

Schwerpunkt: Aktuelle Rechtsprechung

	Geleitwort der Redaktion	2
Beiträge	Ausgleichsanspruch der Schulen in freier Trägerschaft für partiellen Verzicht auf Schulgeld Zum Urteil des VGH Mannheim vom 14.07.2010 – 9 S 2207/09 Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Mainz.....	3
	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Regelung öffentlicher Finanzhilfe an Ersatzschulen Zum „Hartz IV-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09 Prof. Dr. Johann. Peter Vogel, Berlin.....	7
	Die ökonomische Überbelastung privater Haushalte mit Schulgeld und sonstigen privaten Bildungsausgaben – Entlastung durch eine trägerneutrale Finanzierung tut not Dr. Thomas Langer, wissenschaftlicher Leiter des IfBB	11
	Das islamische rituelle Gebet in der öffentlichen Schule und das Gebot staatlicher „Neutralität“ – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 27.05.2010 – 3 B 29.09 Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur, Bremen/Hamburg.....	15
	OVG Münster lässt eine kollegiale Schulleitung in NRW zu Ingo Krampen, Rechtsanwalt, Notar und Mediator, Bochum	23
	Amtliche Bekanntmachung der Ruhr-Universität Bochum über die Anerkennung des IfBB als An-Institut	24

Beiträge **Ausgleichsanspruch der Schulen in freier Trägerschaft für partiellen Verzicht auf Schulgeld**

Zum Urteil des VGH Mannheim vom 14.07.2010 – 9 S 2207/09

PROF. DR. FRIEDHELM HUFEN, MAINZ

Der Rechtsstreit betrifft den Umfang und die Berechnung der staatlichen Förderung für private Ersatzschulen. Der Kläger hält das in BW bestehende Zuschuss-System in Bezug auf Freie Waldorfschulen für verfassungswidrig und begehrt für das Rechnungsjahr 2003 die Zuweisung weiterer staatlicher Mittel. Er trägt vor, die Bezuschussung erfülle die Vorgaben aus Art. 7 Abs. 4 GG nicht. Trotz eines erheblichen finanziellen Engagements des Trägervereins und seiner Mitglieder sowie der Erhebung eines verfassungswidrig hohen Schulgelds erwirtschaftet die vom Kläger betriebene Schule seit Jahren ein erhebliches Defizit, das sich für das laufende Schuljahr auf über 80.000 € belaufen werde. Angesichts dieser Situation könne nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die staatliche Förderung die Sicherung des Existenzminimums des Schultyps gewährleiste.

Das VG hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung wurde insbesondere darauf verwiesen, dass eine evidente Bestandsgefährdung des Ersatzschulwesens in Baden-Württemberg schon deshalb nicht angenommen werden könne, weil es in den letzten Jahren eine stete Zunahme sowohl der Anzahl von Privatschulen als auch der Schülerzahlen gegeben habe. Auf Berufung verpflichtet der VGH das beklagte Land, über den Antrag auf Gewährung weiterer Zuschüsse unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Umfeld der Entscheidung nach bisheriger Rechtsprechung

Das Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG läuft leer, wenn Schulen in freier Trägerschaft nicht zumindest teilweise staatlich finanziert werden. Deshalb hat die Rechtsprechung von BVerwG¹ und BVerfG² immer wieder die Schutzpflicht des Staates betont, die Institution der Privatschule auch durch Gewährung von finanziellen Leistungen zu unterstützen. Eigentlicher Grund ist die in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG festgelegte Regel, dass sich Privatschulen wirtschaftlich nicht durch hohe Schulgelder absichern dürfen, da der Staat ihnen eine „Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern“ verbiete. Mit anderen Worten: Freie Schulen dürfen keine kostendeckenden Schulgelder nehmen (sog. „Sonderungsverbot“³). Die Rechtsprechung des BVerfG ist trotzdem seit einigen Jahren durch einen deutlichen Rückzug aus der Förderungspflicht gekennzeichnet. So sei der Staat erst dann zum Handeln verpflichtet, wenn andernfalls das „Existenzminimum“ der Schulen und der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet werde⁴. Auch hat das BVerfG dem Landesgesetzgeber erlaubt, die Zahlung auf „Landeskinder“ zu beschränken.⁵ Da sowohl die Zahlen der Privatschüler als auch der neu gegründeten Privatschulen nach wie vor steigen, sehen viele Gerichte und Landesgesetzgeber die Existenz der freien Schulen alles andere als gefährdet an und fahren die Zuschüsse zurück. Trotz des erkennbaren Erfolgs der Institution Privatschule insgesamt geraten dadurch zahlreiche Einzelinstitutionen in Existenzschwierigkeiten, wofür der vorliegende Fall ein gutes Beispiel bildet: Hier hatte das VG explizit die Gefährdung der „Institution des Ersatzschulwesens“ verneint, weil es in den letzten Jahren eine stete Zunahme sowohl der

1 BVerwGE 23, 347; 27, 360.

2 Erstmals BVerfGE 27, 195, 200 = NJW 1970, 275; BVerfGE 75, 40, 62 = NJW 1987, 2359; BVerfGE 90, 107, 114 = NJW 1994, 2820.

3 Dazu vor allem BVerfGE 90, 107, 114; HUFEN, StaatsR II, Grundrechte, 2. Aufl. (2009), § 32, Rdn. 31 f.

4 So erstmals BVerfGE 90, 107, 116 = NVwZ 1994, 886.

5 BVerfGE 112, 74, 83 = NVwZ 2005, 923.

Standards öffentlicher Schulen ein Kostenniveau zur Folge, das nur mit der Erhebung nicht unerheblicher Schulgelder gedeckt werden könnte. Diese Möglichkeit der Selbstfinanzierung hat das Grundgesetz jedoch beschränkt, weil es Schulgelder nur insoweit zulässt, als „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“.

2. Zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers-

Strukturelle Mängel

2. Grundsätzlich erkennt das Gericht zwar den Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers (BVerfGE 112, 74, 84) an, der es den Ländern ermögliche, unterschiedliche Modelle zur Anwendung zu bringen. Das Förderkonzept des Landes BW, das auf eine jährliche Ermittlung der erforderlichen Zuschussbeiträge verzichtet und die Förderung stattdessen als prozentualen Teil der Lehrerbesoldung ausweist, weist aber strukturelle Mängel auf. So sei nicht sichergestellt, dass mit dem ermittelten Wert das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel einer Deckung von 80 % der Kosten einer vergleichbaren öffentlichen Schule erreicht werde. Auch stelle das Verfahren nicht sicher, dass die Zielvorgabe einer 80prozentigen Kostendeckung ihrerseits den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspreche. Die Anbindung der Fördersätze an die Entwicklung der Lehrergehälter berge den Fehler in sich, dass sowohl die Entwicklung der Sachkosten als auch diejenigen der Lehrerschüler-Relation außer Betracht bleiben.

3. Zur Realitätsnähe und Transparenz gesetzlicher Regelungen

3. Das Gericht bemängelt auch deutlich den zu großen Entscheidungsspielraum der Verwaltung und betont die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie. So habe der Gesetzgeber im Bereich des Schulwesens wesentliche Entscheidungen selbst vorzugeben:

„Soweit eine Vorgabe oder Regelung für die Verwirklichung der grundrechtlich geschützten Privatschulfreiheit wesentlich ist, hat der Landesgesetzgeber die Entscheidung daher selbst zu treffen (...).

Dementsprechend hat der Gesetzgeber vorzuzeichnen, in welcher Weise die als Vergleichskosten heranzuziehenden Kosten von öffentlichen Schulen zu bestimmen sind. Denn insoweit bestehen, wie die im vorliegenden Rechtsstreit vorgetragene Meinungen und Sachverständigengutachten eindrücklich belegen, unterschiedliche Ansätze und Modelle, die durchschlagende Wirkung auf die den Privatschulträgern im Ergebnis zustehenden Förderansprüche entfalten. Die Erhebung und Berechnung der Vergleichskosten muss der Gesetzgeber dabei zwar nicht selbst vornehmen, sondern kann sich auf die Ermittlungen des zuständigen Ministeriums stützen, solange diese den Gesetzgeber nicht binden. Angesichts der schwierigen Abgrenzungsfragen (...) erscheint eine gesetzgeberische Entscheidung zur Methode der Bestimmung maßgeblicher Vergleichskosten öffentlicher Schulen indes dringend geboten“.

Gesetzliche Definition der Vergleichskosten staatlicher Schulen (Bruttokostenmodell)

Dazu sei das Parlament nur in der Lage, wenn zur Vergleichsberechnung ein taugliches Verfahren gewählt wird, bei dem die für die Zuschussentscheidung relevanten Kosten im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt worden sind. Der Gesetzgeber habe alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf und damit realitätsgerecht zu bemessen (BVerfG, NJW 2010, 505). Was die Lehrergehälter angeht, so äußert das Gericht erhebliche Bedenken, ob die im Bereich der Privatschulen teilweise gezahlten Gehälter noch der verfassungskräftigen Anordnung in Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG gerecht werden, wonach die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend gesichert sein muss. Jedenfalls müsse die als Kompensation für die Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG gewährte Förderung die Ersatzschulen in die Lage versetzen, entsprechende Lehrergehälter zu bezahlen. Nur ein Bruttokostenmodell (also alle für Lehrkräfte aufzubringenden Kosten) werde daher Art. 7 Abs. 4 GG gerecht.

4. Zur Höhe des zulässigen Schulgeldes

4. Auch zur Höhe der verfassungsrechtlichen Schulgelder enthält das Urteil wichtige Festlegungen: So geht das Gericht zwar davon aus, dass die selbst bei Anwendung des Bruttokostenmodells bestehende Deckungslücke durch die Erhebung von Schulgeldern geschlossen werden müsse. Dies gilt aber nicht uneingeschränkt, denn:

„Diese Möglichkeit wird durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG jedoch insoweit begrenzt, als durch entsprechende Entgelte „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert“ werden darf. Das Grundgesetz will damit eine der deutschen Schultradition widersprechende Herausbildung von Eliteschulen für Besserverdienende – in der Art von „Standes- oder Plutokratenschulen“ (...) nach angelsächsischem Vorbild – vermeiden. Allerdings stellt grundsätzlich jede Schulgelderhebung aufgrund der unterschiedlichen finanziellen Möglichkeiten der Eltern schulpflichtiger Kinder eine potentielle Sonderung dar (...). In dieser Schärfe ist die Bestimmung indes offenkundig nicht gedacht, weil sie dann als generellem Schulgelderhebungsverbot hätte formuliert werden können. Wo die maßgebliche Grenze verläuft und wie ein verfassungsgemäßes Schulgeld bestimmt werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur nicht geklärt.“

Zum Sonderungsverbot

Ausdrücklich lehnt das Gericht die Auffassung ab, das Sonderungsverbot könne bereits mit einem Stipendiensystem oder mit nach Einkommen der Eltern gestaffelten Schulgeldern erfüllt werden (wie vom Land vorgetragen). Beide Systeme führten dazu, dass Ermäßigungen durch einen erhöhten Beitrag der verbleibenden Plätze finanziert werden müsse und damit erneut zur sozialen Sonderung beitragen. Staffelmodelle seien daher zur Gewährleistung des Sonderungsverbots tendenziell ungeeignet. Für das Gericht wird es damit erforderlich, sich in komplizierte Rechnungen hineinzubegeben, ab welchem monatlichen Beitrag gegen das Sonderungsverbot verstoßen werde. Diese liegen im Wesentlichen niedriger als die vom beklagten Land angegebenen Beträge von bis zu 642 € monatlich. Vielmehr erscheine der von STEINBEIS ermittelte Betrag von 70 € als sachgerecht. Auch könne den Eltern nicht zugemutet werden, eigenes Vermögen für den laufenden Betrieb einer privaten Ersatzschule auf Dauer einzusetzen (BVerfGE 90, 107, 119). Eigenbeiträge der Eltern seien dem Schulgeld zuzurechnen. Das gelte insbesondere für die aus Eigenmitteln zu erbringenden Kosten (z.B. während der Wartefrist) und zwei Drittel der Baukosten im konkreten Fall.

