

|                       |   |    |
|-----------------------|---|----|
| <b>Grußwort</b>       | <b>Zum 80. Geburtstag von Professor Hermann Avenarius</b> .....   | 2  |
| <b>Beiträge</b>       | <b>„Informationsportal Neutrale Schule“ – rechtliche Gesichtspunkte</b><br>Rechtsanwalt Martin Malcherek, Mainz.....  | 3  |
| <b>Rechtsprechung</b> | <b>Abzugsfähigkeit von Schulgeld an Schulen in freier Trägerschaft</b><br>Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 20.06.2017 – X R 26/15<br>Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Hamburg.....   | 7  |
| <b>Dokumentation</b>  | <b>„Verfassungsrechtliches Sonderungsverbot und Privatschulfinanzierung“</b><br>– Tagungsbericht zum 5. Deutschen Schulrechtstag am 5. Juli 2018 –<br>Ass. jur. Antonia Tobisch, Wissenschaftliche Mitarbeiterin,<br>Ruhr-Universität Bochum..... | 8  |
| <b>Büchertisch</b>    | <b>Hinweis auf neue erschienene Schulrechtswerke</b> .....  | 12 |

## Grußwort Zum 80. Geburtstag von Professor Hermann Avenarius

Lieber Hermann Avenarius,

zu Ihrem 80. Geburtstag gratulieren Ihnen Wolfram Cremer, Ingo Krampe und ich für die Mitglieder der Organe des Instituts für Bildungsrecht und Bildungsforschung und auch die Redaktion der *Recht & Bildung* und wünschen Ihnen für das neue Lebensjahr und das neue Lebensjahrzehnt alles Gute: Bleiben Sie weiter kreativ, gesund und zufrieden.

Zu unseren Wünschen kommt unser Dank. An Ihrem Geburtstag legen Sie die 9. Auflage Ihres Buches „Schulrecht“ vor. Mag der Titel neu sein – in vielen Jahrzehnten hat sich die „Schulrechtskunde“ in den Handbibliotheken von Menschen niedergelassen, die irgendwie mit Schule zu tun haben: in Schulkollegien aller Schularten, in den Schulverwaltungen vom Schulamt bis zum Kultusministerium, bei den Schulpolitikern in Parteien und Parlamenten, aber auch in Gerichten und Hochschulen. Alle finden darin Auskunft für die Rechtsfragen des Schulwesens in der ganzen Breite vom Verfassungsrecht über die Schulgesetze, die äußere und innere Organisation der Schule, das Dienstrecht der Lehrer, die Finanzierung, die Beteiligung von Eltern und Schülern bis hin zu Datenschutz und Gesundheitspflege. Sie haben dieses Buch immer wieder von Auflage zu Auflage aktualisiert und ergänzt – eine beträchtliche Arbeit angesichts des ständigen Wandels der Schulverhältnisse durch Politik, Rechtsprechung und Wissenschaft.

Zugleich ist gerade die „Schulrechtskunde“ Zeugnis einer kohärenten, inzwischen 100jährigen Rechtstradition, beginnend mit den Anfängen in der Weimarer Zeit (WALTER LANDÉ), der Brücke über die NS-Zeit (HANS HECKEL, der im Titel der „Schulrechtskunde“ noch lange nach seinem Tode mitgeführt wurde) bis zur Neubasierung auf dem Grundgesetz, die Sie, Herr AVENARIUS, geleistet haben. Das „Schulrecht“ ist praxisnah und zugleich wissenschaftlich fundiert. Das gibt dem Werk seine Nachhaltigkeit und Standfestigkeit. (Daneben sei auch Ihrer weiteren Bücher und unzähligen Schriften gedacht, die als Parerga das „Schulrecht“ begleiten.)

Danke für diese Lebensleistung!

Jetzt ist Ihr Werk mit neuem Titel und Ihnen allein als Autor erschienen: gleichsam Abschluss und Basis für spätere Weiterentwicklung. Sie müssen keine 10. Auflage mehr erzwingen; auch BEETHOVENS, BRUCKNERS und GUSTAV MAHLERS symphonisches Werk erfüllte sich mit der Neunten. Bleiben Sie im Gespräch mit uns; Ihre Ordnung der Unkraut artig wuchernden Schulverhältnisse möge lange vorhalten!



## Beiträge „Informationsportal Neutrale Schule“ – rechtliche Gesichtspunkte

RECHTSANWALT MARTIN MALCHEREK, MAINZ

Die Partei „Alternative für Deutschland“ (AfD) sieht sich als Opfer un-differenzierter Berichterstattung und einseitiger Parteinahme. So weit, so wenig neu. Im Oktober 2018 hat aber darüber hinaus die AfD-Fraktion in der Hamburgischen Bürgerschaft eine Online-Plattform eingerichtet, über die entsprechendes (vermeintliches) Fehlverhalten von Lehrerinnen und Lehrern gemeldet werden kann. Seither sind weitere AfD-Fraktionen der Landesparlamente gefolgt und haben ähnliche Instrumentarien bereitgestellt.<sup>1</sup>

Aufhänger des Hamburger Originals ist ein sogenanntes „*Informationsportal Neutrale Schule*“ im Rahmen der von der Fraktion ins Leben gerufenen „*Aktion Neutrale Schule*“ über das „*Tipps zum Vorgehen bei Verstößen gegen das Neutralitätsgebot*“ abgerufen werden können. Dort heißt es:

*„Mutmaßliche Verstöße gegen das Neutralitätsgebot können uns vertraulich über das folgende Kontaktformular oder über eine Nachricht an die unten angegebene E-Mail-Adresse berichtet werden. Die Persönlichkeitsrechte aller Beteiligten haben dabei höchste Priorität. Es werden keine Namen oder andere schutzbedürftige Angaben veröffentlicht. Sollte ein begründeter Anfangsverdacht auf einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot oder eine andere diesbezügliche Rechtsvorschrift vorliegen, bieten wir an, den Vorgang unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte an die Schulbehörde zur Überprüfung weiterzuleiten.“* (Hervorhebungen im Original).

