

Staatskirchenrechtliche Abhandlungen

Band 12

Das Recht der Freien Schule  
nach dem Grundgesetz

Von

Friedrich Müller

2., bearbeitete und stark erweiterte Auflage



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**FRIEDRICH MÜLLER**

**Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz**

# **Staatskirchenrechtliche Abhandlungen**

**Herausgegeben von Ernst Friesenhahn · Alexander Hollerbach · Josef Isensee  
Joseph Listl · Hans Maier · Paul Mikat · Klaus Mörsdorf · Wolfgang Rüdner**

**Band 12**

# Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz

Von

**Friedrich Müller**

**2., bearbeitete und stark erweiterte Auflage**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

**Schriftleitung der Reihe „Staatskirchenrechtliche Abhandlungen“:  
Prof. Dr. Joseph Listl, Lennéstraße 15, D-5300 Bonn 1**

**Alle Rechte vorbehalten  
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1982 bei fotokop wilhelm weihert KG., Darmstadt  
Printed in Germany**

## Vorwort zur zweiten Auflage

Das Werk behandelt in seiner neuen Fassung nunmehr *alle wichtigen und aktuellen Probleme* des Rechts der Ersatzschulen und betrifft in seinen Aussagen gleichermaßen *jedes Bundesland*. Anhand einer exemplarischen Analyse juristischer und schulpolitischer Konflikte in Nordrhein-Westfalen werden zunächst die für private Schulen in der Bundesrepublik verbindlichen *grundrechtlichen Freiheitsgarantien* systematisch und praxisbezogen entwickelt. Die *Ergebnisse* sind wegen ihrer Fundierung im Grundgesetz für alle Bundesländer relevant und auf sie übertragbar. Die einzige wegen einer nordrhein-westfälischen Besonderheit nicht übertragbare Frage, nämlich die nach dem *Rechtsanspruch auf Anerkennung* einer Ersatzschule, ist jetzt für alle Länder geklärt worden (5. Teil). Ferner wurde der Text der vergriffenen 1. Ausgabe von 1980 *durchgesehen, ergänzt* und *auf neuesten Stand* gebracht. Schließlich vervollständigen die *Rechtsstellung Freier Sonderschulen* (6. Teil), die auf das Recht aller Bundesländer gegründete Untersuchung der *grundgesetzlichen Ansprüche auf Förderung und Finanzierung* sowie die verfassungsrechtliche Zentralfrage eines *Grundrechts auf staatliche Leistung* (7. Teil) das Buch zu der bisher umfassendsten Darstellung des Privatschulrechts nach dem neuesten Stand von Rechtsentwicklung und Schulpolitik.

Ein klarer Aufbau, übersichtliche Zusammenfassungen, ein Literaturverzeichnis, der Abdruck zahlreicher wichtiger Vorschriften sowie ausführliche Sach- und Entscheidungsregister geben dem Buch zugleich die Funktion eines *Nachschlagewerks* und machen es auch dem nicht-juristischen Kulturpolitiker, Schul- und Verwaltungspraktiker zugänglich. Eine gelegentliche Ausführlichkeit vor allem in grundlegenden Fragen verfolgt den Zweck, über den Beitrag zur wissenschaftlichen Debatte hinaus gerade diesem Kreis von Lesern und Benutzern des Buches Anregung und Anleitung zur Selbsthilfe in ihrer täglichen Praxis zu geben.

Heidelberg, im Juli 1981

*Friedrich Müller*

## Vorwort zur ersten Auflage (1980)

Die Bedeutung der Freien Schulen für das Bildungswesen einer freiheitlichen Gesellschaft wird zunehmend erkannt. Diese Aktualität ist der Sache nach nicht erst von heute. Schon seit langem haben Freie Schulen Maßstäbe gesetzt, wirkten sie bahnbrechend für neue pädagogische Konzepte und fortschrittliche Organisationsformen. Für die Chance, Entwürfe wagen, Modelle prägen, stellvertretend Erfahrungen sammeln zu können, brauchten und brauchen sie Freiheit von rechtlicher Fremdbestimmung und von faktischem Anpassungszwang.

Die Untersuchung verknüpft grundrechtliche, organisatorische und staatskirchenrechtliche Aussagen der Bundesverfassung miteinander. Im Schnittbereich von Freiheitsgarantie und Aktionsfeld der vollziehenden Gewalt, mit der Figur der Staatsaufsicht im Normbereich eines gesellschaftlichen Gruppen wie auch Privaten zustehenden Grundrechts bietet die Privatschulfreiheit eine für unsere Rechtsordnung in dieser Form einzigartige Konstellation.