5. Kritik an „finanzstarken Kreisen“ und am Vorbehalt des Möglichen

5. Schließlich erteilt der Senat der These eine Absage, der laufende Betrieb der Ersatzschule könne durch die „Inanspruchnahme von hinter dem Schulträger stehender finanzstarker Kreise oder das Einwerben von Spenden“ (teil)finanziert werden. Diese Vorstellung könne möglicherweise für eine kirchliche Schule Geltung beanspruchen, nicht aber für eine in Elternträgerschaft betriebene Einrichtung, die weder über finanzstarke Kräfte noch über ein Stiftungsvermögen verfüge. Etwas anderes folge auch nicht aus dem für staatliche Förderpflichtungen stets geltenden Vorbehalt des Möglichen, denn der aus der Normstruktur des Art. 7 Abs. 4 folgende Ausgleichsanspruch finde seine Begründung in der Verfassung selbst. Als Teilergebnis stellt der Senat fest, das für das Jahr 2003 bestehende Förderniveau zur Unterstützung der laufenden Ausgaben von Privatersatzschulen in Baden-Württemberg sei defizitär.

Im zweiten Teil des Urteils geht das Gericht auf (hier nicht zu referierende) Besonderheiten des Landes Baden-Württemberg ein. So sei das bestehende Förderdefizit durch den unmittelbar aus Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV folgenden Ausgleichsanspruch teilweise ausgeglichen. Diesen Anspruch habe das beklagte Land bei der Zuschussgewährung zu berücksichtigen.

Die Bedeutung des Urteils

Nachdem die Rechtsprechung sowohl des BVerfG als auch der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshöfe der Länder sich lange Zeit auf abstrakte Formeln zurückgezogen hat, um konkret durchsetzbare Finanzierungsansprüche freier Schulen nach Möglichkeit nicht einzuräumen, stellt das vorliegende Urteil zumindest einen wichtigen Etappensieg der freien Schulen dar. Anders als das VG im vorliegenden Verfahren und die meisten anderen Gerichte akzeptiert es nicht mehr die abstrakte und praktisch nie erreichbare Formel von der Gefährdung der „Institution Ersatzschulwesen“ als ganzes, sondern fragt nach der konkreten Gefährdung der einzelnen Schule durch Unterfinanzierung. Der VGH kehrt damit zur Linie des BVerfG bis zur Entscheidung aus dem Jahr 1987 (BVerfGE 75, 40, 62) zurück. Schließlich ist das Urteil ein schönes Beispiel dafür, dass der alte Satz „judex non calculat“ nicht gilt. Das Gericht erlegt dem Gesetzgeber und der Schulverwaltung vielmehr sehr detaillierte und wirklichkeitsnahe Berechnungen zur Hilfsbedürftigkeit des Klägers auf. Wegen der Bedeutung der Sache hat der VGH die Revision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen. Man darf daher darauf gespannt sein, ob es eine neue Runde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Privatschulfinanzierung geben wird.



Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Regelung öffentlicher Finanzhilfe an Ersatzschulen

PROF. DR. JOHANN. PETER VOGEL, BERLIN

Das sog. „Hartz IV-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts¹, mit dem bestimmte Regelleistungen nach dem SGB II als unvereinbar mit Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG aufgehoben wurden, enthält u.a. Maßgaben für die gesetzliche Ausformulierung einer verfassungsrechtlichen öffentlichen Leistungspflicht gegenüber den Anspruchsberechtigten. Diese Maßgaben haben auch eine nicht unerhebliche Bedeutung für die landesgesetzliche Ausformulierung der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht der Bundesländer gegenüber Ersatzschulen. Das soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

Sozialleistungen und Finanzhilfe für Ersatzschulen als grundrechtliche Forderungen

1. Ähnlich wie die Leistungen nach dem SGB II aus dem Grundrecht auf Achtung und Schutz der Würde des Menschen im Sozialstaat (Art. 1 Abs. 1, Art. 20 GG) entspringen,² wurde auch die Leistungspflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen aus dem Grundrecht auf Errichtung privater Schulen gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG entwickelt.³ Ohne öffentliche Förderung kann im einen Fall das Grundrecht auf menschliche Würde, im anderen Fall das Grundrecht auf Errichtung und Betrieb einer Schule in freier Trägerschaft nicht ausgeübt werden. In beiden Fällen geht es um die Deckung eines Existenzminimums; in beiden Fällen sind die Grundrechtsinhaber aus eigener Kraft nicht in der Lage, dieses Existenzminimum zu sichern. Dem Arbeitslosen ist es unmöglich, seinen Lebensunterhalt zu decken; dem Ersatzschulträger ist es unmöglich, die verfassungsrechtlich vorgegebenen Genehmigungsvoraussetzungen seines Grundrechts auf Errichtung und Betrieb seiner Schule - Angebot gleichwertiger Bildungsziele und Verwirklichung der „genügenden rechtlichen und wirtschaftlichen Sicherung der Lehrkräfte“ bei gleichzeitiger Gewährleistung der freien Zugänglichkeit unabhängig von den Besitzverhältnissen der Eltern - aus eigener Kraft zu erfüllen. Beide Förderpflichten sind

1 BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09, hier zitiert nach juris.

2 BVerfG vom 09.02.2010, Rdn. 133 (C 11 mit Hinweis auf ständige Rechtspr.).

3 BVerfGE 75, 40 ff. (Finanzhilfe-Urteil vom 08.04.1987) und 90, 107 ff. (Wartefrist-Entscheidung vom 09.03.1994).

mithin direkt aus Grundrechten des Grundgesetzes abgeleitet, bedürfen allerdings zu ihrer Konkretisierung des zuständigen Gesetzgebers. Dabei wird dem Gesetzgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt.¹

Die Vergleichbarkeit beider Fälle ergibt sich auch aus der Verankerung, in der das Bundesverfassungsgericht² die Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG eingebettet hat: Sie ist im Zusammenhang mit den Bekenntnissen des Grundgesetzes zur Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), zur Entfaltung der Persönlichkeit in Freiheit und Selbstverantwortlichkeit (Art. 2 GG), zur Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG), zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates und zum natürlichen Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) Ausdruck des Offenseins des Staates „für die Vielfalt der Erziehungsziele und Bildungsinhalte sowie für das Bedürfnis der Bürger, in der ihnen gemäßen Form die eigene Persönlichkeit und die ihrer Kinder im Erziehungsbereich der Schule zu entfalten“.

Die Maßgaben für die Ausformulierung des Anspruchs, wie sie im „Hartz IV“-Urteil entwickelt worden sind, lassen sich mithin durchaus auf den Förderanspruch der Ersatzschulträger übertragen.

2. Das Bundesverfassungsgericht fordert, dass „die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert“ ist. Ein Verweis auf freiwillige Leistungen genügt nicht. Der Gesetzgeber muss hinsichtlich des konkreten Leistungsanspruchs des Bürgers die „maßgeblichen Regelungen selbst treffen“. Bestimmungen in einem Haushaltsgesetz reichen nicht aus, weil der Bürger aus ihm keine unmittelbaren Ansprüche herleiten kann. „Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf des individuellen Grundrechtsträgers deckt“.³ Wenn der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig.⁴ Der Leistungsanspruch ist dem Grunde nach von der Verfassung vorgegeben. Der Umfang ist nicht unmittelbar aus der Verfassung ableitbar. Der Gesetzgeber ist angehalten, „die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen. Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem Gesetzgeber zu. Ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen. Ihm obliegt es, den Leistungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge zu konkretisieren“.⁵ Diese Konkretion lässt eine Schätzung ohne hinreichende Tatsachengrundlage „ins Blaue hinein“ nicht zu.⁶ Mit diesen Maßgaben hob das Bundesverfassungsgericht die Förderleistung für Kinder der Leistungsempfänger, die ohne Realitätsprüfung in geschätzten Prozentsätzen der Erwachsenenförderung gewährt wurde, als verfassungswidrig auf.

Fasst man die sich aus dieser Rechtsprechung ergebenden Maßgaben für die Regelung verfassungsrechtlicher Ansprüche zusammen, so ist zwar der Gesetzgeber in der Gestaltung der Förderung weitgehend frei, was die Art der Förderung und die Bewertung der Bedarfslage betrifft,⁷ unterliegt aber

**Gesetzliche Definition
eines grundrechtlichen
Anspruchs**

1 BVerfG vom 09.02.2010, Rdn. 138 (C I 1 d), 141 (C I 2 a). So schon BVerfGE 75, 40 ff. (C III).
2 BVerfGE 75, 40 ff. (C II 2 und 2 a). Dazu FRIEDRICH MÜLLER/BERND JEAND'HEUR (Hg.): Zukunftsperspektiven der Freien Schule. Berlin 2/1996.
3 BVerfG vom 09.02.2010, Rdn. 136 (C I 1 c).
4 BVerfG vom 09.02.2010, Rdn. 137 (C II e).
5 BVerfG vom 09.02.2010, Rdn. 138 (C I 1 d).
6 BVerfG vom 09.02.2010, Rdn. 175 (C II 4 a) aa).
7 BVerfGE 75, 40 ff. (C III 1); BVerfG vom 09.02.2010 Rdn. 133. Siehe auch Hufen in HUFEN/VOGEL (Hg.), aa.O., S. 79 f.

auch Beschränkungen, die sich aus dem Verfassungsrang der Förderpflicht ergeben. So müssen gesetzliche Bestimmungen so konkret sein, dass der Verwaltung kein Raum zur Disposition über den verfassungsrechtlichen Anspruch bleibt, und die Berechtigten vorausschauend und nachvollziehend kalkulieren und auf eine gewisse Dauerhaftigkeit vertrauen können. Ihnen müssen folgende Kriterien zugrunde liegen:

- eine Definition der Anspruchsberechtigten,
- ein obligater Anspruch, der sich der Höhe nach am das Existenzminimum deckenden Bedarf realitäts- und zeitnah orientiert
- und in den wesentlichen Faktoren seiner Berechnungsweise wie in seiner Höhe eindeutig definiert ist.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in seinem Urteil bereits die Konsequenzen gezogen,¹ denn die im baden-württembergischen Privatschulgesetz normierte Finanzhilferegelung nach § 18 genügt nach Auffassung des Gerichts den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht, sie sei strukturell mangelhaft: Der Schülerkopfsatz der Finanzhilfe, der sich aus einem bestimmten Lehrer Gehalt ergibt, habe keinen Bezug zum Bedarf, das Existenzminimum zu decken; er sei eine „Schätzung ins Blaue“ und nicht realitätsnah.

3. Den Maßgaben im „Hartz IV“-Urteil entsprechen die landesgesetzlichen Bestimmungen zur Finanzhilfe an Ersatzschulen häufig nicht.

