

Stefan Korte/Kathrin Dingemann\*

## Das Recht des Privatschulbetriebs unter europäischem Einfluss

*Die Dienstleistungsrichtlinie<sup>1</sup> ist und bleibt in aller Munde. Zwar wurde die Diskussion früher mit größerer Vehemenz geführt; trotz des Fehlens von Schlagworten wie dem Herkunftslandprinzip ist die Auseinandersetzung aber auch im Rahmen des bis Ende 2009 andauernden Umsetzungsprozesses nicht verebbt, sondern verlagert sich zunehmend auf die in ökonomischer Hinsicht nicht zu unterschätzenden Details der Transformation – so z.B. auf die Konsequenzen der Dienstleistungsrichtlinie für das Schulwesen. Die Bundesregierung geht insoweit offenbar davon aus, dass der Bildungssektor nicht von diesem Sekundärrechtsakt umfasst ist und hält es weder für möglich noch für sinnvoll, sich mit dessen Konsequenzen unter anderem für das Schulwesen zu beschäftigen.<sup>2</sup> Dennoch stehen private Unternehmen nicht nur in Deutschland, sondern gemeinschaftsweit bereit, um mit Gewinnerzielungsabsicht auf dem bisher von den Bundesländern dominierten Schulmarkt tätig zu werden.<sup>3</sup> In dem Maße, in dem Bildung aber auch von den unmittelbar Beteiligten eher als Wirtschaftsfaktor und weniger als öffentliches Gut begriffen wird, gerät sie unter den Einfluss der Grundfreiheiten<sup>4</sup> und des einschlägigen Sekundärrechts. Nicht zuletzt deshalb will dieser Beitrag der Frage nachgehen, inwieweit sich aus der Dienstleistungsrichtlinie Konsequenzen für das Schulwesen ergeben. Dazu ist zunächst der Begriff „Schule“ mit seinen verschiedenen Erscheinungsformen zu konturieren. Die daraus resultierenden Ergebnisse sind sodann auf die Dienstleistungsrichtlinie zu projizieren. Soweit der Betrieb einer Schule in deren Anwendungsbereich fällt, stellt sich abschließend die Frage, inwieweit das nationale Schulrecht an die dortigen Vorschriften anzupassen ist, um auch Bildungseinrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten ein Angebot in Deutschland zu ermöglichen.*

### 1 Terminologische Grundlagen

Für eine Untersuchung der Einflüsse der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Schulrecht sind somit zunächst der Schulbegriff zu definieren und die verschiedenen Schularten zu erörtern.

#### 1.1 Schulbegriff

Das Schulwesen als Unterbegriff zum weiter gefassten Begriff des Bildungswesens ist die Gesamtheit jener Einrichtungen, die sich mit der Vermittlung von Bildungsgütern in Schulen befassen.

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent, die Autorin wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht (Prof. Dr. Christian Callies) an der Freien Universität Berlin (Stand des Aufsatzes 6/09).

1 Richtlinie 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376/36; nachfolgende Artikel sind, sofern nicht anders bezeichnet, solche der Dienstleistungsrichtlinie.

2 Vgl. BT-Drs. 16/8589 vom 13.3.2008, S. 2.

3 So auch *Luthe, E.-W.*, *Bildungsrecht*, Berlin 2003, S. 50.

4 *Rux, J.*, *Privatisierung und Daseinsvorsorge – Das Beispiel des Bildungswesens*, in: Sander, G./Becker, G. (Hrsg.), *Aktuelle Probleme der Daseinsvorsorge in der Europäischen Union*, Tübingen 2006, S. 139 (141).

sen.<sup>5</sup> Während nach herkömmlicher Terminologie<sup>6</sup> insbesondere die Modalitäten der Unterrichtserteilung und die äußere Struktur der Einrichtung, aber nur am Rande die inhaltliche Gestaltung und der Sinn und Zweck der Unterrichtserteilung betont worden sind, gebietet Art. 7 GG ein funktionales Verständnis des Schulbegriffs, das neue Organisationsformen und Technologien einbezieht.<sup>7</sup> Schulen können insoweit definiert werden als (Aus-)Bildungseinrichtungen, die auf Dauer angelegt sind und ein bestimmtes Erziehungsziel durch planmäßig aufgebauten und ein konsistentes Programm verfolgenden Unterricht mit multiplen Lehrzielen verwirklichen.<sup>8</sup>

Ausgenommen sind jedoch Universitäten und sonstige Hochschulen, die sich durch die Freiheit von Forschung und Lehre, Wissenschaft und Kunst, die akademische Selbstverwaltung, die Satzungsbefugnis und die selbstständige Rechtspersönlichkeit von Schulen im Sinne des Art. 7 GG unterscheiden.<sup>9</sup> Wegen mangelnder Dauerhaftigkeit und der fehlenden, aber für den Schulbegriff konstitutiven Mehrzahl von Fächern und Lehrzielen sind auch Arbeitsgemeinschaften, Lehrgänge und Vortragsreihen keine Schulen.<sup>10</sup> Auch Volkshochschulen, Musik-, Tanz- bzw. Sportschulen und Nachhilfunterricht sowie Kindergärten fallen – entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>11</sup> – nicht in den Geltungsbereich des Art. 7 GG,<sup>12</sup> weil ein zusammenhängendes, der Allgemeinbildung verpflichtetes Unterrichtsprogramm mit mehreren Lehrfächern nicht besteht.

## 1.2 Schularten

Diesem Begriffsverständnis werden diverse Schularten gerecht, die sich nach der Trägerschaft und dem Grad ihrer Einbindung in staatliche Aufgaben differenzieren lassen.

### 1.2.1 Trägerschaft als Ausgangspunkt

So unterscheidet Art. 7 GG zunächst öffentliche und private Schulen. Kriterium einer öffentlichen Schule ist der besondere Status der sie tragenden Gebietskörperschaft; öffentliche Schulen sind daher nur Schulen, deren Träger der Staat, eine kommunale Gebietskörperschaft, ein Zweckverband oder ein sonstiger Verwaltungsträger ist.<sup>13</sup> Dementsprechend sind diejenigen Schulen privat, die in freier Trägerschaft jenseits staatlicher Institutionen<sup>14</sup> betrieben werden.<sup>15</sup> Auf die Rechtsform kommt es in diesem Kontext nicht an. Daher können auch als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasste Religionsgemeinschaften private Schulträger sein, weil sie dadurch materiell nicht in den zur weltanschaulichen Neutralität verpflichteten Staat eingegliedert sind.<sup>16</sup>

5 Hemmrich, U., in: v. Münch, I./Kunig, P. (Hrsg.), GG, München, 5. Aufl., 2000, Art. 7, Rn. 4.

6 Vgl. z.B. Heckel, H., Deutsches Privatschulrecht, Berlin 1955, S. 218; Vogel, J., Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, Neuwied, 3. Aufl., 1997, S. 30.

7 Robbers, G., in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), GG, München, 5. Aufl., 2005, Art. 7, Rn. 52.

8 Badura, P., in: Maunz, T./Dürig, G. (Hrsg.), GG, München, 53. EL Oktober 2008, Art. 7, Rn. 11.

9 Robbers (Anm. 7), Art. 7, Rn. 54.

10 BVerfGE 75, 40 (77).

11 Schmitt-Kammler, A., in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, München, 4. Aufl., 2007, Art. 7, Rn. 8.

12 Jarass, H./Pieroth, B., GG, München, 10. Aufl., 2009, Art. 7, Rn. 2.

13 Badura (Anm. 8), Art. 7, Rn. 46.

14 Robbers (Anm. 7), Art. 7, Rn. 178.

15 Jarass/Pieroth (Anm. 12), Art. 7, Rn. 13.

16 BVerfGE 18, 385 (386 f.).

### 1.2.2 Existierende Privatschularten

Art. 7 Abs. 4 GG unterscheidet zwei Privatschularten, die in Satz 2 genannten Ersatzschulen und die dort implizit vorausgesetzten Ergänzungsschulen. Für beide gilt die Verbürgung des Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG und nach überwiegender Ansicht<sup>17</sup> die staatliche Aufsicht aus Art. 7 Abs. 1 GG.

