

Schwerpunkt **Sonderungsverbot und Finanzhilfe**

Geleitwort..... 2

Beiträge **Das Sonderungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3
zweiter Halbsatz GG und die staatliche Festlegung von
Höchstgrenzen für Schulgeld – eine grundrechts-
dogmatische Betrachtung**
Rechtsanwältin & Mediatorin Dr. Christiane Wegracht, Bochum 3

Rechtsprechung **Das Urteil des Verfassungsgerichts Brandenburg vom
12.12.2014 – VfGBbg 31/12 – Zwei Anmerkungen**

Ein herber Rückschlag für die Ersatzschulfreiheit
Rechtsanwalt & Mediator Ingo Krampen, Bochum 13

**Die Unmöglichkeit, in einem Finanzhilfeprozess die
evidente Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen
nachzuweisen**
Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Hamburg 15

Ankündigungen **Bochumer Gespräche zu Bildungsrecht und
Bildungsforschung – Inklusion am 16.04.2015** 17

**2. Bochumer Symposium zu Bildungsrecht und
Bildungsforschung am 19.06.2015**..... 18

**BFAS Fachtag „Bitte gründlich mischen! Freie Schulen
auf der Suche nach gesellschaftlicher Diversität“
am 24.04.2015 in Berlin**..... 19

**effe Symposium Edinburgh: Improving social equity
through education: Raising outcomes für low achieving
students** 19

Geleitwort

Wieder ein Heft mit Rechtsproblemen der Schulen in freier Trägerschaft. Geschuldet ist dies der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die mit dem Urteil des Verfassungsgerichts Brandenburg den Blick auf die Gefährdung der Institution Ersatzschule lenkt, und der Schulverwaltung, die sich seit einiger Zeit und in einigen Bundesländern um die Schulgeldhöhen der Schulen kümmert. Beides, Rechtsprechung und Schulverwaltungspraxis, geben neue gewichtige Probleme auf. Derzeit sind mehrere solcher Probleme zu nennen:

- Was heißt „Institution des Ersatzschulwesens“ - wann ist sie „evident gefährdet“? Vom Text des Art. 7 (4) GG müsste es eigentlich „Institution des freien Schulwesens“ heißen, aber das macht den Begriff erst recht unhandlich. Wenn die grundrechtliche Gewährleistung der freien Schulen Ausdruck des Bekenntnisses des Staates zur Vielfalt im Schulwesen sein soll, ist es dann richtig, die Institution als Block zu verstehen, der erst gefährdet ist, wenn alle Arten von Schulen existentiell gefährdet sind (so die Rechtsprechung) – oder genügt die Gefährdung einer Schulart? Ist das Instrument der Institution Ersatzschulwesen eine Verstärkung des Rechtsschutzes für freie Schulen oder dient sie, wie derzeit, als Begrenzung der Gewährleistung?
- Wann tritt das „Sonderungsverbot“ ein – müsste es nicht richtiger „Sonderungsbegrenzung“ heißen? Lässt es die Möglichkeit der Kostendeckung durch die Schule (Schulgeld und Trägereigenleistung) zu, oder ist es eine abstrakte „Schulgeldbegrenzung“, wie die Schulverwaltungen meinen?
- Sind „prozedurale Anforderungen“ an den Gesetzgeber bei der Einschätzung, ob eine Finanzhilfe ausreicht, ein Rechtsstaatsprinzip (wie der sächsische Verfassungsgerichtshof meint), oder sind sie eine Maßregel nur für den Fall, dass die Würde des Menschen tangiert sein könnte (so das Bundesverwaltungsgericht)?

Und noch zwei Fragestellungen:

- Kann die Vereinsform weiterhin als Träger von Bildungseinrichtungen genutzt werden, wie dies seit Existenz des BGB anstandslos geschehen ist, oder sind Bildungseinrichtungen, die finanziert werden müssen, Wirtschaftsbetriebe, für die die Vereinsform nicht in Frage kommt?
- Wie steht es mit der staatlichen Schulaufsicht über freie Schulen – müsste sie nicht unter Beteiligung freier Träger erfolgen? Schließlich beaufsichtigt die staatliche Schulaufsicht auch und vor allem eigene Schulen, denen freie Schulen Konkurrenz machen.

In diesem Heft beschäftigen sich CHRISTIANE WEGRICHT mit „Sonderungsverbot“, Schulgeldbegrenzung und Finanzhilfe sowie INGO KRAMPEN und JOHANN PETER VOGEL mit dem neuen Urteil des Verfassungsgerichts Brandenburg und der Frage, ob die Gefährdung der Institution unter den Anforderungen, die die Gerichte stellen, überhaupt nachgewiesen werden kann. Im Herbst werden sich CREMER und CHRISTIANE WEGRICHT zur Verwendung der Vereinsform für Schulen und Kindertagesstätten äußern. Auf einem Symposium in Bochum im Juni wird die Problematik der Schulaufsicht über freie Schulen thematisiert; auch darüber wird in R&B berichtet werden.

DIE REDAKTION



Beiträge **Das Sonderungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG und die staatliche Festlegung von Höchstgrenzen für Schulgeld – eine grundrechtsdogmatische Betrachtung**

RECHTSANWÄLTIN & MEDIATORIN DR. CHRISTIANE WEGRICHT, BOCHUM

Nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG bedürfen Schulen in freier Trägerschaft, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann (sog. „Ersatzschulen“¹), bekanntlich der Genehmigung. Die Genehmigung ist gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG – das Vorliegen der Erfordernisse des Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG vorausgesetzt – zu erteilen, „wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“.² An einer Sonderung ist den meisten Ersatzschulen – ganz im Sinne der im Jahr 1969 erstmals vom Bundesverfassungsgericht [BVerfG] postulierten „Freiheit im Schulwesen“³ – nicht gelegen; vielmehr liegt es im Interesse der Mehrzahl der Ersatzschulen, allen Bürgern durch sozialverträgliche Schulgelder grundsätzlich den Zugang zu einer Schule in freier Trägerschaft zu ermöglichen.⁴

Steigendes Interesse der Länder an Schulgeldhöhen

Seit einigen Jahren ist zu beobachten, dass Kultusbehörden Schulen mit pauschal festgesetzten Höchstgrenzen kompensationslos – d.h. ohne gleichzeitige Anhebung der finanziellen Zuwendungen des Staates – zur Senkung ihrer Schulgelder anhalten. Die Hamburger Kultusbehörde drohte etwa Ende des Jahres 2009 13 Ersatzschulen die Genehmigungsentziehung wegen zu hoher Schulgelder an und setzte eine Schulgeldhöchstgrenze von 200 € monatlich fest. Die Genehmigungsbehörde des Landes Brandenburg versah eine Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Ersatzschule mit der folgenden Nebenbestimmung: „Die Staffelung des Schulgeldes der Schulträgerin darf im Durchschnitt monatlich 135 € nicht übersteigen“.⁵ Auch die Schulgeldverbote der Länder NRW⁶ und Rheinland-Pfalz, die von den Schulen – mit Wissen der jeweiligen Kultusbehörden – nur durch erhöhte Beiträge zur Eigenleistung ausgeglichen werden können, fallen in die Kategorie dieser Maßnahmen.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob – und ggf. unter welchen Voraussetzungen – ein derartiges staatliches Vorgehen überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist. In diesem Kontext wird aufgezeigt, dass die von den Kultusbehörden postulierte Verhinderung der Sonderung durch eine kompensationslose Festlegung von Höchstbeträgen für das Schulgeld gerade eine solche Sonderung begünstigt.

1. Inhalt des Sonderungsverbots

Nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Finanzhilfepflicht soll das private Ersatzschulwesen „grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre persönlichen finanziellen Verhältnisse“ offenstehen.⁷ Das Grundge-

1 Vgl. zum Begriff BROSIUS-GERSDORF, Privatschulen zwischen Autonomie und staatlicher Aufsicht, Die Verwaltung 2012, 389 (414 ff.).

2 In diesem Fall besteht gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung („... ist zu erteilen“). Allein nach dem Wortlaut zu beurteilen, stände die Genehmigungserteilung folglich im Ermessen der Länder, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht erfüllt sind – solange diejenigen des Satzes 4 erfüllt sind. Denn nur bei nicht genügender Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte „ist“ die Genehmigung „zu versagen“.

3 So BVerfGE 27, 195 (200) und BVerfGE 75, 40 (65).

4 Vgl. VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 261.

5 Vgl. hierzu die Entscheidung des VG Potsdam vom 16.05.2014 – 12 K 2304/13 – Juris.

6 Ein solches ist für Schulen in freier Trägerschaft laut der Landesverfassung gar nicht vorgesehen, wie Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 LV ergibt, wird aber von den Kultusbehörden praktiziert.

7 BVerfGE 75, 40 (65).

setz wolle, so das Gericht, mit dem Sonderungsverbot eine Entwicklung der Ersatzschulen „in Richtung auf eine Art von ‚Standes- oder Plutokratenschulen‘ vermeiden“.¹

Die Rechtsauffassung, nach der das Sonderungsverbot erst verletzt sei, wenn die Ersatzschule darauf abzielt, nur Schüler aus bestimmten Gesellschaftsschichten aufzunehmen, nicht dagegen, wenn sie die zur Deckung angemessener Personal- und Sachausgaben notwendigen Schulgelder erhebt und für Schüler, deren Eltern nicht genügend finanzielle Mittel besitzen, Erleichterungen vorsieht, lehnte das BVerfG in der genannten Entscheidung mit der Begründung ab, diese Auslegung sei „weder mit dem Wortlaut der Vorschrift noch mit ihrem Sinn zu vereinbaren.“²

Die damals vom BVerfG abgelehnte Auffassung weist Gemeinsamkeiten mit der aktuell von VOGEL vertretenen Position auf, wonach das Sonderungsverbot erst greifen könne, „wenn die Schule die Sonderung über das Notwendige hinaus fördert, d.h. wenn das Schulgeld die Differenz zwischen Eigenleistung des Trägers und öffentlicher Finanzhilfe einerseits, der Deckung der notwendigen Schulkosten andererseits überschreitet. Solange die notwendigen Schulkosten nicht gedeckt sind, ist für das ‚Sonderungsverbot‘ kein Raum. Eine genehmigte Ersatzschule, die lediglich ihre ihrer Schulform entsprechenden normalen, zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Kosten deckt, kann nicht gegen das ‚Sonderungsverbot‘ des Art. 7 (4) verstoßen.“³

**Relatives oder
absolutes
Sonderungsverbot?**

Entgegen der Aussage des BVerfG ist diese Auslegung durchaus mit dem Wortlaut der Verfassungsnorm vereinbar. Nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG heißt es: „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn (...) eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird.“ Ob diese Förderung nicht *durch* die privaten Schulen – evtl. mit entsprechender Motivation – erfolgen darf oder generell eine Sonderung nicht einmal „gefördert“, also die Wirkung nicht mal im Bereich der möglichen Sonderung sein darf, sind zwei verschiedene Sinngehalte, die beide nach dem Wortlaut möglich sind. Eine Auslegung nach dem ersten Verständnis könnte man im Sinne eines – subjektiv zu verstehenden – „relativen Sonderungsverbots“ begreifen, eine Auslegung nach dem zweiten Verständnis im Sinne eines – objektiv zu verstehenden – „absoluten Sonderungsverbots“.

