Die staatliche Genehmigung und Anerkennung von Ersatzschulen in Baden-Württemberg

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. J. Wilfried Kügel, Stuttgart*

Die Rechtsgrundlagen für die staatliche Genehmigung und Anerkennung von Ersatzschulen sind ausgehend vom Urteil des Staatsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 06.07.2015 – 1 VB 130/13 – durch das Gesetz zur Änderung des Privatschulgesetzes und dessen Vollzugsverordnung vom 27.09.2017 mit Wirkung zum 01.08.2017 in wichtigen Bereichen erheblich geändert worden. Dies wird zum Anlass genommen, nachfolgend einen vertieften Überblick über die rechtlichen Anforderungen an die staatliche Genehmigung und Anerkennung von Ersatzschulen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der baden-württembergischen Verwaltungsgerichte und der Verwaltungspraxis des Schulaufsichtsbehörden im Land zu geben.

I. Einführung

Die Zahl der Privatschulen in Baden-Württemberg nimmt kontinuierlich zu. Derzeit werden an Privatschulen ca. 159 000 Schüler unterrichtet. Dies entspricht einem Anteil von 10,4 % von allen im Land in Schulen unterrichteten Schülern.[1] Die Gründe hierfür sind vielfältig[2] und zeugen davon, dass der vom BVerfG geforderte Bildungspluralismus[3] nachhaltig gelebt wird.

Nach dem GG haben die Länder die ausschließliche Kompetenz zur Regelung des Privatschulwesens (Art. 30, 70 ff. GG). Der Bund hat gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine für das Privatschulwesen bedeutsame konkurrierende Zuständigkeit für die Zulassung zu anderen Heilberufen (sog. Heilhilfsberufe).[4] Die Kompetenz des Bundes beschränkt sich für die Heilhilfsberufe aber darauf, die das Berufsbild ausmachenden Qualitätsanforderungen zu vereinheitlichen, um Mindeststandards festzulegen. Die Substanz des Ausbildungsrechts muss bei den Ländern verbleiben.[5]

Die Kompetenz zur Regelung des Privatschulwesens ist in materieller Hinsicht durch Art. 7 Abs. 4 GG beschränkt.[6] Art. 7 Abs. 4 GG gewährleistet unter den dort genannten Voraussetzungen unter Absage an ein staatliches Schulmonopol die Freiheit, Privatschulen zu errichten. Kennzeichnend für die Privatschule ist ein Unterricht eigener Prägung, insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte.[7]

Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet es i. S. eines Jedermann-Grundrechts, Privatschulen zu errichten. Die Errichtung von Privatschulen als Ersatz für eine im Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule ist jedoch an das Erfordernis der Erteilung einer staatlichen Genehmigung nach Landesrecht gebunden (Genehmigungsvorbehalt des Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG).[8] Das Genehmigungserfordernis hat den Sinn, die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen zu schützen.[9] Es kommt darauf an, ob im Kern gleiche Kenntnisse und Fertigkeiten vermittelt werden, unbeschadet eines von einer eigenen weltanschaulichen Basis aus eigenverantwortlich geprägten Unterrichts mit darauf abgestellten Lehrmethoden und Lehrinhalten. Insofern wird keine Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen verlangt, sondern nur eine Gleichwertigkeit.[10]

Anders verhält es sich bei Ergänzungsschulen, für die es keine entsprechenden öffentlichen Schulen gibt oder für die solche nicht vorgesehen sind. Ergänzungsschulen sind vom Träger vor der Aufnahme des Unterrichts bei der oberen Schulaufsichtsbehörde anzuzeigen (§ 15 Abs. 2 PSchG).

In Baden-Württemberg ergibt sich der Genehmigungsvorbehalt aus § 4 Abs. 1 PSchG.[11] Zuständig sind die oberen Schulaufsichtsbehörden, mithin das Regierungspräsidium, in dessen Bezirk der Privatschulträger beabsichtigt, eine Schule in freier Trägerschaft zu errichten.

Die Erteilung der Genehmigung setzt voraus, dass die Ersatzschule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird (Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG). Zugleich muss die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend gesichert sein (Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Privatschulträger einen grundrechtlich abgesicherten und einklagbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung der Ersatzschule.[12]

Von der Grundrechtsgewährleistung des Art. 7 Abs. 4 GG ist nicht die staatliche Anerkennung von Ersatzschulen erfasst. Mit der im Landesrecht verankerten Anerkennung wird einer genehmigten Ersatzschule das Recht eingeräumt, selbstständig Prüfungen abzuhalten, Zeugnisse zu erteilen und die öffentlich-rechtlichen Zugangsberechtigungen wie die Hochschulreife oder Fachhochschulreife oder die Berechtigung zur Führung ei-

* Der Autor ist Rechtsanwalt sowie Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Seniorpartner der Kanzlei Kleiner Rechtsanwälte PartmbB mit Büros in Stuttgart/Mannheim/Düsseldorf.

1 Siehe hierzu https://www.privatschulberatung.de. Der Begriff „Schüler" steht für Schülerinnen und Schüler.

2 Vgl. etwa *Ogorek*, DÖV 2010, 341, 342.

3 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.03.1994 – 1 BvR 682/88, 1 BvR 712/88 – juris, Rn. 31.

4 Zu diesen zählen: Altenpfleger/-in, Ergotherapeut/-in, Logopäde/-in, Physiotherapeut/-in, Masseur/-in und medizinischer Bademeister/-in, Pharmazeutischer/-e Assistent/-in, Diätassistent/-in, Krankenpfleger/-in, Orthopist/-in.

5 BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvR 1/01, Rn. 276 – juris (zum Altenpflegegesetz des Bundes).

6 Auf die Besonderheiten der Genehmigung von Freien Waldorfschulen gem. § 3 Abs. 2 S. 1 PSchG und Schulen nach § 3 Abs. 2 S. 2 PSchG sowie die Zulassung privater Volksschulen nach Art. 7 Abs. 5 GG soll nachfolgend nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu etwa *Gayer*, in: Ebert, Schulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl., § 3 PSchG Rn. 2.

7 BVerfG, Beschl. v. 08.06.2011 – 1 BvR 759/08, 1 BvR 733/09 – juris, Rn. 15; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 7 Rn. 103.

8 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 (grundlegend); VGH BW, Urt. v. 03.05.2018 – 9 S 653/16, VBlBW 2018, 455, 457.

9 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 28.

10 BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 1 BvR 682/88, 712/88 – juris, Rn. 55; BVerwG, Beschl. v. 29.04.2019 – 6 C 141/18 – juris, Rn. 27. Umgesetzt in Baden-Württemberg durch § 5 Abs. 2 PSchG.

11 Gesetz für die Privatschulen in freier Trägerschaft (Privatschulgesetz – PSchG) i. d. F. v. 01.01.1990, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 10.10.2017 (GBl. S. 251).

12 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 21; *Thiel*, in: Sachs, GG, 8. Aufl., Art. 7 Rn. 68; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., Art. 7 Rn. 188. Anders *Ogorek*, DÖV 2010, 341, 344, der einen Rechtsanspruch aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG herleiten will.

ner Berufsbezeichnung zu verleihen. Insoweit fordert die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, dass für die Anerkennung einer Ersatzschule das Prinzip der Gleichartigkeit im Verhältnis zur entsprechenden öffentlichen Schule gelten muss.[13]

Mit der Verleihung dieser sog. „Öffentlichkeitsrechte" wird die Ersatzschule berechtigt, hoheitliche Funktionen auszuüben. Die Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule setzt in Baden-Württemberg voraus, dass diese die Gewähr dafür bietet, dauernd die an eine entsprechende öffentliche Schule gestellten Anforderungen zu erfüllen (§ 10 Abs. 1 PSchG). Auch wenn der Landesgesetzgeber die Erteilung der Anerkennung von besonderen, über die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG hinausgehenden Bedingungen abhängig machen darf, kann er das Institut der Anerkennung von Ersatzschulen nicht dazu missbrauchen, die Privatschule zur Anpassung an die öffentlichen Schulen in einem der Sache nach nicht gebotenen Umfang zu veranlassen und so die Privatschulfreiheit zu unterlaufen.[14]

II. Anforderungen an die staatliche Genehmigung von Ersatzschulen

Der baden-württembergische Gesetzgeber hat die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Genehmigung von Ersatzschulen in den §§ 5 und 6 PSchG und Nummern 4 bis 11 der VVPSchG umgesetzt.[15] Über die dort genannten überwiegend schulbezogenen Genehmigungsvoraussetzungen hinaus darf die Schulaufsichtsbehörde weder durch das Landesrecht noch durch eine bestimmte Ausgestaltung der schulbehördlichen Genehmigungspraxis weitergehenden Anforderungen stellen, da Art. 7 Abs. 4 GG keinen Gesetzesvorbehalt vorsieht.[16] Demnach erweisen sich etwaige Bedürfnisprüfungen in dem Sinne, dass die Ersatzschule die Mindestschülerzahl für entsprechende öffentliche Schulen nicht gefährden darf, ebenso als verfassungswidrig[17] wie eine etwaige Versagung der Genehmigung, weil der Bestand öffentlicher Schulen geschützt werden müsse.[18]

1. Gleichwertigkeit der Lehrziele

Nach § 5 Abs. 1 Buchst. a), 1. Alt. PSchG darf die Ersatzschule in ihren Lehrzielen nicht hinter den bestehenden öffentlichen Schulen zurückstehen. Lehrziele i. S. der Vorschrift sind der generelle Bildungsauftrag der Schule und die jeweiligen Bildungsziele der einzelnen Schularten und Schulstufen. Es kommt darauf an, ob im Kern gleiche Kenntnisse und Fertigkeiten vermittelt werden, unbeschadet eines von einer eigenen weltanschaulichen Basis aus eigenverantwortlich geprägten Unterrichts mit darauf abgestellten Lehrmethoden und Lehrinhalten. Insofern wird keine Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen verlangt, sondern eine Gleichwertigkeit.[19] Entscheidend ist, ob am Ende des jeweiligen Bildungsgangs das Niveau des Bildungsprogramms der öffentlichen Schulen im Ergebnis erreicht wird, wobei den Ersatzschulen hinsichtlich der hierbei beschrittenen Wege und eingesetzten Mittel weitgehende Freiheit eingeräumt wird. Dies kann zur Folge haben, dass Ersatzschulen nach ihrer ganzen Struktur so grundsätzlich verschieden von öffentlichen Schulen sind, dass etwa für ihre Schüler vor Abschluss des Bildungsgangs ein Wechsel in das öffentliche Schulsystem gänzlich ausscheidet.