#### 1.2.2.1 Ersatzschulen

Hingegen finden der Genehmigungsvorbehalt des Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG und die Bindungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG nur auf Ersatz-, nicht aber auf Ergänzungsschulen Anwendung.<sup>18</sup> Als Ausgleich für die aus den Genehmigungsvoraussetzungen resultierenden Beschränkungen, die den privaten Ersatzschulen die Möglichkeit der Selbstfinanzierung durch das Verbot der Erhebung annähernd kostendeckender Schulgelder als Ausfluss des Sonderungsförderverbots praktisch nehmen, wird aus Art. 7 Abs. 4 GG eine staatliche Pflicht zur finanziellen Unterstützung abgeleitet<sup>19</sup>, die sich zu einer leistungsrechtlichen Handlungspflicht zugunsten der Institution des privaten Ersatzschulwesens verdichtet hat.<sup>20</sup> Diese staatliche Obliegenheit, die wegen Art. 3 Abs. 1 GG zur Gleichbehandlung aller Ersatzschulen im Falle von Fördermaßnahmen verpflichtet,<sup>21</sup> enthält jedoch keine Bestandsgarantie für jede einzelne Einrichtung.<sup>22</sup> Abgesehen davon ist jeder Privatschulträger verpflichtet, eine angemessene Eigenleistung insbesondere in Form einer Anfangsfinanzierung zu erfüllen.<sup>23</sup>

Als Ersatzschulen sind solche Bildungseinrichtungen zu klassifizieren, die grundsätzlich gleiche Bildungsgänge wie staatliche Schulen anbieten und zu den gleichen Abschlüssen führen,<sup>24</sup> die also im Kern die gleichen Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln. Nach dem mit ihrer Einrichtung verfolgten Gesamtzweck dienen sie als Ersatz für eine in dem jeweiligen Land vorhandene oder vorgesehene öffentliche Schule.<sup>25</sup> Ersatzschulen verfolgen eine verfassungsrechtlich anerkannte, öffentliche Aufgabe des Erziehungs- und Bildungswesens, die kraft der Privatschulfreiheit eine eigengeartete und selbstbestimmte pädagogische und kulturelle Initiative verwirklicht.<sup>26</sup>

Unterschieden wird zwischen genehmigten und staatlich anerkannten Ersatzschulen.<sup>27</sup> Die staatliche Anerkennung führt zur Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen wie der Erteilung der Hochschulreife oder der Verleihung von Berufsbezeichnungen. Dadurch werden die Privatschulen in den Rang eines Beliehenen erhoben und z.B. an die für öffentliche Schulen geltenden Prüfungsordnungen gebunden.<sup>28</sup> Hingegen wird mit der bloßen Genehmigung einer Ersatzschule lediglich festgestellt, dass keine Bedenken gegen die Errichtung der Schule bestehen und dass

17 Abw. wohl *Kösling, A.-M.*, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, Baden-Baden 2005, S. 252.

18 BVerfGE 90, 107 (121 f.).

19 *Badura* (Anm. 8), Art. 7, Rn. 138.

20 *Jach, F.-R.*, Die Rechtsstellung der Schulen in freier Trägerschaft, DÖV 2002, 969 (973).

21 BVerfGE 75, 40 (67 ff.); *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 212.

22 *Badura* (Anm. 8), Art. 7, Rn. 131.

23 BVerfGE 70, 40 (68).

24 BVerwGE 37, 314 (320 f.); *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 181.

25 BVerfGE 27, 195 (201 f.).

26 *Badura* (Anm. 8), Art. 7, Rn. 113.

27 *Gröschner, R.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), GG, Tübingen, 2. Aufl., 2004, Art. 7, Rn. 109.

28 *Schmitt-Kammler* (Anm. 11), Art. 7, Rn. 71.

der Besuch der Schule ggf. als Erfüllung der Schulpflicht gilt. Bei solchen Schulen kann verlangt werden, dass Prüfungen vor einer externen, staatlichen Kommission abgelegt werden müssen.<sup>29</sup>

### 1.2.2.2 Ergänzungsschulen

Von den Ersatzschulen zu unterscheiden sind Ergänzungsschulen, für die vergleichbare öffentliche Schulen in der Regel nicht bestehen<sup>30</sup>, die also neben das öffentliche Schulsystem treten, dessen Lücken ausfüllen und ergänzende Bildungsangebote unterbreiten.<sup>31</sup> Obwohl in Art. 7 Abs. 4 GG nicht erwähnt, unterliegen sie nach einhelliger Auffassung einer Anzeigepflicht bei der zuständigen Schulbehörde. Ergänzungsschulen sind nach einer Entscheidung des *BVerfG* grundsätzlich nicht berechtigt, schulpflichtige Schüler zu beschulen.<sup>32</sup> Dieser Satz hat allerdings in der Praxis keine uneingeschränkte Gültigkeit mehr, da sich mittlerweile in allen Bundesländern Regelungen finden, die es Ergänzungsschulen gestatten, schulpflichtige Schüler aufzunehmen und Abschlüsse zu vergeben.<sup>33</sup> Dadurch ist das bislang aufgezeigte Bild von Ergänzungsschulen, die außerhalb des öffentlichen Schulwesens stehen, aufgebrochen worden.

Diese besonderen Berechtigungen werden meist in Form einer sog. Anerkennung von Ergänzungsschulen verliehen. Sie setzt in der Regel voraus, dass die Ausbildung nach genehmigtem Lehrplan und die Abschlussprüfung nach genehmigter Prüfungsordnung erfolgt<sup>34</sup>, bei der grundsätzlich ein Vertreter der staatlichen Behörden anwesend sein muss.<sup>35</sup> Die Grenze der (nur genehmigten) Ersatz- zu den anerkannten Ergänzungsschulen ist somit weitgehend fließend geworden; Unterschiede bestehen aber nach wie vor in Bezug auf die staatliche Förderung.<sup>36</sup> Im Spektrum der Ergänzungsschulen dominieren berufsbildende Schulen<sup>37</sup>; innerhalb dieser Schulart finden sich allerdings auch Internatsschulen wie das renommierte Salem College oder Internationale Schulen, deren Unterricht auf einem anderen Curriculum beruht als derjenige in den öffentlichen Schulen und die den Abschluss des Internationalen Baccalaureats vergeben.

## 2 Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie

Auf Basis dieser Begrifflichkeiten ist nunmehr zu erörtern, inwieweit der Betrieb der beschriebenen Schularten und -formen in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fällt.

### 2.1 Erfordernis einer Dienstleistung

Die Anwendbarkeit der Richtlinie hängt zunächst einmal davon ab, ob die jeweilige Aktivität als Erbringung einer Dienstleistung einzuordnen ist. Dieser Begriff wird in Art. 4 Nr. 1 definiert, der

29 *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 202.

30 *Hemrich* (Anm. 5), Art. 7, Rn. 39.

31 *Kösling* (Anm. 17), S. 250 m.w.N.

32 *BVerfGE* 27, 195 (202).

33 *Jach* (Anm. 20), 969 (970).

34 *Kösling* (Anm. 17), S. 254.

35 *Böttcher, J.*, Ergänzungsschulen – der andere Weg in Schule und Beruf, Frankfurt 2000, S. 21 ff.

36 *Kösling* (Anm. 17), S. 257.

37 *Schmitt-Kammler* (Anm. 11), Art. 7, Rn. 62.

wiederum auf Art. 50 EGV verweist und im Einklang mit dem *EuGH*<sup>38</sup> jede selbstständige – also außerhalb von Arbeitsverträgen erfolgende – wirtschaftliche Tätigkeit erfasst, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.

