

Schwerpunkt **Kompensationen**

Geleitwort..... 2

Beiträge **Die Gründungs- und Betätigungsfreiheit von Ersatzschulen im Kontext ihrer verfassungsfundierten sozialstaatlichen Imprägnierung**

– eine Replik auf Wolfram Cremer, R&B 1/19, 3–17

Prof. Dr. Michael Wrase, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung/
Stiftung Universität Hildesheim 3

**Schulgeld und Schulgeldersatz in Baden-Württemberg
– eine Bestandsaufnahme**

Dr. Albrecht Hüttig, Freie Hochschule Stuttgart..... 7

Dokumentation **Ein verfassungsrechtlicher Anspruch der Freien Schulen auf Teilhabe an der Lehrgewinnung**

Bericht über das Gutachten: „Staatliche Infrastrukturverantwortung für das Lehrpersonal Freier Schulen“ von Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio (Juni 2018)

Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Hamburg..... 13

Geleitwort

Das Grundgesetz sieht eine duale Schulstruktur vor aus staatlichen und freien Schulträgern. Beide Träger dienen gleichrangig der öffentlichen Bildungsaufgabe. Freilich verfügen sie dafür über sehr ungleiche Mittel. Genehmigte Ersatzschulen können zum einen gleichwertige Qualität mit zulässigem Schulgeld nicht mehr finanzieren, zum anderen führen angesichts des beträchtlichen Lehrermangels das staatliche Ausbildungsmonopol für Lehrer sowie das nur im Staatsdienst mögliche attraktive Beamtenverhältnis bei der Lehrgewinnung zu einem „asymmetrischen“ Wettbewerb. Beides hebt das Grundrecht, solche Schulen zu gründen und zu betreiben, de facto auf.

Im ersten Fall hat das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz eine verfassungsrechtliche Kompensationspflicht des Staates entnommen. Ob diese ausreicht, um eine allgemeine Zugänglichkeit der Schulen zu gewährleisten, ist Gegenstand der Auseinandersetzung zwischen Ersatzschulträgern und Staat – und zwar sowohl hinsichtlich der konkreten Höhe der Ausgleichszahlungen als auch hinsichtlich des Gehalts des „Sonderungsverbots“ –. Im zweiten Fall hat UDO DI FABIO gutachtlich dafür plädiert, die Kompensationspflicht auf die personale Gestaltung auszudehnen und den freien Trägern eine chancengleiche Teilhabe an den staatlichen Möglichkeiten der Lehrerausbildung und -gewinnung einzuräumen, ja darüber hinaus an eine Reform der wissenschaftlichen Lehrerausbildung zu denken, die die Monopolstellung des Staates der vom Grundgesetz gewollten dualen Struktur anpasst.

Dieses Heft bringt Beiträge zu beiden Problemen: Auszüge aus DI FABIOS Gutachten und zum „Sonderungsverbot“ MICHAEL WRASES Replik auf die Kritik WOLFRAM CREMERS in seinem Vortrag in Heft 1/19. Dahinter steht der Streit darum, ob Ersatzschulen der staatlichen Zielsetzung der Integration verfassungswidrig durch Segregation der Schüler über zu hohe Schulgelder entgegenwirken. Weder Schulgeldebegrenzungen noch 100 % Finanzhilfe sind saubere Problemlösungen. Könnte es sein, dass das Grundgesetz durch Abschaffung des staatlichen Schulmonopols und Institutionalisierung des dualen Systems mit dem Ziel der Vielfalt im Schulwesen beiden Seiten der Schulpädagogik – Integration *und* Individualisierung – Raum geben wollte? Das Grundgesetz geht jedenfalls davon aus, dass freie Schulen Schulgeld erheben und damit sondern müssen; die unzulässige Sonderung beginnt dort, wo der freie Träger mit seinem Schulgeld über die notwendigen Kosten, die er decken muss, hinausgeht. Der Staat hat die Möglichkeit, das notwendige Schulgeld und damit die Sonderung durch Ausgleichszahlungen zu mindern. Ein echtes Sonderungsverbot höbe das Privatschulgrundrecht auf.