Finanzhilfe nach Haushaltslage

3.1 Zunächst ist schon der Ausgangspunkt zweifelhaft, denn es ist bei Landesgesetzgebern die Regel, dass die Finanzhilfe nicht am konkreten Bedarf der Ersatzschulen orientiert ist, sondern ein Betrag gegriffen wird, der politisch im Landeshaushalt zu erübrigen ist. Dieses Verfahren findet auch und insbesondere bei Kürzungen statt.² Gesetzgeber behandeln die Leistungspflicht so, als handle es sich um eine der üblichen Subventionen, die nach Haushaltslage gewährt und gekürzt werden können. Die Leistungspflicht gegenüber Ersatzschulen entspringt aber unmittelbar der grundgesetzlichen Gewährleistung der Ersatzschulen und ist als verfassungsrechtliche Leistung „nach Grund und Höhe der Disposition des Landesgesetzgebers entzogen“.³

Der Haushaltsvorbehalt

3.2. Soweit sich der Landesgesetzgeber auf den gern in Anspruch genommenen „Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann“,⁴ beruft, ist dieser eben wegen der verfassungsrechtlichen Unmittelbarkeit der Leistungspflicht kein üblicher Haushaltsvorbehalt, sondern unterliegt wesentlich strengeren Regeln als jener.⁵ Das Existenzminimum der Ersatzschulen ist das, was die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfordert; ein „Notprogramm“ könnte gar nicht genehmigt werden. Es müssen also schon die Ausgaben für die staatlichen Schulen insgesamt gekürzt werden, wenn auch die Leistungspflicht (in entsprechendem Maße) gekürzt werden soll.⁶

1 VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010 – 9 S 2207/09, (I 2).

2 Letzte Beispiele: das KM-Schreiben an Parlamentarier zum Entwurf eines sächsischen Haushaltsbegleitgesetzes (Sept. 2010) 2011/12, AZ 41-0422 10/131/161, in dem sich gravierende verfassungswidrige Aussagen finden, oder der Entwurf eines thüringischen Gesetzes über Schulen in freie Trägerschaft (August 2010) mit offener Begründung.

3 VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, I 7. Zur Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers s. auch FRIEDHELM HUFEN in HUFEN/VOGEL (Hg.), aa.O., S. 49 ff. (66 ff.).

4 BVerfGE 75, 40 ff. (C III 4) und ihr folgend die weitere Rechtspr. des BVerfG zur Finanzhilfe.

5 So BERND JEAND'HEUR in FRIEDRICH MÜLLER/BERND JEAND'HEUR (Hg.): Zukunftsperspektiven der Freien Schule. Berlin 2/1996, S. 47 ff. (55 ff.); FRANK RÜDIGER JACH in F.R. JACH/SIEGFRIED JENKNER (Hg.): Autonomie und freies Schulwesen. Berlin 1998, S. 75 ff. (91 ff.); HUFEN in HUFEN/VOGEL (Hg.), aa.O., S. 77 ff. So auch VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, (I 7).

6 BVerfGE 75, 40 ff. (C III 4). Ein negatives Beispiel ist gerade wieder die Kürzung in Sachsen, die mit einer Steigerung der Ausgaben für staatliche Schulen um 5 % einhergeht (s. vorstehend Fußn. 1).

3.3. Integraler Bestandteil der Leistungspflicht ist die Eigenleistung des Schulträgers. Sie soll „angemessen“ sein (d.h. dem zulässigen Schulgeld entsprechen) und muss die finanziell unabhängige Zugänglichkeit der Ersatzschulen berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Folge seines Grundsatzurteils von 1987 die Eigenleistung mehrfach erhöht:

- Um die Wartefrist ohne öffentliche Finanzhilfe zu überstehen, trennte es das zulässige Schulgeld vom zusätzlichen „Bildungsengagement“, das den Trägern, insbesondere den Eltern zugemutet wurde.¹
- Um auch spätere Minderungen der Förderung auszugleichen, wurde auf (allenfalls bei kirchlichen Einrichtungen vorhandene) „finanzstarke Kreise hinter der Schule“ sowie auf Kredite und Einsparungen am Existenzminimum verwiesen² und de facto die Eltern mit zusätzlichen Kompensationen belastet.
- Durch die zugelassene Herausnahme von Nichtlandeskindern aus der Zuschussberechnung (Landeskinderklausel)³ wird der Träger und de facto die Elternschaft erneut belastet, die Finanzhilfefälle zu kompensieren.

Der baden-württembergische Verwaltungsgerichtshof hat demgegenüber erfreulicherweise die „finanzstarken Kreise“ in Zweifel gezogen; in der Tat spricht schon die geforderte Realitätsnähe gegen das vom Bundesverfassungsgericht⁴ zugrunde gelegte veraltete „herkömmliche Bild der Privatschule“.⁵ Er hat auch die finanziellen Aufwendungen für Kredite, insbesondere die, die zum Überstehen der „Wartefrist“ erforderlich sind, zum zu berücksichtigenden Bedarf gerechnet und den Standpunkt vertreten, dass alle Zahlungen, die Eltern für die Deckung des Existenzminimums erbringen, als „Schulgeld“ anzusehen sind und der Beschränkung durch das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG unterliegen. Sie sind deshalb bei der Einschätzung des Finanzbedarfs zu berücksichtigen.⁶ Er forderte auch - der Anregung des Bundesverfassungsgerichts folgend⁷ - zeitlich nach bestandener Wartefrist einen Ausgleich für die vorenthaltene Finanzhilfe.

3.4. Was nun die Finanzhilferegulungen in den einzelnen Bundesländern betrifft, so sind z.T. Vorgaben, die nach der „Wesentlichkeitstheorie“ gesetzlich zu regeln wären, im Gesetz offen gelassen, z.T. leiden die Definitionen zunehmend unter steigender Komplikation. In der Regel sind es unterschiedlich zusammengesetzte Teilmengen der staatlichen Schülerkosten, die in einem eher zufälligen Verhältnis zum tatsächlichen Existenzminimum der Ersatzschulen stehen und deshalb strukturell fragwürdig sind. Die Berechnungsfaktoren sind z.T. als solche, aber auch in ihrem Verhältnis zueinander verwirrend; viele finden sich in Rechtsverordnungen, die von der Verwaltung kurzfristig ohne Parlament verändert werden können.⁸ Am verfassungsrechtlich zweifelhaftesten ist die thüringische Gesetzesregelung,⁹ die zwar viele Bedingungen und Faktoren, aber keine gesetzliche Bestimmung über die Höhe des An-

Die Belastungen des Schulgelds

Fragwürdigkeiten gesetzlicher Formulierung des Finanzhilfeanspruchs

1 BVerfGE 90, 107 ff. (Wartefrist-Entscheidung, B I 3d) aa). Kritisch dazu VOGEL in MÜLLER/JEAND'HEUR (Hg.), aa.O., S. 186 ff.; HUFEN in HUFEN/VOGEL (Hg.), aa.O., S. 68 f.; VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, I 6.

2 BVerfG [Kammerbeschluss vom 04.03.1997, B II 2 a) aa)], SPE n.F. 236, S. 133 ff. Kritisch dazu VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, I 6, sowie HUFEN in HUFEN/VOGEL (Hg.), aa.O., S. 83.

3 BVerfGE vom 23.11.2004 (Landeskinderklausel, SPE, 3. Folge, 236, S. 90 ff). Kritisch dazu F.R. JACH: Die Zulässigkeit von Landeskinderklauseln im Privatschulrecht, DÖV 1995, 925 ff.; N. NIEHUES: Schul- und Prüfungsrecht. Bd. 1, München 3/2000, Rdn. 289; HUFEN in HUFEN/VOGEL (Hg.), aa.O., S. 86 f.

4 BVerfG vom 04.03.1997, aa.O. (siehe auch vorhergehende Seite, Fn. 8).

5 Dazu VOGEL: Das „herkömmliche Bild der Privatschule“, RdJB 1998, 206 ff.

6 VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, I 6.

7 BVerfGE 90, 107 ff., B I 3d) dd).

8 Musterbeispiele sind etwa §§ 18 und 18a SchG SA mit §§ 8 ff. ESchVO SA, oder §§ 149–151 SchG Ns mit FinHVO.

9 §§ 16 ThürSchfTG, 6 ThürFVO.

spruchs enthält; eine solche Bestimmung findet sich erst in der Rechtsverordnung und ist daher für die Verwaltung nach Haushaltsopportunität disponibel. Diese Komplikationen sind für Außenstehende (Parlamentarier) nur mit großer Anstrengung zu durchschauen; der Gesetzgeber übernimmt die Regelungen meist ohne Diskussion von der Verwaltung; entsprechend bleiben Wünsche der Schulen nach notwendiger Erhöhung der Finanzhilfe im Wirrwarr unterschiedlicher Interpretationen seitens der Verwaltungen und Schulen stecken.

Das Bruttokostenmodell als Muster

Nachdem die sog. „Steinbeis“-Berechnungen der staatlichen Schülerkosten¹ und der Zumutbarkeit der Höhe des Schulgeldes² vorliegen, wären die technischen Möglichkeiten gegeben, die Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach Transparenz und Realitätsnähe zu verwirklichen, die Parameter der Leistungspflicht und der Eigenleistung zu definieren und die Finanzhilfe in angemessenen Prozentzahlen dazu festzulegen. Dieses sog. „Bruttokostenmodell“ wird vom baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshof favorisiert; bisher findet es sich nur in Hamburg³ und Baden-Württemberg. Allerdings bietet Baden-Württemberg nur eine (noch dazu unvollständige) „Zielvorstellung“.⁴

Eine Alternative bietet die Regelung in Nordrhein-Westfalen, bei der die anerkannten, mit den Ausgaben staatlicher Schulen vergleichbaren Ausgaben abzüglich einer vom Schulträger zu erbringenden Eigenleistung erstattet werden („Refinanzierung“ im „Defizitdeckungsverfahren“⁵). Freilich werden bei diesem Verfahren die Ersatzschulen zu staatsgleichen Ausgaben gedrängt und in ihrer Gestaltungsfreiheit über die Genehmigungsvoraussetzungen hinaus bis in Organisation und Pädagogik hinein beschränkt. Dieser Anpassungszwang ist verfassungsrechtlich zweifelhaft.

4. Angesichts der Unvollkommenheiten der meisten Bestimmungen zur Förderpflicht gegenüber Ersatzschulen sind die diesbezüglichen Maßgaben im „Hartz IV“-Urteil bemerkenswerte Ansätze. Eine gründliche Überprüfung der gesetzlichen Regelungen dürfte eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch besser entsprechende Angemessenheit sowie mehr Transparenz und Kalkulierbarkeit bewirken.



Die ökonomische Überbelastung privater Haushalte mit Schulgeld und sonstigen privaten Bildungsausgaben – Entlastung durch eine trägerneutrale Finanzierung tut not

DR. THOMAS LANGER, WISSENSCHAFTLICHER LEITER DES IFBB

Die Höhe des elterlichen Nettoeinkommens darf von Verfassung wegen kein Hindernisgrund für die Wahl einer freien Schule darstellen. Dies gebietet das Sonderungsverbot (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG a.E.). Das Bundesverfassungsgericht hat in den Gründen seines Beschlusses aus dem Jahr 1994 für

1 B. EISINGER/P.K. WARNDORF/J. FELDT (Steinbeis-Transferzentrum Wirtschafts- und Sozialmanagement): Schülerkosten in ... (Einzelhefte für jedes Bundesland). Selbstverlag bzw. Münster u.a. 2004–2008.