Unter Hinzuziehung der teleologischen und historischen Sichtweise lässt das BVerfG indes keinen Zweifel daran, dass es das Sonderungsverbot im Sinne eines absoluten Sonderungsverbots versteht. Als historischer Aspekt wird zwar erwähnt, dass das gleichlautende Sonderungsverbot des Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV nach dem damals herrschenden Verfassungsverständnis lediglich als sozialpolitische Forderung ohne verbindlichen Charakter verstanden werden konnte, dieses Verfassungsverständnis könne aber nicht auf Art. 7 Abs. 4 GG übertragen werden.⁴

2. Die Problematik der Schulkostendeckung

Will die Schule die Genehmigungsvoraussetzungen der Sätze 3 und 4 des Art. 7 Abs. 4 GG erfüllen, also in ihren Lehrzielen, Einrichtungen und in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte gleichwertig sein und die rechtliche und wirtschaftliche Stellung der Lehrkräfte genügend sichern sowie

1 BVerfGE 75, 40 (63).

2 BVerfGE 75, 40 (63).

3 VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 265.

4 BVerfGE 75, 40 (64).

**Spannung zwischen
Schulkosten und
Sonderungsverbot**

außerdem grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre persönlichen finanziellen Verhältnisse offenstehen, liegt auf der Hand, dass die Kosten für den Schulträger hoch sind. Schon kurz nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zeigte sich folglich, dass für die Erhaltung der Privatschulfreiheit eine staatliche Förderung unumgänglich war.¹ Auf das Spannungsverhältnis zwischen den durch die Gleichwertigkeitsanforderungen im Hinblick auf staatliche Schulen steigenden Kosten einerseits und dem Sonderungsverbot andererseits wies auch das Bundesverwaltungsgericht [BVerwG] bereits im Jahr 1966² hin. Es betonte insbesondere die Entwicklungen der Nachkriegszeit im Bildungswesen seit Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949, wie etwa „Schulgeldfreiheit oder -ermäßigung, Lehrmittelfreiheit und andere Vergünstigungen...“ und sprach einer anerkannten Ersatzschule aus Art. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 GG einen Anspruch auf „Subventionierung“ zu.³ 1967 formulierte das BVerwG ausdrücklich einen Anspruch der privaten Ersatzschulträger auf staatliche Hilfe aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 7 Abs. 4 GG.⁴

Nach liberalem Grundrechtsverständnis kommt den Grundrechten allerdings in erster Linie der Charakter eines Abwehrrechts zu. Im Rahmen der Diskussion über den abwehrrechtlichen Gehalt hinausgehender Wirkungsdimensionen der Grundrechte⁵ galt die Problematik eines grundrechtlich radizierten Anspruchs der Ersatzschulen auf Finanzhilfe als eine Art „Testfall“⁶. Als richtungweisend und impulsgebend kann in dieser Hinsicht die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1987⁷ bezeichnet werden.⁸ Der Inhalt des Art. 7 Abs. 4 GG – so führt das Gericht in der Entscheidung aus – sei mit der Anerkennung der Gründungsfreiheit und der institutionellen Garantie der Privatschule⁹ nicht vollständig erfasst. Art. 7 Abs. 4 GG lege den Ländern darüber hinaus die Pflicht auf, das private Ersatzschulwesen neben dem öffentlichen Schulwesen zu fördern und in seinem Bestand zu schützen, was sich aus der Bedeutung der Gewährleistung und aus den Sätzen 2 bis 4 des Art. 7 Abs. 4 GG ergebe, mit denen das Grundgesetz selbst Voraussetzungen – darunter das Sonderungsverbot – normiere, ohne deren Erfüllung von dem Grundrecht kein Gebrauch gemacht werden könne. Es heißt im Einzelnen: „Der Staat darf sich (...) nicht darauf zurückziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen lediglich zuzulassen. Vielmehr muß er ihnen die Möglichkeit geben, sich ihrer Eigenart entsprechend zu verwirklichen. Ohne Selbstbestimmung im schulischen Wirkungsbereich bleibt das Recht zur Er-

1 Vgl. MÜLLER, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1982, S. 384; a.A. SCHWABE, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 260.
 2 BVerwGE 23, 347 ff.
 3 BVerwGE 23, 347 (349 f.). Bis 1958/59 musste auch für Gymnasien in staatlicher Trägerschaft noch Schulgeld bezahlt werden, siehe nur www.finanz-lexikon.de/schulgeld_1640.html, so dass schon dadurch eine Sonderung durch das Schulgeld an Schulen in freier Trägerschaft nicht so schnell bejaht werden konnte wie bei der heutigen Schulgeldfreiheit an Schulen in staatlicher Trägerschaft.
 4 BVerwGE 27, 360 (362 f.).
 5 Vgl. zur Diskussion der Grundrechte als Leistungsrechte hier nur – bezogen auf Art. 7 Abs. 4 GG – JEAND'HEUR, in: MÜLLER/JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 60 ff.
 6 Vgl. HÄBERLE, VVDStRL 30 (1972), 43 (77 ff.), der einen Leistungsanspruch ebenfalls bejaht; HUND, Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?, in: Festschrift für ZEIDLER, 2. Bd., S. 1445 ff.
 7 BVerfGE 75, 40 ff.
 8 Vgl. PIEROTH, Die staatliche Ersatzschulfinanzierung und der Schulhausbau, DÖV 1992, 593 (594) m.w.N.
 9 Diese „Garantie der Privatschule als Institution“, erstmals benannt in BVerfGE 6, 309 (355), „sichert dieser verfassungskräftig ihren Bestand und eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung“, BVerfGE 75, 40 (61 f.); ähnlich schon BVerfGE 27, 195 (200). Die darin zum Ausdruck kommende Absage an ein staatliches Schulmonopol ist zugleich eine „Wertentscheidung“ – so BVerfGE 27, 195 (201) – oder eine „der freiheitlich demokratischen Grundordnung entsprechende Entscheidung“ gegen eine Benachteiligung gleichwertiger Ersatzschulen im Verhältnis zu staatlichen Schulen allein wegen ihrer andersartigen Erziehungsformen und -inhalte, so E 75, 40 (62). Siehe allgemein zur Abgrenzung der (vom BVerfG für die Privatschulen festgestellten) „institutionellen Garantie“ zum Begriff der „Institutsgarantie“ CREMER, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 85 f. Fn. 64. Insoweit terminologisch unzutreffend HEINIG/V. VOGEL, Private Ersatzschulen unter dem Eindruck knapper öffentlicher Kassen, LKV 2012, 337 ff.

richtung von privaten Ersatzschulen inhaltslos. Unter den von der Verfassung vorgegeben Bedingungen ist eine solche Selbstbestimmung ohne staatlichen Beistand nicht möglich.“¹

Aufhebung der Spannung durch Kompensation

Im Anschluss hebt das BVerfG insbesondere das Sonderungsverbot hervor², auf das es zur Begründung des Finanzhilfeanspruchs aus Art. 7 Abs. 4 GG konkreter eingeht: „Soll Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmern, so muß diese Verfassungsnorm zugleich als eine Verpflichtung des Gesetzgebers verstanden werden, die privaten Ersatzschulen zu schützen und zu fördern.“³ Diese dem dem Staat zugeteilte Verantwortung – zum einen den Ersatzschulen, zum anderen den Bürgern gegenüber – beschreibt das BVerfG als sehr weitgehend und dynamisch: „Der Staat muß den schulischen Pluralismus (...) gegen sich selbst in der Weise garantieren, daß er auf eigenen Akten beruhende Beeinträchtigungen dieses Pluralismus durch staatliche Förderung in ihrer Wirkung neutralisiert⁴. Eine derartige besondere (Kompensations-)Pflicht gilt nicht nur für den Ausgleich der durch Art. 7 Abs. 4 Sätze 3 und 4 vom Grundgesetz selbst geschaffenen Forderungen, sondern auch für eine fortlaufende Verschärfung der Gleichwertigkeitsanforderungen (etwa ... durch die stetige Verbesserung der Lehrerbesoldung), denen sich die privaten Ersatzschulen anpassen müssen (...). Sollen solche Maßnahmen nicht indirekt zu einer durch Art. 7 Abs. 4 GG verbotenen Benachteiligung der Ersatzschulen⁵ führen, so muß der der Staat sicherstellen, daß die Verwirklichung seiner bildungs- und sozialpolitischen Ziele nicht auf Kosten der Lebensfähigkeit des privaten Ersatzschulwesens geht.“⁶ Das BVerfG betont weiterhin, dass den Ersatzschulen die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung durch die Erhebung annähernd kostendeckender Schulgelder „durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG praktisch genommen“⁷ ist.