Der Beitrag von ALBRECHT HÜTTIG ist ein Blick in die Praxis: Nach vielen Jahren gerichtlicher Auseinandersetzung wurde bei der Ausarbeitung einer Landesregelung ein Kompromiss zustande gebracht, der das durchaus diskutabile Modell einer generellen bundesverfassungsrechtlichen Finanzhilferegelung gepaart mit einem landesverfassungsrechtlichen Ausgleich für erlassenes Schulgeld, wenn auch einigermaßen kompliziert und mit gegriffenen Größen, konkretisiert. Aber das Modell ist unter dem Aspekt der Minderung der Sonderung ein Schritt in die richtige Richtung. Möge er in den kommenden Jahren weiter gegangen werden!

JPV



Beiträge **Die Gründungs- und Betätigungsfreiheit von Ersatzschulen im Kontext ihrer verfassungsfundierten sozialstaatlichen Imprägnierung**

– eine Replik auf **WOLFRAM CREMER, R&B 1/19, 3–17**

PROF. DR. MICHAEL WRASE, WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN FÜR SOZIALFORSCHUNG/
STIFTUNG UNIVERSITÄT HILDESHEIM

Sonderungsverbot und Privatschulfinanzierung

Das Thema „Verfassungsrechtliches Sonderungsverbot und Privatschulfinanzierung“ wurde auf dem 5. Deutschen Schulrechtstag 2018 in Berlin intensiv diskutiert.¹ Zunächst möchte ich mich für die konstruktive und inhaltlich weiterführende Debatte bei allen Beteiligten, insbesondere dem federführend ausrichtenden Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung (IfBB) der Ruhr-Universität Bochum herzlich bedanken. Es hat sich aus meiner Sicht gezeigt, dass wir in der (rechts-)wissenschaftlichen Diskussion um das Sonderungsverbot seit dem Erscheinen unseres breit aufgenommenen Artikels in der NVwZ 2016² ein gutes Stück vorangekommen sind. Leider war es mir nicht möglich, innerhalb der vorgegebenen Zeit meinen Vortrag zum Sonderungsverbot und verfassungsrechtlich zulässigen Finanzierungsmodellen in einem Beitrag für die R&B genauer auszuarbeiten.³ Auf Anregung von JOHANN PETER VOGEL möchte ich aber gern die Gelegenheit nutzen, auf die Ausführungen von WOLFRAM CREMER im Heft R&B 1/19, 3–17, – wenn auch nur in aller Kürze – zu antworten.

Chancengleichheit beim Ersatzschulzugang

Ich sehe hier zunächst viele Gemeinsamkeiten. So versteht auch CREMER das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG in dem Sinne, „dass sämtliche Eltern unter Einschluss von Transferleistungsempfängern die Möglichkeit haben müssen, ihre Kinder ungeachtet ihrer wirtschaftlichen und sozialen Situation an Ersatzschulen anmelden zu können“. Geschuldet sei eine „von den wirtschaftlichen Möglichkeiten unabhängige Chancengleichheit für alle Eltern und Kindern im Hinblick auf die Wahl einer Privatschule als Ersatz für eine staatliche Schule.“⁴ Diese Ausführungen verdienen – auch mit Blick auf den Kern der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – uneingeschränkte Zustimmung.

Einbeziehung der Aufnahmepraxis und „Ergebnisgleichheit“?

Deutliche Kritik hingegen übt CREMER daran, dass sich das Sonderungsverbot nicht nur auf die zu erhebenden Schulgelder, sondern unseres Erachtens auch auf die tatsächliche Aufnahmepraxis der Ersatzschulen beziehen muss. Dabei geht er allerdings davon aus, dass wir ein Modell „propagieren“ würden, „welches die Ersatzschulen verpflichtet, ihre Schülerschaft nach Maßgabe der sozialen Zusammensetzung der Umgebungsschülerschaft auszuwählen“.⁵ Ein so geforderte „Ergebnisgleichheit“ lässt sich aus seiner Sicht auch nicht auf ein Verständnis des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG im Sinne eines „Verbots der mittelbaren Diskriminierung“⁶ stützen.⁷

1 Dazu VOGEL, R&B 1/2019, 2.

2 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 ff.

