Bestimmung und Entwicklung und dass sie Freude am Lernen haben. Die Ziele müssen im Lernen selber gegenwärtig sein ... Weg und Ziel ist nicht zweierlei. Nur dadurch, dass Kinder als Mündige wahrgenommen werden und sich erfahren dürfen, haben sie Aussicht auf Mündigkeit.“<sup>3</sup>

Einübung in öffentliche Verantwortung

Die Einübung in die öffentliche Verantwortung bedeutet auch für Schulen in freier Trägerschaft, dass der Prozess der Demokratisierung sie durchprägt. Sie öffnen sich zur Einübung nicht-privativer Verantwortung. Der Pädagoge HARTMUT VON HENTIG gibt seine Hoffnung nicht auf, dass eine sich öffnende Schule für die Verwirklichung der res publica Sorge. Er spricht von der Bereitschaft zur Selbstverantwortung und Verantwortung durch die Hervorbringung gemeinsamer Regeln des Handelns, votiert für einen Gesellschaftsvertrag. In der Demokratie seien alle Menschen zu „Wächtern des Staates“ berufen. Die Bildung im Gemeinwesen widerspreche jenem Etatismus, der die Allzuständigkeit des Staates auch auf das Bildungswesen zu erstrecken drohe, zugleich dem – sei es elitären, sei es privatkapitalistischen – Charakter mancher Privatschulen, die – als Beliebigkeit fehlverstandener Vertragsfreiheit folgend – nur Kindern bestimmter begrenzter Gesellschaftsschichten Zugang erlauben.<sup>4</sup>

Wenn von Offenheit, Öffentlichkeit die Rede ist, so wird einer Organisation des Bildungswesens nach dem Vorbild von Produktion und der Konsumtion von Waren, nach Angebot und Nachfrage deutlich widersprochen. In seinem Plädoyer für eine „offene Gesellschaft“, für die Mühsal der Verständigung, die Bereitschaft zu Streit und Versöhnung, fordert HENTIG, dass weitere Verantwortungsbereiche eröffnet werden sollen den Bürgern, den Menschen – auch in zivilgesellschaftlichen Tätigkeiten und nichtstaatlichen Organisationen.<sup>5</sup>

1 Darin verbirgt sich die philosophische Einsicht, dass der Mensch nur durch andere Menschen, mit anderen Menschen Mensch wird (DIETER SUHR, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Berlin 1976; DERS., Bewusstseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung, Berlin 1975; PETER SALADIN, Menschenrechte und Menschenpflichten, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE und ROBERT SPAEMANN (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Stuttgart 1987, S. 282.

2 ARNOLD KÖPCKE-DUTTLER, Öffentliche Verantwortung als Horizont staatlicher und freier Schulen, in: Dialogische Erziehung, H. 2/99, S. 21–29.

3 ANDREAS FLITNER, Reform der Erziehung, 3. Aufl. München 1996, S. 103.

4 HARTMUT VON HENTIG, Bildung, München/Wien 1996, S. 98.

5 VON HENTIG, Ach, die Werte! a.a.O., S. 47. – Persönliche Fehler dürfen nicht dazu führen, den Stab zu brechen über einen Menschen und sein Lebenswerk.

Es geht, wenn über den Begriff der Öffentlichkeit nachgedacht wird, um die Suche nach einer Bildung des Gemeinsinns,<sup>1</sup> nach dem Gemeinwohl in einer solidarischen Gesellschaft. Alle Schulen zentrieren um die Sicherung der Menschenrechte der an ihr Beteiligten und sie Mitgestaltenden. Dabei ist vorausgesetzt, dass Demokratie nicht identisch ist mit Markt und rugged individualism.<sup>2</sup> Die Ausbildung einer aufmerksamen und kritisch-aktiven Öffentlichkeit gehört zu den wichtigen Aufgaben jeder Schule.

So kehrt die große Bedeutung der Idee des Gemeinwohls wieder, um deren Verwirklichung durch dauernde Selbsterneuerung auch aller Schulen gerungen wird – über das Bildungswesen und über Schulen hinaus: Die große Aufgabe der Öffnung der Horizonte eines menschlichen Lebens, einer Menschheits-Bildung.<sup>3</sup>

### Schluss

Ich schlage also vor, Öffentlichkeit, Öffentlichkeiten neu zu denken. In inter- und transdisziplinärer Absicht ist jene Tradition zu erneuern, in der bereits Immanuel Kant den Vernunftsinne des Wortes „Öffentlichkeit“ richtete gegen ein autoritäres Prinzip staatlich dirigierter Öffentlichkeit. Jenem Staatsidealismus, nach dem Öffentlichkeit sich in der Sphäre des Rechts allein entfaltet, widerspricht die Anstrengung, Öffentlichkeit im Sinn kritischer Teilhabe zu denken. Auch im Bildungs- und Schulrecht sollte es um neue Formen einer „kritischen Öffentlichkeit“<sup>4</sup> gehen.

