

Professor Dr. Bodo Pieroth
Universität Münster

Kurzvortrag

Pressekonferenz am 28. November 2011, 11:30 Uhr

Tagungszentrum im Haus der Bundespressekonferenz
Schiffbauerdamm 40, 10117 Berlin, Raum 4

Vor einigen Monaten hat die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft ein Rechtsgutachten mit dem Titel „Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen“ herausgegeben, das der bekannte Schulrechtler *Hermann Avenarius* erstattet hat. Eine zentrale, in dem Gutachten zu beantwortende Frage lautete: „Müssen Landesregierungen die Genehmigung von Privatschulen versagen, wenn dadurch öffentliche Schulen in ihrem Bestand gefährdet werden?“. Die Antwort von *Avenarius* lautet wie folgt: „Die Genehmigung einer Ersatzschule ist dann zu versagen, wenn aufgrund der Errichtung dieser Schule öffentliche Schulen wegen Unterschreitens der gesetzlich bestimmten Mindestgröße geschlossen werden müssten, wenn für die dadurch betroffenen Schüler unzumutbar lange Schulwege zu anderen öffentlichen Schulen entstünden und wenn deshalb der Anspruch der Schüler und Eltern auf ein Angebot an öffentlichen Schulen in erreichbarer Nähe sich nicht mehr verwirklichen ließe“.

Dieses Ergebnis wird im Wesentlichen mit drei Thesen begründet: der Behauptung vom Vorrang der öffentlichen Schule vor der privaten Schule, der Konstruktion einer über den Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehenden Genehmigungsvoraussetzung und der Annahme eines Verfassungswandels für die Standortkonkurrenz zwischen öffentlichen und privaten Schulen. Alle drei Thesen sind jedoch rechtlich unzutreffend.

1. Öffentliche und private Schulen sind nach dem Grundgesetz gleichrangig. Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG tritt der staatlichen Schulhoheit gem. Art. 7 Abs. 1 GG als gleichrangiges Freiheitsrecht entgegen: Private Ersatz- wie Ergänzungsschulen sind den staatlichen Schulen *verfassungsrechtlich* – wenn auch nicht zwangsläufig in ihrer einfach-rechtlichen Befugnis, Berechtigungen und Abschlüsse zu erteilen – *gleichgeordnet*. Hiervon macht lediglich Art. 7 Abs. 5 GG eine historisch begründete Ausnahme: Private *Volksschulen* sind nur unter qualifizierten Voraussetzungen zuzulassen. Diese Verfassungsbestimmung verfolgt den Zweck, „die Kinder aller Volksschichten zumindest in den ersten Klassen grundsätzlich zusammenzufassen“.

Außer aus dem Wortlaut und der Systematik des Art. 7 GG ergibt sich die Gleichrangigkeit von öffentlichen und privaten Schulen auch aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. Ich zitiere die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht der Privatschulen oder Schulen in freier Trägerschaft: „Die Entstehungsgeschichte spricht danach eindeutig dafür, dass der Grundgesetzgeber Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zwar durchaus im Zusammenhang mit dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) und dem Recht auf eine bestimmte religiöse Erziehung (Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 2 GG) gesehen, ihn letztlich aber unabhängig hiervon als besonderes Freiheitsrecht unter Absage an ein staatliches Schulmonopol verstanden und verabschiedet hat“.

2. Die Voraussetzungen der Genehmigung privater Ersatzschulen nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG sind abschließend. Dies ist nämlich die gegenüber Art. 7 Abs. 1 GG speziellere Regelung. Das war bisher einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Lehre und steht so auch bei Avenarius. Das heißt, wenn die drei Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Rechtsanspruch auf die Genehmigung und darf sie nicht wegen irgendwelcher faktischer Folgen des Schulwahlverhaltens versagt werden.

3. Seinen Meinungswechsel bezüglich des abschließenden Charakters der Genehmigungsvoraussetzungen begründet Avenarius wie folgt: „Art. 7 GG ist in einer Zeit entstanden, in der sich die schulische Situation von der heutigen grundlegend unterschied. Bei Beratung und Verabschiedung des Grundgesetzes konnte der Verfassungsgeber von einer ungefährdeten Existenz öffentlicher Schulen ausgehen. Eine demographische Entwicklung, die zur Folge hat, dass Staat und Kommunen wegen der drastisch sinkenden Schülerzahlen kaum noch imstande sind, in ländlichen Regionen eine bedarfsdeckende Versorgung mit öffentlichen Schulen sicherzustellen, war damals nicht abzusehen“.