### Gefahr der Förderung von Denunziation und Einschüchterung der Lehrkräfte

Bereits die ersten Spontanreaktionen in den Medien haben gezeigt, dass es breiten, grundsätzlichen Widerspruch gegenüber diesem Vorgehen der AfD gibt. Es wurde vielfach angemerkt, dass nunmehr Denunziation und Einschüchterung der Lehrkräfte zu befürchten seien und so eine kritische Auseinandersetzung mit der AfD und den von ihr vertretenen Politikansätzen eingeschränkt werden solle.

Dem kann zwar zum einen entgegengehalten werden, dass die AfD hier gegebenenfalls ein Eigentor geschossen habe, weil sie mit der Offenbarung des bei ihr herrschenden intellektuellen Niveaus die Steilvorlage zu satirischen Bezugnahmen geliefert hat – unter anderem soll in Hamburg eine Schwemme nicht ernstgemeinter Beschwerden eingegangen sein, die gegebenenfalls Zeit und Kraft der AfD bindet. Andererseits ist aber zu konstatieren, dass sich die Meldeplattform in die im Übrigen von der AfD (bewusst oder unbewusst) verfolgte Strategie der Grenzüberschreitungen und -verwischungen zwischen Demokratie und Diktatur einfügt. Die Erinnerung an die staatlich gesteuerten Gleichschaltungsbestrebungen in der NS-Zeit ist wohl nur auf den ersten Blick unwillkürlich. Es dürfte darüber hinaus auch nicht spurlos an Lehrerinnen und Lehrern vorbeigehen, unter dem Damoklesschwert permanenter anonymer Denunziation unterrichten zu müssen. Es ist zu befürchten, dass die Schere der Zensur in den Köpfen der Lehrkräfte zu arbeiten beginnt.

Entsprechend beschreiben es Lehrerinnen und Lehrer als Herausforderung, sich nunmehr intensiver mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der inhaltlichen Gestaltung ihres Unterrichts auseinanderzusetzen.<sup>2</sup> Dazu fallen zunächst drei Gesichtspunkte ins Auge

<sup>1</sup> Ähnliche „Aktionen“ werden auch in weiteren Bundesländern in ähnlicher Form geführt.

<sup>2</sup> <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-11/neutralitaetsgebot-schulen-afd-lehrerinnen-lehrer-meldeportal-verunsichert-gelassen>.

## 1. Schutz der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Lehrerinnen und Lehrer

Die Meldung von (vermeintlichen) dienstrechtlichen Verstößen ist nur dann sinnvoll, wenn die betroffene Lehrkraft, die entsprechende Schule sowie die Art des Verstoßes genau bezeichnet werden. Das von der AfD im Zweifelsfall angestrebte Vorgehen der Aufsichtsbehörde ist nämlich nur möglich, wenn dieser bekannt ist, gegen wen sie vorgehen soll.

Dies bedeutet, dass bei der AfD personenbezogene Daten im Sinn von Art. 2 Abs. 1 DSGVO gesammelt, gespeichert und weitergegeben – also im Sinn der DSGVO verarbeitet – werden. Die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten ist durch Art. 6 Abs. 1 DSGVO stark eingeschränkt. Da eine Einwilligung hier regelmäßig ausscheiden dürfte, kommt nur in Betracht, dass die AfD geltend macht, im öffentlichen Interesse zu handeln (Art. 6 Abs. 1 e) DSGVO) oder berechnigte Interessen Dritter wahrzunehmen (Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO). Beide Varianten setzen aber voraus, dass die Datenverarbeitung erforderlich ist.<sup>1</sup>

Die Erforderlichkeit dürfte vorliegend bereits deshalb regelmäßig nicht gegeben sein, weil es eine Schulaufsichtsbehörde gibt, die zum einen das öffentliche Interesse wahrnimmt, zum anderen die Interessen der beteiligten Dritten (hier der Schüler) schützt. Sieht sich also ein Schüler durch einseitige Gestaltung des Unterrichtes unzulässig beeinträchtigt, kann er (oder die Sorgeberechtigten) sich an die Schulaufsichtsbehörden wenden. Verweigern diese ein Einschreiten, ist jedenfalls gemäß Art. 19 Abs. 4 GG der (Verwaltungs-)Rechtsweg eröffnet.<sup>2</sup>

Betroffene Lehrerinnen und Lehrer haben gemäß Art 15 Abs. 1 Satz 1 DSGVO das Recht, Auskunft zu verlangen, ob über sie Daten erhoben werden. Da hier grundsätzlich alle Lehrerinnen und Lehrer in Betracht kommen, könnte auch jedem und jeder Einzelnen ein entsprechendes Auskunftsrecht zustehen. Da die AfD – zumindest auf der Hamburger Plattform – nicht nach vermeintlichen Verstößen an staatlichen und Schulen in freier Trägerschaft differenziert (dazu unten 3.), könnten auch die Lehrkräfte privater Träger zur Auskunft und darüber hinaus gegebenenfalls zu Schadenersatz berechtigt sein.