### 2.1.1 Schulgebühren als Entgelt?

Fraglich ist somit, ob Schulgebühren ein Entgelt darstellen. Art. 14 Abs. 2 GR-Charta, demzufolge jede Person die Möglichkeit hat, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen, spricht insoweit unabhängig von seiner Bindungswirkung noch nicht gegen die Entgeltlichkeit, weil diese Norm nach dem Willen des Rechtsetzers jedenfalls nicht alle Schulen verpflichten soll.<sup>39</sup>

Der EuGH hat in Bezug auf Schulgebühren bereits 1988 festgestellt, dass es bei einem im Rahmen des nationalen Bildungssystems erteilten Unterricht am Merkmal des Entgeltes – verstanden als wirtschaftliche Gegenleistung für eine bestimmte Leistung – fehle.<sup>40</sup> Zum einen wolle der Staat mit einem solchen System keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen, sondern seine Aufgaben auf bildungspolitischem Gebiet gegenüber dem Bürger erfüllen, zum anderen werde dieses System in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert. Daran ändere sich auch nichts, wenn eine Schulgebühr erhoben werde, solange diese die Kosten für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Systems nicht decke. In Präzisierung dieser Rechtsprechung judizierte der Gerichtshof in der Rs. *Wirth*, dass Unterricht, der an „im wesentlichen aus privaten Mitteln“ finanzierten und auf Gewinnerzielung ausgerichteten Einrichtungen erteilt werde, eine Dienstleistung sei.<sup>41</sup> Zwar war diese Entscheidung zu einer Hochschule ergangen, sie dürfte aber auch auf Schulgeldzahlungen anwendbar sein.<sup>42</sup>

Entscheidendes Kriterium für die Entgeltlichkeit ist also die Finanzierung der Dienstleistung: Werden Schulen zu einem wesentlichen Anteil kostendeckend privat finanziert, unterliegen sie den Art. 49 f. EGV; erfolgt die Finanzierung im Wesentlichen aus dem Staatshaushalt, fehlt es am Merkmal des Entgeltes. Demgegenüber können diejenigen Ansichten in der Literatur, die sich gegen eine solche Differenzierung aussprechen und die Erteilung von Unterricht vollständig vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ausnehmen wollen<sup>43</sup>, da die Formulierung in Art. 50 EGV „in der Regel gegen Entgelt“ eine generelle Betrachtungsweise nahelege, Unterricht im Binnenmarkt aber generell durch staatliche Institutionen ohne Erwerbzweck erteilt werde, nicht überzeugen: Denn der Regelvorbehalt des Art. 50 EGV soll den Anwendungsbereich des Dienstleistungsbegriffes gerade nicht verringern, sondern im Gegenteil in dem Sinne erweitern, dass auch die gelegentliche Unentgeltlichkeit einer Leistung dieser nicht den Charakter einer Dienstleistung nimmt.<sup>44</sup> Auch eine teilweise geforderte pauschale Einstufung von Unterricht als Dienstleistung<sup>45</sup> ist abzulehnen, da das Entgelterfordernis Wesensmerkmal des Dienstleistungsbegriffs ist, das nicht einfach ausgespart werden kann. Zudem können Abgrenzungsschwierigkeiten

38 *EuGH*, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 – Walrave, Rn. 4, 10.

39 *Kingreen, T.*, in.: Calliess, C./Ruffert, M. (Hrsg.), EUV/EGV, München, 3. Auflage 2007, Art. 14 GRCh, Rn. 3.

40 *EuGH*, Rs. 263/83, Slg. 1988, 5365 – Humbel und Edel, Rn. 17 ff.

41 *EuGH*, Rs. 2109/92, Slg. 1993, 6447 – Wirth, Rn. 17.

42 *GA C. Stix-Hackl* in den Schlussanträgen in der Rs. C-76/05 (Schwarz) vom 21. September 2006, Rn. 34.

43 *Wittkowski, B.*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit, Frankfurt a.M. 1991, S. 230.

44 *Kluth, W.*, in.: Calliess/Ruffert (Anm. 39), Art. 49/50 EGV, Rn. 11.

45 *V. Wilimowski, P.*, Zugang zu den öffentlichen Leistungen anderer Mitgliedstaaten, ZaöRV 50 (1990), 231 (263).

im Einzelfall die unterschiedliche Behandlung unterschiedlicher Sachverhalte nicht entbehrlich machen.<sup>46</sup>

Unter Berücksichtigung eines weiten Begriffsverständnisses ist für die Bejahung einer Dienstleistung über die überwiegend private Finanzierung hinaus keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich, obgleich der im deutschen Urteilstext<sup>47</sup> der Rs. *Humbel und Edel* erfolgte Hinweis des Gerichtshof auf die fehlende Absicht, eine gewinnbringende Tätigkeit aufzunehmen, insoweit zu Missverständnissen Anlass geben kann.<sup>48</sup> Ebenfalls unerheblich für die Beurteilung der Finanzierungsform ist, ob die private Finanzierung einer Schule durch die Schüler, ihre Eltern oder Dritte erfolgt. Denn nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* verlangt Art. 50 EGV nicht, dass die Dienstleistung von demjenigen bezahlt wird, dem sie zugute kommt<sup>49</sup>; erforderlich ist lediglich ein gewisses Näheverhältnis zwischen Dienstleistungsempfänger, -erbringer und demjenigen, der die Gegenleistung erbringt.<sup>50</sup> Infolgedessen erfüllen auch Zuwendungen von Stiftungen zu Gunsten einer Schule das Merkmal der Entgeltlichkeit aus Art. 49 EGV bzw. Art. 4 DL-RL<sup>51</sup>, nicht aber die durch das allgemeine Steueraufkommen finanzierten Dienste staatlicher Schulen.

### 2.1.2 Anwendung des Dienstleistungsbegriffes auf die verschiedenen Schularten

Auf Basis des so umschriebenen Verständnisses des Dienstleistungsbegriffes stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit der Betrieb der eingangs erläuterten Schularten darunter zu fassen ist.

#### 2.1.2.1 Staatliche Schulen

Insofern bestehen für staatliche Schulen die geringsten Probleme, da es nach der Rechtsprechung des *EuGH*, die auch im 34. Erwägungsgrund der Dienstleistungsrichtlinie niedergelegt ist, bei Tätigkeiten, die der Staat ohne oder aufgrund einer nicht kostendeckenden Gegenleistung im Rahmen seiner bildungspolitischen Verpflichtungen ausübt, am Merkmal des Entgeltes fehlt. An dieser Einordnung ändert sich auch dadurch nichts, dass öffentliche Schulträger die Unterhaltung, Bewirtschaftung bzw. Sanierung von Schulgebäuden mehr und mehr auslagern und nach europaweiter Ausschreibung an Privatunternehmen übertragen. Denn ein solches Public-Private-Partnership betrifft zumindest bislang<sup>52</sup> nicht die sog. innere Schulverwaltung von Organisation und Inhalt des Lehrens und Lernens in der Schule. Erfasst ist vielmehr nur die äußere Schulverwaltung, die der Schaffung der äußeren Voraussetzungen für das Lehren und Lernen in der Schule dient.<sup>53</sup> Deren Wahrnehmung, etwa eine Tätigkeit im Bereich des Schul(gebäude)managements,

46 *Fürst, A.*, Die bildungspolitischen Kompetenzen der EG, Frankfurt a.M. 1999, S. 232 f.

47 Klarer ist die französische Fassung, in der es heißt, der Staat habe „n’entend pas s’engager dans des activités rémunérées“ (= bezahlte Tätigkeiten).

48 *Niedobitek, M.*, Kultur und europäisches Gemeinschaftsrecht, Berlin 1992, S. 110.

49 Zuletzt *EuGH*, Urteil vom 11. September 2007, Rs. C-76/05 (Schwarz), Rn. 41.

50 *Randelzhofer, A./Forsthoff, U.*, in: Grabitz, E./Hilf, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München, 37. EL November 2008, Art. 49/50 EGV, Rn. 36.

51 *Epiney, A.*, Die Entwicklung der Rechtsprechung des *EuGH* im Jahr 2007, NVwZ 2008, 736 (743).

52 Vgl. aber die Anklündigung im ARD-Magazin Plusminus von *Alexander Olek*, Unternehmer und Mitbegründer der PHORMS AG, künftig auch beim Betrieb öffentlicher Schulen mitverdienen zu wollen. Bei einem Pilotprojekt in der Gemeinde Osterholz-Scharmbeck in Niedersachsen wird offenbar mit der Phorms AG nicht nur über den Bau des Gebäudes, sondern auch über den späteren Betrieb der (öffentlichen) Schule verhandelt; [http://www.daserste.de/plusminus/beitrag\\_dyn~uid,7nldxj4kct58a6me~cm.asp](http://www.daserste.de/plusminus/beitrag_dyn~uid,7nldxj4kct58a6me~cm.asp) (letzter Abruf: 14.06.2009).

