

Jörg Ennuschat

Der Schutz der Privatschulfreiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht

I Einleitung

Die Privatschulfreiheit hat in Deutschland eine lange Verfassungstradition. Schon das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 ermöglichte die Errichtung von Privaterziehungsanstalten.¹ Ein entsprechendes Grundrecht kannten die Paulskirchenverfassung von 1849 (§ 154), die preußische Verfassung von 1850 (Art. 22) und die Weimarer Reichsverfassung von 1919 (Art. 149). Das Grundgesetz verbürgt seit 1949 in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG die Privatschulfreiheit, ebenso viele Verfassungen der Länder.² Zur Privatschulfreiheit zählen die Gründungsfreiheit und die Betriebsfreiheit; letztere erfasst insb. die eigenverantwortliche Gestaltung des Unterrichts mit Blick auf Erziehungsziele, Lehrinhalte und Lehrmethoden sowie die freie Schüler- und Lehrerwahl.³ Die Privatschulfreiheit kann je nach verfassungsrechtlicher Ausgestaltung zudem Förderansprüche begründen.⁴

Mittlerweile greift eine rein nationale Betrachtung jedoch zu kurz. Im zusammenwachsenden Europa entsteht ein europäischer Bildungsraum. Die Privatschulfreiheit muss sich daher auch auf europäischer Ebene bewähren. So lohnt ein Blick auf den gemeinschaftsrechtlichen Schutz der Privatschulfreiheit.⁵ Im Folgenden sollen zunächst dessen Grundpfeiler herausgestellt werden: die Grundfreiheiten des EG-Vertrages (unten 2) und die Grundrechte der Europäischen Union (unten 3). Abschließend sollen einige Impulse des gemeinschaftsrechtlichen Schutzes der Privatschulfreiheit für die Diskussion zur Entstaatlichung des Bildungswesens in Deutschland angedeutet werden (unten 4).

2 Privatschulfreiheit als Anwendungsfall der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft von 1957 verbürgt wirtschaftliche Grundfreiheiten, die im Kern darauf zielen, dass die EU-Mitgliedstaaten die Bürger eines anderen EU-Staates nicht schlechter stellen dürfen als die eigenen Staatsangehörigen.

1 § 3 II 12 prß. ALR.

2 Art. 134 bay.LV, Art. 30 Abs. 6 bbg.LV, Art. 29 Brem.LV, Art. 61 hess.LV, Art. 5 Abs. 3 mv.LV (i.V.m. Art. 7 Abs. 4 GG), Art. 4 Abs. 3 nds.LV, Art. 8 Abs. 4 nrw.LV, Art. 30 rp.LV, Art. 28 saarl.LV, Art. 102 Abs. 3 sächs.LV, Art. 28 s-anh.LV, Art. 26 thür.LV.

3 Siehe mit Blick auf Art. 7 Abs. 4 GG etwa Richter, I., in: AK-GG, Stand: Aug. 2002, Art. 7 Rn. 25 f., 59 f.; Schmitt-Kammler, A., in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 7 Rn. 61. – Das Recht zur freien Schülerwahl wird für Ersatzschulen jedoch durch das Verbot sozialer Sonderung begrenzt (Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG).

4 Siehe unten Fn. 64.

5 Einen Überblick über die Rahmenbedingungen für Privatschulen in den EU-Mitgliedstaaten verschafft Eurydice, Private Education in the European Union, Dez. 2000 (www.eurydice.org).

2.1 Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG = Art. III-22 Verf-E)

Für Privatschulen relevant ist insb. die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG = Art. III-22 des Vertrages über eine Verfassung für Europa in der Fassung des vom Europäischen Konvent im Konsensverfahren angenommenen Entwurfs vom 18.7.2003, CONV 850/03).⁶ Diese Grundfreiheit schützt nach Art. 43 Abs. 2 EG (= Art. III-22 Abs. 2 Verf-E) gleichermaßen die Gründung und den Betrieb einer Niederlassung, umfasst also das Recht auf Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in dem Aufenthaltsstaat, und zwar unter den gleichen Bedingungen und mit den gleichen Rechten wie dessen eigene Staatsangehörige.⁷ Soweit die Privatschulfreiheit in den Schutzbereich des Art. 43 EG fällt, kann also z.B. ein britischer Privatschulträger eine Privatschule in Deutschland errichten und betreiben und genießt dabei denselben Schutz wie inländische Privatschulbetreiber, etwa mit Blick auf die eigenverantwortliche Gestaltung des Unterrichts. Die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf Gründung und Betrieb einer Privatschule stößt allerdings in dreifacher Hinsicht auf Probleme.

2.1.1 Keine Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 45 Abs. 1 EG = Art. III-24 Abs. 1 Verf-E)

Erstens gilt die Niederlassungsfreiheit nicht für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art. 45 Abs. 1 EG = Art. III-24 Abs. 1 Verf-E). Private Ersatzschulen sind in Deutschland nach staatlicher Anerkennung sog. Beliehene. Die Erteilung eines (Abschluss-)Zeugnisses ist ein Verwaltungsakt, ist also öffentliche Gewalt. Dieser Umstand schließt die Niederlassungsfreiheit aber nicht aus.

Dies gilt zunächst für die Gründung einer Privatschule, die privatrechtlich erfolgt. Der Betrieb – insb. der Unterricht – ist ebenfalls nicht öffentlich-rechtlich ausgestaltet und somit keinesfalls öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 45 Abs. 1 EG. Problematisch kann allenfalls die Erteilung von Abschlüssen sein, soweit diese – wie in Deutschland – nach dem Recht des Mitgliedstaates öffentlich-rechtlicher Natur sind. Die Mitgliedstaaten können zwar grundsätzlich selbst festlegen, welche Tätigkeiten öffentliche Gewalt sind. Die Etikettierung einer Tätigkeit als »öffentliche Gewalt« darf indes nicht dazu führen, dass die Niederlassungsfreiheit ihrer Wirksamkeit beraubt wird.⁸ Alle Ausnahmen zur Niederlassungsfreiheit müssen daher eng ausgelegt werden. In Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips muss geprüft werden, ob nicht eine staatliche Aufsicht genügt, um die öffentlichen Interessen sicherzustellen, die berührt werden, wenn sich ausländische Anbieter im Inland niederlassen, um eine Tätigkeit auszuüben, die nach inländischen Maßstäben als Ausübung öffentlicher Gewalt eingestuft wird.⁹ Bei enger Auslegung des Begriffs »öffentliche Gewalt« i.S.d. Art. 45 Abs. 1 EG spricht somit

6 Vgl. EuGH, Slg. 1988, 1637 (1654 Rn. 6 ff.) – *Kommission/Griechenland; Bostedt, A.*, VBIBW 2001, 201 (205); zu Hochschulen *Bostedt, A.*, aaO, S. 301; *Ohler, Chr.*, WissR 31 (1998), 170 (174).

