

## Schwerpunkt Nachschläge

**Geleitwort der Redaktion** ..... 2

## Beiträge Schulranking:

**Durchgriff des Marktes oder Instrument für Transparenz ?**

Senatorin a.D. Sybille Volkholz, Berlin ..... 3

## Nachschläge

**– zum Thema Schüler als Beschäftigter seiner Schule (R&B 3/07)**

Rechtsanwalt Christian Lucas, Frankfurt

Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Berlin ..... 6

**– zum Thema ordentliche Kündigung des Schulvertrags durch den Schulträger (R&B 1/05)**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Berlin ..... 8

**– zum Thema Gebühren für Genehmigungen (R&B 2/07)**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Berlin ..... 9

**– zum Thema Sittenwidrigkeit zu niedriger Lehrerbezüge (R&B 3/07)**

Rechtsanwalt Martin Sträßer, Chemnitz ..... 10

**– zum Thema Steuerliche Schulgeldabsetzbarkeit (R&B 3/05)**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Berlin ..... 11

**– zum Thema Gemeinnützigkeit**

Rechtsanwalt und Mediator Marc Y. Wandersleben, Hannover ..... 12

## Buchbesprechung **Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot: Realität, Normativität und Fiktionalität**

Dr. Thomas Langer, Köln ..... 15

## Dokumentation **Schülerkosten in Berlin. Tabelle aus der Untersuchung über allgemeinbildende öffentliche Schulen im Jahre 2004**

Prof. Dr. B. Eisinger, Prof. Dr. P.K. Warndorf, Prof. Dr. J. Feldt und weitere Mitarbeiter. Steinbeis-Transferzentrum Wirtschafts- und Sozialmanagement, Heidelberg ..... 22

## Geleitwort der Redaktion

Die Ratlosigkeit darüber, wie die deutsche Schule zu verbessern wäre, ist inzwischen so groß, dass die Bildungsempfehlungen zahlloser Institutionen sich häufen, in der Öffentlichkeit sich aber eine gewisse Abstumpfung bemerkbar macht. Eine der opulentest ausgestatteten und prominentest besetzten Empfehlungen sind die von der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft herausgegebenen und von DIETER LENZEN in einem „Aktionsrat Bildung“ koordinierten Bände „Bildung neu denken! Das Zukunftsprojekt“ (2003), „Das Finanzkonzept“ (2004) und „Das juristische Konzept“ (2005), denen jetzt das „Jahresgutachten 2007 Bildungsgerechtigkeit“ folgte. Der letzte Band enthält umstürzende Vorschläge, löste aber nur noch ein bescheidenes Echo in den Medien aus. Immerhin wird dort vorgeschlagen, dass das Schulwesen zwar vom Staat kontrolliert und finanziert, aber privat betrieben werden solle. Konsequenz sollen die staatlich ausgebildeten Lehrer ihren Beamtenstatus verlieren. Bemerkenswert ist an diesen Vorschlägen auch, dass sie weder in den vorangegangenen Bänden noch in diesem Band ernsthaft begründet werden. In den vorangehenden Bänden war noch die Rede von einer Finanzierung über Bildungsgutscheine und einer neuen Balance zwischen staatlichen und freien Trägern durch Stärkung der freien Initiativen (WOLFGANG PERSCHELS Ausführungen zur Verfassungslage der Schulen in freier Trägerschaft ist nachdrücklich zuzustimmen). Natürlich könnte man von Verfassungs wegen das gesamte Schulwesen von freien Initiativen betreiben lassen; das Grundgesetz gibt das Modell in Art. 7 (4) GG vor und verpflichtet den Staat in Art. 7 (1) GG nur zur Aufsicht, nicht zum Betreiben – aber müsste ein solcher Schritt nicht eingehender begründet werden? Zumal neuere Rechtsauffassungen von P. BADURA (Nachfolger von Maunz im GG-Kommentar MAUNZ/DÜRIG) und J. RUX (Autor der 4. Auflage des „Schulrecht“ von NIEHUES) nachdrücklich bei der umfassenden Interpretation der „Aufsicht über das Schulwesen“ nach Art. 7 (1) GG bleiben. Der Vorschlag des Aktionsrats soll doch wohl weder besagen, dass Pädagogik an freien Schulen prinzipiell erfolgreicher als beim Staat stattfände, noch dass der Staat bei Misslingen der Pädagogik aus der Schusslinie genommen werden solle, oder doch? Die Ratlosigkeit scheint sich nun auf die Empfehlungen derer auszubreiten, die bisher noch als Autoritäten Hoffnungsanker in der Misere sind. Trost bringt da HEIKE SCHMOLL in der FAZ; sie glaubt an zentrale Prüfungen und staatliche Lehrerbildung und denunziert die angeblich schlechte Ausbildung der Waldorflehrer, die „nie eine Hochschule von innen gesehen haben“ (FAZ vom 24.05.2007). Bei etwas sorgfältigerer Recherche wäre sie auf das unfassliche Wunder gestoßen, dass die Waldorfschulen mit solch kuriosen Erziehungskünstlern prozentual genau so viele Schüler durch das schwierigere Fremdenabitur und zur Fachhochschulreife führen wie staatliche Gymnasien mit ihren staatlich ausgebildeten Lehrern. Es ist also etwas dran an dem Vorschlag, Schule privat betreiben zu lassen, Wunder inklusive.

Dieses Heft bringt unter der Überschrift „Nachschläge“ eine Reihe von Entscheidungen und Anmerkungen, die in früheren Heften Berichteten differenzieren oder in Frage stellen.



## Beiträge Schulranking

### Durchgriff des Marktes oder Instrument für Transparenz ?

SYBILLE VOLKHOLZ, BERLIN

„Berlins Beste Schulen ... Wo unsere Kinder wirklich was gelernt haben“ titelte die Berliner Morgenpost am 10. Juli 2007 (Aufmacher). In dem Artikel werden dann, jeweils nach den Durchschnittsnoten der Abiturienten sortiert, die 10 ersten Gymnasien, Gesamtschulen und Oberstufenzentren aufgelistet.

Welchen Informationswert hat eine solche Tabelle? Wir erfahren die Abiturnoten der Schüler und Schülerinnen. Dem Aufmacher entnehmen wir als Subtext auch, dass das Interesse nach Aussagen über Schulen erheblich gewachsen ist – das ist die positive Seite, Bildungsthemen schaffen es zum Aufmacher.

**Ranking nur nach  
Abiturnoten – ein Unsinn**

Was wir nicht erfahren ist, ob die guten Schülerleistungen wirklich der Schule zuzuschreiben sind oder ob diese Schüler diese Noten oder vielleicht auch bessere an jeder anderen Schule erreicht hätten. Wir wissen nicht, mit welchen Lernausgangslagen diese Schüler und Schülerinnen an die Schule gekommen sind. Sind es zum großen Teil Schüler mit Migrationshintergrund, Kinder von Hartz IV-Empfängern, „bildungsfernen“ Elternhäusern oder sind es Jugendliche, die von zuhause so viel Förderung erfahren, dass sie die guten Ergebnisse praktisch daher mitbringen.

Ein Ranking ohne solche Informationen gibt Abiturnoten als Qualitätsmerkmal der Schule aus, wohingegen diese für sich genommen zunächst nur den Schülerinnen und Schülern zugeschrieben werden können.

Was die Berliner Morgenpost groß aufgemacht hat, ist in anderen Ländern, z.B. England gang und gäbe. Dort werden regelmäßig die Schulen in Ranking-Tabellen veröffentlicht. Bei Pädagogen und nicht nur bei diesen ist diese Praxis höchst umstritten. Was spricht für und was gegen solche Verfahren?

Mit dem Zuwachs an Informationen, Ergebnissen von Vergleichsarbeiten in der Grundschule und der Sekundarstufe I, dem auf Länderebene zentralisierten Mittleren Schulabschluss und dem Zentralabitur steigt das Bedürfnis der Öffentlichkeit, diese Informationen zu erhalten. Schulen, die gut abschneiden, stellen die Ergebnisse auf ihre Homepage und das Fehlen solcher Angaben ist dann auch eine Information. Mit zunehmender Selbstständigkeit von Schulen und rechtlich abgesicherter Eigenverantwortung kann Schulen dies auch nicht einfach untersagt werden.

**Information erwünscht,  
aber wie müsste sie  
sachgerecht erfolgen?**

Wenn dieser Sachverhalt akzeptiert werden muss, dann ist es sinnvoll nach Zusatzinformationen zu fragen, die wirklich Auskunft über die Qualität der Schule geben. Aus den PISA Studien ist der enge Zusammenhang zwischen sozialer Herkunft der Schüler und ihrem Schulerfolg bekannt. Insofern kann bei besonders guten Abiturnoten eine bessere soziale Herkunft vermutet werden. Über die Qualität der Schule sagt dies aber nur aus, von welchen Schichten sie bevorzugt besucht wird, aber nicht, welche Leistung die Schule wirklich hinzugefügt hat.

Mit welchen Schülern und Schülerinnen sind diese Ergebnisse erreicht worden? Ein Kreuzberger Gymnasium mit einem Notendurchschnitt von 2,8 bei 50 % Migrantenanteil hat vermutlich mehr zur Förderung seiner Jugendlichen geleistet als ein Zehlendorfer Gymnasium mit dem gleichen Schnitt.

Das Board des „Modellvorhabens Eigenverantwortliche Schule“ (MES) hat angesichts dieser Entwicklung folgende Empfehlung gegeben:

„Die Schülerleistungen und die Ergebnisse von Vergleichsarbeiten sind ein wichtiger Indikator für die Qualität der Schulen und werden bei den Inspektionen als Merkmal erfasst. Sie sagen allerdings nur dann etwas über die

Schule aus, wenn die Zusammensetzung der Schülerschaft berücksichtigt wird. Die Angaben über die Ergebnisse von Schülerleistungen müssen daher ergänzt werden mit Informationen über die soziale Zusammensetzung. In Berlin bietet sich an, bis zur Entwicklung geeigneterer Indikatoren den Anteil der Schülerinnen und Schüler mit Migrationshintergrund sowie den Anteil der Eltern, die von der Zuzahlung zu Lernmitteln befreit sind, zu verwenden.

Diese beiden Angaben sind allerdings deswegen nur vorläufig geeignet, weil sie das kulturelle Kapital der Familie vernachlässigen. Indikatoren, wie die von Wilfried Bos für Hamburg entwickelten, sind aussagekräftiger und sorgfältiger, allerdings scheinen sie in der Erfassung für die Schulen sehr aufwändig. Da zu erwarten ist, dass Schulen mit guten Ergebnissen diese veröffentlichen werden, muss sehr schnell ein Indikatorensystem entwickelt werden, das zur Aussage über die Schülerschaft taugt.