Der Ausbildungs- und Leistungsstand der einzelnen Jahrgangsklasse am Ende des jeweiligen Schuljahres gehört nicht zu den Lehrzielen, hinsichtlich derer die privaten Ersatzschulen nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen. In diesem Sinne bedeutet Gleichwertigkeit der Lehrziele, dass die Ersatzschulen die allgemeinen Bildungsziele sowie die fachlichen Qualifikationen anstreben müssen, die für die entsprechenden öffentlichen Schulen vorgeschrieben sind. Die Schüler müssen so gefordert werden, dass die von ihnen an der Ersatzschule erlangte Qualifikation gleichwertig mit derjenigen ist, die den Schülern an einer entsprechenden öffentlichen Schule vermittelt wird.[20] Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG bezweckt nicht, die inhaltliche Einheit des Schulwesens, sondern Schüler von Ersatzschulen vor einem ungleichwertigen Schulerfolg zu schützen.[21]

Im Ergebnis bedeutet dies, dass nicht der Leistungsstand in den Schuljahren maßgeblich ist, die dem Abschlussjahr des Bildungsgangs vorausgehen; entscheidend ist vielmehr, dass eine mit der entsprechenden öffentlichen Schule gleichwertige Qualifikation bei Abschluss des Bildungsgangs erreicht wird.[22] Demzufolge kann auch nicht gefordert werden, dass vor dem Abschlussjahr an der Ersatzschule ein Leistungsstand erzielt wird, der es den Schülern an einer genehmigten Ersatzschule ermöglicht, an eine entsprechende öffentliche Schule zu wechseln. Es gilt kein „Durchlässigkeitsprinzip", welches für öffentliche Schulen kennzeichnend ist.[23] Es ist daher auch folgerichtig, dass keine strikte Bindung an die von der Schulverwaltung erlassenen Lehrpläne und Stundentafeln[24] oder eine Wochenstundenzahl[25] gefordert werden kann. Es liegt im pädagogischen Ermessen der Ersatzschule, auf welchem Weg und mit welchen Mitteln sie die geforderte Qualifikation der Schüler im Abschlussjahr vermitteln will.[26]

Gegenstand des Genehmigungsverfahrens am Maßstab der Gleichwertigkeit der Lehrziele sind das Konzept der Ersatzschule und dessen Verwirklichung nach Aufnahme des Schulbetriebs. Dies erfordert eine auf den Ausbildungserfolg am Ende des schulischen Bildungsganges bezogene Prognose durch die obere Schulaufsichtsbehörde. Dabei wird nicht der

13 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 34 BVerfG, Beschl. v. 07.02.2011 – 1 BvR 188/11 – juris, Rn. 7; VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 8.

14 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 39. Indes ist festzuhalten, dass diese verfassungsrechtlich gebotene Begrenzung in der Rechtsprechung bislang kaum zu Auswirkungen geführt hat.

15 Verordnung des Kultusministeriums und des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zum Vollzug des Privatschulgesetzes (VVPSchG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 20.07.1971, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 10.10.2017 (GBl. S. 521, 523).

16 BVerwG, Beschl. v. 29.04.2019 – 6 B 141/18 – juris, Rn. 26; VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 7; VGH BW, Urt. v. 03.05.2018 – 9 S 653/16, VBlBW 2018, 455, 457. In diesem Sinne auch BVerwG, Urt. v. 20.01.2013 – 6 C 6.12 – juris, Rn. 24 (zu monoedukativen Schulen).

17 OVG M-V, Beschl. v. 20.12.2006 – 2 L 158/05 – juris; *Vogel*, DÖV 2011, 661, 663 ff. S. zur Bedeutung der Mindestschülerzahl auch unter Ziff. II. 3.

18 Vgl. *Pieroth*, NWVBl. 2014, 365, 370. Abzulehnen daher OVG M-V, Beschl. v. 19.06.2013 – 2 M 5/13 – juris, wonach über die landesgesetzlich geregelten Genehmigungsvoraussetzungen hinaus geprüft werden muss, ob die Verpflichtung des Landes, der Gemeinden und der Kreise, für ein ausreichendes und vielfältiges Schulwesen zu sorgen (Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 15 Abs. 1 LV M-V), das Recht zur Errichtung von Privatschulen begrenzt. Offengelassen vom BVerfG, Beschl. v. 30.07.2013 – 1 BvR 2062/13 – juris, Rn. 8.

19 BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 1 BvR 682/88, 1 BvR 712/88 – juris, Rn. 55; VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 8.

20 VGH BW, Beschl. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris, Rn. 8; VG Sigmaringen, Beschl. v. 08.10.2018 – 4 K 5152/18 – juris, Rn. 73.

21 BVerfG, Beschl. v. 08.06.2011 – 1 BvR 759/08, 1 BvR 733/09 – juris, Rn. 17 (betr. Montessori-Schule); BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – 6 C 5/00 – juris, Rn. 18.

22 VGH BW, Beschl. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris, Rn. 8; VG Sigmaringen, Beschl. v. 08.10.2018 – 4 K 5152/18 – juris, Rn. 73.

23 BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – 6 C 5/00 – juris, Rn. 23.

24 BVerwG, Urt. v. 29.04.2019 – 6 C 141/18 – juris, Rn. 27; BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – 6 C 5/00 – juris, Rn. 19ff.

25 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Die Verwaltung 2012, 389, 418.

26 BVerfG, Beschl. v. 08.06.2011 – 1 BvR 759/08, 1 BvR 733/09 – juris, Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – 6 C 5/00 – juris, Rn. 21.

positive Nachweis der Gleichwertigkeit verlangt. Vielmehr wird der Anforderung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG schon dadurch genügt, dass – aufgrund einer konkreten und detaillierten Überprüfung der von der Ersatzschule angestrebten Lehrziele – in nachprüfbarer Weise die Prognose möglich ist, dass sie – voraussichtlich – jedenfalls nicht hinter den Lehrzielen der öffentlichen Schulen zurückstehen wird.[27] Daran fehlt es, wenn die staatliche Schulaufsicht im Rahmen ihrer Prognose feststellt, dass sich in Bezug auf das Ergebnis des jeweiligen Bildungsganges im Vergleich mit öffentlichen Schulen voraussichtlich (bedeutsame) Defizite ergeben werden.[28] Nach Erteilung der Genehmigung obliegt es dann der Schulaufsichtsbehörde zu prüfen, ob auch der tatsächliche Schulbetrieb an der Ersatzschule die Gewähr für das Erreichen der konzeptionell gleichwertigen Lehrziele bietet.[29]

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH BW) hat in einem Urteil vom 03.05.2018 zum Genehmigungsverfahren für ein privates Berufskolleg rechtsgrundsätzlich entschieden, dass dieses keinen Religionsunterricht anbieten muss. Der Religionsunterricht stelle kein Lehrziel i. S. d. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG dar. Es läge kein „Zurückstehen" i. S. d. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG und § 5 Abs. 1 Buchst. a) PSchG vor.[30] Der sorgfältig begründeten Entscheidung ist unabhängig von der zugrunde liegenden Schulform (allgemeinbildende oder berufsbildende Privatschule) mit der ganz überwiegenden Auffassung in der Rechtslehre[31] zuzustimmen. Zu Recht verweist der Verwaltungsgerichtshof auf den klaren Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und die Systematik des Art. 7 Abs. 3 GG, der Art. 18 S. 1 LV entspricht. Während der Religionsunterricht in öffentlichen Schulen ordentliches Lehrfach ist (Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG), fehlt eine entsprechende Vorgabe für Privatschulen in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG. Folgerichtig sieht § 96 Abs. 1 SchG vor, dass der Religionsunterricht ordentliches Lehrfach an allen öffentlichen Schulen ist.[32] Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat das Urteil des VGH Baden-Württemberg mittlerweile vollinhaltlich bestätigt.[33]

2. Gleichwertigkeit der Erziehungsziele

Unter dem Oberbegriff der „Lehrziele" ist zwischen dem Bereich der „Qualifikation" einerseits und dem Bereich der „Erziehungsziele" andererseits zu unterscheiden.[34] Zum Mindeststandard der Erziehungsziele gehören das Gebot der Achtung der Würde eines jeden Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), die Grundrechte der Art. 2 ff. GG, insbesondere das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie die in Art. 20 GG niedergelegten Verfassungsgrundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaats.[35]

Für Bekenntnisschulen bedeutet dies, dass bei der Vermittlung der Erziehungsziele ein Mindestmaß an Toleranz i. S. v. Duldsamkeit gegenüber abweichenden Überzeugungen anderer sowie die Achtung und Förderung der individuellen Wahrnehmungs- und Urteilsfähigkeit der Schüler zu verlangen ist, nicht aber Neutralität und Offenheit in dem Sinne, dass am Ende der schulischen Erziehung nicht ein eindeutiges Bekenntnis zu bestimmten Glaubensinhalten und eine Bindung an bestimmte Werte stehen dürften. In diesem Rahmen ist auch das Werben für das eigene Bekenntnis zulässig.[36]