2 B. EISINGER/P.K. WARNDORF/J. FALTERBAUM/J. FELDT (Steinbeis-Transferzentrum ...): Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld. Für Baden-Württemberg Selbstverlag 2007; für Sachsen-Anhalt Münster u.a. 2010. Dazu zustimmend VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, I 5.

3 §§ 14–25 HmbSfTG.

4 § 18 a PSchG BW; dazu VGH Baden-Württemberg vom 14.07.2010, I 3 (S. 14–17 des Urteils-Umdrucks).

5 §§ 105–115 SchG NW sowie eine ErsatzschulfinanzierungsVO und weitere Verwaltungsvorschriften, die die Aufwendigkeit der Berechnung für Verwaltung und Schulen, aber auch die Eingriffe in die Selbstgestaltung des Schulträgers spiegeln (s. zuletzt Verfahren wegen doppelter Schulleitung OVG Nordrhein-Westfalen vom 24.09.2010 – 19 A 2511/07).

den Einzelfall erklärt, dass ein monatliches Schulgeld jedenfalls in Höhe von 170 bis 190 DM (2010 = 109 €) sonderet und die allgemeine Zugänglichkeit nicht mehr gewährleistet sei.¹ Das Bundesverfassungsgericht hat offengelassen, nach welchem gesetzlichen Verfahren verfassungsmäßig sichergestellt werden kann, dass die von der finanziellen Förderung abhängige Schulgeldhöhe nicht gegen das Sonderungsverbot verstößt.

Umso erfreulicher ist es, dass BERND EISINGER, PETER K. WARNDORF, JOHANNES FALTERBAUM und JÜRGEN FELDT vom Steinbeis-Transferzentrum Heidenheim eine weitere rechtstatsächliche Untersuchung über die Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vorlegen – nunmehr bezogen auf die Verhältnisse in *Sachsen-Anhalt*. Bereits bei einem Schulgeld in Höhe von 60 € entstehen beträchtliche Sonderungseffekte, von denen sehr häufig Alleinerziehende (die größtenteils über nur wenig Einkommen verfügen) betroffen sind. Entlastung durch eine trägerneutrale Finanzierung tut daher not. Die Untersuchung von EISINGER et al. liefert zugleich einen Beitrag und gibt einen wertvollen Anstoß zur weiteren Diskussion über eine alternative, sozial gerechtere Bildungsfinanzierung.

Im Folgenden sollen die wichtigsten Ergebnisse der Studie dargestellt und diese in Relation zu zwei weiteren aktuellen empirischen Befunden gebracht werden: die privaten Ausgaben für Nachhilfe und die Entwicklung der Schülerzahlen an freien Schulen.

I. Zur Belastbarkeit privater Haushalte in Sachsen-Anhalt

Die These von EISINGER et al. lautet, dass sich die ökonomische Belastbarkeit der privaten Haushalte mit schulpflichtigen Kindern wissenschaftlich und transparent nachvollziehen lässt. In einer Vorgängerstudie aus dem Jahr 2007 belegten EISINGER et al. für *Baden-Württemberg* bei den Haushalten der unteren Nettoeinkommensgruppen, insbesondere bei der Mehrzahl der Alleinerziehenden und Paaren mit mehreren Kindern, signifikante Sonderungseffekte durch ein Schulgeld in Höhe von 60 €. ² Diese Tendenz wird nunmehr in der jüngsten Untersuchung zu *Sachsen-Anhalt* bestätigt. ³ Nicht nur in einem relativ wohlhabenden Bundesland wie Baden-Württemberg, sondern – wenig überraschend – auch in dem ärmsten Bundesland überschreitet bezogen auf das Untersuchungsjahr 2003 bereits ein Schulgeld in Höhe von 60 € die ökonomische Belastbarkeitsgrenze zahlreicher Haushalte mit schulpflichtigen Kindern von den unteren bis in die hohen mittleren Einkommensgruppen (von > 900 € bis 2.600–3.600 €) hinein, soweit diesen Haushalten ein angemessener Lebensunterhalt (Szenario III) zugestanden wird, der unter anderem die gesetzlichen Mindestrücklagen für die private Altersvorsorge als notwendige Ausgaben berücksichtigt. Besonders krass betroffen sind auch in Sachsen-Anhalt die Alleinerziehenden (s. Tab. 1 und Tab. 2, die ein restriktives Belastungsszenario I einem eher weiten Belastungsszenario III gegenüberstellen).

Zwei Steinbeis-
Gutachten:
Höchst zulässiges
Schulgeld 60 €

1 BVerfGE 90, 107/117.

2 B. EISINGER, P. K. WARNDORF, J. FALTERBAUM und J. FELDT, Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld. Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, Heidenheim 2007. Besprechung TH. LANGER, Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot: Realität, Normativität und Fiktionalität, in: R&B, H. 4/2007, S. 15 ff.

3 B. EISINGER, P. K. WARNDORF, J. FALTERBAUM und J. FELDT, Bildungsfinanzierung, Studie zu Finanzierungsmodellen für das deutsche Schulsystem, Münster/New York/München/Berlin (Waxmann), 2010.

Tabelle 1 Anteile der Haushalte in Prozent mit negativem Restbetrag bei einem Schulgeld i.H.v. 60 €

<i>Szenario</i>	<i>Alleinerziehende</i>	<i>Paare</i>
Szenario I ¹	28	4
Szenario III ²	61	44

Quelle: eigene Darstellung auf Grundlage der Daten von EISINGER et al.

Tabelle 2 Anteile der Haushalte in Prozent mit negativem Restbetrag bei einem Schulgeld i.H.v. 120 €

<i>Szenario</i>	<i>Alleinerziehende</i>	<i>Paare</i>
Szenario I	46 (1 Kind)	10 (1 Kind)
Szenario III	73 (2 Kinder)	40 (1 Kind)

Quelle: eigene Darstellung auf Grundlage der Daten von EISINGER et al.

EISINGER et al. tun meines Erachtens gut daran, offen zu lassen, welches der Szenarien I, II oder III als normativ angemessenes bzw. sozial erwünschtes Kriterium zur Bestimmung der Belastbarkeitsgrenze Anwendung finden soll, deren Überschreitung auf einen Verstoß gegen das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG a.E. hinweist. Die Entscheidung für einen absoluten Grenzwert lässt sich vor dem Hintergrund der Heterogenität der Armutskonzepte und Berechnungsmethoden nicht allein rechnerisch bestimmen. Vielmehr müssen in die Entscheidung für ein spezielles Belastungsszenario normative Erwägungen über das Kriterium der *Zumutbarkeit* der Schulgeldhöhe mit einfließen. Jedenfalls bestätigt die Untersuchung den für Baden-Württemberg erbrachten Nachweis, dass auch in Sachsen-Anhalt die Wahl einer freien Schule ohne Einbußen in der Lebensqualität nur von Eltern getroffen werden kann, die über ein relativ hohes Einkommen verfügen.

Der VGH Baden-Württemberg hat am 13.07.2010 ein Urteil zum Finanzhilfanspruch einer Waldorfschule in Baden-Württemberg gefällt und das Steinbeis-Gutachten für Baden-Württemberg über die Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld grandios bestätigt.³ Das Gericht mindert das zulässige Schulgeld auf 70 €, also – im Vergleich zu seiner früheren Rechtsprechung – um gut die Hälfte.

„Die von den Gutachtern abgegebene Stellungnahme erscheint auf ihrem methodischen Ansatz jedenfalls schlüssig und weist nach Überzeugung des Senats auch keine groben, offen erkennbaren Mängel oder unlösbare Widersprüche auf. Soweit von den Sachverständigen (...) konkrete Einzelannahmen in Zweifel gezogen worden sind, ist weder vorgetragen noch erkennbar, dass hiermit eine wesentliche Änderung des Gesamtergebnisses verbunden wäre. Vielmehr haben die Gutachter im Einzelnen jeweils darauf hingewiesen, dass die gerügten Punkte auf Basis des gewählten Ausgangsmodells nicht von durchschlagender Bedeutung sind. Diese Einschätzung erscheint dem Senat plausibel, so dass die Richtigkeit der dem Gutachten zugrunde gelegten Tatsache sowie der hieraus gezogenen Schlussfolgerungen jedenfalls ausreichend tragfähig erscheint. Auch wenn andere Datenerhebungsverfahren möglicherweise vorzuzugswürdig sein könnten, ist insgesamt doch nicht zu erkennen, dass die gewählte Untersuchungsmethodik unzureichend oder ungeeignet wäre, die gestellte Frage vertretbar zu beantworten. (...)“⁴

Bestätigung der Gutachten durch den VGH Baden-Württemberg

¹ Einbezogen werden nur lebensnotwendige Ausgaben im Sinne des § 27 SGB XII.

² Zusätzlich zu den Ausgaben im Szenario II (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) werden Beiträge zur privaten Altersvorsorge berücksichtigt.

³ VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09, Urteil v. 14.07.2010 (Juris).

⁴ VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09, Urteil v. 14.07.2010 (Juris), Rnr. 56.

Hartz IV und Schulgeldzahlungen

Die Empfänger staatlicher Sozialleistungen seien nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg bei der Feststellung der grundsätzlichen Allgemein zugänglichkeit nicht einzubeziehen.¹ Der mit den nach dem Sozialgesetzbuch gewährte Hilfe zum Lebensunterhalt angestrebte notwendige Lebensunterhalt sei vielmehr bereits durch die öffentlichen Schulen gedeckt, die in Baden-Württemberg gemäß Art. 14 Abs. 2 LV BW unentgeltlich sind. Die zusätzlichen Kosten für den Besuch einer Privatschule seien daher bei der Bemessung staatlicher Sozialleistungen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Folgerichtig müsse das bei der Bemessung der Regelleistungen nicht berücksichtigte Schulgeld auch nicht so bemessen sein, dass es von einem Bezieher von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB II oder SGB XII entrichtet werden kann.

Die Herausrechnung der Empfänger von Sozialleistungen bei der Festlegung des zulässigen Schulgeldes bedeutet effektiv den Ausschluss der Armen vom Besuch freier Schulen. Diese Konsequenz dürfte mit Sinn und Zweck des Sonderungsverbots (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG), dass die Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird, schwerlich zu vereinbaren sein.

II. Steigende Schülerzahlen an Schulen in freier Trägerschaft

Gegen die empirischen Befunde von EISINGER et al. ließe sich womöglich trefflich einwenden, dass laut dem jüngst erschienenen *Bildungsbericht der Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2010*, im Auftrag des BMBF und der KMK die Schüleranmeldungen an freien Schulen in der Zeit zwischen dem Schuljahr 1995/1996 und dem Schuljahr 2008/2009 einen bemerkenswerten Anstieg verzeichnen (s.u. Tabelle 3).² Innerhalb von dreizehn Schuljahren konnten freie Schulen insgesamt 245.318 Schüler dazu gewinnen. Den größten Zuwachs erfahren die Schulen im Primarbereich, wo sich die Schülerzahlen an freien Schulen um 72 Prozent erhöht haben, d.h. um 51.104 Schüler.