Die Arbeit untersucht die Aussagen des Grundgesetzes zum Recht der Freien Schulen. Für das Landesrecht konzentriert sie sich auf Nordrhein-Westfalen, dessen Verfassung der grundgesetzlichen Garantie am nächsten kommt. Gesetzgebung und Exekutivpraxis dieses Bundeslandes werden beispielhaft am Grundgesetz gemessen. Im Verlauf dieser wechselseitigen Analyse entwickelt die Studie die für schulpolitische Auseinandersetzungen und rechtliche Konflikte um Freie Schulen entscheidenden *Maßstäbe* des geltenden Rechts, und zwar sowohl für Schulen in kirchlicher wie in sonstiger Trägerschaft. Wegen der zentralen Bedeutung der grundgesetzlichen Normen betreffen die *Ergebnisse* das Privatschulrecht aller Bundesländer.

Heidelberg, im Juni 1980

*Friedrich Müller*

# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

I. Die Problematik .....	15
II. Der Gegenstand der Untersuchung .....	17

## Erster Teil

### Die rechtlichen Maßstäbe

I. Rechtsdisziplinen .....	19
II. Rechtsebenen .....	20
III. Rechtskreise .....	29
IV. Rechtsarten .....	36
V. Ergebnisse .....	41

## Zweiter Teil

### Die Aussagen des Grundgesetzes zu den Rechtsfragen der privaten Ersatzschule

A. Grundrechtliche Aussagen (Literaturbericht) .....	49
I. Grundrechte aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG .....	49
1. Rechte der Freien Schule als solcher .....	49
2. Rechte der Eltern und Lehrer .....	50
II. Einschränkung der Rechte aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG .....	51
1. Allgemeine Grenzen .....	51
2. Genehmigung von Ersatzschulen. Enthält Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen einen Gesetzesvorbehalt? .....	53
3. Genehmigung auch für Ergänzungsschulen? .....	55
III. Zusammenhang des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG mit anderen Verfassungsnormen .....	56
1. Art. 19 Abs. 3, 28 Abs. 2 GG .....	56
2. Art. 3 GG .....	58
3. Sonstige Verfassungsnormen .....	59



B. Staatskirchenrechtliche Aussagen (Literaturbericht) .....	60
I. Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV .....	60
1. Allgemeines zur Interpretation des Art. 137 Abs. 3 WRV ....	60
2. Privatschulen als „eigene Angelegenheiten“ .....	62
3. Normbereichsvergleich mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG .....	64
a) Lehrer .....	64
b) Schüler .....	65
c) Lehrinhalte .....	67
4. Grenzen des Selbstbestimmungsrechts .....	67
5. Folgerungen .....	71
II. Art. 4 GG .....	72
1. Die verschiedenen Grundrechte des Art. 4 GG .....	72
2. Das Verhältnis zu Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV .....	72
3. Kirchen als Grundrechtsträger .....	73
4. Privatschulen als Religionsausübung .....	74
III. Der verfassungsrechtliche Gesamtstatus der Kirchen .....	75
IV. Anhang: Konkordatäre und kirchenvertragliche Regelungen für Freie Schulen .....	75
C. Organisationsrechtliche Aussagen — die überkommene Dogmatik von Lehre und Rechtsprechung zur Schulaufsicht .....	76
I. Zur Geschichte der Schulaufsicht in Deutschland .....	76
II. Art. 144 WRV .....	78
III. Fortgelten der im bisherigen Recht entwickelten Rechtssätze ..	79
1. Allgemeine Begriffsbestimmung .....	79
2. Schulaufsicht über kommunale Schulen .....	80
3. Schulaufsicht über private Schulen .....	80
a) Rechtsaufsicht .....	80
b) Ersatzschulen/Ergänzungsschulen .....	81
c) Disziplinarangelegenheiten .....	82
d) Adressat der Aufsicht/Aufsichtsmittel .....	82
IV. Kritische Ansatzpunkte .....	82
1. Schulaufsicht und Selbstverwaltung .....	82
2. Sinnleichheit bei Ausdrucksgleichheit? .....	83
3. Gegenposition. Weitergelten der überkommenen Verwal- tungspraxis .....	84
V. Schulaufsicht als Sammelbezeichnung .....	85
1. Fachaufsicht über die Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schulen .....	86
2. Dienstaufsicht über Lehrer .....	86

3. Aufsicht über Schulverwaltungsbetätigung der nichtstaatlichen Schulträger .....	87
a) Aufsicht über kommunale Schulen .....	87
b) Aufsicht über Freie Schulen .....	89
4. Zentrale Ordnung und Organisation des Schulwesens .....	90
VI. Rechtsprechung .....	91
1. Bundesverfassungsgericht .....	91
2. Bundesverwaltungsgericht .....	93
D. Die grundrechtliche, staatskirchenrechtliche und organisationsrechtliche Verfassungsdogmatik des Grundgesetzes zur Privatschulfreiheit	94
I. Grundrechte .....	95
II. Staatskirchenrecht .....	105
III. Organisationsrecht .....	112