Zwei Säulen der Finanzierung

Hieraus könnte gefolgert werden, dass die Finanzhilfe gemeinsam mit dem Schulgeld das „Existenzminimum“, also den Aufwand, den die Schule zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen benötigt⁸, decken sollte. Dies würde zu einer Korrelation zwischen dem Finanzhilfeanspruch auf der einen und einem das Defizit deckenden entsprechenden Schulgeld auf der anderen Seite führen. Die Finanzierung würde mithin auf zwei „Säulen“ ruhen.⁹ Begrenzt der Staat das Schulgeld auf ein Maß, das grundsätzlich allen Bürgern erlaubt, ihre Kinder auf Ersatzschulen zu schicken¹⁰, müsste in der Eigenrationalität dieses Ansatzes die staatliche Förderung entsprechend hoch sein. Die staatliche Finanzhilfe und das Schulgeld bedingen bei diesem Ansatz einander mithin dergestalt, dass eine Absenkung der Einkünfte durch das Schulgeld automatisch zu einer Aufstockung der staatlichen Finanzhilfe

1 BVerfGE 75, 40 (62 f.); vgl. PIEROTH, Die staatliche Ersatzschulfinanzierung und der Schulhausbau, DÖV 1992, 593 (594) m.w.N.

2 Vgl. PIEROTH, Die staatliche Ersatzschulfinanzierung und der Schulhausbau, DÖV 1992, 595.

3 BVerfG, ebenda. Siehe auch später BVerfGE 90, 107 (114 f.): „Jedenfalls muß der Staat dagegen Vorsorge treffen, daß das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden kann.“

4 Vgl. MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, 1982, S. 143

5 Vgl. BVerfGE 27, 195 (201)

6 BVerfGE 75, 40 (66).

7 BVerfGE, ebenda.

8 Vgl. zum unglücklich gewählten Begriff des „Existenzminimums“ VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 262; DERS., Der Zerfall der Rechtsprechung des BVerfG zur Finanzhilfe an Ersatzschulen – Aus Anlass des Beschlusses zur Landeskinderklausel vom 23.11.2004, RdJB 2005, 255; JEAND'HEUR, in: MÜLLER/ JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 54.

9 Vgl. VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 262.

10 Vgl. zur Frage, ob es ein solches geben kann, unten unter Ziff. 5.

führen müsste, soll das grundrechtlich radizierte Finanzierungskonzept nicht aus den Angeln gehoben werden. In einem solchen Zweisäulensystem der Schulfinanzierung wäre das im Grundsatzurteil geäußerte Verständnis des BVerfG vom Sonderungsverbot problemlos.

3. Der Gestaltungsraum der Länder und die in diesem Zusammenhang eingeführte „angemessene Eigenleistung“

Das BVerfG schreibt die Schutzpflicht konkret den Ländern zu, was sich – vorbehaltlich eines Zusammenwirkens von Bund und Ländern bei der Bildungsplanung gem. Art. 91 b GG – aus der nach Art. 30, 70 GG ausschließlichen Zuständigkeit der Länder für das Schulwesen ergibt.¹ Zu Recht betont es daher, dass es den Ländern obliegt, *in welcher Weise* sie ihrer aus Art. 7 Abs. 4 GG resultierenden Schutzpflicht nachkommen, da das Grundgesetz keine Aussagen darüber macht.² Es ist auch gerechtfertigt, auf die für die Förderungspflicht unabdingbare Voraussetzung der Bedürftigkeit der privaten Ersatzschulen hinzuweisen, wobei das BVerfG in diesem Zusammenhang die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen als empirischen Befund erwähnt.

Anschließend führt das BVerfG aus, die den Staat abstrakt treffende Schutzpflicht löse erst dann eine konkrete Handlungspflicht aus, wenn „andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre (vgl. auch BVerfGE 56, 54 (81) m.w.N.)“.³ Diese Formulierung lässt eine Vielfalt an Interpretationen zu. Im Zusammenhang mit der so – scheinbar – äußerst restriktiv beschriebenen Handlungspflicht⁴ wird nunmehr eine dritte „Finanzierungssäule“ – nämlich die „angemessene Eigenleistung“ der Ersatzschulträger – beschrieben, die letztendlich im Zusammenhang mit einer restriktiv ausgelegten Handlungspflicht die aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleitende Staatsleistung „zu einer nur nach Gesichtspunkten der Opportunität zu gewährenden Subvention“⁵ wandeln kann. Angemessene Eigenleistungen sollen z.B. auch Wartefristen sein, die – solange sie nicht „zur faktischen Einrichtungssperre“⁶ werden und genügend freiwillige „Abmilderungen“⁷ erfolgen – bis zu 10 Jahren „unter dem verfassungsrechtlich zulässigen Gesichtspunkt der Erfolgskontrolle grundsätzlich gerechtfertigt“⁸ sein sollen. Der variablen Größe der vom BVerfG geforderten „angemessenen Eigenleistungen“ und der Aktivierung der staatlichen Handlungspflicht erst bei

Eigenleistung als dritte „Säule“

- 1 Vgl. nur SCHMITT-KAMMLER/THIEL, in: SACHS, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 7 Rdnr. 1 f. und 67. Unzutreffend insoweit die Folgerung EISELTS, Zur Privatschulsubventionierung, DÖV 1987, 557 ff., mit der Entscheidung des BVerfG sei „der unmittelbare Subventionsanspruch (...) aus Art. 7 Abs. 4 GG entfallen und durch die verfassungsrechtliche Pflicht der Landesgesetzgeber ersetzt worden“.
- 2 Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zeigt, dass zwar die Aufnahme einer Bestimmung in das Grundgesetz beantragt wurde, wonach den Schulen in freier Trägerschaft die den staatlichen Einrichtungen ersparten Kosten zu ersetzen seien, der Antrag wurde aber abgelehnt, u.a. um den Leistungscharakter der Freiwilligkeit der Schulen in freier Trägerschaft nicht zu gefährden und den Staat nicht von seiner Pflicht, für das Bildungswesen selbst „nach bestem Gewissen“ zu sorgen, „allzusehr“ zu entlasten, vgl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts, N.F., Bd. 1, S. 111 ff.; BVerwGE 23, 347.
- 3 BVerfGE 75, 40 (67) und BVerfGE 112, 74 (1. LS). So aktuell z.B. zuletzt auch VGH Mannheim, BeckRS 2013, 50630 und VerfGH Brandenburg, BeckRS 2015, 40012, 1. LS.
- 4 Der Hinweis WALLRABENSTEINS, Verfassungsfragen der Privatschulfinanzierung heute, RdJB 2014, 248 (251), eine derart restriktive Handlungspflicht sei aufgrund von Art. 104a Abs. 4 GG angebracht, ist nicht überzeugend, da Art. 104a Abs. 4 GG erst mit der Föderalismusreform 2006, BGBl I 2034, 2036, eingeführt worden war und sich außerdem die Finanzierungspflicht nicht einfachgesetzlich sondern nach der oben dargestellten Begründung des BVerfG aus Art. 7 Abs. 4 GG ableitet, vgl. JEAND'HEUR, in: MÜLLER/JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 56. Vgl. zur Bindungswirkung der Grundrechte HERDEGEN, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 1 ff.
- 5 So SCHMITT-KAMMLER/THIEL, in: SACHS, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 7 Rdnr. 66. Zu einer solchen Opportunität kritisch JEAND'HEUR, in: MÜLLER/JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 56.
- 6 Die Unbestimmtheit dieser Untergrenze steht derjenigen der Handlungspflicht nicht nach.
- 7 So SCHMITT-KAMMLER/THIEL, in: SACHS, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 7 Rdnr. 66.
- 8 So BVerfGE 90, 107 (124) – Wartefristentscheidung. Der unmittelbar nachfolgende Wortlaut des BVerfG, mit dem er das Land zu „Abmilderungen“ verpflichtet, zeigt die Beliebigkeit „Gleichwohl hätte (die Wartefrist) dazu führen können, daß auch gutwillige und opferbereite ‚Gründungseltern‘ aufgeben. Daher war der Staat hier zu einem Ausgleich verpflichtet.“

evidenter Bestandsgefährdung der Privatschule als Institution sind bei restriktiver Auslegung nur noch die Einschränkungen des BVerfG entgegenzusetzen, „die Bereitschaft, in dem heute erforderlichen Umfang eigenes Vermögen für Gründung und Betrieb einer privaten Ersatzschule auf Dauer einzusetzen“¹ könne nicht gefordert werden und bei Bauaufwendungen müsse „später die finanzielle Last erleichtert“ werden, damit aufgenommene Kredite nur die Gründer belaste.² Auch diese Grenzen beinhalten freilich genügend Variablen, um die Finanzhilfepflicht auf für die Länder opportune Hilfen zu reduzieren.

Sonderung der Schulträger oder Aufhebung des Sonderungsverbots?

Wie sind bei dieser scheinbaren Beliebigkeit nun Schulgeldbegrenzungen vor dem Hintergrund der Auslegung des Sonderungsverbots des BVerfG in der Grundsatzentscheidung zu beurteilen? Eine konkrete Pflicht zur Herabsetzung der Schulgelder bereits bestehender Ersatzschulen auf einen festgesetzten Betrag oder eine Festsetzung als Genehmigungsvoraussetzung ohne entsprechend staatlicher Förderungsanpassung führen entweder zu einer Sonderung der Ersatzschulträger³, da vornehmlich reiche Schulträger die womöglich entsprechend größeren Defizite der Eigenleistung stemmen könnten, oder bei Schulen in Elternträgerschaft zur faktischen Aufhebung des Sonderungsverbots durch entsprechende zusätzliche Beiträge zur Eigenleistung.⁴ Die zu vermeidenden „Standes- oder Plutokratenschulen“ würden in letzterem Fall unter dem Deckmantel gefördert, dass Schulen in Elternträgerschaft nur noch von solchen Eltern betrieben werden könnten, die in der Lage wären, die „finanziellen Opfer“ – konkret die höheren Eigenleistungen – dafür zu erbringen, dass sie – in einer großen Gemeinschaft von Schulgründern – „eigene bildungspolitische Zwecke“ verfolgen.⁵

