

# Der Vorrang der öffentlichen vor der privaten Bekenntnisgrundschule gem. Art. 7 Abs. 5 GG

Jörg Ennuschat

## 1 Einleitung: öffentliche Bekenntnisschulen – Auslaufmodell oder Zukunftsoption?

Der Staat des Grundgesetzes ist religiös-weltanschaulich neutral. Vor diesem Hintergrund mag es manche überraschen, dass das Grundgesetz öffentliche Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen ermöglicht, also z.B. evangelische oder katholische Grundschulen in kommunaler Trägerschaft. Diese Verfassungsoption des Art. 7 Abs. 5 GG nutzen heute nur noch NRW und – in allerdings sehr beschränktem Umfang – Niedersachsen.<sup>1</sup> Einige Stimmen in Politik<sup>2</sup> und Rechtswissenschaft<sup>3</sup> halten die öffentliche Bekenntnisschule für einen Anachronismus und plädieren für deren Abschaffung.

Die Zahl öffentlicher Bekenntnisschulen geht zurück.<sup>4</sup> Das liegt zum einen am langjährig zu beobachtenden allgemeinen Rückgang der Schülerzahlen, weshalb viele öffentliche Grundschulen – und darunter auch öffentliche Bekenntnisgrundschulen – geschlossen worden sind. Zum anderen führten die gesellschaftliche Säkularisierung und die wachsende Mobilität der Bevölkerung dazu, dass sich Grundschulen immer seltener in einem konfessionell homogenen Umfeld befinden, sodass manche Bekenntnisgrundschulen in Gemeinschaftsgrundschulen umgewandelt wurden.<sup>5</sup>

- 
- 1 Zur Rechtslage in Niedersachsen siehe jüngst *Beckermann, B.*, Verfassungsrechtliche Kontinuitäten im Land Oldenburg, 2016, S. 393 ff.
  - 2 Z.B. Bündnis 90/Die Grünen NRW, Landesdelegiertenkonferenz vom 14.6.2014: „Die Grundschule ist Schule für alle Kinder – keine Segregation nach Religion und Konfession.“ (<http://www.gruene-nrw.de/details/nachricht/die-grundschule-ist-schule-fuer-alle-kinder-keine-segregation-nach-religion-und-konfession.html>, Stand: 17.4.2018).
  - 3 Siehe z.B. *Thormann, M.*, Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule – Zum Verhältnis von Staat und Religion im deutschen Schulwesen, DÖV 2011, S. 945-954 (S. 950 f.); *Wolf, N.*, Nun sag, wie hast Du es mit der Religion? Die Abmeldung vom Religionsunterricht als Entlassungsgrund an staatlichen Schulen?, NWVBl. 2014, S. 251-255 (S. 251); *Wißmann, H.* (Interview), Der Staat ist religiös neutral, Generalanzeiger Bonn vom 8.2.2017 (<http://www.general-anzeiger-bonn.de/bonn/stadt-bonn/%E2%80%9EDer-Staat-ist-religi%C3%B6s-neutral%E2%80%9C-article3469345.html>, Stand: 17.4.2018).
  - 4 Im Schuljahr 2004/2005 gab es in NRW insgesamt 3.451 Grundschulen (inkl. 26 Ersatzschulen), davon 2.212 Gemeinschaftsschulen, 1.128 katholische, 109 evangelische und 2 (private) jüdische Bekenntnisschulen, sowie 733 Hauptschulen (inkl. 7 Ersatzschulen), davon 678 Gemeinschaftsschulen, 50 katholische und 5 evangelische Bekenntnisschulen. – Schuljahr 2016/17: 2.812 Grundschulen (inkl. 62 Ersatzschulen), davon 1.894 Gemeinschaftsschulen, 826 katholische (davon 3 Ersatzschulen), 89 evangelische (davon 22 Ersatzschulen) und 2 (private) jüdische Bekenntnisschulen, sowie 403 Hauptschulen (inkl. 8 Ersatzschulen), davon 363 Gemeinschaftsschulen, 35 katholische und 5 evangelische Bekenntnisschulen. – Angaben nach <https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Amtliche-Schuldaten/index.html>, Stand: 17.4.2018.
  - 5 Zur Schließung einer evangelischen Bekenntnisschule in kommunaler Trägerschaft siehe z.B. OVG NRW, Beschluss vom 11.8.2016 – 19 B 346/16, juris Rn. 11 f., 15. – Das 11. Schulrechtsänderungsgesetz vom 25.3.2015 (GVBl. 309) hat in NRW die Hürden für eine Umwandlung von Bekenntnisgrundschulen in Ge-

Die Verringerung der Anzahl öffentlicher Bekenntnisschulen bedeutet jedoch noch nicht, dass es sich um ein Auslaufmodell handelt. In NRW gab es im Schuljahr 2016/17 immerhin ca. 823 katholische und 67 evangelische Bekenntnisschulen in öffentlicher Trägerschaft, was in etwa einem knappen Drittel aller öffentlichen Grundschulen (2.750) entspricht.<sup>6</sup>

Womöglich wird die öffentliche Bekenntnisschule demnächst – nicht nur in NRW – zu einer neuen schulpolitischen Gestaltungsoption: Während weite Teile der Gesellschaft sich säkularisieren, wächst bei einigen Bevölkerungsgruppen die Bedeutung von Religion. Durchaus denkbar ist daher, dass islamische Bekenntnisgrundschulen in öffentlicher Trägerschaft der steigenden Religiosität dieser Bevölkerungsgruppen Rechnung tragen und zugleich deren Integration in Staat und Gesellschaft fördern.

## 2 Der Verfassungsrahmen der Bekenntnisschulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft

Das Grundgesetz gibt der öffentlichen Bekenntnisschule zunächst einen stabilen Rahmen (unten 2.1), schützt aber auch die private Bekenntnisschule (unten 2.2, 2.3). Insbesondere im Grundschulbereich normiert das Grundgesetz einen Vorrang der öffentlichen vor der privaten Bekenntnisschule (unten 2.4).

### 2.1 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Bekenntnisschulen, Art. 7 Abs. 5 GG

Die Zulässigkeit einer öffentlichen Bekenntnisschule folgt jedenfalls für Volksschulen (zum Begriff siehe unten 3.1) unmittelbar aus dem Grundgesetz, und zwar aus Art. 7 Abs. 5 GG, wie das BVerfG kürzlich klargestellt hat.<sup>7</sup> Die Zulassung eines Schülers zur öffentlichen Bekenntnisschule kann auch mit dessen Bereitschaft verknüpft werden, am Religionsunterricht teilzunehmen, sofern es in zumutbarer Entfernung eine Gemeinschaftsgrundschule gibt, wo eine Abmeldung vom Religionsunterricht möglich wäre.<sup>8</sup> Sofern die Erwartung, am Religionsunterricht teilzunehmen, als Eingriff in Art. 7 Abs. 2 GG zu werten sein sollte, läge in Art. 7 Abs. 5 GG eine verfassungsunmittelbare Rechtfertigung.<sup>9</sup>

Öffentliche Bekenntnisschulen stehen unter der Aufsicht des Staates (Art. 7 Abs. 1 GG). Zentrale Ziele der staatlichen Schulaufsicht sind die Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der Schüler, die Sicherstellung der Chancengleichheit und die Integration der jungen Generation in Staat und Gesellschaft. Öffentliche Bekenntnisschulen sind mithin ebenfalls

---

meinschaftsgrundschulen (oder umgekehrt) abgesenkt (§§ 26 f. SchulG NRW; dazu *Hartmann, S.*, Die staatliche Bekenntnisschule im Lichte des AGG, DÖV 2015, S. 875-880 (S. 875 f.)).

6 Zahlen errechnet auf Grundlage der Angaben in *Ministerium für Schule und Weiterbildung des Landes NRW (Hrsg.)*, Statistik-Telegramm 2016/17, März 2017, abrufbar unter: <https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Amtliche-Schuldaten/StatTelegramm2016.pdf>, Stand: 17.4.2018.

7 BVerfG, Beschluss vom 8.9.2017 – 1BvR 987/17, juris Os. 1 a, Rn. 23, 25, 26.

8 BVerfG, Beschluss vom 8.9.2017 – 1BvR 987/17, juris Rn. 27; BVerwG, NVwZ 2017, 1141 f. Rn. 6 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 9.9.2016 – 19 A 805/14, juris Rn. 27; a.A. *Wolf*, NWVBl. 2014, 251 (255); krit. auch *Wißmann, H.*, Schule und Religion: Entwicklungsphasen des Religionsverfassungsrechts, AL 2015, S. 1-7 (S. 7): „Rückfall in vormoderne Zustände“.

9 OVG NRW, Beschluss vom 9.9.2016 – 19 A 805/14, juris Rn. 27; differenzierend *Beckermann, B.*, Religionsunterricht in der Bekenntnisschule - Pflicht für alle?, NWVBl. 2014, S. 370-374 (S. 374).