Öffentlichkeit ist zu denken als Zeit und Raum demokratischer Selbstgestaltung, als nicht-hoheitliche Bestimmungs- und Entscheidungsmöglichkeit. Als gesellschaftliche Gegenmacht, als Gegenmacht gegen politische Herrschaft, als machtkritische Instanz soll Öffentlichkeit beitragen zu freier gesellschaftlicher Kommunikation und eine Sphäre der Bildung künftigen Gemeinsinns öffnen. Öffentlichkeit sollte als Katalysator von Reformbewegungen beitragen zu einem an Solidarität orientierten „Netzwerk von Kommunikation“ (HABERMAS).<sup>5</sup> In bildungstheoretischer Rücksicht sollten Wege der der Stärkung einer diskutierenden Öffentlichkeit, kritischer Öffentlichkeiten, erkundet werden. Einheitlichen Ordnungssystemen nicht zugeneigt, soll das Prinzip der Öffentlichkeit es erlauben und anregen, „Differentes im Widerstreit zu erfahren, zu reflektieren und mit ihm in pluralen Formen von Kritik zu experimentieren“.<sup>6</sup> Jeder herrschaftsbezogenen Einengung widerspricht die öffentliche Kommunikation.

**Öffentlichkeit  
= Zeit und Raum  
demokratischer  
Selbstgestaltung**



1 DIETER SUHR, Repräsentation in Staatslehre und Sozialpsychologie, in: Der Staat 1981, S. 520: „Entwicklung“ des Gemeinsinns.

2 Ebd. S. 107.

3 Siehe ARNOLD KÖPCKE-DUTTILER, Pädagogik und Rechtswissenschaft im Gespräch. Bd. 2. Interdisziplinäre Brückenschläge, Oldenburg 2011, S. 223–228.

4 Siehe LUZIAN HÖLSCHER, Öffentlichkeit, in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Hg. v. OTTO BRUNNER/WERNER KONZE/REINHART KOSELLECK. Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 467.

5 GEORG KOHLER, Öffentlichkeit, in: Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Bd. 2, Freiburg/München 2011, S. 1663–1675.

6 DIETRICH BENNER/FRIEDHELM BRÜGGEN, Bildsamkeit/Bildung, in: DIETRICH BENNER/JÜRGEN OELKERS (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Pädagogik, Weinheim und Basel 2004, S. 214.

## Rechtsprechung **Noch einmal: Keine Finanzhilfe für Kann-Kinder als Nichtschüler?** Zu den Urteilen des Niedersächsischen OVG vom 11.07.2012 – 2 LC 616/10 und 2 LC 617/10

RECHTSANWALT PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, BERLIN

Weil eine niedersächsische genehmigte Ersatz-Grundschule Kann-Kinder aufgenommen hat, die nicht zuvor von der zuständigen staatlichen Grundschule auf ihre Schulfähigkeit geprüft worden sind, erhält sie für diese Schüler (es sind 18) keine Finanzhilfe – so entschieden von der Schulverwaltung, vom Verwaltungsgericht (s. R&B 1/11, S. 8 ff.) und nun auch vom Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht (11.07.2012 – 2 LC 616/10). Die Revision wurde nicht zugelassen. Trotz der Nachhaltigkeit dieser Entscheidung lässt sich die Kritik an dem neuen Urteil nicht unterdrücken.

**Keine gesetzliche  
Ausschlussbestimmung  
vorhanden**

1. Das OVG setzt mit der richtigen Frage ein: Bietet die niedersächsische Finanzhilferegelung einen Ausschlussbestand für Kann-Kinder an Ersatzschulen, die nicht die staatliche Schulfähigkeitsprüfung durchlaufen haben? Dass die genehmigte Ersatzschule einen Anspruch auf Finanzhilfe hat (§§ 149 (1) NSchG), ist unbestritten. Grundsätzlich berechnet sich dieser Anspruch für jeden ihrer Schüler (§ 150 (2) NSchG). Zwar sind nach dieser Regelung bestimmte Schüler ausgeschlossen, aber diese Ausnahmen sind hier zweifelsfrei nicht gegeben. So kommt denn auch das OVG zu der Feststellung, dass der Ausschluss von Kann-Kindern, die keine staatliche Schulfähigkeitsprüfung durchlaufen haben, „keinen Eingang in den Wortlaut des § 150 (2) NSchG gefunden“ habe. Zu ergänzen: Er hat auch sonst in keinen Gesetzestext Eingang gefunden. Mit dieser Feststellung müsste der Prozess eigentlich zugunsten der Schule entschieden sein. Ein Ausschlussbestand gegenüber dem gesetzlichen Finanzhilfeanspruch für jeden Schüler muss normiert werden nach rechtsstaatlichen Grundsätzen, d.h. alle wesentlichen Modalitäten des Anspruchs müssen im Gesetz formuliert und für den Berechtigten kalkulierbar sein. Eine hier einschlägige Ausnahmevorschrift gibt es nicht.

**Versuch eines  
Ersatzes**

2. Nun beginnt das Erstaunliche. Statt der Klage des Schulträgers stattzugeben, versucht das OVG, eine Rechtfertigung für den Ausschluss „aus dem Regelungszusammenhang und der Systematik der gesetzlichen Bestimmungen zu den Ersatzschulen und der Schulpflicht“ zu konstruieren. Die Konstruktion besteht aus zwei Thesen. Zunächst: Ersatzschulen dürfen nur schulpflichtige Schüler aufnehmen; sodann: Kann-Kinder, die nur die schuleigene, aber nicht die staatliche Schulfähigkeitsprüfung durchlaufen haben, sind nicht schulpflichtig, können also von Ersatzschulen nicht aufgenommen und als Nichtschüler auch nicht bei der Finanzhilfe berücksichtigt werden.