Die postulierte Verhinderung einer Sonderung, die durch eine Schulgelddeckelung bewirkt werden soll, initiiert somit womöglich eine von Art. 7 Abs. 4 gerade missbilligte Sonderung, wenn kein entsprechender Ausgleich durch den Staat erfolgt. Der Zusammenhang aus staatlicher Finanzierungspflicht und Sonderungsverbot soll deshalb nachfolgend nochmal eingehender unter grundrechtsdogmatischen Vorzeichen beleuchtet werden. Im Kern geht es um die Frage, woraus genau sich die staatliche „Schutzpflicht“, von der das BVerfG spricht, ergibt und ob durch die Klärung dieser Frage Aussagen zur Verfassungsmäßigkeit von Schulgelddeckelungen gewagt werden können. Die Antwort auf die zuerst aufgeworfene Frage ist im Grundsatzurteil von 1987 zu finden, auch wenn dies nicht ganz offensichtlich ist.⁶

4. Grundrechtstheoretischer Hintergrund der Finanzierungspflicht

Der Wandel des Verständnisses der Grundrechte von Abwehr- in Leistungsrechte wurde von zwei verschiedenen Blickrichtungen aus diskutiert: Einerseits von einem allgemeinen grundrechtstheoretischen Verständnisswandel ausgehend in Form einer normtextgelösten Ergänzung, andererseits mit der Einschränkung, dass stets nur eine normtextbezogene Interpretation des einzelnen Grundrechts unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu einer leistungsrechtlichen Ergänzung führen könne.⁷ Die Auseinandersetzung um

1 BVerfGE 90, 107 (119).

2 BVerfGE 90, 128 (144).

3 Vgl. auch EISINGER/WARNDORF/FALTERBAUM/FELDT, Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vor dem Hintergrund des Sonderungsverbot nach Art. 7 GG – Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, 2007, S. 136; VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 263.

4 Vgl. VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 262 f.

5 Siehe BVerfGE 90, 107 (119 f.) zu den Erwartungen an die Schulgründer.

6 HUND, „Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte“, in: Festschrift für ZEIDLER, 2. Bd., S. 1455, geht davon aus, das BVerfG habe die Frage nicht beantwortet.

7 Ausführlich JEAND'HEUR, in: MÜLLER/JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 62 ff.

die finanzielle Absicherung der in Art. 7 Abs. 4 GG garantierten Privatschulfreiheit wurde in der Literatur als ein zentraler „Beispielfall der Umdeutung eines Grundrechts“¹ angesehen, so dass die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1987 übergeordnete Bedeutung hatte.² JEAND`HEUR³ zeigt anhand anderer Entscheidungen des BVerfG im Zusammenhang mit dem ergangenen Grundsatzurteil aus dem Jahr 1987 auf, dass das BVerfG den Weg der normtextbezogenen Interpretation geht.⁴

**Die Institution des
Ersatzschulwesens als
Verstärkung des
individuellen
Freiheitsrechts**

Im Rahmen einer normtextbezogenen Interpretation des Art. 7 Abs. 4 GG könnte zunächst die Aussage des BVerfG, die Handlungspflicht trete erst ab evidenter Bestandsgefährdung des Ersatzschulwesens als Institution⁵ ein, darauf schließen lassen, dass sich der Verfassungsauftrag zur staatlichen Finanzierung aus der aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG abzuleitenden institutionellen Garantie und damit zugleich aus der Wertentscheidung der Absage an ein staatliches Schulmonopol ergebe.⁶ Liest man die Ausführungen des BVerfG zum Charakter der institutionellen Garantie der Privatschule, ist diese indes in ihrer Funktion als eine Verstärkung des individuellen Freiheitsrechts zu verstehen und nimmt demgemäß im Schutzzumfang des Art. 7 Abs. 4 GG eine eigenständige Rolle *neben* Gründungsfreiheit und Finanzierungspflicht ein. Das BVerfG betont ausdrücklich diese drei nebeneinanderstehenden Gehalte des Grundrechts.⁷

Zutreffend – und allein sinnbringend – ist die Ansicht, dass durch die institutionelle Garantie das Grundrecht der Gründungsfreiheit, dessen tatsächliche Ausübung durch bestimmte rechtliche oder faktische Entwicklungen in Gefahr geraten kann, geschützt werden soll. Damit ist – in den Worten JEAND`HEURS⁸ – gemeint, „daß Grundrechtsgefährdungen gerade *auch* wegen einer die einzelne Grundrechtsausübung gewährleistenden garantienormrechtlichen Seite des jeweiligen Freiheitsrechts staatlicherseits abzuwehren sind.“ Die so verstandene Bedeutung der institutionellen Garantie mit einer von der Förderpflicht unabhängigen Stellung verhindert letztendlich die der Garantie nicht mehr gerecht werdende aktuelle Interpretation, nach der nur noch der „Fortbestand des als Institution garantierten privaten Ersatzschulwesens insgesamt“ geschützt sein könne⁹ – wodurch die institutionelle Garantie den einzelnen Grundrechtsschutz letztendlich verringern würde. Die Verstärkung des individuellen Freiheitsschutzes durch die institutionelle Garantie führt nicht dazu, dass die institutionelle Garantie *selbst* den einzelnen Grundrechtsträger schützt – sie verstärkt nur den ohnehin aus dem Freiheitsrecht geltenden Schutz des einzelnen Grundrechtsträgers.

1 BERNHARD, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Sparmaßnahmen bei der Privatschulfinanzierung, DVBl 1983, 299 (300 m.w.N.). Die Anerkennung des Finanzhilfanspruchs aus Art. 7 Abs. 4 GG wurde 1982 von MÜLLER/PIEROITH/FOHMANN, Leistungsrecht im Normbereich einer Freiheitsgarantie – untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen, 1982, S. 81, als der zu dieser Zeit einzige einigermaßen juristisch konturierte Fall eines grundrechtlichen Leistungsrechts bezeichnet, vgl. HUND, Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?, in: Festschrift für ZEIDLER, 2. Bd., S. 1450.

2 Vgl. JEAND`HEUR, in: MÜLLER/JEAND`HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 62 f.

3 Vgl. JEAND`HEUR, in: MÜLLER/JEAND`HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 63 f.

4 Siehe z.B. vor allem auch zu Art. 1 Abs. 1 GG die ablehnende Entscheidung aus dem Jahre 1951, BVerfGE 1, 97 (104), und die erst im Jahre 1990 ausdrücklich aus Art. 1 Abs. 1 GG anerkannte Gewährleistung eines Existenzminimums, BVerfGE 82, 60 (85), vgl. zu Art. 1 Abs. 1 GG DREIER, Grundgesetzkommentar, 3. Aufl., Art. 1 I Rdnr. 155.

5 Die Argumentation, die Handlungspflicht trete erst ein, wenn wörtlich der gesamte „Bestand“ gefährdet ist, ist jedoch schon deshalb nicht weiterführend, weil nicht geklärt werden kann, wie viel Privatschulen denn angesichts der aktuellen gesellschaftlichen Situation diesen „Bestand der Privatschulen“ darstellen sollen.

6 Diskutiert wurde dieser Ansatz nach Ansicht von HUND, Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?, in: Festschrift für ZEIDLER, 2. Bd., S. 1452, in Form von zwei getrennten Ansätzen, allerdings ergibt sich die Wertentscheidung nach dem BVerfG aus der institutionellen Garantie, so dass die Ansätze als einheitlicher Ansatz zu beurteilen sind.

7 BVerfGE 75, 40 (62).

8 JEAND`HEUR, in: MÜLLER/JEAND`HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 66.

9 So mittlerweile BVerwG, NVwZ 1985, 111 (112).

**Pflicht zur
Neutralisierung des
Widerspruchs von
Grundrecht und seinen
Bedingungen**

Die Finanzierungspflicht selbst ist mit der Begründung des BVerfG nur *direkt* aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 und Satz 3–4 GG herzuleiten, und zwar unter Einbeziehung von Wirklichkeitselementen, auf die der Normtext referiert.¹ Denn die in Art. 7 Abs. 4 Satz 3–4 GG enthaltenen Genehmigungsvoraussetzungen, unter deren Bedingung die Gewährleistung der einzelnen Ersatzschule steht, verweisen auf Kriterien, die eine Ersatzschule im Vergleich zur staatlichen Schule erfüllen muss. Der vergleichende Normtext bedarf zur Anwendung deshalb immer einer Untersuchung der tatsächlichen *aktuellen* Verhältnisse. „Das BVerfG behandelt mithin den Wirklichkeitsausschnitt, auf den der Normtext von Art. 7 Abs. 4 GG abzielt, folgerichtig als Sachbestandteil der Vorschrift selbst.“² Nach JEAND`HEUR interpretiert das BVerfG Art. 7 Abs. 4 GG in seiner Finanzhilfeentscheidung als ein sachgeprägtes Ordnungsmodell, „in der das Ordnende und das zu Ordnende notwendig zusammengehören und einander in der Praxis der Rechtsverwirklichung unabdingbar gegenseitig ergänzen und abstützen“³. Der Staat muss, so das BVerfG – soweit er die Garantie der Privatschulfreiheit durch von ihm selbst veranlasste eigene Akte beeinträchtigt – derartige Beeinträchtigungen durch staatliche Finanzhilfe neutralisieren, um nicht in Widerspruch zu dem in Satz 1 gewährleisteten Freiheitsrecht zu geraten.⁴ Zur Verdeutlichung dieser Neutralisierungspflicht macht sich das Gericht die systematische Interpretation MÜLLERS, PIEROTHS und FOHMANNNS⁵ durch ausdrückliche Bezugnahme zu Eigen. Diese haben bereits 1982, also fünf Jahre vor der Grundsatzentscheidung, die Kollision zwischen Grundrechtseinräumung und Bedingungsjustierung und die daraus resultierende Neutralisierungspflicht an dieser – vom BVerfG – aufgegriffenen Stelle herausgearbeitet. Die Autoren prononçieren: „Die Erkenntnis dieses Widerspruchs und seiner Lösungsbedürftigkeit auf der Verfassungsebene stellt das entscheidende, bislang noch fehlende Glied der Argumentationskette dar, die die *Brücke* von der trivialen abwehrrechtlichen zur weit weniger trivialen *leistungsrechtlichen* Relevanz der in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG statuierten Bedingungen schlägt. Der Widerspruch darf nämlich *nicht* in der Weise aufgelöst werden, daß man die staatliche Justierungsbefugnis so einschränkend interpretiert, daß eine Beeinträchtigung des schulischen Pluralismus von vornherein ausscheidet; diese Lösung wäre übermäßig. Die allein *verfassungsgemäße* Lösung liegt vielmehr darin, daß der Staat den schulischen Pluralismus (jedenfalls auch) gegen *sich selbst* in der Weise garantiert, daß er auf eigenen Akten beruhende *Beeinträchtigungen* des Pluralismus durch staatliche *Förderleistungen* an betroffene und bedürftige Ersatzschulträger in ihrer Wirkung *neutralisiert*.“⁶ Die Freiheitsgarantie ist leistungsrechtlich relevant, weil „zur Grundrechtsgarantie für den einzelnen Träger die verfassungsrechtliche Auflage der Einhaltung des Staatsschulstandards einerseits, des sozial ausgewogenen Schulgeldes andererseits tritt und schließlich durch den Ausbau des staatlichen Schulwesens eine Kostensituation entstanden ist, in der das eine mit dem anderen nicht mehr verbunden werden kann (...)“⁷. Auch die Wartefristentscheidung des BVerfG bestätigt dieses Ergebnis, wenn es darin heißt: „Der Staat hat die Anforderun-