Ort und Instrument der Integration.<sup>10</sup> Klargestellt sei überdies, dass die Kirchen außerhalb des Religionsunterrichts über keinerlei Mitwirkungsrechte im Bereich der öffentlichen Bekenntnisschulen verfügen.

## 2.2 Schutz der Privatschulfreiheit für private Bekenntnisschulen, Art. 7 Abs. 4 GG

Private Bekenntnisschulen stützen sich auf die Privatschulfreiheit gem. Art. 7 Abs. 4 GG. Die Privatschulfreiheit berechtigt Jedermann und damit auch Religionsgemeinschaften sowie die ihnen zugeordneten Organisationen.<sup>11</sup> Die Privatschulfreiheit wird im Ersatzschulbereich begrenzt durch die Genehmigungsvoraussetzungen gem. Art. 7 Abs. 4 GG. Art. 7 Abs. 5 GG formuliert zusätzliche Voraussetzungen für private Volksschulen gem. Art. 7 Abs. 5 GG.

## 2.3 Art. 7 Abs. 5 GG: Schranke der Privatschulfreiheit, keine Bereichsausnahme

Die letztgenannte Aussage sei deutlich hervorgehoben: Art. 7 Abs. 5 GG fungiert als Schranke der Privatschulfreiheit, nicht etwa als Bereichsausnahme. Diese Aussage ist nicht selbstverständlich. Unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung wurde für das Verhältnis von Art. 147 Abs. 1 WRV (der im Kern dem heutigen Art. 7 Abs. 4 GG entspricht) und Art. 147 Abs. 2 WRV (der Vorläufer von Art. 7 Abs. 5 GG ist) vertreten, dass Konfessionsschulen im Anwendungsbereich des Art. 147 Abs. 2 WRV nicht von der Privatschulfreiheit erfasst seien.<sup>12</sup> Noch heute gibt es prominente Stimmen, die unter Verweis auf die Weimarer Rechtslage Art. 7 Abs. 5 GG als Bereichsausnahme zur Privatschulfreiheit verstehen.<sup>13</sup> Der Volksschulbereich sei grundsätzlich aus der Privatschulfreiheit ausgeklammert.<sup>14</sup> Nur im Bereich der beiden in Art. 7 Abs. 5 GG genannten Ausnahmen sei die Privatschulfreiheit wiederhergestellt.<sup>15</sup> Das BVerfG teilt diese Sichtweise nicht, hat vielmehr Folgendes ausgeführt:<sup>16</sup> „Die (...) Privatschulfreiheit ist im Grundsatz auch für private Volksschulen im Sinne des Art. 7 Abs. 5 GG verbürgt.“ Die

10 Die politische Kritik an öffentlichen Bekenntnisschulen richtet sich allerdings auch gegen deren vorgebliche segregierende Wirkung (z.B. Beer [Bündnis 90/Die Grünen], LT NRW, PIPr. 16/8074). Hingewiesen sei darauf, dass private Bekenntnisschulen gleichfalls keine Segregation wollen, dieser vielmehr entgegen-treten; vgl. Heinig, H.M., in: ders./Munsonius, H. (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl. Heidelberg 2015, S. 243.

11 Mückl, S., in: Isensee, J./Kirchhoff, P. (Hrsg.), HdbStR VII, 3. Aufl. Heidelberg 2009, § 161 Rn. 16; Hense, in: Heimbach-Steins/Kruip, Kooperative Bildungsverantwortung, Bielefeld 2011, S. 89 (96); Heinig (Anm. 10), S. 240 f.; vgl. ferner Uhle, in: Beck-OK, GG, Stand: Okt. 2017, Art. 7 Rn. 73.

12 So jedenfalls Isensee, J., in: Muckel, S. (Hrsg.), FS Rübner, Berlin 2003, S. 355-380 (S. 360) unter Verweis auf Landé, W., Die Schule in der Reichsverfassung, 1929, Berlin, S. 158 f. – Bei Anschütz, G., WRV, 14. Aufl. Berlin 1933, Art. 147 Anm. 3, wird indessen Art. 147 Abs. 2 WRV in einen engen Zusammenhang mit dessen Absatz 1 gerückt. Die Privatschul-,freiheit“ steht ohnehin nicht im Fokus. – Zur Weimarer Rechtslage siehe auch Richter, I./Groh, B.-M., Privatschulfreiheit und gemeinsame Grundschule, RdJB 1989, S. 276-299 (S. 292 ff.).

13 BVerwG, NVwZ 1992, 1187 (1188); Isensee (Anm. 12), S. 365; so wohl auch VG Halle, LKV 1998, 495 (496); ähnlich ferner Eiselt, G., Art. 7 Abs. 5 GG im System des Privatschulrechts, DÖV 1988, S. 211-217 (S. 211), der die Eigenständigkeit der Regelung des Abs. 5 gegenüber Abs. 4 anführt.

14 BVerwG, NVwZ 1992, 1187 (1188).

15 So Isensee (Anm. 12), S. 365; wohl auch Doerfer-Kir, H., Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen islamischer Erziehung in Privatschulen und Koranschulen in Deutschland, Berlin 2017, S. 243.

16 BVerfGE 88, 40 (46 f.) = NVwZ 1993, 666 (667) – Hervorhebung nicht im Original.

Privatschulfreiheit umfasst in ihrem Schutzbereich damit insb. auch Bekenntnisgrundschulen. Art. 7 Abs. 5 beschreibt eine verfassungsunmittelbare Schranke.<sup>17</sup>

## 2.4 Offene Verfassungsfrage: Reichweite des Vorrangs der öffentlichen vor der privaten Bekenntnisschule

Verfassungsfragen wirft die öffentliche Bekenntnisschule vor allem mit Blick auf den Vorrang auf, der ihr durch Art. 7 Abs. 5 GG verschafft wird. Dabei stehen zwei Konstellationen im Vordergrund: **(1)** Gegenwärtig schließen die kommunalen Schulträger immer mehr öffentliche Bekenntnisschulen oder wandeln diese in Gemeinschaftsschulen um. Wenn die betroffene Kirche dann erwägt, die entstehende Lücke mit einer Schule in kirchlicher Trägerschaft zu schließen, kann dies an Art. 7 Abs. 5 GG scheitern, falls es in der Kommune noch mindestens eine öffentliche Grundschule mit der entsprechenden Bekenntnisprägung gibt.<sup>18</sup> **(2)** In Deutschland werden erste private islamische Grundschulen gegründet.<sup>19</sup> Sollten deren Zahl beträchtlich steigen und ein Landesgesetzgeber deshalb nachteilige Auswirkungen auf die Integration befürchten, könnte er islamische Grundschulen in öffentlicher Trägerschaft ermöglichen. Kommunen könnten dann durch Errichtung solcher Schulen mit Hilfe von Art. 7 Abs. 5 GG den Weg zur Gründung islamisch geprägter Grundschulen in freier Trägerschaft u.U. versperren.

In derartigen Konstellationen fragt sich dann, wie weit der Vorrang der öffentlichen Bekenntnisschule aus Art. 7 Abs. 5 GG vor der privaten Bekenntnisschule reicht.

- 
- 17 Ebenso z.B. *Jarass, H.D.* in: ders./Pieroth, B. GG, 14. Aufl. München 2016, Art. 7 Rn. 31; *Thiel, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 8. Aufl. München 2018, Art. 7 Rn. 72; *Geis, M.-E.*, Die Anerkennung des „besonderen pädagogischen Interesses“ nach Art. 7 Abs. 5 GG - Ein Beitrag zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, DÖV 1993, S. 22-29 (S. 25); *Kümper, B.*, Die Akzessorietät der privaten Ersatzschule zwischen Bundesverfassungsrecht und Landesrecht, VerwArch 107 (2016), S. 120-142 (S. 133); *Ladeur, K.-H.*, Genehmigung privater Konfessionsschulen, RdJB 1993, S. 282-288 (S. 284).
- 18 Diese Konstellation war Hintergrund für ein Rechtsgutachten, das der Verf. erstattet hat. Dieser Beitrag greift einige Überlegungen aus dem Rechtsgutachten auf.
- 19 Soweit ersichtlich, gibt es in Deutschland gegenwärtig nur eine explizit islamisch geprägte private Grundschule, die als Ersatzschule staatlich anerkannt ist, und zwar die 1989 gegründete Islamische Grundschule Berlin (Ersatzschule seit 1995, <http://www.islamische-grundschule.de/ueber-uns.html>). In München gab es die Deutsch-Islamische Schule als schon 1982 als Ersatzschule anerkannte Grundschule, die ihren Betrieb aber 2005 mangels fortgeltender Genehmigung einstellen musste (dazu BayVGh, BayVBl. 2006, 222 f.). In Bonn und Berlin gab es von 1995 bis 2017 als Ergänzungsschulen je eine zwölf Schuljahre umfassende Schule der König-Fahd-Akademie (zur Schließung siehe FAZ vom 30.8.2016, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/umstrittene-saudische-fahd-akademie-in-bonn-schliesst-14411622.html>). Geplante Gründungen privater islamischer Grundschulen in Mainz und in Stuttgart (dazu VG Stuttgart, NVwZ-RR 2004, 580) scheiterten. Eine ausführliche Darstellung zum Vorgenannten findet sich bei *Doerfer-Kir* (Anm. 15), S. 52 ff. – In Stuttgart gibt es eine BIL-Grundschule, die als Ersatzschule staatlich anerkannt ist (<http://www.bil-schulen.de/unserschule/primarstufe>). Die BIL-Schulen verzichten in der Außerdarstellung auf eine Bindung an das islamische Bekenntnis, sollen aber der islamischen *Gülen*-Bewegung nahe stehen (so *Rasche, U.*, „BIL“-SCHULEN IN DEUTSCHLAND: Gebildet, höflich, muslimisch, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bil-schulen-in-deutschland-gebildet-hoeflich-muslimisch-12110894.html>, Stand: 17.4.2018).