7 *Geiger, R.*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 43 EG Rn. 8.

8 EuGH, Slg. 1988, I-1637 (1654 Rn. 7 ff.) – *Kommission/Griechenland; Geiger, R.*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 45 EG Rn. 3.

9 EuGH, Slg. 1988, I-1637 (1655 Rn. 10) – *Kommission/Griechenland*; zust. *Bröhmer, J.*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 45 EG Rn. 5. Siehe ferner EuGH, Slg. 1994, I-4837 (4857 Rn. 15 f.) – *van Schaik*, wo der EuGH die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf eine im Ausland gelegene Werkstatt zur Erteilung inländischer Prüfplaketten ablehnte, aber nicht etwa mit Hinweis auf Art. 55 i.V.m. 45 EG, sondern aus dem Grund, dass die öffentliche Gewalt nicht im Ausland ausgeübt werden könne.

manches dafür, dass selbst die Erteilung inländischer Bildungsabschlüsse von der Niederlassungsfreiheit erfasst ist.¹⁰

2.1.2 *Erwerbstätigkeit (Art. 43 Abs. 2 EG = Art. III-22 Abs. 2 Verf-E)*

Ein zweites Problem besteht darin, dass die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger »Erwerbs«-Tätigkeiten schützt (Art. 43 Abs. 2 EG = Art. III-22 Abs. 2 Verf-E). Eine Erwerbstätigkeit liegt bei einer stabilen und kontinuierlichen Teilnahme am Wirtschaftsleben vor.¹¹ Wann dies der Fall ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Nach einem engen Verständnis ist die Absicht der Gewinnerzielung nötig, die allerdings nicht im Vordergrund stehen müsse.¹² Eine mittlere Auffassung verzichtet auf die Gewinnerzielungsabsicht, fordert jedoch Entgeltlichkeit in dem Sinne, dass das Entgelt in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des Angebotes steht.¹³ Am weitesten ist ein Verständnis von Erwerbstätigkeit, wonach jedes Entgelt genügt, jedenfalls solange dieses zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz beitragen kann.¹⁴

Mittlerweile gibt es auch in Deutschland gewinnorientierte Privatschulen. Die Internationale Schule Frankfurt-Rhein-Main ist als GmbH & Co. KG organisiert, auf Gewinnerzielung gerichtet, als private Ergänzungsschule staatlich anerkannt und führt die Schüler und Schülerinnen zu einem Abschluss, der in Deutschland die allgemeine Hochschulreife vermittelt. Hierzulande stehen die meisten Privatschulen jedoch (zumindest mittelbar) in kirchlicher Trägerschaft. In der deutschen Tradition ist der Betrieb allgemeinbildender Privatschulen daher nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Die Betriebskosten der Privatschulen werden zu einem großen Teil vom Staat getragen, sodass die Schulen von den Eltern nur relativ geringe Schulgelder verlangen. Teils wird sogar auf jedes Schulgeld verzichtet (vgl. Art. 9 Abs. 2 S. 3 nrw.LV) – mit der Folge, dass selbst nach der weitesten Auffassung keine Erwerbstätigkeit i.S.d. Art. 43 Abs. 2 EG mehr vorläge.

Dementsprechend hat der EuGH entschieden, dass das Merkmal der Entgeltlichkeit bei – staatlichen oder privaten – Schulen und Hochschulen fehlt, die vollständig oder im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Dies gelte selbst dann, wenn die Schüler oder ihre Eltern ein Schulgeld zahlten, um in gewissem Umfang zu den Schulkosten beizutragen.¹⁵ Wenn die Entgeltlichkeit zu verneinen ist, liegt auch keine Erwerbstätigkeit vor, sodass der sachliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet ist.

Hinzuweisen ist allerdings auf eine neue Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur medizinischen Krankenhausbehandlung: Die Behandlung unterfalle selbst dann der Dienstleis-

10 Bostedt, A., VBIBW 2001, 299 (302); Ohler, Chr., WissR 31 (1998), 170 (171); Staudenmeyer, D., WissR 27 (1994), 249 (271 f.).

11 EuGH, Slg. 1997, I-3395 (3432 Rn. 24) – *Sodemare*; Geiger, R., EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 43 EG Rn. 1; ähnlich EuG, EuZW, 2003, 283 (285 Rn. 36): Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.

12 Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 43 EG Rn. 10. – In diesem Sinne auch Stellungnahmen verschiedener Regierungen von EU-Mitgliedstaaten gegenüber dem EuGH, vgl. Slg. 2001, I-5473 (5528 Rn. 50) – *Smits*.

13 So *Hakenberg*, W., in: Lenz, EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 49/50 Rn. 15 zur Dienstleistungsfreiheit. Zur Niederlassungsfreiheit siehe *Scheuer*, A., in: Lenz, EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 43 Rn. 2; *Schlag*, M., in: Schwarze, EU-Komm., 2000, Art. 43 EG Rn. 22.

14 Bostedt, A., VBIBW 2001, 201 (205).

15 EuGH, Slg. 1988, 5365 (5388 Rn. 18 f.) – *Humbel*; Slg. 1993, I-6447 (6469 Rn. 15 f.) – *Wirth*; jeweils mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit.

tungsfreiheit, wenn sie für den Patienten kostenlos sei. Für die Entgeltlichkeit sei nicht erforderlich, dass derjenige das Entgelt entrichte, dem die Leistung zugute komme. Es genüge, dass ein Dritter – hier: die öffentliche Krankenkasse – zahle.¹⁶ Kann diese Rechtsprechung nunmehr auf private Schulen übertragen werden – dergestalt, dass der Staat der Dritte ist, der für die Schüler das Entgelt entrichtet? Die weitreichende Finanzierung einer Privatschule aus öffentlichen Mitteln stünde dann der Entgeltlichkeit nicht entgegen. Für die Übertragung könnte sprechen, dass der Generalanwalt in seinem Schlussantrag die Parallelen zwischen Krankenhausbehandlung und Privatschulen hervorhob.¹⁷ Allerdings nimmt der EuGH in seiner Entscheidung zur aus öffentlichen Mitteln finanzierten Krankenhausbehandlung ausdrücklich seine Judikate zur den öffentlich finanzierten Schulen und Hochschulen zur Kenntnis, ohne sich von diesen inhaltlich zu distanzieren.¹⁸ Dies deutet darauf hin, dass er zwischen Krankenhäusern und Schulen differenzieren will. In der Literatur werden verschiedene Differenzierungskriterien vorgeschlagen: die Wirtschaftsnähe der Leistung¹⁹, die Stoffgleichheit²⁰ zwischen Leistung (an den Leistungsempfänger) und Entgelt (durch den Dritten) oder ein Näheverhältnis²¹ zwischen Leistenden, Leistungsempfänger und Dritten. Unbefriedigend wäre es allerdings, wenn der Staat durch die konkrete Ausgestaltung des Finanzierungssystems die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten für Privatschulen beeinflussen könnte.²² Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH bleibt abzuwarten.