Tabelle 3 Entwicklung der Schülerzahlen an Schulen in freier Trägerschaft

Freie Schulen	1995/96	2008/2009	Veränderung
Sekundärbereich II	158.354	232.056	+ 46, 5 % (n = 73.702)
Sekundärbereich I	328.604	449.116	+ 36,7 % (n = 120.512)
Primarbereich	70.851	121.955	+ 72, 1 % (n = 51.104)

Quelle: Bildung in Deutschland 2010

Demzufolge könnte man meinen, dass aufgrund des Schulgeldes die Schülerzahlen an freien Schulen eigentlich sinken müssten, da nur Haushalte mit einem höheren Einkommen in der Lage sind, sich den Besuch einer freien Schule leisten können. Allerdings dürften die steigenden Schülerzahlen an freien Schulen darauf zurückzuführen sein, dass tendenziell nur immer mehr Eltern aus einkommensstarken Haushalten eine freie Schule einer staatlichen Schule vorziehen, wohingegen Eltern aus den einkommensschwachen Haushalten dem für die individuelle Förderung ihres Kindes womöglich nicht selten suboptimalen Bildungsangebot der staatlichen Schulen nicht ausweichen können. Aber genau dies und nichts anderes bedeutet, dass an Schulen in freier Trägerschaft eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) stattfindet.

¹ VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09, Urteil v. 14.07.2010 (Juris), Rnr. 53, 57.

² Autorengruppe Bildungsberichterstattung, *Bildung in Deutschland 2010*, 2010, S. 34 f.

Unsoziale Belastung der Eltern durch Schulgeld oder Nachhilfe

III. Steigende private Bildungsausgaben für Nachhilfeunterricht

Diese verfassungsrechtlich sowie sozial- und bildungspolitisch höchst bedenkliche Entwicklung findet meines Erachtens eine bemerkenswerte Parallele im Hinblick auf die exorbitanten Ausgaben der Eltern für den schulischen privaten Nachhilfeunterricht. Nach Berechnungen der *Bertelsmann Stiftung* haben im Jahr 2007 rund 1,1 Millionen Eltern in Deutschland insgesamt zwischen 942 und 1.468 Millionen € für Nachhilfe gezahlt, das sind bezogen auf den Sekundarbereich im Monat durchschnittlich 130 € (= 2 x 90 Minuten) an Nachhilfeinstituten,¹ also etwa der Betrag, mittels dessen für ungefähr 80 Prozent der Schulen in freier Trägerschaft die Kosten für Schulgeld hätten gedeckt werden können². Nachhilfe dient aus der subjektiven Sicht vieler Eltern in erster Linie als Kompensation für Mängel des staatlichen Schulwesens.³ Den Nachteilsausgleich können sich allerdings in der Tendenz objektiv – ähnlich wie das Schulgeld für den Besuch einer freien Schule – nur die besser gestellten Familien leisten.

So oder so: Eltern, die hinreichend liquide sind, lassen sich die Bildung ihrer Kinder etwas kosten – sei es durch den Besuch einer freien Schule oder durch zusätzlichen privaten Nachhilfeunterricht. Das ist rational – wer will schon als Verlierer der Wissensgesellschaft da stehen? Hier wie dort werden Kinder aus einkommensschwachen Haushalten benachteiligt und womöglich um die Verwirklichung ihrer individuellen Lebensentwürfe gebracht. Diese Tendenz einer Privatisierung der Bildungsausgaben für die *öffentliche* Schulbildung ist im Sozialstaat eine fatale, eine nicht hinnehmbare Entwicklung.



Das islamische rituelle Gebet in der öffentlichen Schule und das Gebot staatlicher „Neutralität“

– Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 27.05.2010 – 3 B 29.09

PROF. DR. KARL-HEINZ LADEUR, BREMEN/HAMBURG

Die religiöse Neutralität des Staates geht an der kollektiven Dimension der Schule vorbei. Deren Unterrichts- und Erziehungsaufgabe erfordert „Religionsordnungen“, die die Freiheit der subjektiven Bekenntnisse und Ausübungen von Lehrern und Schülern einschränken.

I. Vorbemerkung: Die Herausforderung durch die Fragmentierung der Religionen

Das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg⁴ zur Frage des Anspruchs eines muslimischen Schülers auf Ermöglichung eines rituellen (nicht eines stillen privaten) Gebets in der öffentlichen Schule und seine Divergenz von der Vorinstanz belegen die Unsicherheit in der Konkretisierung des Schutzes des Grundrechts der Religionsfreiheit unter den Bedingungen des religiösen und kulturellen Pluralismus der postmodernen Gesellschaft. Beide Gerichte sind sich – zu Recht – darin einig, dass aus diesem Grundrecht durchaus ein Recht abgeleitet werden kann, von der Schule eine bestimmte Leistung wie die Bereitstellung von Räumen oder das Akzeptieren einer Erweiterung des Widmungszwecks der Schule um die Ausübung religiöser Rituale zu verlangen.

Toleranz der Religionsausübung keine staatliche Identifikation mit einer Religion

1 Bertelsmann Stiftung, Ausgaben für Nachhilfe – teurer und unfairer Ausgleich für fehlende individuelle Förderung, 2010.

2 Zur Verteilung der Schulgeldhöhe auf sämtliche freie Schulen in Deutschland s. die beiden Tabellen in B. EISINGER, P. K. WARNDORF, J. FALTERBAUM und J. FELDT, Bildungsfinanzierung, Studie zu Finanzierungsmodellen für das deutsche Schulsystem, Münster/New York/München/Berlin (Waxmann), 2010, S. 288.

3 Privater Nachhilfeunterricht dürfte nicht wenigen Eltern dabei helfen, ihr schlechtes Gewissen hinsichtlich eigener Versäumnisse zu beruhigen.

4 Urt. v. 27.05.2010 – 3 B 29.09; Vorinstanz VG Berlin v. 29.09.2009, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungsreport 2010, 189.

Dies folgt nicht nur aus Art. 4 Abs. 1 GG sondern auch aus dem Bildungsauftrag der Schule, Art. 7 Abs. 1 GG, weil das (unklare) Prinzip der religiösen „Neutralität“ des Staates¹ nicht der Förderung religiöser Bekenntnisse in der Schule entgegensteht. Insbesondere aus der Institution des Religionsunterrichts ergibt sich auch eine positive Bewertung der religiösen Identifikation der Schüler mit einer Religion. Das hatte das BVerfG der Sache nach zu Zeiten des christlichen „Religionsmonopols“ (wenn man vom Atheismus oder der religiösen Indifferenz absieht) durchaus auch so gesehen: so z.B. im Streit um das Schulgebet,² in dem das Gericht richtig herausgearbeitet hat, dass das Schulgebet zwar Religion in der Schule praktiziert und damit eine kollektive Dimension zwischen Lehrer und Schüler annimmt, dass dies aber auf das staatliche „Veranstalten“ oder die staatliche „Identifikation“ mit einer Glaubensgemeinschaft nicht zu reduzieren ist.³

Paradoxie zwischen Erziehungs- und Grundrechtseinwirkung

Damit sind selbstverständlich rechtliche Bedenken nicht vollständig ausgeräumt, aber schulische Erziehung ist etwas anderes als eine staatliche faktische „Grundrechtseinwirkung“. Sie hat – unabhängig von der Organisation der Schule – jedenfalls in einer postmodernen liberalen Gesellschaft eine transsubjektive Dimension der kulturellen Reproduktion,⁴ die Subjektivität als Prozess des Werdens und nicht als Adressat der äußeren Einwirkung betrifft. Für das produktive Operieren mit dieser Paradoxie, die nicht auflösbar ist, kann eine liberale Rechtsordnung, die immer schon die Freiheit der Optionswahl des Individuums unterstellen muss, nur schwer die adäquaten prozesshaften Formen finden.

Neutralität und „neue“ Religionen

Durch das Auftreten „neuer“ Religionen wird diese Aufgabe nicht eben erleichtert.⁵ Sie verschärft die Paradoxie eher, da für die „neuen“ Religionen die durch langes Erproben, nicht durch rationalen Entwurf gefundenen Praxisregeln der Konfliktabspannung im Verhältnis von Staat und christlicher Religion nicht ohne weiteres genutzt werden können. Dass ein undifferenziertes Verständnis der „Neutralität“ der Schule als Ersatz für eine neue „Kollisionsordnung“ dann sowohl im Hinblick auf „alte“ als auch für „neue“ Religionen anti-religiös wirken kann, wird von den Protagonisten einer letztlich den Verzicht auf Andersheit postulierenden Toleranz leicht übersehen.⁶

II. „Neutralität“ des Staates als Problemvermeidung?

Regelung der Religionsausübung durch die Schule selbst

Für die Rechtslage ohne Belang ist hier die auch für Berlin geltende „Bremer Klausel“, Art. 141 GG⁷: Diese Norm betrifft nur die staatliche Veranstaltung von Religionsunterricht, nicht aber folgt daraus ein Verbot der Ermöglichung ritueller religiöser Handlungen im Schulgebäude (außerhalb des Unterrichts). Die Schulordnung des hier beteiligten Gymnasiums hat demgegenüber unter II.16 ein solches Verbot statuiert, das zunächst verfassungsrechtlich bedenklich erscheint. Allerdings muss grundsätzlich die Regelung der Religionsausübung in der Schule durch die Schulverwaltung oder die Schule selbst zulässig sein – und zwar auch ohne eine dem Bestimmtheitsgebot entsprechende gesetzliche Regelung, da die praktische Ausgestaltung der Schulordnung auf

1 Vgl. LADEUR/AUGSBERG, Toleranz - Religion – Recht, 2007; DIES., Juristenzeitung 2007, 12; jetzt auch den Überblick von WALTER, DVBl 2010, 993; und die Referate von SACKSOFSKY und MÖLLERS, VVDStRL 68 (2009), 7 und 47.

2 BVerfGE 52, 222, 245; vgl. dazu nur CLASSEN, Religionsrecht, 2006, Rdnr. 506.

3 BVerfGE 52, 223, 240; dazu nur WALTER, Religionsverfassungsrecht, 2006, 308; vgl. auch den bekannten Vorschlag, das Schulgebet ganz als eine Art Morgenandacht aus der Schulzeit auszgliedern bei BÖCKENFÖRDE, DÖV 1974, 253, 257.

4 Dazu allg. LADEUR/AUGSBERG, aaO.

5 Vgl. v. CAMPENHAUSEN, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 25 (1980), 135, 146; HILLGRUBER, Juristenzeitung 1999, 538, 545; HARATSCH u. a., Religion und Weltanschauung, 2001; MUCKEL, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997.

6 Vgl. dazu eindringlich I. AUGSBERG, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 53 (2008), 445, 452, der mit Recht darauf hinweist, dass religiöse „Neutralität“ zwar nicht selbst eine bestimmte Religion in Bezug nimmt, aber doch eine versteckte religiöse Aussage zum Verhältnis von Staat und Religion mit sich führt.

7 Vgl. TILLMANN, RdJB 1999, 471.

der Grundlage der staatlichen Erziehungsaufgabe aus Art. 7 Abs. 1 in einer postmodernen Gesellschaft mit höchst unterschiedlichen Schülerpopulationen durch die Schulen selbst erfolgen muss.¹ Die Konfliktsituationen sind so unterschiedlich, dass ein gesetzlicher Ausgleich im Hinblick auf die neuen Spannungen kaum sinnvoll erscheinen kann. Dies zeigt das Beispiel der hier betroffenen Schule, die von für Deutschland nicht hergebrachten Religionen mit noch dazu unterschiedlichen Versionen geprägt wird.