### 3 Der Vorrang der öffentlichen Volksschulen gem. Art. 7 Abs. 5 GG und seine Durchbrechungen

Soll eine private Grundschule (oder Hauptschule) gegründet werden, muss über die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG hinaus die Hürde des Art. 7 Abs. 5 GG überwunden werden. Dort heißt es: „Eine private Volksschule ist nur zuzulassen, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder, auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.“

#### 3.1 Volksschule: Grundschule und Hauptschule

Das BVerfG hat unlängst klargestellt, dass die Volksschule i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG neben der Grundschule auch die Hauptschule einschließt.<sup>20</sup> Das deckt sich mit dem früheren landesverfassungsrechtlichen Verständnis des Art. 12 Abs. 1 LV NRW a.F.: „Die Volksschule umfaßt die Grundschule (...) und die Hauptschule (...).“

#### 3.2 Vorrang der öffentlichen Grundschule und Hauptschule

Art. 7 Abs. 5 GG normiert einen Vorrang der öffentlichen Grundschule und auch der öffentlichen Hauptschule. In einer grundlegenden Entscheidung von 1992 verstand das BVerfG Art. 7 Abs. 5 GG als eine Absage an Klassen, Stände und sonstige Schichtungen. Deshalb sollen zumindest in den ersten Klassen Kinder aller Volksschichten zusammengefasst werden.<sup>21</sup> Auch heute entnimmt das BVerfG dem Art. 7 Abs. 5 GG eine „Wertentscheidung für eine grundsätzlich alle Schüler umfassende Volksschule“, die der Gesetzgeber zu beachten habe.<sup>22</sup> Die Schule für alle soll die gesellschaftliche Integration in die Gemeinschaft fördern, insb. Verständnis für die Lebenssituationen anderer wecken und eine Abschottung einzelner gesellschaftlicher Gruppen vermeiden.<sup>23</sup>

Diese Motive des Verfassungsgebers erfahren freilich eine Relativierung durch die schulische und gesellschaftliche Realität, wie auch das BVerfG einräumt: Die soziale Zusammenset-

20 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, Rn. 70 f. (= LKV 2015, 23 [27]); ebenso *Badura, P.*, in: Maunz, T./Dürig, G., GG, Stand: 81. EL Sept. 2017, Art. 7 Rn. 122; *Robbers, G.*, in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C., GG, 6. Aufl. München 2010, Art. 7 Rn. 227; *Jarass, H.D.* (Anm. 17), Art. 7 Rn. 35; **a.A.** z.B. VG Aachen, Urteil vom 29.4.2016 – 9 K 1365/12, juris Rn. 20; *Avenarius, H./Füssel, H.-P.* Schulrecht, 8. Aufl. Kronach/Köln 2010, Rn. 15.631; *Rux, J./Niehues, N.*, Schulrecht, 5. Aufl. München 2013, Rn. 1186; *Loschelder, W.*, in: Listl, J./Pirson, D., HdbStKirchR II, 2. Aufl. Berlin 1995, § 55, S. 511 (S. 533); *Eiselt* (Anm. 13), S. 212; *Isensee* (Anm. 12), S. 357; *Kümper, B.*, Konkurrenzsituationen zwischen öffentlichen und privaten Schulen aus Sicht des Bundesverfassungsrechts, DVBl. 2016, S. 225-233 (S. 226); *ders.* (Anm. 17), S. 134; *Vogel, J.P.* Zur Errichtung von Grundschulen in freier Trägerschaft - Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die bayerische Verwaltungspraxis, DÖV 1995, 587 (589); nur Grundschule; zweifelnd auch *Thiel* (Anm. 17), Art. 7 Rn. 72.

21 BVerfGE 88, 40 (49 f.) = NVwZ 1993, 666 (667); ähnlich *Jarass* (Anm. 17), Art. 7 Rn. 35; *Robbers* (Anm. 18), Art. 7 Rn. 223; *Kümper* (Anm. 18), S. 226; *ders.* (Anm. 17), S. 134; VG Dresden, Urteil vom 4.6.2015 – 5 K 1157/13, juris Rn. 91.

22 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, Rn. 71 (= LKV 2015, 23 [27]).

23 Siehe *Robbers* (Anm. 20), Art. 7 Rn. 223.

zung einer Grundschule hängt auch von ihrem faktischen oder rechtlichen Einzugsbereich ab.<sup>24</sup> Die Hauptschule kann die verfassungsrechtliche „Wertentscheidung für eine grundsätzlich alle Schüler umfassende Volksschule“ ohnehin nicht in die Praxis umsetzen, weil es neben der Hauptschule andere weiterführende Schulen gibt und schon immer gab.

### 3.3 Durchbrechungen des Vorrangs der öffentlichen Grundschule

Der Vorrang der öffentlichen Grundschule im Rahmen von Art. 7 Abs. 5 GG wird in zweifacher Weise durchbrochen: einmal dann, wenn bei einer privaten Schule die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt, zum zweiten auf Antrag von Erziehungsberechtigten dann, wenn die Schule als Gemeinschaftsschule, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht (näher unten 4.).

Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1992 sich zum Verhältnis der Absätze 4 und 5 des Art. 7 GG geäußert und dabei Folgendes herausgearbeitet: Beide Absätze stünden – wie schon ihre Regelungsvorbilder in der Weimarer Reichsverfassung – im „rechtssystematischen Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme“. Die Regel, d.h. die Privatschulfreiheit gem. Art. 7 Abs. 4 GG, sei jedoch verstärkt worden: Während es in Weimar lediglich eine „objektiv-rechtliche Pflicht zur Genehmigung von Privatschulen“ gegeben habe (Art. 147 Abs. 1 S. 2 WRV), sei dies im Grundgesetz „zu einem Grundrecht verstärkt“ worden. Diese Verstärkung der Regel verringert das Gewicht der Ausnahme:<sup>25</sup> „Eine »Aufstufung« der Regel verändert allerdings zugleich den verfassungsrechtlichen Rang der Ausnahme.“

Das hat Konsequenzen für die beiden Durchbrechungen des Vorrangs der öffentlichen Volksschule i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG: Diese sind privatschulfreiheitsfreundlich auszulegen und anzuwenden.<sup>26</sup>

## 4 Keine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde

Dieser Beitrag betrachtet nur die zweitgenannte Durchbrechung des Vorrangs der öffentlichen Grund- und Hauptschule, d.h. die private Bekenntnisschule.

### 4.1 Wann liegt eine Bekenntnisschule vor?

Zunächst ist zu ermitteln, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um eine Bekenntnisschule i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG zu bejahen. Der Begriff „Bekenntnisschule“ wird auch in der Landesverfassung NRW verwendet, und zwar in Art. 12 Abs. 2 und 3 LV NRW sowie indirekt in Art. 13 LV NRW. Darüber hinaus enthält Art. 8 Abs. 4 S. 1 LV NRW einen Verweis auf Art. 7

24 BVerfGE 88, 40 (49 f.) = NVwZ 1993, 666 (667).

25 BVerfGE 88, 40 (49) = NVwZ 1993, 666 (667); ebenso *Günther, T.*, Zur Zulässigkeit der Errichtung privater Volksschulen als Bekenntnisschulen religiös-ethischer Minderheiten nach Art. 7 Abs. 5 GG, Frankfurt am Main 2006, S. 67: „Akzentverschiebung“.

26 Vgl. *Geis* (Anm. 17), S. 29.

Abs. 5 GG und damit auch auf das dort enthaltende Tatbestandsmerkmal „Bekenntnisschule“. Schließlich wird Art. 7 Abs. 5 GG auch durch Art. 4 Abs. 1 LV NRW in Bezug genommen.<sup>27</sup>

Im Ansatz müssen hinsichtlich des Begriffsverständnisses zwei Unterscheidungen getroffen werden, und zwar (1.) zwischen dem grundgesetzlichen und dem landesverfassungsrechtlichen Verständnis und (2.) zwischen der Bekenntnisschule in öffentlicher und in freier Trägerschaft.

