

**Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft
in Niedersachsen**

Rechtsgutachten

im Auftrag der

Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Waldorf- und Rudolf-
Steiner-Schulen in Niedersachsen

von

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.
Leibniz Universität Hannover

Hannover, September 2016

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| A) Gegenstand des Rechtsgutachtens | 7 |
| B) Neuausrichtung der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen: Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015 | 10 |
| I. Prüfung von finanzhilfeberechtigten Schulen | 11 |
| II. Prüfung von nicht finanzhilfeberechtigten Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe | 12 |
| III. Schulgeld und Sonderungsverbot | 13 |
| IV. Wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen | 14 |
| C) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 1 und 4 GG, Art. 4 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 NV) | 15 |
| I. Rechts- oder Fachaufsicht des Staates über Schulen in freier Trägerschaft? | 15 |
| 1. Schulaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung | 15 |
| a) Art der Aufsicht: Rechtsaufsicht | 15 |
| b) Maßstab und Inhalt der Rechtsaufsicht | 18 |
| aa) Erteilung und Fortbestand der Ersatzschulgenehmigung gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG | 19 |

| | |
|--|----|
| Inhaltsverzeichnis | 3 |
| bb) Gewähr von Finanzhilfe gem. Art. 7 Abs. 4 GG | 23 |
| c) Adressat und Zeitpunkt der Ausübung der Rechtsaufsicht | 26 |
| d) Anlassbezogene oder anlasslose Rechtsaufsicht? | 27 |
| aa) Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Finanzhilfean- gaben der Ersatzschulträger | 29 |
| bb) Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Genehmigungs- voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG | 30 |
| (1) Rechtsaufsicht am Ende des Bildungs- ganges | 31 |
| (2) Rechtsaufsicht vor dem Ende des Bildungs- ganges | 33 |
| cc) Parallele zur Kommunalaufsicht | 36 |
| dd) Keine Parallele zur Gewerbeaufsicht | 37 |
| e) Instrumente der Rechtsaufsicht | 39 |
| 2. Schulaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen | 40 |
| II. Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes für die Schul- aufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG) | 44 |
| 1. Rechtsaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung | 44 |

| | |
|---|----|
| Inhaltsverzeichnis | 4 |
| 2. Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen | 46 |
| III. Gebot der Bestimmtheit der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 3 GG) | 49 |
| IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 3 GG) | 52 |
| V. Waldorfschulen: Schulrechtlicher Status und Konsequenzen für die Schulaufsicht | 54 |
| 1. Schulrechtlicher Status der Waldorfschulen | 54 |
| a) Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung | 54 |
| b) Beleihungsähnliche Stellung bei der Durchführung von Abschlussprüfungen? | 58 |
| aa) Abiturprüfungen | 60 |
| bb) Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I | 63 |
| 2. Konsequenzen für die Schulaufsicht | 65 |
| a) Rechtsaufsicht, nicht Fachaufsicht über Waldorfschulen | 65 |
| b) Gebot der Rücksichtnahme auf die besondere pädagogische Bedeutung der Waldorfschulen bei der Ausübung der Rechtsaufsicht | 66 |

| | |
|---|----|
| D) Gesetzliche Regelung und Praxis der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen – im verfassungsrechtlichen Rahmen? | 68 |
| I. Art der Aufsicht über Ersatzschulen nach dem Niedersächsischen Schulgesetz | 68 |
| 1. Rechtsaufsicht über Ersatzschulen zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen und zur Überprüfung der Finanzhilfeangaben | 69 |
| 2. Keine Fachaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung | 70 |
| 3. Keine Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen | 73 |
| II. Instrumente der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen nach dem Niedersächsischen Schulgesetz | 74 |
| III. Neuausrichtung der Schulaufsicht über Ersatzschulen nach dem Projektbericht der NLSchB | 77 |
| 1. Art der Aufsicht über Ersatzschulen | 78 |
| 2. Unzulässige Differenzierung zwischen verschiedenen Ersatzschulen bei der Rechtsaufsicht | 79 |
| 3. Finanzhilfeberechtigte Schulen | 82 |
| a) Sog. allgemeine Prüfung | 82 |

| | |
|--|-----|
| aa) Verfassungswidrigkeit der Vermengung der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Ersatzschul- genehmigung und der Rechtsaufsicht zur Über- prüfung der Finanzhilfe | 82 |
| bb) Verfassungswidrigkeit einer anlasslosen, turnusgemäßen allgemeinen Prüfung | 84 |
| cc) Verfassungswidrigkeit einzelner Prüfungs- schwerpunkte | 85 |
| b) Wiedereinführung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte | 88 |
| 4. Nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe | 92 |
| a) Jährliche Berichtspflicht | 92 |
| b) Vor-Ort-Besuch bis zum Ende der Wartefrist | 93 |
| c) Wiedereinführung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte | 93 |
| 5. Schulgeld und Sonderungsverbot | 94 |
| 6. Wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen | 96 |
| 7. Konsequenzen bei Nichteinhaltung der Vorgaben | 98 |
| E) Ergebnisse des Rechtsgutachtens | 100 |

A) Gegenstand des Rechtsgutachtens

Die Niedersächsische Landesschulbehörde (NLSchB) ist derzeit bestrebt, ihre Aufsicht über die Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen neu auszurichten. Am 2. April 2014 hat sie eine Projektgruppe eingesetzt, um landesweit „einheitliche, systematisierte Standards für die Wahrnehmung der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft“ zu entwickeln¹. Die Projektgruppe hat unter dem Datum des 25. Februar 2015 (Ergänzung: 9. September 2015) einen ersten, internen Entwurf eines Projektberichts zur „Neuausrichtung der Niedersächsischen Landesschulbehörde. Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft“ (Projektbericht) vorgelegt. Zur Erprobung der in dem Projektbericht vorgeschlagenen Prüfungsstandards führt die NLSchB derzeit Pilotprüfungen bei Schulen in freier Trägerschaft durch². Zu diesen Schulen gehören auch finanzhilfeberechtigte Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung³.

Begleitet und befördert wird diese Neuausrichtung der Aufsicht der NLSchB über die Schulen in freier Trägerschaft durch den Niedersächsischen Landesrechnungshof (LRH). In seinem „Jahresbericht 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung - Bemerkungen und Denkschrift zur Haushaltsrechnung des Landes Niedersachsen für das Haushaltsjahr 2013 -“ (Jahresbericht) moniert der LRH, dass eine systematische Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen für

¹ LT-Drs. 17/5379, S. 1; s. auch *Niedersächsische Landesschulbehörde*, „Neuausrichtung der Niedersächsischen Landesschulbehörde. Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft“, Projektbericht, Stand: 25.2.2015 (Ergänzung: 9.9.2015), S. 7 (Projektbericht).

² LT-Drs. 17/5378, S. 1 f.; LT-Drs. 17/5379, S. 1.

³ LT-Drs. 17/5379, S. 2.

Ersatzschulen durch die NLSchB fehle⁴. Stichprobenkontrollen bei Schulen in freier Trägerschaft hätten ergeben, dass Schulen Finanzhilfen erhielten, obgleich sie schulrechtliche Vorgaben missachtet hätten⁵. Kritik übt der LRH vor allem daran, dass Lehrkräfte an Schulen in freier Trägerschaft oftmals keine angemessene Vergütung erhielten⁶ und Unterricht in beträchtlichem Maße durch Honorarkräfte erteilt werde⁷. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot sei problematisch, dass einige Schulen ein durchschnittliches monatliches Schulgeld von mehr als 200 € erhöhen⁸. Der LRH beanstandet außerdem, dass das Niedersächsische Schulgesetz Privatschulen gestatte, Lehrkräfte ohne Studium einzusetzen; insofern solle eine Änderung des Schulgesetzes erwogen werden⁹. Eine wirksame Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen für Ersatzschulen gem. Art. 7 Abs. 4 GG erfordere außerdem eine Vorlage der Lehrpläne der Schulen¹⁰ sowie die Wiedereinführung förmlicher Unterrichtsgenehmigungen durch die NLSchB¹¹. Vor diesem Hintergrund hat der LRH die NLSchB aufgefordert, „zeitnah Standards ... zu entwickeln, die sowohl im Genehmigungsverfahren als auch im weiteren Schulbetrieb eine kontinuierliche Überprüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen garantieren“¹². Sämtliche finanzhilfeberechtigten Schulen, insbesondere solche von besonderer pädagogischer Bedeutung, sollten zeitnah

⁴ *Niedersächsischer Landesrechnungshof*, Jahresbericht 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung - Bemerkungen und Denkschrift zur Haushaltsrechnung des Landes Niedersachsen für das Haushaltsjahr 2013, S. 17 (Jahresbericht 2015).

⁵ Jahresbericht 2015, S. 12, 18.

⁶ Jahresbericht 2015, S. 20.

⁷ Jahresbericht 2015, S. 20.

⁸ Jahresbericht 2015, S. 20.

⁹ Jahresbericht 2015, S. 19.

¹⁰ Jahresbericht 2015, S. 18 f.

¹¹ Jahresbericht 2015, S. 19.

¹² Jahresbericht 2015, S. 22.

überprüft und Verstöße gegen schulrechtliche Vorschriften sollten konsequent geahndet werden¹³.

Vor diesem Hintergrund hat die Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Waldorf- und Rudolf-Steiner-Schulen in Niedersachsen darum gebeten, rechtsgutachtlich zu klären, ob die Neuausrichtung der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft mit der Verfassungsgarantie des Privatschulwesens in Einklang steht. Hierzu wird zunächst der Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015 vorgestellt (s. Ziff. B]). Anschließend wird herausgearbeitet, welche (landes- und bundes-)verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Aufsicht des Staates über Schulen in freier Trägerschaft gelten (s. Ziff. C]). Ob und inwieweit die Vorschriften des Niedersächsischen Schulgesetzes sowie die Neuausrichtung der Schulaufsicht in Niedersachsen durch die NLSchB den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht werden, ist Gegenstand der Untersuchung unter Ziff. D). Das Rechtsgutachten schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (s. Ziff. E]).

Im Zentrum des Rechtsgutachtens steht dabei die Schulaufsicht über Ersatzschulen, wobei das besondere Augenmerk den Freien Waldorfschulen gilt. Ausgeblendet bleibt das Prüfgebaren des LRH und in Sonderheit die Frage, ob der Jahresbericht 2015 von der Prüfungskompetenz des Rechnungshofes gem. § 150 Abs. 10 NSchG und

¹³ Jahresbericht 2015, S. 97 f. Zur Reaktion des Landtags auf den Bericht des LRH LT-Drs. 17/5379, S. 1: „Der Ausschuss für Haushalt und Finanzen teilt die Auffassung des Landesrechnungshofs, dass die von ihm geprüften finanzhilfeberechtigten Schulen von besonderer pädagogischer Bedeutung vielfach verfassungs- und schulrechtliche Vorgaben nicht dauerhaft erfüllten. Der Ausschuss erwartet, dass die Landesregierung aufgrund der festgestellten erheblichen Defizite zeitnah alle finanzhilfeberechtigten Schulen von besonderer pädagogischer Bedeutung überprüft und bei nachträglich festgestellten fehlenden Genehmigungsvoraussetzungen umgehend weitere schulrechtliche Maßnahmen einleitet“.

Art. 4 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3, Art. 70 Abs. 1 NV sowie Art. 7 Abs. 1 und 4 GG gedeckt ist. Schließlich kann die grundsätzliche Frage einer Neuorganisation der staatlichen Aufsicht über Schulen in freier Trägerschaft durch Einführung staatsunabhängiger Aufsichtsbehörden im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht erörtert werden¹⁴.

B) Neuausrichtung der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen: Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015

Die NLSchB unterbreitet in ihrem Projektbericht vom 25. Februar 2015 im Interesse einer „landesweit einheitliche(n) effektive(n) Aufsicht“¹⁵ „Vorschläge für die Standardisierung der Aufsicht über Schulen in freier Trägerschaft“¹⁶. Sie differenziert dabei zwischen der „Prüfung von finanzhilfeberechtigten Schulen“ (s. Ziff. I.) und der „Prüfung von nicht finanzhilfeberechtigten Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ (s. Ziff. II.) sowie der (hier nicht beleuchteten) „Prüfung von nicht finanzhilfeberechtigten Schulen – Ergänzungsschulen“. Außerdem widmet sich die NLSchB u.a. den Themen „Schulgeld und Sonderungsverbot“ (s. Ziff. III.) sowie „wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen“ (s. Ziff. IV.).

Getragen sind die Vorschläge von dem Befund der NLSchB, dass Schulaufsicht über Ersatzschulen nach geltendem Recht „Rechtsaufsicht und im eingeschränkten Maße auch Fachaufsicht“ bedeute¹⁷,

¹⁴ Näher *Brosius-Gersdorf*, R&B 2016, 2 (14 ff.).

¹⁵ Projektbericht, S. 4.

¹⁶ Projektbericht, S. 7.

¹⁷ Projektbericht, S. 11.

wobei Fachaufsicht gem. § 120 Abs. 3 NSchG namentlich im Hinblick auf die Abschlussprüfungen (Sekundarbereich I) an allgemein bildenden Schulen in freier Trägerschaft bestehe¹⁸. Die Ausübung dieser Schulaufsicht sei bislang weder durch behördeninterne Standards noch durch Vorgaben des Niedersächsischen Kultusministeriums (MK) geregelt¹⁹.

I. Prüfung von finanzhilfeberechtigten Schulen

Der Projektbericht unterbreitet für finanzhilfeberechtigte Schulen unter Bezugnahme auf § 150 Abs. 10 NSchG und § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG den Vorschlag, künftig „im Zusammenhang mit der Finanzhilfeprüfung ... eine sog. allgemeine Prüfung der Schulen in freier Trägerschaft“ durchzuführen. Ziel sei die Überprüfung aller Schulen in einem Zeitraum von fünf Jahren, wobei sich die Prüfung in der Regel auf einen Zeitraum von drei Schuljahren erstrecke. Die Auswahl der Schulen erfolge „entweder nach Auffälligkeiten in der Vergangenheit, vermutetem Beratungsbedarf oder nach Zufallsprinzip“. Als Prüfungsschwerpunkte nennt der Projektbericht:

- wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Unterrichtspersonals,
- Schulgeld (Sonderungsverbot),
- ausreichende Ausstattung mit allgemeinen und fachspezifischen Unterrichtsräumen,
- Erfüllung der jeweiligen Stundentafel der Schule mit qualifizierten Lehrkräften (regelmäßig mit Unterrichtsbesichtigung vor Ort),

¹⁸ Projektbericht, S. 30.

¹⁹ Projektbericht, S. 39.

- jeweiliges pädagogisches Konzept der Schule und Jahresplanung,
- Prüfung der normativen Aufnahmevoraussetzungen der Schüler/innen,
- Abgleich der tatsächlichen mit den abgerechneten Schüler/innen und
- Prüfung der Lohnkonten des Unterrichtspersonals.

Eventuelle Konsequenzen der Prüfung seien eine schulfachliche und -rechtliche Beratung, die Einleitung eines Mängelbeseitigungsverfahrens, die Rückforderung überzahlter Finanzhilfe und die Rücknahme der Anerkennung und/oder der Genehmigung.

Überdies hält der Projektbericht „zur effektiven Wahrnehmung der Schulaufsicht“ die Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte für „dringend erforderlich“.²⁰

II. Prüfung von nicht finanzhilfeberechtigten Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe

„Nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ sollen künftig während der Wartefrist jährlich zu folgenden Punkten berichten:

- aktuelles Lehrkräfteverzeichnis unter Kennzeichnung der Änderungen,
- aktuelle Gehaltsordnung,

²⁰ Projektbericht, S. 12 bis 14; s. auch S. 34 f. und S. 39.

- aktuelle Schulgeldordnung,
- Änderungen bei der Ausstattung mit allgemeinen und fachspezifischen Unterrichtsräumen,
- Erfüllung der Stundentafel mit qualifizierten Lehrkräften,
- Änderungen des pädagogischen Konzepts, Jahresplanung sowie
- aktuelle Schülerlisten.

Bis zum Ende der Wartefrist bzw. im Rahmen des Anerkennungsverfahrens soll mindestens ein Vor-Ort-Besuch der Schulbehörde stattfinden.

Zudem sei ebenso wie für finanzhilfeberechtigte Schulen²¹ auch für nicht finanzhilfeberechtigte Schulen „zur effektiven Wahrnehmung der Schulaufsicht“ die Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte „dringend erforderlich“.

Als Konsequenzen bei Verstößen nennt der Projektbericht die Durchführung eines Mängelbeseitigungsverfahrens sowie die Rücknahme der Anerkennung und/oder der Genehmigung²².

III. Schulgeld und Sonderungsverbot

Der Projektbericht legt mit Blick auf das schulrechtliche Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und § 144 Abs. 1 Satz 1 NSchG 200 € als Höchstgrenze für das durchschnittliche monatliche Schulgeld fest. Ohne Schulgeldstaffelung und Öffnungsklausel für sozial schwächere Familien sei jedoch selbst ein pauschales monatliches

²¹ S. Ziff. B) I.

²² Projektbericht, S. 15; s. auch S. 34 f. und S. 39.

Schulgeld von 200 € zu hoch. Bei einer Überschreitung dieser Schulgeld-Höchstgrenze drohten ein Mängelbeseitigungsverfahren und die Rücknahme der Genehmigung.²³

IV. Wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen

Zur Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen verweist der Projektbericht auf die Regelung des § 145 NSchG und deren Konkretisierung durch den Erlass des MK „Schulen in freier Trägerschaft, hier: Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte“ vom 31.8.2010²⁴. Danach gelte für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte, dass ihr monatliches Bruttogehalt nicht mehr als 20% hinter dem einer Lehrkraft einer entsprechenden öffentlichen Schule zurückbleiben dürfe. Mit Blick auf Honorarkräfte sei ein überwiegend durch stundenweise Beschäftigte erteilter Unterricht (bezogen auf die Gesamtzahl der zu erteilenden Unterrichtsstunden) unzulässig. Der lehrplanmäßige Unterricht müsse in der Regel durch sozialversicherungspflichtig beschäftigte Lehrkräfte erteilt werden; der Einsatz von Honorarkräften sei nur im begründeten Einzelfall ausnahmsweise zulässig. Konsequenzen bei Verstößen sind nach dem Projektbericht ein Mängelbeseitigungsverfahren und eine Meldung an die Deutsche Rentenversicherung.²⁵

²³ Projektbericht, S. 18.

²⁴ Der Erlass „Schulen in freier Trägerschaft, hier: Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte“ hat mittlerweile den Stand 1.10.2015.

²⁵ Projektbericht, S. 20 f.

C) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 1 und 4 GG, Art. 4 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 NV)

Art und Inhalt der Aufsicht des Staates über Schulen in freier Trägerschaft ergeben sich aus Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sowie Art. 4 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 NV, die den Inhalt und die Grenzen der Schulaufsicht abschließend regeln²⁶.

I. Rechts- oder Fachaufsicht des Staates über Schulen in freier Trägerschaft?

Welcher staatlichen Aufsicht Schulen in freier Trägerschaft unterliegen, ist für Ergänzungs-²⁷ und Ersatzschulen sowie innerhalb der Ersatzschulen für „nur“ genehmigte und staatlich anerkannte Ersatzschulen differenziert zu beurteilen.

1. Schulaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung
 - a) Art der Aufsicht: Rechtsaufsicht

Nach Art. 7 Abs. 1 GG steht – wörtlich übereinstimmend mit Art. 4 Abs. 2 Satz 2 NV – das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. Zu dem „gesamten Schulwesen“ gehören neben den öffentlichen auch die privaten Schulen iSd Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 4 Abs.

²⁶ F. Müller, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 115.

²⁷ Die Aufsicht über Ergänzungsschulen bleibt außer Betracht.

3 NV²⁸, sodass auch nichtstaatliche, private Schulen staatlicher Aufsicht unterliegen²⁹.

Der Begriff der „Aufsicht“ in Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 2 Satz 2 NV gewährt dem Staat bezogen auf öffentliche Schulen einerseits und private Schulen andererseits unterschiedliche Befugnisse. Gegenüber *öffentlichen* Schulen steht dem Staat, d.h. gem. Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern³⁰, eine umfassende Gestaltungsbefugnis zu, welche sich auf die „Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens“ erstreckt³¹. Den Ländern steht gegenüber öffentlichen Schulen bezogen auf die inneren Schulangelegenheiten³² eine Fach- und Dienstaufsicht zu³³; bezogen

²⁸ Vgl. *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 41.

²⁹ Statt aller BVerfGE 27, 195 (201); *H. Hofmann*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 12.

³⁰ Zur Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz der Länder im Schulwesen statt aller *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 51.

³¹ Vgl., allerdings bezogen auf das Schulwesen insgesamt, BVerfGE 34, 165 (182); 47, 46 (80); 59, 360 (377); 93, 1 (21); BVerwGE 6, 101 (104); 18, 38 (39); 23, 351 (352); 47, 201 (204); 94, 82 (84); 96, 288 (303); 107, 75 (78); BayVerfGH, DVBl. 1995, 419; *A. Guckelberger*, RdJB 2012, 5 (12); *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 427 f. Näher *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 44.

³² Zum Begriff der inneren Schulangelegenheiten *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 48.

³³ Statt vieler *I. Krampen*, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 11. Kap. Rn. 5; *H.-P. Füssel*, in: H. Avenarius, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 9.2; *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 45.

auf die in kommunaler Trägerschaft³⁴ stehenden äußeren Schulangelegenheiten³⁵ haben die Länder eine Rechtsaufsicht³⁶.

Gegenüber *privaten* Schulen sind die Aufsichtsbefugnisse der Länder stärker begrenzt³⁷. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährt ebenso wie Art. 4 Abs. 3 Satz 1 NV ein Grundrecht zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen³⁸, welches neben der Gründungsfreiheit auch die Freiheit zur Gestaltung der Schulangelegenheiten einschließt³⁹ und eine Absage an ein Schulmonopol des Staates beinhaltet⁴⁰. Wegen dieses Grundrechts der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ist die staatliche Schulaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG kein „umfassendes staatliches Bestimmungsrecht über die Schulen“⁴¹, sondern erschöpft sich in einer Rechtsaufsicht über die privaten Schulen⁴². Da Träger

³⁴ Zur Kompetenzverteilung zwischen Ländern und Kommunen im Schulwesen zuletzt BVerfGE 138, 1 (16 ff.); ferner *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 51 ff.

³⁵ Zum Begriff der äußeren Schulangelegenheiten s. den Nachweis in Fn. 32.

³⁶ Statt vieler *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 45.

³⁷ Ebenso *W. Loschelder*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 110 Rn. 30, 32.

³⁸ Zu diesem Gehalt des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG statt aller BVerfGE 27, 195 (201); 75, 40 (61); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83); BVerwGE 40, 347 (349).

³⁹ *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 17, 24; *H. Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 232.

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

⁴¹ BVerfGE 27, 195 (201); *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 114.

⁴² Statt fast aller OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88); *M. Kotzur*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 7 Rn. 52; *C. Rathke*, Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 7 Abs. 1 GG und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, 2005, S. 86; *K. Stern*, Autonomie der Schule?, in: FS Knöpfle, 1996, S. 333 ff. (339); *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (902); *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 113 ff., 193; *I. Krampen*, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch

privater Schulen gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG in Ausübung grundrechtlicher Freiheit tätig werden, unterliegen sie nicht der Fach- und Dienstaufsicht des Staates⁴³, sondern ist insofern die Aufsicht des Staates ebenso wie gegenüber anderen Grundrechtsträgern auf eine Rechtskontrolle begrenzt⁴⁴. Art und Inhalt der „Aufsicht“ des Staates über private Schulen gem. Art. 7 Abs. 1 GG werden insoweit durch das Grundrecht der Privatschulautonomie in Art. 7 Abs. 4 GG bestimmt und begrenzt. Im Gegensatz zur Fachaufsicht, die nicht nur die Kontrolle der Rechtmäßigkeit, sondern auch der Zweckmäßigkeit der Aufgabenwahrnehmung der Schule umfasst sowie entsprechende Weisungsbefugnisse impliziert, erstreckt sich die Rechtsaufsicht allein auf die Rechtmäßigkeit der Errichtung und des Betriebs der Schule⁴⁵.

b) Maßstab und Inhalt der Rechtsaufsicht

Der Maßstab und Inhalt der Rechtsaufsicht der Länder gem. Art. 7 Abs. 1 GG ist für private Schulen, die als Ersatz für öffentliche Schulen

für Praxis und Wissenschaft, 2014, 11. Kap. Rn. 6; *J. A. Frowein*, Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Schulen, 1979, S. 19 f.; *F. Hennecke*, in: C. Grimm/P. Caesar (Hrsg.), Verfassung für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 2001, Art. 30 Rn. 9; *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 45.