2.1.3 Erwerbszweck bei juristischen Personen (Art. 48 Abs. 2 EG = Art. III-27 Abs. 2 Verf-E)

Geht man davon aus, dass die meisten Privatschulen nicht von Einzelpersonen, sondern von juristischen Personen gegründet und betrieben werden, ergibt sich ein drittes Problem: Nach Art. 48 Abs. 2 EGV (= Art. III-27 Abs. 2 Verf-E) können sich juristische Personen, die keinen Erwerbszweck verfolgen, nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Viele meinen zwar, dass hier – wie bei Art. 43 Abs. 2 EG – Gewinnerzielungsabsicht nicht nötig sei, vielmehr eine objektiv wirtschaftliche Betätigung genüge.²³ Im Unterschied zum Erfordernis der Erwerbs-»Tätigkeit« i.S.d. Art. 43 Abs. 2 EG stellt Art. 48 Abs. 2 EG allerdings nicht auf die einzelne Tätigkeit, sondern auf die juristische Person als solche ab. Daher werden insb. die sog. Idealvereine (e.V.) von der Niederlassungsfreiheit ausgenommen.²⁴ Schulträger, die lediglich pädagogische, ggf. noch religiös-weltanschauliche Zwecke verfolgen, scheiden damit aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit aus.²⁵

16 EuGH, Slg. 2001, I-5473 (5528 f. Rn. 52, 56–58) – *Smits*.

17 Siehe Schlussantrag zu EuGH, Slg. 2001, I-5473 (5494 f. Rn. 47). Der Generalanwalt ging dabei – in Parallele zu den öffentlich finanzierten Privatschulen – von der fehlenden Entgeltlichkeit aus.

18 EuGH, Slg. 2001, I-5473 (5527 f. Rn. 49 f., 58) – *Smits*.

19 *Holoubek, M.*, in: Schwarze, EU-Komm., 2000, Art. 50 EG Rn. 8; *Kluth, W.*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 50 EG Rn. 12.

20 *Hakenberg, W.*, in: Lenz, EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 49/50 Rn. 16.

21 *Pache, E.*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 11 Rn. 21.

22 Vgl. *Kingreen, Th.*, NJW 2001, 3382 (3382) – zu Gesundheitsleistungen.

23 So etwa *Geiger, R.*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 48 EG Rn. 3; *Scheuer, A.*, in: Lenz, EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 48 Rn. 1; *Müller-Huschke, W.*, in: Schwarze, EU-Komm., 2000, Art. 48 EG Rn. 5; *Troberg, P.*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, 5. Aufl. 1997, Art. 58 EGV Rn. 4.

24 *Bröhmer, J.*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 48 EG Rn. 2; *Geiger, R.*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 48 EG Rn. 3; *Müller-Huschke, W.*, in: Schwarze, EU-Komm., 2000, Art. 48 EG Rn. 5.

25 *Staudenmeyer, D.*, WissR 27 (1994), 249 (272, 281).

2.2 Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG = Art. III-29 Verf-E)

Dienstleistungen i.S.d. Art. 49 EG (= Art. III-29 Verf-E) sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und nicht vom Schutzbereich einer anderen Grundfreiheit erfasst werden (vgl. Art. 50 Abs. 1 EG = Art. III-30 Abs. 1 Verf-E). Die Ausfüllung des Begriffs »Entgelt« stößt auf ähnliche Probleme, wie sie im Zusammenhang mit dem Merkmal »Erwerbstätigkeit« i.S.d. Art. 43 Abs. 2 EG diskutiert werden: Teils wird Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt,²⁶ teils lediglich verlangt, dass Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.²⁷ Wenn eine Privatschule in weitem Umfang öffentlich finanziert wird, d.h. ihre Bildungsleistungen unentgeltlich oder nur gegen relativ geringes Entgelt offeriert, fehlt es nach Auffassung des EuGH an der Entgeltlichkeit.²⁸ Da Art. 55 EG (= Art. III-35 Verf-E) die Art. 45 und 48 EG auf die Dienstleistungsfreiheit anwendet, stellen sich wiederum die soeben genannten Fragen (oben 2.1.1., 2.1.3.).

Soweit eine Privatschule in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt, ist häufig deren passive Komponente berührt: Auch die Dienstleistungsempfänger (Schüler und ihre Eltern) sind geschützt. Inländer, die ausländische Privatschulangebote in Anspruch nehmen, dürfen mithin im Ansatz nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie auf Angebote im Inland zugreifen.²⁹ Relevant kann dies etwa für die steuerliche Abzugsfähigkeit der Kosten für eine ausländische Privatschule sein.³⁰

3 Privatschulfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages bieten primär Schutz vor der staatlichen Gewalt. In jüngster Zeit wird die Europäische Union jedoch zunehmend selbst im Bildungsbereich tätig – wengleich ihre förmlichen Kompetenzen hier an sich eng begrenzt sind.³¹ So ist durchaus denkbar, dass Privatschulbetreiber nach Instrumenten zum Schutz vor der Gemeinschaftsgewalt suchen werden. Ein Instrument können Gemeinschaftsgrundrechte sein. Bislang gibt es keinen rechtsverbindlichen Grundrechtskatalog auf Ebene der Europäischen Union, wohl aber Gemeinschaftsgrundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze (unten 3.1). Absehbar ist, dass im Rahmen des Verfassungsvertrages für die Europäische Union die bislang lediglich feierlich proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union Rechtsverbindlichkeit erlangen wird (unten 3.2, 3.3.).

26 Vgl. EuGH, Slg. 1993, I-6447 (6469 Rn. 15, 17) – *Wirth*; *Staudenmeyer, D.*, WissR 27 (1994), 249 (281).

27 *Kluth, W.*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 50 EG Rn. 10; *Hakenberg, W.*, in: *Lenz, EGV*, 2. Aufl. 1999, Art. 49/50 Rn. 15; wohl auch EuGH, Slg. 1988, 5365 (5388 Rn. 17–19) – *Humbel*; deutlicher EuGH, Slg. 2001, I-5473 (5529 Rn. 58) – *Smits*. Siehe ferner BFH, Urteil vom 23.7.1997 – X R 49/96 (= juris-Dokument Nr. STRE975100560).