*Dritter Teil*

**Einzelfragen der unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebung und Exekutivpraxis der Länder am Beispiel von Nordrhein-Westfalen**

A. Einzelfragen der Genehmigung privater Ersatzschulen .....	121
I. Rechtliche Präzisierung der Frage .....	121
1. Die Struktur der Rechtslage .....	121
2. Zur Einordnung von § 38 SchOG .....	123
3. Die Bedeutung von Art. 8 Abs. 4 LV .....	123
II. Die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 37 Abs. 3 a - c SchOG	127
1. „Lehrziele“ und „Einrichtungen“ (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 37 Abs. 3 a SchOG) .....	128
a) Verfassungsrechtlich korrekte Auslegung dieser Begriffe im Landesrecht .....	128
b) Zusammenfassung zum Unterschied zwischen „gleichwertig“ (§ 37 Abs. 3 a SchOG u. ö.) und „nicht zurückstehen“ (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) .....	137
2. Die „wissenschaftliche Ausbildung“ der Lehrkräfte (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 37 Abs. 3 b SchOG) .....	143
3. Keine „Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern“ (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 37 Abs. 3 c SchOG) ..	148
III. Die Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG, § 37 Abs. 3 d SchOG) .....	150
1. Die in Frage kommenden Rechtsvorschriften .....	150
2. Der rechtliche Prüfungsmaßstab .....	153
3. Die Position des Grundgesetzes .....	153
4. Die „Entsprechung“ oder „Vergleichbarkeit“ der Stellung von Ersatzschullehrern als Genehmigungsvoraussetzung .....	160

IV. Fragen der vorläufigen Erlaubnis von Ersatzschulen .....	164
1. Die Stellung vorläufig erlaubter Ersatzschulen nach Landesrecht .....	164
2. Die verfassungsrechtliche Problematik der verschiedenen Fallgruppen .....	172
3. Insbesondere: Die Rolle des grundgesetzlichen Übermaßverbots .....	176
4. Vorläufige Erlaubnis und Ersatzschulen in kirchlicher Trägerschaft .....	184
B. Grundfragen der Schulaufsicht über Ersatzschulen nach Landesrecht	190
I. Der verfassungsrechtliche Rahmen .....	190
1. Art. 7 GG .....	190
2. Der Vorbehalt des Gesetzes .....	195
II. Die Grundnormen im Landesrecht Nordrhein-Westfalens .....	199
III. Voraussetzungen in der Person des Schulträgers (§ 38 SchOG) ..	205
IV. Die Genehmigungsbefähigung der Tätigkeit von Leitern und Lehrern an Ersatzschulen (§ 41 Abs. 2 - 4 SchOG) .....	212
V. Die Frage eines Aufhebungs-, Änderungs- und Selbsteintrittsrechts der Aufsichtsbehörde .....	215
C. Zu sonstigen Fragen der Anwendbarkeit des Schulverwaltungsgesetzes sowie der Allgemeinen Schulordnung .....	218
I. Die Grundlagen .....	218
II. Gültigkeit der Normen über Schulleitung und Schulleiter (§§ 20, 21 SchVG) für private Ersatzschulen? .....	220
III. Anwendbarkeit der Vorschrift über Schülerzeitungen (§ 25 Abs. 2 SchVG)? .....	221
IV. Die Frage der Anwendbarkeit staatlicher Ferienordnungen auf Ersatzschulen .....	226
D. Anwendbarkeit des Schulmitwirkungsgesetzes auf Ersatzschulen? ..	231
I. Grundsatzfragen .....	231
II. Schülermitwirkung .....	237
III. Elternmitwirkung .....	245
IV. Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsvorschriften zum Schulmitwirkungsgesetz? .....	249
E. Fragen der Verfassungstreue von Lehrkräften an Ersatzschulen ....	251
F. Dienstrechtliche Einzelprobleme im Bereich der Ersatzschulen .....	264