Der grundgesetzliche Gehalt von „Bekenntnisschule“ steht nicht zur Disposition des Landes. Auch kann das landesverfassungsrechtliche Begriffsverständnis die Auslegung einer Bestimmung des Grundgesetzes keinesfalls dirigieren. Diese Aspekte müssen jedoch nicht vertieft werden. Der Landesverfassungsgeber ging von der Identität der Begriffsverständnisse aus. Das folgt daraus, dass er in Art. 8 Abs. 4 S. 1 LV NRW auf den grundgesetzlichen Begriff verweist und parallel dazu – in Art. 12 Abs. 2 und 3 LV NRW – selbst verwendet.

Art. 7 Abs. 5 GG und Art. 8 Abs. 4 S. 1 LV NRW beziehen den Begriff der Bekenntnisschule zunächst auf eine Privatschule. Die private Bekenntnisschule wird sodann der öffentlichen Bekenntnisschule der Art nach gleichgestellt („Schule dieser Art“). Das deutet darauf hin, dass Grundgesetz und Landesverfassung Bekenntnisschulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft dasselbe Gepräge zuschreiben.<sup>28</sup>

Insgesamt wird man deshalb zugrunde legen können, dass Grundgesetz und Landesverfassung beim Begriff der Bekenntnisschule von demselben Verständnis ausgehen und dabei wesensmäßig nicht zwischen Bekenntnisschulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft unterscheiden.

Was also ist eine Bekenntnisschule im Sinne von Grundgesetz und Landesverfassung? Am aussagekräftigsten ist Art. 12 Abs. 3 S. 2 LV NRW, der eine Definition für den Begriff „Bekenntnisschule“ bietet: „In Bekenntnisschulen werden Kinder des katholischen oder des evangelischen Glaubens oder einer anderen Religionsgemeinschaft nach den Grundsätzen des betreffenden Bekenntnisses unterrichtet und erzogen.“ Diese Vorschrift stellt zugleich klar, dass unter „Bekenntnis“ keineswegs nur der katholische oder evangelische Glauben zu verstehen ist. Vielmehr können alle Religionen – darunter selbstverständlich auch die einzelnen Ausprägungen des Islams – Grundlage einer öffentlichen oder privaten Bekenntnisschule sein.<sup>29</sup>

Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 LV NRW stellt hinsichtlich des Bekenntnischarakters der Bekenntnisschule auf die Schülerschaft und auf die Prägung von Unterricht und Erziehung ab. Das deckt sich mit dem grundgesetzlichen Verständnis: Art. 7 Abs. 5 GG verlangt einen Antrag von Erziehungsberechtigten und geht dabei davon aus, dass diese einem bestimmten Bekenntnis angehören und für ihre – üblicherweise demselben Bekenntnis zugehörigen – Kinder eine Schule wünschen, die durch dieses Bekenntnis geprägt wird. Da Art. 7 Abs. 5 GG und Art. 12 Abs. 3 LV NRW nur auf das Bekenntnis abstellen, sind Organisationsfestigkeit und Organisationsform aus dem Bekenntnis erwachsener Religionsgemeinschaften unerheblich.<sup>30</sup>

27 Ennuschat, J., in: Löwer, W./Tettinger, P.J., LV NRW, Stuttgart 2002, Art. 8 Rn. 74; Kamp, M., in: Heusch, A./Schönenbroicher, K., LV NRW, Siegburg 2010, Art. 8 Rn. 62.

28 Auch zur Weimarer Zeit wurden öffentlichen und privaten Bekenntnisschulen dasselbe Bekenntnisgepräge zugeschrieben, so Vogel, J.P., Zulassungsvoraussetzungen für private Volksschulen, RdJB 1989, S. 299-310 (S. 305).

29 Langenfeld, Chr., Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, Tübingen 2001, S. 526; Doerfer-Kir (Anm. 15), S. 249.

30 Anders Langenfeld (Anm. 29), S. 527, die das Bestehen einer Religionsgemeinschaft als tauglichen Ansprechpartner für den Staat verlangt, wenn eine öffentliche Bekenntnisschule eingerichtet werden soll. – In der Praxis dürfte der Ansprechpartner in der Tat hilfreich sein. Art. 7 Abs. 5 GG und Art. 12 Abs. 3 LV NRW sehen bei der öffentlichen Bekenntnisschule allerdings keinerlei Mitwirkungsrechte der Bekenntnis-

Eine Bekenntnisschule muss also formale und materielle Kriterien erfüllen: Zu den formalen Kriterien gehören ein Mindestmaß an Bekenntnishomogenität der Schüler- und Elternschaft (unten 4.1.1) und des Lehrkörpers (unten 4.1.2), zu den materiellen die Bekenntnisprägung von Unterricht und Erziehung sowie des Schullebens (unten 4.1.3). Wann genau diese formalen und materiellen Kriterien erfüllt sind, ist in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht abschließend geklärt.<sup>31</sup>

#### 4.1.1 Grundsätzliche Bekenntnishomogenität der Schüler- und Elternschaft

Art. 12 Abs. 3 S. 2 LV NRW verlangt für eine katholische Bekenntnisschule „Kinder des katholischen (...) Glaubens“. So liegt es auf dem ersten Blick durchaus nahe, dass Art. 12 Abs. 3 LV NRW von einem Mindestanteil katholischer Schüler ausgeht. Allerdings stößt die Ableitung einer exakt bezifferten verfassungsrechtlichen Untergrenze auf Schwierigkeiten. In der (teils älteren) Literatur werden z.B. Mindestanteile von 50 bis 80 % katholischer Schüler genannt;<sup>32</sup> andere wollen nur einzelne konfessionsfremde Schüler zulassen.<sup>33</sup> In Niedersachsen gibt der Gesetzgeber eine Höchstquote bekenntnisfremder Schüler von 30 % vor, wobei durch die Schulaufsicht im Einzelfall oder durch Verordnung Abweichungen zugelassen werden können (§ 129 Abs. 3 NSchulG).

Gesetzgeber, Schulverwaltung und Rechtsprechung in NRW vermeiden hingegen starre Grenzwerte. Zunächst weist das OVG NRW zu Recht darauf hin, dass bei einer öffentlichen Bekenntnisschule es irrelevant ist, ob der Anteil bekenntniszugehöriger Schüler einen bestimmten Schwellenwert erreicht oder nicht, weil eine Bekenntnisschule diese Eigenschaft erst dann verliert, wenn sie in einem besonderen Verfahren (§ 27 Abs. 3 und 4 SchulG NRW) umgewandelt wird.<sup>34</sup> Sofern es um die nötige Schülerzahl für die Errichtung oder Auflösung einer Bekenntnisschule geht, hat das OVG NRW bekenntnisfremde Eltern bekenntnisangehörigen Eltern gleichstellt werden, sofern diese die bekenntnisgeprägte Unterrichtung ihrer Kinder „voll und ganz bejahen“. <sup>35</sup> Sollen hingegen bei einem Bewerberüberhang die Schulplätze verteilt werden, genießen bekenntnisangehörige Kinder einen Vorrang vor bekenntnisfremden Kindern.<sup>36</sup>

Festzuhalten ist daher: Grundgesetz und Landesverfassung NRW gehen davon aus, dass es etwa auf einer katholischen Bekenntnisschule auch katholische Kinder gibt, ohne fixe Mindestquoten vorzugeben. Der Fokus liegt nicht nur auf dem formalen Aspekt der Bekenntnishomo-

---

gemeinschaft vor, verlassen sich vielmehr darauf, dass die Bekenntnisprägung der öffentlichen Bekenntnisschule durch die individuellen religiösen Überzeugungen von Lehrern, Schülern und Eltern erreicht wird. Bei einer privaten Bekenntnisschule wäre zu fragen, ob der Träger bereit und in der Lage ist, die Bekenntnisprägung zu sichern. Der Träger muss aber keine verfasste Religionsgemeinschaft sein.

- 31 Hierzu aus der neueren Literatur u.a. *Ennuschat* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 7 f.; *Kamp* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 6; *Haas, A.*, Das Grundrecht auf Errichtung privater Volksschulen nach Art. 7 Abs. 4 und 5 GG, *Norderstedt* 2010, S. 132 f.
- 32 Nachweise bei *Ennuschat* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 8; *Kamp* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 6.
- 33 *Rux/Niehues* (Anm. 20), Rn. 1204.
- 34 OVG NRW, Beschluss vom 9.9.2016 – 19 A 805/14, juris Rn. 32, 25; VG Aachen, Beschluss vom 11.8.2015 – 9 L 661/15, juris Rn. 16.
- 35 OVG NRW, Beschluss vom 31.5.2013 – 19 B 1191/12, juris Rn. 28; ähnlich Beschluss vom 4.9.2013 – 19 B 1042/13, juris Rn. 11; VG Aachen, Beschluss vom 11.8.2015 – 9 L 661/15, juris Rn. 8.
- 36 OVG NRW, NVwZ-RR 2016, 581 (582 Rn. 10).

genität der Schüler- und Elternschaft, sondern auch auf dem inhaltlichen Wunsch der Eltern nach bekenntnisgeprägter Beschulung.