⁴³ *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 115 f.; *I. Krampen*, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 11. Kap. Rn. 10 f.; bezogen auf die Fachaufsicht *W. Loschelder*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 110 Rn. 32.

⁴⁴ *W. Loschelder*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 110 Rn. 32.

⁴⁵ Zur Abgrenzung von Fach- und Rechtsaufsicht näher statt vieler *P. Bräth/G. Nolte*, in: V. Epping/H. Butzer u.a. (Hrsg.), Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, Handkommentar, 2012, Art. 4 Rn. 37; *H.-P. Füssel*, in: H. Avenarius, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 9.2; *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 86 ff.

dienen sollen⁴⁶, in Art. 7 Abs. 4 GG (s. auch Art. 4 Abs. 3 Satz 2 NV) näher bestimmt. Die Rechtsaufsicht kann (nur) entweder der Erteilung und dem Fortbestand der Genehmigung der privaten Schule als Ersatz für öffentliche Schulen dienen; insofern ist die Rechtsaufsicht die Kontrolle der (erstmaligen und fortdauernden) Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG (s. Ziff. aa]). Alternativ kann sich die Rechtsaufsicht auf die Finanzhilfe für genehmigte Ersatzschulen beziehen, zu deren Gewähr der Staat gem. 7 Abs. 4 GG verpflichtet ist. Insofern besteht die Rechtsaufsicht in der Kontrolle der (erstmaligen oder fortdauernden) Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG sowie der Angaben der Schulträger zur Finanzhilfe (s. Ziff. bb]). Diese verschiedenen Formen der Rechtsaufsicht müssen wegen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots sowohl auf der Ebene des Gesetzes als auch bei der Ausübung durch die Schulbehörde erkennbar voneinander getrennt werden⁴⁷.

aa) Erteilung und Fortbestand der Ersatzschulgenehmigung gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG

Private Schulen, die als Ersatz für öffentliche Schulen dienen, bedürfen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG der Genehmigung des Staates, welche unter den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu erteilen ist. Die Rechtsaufsicht des Staates über Ersatzschulen ist insofern gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG auf die Zulassung („Geneh-

⁴⁶ Näher zum verfassungsrechtlichen Begriff der Ersatzschule BVerfGE 27, 195 (201); 75, 40 (76); 90, 128 (139).

⁴⁷ Ziff. C) III.

migung“) der Schulen und Kontrolle der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen bezogen und beschränkt⁴⁸. Die Rechtsaufsicht dient allein dem Ziel zu prüfen, ob Ersatzschulen die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllen⁴⁹, die nicht nur im Zeitpunkt der erstmaligen Aufnahme, sondern wegen des Charakters der Genehmigung als Dauerverwaltungsakt während des gesamten Schulbetriebs erfüllt sein müssen⁵⁰. Maßnahmen der Rechtsaufsicht gegenüber Ersatzschulträgern sind daher nur zulässig, wenn sie der Kontrolle der erstmaligen oder fortdauernden Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG dienen⁵¹.

Die Voraussetzungen für die Genehmigung als Ersatzschule legt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG abschließend⁵² fest. Danach besteht ein

⁴⁸ Vgl. BVerwGE 12, 349 (351); *W. Loschelder*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 110 Rn. 32; *H. Avenarius*, in: H. Avenarius – B. Pieroth/T. Barczak, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse. Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, 2012, S. 25; *H. Avenarius*, in: H. Avenarius, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 15.8; *I. Krampen*, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 11. Kap. Rn. 6; *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 113 f., 193; *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 111; *J. A. Frowein*, Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Schulen, 1979, S. 19; *E. Pfau*, Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ersatzschullehrer, 1995, S. 16; *B. Petermann*, NVwZ 1987, 205 (206).

⁴⁹ Vgl. *M. Kotzur*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 7 Rn. 52; *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 45.

⁵⁰ *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 81, 192; *E. Stein/M. Roell*, Handbuch des Schulrechts, 2. Aufl. 1992, S. 107.

⁵¹ Vgl. *B. Pieroth*, NWVBI 1993, 201.

⁵² Statt aller BVerwGE 17, 236 (238); *J. P. Vogel*, in: R. Christensen/B. Pieroth (Hrsg.), Rechtslehre in rechtspraktischer Absicht, Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, 2008, S. 251 (255); *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 119.

Anspruch auf Genehmigung als Ersatzschule, wenn die private Schule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Private Grundschulen müssen zusätzlich den Anforderungen des Art. 7 Abs. 5 GG gerecht werden.

Bei der Überprüfung, ob diese Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist der Staat darauf beschränkt festzustellen, ob die private Schule der entsprechenden öffentlichen Schule, als deren Ersatz sie dienen soll, gleichwertig ist⁵³. „Nichtzurückstehen“ sowie „genügende Sicherung“ iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 3 bzw. 4 GG bedeutet Gleichwertigkeit der Lehrziele, Einrichtungen und wissenschaftlichen Ausbildung sowie der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte. Gleichartigkeit ist nicht erforderlich⁵⁴. Eine über die Genehmigungserteilung bewirkte Anpassung an das öffentliche Schulwesen im Sinne einer Gleichartigkeit privater Schulen gefährdete die Ziele des Privatschulwesens und beschränkte das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht der Privatschulfreiheit unverhältnismäßig⁵⁵.

⁵³ Statt aller BVerfGE 27, 195 (207); 90, 107 (122); 90, 128 (140); BVerwGE 12, 349 (350 f.); 17, 236 (237); 90, 1 (15); 112, 263 (268 f.); *M. Baldus*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 12 f.; *R. Baron*, R&B 2006, 2 (3, 5); *I. Krampen*, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 11. Kap. Rn. 8; *J. Ennuschat*, in: W. Löwer/P. J. Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 Rn. 78.

⁵⁴ Statt aller *J. Ennuschat*, in: W. Löwer/P. J. Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 Rn. 78.

⁵⁵ Näher *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 120.

Die Gleichwertigkeit privater Schulen mit entsprechenden öffentlichen Schulen ist wegen der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleisteten Privatschulautonomie bereits dann gegeben, wenn ein gleichwertiger Bildungserfolg gewährleistet ist⁵⁶. Das Erfordernis der Gleichwertigkeit bezieht sich auf das Ergebnis schulischer Bildung, nicht auf den Bildungsprozess⁵⁷. Ersatzschulen müssen ihren Schülern/innen im Ergebnis Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln, die denen der Schüler/innen vergleichbarer öffentlicher Schulen entsprechen⁵⁸. Sowohl die Bandbreite der Fächer als auch die in den einzelnen Fächern vermittelten Kenntnisse und Fähigkeiten dürfen sich bei privaten Ersatzschulen nicht von denen entsprechender öffentlicher Schulen unterscheiden⁵⁹. Der gleiche Bildungserfolg muss dabei erst im Zeitpunkt des Schulabschlusses, d.h. am Ende des jeweiligen Bildungsganges eintreten⁶⁰. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gebietet nicht, dass die Kenntnisse der Schüler/innen privater Ersatzschulen am Ende der dem Schulabschluss vorhergehenden Schuljahre denen der Schüler öffentlicher Schulen entsprechen⁶¹. Dies gilt auch, wenn hierdurch ein Wechsel von der Ersatzschule auf öffentliche Schulen erschwert wird⁶².

⁵⁶ Vgl. *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (903).

⁵⁷ *M. Baldus*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 17.

⁵⁸ *M. Baldus*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 17.

⁵⁹ *M. Baldus*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 19.

⁶⁰ BVerwGE 112, 263 (270); *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (903); *J. Ennuschat*, in: *W. Löwer/P. J. Tettinger* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 Rn. 78. Zu der gebotenen Gleichwertigkeit bei dem Abschluss des Bildungsganges einer privaten Ersatzgrundschule BayVGh, 7 ZB 08.1491 vom 19.2.2009, Rn. 10 ff.; vorhergehend auch VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 30 ff.

⁶¹ BVerwGE 112, 263 (267 f.); *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (903); *J. Ennuschat*, in: *W. Löwer/P. J. Tettinger* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 Rn. 78.

⁶² *J. Ennuschat*, in: *W. Löwer/P. J. Tettinger* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 Rn. 78.

Die Wahl der Mittel zur Erreichung des gleichwertigen Bildungserfolgs am Ende des Bildungsganges obliegt gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG der autonomen Entscheidung der privaten Schule⁶³. Sie macht das Proprium der Ersatzschule aus und darf von den Bildungsmethoden der öffentlichen Schule abweichen⁶⁴. Die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG bezwecken „nicht, die inhaltliche Einheit des Schulwesens zu sichern, sondern Schüler von Ersatzschulen vor einem ungleichwertigen Schulerfolg zu schützen“⁶⁵.

Dass Ersatzschulen nicht hinter entsprechenden öffentlichen Schulen zurückstehen, bedarf keines positiven Nachweises, sondern es genügt eine auf konkreten Feststellungen beruhende nachvollziehbare Prognose, dass die Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs am Ende des Bindungsganges voraussichtlich gegeben sein wird⁶⁶.

bb) Gewähr von Finanzhilfe gem. Art. 7 Abs. 4 GG

Die Rechtsaufsicht kann alternativ auf die Finanzhilfe für Ersatzschulen bezogen sein, auf die Ersatzschulen gem. Art. 7 Abs. 4 GG Anspruch haben. Das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht der Privatschulfreiheit entfaltet sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und einhelliger Ansicht im

⁶³ M. Baldus, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 17.

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 90, 1 (10 f.); 112, 263 (269); J. P. Vogel, DÖV 2008, 895 (905).

⁶⁵ BVerwGE 90, 1 (9); 112, 263 (268).

⁶⁶ BVerwGE 90, 1 (15); 112, 263 (272); VGH BW, 9 S 303/16 vom 20.5.2016, Rn. 9; näher I. Richter, NVwZ 1992, 1162 (1163).

Schrifttum nicht nur als Abwehrrecht gegenüber dem Staat⁶⁷ sowie Institutsgarantie der Privatschule⁶⁸, sondern beinhaltet für genehmigte Ersatzschulen iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG auch ein Fördergebot. Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet „die für die Schulgesetzgebung ausschließlich zuständigen Länder ..., das private Ersatzschulwesen ... zu fördern“⁶⁹. Der Staat darf sich „nicht darauf zurückziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen lediglich zuzulassen“⁷⁰, sondern muss ihnen finanzielle und weitere Unterstützung zukommen lassen. Staatliche Förderung von Ersatzschulen ist notwendig, damit „Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmert“⁷¹. Entsprechend räumt Art. 4 Abs. 3 Satz 2 NV Schu-

⁶⁷ BVerfGE 90, 107 (115) – ständige Rechtsprechung; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 526; *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 107.

⁶⁸ BVerfGE 6, 309 (355); 27, 195 (200); 75, 40 (61 f.); 90, 107 (114); 112, 74 (83) – ständige Rechtsprechung; *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 107.

⁶⁹ BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (115); 112, 74 (83); BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u.a. vom 4.3.1997, Rn. 29 – ständige Rechtsprechung; VerfGH Bbg, 31/12 vom 12.12.2014, Rn. 112; BVerwGE 79, 154 (155 f.). Aus dem Schrifttum statt aller *C. Wegricht*, RdJB 2015, 3 (10); *T. Schwabenbauer*, DÖV 2011, 672 (673 f.); *B. Pieroth/T. Barczak*, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: H. Avenarius – B. Pieroth/T. Barczak, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 71 ff. (94 ff.); *J. P. Vogel*, Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: F. Hufen/J. P. Vogel (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 17 (17 ff.); *F.-R. Jach*, Die Existenzsicherung der Institution Ersatzschulwesen in Zeiten knapper Haushaltsmittel – Umfang und Grenzen der Finanzhilfepflicht des Staates vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von J. P. Vogel, 1998, S. 75 (75 ff.); *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 108.

⁷⁰ BVerfGE 75, 40 (63).

⁷¹ BVerfGE 75, 40 (65). Zu der umstrittenen Frage der ratio des Fördergebotes des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG *F. Brosius-Gersdorf*, R&B 2016, 2 (9 ff.).

len in freier Trägerschaft explizit einen Anspruch auf staatliche Förderung ein, wenn sie nach Art. 7 Abs. 4 (und 5) GG genehmigt sind und die Voraussetzungen für die Genehmigung auf Dauer erfüllen.

Ob dieser Förderpflicht des Staates aus Art. 7 Abs. 4 GG ein verfassungsunmittelbarer Anspruch des einzelnen Schulträgers auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe korrespondiert (s. explizit Art. 4 Abs. 3 Satz 2 NV) und in welcher Höhe ein Förderanspruch besteht, wird in der Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedlich beurteilt⁷². Gleichfalls umstritten ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine gesetzliche Wartefrist, die die Gewährung von Finanzhilfe von der pädagogischen und wirtschaftlichen Bewährung der Schule abhängig macht, mit Art. 7 Abs. 4 GG vereinbar ist⁷³. Eine solche Wartefrist sehen sämtliche Bundesländer (mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz) in ihren Schulgesetzen vor (s. § 149 Abs. 1 NSchG: Gewährung von Finanzhilfe nach einer Wartefrist von drei Jahren).

Der Verpflichtung des Staates, genehmigten Ersatzschulen Finanzhilfe zu gewähren, korrespondiert gem. Art. 7 Abs. 1 GG seine Befugnis zu kontrollieren, ob die Voraussetzungen für die Finanzhilfe vorliegen. Den Ländern steht die Rechtsaufsicht über die Erfüllung der Voraussetzungen der Finanzhilfe zu. Voraussetzung für die Gewährung von Finanzhilfe ist neben der Erteilung einer Genehmigung als Ersatzschule gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG die (fort-)dauernde Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG. Da der Staat für die Berechnung der Finanzhilfe auf Informationen des Schulträgers u.a. zur Zahl der Schüler/innen, zu den Sachkosten für die Errichtung, die Ausstattung und den Betrieb der Schulgebäude sowie zu den Personalkosten für Lehrer/innen und Verwaltungspersonal

⁷² Hierzu näher *F. Brosius-Gersdorf*, R&B 2016, 2 (8 ff.).

⁷³ Zum Problem *F. Brosius-Gersdorf*, R&B 2016, 2 (12 ff.).

angewiesen ist, setzt die Gewährung von Finanzhilfe außerdem entsprechende Angaben der Ersatzschulen voraus. Die Rechtsaufsicht der Länder gem. Art. 7 Abs. 1 GG erstreckt sich daher nicht nur auf die (erstmalige und fortdauernde) Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, sondern auch auf die Überprüfung der Richtigkeit der Angaben der Ersatzschulen zur Finanzhilfe⁷⁴.

c) Adressat und Zeitpunkt der Ausübung der Rechtsaufsicht

Adressat der Rechtsaufsicht des Staates ist nach allgemeiner Ansicht nicht die Ersatzschule, sondern deren Träger⁷⁵.

Zu welchem Zeitpunkt die Schulbehörde ihre Rechtsaufsicht ausüben darf, bemisst sich nach der jeweiligen Form der Rechtsaufsicht. Soweit die Rechtsaufsicht der Erteilung und dem Fortbestand der Ersatzschulgenehmigung gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG dient, darf die Schulbehörde die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erstmals nach dem Antrag des Schulträgers auf Erteilung der Ersatzschulgenehmigung prüfen. Nach der Erteilung der Genehmigung dient die Rechtsaufsicht der Kontrolle, ob die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG weiterhin, d.h. fortdauernd erfüllt sind.

⁷⁴ Zu den Nachweisen, die die Schulbehörde zur Kontrolle der Finanzhilfegewähr von den Ersatzschulen verlangen darf, *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 112.

⁷⁵ Statt aller *P. Bräth/G. Nolte*, in: V. Epping/H. Butzer u.a. (Hrsg.), Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, Handkommentar, 2012, Art. 4 Rn. 37; *J. A. Frowein*, Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Schulen, 1979, S. 23; *M. Baldus*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 34; *Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 40; *R. Baron*, R&B 2006, 2 (3).

Soweit die Rechtsaufsicht dagegen auf die Finanzhilfe gem. Art. 7 Abs. 4 GG bezogen ist, darf sie erstmals nach dem Antrag des Schulträgers auf Finanzhilfe ausgeübt werden. Da staatliche Finanzhilfe in allen Bundesländern (mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz) erst nach einer mehrjährigen Wartefrist nach Aufnahme des Schulbetriebs (s. § 149 Abs. 1 NSchG) für das jeweilige Schuljahr (s. § 150 Abs. 1 Satz 1 NSchG) gewährt wird, wird der Antrag auf Finanzhilfe regelmäßig erst kurz vor Ablauf der Wartefrist gestellt. Nach Ablauf der Wartefrist dient die Rechtsaufsicht der Kontrolle, ob die Voraussetzungen der Finanzhilfe fortdauernd erfüllt sind.

Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob die Rechtsaufsicht nur aus konkretem Anlass oder auch anlasslos, turnusgemäß ausgeübt werden darf (s. sogleich).

d) Anlassbezogene oder anlasslose Rechtsaufsicht?

Weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob der Staat seine Rechtsaufsicht über Ersatzschulen nur aus konkretem Anlass oder unabhängig davon ausüben darf („Ob“ der Aufsicht). Ein konkreter Anlass für die Ausübung der Rechtsaufsicht kann *nach* der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung bzw. *nach* der Gewährung von Finanzhilfe bestehen, wenn die Schulbehörde Kenntnis über Mängel im Schulbetrieb oder über die Unrichtigkeit der Angaben des Ersatzschulträgers zur Finanzhilfe erhält⁷⁶. Eine Ausübung der Rechtsaufsicht ohne konkreten Anlass kommt entweder in Gestalt einer Stichprobenkontrolle in Betracht, bei

⁷⁶ Vor der Gewährung von Finanzhilfe und vor der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG ist die Schulbehörde stets berechtigt, die Angaben des Ersatzschulträgers zu überprüfen. Einer solchen Überprüfung bedarf es, damit Finanzhilfe gewährt bzw. die Genehmigung erteilt werden kann.

der einzelne Schulen nach dem Zufallsprinzip ausgewählt werden, oder alternativ als turnusgemäße, z.B. jährliche Überprüfung sämtlicher Ersatzschulen.

Im Schrifttum wird zu dieser Frage, wenn überhaupt, vertreten, dass die Schulaufsicht nach der Genehmigungserteilung „in angemessenen Abständen“ zu überprüfen habe, ob die Ersatzschule die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG weiterhin erfüllt⁷⁷. Nach anderer Ansicht sollen einzelne Maßnahmen wie Besichtigungen der Schulen nicht an einen bestimmten Anlass gebunden sein, während andere Maßnahmen wie die Anforderung eines Berichts oder von Unterlagen der Schule anlassgebunden seien⁷⁸. Im Übrigen dürften Maßnahmen der Rechtsaufsicht nicht „rechtsmissbräuchlich“ eingesetzt werden, etwa „durch ständige oder gehäufte Besuche“⁷⁹.

Mit der Ausübung der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen ist ein Eingriff in das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verbunden, sodass rechtsaufsichtliche Maßnahmen in jedem Einzelfall der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 7 Abs. 1 GG bedürfen. Zwischen dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG und der Schulaufsicht gem.

⁷⁷ So *R. Baron*, R&B 2006, 2 (3).

⁷⁸ So *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 167 Rn. 2.

⁷⁹ So *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 167 Rn. 2.

Art. 7 Abs. 1 GG besteht ein Spannungsverhältnis⁸⁰, das nach Maßgabe des Grundsatzes praktischer Konkordanz unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufzulösen ist⁸¹.

Bei der Auflösung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses ist zwischen den verschiedenen Formen der Rechtsaufsicht zu differenzieren. Ob die Rechtsaufsicht einen konkreten Anlass erfordert oder anlasslos – etwa als Stichprobenkontrolle oder turnusgemäß – ausgeübt werden darf, beurteilt sich danach, ob sie der Kontrolle der Finanzhilfeangaben der Ersatzschulen (s. Ziff. aa)] oder der Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG dient und welche Genehmigungsvoraussetzungen geprüft werden (s. Ziff. bb]).

aa) Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Finanzhilfeangaben der Ersatzschulträger

Die Ausübung der Rechtsaufsicht zum Zwecke der Überprüfung der Angaben des Ersatzschulträgers zur Berechnung der Finanzhilfe ist *nach* der Gewährung von Finanzhilfe nur zulässig, wenn die Schulbehörde konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben des Schulträgers hat. Die für die Berechnung der Finanzhilfe erforderlichen Informationen der Ersatzschulträger etwa zu der Zahl der Schüler/innen, der Höhe der Sachkosten und den Aufwendungen für das Personal werden bezogen auf das jeweilige Schuljahr erteilt und ändern sich während des laufenden Schuljahres regelmäßig nicht mehr. Eine Kontrolle der Richtigkeit der Angaben durch die Schulbehörde,

⁸⁰ BVerfGE 27, 195 (201); vgl. auch BVerwGE 12, 349 (350); 17, 236 (236 f.); 40, 347 (350); M. Baldus, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 6; B. Petermann, NVwZ 1987, 205 (206).

⁸¹ Zur Geltung und Reichweite des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit näher unter Ziff. C) IV.

etwa durch Verlangen von Auskünften, Einsichtnahme in Unterlagen des Ersatzschulträgers oder Besichtigungen der Schule, ist daher nur aus konkretem Anlass, d.h. bei Anhaltspunkten für die Unrichtigkeit der Angaben erforderlich. Für den Fall, dass sich die maßgeblichen Berechnungsgrundlagen nach der Erteilung der Informationen durch den Ersatzschulträger ausnahmsweise doch ändern, genügt zum Schutz der öffentlichen Hand vor einer Verschwendung der Mittel der Finanzhilfe und der hierauf bezogenen Schulaufsicht des Staates eine entsprechende Anzeigepflicht der Ersatzschulträger. Eine rechtsaufsichtliche Überprüfung der Angaben zur Finanzhilfe ohne (eigene oder durch eine Anzeige des Ersatzschulträgers ausgelöste) konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben ist nicht erforderlich und daher wegen Verstoßes gegen das Postulat der Verhältnismäßigkeit unzulässig.

bb) Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG

Soweit die Rechtsaufsicht auf die Überprüfung gerichtet ist, ob die Ersatzschule die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auch *nach* Erteilung der Genehmigung fortdauernd erfüllt, darf sie ausschließlich der Feststellung dienen, ob die Ersatzschule im Zeitpunkt des Schulabschlusses, d.h. am Ende des jeweiligen Bildungsganges, einen gleichwertigen Bildungserfolg gewährleistet. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gebietet nicht, dass die Kenntnisse der Schüler/innen privater Ersatzschulen am Ende eines jeden Schuljahres denen der Schüler/innen öffentlicher Schulen entsprechen⁸².

⁸² Hierzu insgesamt mit Nachweisen näher unter Ziff. C) I. 1. b) aa).

(1) Rechtsaufsicht am Ende des Bildungsganges

Hieraus folgt, dass eine Rechtsaufsicht zur Kontrolle der fortdauernden Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG bei weiterführenden Schulen *grundsätzlich* erst am Ende des jeweiligen Bildungsganges der Ersatzschule, d.h. im Zeitpunkt der Abschlussprüfungen, zulässig ist⁸³. Ob die Ausübung der Rechtsaufsicht am Ende des Bildungsganges nur anlassbezogen oder auch anlasslos, d.h. ohne Anhaltspunkte für eine Ungleichwertigkeit des Bildungserfolgs, zulässig ist, und ob ausnahmsweise frühere Prüfungen in Betracht kommen, ist sub specie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit differenziert zu beurteilen.