Werden diese Vorgaben eingehalten, bestehen etwa allein wegen des monoedukativen Ansatzes der Genehmigung einer solchen Ersatzschule keine durchgreifenden Bedenken.[37] Allerdings ist der Privatschulträger bei der Antragstellung verpflichtet, nachvollziehbar darzulegen, ob und inwieweit er von den staatlichen Standards in methodischer und organisatorischer Hinsicht abweichen möchte, um so der Schulaufsichtsbehörde die erforderliche Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen auch in diesem Punkt zu ermöglichen.[38]

3. Gleichwertigkeit der Einrichtungen

Die nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG bzw. § 5 Abs. 1 Buchst. a), 2. Alt. PSchG geforderte Gleichwertigkeit der Einrichtungen der Ersatzschule betrifft die sachlich-organisatorische Ausstattung der Schule,[39] zu der u. a. je nach Schulart und Schultyp die Klassenräume unter Einschluss der Fachräume (z. B. Chemie-, Physiksaal, Sporthalle und -plätze, Sportgeräte, Musikinstrumente, Bibliothek etc.), Lehrmittel, die organisatorische Aufteilung der Schüler nach Altersgruppen und in für den Unterricht geeignete Lerngruppen, die Organisation der Schulleitung und von Fachgruppen, die Verteilung des Lehrstoffs im Schuljahr und auf die Fächer sowie die Unterrichtsdauer[40] gehören.[41]

Ein Zurückstehen hinter den entsprechenden öffentlichen Grundschulen liegt bspw. vor, wenn an der Ersatzschule kein PC, kein Overheadprojektor und kein CD-Player vorhanden ist.[42]

Vom Kriterium der „Einrichtungen" nicht erfasst sind alle Vorgaben für den Betrieb der Schule außerhalb der pädagogisch relevanten und für den Bildungserfolg maßgeblichen Gesichtspunkte wie Anforderungen hinsichtlich des Bauordnungsrechts,[43] des Gesundheitsrechts oder der Gefahrenabwehrrechts (Feuerwehr).[44] Letztere müssen ebenso wie bei öffentlichen Schulen stets eingehalten werden.

Wird die Mindestschülerzahl deutlich oder dauerhaft unterschritten, dürfte es an der Gleichwertigkeit fehlen, da bei einer Rumpfschule auch der Bildungserfolg gefährdet sein dürfte.[45]

27 BVerwG, Urt. v. 19.02.1992 – 6 C 3/91 – juris, Rn. 52; VGH BW, Beschl. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris, Rn. 9; VG Sigmaringen, Beschl. v. 08.10.2018 – 4 K 5152/18 – juris, Rn. 74.

28 VGH BW, Urt. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris, Rn. 9; *Thiel* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 68.

29 VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 9; VGH BW, Urt. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris, Rn. 9 (betr. Grundschule mit nur noch 7 Schülern in der 2. und 3. Klassenstufe); HessVGH, Urt. v. 24.01.2011 – 7 B 2472/10 – juris, Rn. 19; BayVGH, Beschl. v. 19.02.2009 – 7 ZB 08.1491 – juris, Rn. 17.

30 VGH BW, Urt. v. 05.03.2018 – 9 S 653/16, VBlBW 2018, 455 ff.

31 Vgl. *Seel*, Religionsunterricht an bekenntnisfreien Schulen, 2009, S. 34 ff.; *Brosius-Gersdorf* (Fn. 7), Art. 7 Rn. 93; *Link*, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts II, 2. Aufl. 1996, S. 468; *Thiel* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 50; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2018, Art. 7 Rn. 73; *Geis*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand Dezember 2018, Art. 7 Rn. 54; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl., Art. 7 Rn. 14; *Wißmann*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Dezember 2018, Art. 7 Abs. 3 Rn. 173; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 7 Rn. 46; *Ebert*, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Art. 18 Rn. 17; *Andrä*, in: Ebert (Fn. 6), § 96 SchG Rn. 4.

32 Zur Notwendigkeit des Angebots von Religionsunterricht im Anerkennungsverfahren s. u. Ziff. III.1. b).

33 BVerwG, Beschl. v. 29.04.2019 – 6 C 141/18 – juris.

34 BVerwG, Urt. v. 30.01.2013 – 6 C 6/12 – juris, Rn. 20. Ebenso BVerfG, Beschl. v. 08.06.2011 – 1 BvR 759/08, 1 BvR 733/09 – juris, Rn. 17.

35 BVerwG, Urt. v. 19.02.1992 – 6 C 3/91 – juris, Rn. 45.

36 BVerwG, Urt. v. 19.02.1992 – 6 C 3/91 – juris, Rn. 54.

37 Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.01.2013 – 6 C 6/12 – juris.

38 BVerwG, Urt. v. 30.01.2013 – 6 C 6/12 – juris, Rn. 30.

39 Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – 6 C 5/00 – juris, Rn. 27.

40 A. A. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 7), Art. 7 Rn. 122.

41 Vgl. *Robbers* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 196; *Gayer* (Fn. 6), § 5 PSchG Rn. 2; *Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 88 ff. Im Einzelfall liegt es im Ermessen der Schulaufsichtsbehörde, etwaige Defizite insbesondere bei den Ausstattungen der Ersatzschulen, durch Nebenbestimmungen in der Genehmigung zu beheben (Nummer 9 VVPSchG und § 36 Abs. 2 LVwVfG).

42 Vgl. VG Stuttgart, Beschl. v. 20.01.2016 – 12 K 4489/15 – juris, Rn. 22ff.

43 Nach Nummer 8 Abs. 2 Nr. 7 VVPSchG sind dem Genehmigungsantrag Unbedenklichkeitsbescheinigungen der örtlich zuständigen Bau- und Gesundheitspolizeibehörde beizufügen.

44 *Robbers* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 197.

45 Vgl. die Beispiele bei VGH BW, Urt. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris; VG Sigmaringen, Beschl. v. 08.10.2018 – 4 K 5152/18 – juris, Rn. 82 („Rumpfschule"). Offengelassen von *Gayer* (Fn. 6), § 5 PSchG Rn. 2.

Anders dürfte es sich für die Ferienzeitenregelung und die Schüler- und Elternbeteiligung verhalten, da es in Baden-Württemberg an einer Regelung zur Anpassung an die öffentlichen Schulen fehlt (§ 2 Abs. 2 S. 2 SchG i. V. m. dem PSchG).[46] Ebenso wenig kann eine bestimmte Schüler-Lehrer-Relation unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit gefordert werden.[47]

4. Wissenschaftliche Ausbildung der Lehrkräfte

Die Erteilung der Genehmigung einer Ersatzschule erfordert, dass die von der Ersatzschule eingesetzten Lehrkräfte in der wissenschaftlichen Ausbildung nicht hinter den Lehrkräften der entsprechenden öffentlichen Schulen zurückstehen (Art. 7 Abs. 4 S. 3, 3. Alt. GG, § 5 Abs. 1 Buchst. a) PSchG). Die Gleichwertigkeit der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte bezieht sich sowohl auf die fachwissenschaftliche als auch die pädagogisch-didaktische Qualifikation.[48]

In Baden-Württemberg sind die Anforderungen an die wissenschaftliche Ausbildung der Lehrkräfte an einer Ersatzschule in § 5 Abs. 3 PSchG konkretisiert worden. Danach sind die Anforderungen erfüllt, wenn eine fachliche und pädagogische Ausbildung sowie Prüfungen nachgewiesen werden, die der Ausbildung und den Prüfungen der Lehrer an entsprechenden öffentlichen Schulen im Werte gleichkommen. Auf diesen Nachweis kann verzichtet werden, wenn die wissenschaftliche, künstlerische oder technische Ausbildung und pädagogische Eignung der Lehrkraft anderweitig nachgewiesen wird.[49] Anders als in anderen Bundesländern bedarf es keiner Unterrichtsgenehmigung.[50] Allerdings kann die obere Schulaufsichtsbehörde dem Schulleiter oder einer Lehrkraft die Tätigkeit an einer Ersatzschule nach § 8 PSchG untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, die sie für die Ausübung ihrer Tätigkeit an der Schule ungeeignet erscheinen lassen.[51]

Die fehlende Eignung kann sich sowohl auf persönliche Umstände, insbesondere die Zuverlässigkeit der Lehrkraft, als auch auf die fachlichen Qualifikationen beziehen. Zu fachlichen Eignungsmängeln spricht sich der VGH Baden-Württemberg jedoch für eine restriktive Auslegung im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Privatschulträgers aus Art. 7 Abs. 4 GG und die zugunsten der Lehrkraft sprechende Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) aus. Erst wenn die konkrete Tätigkeit mit gravierenden Gefahren für die durch § 8 PSchG geschützten Rechtsgüter, insbesondere den Bildungsanspruch der Schüler, das elterliche Erziehungsrecht oder den staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag verbunden ist, kommt eine Untersagung der Lehrtätigkeit in Betracht.[52]

Der VGH Baden-Württemberg verlangt im Zweifelsfall, dass sich die Schulaufsichtsbehörde durch Unterrichtsbesuche ein Bild von der fachlichen Eignung der betreffenden Lehrkraft macht, da nur so das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens von „Tatsachen" geprüft werden kann.[53]