Keine Bewertung der Religionsausübung durch den Staat, aber Regelung der Koexistenz der Religionen in der Schule

Das OVG kommt mit Recht zu dem Zwischenergebnis, dass es nicht darauf ankommt, ob die Religionsgemeinschaft ihren Mitgliedern die Ausübung des islamischen Gebets in der von dem klagenden Schüler für richtig gehaltenen Form vorschreibt oder nicht: Es reicht aus, dass es sich um eine innerhalb der Gemeinschaft vertretene (nicht rein individuelle) Interpretation handelt, die als solche wegen der Religionsfreiheit nicht zu überprüfen ist. Die im Verfahren zu dieser Frage eingeholten Gutachten waren deshalb überflüssig. Diese Frage kann nicht Gegenstand einer staatlichen Entscheidung sein. Andererseits gehört es zu den sich aus Art. 7 Abs. 1 GG ergebenden Erziehungsaufgaben des Staates, oder besser: der Schule, für eine Koexistenz, d.h. auch ggf. einen produktiven Konflikt der Religionen innerhalb der Schule zu sorgen – innerhalb und außerhalb des Unterrichts (auf dem Schulgrundstück).²

„Neutralität“ geht an erforderlicher „Kollisionsordnung“ in der Schule vorbei

In diesem Zusammenhang erweist sich der Rekurs auf das „Neutralitätsgebot“³ wiederum – wie auch im Streit um das muslimische Kopftuch⁴ – als unzureichend, da dies zu einfache Schematisierungen erzeugt, die dem Prozesscharakter des Lernens nicht gerecht werden können. Das OVG betont, dass der Staat nicht das Recht habe, „die Lehre einer Religionsgemeinschaft *als solche* zu bewerten“ (Herv. nicht im Orig.). Dies ist eine Selbstverständlichkeit, deren Anrufung eine Variante der oben erwähnten Unsicherheit im Hinblick auf die Unterscheidung der verschiedenen Dimensionen der Religionsfreiheit ist. Der Rekurs auf das „Neutralitätsgebot“ geht daran vorbei, dass alle Religionen ihrerseits als Folge des durch Art. 7 Abs. 1 GG statuierten Erziehungsrechts des Staates in der Schule ihre Riten und Anforderungen an jugendliche Mitglieder so zu formulieren haben, dass diese produktiv am schulischen Prozess teilnehmen können. Nicht nur den Staat trifft eine Art „Rücksichtnahmegebot“ – dies gilt umgekehrt auch für die Religionsgemeinschaften.⁵ Dies ist eine der kollektiven Dimensionen der Religionsfreiheit,⁶ die von der individuellen zu unterscheiden ist.⁷ Die damit notwendig werdende „Kollisionsordnung“⁸ hat sich für die kulturell tradierten Religionen – wie erwähnt – in einem längeren Prozess herausgebildet.⁹

1 Zu einem pragmatischen Ansatz der „Konvergenz“, der nicht zur Einebnung der Differenzen führen muss, sondern nach „Kollisionsregeln“ verlangt, vgl. BOWEN, *Can Islam Be French? Pluralism and Pragmatism in a Secularist State*, 2010, 196.

2 Dies ließe sich als eine Art „Neutralität zweiter Ordnung“ bezeichnen, I. AUGSBERG, 453: d.h. es darf nicht die Differenz zwischen dem Staat und der ihn (auch) konstituierenden Vielfalt von Voraussetzungen aufgehoben werden, aus denen sich die Staatlichkeit immer wieder neu begründet – damit ist die Förderung der Religion in der Schule nicht ausgeschlossen; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, *Der säkulare Staat*, 2007, 39 f.

3 Vgl. allg. nur LADEUR/AUGSBERG, aaO.

4 Vgl. nur BVerfGE 108, 282, 304 ff.

5 Vgl. zu dieser Möglichkeit auch BOWEN, aaO (*Can Islam ...?*), 63 ff.

6 LADEUR/AUGSBERG, aaO (*Toleranz...*), 48.

7 Dass dies in der Diskussion häufig ignoriert wird, hängt damit zusammen, dass die Religionsfreiheit um ihre kollektive Dimension verkürzt wird und nur die Bekenntnisfreiheit des Einzelnen gesehen wird, die unmittelbar auf das *forum internum* des Individuums zu verweisen scheint; zur Prägung der westlichen Kultur durch das Christentum, die sich auch in der öffentlichen Schule widerspiegeln muss: HECKEL, *Juristenzeitung* 1999, 741, 742; DERS., *RdJB* 2004, 39, 40; auch HILLGRUBER, *Juristenzeitung* 1999, 538, 545

8 Diese Konstruktion erscheint gegenüber dem vielfach an dieser Stelle beschworenen „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ vorzugswürdig, da sie es erlaubt, genauer auf die unterschiedlichen kollidierenden Normen abzustellen und nach den auf die einzelnen Kollisionen abzustimmenden Metaregeln zu fragen, FISCHER-LESCANO, *Kritische Justiz* 2008, 166.

9 Darauf geht auch die Prägung der öffentlichen Schule durch die christliche Religion zurück, die in BVerfGE 41, 29, 64, noch ausdrücklich anerkannt wird; vgl. auch HECKEL und HILLGRUBER, jeweils aaO.

Religiöser Eskapismus
oder „Euro-Islam“

Insbesondere der Islam in der europäischen Diaspora bemüht sich anders als in seinen Herkunftsländern¹ nur sehr eingeschränkt um die Koordination seiner religiösen Regeln mit den gesellschaftlichen und rechtlichen Normen der westlichen Länder. Dass der Islam das Lernen in der westlichen Schule offenbar nicht markant unterstützt,² trägt nicht zuletzt zu den geringeren Schulerfolgen muslimischer Kinder bei. Der Islam, wie er in den westlichen Ländern praktiziert³ und durch die nostalgisch-historisierende Bauweise neuerer Moscheen im öffentlichen Raum demonstriert wird,⁴ ermöglicht eher einen religiösen Eskapismus als den letztlich in der Diaspora unumgänglichen Übergang zu einem „Euro-Islam“.⁵ Soweit die religiösen Regeln mit der „Religionsordnung“ in der Schule kollidieren, muss der Staat oder die Schule *diese* Praxis durchaus bewerten, ohne dass es darauf ankäme, ob es sich um religiöse Glaubensregeln i.e.S. handelt oder um daraus abgeleitete Gewohnheiten oder Auffassungen. Ob insbesondere Antisemitismus oder Feindseligkeit gegenüber Christen u.a. sich aus dem Koran ergeben, ist deshalb unerheblich. Es ist wenig sinnvoll, „bestimmte strukturelle Schwierigkeiten“ des Islam zu ignorieren,⁶ insbesondere die mangelnde Anerkennung der „Entzweiung“ der Gesellschaft, die nicht mehr religiös konstituiert ist.⁷ Dass dies das unabänderliche „Wesen“ des Islam sei, kann und darf dabei aus einer rechtlichen Perspektive nicht unterstellt werden.⁸

III. Schule als kollektiver Prozess der kulturellen Reproduktion

Problematisch ist andererseits aber der Rekurs auf die negative Bekenntnisfreiheit der Schüler, die anderen Religionen oder religiösen Richtungen angehören (oder religiös indifferent sind): Die bloße Konfrontation mit anderen Religionen oder Ermahnungen, die Gebote des Islam einzuhalten, sind als solche auch auf dem „engen Raum“ der Schule nicht nur keine Rechtsbeeinträchtigung, sondern dies gehört grundsätzlich – ebenso wie andere Folgen des kulturellen Pluralismus – zu einer Auseinandersetzung mit der kulturellen Umwelt.

Ist „Neutralität“
staatlicher Schutz gegen
Konfrontation mit
fremder Religion?

Hier zeigt sich noch einmal die Unschärfe der Rechtsfigur der „Neutralität“ des Staates,⁹ wenn gegen die Konfrontation mit dem Anderen der grundrechtlich begründete Schutz des Staates verlangt wird. Dies ist eine verfehlte Lesart der negativen wie der positiven Bekenntnisfreiheit; dies gilt auch für das daraus abgeleitete Verbot der Identifikation des Staates mit religiösen Symbolen wie dem Kreuzifix.¹⁰ Soweit es zur Vermittlung der kulturellen Tradition sinnvoll ist,¹¹ ist dies durchaus zulässig, wenn damit keine „Ver-

1 Dies ist wiederum einer der Gründe für die Entstehung islamistischer „Erweckungsbewegungen“; vgl. allg. ROY, Der islamische Weg nach Westen, 2006; KEPEL, Die Spirale des Terrors, 2009.

2 HECKEL, RdJB 2004, 39, 40.

3 Dass dies für den Islam schlechthin gilt, wird damit nicht behauptet. „Der“ Islam ist aber in Westeuropa ohnehin eher eine Fiktion islamophiler Intellektueller.

4 Vgl. den instruktiven Artikel von BARIETZKO, www.faz.net v. 09.12.2009, der die Architektur jüdischer und muslimischer Sakralbauten in Deutschland vergleicht.

5 BASSAM TIBI, Euro-Islam. Zur Lösung eines Zivilisationskonflikts, 2009, der allerdings vom organisierten Islam in Deutschland eher abgelehnt wird.

6 Dies darf allerdings nicht unter der Hand dazu führen, dass der Staat durch die Reinterpretation der Bekenntnisfreiheit (als ein rein individuelles Recht) und der „Neutralitätspflicht“ faktisch ein „jus reformandi“ in Anspruch nimmt, um die komplexe öffentliche Religionsordnung zu Lasten der christlichen Prägung der Schule umzugestalten, so mit Recht HECKEL, RdJB 2004, 38, 41.

7 LAUGSBERG, aaO, 452.

8 SCHIEDER, FAZ Nr. 188 v. 16.08.2008, 25, scheint eine solche Trennung von „Wesen“ und „Erscheinung“ des Islam vornehmen zu wollen. Für die Regelbildung in der Schule könnte dies praktisch kaum orientierungsbildend sein; islamische Organisationen müssten sich daran beteiligen. Dazu sind aber kaum Ansätze zu erkennen.

9 Vgl. dazu auch das problematische Urteil des EGMR in der Sache Folgero u. a. ./ Norwegen, NVwZ 2008, 1217, das genau nachzuvermessen beansprucht, wie viel Christentum in dem allgemeinen Wissen enthalten sein darf, das in der Schule vermittelt wird.

10 BVerfGE 93, 1; dazu nur MÜCKL, Der Staat 2001, 96; BOCKENFÖRDER, NJW 2001, 723 (zu VG Lüneburg, aaO., 767); allg. zu Grundrechten der Lehrer, NIEHUES/RUX, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1: Schulrecht, 4. Aufl., 2006, Rdn. 921 ff.; jetzt EGMR, Urt. v. 3.11.2009 – 30814/06 Rs. Lautsi; dazu WALTER, FAZ v. 19.11.2009, 8; zur europäischen Dimension LAUGSBERG/ENGELBRECHT, Juristenzeitung 2010, 450.