28 EuGH, Slg. 1988, 5365 (5388 Rn. 17–19) – *Humbel*; Slg. 1993, I-6447 (6469 Rn. 15–19) – *Wirth*; ebenso *Staudenmeyer, D.*, WissR 27 (1994), 249 (280); *Uebersohn, G.*, RdJB 1995, 100 (108).

29 Siehe auch BVerwG, DÖV 2003, 31 f.: Beamte dürfen Auslandsreisen unter den gleichen beihilferechtlichen Voraussetzungen in Anspruch nehmen wie Inlandsreisen.

30 Zur umstrittenen Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeit eines Schulgeldes für eine ausländische Privatschule siehe (verneinend) BFH, Urteil vom 23.7.1997 – X R 49/96 (= juris-Dokument Nr. STRE975100560) – im entschiedenen Fall wurde die ausländische Privatschule überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert; (bejahend) *Gonnella, R.*, DB 1994, 1395; *Meilicke, W.*, DB 1994, 1011 f.; *dens.*, DStZ 1996, 97 ff. – Vgl. ferner BFH, NJW 2002, 3573 (3574), der unter Hinweis auf EuGH, Slg. 1999, I-7641 (7665 Rn. 20, 22) – *Bent Vestergaard* – entschieden hat, dass die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen für einen Sprachkurs nicht mit der Begründung versagt werden dürfe, er habe nicht im Inland (sondern im EU-Ausland) stattgefunden.

31 Zur extensiven Nutzung der Kompetenzen für eine europäische Bildungspolitik siehe etwa *Berggreen-Merkel, I.*, RdJB 1998, 18 ff.; *dies.*, RdJB 2001, 133 ff.; *Caspar, J.*, RdJB 2001, 165 (175 ff.); *Fechner, F.*, RdJB 1996, 35 ff.

3.1 Privatschulfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts

Nach Art. 6 Abs. 2 EU achtet die Union »die Grundrechte, wie sie in der ... Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.« Dieser Vertragsartikel aus dem Jahre 1992 anerkennt im Nachhinein die langjährige Rechtsprechungspraxis des EuGH, der davon ausgeht, dass zum Primären Gemeinschaftsrecht auch ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze gehören, zu denen namentlich Gemeinschaftsgrundrechte zählen. Rechtserkenntnisquellen für Gemeinschaftsgrundrechte sind – wie in Art. 6 Abs. 2 EU beschrieben – insb. die EMRK und die gemeinsame Verfassungsüberlieferung. Im Laufe der Jahre hat der EuGH viele Grundrechte anerkannt. Die Privatschulfreiheit war jedoch niemals Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem EuGH. Er hat sich zu ihr also nicht geäußert. Eine Antwort auf die Frage, ob der EuGH die Privatschulfreiheit zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen rechnen würde, ist spekulativ, soll dennoch versucht werden.

3.1.1 Schutz der Privatschulfreiheit durch die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 enthält keine Regelungen zum Bildungsbereich. Gem. Art. 9 Abs. 1 EMRK zählt zwar zur Religionsfreiheit auch das Recht, die Religion durch einen »Unterricht« zu bekennen. Hierunter fällt aber nur der kirchliche, nicht der schulische Unterricht.³² Ergiebiger könnte das erste Zusatzprotokoll zur Konvention aus dem Jahr 1952 sein. Dessen Art. 2 verbürgt das Recht auf Bildung und verpflichtet die Unterzeichnerstaaten u.a. dazu, »das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.«

Die Unterzeichnerstaaten müssen daher den verschiedenen religiös-weltanschaulichen Überzeugungen der Eltern genügend Raum geben. Dieser Raum kann innerhalb des staatlichen Schulsystems geschaffen werden. Zu nennen ist einmal der Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 3 GG). Darüber hinaus ermöglicht Art. 12 Abs. 3, 4 und 6 nrw.LV staatliche Schulen, in denen die Schüler nach den Grundsätzen eines bestimmten Bekenntnisses oder einer bestimmten Weltanschauung erzogen werden.³³ Genügen solche Vorkehrungen, um Art. 2 1. ZP gerecht zu werden? Oder folgt aus Art. 2 mittelbar ein Recht auf Gründung von Privatschulen – zumindest mit Blick auf religiös oder weltanschaulich geprägte Privatschulen? Manche Literaturstimmen bejahen Letzteres und berufen sich dabei auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus dem Jahre 1976 zum Sexualkundeunterricht in Dänemark.³⁴ Diese Entscheidung bezog sich allerdings nicht auf die Gründungsfreiheit von Privatschulen. Das Gericht hat sich deshalb hierzu nicht festgelegt. Es wies aber auf Folgendes hin:³⁵ Bei den Verhandlungen zum 1. Zusatzprotokoll gab es Vorschläge, die Gründungsfreiheit für Privatschulen ausdrücklich zu verankern. Diese Forderungen konnten sich jedoch gerade nicht durchsetzen. Vor diesem Hintergrund ist eine gewisse Vorsicht angebracht, in Art.

32 Frowein, J. A., in: Frowein/Peukert, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 9 Rn. 11.

33 Näher Ennuschat, J., in: Löwer/Tettinger, Verfassung des Landes NRW, 2002, Art. 12 Rn. 18 ff.

34 Frowein, J. A., in: Frowein/Peukert, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 2 1. ZP Rn. 9 unter Hinweis auf EGMR, EuGRZ 1976, 478 ff. – *Kjeldsen*; im Ergebnis ebenso *Wildhaber, L.*, IntKommEMRK, Stand: Okt. 2000, Art. 2 1. ZP Rn. 50 f. m.w.N. zum Streitstand.

35 EGMR, EuGRZ 1976, 478 (483 Rn. 50) – *Kjeldsen*.

2 1. ZP die Privatschulgründungsfreiheit hineinzulesen. Kaum möglich ist es, aus Art. 2 1. ZP einen Anspruch auf finanzielle Förderung einer Privatschule abzuleiten.³⁶ Die Bundesrepublik Deutschland hat sich bei der Ratifizierung ausdrücklich die Auffassung zu eigen gemacht, dass Art. 2 1. ZP keine Verpflichtung des Staates zur finanziellen Unterstützung von Privatschulen begründet, »da diese Frage nach der übereinstimmenden Erklärung des Rechtsausschusses der Beratenden Versammlung und des Generalsekretärs des Europarates außerhalb des Rahmens der Konvention über Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie des Zusatzprotokolls liegt.«³⁷

Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle können daher kaum sichere Hinweise auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts liefern, der die Gründungsfreiheit von Privatschulen einschließt.