3 Wesentliche Überlegungen finden sich bereits in HANSCHMANN/WRASE, R&B 4/2017, 5 ff.

4 CREMER, R&B 1/2019, 2 (5).

5 CREMER, R&B 1/2019, 2 (7).

6 Ablehnend BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 (765).

7 CREMER, R&B 1/2019, 2 (8 f.).

Hier sollen nun doch ein paar Klarstellungen vorgenommen werden.

Zunächst kritisiert CREMER eher beiläufig, dass dieses Modell der „Ergebnisgleichheit“ von uns als „offenbar allein verfassungskonformes“ Modell „qualifiziert“ werde.¹ Damit keine (weiteren) Missverständnisse auftreten, muss hier der Hinweis angebracht werden, dass wir unsere Ausführungen zur Kontrolle der Aufnahmepraxis von privaten Ersatzschulen ausdrücklich damit eingeleitet haben, dass wir in diesem Punkt über die Rechtsprechung, die sich allein auf das zulässige Schulgeld bezieht, hinausgehen und diese kritisch betrachten.²

Dafür, dass sich das Verbot einer Förderung der Sonderung von Schülern „nach den Besitzverhältnissen der Eltern“ nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht lediglich formell auf das Schulgeld beziehen kann, gibt CREMER selbst die besten Argumente. Wie er völlig zutreffend ausführt, ist mit einer einkommensgestaffelten Festlegung der Schulgeldhöchstsätze oder einer Festlegung eines höchstzulässigen durchschnittlichen Schulgeldsatzes *allein* noch nichts gewonnen, wenn weiterhin ökonomische Anreize bestehen, Kinder aus reicheren Elternhäusern aufgrund der (deutlich) höheren Schulgeldeinnahmen *faktisch* zu bevorzugen.³ Mit anderen Worten: Die beste Staffelung der Schulgelder bis zur vollständigen Befreiung nützt überhaupt nichts, wenn die Eltern mit höherem Einkommen aufgrund der durch sie zu erwartenden (Mehr-)Einnahmen in der Praxis bevorzugt werden.

CREMERS Ausführungen können vor diesem Hintergrund nicht anders verstanden werden, als dass er ebenfalls über ein rein formales Verständnis des Sonderungsverbot mit Blick auf das Schulgeld hinausgeht und damit – zumindest im Kern der Zwecksetzung von Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG – im materiellen Sinn *real* gleiche Zugangschancen fordert. Ein gegenteiliges Verständnis würde das Sonderungsverbot letztlich auch zu einer rein formalen Norm ohne praktische Wirksamkeit degradieren. Ergo zielt Art. 7 Abs. 3 Satz 3 GG auch nach CREMER letzten Endes auf eine praktische Chancengleichheit beim Zugang zu Ersatzschulen.

Zur Kritik an unserer Argumentation sei an dieser Stelle lediglich auf zwei Punkte hingewiesen: Zum einen ist die *Genehmigung* aus unserer Sicht nicht das Entscheidende, wie es CREMER aber offenbar annimmt. Es ist vielmehr der durch die Genehmigung zugelassene *Betrieb* der Schule, wie er tatsächlich erfolgt. Insoweit lässt CREMER bei seinen Ausführungen, die allein auf den Akt der Genehmigung und die darin liegende „Prognoseentscheidung“ rekurrieren,⁴ außer Acht, dass die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG nach ganz h.M. nicht nur im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung erfüllt sein müssen, sondern beim Betrieb der Schule fortlaufend, also auch nach Erteilung der Genehmigung einzuhalten und von den Schulaufsichtsbehörden zu kontrollieren sind. Im Fall der wiederholten oder dauer-

1 CREMER, R&B 1/2019, 2 (7).

2 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1593): „Sowohl in der Verwaltungspraxis als auch in der Rechtsprechung wird dabei weitgehend *übersehen* [Herv. vom Verfasser], dass dem Sonderungsverbot nicht bereits durch eine sozial verträgliche Gestaltung der Schulgelder Rechnung getragen ist“.