Verarbeitung  
personenbezogener  
Daten

## 2. Neben-Schulaufsicht

Es gehört zu den rechtsstaatlichen Grundvoraussetzungen, dass das Verwaltungshandeln Recht und Gesetz zu folgen hat und dies gerichtlich kontrolliert werden kann. Den Parlamenten kommt dabei eine Überwachungsfunktion zu, an der auch die Fraktionen mitwirken. Insofern ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn sich eine Fraktion über entsprechende Missstände informieren möchte – auch nicht, wenn es sich um eine Fraktion der AfD handelt.

Allerdings ist es ein Unterschied, ob sie sich dabei auf tatsächlich vorhandene und in relevanter Art und Weise (zum Beispiel in den Medien, aufgrund von belastbaren Erhebungen etc.) festgestellte Missstände bezieht, oder ob sie überhaupt keine überprüfbaren Fakten benennt, an die sie anknüpft.

1 Teilweise scheint die AfD dem Vorwurf datenschutzrechtlicher Verstöße damit zu begegnen, dass die Daten nach Bearbeitung gelöscht würden. Dies schafft den Verstoß aber nicht aus der Welt, da es hierfür nicht auf die Dauer der unberechtigten Speicherung ankommt.

2 Unabhängig von den verwaltungsrechtlichen Feinheiten ist es gesondert zu würdigen, dass die AfD sich hier entweder überhaupt nicht um den Datenschutz kümmert oder sich zum selbsternannten Sachwalter öffentlicher Interessen aufschwingt.

Bereits im Bundestagswahlkampf 2017 mussten sich Medienvertreter mit dem – wohl kontrafaktischen – Vorwurf auseinandersetzen, dass die AfD und ihre Positionen unterrepräsentiert seien.<sup>1</sup> Dieser Vorwurf scheint nun auf die Schulen ausgeweitet zu werden, in denen offensichtlich eine relevante und meinungsbildende Menge unsachlich AfD-kritischer Lehrerinnen und Lehrer vermutet oder eben bloß behauptet wird.<sup>2</sup>

Bemerkenswert ist dabei die durch die Namensgebung transportierte Grundannahme der AfD, dass die rechtsstaatlich notwendige Kontrolle der Schulen erst durch sie verwirklicht wird: „Aktion neutrale Schule“ beinhaltet, dass erst das Handeln der AfD (Aktion) notwendig ist, um verfassungsmäßige Zustände herbeizuführen. Da gleichzeitig eine faktische und belastbare Kritik der bestehenden Rechtspraxis fehlt, lässt sich dies nur als Versuch der Unterminierung bestehender demokratischer und rechtsstaatlicher Einrichtungen verstehen, die im Sinn dieser Partei zu ersetzen sind, indem mit der Meldeplattform eine informelle Neben-Schulaufsicht etabliert wird.

### „Meldeportale“ als zusätzliche Schulaufsicht ?

In der inzwischen aufgekommenen Debatte wird dieser Gesichtspunkt auch auf die inhaltliche Seite des Schulverhältnisses angewendet und daraus abgeleitet, dass Meldeportale mit tragenden Grundsätzen des Schulrechts nicht vereinbar sind:

*„Öffentliche „Meldungen“ an Dritte – ob man sie nun als „Denunziation“ oder „Anprangerung“ bezeichnen mag – sind mit den schulrechtlichen Grundregeln der gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung nicht vereinbar. Sie verhindern oder zerstören das für einen gedeihlichen Unterricht notwendige Mindestmaß an Vertrauen, versperren den Raum des gemeinsamen Lehrens, Lernens und Diskutierens und säen Misstrauen, Angst und Vorsicht. Sie ruinieren den Schul- und Klassenfrieden. Zudem wird die Qualität des Unterrichts leiden.“<sup>3</sup>*

Dennoch erscheint ein rechtliches Vorgehen gegen Meldeportale außerhalb zivilrechtlicher Ansprüche einzelner Betroffener schwierig. Mit der vorstehend aufgeführten Argumentation lässt sich aber begründen, dass die Funktionsfähigkeit der Schulen eingeschränkt wird. Dies wäre mit dem allgemeinen Ordnungsrecht zu sanktionieren.<sup>4</sup>

### 3. Neutralitätsgebot

Zur inhaltlichen Begründung ihrer Intervention bezieht sich die AfD auf die verfassungsrechtlich begründete Neutralitätspflicht des Staates. Diese beinhaltet, dass sich die Staatsorgane weltanschaulich und politisch neutral zu verhalten haben, insbesondere nicht für eine politische Partei Werbung machen dürfen. Für Staatsorgane – und damit beamtete Lehrerinnen und Lehrer – ist dies anerkannt.<sup>5</sup>

1 Statt vieler: <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/afd-drohung-gegen-ard-zdf-wuensche-viel-spess-beimgeld-verbrennen/20062226.html>, faktenorientiert weiterführend dazu z.B.: <https://uebermedien.de/19195/afd-auf-dauersendung>.