1 Vgl. JEAND`HEUR, in: MÜLLER/JEAND`HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 64, 69 ff. Die Überlegung, die staatliche Pflicht zur Ersatzschulfinanzierung über den Abwehrcharakter des Freiheitsrechts hinaus durch die Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zu begründen, scheint zwar ähnlich; das Sozialstaatsprinzip kann indes nur ergänzend zu dem bereits aus Art. 7 Abs. 4 GG gefundenen Ergebnis wirken.

2 JEAND`HEUR, a.a.O., S. 77 ff.

3 JEAND`HEUR, a.a.O., S. 77 m.w.N.

4 BVerfGE 75, 40 (66), vgl. JEAND`HEUR, a.a.O., S. 78.

5 MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, Leistungsrecht im Nombereich einer Freiheitsgarantie – untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen, 1982, S. 143.

6 MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, a.a.O., S. 143 – Hervorhebungen im Original vorhanden.

7 VOGEL, Die Bestandsgarantie des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, DVBl 1985, 1214 (1217). Ebenso zitiert von JEAND`HEUR, a.a.O., S. 78 f. Diese Herleitung zieht das Ergebnis von BROSIUS-GERSDORF, in: DREIER, GG, 3. Aufl., Art. 7 Rdnr. 109, die den finanziellen Schutz jeder einzelnen Schule ausdrücklich betont, nach sich.

gen an die Gleichwertigkeit privater Schulen fortlaufend verschärft; er hat den Standard seiner eigenen schulischen Einrichtungen gehoben und die Besoldung seiner Lehrer stetig verbessert. Dem müssen die privaten Ersatzschulen sich anpassen. Die hierfür erforderlichen erheblichen Kosten können nicht in vollem Umfang über Schulgelder gedeckt werden. Denn die Privatschulen dürfen eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht fördern (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden.“¹

Wann tritt eine Sonderung ein?

5. Die konkret zu berücksichtigenden realen Verhältnisse

Das Land hat also unter Berücksichtigung der empirischen Realdaten die Norm entsprechend anzuwenden und mithin seine Finanzierungshilfe zu gestalten. Die zu berücksichtigenden Realdaten sind die aktuellen Anforderungen an die Gleichwertigkeit mit den staatlichen Schulen, die *zumutbare* Höhe angemessener Eigenleistungen des Trägers unter der Prämisse, dass die Finanzhilfepflicht grundrechtlicher Anspruch jeder einzelnen Schule ist,² und die erarbeiteten Daten über die Frage, wann ein Schulgeld sondernd ist. Letztere sind hier eingehender zu betrachten.

Die Frage, wann ein Schulgeld sondernd ist, war vielfach Gegenstand der Erörterungen. Das BVerfG äußerte sich erstmals in seiner Wartefristentscheidung im Jahr 1994 zu einem festen Betrag und entschied, dass ein Schulgeld unter DM 170–190 liegen müsse.³ Der VGH Mannheim entschied sich in einem Urteil von 2010⁴ für 70 € als grundgesetzkonform.⁵ 2013 entschied ebenfalls der VGH Mannheim, dass es auf die Schulgeldhöhe nicht ankäme, wenn Staffelmotive eine Sonderung verhindern könnten.⁶ Auch wenn das letztgenannte Urteil insgesamt kritisch zu beurteilen ist⁷, lässt sich an den Urteilen des VGH Mannheims – nebenbei – die flexible Handhabung der Neutralisations- bzw. Kompensationspflicht beobachten: Durch die Anerkennung von Staffelmotiven im Urteil von 2013⁸ ließ sich die Gefahr, eine defizitäre Finanzhilfe anerkennen zu müssen, zunächst elegant vom Tisch fegen, da nunmehr die Schulgeldhöhe nicht mehr auf einen festen Höchstbetrag konkretisiert war und die Kompensationspflicht dadurch ebenfalls an Kontur verlor.

Dem VGH Mannheim lagen für seine Entscheidungen unterschiedliche Sachverständigengutachten vor.⁹ Bei näherer Betrachtung wird freilich deut-

1 BVerfGE 90, 107 (115).

2 Siehe zur zumutbaren Höhe der Eigenleistungen BROSIUS-GERSDORF, a.a.O., Rdnr. 110, die hervorhebt, dass der angemessene Eigenanteil abhängig vom Schulträger (Eltern, Religionsgemeinschaft oder Privatunternehmen) sein muss.

3 „Es liegt auf der Hand, daß Beträge in der Größenordnung von monatlich 170 bis 190 DM (...) nicht von allen Eltern gezahlt werden können.“, BVerfGE 90, 107 (119).

4 BeckRS 2010, 50833.

5 Vgl. die ausführliche Darstellung benannter Höchstbeträge bei AVENARIUS, in: CREMER/ENNUSCHAT/POSCHER/RUX/WISSMANN, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, S. 9 (53).

6 BeckRS 2013, 50630.

7 Vgl. dazu HÜTTIG, Freies Schulwesen ohne Diskriminierung? Verfassungsbeschwerde in Baden-Württemberg angenommen, R&B 4/2014, 8 ff.; WEGRICHT, Zur Finanzhilfe an Ersatzschulen – Aus Anlass der gegenläufigen Rechtsprechung in Baden-Württemberg aus den Jahren 2010 und 2013 zu Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV BW, R&B 4/2014, 11 ff.

8 Diese wurden mit zutreffender Begründung in dem Urteil vom 14.07.2010, BeckRS 2010, 50833, S. 14, noch ausdrücklich abgelehnt. Dort heißt es: Staffelmotive „führen zwangsläufig dazu, dass die Ermäßigungen durch einen erhöhten Beitrag der verbleibenden Plätze finanziert werden müssen. Entsprechende Kompensationssysteme fördern daher unausweichlich eine „Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern“, weil die regulären Plätze nur noch an Schüler vergeben werden können, deren Eltern in der Lage sind, die erhöhten Beiträge zu bezahlen.“

9 Darunter EISINGER/WARNDORF/FALTERBAUM/FELDT, Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vor dem Hintergrund des Sonderungsverbot nach Art. 7 GG – Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, 2007, S. 139, die z.B. zu dem Ergebnis kommen, dass in Baden-Württemberg 80 % der Alleinerziehenden und 32 % der Paare mit zwei Kindern bei einem jeweiligen Haushaltsnettoeinkommen von bis zu 2.600 € nicht mehr in der Lage sind, ein Schulgeld von 60 € monatlich aufzubringen. In diese Studie sind – zu Recht (a.A. VGH Mannheim, BeckRS 2010, 50833, S. 16) – Empfänger staatlicher Sozialleistungen miteinbezogen.

lich, dass die Bestrebung, einen festen Betrag zu bestimmen, zum Scheitern verurteilt ist.¹ Die Frage, wann eine Schule in freier Trägerschaft „grundsätzlich ohne Rücksicht“ auf die Wirtschaftslage der Schüler² besucht werden kann, ist nicht nur aufgrund der äußeren Variablen, wie der tatsächlichen und regionalen Einkommensdivergenzen³ schwer zu beantworten. Auch die subjektiven Motivationen der Eltern hinsichtlich der Prioritäten tatsächlicher Ausgaben spielen eine Rolle, so dass eine Ergebnisfindung faktisch unmöglich ist. Für eine konsequente Bildungsgerechtigkeit aus der Perspektive der Schüler kann daher kein noch so geringer Betrag garantieren, da auch bei diesem manche Eltern gewillt sein werden, ihn zu leisten und manche – aufgrund anderer Prioritäten – nicht. Dies lässt, wie auch EISINGER/WARN-DORF/FALTERBAUM/FELDT⁴ betonen, den Einbezug alternativer Finanzierungsmodelle notwendig werden. Eine konsequente Gleichberechtigung und Beendigung der Debatte, ab wann ein Schulgeld sondernd wirkt, sowie eine konsequente Wahrung der Schulvielfalt wäre z.B. über ein Bildungsgutscheinsystem für staatliche Schulen und Ersatzschulen möglich. Wären Ersatzschulen zu 100 % an diesem Gutscheinsystem beteiligt, könnten die Schulen jedoch ihr Recht auf freie Schülerwahl nicht aufrechterhalten.⁵

Schulgeldebegrenzung und konkretes Defizit

Jenseits dessen kann bei der jetzigen Situation eine Begrenzung auf einen Höchstbetrag jedenfalls nur bei Schulen erfolgen, die nach den Wartefristen betrieben werden und bei denen auf ausreichendes Zahlenmaterial im Rahmen der Bilanzen zurückgegriffen werden kann, um das tatsächliche Defizit, das durch die Schulgeldebegrenzung entsteht, feststellen und ausgleichen zu können. Das jeweilige Land müsste allerdings das tatsächliche Defizit der einzelnen Schule als Maßstab für die Leistungspflicht anlegen, da die Kompensationspflicht gegenüber dem einzelnen Grundrechtsträger besteht. Die – durch Art. 7 Abs. 4 GG gewollte – Schulvielfalt führt zu unterschiedlichen Kostensituationen, die zu beachten wären,⁶ so dass die praktische Umsetzung einer Festsetzung von Höchstgrenzen fast unmöglich erscheint. Bei neu errichteten Schulen, die sich evtl. im Rahmen der Wartefrist noch zu bewähren haben, würden Schulgeldebegrenzungen lediglich zu unzumutbaren Eigenleistungen der Schulgründer und zur oben bereits dargestellten Sonderung führen.