3 Vgl. CREMER, R&B 1/2019, 2 (11): „Und selbst wenn eine Ersatzschule programmatisch ein bestimmtes Durchschnittsschulgeld anpeilt, besteht dessen ungeachtet ein Anreiz, überdurchschnittlich zahlende Schüler aufzunehmen, soweit und solange ein über dem Durchschnitt liegendes Gesamtschulgeld – wohin auch immer – abgeführt werden muss resp. gegenkompensiert wird, insbesondere durch eine Kürzung staatlicher Zuwendungen.“

4 CREMER, R&B 1/2019, 2 (7).

haften Nichterfüllung ist die erteilte Genehmigung zurückzunehmen bzw. zu widerrufen.¹

Berechtigter Kritikpunkt und ein Lösungsvorschlag

Zugegeben werden muss der Kritik, dass wir in unserem NVwZ-Beitrag nicht ganz klar (gewesen) sind, in welcher Form die nachweisliche soziale Selektivität einer Ersatzschule bei der Kontrolle ihrer Aufnahmepraxis berücksichtigt werden sollte. Eine Abweichung der Schülerschaft an einer Privatschule von der sozialen Zusammensetzung „der im Einzugsbereich der Schule liegenden Bevölkerung mit schulpflichtigen Kindern“ sehen wir dabei nur als ein, allerdings als ein sehr gewichtiges Indiz dafür, dass der *Betrieb* der Schule die Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen i.S.v. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG *fördert*.²

Natürlich kann es auch (unberücksichtigte) abweichende Kausalitäten geben. Ein gangbarer Weg, um auf die damit verbundenen Einwände zu reagieren, wäre z.B. eine Vermutungsregel einzuführen, wie sie der Baden-Württembergische Privatschulgesetzgeber mit Blick auf die Schulgeldeinnahmen aufgestellt hat: So wird nach Ziff. 5 der Vollzugsverordnung zum neuen Privatschulgesetz „vermutet, dass ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich über 160 Euro [pro Schüler] geeignet ist, eine Sonderung ... zu fördern. Die Schule kann diese Vermutung im Einzelfall widerlegen, wenn sie der oberen Schulaufsichtsbehörde nachweist, dass in einem angemessenen Umfang für finanzschwache Schüler *wirksame* wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgeldes und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule stehenden Kosten angeboten *und gewährt werden*“ (Herv. vom Verf.). Vergleichbar könnte, wenn eine private Ersatzschule etwa nachweislich überproportional viele Schüler aus oberen Einkommenschichten aufnimmt, die ein hohes Schulgeld zahlen, und dabei signifikant von dem Bevölkerungsdurchschnitt abweicht, eine genaue Darlegung der angewendeten Verfahren und Kriterien verlangt sowie ein effektives Monitoring der Aufnahmepraxis an dieser Schule durchgeführt werden.

Verfassungsrechtliche Folgen für die Privatschulfinanzierung

Solche Maßnahmen setzen auf der Seite der Schulaufsicht, also der Steuerungs- und Kontrollpflicht des Staates in Bezug auf das „gesamte Schulwesen“ (Art. 7 Abs. 1 GG), an. CREMER möchte das Problem hingegen nicht, wie vielleicht andere, kleinreden,³ sondern auf der Finanzierungsseite angehen. Dafür gibt es ebenfalls gute Gründe, wie wir in unserer Forschung dargelegt haben.⁴

1 Vgl. nur BVerfGE 75, 40 (64); 88, 40 (55).

2 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1593, 1596 f.).

3 Unsere empirischen Befunde und Regulierungsempfehlungen bestätigend jüngst etwa GÖRLITZ/SPIEB/ZIEGE, Fast jedes zehnte Kind geht auf eine Privatschule – Nutzung hängt insbesondere in Ostdeutschland zunehmend vom Einkommen der Eltern ab, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, DIW Wochenbericht 51+52/2018; ähnlich KLEMM/HOFFMANN/MAAZ/STANAT, Privatschulen in Deutschland. Trends und Vergleiche, Netzwerk Bildung der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2018, 39 ff.

4 NIKOLAI/WRASE, Freiheit und Verantwortung von Privatschulen, böll.brief – Teilhabegesellschaft #5, Heinrich-Böll-Stiftung Berlin, September 2017.