Die obere Schulaufsichtsbehörde hat im Einzelfall zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 PSchG vorliegen (Nummer 6 Abs. 1 VVPSchG). Maßgabe hierbei ist zum einen, dass die wissenschaftliche, künstlerische oder technische Ausbildung im Werte nicht hinter der in § 5 Abs. 3 S. 1 PSchG geforderten Ausbildung zurückstehen darf und zum anderen, dass der Nachweis der pädagogischen Eignung auch im Rahmen der Tätigkeit der Privatschule innerhalb einer von der oberen Schulaufsichtsbehörde zu bestimmenden Frist erbracht werden kann (Nummer 6 Abs. 2 und 3 VVPSchG). Die fachwissenschaftliche Ausbildung muss aber bereits vor der Aufnahme der Unterrichtstätigkeit der Lehrkraft nachgewiesen werden.[54] Um der Schulaufsichtsbehörde die erforderliche Prüfung der Geeignetheit der Lehrkräfte zu ermöglichen, sind insbesondere die Nachweise über deren Befähigung zur Unterrichtserteilung vorzulegen (Nummer 8 Abs. 2 Nr. 3 VVPSchG).[55]

Im Regelfall wird man für die fachliche Ausbildung ein abgeschlossenes Hochschulstudium, etwa Diplom, Magister oder Master verlangen können. Ob die Gleichwertigkeit der Ausbildung grundsätzlich an formalisierte Ausbildungsgänge und Prüfungen gebunden werden darf, erscheint fraglich, sodass das Nichtablegen der Zweiten Staatsprüfung für das Lehramt an Schulen für sich allein nicht ausreicht, um den Einsatz der betr. Lehrkraft abzulehnen.[56] Der VGH Baden-Württemberg tendiert offensichtlich dazu, dass gerade die in den für den Abschluss des Bildungsgangs bedeutsamen Kernfächern eingesetzten Lehrkräfte über eine fachwissenschaftliche Ausbildung verfügen, die derjenigen für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen entspricht oder ihnen zumindest nahe kommt.[57] Dies erscheint zu weitgehend. Der Nachweis der anderweitigen fachlichen Qualifikation sollte unter der Geltung des Gleichwertigkeitspostulats stets Fach für Fach einzelfallbezogen geprüft werden.

In Anbetracht der den Privatschulträgern und deren Lehrkräften in § 5 Abs. 3 PSchG eingeräumten, an der Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 GG orientierten Spielräume beim Nachweis der fachlichen und persönlichen Eignung ist die Schulaufsichtsbehörde grundsätzlich gehalten, von eindeutigen Ausnahmefällen abgesehen[58] durch Nebenbestimmungen zur Genehmigung etwaige Eignungsmängel beheben zu lassen.[59] Für den Nachweis der pädagogischen Eignung ist dies durch Nummer 6 Abs. 3 VVPSchG in dem Sinne geregelt, dass die pädagogische Eignung im Rahmen der Tätigkeit an der Privatschule innerhalb einer von der oberen Schulaufsichtsbehörde zu bestimmenden Frist erbracht werden kann.

5. Sonderungsverbot

Art. 7 Abs. 4 S. 3 Halbs. 2 GG statuiert als Genehmigungsvoraussetzung, dass eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert werden darf. Der baden-württembergische Gesetzgeber hat das Urteil des Staatsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 06.07.2015[60] zum Anlass genommen, nicht nur die staatliche Finanzhilfe für Ersatzschulen neu

46 So auch *Gayer* (Fn. 6) § 55 SchG Rn. 1. Zur Mitwirkung der Eltern, Schüler und Lehrer an Ersatzschulen vgl. ausführlich *Vogel* (Fn. 41), S. 91 ff.

47 Vgl. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 7), Art. 7 Rn. 122.

48 *Uhle*, in: BeckOK, Grundgesetz, Stand: 15.02.2019, Art. 7 Rn. 84.

49 Der VGH BW bezweifelt zu Recht, ob der Schulaufsichtsbehörde hinsichtlich des anderweitigen Nachweises der wissenschaftlichen Ausbildung ein Beurteilungsspielraum zusteht, vgl. Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 17. Kritisch ebenso *Pieroth*, NWVBl. 1993, 201, 203 f.

50 Diese ist etwa gem. Art. 94 BayEUG, § 98 Abs. 5 SchulG Berlin, § 171 Abs. 3 HSchulG, § 16 Abs. 2 SchulG LSA erforderlich.

51 VGH BW, Beschl. v. 14.03.2007 – 9 S 1673/06 – juris, Rn. 4 f.

52 VGH BW, Urt. v. 17.10.2012 – 9 S 1200/11, VBlBW 2013, 103, 104.

53 VGH BW, Urt. v. 17.10.2012 – 9 S 1200/11, VBlBW 2013, 103, 104. So auch VG Karlsruhe, Beschl. v. 11.02.2019 – 3 K 237/19, bestätigt durch VGH BW, Beschl. V. 27.08.2019 – 9 S 608/19 (beide unveröffentlicht).

54 VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 33.

55 Die persönliche Zuverlässigkeit ist durch die Vorlage eines erweiterten polizeilichen Führungszeugnisses nachzuweisen (Nummer 8 Abs. 2 Nr. 2 VVPSchG).

56 So überzeugend SächsOVG, Urt. v. 26.07.2011 – 2 A 856/10 – juris, Rn. 27 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 07.02.2011 – 1 BvR 188/11 – juris, Rn. 7.

57 Vgl. VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris, Rn. 11, 23.

58 Vgl. hierzu etwa die Beispiele bei VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris (durchgehend fachfremder Einsatz von Lehrkräften) und VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2007 – 10 K 146/05 – juris, Rn. 49.

59 Nummer 9 VVPSchG sieht die Möglichkeit für die Schulaufsichtsbehörde vor, bei fehlenden Genehmigungsvoraussetzungen, die Genehmigung mit einer Auflage zu erteilen, dass die fehlenden Voraussetzungen innerhalb einer angemessenen Frist geschaffen werden. Im Übrigen gilt § 36 Abs. 2 LVwVfG.

60 StGH BW, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 – juris. Die Bezeichnung des Gerichts ist mittlerweile in Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg geändert worden.

zu regeln, sondern auch in § 5 Abs. 1 PSchG i. V. m. Nummer 5 VVPSchG ein differenziertes System für die Erhebung von Schulgeld als maßgeblichen Faktor für die Einhaltung des Sonderungsverbots zu schaffen.[61] Nach Nummer 5 VVPSchG wird vermutet, dass ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich 160 Euro grundsätzlich geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Schüler zu fördern.[62] Die Schule kann diese Vermutung im Einzelfall widerlegen, wenn sie der oberen Schulaufsichtsbehörde nachweist, dass in einem angemessenen Umfang für finanzschwache Schüler wirksame wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgelds und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule stehenden Kosten angeboten und gewährt werden. In jedem Fall hat die Schule nachweislich sowohl allgemein als auch gegenüber den jeweiligen Eltern anzubieten, dass diese ein nach einem prozentualen Anteil am Haushaltsnettoeinkommen berechnetes Schulgeld zahlen können, wobei dieses fünf Prozent des Haushaltsnettoeinkommens nicht übersteigen darf. Die Schule ist darüber hinaus verpflichtet, die Eltern in einem Beratungsgespräch auf alle von ihr angebotenen Möglichkeiten zur Vermeidung einer finanziellen Überforderung hinzuweisen und diesen Hinweis schriftlich zu dokumentieren. Entgelte für Sonder- und Profilleistungen, deren Inanspruchnahme für die Schüler und deren Eltern nicht verpflichtend sind, können unabhängig vom Schulgeld erhoben werden.

An dieser Stelle kann nicht vertieft auf die sich aus der Neuregelung ergebenden zahlreichen Problemstellungen eingegangen werden.[63] Gegen diese in Deutschland bislang einmalige Regelung bestehen eine Reihe von rechtlichen Bedenken, die bereits damit beginnen, ob es in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 7 Abs. 4 S. 3 Halbs. 2 GG zulässig ist, einen bestimmten Betrag für ein monatliches Schulgeld festzulegen.[64]

Dem Landesgesetzgeber ist zwar bei der Bestimmung der Grundsätze, wie er seiner staatliche Schutz- und Förderpflicht für Ersatzschulen nachkommen will, ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Gleichwohl ist zu verlangen, dass bei der Festlegung einer Obergrenze des monatlichen Schulgelds entsprechend belastbare Daten zugrunde gelegt werden. Hier allein ein einziges Gutachten[65] ohne kritische Hinterfragung zugrunde zu legen, reicht zur Tatsachenermittlung nicht aus.

Zu Recht wird gerügt, dass die generelle Verpflichtung zur Offenlegung der finanziellen Verhältnisse der Eltern[66] einen unzulässigen Eingriff in die in Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG geschützte Privatschulfreiheit des Trägers, aber auch in das Persönlichkeitsgrundrecht der Eltern und deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG darstellt. Eine solche Verpflichtung darf nur solchen Eltern auferlegt werden, die eine Schulgeldermäßigung beantragen.[67]

Weitere Bedenken ergeben sich daraus, dass der Landesgesetzgeber an das Haushaltsnettoeinkommen anknüpft, was schwerlich mit dem Begriff der „Besitzverhältnisse" in Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG in Übereinstimmung gebracht werden kann. Zu den Besitzverhältnissen gehört neben dem Einkommen auch das Vermögen.[68]

Die Festlegung eines starren monatlichen Schulgelds als Obergrenze für die Einhaltung des Sonderungsverbots lässt außer Acht, dass auch dieses sehr wohl sondernd für einkommensschwache Eltern wirken kann.[69]

Schließlich bleibt offen, was zu gelten hat, wenn die Schüler erwachsen sind und im eigenen Haushalt wohnen, wie dies bei berufsbildenden Ersatzschulen häufig der Fall ist. Ungeklärt ist auch, wie mit Singlehaushalten zu verfahren ist. Hier geht die Anknüpfung an das Haushaltsnettoeinkommen der Eltern in Nummer 5 S. 4 VVPSchG zur Berechnung der Grenze der Sonderung ins Leere.

6. Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte

Die Genehmigung einer Ersatzschule darf nur erteilt werden, wenn auch die wirtschaftliche und rechtliche Stellung ihrer Lehrkräfte gesichert ist (Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG, § 6 Abs. 2 PSchG). Diese ist nach Nummer 7 Abs. 1 VVPSchG als genügend gesichert anzusehen, wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen und darin der Gesamtumfang der dienstlichen Verpflichtungen und der Anspruch auf Urlaub festgelegt ist (Nr. 1), die Bezüge und Nebenleistungen nicht wesentlich hinter denen vergleichbarer Lehrkräfte an öffentlichen Schulen zurückstehen (Nr. 2) und die Zahlung der Bezüge in regelmäßigen Zeitabständen erfolgt (Nr. 3).

a) Genügende wirtschaftliche Sicherung

Der VGH Baden-Württemberg sieht die Grenze für die genügende Sicherung der wirtschaftlichen Stellung der Lehrkräfte nicht für abschließend geklärt. Er schließt sich aber der von den Verwaltungsgerichten in anderen Bundesländern vertretenen Meinung[70] und der herrschenden Auffassung in der Literatur[71] an. Danach darf die Vergütung der Lehrkräfte an einer Ersatzschule die Vergütung einer Lehrkraft an einer entsprechenden öffentlichen Schule um 10 % bis 20 % unterschreiten.[72] Hinsichtlich der Versorgungsanwartschaften soll mindestens das Niveau der Angestelltenversicherung maßgeblich sein.[73]

Wesentlich intensiver haben sich die Arbeitsgerichte mit der Frage der „genügenden" Sicherung der Vergütung der Lehrkräfte an Ersatzschulen befasst, wobei zumeist ein Zusammenhang zwischen der Höhe der Mindestvergütung von Lehrkräften an Privatschulen zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG und der Höhe der staatlichen Zuschüsse für die Personalkosten von Privatschulen hergestellt wurde.[74]

Das Bundesarbeitsgericht hat sich zunächst zur Rechtslage in Brandenburg dafür ausgesprochen, dass eine Vergütung von 71 % bis 75 % der Vergütung einer entsprechenden Lehrkraft an einer öffentlichen Schule sittenwidrig ist (§ 138 Abs. 1 BGB).[75] Zudem diene Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG nicht nur dem

61 Gesetz über die Änderung des Gesetzes für die Schulen in freier Trägerschaft (Privatschulgesetz – PSchG) v. 10.10.2017 (GBl. S. 521).

62 Der Betrag ist durch den vom Statistischen Landesamt Baden-Württemberg ermittelten Verbraucherpreisindex, beginnend ab dem Jahr 2018, fortzuschreiben (Nummer 5 S. 2 VVPSchG).

63 Vgl. ausführlich *Quaas*, VBlBW 2019, 142 ff.; *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 ff.

64 So mit überzeugenden Argumenten gegen die Zulässigkeit: VG Potsdam, Urt. v. 16.05.2014 – 12 K 2304/13 – juris, Rn. 24; *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761, 766 f. A. A. *Quaas*, VBlBW 2019, 142, 150; *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591, 1593. Kritisch zu den Thesen von Wrase/Helbig: *Vogel*, R & B 2017, 2 ff.; *Hardorp*, R & B 2017, 5 ff.

65 Vgl. LT-Drs. 16/2333, S. 26 unter Bezug auf *Kleimann*, Die Einkommenssituation von Schülerhaushalten in Baden-Württemberg und ihre Belastung durch Schulgeld, IAW Analytic Reports 8/2016.

66 In der Praxis wird hierzu die Vorlage der Einkommenssteuerbescheide der Eltern verlangt.

67 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761, 768; *Quaas*, VBlBW 2019, 149 f.

68 *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761, 762.

69 So zu Recht *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761, 767.

70 Vgl. SächsOVG, Beschl. v. 07.06.2007 – 2 BS 96/07 – juris, Rn. 9.

71 Vgl. *Jarass* (Fn. 31), Art. 7 Rn. 34.

72 VGH BW, Urt. v. 14.07.2010 – 9 S 2207/09 – juris, Rn. 38.

73 In Anlehnung an OVG NRW, Urt. v. 17.05.1988 – 19 A 2542/86 – juris, Rn. 38.

74 Vgl. BAG, Urt. v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05 – juris, Rn. 21; LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 04.11.2011 – 6 Sa 464/10 – juris, Rn. 41. So auch SächsOVG, Beschl. v. 27.06.2007 – 2 BS 96/07 – juris, Rn. 6.

75 BAG, Urt. v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05 – juris, Rn. 18. Anders jedoch SächsLAG, Urt. v. 10.01.2007 – 2 Sa 695/05 – juris, Rn. 36, welches eine Vergütung von nur 56,97 % der entsprechenden Vergütung im öffentlichen Schuldienst nicht als sittenwidrig erachtet hat.

öffentlichen Interesse an einem ordnungsgemäßen Schulbetrieb, sondern auch dem Schutz der Lehrkräfte.[76]

Zur Sittenwidrigkeit einer Arbeitsvergütung hat sich das Bundesarbeitsgericht in der Folge allgemein dahingehend festgelegt, dass ein die Sittenwidrigkeitsgrenze überschreitendes auffälliges Missverhältnis zwischen und Leistung und Gegenleistung i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB dann vorliegt, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betr. Branche und Wirtschaftsregion gezahlten Tariflohns erreicht.[77]

In Anwendung der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG hat das Bundesarbeitsgericht zuletzt judiziert, dass eine genügende Sicherung der wirtschaftlichen Stellung der Lehrkraft an einer Privatschule dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn deren Vergütung weniger als 20 % der Vergütung von Lehrkräften an vergleichbaren öffentlichen Schulen beträgt („80 %-Grenze").[78] Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG stellt insoweit ein gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB dar, gegen das bei einer derartigen Unterschreitung verstoßen wird. Maßgeblich ist ein Gesamtvergleich, in den nicht nur das Grundgehalt, sondern alle Vergütungsbestandteile einzubeziehen sind, die im jeweiligen Vergleichszeitraum aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt werden. Nur (echter) Aufwendungsersatz und vermögenswirksame Leistungen sind nicht in den Vergleich einzustellen.[79] Dem ist zuzustimmen, den ab einer Grenze von 80 % erscheint es arbeits- und sozialrechtlich gewährleistet, dass Lehrkräfte an Privatschulen ihren öffentlichen Bildungsauftrag in ähnliche finanzieller Unabhängigkeit erfüllen können wie die Lehrkräfte an den entsprechenden öffentlichen Schulen.[80] Angestellte Lehrkräfte an einer Ersatzschule dürfen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts nicht daraus angewiesen sein, einer weiteren Beschäftigung nachgehen zu müssen.[81]

Die „Vergleichbarkeit" der Vergütung von Lehrkräften im öffentlichen Dienst i. S. v. Nummer 7 Abs. 1 Nr. 2 VVPSchG kann sich nur auf die Eingruppierung und Vergütung der angestellten Lehrkräfte im öffentlichen Schuldienst beziehen, da eine Vergleichbarkeit mit verbeamteten Lehrkräften nicht hergestellt werden kann. Bezugspunkt ist demzufolge der Tarifvertrag über die Eingruppierung und die Entgeltordnung für die Lehrkräfte der Länder (TV-EntgO-L) (derzeit) i. d. F. v. des Änderungstarifvertrages Nr. 2 vom 17.02.2017. Maßgeblich ist das Nettoeinkommen einer vergleichbaren Lehrkraft im öffentlichen Schuldienst, wobei das tarifliche Grundgehalt, der Ortszuschlag und die allgemeine Zulage sowie das gezahlte Urlaubsgeld und eine etwaige Jahressonderzahlung zu berücksichtigen sind.[82]

b) Genügende rechtliche Stellung

Die rechtliche Stellung der Lehrkräfte an Ersatzschulen darf nicht dadurch missbraucht werden, dass diese vertraglich dazu verpflichtet werden, übermäßig hohe Stundendeputate zu erfüllen.[83]

c) Sonderfall: Honorarkräfte

Eine Forderung nach der ausnahmslosen Beschäftigung von Lehrkräften auf der Grundlage eines Anstellungsvertrages würde gegen Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG verstoßen, da die wirtschaftliche und rechtliche Stellung von Lehrkräften im Einzelfall auch durch den Abschluss eines Honorarvertrages gesichert sein kann. Das Recht zur Auswahl der i. S. v. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG hinreichend qualifizierten Lehrkräfte beinhaltet grundsätzlich auch die Entscheidungsfreiheit darüber, in welchem Umfang und auf welcher vertraglichen Grundlage eine Lehrkraft an einer Schule tätig werden soll. Allerdings wird man hier auf den jeweiligen Einzelfall abstellen müssen, der u. a. determiniert sein kann durch den Status der Schule als anerkannte Ersatzschule, die Schulform der Ersatzschule, die Art des Bildungsgangs, die Gesamtzahl der Schüler und Lehrkräfte, die Art der zu unterrichtenden Fächer und die Stundenzahl.[84] Während für allgemeinbildende genehmigte Ersatzschulen der Einsatz von Honorarkräften nur höchst ausnahmsweise denkbar ist, ergibt sich für viele berufsbildende genehmigte Ersatzschulen ein anderes Bild,[85] etwa im Bereich der Gesundheitsfachberufe, wo in vielen Fächern nur ein geringes Stundendeputat von der jeweiligen Lehrkraft zu unterrichten ist.