**Ein Recht als  
Einschränkung?**

a) Die erste These entnimmt das OVG der Bestimmung, wonach Ersatzschulen mit der Schulgenehmigung „das Recht haben, schulpflichtige Schüler aufzunehmen“ (§ 143 (3) NSchG). Dieses Recht fasst das OVG als Einschränkung der sich nach herrschender Meinung aus Art. 7 (4) GG ergebenden freien Schülerwahl ausschließlich auf schulpflichtige Schüler auf. Daran ist soviel richtig, dass genehmigte Ersatzschulen im Schulpflichtbereich im Zweifel nur schulpflichtige Schüler aufnehmen werden. Dass aber das mit der Genehmigung verliehene zusätzliche Recht der Schulpflichterfüllung an der Schule tatsächlich eine Einschränkung hinsichtlich der Schüleraufnahme sein soll, ist verblüffend. Das BVerfG (BVerfGE 75, 40 ff., unter C. V.) hat festgestellt, dass die Ersatzschule nicht über die Schulpflicht definiert werden

könne, denn sie darf, mindestens jenseits des Schulpflichtalters, auch nicht-schulpflichtige Schüler aufnehmen. Eine Einschränkung der Finanzhilfe nur auf schulpflichtige Schüler sei, so das BVerfG, mit der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht nicht zu vereinbaren. Diese Feststellung ist auch durch die spätere restriktive Rechtsprechung des BVerfG zur Finanzhilfe nicht verändert worden. Das OVG erwähnt die Feststellung des BVerfG nicht einmal.

### Staatschulmonopol für Schulfähigkeitsprüfung?

b) Die zweite These besagt, dass Kann-Kinder von Ersatzschulen erst aufgenommen werden können, wenn sie zuvor an der zuständigen staatlichen Grundschule für schulfähig erklärt worden sind. Ohne die staatliche Schulfähigkeitsprüfung sind die Kinder Nichtschüler und werden deshalb bei der Finanzhilfeberechnung nicht berücksichtigt. Diese These wäre allerdings nur dann zutreffend, wenn der Gesetzgeber den Ersatzschulen die Schulfähigkeitsprüfung bei Kann-Kindern verböte; er müsste also die Schulfähigkeitsprüfung von der Schüleraufnahme abspalten, die Schulfähigkeitsprüfung zu einem gesonderten Hoheitsakt erheben und diesen den staatlichen Grundschulen vorbehalten. Bis vor vier Jahren hatten Ersatzschulen in Niedersachsen, wie heute noch in allen anderen Bundesländern, selbstverständlich das Recht, wie die Staatsschulen Kann-Kinder auf ihre Schulfähigkeit zu prüfen und bei positivem Befund als schulpflichtige aufzunehmen. Die Schulverwaltung erklärte aber 2008 die Feststellung der Schulfähigkeit zu einem Hoheitsakt, für den Ersatzschulen nicht „beliehen“ seien.

Ein Grund für die Einführung eines Staatsschulmonopols auf Feststellung der Schulfähigkeit ist nicht bekannt; besondere Schwierigkeiten bei den (seltenen) Ablehnungen von Kann-Kindern sind nicht auffällig geworden; eine Statistik später sitzengebliebener Kann-Kinder gibt es nicht; nennenswerte Missbräuche werden nicht einmal erwähnt. Geht es vielleicht um etwas Anderes: um eine Restriktion der Schüleraufnahme an Ersatzschulen? Oder um eine Finanzhilfekürzung?

### Keine gesetzliche Grundlage

Wie dem auch sei: Von einem solchen Staatsschulmonopol auf Schulfähigkeitsprüfung steht im NSchG oder irgendeinem anderen Gesetz nichts. Die Schulpflichtbestimmungen in §§ 63 (1) und 64 NSchG enthalten die überall vorfindlichen Regelungen zur Schulpflichtigkeit und zur Aufnahme von Kann-Kindern (§ 64 (1) Satz 2): „Auf Antrag der Erziehungsberechtigten können Kinder, die ... noch nicht schulpflichtig sind, in die Schule aufgenommen werden, wenn sie die für den Schulbesuch erforderliche körperliche und geistige Schulfähigkeit besitzen ...“. Die übrigen Absätze des § 64 gelten der Behandlung der nicht schulfähigen Kinder, die des § 63 der regionalen Aufteilung in Schulbezirke; Schüler innerhalb der Schulbezirke „haben diejenige Schule... zu besuchen“, die im Schulbezirk liegt. Offensichtlich ist von Schülern die Rede, die staatliche Schulen besuchen möchten, denn Schulbezirke gibt es für Ersatzschulen nicht. Entsprechend enthält § 141 NSchG, der die Gesetzesbestimmungen benennt, die auch für Schulen in freier Trägerschaft gelten, die §§ 63 ff nicht. Das Gesetz beschreibt die Maßnahmen zur Gewährleistung der Schulpflicht nur im Bereich der staatlichen Schule, nicht im Bereich der Ersatzschulen. Für die gilt § 143 (3) NSchG; sie werden, wie oben 2.a) dargestellt, hinsichtlich der Aufnahme schulpflichtiger Schüler den staatlichen Schulen gleichstellt.