#### 4.1.2 Grundsätzliche Bekenntnishomogenität des Lehrkörpers

Vielfach gefordert wird ferner ein Mindestmaß an Bekenntnishomogenität der Lehrerschaft.<sup>37</sup> Bezogen auf die öffentlichen Bekenntnisschulen gibt § 26 Abs. 6 S. 2 bis 4 SchulG NRW Folgendes vor: „An Bekenntnisschulen müssen (1.) die Schulleiterin oder der Schulleiter und (2.) die übrigen Lehrerinnen und Lehrer dem betreffenden Bekenntnis angehören. Sie müssen bereit sein, im Sinne von Absatz 3 Satz 1 an diesen Schulen zu unterrichten und zu erziehen. Zur Sicherung des Unterrichts sind Ausnahmen von Satz 2 Nummer 2 zulässig.“

Diese einfachrechtliche Regelung bewegt sich innerhalb des durch Grundgesetz und Landesverfassung gezogenen Rahmens, ohne diesen authentisch und abschließend auszufüllen. Zu berücksichtigen ist vielmehr, dass die Lehrer – anders als die „Kinder“ in Art. 12 Abs. 3 LV NRW und anders als die „Erziehungsberechtigten“ in Art. 7 Abs. 5 GG – in den verfassungsrechtlichen Bestimmungen nicht genannt werden. Die Konfessionsangehörigkeit der Lehrer ist somit nur mittelbar von Relevanz, und zwar für die Gewährleistung der materiellen Bekenntnisprägung. Überdies ist zu erwägen, dass die formale Bekenntniszugehörigkeit der Lehrkräfte, wie sie § 26 Abs. 6 S. 2 SchulG NRW verlangt, besonders wichtig bei einer öffentlichen Bekenntnisschule ist, weil dort die Kirche keinen unmittelbaren Einfluss auf Unterricht, Erziehung und Schulleben hat und deshalb auf Bekenntnisträger angewiesen ist. Anders ist dies bei einer kirchlichen Privatschule, wo der Schulträger in Ausübung der Privatschulfreiheit gem. Art. 7 Abs. 4 GG das Recht zur eigenverantwortlichen Gestaltung des Unterrichts mit Blick auf die Erziehungsziele, die religiös-weltanschauliche Basis und die Lehrinhalte hat und zudem die Lehrer selbst auswählen kann.

Deshalb gibt es gewisse Parallelen zu den vorstehenden Ausführungen zur Bekenntnishomogenität der Schüler- und Elternschaft: Der Fokus liegt nicht nur auf dem formalen Aspekt der Bekenntniszugehörigkeit, sondern auch – sogar mehr – auf dem materiellen Aspekt der Bekenntnisprägung von Unterricht, Erziehung und Schulleben.

#### 4.1.3 Bekenntnisprägung von Unterricht und Erziehung sowie des Schullebens

Mindestens so bedeutsam wie die formellen Aspekte ist mithin der materielle Aspekt: die Bekenntnisprägung von Unterricht, Erziehung und Schulleben. Diese Bekenntnisprägung beschränkt sich nicht auf den Religionsunterricht.<sup>38</sup> Bekenntnisgeprägter Religionsunterricht wird vielmehr an allen öffentlichen Schulen angeboten, sofern es sich nicht um bekenntnisfreie Schulen bzw. Weltanschauungsschulen handelt (Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 S. 1 LV NRW). Zur Bekenntnisschule wird eine Schule deshalb erst dann, wenn Unterricht und Erziehung auch außerhalb des Religionsunterrichts bekenntnisgeprägt sind. Eine Schule wird dann von einem Bekenntnis geprägt, „wenn deren ganzheitliches Gedankensystem für die Gestal-

37 Siehe z.B. BVerwG, NVwZ 1992, 1187; VG Minden, Beschluss vom 30.8.2013 – 8 L 538/13, juris Rn. 24; anders aber OVG NRW, Beschluss vom 17.3.2009 – 19 B 1314/07, juris Rn. 8. – Zur Vereinbarkeit dieses Erfordernis mit dem AGG siehe krit. *Hartmann* (Anm. 5), S. 876 ff.

38 *Isensee* (Anm. 12), S. 367.

tung von Erziehung und Unterricht in den verschiedenen Fächern nicht nur methodisch, sondern auch inhaltlich – bei der Behandlung der jeweils berührten Sinn- und Wertfragen – grundlegend ist und wenn Elternschaft, Schüler und Lehrer – abgesehen von offenzuliegenden Ausnahmen – eine gemeinsame weltanschauliche Überzeugung haben oder annehmen wollen.<sup>39</sup>

Die Bekenntnisprägung muss eine Mindestschwelle überschreiten, um eine Bekenntnisschule annehmen zu können. Eine abstrakte Bestimmung der Mindestschwelle ist jedoch nicht möglich, ebenso wenig eine Vorgabe zur Art und Weise der Bekenntnisprägung. Beispielhaft genannt werden in Literatur und Rechtsprechung die Einhaltung der religiösen Riten oder Festtage, regelmäßige Schulgottesdienste und (tägliche) Andachten.<sup>40</sup> Die deutschen Bischöfe haben Qualitätskriterien für Katholische Schulen zusammengestellt, welche u.a. der Bekenntnisprägung dienen. Genannt werden dort z.B. regelmäßige Gottesdienste, die Anregung zum persönlichen und gemeinschaftlichen Gebet, eine Schulkapelle oder andere geschützte Räume, Schulpastoral, Wanderungen zu Zeugnissen des Christentums in der Heimat, Verbindung mit der Pfarrgemeinde, Einbeziehung kirchlicher Jugendarbeit in die Schularbeit oder die religiöse Fortbildung der Lehrer.<sup>41</sup>

Erforderlich ist die Zuordnung des Bekenntnisses zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft (so auch ausdrücklich Art 12 Abs. 3 S. 2 LV NRW für öffentliche Bekenntnisschulen in NRW). Eine konfessionsübergreifende (allgemein-)christliche Bekenntnisschule soll nach ganz überwiegender Auffassung keine Bekenntnisschule, sondern vielmehr eine Gemeinschaftsschule i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG sein.<sup>42</sup> Auch in einer konfessionellen Schule kann bekenntnisfremder Religionsunterricht angeboten werden, ohne dass durch die Bekenntnisprägung vereitelt wird (vgl. § 26 Abs. 7 SchulG NRW).

Wenn diese Merkmale erfüllt sind, ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht von einer Bekenntnisschule i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG auszugehen.

## 4.2 Keine öffentliche Volksschule „dieser Art“

Nach Art. 7 Abs. 5 GG kann eine private Volksschule als Bekenntnisschule nur genehmigt werden, wenn „eine öffentliche Schule dieser Art“ in der Gemeinde nicht besteht. Eine öffentliche Schule entfaltet eine Sperrwirkung also dann, wenn sie selbst eine Bekenntnisschule ist. Dies gilt auch dann, wenn die öffentliche Bekenntnisschule in der Intensität ihrer Bekenntnisprägung deutlich hinter der privaten Bekenntnisschule zurückbleibt bzw. die private Bekenntnisschule eine besonders intensive und umfassende Bekenntnisprägung anstrebt.<sup>43</sup> Eine Schule „dieser Art“ liegt nur vor, wenn es sich um dasselbe Bekenntnis handelt. Eine evangelische Bekenntnisschule in öffentlicher Trägerschaft sperrt etwa nicht eine private mennonitische Bekenntnisschule.<sup>44</sup>

39 VG Stuttgart, NVwZ-RR 2004, 580.

40 VG Aachen, Urteil vom 29.4.2016 – 9 K 1365/12, juris Rn. 44; *Haas* (Anm. 29), S. 133.

41 Die deutschen Bischöfe Nr. 90, Qualitätskriterien für Katholische Schulen. Ein Orientierungsrahmen, 31.5.2009, S. 22 ff., 41; abrufbar unter: [http://www.katholische-schulen.de/Portals/0/PDF/DBK\\_Dokumente/DBK\\_90.pdf](http://www.katholische-schulen.de/Portals/0/PDF/DBK_Dokumente/DBK_90.pdf), Stand: 17.4.2018.

42 *Jarass* (Anm. 17), Art. 7 Rn. 37; *Thiel* (Anm. 16), Art. 7 Rn. 75.