3.1.2 Privatschulfreiheit als Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der EU-Mitgliedstaaten

Entscheidend ist deshalb die Frage nach einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der EU-Mitgliedstaaten. Betrachtet man die einzelnen Verfassungen, können vier Gruppen unterschieden werden:

(1) In einigen Verfassungen ist ausdrücklich das Individualrecht zur Gründung einer Privatschule verankert. Neben Deutschland sind insb. Italien, die Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien zu nennen.³⁸ (2) Eine zweite Gruppe betont das Elternrecht zur Bestimmung der Schulerziehung der Kinder und damit zur Auswahl einer Privatschule. Besonders deutlich ist dies in Art. 42 Abs. 2 der irischen Verfassung: »Es steht den Eltern frei, für diese Erziehung in ihrer Privatwohnung, in Privatschulen oder in staatlich anerkannten oder vom Staat eingerichteten Schulen zu sorgen«. Ähnliche Regelungen enthalten die belgische und die dänische Verfassung. Mittelbar folgt aus dem Elternrecht dann die Freiheit zur Gründung von Privatschulen.³⁹ (3) Eine dritte Gruppe von Verfassungen kennt zwar nicht explizit die Gründungsfreiheit, setzt aber immerhin die Existenz von Privatschulen voraus. Dies betrifft Griechenland und Frankreich.⁴⁰ (4) Nur in den Staaten der vierten

36 Frowein, J. A., in: Frowein/Peukert, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 2 1. ZP Rn. 9; Meyer-Ladewig, J., EMRK, 2003, Art. 2 1. ZP Rn. 9.

37 BGBl. 1957 II, S. 226.

38 Siehe Art. 7 Abs. 4 GG, Art. 33 Abs. 3 u. 4 ital.Verf., Art. 23 Abs. 2, 5–7 nld.Verf., Art. 43 Abs. 4 port.Verf., Art. 27 Abs. 6 span.Verf. Die österreichische Bundesverfassung kennt zwar selbst keine Verbürgung der Privatschulfreiheit. Sie nimmt aber den Grundrechtskatalog des Staatsgrundgesetzes von 1867 in Bezug und macht ihn dadurch zu aktuellem Verfassungsrecht (Art. 149 Abs. 1 Nr. 1 österr.Verf.). 1867 war die Privatschulfreiheit bereits ausdrücklich verankert (Art. 17 des Staatsgrundgesetzes vom 21.12.1867 [RGBl. Nr. 142] über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder). Zu Österreich siehe Spielbühler, K., EuGRZ 1985, 437 (443).

39 Eurydice, Private Education in the European Union, Dez. 2000, S. 35, 41, 58.

40 Zu Griechenland siehe Art. 16 Abs. 8 griech.Verf. Dem Wortlaut nach weist diese Verfassungsnorm nur auf die Möglichkeit hin, dass ein Gesetz die Voraussetzungen und Bedingungen für Privatschulen regelt. Sie wird jedoch so verstanden, dass sie die Privatschulfreiheit umfasst, vgl. Eurydice, Private Education in the European Union, Dez. 2000, S. 69. – In Frankreich fehlt zwar im Verfassungstext jede Erwähnung der Privatschulen. Der Conseil Constitutionnel hat immerhin 1977 entschieden, dass die Freiheit der Erziehung ein grundlegendes Verfassungsprinzip i.S.d. Präambel zur französischen Verfassung von 1946 sei, die weiterhin Verfassungsrang habe, und die Koexistenz von öffentlichen und privaten Schulen legitimiere. Hierin ist vielleicht nicht die individuelle Privatschulfreiheit zu sehen, aber doch eine verfassungsrechtliche Anerkennung der Privatschulen. Siehe Eurydice, aaO, S. 80.

Gruppe gibt es in den Verfassungen keine Aussagen zu Privatschulen, so in Finnland, Luxemburg und Schweden.

Zusammengefasst bedeutet dies: 11 von 15 Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten kennen eine verfassungsrechtliche Anerkennung von Privatschulen. Diese fehlt nur in drei Verfassungen. Das Vereinigte Königreich bleibt außer Betracht, da es dort keine in einem Dokument zusammengefasste geschriebene Verfassung gibt.

Genügt dieser Befund für eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung? Dagegen könnte angeführt werden, dass ein luxemburgisches Mitglied des Grundrechte-Konvents im Jahre 2000 eine Verankerung der Privatschulfreiheit in der Grundrechte-Charta ablehnte und dies mit der fehlenden entsprechenden luxemburgischen Verfassungstradition begründete.⁴¹ Der EuGH stellt bei der Suche nach einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung jedoch nicht auf den kleinsten gemeinsamen Nenner ab, sondern nimmt einen wertenden Verfassungsvergleich vor – der einzelne »Ausreißer« in der Verfassungstradition ausgleichen könnte. Für eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung spricht, dass es selbst in Finnland, Luxemburg und Schweden Privatschulen gibt, die vom Staat finanziell unterstützt werden; auf einfachgesetzlicher Ebene ist jeweils die Freiheit zur Gründung von Privatschulen gesichert.⁴² Hinzu kommt, dass Art. 13 Abs. 3 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II, S. 1570) zur Zulassung von Privatschulen verpflichtet. Finnland, Luxemburg und Schweden haben diesen Pakt insoweit ohne Vorbehalte ratifiziert.⁴³

Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH bei der Prüfung, ob eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung vorliegt, bisweilen sehr zurückhaltend ist. Eine solche hat er etwa in der Frage, ob Geschäftsräume in den Schutzbereich der Wohnungsfreiheit fallen, abgelehnt, obwohl sich in den meisten Verfassungen entsprechende Regelungen fanden. Dem EuGH waren jedoch die Unterschiede in »Art und Umfang« des nationalen Schutzes zu groß.⁴⁴ Hier ist daran zu erinnern, dass die Privatschulen in den nationalen Verfassungen sehr unterschiedlich erfasst sind: Teils ist der Privatschulträger geschützt, teils das Wahlrecht der Eltern, teils findet sich eine eher objektive Anerkennung von Privatschulen. Womöglich wären diese Unterschiede Anlass genug für den EuGH, eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung zu verneinen.

Wenn zum 1.5.2004 die Europäische Union um 10 Mitglieder vergrößert wird, hat dies auch Einfluss auf die gemeinsame Verfassungsüberlieferung, sodass ein Blick auf die Verfassungen der Beitrittsländer lohnt. In Estland, Litauen, Polen und Zypern gibt es eine verfassungsrechtliche Verankerung der Individualfreiheit zur Gründung von Privatschulen.⁴⁵ In Polen tritt ein ausdrücklich gewährleistetes Elternrecht auf Auswahl einer Privatschule hinzu.⁴⁶ Etwas schwächer ist der verfassungsrechtliche Schutz der Privatschulfreiheit in der Slowakei und in der Tschechischen Republik, da dort die Errichtung von Privatschulen »nur unter im

41 Convent 35 (Charte 4332/00), Änderungsvorschlag 309.

42 Näher *Eurydice*, Private Education in the European Union, Dez. 2000, S. 25, 99 f., 120 ff., 127 f.

43 Nähere Informationen unter www.gesetze.ch/sr/0.103.1/0.103.1_004.htm. – Zu weiteren einschlägigen internationalen Verträgen siehe *Bernsdorff*, N., in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 14 Rn. 3.