Das OVG erklärt nun: „Diese der Aufnahme von Kann-Kindern in eine Ersatzschule zeitlich vorgelagerte Aufnahmeprüfung kann *nach den Bestimmungen des NSchG* ausschließlich von der öffentlichen Grundschule vorgenommen

werden“. Gemeint sein kann die Tatsache, dass § 143 (3) NSchG keine Gleichstellung hinsichtlich der Schulfähigkeitsprüfung enthält (sie wurde gleichwohl bisher immer mitgedacht). Und gemeint sein kann nur der bereits zitierte § 64 (1) Satz 2 NSchG – und dort steht lediglich ein Konditionalsatz (Aufnahme, wenn ...), der allenfalls etwas, das als Zweistufigkeit des Verfahrens (I. Schulfähigkeitsfeststellung, II. Aufnahme) verstanden werden kann, enthält, aber nichts von einem Staatsschulmonopol auf Schulfähigkeitsfeststellung.

### Rechtsetzung durch die Schulverwaltung

Die Schulverwaltung sieht die Rechtsgrundlage des Staatsschulmonopols in den „Ergänzenden Bestimmungen zu Schulpflicht und zum Rechtsverhältnis zur Schule“ (Erlass des Kultusministeriums). Dort heißt es in Ziff. 5.1 Abs. 1: „Die Erziehungsberechtigten melden die ... Kinder ... in der für sie künftig zuständigen Schule an“ (gemeint ist die staatliche Grundschule des Schulbezirks – s. § 63 (3) ff.). Und Abs. 2 bestimmt: „Die angemeldeten schulpflichtigen Kinder und 'Kann-Kinder' sind von der Schule aufzunehmen“ (wieder kann nur die staatliche Grundschule gemeint sein, denn eine Ersatzschule kann weder von der Schulverwaltung noch von einer staatlichen Schule zur Aufnahme eines Schülers verpflichtet werden). Aus der Aufforderung an „die Erziehungsberechtigten“ wird nun aber geschlossen, dass *alle* Eltern des Schulbezirks – auch die, die ihr Kind an einer Ersatzschule anmelden wollen – ihre Kann-Kinder zunächst der zuständigen Staatsschule vorzustellen haben.

Dies ist die ganze „Rechtsgrundlage“, aus der ein staatliches Monopol für die Feststellung der Schulfähigkeit geschlossen wird ! Wenn diese Erlassbestimmung tatsächlich so weit gehende Folgen (Staatsschulmonopol, Eingriff in die freie Schülerwahl der Ersatzschule) haben soll, wäre sie nicht mehr durch den Gesetzestext gedeckt, den sie zu „ergänzen“ vorgibt, und damit rechtswidrig (so auch die Würdigung der Ziff. 5.1 in ministerieller Interpretation durch den führenden Schulgesetzkommentar von BROCKMANN u.a. – § 64 Anm. 2 (3), Ausgabe 1/2009, und Anm. 5 (4) Ausgabe 8/2010).

Im Übrigen kann man darüber streiten, ob die Schulfähigkeitsfeststellung ein eigener Verwaltungsakt ist; im Gesetz steht nichts von einem gesonderten Akt. Aber selbst, wenn hier ein besonderer Verwaltungsakt läge, hätten die Ersatzschulen 50 Jahre lang – wie überall in der Bundesrepublik – mit der Ersatzschul-Genehmigung stillschweigend außer der Schulpflichterfüllung auch diesen Hoheitsakt verliehen bekommen. Wenn sie ihn nun nicht mehr haben sollen, hätte man dieses Gewohnheitsrecht formell entziehen müssen. Ein Widerruf ist aber nicht erfolgt, genausowenig, wie eine Gesetzesänderung zur Normierung eines Staatsmonopols auf die Schulfähigkeitsfeststellung stattgefunden hat. Es ist eine eigenmächtige gravierende Rechtsänderung der Verwaltung bei gleich gebliebener, die Maßnahme nicht abdeckender Gesetzeslage. Darauf geht das OVG nicht ein, wohl deshalb, weil Erlasse keine relevanten Rechtsquellen sind und darum weder ein Staatsschulmonopol kreieren noch einen Finanzhilfanspruch mindern können.

### Richterrecht ohne Gesetzeslücke

3. Alles in allem: für den fehlenden gesetzlichen Ausschlussstatbestand innerhalb der Finanzhilferegelung kann keine Kompensation in Gestalt einer Interpretation des § 143 (3) NSchG oder in der Erfindung eines Staatsschulmonopols auf Schulfähigkeitsfeststellung in §§ 63 (2), 64 (1) NSchG entdeckt werden. Ein Fall von Richterrecht ohne Gesetzeslücke. Ohnehin wäre eine so komplizierte Kombination von Thesen als Grundlage eines

Ausschlusses weder präzise genug noch für die Berechtigten kalkulierbar genug; sie entspräche nicht rechtsstaatlichen Formen. Es fehlt für den Ausschluss der Kann-Kinder aus der Finanzhilfe jede gesetzliche Grundlage. Die „Systematik der gesetzlichen Regelungen“, aber auch die jahrzehntelange Übung sprechen viel mehr für die Aufrechterhaltung des Rechts der Ersatzschulen, Kann-Kinder selbst zu prüfen, zu schulpflichtigen Schülern zu machen und sie in der Finanzhilfeberechnung berücksichtigen zu lassen.