43 OVG NRW, KirchE 29, 43 (51); *Ennuschat* (Anm. 27), Art. 8 Rn. 81.

44 VG Aachen, Urteil vom 29.4.2016 – 9 K 1365/12, juris Rn. 45.

### 4.3 Was ist unter „Gemeinde“ i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG zu verstehen?

Bezogen auf die zweite Ausnahmemöglichkeit gem. Art. 7 Abs. 5 GG ist vor allem zu fragen, was unter „Gemeinde“ zu verstehen ist? Ist auf die Gemeinde im politisch-körperschaftsrechtlichen Sinne abzustellen oder auf den Einzugsbereich der öffentlichen Schule dieser Art? Zu dieser Problematik gibt es in Rechtsprechung und Literatur kaum Aussagen, was dadurch zu erklären ist, dass sie außerhalb von NRW weitgehend an Praxisrelevanz verloren hat.<sup>45</sup> Wird das Problem explizit behandelt, herrscht, soweit ersichtlich, die Auffassung vor, dass Bezugspunkt nicht die politische Gemeinde, sondern der schulische Einzugsbereich ist.<sup>46</sup>

#### 4.3.1 Auslegung des Merkmals „in der Gemeinde“: Einzugsbereich der öffentlichen Schule dieser Art

Wie also ist das Merkmal „in der Gemeinde“ auszulegen? Die Entstehungsgeschichte von Art. 7 Abs. 5 GG verdeutlicht, dass der Parlamentarische Rat an die Vorgängernorm des Art. 147 Abs. 2 WRV anknüpfen wollte, dabei der Wendung „in der Gemeinde“ jedoch keine Aufmerksamkeit geschenkt hat.<sup>47</sup> In der Weimarer Literatur gibt es gewisse Hinweise, dass die politische Gemeinde gemeint ist.<sup>48</sup> Dieser Frage wurde jedoch augenscheinlich wenig Bedeutung beigemessen. So wird in der Kommentarliteratur zur Weimarer Reichsverfassung das Merkmal „in der Gemeinde“ nicht näher erläutert.<sup>49</sup> Die historische Interpretation bleibt so letztlich unergiebig.

Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 5 GG spricht eher dafür, auf die politische Gemeinde (bzw. in der Terminologie von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV: bürgerliche Gemeinde) abzustellen, d.h. auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Diese Sichtweise scheint in systematischer Hinsicht zunächst eine Bestätigung zu finden: Der Begriff „Gemeinde“ wird in zahlreichen Bestimmungen des Grundgesetzes verwendet (z.B. Art. 28 Abs. 2, 84 Abs. 1 S. 7, 106 Abs. 5, Art. 137 Abs. 1 GG), und zwar durchgängig i.S.d. politischen Gemeinde. Im Rahmen der systematischen Interpretation sind freilich weitere grundrechtliche Vorgaben im Blick zu behalten, vor allem die Privatschulfreiheit nach Art. 7 Abs. 4 GG. Art. 7 Abs. 4 und 5 stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis.<sup>50</sup> Im Allgemeinen gilt der methodische Grundsatz, dass Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind, zumal dann, wenn sie die Ausnahme zu einer grundrechtlichen Freiheit darstellen.

Die maßgeblichen Auslegungsdirektiven dürften sich hier aus der teleologischen Interpretation ergeben. Art. 7 Abs. 5 GG löst das Spannungsverhältnis zwischen zwei verfassungsrechtlich geschützten Belangen auf: Den einen Pol bildet das Verfassungsziel einer „Schule für alle“ im Grundschulbereich. Gegenpol ist das Grundrecht der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 2 GG, für ihre Kinder eine bekenntnisgeprägte Beschulung zu wählen oder nicht. Dieses Wahl-

45 Ähnlich *Isensee* (Anm. 11), S. 355.

46 In diesem Sinne z.B. *Ennuschat* (Anm. 27), Art. 8 Rn. 81; *Haas* (Anm. 29), S. 143; *Vogel* (Anm. 28), S. 307; *Ladewig* (Anm. 17), S. 288.

47 JöR n.F. Bd. 1 (1951), S. 112 f.

48 *Landé, W.*, in: *Anschütz, G./Thoma, R.* (Hrsg.), *HdbDtStR II*, Tübingen 1932, § 107, S. 690-724 (S. 719): „innerhalb der Einzelgemeinde“.

49 *Anschütz* (Anm. 12), Art. 147 Anm. 3; *Giese, F.*, *WRV*, 7. Aufl. Berlin 1926, Art. 147 Anm. 4.

50 BVerfGE 88, 40 (49) = NVwZ 1993, 666 (667); dazu oben 3.3.

recht soll gem. Art. 7 Abs. 5 GG zuvörderst innerhalb der öffentlichen Schulen ausgeübt werden, aber nur dann, wenn die öffentliche Hand selbst Bekenntnisschulen bereitstellt. Falls es keine öffentlichen Schulen „dieser Art“ gibt, dann verschafft Art. 7 Abs. 5 GG den Eltern ein Wahlrecht zwischen der öffentlichen (Gemeinschafts-)Schule und der privaten Bekenntnisschule.

Dieses verfassungsgeschützte Wahlrecht muss auch tatsächlich ausgeübt werden können und darf nicht faktisch leer laufen.<sup>51</sup> Deshalb muss die öffentliche Bekenntnisschule erreichbar sein. Es genügt also nicht, dass irgendwo in der Gemeinde eine öffentliche Bekenntnisschule dieser Art vorhanden ist, diese aber im konkreten Fall zu weit entfernt liegt, um erreicht werden zu können. Gerade in flächenmäßig großen Gemeinden ist dieser Fall nicht unrealistisch.

Maßgeblich ist deshalb nicht die Gemeindegrenze, sondern der Einzugsbereich der öffentlichen Bekenntnisschule.

### 4.3.2 Bemessung des Einzugsbereichs

Die räumliche Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisschule wird somit durch deren Einzugsbereich gezogen. Wie aber ist der Einzugsbereich zu bestimmen?

#### 4.3.2.1 Schuleinzugsbereiche i.S.d. § 84 Abs. 1 SchulG NRW – allenfalls Indizwirkung

Nach § 84 Abs. 1 SchulG NRW „kann“ der Schulträger durch Rechtsverordnung ein räumlich abgegrenztes Gebiet als Schuleinzugsbereich bilden. Diese Schuleinzugsbereiche vermögen jedoch nicht das Merkmal „in der Gemeinde“ i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG auszufüllen. Zunächst handelt es sich nur um eine örtliche Rechtsverordnung und schon deshalb um kein Instrument zur Verfassungsinterpretation. Vor allem verfolgen diese Schuleinzugsbereiche nicht den Zweck, das Spannungsverhältnis zwischen dem Verfassungsziel „Schule für alle“ und dem verfassungsrechtlich geschützten Elternwahlrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 2 GG aufzulösen. Sie dienen vielmehr der gleichmäßigen Auslastung der öffentlichen Schulen und der Lenkung der Schülerströme innerhalb des öffentlichen Schulwesens.<sup>52</sup> Letztgenannter Zweckrichtung entspricht es, dass der Anspruch auf Aufnahme in die nächstgelegene *öffentliche* Grundschule nicht besteht, wenn der Schulträger Schuleinzugsbereiche festgelegt hat und der Schüler nicht in diesem Bereich wohnt (siehe §§ 46 Abs. 3, 84 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW). Die Schuleinzugsbereiche sollen aber nicht die Schülerströme zwischen dem öffentlichen und dem freien Schulwesen lenken. Hinzu kommt, dass die Kommunen als Schulträger nicht verpflichtet sind, von dem Steuerungsinstrument der Schuleinzugsbereiche Gebrauch zu machen. Vielerorts gibt es deshalb keine Rechtsverordnungen i.S.d. § 84 Abs. 1 SchulG NRW.

51 Dieses Wahlrecht wurde im Landtag anlässlich des 11. Schulrechtsänderungsgesetzes hervorgehoben. Siehe etwa *Birkhahn* (CDU), LT-PIPr. 16/7676: „Wenn wir sagen, dass Elternwahlrecht möglich sein muss, muss letztlich auch sichergestellt sein, dass die letzte Bekenntnisschule vor Ort erhalten bleibt; denn sonst ist das Elternwahlrecht wieder nur eine Farce.“; *dies.*, aaO, S. 8073: „Deswegen möchten wir hinzufügen: Elternwahlrecht bedeutet auch, dass die letzte Bekenntnisschule erhalten bleiben muss; denn sonst ist dieses Elternwahlrecht wieder karikiert.“

52 *Van den Hövel, W.*, in: Jülich, C./van den Hövel, W., *Schulrechtshandbuch NRW*, Stand: Dez. 2017, § 84 SchulG Rn. 1.