(a) Ob die Ersatzschule in ihren *Einrichtungen* sowie in der *wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte* nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) und ob sie das *Sonderungsverbot* des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG wahrt, prüft die Schulbehörde bereits vor der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG. Nur, sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf die Schulbehörde die private Schule als Ersatzschule genehmigen. Das Gleiche gilt für die weitere Genehmigungsvoraussetzung der *genügenden Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte* (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Nach Erteilung der Ersatzschulgenehmigung treten hinsichtlich dieser Genehmigungsvoraussetzungen regelmäßig keine Änderungen mehr ein. An der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte und an ihrer rechtlichen sowie wirtschaftlichen Stellung ändert sich durch den laufenden

⁸³ Ob diese Grundsätze auch für Grundschulen gelten, bemisst sich danach, ob sie als eigenständiger Bildungsgang anzusehen sind, was angesichts des Fehlens eines förmlichen Grundschulabschlusses zweifelhaft sein könnte. Diese Frage muss hier dahinstehen.

Schulbetrieb regelmäßig ebenso wenig wie an der Höhe des Schulgeldes, das die Ersatzschule erhebt. Eine Überprüfung der fortdauernden Erfüllung dieser Genehmigungsvoraussetzungen nach Genehmigungserteilung durch die Schulbehörde ist daher nur zulässig, wenn sich ihr Anhaltspunkte für den Wegfall der Genehmigungsbedingungen bieten. Für den Fall, dass sich ausnahmsweise doch wesentliche Änderungen nach Erteilung der Informationen durch den Ersatzschulträger ergeben, genügt zum Schutz der Schüler/innen vor einem ungleichwertigen Bildungserfolg und der hierauf bezogenen Schulaufsicht des Staates eine entsprechende Anzeigepflicht der Ersatzschulträger (s. § 146 NSchG). Eine anlasslose Rechtsaufsicht ohne (eigene oder durch eine Anzeige des Ersatzschulträgers ausgelöste) Anhaltspunkte für den Fortfall der Genehmigungsvoraussetzungen ist nicht erforderlich und daher wegen Verstoßes gegen das Postulat der Verhältnismäßigkeit unzulässig. Erst recht ist eine ständige, d.h. fortlaufende Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nach Genehmigungserteilung unzulässig. Sie stellte sich als „staatliche Gängelung“ der Ersatzschulen dar und bewirkte einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für die Rechtsaufsicht im Zeitpunkt des Schulabschlusses, sondern (erst recht) auch für den Zeitraum vor dem Schulabschluss⁸⁴.

(b) Etwas anderes gilt für die weitere Genehmigungsvoraussetzung, dass die Ersatzschule auch in ihren *Lehrzielen* nicht hinter denen öffentlicher Schulen zurückstehen darf (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Lehrziele der Ersatzschule prüft die

⁸⁴ S. noch Ziff. C) I. 1. d) bb) (2).

Schulbehörde vor der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung nur, ob das Lehrkonzept der Schule voraussichtlich geeignet ist, ihren Schülern/innen eine gleichwertige Qualifikation zu vermitteln wie sie Schüler/innen entsprechender öffentlicher Schulen zugutekommt. Ob die praktische Umsetzung des Konzepts im laufenden Schulbetrieb die Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs auch tatsächlich gewährleistet, lässt sich im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch nicht feststellen⁸⁵. Aus diesem Grund darf und muss die Schulbehörde nach Erteilung der Genehmigung darüber wachen, „ob auch der tatsächliche Schulbetrieb an der Ersatzschule die Gewähr für das Erreichen der konzeptionell gleichwertigen Lehrziele bietet“⁸⁶. Der Schulbehörde ist es daher erlaubt, nach der Genehmigungserteilung zu prüfen, ob sich das Lehrkonzept im Schulbetrieb bewährt und die Ersatzschule ihren Schülern/innen tatsächlich gleiche Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt, wie sie Schülern/innen öffentlicher Schulen erwerben. Eine Kontrolle der Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs am Ende des Bildungsganges, d.h. im Zeitpunkt des Schulabschlusses, ist somit bezogen auf die Verwirklichung der „Lehrziele“ iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ohne Weiteres zulässig. Die Schulbehörde prüft insoweit erstmalig, ob sich das Lehrkonzept der Ersatzschule bewährt hat, sodass es eines gesonderten Anlasses für die Ausübung der Rechtsaufsicht nicht bedarf.

(2) Rechtsaufsicht vor dem Ende des Bildungsganges

(a) Obgleich die Rechtsaufsicht über Ersatzschulen nach Erteilung der Genehmigung allein der Feststellung dient, ob der Leistungsstand der Schüler/innen im Zeitpunkt des Schulabschlusses dem Leistungs-

⁸⁵ Vgl. VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 35 f.

⁸⁶ VGH BW, 9 S 303/16 vom 20.5.2016, Rn. 9; s. auch BVerwGE 90, 1 (16); Hess. VGH, 7 B 2472/10 vom 24.1.2011, Rn. 19.

stand der Schüler/innen öffentlicher Schulen entspricht, darf die Schulbehörde *ausnahmsweise* bereits vor dem Ende des Bildungsganges kontrollieren, ob „der tatsächliche Schulbetrieb an der Ersatzschule die Gewähr für das Erreichen der konzeptionell gleichwertigen Lehrziele bietet“⁸⁷. Wenn schon während des laufenden Bildungsganges „ernstlich zu besorgen ist, dass die Gleichwertigkeit der Lehrziele im Sinne eines adäquaten Unterrichtserfolgs nicht erreicht werden kann“, „muss die Schulaufsicht nicht tatenlos zusehen“⁸⁸. „Der Schutz von Schülern vor ungeeigneten Ersatzschulen, der die staatliche Schulaufsicht über private Schulen wesentlich rechtfertigt, gebietet es ..., einzugreifen, wenn absehbar ist, dass die Qualifikation der Schüler nach dem Abschluss des Bildungsganges deutlich hinter der von Schülern vergleichbarer öffentlicher Schulen zurückbleiben wird. Die Schulaufsicht muss nicht zuwarten, bis der endgültige wissenschaftliche Nachweis der Ungeeignetheit des Konzepts erbracht ist.“⁸⁹ Treten während des laufenden Schulbetriebs konkrete Anhaltspunkte dafür auf, dass der Leistungsstand der Schüler/innen am Ende des Bildungsganges hinter dem Leistungsstand der Schüler/innen zurückbleibt, sind Vergewisserungen der Rechtsaufsicht durch eine entsprechende Überprüfung der Ersatzschule nicht nur zulässig, sondern zum Schutz der Schüler/innen vor ungleichwertiger Bildung auch geboten.

Dabei gilt: Je mehr tragfähige Anhaltspunkte die Schulbehörde für die Ungleichwertigkeit des Bildungserfolgs im Zeitpunkt des Schulabschlusses hat, desto eher sind Maßnahmen der Rechtsaufsicht vor dem Ende des jeweiligen Bildungsganges bei der betreffenden Ersatzschule zulässig.

⁸⁷ Formulierung aus VGH BW, 9 S 303/16 vom 20.5.2016, Rn. 9.

⁸⁸ Vgl. VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 42.

⁸⁹ Vgl. VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 42.

Liegen dagegen keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs am Ende des Bildungsganges vor, ist eine Rechtsaufsicht vor dem Schulabschluss unzulässig. Dies gilt sowohl für die einmalige Ausübung der Rechtsaufsicht als auch – erst recht – für eine fortdauernde, ständige Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzung des „Nichtzurückstehens in den Lehrzielen“. Eine fortlaufende Überprüfung der Ersatzschulen vor dem Ende des Bildungsganges stellte sich als „staatliche Gängelung“ dar und bewirkte einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG.

Etwas anderes gilt allenfalls, wenn die Schulbehörde (aufgrund konkreter Anlässe) wiederholt Rechtsverstöße der Ersatzschule festgestellt hat. In diesem Fall mag für eine gewisse Zeit auch ohne (weiteren) Anlass eine (generelle oder Stichproben-)Kontrolle der Schulbehörde bei der betreffenden Ersatzschule zulässig sein.

(b) Maßnahmen der Rechtsaufsicht vor dem Ende des Bildungsganges, die der Feststellung dienen, ob die Ersatzschule in ihren *Einrichtungen* sowie in der *wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte* nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) und ob sie das *Sonderungsverbot* des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG wahrt, sind ebenfalls nur zulässig, wenn die Schulbehörde tatsächliche Anhaltspunkte hat, dass die Voraussetzungen entfallen sind. Das Gleiche gilt für die weitere Genehmigungsvoraussetzung der *genügenden Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte* (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Da die Schulbehörde diese Genehmigungsvoraussetzungen bereits vor der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung prüft und danach regelmäßig keine Änderungen mehr eintreten, ist eine nachträgliche Kontrolle der fortdauernden Er-

füllung dieser Genehmigungsvoraussetzungen nach Genehmigungserteilung nur bei Anhaltspunkten für den Wegfall der Genehmigungsbedingungen zulässig⁹⁰.

cc) Parallele zur Kommunalaufsicht

Für die Unzulässigkeit einer anlasslosen Rechtsaufsicht spricht auch die Parallele zur Staatsaufsicht über die Kommunen (Kommunalaufsicht). Maßnahmen der Rechtsaufsicht bewirken einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG⁹¹ und sind daher nur gerechtfertigt, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines bestimmten gemeindlichen Verhaltens bestehen⁹². Eine Betätigung der Rechtsaufsicht ohne Anlass verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁹³ und verletzt die Gemeinde daher in ihrem Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht es daher nicht nur, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde

⁹⁰ Vgl. die Ausführungen unter Ziff. C) I. 1. d) bb) (1).

⁹¹ Vgl. bezogen auf Art. 57 Abs. 5 NV *K. Waechter*, in: V. Epping/H. Butzer u.a. (Hrsg.), *Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung*, Handkommentar, 2012, Art. 57 Rn. 124.

⁹² OVG Rh.-Pf., *VerwRspr.* 29, Nr. 160; VG Stade, *KommunalPraxis* 1997, 121; bezogen auf die Unterrichtung *P. Blum/B. Häusler/H. Meyer*, *Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz*, Kommentar, 3. Aufl. 2014, § 172 (Unterrichtung) Rn. 2; ebenso *T. Smollich*, in: *Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen*, NKomVG, Kommentar, Stand: 42. EL Juni 2016, § 172 Rn. 2, auch zu möglichen Anlässen wie Hinweisen der Bürger oder anderer Verwaltungsstellen oder Presseberichte; *J. Ipsen*, in: J. Ipsen (Hrsg.), *Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz*, Kommentar, 2011, § 172 Rn. 4; *C. Gröpl/A. W. Sonntag*, LKRZ 2009, 326 (327).

⁹³ Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Maßnahmen der Kommunalaufsicht statt aller *T. Smollich*, in: *Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen*, NKomVG, Kommentar, Stand: 42. EL Juni 2016, § 172 Rn. 8.

ohne konkrete Anhaltspunkte *punktuell* verlangt, über *einzelne* Geschäftsvorgänge unterrichtet zu werden⁹⁴ oder zu diesem Zweck Besichtigungen vornimmt. Erst recht ist (mit und ohne Anlass) eine *permanente* Überwachung oder Ausforschung der *gesamten* Aufgabewahrnehmung der Gemeinde unzulässig⁹⁵. Etwas anderes gilt allenfalls, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde (aufgrund von Anlässen) wiederholt Rechtsverstöße der Gemeinde festgestellt hat⁹⁶; nur in diesem Fall kommt für eine gewisse Zeit wohl auch ohne Anlass eine (generelle oder Stichproben-)Kontrolle der Kommunalaufsichtsbehörde bei der betreffenden Gemeinde in Betracht.

dd) Keine Parallele zur Gewerbeaufsicht

Gegen die Beschränkung der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen auf anlassbezogene Überprüfungen spricht nur auf den ersten Blick, dass eine Rechtsaufsicht über Gewerbetreibende, die in ihre Grundrechte eingreift⁹⁷ und daher dem Gebot der Verhältnismäßigkeit unterliegt⁹⁸, nach der Gewerbeordnung nicht nur aus besonderem Anlass zulässig ist⁹⁹. Auch ohne Anhaltspunkte für rechtswidriges Verhalten werden

⁹⁴ T. Smollich, in: Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, NKomVG, Kommentar, Stand: 42. EL Juni 2016, § 172 Rn. 8; C. Gröpl/A. W. Sonntag, LKRZ 2009, 326 (327).

⁹⁵ R. Thiele, KommunalPraxis 1997, 122; C. Gröpl/A. W. Sonntag, LKRZ 2009, 326 (327); bezogen auf das Fehlen eines konkreten Anlasses auch J. Ipsen, in: J. Ipsen (Hrsg.), Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, 2011, § 172 Rn. 4.

⁹⁶ R. Thiele, KommunalPraxis 1997, 122.

⁹⁷ Statt aller M. Thiel, GewArch 2001, 403 (406).

⁹⁸ Statt aller M. Thiel, GewArch 2001, 403 (406).

⁹⁹ Zur Zulässigkeit der Gewerbeaufsicht bei konkretem Anlass statt aller bezogen auf die Auskunftspflicht gem. § 29 Abs. 1 GewO J. Ennuschat, in: P. J. Tettlinger/R. Wank/J. Ennuschat (Hrsg.), Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 29 Rn. 18; P. Marcks, in: R. Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, Kommentar, 71. EL Januar 2016, § 29 Abs. 1 Rn. 6; K. Meßerschmidt, in: C. Pielow (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GewO, 1.10.2015, Edition 33, § 29 Rn. 11;

eine Stichprobenkontrolle sowie eine routinemäßige, wiederkehrende Kontrolle als zulässig angesehen¹⁰⁰, wobei letztere üblicherweise in mehrjährigen Abständen erfolgen soll¹⁰¹. Allerdings ist auch insoweit anerkannt, dass die (anlasslose) Rechtsaufsicht keine fortlaufende Kontrolle einzelner oder gar sämtlicher Geschäftsvorgänge des Gewerbetreibenden legitimiert¹⁰². Ebenso sind „Ermittlungen ins Blaue hinein“ unverhältnismäßig und daher unzulässig¹⁰³.

Der Grund dafür, dass für die Ausübung der Gewerbeaufsicht geringere Anforderungen gelten als für die Kommunalaufsicht und die Schulaufsicht über Ersatzschulen, besteht darin, dass bei Gewerbetreibenden die Gefahr von Rechtsverstößen größer ist als bei Kommunen und Ersatzschulträgern. Die Ausübung eines Gewerbes nach der Gewerbeordnung dient in aller Regel der Gewinnerzielung, ihm liegen kommerzielle Interessen des Gewerbetreibenden zugrunde. Im Gegensatz dazu dient die Aufgabenerfüllung der Kommunen ebenso

F. Ambs, in: G. Erbs/M. Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze, GewO, Kommentar*, 207. EL März 2016, § 29 Rn. 7; *M. Thiel*, *GewArch* 2001, 403 (404).

¹⁰⁰ Vgl. *P. Marcks*, in: R. Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar*, 71. EL Januar 2016, § 29 Abs. 1 Rn. 6; *K. Meßerschmidt*, in: C. Pielow (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar GewO*, 1.10.2015, Edition 33, § 29 Rn. 11; *M. Thiel*, *GewArch* 2001, 403 (404); *F. Ambs*, in: G. Erbs/M. Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze, GewO, Kommentar*, 207. EL März 2016, § 29 Rn. 7, der einen Vorrang der Stichprobenkontrolle vor einer gelegentlichen Routineüberprüfung annimmt.

¹⁰¹ Vgl. *P. Marcks*, in: R. Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar*, 71. EL Januar 2016, § 29 Abs. 1 Rn. 6; *F. Ambs*, in: G. Erbs/M. Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze, GewO, Kommentar*, 207. EL März 2016, § 29 Rn. 7: keine Wiederholung „in zu kurzen Zeitabständen“.

¹⁰² Vgl. bezogen auf die Auskunftspflicht gem. § 29 Abs. 1 GewO *K. Meßerschmidt*, in: C. Pielow (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar GewO*, 1.10.2015, Edition 33, § 29 Rn. 13; *M. Thiel*, *GewArch* 2001, 403 (404); *J. Ennuschat*, in: P. J. Tettinger/R. Wank/J. Ennuschat (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar*, 8. Aufl. 2011, § 29 Rn. 13: Unzulässigkeit eines Verlangens, Geschäftsvorgänge laufend anzuzeigen.

¹⁰³ *K. Meßerschmidt*, in: C. Pielow (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar GewO*, 1.10.2015, Edition 33, § 29 Rn. 12 mit Nw. für die gegenteilige Ansicht.

wie der Betrieb einer Ersatzschule primär dem Wohl der Gemeindeglieder bzw. dem Kindeswohl durch Verwirklichung eines alternativen Bildungs- und Erziehungskonzepts; ihnen liegen daher zunächst nicht-kommerzielle Interessen zugrunde. Primär gewinnorientierter Geschäftstätigkeit dürfte indes eine größere Wahrscheinlichkeit für Rechtsverstöße anhaften als primär gemeinwohlorientierter, altruistisch motivierter Tätigkeit. Hinzu kommt, dass die Ersatzschulen der permanenten Kontrolle durch die Eltern unterliegen, sodass Mängel im Schulbetrieb in der Regel unmittelbar offenbar und damit auch der Schulbehörde bekannt werden.

e) Instrumente der Rechtsaufsicht

Als Mittel der Rechtsaufsicht kommt grundsätzlich eine Vielzahl verschiedener Instrumente in Betracht. Neben einer Unterrichts- bzw. Auskunftspflicht des Schulträgers kann die Schulbehörde eine Befugnis zur Einsichtnahme in Unterlagen und zur Besichtigung der Räumlichkeiten der Schule haben. Stellt die Schulbehörde Rechtsverstöße fest, ist eine Beanstandung des rechtswidrigen Verhaltens verbunden mit einer Aufforderung zur Mängelbeseitigung sowie eine Rücknahme der Ersatzschulgenehmigung oder der Anerkennung möglich. Bei unrichtigen Angaben zur Finanzhilfe kann sie zurückgefordert werden.

Sämtliche Instrumente der Rechtsaufsicht stehen aber unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung¹⁰⁴. Sowohl die gesetzliche Rege-

¹⁰⁴ Näher Ziff. C) II.

lung als auch die Ausübung der Aufsicht durch die Schulbehörde müssen zudem dem Gebot der Bestimmtheit¹⁰⁵ und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁶ genügen.

2. Schulaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen

Nicht lediglich der Rechtsaufsicht, sondern – ebenso wie öffentliche Schulen – der Fachaufsicht des Staates unterliegen dagegen nach überwiegender Ansicht staatlich anerkannte Ersatzschulen, die das Recht zur Verleihung derselben öffentlichen Berechtigungen haben wie öffentliche Schulen.

Nach den Schulgesetzen der Bundesländer (mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen¹⁰⁷) setzt die Vergabe öffentlicher Berechtigungen wie namentlich von Prüfungs- und Zeugnisrechten durch Ersatzschulen voraus, dass sie über die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen hinaus die Eigenschaft einer staatlich anerkannten Ersatzschule haben. So erhält nach § 148 Abs. 2 Satz 3 NSchG eine Ersatzschule erst mit der Anerkennung durch die Schulbehörde das Recht, Zeugnisse zu erteilen, die dieselbe Berechtigung verleihen wie die der öffentlichen Schulen. Staatlich anerkannte Ersatzschulen sind berechtigt, Zeugnisse mit öffentlicher Gültigkeit auszustellen und entsprechende Abschlussprüfungen durchzuführen¹⁰⁸. Schüler/innen nicht anerkannter Ersatzschulen können öffentliche Abschlüsse dagegen nur durch eine Nichtschülerprüfung gem. § 27

¹⁰⁵ Näher Ziff. C) III.

¹⁰⁶ Näher Ziff. C) IV.

¹⁰⁷ Art. 8 Abs. 4 Satz 2 VerfNW, § 100 Abs. 4 SchulG NW.

¹⁰⁸ J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 148 Rn. 3.4.

NSchG erlangen¹⁰⁹ (zu den Besonderheiten bei Waldorfschulen s. Ziff. C] V.).

Die staatliche Anerkennung einer Ersatzschule setzt neben einem Antrag voraus, dass die Schule die Gewähr dafür bietet, dauernd die an gleichartige oder gleichwertige öffentliche Schulen gestellten Anforderungen zu erfüllen (§ 148 Abs. 1 Satz 1 NSchG). Anerkannte Ersatzschulen sind verpflichtet, bei der Aufnahme und Versetzung von Schülern/innen sowie bei der Abhaltung von Prüfungen die für öffentliche Schulen geltenden Bestimmungen zu beachten (§ 148 Abs. 2 Satz 1 NSchG). Bezogen auf die Aufnahme, Versetzung und Prüfung von Schülern/innen sind anerkannte Ersatzschulen daher zur Gleichartigkeit, nicht lediglich zur Gleichwertigkeit mit entsprechenden öffentlichen Schulen verpflichtet¹¹⁰.

Eine staatliche Anerkennung hat nach allgemeiner Ansicht die Rechtswirkung einer Beleihung, sodass anerkannte Ersatzschulen bei der Vergabe der öffentlichen Berechtigungen als Beliehene tätig werden und hoheitliche Funktionen ausüben¹¹¹. Bei der Ausübung ihrer Ho-

¹⁰⁹ J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 148 Rn. 3.4; vgl. auch J. Keller/K. Hesse, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 8. Kap. Rn. 8; J. P. Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 42.

¹¹⁰ Vgl. N. Niehues/J. Rux, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1228.

¹¹¹ BVerfGE 27, 195 (203 f.); BVerwGE 17, 41 (42); 45, 117 (118); H. Avenarius, in: H. Avenarius, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 15.652; J. Keller/K. Hesse, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 8. Kap. Rn. 8; P. Bräth/D. Galas, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 167 Rn. 1; s. auch J. P. Vogel, in: R. Christensen/B. Pieroth (Hrsg.), Rechtstheorie in

heitsrechte bewegten sich staatlich anerkannte Ersatzschulen außerhalb des Gewährleistungsbereichs der grundrechtlich umhögten Privatschulautonomie, sodass der Staat in der Gestaltung seiner Aufsicht nicht durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG beschränkt sei¹¹². Dem Staat stehe daher die Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen zu¹¹³.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und einer verbreiteten Ansicht im Schrifttum ist es mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar, dass die Landesgesetzgeber die Vergabe öffentlicher Berechtigungen durch Ersatzschulen an die Erteilung einer Anerkennung knüpfen und diese von besonderen, über die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG hinausgehenden Bedingungen wie der Übernahme staatlicher Aufnahme-, Versetzungs- und Prüfungsbedingungen abhängig machen¹¹⁴. Das Grundgesetz verbiete „die Heraushebung einer Gruppe der Ersatzschulen als »anerkannte Privatschulen« nicht“; „die nur diesen Schulen verliehenen Befugnisse (seien) keine

rechtspraktischer Absicht, Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, 2008, S. 251 (256).

¹¹² BVerfGE 27, 195 (206); BayVerfGH, NVwZ-RR 2004, 802 (803); VGH BW, 9 S 2430/12 vom 24.10.2013, Rn. 44.

¹¹³ *Rathke*, Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 7 Abs. 1 GG und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, 2005, S. 86; *A. Robert*, Schulautonomie und -selbstverwaltung am Beispiel der Waldorfschulen in Europa. Konzept, Handlungsspielräume und Rahmenbedingungen, 1999, S. 206; *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 167 Rn. 1.

¹¹⁴ Statt vieler BVerfGE 27, 195 (200 ff.); BVerwGE 68, 185 (188); 112, 263 (270 f.); *H. Avenarius*, in: *H. Avenarius*, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 15.653; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 534 f.; *N. Niehues/J. Rux*, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1228.

Berechtigungen ..., die nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG allen Ersatzschulen zukommen müssen¹¹⁵. Mit dem grundgesetzlichen Begriff der Ersatzschule (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG) seien Berechtigungen oder Öffentlichkeitsrechte nicht verbunden¹¹⁶. Die Unterscheidung zwischen „nur“ genehmigten Ersatzschulen ohne öffentliche Berechtigungen und privilegierten Privatschulen, die aufgrund einer Beleihung die Befugnis haben, ihren Schülern Berechtigungen zu vermitteln, gehe bereits auf die Weimarer Verfassung zurück. Dieser herkömmliche, „Berechtigungen oder »Öffentlichkeitsrechte« nicht mitumfassende Ersatzschulbegriff lieg(e) auch dem Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG zugrunde.“¹¹⁷

Ungeachtet der Frage, ob das schulgesetzliche Institut der staatlichen Anerkennung als Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Berechtigungen mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG in Einklang steht¹¹⁸, gilt nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, dass „die Länder das Institut der Anerkennung ... nicht dazu benutzen (dürfen), die Ersatzschulen zur Anpassung an die öffentlichen Schulen in einem der Sache nach nicht gebotenen Umfang zu veranlassen“¹¹⁹. „Es würde mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu vereinbaren sein, wenn die Ersatzschulen ohne sachlichen Grund zur Aufgabe ihrer Selbstbestimmung veranlaßt werden würden.“¹²⁰ Damit das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus

¹¹⁵ BVerfGE 27, 195 (201).