2 Dies greift Argumentationen auf, die bereits im Adenauer- und Radikalerlass Niederschlag gefunden haben – mit beiden geriet jeweils die als besonders kommunismusanfällig gemutmaßte Lehrerschaft in den Fokus.

3 LINDNER, JOSEF FRANZ: *Lehrermeldeportale darf der Staat nicht akzeptieren*, *VerfBlog*, 2018/10/12, <https://verfassungsblog.de/lehremeldeportale-darf-der-staat-nicht-akzeptieren/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20181012-131229-0>.

4 In diesem Sinn wohl auch LINDNER, a.a.O.

5 So auch BVerfG, Beschluss vom 07.11.2015 – 1 BvQ 39/15: Die Bundesbildungsministerin WANKA hatte die „rote Karte“ für die AfD gefordert – dies wurde im einstweiligen Rechtsschutzverfahren beanstandet.

**Umfang und Schutz  
der „Neutralität“**

a) Die AfD differenziert hier allerdings nicht zwischen verbeamteten und angestellten Lehrerinnen und Lehrern, insbesondere an Schulen in freier Trägerschaft. Für diese kann die Neutralitätspflicht bereits schon deshalb nicht gelten, weil sie keine Staatsorgane sind.<sup>1</sup> Zudem garantiert das Grundgesetz in Art. 7 Abs. 4 den Bestand von (privat getragenen) Weltanschauungsschulen, was inhaltlich ins Leere liefe, wenn auch dort die Neutralitätsverpflichtung gälte.<sup>2</sup> Auch Lehrerinnen und Lehrer von Schulen in freier Trägerschaft werden von der AfD aber adressiert, zuletzt in einem Schreiben der AfD-Fraktion im Thüringer Landtag an alle Schulleitungen, auch die in freier Trägerschaft.<sup>3</sup> Dies offenbart Unkenntnis über die Reichweite des Neutralitätsgebotes – oder lässt sich als Einschüchterungsversuch bewerten.

b) Weiterhin ist zu konstatieren, dass das Neutralitätsgebot, das seinerseits nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert ist, jedenfalls auf den grundlegenden Wertungen der Verfassung aufbaut. Insofern Positionen – auch wenn sie von Parteien vertreten werden – diesen Wertungen widersprechen, stellt eine entsprechend ablehnende Bewertung durch Lehrkräfte wohl keine Verletzung des Neutralitätsgebotes dar.

c) Zwar wird die Geltung der Grundrechte für (verbeamtete) Lehrerinnen und Lehrer teilweise verneint und damit auch die Möglichkeit, sich auf die Meinungsfreiheit zu berufen. Dennoch soll die Tätigkeit der Lehrkräfte insoweit grundrechtlich geschützt sein, als dass entsprechendes Verhalten (hier die politische Positionierung) nur dann unterbunden werden kann, wenn die Lehrkraft in Grundrechte der Schülerinnen und Schüler eingreift oder den Schulfrieden nachhaltig stört.<sup>4</sup>

Der entsprechende Schutz dürfte wohl jedenfalls dann gewährleistet sein, wenn die Grundsätze des sogenannten Beutelsbacher Konsenses eingehalten werden, d.h. keine Indoktrination („Überwältigung“) stattfindet, in Wissenschaft und Politik kontrovers diskutierte Standpunkte auch kontrovers im Unterricht thematisiert werden und die Urteilsfähigkeit der Schülerinnen und Schüler angeregt wird („Schülerzentrierung“).<sup>5</sup> Der Beutelsbacher Konsens stellt kein bindendes Recht dar, gibt aber eine (teilweise kontrovers diskutierte) inhaltlich-pädagogische Orientierung über das zu Grunde liegende Problem, das durch das Spannungsfeld zwischen Bildungszielen der Schulgesetze und politischer Neutralität der Lehrkräfte aufgetan ist:

Das Hamburgische Schulgesetz (hier exemplarisch) formuliert als Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule in § 2 Abs. 1 unter anderem die Befähigung an einer demokratischen Gesellschaft mitzuwirken. Demgegenüber wird darauf hingewiesen, dass „die Lehrkräfte ihre Erziehungsaufgabe in erster Linie durch ihr eigenes vorbildhaftes Verhalten erfüllen“.<sup>6</sup> Somit würde gelten, dass Demokratie durch demokratische Erfahrung im Verhalten des Lehrers gelernt wird. Demokratie kann aber auf Standpunkte nicht verzichten, sondern beschreibt das Verhältnis unterschiedlicher Standpunkte,

1 Ob dadurch ein (weiteres) Argument für die Begründung eines verfassungsrechtlichen Gebots zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern gegeben ist, steht auf einem anderen Blatt (vgl. CREMER, [https://vbe-nrw.de/downloads/PDF%20Dokumente/DA9\\_Beamtenstatus.pdf](https://vbe-nrw.de/downloads/PDF%20Dokumente/DA9_Beamtenstatus.pdf)).

2 Die Verfassung setzt darüber hinaus in Durchbrechen des Neutralitätsgebots sogar staatliche Bekenntnisschulen voraus (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GG).