44 EuGH, Slg. 1989, 2919 (2924, Rn. 17) – *Hoehst*; ebenso Slg. 1989, 3181 (3185, Rn. 14) – *Dow Chemical Ibérica*; anders zuvor der Schlussantrag des Generalanwalts *Mischo*, aaO, S. 2884 (2893, Rn. 103).

45 § 37 Abs. 2 estn. Verf., Art. 40 Abs. 2 lit. Verf., Art. 70 Abs. 3 S. 2 poln. Verf., Art. 20 Abs. 1 zyp. Verf.

46 Art. 70 Abs. 3 S. 1 poln. Verf.

Gesetz bestimmten Bedingungen möglich« ist.⁴⁷ Eine Verfassungsaussage zu Privatschulen fehlt in Lettland, Malta, Slowenien und Ungarn. Betrachtet man zusätzlich die Staaten, deren späterer Beitritt in die Europäische Union bereits absehbar ist, wird die Gruppe der Staaten, welche die Freiheit zur Gründung von Privatschulen verfassungsrechtlich explizit absichern, weiter vergrößert, und zwar durch Bulgarien, Kroatien und Rumänien.⁴⁸ Insgesamt verbreitert sich damit eher die Grundlage für eine gemeinsame Verfassungstradition zur Privatschulfreiheit.

3.2 Privatschulfreiheit in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Die Unsicherheit hinsichtlich eines Gemeinschaftsgrundrechts der Privatschulfreiheit wird zukünftig entfallen. Art. 14 Abs. 3 GRC verbürgt ausdrücklich die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten. Erfasst sind insb. Privatschulen. Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten wurde während der Konventsberatungen lebhaft diskutiert.⁴⁹ In der Diskussionsgrundlage zu Beginn des Konvents fehlte sie noch völlig.⁵⁰ Später wurde erwogen, das Elternrecht zur Wahl der Bildungsstätte in den Vordergrund zu stellen.⁵¹ In einem weiteren Entwurf wurde dem Elternrecht erstmals vorangestellt:⁵² »Die Gründung von Lehranstalten ist frei.« Gegen diesen Vorschlag gab es viel Kritik.⁵³ Einige Konventsmitglieder forderten die völlige Streichung des Bildungsartikels. Diese Forderung wurde mit der fehlenden Kompetenz der Europäischen Union für den Bildungssektor begründet.⁵⁴ Andere forderten die Streichung des Passus, der sich auf die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten bezog, weil sie ohne Staatskontrolle einen Missbrauch der Freiheit befürchteten – so etwa der Thüringer Minister für Bundes- und Europaangelegenheiten.⁵⁵ Beide Kritikpunkte wurden aufgegriffen, indem im endgültigen Text der Charta die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter zwei Vorbehalte gestellt wird: einmal die Achtung der demokratischen Grundsätze, ferner die einzelstaatlichen Gesetze.⁵⁶ Dies ermöglicht staatliche Kontrollen und sichert die einzelstaatliche Kompetenz zur Ausfüllung der Privatschulfreiheit. Die beiden Vorbehalte zielen im Übrigen mehr auf den Betrieb einer Privatschule als auf deren Gründung, sodass deutlich wird, dass Art. 14 Abs. 3 GRC über den Wortlaut hinaus nicht nur die Gründung von Privatschulen, sondern auch deren anschließenden Betrieb schützt.

Die Charta wurde vom Europäischen Rat in Nizza sowie vom Europäischen Parlament, vom Rat und von der Kommission im Dezember 2000 feierlich proklamiert, worin eine politi-

47 Art. 33 Abs. 3 der Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten vom 16.12.1992, die gem. Art. 3 tschech. Verf. Bestandteil der Verfassungsordnung der Tschechischen Republik ist. Ähnlich lautet Art. 42 Abs. 3 slowak. Verf.

48 Art. 53 Abs. 4 bulg. Verf., Art. 66 kroat. Verf., Art. 32 Abs. 4 rum. Verf.

49 Näher *Bernsdorff, N.*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 14 Rn. 5 ff.

50 Diskussionsgrundlage des Präsidiums vom 26.1.2000, Charta 4112/00.

51 Convent 8 (Charte 4137/00) vom 24.2.2000. In Art. 12 hieß es dort: »(2) Die Wahl der Bildungs- und Ausbildungsstätte ist frei. (3) Das Recht der Eltern, Erziehung und Bildung ihrer Kinder entsprechend ihren religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen, wird geachtet.«

52 Convent 13 (Charte 4149/00) vom 8.3.2000; ähnlich Convent 28 (Charte 4284/00) vom 5.5.2000.

53 Die Änderungsvorschläge sind zusammengestellt in Convent 35 (Charte 4332/00) vom 25.5.2000.

54 Etwa Änderungsvorschläge 296, 297, 298, 304, 309.

55 Änderungsvorschlag 303; siehe ferner *Bernsdorff, N.*, NdsVBl. 2001, 177 (181).

56 Convent 36 (Charte 4333/00) vom 4.6.2000.

sche Selbstbindung der Unionsorgane zu sehen ist.⁵⁷ Rechtsverbindlich ist die Charta zurzeit nicht, weil sie noch nicht in das Vertragswerk integriert ist.⁵⁸

3.3 Privatschulfreiheit in einer Verfassung der Europäischen Union

Diese Integration erfolgt voraussichtlich im Zuge eines europäischen Verfassungsvertrages. In den Beratungen des Verfassungskonvents hat sich die Auffassung durchgesetzt, die Artikel der Grundrechte-Charta unmittelbar in den Verfassungstext aufzunehmen. Selbst wenn die Grundrechte-Charta Teil einer europäischen Verfassung geworden ist, binden die Grundrechte in erster Linie die Europäische Union. Die Mitgliedstaaten sind an sie nur gebunden, wenn sie Europäisches Recht durchführen (vgl. Art. 51 GRC = Art. II-51 Verf-E). Die Europäische Union hat im Bildungsbereich bislang kaum Gesetzgebungskompetenzen (vgl. Art. 149 f. EG). Auch nach Art. III-182 f. Verf-E bleiben die gemeinschaftlichen Legislativkompetenzen begrenzt. Insoweit sind die unmittelbaren Auswirkungen von Art. 14 Abs. 3 GRC (= Art. II-14 Abs. 3 Verf-E) gering. Die Grundrechte der Charta und in einer Europäischen Verfassung beschreiben immerhin den Konsens über die Werteordnung in Europa.⁵⁹ Wenn Deutschland davon abweichen wollte, wäre dies rechtspolitisch legitimationsbedürftig. Indirekt können die EU-Grundrechte daher Rechtspolitik und Rechtslage in Deutschland beeinflussen.⁶⁰

4 Impulse des europäischen Schutzes der Privatschulfreiheit für die Entstaatlichung des Schulwesens in Deutschland

Die Entstaatlichungsdiskussion hat mittlerweile den Bildungsbereich erreicht. Einen Beitrag zur Entstaatlichung leisten die Privatschulen. Die Abschlussfrage in diesem Beitrag soll daher lauten: Gehen von der europäischen Dimension der Privatschulfreiheit Impulse für die Entstaatlichung des Schulwesens in Deutschland aus? Drei Aspekte seien herausgegriffen.