¹¹⁶ BVerfGE 27, 195 (201 f.).

¹¹⁷ BVerfGE 27, 195 (202 ff.) mit weiterer Begründung.

¹¹⁸ Die Verfassungsmäßigkeit verneinen *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 353 ff.; *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 122 ff.; *F. Brosius-Gersdorf*, Die Verwaltung 2012, 389 (422 ff.). Eingehend zum Problem auch *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 42 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 27, 195 (209); VGH BW, 9 S 2430/12 vom 24.10.2013, Rn. 45.

¹²⁰ BVerfGE 27, 195 (209); ebenso BayVerfGH, NVwZ-RR 2004, 802 (803); VGH BW, 9 S 2430/12 vom 24.10.2013, Rn. 45. Das „Verlangen nach Anpassung an die

Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht leerläuft, muss die staatliche Anerkennung sowie die korrespondierende Fachaufsicht des Staates auf das zur Verwirklichung des Ziels des Berechtigungswesens, der Gewährleistung der (gleichen) Qualität der Bildung und entsprechenden Leistungsfähigkeit der Schüler¹²¹, Notwendige bezogen und beschränkt werden¹²². Eine Verpflichtung von Ersatzschulen zur Übernahme der für öffentliche Schulen geltenden Bedingungen zwingt sie zur Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen und nimmt ihnen jede Autonomie bei der Gestaltung ihres Schulbetriebs.

II. Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG)

1. Rechtsaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung

Die Rechtsaufsicht über Ersatzschulen unterliegt dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes in Gestalt des Parlamentsvorbehalts. Maßnahmen der Rechtsaufsicht bewirken einen Eingriff in das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Das gilt nicht nur, wenn die Rechtsaufsicht der Erteilung oder dem Fortbestand der Ersatzschulgenehmigung dient, sondern auch, wenn sie auf die Finanzhilfe bezogen ist¹²³. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG gewährleistet sowohl einen Rechtsanspruch auf Genehmigung als Ersatzschule, wenn

Zugangsvoraussetzungen der öffentlichen Schulen als Bedingung für die Anerkennung“ sieht das Bundesverfassungsgericht jedoch als „nicht sachwidrig“ an, s. BVerfGE 27, 195 (209).

¹²¹ Vgl. BVerfGE 27, 195 (206); näher *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 42.

¹²² Gleichsinnig *R. Baron*, R&B 2006, 2 (4).

¹²³ Zu diesen beiden Zielen der Rechtsaufsicht näher unter Ziff. C) I. 1. b).

die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllt sind¹²⁴, als auch einen Anspruch genehmigter Ersatzschulen auf staatliche Förderung¹²⁵. Die Rechtsaufsicht zur Genehmigungskontrolle und die Rechtsaufsicht zur Finanzhilfekontrolle greifen daher gleichermaßen in das Grundrecht der Privatschulfreiheit ein.

Solche Grundrechtseingriffe sind der Schulbehörde nur auf der Grundlage einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage erlaubt. Sowohl Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG als auch das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG) verpflichten den Gesetzgeber, die wesentlichen und damit auch die für die Privatschulautonomie der Ersatzschulträger relevanten Maßnahmen der Schulaufsicht selbst zu treffen und nicht der Schulverwaltung zu überlassen¹²⁶. Die Rechtsaufsicht über Ersatzschulen muss daher ihrem wesentlichen Inhalt nach durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden. Art. 7 Abs. 1 GG, wonach das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht, enthält selbst keine dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes genügende Ermächtigungsgrundlage und macht eine einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht entbehrlich¹²⁷. Die Konkretisierung der durch Art. 7 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich legitimierten Aufsichtsbefugnisse der Länder obliegt dem Landesgesetzgeber¹²⁸. „Die »steuernden und begrenzenden

¹²⁴ Näher nach Fn. 52.

¹²⁵ Näher unter Ziff. C) I. b) bb).

¹²⁶ Vgl. OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 92; OVG NW, NWVBI 1993, 211 (212); *J. Ennuschat*, in: W. Löwer/P. J. Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 Rn. 68; *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 195 ff.

¹²⁷ OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 92, 97 f.; OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88).

¹²⁸ OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 92, 97 f.; OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88).

Handlungsmaßstäbe« ergeben sich mithin jeweils erst aus diesen einfachgesetzlichen Konkretisierungen.¹²⁹

Insofern gilt das Gleiche wie für Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG durch die Kommunalaufsicht, die ebenfalls einer Regelung des Landesgesetzgebers bedarf¹³⁰. Eine weitere Parallele besteht zu der Gewerbeaufsicht, die wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Grundrechte der Gewerbetreibenden wie namentlich die Berufsfreiheit aus Art 12 Abs. 1 GG ebenfalls dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes unterliegt¹³¹.

Inhaltlich fordert der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes von dem Landesgesetzgeber, dass er sowohl die Art der Aufsicht über Ersatzschulträger (Rechtsaufsicht) als auch die Voraussetzungen, den Inhalt und die Grenzen der Aufsicht selbst regelt.

2. Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen

Der verfassungsrechtliche Grundsatz vom Vorbehalt des Parlamentsgesetzes könnte auch für die Regelung der Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen gelten.

Hiergegen spricht auf den ersten Blick, dass sich die Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen ausschließlich auf den Bereich bezieht, in dem die Ersatzschule infolge der Anerkennung als

¹²⁹ OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 98.

¹³⁰ Zur Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes für die Kommunalaufsicht statt vieler *W. Kluth*, *GewArch* 2006, 446 (448).

¹³¹ Zur Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes für die Gewerbeaufsicht statt vieler vgl. *F. Ambts*, in: G. Erbs/M. Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, *GewO*, Kommentar, 207. EL März 2016, § 29 Rn. 2; zur Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes für die Eisenbahnaufsicht *BVerwG*, *NVwZ* 2012, 1223 (1224).

Beliehene tätig wird. Nur, soweit anerkannte Ersatzschulen öffentliche Berechtigungen vergeben und insofern hoheitliche Funktionen ausüben, unterstehen sie der Fachaufsicht der Schulbehörde¹³². Bei der Ausübung dieser Hoheitsrechte bewegen sich die Ersatzschulen jedoch nach überwiegender Ansicht außerhalb des Gewährleistungsbereichs des Grundrechts der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG¹³³. Greift die Ausübung der Fachaufsicht nicht in das Grundrecht der Privatschulfreiheit ein, könnte es an dem verfassungsrechtlichen Grund für die Geltung des Gesetzesvorbehalts für die Regelung der Fachaufsicht fehlen.

Mag die Ausübung der Fachaufsicht durch die Schulbehörde grundrechtlich geschützte Belange der Ersatzschule nicht beeinträchtigen, grenzt sie indes unmittelbar an den durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesicherten Bezirk der Privatschulfreiheit an und birgt die Gefahr von Übergriffen in diese Freiheit durch übermäßige Anpassung der Ersatzschulen an das öffentliche Schulwesen. Die Schulbehörden dürfen „das Institut der Anerkennung ... nicht dazu benutzen, die Ersatzschulen zur Anpassung an die öffentlichen Schulen in einem der Sache nach nicht gebotenen Umfang zu veranlassen“¹³⁴. Eine solche Anpassung und damit verbundene Aufgabe der Selbstbestimmung der Ersatzschulen stellte einen unzulässigen Eingriff in das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesicherte Grundrecht der Privatschulautonomie dar¹³⁵. Entsprechend muss die Ausübung der Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen auf das zur Verwirklichung des Ziels des Berechtigungswesens erforderliche Maß beschränkt sein und darf nicht

¹³² Näher Ziff. C) I. 2.

¹³³ Näher Ziff. C) I. 2.

¹³⁴ BVerfGE 27, 195 (209).

¹³⁵ BVerfGE 27, 195 (209); ebenso BayVerfGH, NVwZ-RR 2004, 802 (803). Näher unter Ziff. C) I. 2.

zu einer übermäßigen Anpassung der Ersatzschulen an das öffentliche Schulwesen gebraucht werden. Wegen dieser Gefahr von Übergriffen auf den durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG geschützten Autonomiebezirk der Ersatzschule ist eine parlamentsgesetzliche Regelung sowohl der Geltung als auch der Voraussetzungen und Grenzen der Fachaufsicht erforderlich¹³⁶. Im Übrigen erscheint die Regelung der Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen durch den Gesetzgeber auch unter demokratie- und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten notwendig.

Dem entspricht es, dass das Oberverwaltungsgericht Lüneburg in einer Entscheidung vom 6. Oktober 2015 nicht nur in dem Erfordernis einer staatlichen Anerkennung von Privatschulen einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesehen und für die Festlegung der Voraussetzungen der Erteilung und Änderung bzw. Aufhebung der Anerkennung eine parlamentsgesetzliche Grundlage verlangt hat¹³⁷. Das Oberverwaltungsgericht hat auch grundsätzlich zur Steuerung der Privatschulen durch den Staat, wozu die Schulaufsicht gehört, ausgeführt: „Grundsätzlich „unterliegt die (gesamte) Steuerung des Privatschulwesens durch den Staat dem Gesetzesvorbehalt.“¹³⁸ „Für die ... Fallgestaltung der Einflussnahme auf das Privatschulwesen in Gestalt grundsätzlicher Zulassungs- und Steuerungsentscheidungen des Staates ist die Schwelle der Regelungsbedürftigkeit durch parlamentarisches Gesetz deutlich überschritten.“¹³⁹ Dem ist nichts hinzuzufügen.

¹³⁶ In eine andere Richtung deutet VGH BW, 9 S 2430/12 vom 24.10.2013, Rn. 45, wonach sich staatlich anerkannte Privatschulen „einer verstärkten Schulaufsicht unterworfen haben“.

¹³⁷ OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 84 ff.

¹³⁸ OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 92.

¹³⁹ OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 92.

Im Übrigen unterliegt auch die Schulaufsicht über öffentliche Schulen nach weit verbreiteter Ansicht dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes¹⁴⁰. Öffentliche, d.h. staatliche Schulen können sich indes auf die Grundrechte des Grundgesetzes nicht berufen¹⁴¹, sodass die Ausübung der Schulaufsicht über öffentliche Schulen nicht in Grundrechte eingreift. Gleichwohl bedarf die (Fach- und Dienst-)Aufsicht über öffentliche Schulen mit Blick auf die Wesentlichkeit dieser Entscheidung einer Regelung durch den (Parlaments-)Gesetzgeber. Erst recht muss die Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen, die nur partiell grundrechtsunfähig sind, vom Gesetzgeber selbst verantwortet und entsprechend geregelt werden.

III. Gebot der Bestimmtheit der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 3 GG)

Die nach dem verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes erforderliche *parlamentsgesetzliche Ermächtigung* der Schulbehörde zur Ausübung der Schulaufsicht über Ersatzschulen muss den rechtsstaatlichen Anforderungen der Bestimmtheit gerecht werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt: „Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimm-

¹⁴⁰ S. nur *M. Kotzur*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 7 Rn. 29.

¹⁴¹ Statt vieler *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 42 m.w.Nw.

heit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.“ „Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs“¹⁴².

Neben der parlamentsgesetzlichen Regelung der Schulaufsicht über Ersatzschulen muss auch die *Ausübung der Aufsicht durch die Schulbehörde* dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot genügen (s. für Verwaltungsakte auch § 1 Abs. 1 NVwVfG iVm § 37 Abs. 1 VwVfG). Der Ersatzschulträger muss erkennen können, welche Art der Aufsicht (Rechts- oder Fachaufsicht) die Schulbehörde ausübt und welcher Aufsichtsinstrumente sie sich bedient. Bei der Ausübung der Rechtsaufsicht durch die Schulbehörde muss für den Schulträger zudem erkennbar sein, ob die Kontrolle der Erteilung oder dem Fortbestand der Ersatzschulgenehmigung dient oder auf die Gewährung bzw. Überprüfung der Finanzhilfe gerichtet ist. Dies erfordert insbesondere, die beiden Formen der Rechtsaufsicht (Erteilung oder Fortbestand der Ersatzschulgenehmigung und Kontrolle der Überprüfung der Finanzhilfe) auch verfahrensrechtlich voneinander zu trennen¹⁴³. Eine solche – auch verfahrensrechtlich herzustellende – Klarheit über die Form der Rechtsaufsicht ist notwendig, damit die Ersatzschulträger sich darauf einstellen können, ob und wann die Rechtsaufsicht ihnen gegenüber ausgeübt werden darf, und mit welchen belastenden Maßnahmen bei

¹⁴² BVerfGE 120, 378 (407 f.) m.w.Nw., auch zu der engen Wechselbeziehung zwischen dem Bestimmtheitsgebot und dem Parlamentsvorbehalt (408); ebenso BayVerfGH, NVwZ-RR 2004, 802 (804); OVG Lüneburg, 2 LB 314/14 vom 6.10.2015, Rn. 97.

¹⁴³ Vgl. zu der gebotenen Trennung der Kontrolle der Ersatzschulgenehmigung von der Überprüfung der Ersatzschulfinanzierung wegen ihrer unterschiedlichen Zielsetzungen OVG Münster, BeckRS 2013, 45111.

Rechtsverstößen sie zu rechnen haben. Die Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Ersatzschulgenehmigung und die Rechtsaufsicht zur Überprüfung der Finanzhilfe richten sich an verschiedene Adressaten und unterscheiden sich in den Aufsichtsmitteln¹⁴⁴. Die Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Ersatzschulgenehmigung darf bereits vor Erteilung der Ersatzschulgenehmigung ausgeübt werden; sie ist auf die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG gerichtet; bei Nichterfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen kann (als ultima ratio) die Genehmigung aufgehoben werden. Dagegen darf die Rechtsaufsicht zur Überprüfung der Finanzhilfe erst im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Gewährung der Finanzhilfe ausgeübt werden; sie ist auf die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG oder der Angaben des Schulträgers zur Finanzhilfe gerichtet; bei Nichterfüllung von Genehmigungsvoraussetzungen oder unrichtigen Angaben zur Finanzhilfe kann ggf. der Finanzhilfebescheid aufgehoben werden; eine Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung wegen unrichtiger Angaben zur Finanzhilfe scheidet dagegen aus¹⁴⁵.

Auch insoweit gilt das Gleiche wie für Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG durch die Kommunalaufsicht. Auch insoweit ist eine hinreichend bestimmte parlamentsgesetzliche Regelung erforderlich und gilt das Bestimmtheitsgebot zudem für die behördliche Ausübung der Aufsicht¹⁴⁶. Eine weitere Parallele besteht zu der Gewerbeaufsicht, für die wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Grundrechte der Gewerbetreibenden

¹⁴⁴ S. Ziff. C) I. 1. b).

¹⁴⁵ Näher Ziff. C) IV.

¹⁴⁶ Zur Geltung des Bestimmtheitsgebots für die Kommunalaufsicht statt vieler *W. Kluth*, *GewArch* 2006, 446 (448).

ebenfalls das Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Regelung sowie das Bestimmtheitsgebot für die gesetzliche Regelung und Ausübung der Aufsicht gilt¹⁴⁷.

IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 3 GG)

Da die Rechtsaufsicht über Ersatzschulen einen Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG bewirkt, gilt sowohl für die parlamentsgesetzliche Regelung als auch für die behördliche Ausübung der Aufsicht der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁴⁸. Maßnahmen der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen sind nur zulässig, wenn sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind, um die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu gewährleisten oder um die Voraussetzungen für die Ersatzschulfinanzierung sicherzustellen¹⁴⁹.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt dabei zum einen für das „Ob“ der Rechtsaufsicht zum Tragen. Liegt ein Rechtsverstoß vor, muss die Aufsichtsbehörde nicht in jedem Fall tätig werden, sondern

¹⁴⁷ Vgl. VG Berlin, 35 A 108.08 vom 5.5.2008 Rn. 18 f.

¹⁴⁸ Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die gesetzliche Regelung der Schulaufsicht über Ersatzschulen statt aller *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 178. Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die behördliche Ausübung der Schulaufsicht über Ersatzschulen s. nur VGH BW, 9 S 1200/11 vom 17.10.2012, Rn. 24; OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88); VG Chemnitz, 1 K 1362/11 vom 18.9.2013, Rn. 51; VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 33; *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 178; vgl. bezogen auf die Staatsaufsicht generell *W. Kluth*, GewArch 2006, 446 (448).

¹⁴⁹ OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88); VG Chemnitz, 1 K 1362/11 vom 18.9.2013, Rn. 51; *F. Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 119 f., 176 ff.

es bedarf grundsätzlich einer Ermessensentscheidung, ob eingeschritten werden soll¹⁵⁰. Zum anderen unterliegt auch die Auswahl der Instrumente der Rechtsaufsicht bei Rechtsverstößen dem Verhältnismäßigkeitsgebot. So kommt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bei der Nichterfüllung von Genehmigungsvoraussetzungen iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG eine Rücknahme der Genehmigung erst in Betracht, wenn dem Ersatzschulträger vorher die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung gegeben wurde¹⁵¹. Erfüllen einzelne Lehrer/innen die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht, ist es mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht vereinbar, die Ersatzschulgenehmigung zu versagen oder aufzuheben¹⁵². Ebenso unverhältnismäßig ist es, die Finanzhilfe für eine Ersatzschule um die Personalausgaben für eine Lehrkraft zu kürzen, für die der Schulträger entgegen einer gesetzlichen Verpflichtung keine Unterrichtsgenehmigung eingeholt hat¹⁵³. Umgekehrt scheidet eine Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung wegen unrichtiger Angaben zur Finanzhilfe aus. Ferner wird unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vertreten, dass die Schulbehörde vorrangig schriftliche Auskünfte von dem Schulträger einholen muss und die Vorlage von Nachweisen nachrangig sei¹⁵⁴. Sowohl gegenüber der Auskunfts- als auch der

¹⁵⁰ Vgl. bezogen auf die Staatsaufsicht generell *W. Kluth*, *GewArch* 2006, 446 (449); bezogen auf die Kommunalaufsicht *J. Ipsen*, in: J. Ipsen (Hrsg.), *Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar*, 2011, § 172 Rn. 3; *P. Blum/B. Häusler/H. Meyer*, *Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar*, 3. Aufl. 2014, § 172 (Unterrichtung) Rn. 1.

¹⁵¹ VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 33; *N. Niehues/J. Rux*, *Schulrecht*, 5. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1206; *F. Müller*, *Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1982, S. 120.

¹⁵² *E. Pfau*, *Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ersatzschullehrer*, 1995, S. 18.

¹⁵³ OVG Münster, BeckRS 2013, 45111 unter Hinweis darauf, dass der Schulaufsichtsbehörde andere Maßnahmen zur Verfügung stehen, mit denen sie den Verstoß unterbinden kann, z.B. die Aufforderung zur Mängelbeseitigung.

¹⁵⁴ *M. Baldus*, *Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft*, 1998, S. 34.

Nachweispflicht zurückstehen sollen Einblicke in den Betrieb und die Einrichtungen der Schule sowie Unterrichtsbesuche der Schulbehörde¹⁵⁵. Schließlich leitet sich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung der Schulbehörde ab, bei der Durchführung der Rechtsaufsicht Rücksicht auf die Besonderheiten des täglichen Ablaufs an der Schule zu nehmen¹⁵⁶.

V. Waldorfschulen: Schulrechtlicher Status und Konsequenzen für die Schulaufsicht

1. Schulrechtlicher Status der Waldorfschulen

a) Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung

Waldorfschulen haben in Niedersachsen den Status als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung¹⁵⁷, wobei sich dieser Status aus dem jeweiligen Genehmigungsbescheid ergibt¹⁵⁸. Was unter „Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung“ zu verstehen ist, ist im Niedersächsischen Schulgesetz nicht bestimmt. Das Niedersächsische Schulgesetz knüpft an den Status als „Ersatzschule

¹⁵⁵ *M. Baldus*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 34; vgl. bezogen auf die Kommunalaufsicht ebenso *J. Ipsen*, in: J. Ipsen (Hrsg.), Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, 2011, § 172 Rn. 3.

¹⁵⁶ Näher Bay. VGH, 7 ZB 08.1491 vom 19.2.2009, Rn. 19; VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 49 ff.

¹⁵⁷ Vgl. LT-Drs. 9/1085, S. 32, 82; *H. Avenarius*, in: H. Avenarius, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 15.143; *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2; *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 141 Rn. 4; *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 163.

¹⁵⁸ *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2.

von besonderer pädagogischer Bedeutung“ in §§ 141 Abs. 3, 149 Abs. 1 und 150 Abs. 5 Satz 1 NSchG zwar finanzielle Vorteile¹⁵⁹, definiert ihn aber nicht.

Nach der Rechtsprechung und dem Schrifttum sind Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung Schulen, die entweder besondere Aufgaben wie z.B. die Inklusion von Schülern/innen mit Behinderung erfüllen, welche öffentliche Schulen nicht oder nicht ausreichend wahrnehmen, oder die sich in der Art und Weise der Vermittlung der Schulbildung von öffentlichen Schulen unterscheiden¹⁶⁰. Die Waldorfschulen stellen wegen ihres besonderen pädagogischen Konzepts, das auf der Pädagogik Rudolf Steiners beruht¹⁶¹ und sich in einem von öffentlichen Schulen abweichenden (Waldorf-)Lehrplan¹⁶² sowie speziellen Unterrichtsmethoden äußert, einen eigenständigen Bildungsgang dar¹⁶³, wobei sie der Art nach Gesamtschulen sind¹⁶⁴. Das besondere pädagogische Konzept der Waldorfschulen besteht u.a. darin, dass sie ihre Schüler/innen von der 1. bis zur 12. Klasse führen,

¹⁵⁹ Näher bei und vor Fn. 173.

¹⁶⁰ Vgl. *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2.

¹⁶¹ Zu der Pädagogik Rudolf Steiners näher J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2014, 23. Kap. Rn. 3 ff.

¹⁶² Zum Waldorflehrplan näher *A. Robert*, *Schulautonomie und -selbstverwaltung am Beispiel der Waldorfschulen in Europa. Konzept, Handlungsspielräume und Rahmenbedingungen*, 1999, S. 145 ff.

¹⁶³ OVG Lüneburg, NJOZ 2007, 3731 (3740); *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2.

¹⁶⁴ *D. Galas/G. Nolte/K.-H. Ulrich/M. Eickmann*, Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2016, Vorbem. zu §§ 139-167 Rn. 1; *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2.

ohne dass eine Selektion durch (Nicht-)Versetzung stattfindet¹⁶⁵. Der Unterrichtsstoff ist über die Jahrgänge anders verteilt als in staatlichen Schulen und ist in Epochen unterteilt¹⁶⁶. Die Leistungen der Schüler/innen werden bis in der Unter- und Mittelstufe nicht benotet (kein Zensurenzeugnis)¹⁶⁷, sondern es werden Textzeugnisse erteilt¹⁶⁸. Die Schulen zeichnen sich durch musische und künstlerisch-handwerkliche Schwerpunkte aus, die von denen öffentlicher Schulen abweichen¹⁶⁹. Zudem findet fremdsprachlicher Unterricht bereits ab der 1. Klasse statt¹⁷⁰. Dementsprechend erhalten die Lehrkräfte eine eigene pädagogische Ausbildung in speziellen Lehrerbildungseinrichtungen des Bundes der Waldorfschulen¹⁷¹. Die Waldorfschule endet grundsätzlich nach der 12. Klasse mit einem Abschlusszeugnis, dem keine

¹⁶⁵ OVG Lüneburg, NJOZ 2007, 3731 (3740); NVwZ 1984, 812 (813); *H.-J. Bader*, in: Arbeitsgemeinschaft Freie Schulen (Hrsg.), Handbuch Freie Schulen, 1999, S. 153; *M. Hofmann*, Geschichte und Gegenwart Freier Alternativschulen, 2013, S. 68; *J. Keller/I. Krampen* (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 23. Kap. Rn. 6.