3 Anschreiben der AfD-Fraktion vom 26.10.2018 mitunterzeichnet (ausgerechnet) vom Co-Vorsitzenden BJÖRN HÖCKE. Es wirft Fragen auf, dass die Fraktion hier Neutralität erkennbar – wenn auch nicht explizit – zugunsten einer bestimmten Partei einfordert. Dies könnte seinerseits die Neutralitätspflicht der Fraktion verletzen.

4 RUX/NIEHUES, Schulrecht, 5. Aufl., Rdnr. 1106 unter Bezugnahme auf BVerfG 84, 292.

5 Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung unter [www.http://www.bpb.de/die-bpb/51310/beutelsbacher-konsens](http://www.bpb.de/die-bpb/51310/beutelsbacher-konsens).

6 RUX/NIEHUES, a.a.O., Rdnr. 670.

weshalb es den Lehrkräften nicht nur nicht versagt sein darf, eigene Standpunkte zu beziehen, sondern dies ist in Erfüllung ihrer Dienstpflicht sogar zu fordern, um die Erziehungsziele zu erreichen.

d) Darüber hinaus ist (wohl) anerkannt, dass den Lehrkräften in Ausübung ihrer Tätigkeit ein weisungsfreier Raum der „pädagogischen Freiheit“ verbleiben muss, wobei Grenzen und Umfang unklar sind.

e) Die dargestellten Schwierigkeiten in der Handhabung des Neutralitätsgebotes in der Tätigkeit von Lehrkräften weisen darauf hin, dass diese ein besonders sensibel zu handhabendes Problem auch der Schulaufsicht darstellen. Daraus lässt sich die Vermutung ableiten, dass eine unsachgemäße Einflussnahme schwerwiegend in die von Verfassung und Gesetzgebung gewollten Freiheits- und Gestaltungsspielräume eingreift. Dies sollte Anlass sein, das Betreiben der Meldeplattformen der AfD-Fraktionen nachdrücklich auch im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit zu überprüfen.



## Rechtsprechung **Abzugsfähigkeit von Schulgeld an Schulen in freier Trägerschaft**

**Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 20.06.2017 – X R 26/15**

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, HAMBURG

„Der Sonderausgabenabzug für Schulgeld beim Besuch von Privatschulen setzt nicht voraus, dass die zuständige Schulbehörde in einem Grundlagenbescheid bescheinigt, die Privatschule bereite ordnungsgemäß auf einen anerkannten Schul- oder Berufsabschluss vor“; vielmehr sei es die Finanzbehörde, die die Ordnungsmäßigkeit der Vorbereitung auf einen anerkannten Abschluss prüfen müsse. So der BFH unter Hinweis auf § 10 (1) Nr. 9 Satz 3 EStGB.

**Nur Zuständigkeitsvoraussetzung?**

Was zunächst erscheint wie eine Zuständigkeitsauseinandersetzung zwischen Finanz- und Schulbehörden auf dem Rücken der Steuerzahler, ist bei näherem Hinschauen ein Spezialfall im Rahmen des Schulgeldabzugs. Satz 3 des § 10 (1) Nr. 9 behandelt nicht den Besuch von staatlich genehmigten oder anerkannten Ersatz- oder Ergänzungsschulen, sondern den „Besuch einer anderen Einrichtung, die auf einen Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss ordnungsgemäß vorbereitet“. Es geht also um den Besuch einer Einrichtung (Lehrgänge), die keiner schulrechtlichen Genehmigung oder Anerkennung bedarf und deshalb nur unter sehr reduzierter schulrechtlicher Aufsicht steht.

**„Andere Einrichtungen“**

Für den Sonderabzug sind in diesem Fall zwei Voraussetzungen zu erfüllen: die Einrichtung muss auf einen staatlich anerkannten (externen) Abschluss vorbereiten, und sie muss es „ordnungsgemäß“ tun. Dass die Einrichtung auf solche Abschlüsse vorbereitet, war für das Finanzgericht schon daraus ersichtlich, dass die Tochter, um deren Besuchskosten es geht, den mittleren Schulabschluss an einer staatlichen Schule extern bestanden hat.

**Spezielle Voraussetzungen**

Fraglich war aber, ob die Finanz- oder die Schulbehörde darüber zu befinden hat, ob die Vorbereitung „ordnungsgemäß“ verläuft. Dazu stellt der BFH fest, dass „Prüfung und Feststellung der schulrechtlichen Kriterien in Bezug auf die ordnungsgemäße Vorbereitung eines schulischen Abschlusses nicht den Schulbehörden [obliegt], sondern Aufgabe der Finanzbehörden

[ist]“. Eine Bescheinigung der Schulbehörde, dass eine ordnungsgemäße Vorbereitung gegeben sei, sei gesetzlich nicht vorgesehen. Das Finanzamt könne sich aber mit der Schulbehörde in Verbindung setzen und dessen Einschätzung berücksichtigen.

Das gilt übrigens prinzipiell auch für den Besuch von Ersatz- oder Ergänzungsschulen, nur ist hier (§ 10 (1) Nr. 9 Sätze 1 und 2) die Prüfung des zuständigen Finanzamts ersetzt durch die Genehmigung oder Anerkennung der Schule. Die Ordnungsmäßigkeit der Ausbildung ist garantiert durch entsprechende Aufsicht der Schulbehörde. Das Urteil ändert nichts an der bisherigen Praxis.