Mit einem solchen kombinierten Veröffentlichungssystem soll der Gefahr begegnet werden, dass Schulen ihre Schülerschaft schon bei der Aufnahme selektieren, um zu besseren Ergebnissen zu gelangen.<sup>1</sup>

### Indikatoren nach W. BOS

WILFRIED BOS u.A.<sup>2</sup> haben für Hamburg einen so genannten Belastungsindex für Schulen entwickelt. Dabei soll der etwas problematische Begriff die „Erschwernis bei der Überwindung von Barrieren in der Förderung bildungsspezifischer Chancengleichheit formulieren“.<sup>3</sup> In diesen Index gehen Informationen ein wie die soziale Belastung der Schule im Stadtteil, einbezogen sind Wohnfläche je Einwohner, Anteil an Arbeitslosen und Sozialhilfeempfängern, das ökonomische Kapital, d.h. die Einkommensverhältnisse, das kulturelle Kapital, Anzahl von Büchern, Häufigkeit des Besuches kultureller Einrichtungen, Migrationshintergrund, etc. Sicherlich ist die Konstruktion und Erfassung solcher Indikatoren aufwändig.

Schwerer wiegt allerdings die Überlegung, dass Schulen gar nicht bereit sein werden, solche Daten über die Zusammensetzung ihrer Schülerschaft zu veröffentlichen. Dies dürfte auch schon für die einfachen Daten: Anteil der Kinder mit Migratonshintergrund und Eltern, die von der Zuzahlung zu Lernmitteln befreit sind, gelten. Schulen befürchten, wenn sie diese Daten angeben, könnte dies abschreckend auf Eltern wirken und zu einem verstärkenden Effekt hinsichtlich der problematischen Auswahl führen.

### Bedenken der Schulen

Schulen sollte aber empfohlen werden abzuwägen, ob sie nicht besser beraten sind, diese Ängste zu überwinden. In Verbindung mit mittleren bis guten Ergebnissen der Schülerleistungen können diese Informationen zu einer gravierenden Positivaussage über die Leistung der Schule und ihre pädagogische Qualität werden. Das Kreuzberger Gymnasium würde dann möglicherweise nicht einfach mit dem Zehlendorfer verglichen, sondern mit anderen Schulen mit ähnlicher Schülerzusammensetzung.

Auch ohne veröffentlichte Rankingtabellen gibt es von Seiten der Öffentlichkeit Bewertungen von Schulen – den so genannten Ruf der Schule, der – vor allem wenn er negativ ist – fast nicht zu korrigieren ist. Dieser Ruf basiert in der Regel auf sehr ungenauen Informationen und teilweise auf Gerüchten, vor allem auf gesammelten Informationen über Einzelerfahrungen, die irgendjemand mit seinem Kind an dieser Schule gemacht hat.

<sup>1</sup> Bildung für Berlin, MES – Erfahrungen und Empfehlungen, Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung (Hrsg.), Sept. 2007.

<sup>2</sup> WILFRIED BOS u.a. Ein Belastungsindex für Schulen als Grundlage der Ressourcenzuweisung am Beispiel von KESS 4, in: HOLTAPPELS, H.G. u.a. (Hrsg.), Jahrbuch der Schulentwicklung, Band 14, Weinheim 2006.

<sup>3</sup> Ebda S. 6 (Seitenangabe ist dem Vorabdruck entnommen).

Demgegenüber können Informationen, die die Schule zusätzlich zu den Ergebnissen der Schülerleistungen selbst über sich gibt, sachlicher, systematischer und strukturierter sein.

### Informationen für Schulwahl

Die Öffentlichkeit hat auch ein Recht darauf, zu erfahren, wie gut Schulen sind. Mit zunehmender Wahlmöglichkeit von Eltern bedarf es vernünftiger Informationen über Schulen. Dazu dürften Schulprogramme und -profile kaum ausreichen. Eltern wollen wissen, wie schneiden Schüler ab. Dann könnte es von großem Vorteil sein, dass Schulen diesem Wunsch entgegenkommen und vernünftige Informationen zusammenstellen, die wirklich etwas über die Schule aussagen.

Diesem Bedürfnis von Eltern und Öffentlichkeit kommt die Presse nach; ob es bei den simplifizierten Schlagwörtern bleibt, hängt nicht zuletzt von der Reaktion der Schulen und der professionellen Pädagogen, auch der Schulpolitik ab. Seit PISA ist zu beobachten, dass sich die Debatte um Bildungsfragen in der Öffentlichkeit erheblich differenziert hat. Das Allgemeinwissen über Kompetenzen, Bildungsstandards, aber auch um den Zusammenhang von sozialer Herkunft und Schulerfolg ist erheblich gewachsen und die Frage, wie mit Benachteiligungen umgegangen wird, hat in der öffentlichen Aufmerksamkeit an Stellenwert gewonnen.

Wenn also ein öffentliches Ranking nicht zu verhindern ist, sollte die Gelegenheit genutzt werden, auch dieses so zu verfeinern, dass tatsächlich Informationen über die Schulqualität und die Arbeit der Schule mitgeliefert werden.

### Wenn schon Ranking unvermeidlich, dann verfeinert

So sind für die Öffentlichkeit und für Eltern als Entscheidungshilfe für die Schulwahl mindestens die besonderen Bemühungen um ein anregendes Schulleben und ein unterstützendes Lernklima von großer Bedeutung ebenso wie besondere Profile, die sich Schulen erarbeiten. Schülerleistungen sind nicht alles, was im Leben und in der Schule zählt. Aber letztendlich wird jede Schule gefragt, wie sie Schülerinnen und Schülern dabei hilft, ihre Potenziale bestmöglichst zu entfalten. Darüber sollten Schulen Auskunft geben. Die meisten müssen sich auch nicht scheuen.

### Ranking als Mittel zur Verbesserung der Schule

Für die Entscheidung pro oder contra ist es allerdings auch bedeutsam, was mit den Informationen über Ranking geschieht? Wozu soll Ranking nutzen? Was folgt daraus? Eine Akzeptanz bei den Schulen und Pädagogen wird nur erreicht werden, wenn Ranking Ergebnisse zeitigt. Schulen, die mit schwieriger Schülerschaft gute Ergebnisse erreichen, brauchen besondere Anerkennung genauso wie die Schulen, die unter den Erwartungshorizonten ihrer Schülerinnen und Schüler bleiben, Unterstützung brauchen. Hier muss schon gezielt untersucht werden, wie die unterschiedlichen Ergebnisse zustande kommen. Dazu bedarf es der Schulaufsicht, guter Evaluationssysteme, wichtiger aber Unterstützungssysteme, die helfen, die Arbeit zu verbessern. Nur in einem Klima von Beratung und Unterstützung werden Instrumente von Kontrolle und Veröffentlichung Akzeptanz finden.



## Nachschläge

### Anmerkung zum Beitrag „Der Schüler als Beschäftigter seiner Schule – eine befremdliche Konstruktion“

(Prof. Dr. Johann Peter Vogel, R&B 3/07, S. 9)

RECHTSANWALT CHRISTIAN LUCAS, FRANKFURT

Zu Recht setzt sich der Verfasser des Beitrags kritisch mit dem Thema auseinander, das Bundesarbeitsgericht sehe die Arbeitsgerichtsbarkeit als zuständig an für Streitigkeiten aus einem Berufsausbildungsverhältnis selbst dann, wenn die Ausbildung an berufsbildenden Schulen in freier Trägerschaft vermittelt wird, jedenfalls wenn die Gestaltung des Schulvertrages eine Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsgerichtsgesetz angebracht erscheinen lässt. Im Einzelfall lässt sich darüber gewiss streiten.

Die Befürchtung des Verfassers indes, damit wäre eine (weitere) Tür aufgestoßen, um nun auch für diese Schulverhältnisse nach Berufsbildungsgesetz [BBiG] zu verfahren, kann nicht geteilt werden. Zunächst stellt § 3 Abs. 1 BBiG klar, dass Ausbildungseinrichtungen, die den Landesschulgesetzen unterliegen, nicht nach dem BBiG beurteilt werden können. Jedoch befürchtet der Verfasser, dass für solche schulischen Ausbildungseinrichtungen, die nicht Landesschulgesetzen unterliegen (und das sind vor allem die Schulen im Gesundheitswesen, die überwiegend den Sozial- und Gesundheitsministerien unterstellt sind), das BBiG in Betracht kommt, nachdem im Jahre 2005 § 107 BBiG ersatzlos gestrichen wurde. Diese Vorschrift stellte fest, dass das BBiG auf Schulen zur Ausbildung für Heil- und Hilfsberufe nicht angewendet werden kann.

Trotzdem aber bleibt die Rechtssituation hiervon unberührt – aus folgenden Gründen:

#### Berücksichtigung des Kompetenzgefüges wichtig

Bei Ausbildungen im Bereich der ärztlichen und anderen Heilberufe handelt es sich nicht um eine Ausbildung im Sinne des BBiG. Nach Art. 74 Nr. 11 GG regelt der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung das Recht der Wirtschaft, wozu grundsätzlich auch die berufliche Bildung gehört.

Diese Norm gilt jedoch nicht für Regelungsbereiche, die gesondert oder speziell erfasst sind, so zum Beispiel ärztliche und andere Heilberufe. Ihre Regelung ergibt sich gesondert aus Art. 74 Nr. 19 GG. Konsequenterweise hat der Bund davon Gebrauch gemacht, indem er die entsprechenden Bundesgesetze Physiotherapie, Altenpflege, Ergotherapie und andere entwickelt hat. Auf dieser Grundlage sind dann entsprechende Landesregelungen verabschiedet worden. Es bleibt also festzuhalten, dass die Regelung der Wirtschaft (Art. 74 Nr. 11 GG) und die Regelung für Heilberufe (Art. 74 Nr. 19 GG) nebeneinander bestehen.

Der alte § 107 BBiG hatte dies der guten Ordnung halber festgestellt (deklaratorisch) und enthielt somit neben seiner deklaratorischen keine unmittelbare konstitutive Regelung. Im Rahmen der Novellierung des Gesetzes im Jahre 2005 wurde dann festgestellt, dass es einer solchen deklaratorischen Verlautbarung nicht bedarf. Der Paragraph wurde also gestrichen.

#### Schulen des Gesundheitswesens nicht im BBiG geregelt

Dementsprechend gehen das Bundesministerium für Bildung und Forschung und der Deutsche Industrie und Handelskammertag wie selbstverständlich davon aus, dass der Bereich Gesundheit nicht in der Regelungskompetenz Wirtschaft liegt; das beim Bundeswirtschaftsministerium geführte Register über anerkannte Ausbildungsberufe enthält folgerichtig keinen Beruf für den Bereich der Heilhilfsberufe.

Hilfreich für diese Argumentation ist darüber hinaus das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Altenpflegegesetz vom 24.10.2002 (2 BvF 1/01). Unter Rdnr. 221 ff. werden in dem Urteil die entsprechenden Berufe aufgeführt, so beispielsweise Physiotherapie, Logopädie, Krankenpflege und Medizinisch-technische Assistenz. Unter Rdnr. 113 wird die Spezialität der Heilberufe und unter Rdnr. 277 eine Sperrwirkung gegenüber anderen Kompetenztiteln explizit festgestellt.