53 *Gröschner* (Anm. 27), Art. 7, Rn. 49.

weist aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts aber soweit ersichtlich keine Besonderheiten gegenüber der Regulierung anderer ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsangebote auf, die für den Staat wahrgenommen werden, und soll daher mangels spezifischen Schulbezugs nicht weiter verfolgt werden.

### 2.1.2.2 Ersatzschulen

Schwieriger stellt sich die Situation dar, wenn ein Unternehmer in Deutschland eine Ersatzschule betreiben will. Hier hängt es insbesondere von der Höhe der Schulgebühren und der staatlichen Subventionen ab, ob der Ersatzschulbetrieb als Dienstleistung einzuordnen ist. Wie dargestellt geht das *BVerfG* davon aus, dass Art. 7 Abs. 4 GG keine volle Übernahme der Kosten durch den Staat gebietet, sondern lediglich sicherzustellen ist, dass ein Schulträger auf Dauer die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG erfüllen kann.<sup>54</sup> Ein angemessener, durch Schulgeld und Eigenleistung akquirierter Eigenanteil ist privaten Schulträgern somit zumutbar. Er soll in Anknüpfung an die Rechtsprechung des *BVerwG*<sup>55</sup> mindestens 15 % des Gesamthaushaltes ausmachen, was die Verpflichtung des Staates auf maximal 85 % des Finanzbedarfs der Schule begrenzen würde.<sup>56</sup> Unabhängig von der genauen Höhe der jeweiligen Anteile ist daraus jedenfalls derzeit zu schließen, dass eine Finanzierung der Tätigkeiten der Ersatzschulen grundsätzlich primär aus öffentlichen Mitteln erfolgt.

Hingegen läge eine Dienstleistung vor, wenn sich der private Schulträger zu wesentlichen Anteilen kostendeckend privatfinanziert, etwa weil er von finanzstarken Dritten wie z.B. Stiftungen oder Interessenverbänden getragen wird. Denn zum einen steht dem Erfordernis der Entgeltlichkeit eine Fremdfinanzierung bei ausreichendem Näheverhältnis wie gesagt nicht entgegen, zum anderen begründet Art. 7 Abs. 4 GG keinen Subventionszwang, sondern nur einen Anspruch im Falle von Hilfsbedürftigkeit.<sup>57</sup> Das z.B. aus den USA bekannte Bild vollständig privatfinanzierter Schulen hat in Deutschland zwar noch keine umfassende Entsprechung gefunden,<sup>58</sup> so dass hierzulande der Betrieb solcher Ersatzschulen derzeit noch eher unwahrscheinlich ist. Vorstellbar ist eine derartige Entwicklung aber durchaus, wie die Bemühungen der PHORMS Management AG zeigen, die in den letzten Jahren ein bundesweites Privatschulnetzwerk aufgebaut hat, zu dem bislang sieben Schulen in sechs Städten gehören. Während die jeweiligen Schulen als gemeinnützige Landsträgergesellschaften organisiert sind, stellt die übergreifende Institution der PHORMS Management AG zentrale Dienstleistungen in den Bereichen IT-Infrastruktur, Personalmanagement oder Fortbildung für Lehrkräfte zur Verfügung.<sup>59</sup> Durch diese Angebotsdiversifikation sollen auf längere Sicht Gewinne erzielt werden, was letztlich zu einer Einstellung staatlicher Subventionen und damit zu einer Bewertung auch der Schulbetriebe nicht zuletzt wegen deren Nähe zur Dachgesellschaft als Dienstleistung führen muss.

Diesem differenzierten Bild entsprechend heißt es in Erwägungsgrund Nr. 34 der Richtlinie: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss die Frage, ob bestimmte Tätigkeiten – insbesondere Tätigkeiten, die mit öffentlichen Mitteln finanziert oder durch öffentliche Einrichtungen

54 BVerfGE 75, 40 (68 f.).

55 Seit BVerwGE 23, 347.

56 Stein, E./Roell, M., Handbuch des Schulrechts, Köln 1988, S. 111.

57 Badura (Anm. 8), Art. 7, Rn. 134.

58 Dazu Vogel, J., Das herkömmliche Bild der Privatschule, RdJB 1998, 206 ff. m.w.N.

59 Vgl. die Selbstdarstellung unter: <http://www.phorms.de/index.php?id=66&L=6> (letzter Abruf: 14.06.2009).

erbracht werden – eine „Dienstleistung“ darstellen, von Fall zu Fall (Verf.) im Lichte sämtlicher Merkmale, insbesondere der Art, wie die Leistungen im betreffenden Mitgliedstaat erbracht, organisiert und finanziert werden, beurteilt werden. [...]“<sup>60</sup>. Bezüglich der Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Ersatzschulen lässt sich somit kein einheitliches Bild zeichnen, wenn auch davon auszugehen ist, dass die meisten dieser Bildungseinrichtungen aufgrund überwiegender staatlicher Finanzierung nicht von diesem Sekundärrechtsakt erfasst werden.

### 2.1.2.3 Ergänzungsschulen

Anders als für private Ersatzschulen besteht nach der Rechtsprechung des *BVerfG* keine staatliche Förderpflicht (wohl aber ein Förderrecht<sup>60</sup>) für Ergänzungsschulen, weil für diese auch die strengen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG keine Anwendung finden.<sup>61</sup> Dies gilt selbst dann, wenn die Ergänzungsschule anerkannt ist und schulpflichtige Schüler beschulen kann. Ergänzungsschulen sind somit trotz wie gesagt bestehenden Förderrechts auf eine private Finanzierung angewiesen und bieten daher eine entgeltliche Dienstleistung an.<sup>62</sup>

## 2.2 Bereichsausnahmen

Liegt eine Dienstleistung vor, stellt sich die Frage, ob der Betrieb von Privatschulen nicht aufgrund einer Bereichsausnahme aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfällt. Insoweit ist insbesondere Art. 2 Abs. 2 lit. i) relevant, der Aktivitäten betrifft, die im Sinne des Art. 45 EGV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Darunter fallen vor allem Tätigkeiten, die mit der Ausübung von Zwangsbefugnissen, Sonderrechten oder sonstigen Hoheitsprivilegien verbunden sind<sup>63</sup>, wobei die Möglichkeit des Privaten, mittels Verwaltungsakt zu handeln, ein wesentliches Indiz bildet. Der *EuGH* hat für die Gründung griechischer Privatschulen entschieden, dass es mangels europarechtlicher Harmonisierung der nationalen Vorschriften über die Gründung von Unterrichtsanstalten zwar Sache eines jeden Mitgliedstaates ist, die Rolle und die Verantwortung der öffentlichen Gewalt im Schulwesen festzulegen.<sup>64</sup> Die bloße Gründung einer Privatschule von der Art einer „frontistirion“ sei jedoch für sich genommen nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne dieses Artikels verbunden, da der EG-Vertrag anderenfalls in diesem Bereich seiner praktischen Wirksamkeit beraubt würde. Zudem ermöglichten die bestehenden Überwachungsbefugnisse dem Staat eine hinreichende Wahrnehmung seiner Interessen im Bildungsbereich. Mit anderen Worten orientiert sich der *EuGH* also nicht im Sinne einer generellen Betrachtungsweise am Hoheitscharakter des jeweiligen Aufgabenbereichs (hier der Bildungspolitik), sondern nimmt vielmehr die konkrete Ausgestaltung der bildungspolitischen Tätigkeit in den Blick.