Das VG Potsdam hat demgemäß jüngst in seiner Entscheidung vom 16.05.2014⁷ durch die isolierte Festlegung einer Obergrenze von 135 €⁸ eine Verletzung der Privatschulfreiheit bejaht und entschieden, dass eine Festschreibung kein geeignetes Mittel zur Einhaltung des Sonderungsverbots sei. Das Gericht führt aus, dass die Rechtsprechung des BVerfG und anderer Obergerichte eine Schulgeldebegrenzung als Genehmigungsbedingung nicht begründen könne.⁹ Außerdem zeigt das VG Potsdam den hier beschriebenen

1 Vgl. auch EISINGER/WARN-DORF/FALTERBAUM/FELDT, a.a.O., S. 140.

2 BVerfGE 75, 40 (64).

3 Vgl. EISINGER/WARN-DORF/FALTERBAUM/FELDT, a.a.O., S. 139; AVENARIUS, in: CREMER/ENNUSCHAT/POSCHER/RUX/WISSMANN, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, S. 9 (53).

4 EISINGER/WARN-DORF/FALTERBAUM/FELDT, Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vor dem Hintergrund des Sonderungsverbot nach Art. 7 GG – Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, 2007, S. 140.

5 Insofern zu Recht AVENARIUS, in: CREMER/ENNUSCHAT/POSCHER/RUX/WISSMANN, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, S. 56. Ein solches System ließe aber auch prozentuale Abstufungen zu, bei der aber zusätzliche Schulgelder wieder eine Rolle spielten.

6 Vgl. VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgelddhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 263 f.

7 Vgl. hierzu die Entscheidung des VG Potsdam vom 16.05.2014 – 12 K 2304/13 – Juris.

8 Durch die Festlegung des Durchschnittsbetrags war eine Staffelung nur im entsprechenden Rahmen möglich, so dass auch dies eine Begrenzung darstellt. Vgl. außerdem zur Problematik von Staffelmödeln die Begründung in dem Urteil vom 14.07.2010, BeckRS 2010, 50833, S. 14 und der damit auch vom VG Potsdam aufgegriffenen zwangsläufigen Problematik der Einschränkung der freien Schülerwahl, VG Potsdam vom 16.05.2014 – 12 K 2304/13, Juris Rdnr. 29.

9 Vgl. hierzu die Entscheidung des VG Potsdam vom 16.05.2014 – 12 K 2304/13 – Juris, Rdnr. 31.

Zusammenhang zwischen Finanzhilfe und Sonderungsverbot auf, indem es für die Entscheidungen, in denen sich die Gerichte zu konkreten Schulgeldebeträgen äußerten, den Prüfungsgegenstand heraushebt: Stets zu prüfen war demnach, „wie hoch die staatliche Förderung (pro Schüler) sein musste, damit das Schulgeld (pro Schüler) für Familien in den verschiedenen wirtschaftlichen Situationen (noch) leistbar sei. Das heißt, diesen Entscheidungen liegt die Überlegung zu Grunde, dass das Schulgeld eine rechnerische Größe ist, deren Feststellung unabdingbar ist, um die für die Gewährleistung der Grundrechtsgarantie notwendige staatliche Förderung ermitteln zu können.“¹

6. Ergebnis

Die Schutzpflicht, die aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleiten ist, begründet eine Neutralisierungspflicht, die – bezogen auf die vorliegende Fragestellung – auf Schulgeldebegrenzungen unmittelbar reagieren müsste. Kompensationslose Schulgeldebegrenzungen verstoßen gegen diese finanzielle Förderungspflicht gegenüber den Ersatzschulen. Zulässig wären Schulgeldebegrenzungen nur mit einem entsprechenden konkreten Finanzhilfeausgleich. Aufgrund der individuellen Kostensituationen der Schulen ist ein solcher Ausgleich indes praktisch fast unmöglich.

Das so gefundene Ergebnis der Abhängigkeit staatlicher Schulgeldebegrenzungen von der staatlichen Leistungspflicht hat freilich die gleiche Wirkung wie die aktuell von VOGEL ausgesprochene Konsequenz, für das Sonderungsverbot sei kein Raum, solange die notwendigen Schulkosten nicht gedeckt sind.²



Rechtsprechung **Das Urteil des Verfassungsgerichts Brandenburg vom 12.12.2014 – VfGBbg 31/12 – Zwei Anmerkungen**

Ein herber Rückschlag für die Ersatzschulfreiheit

INGO KRAMPEN, RECHTSANWALT, NOTAR UND MEDIATOR

Nach den Urteilen des Verfassungsgerichts Sachsen vom 15.11.2013³ und des Verfassungsgerichtshofs Thüringen vom 17.04.2014⁴, mit denen jeweils den Normenkontrollanträgen gegen die Landes-Schulgesetze stattgegeben und damit die Rechte der Schulen in freier Trägerschaft gestärkt worden waren, ist nun das Urteil des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg vom 12.12.2014, mit dem der Normenkontrollantrag von 31 Landtagsabgeordneten, vertreten durch die renommierte Kanzlei Dombert aus Potsdam⁵, zurückgewiesen wurde, ein herber Rückschlag für die Ersatzschulen des Landes⁶. Die Potsdamer Verfassungsrichter ignorieren die Entscheidungen aus Dresden und Weimar weitgehend und orientieren sich nur an der (zuletzt sehr restriktiven) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts. So lesen sich die Leitsätze des Potsdamer Urteils wie Wiederholungen uralter Leitsätze aus Karlsruhe und Leipzig:

Alte Leitsätze

1. Eine Finanzierungsregelung verstößt nur gegen die Verfassung, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wird.

1 Vgl. hierzu die Entscheidung des VG Potsdam vom 16.05.2014 – 12 K 2304/13 – Juris, Rdnr. 32.

2 Vgl. VOGEL, „Sonderungsverbot“ und Schulgelddhöhe an Ersatzschulen, RdJB 2014, 265.

3 http://www.justiz.sachsen.de/esaver/internet/2012_025_II/2012_025_II.pdf.

4 [http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/\\$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement)

5 Das Land Brandenburg wurde vertreten durch den Bochumer Rechtswissenschaftler Prof. Jörg ENNUSCHAT.

6 <http://www.verfassungsgericht.brandenburg.de/sixcms/detail.php?id=bb1.c.384568.de>.

2. Die Landesverfassung gewährt dem einzelnen Schulträger keinen subjektiv-rechtlichen Leistungsanspruch in konkreter Höhe.
3. Staatliche Schulen und Ersatzschulen müssen nicht gleich behandelt werden.
4. Es gibt im Schulrecht keine gesteigerten prozeduralen Anforderungen an den Gesetzgeber.

Zu 1: Hier wirft das Gericht den Antragstellern vor, sie hätten sich hinsichtlich der Gefährdung auf Angaben zu einzelnen Schulträgern beschränkt und nicht die Zahlen für alle Ersatzschulträger vorgelegt. Da der Gesamtbeitrag der Zuschüsse des Landes für Ersatzschulen gestiegen sei, könne eine Gefährdung nicht festgestellt werden. Andererseits moniert das Gericht, dass nicht dargelegt worden sei, und zwar jetzt merkwürdigerweise bezogen auf die einzelnen Schulträger, dass eine Kompensation der Kürzungen durch Sparmaßnahmen oder andere Einnahmen nicht möglich sei. Außerdem seien die Schulgelder nicht offengelegt worden – auch wieder bezogen auf den einzelnen Träger. Es gebe zwar Reduzierungen der Zuschüsse bei einzelnen Trägern; das gefährde aber den Bestand nicht. Das ist wirklich nicht konsequent und logisch nach den Regeln der juristischen Argumentationskunst gedacht: Es kommt zwar nicht auf den einzelnen Schulträger an, wenn die Frage der Gefährdung geprüft wird, aber wenn eine Gefährdung erfolgreich hätte dargelegt werden sollen, hätte es der Offenlegung der Finanzen des einzelnen Schulträgers bedurft. Wie kann ein Verfassungsgericht sich denn so in Widersprüchen verheddern?

Widersprüche

Ferner argumentiert das Gericht evident staatstreu: Die Schülerzahlen an staatlichen Schulen gehen zurück, an freien Schulen steigen sie an; also kann es den Ersatzschulen gar nicht schlecht gehen. Deswegen ist es nicht zu beanstanden, wenn das Land hier mit einseitigen Kürzungen zu Lasten der freien Träger gegensteuert. Warum denn? Wer sagt, dass die freien Träger den öffentlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag nicht genauso gut erfüllen können wie staatliche Schulen. Warum muss denn da gegengesteuert werden?

Zu 2: Die Aussage, dass die einzelne Ersatzschule keinen Rechtsanspruch auf Bezuschussung in bestimmter Höhe hat, ist ja ein „alter Hut“ seit dem Finanzhilfeturteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1992. Insofern überrascht es nicht, dass Potsdam sich ohne Wenn und Aber darauf beruft, anders als Dresden und Weimar, die diesen schon seit seiner Erfindung paradoxen Grundsatz zumindest relativieren. Aber: In § 124 Abs. 1 der Verfassung Brandenburg steht ausdrücklich:

Die Träger von Ersatzschulen haben Anspruch auf einen öffentlichen Finanzierungszuschuss.

Subjektive Rechtsposition ohne Anspruch?