I. Die rechtlichen Grundlagen .....	264
II. Einzelfragen des Dienstrechts .....	269
1. Staatliches Weisungsrecht gegenüber Ersatzschullehrern? ....	269
2. Dienstliche Beurteilung durch die staatliche Schulaufsicht und Mitwirkung der Schulaufsicht bei Beförderungen? .....	271
3. Staatliche Personalakten über Ersatzschullehrer? .....	276
4. Einfluß der staatlichen Schulaufsicht auf die besoldungsrecht- liche Stellung von Ersatzschullehrern (vgl. auch oben, Dritter Teil, A III) .....	277
G. Einzelfragen zum Zeugnis- und Prüfungsrecht privater Ersatzschulen	279
I. Die rechtlichen Grundlagen .....	279
II. Das Problem der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 3 der Allgemeinen Schulordnung .....	286
III. Darf die Schulaufsichtsbehörde die Form der Zeugnisse bestim- men (Kopfnoten)? .....	289
H. Welche Lernmittel sind an privaten Ersatzschulen verwendbar? ....	291
I. Genehmigungspflicht für alle Lernmittel? .....	292
II. Anwendbarkeit des Schulmitwirkungsgesetzes? .....	299
J. Rechtsverbindlichkeit der staatlichen Oberstufenreform für Ersatz- schulen? .....	300
I. Die Ausgangslage .....	300
II. Müssen strukturelle Änderungen (z. B. Typenänderung, Enttypi- sierung) von Ersatzschulen mitvollzogen werden? .....	304

*Vierter Teil*

**Ergebnisse zum Freiheitsrecht**

A. Die untersuchte Problematik .....	315
B. Die rechtlichen Maßstäbe .....	315
C. Die Aussagen des Grundgesetzes zu den Rechtsfragen der privaten Ersatzschule .....	318
I. Grundrechtliche Aussagen .....	318
II. Staatskirchenrechtliche Aussagen .....	321
III. Organisationsrechtliche Aussagen .....	323

D. Einzelfragen der unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebung und Exekutivpraxis der Länder am Beispiel von Nordrhein-Westfalen .....	327
I. Einzelfragen der Genehmigung privater Ersatzschulen .....	327
II. Grundfragen der Schulaufsicht über Ersatzschulen nach Landesrecht .....	332
III. Sonstige Fragen der Anwendbarkeit des Schulverwaltungsgesetzes sowie der Allgemeinen Schulordnung .....	335
IV. Anwendbarkeit des Schulmitwirkungsgesetzes auf Ersatzschulen? .....	336
V. Fragen der Verfassungstreue von Lehrkräften an Ersatzschulen .....	338
VI. Dienstrechtliche Einzelprobleme im Bereich der Ersatzschulen	340
VII. Einzelfragen zum Zeugnis- und Prüfungsrecht privater Ersatzschulen .....	344
VIII. Welche Lernmittel sind an privaten Ersatzschulen verwendbar?	347
IX. Rechtsverbindlichkeit der staatlichen Oberstufenreform für Ersatzschulen? .....	350

#### *Fünfter Teil*

<b>Fragen der Anerkennung von Ersatzschulen außerhalb von Nordrhein-Westfalen</b>	353
---	-----

#### *Sechster Teil*

#### **Die Rechtsstellung Freier Sonderschulen nach dem Grundgesetz**

A. Allgemein einschlägige Normen .....	363
I. Genehmigungsbedingungen .....	363
II. Schulaufsicht .....	364
III. Abhängigkeit der Förderung von der Anerkennung .....	365
B. Schulleitung .....	366
C. Verhältnis Lehrer — Schule — Schulaufsicht .....	367
I. Welche Anforderungen dürfen vom Staat an die Ausbildung der Lehrer gestellt werden? .....	367
II. Hat der Staat ein Mitspracherecht bei der Höherstufung von Lehrern? .....	370

D. Aufnahmeverfahren .....	372
I. Zur Verfahrensweise .....	372
II. Defektbezogene Eingruppierung .....	374
E. Lehrpläne .....	376
F. Ergebnisse .....	377

*Siebter Teil*

**Die Leistungsrechte der Freien Schule auf staatliche Förderung**

A. Die Problematik .....	383
B. Der Stand von Rechtsprechung und Lehre .....	388
I. Die Rechtsprechung .....	388
II. Ansätze in der Literatur .....	392
1. Bezüglich Art. 7 Abs. 4 GG .....	392
a) Art. 7 Abs. 4 GG als bloßes Abwehrrecht .....	392
b) Art. 7 Abs. 4 GG als Ausgangspunkt für Leistungsrechte .....	394
c) Individueller Anspruch auf Finanzhilfe? .....	404
d) Abschließende inhaltliche Bemerkungen zu a) bis c) .....	405
2. Grundrechte als Leistungsrechte im allgemeinen .....	407
3. Dogmatische Verneinung von Leistungsrechten .....	414
III. Der dogmatische Ertrag der bisherigen Rechtsprechung und Lehre .....	415
1. Zur Rechtsprechung .....	415
a) Die Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG .....	415
aa) Dogmatisch überholte Argumentationen .....	415
bb) Dogmatisch tragfähige Argumentationen .....	416
b) Die Rechtsprechung zu Grundrechten als Leistungsrechten .....	417
2. Zur Lehre .....	417
a) Die Grundrechte als subjektive Rechte .....	417
aa) Allgemeine Dimensionen der Grundrechte als subjektive Rechte .....	417
bb) Art. 7 Abs. 4 GG als subjektives Grundrecht .....	417
b) Die Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung .....	418
aa) Allgemeine Dimensionen der Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung .....	418
bb) Art. 7 Abs. 4 GG als Element objektiver Ordnung .....	419
α) Verfassungsauftrag, Gesetzgebungsauftrag, Richtlinie und Maßstab staatlichen Handelns .....	419
β) Interventionsgarantie .....	419