Die Übertragbarkeit dieses Urteils auf deutsche Privatschulen hängt somit davon ab, ob sie mit den vom Gerichtshof behandelten griechischen Bildungseinrichtungen vergleichbar sind. Insofern ist vor allem zu berücksichtigen, dass der *EuGH* die der Entscheidung zugrunde liegenden Schulformen mit privaten Berufsschulen und Hausunterricht in eine Reihe stellte. Infolgedessen

60 Vgl. z.B. § 161 Abs. 3 S. 3 des niedersächsischen Landesschulgesetzes.

61 BVerfGE 90, 107 (121); *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 215.

62 So auch *Rux* (Anm. 4), S. 139 (141).

63 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff* (Anm. 50), Art. 45 EGV, Rn. 8.

64 *EuGH*, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637 ff. – Frontistiria.

sprechen entgegen teilweise vertretener Ansicht gute Gründe dafür, die Reichweite der Entscheidung auf solche Bildungseinrichtungen zu beschränken, die Schüler nur auf externe staatliche Prüfungen vorbereiten, solche Prüfungen aber nicht selbst in eigener Verantwortung durchführen.<sup>65</sup> Diese Vorgaben sind im Hinblick auf den deutschen Bildungsmarkt lediglich in Bezug auf die Ergänzungsschulen und diejenigen nur genehmigten, nicht staatlich anerkannten Ersatzschulen gewahrt, bei denen die Prüfungen vor einer externen, staatlichen Kommission abgelegt werden müssen. Sie fallen daher nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. i); die Dienstleistungsrichtlinie findet insoweit Anwendung. Hingegen sind die staatlich anerkannten Ersatzschulen dazu verpflichtet, bei Aufnahme, Versetzung und Schulwechsel sowie der Abnahme von Prüfungen die für öffentliche Schulen geltenden Bestimmungen anzuwenden.<sup>66</sup> Zudem dürfen sie Zugangsberechtigungen oder Berufsbezeichnungen verleihen, so dass sie hoheitliche Befugnisse im Sinne des Art. 45 EGV bzw. des Art. 2 Abs. 2 lit. i) ausüben.

### 2.3 Zwischenergebnis

Die Dienstleistungsrichtlinie gilt somit lediglich für – anerkannte und nicht anerkannte – Ergänzungsschulen sowie für nur genehmigte, nicht staatlich anerkannte Ersatzschulen, bei denen die Prüfungen vor einer externen, staatlichen Kommission abgelegt werden müssen, soweit sie sich, was bislang die Ausnahme darstellen dürfte, überwiegend privat finanzieren. Da dieser Sekundärrechtsakt auf den Schulsektor im Übrigen nicht anwendbar ist, werden entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>67</sup> die Harmonisierungsverbote aus Art. 149 Abs. 4 und Art. 150 Abs. 4 EGV jedenfalls deshalb nicht unterlaufen.<sup>68</sup>

## 3 Materielle Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie

Unter Berücksichtigung dessen ist nun fraglich, inwieweit ein EG-ausländischer Unternehmer, der in Deutschland eine von der Dienstleistungsrichtlinie erfasste Privatschule betreiben will, von den darin niedergelegten Vergünstigungen profitiert. Da er regelmäßig eine dauerhafte Integration in den Zielstaat durch Niederlassungsgründung<sup>69</sup> intendieren wird, klammern die folgenden Ausführungen insbesondere die Richtlinienvorgaben für die vorübergehende Leistungserbringung im Zielstaat aus und beschränken sich auf eine Untersuchung der Art. 9 f. (ohne Einbeziehung der Art. 11 bis 15). Sie machen je nach Schulform unterschiedliche Vorgaben.

### 3.1 Genehmigte Ersatzschulen

So ist für den Betrieb einer primär privat finanzierten Ersatzschule insbesondere der Genehmigungsvorbehalt aus Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG relevant, dessen Voraussetzungen in den Sätzen 3 und 4 dieser Bestimmung näher konkretisiert werden. Die auf Basis dieser Anforderungen zu erteilende

65 So auch *Grüb, M.*, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, Frankfurt a.M. 1999, S. 238; a.A. *Tiedje, J./Troberg, P.*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Baden-Baden, 6. Aufl. 2003, Art. 45 EGV, Rn. 22.

66 *Niehues, N./Rux, J.*, Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1: Schulrecht, München, 4. Auflage 2006, S. 270.

67 *Fritz, T.*, Auswirkungen der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt auf das Bildungswesen, Berlin 2004, [http://www.blue21.de/PDF/Dienstleistung\\_Fritz\\_GEW.pdf](http://www.blue21.de/PDF/Dienstleistung_Fritz_GEW.pdf) (letzter Abruf: 14.06.2009), S. 6.

68 Unentschieden *Rux* (Anm. 4), S. 139 (144 f.).

69 Zum Begriff der Niederlassung vgl. *Bröhmer, J.*, in: Calliess/Ruffert (Anm. 39), Art. 43 EGV, Rn. 12 ff.

Erlaubnis wird trotz der grundgesetzlichen Vorgaben nach Landesrecht erteilt,<sup>70</sup> das die Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 GG nur konkretisieren, nicht aber erweitern oder verkürzen darf.<sup>71</sup>

### 3.1.1 Genehmigungsvorbehalt

Spiegelt man die Anforderungen des Art. 7 Abs. 4 GG an der Dienstleistungsrichtlinie, so ist zunächst deren Art. 9 Abs. 1 von Interesse. Danach müssen Genehmigungsregeln als solche – also unabhängig von ihren einzelnen Voraussetzungen<sup>72</sup> – diskriminierungsfrei und auf Basis zwingender Allgemeinwohlgründe erforderlich sein. Als milderer Mittel schlägt die Richtlinie selbst eine nachträgliche, quasi begleitende Überwachung vor, die gegenüber einer präventiv ansetzenden Kontrolle aber nur gleich geeignet ist, wenn eine Überwachung im Nachhinein nicht zu spät käme und daher unwirksam wäre.

Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG ein hohes Bildungsniveau für die an die Stelle einer öffentlichen Schule tretenden Einrichtungen gewährleisten will, um die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungsangeboten zu schützen<sup>73</sup>. Dieser Regelungszweck wird vom *EuGH*<sup>74</sup> und auch in Erwägungsgrund 40 als zwingendes Allgemeininteresse anerkannt, so dass die Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 insoweit gewahrt sind. Außerdem brächte eine nachträgliche Kontrolle des Bildungsniveaus die Gefahr mit sich, dass die bis dato betreuten Schüler bereits unter dem unzureichenden Bildungsangebot leiden mussten, so dass sie zu spät käme. Der in Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG enthaltene Genehmigungsvorbehalt ist daher als solcher mit Art. 9 Abs. 1 vereinbar, zumal an dessen Diskriminierungsfreiheit und Erforderlichkeit im Übrigen keine Zweifel bestehen.

### 3.1.2 Genehmigungsvoraussetzungen

Fraglich bleibt aber die Vereinbarkeit mit Art. 10 Abs. 1 bis 3, der die einzelnen Anforderungen einer Genehmigung betrifft. Sie müssen klar und unzweideutig sowie transparent und zugänglich, vor allem aber auf Basis eines zwingenden Allgemeinwohlgrundes verhältnismäßig sein (Abs. 2). Zudem darf es nicht zur doppelten Anwendung von Anforderungen und Kontrollen kommen, die mit schon erfüllten Vorgaben gleichwertig oder dem Ziele nach vergleichbar sind (Abs. 3).

#### 3.1.2.1 Gleichwertigkeitspostulat

Vor diesem Hintergrund ähneln die in Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG enthaltenen Voraussetzungen, dass die privaten Ersatzschulen in ihren Einrichtungen und Lehrzielen sowie in der Ausbildung der Lehrkräfte nicht hinter dem Niveau öffentlicher Schulen zurückstehen dürfen, den Vorgaben des Art. 10 Abs. 3. Denn hier wie dort geht es um den Nachweis von aufgrund des Schutzzwecks ver-

<sup>70</sup> Gröschner (Anm. 27), Art. 7, Rn. 104.

<sup>71</sup> Niehues/Rux (Anm. 66), S. 254.

<sup>72</sup> Cornils, M., in: Schlachter, M./Ohler, C. (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Baden-Baden 2008, Art. 9, Rn. 2.

<sup>73</sup> BVerfGE 27, 195 (203).