7. Persönliche Zuverlässigkeit

Die Genehmigung zur Errichtung einer Ersatzschule setzt die erforderliche persönliche Zuverlässigkeit des Privatschulträgers voraus (§ 6 Abs. 1 PSchG). Sie wird durch ein erweitertes polizeiliches Führungszeugnis in strafrechtlicher Hinsicht nachgewiesen und durch Nummer 11 VVPSchG weiter konkretisiert. Danach umfasst die Verantwortung für die Führung einer Ersatzschule auch die Sorge für das Wohl der Schüler außerhalb der Unterrichtszeit, soweit der Erziehungsbereich der Schule reicht (z. B. in Internaten) und die Pflicht, dafür zu sorgen, dass nur Leiter und Lehrkräfte an der Schule eingesetzt werden, die die für ihre Tätigkeit erforderliche persönliche Eignung besitzen. Der Träger der Ersatzschule muss darüber hinaus die Gewähr dafür bieten, dass die staatlichen Zuschüsse und Schulgelder zweckentsprechend verwendet werden und der Schulbetrieb gemäß den gesetzlichen und verwaltungsbehördlichen Anforderungen aufrechterhalten wird.[86] Auch die (nachhaltige) Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten (etwa nach Nummer 11 VVPSchG) kann ein Indiz für die fehlende persönliche Zuverlässigkeit der vertretungsberechtigten Person des Schulträgers sein.[87]

8. Genehmigung unter Nebenbestimmungen

Nach Nummer 9 VVPSchG kann die Schulaufsichtsbehörde die Genehmigung mit der Auflage erteilen, die fehlenden Genehmigungsvoraussetzungen innerhalb einer angemessenen Frist zu schaffen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen nicht in vollem Umfang erfüllt sind. Daneben steht der Schulaufsichtsbehörde das Instrumentarium der in § 36 Abs. 2 LVwVfG geregelten weiteren Nebenbestimmungen im Rahmen des ihr dort eingeräumten Ermessens zur Verfügung, um die Genehmigungsvoraussetzungen herbeizuführen. In der Praxis am bedeutsamsten ist hier die Erteilung der staatlichen Genehmigung mit einem Widerrufsvorbehalt. Die Anordnung eines Widerrufsvorbehalts zur Aufrechterhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen ist jedoch nicht zulässig.[88]

9. Rückwirkende Genehmigung

Das Ministerium für Kultus, Jugend und Sport vertritt unter Hinweis auf ein Urteil des VG Stuttgart[89] die Auffassung, dass eine rückwirkende oder nachträgliche Genehmigung oder

76 BAG, Urt. v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05 – juris, Rn. 19.
77 BAG, Urt. v. 22.04.2009 – 5 AZR 436/08 – juris, Rn. 13ff.
78 BAG, Urt. v. 19.08.2015 – 5 AZR 500/14 – juris, Rn. 30, 36.
79 BAG, Urt. v. 19.08.2015 – 5 AZR 500/14 – juris, Rn. 40.
80 Vgl. VG Potsdam, Urt. v. 22.01.2010 – 12 K 1534/09 – juris, Rn. 38; VG Dresden Beschl. v. 28.03.2007 – 5 K 1750/06 – juris, Rn. 56.
81 Vgl. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 7), Art. 7 Rn. 125.
82 Vgl. SächsOVG, Beschl. v. 07.06.2007 – 2 BS 96/07 – juris, Rn. 9; LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 04.10.2011 – 6 Sa 464/10 – juris, Rn. 43.
83 Vgl. VG Cottbus, Urt. v. 22.08.2013 – 1 K 867/10, – juris, Rn. 34; VG Potsdam, Urt. v. 28.01.2013 – 12 K 1986/12 – juris.
84 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.11.2015 – OVG 3 B 11.13 und OVG 3 B 22.13 – juris.
85 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.11.2015 – OVG 3 B 11.13 und OVG 3 B 22.13 – juris, Rn. 36.
86 Vgl. den instruktiven Fall bei VG Stuttgart, Beschl. v. 20.01.2016 – 12 K 4489/25 ff. – juris.
87 VGH BW, Beschl. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris, Rn. 33.
88 BVerwG, Urt. v. 09.12.2015 – 6 C 37/14 – juris, Rn. 17.
89 VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2007 – 10 K 146/05 – juris, Rn. 25.

Anerkennung einer Ersatzschule nicht zulässig ist.[90] Sowohl bei der Genehmigung als auch der Anerkennung handele es sich um Statusentscheidungen, für die eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung nicht denkbar sei. Dies erscheint zu kurz gegriffen, denn durch die rückwirkende Genehmigung oder Anerkennung der Ersatzschule können rechtmäßige Verhältnisse geschaffen werden, mithin die lediglich formelle Illegalität beseitigt werden, wie dies etwa auch in anderen Rechtsgebieten zulässig ist (Beispiel Baugenehmigung).

10. Aufhebung der Genehmigung

Keine Besonderheiten ergeben sich für die Aufhebung der Genehmigung für eine Ersatzschule. Maßgeblich sind die §§ 48, 49 LVwVfG, wobei in der Praxis nur in Ausnahmefällen von der Möglichkeit der Rücknahme oder des Widerrufs der Genehmigung nach diesen Vorschriften Gebrauch gemacht wird.[91] Im Übrigen steht der oberen Schulaufsichtsbehörde das Instrumentarium der Nebenbestimmungen, insbesondere der Widerrufsvorbehalt zur Verfügung, um eine angemessene schulaufsichtliche Kontrolle zu ermöglichen.

11. Erlöschen der Genehmigung

Die Genehmigung erlischt, wenn die Schule nicht binnen eines Jahres eröffnet, wenn der Betrieb aufgegeben oder wenn die Schule ohne Zustimmung der oberen Schulaufsichtsbehörde ein Jahr lang nicht betrieben wird (§ 7 PSchG). Hierbei bedeutet „binnen eines Jahres eröffnet", dass die Schule spätestens am ersten Schultag des folgenden Schuljahres, der für die betr. Schulart gilt, eröffnet sein muss. Nicht maßgeblich ist hingegen der Beginn des Schuljahres (§ 26 SchulG).

12. Übergang der Genehmigung

Das Landesrecht in Baden-Württemberg regelt den Rechtsträgerwechsel von Ersatzschulen nur höchst kursorisch. Nach Nummer 10 Abs. 1 Nr. 2 VVPSchG sind Veränderungen in der Person des Unternehmers der oberen Schulaufsichtsbehörde anzuzeigen.[92] Welche Konsequenzen dies für die Genehmigung der Ersatzschule hat, bleibt hingegen ungeregelt. Das ist aber gerade im Hinblick für die Finanzierung des Schulbetriebs von erheblicher Bedeutung, denn nach § 17 Abs. 4 S. 1 PSchG gilt eine Wartefrist von drei Jahren für die Bezuschussung von genehmigten Ersatzschulen. Da die Genehmigung einer Ersatzschule personenbezogen ist, bedarf die Übernahme der Schule durch einen neuen Rechtsträger einer erneuten Genehmigung gem. §§ 4 ff. PSchG. Diese wird regelmäßig dann zu erteilen sein, wenn sich keine wesentlichen Änderungen für den Schulbetrieb infolge des Rechtsträgerwechsels ergeben, die über die Prüfung des neuen Rechtsträgers hinaus (Nummer 8 Abs. 2 Nr. 1 VVPSchG: Zuverlässigkeit) ein weitergehendes, substanzielles Prüfungserfordernis auslösen. Folgerichtig ist in diesen Fällen die staatliche Bezuschussung unverändert fortzusetzen, wenn die zu übernehmende Ersatzschule die dreijährige Wartefrist bereits erfüllt hat. Dadurch hat die Schule entsprechend dem Zweck der Wartefrist den Nachweis erbracht, dass sie sich im Wettbewerb mit vorhandenen öffentlichen und privaten Schulen durchgesetzt und dauerhaft Bestand hat.[93]

III. Anforderungen an die staatliche Anerkennung von Ersatzschulen

Im GG wird die öffentlich-rechtliche Zugangsberechtigung zu weitergehenden Ausbildungen und zu Berufsabschlüssen nicht geregelt. Wenn aber eine anerkannte Privatschule den Bildungsgrad ihrer Schüler mit öffentlich-rechtlicher „Außenwirkung" feststellt, das heißt öffentlich-rechtliche Zugangsberechtigungen vermittelt oder Berechtigungen zur Führung einer Berufsbezeichnung erteilt, dann übt sie nach der einhelligen Rechtsprechung[94] und dem überwiegenden Teil der Rechtsliteratur[95] hoheitliche Funktionen, die ihr aus dem privatrechtlichen Status nicht zukommen, sondern von einem Hoheitsträger übertragen werden müssen. Es ist daher nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zulässig, wenn von genehmigten Ersatzschulen verlangt wird, dass vor der Verleihung der Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule die für öffentliche Schulen geltenden Anforderungen eingehalten werden.[96] Darin wird kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gesehen.[97]

Nach der Grundnorm des § 10 Abs. 1 PSchG verleiht die obere Schulaufsichtsbehörde einer Ersatzschule, welche die Gewähr dafür bietet, dass sie dauernd die für öffentliche Schulen geltenden Anforderungen erfüllt, die Eigenschaft einer anerkannten Ersatzschule. Die nach Abs. 1 gestellten Anforderungen werden im Einzelnen in Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift aufgeschlüsselt.[98]

1. Genehmigter Lehrplan

Die staatliche Anerkennung setzt voraus, dass dem Unterricht ein von der oberen Schulaufsichtsbehörde genehmigter Lehrplan zugrunde gelegt wird (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) PSchG).[99] Dieser muss sich unter dem Primat der Gleichartigkeit weitgehend an dem Lehrplan der jeweiligen öffentlichen Vergleichsschule orientieren.[100]

2. Erreichung des Lehrziels der entsprechenden öffentlichen Schule

Die Vorgabe der Erreichung des Lehrziels der entsprechenden öffentlichen Schule (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) PSchG) wird es im Rahmen der staatlichen Anerkennung erforderlich machen, den Lehrstoff in weitergehender Anlehnung an die ent-

90 Rundschreiben des Ministeriums für Kultus, Jugend und Sport Baden-Württemberg vom 20.08.2018 – 13-6460.2/203.

91 Vgl. VGH BW, Beschl. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris; VGH BW, Beschl. v. 20.05.2016 – 9 S 303/16 – juris; VG Stuttgart, Beschl. v. 20.01.2016 – 12 K 4489/15 – juris.