C. Die Rechtslage nach dem Grundgesetz .....	420
I. Unterschiedliche normative Lagen .....	420
1. Kriterien der Unterscheidung .....	420
a) Die Existenz eines Grundrechts .....	420
b) Die Eingliederung in die öffentliche Gewalt .....	421
2. Grundsätzliche Typen möglicher Leistungsverhältnisse .....	421
a) Leistungsempfänger: Teil der öffentlichen Gewalt <i>ohne</i> Grundrechtsgewährleistung .....	421
b) Leistungsempfänger: Teil der öffentlichen Gewalt <i>mit</i> Grundrechtsgewährleistung .....	421
c) Leistungsempfänger: Parteien .....	422
d) Leistungsempfänger: Nicht zur öffentlichen Gewalt gehö- rende Träger eines <i>notfallrelevanten Grundrechts</i> .....	422
e) Nicht zur öffentlichen Gewalt gehörende Träger eines <i>nicht-notfallrelevanten Grundrechts</i> .....	422
II. Dogmatische Fragestellung .....	422
III. Das Konzept der Normbereichsanalyse .....	423
1. Normstruktur und Normativität .....	423
a) Begriff der Rechtsnorm und strukturierende Rechtsnorm- theorie .....	423
b) Normbereichstypen und Rechtsnormtypen .....	425
c) Normbereichsanalyse, Prozeß der Normkonkretisierung und strukturierende Methodik .....	426
2. Normbereiche von Grundrechten .....	427
3. Folgerungen für die Grundrechtsdogmatiken .....	428
IV. Normbereich der Privatschulfreiheit .....	429
1. Sachbereich des Art. 7 Abs. 4 GG .....	429
2. Das Normprogramm der Privatschulfreiheit als Rechtsgrund- lage eines individuellen Förderungsanspruchs des Privatschul- trägers gegenüber dem Staat .....	429
a) Die Anerkennbarkeit des Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG als Rechts- grundlage einer objektiven Leistungspflicht (Garantenstel- lung des Staates)	
b) Voraussetzungen, Inhalt und Umfang der objektiven Lei- stungspflicht (Garantenpflicht des Staates) .....	432
c) Subjektivierbarkeit der objektiven Leistungspflicht zum individuellen Leistungsanspruch? .....	433
3. Der Normbereich der Privatschulgarantie .....	433

V. Zusätzliche verfassungsrechtliche Leistungsrechte für Freie Schulen in kirchlicher Trägerschaft? .....	434
1. Die tatsächliche Bedeutung kirchlicher Trägerschaft für Freie Schulen .....	434
2. Die Gleichbehandlung von Freien Schulen in kirchlicher und in nicht-kirchlicher Trägerschaft im Privatschulrecht .....	434
3. Verfassungsmäßigkeit der Subventionierung von Freien Schulen in kirchlicher Trägerschaft .....	434
4. Leistungsrechte der Schulträger? .....	435
a) Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV .....	435
b) Art. 4 GG .....	436
5. Leistungsrechte der Schulbenutzer? .....	437
a) Art. 6 Abs. 2 GG .....	437
b) Art. 4 GG .....	437
D. Die Privatschulförderung durch die Länder am Maßstab des Grundgesetzes .....	438
I. Maßgeblichkeit des Grundgesetzes .....	438
II. Zum Vorbehalt des Gesetzes .....	440
III. Die Privatschulförderung durch die Länder .....	442
1. Länderverfassungen .....	442
2. Unterverfassungsrecht der Länder zur Förderung Freier Schulen .....	443
IV. Grundgesetzmäßigkeit exemplarisch ausgewählter Förderungsmodalitäten .....	443
1. Darf staatliche Förderung von der (Genehmigung und) Anerkennung der Ersatzschule abhängig gemacht werden? .....	443
a) Einschränkungen aufgrund von Landesrecht .....	443
b) Die Lage nach Art. 7 Abs. 4 GG .....	445
2. Ist es zulässig, den Kreis der begünstigten Ersatzschulen einzuschränken? .....	452
a) Durch eine unterschiedliche Förderung verschiedener Schulträger .....	452
b) Durch eine unterschiedliche Förderung verschiedener Schulformen .....	453
3. Darf die Verminderung der Eigenleistung unter Hinweis auf die Finanzkraft von Dritten verweigert werden, welche die Exekutive zur Sphäre des Schulträgers rechnet („Durchgriff“)?	457