4.1 Staatliche Finanzförderung von Privatschulen

Besonders praxisbedeutsam ist die Frage, ob der Staat zur finanziellen Förderung von Privatschulen verpflichtet ist. Eine entsprechende Forderung wurde von Privatschulträgern an den Verfassungskonvent herangetragen⁶¹ – allerdings ohne Erfolg. Die Bestimmungen im Verfassungsentwurf vom 18.7.2003 stehen einer Anreicherung der europäischen Privatschulfreiheit um eine finanzielle Komponente entgegen.⁶²

Zu nennen ist einmal Art. II-52 Abs. 4 Verf-E: »Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt.« Wenn

57 ABl. EG C Nr. 364/1 vom 18.12.2000. Zur Selbstbindung siehe etwa *Alber, S.*, EuGRZ 2001, 349 ff.

58 Siehe etwa *Calliess, Chr.*, EuZW 2001, 261 (267). – Die Charta kann aufgrund ihrer Signalwirkung immerhin als Auslegungshilfe fungieren, so EuG, EuGRZ 2002, 266 (270 f., Rn. 48, 57); *Schwarze, J.*, FS Kirchhoff, 2002, 245 (249 f.); *Tettinger, P. J.*, NJW 2001, 1010.

59 *Zuleeg, M.*, EuGRZ 2000, 511 (516).

60 Ähnlich *Caspar, J.*, RdJB 2001, 165 (180). – Siehe auch *Robbers, G.*, FS Maurer, 2001, 425 (430): Der europäisch abgesicherten Privatschulfreiheit könne sich kein mitgliedstaatliches Recht mehr entziehen.

61 Siehe etwa die Erklärung des European Council for Steiner Waldorf Education »Bürgersinn, Europa und die Waldorfpädagogik« vom 24.6.2002, welche an die Mitglieder des Konvents gerichtet wurde.

62 Siehe auch *Bernsdorff, N.*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 14 Rn. 19. – Ergänzt sei, dass Art. 2 1. ZP zur EMRK keine Finanzansprüche begründet (oben 3.1.1.).

man also eine gemeinsame Verfassungstradition der Privatschulfreiheit zugrunde legt (dazu oben 3.1.2.), könnte der Verfassungsartikel zur Privatschulfreiheit (Art. II-14 Abs. 3 Verf-E) einen Förderanspruch nur dann unterstützen, wenn es eine entsprechende gemeinsame Verfassungsüberlieferung gibt. Daran fehlt es. Zwar sehen einige Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten ausdrücklich eine staatliche Förderung von Privatschulen vor.⁶³ In den Niederlanden ordnet die Verfassung sogar an, dass der Staat private Grundschulen nach demselben Maßstab aus öffentlichen Mitteln finanziert wie staatliche Schulen (Art. 23 Abs. 7 nld.Verf). Meistens fehlt eine ausdrückliche Verfassungsaussage zur Privatschulfinanzierung. Im Wege der Auslegung kann sich allerdings dennoch eine staatliche Förderpflicht ergeben. Dies gilt etwa für Deutschland mit Blick auf Art. 7 Abs. 4 GG.⁶⁴ Demgegenüber knüpft die italienische Verfassung die Privatschulfreiheit explizit an die Bedingung, dass durch die Gründung einer Privatschule dem Staat keine Belastungen entstehen (Art. 33 Abs. 3 ital.Verf).⁶⁵ Auch in Österreich gibt es keinen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch der Privatschulen auf finanzielle Förderung.⁶⁶ Insgesamt ist der Umfang der staatlichen Finanzierung in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich. Er reicht von 0 bis 100%⁶⁷ – keine hinreichende Basis für eine gemeinsame Verfassungstradition der finanziellen Privatschulförderung.

Gegen einen Finanzförderungsanspruch spricht des Weiteren Art. II-52 Abs. 6 Verf-E: »Den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ist, wie es in dieser Charta bestimmt ist, in vollem Umfang Rechnung zu tragen.« Die Privatschulfreiheit wird gem. Art. 14 Abs. 3 GRC (= Art. II-14 Abs. 3 Verf-E) nur »nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln.« Allein die Mitgliedstaaten entscheiden damit über den Umfang der staatlichen Privatschulfinanzierung. Gerade diese Klarstellung war übrigens einigen Vertretern im Grundrechte-Konvent ein Anliegen.⁶⁸

4.2 Privatschulfreiheit als Unterfall der unternehmerischen Freiheit

Das Präsidium des Grundrechte-Konvents hat den einzelnen Grundrechten der Charta Erläuterungen hinzugefügt. Zur Gründung von Lehranstalten in Art. 14 Abs. 3 GRC führt das Präsidium aus, dass diese Freiheit ein Aspekt der unternehmerischen Freiheit sei.⁶⁹ Zu einer ähnli-

63 Siehe Art. 42 Abs. 4 ir.Verf, Art. 23 Abs. 7 nld.Verf, Art. 27 Abs. 9 IX span.Verf; vgl. ferner Art. 70 Abs. 3 S. 3 poln.Verf.