Was bedeutet diese Erkenntnis in der Praxis? Das Rechtsverhältnis zwischen Ausbildungsträger und Teilnehmer – etwa die Kündigungsmöglichkeit nach § 22 – ist nicht nach dem BBiG zu regeln, sondern nach bürgerlichem Recht, und zwar völlig unabhängig von der Frage, welche Landeszuständigkeiten im Einzelnen bestehen. Hinsichtlich der Laufzeiten und Kündigungsfristen sind die Urteile des Bundesgerichtshofes maßgeblich (Urteil vom 04.11.1992 – VIII ZR 235/91 sowie vom 17.03.1993 – VIII ZR 180/92). Bei Berufsausbildungsverträgen unter dem Gesichtspunkt des Art. 74 Nr. 19 GG sind die Vorschriften der §§ 305 ff. sowie § 242 und § 157 BGB maßgeblich: Laufzeiten von einem Jahr sind danach selbstverständlich, weil nur so die Interessen sowohl der Teilnehmer als auch des Trägers hinreichend berücksichtigt werden. Übrigens hat der Bundesgerichtshof schon seiner Zeit explizit festgestellt, dass die Kündigungsvorschrift des BBiG nicht analog anwendbar ist.



## Anmerkung zur Anmerkung

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, BERLIN

Recht hat Christian Lucas; ich habe in meinen Ausführungen das Kompetenzgefüge des Grundgesetzes nicht berücksichtigt (man kann, mit den Worten des seligen Innenministers Höcherl, das Grundgesetz nicht ständig unter dem Arm haben). Die Schulen des Gesundheitswesens haben ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 74 Nr. 19 GG; der Bund kann im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung „die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen“ regeln und hat dies umfassend mit seinen Gesetzen zu vielen Heilberufen getan. Das Berufsbildungsgesetz (BBiG) hingegen ist Ausfluss der Gesetzkompetenz nach Art. 74 Nr. 11 GG („das Recht der Wirtschaft“). Die Schulen des Gesundheitswesens fallen mithin auch nach Streichung des § 107 BBiG nicht unter das BBiG.

Nun ergibt sich allerdings die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten zwischen Schulträger und Schüler nicht aus dem BBiG, sondern aus dem Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) und ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BArbG) dann gegeben, wenn der Schüler ein „zur Ausbildung Beschäftigter“ der Schule ist. Die Definition ist in R&B 3/07, S. 9 ff dargestellt worden. Bei dieser Ungereimtheit bleibt es. Die Rechtsprechung der letzten Jahre ist seitdem erheblich verunsichert:

- In einem Beschluss des **LAG Chemnitz vom 18.03.2005 (– 4 Ta 17/05 –)** wird die Klage eines Kochschülers an die Zivilgerichtsbarkeit verwiesen, weil der Schüler nicht im Restaurant des Schulträgers eingesetzt worden war und auch nicht als Nachwuchs ausgebildet wurde. Da sein Schulvertrag lediglich die Einhaltung der Schulordnung (ohne Sanktionen) vorsah und der Schüler nicht zum Lernen verpflichtet war, hatte das Rechtsver-

hältnis „keinen über einen bloßen Leistungsaustausch hinausgehenden Inhalt“, es fehle dann jede Nähe zu einem regulären Arbeitsverhältnis. Außerdem sei nach der Rechtsprechung des BArbG für die Beschäftigung erforderlich, dass „die Tätigkeit des Auszubildenden für den Ausbilder einen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzt“ (BArbG vom 29.10.1957 = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lehrverhältnis), z.B. dann, wenn der Auszubildende seinen Nachwuchs aus dem Kreis der von ihm Auszubildenden rekrutieren möchte (BArbG vom 24.02.1999 = AP Nr. 45 zu § 5 ArbGG 1979). Das sei hier nicht der Fall.

- Das **LG Berlin (Urteil vom 30.08.2007 – 51 S 86/07)** erklärt sich unausgesprochen für die Klage des Trägers einer Physiotherapieschule gegen einen Schüler auf Schulgeldzahlung für zuständig; das Schulverhältnis sei ein Dienstvertrag; das BBiG finde keine Anwendung, da „kein arbeitsrechtlicher Bezug bei der Ausbildung zum Physiotherapeuten“ bestehe.
- Das **ArbG Stuttgart (Beschluss vom 24.10.2007 – 24 Ca 3118/07)** erklärt sich für eine Streitigkeit zwischen einer Physiotherapieschule (Masseur und medizinischer Bademeister) und ihrem Schüler um Rückzahlung der Schulkosten für zuständig. Es beruft sich auf BArbGE 1999 und stellt fest, dass der Schulvertrag in seinen Verpflichtungen des Schülers zur Mitarbeit in der Schule „über den bloßen Leistungsaustausch“ hinausgehe. Der für eine Beschäftigung zur Ausbildung notwendige Bezug zum Arbeitsverhältnis liege vor, weil der Schüler einem Weisungsrecht des Schulträgers, einer Schulordnung etc. unterliege. Nicht erforderlich sei, dass die vom Schüler zu erbringenden Dienste nicht fremdnützig waren und keinen eigenen Wert für den Schulträger hatten (Verweis auf BArbG vom 30.07.2004 – 5 Ta 12/04).

Die Urteile in der Hauptsache in den arbeitsgerichtlichen Verfahren liegen nicht vor. Das BBiG dürfte wegen der oben erwähnten unterschiedlichen Kompetenzregelungen keine Anwendung auf die Schulverhältnisse der Schulen des Gesundheitswesens finden; die zugrunde liegenden Schulverträge müssten nach BGB-Recht beurteilt werden.



## Ordentliche Kündigung von Schulverträgen durch den Schulträger (R&B 1/05, S. 7 ff.)

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, BERLIN

Das **Sächsische OLG** hatte in einer Entscheidung vom **29.03.2000 – 8 U 477/00** – (RuS 2/03, S. 9) im Falle einer Kündigung des Schulvertrags in der Grundschulphase an einer Montessorischule die überraschende Feststellung getroffen, dass eine ordentliche Kündigung durch den Schulträger gegen § 9 AGBG verstoße; diese Feststellung war nur deshalb möglich, weil das Gericht den ausdrücklich unbefristeten Schulvertrag in einen befristeten umdeutete; die Frist eines Schulvertrags sei durch den Abschluss des Bildungsganges gegeben.

Das **LG Arnsberg (NRW, 07.08.2007 – 3 S 100/07)** hatte nun in einer Entscheidung eine ordentliche Kündigung des Schulvertrags eines Schulträgers eines Gymnasiums zu behandeln und kam zu dem Ergebnis, dass die ordentliche Kündigung rechtmäßig ausgesprochen wurde. Auch hier wurde die Kündigung nicht durch ein Verhalten des Schülers, sondern der Eltern ausgelöst. Die Kündigung war aber fristgerecht ausgesprochen worden. Das Gericht schloss sich ausdrücklich nicht dem Urteil des OLG Sachsen an. Es



begründete dies zunächst rein tatsächlich damit, dass der Vertrag mit einem Gymnasium eine „andere Situation“ sei als die mit einer Grundschule. Es fährt dann aber mit rechtlichen Gründen fort, dass es sich um einen Dienstvertrag handle, der auf unbestimmte Dauer geschlossen sei und dessen Dauer sich nicht aus dem Zweck der Dienste entnehmen lasse. Der Vertrag diene der Möglichkeit, den Schulabschluss, das Abitur, zu erreichen. Wann der Schüler aber tatsächlich die Schule verlässt, lasse sich bei Vertragsschluss noch nicht sagen, sodass eine Befristung des Vertrags bis zum Abschluss nicht angenommen werden könne. Einer Berücksichtigung des Kindeswohls stünde die Privatautonomie der Parteien gegenüber; dieser sei Rechnung zu tragen. *„Durch den Abschluss der Schulverträge haben sich die Eltern für den Besuch der Schule des Schulträgers entschieden, der die Schule aus freien Stücken betreibt und nicht denselben Verpflichtungen unterliegt wie eine öffentlich-rechtliche Schule“.*

Das Gericht geht also von einem unbefristeten Vertrag aus, nicht nur, weil die Parteien es so vereinbart haben, sondern auch, weil sie es so vereinbaren durften; indem es auf die Unbestimmtheit, ob und wann der Abschluss erreicht werden würde, abhebt, weist es auf eine auflösende Bedingung hin (s. R&B 1/05, S. 9), die an der Unbefristetheit des Vertrags nach § 620 (2) BGB nichts ändert. Das gilt natürlich genauso für einen unbefristeten Vertrag während der Grundschulphase; dass das Gericht die Gymnasialphase als eine „andere Situation“ bezeichnete, dürfte eine façon de parler sein, die ihm weitere Auseinandersetzungen mit dem OLG Sachsen und eine Revision ersparte. Ordentliche Kündigungen des Schulträgers sind mithin sowohl im Grundschulbereich als auch im Gymnasialbereich zulässig, also überall, wo die Dauer des Schulbesuchs unbestimmt ist.



## **Gebührenerhebungen bei Genehmigungen und Anzeigen (R&B 2/07, S. 9/10)**

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, BERLIN

Thüringen hat mit der Novellierung seines Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft vom 23.12.2005 die Genehmigungspflicht für neu eingestellte Lehrer geregelt (§ 5 (6)): Für Lehrer mit entsprechenden Staatsexamina ist lediglich eine Anzeige erforderlich, Lehrer mit gleichwertigen Qualifikationen oder beabsichtigtem fachfremden Einsatz müssen genehmigt werden. Die Regelung ist eine Mischform ähnlich der in Bayern, Brandenburg und Nordrhein-Westfalen. In Sachsen-Anhalt, dem erfindungsreichsten Land, wenn es um bemerkenswerte Regelungen geht, gilt die Unterrichtsgenehmigung für Lehrer mit beiden Staatsexamina als erteilt, wenn sie angezeigt worden sind (§ 16a (2) SchG).

Während das **Sächsische OVG (Urteil vom 27.03.2006 – 2 B 772/04)** zu dem Ergebnis kommt, dass Anzeigen nicht gebührenpflichtig sind, weil die Entgegennahme von Anzeigen zu der als Daueraufgabe wahrzunehmenden staatlichen Schulaufsicht gehöre, kommt das **VG Weimar (Urteil vom 20.10.2006 – 2 K 683/06 We)** im Falle eines lediglich anzeigepflichtigen Lehrers zur Gebührenpflicht, indem es die Bestätigung der Anzeige durch die Behörde als vom Schulträger beantragte hoheitliche Maßnahme mit Außenwirkung bewertet. Überraschenderweise wird das OVG-Urteil als Zeugnis dafür zitiert, dass es „unerheblich“ sei, ob die Bestätigung „nicht in der Form und mit den Wirkungen eines Verwaltungsaktes erfolgte“. – M.E. steht

das Urteil im Gegensatz zum OVG-Urteil, und es wird interessant sein, wie das Thüringer OVG sich zum Sächsischen verhalten wird.



## Sittenwidrigkeit von Lehrervergütungen in Sachsen (R&B 3/07, S. 2)

RECHTSANWALT MARTIN STRÄBER, CHEMNITZ

In Sachsen hatte ein Lehrer, nachdem er aus dem Dienst ausgeschieden war, Nachzahlung von Gehalt verlangt, weil er nach seiner Behauptung weniger als 80% der Bezüge erhielt, die er bei gleicher Tätigkeit im öffentlichen Dienst erhalten hätte.