¹⁶⁶ *M. Hofmann*, Geschichte und Gegenwart Freier Alternativschulen, 2013, S. 68.

¹⁶⁷ OVG Lüneburg, NJOZ 2007, 3731 (3740); NVwZ 1984, 812 (813); *M. Hofmann*, Geschichte und Gegenwart Freier Alternativschulen, 2013, S. 68.

¹⁶⁸ Näher *H.-J. Bader*, in: Arbeitsgemeinschaft Freie Schulen (Hrsg.), Handbuch Freie Schulen, 1999, S. 157; *J. Keller/I. Krampen* (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 23. Kap. Rn. 6; *J. Brockmann*, in: *J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann* (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2.

¹⁶⁹ OVG Lüneburg, NJOZ 2007, 3731 (3740); NVwZ 1984, 812 (813); *M. Hofmann*, Geschichte und Gegenwart Freier Alternativschulen, 2013, S. 69.

¹⁷⁰ OVG Lüneburg, NJOZ 2007, 3731 (3740); *J. Keller/I. Krampen* (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 23. Kap. Rn. 6.

¹⁷¹ OVG Lüneburg, NVwZ 1984, 812 (813); *H.-J. Bader*, in: Arbeitsgemeinschaft Freie Schulen (Hrsg.), Handbuch Freie Schulen, 1999, S. 159; *D. Galas/G. Nolte/K.-H. Ulrich/M. Eickmann*, Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2016, Vorbem. zu §§ 139-167 Rn. 1; *H. Avenarius*, in: *H. Avenarius*, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 15.143; zur Bildung von Waldorfllehrern näher *J. Keller/I. Krampen* (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 23. Kap. Rn. 13 f.

öffentliche (Berechtigungs-)Wirkung zukommt (sog. Waldorfabchluss)¹⁷².

Diesem besonderen pädagogischen Konzept der Waldorfschulen (sowie weiterer Schulen in freier Trägerschaft) entspricht der Status als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung nach dem Niedersächsischen Schulgesetz, an den sich finanzielle Vorteile knüpfen. Gem. § 149 Abs. 1 NSchG gewährt das Land den Trägern der Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung ebenso wie den Trägern anerkannter Ersatzschulen nach Ablauf einer dreijährigen Wartefrist auf Antrag Finanzhilfe; für die Berechnung der Finanzhilfe gilt die besondere Bestimmung des § 150 Abs. 5 Satz 1 NSchG. Nach § 141 Abs. 3 Satz 2 NSchG besteht, wenn eine Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung besucht wird, die Beförderungs- oder Erstattungspflicht gem. § 114 Abs. 3 NSchG für den Weg zur nächsten entsprechenden Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung mit dem gewünschten Bildungsgang¹⁷³.

Dieser Status als Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung, durch den der Gesetzgeber den Begriff der Ersatzschule iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG näher ausgeformt hat, hebt die Waldorfschulen aus dem Kreis der „nur“ genehmigten Ersatzschulen hervor und stellt sie partiell – v.a. im Kontext der Finanzhilfe – mit staatlich anerkannten Ersatzschulen gleich. Eine staatliche Anerkennung mit der Folge des Rechts zur Vergabe öffentlicher Berechtigungen ist mit dem Status als Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung jedoch nicht

¹⁷² H.-J. Bader, in: Arbeitsgemeinschaft Freie Schulen (Hrsg.), Handbuch Freie Schulen, 1999, S. 157; J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2.

¹⁷³ Die Feststellungen des OVG Lüneburg, 2 LC 380/10 vom 6.5.2013, Rn. 32, sind insofern überholt.

verbunden¹⁷⁴. Von der in § 148 NSchG ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit eines Antrags auf staatliche Anerkennung (s. v.a. § 148 Abs. 2 Satz 4 NSchG) haben die Waldorfschulen in Niedersachsen keinen Gebrauch gemacht. Gegen eine implizite Ableitung einer staatlichen Anerkennung aus dem Status als Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung spricht bereits, dass das Niedersächsische Schulgesetz die Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung *neben* den anerkannten Ersatzschulen nennt, sie also als zwei verschiedene Schulkategorien betrachtet (s. §§ 141 Abs. 3 Satz 2, 149 Abs. 1, 150 Abs. 5 Satz 1 NSchG)¹⁷⁵. Im Übrigen stünde einer impliziten Ableitung der staatlichen Anerkennung aus dem schulgesetzlichen Status als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung auch das verfassungsrechtliche Gebot einer hinreichend bestimmten parlamentsgesetzlichen Rechtsgrundlage entgegen¹⁷⁶.

b) Beleihungsähnliche Stellung bei der Durchführung von Abschlussprüfungen?

Ogleich die Waldorfschulen in Niedersachsen nicht nach § 148 NSchG staatlich anerkannt sind und eine solche staatliche Anerkennung auch nicht implizit aus ihrem schulgesetzlichen Status als Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung folgt, könnte ihnen partiell eine staatlich anerkannten Schulen vergleichbare, beleihungsähnliche Stellung zukommen. Die Waldorfschulen könnten sek-

¹⁷⁴ OVG Lüneburg, NVwZ 1984, 812 (813).

¹⁷⁵ Auch die „Verordnung über die Abschlüsse im Sekundarbereich I der allgemein bildenden Schulen einschließlich der Waldorfschulen (AVO-Sek I)“ vom 7. April 1994 differenziert explizit zwischen Abschlüssen an anerkannten Ersatzschulen (Erster Teil) und Abschlüssen an Waldorfschulen (Zweiter Teil).

¹⁷⁶ Zu dem verfassungsrechtlichen Vorbehalt des (Parlaments-)Gesetzes und dem Bestimmtheitsgebot bei der Regelung des Privatschulwesens s. Ziff. C) II. und III.

toral bezogen und begrenzt auf die Durchführung von Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I sowie von Abiturprüfungen als Beliehene anzusehen sein, was Konsequenzen für die Art der Schulaufsicht hätte.

Anhaltspunkte für eine beleihungsähnliche Stellung könnten sich für die Abiturprüfungen aus der „Verordnung über die Qualifikationsphase und die Abiturprüfung an Waldorfschulen sowie über die Abiturprüfung für Nichtschülerinnen und Nichtschüler (AVO-WaNi)“ vom 2. Mai 2005 in ihrer aktuellen Fassung sowie für die Abschlüsse im Sekundarbereich I aus der „Verordnung über die Abschlüsse im Sekundarbereich I der allgemein bildenden Schulen einschließlich der Waldorfschulen (AVO-Sek I)“ vom 7. April 1994 in ihrer aktuellen Fassung ergeben. Nach diesen Verordnungen gelten für die Abschlussprüfungen an Waldorfschulen mit Blick auf deren pädagogisches Konzept Besonderheiten, die sie von Nichtschülerprüfungen iSd § 27 NSchG für Schüler/innen nicht staatlich anerkannter Schulen unterscheiden¹⁷⁷. Prägend für Nichtschülerprüfungen sind vor allem die Bestimmung des Prüfungsgegenstandes sowie der Prüfungskommission durch den Staat und der fehlende Einfluss der Schule auf den Gegenstand und die Durchführung der Prüfung¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Vgl. *I. Krampen/G. Kellermann*, R&B 2008, 6 (7) bezogen auf das nordrhein-westfälische Schulgesetz: „Soweit jedoch Ersatzschulen eigener Art, z.B. Waldorfschulen bei der Vergabe von Zeugnissen und Abschlüssen und bei der Abhaltung von Prüfungen mitwirken, die die gleiche Wirkung wie an öffentlichen Schulen haben, handeln sie als »beliehene« Organe der Schulverwaltung und sind insoweit an die auch für öffentliche Schulen geltenden Vorschriften gebunden.“

¹⁷⁸ Zu diesen und weiteren prägenden Merkmalen von Nichtschülerprüfungen iSd § 27 NSchG *J. Keller/K. Hesse*, in: *J. Keller/I. Krampen* (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2014, 8. Kap. Rn. 10, 18 ff.

aa) Abiturprüfungen

Die Waldorfschulen können ihre Schüler/innen nach Maßgabe der AVO-WaNi sowie der „Ergänzende(n) Bestimmungen zur Verordnung über die Qualifikationsphase und die Abiturprüfung an Waldorfschulen sowie über die Abiturprüfung für Nichtschülerinnen und Nichtschüler (EB-AVO-WaNi)“ über die Teilnahme an einer Qualifikationsphase im 12. und 13. Schuljahrgang (§ 1 Abs. 1 AVO-WaNi) zum Abitur führen. Sowohl die AVO-WaNi als auch die EB-AVO-WaNi differenzieren dabei durchgehend zwischen der Abiturprüfung an Waldorfschulen (s. auch Anlagen 1 und 2 zur AVO-WaNi) und der Abiturprüfung für Nichtschüler/innen (s. auch Anlage 3 AVO-WaNi).

Gleichwohl ist die Abiturprüfung an Waldorfschulen im Kern als Nichtschülerprüfung iSd § 27 NSchG ausgestaltet und lediglich partiell wegen ihres besonderen pädagogischen Konzepts modifiziert¹⁷⁹. Eigene, hoheitliche Entscheidungsbefugnisse kommen der Waldorfschule anders als staatlich anerkannten Ersatzschulen (s. § 148 Abs. 2 NSchG) bei Abiturprüfungen kaum zu. Sie bereiten ihre Schüler/innen zwar durch eine Qualifikationsphase auf das Abitur vor (§ 1 f. AVO-WaNi). Auch findet die Abiturprüfung – ebenso wie bei staatlich anerkannten

¹⁷⁹ Im Ergebnis ebenso OVG Lüneburg, NVwZ 1984, 812 (813) bezogen auf die alte Rechtslage: „Nach der 13. Jahrgangsstufe unterliegen die Schüler indessen nicht in vollem Umfang der allgemeinen Regelung des Nichtschüler-Abiturs gem. § 19 Nds-SchulG i. V. mit der Verordnung über die Ordnung der Abiturprüfung für Nichtschüler vom 23. 4. 1980 (NdsGVBl S. 81). Vielmehr wird das Abitur an den Waldorfschulen als eine besondere „Fremdenprüfung“ entsprechend der „Vereinbarung über die Durchführung der Abiturprüfung für Schüler an Waldorfschulen“ (Beschl. der KMK v. 21. 2. 1980) abgelegt, die in ihren einzelnen Regelungen die sich aus der Pädagogik der Waldorfschulen ergebenden Besonderheiten berücksichtigt.“; für eine Qualifizierung der Abiturprüfungen an Waldorfschulen als Nichtschülerprüfungen auch *T. Schippmann*, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 27 Rn. 1, 3; ebenso wohl *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 27 Rn. 1 f.

Ersatzschulen und anders als bei nicht anerkannten Ersatzschulen (s. § 5 Abs. 3 Satz 2 AVO-WaNi) – an den Waldorfschulen statt (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AVO-WaNi). Sie führen die Abiturprüfung jedoch anders als staatlich anerkannte Ersatzschulen¹⁸⁰ nicht selbst im eigenen Namen durch, sondern wirken an ihr nur als eine Art schlichter Verwaltungshelfer der Schulbehörde mit, welche die Prüfungshoheit hat. Die Abiturprüfung wird – anders als bei staatlich anerkannten Ersatzschulen – nicht von den Waldorfschulen selbst, sondern von Prüfungskommissionen durchgeführt, die von der Schulbehörde berufen werden (§ 6 Abs. 1 AVO-WaNi). Das vorsitzende Mitglied der Prüfungskommission ist schulfachliche/r Dezernent/in der Schulbehörde oder Schulleiterin eines Gymnasiums, einer Gesamtschule mit gymnasialer Oberstufe, eines Abendgymnasiums, eines Kollegs oder eines Beruflichen Gymnasiums (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AVO-WaNi). Allerdings können in Abstimmung mit der Schulbehörde auch Lehrkräfte der Waldorfschule als Mitglieder der Fachprüfungsausschüsse berufen werden (§ 7 Abs. 2 Satz 3 AVO-WaNi). Gem. Nr. 6.2 EB-AVO-WaNi können die Waldorfschulen zudem Vorschläge für die Bestellung der beiden weiteren Mitglieder der Prüfungskommission machen. Das Abiturzeugnis wird vom vorsitzenden Mitglied der Prüfungskommission unterschrieben und mit dem Dienstsiegel der NLSchB versehen (Nr. 15.1 Satz 4 EB-AVO-WaNi)¹⁸¹.

¹⁸⁰ Zur Durchführung der Abschlussprüfungen durch staatlich anerkannte Ersatzschulen im eigenen Namen *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 148 Rn. 3.4.

¹⁸¹ Zum eigenen Zeugnisrecht anerkannter Ersatzschulen, die das kleine Landessiegel führen, *J. Brockmann*, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 148 Rn. 2.3 und 3.4.

Der Status der Waldorfschulen als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung bewirkt mithin zwar eine Modifizierung der Abiturprüfung und eine Privilegierung gegenüber Ersatzschulen ohne besondere pädagogische Bedeutung¹⁸², aber keine Gleichstellung mit staatlich anerkannten Ersatzschulen im Hinblick auf die Ausübung eigener Hoheitsrechte im Bereich der Prüfungen und Zeugnisvergabe. Eine beleihungsähnliche Stellung kommt den Waldorfschulen mithin bei den Abiturprüfungen bereits aus diesem Grund nicht zu¹⁸³.

Ob die Ausgestaltung der Abiturprüfung an Waldorfschulen als (im Kern) Nichtschülerprüfung zulässig ist oder der Staat in weiterreichendem Maße auf das besondere pädagogische Konzept der Waldorfschulen Rücksicht nehmen und ihnen daher weitreichendere Mitwirkungsbefugnisse bei den Abiturprüfungen einräumen oder ein waldorfspezifisches Abitur anerkennen müsste, kann hier nicht erörtert werden¹⁸⁴.

¹⁸² Die Privilegierung der Waldorfschulen gegenüber anderen Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung ergibt sich daraus, dass für letztere keine Sonderregelungen bei den Abschlussprüfungen gelten. *J. Brockmann*, in: *J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann* (Hrsg.), *Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar*, Stand: 51. EL Juni 2016, § 149 Rn. 4.2 nennt als Beispiele für nicht privilegierte Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung die Hermann-Lietz-Schulen und die Freie Schule Prinzhöfte.

¹⁸³ Dazu, dass die Ableitung einer beleihungsähnlichen Stellung der Waldorfschulen bei Abiturprüfungen aus der AVO-WaNi auch gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes sowie gegen das Bestimmtheitsgebot verstieße, vgl. Ziff. C) V. 1. b) bb).

¹⁸⁴ Kritisch gegenüber der Angleichung der Abschlussprüfungen an Waldorfschulen an die Abschlussprüfungen an öffentlichen Schulen bezogen auf Baden-Württemberg *F. Müller/M. Kromer*, *NVwZ* 1984, 77 (81).

bb) Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I

Weitergehende Mitwirkungsrechte als bei Abiturprüfungen haben die Waldorfschulen bei Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I. Entsprechend sind die Einwirkungsbefugnisse der Schulbehörde stärker begrenzt. Die Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I (Hauptschulabschluss, Realschulabschluss oder Erweiterter Sekundarabschluss I) finden erst am Ende des 12. Schuljahres statt (§ 40 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 AVO-Sek I). Sie werden von der Waldorfschule durchgeführt (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AVO-Sek I). Dazu wird eine Prüfungskommission gebildet, die aus dem/der Schulleiter/in als vorsitzendem Mitglied und einem weiteren von ihm/ihr berufenen Mitglied der Schulleitung besteht (§ 41 Abs. 1 Satz 2 AVO-Sek I). Allerdings führt abweichend hiervon die Schulbehörde in von ihr festgelegten zeitlichen Abständen die Abschlussprüfung unter ihrer Leitung durch und nimmt die Aufgaben des vorsitzenden Mitglieds der Prüfungskommission wahr (§ 41 Abs. 2 Satz 1 AVO-Sek I; s. auch Nr. 17.1 der „Ergänzende(n) Bestimmungen zur Verordnung über die Abschlüsse im Sekundarbereich I der allgemein bildenden Schulen einschließlich der Freien Waldorfschulen“ [EB-AVO-Sek I]). Dabei kann sie zur Durchführung der Abschlussprüfung fachkundige Lehrkräfte öffentlicher Schulen hinzuziehen (§ 41 Abs. 2 Satz 2 AVO-Sek I). Gem. § 46 AVO-Sek I sind der Schulbehörde auf Verlangen die Ergebnisse und Unterlagen der Fächer der Abschlussprüfung sowie die Beurteilungsunterlagen auch in anderen Fächern vorzulegen. Den erworbenen Abschluss bescheinigt die Schulbehörde, nicht die Waldorfschule, wobei die Bescheinigung nur in Verbindung mit dem von der Schule ausgestellten Zeugnis gilt (Nr. 16.2 EB-AVO-Sek I).

Die Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I an Waldorfschulen nehmen damit eine Art „Zwischenstellung“ zwischen Nichtschülerprüfungen iSd § 27 NSchG und Abschlussprüfungen staatlich anerkannter Ersatzschulen iSd § 148 NSchG ein. Die Waldorfschulen verfügen einerseits über weiterreichende eigene Prüfungsbefugnisse als bei Nichtschülerprüfungen; sie führen die Prüfungen selbst durch und stellen im Regelfall die Mitglieder der Prüfungskommission einschließlich ihres Vorsitzenden. Insofern ähnelt die Stellung der Waldorfschulen bei Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I der staatlich anerkannter Ersatzschulen, was für einen beleihungsähnlichen Status spricht. Andererseits besitzt die Schulbehörde weiterreichende Einwirkungsbefugnisse als bei staatlich anerkannten Ersatzschulen. Sie führt in von ihr festgelegten zeitlichen Abständen die Abschlussprüfung selbst durch und nimmt die Aufgaben des vorsitzenden Mitglieds der Prüfungskommission wahr; außerdem sind ihr auf Verlangen die Ergebnisse und Unterlagen der Fächer der Abschlussprüfung sowie die Beurteilungsunterlagen auch in anderen Fächern vorzulegen. Zudem bescheinigt die Schulbehörde den Abschluss. Diese Einwirkungsrechte der Schulbehörde sprechen dafür, die Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I als Nichtschülerprüfungen iSd § 27 NSchG zu qualifizieren¹⁸⁵, die allerdings wegen des besonderen pädagogischen Konzepts der Waldorfschulen beträchtlich modifiziert sind.

Letztlich spricht gegen eine beleihungsähnliche Stellung der Waldorfschulen bei der Durchführung von Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I aber auch, dass der Gesetzgeber einen solchen Status als Hoheitsträger hinreichend bestimmt regeln müsste. Mit einer Belei-

¹⁸⁵ So wohl *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 27 Rn. 1 f.

hung ist ein schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verbunden. Sie unterliegt daher dem verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Parlamentsgesetzes, sodass der Gesetzgeber die Beleihung selbst regeln muss¹⁸⁶. Um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden, muss die Beleihung aus dem Gesetz klar erkennbar hervorgehen. Eine lediglich implizite Ableitung einer Beleihung aus zumal untergesetzlichen Vorschriften über Abschlussprüfungen (AVO-Sek I) steht hiermit nicht in Einklang.

Ob die Ausgestaltung der Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I an Waldorfschulen durch die AVO-Sek I in ausreichendem Maße auf die Besonderheiten des pädagogischen Konzepts der Waldorfschulen Rücksicht nimmt, kann nicht erörtert werden¹⁸⁷.

2. Konsequenzen für die Schulaufsicht

a) Rechtsaufsicht, nicht Fachaufsicht über Waldorfschulen

Als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung, die nicht staatlich anerkannt sind, unterliegen die Waldorfschulen gem. Art. 7 Abs. 1 iVm Abs. 4 GG lediglich der Rechtsaufsicht und nicht der Fachaufsicht der Schulbehörde¹⁸⁸. Dies gilt auch für die Durchführung der Abiturprüfungen sowie der Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I, weil sie im Kern staatliche Nichtschülerprüfungen iSd § 27

¹⁸⁶ Vgl. bezogen auf die Akkreditierung von Hochschulstudiengängen BVerfG, 1 BvL 8/10 vom 17.2.2016, Rn. 68 bis 71; zu dem Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung im Fall der Beleihung auch BVerwG, DÖV 1971, 312 (313): Eine Beleihung kann „nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes durch zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt erfolgen“; s. auch VGH BW, 2 S 1516/14 vom 10.12.2015, Rn. 60.

¹⁸⁷ S. den Nw. in Fn. 184.

¹⁸⁸ Vgl. Ziff. C) I. 1. a) und 2.

NSchG sind und den Waldorfschulen dabei zudem auch wegen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts sowie Bestimmtheitsgebots keine beleihungsähnliche Stellung zukommt¹⁸⁹. Eine Fachaufsicht steht der Schulbehörde daher bei den Abschlussprüfungen nur gegenüber ihren eigenen Schuldezernenten/innen zu, soweit sie an der Durchführung der Prüfungen mitwirken.

Im Übrigen scheidet eine Fachaufsicht über die Waldorfschulen als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung auch deshalb aus, weil für sie eine parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt. Der Gesetzgeber hat eine Fachaufsicht im Niedersächsischen Schulgesetz nur für öffentliche Schulen, nicht hingegen für Ersatzschulen vorgesehen¹⁹⁰. Eine solche parlamentsgesetzliche Regelung der Fachaufsicht ist nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Parlamentsgesetzes sowie dem Bestimmtheitsgebot jedoch erforderlich¹⁹¹.

- b) Gebot der Rücksichtnahme auf die besondere pädagogische Bedeutung der Waldorfschulen bei der Ausübung der Rechtsaufsicht

Eine weitere Konsequenz des Status der Waldorfschulen als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung ist, dass die Schulbehörde bei der Ausübung der Rechtsaufsicht gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verpflichtet ist, dem besonderen pädagogischen Konzept der Waldorfschulen Rechnung zu tragen. Die Schulbehörde muss bei der Auslegung und Anwendung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG beachten, dass die Waldorfschulen

¹⁸⁹ Näher Ziff. C) V. 1. b).

¹⁹⁰ S. noch Ziff. D) I.

¹⁹¹ Ziff. C) II. und III.

einen eigenständigen Bildungsgang mit besonderem Lehrplan und spezifischer Unterrichtsmethode darstellen, der sie von öffentlichen Schulen unterscheidet. Dass die Waldorfschulen in der Unter- und Mittelstufe keine Notenzeugnisse ausstellen und ihre Schüler/innen ohne Selektion bis zur 12. Klasse führen, dass der Unterrichtsstoff über die Jahrgänge anders verteilt ist als bei staatlichen Schulen, dass die Waldorfschulen musische und künstlerisch-handwerkliche Schwerpunkte haben und fremdsprachlicher Unterricht ab der 1. Klasse stattfindet, ist unmittelbar Ausfluss der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG geschützten Gestaltungsfreiheit der Schulen. Das Gleiche gilt für die spezielle pädagogische Ausbildung der Waldorflehrer/innen in Lehrerbildungseinrichtungen des Bundes der Waldorfschulen¹⁹².

Diesen pädagogischen Besonderheiten der Waldorfschulen muss die Schulbehörde bei der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung und bei der Kontrolle, ob die Genehmigungsanforderungen fortlaufend erfüllt sind, Rücksicht nehmen¹⁹³. Bei der Ausübung der Rechtsaufsicht ist daher im Hinblick auf jede einzelne Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu prüfen, ob die Auslegung und Anwendung der Genehmigungsvoraussetzungen sowie die Ausübung der Rechtsaufsicht dem besonderen pädagogischen Konzept der Waldorfschulen gerecht wird.

¹⁹² Zur Gleichwertigkeit der Ausbildung in den Lehrerbildungseinrichtungen des Bundes der Waldorfschulen mit der Ausbildung an staatlichen Hochschulen BVerwGE 92, 340 (342 ff.); J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2014, 23. Kap. 15.

¹⁹³ Vgl. *I. Krampen/G. Kellermann*, R&B 2008, 6 (8) bezogen auf die Anwendung des nordrhein-westfälischen Schulgesetzes auf Waldorfschulen.

D) Gesetzliche Regelung und Praxis der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen – im verfassungsrechtlichen Rahmen?

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft müssen die schulgesetzlichen Regelungen sowie die Praxis der Schulaufsicht in Niedersachsen entsprechen. Ob dies der Fall ist, wird im Folgenden untersucht.