Die Schuleinzugsbereiche gem. § 84 Abs. 1 SchulG NRW sind somit allenfalls als Indiz zu werten, ob die beantragte private Bekenntnisschule in den verfassungsrechtlich relevanten Einzugsbereich einer öffentlichen Schule „dieser Art“ i.S.d. Art. 7 Abs. 5 GG fällt.

#### 4.3.2.2 Kerneinzugsbereich als unterer Orientierungswert zur Bestimmung der räumlichen Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisschule

Die Bestimmung des Einzugsbereichs einer öffentlichen Bekenntnisschule weist Besonderheiten auf, zumal dann, wenn es sich um die *einzig*e öffentliche Bekenntnisschule in einer Gemeinde handelt. Dazu ist in der Rechtsprechung Folgendes ausgeführt worden:<sup>53</sup> „Die Beklagte hat dabei erkannt, dass der Schulart der Bekenntnisschule insofern besondere Bedeutung zukommt, als bei einer einzigen Bekenntnisschule grundsätzlich das gesamte Gemeindegebiet als Einzugsgebiet in Betracht kommt und mithin der Verweis auf andere Schulen als »nähergelegene« nicht statthaft ist.“

Fällt also der Einzugsbereich einer öffentlichen Bekenntnisschule doch mit dem Gemeindegebiet zusammen? Diese Frage kann u.U. bejaht werden, und zwar (nur) im Schülerfahrtkostenrecht. Der Schulträger erstattet unter bestimmten Voraussetzungen die Schülerfahrtkosten, aber lediglich bis zur nächstgelegenen Schule; siehe dazu § 9 Abs. 1 SchfkVO NRW: „Nächstgelegene Schule ist die Schule der gewählten Schulform, bei Grund- und Hauptschulen auch der gewählten Schulart“<sup>54</sup>(...).“

Dies bedeutet: Wenn es nur eine öffentliche Bekenntnisschule gibt, dann werden die entsprechenden Schülerfahrtkosten erstattet, obwohl es andere (Gemeinschafts-)Grundschulen gibt, die leichter zu erreichen sind. Bedeutsamer für die Überlegungen in diesem Beitrag ist eine andere Einsicht der vorstehend zitierten Gerichtsentscheidung: Das VG Minden billigt, dass der Schulträger neben dem allgemeinen (weiteren) Einzugsbereich auf einen (engeren) Kerneinzugsbereich abstellt. Dieser Begriff sei, so das VG Minden, keineswegs unzulässig.<sup>55</sup>

Gerade mit Blick auf öffentliche Bekenntnisgrundschulen operiert die Schulverwaltung mit dem Begriff des Kerneinzugsbereichs. Wenn es nur eine einzige/einzelne Bekenntnisgrundschule/n in einer Gemeinde gibt, wird/werden diese typischerweise von zwei Schülergruppen besucht: zum einen von denen, die in unmittelbarer Umgebung wohnen, zum anderen von Schülern des gesamten Gemeindegebietes, deren Eltern eine bekenntnisgeprägte Beschulung wünschen und dafür bereit sind, den Nachteil eines längeren – u.U. sogar an sich unzumutbar weiten – Schulweges in Kauf zu nehmen. Als Kerneinzugsbereich stufen Schulverwaltung und Rechtsprechung dabei den Nahbereich der Bekenntnisgrundschule ein.

Wengleich der Begriff des Kerneinzugsbereichs für das Recht der Schülerfahrtkosten bzw. für die Schulentwicklungsplanung entwickelt worden ist – und nicht im Hinblick auf die Ausfüllung der Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 5 GG –, verhilft er doch zur Bestimmung einer Untergrenze der räumlichen Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisgrundschule: Sofern die kirchliche Bekenntnisgrundschule innerhalb des Kerneinzugsbereichs der öffentlichen Bekenntnisgrundschule errichtet werden soll, wäre dies nach Art. 7 Abs. 5 GG unzulässig, weil eine öffentliche Grundschule „dieser Art in der Gemeinde besteht“.

53 VG Minden, Urteil vom 13.12.2013 – 8 K 3519/12, juris Rn. 24.

54 Unter „Schulart“ ist in NRW die Unterscheidung in Gemeinschafts-, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule zu verstehen (§ 26 Abs. 1 SchulG NRW).

55 VG Minden, Urteil vom 13.12.2013 – 8 K 3519/12, juris Rn. 24.

#### 4.3.2.3 Zumutbarkeit der Schulweglänge als oberer Orientierungswert zur Bestimmung der räumlichen Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisschule

Weitere Anhaltspunkte zur Bestimmung des Einzugsbereichs der öffentlichen Bekenntnisschule könnte Art. 13 LV NRW liefern. Eine Norm des Landesrechts kann freilich keine Grundgesetznorm ausfüllen, dennoch aber Auslegungshinweise bieten. In Art. 13 LV NRW heißt es: „Wegen des religiösen Bekenntnisses darf im Einzelfalle keinem Kinde die Aufnahme in die öffentliche Schule verweigert werden, falls keine entsprechende Schule vorhanden ist.“

Aus Art. 13 LV NRW folgt ein Anspruch des bekenntnisfremden (z.B. evangelischen) Kindes auf Aufnahme in eine öffentliche (z.B. katholische) Bekenntnisschule, falls keine passende (im Beispiel: evangelische) öffentliche Bekenntnisschule (und keine öffentliche Gemeinschaftsschule) vorhanden ist.<sup>56</sup> Die entsprechende Schule ist dann „nicht vorhanden“, wenn der Schulweg für das Kind selbst unter Berücksichtigung öffentlicher Verkehrsmittel unzumutbar weit oder zu gefährlich wäre.<sup>57</sup>

Wann liegt eine Unzumutbarkeit der Schulweglänge vor? Diese Frage wird zumeist im Schülerfahrerkostenrecht behandelt. Zu berücksichtigen ist dabei zunächst die Soll-Vorgabe des § 13 Abs. 3 S. 2 SchfKVO NRW: „Für Schülerinnen und Schüler der Grundschule (...) soll eine Schulwegdauer von insgesamt mehr als einer Stunde nicht überschritten werden; (...).“ Der Schulweg je Wegstrecke soll also maximal 30 Minuten betragen.<sup>58</sup> Die äußerste (Zumutbarkeits-)Grenze liegt jedoch höher. In Rechtsprechung und Literatur werden für Grundschüler bis zu 45 Minuten je Wegstrecke für noch zumutbar gehalten.<sup>59</sup> Wenn besondere Umstände hinzutreten, sollen für Grundschüler sogar noch längere Schulwege zumutbar sein, z.B. im ländlichen Raum oder dann, wenn eine Ersatzschule statt der öffentlichen Schule gewählt wird.<sup>60</sup>

Relevant ist die Frage der Zumutbarkeit der Schulweglänge ferner mit Blick auf die staatliche Schullerichtungspflicht i.S.d. Art. 8 Abs. 3 S. 1 LV NRW. Insoweit gelten ähnliche Anforderungen an die (Un-)Zumutbarkeit der Schulweglänge.

Die Unzumutbarkeit des Schulweges i.S.d. des Schülerfahrerkostenrechts und der Schullerichtungspflicht beschreibt den oberen Orientierungswert der räumlichen Sperrwirkung: Spätestens dann, wenn der Schulweg zu einer öffentlichen Bekenntnisschule unzumutbar weit oder zu gefährlich ist, entfällt die Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisschule. Zu beachten ist jedoch Folgendes: Im Schülerfahrerkostenrecht und auch bei der Schullerichtungspflicht geht es um die Grenzen sozialstaatlich fundierter Leistungspflichten des Staates. Das Erfordernis der Zumutbarkeit beschreibt also das Mindestmaß staatlicher Leistungen. Im Rahmen von Art. 7 Abs. 4 und 5 GG geht es hingegen um grundrechtliche Freiheiten. Die Untergrenze der staatlichen Leistungspflicht darf daher nicht mit der Obergrenze grundrechtlicher Freiheit gleichgesetzt werden.

56 *Ennuschat* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 5; ebenso *Kamp* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 4.

57 *Ennuschat* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 5; ebenso *Kamp* (Anm. 27), Art. 13 Rn. 4.

58 Die Rechtsprechung in NRW stellt dabei auf die Zeitdauer ab, die bei einem Privatfahrzeug anfällt; so OVG NRW, Beschluss vom 30.11.2016 – 19 B 984/16, juris Rn. 28.

59 OVG Nds., Beschluss vom 29.9.2009 – 2 LA 585/07, juris Rn. 6 (= NdsVBl. 2010, 18 f.); VG Braunschweig, Beschluss vom 10.7.2003 – 6 B 174/02, juris Rn. 22; VG Cottbus, Urteil vom 23.5.2014 – 1 K 789/13, juris Rn. 22; *Rux/Niehues* (Anm. 18), Rn. 1342. – Siehe ferner OVG Nds., Urteil vom 8.4.2015 – 2 KN 351/13, juris Rn. 36, 70: 31 Minuten je Wegstrecke sei vergleichsweise unproblematisch.