Das **Arbeitsgericht Bautzen, Außenkammern Görlitz (Urteil vom 01.06.2005 – 7 Ca 7021/05)**, hat die Klage in erster Instanz abgewiesen, weil ein Fall des Lohnwuchers nicht vorliege. 80% des Gehalts nach BAT-Ost sei die Orientierungsgröße für die übliche Vergütung an Schulen in freier Trägerschaft, Lohnwucher liege vor bei Unterschreitung dieser Orientierungsgröße um ein Drittel, so niedrig war die Vergütung des Lehrers aber nicht.

In das Berufungsverfahren vor dem LAG Chemnitz fiel das Urteil des **BAG (vom 26.04.2006 – 5 AZR 549/05)**, in dem die Sittenwidrigkeit von Lehrervergütungen im Land Brandenburg festgestellt wurde, die weniger als die dort durch Verordnung vorgeschriebenen 75% der Vergütung an öffentlichen Schulen betragen (s. R&B 3/07, S. 2 ff.).

Auch der Kläger im sächsischen Verfahren berief sich darauf, hatte aber beim **LAG Chemnitz (Urteil vom 10.01.2007 – 2 Sa 695/05)** keinen Erfolg. Die Berufung wurde zurückgewiesen, die Revision wurde nicht zugelassen.

Zur Entscheidung des BAG ist das LAG Chemnitz der Auffassung, dass die Verhältnisse in Sachsen anders liegen als in Brandenburg, weil es eine festgelegte Mindestvergütung nicht gibt. Außerdem betrage der Zuschuss in Sachsen nicht 97 % der Personalkosten wie in Brandenburg, sondern lediglich 80 % der Personal- und Sachkosten. Bei entsprechendem Abstand zwischen Zuschussatz und Mindestvergütung dürfe die Vergütung eines Lehrers in Sachsen dann 58 % der Vergütung betragen.

Als selbständig tragend für das Urteil werden zwei weitere Begründungen gegeben:

Rechtsfolge einer Sittenwidrigkeit wäre ein Anspruch auf die übliche Vergütung. Abgestellt war die Klage auf die Vergütung des öffentlichen Dienstes. Nach Auffassung des LAG Chemnitz gehören aber die Lehrkräfte des öffentlichen Dienstes und der freien Schulen unterschiedlichen Wirtschaftskreisen an, weshalb maßgeblich die Durchschnittsvergütungen an freien Schulen waren, die der Kläger nicht angeben konnte, weil dazu kein statistisches Material vorhanden ist.

Ein wesentlicher Teil der Forderungen war außerdem nach Auffassung des LAG Chemnitz entsprechend § 70 (1) BAT-Ost verfristet. Diese Vorschrift ist anwendbar, weil § 5 (3) Nr. 2 SächsFrTrSchG die vergleichbare Vergütung nur bei „entsprechenden Anforderungen“ vorschreibt. Da im öffentlichen Dienst generell BAT-Ost gelte, ist dem LAG Chemnitz „nicht recht einsichtig“, warum der Kläger zwar die Vergütung eines im öffentlichen Dienst beschäftigten Lehrers beanspruchen, nicht aber auch den für solche Lehrer geltenden Obliegenheiten entsprechen sollen müsste.

Insgesamt handelt es sich um eine beruhigende Entscheidung für die Schulen in freier Trägerschaft. Arbeitsrechtlich jedenfalls bilden nicht die Gehälter des öffentlichen Dienstes den Maßstab für die Bemessung der Vergütung, sondern die Durchschnittsgehälter an Schulen in freier Trägerschaft.

Die Sittenwidrigkeit von Vergütungen an freien Schulen richtet sich, wenn eine Mindestvergütung landesrechtlich nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, nach den allgemeinen Regeln und setzt damit nicht bereits bei 75% der Vergütung des öffentlichen Dienstes ein.



## Steuerliche Geltendmachung von Teilen des Schulgelds bei Schulbesuch im europäischen Ausland (R&B 4/05, S. 10)

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, BERLIN

Seit der Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 14.12.2004 (s. R&B 4/05, S. 10), mit der die Klage eines Vaters abgewiesen wurde, mit der er die steuerliche Absetzbarkeit von Teilen des Schulgelds an einer im europäischen Ausland gelegenen Schule verlangte, ist eine Reihe weiterer Entscheidungen ergangen, die die Rechtslage völlig verändert haben.

Schon in seiner Entscheidung von 2004 hatte der **BFH** den Kreis der Schulen, deren Schulgeld steuerlich privilegiert ist, um die Deutschen Schulen im Ausland erweitert, weil diese zwar nicht von einem deutschen Kultusministerium, aber von der Kultusministerkonferenz anerkannt sind. Mit einer weiteren **Entscheidung vom 05.04.2006 (– XI R 1/04 –)** revidierte der BFH eine frühere Entscheidung vom 16.12.1998 (– X R 3/98 –) und privilegierte auch die durch Gesetzgebung des Bundestags eingeführten „Europäischen Schulen“. Der Status dieser öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Europäischem Abitur gewährleiste durch die „aufwändige und anspruchsvolle Struktur“ ihrer Ausschüsse, Verwaltungsräte und weiterer Organe „die Gleichwertigkeit mit öffentlichen Schulen“.

Der **Europäische Gerichtshof** (EuGH) schließlich hat nunmehr in zwei Verfahren (**Entscheidungen vom 11.09.2007 – C-76/05 –, Herbert Schwarz und Marga Gootjes-Schwarz, und – C-318/05 –, Kommission der EG gegen Bundesrepublik Deutschland**) festgestellt, dass § 10 (1) Nr. 9 EStG gegen die Grundsätze sowohl der Dienstleistungsfreiheit als auch der Freizügigkeit verstößt. Privatschulen seien Erbringer entgeltlicher Dienstleistungen nach Artt. 50 (1), 49 EG (C-318/05, Rdnr. 65 ff.). Sie würden benachteiligt, wenn ein Mitgliedsland steuerliche Hindernisse errichte, die den Besuch ausländischer Schulen erschweren (Rdnr. 77 ff.). Zudem ist auch die Freizügigkeit gemäß Art. 18 EG behindert, wenn der Besuch ausländischer Schulen durch Regelungen eines Mitgliedslandes erschwert werde. § 10 (1) Nr. 9 EStG beeinträchtigt den Besuch ausländischer Schulen durch Privilegierung ausschließlich deutscher Schulen (Rdnr. 112 ff.).

Die gute Nachricht: Das vorliegende Finanzgericht Köln wird nun auf dieser Basis den klagenden Eltern Recht geben müssen. Die weniger gute: Die Bundesrepublik wird § 10 (1) Nr. 9 EStG revidieren müssen. Der EuGH schlägt vor, die Regelung auf die Schulen der Mitgliedsländer zu erstrecken, gegebenenfalls aber „auf einen bestimmten Betrag zu beschränken, der der

steuerlichen Vergünstigung entspricht, die [die Bundesrepublik] gemäß bestimmten eigenen Wertvorstellungen für den Besuch von Schulen im Inland gewährt“ (C-76/05, Rdnr. 80). Eine völlige Streichung der Privilegierung wäre zwar auch eine Alternative, doch sollte der Gesetzgeber dabei berücksichtigen, dass die Privilegierung bereits von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinnahmt worden ist als Grund dafür, dass die Messlatte für das zulässige Schulgeld im Rahmen des Sonderungsverbot getrost höher gelegt werden dürfe. Höheres Schulgeld ohne Privilegierung würde das Sonderungsverbot endgültig in Frage stellen.



## Änderungen im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (R&B 4/06, S. 14)

MARC Y. WANDERSLEBEN, RECHTSANWALT UND MEDIATOR, HANNOVER

In seiner 836. Sitzung am 21. September 2007 hat der Bundesrat dem „Gesetz zur Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements“ (BüEnStG) zugestimmt. Das vom Bundestag am 6. Juli 2007 verabschiedete Gesetz<sup>1</sup> tritt somit rückwirkend zum 01.01.2007 in Kraft.<sup>2</sup>

Weil insbesondere für Schulen in freier Trägerschaft Änderungen im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht Auswirkungen haben können, werden hier die relevanten Gesetzesänderungen skizziert. Den Diskussionsstand um die damals in Erwägung gezogenen weitreichenden Reformüberlegungen im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht erläuterte der Autor in der R&B 4/2006.

### I. Änderungen im Überblick

#### 1. Gemeinnützigkeitsrecht

##### a. Neuordnung des Katalogs der förderungswürdigen Zwecke

Die bislang in Anlage 1 zu § 48 EStDV aufgezählten förderungswürdigen Zwecke wurden sowohl sprachlich als auch inhaltlich überarbeitet in § 52 Abs. 2 Abgabenordnung (AO) übernommen und die Anlage 1 aufgehoben. Der Katalog ist abschließend, sieht aber eine Möglichkeit der Erweiterung durch den Verordnungsgeber vor. So kann ein Zweck, der nicht unter die Aufzählung fällt, gemäß § 52 Abs. 2 Satz 2 AO für gemeinnützig erklärt werden, wenn die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet entsprechend selbstlos gefördert wird.

Der für den Bereich Bildung und Erziehung maßgebende § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO<sup>3</sup> ist nun in einer eigenen Nummer 7 normiert. Der neue § 52 Abs. 2 Nr. 7 AO lautet:

*„die Förderung der Erziehung, Volks- und Berufsbildung einschließlich der Studentenhilfe;“*

Der Begriff „Bildung“ wurde nun präzisiert in „Volks- und Berufsbildung“. Der Begriff der „Erziehung“ bleibt hingegen unverändert. Schulen in freier Trägerschaft, die in der Rechtsform eines gemeinnützigen Vereins organisiert

1 Bundestags-Drucksache 579/07.

2 Siehe BGBl I, S. 2332 (10.10.2007).

3 § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO (alt): „Unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 sind als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen insbesondere: 1. die Förderung von Wissenschaft und Forschung, Bildung und Erziehung, Kunst und Kultur, der Religion, der Völkerverständigung, der Entwicklungshilfe, des Umwelt-, Landschafts- und Denkmalschutzes, des Heimatgedankens, ...“

sind, werden somit nicht eingeschränkt. Bei der Satzungsgestaltung sollte sich zukünftig eindeutig auf einen (oder mehrere) der normierten Zwecke bezogen werden und ggf. der Begriff „Bildung“ präzisiert werden.

Auch Mitgliedsbeiträge an Körperschaften, die den vorbenannten Zweck verwirklichen, bleiben abziehbar.

Durch Aufnahme der *„Förderung des bürgerschaftlichen Engagements zugunsten gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke“* in § 52 Abs. 2 Nr. 25 wird z.B. die Gründung von Fördervereinen an Schulen eine Möglichkeit geschaffen.