Über diesen klaren Wortlaut geht das Urteil „elegant“ hinweg mit folgendem markigen Satz: *Der Wortlaut... gebietet eine solche Auslegung (subjektiv-rechtlicher Anspruch des einzelnen Trägers) ebenfalls nicht, sondern lässt sich ohne weiteres (!) mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vereinbaren.* Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die „subjektive Rechtsposition“ des einzelnen Trägers nur auf den Schutzanspruch betreffend die Institutionsgarantie bezogen sei. Ja, was soll das denn für eine „subjektive Rechtsposition“ sein, die dem Subjekt gar keine Rechte gibt?

Insgesamt also ein Urteil, das mit der Qualität und der sehr sorgfältigen differenzierten Behandlung des schwierigen Themas der Ersatzschulbezuschussung in den Urteilen von Dresden und Weimar leider nicht konkurrieren kann.



Die Unmöglichkeit, in einem Finanzhilfeprozess die evidente Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen nachzuweisen.

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, HAMBURG

Nach den Urteilen des sächsischen und des thüringischen Verfassungsgerichtshofs (v. 14.11.2013 – R&B 1/14, S. 3 ff. bzw. 20.05.2014 – R&B 4/14, S. 3 ff.) hat nun auch das brandenburger Verfassungsgericht in einer Klage (Normenkontrolle der Fraktionen der Grünen und der CDU sowie 10 Privatschulträger) gegen eine Gesetzesnovelle, die für die Schulen in freier Trägerschaft sehr ungünstig ist, entschieden. Anders als die Vorgänger wies das Gericht die Klage in vollem Umfang ab, obwohl der Sachverhalt sehr ähnlich ist. Auch in Brandenburg hatte der Gesetzgeber in einer emotional etwas aufgeladenen Atmosphäre neue Regelungen der Finanzhilfe beschlossen, die – so die Äußerungen des für Schulen zuständigen Ministers (s. R&B 3/11, S. 3 ff.) – das Ziel hatten, die weitere Ausbreitung freier Schulen einzudämmen; in einzelnen Landesteilen war es zu der Situation gekommen, dass freie Schulen an die Stelle geschlossener staatlicher Schulen traten und damit die Versorgung der Schüler mit staatlichen Angeboten problematisch machten. (Wie in den beiden anderen Fällen wurde die Änderung innerhalb eines Haushaltsgesetzes „huckepack“ beschlossen – ein Verfahren, dass die Schulen in freier Trägerschaft benachteiligt, weil ihr zuständiger Gesprächspartner, der Kultusminister, durch den unzuständigen Finanzminister ersetzt wird.) Hatte der sächsische Verfassungsgerichtshof der Klage stattgegeben mit der Begründung, die prozeduralen Voraussetzungen – die dem Gesetzgeber obliegende Feststellung, ob die Finanzhilfe nach Änderung noch ausreiche – seien nicht gegeben gewesen, und hatte der thüringische Verfassungsgerichtshof zwar die Frage der prozeduralen Anforderungen umgangen, aber die Neuregelung als gesetzes-technisch lückenhaft angesehen, so lehnte das brandenburger Gericht die prozeduralen Anforderungen in Finanzhilfefragen der Ersatzschulen grundsätzlich ab und stellte fest, dass die „evidente Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“ durch die Neuregelung nicht substantiiert nachgewiesen sei. Klappe zu, Affe tot.

Da diese Linie der umstrittenen Begründung der bisherigen Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht entspricht, wäre das Urteil nur am Rande erwähnenswert. Immerhin enthielt die Klage aber so viel Dichte, dass das Gericht hinsichtlich des Nachweises der evidenten Gefährdung einige Ausführungen gemacht hat, die die ganze Unmöglichkeit eines solchen Nachweises beschreiben. Und dieser Nachweis, gelänge er denn, würde keineswegs einen subjektiven Anspruch auf eine bestimmte Finanzhilfe ergeben, sondern günstigen Falls „nur“ die Feststellung, dass die Finanzhilfe verfassungswidrig zu niedrig ist (C II 3) – was dem Gesetzgeber erlaubt, innerhalb seines ihm zugesprochenen weiten Gestaltungsspielraums eine Neuregelung zu beschließen.

Zunächst zur „Institution des Ersatzschulwesens“ als solcher. Eigentlich ist sie ja schon eine Teilinstitution, denn gewährleistet sind in Art. 7 (4) GG alle freien Schulen, also auch die Ergänzungsschulen (Institution des Privatschulwesens). Das Verfassungsgericht meint: „Für die verfassungsrechtliche Bewertung kommt es nicht auf einzelne Schulen oder einzelne Träger an, sondern auf das Ersatzschulwesen als Ganzes“ (C I 3 b bb und cc). Im vorliegenden Verfahren reichten zehn Träger unterschiedlicher Schulformen mit ihren Nachweisen nicht. Auch die Betroffenheit nur einzelner Schulformen wie Grundschulen oder bestimmte Berufsfachschulen ist nicht zielführend, wenn es nicht gelingt, „Sondereffekte“ zu eliminieren, die so nur bei diesen

Fülle der Nachweise

Schulformen eintreten. Immerhin kann „eine erhebliche Schlechterstellung bestimmter Träger gegen den Gleichheitssatz verstoßen“ (C III 2). Eine Finanzhilferegelung, die insgesamt gleich hohe oder umfangreichere Mittel als vorher zur Verfügung stellt (C I 3 b aa) oder nur einzelne Schulformen betrifft oder zwar bei einzelnen Schulformen zu niedrigerer, bei anderen zu höherer Bezuschussung führt (C I 3 b aa), betrifft nicht die Institution als Ganzes.

Die evidente Gefährdung ist in einer „Gesamtschau“ zu ermitteln (C I 3). Sie umfasst die beanstandete Zuschussregelung sowie die innere (wirtschaftliche) und die äußere Situation der Schulen. Es geht darum, die Annahme des Gesetzgebers zu widerlegen, „die Förderung reiche zusammen mit den Schulgeldeinnahmen und den weiteren zumutbaren Eigenleistungen aus, um die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu erfüllen“ (C I 3 b). Dabei geht das Gericht davon aus, dass die Ersatzschulen über die Schulgeldeinnahmen hinaus eine Eigenleistung, ein „eigenes finanzielles Engagement“ aufbringen müssen (C I 3 b ee). Hinsichtlich der aufzubringenden Schulgelder legt das Gericht den „vom zuständigen Ministerium als noch verfassungsgemäß angesehenen <sic !> monatlichen Durchschnittsbetrag“ von stattlichen 135 € an. Wer dennoch den Nachweis führen will, dass ein „Träger sich wirtschaftlich gezwungen fühlt, ein gegen das Sonderungsverbot verstoßendes Schulgeld zu erheben“ (C I 3 b ee), muss Höhe und Struktur des Schulgeldes, dazu die im Schulgeld enthaltenen Zusatzleistungen (z.B. Schülertransport, Klassenfahrten u.Ä.) der Schulen darlegen, um einen „flächendeckenden Verstoß gegen das Sonderungsverbot“ zu beweisen. Wird die Finanzhilfe gekürzt, ist substantiiert darzulegen, „dass eine Kompensation durch gesteigerte Einnahmen oder Senkung von Kosten unmöglich ist“ (C I 3 b bb). – Der Nachweis wird erschwert dadurch, dass ein hoch angenommenes Schulgeld und das bei den Schulen ohne dritte Geldgeber ebenfalls bei den Eltern landende „Engagement“ die Grenzen des Sonderungsverbots verschwimmen lassen.

Gegen eine Gefährdung der Institution spricht, wenn die Zahl der Schulen und/oder der Schüler an freien Schulen steigt, auch wenn dies nur bestimmte Schulformen betrifft und die Existenz anderer Schulen oder Schulformen gefährdet ist. Erst wenn „eine größere Zahl <wieviele und in allen Schulformen ?> von freien Schulen in Existenznot gerät und dadurch der Bestand des Ersatzschulwesens in Brandenburg gefährdet erscheint, ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen zu korrigierenden Maßnahmen verpflichtet“ (C I 3 c).

Nimmt man alle diese Bedingungen und Forderungen zusammen, handelt es sich darum, eine Fülle von Tatsachen nachzuweisen, die einzelne Träger unmöglich nachweisen können (eine Institution Ersatzschule gibt es zwar in der Vorstellung der Gerichte, nicht aber real als Organisation). Einerseits sind es die unklaren Konturen der „Institution Ersatzschulwesen“ und der „Evidenz“ ihrer Gefährdung, des Sonderungsverbots, des Verhältnisses von „Sondereffekten“ zur Gleichbehandlung der Schulen sowie der Weite des Spielraums des Gesetzgebers, andererseits ist es die generelle Schwierigkeit, eine Unmöglichkeit zu beweisen. Konkret werden Schulträger akzeptierter Schulen alles Menschenmögliche daran setzen zu existieren, und sei es unter weiter Interpretation von Gehalts- und Schulgeldhöhen. Da auch der Schulverwaltung nicht daran gelegen ist, einen mit Öffentlichkeitsteilnahme verbundenen Genehmigungsentzug gegenüber einer akzeptierten Schule durchzusetzen, wird sich die Zahl schließender Schulen sehr in Grenzen halten und für den Nachweis einer Gefährdung noch dazu aller Schulen innerhalb

Welchen Rechtsschutz haben freie Schulen?

der Institution nicht ausreichen. Das mag Politik und Verwaltung beruhigen; Gerichte müsste die Auszehrung des Art. 7 (4) GG, speziell des Sonderungsverbots, schon beunruhigen. Im übrigen: Ändert ein Gesetzgeber in einem Verfahren die Finanzhilfe nicht für alle Ersatzschulen linear, sondern nur für einige Schulformen, ist er nach diesem Rechtsspruch nicht mehr angreifbar!