<sup>74</sup> *EuGH*, Rs. 153/02, Slg. 2003, I-13555 – Neri, Rn. 46.

gleichbarer, nicht aber gleichartiger Anforderungen.<sup>75</sup> Unterschiedlich sind jedoch vor allem die Ratio Legis, der Anknüpfungspunkt und die Folgen beider Vorschriften: So bezieht sich die Überprüfungspflicht in Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG zum Schutz der Schüler vor unzureichenden Bildungsangeboten (wie gesagt ein zwingender Grund im Sinne des Art. 4 Nr. 8) auf einen Vergleich mit dem Niveau öffentlicher Schulen und führt dazu, dass eine Erlaubnisvoraussetzung für den privaten Ersatzschulbetrieb vorliegt. Hingegen setzt die Gleichwertigkeitsprüfung in Art. 10 Abs. 3 insoweit einen Vertrauensrahmen, als sie die Anerkennung fremder Überwachungsstandards ermöglicht, ohne eine Aufgabe berechtigter Schutzinteressen vom Heimatstaat zu verlangen, indem sie das Gleichwertigkeitspostulat nur auf ein konkretes Genehmigungskriterium bezieht und keinen Verzicht auf die Zulassungserteilung in Gänze verlangt.<sup>76</sup>

Vor diesem Hintergrund setzt Art. 10 Abs. 3 also Klarheit über die Anforderungen des Zielstaats voraus. Daher ist im Falle eines EG-ausländischen Privatschulbetreiber, der in Deutschland eine (zusätzliche) Ersatzschule betreiben will und um die dazu erforderliche Genehmigung nachsucht, wegen Art. 7 Abs. 4 GG zunächst zu ergründen, wie eine vergleichbare öffentliche Schule in puncto Einrichtung, Lehrziele und -kräfte ausgestattet ist. Danach ist die Frage zu stellen, ob bereits im Heimatstaat Prüfungen vorgenommen wurden. Sollte dies der Fall sein, ist zu ergründen, inwieweit sie den deutschen Vorgaben entsprechen. Unter Berücksichtigung dessen wird die Gleichwertigkeit der „Einrichtungen“ schon deshalb kaum zu bejahen sein, weil es sich insoweit um eine raumbezogene Vorgabe handelt, die sich z.B. auch auf die Schulgebäude bezieht.<sup>77</sup> Demgegenüber können die Lehrziele der geplanten Privatersatzschule je nach den Umständen des Einzelfalls in Abhängigkeit zu den avisierten Bildungs- und Erziehungszielen schon eher mit denen öffentlicher Schulen vergleichbar sein<sup>78</sup>. Schließlich wird die Gleichwertigkeit der wissenschaftlichen Ausbildung im Falle des Einsatzes ausländischer Lehrkräfte, die sich vor allem nach den Studienabschlüssen richtet,<sup>79</sup> zumindest dann vorliegen, wenn deren Diplome nach den Vorgaben der Berufsanerkennungsrichtlinie<sup>80</sup> dem Niveau der hiesigen entsprechen<sup>81</sup>, so dass zumindest insoweit wegen Art. 10 Abs. 3 in der Regel keine neuerliche Prüfung vorgenommen werden darf, sondern eine Anerkennungspflicht besteht.

### 3.1.2.2 Sonderungsförderverbot

Die nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG verbotene Förderung der Sonderung von Schülern nach den Besitzverhältnissen der Eltern ist eine weitere Voraussetzung für die Genehmigung des Betriebs privater Ersatzschulen und daher ebenfalls am Maßstab des Art. 10 Abs. 1 bis 3 zu prüfen, der zunächst nach der Ermittlung der dem Sonderungsförderverbot zugrunde liegenden Zielsetzung verlangt. Insofern dürfte diese Anforderung zumindest in den Fällen die Chancengleichheit aller Schüler gewährleisten, in denen öffentliche Schulen geschlossen werden, weil der Staat das (nunmehr) bestehende Privatangebot für ausreichend erachtet.<sup>82</sup> Vor allem aber basiert Art. 7 Abs. 4

75 Vgl. BVerfGE 90, 107, 122 einerseits sowie *Ziekow, J.*, Die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahren, *GewArch.* 2007, 217 (218) andererseits.

76 *Cornils* (Anm. 72), Art. 10, Rn. 15, 19, 23.

77 *Niehues/Rux* (Anm. 66), S. 257.

78 Vgl. *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 195.

79 *Niehues/Rux* (Anm. 66), S. 257.

80 Richtlinie 2005/36/EG vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

81 Vgl. *Kluth, W./Rieger, F.*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, *GewArch.* 2006, 1 (6 f.).

82 *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 181.

S. 3 GG auf dem Gedanken, dass der Zugang zu bestimmten Bildungseinrichtungen nicht allein den Kindern besser verdienender Eltern möglich sein soll, um eine fremd-, weil einkommensbestimmte Isolation der Schüler zu verhindern und ein Zusammenwachsen verschiedener gesellschaftlicher Schichten über die Kinder bzw. von Kindesbeinen an zu ermöglichen.<sup>83</sup>

Diese dem Sonderungsförderverbot zugrunde liegenden Aspekte dürften entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>84</sup> auch zwingende Interessen des Allgemeinwohls sein, wie es Art. 10 Abs. 2 fordert, schon weil der in Art. 4 Nr. 8 enthaltene Katalog ausdrücklich Ziele der Sozialpolitik erfasst. Hinzu kommt, dass die dortige Aufzählung ausweislich ihres Wortlauts („einschließlich“) nicht abschließend ist und die Erwägungsgründe zur Dienstleistungsrichtlinie auch soziale, kulturelle und philosophische Werte der Gesellschaft als zwingende Allgemeinwohlgründe einordnen.<sup>85</sup> Soweit diese Zuordnung nicht überzeugen sollte, bleibt die aus den Erwägungsgründen ableitbare Erkenntnis, dass der Kreis der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nicht auf dem Stand der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* eingefroren sein soll, sondern sich in Abhängigkeit zu den schutzwürdigen Interessen der Mitgliedstaaten weiterentwickeln kann.<sup>86</sup>

Den übrigen Vorgaben des Art. 10 Abs. 1 bis 3, insbesondere den Maßstäben der Diskriminierungsfreiheit dürfte das Sonderungsförderverbot ebenfalls entsprechen. Zwar wird teilweise daran gezweifelt, dass die Privatschulen dieser Vorgabe hinreichend gerecht werden, weil sie oftmals zwar Stipendien für bedürftige Schüler vergeben, diese aber dafür teilweise (vor allem im Falle von Internatsbetrieben) nicht an den außerschulischen Aktivitäten teilhaben lassen<sup>87</sup>; derartige Abweichungen rechtfertigen aber nicht die Annahme eines Verstoßes des Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG gegen Art. 10 Abs. 2, sondern erfordern ggf. ein behördliches Einschreiten.

### 3.1.2.3 Sicherung der Lehrerstellung

Abschließend sei noch auf Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG eingegangen, der den Betreiber einer privaten Ersatzschule zu einer hinreichenden Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte verpflichtet. Diese Bestimmung dient ebenfalls zwingenden Allgemeinwohlgründen im Sinne des Art. 4 Nr. 8 – seien sie nun sozial-<sup>88</sup> oder bildungspolitisch<sup>89</sup> motiviert. Im Übrigen bestehen vor dem Hintergrund dieser Erwägungsgründe auch keine Zweifel an der Einhaltung der Vorgaben des Art. 10 Abs. 1 und 2.

Jedoch könnte erneut das Verbot von Doppelkontrollen aus Art. 10 Abs. 3 spezifische Vorgaben für Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG machen. Denn dieser Grundsatz zwingt auch zur Anerkennung von im Heimatstaat erbrachten Leistungen.<sup>90</sup> Daraus folgt, dass – freilich vorbehaltlich etwa einschlägiger Spezialregelungen wie der nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) im Falle von Widersprüchen vorrangigen

83 *Niehues/Rux* (Anm. 66), S. 259.

84 *Dickhaus, B./Scherrer, C.*, Gutachten zu den Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf den Bildungssektor, Kassel 2006, S. 37, <http://www.uni-kassel.de/fb5/globalisation/html/forschung.htm> (letzter Abruf: 14.06.2009).