**Welchen Sinn hat die Trennung von Schüleraufnahme und Schulfähigkeitsprüfung?**

4. Bleibt noch die Sinnfrage: Was soll mit der Trennung von Schulfähigkeitsprüfung und Schüleraufnahme Sachgerechteres gegenüber dem vorangehenden Zustand erreicht werden? Wo lagen die Schwächen der Schulfähigkeitsfeststellung freier Grundschulen? Soll tatsächlich eine staatliche Grundschule ein Urteil abgeben zu der Frage, ob und wie ein Kann-Kind an einer Ersatzschule gefördert werden kann? Und weiter: Welchen Status hätte ein aufgenommenes Kann-Kind ohne staatliche Schulfähigkeitsfeststellung? Wäre (und bliebe) es Nichtschüler, und wie lange? Wie lange würde ein solcher Schüler nicht bei der Finanzhilfe berücksichtigt?

Pädagogisch ist die neue Praxis unsinnig, und die Finanzhilferegelung ist mangels Gesetzesregelung der Willkür der Verwaltung ausgesetzt. Das OVG bekennt dazu: „Es kommt nicht darauf an, ob die Abspaltung der Prüfung der Schulfähigkeit von der aufnehmenden genehmigten Ersatzschule pädagogisch sinnvoll ist“. Die Sinnfrage sei „in erster Linie“ Sache des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber hat hier aber etwas in sich durchaus Sachgerechtes geregelt; Unsinn ist erst durch das neue Verwaltungsverhalten und die Rechtsprechung daraus geworden. Das Gericht hätte dem m.E. steuern können.

**Schulfähigkeitsprüfung an anerkannten Ergänzungs- und Ersatzschulen?**

5. Noch ein kurioser Trost zum Schluss: Im Parallelverfahren einer nach § 161 (3) NSchG finanzhilfeberechtigten anerkannten Ergänzungsschule desselben Schulträgers (2 LC 617/10) hat das OVG der Schule Recht gegeben, weil dort keine Schulpflicht erfüllt werde, sondern gem. § 160 NSchG die Schulpflicht ruhe; deshalb entfalle die Argumentation aus der Schulpflicht (aber, um zu ruhen, muss doch die Schulpflicht erst einmal festgestellt werden?). – Auch für anerkannte Ersatzschulen hält das OVG (Begründung zu 2 LC 616/10) eine positive Entscheidung für möglich, weil mit der Anerkennung (§ 148 NSchG) die staatlichen Schüleraufnahmeregelungen befolgt werden müssten (einschließlich der Schulfähigkeitsprüfung?). – Es wäre bei bisheriger Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen alles soviel einfacher: alle drei Schulkategorien – anerkannte Ergänzungsschule mit Ruhen der Schulpflicht, genehmigte Ersatzschule und anerkannte Ersatzschule mit Schulpflichterfüllung – bestimmen die Schulfähigkeit des bei ihr angemeldeten Kann-Kindes selbst, denn die Behauptung eines Staatsschulmonopols auf Schulfähigkeitsprüfung ist aus dem NSchG nicht zu gewinnen – und damit entfällt jede dem entsprechende Restriktion der Finanzhilfe.



## Dokumentation **Eindrücke von der ersten „Global Home Education Conference 2012“ vom 1. bis 4. November in Berlin**

DR. THOMAS LANGER, WISSENSCHAFTLICHER LEITER DES IFBB

Am 04. November 2012 ging die mit großer Professionalität organisierte erste „Global Home Education Conference“ in Berlin mit weit über 100 Teilnehmern aus 43 Ländern zu Ende. Den Veranstaltern ging es ersichtlich darum, das elterliche Erziehungsrecht bei Bildungsentscheidungen im Sinne eines den Bildungsrechten des Staates überragendes Menschenrecht stark zu machen und in das Bewusstsein der Öffentlichkeit zu heben und nicht weniger darum, das globale Netzwerk der Home Education-Bewegung auszuweiten und zu festigen.

### Verbände und Themen

Entsprechend dieser Zielrichtung nehmen die Vorträge und Workshops ein breites Spektrum an Themen, Ansätzen und Perspektiven ein. Ein Schwerpunkt lag auf dem Forschungsstand zu Home Education - der historisch-institutionelle Vergleich von Bildungssystemen, die Präsentation von Untersuchungen zur empirischen Evidenz der Home Education, die entwicklungspsychologischen Auswirkungen der Home Education, die wünschenswerte Rolle des Staates bei Home Education oder die Interpretation des Rechts auf Home Education als Menschenrecht. Ein weiterer Schwerpunkt konzentrierte sich auf aktuelle Probleme der Home Education und Lösungsansätze, zum Beispiel im Hinblick auf die Rechtslage in Deutschland oder auf Hilfestellungen für Eltern und ihre Kinder, die aus ihrem Heimatland ausgewandert sind und nunmehr im „Exil“ leben, um ihre Kinder zu Hause unterrichten zu können.

Der zehnköpfige Veranstaltungsvorstand setzte sich aus bedeutenden Repräsentanten und Einzelpersonlichkeiten der weltweiten Homeschooling-Bewegung zusammen. MICHAEL P. DONNELLY etwa vom mächtigen US-amerikanischen Home Education-Verband „Home School Legal Defense Association“ (HSLDA), der die Interessen von mehr als 80.000 Home Education-Familien vertritt. Oder DAGMAR NEUBRONNER, die nach verlorenem Rechtstreit die Vollstreckung der Schulpflicht ihrer Kinder zu Zeit dadurch umgeht, dass sie mit ihrer Familie nach Frankreich ausgewandert ist und trotz alledem auf eine konstruktive Lösung für in Deutschland verbliebene Eltern, die Home Education praktizieren, hinarbeitet.