64 Ob die Förderpflicht auch einen Anspruch auf staatliche (Mit-)Finanzierung von Privatschulen begründet, wird unterschiedlich beurteilt; bejahend *Robbers, G.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 3. Aufl. 1999, Art. 7 Rn. 210; *Jach, F.-R.*, DÖV 2002, 969 (973 ff.); a.A. *Richter, I.*, in: AK-GG, Stand: Aug. 2002, Art. 7 Rn. 61; *Ennuschat, J.*, in: Löwer/Tettinger, Landesverfassung NRW, 2002, Art. 8 Rn. 84; siehe ferner etwa *Schmitt-Kammler, A.*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 7 Rn. 62; *Umbach, D. C.*, in: ders./Clemens, GG, 2002, Art. 7 Rn. 207 ff. – Viele Landesverfassungen sind insoweit deutlicher, indem sie explizit einen Förderanspruch normieren, so Art. 14 Abs. 2, 15 Abs. 2 bw.LV, Art. 30 Abs. 6 S. 2 bbg.LV, Art. 4 Abs. 3 nds.LV, Art. 8 Abs. 4 S. 3, 9 Abs. 2 S. 3 nrw.LV (dazu *Ennuschat, J.*, aaO, Art. 8 Rn. 84 ff.), Art. 30 Abs. 3 rp.LV, Art. 28 Abs. 3 saarl.LV, Art. 102 Abs. 4 sächs.LV, Art. 28 Abs. 2 s-anh.LV, Art. 26 Abs. 2 thür.LV.

65 Dieses Verfassungsverbot staatlicher Privatschulfinanzierung wird in der Praxis allerdings u.a. dadurch aufgelockert, dass Privatschüler sowie ihre Eltern finanziell unterstützt werden können; näher *Eurydice*, Private Education in the European Union, Dez. 2000, S. 94 f.

66 *Spielbüchler, K.*, EuGRZ 1985, 437 (443), der zugleich auf verfassungsrechtlich abgesicherte kirchenvertragliche Verpflichtungen zur Privatschulförderung hinweist.

67 Mit einer gewissen Vergrößerung gilt, dass in den meisten EU-Mitgliedstaaten der Staat mehr als die Hälfte der Kosten von allgemeinbildenden Privatschulen trägt; siehe *Eurydice*, Private Education in the European Union, Dez. 2000, S. 25.

68 Siehe Convent 35 (Charte 4332/00), Änderungsvorschlag 297.

69 Zustimmend *Caspar, J.*, RdJB 2001, 165 (170).

chen Wertung gelangt man, soweit die Privatschulfreiheit von den wirtschaftsbezogenen Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erfasst wird. Zum Kontrast: Das BVerfG sieht die Privatschulfreiheit im Zusammenhang mit der Menschenwürde, der Entfaltung der Persönlichkeit, Religionsfreiheit und dem Elternrecht – und erwähnt gerade nicht die Berufs- und Gewerbefreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.⁷⁰

Das sich herauskristallisierende europäische Verständnis zielt auf eine Ökonomisierung der Bildung. Dies wäre ein Impuls in Richtung Entstaatlichung: Bildung wäre ein Gut, das auf dem Markt erbracht würde. Derzeit ist der Staat der größte Anbieter von Bildungsdienstleistungen. Bei strikt wirtschaftlicher Betrachtungsweise würde der Staat zum Fremdkörper auf dem Markt. Der Staat müsste sich aus seiner Rolle als Marktteilnehmer zurückziehen. Der Bildungsmarkt würde entstaatlicht. Bildungsangebot als unternehmerische Tätigkeit? Für viele Bildungsdienstleistungen trifft dies zu (z.B. Nachhilfeunterricht, juristische Repetitorien). Für die privaten Ersatzschulen setzt diese Einordnung aber vielfach einen falschen Akzent. Ein primär wirtschaftsbezogener Charakter der Privatschulfreiheit würde dem ideellen Zweck vieler Privatschulträger kaum gerecht werden. Aus Sicht der deutschen Länder ist es sogar ein gefährlicher Akzent: Wenn die Europäische Union die Tätigkeit von Privatschulen als unternehmerisch qualifiziert, besteht die Gefahr, dass diese Tätigkeit eines Tages dem Binnenmarkt zugeordnet wird – mit der Folge einer Kompetenzverschiebung von den Ländern zur Europäischen Union. Klargestellt sei daher, dass die Erläuterung des Präsidiums die zukünftige Auslegung nicht zwingend dirigiert.

4.3 Aufwertung der Privatschulen im Verhältnis zu den öffentlichen Schulen

Vergleicht man Art. 14 Abs. 3 GRC (= Art. II-14 Abs. 3 Verf-E) mit der Rechtslage in Deutschland, fällt auf, dass auf europäischer Ebene Privatschulen im Verhältnis zu öffentlichen Schulen um eine Nuance aufgewertet werden. Das Grundgesetz anerkennt in Art. 7 Abs. 4 GG zwar, dass die Privatschulen unmittelbar einen Beitrag zum Gemeinwohl liefern. Aber sie sind nur ein Ersatz für die öffentliche Schule, stehen quasi in der zweiten Reihe. Aus Sicht des Grundgesetzes sind Privatschulen damit die Ausnahme; Regelfall sind die öffentlichen Schulen (vgl. auch Art. 7 Abs. 3 GG). Im Grundschulbereich ist der Vorrang der öffentlichen Schule durch die Verfassung besonders deutlich hervorgehoben (Art. 7 Abs. 5 GG). Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist in der Europäischen Grundrechte-Charta kaum noch erkennbar. Und eben hierin liegt eine gewisse Aufwertung der Privatschulen. Selbst wenn diese Aufwertung eher atmosphärischer Natur ist, könnte sie die Diskussion zur Rolle der Privatschulen in Deutschland durchaus beeinflussen: Die Rolle der Privatschulen, die der sichtbarste Beitrag zur Entstaatlichung des Schulwesens sind, wird hervorgehoben.⁷¹

5 Zusammenfassung

Die Privatschulfreiheit kann ein Anwendungsfall wirtschaftlicher Grundfreiheiten des EG-Vertrages sein. Ob die Privatschulfreiheit bislang ein Gemeinschaftsgrundrecht gewesen ist, ist so sicher nicht, wenngleich dafür manches spricht. Spätestens durch die Grundrechte-Charta und durch die Verfassung der Europäischen Union wird die Privatschulfreiheit zu ei-

70 BVerfGE 75, 40 (62 f.); hierzu *Jach, F.-R.*, DÖV 2002, 969.

71 Für die Kirchen kann dies eine Aufforderung zur verstärkten Gründung von Privatschulen sein, vgl. *Robbers, G.*, FS Maurer, 2001, 425 (430). – Zur seit langem erhobenen Forderung der Privatschulträger nach völliger Gleichstellung der Privatschulen mit den öffentlichen Schulen siehe *Jach, F.-R.*, RdJB 1990, 300 ff.

nem europäischen Grundrecht. Hiermit verbunden sind ein Anstoß zur Ökonomisierung der Bildung sowie eine gewisse Akzentverschiebung im Verhältnis der privaten zur öffentlichen Schule. Beides bewirkt – kleine, aber womöglich nachhaltige – Impulse zur Entstaatlichung des Schulwesens in Deutschland.

*Verf.: Privatdozent Dr. Jörg Ennuschat, Institut für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre, Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln.
E-Mail: joerg.ennuschat@uni-koeln.de*