Anders als wir es vorschlagen und wie es nunmehr im Land Berlin geplant ist,¹ fordert CREMER indes keine Umverteilung der staatlichen Zuschüsse zugunsten derjenigen Schulen, die verstärkt auch Kinder aus ärmeren Elternhäusern aufnehmen und dafür auf Schulgeldeinnahmen verzichten (müssen). Er strebt vielmehr eine „vollständige Kompensation“² bzw. „Vollfinanzierung“³ der Privatschulen an. Damit kommt sein „Alternativmodell“ den existierenden staatlichen Finanzierungsmodellen in Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen sehr nahe, wobei nach CREMER, wenn ich ihn an diesem Punkt richtig verstehe, auch der Eigenanteil des Ersatzschulträgers entfällt und vom Staat übernommen werden soll.

Vieles bleibt dabei jedoch unklar. Nicht nur würde CREMERS Alternativmodell, wie er selbst ausführt, quasi eine 180-Grad-Wende der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, die lediglich das Existenzminimum des Ersatzschulwesens als *Institution* als verfassungsrechtlich geschützt ansieht,⁴ voraussetzen. Ein solches Modell bedürfte doch zunächst wohl einer vertieften Überlegung und Ausarbeitung. Das wird u.a. deutlich, wenn CREMER zentral die Forderung aufstellt, dass „ökonomisch bedingte Kürzungen des Höchstschulgeldes vom Staat vollständig kompensiert werden“ müssten.⁵ Welches „Höchstschulgeld“ ist damit gemeint? Soll das die jeweilige Schule selbst festlegen und damit gleichzeitig autonom über die Höhe der staatlichen Kompensation entscheiden? Das wäre natürlich sinnwidrig, kann also nicht gemeint sein. Oder geht es doch vielmehr um einen Höchstsatz für die durchschnittlichen Schulgeldeinnahmen, die gesetzlich etwa, wie in Baden-Württemberg, auf durchschnittlich 160 € pro Schüler oder einen vergleichbaren Betrag festgesetzt werden? Diese müsste dann der Staat übernehmen, wenn der Ersatzschulträger im Gegenzug auf die Erhebung von Elternbeiträgen verzichtet.

Das wiederum liefe, wie bereits angesprochen, im Endeffekt auf die bestehenden Modelle in Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen hinaus, wie angesprochen mit der Ausnahme, dass CREMER (anscheinend) auch die Übernahme des Eigenanteils fordert, also eine weitere Erhöhung der Zuschüsse bis zu 100 Prozent der vergleichbaren Aufwendungen für öffentliche Schulen.

Ein (vorläufiges) Fazit

Ist das mit Blick auf das Sonderungsverbot als Gebot sozialer Chancengleichheit und seine tatsächliche Wirksamkeit eine überzeugende Lösung? Ich wage es mit Blick auf die Praxis in den beiden Bundesländern zu bezweifeln.⁶ Vor allem aber wäre damit eine massive Einschränkung der Handlungsspielräume verbunden, welche die Landesgesetzgeber nach der derzeitigen Rechtsprechung haben. Sie wären verfassungsrechtlich quasi auf ein Modell und eine Vollfinanzierung der Ersatzschulen auf dem Niveau der öffentlichen Schulen festgelegt. Doch möglicherweise gehe ich in der Interpretation des Ansatzes zu weit. Es ist daher ratsam, die angekündigte weitere „Entfaltung“ des von CREMER zunächst nur „skizzierten“ Modells abzuwarten.



1 Siehe KÖNIG/WRASE, WZB-Mitteilungen 162/2018, 20 ff.

2 CREMER, R&B 1/2019, 2 (11).

3 CREMER, R&B 1/2019, 2 (17).

4 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (118), st. Rpsr.; ausführlich dazu CREMER, R&B 1/2019, 2 (13 f.).