Die liberal gesonnene Friedrich Neumann Stiftung trat als einziger Sponsor der Konferenz aus Deutschland in Erscheinung.

### Unübersichtlichkeit der Verhältnisse

Sucht man eine Annäherung an das Phänomen Home Education, fällt zunächst die Unübersichtlichkeit insbesondere unter Berücksichtigung der globalen Verhältnisse auf. Die quantitative Verbreitung, die Formen, die Motive und Gründe der Home Education variieren zwischen den Ländern und den Familien beträchtlich. Teilweise erinnert Home Education an kleine Biotope. So berichtete mir ein evangelischer Pfarrer aus Japan, dass er in der Neunmillionenstadt Tokyo seine Kinder mit gerade einmal weiteren 49 Familien stadtweit zu Hause unterrichtet. Nicht zuletzt die länderspezifischen historisch gewachsenen Strukturen im Verhältnis zwischen Staat und Schule führen zu ganz unterschiedlich ausgeprägten rechtlichen Rahmenbedingungen für Home Education. Der Bildungsforscher CHARLES L. GLENN (Boston University of Education) führte das heutige Verbot des Home Education in Deutschland letztlich auf die staatstragende Rolle der Schulen zurück, da durch sie die Einheit des Staates hergestellt werden sollte.

Wissenschaftliche  
Untersuchungen des  
Homeschooling positiv

Dass eine starke rechtliche Regulierung des Home Education oder gar ein Verbot des Unterrichts zu Hause für die Leistungsstärke der Schüler ausschlaggebend sei, dem widersprach BRIAN D. RAY vom National Home Education Research Institute. Auf der Grundlage zahlreicher empirischer Untersuchungen gebe es dafür – jedenfalls in Bezug auf die Verhältnisse in den Vereinigten Staaten – keine Evidenz. Die individuelle Ausbildung und das auf den Einzelnen abstellende maßgeschneiderte Bildungsangebot zu Hause würden im Durchschnitt sogar zu leicht besseren kognitiven Leistungen und Abschlüssen führen. Es mache auch keinen Unterschied, ob die Wissensinhalte durch Eltern mit einer professionellen Lehrerausbildung oder durch nicht akademisierte Eltern erfolge. Auch in der späteren universitären Ausbildung schnitten die Studierenden ohne Schulausbildung nicht schlechter ab. Ehemalige „Home Schooler“ würden im späteren Berufsleben zudem ebenso häufig Führungsaufgaben übernehmen wie solche, die eine normale Schullaufbahn hinter sich haben.

Der Entwicklungspsychologe GORDON NEUFELD (Vancouver) erklärt die positive Entwicklung von daheim gebliebenen Kindern bis zur Reifwerdung mit den emotional kaum zu übertreffenden positiven Bindungen, die jedes Kind mit seinen Eltern unterhält. Dieser basale, quasi natürliche Mechanismus sei die Grundlage für alles Lernen, das sich – so NEUFELD – dann gewissermaßen wie von selbst einstelle. Die Schule Sorge dafür, dass die Bindungen insbesondere durch den Kontakt zu Gleichaltrigen, die in Konkurrenz zu denen der Eltern treten, regelmäßig Schaden annehmen, da über die Peers die „falschen“ Werte der Pop-Kultur Eingang verinnerlicht und die Reifwerdung zu einer verantwortlich handelnden Persönlichkeit behindert würden.

Angesichts der anscheinend zumindest nicht überwiegend negativen Auswirkungen erhält die Home Education in den Vereinigten Staaten, in dem Land wo die meisten Kinder zu Hause unterrichtet werden, einen wachsenden Zuspruch. Zu Zeit sind das mehr als 2 Millionen (über 3 Prozent) der Kinder. Ein weiterer Anstieg wird erwartet.

Homeschooling in  
Deutschland

Demgegenüber ist Home Education in Deutschland vor dem Hintergrund von schätzungsweise rund 1.000 Fällen (die Dunkelziffer dürfte recht hoch sein) derzeit (noch) eine Randerscheinung. Die geringe Anzahl verwundert kaum, ist doch der Grundsatz der allgemeinen Schulpflicht in allen Schulgesetzen gefestigter Bestand. Nach der hierzu nahezu einhelligen Rechtsprechung bis hinauf zum Bundesverfassungsgericht ist die gesetzliche Schulbesuchspflicht mit dem Grundgesetz vereinbar.<sup>1</sup> Zumal sich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hinsichtlich der Ausgestaltung der Schulsysteme nicht in die Bildungspolitik der Mitgliedstaaten einmischte. Ob ein Mitgliedstaat Home Education zulässt oder nicht, bleibt gemäß Europäischer Menschenrechtskonvention den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>2</sup> Eltern, die ihrer Pflicht, ihre Kinder zum Schulbesuch anzuhalten, nicht nachkommen und selber unterrichten wollen, müssen in Deutschland mit harten Sanktionen rechnen, die von der Erhebung eines Bußgeldes bis hin zur Entziehung des elterlichen Sorgerechts reichen.