85 *Streinz, R./Leible, S.*, in: Schlachter, M./Ohler, C. (Anm. 72), Art. 4, Rn. 30.

86 *Schulz, S.*, Die bundesweite Geltung von Genehmigungen nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: Schliesky, U. (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, Teil I, Kiel 2008, S. 175 (185).

87 *Niehues/Rux* (Anm. 66), S. 260.

88 *Niehues/Rux* (Anm. 66), S. 261.

89 *Badura* (Anm. 8), Art. 7, Rn. 119.

90 *Cornils* (Anm. 72), Art. 10, Rn. 16, 18.

Verordnung über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit<sup>91</sup> – die Zahlung von Sozialabgaben in anderen Mitgliedstaaten zu beachten sind, soweit im Gegenzug kein zusätzlicher sozialer Schutz gewährt wird.<sup>92</sup>

### 3.1.3 Bundesweite Gültigkeit

Falls einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat unter den beschriebenen Bedingungen der Betrieb einer privaten Ersatzschule in Deutschland gestattet wird, stellt sich die Frage, ob diese Erlaubnis nur im jeweiligen Bundesland oder über dessen Grenzen hinaus gilt. Insoweit ist Art. 10 Abs. 4 von Bedeutung, wonach eine Genehmigung die darin erlaubte Tätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet ermöglichen soll, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Beschränkung rechtfertigen. Denn dem daraus ableitbaren Grundsatz, dass eine erteilte Zulassung bundesweit gilt, entspricht eine zwar nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 4 GG, aber auf Basis von Landesrecht durch eine Landesbehörde vergebene Konzession an sich nicht, da deren Wirkung an den Grenzen des jeweiligen Bundeslandes halt macht.<sup>93</sup> Unter Berücksichtigung dessen ist nach Ausnahmen von der aus Art. 10 Abs. 4 resultierenden Landesblindheit zu fragen, die sich wie gesagt nach Art. 4 Nr. 8 nur auf Basis zwingender Gründe ergeben können. Die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung reicht insoweit aber genauso wenig wie die Existenz föderaler Strukturen, da diese Vorschrift die aus dezentraler Organisation resultierenden Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit gerade aus dem Weg räumen will, ohne dabei freilich entgegen Art. 10 Abs. 7 die regionalen und lokalen Zuständigkeiten in Frage zu stellen.<sup>94</sup> Darüber hinaus ist zwar streitig, ob die in Art. 10 Abs. 4 Hs. 2 vorgesehene Möglichkeit zur Schaffung von Ausnahmen auf Basis zwingender Allgemeinwohlgründe in Entsprechung zu anderen Exzeptionen in der Dienstleistungsrichtlinie eher restriktiv<sup>95</sup> oder wegen der niedrigen Eingriffsintensität eher extensiv<sup>96</sup> zu verstehen ist. Einigkeit besteht aber jedenfalls darüber, dass zumindest dort, wo die Umstände vor Ort eine neue Sachentscheidung erforderlich machen, eine regional oder betrieblich begrenzte Wirkung etwaiger Erlaubnisse zulässig ist.<sup>97</sup>

Vor diesem Hintergrund dürfen unstreitig solche Zulassungen, die wie raumbezogene Genehmigungen an lokale Spezifika z.B. der Betriebsstätte anknüpfen, je Anlage verlangt werden, weil die konkreten Gegebenheiten im Ausgangsverfahren in der Regel noch nicht geprüft werden konnten.<sup>98</sup> Hingegen müssen tätigkeitsbezogene Zulassungen grundsätzlich bundesweit gültig sein, weil sie zumeist an den Dienstleistungserbringer oder dessen Aktivität anknüpfen.<sup>99</sup> Ordnet man den in Art. 7 Abs. 4 GG enthaltenen Genehmigungsvorbehalt in diese Kategorien ein, so ist zu berücksichtigen, dass diese Vorschrift zum einen mit dem Erfordernis der gegenüber den öffentlichen Schulen gleichwertigen Einrichtung wie gesagt betriebs-, weil z.B. gebäudebezogene Anforderungen stellt, so dass sich nur anhand der lokalen Gegebenheiten des konkret ins Auge

91 Verordnung Nr. 1408/71/EG vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit.

92 *Cornils* (Anm. 72), Art. 10, Rn. 16, 18; *EuGH*, verb. Rs. C-393/99 und C-394/99, Slg. 2002, I-2829 – Inasti/Hervein, Rn. 48 f, 63 ff.

93 *Vogel, J.*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, Neuwied, 3. Auflage 1997, S. 19.

94 Vgl. *Ziekow* (Anm. 75), S. 217 (218).

95 *Schulz* (Anm. 86), S. 175 (183).

96 *Cornils* (Anm. 72), Art. 10, Rn. 36 f.

97 *Kluth*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Handwerks- und Gewerbeordnung in: *Leible* (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Jena 2008, S. 131 (152).

98 Vgl. dazu *Schulz* (Anm. 86), S. 183 (186 ff.).

99 *Ziekow* (Anm. 75), S. 217 (218).

gefassten Privatschulprojekts prüfen lässt, ob dessen „Einrichtungen“ hinter denen öffentlicher Schulen zurückstehen. Zum anderen enthält Art. 7 Abs. 4 GG aber auch tätigkeitsbezogene Vorgaben in Form des Erfordernisses gleichwertiger Lehrziele und Lehrkräfte. Zwar ließe sich das Erfordernis einer je Privatschule notwendigen Konzession in Bezug auf das Lehrpersonal noch mit der Gewährleistung eines hohen Bildungsniveaus rechtfertigen, da es für den Betrieb der neuen Privatschule in der Regel weiterer und damit anderer Lehrer bedarf. Jedenfalls im Hinblick auf die Lehrziele dürfte es aber an einem zwingenden Grund, der einer bundesweiten Geltung im Sinne des Art. 10 Abs. 4 entgegensteht, regelmäßig fehlen, insbesondere weil die staatliche Schulaufsicht aus Art. 7 Abs. 1 GG bundesweit und damit unabhängig von den Landesgrenzen ein hohes Bildungsniveau verlangt.<sup>100</sup>

Im Ergebnis basiert der in Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG enthaltene Genehmigungsvorbehalt also nur teilweise auf Elementen, die eine Ausnahme vom in Art. 10 Abs. 4 niedergelegten Grundsatz der bundesweiten Geltung einer erteilten Zulassung rechtfertigen können. In solchen Fällen wird für gemischte Konzessionen teilweise angenommen, dass zumindest dann, wenn sich ein zwingender Grund für eine Verbindung der tätigkeits- und betriebsstättenbezogenen Merkmale in Art. 10 Abs. 4 nicht finden lässt, der eine Teil bundesweit gilt, während der andere Teil in seiner Wirkung zu beschränken ist.<sup>101</sup> Da das Erfordernis der Lehrziele einerseits sowie der Schuleinrichtung und Lehrerausbildung andererseits eher selbständige Anforderungen sind, käme diese Meinung wohl zu einer getrennten Geltungsreichweite der in Art. 7 Abs. 4 GG niedergelegten Zulassungsanforderungen. Jedoch spricht gegen das Erfordernis einer solchen Separation schon der Wortlaut des Art. 10 Abs. 4, der anders als dessen Absatz 3 nicht die einzelnen Voraussetzungen, sondern die Genehmigung als solche zum Anknüpfungspunkt nimmt.<sup>102</sup> Hinzu kommt, dass mit der vorgeschlagenen Trennung letztlich kein Mehrwert verbunden wäre. Denn im Zielbundesland bliebe ein Genehmigungsvorbehalt genauso bestehen wie dessen Pflicht zur Anerkennung anderswo geprüfter Anforderungen unter dem Vorbehalt der Gleichwertigkeit, da sich das in Art. 10 Abs. 3 enthaltene Verbot von Doppelkontrollen auch auf vergleichbare Anforderungen und Kontrollen „im selben Mitgliedstaat“ erstreckt.