4. Sind folgende Ein- und Ausschlußkriterien bei Ersatzschulen zulässig? .....	466
a) Entlastungsfunktion der Ersatzschule für das öffentliche Schulwesen .....	466
b) Nichtgefährdung öffentlicher Schulen .....	467
c) Übernahme der staatlichen Schulstruktur .....	468
5. Dürfen Zuschüsse gegenständlich beschränkt werden? .....	469
a) Beschränkung auf Zuschüsse zu den Betriebskosten unter Ausschluß der Investitionskosten (Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Hessen, Bremen) .....	469
b) Beschränkung auf Zuschüsse zu Personalkosten unter Ausschluß der Sachkosten (Berlin, Hessen; Bayern für berufsbildende Schulen) .....	473
6. Muß der Staat Ersatzschulen staatliche Lehrer zur Verfügung stellen? .....	475

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>477</b>
-----------------------------	------------

*Anhang I*

<b>Die wichtigsten einschlägigen Normen aus dem Landesrecht Nordrhein-Westfalens</b>	<b>487</b>
--	------------

*Anhang II*

<b>Die wichtigsten Normen der Länder zur staatlichen Förderung Freier Schulen</b>	<b>503</b>
---	------------

<b>Entscheidungsregister</b>	<b>523</b>
------------------------------	------------

<b>Sachregister</b>	<b>525</b>
---------------------	------------

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	= Absatz
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	= Anmerkung(en)
AO	= Abgabenordnung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	= Artikel
ASchO	= Allgemeine Schulordnung (NW)
AVOzSchOG	= Ausführungsverordnung zum Schulordnungsgesetz (NW)
Az.	= Aktenzeichen
B	= Berlin
BaWüVBl.	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
Br	= Bremen
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW/BaWü	= Baden-Württemberg (-isches)
By/Bay	= Bayern/Bayerisches
Diss. jur.	= juristische Dissertation
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
EFG	= Gesetz über die Finanzierung von Ersatzschulen (NW)
EKD	= Evangelische Kirche in Deutschland
EKU	= Evangelische Kirche der Union
Erl.	= Erläuterungen
ESchFG	= Ersatzschulfinanzierungsgesetz
EUG	= Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (Bayern)
EuGRZ	= Europäische Grundrechtszeitschrift
GABl.	= Gemeinsames Amtsblatt
GBI.	= Gesetzblatt
GbSch	= Gesetz über berufsbildende Schulen
GG	= Grundgesetz
GMBI.	= Gemeinsames Ministerialblatt
GV., GVBl., GVOBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Hbg	= Hamburg
HdbStKirchR	= Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2 Bände, Berlin 1974 - 1975
Hess.	= Hessen (Hessisch)
i. d. F.	= in der Fassung
i. e. S.	= im engeren Sinn
iVm.	= in Verbindung mit

JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KMK	= Konferenz der Kultusminister
KuU	= Kultus und Unterricht
LABG	= Gesetz über die Ausbildung für Lehrämter an öffentlichen Schulen (NW)
LBG	= Landesbeamtengesetz (NW)
LFG	= Lernmittelfreiheitsgesetz
LV	= Landesverfassung
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NC	= Numerus Clausus
Nds.	= Niedersächsisch(e, er, es)
n. F.	= neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NW	= Nordrhein-Westfalen
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PrivSchG	= Privatschulgesetz (Niedersachsen)
PrivSchLG	= Gesetz u. d. Leistungen des Staates für private Gymnasien u. Privatschulen
RdJ	= Recht der Jugend
RdJB	= Recht der Jugend und des Bildungswesens
Rdnr.	= Randnummer(n)
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RP	= Rheinland-Pfalz
RWS	= Recht und Wirtschaft der Schule
SAV	= Sonderschulnahmeverfahren
SchG	= Schulgesetz
SchMG	= Gesetz über die Mitwirkung im Schulwesen (NW)
SchOG	= Schulordnungsgesetz /NW)
SchVG	= Schulverwaltungsgesetz (NW)
Sh	= Schleswig-Holstein
Sl	= Saarland
SoSchG	= Sonderschulgesetz
SoVoSchG	= Sondervolksschulgesetz
StGB	= Strafgesetzbuch
StGH	= Staatsgerichtshof
SZG	= Gesetz über die Gewährung einer jährlichen Sonderzuwendung (NW)
VELKD	= Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VG	= Verwaltungsgericht
VoSchG	= Volksschulgesetz
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVPSchG	= Vorschriften zum Vollzug des Privatschulgesetzes (Baden-Württemberg)
VVzSchMG	= Vorläufige Verwaltungsvorschriften zum Schulmitwirkungsgesetz (NW)
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	= Weimarer Reichsverfassung