92 Eine ausführlichere Regelung findet sind in Brandenburg in § 7 Abs. 2 ESGAV. Vgl. auch VG Cottbus, Urt. v. 22.08.2013 – 1 K 1019/12 – juris, wonach die formwechselnde Umwandlung eines Schulträgers kein Genehmigungserfordernis auslöst.

93 So die Anforderungen der Rechtsprechung, vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 1 BvR 682/88, 1 BvR 712/88 – juris; VGH BW, Urt. v. 12.03.2015 – 9 S 809/13 – juris, Rn. 28.

94 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris; BVerwG, Urt. v. 18.11.1983 – 7 C 114/81 – juris, Rn. 12; VGH BW, Urt. v. 26.03.2015 – 9 S 516/14, VBlBW 2015, 479; VGH BW, Urt. v. 24.10.2013 – 9 S 2430/12, VBlBW 2014, 457, 459; VGH BW, Urt. v. 23.10.2012 – 9 S 2188/11 – juris, Rn. 48 ff.

95 Vgl. *Robbers* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 201 f.; *Uhle* (Fn. 48), Art. 7 Rn. 88; *Rux*, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 1291 ff.

96 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 28; VGH BW, Urt. v. 23.10.2012 – 9 S 2188/11 – juris, Rn. 45ff. Zustimmend *Kösling*, Die private Schule gem. Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, S. 204 ff.; *Kümper*, DÖV 2015, 864, 870ff. A. A.: *Brosius-Gersdorf*, Die Verwaltung 2012, 422 ff.; *Ogorek*, DÖV 2010, 341, 343ff.; *Vogel* (Fn. 41), S. 122 ff. Auf die unterschiedlichen Standpunkte kann hier nicht vertieft eingegangen werden.

97 *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 1.

98 Mit dem Gesetz zur Änderung des Privatschulgesetzes und dessen Vollzugsverordnung vom 10.10.2017 (GBl. S. 521) wurden diese bislang in der Nummer 12 VVPSchG enthaltenen Anforderungen in Anwendung der Wesentlichkeitstheorie in § 10 Abs. 2 und 3 PSchG übernommen, vgl. LT-Drs. 16/2333, S. 18.

99 Vgl. *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 4.

100 Vgl. *Kösling* (Fn. 96), S. 204.

sprechenden öffentlichen Schulen, als dies für lediglich genehmigte Ersatzschulen gilt, zu vermitteln.[101]

Obgleich dies in § 10 Abs. 2 Nr. 1 PSchG nicht verankert ist, wird von den Schulaufsichtsbehörden in der Praxis für die Verleihung der staatlichen Anerkennung verlangt, dass zumindest 50 % der Schüler die Abschlussprüfung in zwei aufeinanderfolgenden Jahren mit Erfolg absolviert haben. Dies unterliegt durchgreifenden Bedenken, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anerkennung gegeben sind, denn es gibt auch für öffentliche Schulen keine rechtlich maßgebliche Erfolgsquote, sodass in dieser Praxis ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gesehen werden muss.[102]

Für die staatliche Anerkennung als Ersatzschule ist es nicht erforderlich, dass der Privatschulträger Religionsunterricht anbietet.[103] Dagegen sprechen die vorgenannten, bereits für das Genehmigungsverfahren geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 Abs. 4 GG.[104] Zunächst gilt dies für alle Ersatzschulen, für die das Fach Religion nicht zu den Versetzungsfächern gehört.[105] Für alle anderen, auch die allgemeinbildenden Schulen gilt, dass eine Ersatzschule mit der staatlichen Anerkennung nicht zu einer öffentlichen Schule i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG wird. Hätte der Verfassungsgeber des GG im Lichte der von ihm herangezogenen Ausgangsvorschrift des Art. 149 S. 1 WRV den Religionsunterricht für Ersatzschulen anordnen wollen, hätte er dies entsprechend in Art. 7 Abs. 3 oder 4 GG zum Ausdruck bringen müssen. Stattdessen hat er in klarer Unterscheidung zwischen öffentlichen Schulen und Schulen in freier Trägerschaft nur für die öffentlichen Schulen die Durchführung von Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach angeordnet. Insoweit liegt auch keine Lücke vor, die im Wege der Analogie geschlossen werden könnte. Wenn hier eine Änderung herbeigeführt werden soll, bedarf dies einer Änderung des GG.

3. Übertrittsmöglichkeit

Die in § 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) PSchG vorgesehene wechselseitige Übertrittsmöglichkeit zwischen der Ersatzschule und der entsprechenden öffentlichen Schule erfordert grundsätzlich die Einhaltung der Schuljahresregelung der öffentlichen Schulen, wobei eine geringfügig abweichende Ferienregelung an der Ersatzschule nicht hinderlich ist.[106]

4. Aufnahme- und Versetzungsbedingungen

Die für die entsprechenden öffentlichen Schulen geltenden Aufnahme- und Versetzungsbestimmungen sind einzuhalten (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) PSchG).[107] Durch die Anwendung der staatlichen Versetzungsordnung soll nach der Rechtsprechung sichergestellt werden, dass der Leistungsstand der Schüler an Privatschulen für den Schuljahreswechsel demjenigen der Schüler an öffentlichen Schulen entspricht. Eine Ersatzschule, die ihre Schüler nach den für die öffentliche Schule geltenden Prinzipien auswählt und für das Fortschreiten der Schüler in der Schule eine dem staatlichen Schulwesen entsprechende Handhabung garantiert, bietet dem Staat eine besondere Gewähr für einen der öffentlichen Schule entsprechenden Ausbildungserfolg sowohl während der einzelnen Ausbildungsabschnitte als auch bei Abschluss der Ausbildung.[108]

5. Wissenschaftliche und pädagogische Eignung der Schulleitung

Die Schulleitung muss die für ihre Aufgabe erforderliche wissenschaftliche und pädagogische Eignung besitzen (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. e) PSchG). Dies ist am Maßstab der §§ 41, 42 SchulG zu messen, wobei nicht zwingend gefordert werden kann, dass der Schulleiter die Befähigung zum Lehramt einer Schulart besitzt, wie dies in § 39 Abs. 2 S. 1 SchulG für Schulleiter an öffentlichen Schulen gefordert wird.[109]

6. „2/3-Quote"

Die in den vergangenen Jahren am heftigsten umstrittene Anforderung für die staatliche Anerkennung war die sog. „2/3-Quote", die von der Schulverwaltung aus der Vorgabe in Nummer 12 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. f) VVPSchG (nunmehr § 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. f) PSchG)[110] abgeleitet wurde. Diese sieht vor, dass die Lehrkräfte an einer staatlich anerkannten Ersatzschule „in der Regel" die Anstellungsfähigkeit für das ihrer Tätigkeit entsprechende Lehramt an öffentlichen Schulen besitzen müssen. „In der Regel" wird von der Schulverwaltung so interpretiert, dass mindestens 2/3 aller an einer Ersatzschule eingesetzten Lehrkräfte die Anstellungsfähigkeit für den öffentlichen Schuldienst vorweisen können müssen. Im Ergebnis ist die „2/3-Quote" von der Rechtsprechung trotz zahlreicher Bedenken einhellig gebilligt worden.[111]

Im Kern wird die Billigung der „2/3-Quote" von der Rechtsprechung damit begründet, dass eine Ersatzschule, die ihre Lehrer nach den für die öffentlichen Schulen geltenden Prinzipien rekrutiert, dem Staat eine besondere Gewähr für einen der öffentlichen Schule entsprechenden Unterrichtserfolg bietet. Auf diese Weise soll eine vorverlegte Qualitätssicherung dahingehend erfolgen, dass der Unterricht durch hinreichend qualifizierte Lehrer durchgeführt wird, die sicherstellen, dass der Unterricht an der Ersatzschule fachlich, pädagogisch und didaktisch von gleichhoher Qualität ist.[112]

In Anbetracht des eklatanten Mangels an Lehrkräften hat sich das Kultusministerium zumindest bereit erklärt, zum einen von den Privatschulen entsendete Lehrkräfte an Nachqualifizierungsmaßnahmen des Landes teilnehmen zu lassen und zum anderen die „2/3-Quote" bis zum Ende des Schuljahres 2020/2021 unter bestimmten Voraussetzungen durch eine „50+1-Quote" zu ersetzen.

101 Vgl. *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 4 zur Forderung des Kultusministeriums, mindestens die wesentlichen Inhalte der Kontingentstundentafel verbindlich zu übernehmen. Kritisch etwa *Vogel* (Fn. 41), S. 123 f., der das Bildungsangebot und dessen Vermittlung von der Privatschulfreiheit erfasst sieht.

102 Zur Anerkennungspraxis in Bayern, wonach mindestens 2/3 der Schüler des Jahrgangs die Abschlussprüfung in zwei aufeinanderfolgenden Prüfungsjahrgängen erfolgreich bestanden haben müssen, vgl. VG München, Urt. v. 19.07.2016 – M 3 K 14.4307 – juris (offengelassen); VG Regensburg, Beschl. v. 20.11.2014 – RO 2 E 14.1750 – juris (zulässig); VG Ansbach, Beschl. v. 09.09.2014 – AN 2 E 14.00997 – juris (zulässig).

103 So jetzt auch BVerwG, Beschl. v. 29.04.2019 – 6 C 141/18 – juris, Rn. 29. Undeutlich die Vorinstanz, vgl. VGH BW, Urt. v. 03.05.2018 – 9 S 653/16, VBlBW 2018, 455, 460.