11 Damit wird das Kreuz nicht seiner religiösen Gehalte beraubt.

bindlichkeit“ im engeren Sinne einhergeht (Pflicht zur Teilnahme an religiösen Ritualen, Diskriminierungen etc.).¹ Deshalb ist auch das zur Kritik des Verbots des islamischen Kopftuchs vorgebrachte Argument, bei diesem Symbol sei eine Identifikation des Staates ganz fernliegend,² ebenso richtig wie wohlfeil. (Konsequent zu Ende gedacht müsste dies übrigens bedeuten, dass kulturell in Deutschland nicht tradierte Religionen gegenüber dem Christentum privilegiert sein könnten.) Die Schule selbst ist – wie erwähnt – ein pluraler Prozess der Entwicklung von Subjektivität, innerhalb dessen es nur abstützend um rechtliche Grenzen und organisatorische Vorgaben geht, während der eigentliche schulische Bildungsprozess nicht durch rechtliche Bindungen oder individuelle Abwehrrechte bestimmt wird.³

Schule als pluraler Prozess der Entwicklung von Subjektivität verlangt Einschränkung der persönlichen Grundrechte

Dies betrifft auch die Art der Vermittlung des Lehrstoffs, für die der Lehrer zwar keine grundrechtlich geschützte Lehrfreiheit,⁴ aber doch auch eine individuelle Gestaltungsfreiheit in Anspruch nehmen kann, weil das Schulverhältnis selbst den Lehrer als Individuum benötigt und nicht primär als staatlichen Entscheider. Daraus ergibt sich eine ungewöhnliche Paradoxie: der Lehrer seinerseits muss in der schulischen Kommunikation Freiheit in Anspruch nehmen können – aber nur soweit, wie dies durch die Anforderungen des pädagogischen Prozesses legitimiert wird. Die Grundrechte des Lehrers sind insofern ähnlich „fremdnützig“ wie das Elternrecht.⁵ Insbesondere die Pflicht zur Zurückhaltung setzt dem Lehrer hier Grenzen, die sich in erster Linie aus dem Gesichtspunkt der Förderung der Entwicklung der Subjektivität der Schüler ergeben.⁶

Kollektive Dimension der Schule vs. subjektive Bekenntnisfreiheit

Was dies bedeutet, lässt sich in einer Zwischenüberlegung wieder am islamischen Kopftuch belegen: Dass Kopftuch als Symbol lässt unterschiedliche Interpretationen zu, die in erster Linie der subjektiven Bekenntnisfreiheit zuzuordnen sind. Darauf kommt es aber in der Schule nur sekundär an, primär ist auch hier auf die kollektive Dimension des Symbols und die Wirkung innerhalb des schulischen Kommunikationsprozesses abzustellen. Wenn das Kopftuch objektiv für viele Muslime und ihre nicht-muslimischen Beobachter ein Symbol der kulturellen Abgrenzung ist, besteht ein schulisch-pädagogisches Interesse daran, dieses Symbol aus der Schule auch dann zu verbannen, wenn im Einzelfall eine Lehrerin das Kopftuch ganz anders interpretiert.⁷

... und individuelle Deutung von Symbolen

Aus der Funktionalisierung der Grundrechtsausübung des Lehrers⁸ für die Schule als Prozess ergibt sich zugleich, dass er die Interpretationsherrschaft über die von ihm verwendeten Symbole verliert, die er in der Zivilgesellschaft für sich in Anspruch nehmen kann. In der Schule muss das Symbol unabhängig von seiner individuellen Bedeutung grundsätzlich eine positive Rolle spielen können. Das ist beim muslimischen Kopftuch – jedenfalls z.Zt. angesichts des Standes der interreligiösen Beziehungen *in* der Schule – nicht anzuneh-

1 Deshalb ist eine pauschale Zurechnung des schulischen Kommunikationsprozesses auf den Staat in einer pluralistischen Gesellschaft nicht angemessen, LADEUR/AUGSBERG, aaO. (Toleranz), 110.

2 SACKSOFSKY, Frankfurter Rundschau v. 02.06.2003, 8; vgl. DIES., Neue Juristische Wochenschrift 2003, 3297.

3 Deshalb ist SCHIEDER, aaO., zuzustimmen, wenn er den staatlichen Charakter des „Erziehungsauftrags“ genauer und schärfer auf die Schule bezogen wissen will, die keine staatliche, an Individuen adressierte Veranstaltung ist, sondern den eben den Prozess des Werdens von Individuen organisiert.

4 Vgl. aber PERSCHEL, DÖV 1970, 34.

5 Dazu CLASSEN, aaO, Rdn. 170.

6 Diese Paradoxie lässt sich – entgegen MARTIN STOCKS Annahme (RdJB 2003, 502) – auch nicht in einer mit der Verfassung der Wissenschaftsfreiheit vergleichbaren kollektiv dimensionierten Organisation von „Professionalisierung“ auflösen; der pädagogische Prozess – der eben anders als die Wissenschaft nicht primär auf Innovation angelegt ist – hat keine vergleichbare Eigenrationalität entwickelt, die einer professionellen Selbstorganisation eine von der Subjektivität der Lehrer abgelöste, mit der Wissenschaft vergleichbare Konturen geben könnte.

7 Zur Beweislast BVerfGE 108, 282, 304ff. (im Zweifel zugunsten der Lehrerin); vgl. zur Bekenntnisfreiheit in der Schule RUX, Der Staat 1996, 523; tatsächlich ist die sehr unterschiedliche Bedeutung des Kopftuchs für unterschiedliche Gruppen von Frauen vor allem in Frankreich gut belegt, vgl. BOWEN, Why the French Don't Like Headscarves, 2008, 70 ff.

8 Vgl. dazu weiterführend WISSMANN, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, 2002, insbes. 236; dazu STOCK, aaO., dessen Kritik an der von WISSMANN vernachlässigten kollektiven Dimension der „Professionalisierung“ der schulischen Pädagogik allerdings wenig überzeugend ist; vgl. auch RUX, Die pädagogische Freiheit des Lehrers, 2002; allg. O. KLEIN, Fremdnützige Freiheitsrechte, 2003.

men.¹ Daraus folgt, dass die mit den Grundrechten für den Konfliktfall bereitgehaltenen Vermutungs- und Beweisregeln (im Zweifel für die Freiheit²) angesichts der kollektiven Dimension des schulischen Prozesses nicht gelten, da es nicht um die Selbstverwirklichung des Lehrers außerhalb seiner schulischen Rolle geht. Dies ist eine weitere Erscheinungsform der in der Schule einzurichtenden „Religionsordnung“, die eben nicht auf die Abstimmung unterschiedlicher Rechte und Pflichten nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip reduziert werden kann.³

IV. Die Begründung einer „Religionsordnung“ für die öffentliche Schule

Wenn man von hier aus wieder eine Brücke zu der durch das OVG zu bewertenden Problematik schlägt, so folgt aus den bisher angestellten Überlegungen, dass auch für den Schüler eine Beschränkung seiner (hier: positiven) Bekenntnisfreiheit daraus resultieren kann, dass die Bedeutung ihrer Ausübung *in* der Schulöffentlichkeit nicht ignoriert werden darf. Und auch hier verliert der Schüler seine Interpretationsherrschaft über das verwendete religiöse Symbol. Diese geht vielmehr auf die Schule über, die die „Religionsordnung“ in der jeweiligen Schule bestimmen muss. Juristisch ist dies als Beurteilungsspielraum zu charakterisieren, der nicht grenzenlos ist, aber doch die Einschätzung der Bedeutung religiöser Praktiken für den schulischen Prozess primär der Schule überlässt. Daraus ergibt sich zugleich eine Grenze der „Wesentlichkeitstheorie“, des Gebots, das „Wesentliche“ des Schulverhältnisses durch Gesetz zu regeln.⁴ Diese (überschätzte) Lehre zeigt ihre Grenzen vor allem unter den Bedingungen der fragmentierten Schulverhältnisse in der postmodernen Gesellschaft. Sie ist letztlich ein Zerfallsprodukt des „besonderen Gewaltverhältnisses“,⁵ dessen rationaler Kern, die Unterscheidung des „besonderen“ Werdens des Subjekts *in* der staatlichen Schule vom gewordenen „allgemeinen“ Subjektverhältnis *gegenüber* dem Staat, mit dem legitimen Abbau des einseitigen Herrschaftsverhältnisses und seiner Überführung in ein Grundrechtsverhältnis verschüttet worden ist.

Im vorliegenden Fall hat die Schule die „Religionsordnung“ in dem betreffenden Gymnasium durchaus plausibel begründet, wenngleich die Regelung ein problematisches Verständnis der Neutralität des Staates erkennen lässt. Allerdings sind gewichtige Argumente im Gerichtsverfahren nachgetragen worden: Entscheidend kommt es auf den Zustand der realen Kommunikationsprozesse in der Schule an, die in der Tat vermuten lassen, dass eine offenere, auf das Operieren mit Konflikten angelegte „Religionsordnung“ z.Zt. nicht möglich erscheint. Dabei kommt der Schule ein Beurteilungsspielraum zu, der durch Vermutungs- und Beweisregeln abgestützt wird, die nicht diejenigen des individuellen Grundrechtsverhältnisses sind, sondern auf die Bewältigung der kollektiven Dimension des Schulverhältnisses abgestimmt sind. Deshalb kann die Schule durchaus auch darauf rekurrieren, dass muslimische Schüler jedenfalls in nennenswertem Maße ihre religiösen Vorstellungen durch Druck (nicht nur Kritik) oder durch Beleidigungen andersgläubiger Schüler durchzusetzen versuchen. Dabei kommt es nicht darauf an, wie dies im individuellen Grundrechtsverhältnis gegenüber dem Staat anzunehmen wäre, ob es sich um diesel-

Schule hat das Recht, über „Religionsordnung“ Symbole und Praktiken unter dem Gesichtspunkt des pädagogischen Prozesses zu bewerten

„Religionsordnung“ darf aggressives religiöses Verhalten berücksichtigen

1 Es ist bezeichnend, dass gerade Autoren, die sich sonst gegen liberale und individualistische Lesarten der Grundrechte wenden, hier den Individualismus der Lehrer(innen) in der Schule hochhalten und das öffentliche Problem nur in dessen Akzeptanz sehen, vgl. etwa SACKSOFSKY, aaO.

2 Vgl. dazu BÖCKENFÖRDE, aaO.

3 Dies bedeutet zugleich, dass das Verbot des Kopftuchs auch als eine vorübergehende Maßnahme betrachtet werden kann, die eine künftige Öffnung auf der Grundlage einer besser konturierten „Religionsordnung“ nicht ausschließt. Doch nicht ganz unbegründete Ängste von andersgläubigen Schülern und Eltern prägen auch den öffentlichen Raum der Schule.