## Dokumentation „Verfassungsrechtliches Sonderungsverbot und Privatschulfinanzierung“

– Tagungsbericht zum 5. Deutschen Schulrechtstag am 5. Juli 2018 –

ASS. JUR. ANTONIA TOBISCH, WISSENSCHAFTLICHE MITARBEITERIN RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM

### I. Einleitung

Der diesjährige 5. Deutsche Schulrechtstag (DSRT) in Berlin stand unter dem Motto „Verfassungsrechtliches Sonderungsverbot und Privatschulfinanzierung“ - ein Thema, welches Grundsatzfragen hinsichtlich Chancengleichheit gleichermaßen von Schülern und Schulen berührt und daher nicht nur politisch und gesellschaftlich brisant ist, sondern auch in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert wird.

Die Tagung wurde ausgerichtet vom Deutschen Institut für Internationale Pädagogische Forschung (DIPF) unter der Federführung von Prof. Dr. HANS PETER FÜSSEL, dem Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V., An-Institut der Ruhr-Universität Bochum (IfBB) unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. WOLFRAM CREMER, sowie (erstmalig) von der AG Recht in der Deutschen Gesellschaft für Bildungsverwaltung (DGBV). Sie fand statt in den Räumen des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung (WZB), welches von den Veranstaltern als Kooperationspartner gewonnen werden konnte.

### II. Vorträge und Diskussionen

Den Anknüpfungspunkt des Tagungsthemas stellten die in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Gründungs- und Betätigungsfreiheit für Privatschulen und ihre in Art. 7 Abs. 4 Sätze 2–4 GG geregelten Genehmigungsvoraussetzungen dar. Vor allem die Genehmigungsvoraussetzung, dass „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“ (sog. Sonderungsverbot bzw. Sonderungsförderungsverbot<sup>1</sup>) ist Gegenstand der wissenschaftlichen Debatte. Es beschränkt die Möglichkeit der Privatschulen, sich über Schulgeldeinnahmen zu finanzieren.

Nach einführenden Begrüßungen durch die Veranstalter und den Gastgeber und einem Grußwort von Staatssekretär MARK RACKLES, Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie in Berlin präsentierte Prof. Dr. MICHAEL WRASE vom Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung

<sup>1</sup> Der Begriff „Sonderförderungsvorbot“ wird von einigen Rechtswissenschaftlern abgelehnt, da er den Verfassungswortlaut aufgreift. Im Folgenden wird dennoch der geläufigere Begriff „Sonderungsverbot“ verwendet.



unter dem Titel „Das Sonderungsverbot und verfassungsrechtlich zulässig Finanzierungsmodelle“ einen Teil der Ergebnisse seiner rechtswissenschaftlichen und empirischen Forschungsarbeit. WRASE stellte fest, dass besagtes Sonderungsverbot (nahezu) einhellig dahingehend ausgelegt werde, dass jedes Kind Zugang zur Privatschulen haben müsse unabhängig vom Einkommen der Eltern, wobei Einzelstipendien nicht genügen. An diese Auslegung knüpfe die empirische Untersuchung an. Ein wichtiger Indikator sei die soziale Selektivität an Schulen. Diese könne danach bemessen werden, wie viele Kinder, die öffentliche Sozialleistungen beziehen oder sich in einer betreuten Wohnform befinden, diese aufnahmen. Dabei zeige sich empirisch, dass die Wirklichkeit den Anspruch der Verfassung nicht abbilde. Es sei deutlich geworden, dass vor allem in Großstädten die meisten Privatschulen erheblich weniger Schüler aus Familien mit geringerem Einkommen unterrichteten als öffentliche Schulen. WRASE führte dies insbesondere auf eine mangelnde Schulaufsicht und Kontrolle der Ersatzschulen zurück, sowie auf fehlende ökonomische Anreize, Schüler aus Haushalten mit geringerem Einkommen aufzunehmen.

In einem nächsten Schritt stellte er die bisherige Rechtsprechung zur Frage von Förderansprüchen von Privatschulen gegen den Staat dar. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> und im Wesentlichen auch des Bundesverwaltungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte habe einen Förderanspruch daraus abgeleitet, dass das Freiheitsrecht auf Gründung und Betätigung von Privatschulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG in Art. 7 Abs. 4 Satz 2–4 GG besonderen Verpflichtungen unterliegt. Dieser Förderanspruch bestehe nach der Rechtsprechung allerdings erst dann, wenn die institutionelle Gewährleistung der Privatschulfreiheit evident gefährdet sei. Eine weitere Begrenzung ergebe sich daraus, dass Ersatzschulen angemessene Eigenleistungen beisteuern müssten und nicht verlangen könnten, Zuschüsse in einer Höhe zu erhalten, die ihnen eine bessere Ausstattung als den öffentlichen Schulen gestatte. Eine Ersatzschulfinanzierung stehe ferner unter dem Vorbehalt dessen, was in Anbetracht der begrenzten öffentlichen Mittel vernünftigerweise erwartet werden könne. Diese Rechtsprechung werde allerdings in der Rechtswissenschaft durchaus nicht einheitlich gewertet. Die Argumente für einen Finanzierungsanspruch der Privatschulen könnten allerdings gestärkt werden, würde das Sonderungsverbot in der Praxis konsequent eingehalten werden.