### **b. Anhebung der Besteuerungsgrenze**

Mit dem neuen Gesetz erfolgt eine Anhebung der Umsatzgrenze für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 64 Abs. 3 AO) und die Zweckbetriebsgrenze (§ 67b Abs. 1 AO) sowie die Umsatzgrenze für die Vorsteuerpauschalierung (§ 23a UStG) von bisher 30.678 € auf künftig 35.000 € pro Jahr.

### **c. Satzungsmäßige Vermögensbildung**

Die in § 61 Abs. 2 AO normierte Ausnahmebestimmung zur satzungsmäßigen Vermögensbildung wurde aufgehoben. Eine Anpassung der Satzung muss von den betroffenen Körperschaften aber erst dann erfolgen, wenn eine Änderung aus anderen Gründen ansteht.

## **2. Spendenrecht**

### **a. Spendenbegünstigte Zwecke**

Alle steuerbegünstigten Zwecke im Sinne der AO sind nun auch spendenbegünstigt. Dies folgt aus dem Verweis des § 10b Abs. 1 Satz 1 EStG auf die §§ 52 bis 54 AO. Eine differenzierte Prüfung bedarf es daher nicht mehr, was eine Vereinfachung schafft.

### **b. Erleichterter Spendennachweis**

Durch die Änderung der Angabe „zur Linderung der Not“ in „zur Hilfe“ im § 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG wird die Zuwendung auf Sonderkonten für andere steuerbegünstigte Zwecke erweitert.

Die Grenze für den Sonderausgabenabzug (Spenden) bei der eigenen Steuererklärung wird von 100 € auf 200 € angehoben (§ 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG).

Für Spenden bis zu 200 € bedarf es nur eines Barzahlungsbeleges oder einer Buchungsbestätigung des Kreditinstituts. Die bisher erforderlichen zusätzlichen Angaben in der Lastschrift sind entbehrlich.

### **c. Vereinheitlichung und Heraufsetzung der Förderungshöchstsätze**

Durch die Neufassung des § 10b Abs. 1 EStG können Zuwendungen (Spenden und Mitgliedsbeiträge) zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 AO insgesamt bis zu 20 % des Gesamtbetrages der Einkünfte als Sonderausgabe abgezogen werden. Die alternative Höchstgrenze für die steuerliche Begünstigung von Spenden aus Unternehmen wird von zwei auf vier Promille der Summe der gesamten Umsätze und der im Kalenderjahr aufgewendeten Löhne und Gehälter angehoben.

Bisher galten unterschiedliche Förderungshöchstsätze von 5 % (kirchlich) bzw. 10 % (mildtätig, wissenschaftlich, kulturell). Durch die Neuregelung

entfällt die häufig schwer nachvollziehbare Abgrenzung zwischen den steuerlich unterschiedlich begünstigten Spendenzwecken.<sup>1</sup>

#### **d. Entschärfung der Spendenhaftung**

Die Spendenhaftung wurde bei den einzelnen Steuerarten angepasst. Bei der Einkommens- und der Körperschaftssteuer von 40 % auf 30 % des zugewendeten Betrages und bei der Gewerbesteuer von 10 % auf 15 % angehoben.

### **3. Förderung des Ehrenamtes**

#### **a. Schaffung eines Freibetrages**

Durch Einfügung einer neuen Nr. 26a in § 3 EStG erhalten ehrenamtliche Tätige im gemeinnützigen, mildtätigen und kirchlichen Bereich eine steuerfreie Aufwendungspauschale in Höhe von 500 € jährlich, ohne die entstandenen Aufwendungen beim Finanzamt durch Einzelnachweis belegen zu müssen. Möchte der ehrenamtlich Tätige hingegen höhere Ausgaben als Betriebsausgaben oder Werbeausgaben geltend machen als den Freibetrag, so muss er alle Aufwendungen detailliert nachweisen. Dennoch entlastet diese Neuerung die gemeinnützigen Körperschaften und den Bürger von unnötigem bürokratischem Aufwand.

#### **b. Erhöhung Übungsleiterfreibetrag**

Der Übungsleiterfreibetrag wird auf 2.100 € (früher 1.848 €) erhöht (vgl. § 3 EStG). Der Anwendungsbereich hat sich nicht geändert.

## **II. Fazit**

Die Reform des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts kann als positiver Beitrag zur Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements gewertet werden, auch wenn einige Aspekte nicht berücksichtigt wurden. So wurde z.B. der Vorschlag, die Haftung von Vorstandsmitgliedern auf die Fälle positiver Kenntnis zu beschränken, da nach der restriktiven Rechtsprechung, die sich an dem Haftungsmaßstab eines GmbH-Geschäftsführer richtet, Vorstandsmitglieder eines gemeinnützigen Vereins für das Handeln Dritter selbst dann haften, wenn sie keine Kenntnis von den Umständen hatten, nicht berücksichtigt. Auch die Forderungen auf einen abschließenden Katalog der steuerbegünstigten Zwecke zu verzichten, konnte nicht durchgesetzt werden.

Die erheblichen Einschränkungen der steuerlichen Privilegien der gemeinnützigen Körperschaften, welche das Gutachten des wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums der Finanzen im August 2006 vorsah, haben erfreulicher Weise keinen Niederschlag im verabschiedeten Gesetz gefunden. Vielmehr stärkt das Gesetz mit einem finanziellen Volumen von bundesweit geschätzten rund 490 Mio. € den gemeinnützigen Sektor. Davon können ehrenamtlichen Tätigen, Spender und auch Schulen in freier Trägerschaft, die in der Rechtsform eines gemeinnützigen Vereins organisiert sind, profitieren.



<sup>1</sup>

Um für das Steuerjahr 2007 in den Genuss des Rücktrags oder des weggefallenen und bisher für alle Spender anzuwendenden Höchstbetrages von 20.450 € zu gelangen, kann der Steuerpflichtige auf Antrag nach dem bisherigen Recht (§10b Abs. 1 EStG) besteuert werden.

## Buchbesprechung: Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot: Realität, Normativität und Fiktionalität<sup>1</sup>

DR. THOMAS LANGER, WISS. LEITER DES INSTITUTS FÜR BILDUNGSFORSCHUNG UND BILDUNGSRECHT, KÖLN

### I. Behauptete und wirkliche Grenzen des erlaubten Schulgeldes

Nach Auffassung des BVerfG in seinem Grundsatzurteil zur Finanzhilfe<sup>2</sup> wird die Grenze des erlaubten Schulgeldes übertreten und deshalb gegen das in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 (dritter Halbsatz) GG festgeschriebene Sonderungsverbot verstoßen, wenn und soweit die Beträge nicht von allen Eltern gezahlt werden können.<sup>3</sup> Die Frage, ob konkret eine Verletzung vorliegt oder nicht, hängt somit von Gegebenheiten der Wirklichkeit außerhalb der Rechtsordnung ab – und diese lassen sich nur empirisch ermitteln. Das BVerfG vermutet nun im Hinblick auf diese Tatsachenfrage der faktischen Leistungsfähigkeit der Eltern, dass diese ein Schulgeld in Höhe von etwa 100 € nicht mehr aufbringen können.<sup>4</sup> Eine derartige Auffassung ist indes in Wahrheit nicht mehr als eine bloße Behauptung. Ebenso gut könnte mit hoher Plausibilität beispielsweise die Behauptung aufgestellt werden, dass bereits nicht alle Eltern imstande sind, ein Schulgeld in der Größenordnung von 50 € zu zahlen. Würde die zweite Behauptung wissenschaftliche Bestätigung finden, wäre die erste des BVerfG als Fiktion entlarvt und aufzugeben. Die Konsequenzen gingen weit: Die staatliche Förderung freier Schulen müsste aus verfassungsrechtlichen Gründen um den entsprechenden Betrag erhöht werden.

Es liegt auf der Hand, dass die Frage nach der Verfassungswirklichkeit des Sonderungsverbots für die Existenzbedingungen bestehender und die Gründung neuer freier Schulen von allergrößter praktischer Bedeutung ist. Das Buch „*Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld. Eine Untersuchung für das Land Baden Württemberg*“ vom Steinbeis-Transferzentrum für Wirtschafts- und Sozialmanagement Heidenheim<sup>5</sup> gebührt der nicht geringe Verdienst, mehr Licht in das Dunkel der Realität des Sonderungsverbots gebracht und damit zugleich einen bedeutsamen Baustein zur Realität der normativ verfassten Finanzhilfe freier Schulen insgesamt erbracht zu haben.

### II. Die empirische Bestimmbarkeit der finanziellen Belastbarkeitsgrenzen: Die Untersuchung des Steinbeis-Transferzentrums

Gegenstand der Studie sind in erster Linie Modelle, Methoden und Instrumente zur Bestimmung und Berechnung der ökonomischen Belastbarkeit privater Haushalte und ihre Grenzen im Hinblick auf die Leistung von Schulgeld. Über die Frage nach der angemessenen Höhe des Schulgeldes hinausgehend, geben die Autoren durch das Aufzeigen eines alternativen Finanzierungskonzepts zudem Anstöße für eine prinzipielle Diskussion über Gerechtigkeit der derzeitigen Finanzierung der Ersatzschulen.

Datengrundlage bildet die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe des Jahres 2003 sowie Daten aus dem sozioökonomischen Panel 2005, die auf Baden-Württemberg beschränkt und spezifiziert werden.

1 Zugleich eine Besprechung der „Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld. Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg“ von BERND EISINGER/PETER K. WARNDORF/JOHANNES FALTERBAUM/JOCHEN FELDT (Steinbeis Transferzentrum für Wirtschafts- und Sozialmanagement), Heidenheim 2007, ISBN 978-3-8534-8336-3. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine überarbeitete Fassung eines Vortrags bei der Landesgeschäftsführerkonferenz des VDP am 25. Oktober 2007 in Stuttgart.

2 BVerfGE 75, 40 ff.

3 BVerfGE 75, 40/65.

4 BVerfGE 90, 107/119.

5 Dieses dürfte den Lesern der R&B bereits durch die Untersuchungen über die staatlichen Schülerkostenzahlen bekannt sein.

Die angemessene Höhe des Schulgeldes ergibt sich aus der Konfrontation der faktischen sozialen Unverträglichkeit von Schulgeld mit der faktischen Kostensituation der Schule sowie seinen rechtlichen Grundlagen<sup>1</sup>. Im Folgenden geht es zunächst um den ersten Aspekt. Im Anschluss daran sollen die Ergebnisse dem Meinungsstand zum Sonderungsverbot gegenübergestellt werden.

**Grenzen des Schulgeldes**

Unverträglich ist ein Schulgeld für alle diejenigen Haushalte, die es nicht aufbringen können, da sie schlichtweg von Armut betroffen sind. Abgesehen von den nicht geringen Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer allgemeingültigen Armutsdefinition, aber auch unabhängig von den Problemen der Armutsmessung bzw. -operationalisierung (seien es relative oder absolute Konzepte) lässt sich eine konkrete Armutsgrenze kaum logisch herleiten. Je nach Perspektive, Vorannahmen und Bewertungen verläuft sie eher eng oder weit; entsprechend viele oder wenige Haushalte fallen unter die jeweilige Armutsgrenze<sup>2</sup>. Damit wird ein wichtiges Zwischenergebnis deutlich: Es gibt nicht die eine Armutsgrenze, sondern eine Vielzahl von auch regional variierenden Grenzverläufen.