So einfach kann man sich aber nicht über geltendes Verfassungsrecht hinwegsetzen. Von einem „Verfassungswandel“ wird allgemein gesprochen, wenn sich ein Wandel des Verständnisses einer Verfassungsnorm ohne eine Änderung des Normtextes vollzieht. Zusammen mit der Verfassungs(text)änderung lässt er sich unter den Oberbegriff der Verfassungsentwicklung subsumieren. Verfassungsentwicklung im Sinne von Flexibilität ist notwendig, damit das Verfassungsrecht nicht seine normative Steuerungswirkung einbüßt; gleichzeitig zeichnet sich jedoch eine Verfassung dadurch aus, dass sie ein gewisses Maß an Kontinuität und Stabilität im geschichtlichen Wandel gewährleistet. Daher gilt es, das rechte Maß zwischen Statik und Dynamik zu fin-

den: Für einen Verfassungswandel bedeutet dies, dass er rechtlich diszipliniert werden muss und nicht leichtfertig durch den Verfassungsinterpreten angenommen werden darf.

Es ist mit einer rechtsstaatlichen Methodik nicht vereinbar, unter Berufung auf eine Veränderung in der Wirklichkeit die abschließend normierten Genehmigungsvoraussetzungen zu unterlaufen und dadurch zu entwerten. Den Bestand der öffentlichen Schulen vor Privatschulen schützen zu wollen, mag ein politisch vertretbares Anliegen sein; es lässt sich jedoch *de constitutione lata* nicht verwirklichen. Soll die Gefährdung des Bestandes der öffentlichen Schulen als negatives Genehmigungstatbestandsmerkmal in das Genehmigungsverfahren einfließen, hält das Grundgesetz nur eine gangbare Lösung bereit: die Änderung des Art. 7 Abs. 4 GG auf dem Weg des Art. 79 GG.

Ich fasse meine Ablehnung der Thesen des Gutachtens von Avenarius mit zwei Zitaten zusammen: „Der Staat muss den schulischen Pluralismus auch gegen sich selbst garantieren.“ „Gesichert ist für jedermann die *Freiheit, Privatschulen zu errichten*; das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn kein Bedürfnis für die Schulgründung besteht und die öffentliche Schule dadurch Schüler einbüßt“. Das erste Zitat stammt vom Bundesverfassungsgericht, das zweite aus dem Buch „Schulrecht“ von 2010. Verfasser: Hermann Avenarius.

Es bleibt allerdings noch ein Problem: Gesetzt den Fall, eine private Ersatzschule würde tatsächlich einmal in einer Gemeinde dazu führen, dass die öffentliche Schule geschlossen würde, ergeben sich dadurch untragbare Konsequenzen? Die Rechtsfragen sind schon einmal bei der Monopolstellung kirchlicher Friedhöfe aufgetaucht und geklärt worden. Diese Ergebnisse lassen sich ohne weiteres auf die vorliegende Problematik übertragen und besagen dann Folgendes:

Dass einem privaten Schulträger in Zukunft eine Monopolstellung zukommen kann, wird grundgesetzlich nicht ausgeschlossen. Er erfüllt dann die Aufgabe einer öffentlichen Schule. Insoweit folgt aus Art. 7 Abs. 1 GG eine verhältnismäßige Beschränkung der Privatschulfreiheit.

Die Privatschule hat in diesem Fall sämtliche Schüler bis zur Erschöpfung der Kapazität aufzunehmen, welche die Zugangsvoraussetzungen des entsprechenden Bildungsgangs erfüllen. Das Recht der freien Schülersauswahl sowie die Privatautonomie werden zulässigerweise eingeschränkt. Im Fall der Kapazitätsüberschreitung kommt den Schülern und Eltern ein Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung zu.

Das Recht des Privatschulträgers zur Erhebung von Schulgeldern wird durch die Monopolstellung grundsätzlich nicht berührt. Zuschläge für Schüler, die der Privatschulträger im Normalfall nicht genommen hätte, sind jedoch ausgeschlossen. Naheliegender erscheint jedoch, dass der Staat die Kosten einer privaten Monopolschule zu decken hat, da sie eine hoheitliche Aufgabe anstelle des Staates übernimmt und ihn so entlastet. Als Anspruchsgrundlage für eine Erstattung derjenigen Aufwendungen, die dem Staat erspart bleiben, kommt die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht. ← auch ohne Schulgeldes!

Religiöse bzw. weltanschauliche Neutralität kann von privaten Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen auch im Falle einer Monopolstellung nicht erwartet werden. Dies würde sie ihres schulischen und kirchlichen Selbstbestimmungsrechts entkleiden. Eltern, die ihre Kinder nicht an einer konfessionellen oder weltanschaulichen Monopolschule anmelden wollen, sind daher gezwungen, auf eine staatliche Schule – mag diese auch in größerer Entfernung liegen – auszuweichen.

Anhang: Art. 7 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland

- (1) Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates.
- (2) Die Erziehungsberechtigten haben das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen.
- (3) Der Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. ²Unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt. ³Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen.
- (4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. ²Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen. ³Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. ⁴Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.
- (5) Eine private Volksschule ist nur zuzulassen, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder, auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.
- (6) Vorschulen bleiben aufgehoben.