Im Anschluss trug RA Prof. Dr. **MICHAEL QUAAS**, M.C.L. aus Stuttgart unter dem Titel „Sonderungsverbot und die Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – zugleich zum Verfahren Waldorfschule Nürtingen gegen Baden-Württemberg“ vor. In dem ersten Teil seines Referates stellte er den Verfahrensgang einer Klage einer von Eltern getragenen Waldorfschule wegen unzureichender Privatschulförderung über mehrere Instanzen dar, welche seine Sozietät auf Seiten der Waldorfschule geführt hatte. In dem wegweisenden Urteil vom 06.07.2015<sup>2</sup> sei der Staatsgerichtshof<sup>3</sup> letztlich zu dem Schluss gekommen, die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Ausgleichsanspruchs der Ersatzschulen für Belastung durch die Gewährung von Unterrichts- und Lernmittelfreiheit in den §§ 17 und 18 PSchG BW sei mit Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV BW unvereinbar. Der Gesetzgeber sei verpflichtet worden, für die Zeit ab 01.08.2017 eine verfassungskonforme Neuregelung zu treffen.

1 BVerfGE 75, 40, BVerfGE 90, 107 und BVerfGE 112, 74.

2 Es wird Bezug genommen auf: VerfGH BW, Urteil vom 06.07.2015 – 1 VB 130/13.

3 Seit dem 02.12.2015 als „Verfassungsgerichtshof“ bezeichnet.

Diesem richterlichen Auftrag sei der baden-württembergische Gesetzgeber durch eine Novelle des Privatschulgesetzes im Jahr 2017 nachgekommen. Diese Novelle hatte u.a. zur Folge, dass nunmehr ein staatlicher Kostenzuschuss in Höhe von 80 % der Kosten nach Maßgabe des Bruttokostenmodells bestehe. Der Ausgleichsanspruch nach Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV BW sei neuerdings dahingehend ausgestaltet worden, dass das Sonderungsverbot einzuhalten sei und der Ausgleichsanspruch auf 10 % begrenzt werde. Insbesondere die Vermutung in Nr. 5 VV PSchG BW, wonach ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich über 160 Euro grundsätzlich geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern, sei ebenfalls neu eingeführt worden.

Prof. Dr. **WOLFRAM CREMER** von der Ruhr-Universität Bochum ergänzte und kontrastierte die bisherigen Vorträge unter dem Titel „Die Gründungs- und Betätigungsfreiheit von Ersatzschulen im Kontext ihrer verfassungsfundierten sozialstaatlichen Präformierung – zugleich ein Beitrag zur Unterkomplexität verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung“. Zunächst befasste er sich dabei kritisch mit dem Modell nach WRASE und HELBIG. Infolgedessen kam er zu dem Ergebnis, dass kein Verfassungsgebot der Ergebnisgleichheit bezüglich der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft privater Ersatzschulen und der im Einzugsbereich der Schule bestehe. Folglich verblieben als verfassungsrechtlich zulässige Schulgeldmodelle zunächst das Modell, gar kein Schulgeld zu erheben. Zum Zweiten in Betracht komme das Modell, ein einheitliches Schulgeld oberhalb einer Bagatellgrenze von ca. 10 € zu erheben. Dieses Modell sei jedoch verfassungswidrig, sofern es keine Ermäßigungs- oder Erlassstatbestände für Kinder einkommensschwacher Eltern vorsehe. Ebenfalls verfassungswidrig sei das Modell eines einheitlichen Schulgeldes, wenn es zwar Ermäßigungs- oder Erlassstatbestände für Kinder einkommensschwacher Eltern vorsehe, aber keinen staatlichen Ausgleich der Ersatzschulen für das entgangene Schulgeld. Ein solches Modell ohne Kompensation würde in verfassungswidriger Weise ökonomische Anreize für die Aufnahme von Kindern mit einkommensstarken Eltern setzen. Als letztes Modell bliebe noch, ein nach dem Einkommen der Eltern gestaffeltes Schulgeld festzulegen. Dieses Modell unterscheide sich aber wohl nur durch eine unter Umständen bestehende Beweislastumkehr von dem Modell eines einheitlichen Schulgeldes mit Ermäßigungs- oder Erlassstatbeständen und sei daher nach denselben Grundsätzen zu behandeln. Im Grundsatz bestehe ein Wahlrecht zwischen den verfassungsrechtlich zulässigen Modellen.

Es folgte eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den grundgesetzlichen Vorgaben der Ersatzschulfinanzierung. Im Ergebnis sei die bisherige Rechtsprechung nicht konsistent und subsumtionsfähig. Abschließend präsentierte CREMER in Abweichung zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein eigenes Modell für eine verfassungskonforme Ersatzschulfinanzierung. Danach soll aus den Belastungen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG ein subjektives Recht auf Förderung abgeleitet werden. Die Anspruchshöhe solle an den Vollkosten öffentlicher Schulen ausgerichtet werden. Höchstens sei ein minimaler Abschlag in Höhe des rechtlich erlaubten oder tatsächlich erzielten Schulgeldes und im Hinblick auf das Gehalt der Lehrkräfte vorzunehmen.