# Einleitung

## I. Die Problematik

Schon immer steht das Recht der Freien Schule am Schnittpunkt von öffentlichem Schulrecht, also einem klassischen Gebiet des hoheitlichen Verwaltungsrechts, auf der einen und von grundrechtlicher Freiheit wie institutioneller Garantie auf der anderen Seite. Aus dieser Verschiedenheit der Rechtsmaterien und der sie begründenden Normen folgt eine hohe wissenschaftliche Komplexität, in der täglichen Schulpraxis eine nicht leicht durchschaubare Gemengelage heterogener, vielfach auch einander widerstreitender Faktoren und Tendenzen. Über die Legitimität der Tätigkeit Freier Schulen konnte es unter dem Grundgesetz angesichts der klaren Regelung des Art. 7 Abs. 4 GG nie Streit geben. Auf der anderen Seite hat die Zugehörigkeit des Schulrechts zum Kompetenzbereich der Länder zu ungleichen und ungleichzeitigen Entwicklungen, aber auch zu Erscheinungen und Praktiken geführt, die oft mehr politisch-pragmatisch als normativ-dogmatisch bestimmt erscheinen. Die heutigen Probleme des Rechts der Privatschule sind vieltätig; sie erstrecken sich über eine breite Skala von Spezialdisziplinen des Öffentlichen Rechts, berühren im übrigen schon immer auch privatrechtliche Fragen. Zugleich sind die rechtlichen Grundstrukturen auf einem so stark verflochtenen und differenzierten Rechtsgebiet angesichts der angedeuteten politisch-pragmatischen Entwicklungen im Landesrecht noch zu wenig geklärt. Unentschiedene Schwebestände, unnötige Mißverständnisse und Konflikte sind erfahrungsgemäß dann die Folge, wenn in der Regierungs- und Verwaltungspraxis Meinungsverschiedenheiten oder abweichende Interpretationen unter den Beteiligten auftauchen. In nicht wenigen Fällen ist angesichts des raschen und tiefgreifenden Wandels im Schulwesen der Bundesrepublik seit Beginn der 60er Jahre im Rahmen der Schulreform, im Zusammenhang mit der Einführung neuartiger Schultypen (zum Beispiel der Gesamtschule) oder der Reform der gymnasialen Oberstufe der Eindruck entstanden, die Forderung des Grundgesetzes nach Gleichwertigkeit der Ersatzschulen werde durch eine unausgesprochene, aber um so wirkungsvollere Praxis der Gesetzgebung und Exekutive der Länder immer mehr in Richtung auf Gleichartigkeit mit den Schulen des Staates hingelenkt. Durch eine Vielzahl solcher in der Regel kaum bewußt werdender Entwicklungen könnte die rechtlich nach der Verfassungsordnung des

Grundgesetzes eigenständige Stellung der Privatschulen gegenüber den öffentlichen Schulen mehr und mehr verwischt werden, ohne daß die rechtlichen Grundlagen geändert worden wären. Sind diese aber nicht geändert, so kann ein rein tatsächlicher Zustand nach den Maßstäben des Rechtsstaats und ohne sonstige grundlegende Veränderung der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht rechtserheblich sein. Es läßt sich unter keinem zulässigen Aspekt annehmen, ein Vorgang der Verfassungswandlung könne vor dem tatsächlichen Hintergrund der Entwicklung des Privatschulwesens seit Inkrafttreten des Grundgesetzes mit Rechtswirkung gegen Wortlaut, Systematik und Sinngehalt der einschlägigen (Verfassungs-)Vorschriften eingetreten sein.