Zunächst wird der Blick auf die schulgesetzlichen Regelungen über die Art der Schulaufsicht über Ersatzschulen gerichtet (s. Ziff. I.). Anschließend wird dargelegt, welche Instrumente der Rechtsaufsicht gegenüber Ersatzschulen das Niedersächsische Schulgesetz vorsieht (s. Ziff. II.). Schließlich wird untersucht, ob die von der NLSchB projektierte Neuausrichtung der Schulaufsicht über Ersatzschulen dem verfassungsrechtlichen und schulgesetzlichen Rahmen für die Schulaufsicht gerecht wird (s. Ziff. III.).

I. Art der Aufsicht über Ersatzschulen nach dem Niedersächsischen Schulgesetz

Wie in dem verfassungsrechtlichen Teil der Untersuchung dargelegt, unterliegen Ersatzschulen grundsätzlich nur einer Rechtsaufsicht der Schulbehörde¹⁹⁴. Eine Ausnahme gilt für staatlich anerkannte Ersatzschulen, soweit sie Hoheitsrechte wahrnehmen; sie unterliegen nach überwiegender Ansicht einer Fachaufsicht¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Ziff. C) I. 1. a).

¹⁹⁵ Ziff. C) I. 2.

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben wird das Niedersächsische Schulgesetz gerecht, wobei für eine Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt.

1. Rechtsaufsicht über Ersatzschulen zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen und zur Überprüfung der Finanzhilfeangaben

Genehmigte Ersatzschulen unterliegen gem. Art. 7 Abs. 1 iVm Abs. 4 GG lediglich einer Rechtsaufsicht, nicht hingegen einer Fachaufsicht der Schulbehörde¹⁹⁶. Diesen verfassungsrechtlichen Aufsichtsvorgaben entspricht das Niedersächsische Schulgesetz.

Gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG hat die staatliche Schulaufsicht die Einhaltung der Vorschriften des Niedersächsischen Schulgesetzes zu gewährleisten. Der Gesetzgeber hat damit dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot entsprechend eine Rechtsaufsicht über Ersatzschulen normiert, wenngleich er das Wort „Rechtsaufsicht“ nicht explizit verwendet. Aus der Formulierung, dass die Schulaufsicht „die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes zu gewährleisten hat“, wird für jedermann der Charakter der Schulaufsicht als Rechtsaufsicht erkennbar.

Zu den Vorschriften, deren Einhaltung die Rechtsaufsicht zu gewährleisten hat, gehören namentlich §§ 143 bis 145 NSchG über das Erfordernis und die Voraussetzungen der Genehmigung von Ersatzschulen sowie § 167 Abs. 2 NSchG über das Erfordernis der Genehmigung der Schulleitung von Ersatzschulen.

¹⁹⁶ Ziff. C) I. 1. a).

Weitere Vorschriften, deren Einhaltung die Rechtsaufsicht nach § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG dient, sind §§ 149 bis 151 NSchG über die Gewährung von Finanzhilfe durch das Land für anerkannte Ersatzschulen sowie Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung nach Ablauf der Wartefrist.

Das Niedersächsische Schulgesetz differenziert mithin zwischen der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG und der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Angaben der Ersatzschulträger zur Finanzhilfe iSd Art. 7 Abs. 4 GG. Diese beiden verschiedenen Formen der Rechtsaufsicht richten sich an jeweils verschiedene Ersatzschulträger (Ersatzschulen vor bzw. nach der Genehmigung; finanzhilfeberechtigte Ersatzschulen) und umfassen unterschiedliche Aufsichtsinstrumente¹⁹⁷. Das Niedersächsische Schulgesetz entspricht damit der nach dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gebotenen Trennung der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG und der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Angaben der Ersatzschulträger zur Finanzhilfe iSd Art. 7 Abs. 4 GG¹⁹⁸.

2. Keine Fachaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung

Ebenfalls dem Grundgesetz entsprechend sieht das Niedersächsische Schulgesetz keine Fachaufsicht über „nur“ genehmigte Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung vor¹⁹⁹. Vorschriften zur Fachaufsicht beinhaltet der achte Teil des Niedersächsischen Schulgesetzes mit dem

¹⁹⁷ S. noch Ziff. D) II.

¹⁹⁸ S. Ziff. D) III.

¹⁹⁹ Unzutreffend daher – und zumal ohne Begründung – J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kom-

Titel „Staatliche Schulbehörden, Schulinspektion“. § 120 Abs. 3 NSchG regelt im Kontext der „Aufgaben und Zuständigkeiten“, dass die Schulbehörden die Fachaufsicht über die Schulen ausüben. § 121 NSchG enthält nähere Bestimmungen zur Ausübung der Fachaufsicht, insbesondere zur Wahrung der Eigenverantwortlichkeit der Schule nach § 32 NSchG (Abs. 1 Satz 1) sowie zur Aufhebung und Änderung pädagogischer Bewertungen sowie unterrichtlicher und pädagogischer Entscheidungen (Abs. 2).

Diese Regelungen der Fachaufsicht in § 120 Abs. 3 und § 121 NSchG finden ausschließlich Anwendung auf Schulen in öffentlicher Trägerschaft. Auf Schulen in freier Trägerschaft sind sie nicht anwendbar. Hierfür spricht bereits, dass § 121 Abs. 1 Satz 1 NSchG Bezug nimmt auf die Eigenverantwortung der Schule nach § 32 NSchG, der ausschließlich für staatliche Schulen gilt²⁰⁰. Dies legt es nahe, dass auch § 121 NSchG (sowie § 120 NSchG) ausschließlich auf staatliche Schulen Anwendung findet. Dementsprechend sind auch die weiteren Vorschriften des achten Teils des Niedersächsischen Schulgesetzes, §§ 122 bis 123a, auf staatliche Schulen bezogen und begrenzt²⁰¹.

Entscheidend ist aber, dass das Niedersächsische Schulgesetz das private Schulwesen abschließend im elften Teil mit dem Titel „Schulen in freier Trägerschaft“ regelt, der aus §§ 139 bis 167 besteht. Vorschriften des Niedersächsischen Schulgesetzes außerhalb des elften Teils

mentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 167 Rn. 2.1: „Schulaufsicht bedeutet für die Ersatzschule Rechts- und Fachaufsicht.“; s. auch § 121 Rn. 1, wonach § 121 NSchG zwar nur die Fachaufsicht über die öffentlichen Schulen betreffe, die Fachaufsicht über die Schulen in freier Trägerschaft hingegen in § 167 NSchG geregelt sei.

²⁰⁰ J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 32 Rn. 1.

²⁰¹ Zur Schulinspektion gem. § 123a NSchG J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 123a Rn. 6, § 141 Rn. 6.

gelten für Schulen in freier Trägerschaft nur, soweit dies ausdrücklich angeordnet ist. Dies ergibt sich aus § 141 Abs. 1 Satz 1 NSchG, der die „Geltung anderer Vorschriften dieses Gesetzes“ für Schulen in freier Trägerschaft regelt. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass Vorschriften außerhalb des elften Teils des Niedersächsischen Schulgesetzes ohne ausdrückliche Geltungsanordnung in § 141 NSchG für Schulen in freier Trägerschaft nicht zur Anwendung kommen. Gem. § 141 Abs. 1 Satz 1 NSchG gelten für Ersatzschulen sowie für Ergänzungsschulen in den Fällen der §§ 160 und 161 die §§ 2, 3 Abs. 2 Satz 2, §§ 4 bis 6 und §§ 9 bis 22 NSchG entsprechend. Nach § 141 Abs. 2 Satz 1 NSchG gelten §§ 72 bis 81, 85 und 87 NSchG für die in § 141 Abs. 1 NSchG genannten Ersatz- und Ergänzungsschulen, soweit der Schulträger keine abweichende Regelung getroffen hat. Schließlich sind gem. § 141 Abs. 3 NSchG die §§ 113 Abs. 3 und 114 NSchG entsprechend anzuwenden (Satz 1), wobei für Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung eine Sonderbestimmung zu § 114 Abs. 3 NSchG vorgesehen ist (Satz 2). Eine Geltung der §§ 120, 121 NSchG für Schulen in freier Trägerschaft sieht § 141 NSchG nicht vor.

Dieses Ergebnis erhärtet sich dadurch, dass die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in dem elften Teil des Niedersächsischen Schulgesetzes eigens geregelt ist. § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG legt als Aufsichtstypus für Schulen in freier Trägerschaft die Rechtsaufsicht fest. Eines Rückgriffs auf andere Vorschriften über die Schulaufsicht aus anderen Teilen des Niedersächsischen Schulgesetzes (be-)darf es mithin nicht.

3. Keine Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen

Eine Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen, die nach der Rechtsprechung und überwiegenden Ansicht im Schrifttum verfassungsrechtlich zulässig ist²⁰², sieht das Niedersächsische Schulgesetz nicht ausdrücklich vor. Eine entsprechende Aufsichtsbestimmung findet sich weder in § 148 NSchG, der die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der staatlichen Anerkennung von Ersatzschulen regelt, noch in anderen Vorschriften des elften Teils des Niedersächsischen Schulgesetzes über „Schulen in freier Trägerschaft“. Die Regelungen der Fachaufsicht in §§ 120 Abs. 3, 121 NSchG gelten nur für staatliche Schulen, nicht für (staatlich anerkannte Ersatz-)Schulen in freier Trägerschaft²⁰³.

Eine Fachaufsicht der Schulbehörden lässt sich auch nicht implizit aus dem Institut der staatlichen Anerkennung von Ersatzschulen gem. § 148 NSchG ableiten. Eine implizite Ableitung der Fachaufsicht genügt weder dem verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes noch dem ebensolchen Gebot der Bestimmtheit. Die Regelung der Fachaufsicht über Ersatzschulen unterliegt dem Grundsatz vom Vorbehalt des Parlamentsgesetzes, sodass der Gesetzgeber die Geltung sowie die Instrumente der Fachaufsicht selbst regeln muss²⁰⁴. Um den rechtsstaatlichen Anforderungen der Normenbestimmtheit gerecht zu werden, muss der Gesetzgeber Voraussetzungen, Zweck und Grenzen der Fachaufsicht so präzise regeln, dass sowohl die Aufsichtsbehörde als auch die Gerichte und vor allem die Ersatzschulträger klar erkennen können, ob und welche belastenden Maßnahmen erlaubt sind. Eine lediglich implizite Herleitung der Fachaufsicht aus

²⁰² Ziff. C) I. 2.

²⁰³ S. Ziff. D) I. 2.

²⁰⁴ Ziff. C) II.

dem Institut der staatlichen Anerkennung genügt diesen Anforderungen nicht. Bei ihr wäre weder klar, auf welche Bereiche der Ersatzschule sich die Fachaufsicht bezöge, noch wäre erkennbar, welche Aufsichtsinstrumente zur Anwendung kämen. Eine Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen steht den Schulbehörden nach dem Niedersächsischen Schulgesetz daher nicht zu.

II. Instrumente der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen nach dem Niedersächsischen Schulgesetz

Als Mittel der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen zur Erteilung und Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 iVm §§ 143 bis 145 NSchG nennt § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG „insbesondere“ das Recht, die Schulen in freier Trägerschaft zu besichtigen, Einblick in den Unterrichtsbetrieb zu nehmen sowie Berichte und Nachweise zu fordern²⁰⁵. Ein weiteres Instrument der Rechtsaufsicht ist die Rücknahme der Genehmigung, wenn ihre Voraussetzungen im Zeitpunkt der Erteilung nicht gegeben waren oder später weggefallen sind und eine Aufforderung der Schulbehörde zur Mängelbeseitigung fruchtlos geblieben ist (§ 147 Abs. 1 NSchG). Gem. § 167 Abs. 3 NSchG kann zudem die Ausübung der Tätigkeit einer Lehrkraft nach Anhörung des Schulträgers untersagt werden, wenn in der Person der Lehrkraft die Voraussetzungen des § 144 Abs. 3 NSchG nicht erfüllt sind oder wenn Tatsachen vorliegen, die bei Lehrkräften öffentlicher Schulen zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses führen oder die Entfernung aus dem Dienst rechtfertigen würden. Flankiert werden diese Aufsichtsinstrumente durch die Verpflichtung der Schulträger, der Schulbehörde jeden Wechsel in der Schulleitung und jede wesentliche Änderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung

²⁰⁵ Zu der Frage, ob § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG im Hinblick auf die Besichtigung von Schulen den Anforderungen des Art. 13 GG entspricht, nach Fn. 231.

der Lehrkräfte sowie der Schuleinrichtungen anzuzeigen (Anzeigepflicht gem. § 146 NSchG).

Als Mittel der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Finanzhilfeangaben der Schulträger gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 iVm §§ 149 bis 151 NSchG sieht § 150 Abs. 10 NSchG die Überprüfung aller die Finanzhilfe betreffenden Angaben bei den Schulen und Schulträgern, die Einsichtnahme in die zugehörigen Unterlagen und das Verlangen von Auskünften durch die Schulbehörden vor. § 150 Abs. 10 NSchG enthält insofern eine spezielle Regelung der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Finanzhilfe, die den übrigen Regelungen der Rechtsaufsicht, insbesondere § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG, vorgeht und sie verdrängt²⁰⁶. Eine Aufhebung des Finanzhilfebescheides und eine Rückforderung der Finanzhilfe ist mangels einer Regelung im Niedersächsischen Schulgesetz unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. §§ 48 bis 49a VwVfG möglich.

Über diese ausdrücklich geregelten Instrumente der Rechtsaufsicht hinaus stehen der Schulbehörde keine weiteren Befugnisse gegenüber Ersatzschulen zu. Weitere Rechtsaufsichtsbefugnisse lassen sich weder implizit aus der Ermächtigung zur Rechtsaufsicht in § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG noch aus dem Wort „insbesondere“ in § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG herleiten. Eine solche implizite Herleitung von Mitteln der Rechtsaufsicht wird zwar vereinzelt im Schrifttum sowie in der

²⁰⁶ Vgl. ebenso *J. Brockmann*, in: *J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann* (Hrsg.), *Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar*, Stand: 51. EL Juni 2016, § 150 Rn. 11: § 150 Abs. 10 NSchG „ist ein Sonderrecht gegenüber den finanzhilfeberechtigten Schulen im Rahmen der allgemeinen Rechte der Behörden nach § 167 Abs. 1 NSchG.“; gleichsinnig wohl *P. Bräth/D. Galas*, *Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar*, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 167 Rn. 2: § 150 Abs. 10 NSchG gewährt „ein besonderes Prüfungs- und Einsichtsrecht“.

Rechtsprechung angenommen²⁰⁷. Sie verstößt jedoch gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des (Parlaments-)Gesetzes und das Bestimmtheitsgebot für die Schulaufsicht²⁰⁸. Der Gesetzgeber muss die Instrumente der Rechtsaufsicht selbst in einer Weise regeln, dass die Ersatzschulen aus dem Gesetz erkennen können, mit welchen Maßnahmen der Rechtsaufsicht sie unter welchen Voraussetzungen rechnen müssen. Diesen Anforderungen genügt eine implizite Ableitung der Instrumente der Rechtsaufsicht aus § 167 Abs. 1 NSchG nicht. Es wäre nicht erkennbar, welche Befugnisse der Schulbehörde über die explizit genannten Maßnahmen hinaus zustehen und unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen sie diese ausüben darf.

Nicht ausdrücklich im Niedersächsischen Schulgesetz geregelte Maßnahmen der Rechtsaufsicht sind nur unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig, wenn sie sich als „Minus“ aus einer explizit geregelten Maßnahme ergeben.

Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot einer parlamentsgesetzlichen, hinreichend bestimmten Regelung der Rechtsaufsicht er-

²⁰⁷ So etwa *P. Bräth/D. Galas*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemein bildende Schulen, Kommentar, Stand: 77. EL 1. März 2016, § 167 Rn. 2 unter Hinweis auf das Wort „insbesondere“ in § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG, der hieraus die Befugnis der Schulbehörden zur Anhörung der Ersatzschulträger und zur Erteilung von Weisungen, rechtsrelevante Mängel abzustellen, ableitet; *J. Brockmann*, in: *J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann* (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: 51. EL Juni 2016, § 167 Rn. 3 folgert aus dem Wort „insbesondere“ in § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG, dass die Schulaufsicht auch ein Weisungsrecht gegenüber den Ersatzschulträgern hat. Das VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 30 hat bezogen auf die Regelung der Schulaufsicht in Art. 113 Abs. 2 BayEUG a.F. aus dem Wort „insbesondere“ abgeleitet, dass die Schulaufsichtsbehörden berechtigt sind, Verstöße gegen schulrechtliche Bestimmungen förmlich zu beanstanden.

²⁰⁸ Zu diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen Ziff. C) II. und III.

scheint es auch problematisch, dass der Niedersächsische Gesetzgeber die Voraussetzungen und Grenzen der explizit geregelten Aufsichtsinstrumente nur teilweise (näher) normiert hat. So geht zum z.B. aus § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG nicht hervor, welche Anforderungen für die Besichtigung von Schulen durch die Schulbehörde gelten und unter welchen Bedingungen die Behörde Einblick in den Unterrichtsbetrieb nehmen sowie Berichte und Nachweise fordern darf. Im Gegensatz hierzu regeln die Schulgesetze anderer Bundesländer die Voraussetzungen und Grenzen der Schulaufsicht detailliert²⁰⁹. Ob in Anbetracht dessen die sparsame Regelung des § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts und der Bestimmtheit entspricht, ist zweifelhaft. Ungeachtet dessen müssen die Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsaufsicht über die Ersatzschulen wegen des mit der Schulaufsicht verbundenen Eingriffs in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG in jedem Fall im Lichte des Grundrechts der Privatschulfreiheit sowie des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bestimmt werden.

III. Neuausrichtung der Schulaufsicht über Ersatzschulen nach dem Projektbericht der NLSchB

Der Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015 definiert Standards für die Schulaufsicht über Ersatzschulen, die den verfassungsrechtlichen und schulgesetzlichen Vorgaben für die Schulaufsicht nur teilweise gerecht werden.

²⁰⁹ Nach § 58 Abs. 3 SächsSchG gelten für die Aufsicht über die Schulträger die Vorschriften der Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen über die Kommunalaufsicht entsprechend. Das Betreten der Schulen durch die Schulaufsichtsbehörde ist gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 SächsFrTrSchG nur unter engen Voraussetzungen, namentlich nur während der allgemeinen Geschäftszeiten und nach Ankündigung, zulässig.

1. Art der Aufsicht über Ersatzschulen

Dem Projektbericht der NLSchB liegt die Annahme zugrunde, dass Schulaufsicht über Ersatzschulen nach geltendem Recht „Rechtsaufsicht und im eingeschränkten Maße auch Fachaufsicht“ bedeute. Die Fachaufsicht beziehe „sich auf die von den Ersatzschulen zu beachtenden fachlich-pädagogischen Regeln, um die Gleichwertigkeit der Ausbildung sicherzustellen“²¹⁰, und bestehe gem. § 120 Abs. 3 NSchG namentlich im Hinblick auf die Abschlussprüfungen²¹¹.

Die NLSchB verkennt damit sowohl die grundgesetzliche als auch die schulgesetzliche Rechtslage. Ersatzschulen unterliegen gem. Art. 7 Abs. 1 iVm Abs. 4 Satz 1 GG²¹² sowie gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG²¹³ allein der Rechtsaufsicht. Eine Fachaufsicht über Ersatzschulen steht weder mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG noch mit dem Niedersächsischen Schulgesetz in Einklang. Dies gilt auch für die Waldorfschulen als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung, soweit sie Abschlussprüfungen im Sekundarbereich I oder Abiturprüfungen abnehmen²¹⁴. Eine Fachaufsicht ist von Verfassungs wegen nur ausnahmsweise zulässig über staatlich anerkannte Ersatzschulen²¹⁵, wobei das Niedersächsische Schulgesetz keine dem Grundsatz vom Parlamentsvorbehalt sowie dem Bestimmtheitsgebot entsprechende Regelung der Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen aufweist²¹⁶.

²¹⁰ Projektbericht, S. 11.

²¹¹ Projektbericht, S. 30.

²¹² Ziff. C) I. 1. a).

²¹³ Ziff. D) I. 1.

²¹⁴ Ziff. C). V. 1. b) und 2.

²¹⁵ Ziff. C) I. 2.

²¹⁶ Ziff. D) I. 3.

2. Unzulässige Differenzierung zwischen verschiedenen Ersatzschulen bei der Rechtsaufsicht

Der Projektbericht sieht unterschiedliche Standards der Rechtsaufsicht für „finanzhilfeberechtigte Schulen“ einerseits und für „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ andererseits vor²¹⁷.

Bereits die Abgrenzung der beiden Schularten und damit die jeweiligen Adressaten der Schulaufsicht lassen sich dem Projektbericht nicht mit der für das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot erforderlichen Klarheit entnehmen. „Finanzhilfeberechtigte Schulen“ dürften zunächst nur diejenigen Schulen sein, denen das Land gem. § 149 Abs. 1 NSchG grundsätzlich Finanzhilfe gewährt. Dies sind die anerkannten Ersatzschulen sowie die Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung, zu denen die Waldorfschulen gehören. Nicht erfasst sind dagegen wohl „nur“ genehmigte Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung und ohne besondere pädagogische Bedeutung, da sie gem. § 149 Abs. 1 NSchG – unter Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 GG – nicht finanzhilfeberechtigt sind²¹⁸.

Ob indes sämtliche finanzhilfeberechtigte Schulen ab Beginn ihres Schulbetriebs erfasst sind oder nur diejenigen, bei denen die dreijährige Wartefrist für die Finanzhilfe nach § 149 Abs. 1 NSchG verstrichen ist, ist unklar. Aus der Gegenüberstellung der „finanzhilfeberechtigten Schulen“ mit den weiteren im Projektbericht genannten „nicht finanzhilfeberechtigten Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum

²¹⁷ Ziff. B) I. und II.

²¹⁸ Zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses „nur“ genehmigter Ersatzschulen aus der Finanzhilfe gem. § 149 Abs. 1 NSchG *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 164.

Einsetzen der Finanzhilfe“ lässt sich schließen, dass „finanzhilfeberechtigte Schulen“ nur Schulen sein sollen, bei denen die dreijährige Wartefrist des § 149 Abs. 1 NSchG verstrichen ist. Demgegenüber sind „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ wohl die *noch nicht* finanzhilfeberechtigten Schulen, also Ersatzschulen, die zwar staatlich anerkannt oder von besonderer pädagogischer Bedeutung sind, bei denen aber die dreijährige Wartefrist noch nicht verstrichen ist. Ersatzschulen, die nach § 149 Abs. 1 NSchG keinen Anspruch auf Finanzhilfe haben, weil sie weder staatlich anerkannt noch von besonderer pädagogischer Bedeutung sind, sind wohl weder „finanzhilfeberechtigte Schulen“ noch „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“.

Eine solche Differenzierung zwischen „finanzhilfeberechtigten Schulen“ nach Ablauf der Wartefrist und „nicht finanzhilfeberechtigten Schulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ ist jedoch im Kontext der Rechtsaufsicht über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ersatzschulgenehmigung verfassungsrechtlich unzulässig. Der Projektbericht schlägt für „finanzhilfeberechtigte Schulen“ und für „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen“ jeweils unterschiedliche Aufsichtsstandards vor. So sollen „finanzhilfeberechtigte Schulen“ einer sog. „allgemeinen Prüfung“ in einem Zeitraum von fünf Jahren unterliegen²¹⁹, während für „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ eine jährliche Berichtspflicht eingeführt werden soll²²⁰. Die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG gelten jedoch für

²¹⁹ Ziff. B) I.

²²⁰ Ziff. B) II.

alle Ersatzschulen iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG in gleicher Weise, sodass sie auch gleicher Rechtsaufsicht unterliegen. Unterschiedliche Standards der Rechtsaufsicht für Ersatzschulen vor und nach Ablauf der Wartefrist für die Finanzhilfe verstoßen gegen Art. 7 Abs. 4 GG.