104 S. unter Ziff. II. 1. So auch *Badura* (Fn. 31), Art. 7 Rn. 73.

105 Vgl. etwa § 5 Abs. 1 VO des Kultusministeriums für die Ausbildung und Prüfung an den dreijährigen Berufskollegs für Design (APrOBKDesign v. 20.08.2004 i. d. F. v. 24.07.2017, GBl. S. 469, 471).

106 Vgl. *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 4 m. w. N.

107 Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – 6 C 5/00 – juris, Rn. 26; VGH BW, Urt. v. 23.10.2012 – 9 S 2188/11 – juris, Rn. 40, 58. A. A. *Brosius-Gersdorf*, Die Verwaltung 2012, 389, 424; *Vogel* (Fn. 41), S. 124; *Ogorek*, DÖV 2010, 341, 344 ff. der von einer „Verstaatlichung der freien Schulen" spricht. S. zum (Versetzungs-)Fach Religionslehre unter Ziff. II.1.b).

108 VGH BW, Urt. v. 23.10.2012 – 9 S 2188/11 – juris, Rn. 59.

109 Vgl. *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 4.

110 Die identische Regelung wurde mit Wirkung zum 01.08.2017 von der VVPSchG in das PSchG übernommen.

111 VerfGH BW, Urt. v. 07.05.2018 – 1 VB 15/16 – juris, Rn. 21; BVerwG, Beschl. v. 01.10.2015 – 6 B 15/15 – juris, Rn. 11; VGH BW, Urt. v. 26.03.2015 – 9 S 516/14, VBlBW 2015, 479; VGH BW, Urt. v. 24.10.2013 – 9 S 2430/12, VBlBW 2014, 457.

112 VGH BW, Urt. v. 24.10.2013 – 9 S 2430/12, VBlBW 2014, 457, 459. Ebenso VGH BW, Urt. v. 26.03.2015 – 9 S 516/14, VBlBW 2015, 479, 482. Kritisch *Rux* (Fn. 95), Rn. 1295 unter Hinweis darauf, dass es bereits für die Genehmigung als Ersatzschule erforderlich ist, dass die Lehrkräfte eine mit der Ausbildung der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen vergleichbare Qualifikation haben.

7. Dreijährige Wartefrist

Die Ersatzschule muss die in § 10 Abs. 1 PSchG genannten Voraussetzungen grundsätzlich drei Jahre erfüllt haben, bevor angenommen werden kann, dass die Schule sie auf Dauer erfüllt (§ 10 Abs. 3 S. 1 PSchG). Den zumindest mittelbaren Eingriff in die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG sieht der VGH Baden-Württemberg als verhältnismäßig an, wobei die Dreijahresfrist vom Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers umfasst sein soll.[113]

Wird eine bereits anerkannte Ersatzschule ausgebaut oder richtet der Träger einer bestehenden staatlich anerkannten Ersatzschule eine weitere Ersatzschule desselben Schultyps ein, entfällt die dreijährige Wartefrist (§ 10 Abs. 3 S. 2 PSchG). Dies könnte es nahelegen, dass von der Privilegierung ausschließlich Schultypen (§ 4 Abs. 1 S. 2 SchulG) betroffen sind. Fehlt es jedoch innerhalb einer Schulart an einer Gliederung in Schultypen,[114] muss die staatliche Anerkennung ohne Einhaltung der Wartefrist auch für Einrichtung einer weiteren Ersatzschule derselben Schulart (§ 4 Abs. 1 S. 4 SchulG) erteilt werden.[115] Liegt eine Gliederung der Schulart in Schultypen vor, ist entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift zu verfahren.[116]

8. Rechtsanspruch auf staatliche Anerkennung

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 und 3 PSchG hat der Träger der genehmigten Ersatzschule einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Verleihung der staatlichen Anerkennung seiner Schule.[117] Der Schulaufsichtsbehörde insoweit steht kein Ermessen zu.[118]

9. Rechtswirkungen der staatlichen Anerkennung

Mit der Anerkennung erhält die Ersatzschule das Recht, nach den allgemein für öffentliche Schulen geltenden Vorschriften Prüfungen abzuhalten und Zeugnisse zu erteilen, wobei die Schulaufsichtsbehörde die Zusammensetzung der Prüfungsausschüsse bestimmt (§ 10 Abs. 4 PSchG).[119] Daher ist es etwa nicht zulässig, dass ein Gymnasium in freier Trägerschaft Schüler, die nach zweimaliger Nichtversetzung das öffentliche Gymnasium verlassen mussten, als „Gastschüler" aufnimmt, um ihnen auf diese Weise dennoch den Weg zum Abitur zu eröffnen.[120]

Demgegenüber sind lediglich genehmigte Ersatzschulen darauf angewiesen, die Abschlussprüfungen als sog. Schulfremdenprüfungen oder Externenprüfungen unter staatlicher Aufsicht und Führung durchzuführen.[121] Weshalb in Anbetracht der Gleichwertigkeit der Ausbildung in genehmigten Ersatzschulen (§ 5 Abs. 2 PSchG) die von den Schülern erzielten Vornoten in den Prüfungsfächern nicht berücksichtigt werden dürfen, erscheint nicht begründbar, denn die von der Rechtsprechung stets betonte Qualitätskontrolle findet gerade in der Abschlussprüfung statt.

Die Gewährung von staatlicher Finanzhilfe für Ersatzschulen ist in Baden-Württemberg nicht an den Status als anerkannte Ersatzschule gebunden. Sie wird bereits nach einer Wartefrist von drei Jahren für genehmigte Ersatzschulen gewährt (§ 17 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 S. 1 PSchG).[122]

IV. Fazit

Der im GG verankerte Genehmigungsvorbehalt darf von den Schulaufsichtsbehörden in Anbetracht der verfassungsrechtlich abgesicherten weitgehenden Privatschulfreiheit nicht zum Anlass genommen werden, überflüssige bürokratische Hindernisse aufzubauen. Aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG ergibt sich ein Diskriminierungsverbot im Verhältnis zu den entsprechenden öffentlichen Schulen.[123] Gefordert ist ein pragmatischer Ansatz zur Gewährleistung der Qualität des Privatschulwesens im Wettbewerb mit den öffentlichen Schulen. Das rechtliche Instrumentarium hierfür steht mit den sowohl im PSchG als auch in § 36 LVwVfG geregelten Nebenbestimmungen zur Verfügung. Dadurch kann etwaigen Unzulänglichkeiten beim Betrieb von genehmigten Ersatzschulen angemessen entgegnet werden. Zudem ermöglicht die dreijährige Wartefrist sowohl für eine staatliche Anerkennung als auch für die Gewährung von staatlicher Finanzhilfe, dass ausreichend Zeit für eine ggf. erforderliche staatliche Intervention zur Vermeidung von Missständen zur Verfügung steht. Die Praxis zeigt, dass nur in wenigen Ausnahmefällen die Versagung der Genehmigung aufgrund vorhandener Defizite veranlasst ist.

Anders dürfte es sich bei der staatlichen Anerkennung von Ersatzschulen verhalten, da diese am Berechtigungswesen teilnehmen. Gleichwohl sollte im Bereich der Qualifikation der Lehrkräfte (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. f) PSchG „Anstellungsfähigkeit") dem Umstand in weitaus größerem Maße Rechnung getragen werden, dass Ersatzschulen per se und dauerhaft einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den öffentlichen Schulen bei der Rekrutierung von Lehrkräften hinnehmen müssen. Hier eine starre Quote für die Anstellungsfähigkeit zu fordern, erscheint nicht sachgerecht und ist unter der Geltung des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG kaum begründbar.

113 VGH BW, Urt. v. 23.10.2012 – 9 S 2188/11 – juris, Rn. 64ff.; bestätigt durch VGH BW, Urt. v. 24.10.2013 – 9 S 2430/12, VBlBW 2014, 457, 460. Zur Kritik an der Wartefrist s. *Scheuer*, in: Hufen/Vogel, Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft, 2006, S. 191 ff.

114 Neue Schultypen sind durch Rechtsverordnung des Kultusministeriums einzurichten (§ 4 Abs. 1 S. 3 SchulG).

115 Dies betrifft etwa die Einrichtung einer weiteren Werkrealschule.

116 Vgl. VGH BW, Beschl. v. 08.04.2011 – 9 S 884/11, VBlBW 2011, 476, 477; *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 5.

117 *Gayer* (Fn. 6), § 10 PSchG Rn. 1; *Rux* (Fn. 95), Rn. 1296. Einen auf Art 7 Abs. 4 GG gestützten Rechtsanspruch verneint das BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 31. Andere leiten ihn aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 4 GG her, vgl. *Robbers* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 201.

118 Vgl. BayVGH, Urt. v. 25.07.1995 – 7 B 94.2451 – juris.

119 Vgl. VGH BW, Urt. v. 23.10.2012 – 9 S 2188/11 – juris, Rn. 41ff.

120 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 35.

121 Der VGH BW sieht in der Notwendigkeit der Durchführung der Schulfremdenprüfung keinen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 GG, vgl. Beschl. v. 08.04.2011 – 9 S 884/11, VBlBW 2011, 476, 477.

122 Das BVerfG sieht die Einhaltung von Wartefristen für die staatliche Förderung als mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht für Ersatzschulen vereinbar an, vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvL 24/64 – juris, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 1 BvR 682/88, 1 BvR 712/88, Rn. 36ff. – juris, Rn. 36ff. Zur Forderung, dass der Staat der Ersatzschule nach Einhaltung der Wartefrist rückwirkend staatliche Finanzhilfe gewähren muss, vgl. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 7), Art. 7 Rn. 111.

123 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 1 BvR 682/88, 1 BvR 712/88 – juris, Rn. 26; *Brosius-Gersdorf* (Fn. 7), Art. 7 Rn. 107.