5 CREMER, R&B 1/2019, 2 (11).

6 Ausführlich zur Privatschulaufsicht und -finanzierung in NRW WRASE, KJ 3/2018, 327 ff.

Schulgeld und Schulgeldersatz in Baden-Württemberg – eine Bestandsaufnahme

DR. ALBRECHT HÜTTIG, FREIE HOCHSCHULE STUTTGART

Der Weg zu dem jetzt in Baden-Württemberg geltenden gesetzlichen Regelwerk, welches Schulgeld erhoben werden kann und wie dem Ersatz genüge getan wird, wenn ein Schulträger auf Schulgeld verzichtet, war lang, beschwerlich und kompromissgeprägt. Es handelt sich dabei um eine Lösung, bei der man gespannt sein darf, wie lange sie bestehen bleiben oder wann sie verändert werden wird. Vorausgegangen war eine 11jährige juristische Auseinandersetzung zwischen der Waldorfschule Nürtingen und dem Land Baden-Württemberg, die 2015 zu einem endgültigen Abschluss vor dem Verfassungsgericht des Landes (damals Staatgerichtshof) kam. Darüber ist in dieser Fachzeitschrift mehrfach berichtet worden.¹ Auch der 5. Deutsche Schulrechtstag (2018) hat sich mit dieser Thematik befasst,² und sie ist noch lange nicht abgeschlossen.

Was war der Klageanlass und -inhalt?

Hervorzuheben ist angesichts der heftigen, teilweise polemischen Debatten um das Thema Schulgeld, dass die Rudolf Steiner Schule Nürtingen, stellvertretend für die Freien Waldorfschulen in Baden-Württemberg, Klage gegen das Land Baden-Württemberg eingereicht hatte. Eine oft geäußerte Forderung lautet, dass die „Privatschulen“ bezüglich der Schulgelddhöhe stärker kontrolliert werden müssten, weil sie ansonsten das Sonderungsverbot nicht einhalten würden. So pauschal stimmt das eben nicht. Darauf hat der Autor dieses Artikels u.a. bei einer öffentlichen Veranstaltung zum Thema Sonderungsverbot explizit für den Bund der Freien Waldorfschulen hingewiesen.³ Die Klage der Rudolf Steiner Schule Nürtingen hatte eine Anpassung der Landeszuschüsse zum Inhalt, da nach ihrer Ansicht als Klägerin ein zu hohes durchschnittliches Schulgeld von über 140 € pro Monat pro Schüler im Jahr 2003 erhoben werden musste, um die Kosten des Schulbetriebes annähernd zu decken. Die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, weshalb dieser Betrag als Differenz zwischen staatlichem Zuschuss und bestehenden Betriebskosten entstand, war zum einen für das erkennende Gericht transparent, zum anderen spiegelte er den Status der Freien Waldorfschulen in Baden-Württemberg wider. Die Klägerin sah darin einen Verstoß gegen das

1 ALBRECHT HÜTTIG, Freies Schulwesen ohne Diskriminierung? Verfassungsbeschwerde in Baden-Württemberg angenommen, in: R&B 4/14, S. 8–10; MICHAEL QUAAS, Staatsgerichtshof Baden-Württemberg (StGH): Privatschulförderung in Baden-Württemberg seit 1990 verfassungswidrig, in: R&B 3/15, S. 3–8.

2 Zum Sonderungsförderungsverbot für Schulen in freier Trägerschaft. Vorträge auf dem 5. Deutschen Schulrechtstag 2018, in: R&B 1/19.

3 Schulische Vielfalt oder verfassungswidrige Elitenbildung? – Rechtliche Vorgaben des Sonderungsverbots bei der Genehmigung und Aufsicht von privaten Ersatzschulen in den Bundesländern, veranstaltet von: AG Bildungsrecht der Deutschen Gesellschaft für Bildungsverwaltung (DGBV), 31.08.–01.09.2017, Universität Mainz; zur Kontroverse cf. FELIX HANSCHMANN und MICHAEL WRASE, Grenzenlose Freiheit oder sozialstaatliche Bindung? – Zum Verbot der Sonderung der Schülerinnen und Schüler an privaten Ersatzschulen, in: R&B 4/17, S. 15 f.; MICHAEL WRASE und MARCEL HELBIG, Das missachtete Verfassungsgebot – Wie das Sonderungsverbot nach Art 7 IV 3 unterlaufen wird, in: NVwZ 2016, 1598; FRAUKE BROSIUS-GERSDORF, Das missverständliche Sonderungsverbot für private Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG), Inhalt des Sonderungsverbots und Konsequenzen für den Gesetzgeber sowie die Schulbehörden (2017), Kurzfassung in: R&B 4/17, S. 19; cf. DETLEF HARDORP, Die Mär von den konsolidierten Schulgelddhöhen, in: R&B 1/17, S. 6 ff.; „Der Staat kontrolliert zu wenig“ Interview von UWE MARX mit RITA NIKOLAI, in: F.A.Z. v. 31.07.2017; Schulen in Deutschland. Wir sehen tatsächlich eine soziale Segregation, in: Deutschlandfunk, 19.12.2018, https://www.deutschlandfunk.de/schulen-in-deutschland-wir-sehen-tatsaechlich-eine-soziale-680.de.html?dram:article_id=436468; CHRISTINE HAAS, Privatschulen und soziale Spaltung, 12.1.2019, in: <https://www.welt.de/wirtschaft/karriere/bildung/article186939514/Bildung-Privatschulen-und-soziale-Spaltung.html>.