Daher sind bisher aufgetretene beziehungsweise sich andeutende künftige Streitfragen um die Rechtsstellung der Freien Schulen zunächst von ihren verfassungsrechtlichen Grundlagen her zusammenhängend zu untersuchen. Zu solchen Punkten grundsätzlichen Dissenses gehört etwa die Frage, ob neuere schulrechtliche Gesetze (wie zum Beispiel über Mitwirkung und Mitverwaltung im Schulbereich), ob Richtlinien über die dienstliche Beurteilung, Einstufung und Beförderung von Lehrern an Privatschulen oder ob die verschiedenen Vorschriften über die Verfassungstreue der Angehörigen des öffentlichen Dienstes auf das von den Trägern Freier Schulen angestellte Personal „entsprechend“ oder „sinngemäß“ ausgedehnt werden können oder nicht. Ungeklärt ist das Problem der Anwendbarkeit der für die öffentlichen Bildungseinrichtungen erlassenen Schulordnungen der Länder auf Privatschulen, sind ferner Fragen des Verfahrens der Genehmigung privater Ersatzschulen oder der Verbindlichkeit staatlicher Reformmodelle (so vor allem bei der Reform der gymnasialen Oberstufe oder beim Einführen neuartiger Schultypen) für nichtstaatliche Schulen. Besonders klärungsbedürftig ist auch die Grundfrage, was unter Schulaufsicht einerseits gegenüber öffentlichen, andererseits gegenüber kommunalen und schließlich gegenüber Freien Schulen verstanden werden soll, ob hier wesentliche Unterschiede zwischen unmittelbar oder mittelbar öffentlichen Schulen auf der einen und Schulen in freier Trägerschaft auf der anderen Seite bestehen; und wenn ja, worauf sie sich gründen und wie sie sich in der alltäglichen Verwaltungspraxis auszuwirken haben.

Es hat offenbar nicht nur die dogmatische Durchdringung der Einzelprobleme, sondern vor allem deren Verbindung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen mit den zum Teil tiefgreifenden Veränderungen im Schulwesen der Bundesrepublik der letzten beiden Jahrzehnte nicht ausreichend Schritt halten können. Schon wegen der Komplexität der daraus folgenden Aufgabe ist es notwendig, diese nicht als eine spezialistische des Schulrechts (das unter dem Grundgesetz weithin

Landesrecht ist, Art. 30, 70 ff. GG) oder gar nur des Privatschulrechts aufzufassen und nur zusätzlich die Maßstäbe des Allgemeinen Verwaltungsrechts (zum Beispiel Begriff der Aufsicht, Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, usw.) heranzuziehen. Vielmehr sind vor allem die für alle Bundesländer in gleicher Weise verbindlichen und das staatliche Handeln auf Gesetzes- wie auch Exekutivstufe bestimmenden, also mit anderen Worten: die sowohl zentralen als auch ranghöchsten für das Privatschulrecht einschlägigen Maßstäbe der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zunächst nach ihrem normativen Gehalt und dann in ihrem gegenseitigen Verhältnis herauszuarbeiten.

## II. Der Gegenstand der Untersuchung

In dem so gefaßten normativen Sinn muß die Untersuchung auf der Ebene des Grundgesetzes vollständig sein. Gegenständlich ist sie auf folgende Weise bestimmt:

Soweit *Landesrecht* und landesrechtliche Regierungs- und Verwaltungspraxis eine Rolle spielen, beschränkt sich die Analyse auf den Bereich von Nordrhein-Westfalen.

In bezug auf den *Träger* werden hier nicht nur die Freien Schulen erfaßt, deren rechtlicher Status in Art. 7 GG abschließend geregelt ist; sondern in Gestalt derjenigen Schulen, die von Kirchen oder von kirchlichen Organisationen und Institutionen unterhalten werden, auch solche mit weiterreichendem verfassungsrechtlichen Hintergrund. Denn überall dort, wo es eine Kirche oder eine kirchliche Einrichtung ist, die als Schulträger „durch Übernahme der Verantwortung und der Sorge in eine legitime Beziehung zu einer Schule . . . tritt oder in einer solchen Beziehung steht“ und in der Praxis zugleich „die sächlichen Schulkosten trägt und die äußeren Schulangelegenheiten verwaltet“<sup>1</sup>, treten zur Normierung des Privatschulrechts auf der Ebene des Grundgesetzes (in Art. 7 Abs. 4 iVm. 7 Abs. 1 GG) noch staatskirchenrechtliche Verfassungsvorschriften wie zum Beispiel Art. 4 Abs. 1 und 2 oder Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV hinzu. Der normative Ansatz ist also bei Freien Schulen in kirchlicher Trägerschaft komplexer; umgekehrt gelten die hier zu entwickelnden Aussagen über deren allgemeine grundrechtliche und organisationsrechtliche Stellung auch für Freie Schulen in nichtkirchlicher Trägerschaft.

Was die *Funktion* der hier untersuchten Freien Schulen im Vergleich mit dem staatlichen Schulwesen betrifft, so handelt es sich in der Formulierung des Grundgesetzes um „private Schulen *als Ersatz* für öffent-

---

<sup>1</sup> H. Heckel/P. Seipp, Schulrechtskunde, 5. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1976, S. 96, 98.