Nicht minder verfassungswidrig ist der Ausschluss „nur“ genehmigter Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung und ohne besondere pädagogische Bedeutung aus der Rechtsaufsicht nach dem Projektbericht. „Nur“ genehmigte Ersatzschulen sind wohl weder „finanzhilfeberechtigte Schulen“ noch „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“, sodass die im Projektbericht für diese Schulen vorgeschlagenen Aufsichtsstandards für „nur“ genehmigte Ersatzschulen nicht gelten. Die im Projektbericht für „finanzhilfeberechtigte Schulen“ vorgesehene sog. allgemeine Prüfung kommt daher für „nur“ genehmigte Ersatzschulen ebenso wenig zur Anwendung wie die für „nicht finanzhilfeberechtigte Ersatzschulen“ vorgeschlagene jährliche Berichtspflicht. Eine solche Differenzierung ist jedoch im Kontext der Rechtsaufsicht über die Voraussetzungen der Ersatzschulgenehmigung verfassungsrechtlich unzulässig. Die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG gelten für alle Ersatzschulen gleichermaßen, sodass sie auch gleicher Rechtsaufsicht unterliegen. Unterschiedliche Standards der Rechtsaufsicht für Ersatzschulen, die nach dem Landesschulgesetz Anspruch auf Finanzhilfe haben, und solchen, die (zumal verfassungswidrig) von der Finanzhilfe ausgeschlossen sind, verstoßen gegen Art. 7 Abs. 4 GG.

3. Finanzhilfeberechtigte Schulen

Für finanzhilfeberechtigte Schulen sieht der Projektbericht die Einführung einer sog. allgemeinen Prüfung und die Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte vor.

a) Sog. allgemeine Prüfung

Nach dem Projektbericht soll gestützt auf § 150 Abs. 10 NSchG und § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG künftig „im Zusammenhang mit der Finanzhilfeprüfung ... eine sog. allgemeine Prüfung sämtlicher Schulen in freier Trägerschaft“ innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren stattfinden. Die Prüfung soll sich in der Regel auf einen Zeitraum von drei Schuljahren erstrecken und verschiedene Prüfungsschwerpunkte haben. Die Auswahl der Schulen soll „entweder nach Auffälligkeiten in der Vergangenheit, vermutetem Beratungsbedarf oder nach Zufallsprinzip“ erfolgen.

aa) Verfassungswidrigkeit der Vermengung der Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Ersatzschulgenehmigung und der Rechtsaufsicht zur Überprüfung der Finanzhilfe

Nach dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot müssen die Rechtsaufsicht über die Ersatzschulgenehmigung und die Rechtsaufsicht über die Finanzhilfe wegen ihrer unterschiedlichen Inhalte, Adressaten und Zeitpunkte der Ausübung nicht nur auf der Ebene des Gesetzes, sondern auch bei der Ausübung durch die Schulbehörde erkennbar voneinander getrennt werden²²¹. Diesen Anforderungen entspricht der Projektbericht nicht. Die NLSchB vermengt für finanzhilfeberechtigte Schulen die Rechtsaufsicht zum Zwecke der Kontrolle

²²¹ Ziff. C) III.

der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG (s. § 167 Abs. 1 Satz 1 iVm §§ 143 bis 145 NSchG) und die Rechtsaufsicht zur Überprüfung der Finanzhilfeangaben der Ersatzschulträger gem. Art. 7 Abs. 4 GG (s. § 167 Abs. 1 Satz 1 iVm §§ 149 bis 151 NSchG).

Bereits die Bezugnahme auf § 150 Abs. 10 NSchG und § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG als Ermächtigungsgrundlagen für die allgemeine Prüfung offenbart, dass die sog. allgemeine Prüfung sowohl der Kontrolle der Ersatzschulgenehmigung als auch der Finanzhilfe dienen soll. Entsprechend erstreckt sie sich nach ihren „Prüfungsschwerpunkten“ nicht nur auf die Kontrolle von Genehmigungsvoraussetzungen iSd §§ 143 bis 145 NSchG (z.B. wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Unterrichtspersonals; Schulgeld; ausreichende Ausstattung mit Unterrichtsräumen; Erfüllung der Stundentafel der Schule mit qualifizierten Lehrkräften; pädagogisches Konzept der Schule und Jahresplanung), sondern auch auf die Überprüfung von Angaben zur Finanzhilfe (Abgleich der tatsächlichen mit den abgerechneten Schüler/innen; Prüfung der Lohnkonten des Unterrichtspersonals). Als eventuelle Konsequenzen bei Rechtsverstößen nennt der Projektbericht u.a. die Rückforderung überzahlter Finanzhilfe und die Rücknahme der Anerkennung bzw. der Genehmigung. Nicht ersichtlich ist, ob diese Konsequenzen bei Verstößen gegen Genehmigungsvoraussetzungen oder bei unrichtigen Angaben zur Finanzhilfe drohen. Von Verfassungswegen legitimiert indes nicht jeder Verstoß gegen Genehmigungsvoraussetzungen eine Rücknahme der Ersatzschulgenehmigung oder eine Rückforderung der Finanzhilfe. Auch scheidet eine Aufhebung

der Ersatzschulgenehmigung wegen unrichtiger Angaben zur Finanzhilfe aus²²². Der Projektbericht wird daher dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht gerecht.

bb) Verfassungswidrigkeit einer anlasslosen, turnusgemäßen allgemeinen Prüfung

Eine anlasslose, turnusgemäße „allgemeine Prüfung“ aller finanzhilfeberechtigten Schulen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren verstößt gegen das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG.

Soweit die Rechtsaufsicht der Überprüfung der Finanzhilfeangaben des Schulträgers dient, ist sie nur zulässig, wenn die Schulbehörde konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben des Schulträgers hat²²³.

Soweit die Rechtsaufsicht auf die Überprüfung gerichtet ist, ob die Ersatzschule die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG fortlaufend erfüllt, ist sie nach Erteilung der Ersatzschulgenehmigung bezogen auf die Gleichwertigkeit der Einrichtungen der Ersatzschule, der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte, des Sonderungsverbots und der genügenden Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte ebenfalls nur bei konkreten Anhaltspunkten für den Fortfall dieser Genehmigungsvoraussetzungen zulässig²²⁴.

²²² Ziff. C) IV.

²²³ Ziff. C) I. 1. d) aa).

²²⁴ Ziff. C) I. 1. d) bb).

Die Ausübung der Rechtsaufsicht über die Gleichwertigkeit der Lehrziele der Ersatzschule (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) ist am Ende des jeweiligen Bildungsganges, d.h. im Zeitpunkt des Schulabschlusses, zulässig. Nur sofern ausnahmsweise schon während des laufenden Bildungsganges „ernstlich zu besorgen ist, dass die Gleichwertigkeit der Lehrziele im Sinne eines adäquaten Unterrichtserfolgs nicht erreicht werden kann“, ist eine Rechtsaufsicht bereits vor dem Ende des Bildungsganges statthaft²²⁵. Bezogen auf die Waldorfschulen folgt daraus, dass eine Ausübung der Rechtsaufsicht vor dem Ende des 12. Schuljahrgangs grundsätzlich unzulässig und nur im Einzelfall, bei konkreten Anhaltspunkten für die Nichterfüllung von Genehmigungsvoraussetzungen zulässig ist.

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausübung der Rechtsaufsicht entspricht die im Projektbericht vorgeschlagene „allgemeine Prüfung“ aller finanzhilfeberechtigten Schulen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nicht. Sie soll nicht anlassbezogen, d.h. bei konkreten Anhaltspunkten für den Fortfall von Genehmigungsvoraussetzungen, sondern unabhängig von einem solchen Anlass turnusgemäß bei allen finanzhilfeberechtigten Schulen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren durchgeführt werden.

cc) Verfassungswidrigkeit einzelner Prüfungsschwerpunkte

Ungeachtet der zuvor genannten grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Einwände gegen die sog. allgemeine Prüfung finanzhilfeberechtigter Schulen, sind auch einzelne der genannten Prüfungsschwerpunkte nicht durch Art. 7 Abs. 1 iVm Abs. 4 GG legitimiert.

²²⁵ Ziff. C) I. 1. d) bb).

Unzulässig ist eine Überprüfung der „Erfüllung der jeweiligen Stundentafel der Schule in freier Trägerschaft mit qualifizierten Lehrkräften“²²⁶. *Stundentafeln* legen die Zahl der wöchentlichen Unterrichtsstunden für die einzelnen Unterrichtsfächer bezogen auf die jeweiligen Schuljahrgänge fest²²⁷. Ob Ersatzschulen ihre Stundentafeln erfüllen, gibt allenfalls Aufschluss darüber, ob sie einen gleichwertigen Bildungserfolg wie öffentliche Schulen bezogen auf das jeweilige Schuljahr gewährleisten²²⁸. Eine solche Prüfung ist jedoch durch Art. 7 Abs. 1 GG, § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG nicht legitimiert, da die Schulbehörde im Rahmen der Rechtsaufsicht nur prüfen darf, ob die Ersatzschulen einen gleichwertigen Bildungserfolg im Zeitpunkt des Schulabschlusses gewährleisten²²⁹. Stundentafeln gehören daher weder zu den „Lehrzielen“ noch zu den „Einrichtungen“ iSd Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG²³⁰.

Bereits aus diesem Grund ist auch eine „regelmäßig(e) Unterrichtsbesichtigung vor Ort“ als Mittel zur Überprüfung der Einhaltung der Stundentafel unzulässig, zumal sie als Bestandteil der „allgemeinen Prüfung“ turnusmäßig erfolgen soll²³¹. Überdies ist fraglich, ob die schulgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die *Unterrichtsbesichtigung*, § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG (Besichtigung der Schulen; Einblick in den

²²⁶ Im Ergebnis ebenso *R. Baron*, R&B 2006, 2 (5); *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (901); *Barkhoff & Partner*, Kurzgutachten zum Schulaufsichtsrecht der Schulbehörde gegenüber Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen – insbesondere das Aufsichtsrecht nach § 167 NSchG, 12.6.2015, S. 2 f.

²²⁷ *H. Avenarius*, in: *H. Avenarius*, Schulrecht. Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Aufl. 2010, Ziff. 4.121.

²²⁸ Zu Recht kritisch gegenüber der Aussagekraft von Stundentafeln für den Bildungserfolg *R. Baron*, R&B 2006, 2 (5) mit dem Argument, dass nicht die Zahl der Unterrichtsstunden, sondern die Qualität des Unterrichts über den Lernerfolg entscheide.

²²⁹ S. bei und nach Fn. 60.

²³⁰ *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (901).

²³¹ Zur Verfassungswidrigkeit einer turnusmäßigen Ausübung der Rechtsaufsicht Ziff. C) I. 1. d).

Unterrichtsbetrieb), den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 13 GG entspricht. Art. 13 Abs. 1 GG gewährleistet die Unverletzlichkeit der Wohnung einschließlich von Betriebs- und Geschäftsräumen, die nicht allgemein zugänglich sind²³². Das behördliche Betreten und Besichtigen von nicht allgemein zugänglichen Betriebs- und Geschäftsräumen ist nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts nur unter den Voraussetzungen zulässig, dass eine besondere gesetzliche Vorschrift hierzu ermächtigt, das Gesetz den Zweck, Gegenstand und Umfang des Betretens und Besichtigens bestimmt und das Betreten und Besichtigen auf die üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten beschränkt ist²³³.

Schulen in freier Trägerschaft dürften kaum und jedenfalls nicht insgesamt für die Allgemeinheit geöffnet sein, sondern ausschließlich dem Zutritt der Schüler/innen und Lehrer/innen sowie ggf. der Eltern dienen. Dies gilt umso mehr für einzelne Räume wie Klassenzimmer, Lehrerzimmer, Schulsekretariate und Fachräume, die erkennbar nur dem Aufenthalt bestimmter Personen, nämlich der Schüler/innen und/oder Lehrer/innen bzw. des Verwaltungspersonals dienen. Bei Internaten und Ganztagschulen kommt einigen Räumen sogar wohnungsähnlicher Charakter zu, sodass ein Betreten und Besichtigen durch die Schulbehörde nur unter den gesteigerten Anforderungen des Art. 13 Abs. 7 GG zulässig ist. § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG genügt aber weder den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an das Betreten und Besichtigen von Betriebs- und Geschäftsräumen stellt, noch bietet es eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Wohnungen gem. Art. 13 Abs. 7 GG. Im Übrigen ist auch

²³² BVerfGE 42, 212 (219); 44, 353 (371); 76, 83 (88); 96, 44 (51); BVerfG, NJW 2003, 2669.

²³³ BVerfGE 32, 54 (75 ff.); *H. D. Jarass*, in: *H. D. Jarass/B. Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 13 Rn. 38.

das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG, das für Einschränkungen iSd Art. 13 Abs. 7 GG gilt²³⁴, nicht gewahrt.

b) Wiedereinführung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte

Der Projektbericht hält „zur effektiven Wahrnehmung der Schulaufsicht“ die Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte für „dringend erforderlich“²³⁵.

Die Schulbehörde prüft die wissenschaftliche Ausbildung der Lehrkräfte von Ersatzschulen gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 NSchG vor der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung. Diese Prüfung entspricht einer Art Tätigkeitsgenehmigung für Lehrkräfte. Für die Einstellung neuer Lehrkräfte nach Erteilung der Ersatzschulgenehmigung sieht das Niedersächsische Schulgesetz seit dem Haushaltsbegleitgesetz vom 12. Dezember 2003²³⁶ ebenso wie die meisten anderen Landesschulgesetze²³⁷ das Erfordernis einer Tätigkeitsgenehmigung nicht mehr vor; gem. § 167 Abs. 3 NSchG bedarf nur noch die Schulleitung einer Tätigkeitsgenehmigung. Ohne eine

²³⁴ J. Ennuschat, in: P. J. Tettinger/R. Wank/J. Ennuschat (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar*, 8. Aufl. 2011, § 29 Rn. 24.

²³⁵ Ziff. B) I.

²³⁶ Zu der Erforderlichkeit einer Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte nach § 167 Abs. 2 NSchG idF vor dem Inkrafttreten des Haushaltsbegleitgesetzes vom 12.12.2003 J. Brockmann, in: J. Brockmann/K.-U. Littmann/T. Schippmann (Hrsg.), *Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar*, Stand: 51. EL Juni 2016, § 167 Rn. 1.

²³⁷ H. J. Bader/J. Keller/I. Krampen, in: J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2014, 7. Kap. Rn. 18.

ausdrückliche gesetzliche Regelung des Erfordernisses und der Voraussetzungen einer Tätigkeitsgenehmigung für Lehrkräfte darf die Schulbehörde eine solche Genehmigung nicht fordern²³⁸.

Eine gesetzliche Regelung einer Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte, die nach Erteilung der Ersatzschulgenehmigung eingestellt werden, ist in Niedersachsen zur Ausübung der Rechtsaufsicht über die Ersatzschulgenehmigung nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig. Die Schulbehörde ist nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 NSchG berechtigt, die fortdauernde Erfüllung der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte zu überprüfen. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass diese Genehmigungsvoraussetzung nicht mehr erfüllt ist, kann die Schulbehörde gem. § 167 Abs. 3 iVm § 144 Abs. 3 NSchG die Ausübung der Tätigkeit der betreffenden Lehrkraft nach Anhörung des Schulträgers untersagen (repressives Unterrichtsverbot). Dieses repressive Unterrichtsverbot reicht aus, um Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 NSchG Rechnung zu tragen. Unter dem Blickwinkel des Verhältnismäßigkeitsgebots allenfalls zulässig wäre eine Erweiterung der Anzeigepflicht des § 146 NSchG um eine Verpflichtung des Schulträgers, die Neueinstellung von Lehrkräften der Schulbehörde anzuzeigen²³⁹.

Wenn der niedersächsische Gesetzgeber gleichwohl eine Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte (wieder) einführt, müsste er bei der Regelung der Voraussetzungen für die Genehmigung der durch Art. 7

²³⁸ VGH BW, 9 S 1673/06 vom 14.3.2007, Rn. 4; Bay. VGH, 7 B 05.2202 vom 28.2.2006, Rn. 21.

²³⁹ Nach Ansicht von *D. Galas/G. Nolte/K.-H. Ulrich/M. Eickmann*, Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2016, § 146 Rn. 2 ist der Wechsel von an Ersatzschulen beschäftigten Lehrkräften bislang nach § 146 NSchG nicht anzeigepflichtig; a.A. *J. P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 111, der von einer Verpflichtung der Ersatzschulträger zur Anzeige eines Wechsels in der Lehrerschaft ausgeht.

Abs. 4 Satz 1 GG geschützten Autonomie der Privatschulen bei der Auswahl ihrer Lehrkräfte Rechnung tragen. Das Grundrecht der Privatschulfreiheit gewährleistet das Recht zur Auswahl und Anstellung der Lehrkräfte²⁴⁰ und insofern auch die Befugnis des Schulträgers zur autonomen Entscheidung, über welche wissenschaftliche Ausbildung und sonstige Qualifikation die Lehrkräfte verfügen sollen. Dies umfasst das Recht, Lehrkräfte anzustellen, die keine herkömmliche wissenschaftliche Lehrerausbildung, sondern eine anderweitige Vorbildung haben oder die über besondere Berufserfahrung oder soziale oder musische Kompetenzen verfügen²⁴¹. Das gilt insbesondere für Schulen von besonderer pädagogischer Bedeutung wie die Waldorfschulen, deren pädagogisches Konzept sich erheblich von dem öffentlicher und anderer privater Schulen unterscheidet, was eine spezielle pädagogische Ausbildung der Lehrkräfte in eigens eingerichteten Lehrerbildungsstätten legitimiert²⁴².

Diese grundrechtliche Freiheit der Schulträger wird zwar durch die Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG insofern eingeschränkt, als private Ersatzschulen in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen²⁴³. Gefordert ist hierdurch aber nur, dass die Lehrkräfte

²⁴⁰ Statt aller BVerwG, NVwZ-RR 1988, 21 (22); *W. Loschelder*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 110 Rn. 76; *J. P. Vogel*, RdJB 2005, 36 (40); *B. Petermann*, NVwZ 1987, 205 (206 f.); *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 106.

²⁴¹ Ebenso *H. J. Bader/J. Keller/l. Krampen*, in: J. Keller/l. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 7. Kap. Rn. 12.

²⁴² Näher Ziff. C) V. 1. a).

²⁴³ Zu der umstrittenen Frage, ob sich die Genehmigungsvoraussetzung des Nichtzurückstehens in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auf jeden einzelnen Lehrer oder auf den Lehrkörper in seiner Ge-

privater Schulen über eine Ausbildung oder Fähigkeiten verfügen, die gewährleistet, dass den Schülern/innen im Ergebnis eine gleichwertige Bildung vermittelt wird wie den Schülern/innen staatlicher Schulen, wobei allein die Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs am Ende des Schulabschlusses maßgeblich ist. Die Lehrkräfte privater Ersatzschulen müssen über eine schulfachliche und pädagogische Qualifikation verfügen, die diesen gleichwertigen Bildungserfolg sicherstellt. Das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG geschützte Recht auf autonome Auswahl der Lehrkräfte findet daher gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG erst „dort seine Grenze, wo durch die Verwendung ungeeigneter Lehrkräfte das Leistungsniveau unter das Niveau öffentlicher Schulen gleichen Typs sinken würde.“²⁴⁴ Zur Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs ist eine staatliche Lehramtsausbildung ausreichend, aber nicht erforderlich²⁴⁵. Ein anderweitiges Studium oder praktische Erfahrungen können genügen, wenn die hierdurch erlangte Qualifikation die Vermittlung gleichwertiger Bildung wie in öffentlichen Schulen erwarten lässt²⁴⁶. Auch gestattet Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG keine Prüfung der persönlichen, gar charakterlichen Eignung und Zuverlässigkeit einer Lehrkraft²⁴⁷. Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze müsste der Gesetzgeber bei der Wiedereinführung einer Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte beachten.

samtheit bezieht, *E. Pfau*, Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ersatzschullehrer, 1995, S. 17 ff.; *H. J. Bader/J. Keller/l. Krampen*, in: J. Keller/l. Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 7. Kap. Rn. 19.

²⁴⁴ VG Potsdam, LKV 2013, 333 (334).

²⁴⁵ *W. Loschelder*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 110 Rn. 84; *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 123.

²⁴⁶ Vgl. Bay. VGH, 7 B 05.2202 vom 28.2.2006, Rn. 23; OVG NW, NWVBI 1993, 211 (215).

²⁴⁷ Bay. VGH, 7 B 05.2202 vom 28.2.2006, Rn. 23; *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (904).

4. Nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe

„Nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ sollen nach dem Projektbericht jährlich zu verschiedenen Punkten an die Schulbehörde berichten. Außerdem soll bei ihnen bis zum Ende der Wartefrist mindestens ein Vor-Ort-Besuch durch die Schulbehörde stattfinden. Schließlich hält der Projektbericht auch insoweit die Wiedereinführung einer Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte für „dringend erforderlich“²⁴⁸.

a) Jährliche Berichtspflicht

Als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine jährliche Berichtspflicht für (nicht finanzhilfeberechtigte) Ersatzschulen kommt § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG in Betracht. Sie verstößt jedoch gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, weil das Grundrecht der Privatschulfreiheit eine anlasslose, turnusgemäße Ausübung der Schulaufsicht nicht gestattet. Nur, sofern die Schulbehörde konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, §§ 143 bis 145 NSchG bei einzelnen Ersatzschulen entfallen sind, darf sie dem mit den Mitteln der Rechtsaufsicht nachgehen²⁴⁹. Diesen Anforderungen entspricht eine anlasslose, jährliche Berichtspflicht der Ersatzschulen nicht.

Davon abgesehen sind einzelne Prüfungspunkte, auf die sich die Berichtspflicht nach dem Projektbericht bezieht, nicht mit Art. 7 Abs. 4

²⁴⁸ Ziff. B) II.

²⁴⁹ Näher Ziff. C). I. 1. d).

GG vereinbar. Dies gilt in Sonderheit für den Bericht zur „Erfüllung der Stundentafel mit qualifizierten Lehrkräften“²⁵⁰.

b) Vor-Ort-Besuch bis zum Ende der Wartefrist

Die Durchführung von „mindestens“ einem Vor-Ort-Besuch der Schulbehörde bei den nicht finanzhilfeberechtigten Ersatzschulen bis zum Ende der Wartefrist ist ebenfalls unvereinbar mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Auch insoweit gilt, dass auf § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG gestützte Besichtigungen der Schulen mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit nur vereinbar sind, wenn sie aus konkretem Anlass, d.h. bei Anhaltspunkten für den Fortfall von Genehmigungsvoraussetzungen erfolgen. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG den Anforderungen des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG gerecht wird²⁵¹.

c) Wiedereinführung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte

Eine Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte ist für nicht finanzhilfeberechtigte Ersatzschulen ebenso wie für finanzhilfeberechtigte Ersatzschulen nicht erforderlich. Die Möglichkeit eines repressiven Unterrichtsverbots gem. § 167 Abs. 3 iVm § 144 Abs. 3 NSchG ist zur Kontrolle der fortdauernden Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 NSchG ausreichend. Führt der niedersächsische Gesetzgeber gleichwohl eine Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte ein, müssten die Genehmigungsvoraussetzungen dem Recht der

²⁵⁰ S. bei und nach Fn. 226.

²⁵¹ S. nach Fn. 231.

Schulträger zur Auswahl der Lehrkräfte nach Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG Rechnung tragen²⁵².

5. Schulgeld und Sonderungsverbot

Mit Blick auf das schulrechtliche Sonderungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und § 144 Abs. 1 Satz 1 NSchG legt der Projektbericht als Höchstgrenze ein durchschnittliches monatliches Schulgeld von 200 € fest. Ohne Schulgeldstaffelung sei jedoch selbst ein pauschales monatliches Schulgeld von 200 € ohne Öffnungsklausel für sozial schwächere Familien zu hoch.

In welcher Höhe ein Schulgeld für den Besuch von Ersatzschulen zur Wahrung des Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1 NSchG zulässig ist, kann hier nicht geklärt werden. Diese Frage ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten²⁵³. Insofern mag es zutreffen, dass ein monatliches Schulgeld von 200 € ohne soziale Staffelung, Befreiungstatbestände oder Stipendien für Kinder einkommensschwacher Eltern eine Sonderung der Schüler/innen nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördert.

Unzutreffend ist jedoch die Annahme des Projektberichts, dass das Schulgeld auch mit einer sozialen Staffelung maximal 200 € im Monat betragen dürfe. Dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG liegt das Ziel zugrunde sicherzustellen, dass „die Privatschule grund-

²⁵² Näher Ziff. D) III. 3. b).