Sonderungsverbot – GG Art. 7 (4). Sie machte geltend, die unzureichende Finanzierung durch die Landeszuschüsse zwingt sie als Schulträger zu verfassungswidrigem Handeln, d.h. dazu, ein zu hohes Schulgeld erheben zu müssen. Des weiteren forderte sie, dass die Landesverfassungsnorm des Schulgeldersatzes – LV Art. 14 (2) – gesetzlich zu konkretisieren sei.

Die in der AGFS kooperierenden Schulverbände und Stiftungen¹ haben diese rechtliche Bewertung in der mündlichen Verhandlung vor dem Staatsgerichtshof Baden-Württemberg geteilt und jeweils aus ihren Erfahrungen und Einschätzungen begründet.

Die Norm der LV Art. 14 (2) lautet:

„Unterricht und Lernmittel an den öffentlichen Schulen sind unentgeltlich. Die Unentgeltlichkeit wird stufenweise verwirklicht. Auf gemeinnütziger Grundlage arbeitende private mittlere und höhere Schulen, die einem öffentlichen Bedürfnis entsprechen, als pädagogisch wertvoll anerkannt sind und eine gleichartige Befreiung gewähren, haben Anspruch auf Ausgleich der hierdurch entstehenden finanziellen Belastung“.

Diese Norm trifft auf Schulen in freier Trägerschaft ab der Sekundarstufe I zu, was bei Waldorfschulen ab Kl. 5 relevant ist, wenn sie die geforderten Qualitäten erfüllen. Letzteres ist bei allen freien Schulen, die über ihre Verbände Mitglieder der AGFS Baden-Württemberg sind, der Fall.

Zu den Kernpunkten des Landesverfassungsgerichtes von 2015

Das Staatsgerichtshof hat mit seinem Urteil festgestellt:

„Der Gesetzgeber des Landes hat den Beschwerdeführer in seinem Recht aus Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV verletzt, indem er es unterlassen hat, den dort begründeten Ausgleichsanspruch für die Gewährung einer gleichartigen Befreiung von Entgelt für Unterricht und Lernmittel hinreichend zu regeln“.

Der Gesetzgeber erhielt den Auftrag, die notwendige Gesetzesänderung bis zum 01.08.2017 durchzuführen, um den verfassungswidrigen Zustand, der seit 1990 bestand, zu beenden. Auf die übrigen in den Vorinstanzen weiterhin geltend gemachten Streitfragen und rechtlichen Auffassungen der Klägerin wurde nicht eingegangen. Dazu gehörte u.a. die Forderung, dass das Delta aus Landeszuschuss und Betriebskosten nicht mehr als 50 € pro Schüler und Monat betragen dürfe. Der VGH Mannheim ging in seinem nicht rechtskräftigen Urteil von 2010² von 70 € aus. Das wäre die rechnerische Höhe des monatlichen durchschnittlichen Schulgeldes, welches der Schulträger erheben müsste, selbstredend unter Achtung des Sonderungsverbot nach GG Art. 7 (4).

In den Leitsätzen des Urteils von 2015 wird der rechtliche Rahmen für den Auftrag an den Gesetzgeber formuliert. So heißt es u.a.:

¹ Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, Urt. v. 07.06.2015 – 1 VB 130/13, S. 29 ff.; Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Waldorfschulen in Baden-Württemberg e.V., Verband Deutscher Privatschulen Baden-Württemberg e.V., Evangelische Schulwerk Baden und Württemberg, Schulstiftung der Erzdiözese Freiburg, Stiftung Katholische Freie Schule der Diözese Rottenburg-Stuttgart.