60 VG Hannover, Urteil vom 5.5.2003 – 6 A 5712/02, juris Rn. 25, 29 f.; ähnlich VG Braunschweig, Beschluss vom 11.1.2006 – 6 B 506/05, juris Rn. 30, 39, 41: 55 Minuten je Wegstrecke.

Deshalb liefert die (Un-)Zumutbarkeit zwar einen wichtigen Orientierungswert.<sup>61</sup> Die tatsächliche Reichweite der räumlichen Sperrwirkung kann gleichwohl hinter dem Radius zurückbleiben, der durch die (Un-)Zumutbarkeit der Schulweglänge gezogen wird.

#### 4.3.2.4 Bemessung der räumlichen Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisgrundschule im Einzelfall

Mit Blick auf die Schullerichtungspflicht gem. Art. 8 Abs. 3 S. 1 LV NRW, auf den Aufnahmeanspruch aus Art. 13 LV NRW und auf das Schülerfahrtkostenrecht sind Maßstäbe zur (Un-)Zumutbarkeit entwickelt worden. Diese können schon aus Gründen der Normenhierarchie, aber auch wegen der unterschiedlichen Zwecke und Zielrichtungen nicht unbesehen herangezogen werden, um die Anforderungen des Art. 7 Abs. 5 GG zu konkretisieren. Sie liefern aber immerhin Orientierungswerte zur Bestimmung der räumlichen Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisgrundschule.

Den unteren Orientierungswert bildet der Kerneinzugsbereich (= die nähere Umgebung) der öffentlichen Bekenntnisschule. Den oberen Orientierungswert bildet die äußerste Grenze der Zumutbarkeit des Schulweges. Bei einer Grundschule soll diese Grenze grundsätzlich bei 45 Minuten je Wegstrecke liegen. Wird eine besondere Schule gewünscht, soll die Zumutbarkeitsgrenze noch etwas höher liegen. Nochmals klargestellt sei, dass der obere Orientierungswert an sich dazu dient, die maximale Grenze staatlicher Leistungspflichten zu umreißen. Diese Grenze darf nicht mit der Grenze grundrechtlicher Freiheit gleichgesetzt werden.

Vor diesem Hintergrund dürfte es angemessen sein, die tatsächliche räumliche Sperrwirkung etwa in der Mitte zwischen dem Kerneinzugsbereich und den äußersten Grenzen zumutbarer Schulweglänge anzusetzen, d.h. bei ca. 30 Minuten.

### 4.3.3 Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisschule nur bei hinreichender Kapazität

Ergänzt sei noch Folgendes: Die Sperrwirkung einer öffentlichen Bekenntnisschule nach Art. 7 Abs. 5 GG wird nur ausgelöst, wenn deren Kapazitäten ausreichen, um die Nachfrage von Eltern nach bekenntnisgeprägter Beschulung zu befriedigen.<sup>62</sup> Ist der Bewerberüberhang so groß, dass die betroffenen Kinder genügen würden, um den Betrieb einer Bekenntnisschule in freier Trägerschaft zu ermöglichen, dann fehlt es insoweit an einer „Schule dieser Art“. Die betroffenen Schüler, welche die öffentliche Bekenntnisschule mangels ausreichender Kapazität nicht besuchen können, befinden sich in derselben Situation, als gäbe es von vornherein keine öffentliche Bekenntnisschule. Dann wäre die Gründung einer Bekenntnisschule in freier Trägerschaft gem. Art. 7 Abs. 5 GG zuzulassen. Wenn später die Kapazitäten der öffentlichen Bekenntnisschule rechnerisch wieder genügen sollten, lässt dieser nachträgliche Umstand die einmal erteilte Zulassung der freien Bekenntnisschule unberührt.<sup>63</sup>

61 Ähnlich *Vogel* (Anm. 28), S. 307: „Gemeinde« wird deshalb verfassungskonform als »Einzugsbereich« verstanden werden müssen, dessen Ausdehnung sich an der Zumutbarkeit der Schulwege *orientiert*.“ – Hervorhebung nicht im Original. – Eine engere Anlehnung an die Grenze zumutbarer Schulweglänge nimmt *Haas* (Anm. 29), S. 143, vor.

62 Ebenso *Haas* (Anm. 29), S. 143.

63 So etwa BVerfGE 88, 40 (54) zum Parallelfall, dass das besondere pädagogische Interesse an einer Privatschule an sich entfällt, weil das öffentliche Schulwesen z.B. deren reformpädagogische Ansätze adaptiert hat.

#### 4.4 Antrag von Erziehungsberechtigten

Art. 7 Abs. 5 GG verlangt einen Antrag der Erziehungsberechtigten. Daraus folgt nicht, dass die Erziehungsberechtigten zugleich – etwa als Mitglieder eines Trägervereins – Schulträger sein müssen. Als Schulträger kommen vielmehr von den Eltern unabhängige juristische Personen in Betracht, die der Kirche zugeordnet sind. Nötig sind dann zwei Anträge: zum einen der Antrag des Schulträgers auf Genehmigung der Ersatzschule gem. Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG, zum anderen ein Antrag von Erziehungsberechtigten<sup>64</sup> auf Zulassung einer Ausnahme gem. Art. 7 Abs. 5 GG. Der Antrag gem. Art. 7 Abs. 5 GG kann auch gemeinsam vom Schulträger und den Erziehungsberechtigten gestellt werden.<sup>65</sup> Diesen Antrag müssen zumindest so viele Erziehungsberechtigte unterstützen, dass die Errichtung einer kleinen Eingangsklasse möglich erscheint.<sup>66</sup>

#### 4.5 Anspruch auf Zulassung einer privaten Bekenntnisschule

Zu klären ist schließlich, welche Rechtsfolge eintritt, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der zweiten Ausnahme gem. Art. 7 Abs. 5 GG (und die Genehmigungsvoraussetzungen nach Art. 7 Abs. 4 GG) erfüllt sind. Teils wird ein gewisses Ermessen der Genehmigungsbehörde bejaht, das z.B. dazu dienen soll, eine flächendeckende Zulassung privater Bekenntnisgrundschulen zu verhindern.<sup>67</sup> Gegen die Einräumung von Ermessen spricht jedoch der Wortlaut des Art. 7 Abs. 5 GG: „ist (...) zuzulassen“. Bei Vorliegen der Zulassungs- und Genehmigungsvoraussetzungen muss die private Bekenntnisgrundschule deshalb zugelassen werden.<sup>68</sup> Über die objektiv-rechtliche Pflicht zur Zulassung hinaus besteht zudem ein subjektiv-rechtlicher Zulassungsanspruch.<sup>69</sup> Das folgt aus dem Genehmigungsanspruch aus Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG.

### 5 Fazit zur räumlichen Sperrwirkung der öffentlichen Bekenntnisschule gem. Art. 7 Abs. 5 GG

Wenn eine Bekenntnis- oder Weltanschauungsgrundschule in freier Trägerschaft errichtet werden soll, muss zunächst geklärt werden, ob es in der jeweiligen Stadt oder Gemeinde eine entsprechende Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule in öffentlicher Trägerschaft gibt. Wenn dies der Fall ist, dürfen sich die Einzugsbereiche der öffentlichen und der beantragten kirchlichen Bekenntnisschule nicht substantiell überschneiden. Die Einzugsbereiche bestimmen sich insbesondere anhand der Schulweglänge, wobei – bei starker Vergrößerung – ein Radius von ca. 30 Minuten zugrunde zu legen ist. Die Sperrwirkung greift jedoch nur, wenn die Kapazität

64 VG Stuttgart, NVwZ-RR 2004, 580 (582): Eine bloße Anmelde- oder Unterschriftenliste, die der Träger einreicht, genügt nicht; es sei ein höherer Grad an Verbindlichkeit nötig.

65 Haas (Anm. 29), S. 142.

66 Haas (Anm. 29), S. 152; Eiselt (Anm. 13), S. 212; Isensee (Anm. 12), S. 366.

67 In diese Richtung wohl Thiel (Anm. 17), Art. 7 Rn. 75 Fn. 331.

68 Avenarius/Füssel (Anm. 20), Rn. 15.633.

69 Jarass (Anm. 17), Art. 7 Rn. 37; Isensee (Anm. 11), S. 364; Doerfer-Kir (Anm. 15), S. 267; ähnlich Rux/Niehues (Anm. 20), Rn. 1200: Es sei möglich, die Genehmigung zu erzwängen.

der öffentlichen Bekenntnisschule ausreicht, um im Einzugsbereich die Nachfrage von Eltern nach bekenntnisgeprägter Beschulung zu befriedigen.

*Verf.: Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes. Verwaltungsrecht, Ruhr-Universität Bochum, 44801 Bochum, E-Mail: joerg.ennuschat@rub.de*