²⁵³ Zu den vertretenen Standpunkten *H. Avenarius*, in: *H. Avenarius – B. Pieroth/T. Barczak*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse. Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, 2012, S. 53 mit Fn. 107. Nach Ansicht von *J. P. Vogel*, DÖV 2008, 895 (904 f.) gilt das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG während der schulgesetzlichen Wartezeit für die Finanzhilfe der Länder nicht.

sätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse“ offensteht²⁵⁴. Hiermit ist die Erhebung von Schulgeldern vereinbar, solange durch eine soziale Staffelung des Schulgeldes, Befreiungstatbestände oder Stipendien sichergestellt ist, dass die Ersatzschule auch von Kinder einkommensschwacher Eltern besucht werden kann²⁵⁵. Stellen die Ersatzschulen den Besuch von Kindern einkommensschwacher Eltern durch eine soziale Staffelung des Schulgeldes oder andere Maßnahmen sicher, sind sie nicht gehindert, für Kinder einkommensstarker Eltern ein hohes Schulgeld zu verlangen. Ein hohes – 200 €/Monat übersteigendes – Schulgeld für Kinder vermögender Eltern berührt den Zugang von Kindern unvermögender Eltern zur Ersatzschule nicht, sodass hiergegen sub specie des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots nichts zu erinnern ist. Entscheidend ist nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG allein, dass auch Kinder aus sozial schwächeren Schichten Zugang zum Privatschulwesen haben; ist diese Voraussetzung erfüllt, ist gegen ein hohes Schulgeld für Kinder aus einkommensstarken Schichten verfassungsrechtlich nichts einzuwenden. Die Verwirklichung eines Solidarprinzips bei den Ersatzschulen, nach dem einkommensstarke Eltern durch ein hohes Schulgeld (oder andere finanzielle Beiträge) den Schulbesuch von Kindern einkommensschwacher Eltern mitfinanzieren, wie es von den

²⁵⁴ BVerfGE 75, 40 (63 ff.); 90, 107 (119).

²⁵⁵ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 533; F. Brosius-Gersdorf, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 124 m.w.Nw.

Waldorfschulen praktiziert wird²⁵⁶ und auch der Berechnung der Kindergartengebühren zugrunde liegt²⁵⁷, ist mit dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG vereinbar.

6. Wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen

Zur Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen gem. § 145 NSchG muss nach dem Projektbericht der lehrplanmäßige Unterricht in der Regel durch sozialversicherungspflichtig beschäftigte Lehrkräfte erteilt werden, deren monatliches Bruttogehalt nicht mehr als 20% hinter dem einer Lehrkraft einer entsprechenden öffentlichen Schule zurückbleiben dürfe. Der Einsatz von stundenweise beschäftigten Honorarkräften sei nur ausnahmsweise, im begründeten Einzelfall zulässig.

Diese Auslegung des § 145 NSchG ist mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht vereinbar. Zwar mag von Verfassungs wegen ein gewisses Mindestgehalt für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte und für Honorarkräfte erforderlich sein, weil nicht oder gering entlohnte Lehrkräfte qualitativ minderwertigen Unterricht leisten. Das grundsätzliche Verbot der Beschäftigung von Honorarkräften und die Beschränkung ihres Einsatzes auf begründete Ausnahmesituationen verletzt aber die verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie der Ersatzschulträger. Das Recht zur Auswahl der Lehrkräfte gehört zum Proprium des Grundrechts der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Die

²⁵⁶ Näher *H.-J. Bader*, in: Arbeitsgemeinschaft Freie Schulen (Hrsg.), *Handbuch Freie Schulen*, 1999, S. 158; J. Keller/I. Krampen (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2014, 23. Kap. Rn. 12.

²⁵⁷ Hierzu BVerfGE 97, 332 (344 ff.).

Entscheidung, ob der Unterricht durch dauernd angestellte, sozialversicherungspflichtig beschäftigte Lehrkräfte oder durch stundenweise eingesetzte Honorarkräfte erteilt werden soll, obliegt dem Schulträger frei von staatlicher Einmischung. Der Einsatz von Honorarkräften kann sich insbesondere anbieten, wenn der Unterricht nach dem pädagogischen Konzept der Schule durch Personen mit besonderer beruflicher Erfahrung oder mit sozialen oder musischen Kompetenzen erteilt werden soll. So kommt z.B. zur Erteilung von Deutschunterricht die Beschäftigung von Germanistikstudenten oder Schriftstellern in Betracht; der Musikunterricht kann von Orchestermusikern übernommen werden. Solange und soweit der Einsatz solcher Honorarkräfte den gleichwertigen Bildungserfolg am Ende des Schulabschlusses nicht gefährdet, darf er nicht unter Berufung auf das Erfordernis der Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG, § 145 NSchG unterbunden werden. Diese Genehmigungsvoraussetzung steht im Dienst der Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs und muss daher in seinem Lichte konturiert und angewendet werden. Eine Beschränkung des Einsatzes von Honorarkräften auf begründete Ausnahmesituationen ist hiermit nicht vereinbar²⁵⁸.

Dem entspricht letztlich auch § 144 Abs. 3 NSchG. Danach muss die erforderliche wissenschaftliche und pädagogische Eignung der Lehrkräfte an Ersatzschulen nicht notwendig durch eine fachliche und pädagogische Ausbildung sowie Prüfungen nachgewiesen werden, die der Ausbildung und den Prüfungen der Lehrkräfte an den entsprechenden öffentlichen Schulen gleichwertig sind. Vielmehr genügen

²⁵⁸ Gleichsinnig *J. P. Vogel*, RdJB 2005, 36 (40) und DÖV 2011, 661 (666), der eine Quote für Lehrkräfte ohne staatliche Lehramtsausbildung zutreffend für verfassungswidrig erachtet; s. auch VG Potsdam, LKV 2013, 333 (335 f.), wonach der Abschluss der Beschäftigung von Honorarkräften in Privatschulen gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verstößt.

„andersartige gleichwertige Leistungen“. Diese Vorschrift ebnet nachgerade den Weg für den Einsatz von Honorarkräften an Ersatzschulen. All dies verkennt der Projektbericht.

Von dieser schulrechtlichen Beurteilung unabhängig ist die Frage der Sozialversicherungspflicht von Honorarkräften zu beurteilen, die sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles nach allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen bemisst (s. § 7 Abs. 1 SGB IV).

7. Konsequenzen bei Nichteinhaltung der Vorgaben

Der Projektbericht nennt als Konsequenzen bei von der Schulaufsicht festgestellten Mängeln neben einer schulfachlichen und -rechtlichen Beratung²⁵⁹ die Aufforderung zur Mängelbeseitigung²⁶⁰, die Rücknahme der Genehmigung²⁶¹ und die Rückforderung überzahlter Finanzhilfe²⁶².

Zur Inanspruchnahme dieser Mittel der Rechtsaufsicht ist die Schulbehörde grundsätzlich gesetzlich ermächtigt (s. § 147 Abs. 1 NSchG; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. §§ 48 bis 49a VwVfG)²⁶³. Eine Beratung der Schulträger mag gestützt auf diese gesetzlichen Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als „Minus“ gegenüber einer Rücknahme der Genehmigung bzw. einer Rück-

²⁵⁹ Projektbericht, S. 14.

²⁶⁰ Projektbericht, S. 14, 18, 21, 36.

²⁶¹ Projektbericht, S. 14, 18, 36.

²⁶² Projektbericht, S. 14.

²⁶³ S. nach Fn. 206.

forderung der Finanzhilfe zulässig sein, obgleich § 120a NSchG (Beratung und Unterstützung) in § 141 NSchG nicht genannt ist und daher für Schulen in freier Trägerschaft nicht gilt.

Bei der konkreten Inanspruchnahme dieser Rechtaufwandsmittel muss die Schulbehörde sowohl die gesetzlich geregelten Voraussetzungen beachten als auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Maßnahmen der Rechtaufwandsaufsicht über Ersatzschulen sind nur zulässig, wenn sie im Einzelfall geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu gewährleisten oder die Voraussetzungen für die Ersatzschulfinanzierung sicherzustellen²⁶⁴. Unverhältnismäßig ist es insbesondere, die Finanzhilfe zu kürzen, wenn Ersatzschulen einzelne Genehmigungsvoraussetzungen wie eine adäquate wissenschaftliche Ausbildung einzelner Lehrkräfte nicht erfüllen²⁶⁵. Auch scheidet eine Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung wegen unrichtiger Angaben zur Finanzhilfe aus²⁶⁶.

²⁶⁴ Ziff. C) IV.

²⁶⁵ Ziff. C) IV.

²⁶⁶ Ziff. C) IV.

E) Ergebnisse des Rechtsgutachtens

I. Gegenstand des Rechtsgutachtens

- (1) Gegenstand des Rechtsgutachtens ist die Frage, ob die Neuausrichtung der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen durch den Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015 mit der Verfassungsgarantie des Privatschulwesens in Einklang steht²⁶⁷.

II. Neuausrichtung der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft durch den Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015

- (2) Der Projektbericht der NLSchB vom 25. Februar 2015 unterbreitet Vorschläge für eine Standardisierung der Aufsicht über Schulen in freier Trägerschaft. Er differenziert zwischen der Prüfung finanzhilfeberechtigter Schulen und nicht finanzhilfeberechtigter Schulen und schlägt Standards zu den Themen „Schulgeld und Sonderungsverbot“ sowie „wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen“ vor²⁶⁸.

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft

1. Schulaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung

- (3) Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung unterliegen gem. Art. 7 Abs. 1 iVm Abs. 4 GG der Rechtsaufsicht der Schulbehörde. Die Rechtsaufsicht dient entweder der Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG oder der Finanzhilfeangaben der Ersatzschulträger (Art. 7 Abs. 4 GG). Bei der Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG ist die Schulbehörde darauf beschränkt festzustellen, ob die Ersatzschule am Ende des Bildungsganges,

²⁶⁷ Ziff. A).

²⁶⁸ Ziff. B).

d.h. im Zeitpunkt des Schulabschlusses, einen gleichwertigen Bildungserfolg wie entsprechende öffentliche Schulen gewährleistet²⁶⁹.

- (4) Adressat der Schulaufsicht ist der Schulträger. Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG darf erstmals nach dem Antrag auf Erteilung der Ersatzschulgenehmigung ausgeübt werden. Rechtsaufsicht zur Überprüfung der Finanzhilfeangaben kommt erstmals nach dem Antrag auf Finanzhilfe in Betracht²⁷⁰.
- (5) Rechtsaufsicht zur Kontrolle der Finanzhilfeangaben setzt konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben des Schulträgers voraus. Eine anlasslose Rechtsaufsicht verstößt gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG²⁷¹.
- (6) Rechtsaufsicht, die der Prüfung dient, ob die Ersatzschule in ihren Einrichtungen und in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht, das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gewahrt und die rechtliche sowie wirtschaftliche Stellung der Lehrkräfte gesichert ist (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG), ist nur bei konkreten Anhaltspunkten für den Fortfall der Genehmigungsbedingungen zulässig. Eine anlasslose Rechtsaufsicht verstößt gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG²⁷².
- (7) Rechtsaufsicht mit dem Ziel zu prüfen, ob die Ersatzschule in ihren Lehrzielen nicht hinter denen öffentlicher Schulen zurücksteht (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG), ist am Ende des jeweiligen Bildungsganges zulässig. Vor dem Ende des Bildungsganges darf die Schulbehörde Maßnahmen der Rechtsaufsicht nur ergreifen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte die Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs im Zeitpunkt des Schulabschlusses gefährdet erscheint²⁷³.

²⁶⁹ Ziff. C) I. 1. a) und b).

²⁷⁰ Ziff. C) I. 1. c).

²⁷¹ Ziff. C) I. 1. d).

²⁷² Ziff. C) I. 1. d).

²⁷³ Ziff. C) I. 1. d).

2. Schulaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen

- (8) Staatlich anerkannte Ersatzschulen unterliegen nach überwiegender Ansicht einer Fachaufsicht der Schulbehörde, sofern die Fachaufsicht gesetzlich geregelt ist. Das Institut der Anerkennung darf nicht dazu benutzt werden, die Ersatzschulen an das öffentliche Schulwesen übermäßig anzupassen. Die Anerkennung und die korrespondierende Fachaufsicht des Staates müssen auf das unerlässliche Maß beschränkt werden²⁷⁴.

3. Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft

- (9) Sowohl die Rechtsaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung als auch die Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen unterliegen dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes in Gestalt des Parlamentsvorbehalts (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG). Der Gesetzgeber muss die Rechts- bzw. Fachaufsicht, die Voraussetzungen, den Inhalt und die Grenzen der Aufsicht selbst regeln²⁷⁵.

4. Bestimmtheitsgebot für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft

- (10) Für die gesetzliche Regelung und die behördliche Ausübung der Schulaufsicht über Ersatzschulen gilt das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 3 GG). Der Ersatzschulträger muss erkennen können, welche Art der Aufsicht (Rechts- oder Fachaufsicht) die Schulbehörde ausübt und ob die Ausübung von Rechtsaufsicht der Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG oder der Finanzhilfeangaben dient²⁷⁶.

²⁷⁴ Ziff. C) I. 2.

²⁷⁵ Ziff. C) II.

²⁷⁶ Ziff. C) III.

5. Verhältnismäßigkeitsprinzip für die Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft

- (11) Die gesetzliche Regelung und die behördliche Ausübung der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 20 Abs. 3 GG). Mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar ist die Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung, weil einzelne Lehrkräfte die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht erfüllen oder wegen unrichtiger Angaben zur Finanzhilfe²⁷⁷.

6. Waldorfschulen: Schulrechtlicher Status und Konsequenzen für die Schulaufsicht

- (12) Waldorfschulen sind nach dem Niedersächsischen Schulgesetz Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung. Dieser schulrechtliche Status trägt dem Umstand Rechnung, dass Waldorfschulen ein besonderes pädagogisches Konzept verwirklichen, welches sich in einem von öffentlichen Schulen abweichenden (Waldorf-)Lehrplan und speziellen Unterrichtsmethoden äußert, eine gesonderte Lehrerausbildung erfordert und einen eigenständigen Bildungsgang begründet. Der Status als Ersatzschule von besonderer pädagogischer Bedeutung begründet nach dem Niedersächsischen Schulgesetz keine staatliche Anerkennung iSd § 148 NSchG²⁷⁸.
- (13) Waldorfschulen haben bei Abschlussprüfungen (Abiturprüfungen; Sekundarbereich I) keine staatlich anerkannten Schulen vergleichbare, beleihungsähnliche Stellung²⁷⁹.
- (14) Waldorfschulen unterliegen als Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung ohne staatliche Anerkennung gem. Art. 7 Abs. 1 iVm

²⁷⁷ Ziff. C) IV.

²⁷⁸ Ziff. C) V. 1.

²⁷⁹ Ziff. C) V. 1.

Abs. 4 GG lediglich der Rechtsaufsicht und nicht der Fachaufsicht der Schulbehörde²⁸⁰.

- (15) Die Schulbehörde ist gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verpflichtet, dem besonderen pädagogischen Konzept der Waldorfschulen bei der Ausübung der Rechtsaufsicht Rechnung zu tragen²⁸¹.

IV. Gesetzliche Regelung und Praxis der Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen – im verfassungsrechtlichen Rahmen?

1. Art der Aufsicht über Ersatzschulen nach dem Niedersächsischen Schulgesetz

- (16) Ersatzschulen unterliegen gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG der Rechtsaufsicht der Schulbehörde. Die Rechtsaufsicht dient zum einen der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 143 bis 145 NSchG und zum anderen der Kontrolle der Finanzhilfe gem. §§ 149 bis 151 NSchG. Das Niedersächsische Schulgesetz entspricht damit dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot²⁸².
- (17) Dem Grundgesetz entsprechend sieht das Niedersächsische Schulgesetz keine Fachaufsicht über Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung vor. §§ 120 Abs. 3, 121 NSchG finden ausschließlich auf Schulen in öffentlicher Trägerschaft Anwendung²⁸³.
- (18) Eine Fachaufsicht über staatlich anerkannte Ersatzschulen sieht das Niedersächsische Schulgesetz nicht ausdrücklich vor. Eine implizite Ableitung der Fachaufsicht aus dem Institut der Anerkennung gem. § 148 NSchG verstieße gegen den verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt und gegen das Bestimmtheitsgebot²⁸⁴.

²⁸⁰ Ziff. C) V. 2.

²⁸¹ Ziff. C) V. 2.

²⁸² Ziff. D) I. 1.

²⁸³ Ziff. D) I. 2.

²⁸⁴ Ziff. D) I. 3.

2. Instrumente der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen nach dem Niedersächsischen Schulgesetz

- (19) Instrumente der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen zur Kontrolle der Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 143 bis 145 NSchG sind die Besichtigung der Schulen, Einblicknahmen in den Unterrichtsbetrieb, das Fordern von Berichten und Nachweisen (gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG), die Untersagung der Ausübung der Tätigkeit einer Lehrkraft (§ 167 Abs. 3 NSchG) und die Rücknahme der Ersatzschulgenehmigung (§ 147 Abs. 1 NSchG). Flankiert werden diese Aufsichtsinstrumente durch Anzeigepflichten des Schulträgers (§ 146 NSchG)²⁸⁵.
- (20) Mittel der Rechtsaufsicht über Ersatzschulen zur Kontrolle der Finanzhilfe (§§ 149 bis 151 NSchG) sind die Überprüfung aller die Finanzhilfe betreffenden Angaben bei den Schulen und Schulträgern, die Einsichtnahme in die zugehörigen Unterlagen und das Verlangen von Auskünften durch die Schulbehörden (§ 150 Abs. 10 NSchG). § 150 Abs. 10 NSchG enthält eine spezielle Regelung der Rechtsaufsicht, die § 167 NSchG verdrängt. Eine Aufhebung des Finanzhilfebescheides und eine Rückforderung der Finanzhilfe ist gem. § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. §§ 48 bis 49a VwVfG möglich²⁸⁶.
- (21) Implizite Rechtsaufsichtsbefugnisse der Schulbehörde lassen sich weder aus § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG noch aus § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG („insbesondere“) ableiten. Sie verstießen gegen den verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot²⁸⁷.

3. Neuausrichtung der Schulaufsicht über Ersatzschulen nach dem Projektbericht der NLSchB

a) Art der Aufsicht über Ersatzschulen

- (22) Nach dem Projektbericht der NLSchB unterliegen Ersatzschulen der Rechts- und Fachaufsicht. Die NLSchB verkennt damit die grundgesetzliche und die schulgesetzliche Rechtslage. Ersatzschulen unterstehen gem.

²⁸⁵ Ziff. D) II.

²⁸⁶ Ziff. D) II.

²⁸⁷ Ziff. D) II.

Art. 7 Abs. 1 iVm Abs. 4 Satz 1 GG sowie gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 NSchG allein der Rechtsaufsicht²⁸⁸.

b) Unzulässige Differenzierung zwischen verschiedenen Ersatzschulen bei der Rechtsaufsicht

- (23) Der Projektbericht sieht unterschiedliche Standards der Rechtsaufsicht für „finanzhilfeberechtigte Schulen“ einerseits und für „nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe“ andererseits vor. Für „nur“ genehmigte Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung und ohne besondere pädagogische Bedeutung sollen die projektierten Aufsichtsstandards (wohl) nicht gelten. Diese Differenzierung verstößt gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG, da die Genehmigungsvoraussetzungen und die entsprechende Rechtsaufsicht für alle Ersatzschulen gleichermaßen gelten²⁸⁹.

c) Finanzhilfeberechtigte Schulen

- (24) Die Einführung einer sog. allgemeinen Prüfung finanzhilfeberechtigter Ersatzschulen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren verletzt Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Eine anlasslose, turnusgemäße Rechtsaufsicht ist verfassungswidrig²⁹⁰.
- (25) Die sog. allgemeine Prüfung finanzhilfeberechtigter Ersatzschulen verstößt auch insoweit gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, als sie der Überprüfung der „Erfüllung der jeweiligen Stundentafel der Schule in freier Trägerschaft mit qualifizierten Lehrkräften“ dient²⁹¹.
- (26) Eine „regelmäßig(e) Unterrichtsbesichtigung vor Ort“ als Mittel zur Überprüfung der Einhaltung der Stundentafel ist mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG unver-

²⁸⁸ Ziff. D) III. 1.

²⁸⁹ Ziff. D) III. 2.

²⁹⁰ Ziff. D) III. 3. a).

²⁹¹ Ziff. D) III. 3. a).

einbar, weil sie turnusmäßig erfolgen soll und auf die Überprüfung der Stundentafel gerichtet ist. Außerdem ist zweifelhaft, ob § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG den Anforderungen des Art. 13 GG entspricht²⁹².

- (27) Die Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte finanzhilfeberechtigter Ersatzschulen ist in Niedersachsen nicht erforderlich. Das repressive Unterrichtsverbot gem. § 167 Abs. 3 iVm § 144 Abs. 3 NSchG reicht aus, um Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 NSchG Rechnung zu tragen. Führte der Gesetzgeber gleichwohl eine Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte ein, müsste er dem durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG geschützten Recht der Ersatzschulträger zur Auswahl der Lehrkräfte Rechnung tragen. Dies umfasst die Befugnis, statt Lehrkräften mit staatlicher Lehramtsausbildung andere fachlich und pädagogisch geeignete Lehrkräfte einzustellen²⁹³.

d) Nicht finanzhilfeberechtigte Schulen – Ersatzschulen in der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe

- (28) Eine jährliche Berichtspflicht nicht finanzhilfeberechtigter Ersatzschulen verstößt gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit ist eine anlasslose, turnusgemäße Ausübung der Schulaufsicht nicht vereinbar²⁹⁴.
- (29) Die Durchführung von „mindestens“ einem Vor-Ort-Besuch der Schulbehörde bei nicht finanzhilfeberechtigten Ersatzschulen bis zum Ende der Wartefrist verletzt Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Auf § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG gestützte Besichtigungen der Schulen sind mit dem Grundrecht der Privatschulfreiheit nur vereinbar, wenn konkrete Anhaltspunkte für den Fortfall von Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Außerdem ist zweifelhaft, ob § 167 Abs. 1 Satz 2 NSchG den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 GG gerecht wird²⁹⁵.

²⁹² Ziff. D) III. 3. a).

²⁹³ Ziff. D) III. 3. b).

²⁹⁴ Ziff. D) III. 4. a).

²⁹⁵ Ziff. D) III. 4. b).

(30) Die Wiedereinführung der Erteilung von Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte nicht finanzhilfeberechtigter Ersatzschulen ist nicht erforderlich. Das repressive Unterrichtsverbot gem. § 167 Abs. 3 iVm § 144 Abs. 3 NSchG reicht aus, um Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 NSchG Rechnung zu tragen. Führte der Gesetzgeber gleichwohl eine Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte ein, müsste er dem durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG geschützten Recht der Ersatzschulträger zur Auswahl ihrer Lehrkräfte Rechnung tragen²⁹⁶.

e) Schulgeld und Sonderungsverbot

(31) Nach dem Projektbericht verstößt ein durchschnittliches monatliches Schulgeld von mehr als 200 € gegen das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 144 Abs. 1 Satz 1 NSchG. Der Projektbericht verkennt den Schutzzweck des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots. Stellen Ersatzschulen den Besuch von Kindern einkommensschwacher Eltern durch eine soziale Staffelung des Schulgeldes oder auf andere Weise sicher, ist ein Schulgeld von über 200 €/Monat für Kinder einkommensstarker Eltern mit Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG vereinbar²⁹⁷.

f) Wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen

(32) Zur Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen gem. § 145 NSchG muss nach dem Projektbericht der lehrplanmäßige Unterricht an Ersatzschulen in der Regel durch sozialversicherungspflichtig beschäftigte Lehrkräfte erteilt werden. Der Einsatz von Honorarkräften sei nur ausnahmsweise, im begründeten Einzelfall zulässig. Diese Auslegung des § 145 NSchG ist mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbar. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet das Recht zur Auswahl der

²⁹⁶ Ziff. D) III. 4. c).

²⁹⁷ Ziff. D) III. 5.

Lehrkräfte, was auch die Entscheidung umfasst, ob der Unterricht durch sozialversicherungspflichtig beschäftigte Lehrkräfte oder Honorarkräfte erteilt werden soll²⁹⁸.

²⁹⁸ Ziff. D) III. 6.