Andererseits gelingt es dem Steinbeis-Transferzentrum trotz divergierender Konzepte und Methoden valide Aussagen über die finanzielle Befindlichkeit von Haushalten in Baden-Württemberg zu treffen. So bestätigt die Untersuchung die Alltagserfahrung, dass das Armutsrisiko in Haushalten mit Alleinerziehenden und allgemein in Haushalten mit steigender Kinderzahl wächst. Die eigentliche Pointe der Untersuchung liegt darin, dass ein Großteil der Kinder von Alleinerziehenden bereits bei einem weit unterdurchschnittlichen Schulgeld in Höhe von 60 € monatlich vom Besuch einer Ersatzschule ausgeschlossen ist.

Die anschließenden Tabellen geben wichtige Ergebnisse im Einzelnen wieder:<sup>3</sup>

Anteile der Haushalte in Prozent mit negativem Restbetrag<sup>4</sup> (in v.H.) bei 60 € Schulgeld

**Welches Schulgeld kann von wem nicht aufgebracht werden?**

Szenario	Alleinerziehende			Paare			
	1 Kind	2 Kinder	3 u. mehr Kinder	1 Kind	2 Kinder	3 Kinder	4 u. mehr Kinder
Szenario I <sup>5</sup>	61,39	57,99	64,74	10,74	8,42	15,71	13,88
Szenario II <sup>6</sup>	75	62,16	87	34,25	23,48	20,8	16,37
Szenario III <sup>7</sup>	76,2	80,21	90	43,14	31,63	47,64	42,39

1 Zu den rechtlichen Grundlagen: Beiträge in: F. HUFEN, J. P. VOGEL (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft. Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, Berlin 2006; zu den staatlichen Schülerkosten: neben den laufenden Berichten in der R&B siehe ausführlich: B. EISINGER/P. K. WARNDORF/J. FELDT, P. ZIEHR-UNMÜSSIG, Schülerkosten in Baden-Württemberg. Eine Untersuchung über allgemeinbildende öffentliche Schulen im Jahr 2002, Heidenheim 2004; dies., Schülerkosten in Deutschland. Eine Untersuchungsreihe über allgemeinbildende öffentliche Schulen im Jahr 2002, in: F. HUFEN, J. P. VOGEL (a.a.O.), S. 243 ff.

2 Darin liegt zugleich ein Problem der normativen Bestimmbarkeit des erlaubten Schulgeldes nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG; vgl. V.

3 Aus dem besprochenen Buch, abgedruckt auf S. 121 f.

4 Haushalte mit negativem Restbetrag sind solche, die sich über die Lebenshaltungskosten hinaus keine weiteren Ausgaben und daher auch keine Schulgeldaufgaben leisten können.

5 Einbezogen werden nur lebensnotwendige Ausgaben im Sinne der Sozialgesetzgebung.

6 Berücksichtigt werden die Ausgaben für eine angemessene Lebensführung, darunter fallen auch die Kosten für ein Kfz und Versicherungen, Steuern, Beiträge zu privaten Krankenkassen, freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung.

7 Zusätzlich zu den Ausgaben im Szenario II werden Beiträge zur privaten Altersvorsorge berücksichtigt.



Anteile der Haushalte in Prozent mit negativem Restbetrag (in v.H.) bei 120 € Schulgeld

Szenario	Alleinerziehende			Paare			
	1 Kind	2 Kinder	3 u. mehr Kinder	1 Kind	2 Kinder	3 Kinder	4 u. mehr Kinder
Szenario I	75	63,21	85	14,18	10,4	20,1	19,03
Szenario II	77	79,48	87	36,22	27,09	42,01	21,52
Szenario III	77,82	82,68	92	45,1	50,31	52,01	48,36

Bei der Betrachtung der Tabellen ist vor allem bemerkenswert, dass sich bei einem tendenziell geringen Schulgeld in Höhe von 60 € bereits im Rahmen des Szenario I, das sehr restriktiv gehalten ist und nur die lebensnotwendigen Ausgaben einbezieht, über 60 % der Haushalte der Alleinerziehenden mit einem Kind den Besuch einer freien Schule nicht leisten können. Legt man den Berechnungen realistischerweise eine angemessene Lebensführung zugrunde (Szenario II), wächst der Anteil der ausgesonderten Haushalte der Alleinerziehenden mit einem Kind auf 75 %. Nur gerade jeder zehnte der Alleinerziehenden mit drei und mehr Kindern kann den Besuch einer freien Schule bezahlen; sie sind nahezu vollständig vom Besuch freier Schulen ausgeschlossen.

Es entspricht den allgemeinen Erwartungen, dass sich der Sonderungseffekt weiter verstärkt, wenn sich das Schulgeld auf 120 € verdoppelt. Der Effekt zeigt sich besonders deutlich bezogen auf Alleinerziehende mit einem Kind im Rahmen des Szenario I: der Anteil der Ausgesonderten steigt von rund 60 auf 75 % an. Im Vergleich dazu fällt der Sonderungseffekt bei Paaren erwartungsgemäß deutlich schwächer aus.

In diesem Zusammenhang steht die weitere wichtige Aussage, die nicht aus den hier abgedruckten Tabellen ablesbar ist, wonach sich Alleinerziehende mit einem Kind nach Schätzungen der Autoren bei einem unterstellten Schulgeld von 60 € erst ab einem Haushaltsnettoeinkommen in Höhe von 1.300 € den Besuch einer freien Schule leisten können. Bei Paaren ist dies erst bei 1.500 € möglich.

Bedauerlicherweise gibt die Untersuchung keine Auskunft darüber, ob sich der Sonderungseffekt auch bei einem unter 60 € liegenden Schulgeld ähnlich stark zeigt. Vermutlich käme heraus, dass jedes Schulgeld – gleich in welcher Höhe – in den unteren Einkommensgruppen den Ausschluss fördert.

Die vorstehenden Ergebnisse werden durch den Ansatz über den zulässigen Sparbetrag nach SGB II, bestätigt. Über 50 % der Haushalte in Baden-Württemberg können sich nicht das durchschnittliche Schulgeld in Höhe von 85,55 € leisten. Diesen Haushalten steht nur ein kläglicher Sparbetrag von höchstens 70 € zur Verfügung. Bereits 95 % der befragten Haushalte können den minimalen Sparbetrag von 20,83 € bei einem Schulgeld von 120 € nicht mehr aufbringen. Selbst ein über Kredite finanzierter Schulbesuch übersteigt die Kräfte der von Armut betroffenen Haushalte: „Festzuhalten bleibt aber, dass eine Kreditfinanzierung des Privatschulbesuchs von Kindern häufig deshalb scheitern dürfte, weil Familien mit Kindern von den Kreditinstituten aufgrund ihres geringen Einkommens bereits als nicht kreditwürdig eingestuft werden.“<sup>1</sup>

**95 % der Haushalte können ein Schulgeld von 120 € nicht aufbringen**

<sup>1</sup> S. 106 des besprochenen Buches.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Großteil der Alleinerziehenden vom Besuch einer Ersatzschule ausgeschlossen ist und die Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG bezogen auf Alleinerziehende erheblich gefördert wird. Besonders Alleinerziehende sind nahezu wahllos; sie sind weitgehend dazu gezwungen, auf das staatliche Schulangebot zurückzugreifen.

Gleichwohl irritieren die Ergebnisse insofern, als sich keine generelle, absolute Belastbarkeitsgrenze – d.h. für alle Haushaltstypen übergreifend – aus den Fakten hergeleitet werden können. Die Frage nach dem zumutbaren Schulgeld lässt sich somit auch nicht generell beantworten. Etwas mehr Plausibilität gewinnt eher noch eine Staffelung nach Einkünften und Haushaltstypen. Aber selbst diese Konkretisierung ist im Einzelnen fragwürdig, da auch hier konkrete Vorgaben für Grenzbeträge getroffen werden müssen. Erschwerend kommt hinzu, dass die vorliegenden Berechnungen nur für das relativ „reiche“ Baden-Württemberg gelten und nicht einfach auf andere, insbesondere „arme“ Länder, zum Beispiel Sachsen-Anhalt übertragbar sind. Weitere Erhebungen wären somit wünschenswert.

Die vorliegende Untersuchung ist ein weiterer Baustein für die Fiktionalität der normativen Unterstellungen im Rahmen der jüngeren Rechtsprechung zur staatlichen Förderung. Diese beunruhigende Vermutung kann hier nur thesenhaft skizziert werden:

Die tatsächlichen Kosten eines Schülers an einer staatlichen Schule, die als Vergleichsmaßstab für die Berechnung der Förderung gemäß den Finanzhilferegulungen der Länder dienen, sind erheblich höher als die von den Ministerien zugrunde gelegten Berechnungen.<sup>1</sup>

1. Die vom BVerfG mit dem „herkömmlichen Bild der Privatschule“<sup>2</sup> beschworene Erwartung, dass Träger und Eltern finanziell in der Lage sind, eine über das Schulgeld hinausgehende Eigenleistung zu erbringen, beruht ebenfalls auf eine Fiktion.
2. Die freie Zugänglichkeit ist entgegen der Aussage des BVerfG<sup>3</sup> nicht erst bei einem Schulgeld von 100 bis 120 € versperrt, sondern für Alleinerziehende bereits bei 60 €.

Im Anschluss daran stellt sich die Frage, welche Konsequenzen aus der Konfrontation der Untersuchungsergebnisse mit dem Meinungsstand zum Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 dritter Halbsatz GG zu ziehen sind. Dieser wird von B. EISINGER et al. leider nur unvollständig wiedergegeben und soll an dieser Stelle in der gebotenen Kürze nachgetragen werden.

### III. Die normative Bestimmung des verfassungskonformen Schulgeldes

Der Fall nahezu kostendeckender Schulgelder ist unproblematisch; denn dadurch wird nach Auffassung des BVerfG die Sonderung der Schüler nach den Vermögensverhältnissen im Sinne des Art 7 Abs. 4 Satz 3 (dritter Halbsatz) GG zumindest gefördert.<sup>4</sup>

Heißt das nun umgekehrt, dass die Erhebung jeglichen Schulgeldes verfassungsrechtlich untersagt ist?<sup>5</sup> Die Aussagen des BVerfG dazu sind nicht konsistent. Einerseits findet man dafür Bestätigung, da es die „allgemeine Zu-

1 Siehe dazu die Untersuchungen des Steinbeis-Transferzentrums, abgedruckt fortlaufend in R&B; vgl. auch H.E. KLEIN, Privatschulen in Deutschland (Forschungsberichte aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln Nr. 25), Köln 2007, S. 39.