4 BVerfGE 34, 165; 58, 257, 264; MÜLLER-FRANKEN, Verwaltungsarchiv 2001, 507.

5 Vgl. BVerfGE 41, 251 (Speyer-Kolleg), ein Beschluss, der das Ende dieser Rechtsfigur bedeutet hat.

ben Schüler handelt, die auch die Ermöglichung des rituellen Gebets in der Schule verlangen. Im individuellen Grundrechtsverhältnis könnte der Staat eine Förderung der Religionsbetätigung nicht etwa mit dem Argument verweigern, dass *andere* die Religionsfreiheit missbrauchen. Umgekehrt kann die Schule auch solchen religiösen Schülergruppen Formen der Religionsbetätigung außerhalb des Schulunterrichts (aber innerhalb des Schulgebäudes) verweigern, die ihrerseits keinen Anlass zu der Befürchtung geben, Intoleranz in der Schule zu fördern.¹ Auch dies ist eine Folge der Tatsache, dass die „Religionsordnung“ in der Schule die Bewältigung der kollektiven Dimension der Religionsfreiheit *in* der Schule zum Gegenstand hat. Deshalb kann es angesichts der nur begrenzten Einsichtsfähigkeit von Jugendlichen angemessen sein, insgesamt die Religionsausübung auch mit Wirkung auf tolerante Schüler zu begrenzen.²

V. ... und die „Religionsordnung“ der privaten Schule?

An privaten Schulen
anderes Verständnis
der Grundrechte
der Schüler

Für private Schulen hat das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg nur auf den ersten Blick keine Bedeutung. Auch dort kann sich die Kollisionsproblematik aber in ähnlicher Form stellen, weil man davon ausgehen muss, dass das Grundrecht der Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG nach den Grundsätzen der Drittwirkung der Grundrechte auch in Privatschulen gilt.³ Die öffentliche Dimension des Privatschulwesens ergibt sich schon daraus, dass die Schulaufsicht im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG sich auch auf Privatschulen erstreckt,⁴ allerdings umfassen das Grundrecht auf Gründung und Unterhaltung von Privatschulen, Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, und das Elternrecht, wie das BVerfG ebenfalls festgestellt hat, ein Selbstbestimmungsrecht über die Privatschule, die die staatliche Aufsicht begrenzt. Das staatliche Bestimmungsrecht ist durch die Besonderheiten der Aufgabe der Schule geprägt, die Subjektivität der Schüler zu entfalten. Dementsprechend ergibt sich für das Privatschulwesen, dass die Aufgabe der Schule anders akzentuiert werden kann und infolgedessen auch die Grundrechte der Schüler anders verstanden werden müssen.⁵

Definition des
Erziehungsauftrags
in der Schulordnung

Aus dem Bestimmungsrecht der Privatschule können sich Kollisionen mit dem Grundrecht der Bekenntnisfreiheit der Lehrer wie der Schüler ergeben, aber auch mit der Meinungs- und Pressefreiheit (z.B. bei der Herausgabe von Schülerzeitungen). Die Grundrechtsbindung der Schule im Hinblick auf die Ausgestaltung des Schulvertrages⁶ und der Anwendung der selbst gesetzten Schulordnung, die den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat, ist durchaus von erheblicher Bedeutung, zumal auch die Schüler selbst sich beim Abschluss des Vertrages häufig noch im Kindesalter befinden. Für die Schule ist es deshalb wichtig, ihren Erziehungsauftrag gerade im Hinblick auf potentielle Kollisionen relativ detailliert in der Schulordnung zu regeln. Grundsätzlich haben z.B. religiöse Schulen das Recht, von den Schülern eine vertraglich bindend zu vereinbarende stärkere Identifikation mit den besonderen Grundlagen des Erziehungskonzepts der Schule zu erwarten und im Konfliktfall Verstöße zu sanktionieren. Auch hier ist die kollektive Dimension der Schule – letztlich ähnlich wie in der öffentlichen Schule – von besonderer Bedeutung. So stellt sich z.B. die Frage, ob und wie weit aus der verbreiteten Auf-

1 Allerdings ist dies durchaus ein Dilemma; doch geht dies nicht zu Lasten der Prägung der Schule insgesamt durch die christlichen Traditionen; vgl. allg. zu dem Problem, dass das verbreitete Verständnis der Neutralität des Staates in der Tat zu einer solchen Verkürzung führt, HECKEL, Juristenzeitung 1999, 741, 751.

2 SCHIEDER, Theologe an der HU Berlin, hat in seinem Aufsatz, aaO., durchaus Recht mit der Kritik, dass das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg letztlich dem Missbrauch des Grundrechts der Religionsfreiheit nicht mit pädagogischen Mitteln entgegenzetrete, jedoch muss man hier den Beurteilungsspielraum der Schule beachten; die Beurteilung des pädagogisch Angemessenen kann nicht durch ein Gerichtsurteil erfolgen, weil und soweit die pädagogischen Prozesse, die Widerstände in der Schülerpopulation, die Einwirkungen von außen durch administrative und gerichtliche Institutionen schwer durchschaubar sind.

3 VOGEL, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl., 1997, 213.

4 BVerfGE 27, 195.

5 VOGEL, aaO., 213.

6 Vgl. nur BGHZ 175, 102; Vogel, RdJB 2003, 137.

nahme etwa muslimischer Schülerinnen an katholischen Schulen eine grundrechtlich relevante Selbstbindung der Schule derart folgt, dass dann auch der Kirchenaustritt eines katholischen Schülers nicht durch Kündigung des Vertrages sanktioniert werden darf.¹ Dies ist grundsätzlich zu verneinen: Es kann durchaus dem Konzept der Schule entsprechen, in begrenzter Zahl andersgläubige oder religiös indifferente Schüler aufzunehmen, aber darauf zu bestehen, dass die Relationen zwischen den Gruppen nicht durch Kirchenaustritte verändert werden. Dies gilt umso mehr, als die betreffenden Schüler das Recht haben, an eine staatliche Schule zu wechseln.²

**Besondere
„Religionsordnung“
an konfessionellen
Schulen**

Ähnliches gilt auch für die „Religionsordnung“ und die Bewältigung der im Urteil des OVG Berlin-Brandenburg aufgeworfenen Fragen. Es kann durchaus eine verfassungsrechtlich legitime Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der privaten religiösen Schule sein, ritualisierte Gebetsformen anderer Glaubensrichtungen nicht zu gestatten. Auch hier darf das Schulverhältnis nicht in ein Bündel von Vertragsverhältnissen aufgelöst werden. Eine religiöse Schule kann ihren Geltungsanspruch weitestgehend bis in den Schutz der Umgangsformen innerhalb des Schulgebäudes durchsetzen.

Dies hat Konsequenzen auch für die grundsätzlich an einer Privatschule bestehende Pressefreiheit: Die Schule darf zwar wegen der Drittwirkung der Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, die auch den Schülern zustehen, nicht frei über die Inhalte von Schülerzeitungen verfügen und ggf. missbilligte Meinungen sanktionieren. Sie darf aber grundsätzliche oder formal unangemessene Kritik an den Glaubensgrundlagen ggf. auch mit der Kündigung des Schulvertrages beantworten.³ Das Gebot der kulturellen Offenheit der Schule gilt eben für Privatschulen nur mit erheblichen Einschränkungen.

**Definition der religiösen
Vielfalt an nicht
konfessionellen Schulen**

Ähnliches gilt etwa für die Entscheidung über die Beschäftigung z.B. von muslimischen Lehrerinnen, die das Kopftuch tragen wollen. Diese Grundsätze gelten auch für die nicht religiös gebundenen Privatschulen. Hier kommt es aber darauf an, dass der Schulträger sein Konzept möglichst ausführlich auch in der Gestalt von Verhaltensregeln zur Geltung bringt.⁴ Dies wäre eine prozedurale Konkretisierung der Kollisionsordnung, die die wechselseitigen Rechte und Pflichten abstimmt. Nicht der Schutz des Einzelnen sondern die Bestimmung des Erziehungskonzepts steht im Vordergrund. Auch eine nicht religiöse Schule kann – in höherem Maße als eine staatliche – die Bedingungen der religiösen Vielfalt an der Schule definieren (auch unterhalb der Grenze der Abwehr von Intoleranz).

Alles in allem ist dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen. In der Begründung lässt es eine für das gegenwärtige „Religionsverfassungsrecht“⁵ symptomatische Unsicherheit erkennen.



1 Vgl. zu einem Fall aus Nördlingen www.myheimat.de-10.05.2010

2 Zur Freiheit der Schülerswahl an Privatschulen BVerfGE 112, 74.

3 Dagegen ist der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet, OVG Rheinland-Pfalz – AS RP-SL 9, 333 (1965) – ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.

4 Anderenfalls gehen Zweifel bei der Auslegung zu Lasten der Schule, jetzt BGB § 305c Abs. 2 BGB; Vogel, aaO., 211.

5 Vgl. zum Wandel vom „Staatskirchenrecht“ zu einer neuen Konzeption grundsätzlich Walter, Religionsverfassungsrecht, 2006, und die Beiträge in Heinig/Ders. (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007.

OVG Münster lässt eine kollegiale Schulleitung in NRW zu

INGO KRAMPEN, RECHTSANWALT, NOTAR UND MEDIATOR, BOCHUM

Mit Urteil vom 24.09.2010 (19 A 2511/07) hat das Oberverwaltungsgericht für das Land NRW (rechtskräftig) entschieden, dass Ersatzschulen abweichend von § 59 Abs. 1 SchulG NRW ihre Schulleitung nicht – wie vom Gesetz für staatliche Schulen vorgeschrieben – direktorial ausgestalten müssen, sondern auch eine aus mehreren Personen bestehende kollegiale Führung einsetzen dürfen, wenn sie sich insoweit abweichend vom Konzept der staatlichen Schule organisieren wollen. Das war streitig geworden, weil die zuständige Bezirksregierung einer reformpädagogisch ausgerichteten Ersatzschule die Einsetzung und Refinanzierung einer aus zwei Lehrkräften bestehenden Schulleitung nicht genehmigt hatte.

Die Aufteilung der Schulleitung war für die hier betroffene Schule besonders sinnvoll und notwendig, weil sie aufgrund ihres Integrationskonzepts sowohl Grundschul- als auch Förderschul-Fachkenntnisse im Leitungskollegium vertreten haben wollte. Es handelt sich um eine einzügige Grundschule mit vier jahrgangsgemischten Klassen jeweils der Jahrgänge 1 bis 4, die von ca. 100 Schüler/innen besucht werden. Da etwa 20 % der Schüler/innen sonderpädagogischen Förderbedarf aufweisen, unterrichten fast durchgängig je eine Grundschul- und eine Förderschullehrkraft zusammen. Dementsprechend wurde ab dem Schuljahr 2002/03 auch die Schulleitung je zur Hälfte mit einer Grundschullehrkraft und einer Förderschullehrkraft besetzt und zur Refinanzierung angemeldet.

Zur Gleichwertigkeit einer mehrgliedrigen Schulleitung

Das OVG stellte in seinem Berufungsurteil klar, dass die Schulleitung selbst zwar durchaus zu den „Einrichtungen“ gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gehört, deren Gleichwertigkeit von der Schulaufsicht zu prüfen sind, dass Ersatzschulen aber in der Art ihrer Ausgestaltung frei bleiben müssen. Auch eine kollegiale Schulleitung ist nach Auffassung des OVG gleichwertig, vorausgesetzt natürlich, dass ihre Mitglieder die notwendige Eignung für Führungsaufgaben besitzen. Denn die Schulleitung ist nur notwendig, um das Funktionieren einer Schule nach innen und außen zu gewährleisten. Die konkrete Ausgestaltung der Organisation und damit auch die Leitung einer Schule ist kein Selbstzweck, sondern dient – wie die gesamte Schule – dazu, jungen Menschen Bildungsmöglichkeiten zu verschaffen (Seite 10 des Urteils).

Und für das Funktionieren einer Schule – so das OVG weiter – „ist es weder rechtlich noch tatsächlich zwingend, dass nur eine Person die Schule leitet“. In erfreulicher Klarheit grenzt das Gericht hier die Eingriffsmöglichkeiten des Staates noch einmal deutlich ein:

Art. 7 Abs. 4 GG dient nicht der Angleichung der Bildungswege, sondern dem Schutz vor ungleichem Bildungserfolg. Deswegen müssen Ersatzschulen gleichwertig, nicht aber gleichartig sein (Seite 9 des Urteils).

Keine Gängelung freier Schulen über Finanzhilferegung

Wichtig ist auch für Ersatzschulen im Lande NRW, dass das OVG mit seinem Urteil klargestellt hat, dass die Refinanzierung einer kollegialen Schulleitung nicht verweigert oder gegenüber einer direktorialen Leitung eingeschränkt werden darf. Lediglich das Ausgabenbegrenzungsverbot gemäß § 105 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW ist zu beachten, führt aber hier nur dazu, dass eine Schule mit kollegialer Schulleitung maximal die fiktiven Kosten eines Schulleiters oder einer Schulleiterin abrechnen darf, auch wenn die beiden halben Stellen höher zu veranschlagen wären.