1 BVerfG, NVwZ 2003, 1113; BVerfG, FamRZ 2006, 1094. Mit der Verfassungsmäßigkeit der Schulpflicht wird sich ein Beitrag in der nächsten Ausgabe der R&B etwas näher beschäftigen.

2 EGMR, Entscheidung vom 11. 09. 2006, Fritz Konrad u.a./Deutschland, Az. 35504/03, Beck-RS 2008, 06621.

Die Tendenz zur „Verstaatlichung der Kinder“ im deutschen Bildungssystem von der Krippe bis zur Ganztagschule führe laut NORBERT BLÜM (CDU) dazu, dass die Kinder in den Familien zu Hause die meiste Zeit schlafend verbringen würden. Der ehemalige Arbeitsminister unter KOHL ließ ein Grußwort verlesen, das seine Sympathie mit der Home Education-Bewegung bekundet.

### Dezentrales Lernen als Trend?

PATRICK MEINHARD, der Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion für Bildung, zeigte bei der Global Home Education Conference persönliche Präsenz, und zwar als einziger Politiker. MEINHARD stritt für eine Öffnung von Bildungsräumen durch dezentrales Lernen, wonach Bildung nicht von der räumlichen Begrenzung her, etwa der Schule, gedacht werden dürfe. Mehrere von Meinhard beobachtete Entwicklungen kämen dem dezentralen Lernen entgegen: die Tendenz im staatlichen Schulwesen, die Einzelschulen „Schritt für Schritt in die Freiheit zu entlassen“ und der dadurch ausgelöste zwischen schulische Wettbewerb; die Verbreitung von E-Learning-Angeboten sowie der in Zukunft in Deutschland noch stärker anwachsende Schülerrückgang. Letzterer mache es ähnlich wie zum Beispiel in Australien als Großflächenland notwendig, Kooperationen mit freien Schulträgern einzugehen, aber auch schulfernes Lernen zu ermöglichen. Nicht zufällig seien Australien, Kanada und Neuseeland, d.h. Länder, die das dezentrale Lernen fördern, bei internationalen Vergleichsuntersuchungen häufig weit vorne dabei.

So bekam die Diskussion um Home Education durch das Stichwort „dezentrales Lernen“ eine wohltuende allgemeine Wendung, die einen Trend im Bildungswesen beschreibt, der womöglich in Zukunft den Begriff der Schulvielfalt durch den Begriff der Bildungsvielfalt ablösen könnte.



## Zum Schluss Zum 80. Geburtstag von Professor Dr. Johann Peter Vogel

RECHTSANWALT PAUL CHRISTIAN LUCAS, FRANKFURT/M.

Aus Anlass des 80. Geburtstages von Professor Dr. JOHANN PETER VOGEL soll an dieser Stelle die Lebensleistung von JOHANN PETER VOGEL gewürdigt werden. Nur wenige wissen heute, mit welchem großartigem und nachhaltigem Engagement VOGEL seit rund 50 Jahren die Rechtswissenschaften im Bildungswesen und dabei nicht nur die Breite des Schulwesens, sondern auch mit einem besonderen und fachkundigen Blick die Entwicklung der Schulen in freier Trägerschaft maßgeblich beeinflusst hat. Besonders erwähnenswert hierbei ist, dass er bei seinen Betrachtungen und Aktivitäten stets ein ganzheitliches, staatliche und freie Schulen umfassendes Bildungswesen im Auge hat. Mit seiner übergreifenden Sicht- und Wirkungsweise hat VOGEL die Arbeit von HANS HECKEL neben anderen Wissenschaftlern konstruktiv weiterentwickelt und mit weiteren Akzenten versehen.

Mit seinem Engagement in vielen verantwortlichen Positionen in verschiedenen pädagogischen und bildungspolitischen Organisationen übte er darüber hinaus großen Einfluss auf die Entwicklung der Schulen in freier Trägerschaft aus.

Sein Interesse und Engagement begannen 1961 in der damaligen Rechtsanwaltspraxis von HELLMUT BECKER, der sich damals vornehmlich mit Bildungsrecht befasste. In der Folgezeit übernahm VOGEL die Kanzlei von BECKER und engagierte sich zunehmend und intensiv in der Beratung und Vertretung von Schulen in freier Trägerschaft. Daraus entwickelte sich dann eine umfassende Beratung und Vertretung vieler Schulorganisationen (Landesarbeitsgemeinschaften, ab 1970 Bundesarbeitsgemeinschaft Freier Schulen als Nachfolger von HELLMUT BECKER, Vereinigung der Landerziehungsheime, Bund der Freien Waldorfschulen, Verband Deutscher Privatschulen, um einige zu nennen).

Wichtige Impulse für seine Arbeit erhielt er im Rahmen seiner Zusammenarbeit mit dem späteren Bischof von Hildesheim, Dr. JOSEF HOMEYER, in Zeiten der Arbeit des DEUTSCHEN BILDUNGSRATES Ende der 60iger und Anfang der 70iger Jahre. Zum Beispiel erarbeiteten beide für die Arbeitsgemeinschaft Freier Schulen ein Papier zum Strukturplan des DEUTSCHEN BILDUNGSRATES, in das auch das Thema „Freiheitsgarantie der Gleichwertigkeit der Freien Schule (inhaltliche und finanzielle Sicherung des Privatschulwesens)“ einfluss.