2 BVerfG, RuS 1997, S. 1 ff. = SPE n.F. 236, S. 133 ff.

3 BVerfGE 90, 107 ff. (B 1 3 d bb).

4 BVerfGE 75, 40/63.

5 Davon zu unterscheiden ist die vom BVerfG behandelte Frage der finanziellen Belastung der Gründungseltern für das „Ingangsetzen“ der Ersatzschule: „Art. 7 Abs. 4 GG als Freiheitsrecht verlangt auch unter Berücksichtigung des Sozialstaatsgebots nicht, dass es jedermann ohne Rücksicht auf seine finanziellen Verhältnisse ermöglicht werden müsse, Ersatzschulen zu gründen oder sich an der Gründung solcher Schulen zu beteiligen“, BVerfGE 90, 107/120.

gänglichkeit“ der Ersatzschule fordert; diese müsse „ohne Rücksicht auf die Wirtschaftslage der Eltern“ besucht werden können.<sup>1</sup> Dagegen argumentiert das BVerfG selbst: „Die Ersatzschulgenehmigung ist zu versagen oder aufzuheben, wenn *überhöhte Schulgelder*<sup>2</sup> eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern auch nur fördern würden.“<sup>3</sup> Das BVerfG entschied in einer späteren Entscheidung<sup>4</sup>, dass Beträge in der Größenordnung von 170 bis 190 DM nicht von allen Eltern bezahlt werden könnten.<sup>5</sup> Dies „liege auf der Hand“<sup>6</sup>. Das VGH Baden-Württemberg sieht in diesem Hinweis des BVerfG ein „Evidenzurteil“; die Grenze des erlaubten Schulgeldes sei daher bereits bei 130 DM erreicht.<sup>7</sup>

Gleichviel ob man Art. 7 Abs. 4 Satz 3 dritter Halbsatz GG als Manifestation der „Sozialität“<sup>8</sup> oder der „Integrationsfunktion“<sup>9</sup> des Schulwesens betrachtet, scheint vor dem Hintergrund der teilweise widersprüchlichen Aussagen des BVerfG die Frage weiterhin offen zu sein, ob sich aus dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot eine konkrete Schulgeldhöhe entnehmen lässt.<sup>10</sup> Zwar ist der Grenzbetrag nicht auf der Grundlage abstrakter Kriterien ermittelbar<sup>11</sup>; nichtsdestotrotz bleibt auf der Grundlage der vorliegenden Studie keineswegs die unbefriedigende Einzelfallprüfung<sup>12</sup>.

Jedenfalls unzureichend und willkürlich ist das alleinige Abstellen auf die Sicht derjenigen Eltern, die den Besuch einer Ersatzschule ablehnen, weil sie die Schulgeldbelastung subjektiv für unzumutbar erachten.<sup>13</sup> Maßgeblich kann daher nur das objektivierbare „Können“, nicht das „Wollen“ sein. Dadurch ist das Problem indessen nicht gelöst. Es verlagert sich nur von der Schulgeldhöhe zu der Frage, wie groß der Anteil der Eltern sein muss, die aufgrund überhöhter Schulgelder vom Besuch einer Ersatzschule ausgeschlossen sind, so dass nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 dritter Halbsatz GG eine Sonderung gefördert wird.

---

1 BVerfGE 75, 40/64; 90, 107/119. P. THEUERSBACHER deutet die von ihm kritisierte Aussage des BVerfG dahingehend, dass „die Privatschule überhaupt nichts verlangen dürfte, weil sie in dieser Sicht auch Sozialhilfeempfängern offenstehen muss“; DERS., Die neueste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Privatschulfinanzierung. Anmerkungen zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 9. März 1994, in: RdJB 1994, S. 497/505. In diese Richtung auch B. EISINGER et al. in dem hier besprochenen Band, S. 24 f.; „... aus dem Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG“ ergebe sich, „dass die Erhebung von Elternbeiträgen generell problematisch ist, da selbst die Erhebung geringer Beiträge geeignet ist, die Schulwahl zu beeinflussen und damit eben doch finanzielle Aspekte eine Rolle spielen würden, ...“.

2 Kursive Auszeichnung vom Verfasser.

3 BVerfGE 75, 40/64.

4 BVerfGE 90, 107/119.

5 Nach heutigem Wert: 100 €. Siehe J. P. VOGEL, Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“; in: F. HUFEN/DERS., Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, Berlin 2006, S. 17/21; N. NIEHUES/J. RUX, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, Schulrecht, 4. Aufl., München 2006, S. 259 f., Rdnr. 974; EISINGER et al. in dem besprochenen Band, S. 23.

6 BVerfGE 90, 107/119.

7 VGH Ba-Wü, Urt. v. 12.01.2000 – 9 S 317/98, C III 3 b Rdnr. 79, 81.

8 I. RICHTER, in: AK-GG, 3. Aufl., Art. 7, Rdnr. 59.

9 G. ROBBERS, in: H. v. MANGOLDT/F. KLEIN/CH. STARCK, Kommentar zum GG, Band 1, 5. Aufl., Art. 7 Rdnr. 199; vgl. auch J. P. VOGEL, „Strukturelle Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, (Fn. 21), S. 17/47: „Gedanke sozialer Integration“.

10 Das VGH Baden-Württemberg nennt seine eigene Vorgehensweise im Anschluss an das BVerfG „um eine teilweise willkürliche Grenzziehung“, Urt. v. 12.01.2000 – 9 S 317/98, C III 3 b Rdnr. 77. Zu Recht auch in diesem Punkt P. THEUERSBACHER: „Große Rechtsunsicherheit erzeugen die Aussagen des BVerfG zu Fragen des verfassungskonformen Schulgeldes“, in: RdJB, 1994 (Fn. 14), S. 504 f.

11 So N. NIEHUES/J. RUX, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, Schulrecht, 4. Aufl., München 2006, S. 259, Rdnr. 974.

12 Dafür: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.01.2000 – 9 S 317/98, C III 3 b Rdnr. 77.

13 In diesem Sinne VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.01.2000 – 9 S 317/98, C III 3 b Rdnr. 81.

Welches Schulgeld können  
„die meisten Eltern“  
nicht mehr aufbringen?

Dem VGH Baden-Württemberg zufolge, das das Sonderungsverbot weit interpretiert, wäre „... mit Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG unvereinbar erst die Erhebung eines Schulgeldes, das die *meisten Eltern*<sup>1</sup> nicht mehr aufbringen könnten, selbst wenn sie wollten“<sup>2</sup>. Dem entspricht in etwa die Aussage von P. THEUERSBACHER, dass „ein Schulgeld, das *breite Kreise einer relativ gut verdienenden Mittelschicht*<sup>3</sup> ohne weiteres aufbringen können“<sup>4</sup>, nicht gegen das Sonderungsverbot verstoßen. Doch wer oder was sind die „meisten Eltern“ und „breite Kreise einer relativ gut verdienenden Mittelschicht“? Die einfache Mehrheit der Eltern oder erst die qualifizierte? Gibt es überhaupt noch eine abgrenzbare Mittelschicht? Was heißt hier relativ? Welche Kriterien sollen maßgebend sein?

Dagegen vertreten B. EISINGER et al. in dem besprochenen Band, wie bereits im Zusammenhang mit den widersprüchlichen Aussagen des BVerfG erwähnt, die enge Auffassung, dass die Erhebung von geringen Elternbeiträgen bereits sozial selektiv wirkt, gestehen indes zu, dass dieser Effekt noch unter der Schwelle des Sonderungsverbots liegt, aber zumindest eine Beeinträchtigung der elterlichen Wahlfreiheit bedeutet.<sup>5</sup> F. HUFEN, der eine mittlere Position einnimmt, fordert, dass auch „Nichtbesserverdienende“ zur Leistung des Schulgeldes fähig sein müssen.<sup>6</sup>

Entgegen der Verunsicherung in Rechtsprechung und Lehre belegen die empirischen Ergebnisse des Steinbeis-Transferzentrums eindrucksvoll, dass sich sehr wohl Grenzwerte des erlaubten Schulgeldes – bei allen konzeptionellen Schwierigkeiten und regionalen Faktoren im Detail – bestimmen lassen. Jene zeigen, dass die Genehmigungspraxis in Baden-Württemberg in zahlreichen Fällen verfassungswidrig ist.

IV. Das Schulgeld im  
Kontext der staatlichen  
Leistungspflicht

Indessen verweist die Konfrontation der Untersuchungsergebnisse mit der Rechtsprechung zum Sonderungsverbot im Kontext der staatlichen Leistungspflicht auf ein komplexeres Bild des Finanzierungssystems freier Schulen, das nicht allein auf die Frage des Schulgeldes reduziert werden kann.

Stellt man sich auf den Standpunkt von B. EISINGER et al., könnte man im Hinblick auf das Sonderungsverbot in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ein Verbot für ein über 60 € liegendes Schulgeld für Alleinerziehende mit einem Kind fordern. Die Erfüllung der Forderung nach einem auf 60 € begrenzten Schulgeld gelingt in der Praxis jedoch nur, wenn zugleich die Finanzhilfe um den entsprechenden Betrag erhöht wird, um eine kostendeckende Finanzierung des Ersatzschulträgers zu gewährleisten. Das Sonderungsverbot steht nämlich in einem direkten Bezug zur Förderung. Maßstab der Finanzhilfe ist nicht das Sonderungsverbot für sich und isoliert betrachtet, sondern es erlangt erst Bedeutung im Kontext der vom BVerfG vertretenen Lehre der „evidenten Gefährdung der Institution Ersatzschule“<sup>7</sup>. Demnach ist der Staat nicht zur Übernahme sämtlicher Kosten verpflichtet, die jenseits grundgesetzkonformer Schulgeldeinnahmen zu decken sind. Die Eigenleistung besteht nicht allein aus Schulgeld. Das BVerfG fingiert weitere Einnahmequellen: Spenden, Zuschüsse von hinter der Schule stehenden finanzstarken

1 Kursive Auszeichnung durch den Verfasser.

2 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.01.2000 – 9 S 317/98, C III 3 b Rdnr.

3 Kursive Auszeichnung durch den Verfasser.

4 P. THEUERSBACHER, in: RdJB, 1994 (Fn. 14), S. 505.

5 In dem hier besprochenen Band, S. 24 f.

6 Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft, in DERS./J. P. VOGEL (Fn. 21), S. 49/60 f.

7 BVerfG, R&B 2005, S. 5 ff. = SPE 3. Folge 236, S. 90 ff.

Kreisen sowie Kredite.<sup>1</sup> Die Fingierung dieser Einnahmen führt zu einer weitgehenden Suspendierung des Sonderungsverbots, so dass eine Reflexion über die Schulgelddhöhe zu kurz greift. Daher ist ein Nachdenken über alternative Finanzierungskonzepte erforderlich, und zwar nicht allein wegen des defizitären Realitätsbezugs der derzeitigen Rechtsprechung zum Sonderungsverbot im Kontext der Finanzhilfe, sondern auch aufgrund der weitgehenden Irrelevanz des Sonderungsverbots in der Rechtsprechung des BVerfG.