Der nächste Vortragende, Prof. Dr. **WINFRIED KLUTH** von der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, erweiterte unter dem Titel „Die Geltung des Sonderungsverbot für Ergänzungsschulen und internationale Schulen“ den Fokus des bisherigen Programms. Ergänzungsschulen erlangten zunehmend höhere Aufmerksamkeit und haben in den Schulgesetzen der

einzelnen Bundesländer zahlreiche Ausgestaltungen gefunden. Die Vielgestaltigkeit stellte KLUTH exemplarisch an verschiedenen landesrechtlichen Regelungen dargestellt. Dabei zeigte er auf, dass durchaus beachtliche Unterschiede in den einzelnen Bundesländern etwa hinsichtlich der Vorgaben für Ergänzungsschulen, der Finanzhilfen, der Auswirkung des Besuchs einer Ergänzungsschule auf die Schulpflicht und der Anerkennung von Abschlüssen existieren.

Art. 7 Abs. 4 GG und damit der Finanzierungsanspruch und das Sonderungsverbot betreffen nur Ersatzschulen, nicht aber Ergänzungsschulen, da sie normativ an die Erfüllung der Schulpflicht anknüpfen. Wenn die Landesgesetzgeber auch für Ergänzungsschulen die Erfüllung der Schulpflicht nicht nur im Einzelfall, sondern allgemein ermöglichen (wie z.B. in Rheinland-Pfalz) und teilweise auch staatliche Zuschüsse wie bei den Ersatzschulen gewähren, sei jedoch zu fragen, welche Konsequenzen daraus im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 4 GG folgen. Gute Gründe sprächen dafür, bezüglich Ergänzungsschulen, an denen der Schulpflicht nachgekommen werden könne, dieselben Grundsätze anzuwenden, die auch für Ersatzschulen gelten. Der Anspruch an die Integrationswirkung durch Schulen könne nur dann aufrechterhalten werden, wenn er konsequent für alle Schulen gelte. Ein interessanter Untersuchungsansatz sei ferner, der Frage nachzugehen, wie weit sich der staatliche Aufsichtsanspruch aus Art. 7 Abs. 1 GG bei Ergänzungsschulen erstrecke und inwiefern sich die normativen Wirkungen von Art. 7 Abs. 4 GG daran ausrichteten. Diesbezüglich bestehe jedoch eine empirische Lücke. Im Fazit müssten die Landesgesetzgeber die landesgesetzlichen Regelungen bezüglich Ergänzungsschulen auf ihre Kohärenz mit den Vorgaben Art. 7 Abs. 4 GG prüfen. Mögliche Ungleichbehandlungen mit Ersatzschulen seien zu vermeiden.

In dem letzten Veranstaltungsabschnitt referierte zunächst Ministerialrat **MAXIMILIAN WEDLER**, Kultusministerium Baden-Württemberg, in Fortsetzung des Vortrages von QUAAS vertieft über die Konsequenzen der Novelle des Privatschulgesetzes in Baden-Württemberg aus dem Jahr 2017. Im Anschluss kontrastierte Senatsdirigent **THOMAS DUVENECK**, Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie Berlin, das zuvor vorgestellte baden-württembergische Modell mit den aktuellen Bemühungen Berlins um ein neues Privatschulfinanzierungsmodell, welches im Idealfall am 01.01.2020 in Kraft treten werde. Anders als in Baden-Württemberg, wo die Novelle des Privatschulgesetzes per Gerichtsurteil erzwungen worden sei, bemühe man sich in Berlin schon seit vielen Jahren in einer Arbeitsgruppe im Dialog auch mit Interessenvertretern der Privatschulen um ein neues Finanzierungsmodell.

Angesichts der im Tagungsverlauf lebhaft geführten Diskussionen gleichermaßen auf dem Podium wie im Plenum ist anzunehmen, dass die Thematik auch in Zukunft für reichlich Diskussionsstoff sorgen wird.

Die Vorträge auf dem 5. DSRT werden in R&B Heft 1/2019 veröffentlicht.



## Büchertisch Hinweis auf neu erschienene Schulrechtswerke

**HERMANN AVENARIUS:** Schulrecht. 9. Auflage, 2018.

**JOHANNES RUX:** Schulrecht. 6. Auflage. C.H. Beck, München, 2018.

**FRAUKE BROSIUS-GERSDORF:** Das Sonderungsverbot für private Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Halbsatz 2 GG). Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

**UDO DI FABIO:** Staatliche Infrastrukturverantwortung für das Lehrpersonal Freier Schulen. Rechtsgutachten im Auftrag des Verbandes Deutscher Privatschulverbände e.V., Bonn 2018 (Pressemitteilung des VDP Nr. 8/18, Nov. 2018).

Näheres zu diesen Arbeiten in den nächsten Heften.



### IMPRESSUM

Herausgeber:  
Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V.  
Osterstraße 1 • D-30159 Hannover  
Tel.: 0511 – 260 918 -21 • Fax: 0511 – 260 918 -20  
e-mail: [info@Institut-IffBB.de](mailto:info@Institut-IffBB.de)  
[www.Institut-IffBB.de](http://www.Institut-IffBB.de)

Redaktionsleitung:  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter VOGEL  
e-mail: [Redaktion@Institut-IffBB.de](mailto:Redaktion@Institut-IffBB.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-IffBB.de](mailto:Abo@Institut-IffBB.de)

Druck:  
Umweltdruckhaus Hannover GmbH  
Klusriede 23 • D-30851 Langenhagen  
[www.Umweltdruckhaus.de](http://www.Umweltdruckhaus.de)

R & B ist auch im Internet abrufbar unter: [www.Recht-Bildung.de](http://www.Recht-Bildung.de)