### 3.1.4 Vorgaben für das Marktverhalten

Soweit einem EG-ausländischen Betreiber eine Genehmigung zum Betrieb der konkret beantragten Ersatzschule erteilt worden ist, stellt sich abschließend die Frage nach der Überwachung des Marktverhaltens. Sie beantwortet sich anhand des sog. Bestimmungslandprinzips, da die Art. 9 ff. nur den Marktzugang betreffen.<sup>103</sup> Aus diesem Grunde bleibt es also insoweit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG bei der staatlichen Schulaufsicht des Staates, genauer des jeweiligen Bundeslandes.

## 3.2 Anerkannte Ergänzungsschulen

Auch anerkannte Ersatzschulen unterliegen der Genehmigungspflicht, die sich neben der Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ergänzungsschule in der Regel auf den Lehrplan und die

100 *Robbers* (Anm. 7), Art. 7, Rn. 61 ff.

101 *Schulz* (Anm. 86), S. 175 (192).

102 Ähnlich *Ziekow* (Anm. 75), S. 217 (218).

103 *Kluth, W./Rieger, F.*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie, *EuZW* 2005, 486 (488 f.).

Prüfungsordnung bezieht.<sup>104</sup> Insoweit sind die obigen Anforderungen grundsätzlich übertragbar. Zusätzliche Bedeutung hat aber Art. 10 Abs. 1 und 2, wonach die Vorgaben einer Genehmigung eine willkürliche Ermessensausübung verhindern sollen und in Umsetzung des rechtstaatlichen Bestimmtheitsgebots transparente Genehmigungsregeln in Gesetzesform nötig sind. Aus einer Kombination dieser Vorgaben ist eine mitgliedstaatliche Pflicht zur weitestmöglichen Eindämmung nicht überprüfbarer Ermessensspielräume ableitbar,<sup>105</sup> die nicht nur auf Rechtsfolgen-, sondern auch auf Tatbestandsebene besteht – so z.B. bei unbestimmten Rechtsbegriffen, weil die europarechtliche Terminologie insoweit entgegen der deutschen nicht näher unterscheidet.<sup>106</sup>

Unter Berücksichtigung dessen stehen ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit<sup>107</sup> zumindest diejenigen Vorschriften auf tönernen Füßen, die wie etwa § 161 Abs. 1 NSchG keine näheren Vorgaben im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Genehmigung von Lehrplänen und Prüfungsordnungen enthalten. Hingegen dürften unbestimmte Rechtsbegriffe wie die Anforderungen an ein „geordnetes Prüfungsverfahren“ oder ein Vergleich zum Umfang staatlicher Angebote nach Vorbild des § 103 Abs. 1 BerlSchG schon eher den Anforderungen des Art. 10 Abs. 1 und 2 entsprechen. Bedenken begegnet aber jedenfalls die fehlende Konturierung des hier wie dort bestehenden Ermessens im Hinblick auf die Verleihung der Eigenschaft als staatlich anerkannte Ergänzungsschule, weil in den Landesschulgesetzen keine leitenden Kriterien erkennbar sind.

### 3.3 Einfache Ergänzungsschulen

Für den Betrieb einer einfachen, d.h. nicht anerkannten Ergänzungsschule besteht schließlich in der Regel lediglich eine Anzeigepflicht, der vor Aufnahme des Unterrichts nachzukommen ist und der verschiedene Nachweise z.B. über den Lehrplan beizufügen sind. Sie dient nur der Überprüfung der äußeren Ordnungsmäßigkeit des Schulangebots; eine inhaltliche Kontrolle ist nicht intendiert.<sup>108</sup> Im Gegenteil geht es zumindest nach überwiegender Ansicht<sup>109</sup> lediglich darum, dem Staat die Wahrnehmung seiner Aufsichtspflichten aus Art. 7 Abs. 1 GG zu ermöglichen.

Unter Berücksichtigung dieser Prüfungsdichte ist fraglich, inwieweit die Anzeigepflicht als Genehmigungsregel zu qualifizieren ist. Nach Art. 4 Nr. 6 sind darunter alle Verfahren zu verstehen, die einen Dienstleister verpflichten, eine ausdrückliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung der Tätigkeit zu erwirken. Es kommt also mit anderen Worten darauf an, dass die Vorschrift die Tätigkeitsaufnahme an ein behördliches Tun oder Unterlassen knüpft.<sup>110</sup> Vor diesem Hintergrund wird man die Pflicht zur Anzeige des Betriebs privater Ergänzungsschulen eher nicht als Genehmigungsregelung im Sinne des Art. 4 Nr. 6 einordnen können, da die Tätigkeitsaufnahme nicht von den durch die Anmeldung eröffneten Prüfungsbefugnissen des Staates abhängig ist, sondern diese nur ermöglicht. Die Art. 9 f. machen daher insoweit keine Vorgaben.

104 Kösling (Anm. 17), S. 254.

105 Cornils (Anm. 72), Art. 10, Rn. 4, 11.

106 Korte, S., Mitgliedstaatliche Verwaltungskoooperation und private Eigenverantwortung beim Vollzug des europäischen Dienstleistungsrechts, NVwZ 2007, 501 (504).

107 Vgl. näher Vogel, J., Anmerkung zu BayVGH RdJB 1980, 224 ff., RdJB 1980, 227 (227).

108 Habermalz, W., in: Galas, D./ders./Schmidt, F., Kommentar zum NSchG, Neuwied, 3. Aufl., 1998, § 158 Nr. 2.

109 Kösling (Anm. 17), S. 252.

110 Cornils (Anm. 72), Art. 9, Rn. 20.

#### 4 Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zumindest die landesschulrechtlichen Erlaubnisvorbehalte nur am Rande von den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie betroffen sind und Art. 7 Abs. 4 GG den materiellen Anforderungen dieses Sekundärrechtsakts entspricht. Nachbesserungs- im Sinne von Konkretisierungsbedarf dürfte aber im Hinblick auf die Genehmigungsvorschriften über die staatliche Anerkennung von Ergänzungsschulen bestehen.

*Verf.: Wiss. Ass. Dr. iur. Stefan Korte, Dipl.-Kfm., Freie Universität Berlin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin, E-Mail: stefan.korte@fu-berlin.de*

*Wiss. Mit. Kathrin Dingemann, Freie Universität Berlin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin, E-Mail: k.dingemann@fu-berlin.de*

*Hans-Peter Folz*

## Ethnische Diskriminierung im Bildungswesen Das Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache *D.H./Tschechische Republik* vom 13. November 2007

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seinem Urteil vom 13. November 2007 in der Sache *D.H. u.a./Tschechische Republik* eine grundlegende Entscheidung zur mittelbaren Diskriminierung von Romakindern im Bildungswesen wegen ihrer ethnischen Herkunft getroffen.<sup>1</sup>

#### 1 Einführung

Der EGMR ist in den letzten Jahren mit zahlreichen Fällen befasst gewesen, in denen Roma die Opfer schwerwiegender Verletzungen ihrer Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) geworden waren. Dies betraf Gewalttaten, die von staatlichen Organen ausge-

<sup>1</sup> EGMR, Grosse Kammer, *D.H. u.a./Tschechische Republik*, Urt. v. 13.11.2007, in deutscher Übersetzung abgedruckt in: EuGRZ 2009, S. 90. Zur Besprechung vgl. *Heyden/von Ungern-Sternberg*, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 2009, S. 81; *Dubout*, L' interdiction des discriminations indirectes par la Cour europeenne des droits de l' homme: renovation ou revolution?, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme* 2008, S. 821; *Hobcraft*, Roma Children and Education in the Czech Republic: D.H. v Czech Republic: Opening the Door to Indirect Discrimination Findings in Strasbourg, *European Human Rights Law Review* 2008, S. 245; *Sambuc Bloise*, L' arret de la Cour europeenne des droits de l' homme, D.H. et autres c. Republique tcheque: une decision de principe en matiere de non-discrimination raciale, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER)* S. 2998, S. 31. Die zitierten Urteile des EGMR sind in den offiziellen Vertragssprachen der EMRK, Englisch und Französisch, auf der Homepage des Gerichtshofs – <http://echr.coe.int/> – zugänglich.