## V. Alternative Problemlösungsansätze

Gibt es neben der Finanzierung durch Schulgeld andere alternative Finanzierungsmodelle für freie Schulen? Eine wirklich gerechte Finanzierung der Schulen müsste auf eine grundsätzlich uneingeschränkte finanzielle Gleichbehandlung von staatlichen und Ersatzschulen abstellen, die mit der Verfassung vereinbar wäre. Die Forderung nach Gleichbehandlung bedeutet, dass der Grundsatz der Schulgeldfreiheit genauso wie für staatliche Schulen auch für Ersatzschulen gelten muss. Für die Realisierung einer solchen Umstellung des schulischen Finanzierungssystems leisten B. EISINGER et al. einen diskussionswürdigen Ansatz. Sie plädieren für so genannte „prospektive Vereinbarungen“. Als Vorbild gilt das SGB im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe sowie des Pflegebereichs. Den prospektiven Vereinbarungen liegt der Gedanke des kooperativen Staates zugrunde, der Strukturen für einen partnerschaftlichen Umgang zwischen staatlichen und freien Trägern schafft. Jene bestehen im Einzelnen aus Leistungs-, Entgelt- und Qualitätssicherungsvereinbarungen, die zusammen die Voraussetzungen für Konzessionsvereinbarungen bilden, welche die Übernahme öffentlicher Aufgaben durch private Träger zum Gegenstand haben. Letztlich bezwecken prospektive Vereinbarungen somit die materielle Privatisierung von Dienstleistungen. Gleichwohl behält der Staat die umfassende Verpflichtung zur Bedarfsdeckung und Qualitätssicherung, indem deren Erfüllung durch Leistungs- und Qualitätssicherungsvereinbarungen mit Privaten gewährleistet ist. Zugleich entsteht durch die Aushandlung von Vergünstigungen für bestimmte Leistungen Wettbewerb zwischen den Trägern. Die entscheidende Auswirkung auf die Schulgeldproblematik besteht nun darin, dass die Grundversorgung unabhängig vom Schulträger beitragsfrei sichergestellt sein soll. Es bleibt weiteren Untersuchungen vorbehalten, das rechtliche Potential und die Grenzen für prospektive Vereinbarungen für freie Schulen zu überprüfen. Es ist eine von den Autoren nicht beantwortete und nicht zuletzt auch verfassungsrechtliche Frage, ob und inwiefern die Rechtsstellung der Träger der Kinder- und Jugendhilfe sowie der Pflegedienste mit der verfassungsrechtlichen Stellung der freien Schulträger vergleichbar ist oder ob sie nicht doch wesentlich voneinander abweichen und daher auch anders bewertet werden müssen.



<sup>1</sup> Kritisch dazu J. P. VOGEL, „Zwischen struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen. Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Leistungspflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen“, in F. HUFEN/DERS. (Fn. 18.), S. 17/26 ff., 36. Daneben könnte man insbesondere auch an den Bildungsgutschein als alternatives Finanzierungsinstrument denken: Dazu bereits DERS., Der Bildungsgutschein, in: Neue Sammlung, 1972, S. 12 ff.; jüngst zu den empirischen Effekten auf Effektivität, Wettbewerb und Schulqualität: M. WEIB/J. BELLMANN, Bildungsfinanzierung in Deutschland und Schulqualität, in: RdJB, 2007, S. 20 ff.; D. DOHMEN, Empirische Erfahrungen mit Bildungsgutscheinen: Was können wir für die deutsche Diskussion lernen?, in: RdJB, 2007, S. 37 ff.

## Dokumentation Jährliche Schülerkosten in Berlin für allgemeinbildende öffentliche Schulen (2004)\*

	Personalkosten	Bezirks- Verwaltungs- kosten	Immobilien- und Nebenkosten	Sachkosten und Dienst- leistungen	Kosten pro Schüler (brutto)	Summe der Leistungs- entgelte	Kosten pro Schüler (netto)
<b>Grundschule</b>							
Basiswert	4.456,19 €(1)	175,93 € (4)	745,88 €(6)	100,57 €(8)	5.478,57 €	- 22,66 €(9)	5.455,91 €
Anpassungswert I	264,26 €(2)	56,72 €(5)	194,96 €(7)		515,95 €		515,95 €
Anpassungswert II	294,46 €(3)				294,46 €		294,45 €
<b>Summe</b>	<b>5.014,91 €</b>	<b>232,65 €</b>	<b>940,84 €</b>	<b>100,57 €</b>	<b>6.288,97 €</b>	<b>- 22,66 €</b>	<b>6.266,32 €</b>
<b>Hauptschulen</b>							
Basiswert	6.803,62 €(1)	175,93 € (4)	1.189,05 €(6)	76,85 €(8)	8.245,44 €	- 7,85 €(9)	8.237,59 €
Anpassungswert I	342,37 €(2)	79,92 €(5)	259,52 €(7)		681,81 €		681,81 €
Anpassungswert II	470,48 €(3)				470,48 €		470,48 €
<b>Summe</b>	<b>7.616,46 €</b>	<b>255,85 €</b>	<b>1.448,57 €</b>	<b>76,85 €</b>	<b>9.397,73 €</b>	<b>- 7,85 €</b>	<b>9.389,88 €</b>
<b>Realschule</b>							
Basiswert	4.142,79 €(1)	175,93 € (4)	860,74 €(6)	49,27 €(8)	5.228,73 €	- 4,21 €(9)	5.224,52 €
Anpassungswert I	263,72 €(2)	55,75 €(5)	150,70 €(7)		470,17 €		470,17 €
Anpassungswert II	293,91 €(3)				293,91 €		293,91 €
<b>Summe</b>	<b>4.700,42 €</b>	<b>231,68 €</b>	<b>1.011,44 €</b>	<b>49,27 €</b>	<b>5.992,81 €</b>	<b>- 4,21 €</b>	<b>5.988,59 €</b>
<b>Gymnasium</b>							
Basiswert	4.845,97 €(1)	175,93 € (4)	780,54 €(6)	57,09 €(8)	5.859,53 €	- 2,51 €(9)	5.587,02 €
Anpassungswert I	286,31 €(2)	31,96 €(5)	136,12 €(7)		454,40 €		454,40 €
Anpassungswert II	347,34 €(3)				347,34 €		374,34 €
<b>Summe</b>	<b>5.479,62 €</b>	<b>207,90 €</b>	<b>916,66 €</b>	<b>57,09 €</b>	<b>6.661,27 €</b>	<b>- 2,51 €</b>	<b>6.658,76 €</b>
<b>Gesamtschule</b>							
Basiswert	5.693,32 €(1)	175,93 € (4)	905,36 €(6)	55,52 €(8)	6.830,13 €	- 3,09 €(9)	6.827,04 €
Anpassungswert I	307,40 €(2)	26,45 €(5)	202,34 €(7)		535,83 €		535,83 €
Anpassungswert II	394,24 €(3)				394,24 €		394,24 €
<b>Summe</b>	<b>6.394,60 €</b>	<b>202,38 €</b>	<b>1.107,70 €</b>	<b>55,52 €</b>	<b>7.760,21 €</b>	<b>- 3,09 €</b>	<b>7.757,12 €</b>

\* Tabelle aus „Schülerkosten in Berlin. Eine Untersuchung über allgemeinbildende öffentliche Schulen im Jahr 2004“. Steinbeis Transferzentrum Wirtschafts- und Sozialmanagement. B. EISINGER, P.K. WARNDORF, J. FELDT u.a., 2007, S. 108 ff.

	Personalkosten	Bezirks- Verwaltungs- kosten	Immobilien- und Nebenkosten	Sachkosten und Dienst- leistungen	Kosten pro Schüler (brutto)	Summe der Leistungs- entgelte	Kosten pro Schüler (netto)
<b>Förderschule</b>							
Basiswert	11.388,96 €(1)	175,93 € (4)	1.271,55 €(6)	203,06 €(8)	13.039,51 €	- 12,36 €(9)	13.027,15 €
Anpassungswert I	475,41 €(2)	134,76 €(5)	430,44 €(7)		1.040,62 €		1.040,62 €
Anpassungswert II	773,18 €(3)				773,18 €		773,18 €
<b>Summe</b>	<b>12.637,56 €</b>	<b>310,69 €</b>	<b>1.701,99 €</b>	<b>203,06 €</b>	<b>14.853,31 €</b>	<b>- 12,36 €</b>	<b>14.840,95 €</b>

- (1) Umfasst kommunale Personalkosten sowie Lehrervergütung inklusive Sozialversicherung und Zusatzversorgung, Lehrerbesoldung inklusive Versorgung, Beihilfe und Trennungsgeld, Reisekosten- und Umzugskostenvergütung.
- (2) Enthält einen Mindestansatz für die Lehrerfortbildung und die anteiligen Verwaltungskosten der Oberfinanzdirektion, des Kultusministeriums, der staatlichen Schulämter, sowie einen Versorgungsaufschlag.
- (3) Weitere Verrechnungswerte für die Vorteile eines Beamten wie Sicherung bei Arbeitsunfähigkeit, Hinterbliebenenabsicherung bei Krankheit und Tod, Arbeitsplatzgarantie, etc.
- (4) Umfasst die anteilige Schulverwaltung auf kommunaler Ebene.
- (5) Kalkulatorischer Verrechnungswert für Leistungen von Rechnungsprüfungsamt, Hauptamt, Stadtkämmerei, Personal- und Organisationsamt, Statistik und Stadtforschung, Zentraleinkauf o.ä. Ämtern.
- (6) Angabe quantifiziert Immobilien- und Immobiliennebenkosten, wobei darauf hinzuweisen ist, dass dieser Wert eine Mindestgröße darstellt und besonders bei den Förderschulen extrem unterbewertet ist.
- (7) Beinhaltet einen Verrechnungswert für erhöhte Abnutzung und Vandalismus.
- (8) Umfasst Sachkosten und Dienstleistungen der Schulen.
- (9) Beinhaltet anrechenbare Einnahmen, resultierend aus Vermietung bzw. Überlassung von Räumlichkeiten, Verwaltungsgebühren, Erstattungen, etc.

## IMPRESSUM

Herausgeber:  
Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V.

Redaktion:  
Prof. Dr. Johann Peter Vogel  
Am Schlachtensee 2, D-14163 Berlin  
Fon: 030 – 8026028 • Fax: 030 – 8022392

Geschäftsführung:  
Rechtsanwalt Aribert H. Wandersleben  
Salzweg 22, D-30952 Ronnenberg  
Fon: 05109 – 516261 • Fax: 05109 – 515755

R&B – Recht und Bildung und alle darin enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Außerhalb der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Herausgebers nicht erlaubt.  
ISSN 1614-8134

Satz sowie Neu- bzw. Nachbestellung von Heften:  
Schreibbüro Barbara Brudlo  
Holzweg 6, D-29352 Adelheidsdorf  
Fon: 05085 – 981503 • Fax: 05085 – 981504  
e-mail: Barbara.Brudlo@t-online.de

Druck: Integra Services gGmbH  
Josef-Reiert-Straße 24, D-69190 Walldorf  
Fon: 06227 – 383960 • Fax: 06227 – 3839699

Erscheinungsweise: vierteljährlich  
Bezugspreis: 15,- € jährlich einschl. Versandkosten  
Einzelpreis: 5,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten  
Bankverbindung: Postbank Hannover  
Konto 900 099 – 309 • BLZ 250 100 30