Das Urteil zeigt es überdeutlich: Statt einer Verstärkung des Freiheitsrechts durch den Schutz der Institution Ersatzschule¹ wird die isolierte Institution zu einer massiven Einschränkung. Gibt es – jedenfalls im finanziellen Bereich – noch einen effektiven Rechtsschutz für Schulen in freier Trägerschaft gegenüber einem mit weitem Spielraum handelnden Gesetzgeber? Das brandenburger Verfassungsgericht bejaht dies unumwunden (C II 3) und stellt sich damit gegen die Auffassung des sächsischen Verfassungsgerichtshofs. Dort heißt es (Urteil v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12, C I 3 a dd): „Aus dem Umstand, dass dem Gesetzgeber bei der Entwicklung seines Fördermodells ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, folgt nicht, dass der Verfassungsgerichtshof seine Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Wahrung der Anforderungen aus Art. 102 (3) SächsVerf <= Art. 7 (4) GG> derart zurückzunehmen hat, dass lediglich festzustellen ist, ob der Gesetzgeber die Förderpflicht gänzlich oder in dem Sinne grob vernachlässigt hat, dass das Ersatzschulwesen als Institution evident gefährdet erscheint. *Jedenfalls eine verfassungsgerichtliche Prüfung, die allein in den Blick nähme, ob ein weitgehender Niedergang des Ersatzschulwesens als Institution mangels staatlicher Förderung offensichtlich ist oder offensichtlich bevorsteht, würde den Erfordernissen eines wirksamen Schutzes des Grundrechts aus Art. 102 (3) SächsVerf nicht gerecht. Die Sicherung der Wirksamkeit der in der Privatschulfreiheit enthaltenen Förderpflicht erfordert daher auch einen prozeduralen Grundrechtsschutz*“. Mit diesem wird zum einen die „Schwierigkeit der exakten Quantifizierung eines verfassungsrechtlichen Mindestniveaus anhand materieller Kriterien kompensiert“, zum anderen „dient er dem Nachweis, dass der Staat auskömmlich finanziert“. Es handelt sich „um ein allgemeines Prinzip des Grundrechtsschutzes, das in einer Vielzahl von Bereichen zum Tragen kommt“. Der auf den „*existentiellen Bedarf der Institution*“ (was ist das?) beschränkte Grundrechtsschutz enthält „*eine definitorische Unschärfe, aufgrund derer sich eine Kompensation durch prozedurale Anforderungen nachgerade aufdrängt*“ (Hervorhebungen vom Autor). Dieses allgemeine Prinzip des Grundrechtsschutzes soll für freie Schulträger nicht gelten? Die bisher dazu ergangenen negativen Rechtssprüche, die sich zudem immer nur auf einen Teil der Rechtsprechung, das Hartz IV-Urteil, beziehen, bleiben wenig überzeugend.

Die brandenburger Schulen werden noch einige Zeit – bis zum nächsten Urteil – mit unzureichendem Rechtsschutz leben müssen.



Vorankündigungen **Bochumer Gespräche zu Bildungsrecht und Bildungsforschung – Inklusion**

Veranstalter Lehrstuhl für öffentliches Recht und Europarecht Prof. Dr. WOLFRAM CREMER

**Veranstaltungsort/
Termin** Erich Kästner-Schule, Marktstraße 189, Bochum
am 16.04.2015 von 19.00–21.00 Uhr

Die Teilnahme ist kostenlos und eine Anmeldung ist nicht erforderlich.

¹ Siehe zuletzt WEGRICHT, Das Sonderungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG und die staatliche Festlegung von Höchstgrenzen für Schulgeld – eine grundrechtsdogmatische Betrachtung, in diesem Heft S. 9.

- Programm** Zwei Vorträge
Inklusion und Elternwahlrecht
 ULRICH PFAFF (Ministerium für Schule und Weiterbildung NRW)
Inklusiv denken – an Standards orientieren
 TORSTEN BUCHNER (Schulamt Paderborn, ehemaliger Leiter der
 Südschule in Lemgo, Mitglied des Schulverbands „Blick über den Zaun“):



– Informelles Vorabendtreffen mit Teilnehmern

2. Bochumer Symposium zu Bildungsrecht und Bildungsforschung am 19.06.2015 – Schulaufsicht –

Vormittagsprogramm:

9.30–12.45 Uhr – Moderation: Prof. Dr. Wolfram CREMER

- Begrüßung** 9.30 Uhr Begrüßung durch Prof. Dr. Wolfram CREMER (RUB und IfBB)
- Programmablauf** 9.45 Uhr **Impulsreferat** von Frau BEER (MdL/Bildungspolit. Sprecherin Bündnis 90/Die Grünen)
- 10.15 Uhr **Grenzen der Schulaufsicht über freie Schulen nach Art. 7 Abs. 1, 4, 5 (und Art. 6 Abs. 2) GG – eine Grundlegung** (Prof. Dr. Frauke BROSIUS-GERSDORF, Universität Hannover)
- 10.45 Uhr Diskussion
- 11.15 Uhr Kaffeepause
- 11.35 Uhr **Schulaufsicht an Schulen in freier Trägerschaft mit der Schulaufsicht – Ausgewählte Probleme** (Martin MALCHEREK)
- 12.05 Uhr **Autonomie staatlicher Schulen versus Schulaufsicht und Schulinspektion** (wiss. Mit. Stefanie GROBE, Doktorandin in diesem Bereich, LS Prof. Cremer)
- 12.35 Uhr Diskussion
- 13.00 Uhr Mittagsimbiss

Nachmittagsprogramm:

13.50–17.00 Uhr – Moderation: Prof. Dr. Jörg ENNUSCHAT (*angefragt*)

- Programmablauf** 13.50 Uhr **Sonderungsverbot und Schulaufsicht** (Prof. Dr. CREMER)
- 14.20 Uhr **Die Idee einer staatsunabhängigen Aufsichts-Organisation – Gewährleistungsverantwortung im Bildungsbereich?** (Eva LINGEN, GFin d. VDP NRW)
- 14.50 Uhr Diskussion
- 15.15 Uhr Kaffeepause
- 15.30 Uhr **Offene Podiumsdiskussion** – Moderation Ingo KRAMPEN: Was muss Schulaufsicht leisten? Ist eine staatsunabhängige Aufsichts-Organisation gewollt?
- Teilnehmer:
 Dr. Jörg BOYSEN, Vorsitzender des Montessori Dachverbands e.V.
 Prof. Dr. Jost SCHIEREN, Alanus Hochschule und IfBB
 Vertreter d. Paritätischen Wohlfahrtsverbands (*angefragt*)



**BFAS Fachtag: „Bitte gründlich mischen! Freie Schulen auf der Suche nach gesellschaftlicher Diversität.“
am 24.04.2015 in Berlin**

Wir gehen selbstbewusst davon aus, dass Alternativschulpädagogik gut für alle Kinder ist. Gleichzeitig wissen wir, dass wir manche Milieus nur sehr bedingt erreichen.

Auf der Suche nach guten Ideen, dies zu ändern, sollen sich Praktiker aus den Schulen, Fachleute aus der Wissenschaft und Akteure aus dem politischen Raum austauschen und dabei jenseits der Vorwürfe „Ihr seid nur Schulen für eine bestimmte Elite.“ und „Wenn Ihr uns nur genug Zuschüsse gebt, ist die Frage der Selektivität erledigt.“ ins Gespräch kommen.

Alle weiteren Informationen können Sie dem Flyer im Anhang und immer aktuell der Webseite www.freie-alternativschulen.de/fachtag2015 entnehmen.

Wir freuen uns auf Ihre zahlreiche Teilnahme und hoffen auf engagierte Diskussionen. Sehr gern können Sie die Einladung auch in Ihren Netzwerken verbreiten.

Tilman KERN – Geschäftsführer – BFAS e.V., Berlin



**Improving social equity through education:
Raising outcomes for low achieving students**

Veranstalter European Forum for Freedom in Education (effe), Dortmund,
in Zusammenarbeit mit Education Scotland und der Universität Edinburgh

**Veranstaltungsort/
Termin** Edinburgh, John McIntyre Conference Centre, University of Edinburgh
am 04. und 05. Mai 2015

Programm Montag, 04.05.2015

18.30 Uhr Evening Reception, Members room at the scottish parliament

Dienstag, 05.05.2015

09.15 Uhr Arrival and coffee

09.30 Uhr Welcome and introduction – FIONA CARNIE, Vice President,
European Forum in Education

09.45 Uhr Welcome – Dr. MARY HOEY, Assistant Director, Education
Scotland

09.50 Uhr Welcome – Prof. CRISTINA IANELLI, University of Edinburgh

09.55 Uhr **Improving equity and quality in education**
– Dr. ANDREAS SCHLEICHER, Director of Education and Skills,
OECD

10.35 Uhr Roundtable discussion and questions

11.15 Uhr Coffee

11.35 Uhr **The Scottish Context**
– Dr. BILL MAXWELL, Chief Executive, Education Scotland

11.50 Uhr **Lessons from Finland and elsewhere**
– Prof. PASI SAHLBERG, Visiting Professor of Practice, Harvard

12.30 Uhr Roundtable discussion and questions

13.15 Uhr Lunch

14.00 Uhr **Short blasts from around europe** – examples of inspiring practice

15.00 Uhr Discussion groups:

- Creating a supportive and inclusive school climate/ environment for learning
- Assessing students and evaluating schools in different ways
- Supporting the ongoing professional development of teachers
- Engaging parents and communities
- Democratising school leadership and organisation
- Concurrent session to present relevant research being carried out at the University of Edinburgh
– Prof. CRISTINA IANELLI, University of Edinburgh

16.00 Uhr **Encouraging and supporting transformative change**
– AILEEN MONAGHAN, Education Scotland

16.20 Uhr Closing comments

16.30 Uhr Refreshments

Näheres siehe unter www.effe-eu.org.



IMPRESSUM

Herausgeber:
Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V.
Osterstraße 1 • D-30159 Hannover
Tel.: 0511 – 260 918 -21 • Fax: 0511 – 260 918 -20
e-mail: info@Institut-lfBB.de
www.Institut-lfBB

Redaktionsleitung:
Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter VOGEL
e-mail: Redaktion@Institut-lfBB.de

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

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreis: 20,- € jährlich einschl. Versandkosten

Einzelpreis: 8,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten

Neu- bzw. Nachbestellung von Heften:
e-mail: Abo@Institut-lfBB.de

Druck:
agenturdirekt druck + medien gmbh
Wiesenaer Straße 18 • D-30179 Hannover
www.agenturdirekt.de

R & B ist auch im Internet abrufbar unter: www.Recht-Bildung.de