VOGEL publizierte im Laufe der Jahrzehnte unzählige Beiträge in allgemeinen Rechtszeitschriften (z.B. DÖV) und Zeitschriften für das Bildungswesen (z.B. als Mitherausgeber von RdJB) und hat damit große Verdienste für die Rechtswissenschaft erworben. Einige Buchveröffentlichungen dürfen nicht unerwähnt bleiben: *Freie Schule I* (1970), *Freie Schule II* (1972), *Handbuch Freie Schulen* (1984; dieses Buch, das umfassend über alle Schulen in freier Trägerschaft informierte, ist leider nicht mehr aufgelegt worden), Loseblattwerk *Bildung und Erziehung in freier Trägerschaft* im Luchterhandverlag, *Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft* (1984), außerdem Beiträge, z.B. in FRIEDRICH MÜLLER: „*Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft*“ (1996).

Konsequent wie ein roter Faden wird in den Jahrzehnten seiner Aktivitäten deutlich, dass VOGEL sich nicht nur vordergründig für die Schulen in freier Trägerschaft eingesetzt hat, sondern dass es ihm darauf ankam, Rechstellung und Aufgabe der Schulen in freier Trägerschaft im Rahmen des gesamten Schulwesens unter Einschluss der staatlichen Einrichtungen zu definieren.

Es sei verwiesen auf seinen Vortrag bei einem Kongress der Deutschen GESELLSCHAFT FÜR ERZIEHUNGSWISSENSCHAFTEN 1988 („*Privatschulbedingungen des Grundgesetzes als Verfassungsmodell für das gesamte Schulwesen*“) oder auf seine Initiative nach der Wende („*Vorschlag zur Neuformulierung einer Verfassungsbestimmung für das Schulwesen*“, 1992). VOGEL setzte sich darüber hinaus generell für eine Reform der Schulverfassung ein („*Verfassungsrechtliche Bemerkungen zur Verselbständigung der Schule*“, 1995).

Auf vielen von ihm initiierten Fachtagungen hat er diese Themen vertieft und erweitert und damit die Arbeit anderer Wissenschaftler wie FRIEDRICH MÜLLER flankiert. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts 1987 („*Offensein des Staates für die Vielfalt der Formen und Inhalte*“) wecke Hoffnungen, wurde doch hier eine zeitgerechte Interpretation des Verfassungsartikels im Grundgesetz deutlich, die sich von der zu engen Auslegung der Weimarer Rechtsverfassung und den entsprechenden Ableitungen zu einer modernen Auffassung gewandelt hat.

Seit 1994 bis heute hat sich freilich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts leider zum Nachteil der Schulen in freier Trägerschaft (rück-)entwickelt. Und es ist enttäuschend, auch für VOGEL, wenn nach jahrzehntelangem Kampf letztlich keine wesentlichen Fortschritte erzielt worden sind.

Mit 67 Jahren löste VOGEL seine Kanzlei in Berlin auf, um sich musikwissenschaftlichen Themen (VOGEL hat auch Musikwissenschaften studiert) zu widmen. Indes: VOGEL kehrte dann doch wieder zurück auf die Bühne des Schulwesens und der Schulen in freier Trägerschaft. 2004 übernahm er die Gestaltung der Zeitschrift „RECHT UND BILDUNG“, um die Herausgabe in der Zukunft zu gewährleisten. Dieser Schritt bedeutete auch eine Bereicherung unserer Arbeit.

Es gibt nur ganz wenige Zeitgenossen, die sich mit dem Thema „Schulwesen – Schulen in freier Trägerschaft“ so stark identifiziert haben, sich selbstlos und „unerschrocken“ einmischen. VOGEL war und ist ein echter „Überzeugungstäter“, der im Rahmen der Rechtswissenschaft, der politischen Arbeit und bei der Wahrnehmung der Interessen der Schulen in freier Trägerschaft für einen gleichrangigen und gleichwertigen Platz der Schulen in freier Trägerschaft in einem vielfältigen Bildungswesen wirkungsvoll und erfolgreich gewirkt und gekämpft hat.

Wir können uns glücklich schätzen, ihn nach wie vor an unserer Seite zu haben. Das wird immer wieder deutlich bei unseren Diskussionen im Kuratorium und im wissenschaftlichen Beirat des INSTITUTS FÜR BILDUNGSFORSCHUNG UND BILDUNGSRECHT. Das Institut arbeitet ganz im Sinne von VOGEL: Mehr Freiheit im Schulwesen, mehr Freiheit der Einzelschule. Wir sind ihm dankbar für seine federführende Arbeit bei der Herausgabe der Zeitschrift, die mit ihren Inhalten dazu beiträgt, die wesentlichen und

## Zum 80. Geburtstag von Professor Dr. Johann Peter Vogel

kritischen Punkte zum komplexen Thema Bildungsfreiheit, Schulvielfalt, Autonomie und Gleichwertigkeit sowie Schulwahlecht herauszuarbeiten.

Wir wünschen JOHANN PETER VOGEL weiterhin gute Gesundheit und persönlich alles Gute und verbinden damit die Hoffnung, dass er uns bei dem komplexen und schwierigen Thema „Freie Schulen in einem öffentlichen Schulwesen“ auch in Zukunft unterstützen möge.



## IMPRESSUM

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

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

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

ISSN 1614-8134

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreis: 15,- € jährlich einschl. Versandkosten

Einzelpreis: 5,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten

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

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

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

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