² Siehe FRIEDHELM HUFEN, R&B 4/10, S. 3 ff.; CHRISTIANE WEGRICHT, R&B 4/14, S. 11 ff.

Prozedurale Vorgaben

„2. Gewährt die Verfassung unmittelbare Leistungsansprüche, die der Höhe nach unbestimmt sind und der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen, sind prozedurale verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten, um die gesetzgeberische Entscheidung justizierbar zu gestalten und den Anspruchsberechtigten die Möglichkeit eines effektiven Grundrechtsschutzes zu eröffnen.“¹

Eigenleistungen des Trägers

Zu diesen Anforderungen, welcher Qualität die gesetzliche Regelung entsprechen muss, kommt hinzu, dass dem Schulträger eine Eigenleistung auferlegt wird, die im Urteil auf den Nenner gebracht wird: „Die Wahrnehmung von Freiheit darf – auch wenn Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV dem Grunde nach auf die Herstellung von Gleichheit zwischen öffentlichen und bestimmten privaten Schulen abzielt – ihren Preis haben“²

aber keine Sonderung

Das Gericht interpretiert hiermit die Landesverfassung einerseits einschränkend, macht aber andererseits deutlich, dass die Eigenleistungen, die in der Regel von den Eltern als Mitglieder des Schulträger(vereins) aufgebracht werden, „keine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern“ bewirken dürften.³ Schulgeld und Eigenleistung sind zu trennen, aber in ihrer finanziellen Gesamtwirkung für die Eltern bzw. Erziehungsberechtigten zu beachten, so könnte man diese beiden Größen zusammenfassen. Über die Höhe der Beiträge hat das Verfassungsgericht keine konkreten Angaben gemacht, das sei Aufgabe des Gesetzgebers. So heißt es:

10% Eigenleistung auch bei Schulgeldverzicht

„Die Höhe des Ausgleichsanspruchs für die Befreiung von Entgelt für Unterricht und Lernmittel, ist durch den Gesetzgeber zu konkretisieren. Ein Entgelt, das gegen das Sonderungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verstößt, darf nicht erhoben werden. Daher kommt ein Ausgleichsanspruch nach Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV auch nur bis zur Höhe dieses Betrages in Betracht.“⁴

Ausgleichsanspruch für Verzicht auf zulässiges Schulgeld

Da das Gericht die Norm des Sonderungsverbot in der Landesverfassung impliziert sieht, ergibt sich, dass das Schulgeld keinen sondernden Effekt bewirken darf. Man hat es folglich mit vier Kategorien bzw. Größen zu tun:

- a) „Gesamtkosten für Unterricht und Lernmittel ohne Sonder- und Profilkosten“⁵ die überprüfbar berechnet werden müssen,
- b) die Festlegung der Eigenleistung und
- c) des Schulgeldes sowie
- d) des Landeszuschuss in jeweils konkreter Höhe nach Maßgabe der im Urteil dargelegten Rechtsrahmen.

Dem Gesetzgeber, der Schulaufsicht und dem Schulträger wird damit eine umfassende wie transparente Dokumentation und Entscheidung auferlegt. Was nicht zulässig sei, so das Gericht, wären rein politische Ziele und Annahmen wie z.B. der 80%-Deckungsgrad der Kosten durch Landeszuschüsse, um das Existenzminimum der freien Schulen zu gewähren, da ein solches politisches Ziel „einer frei gegriffenen Festlegung“ gleichkomme.⁶

1 Siehe CHR. WEGRICHT, R&B 2/17, S. 31.

2 Urt. v. 07.06.2015, S. S. 54.

3 Leitsatz 3. b).

4 Leitsatz 3. d).

5 Leitsatz 3 a).

6 Urt. v. 07.06.2015, S. 61.

Welche gesetzlichen Änderungen sind erfolgt?

Das Gesetz für Schulen in freier Trägerschaft nimmt Anforderungen aus dem Urteil auf, bezieht sich u.a. in § 17 (2) explizit auf die Landesverfassung zum Sonderungsverbot und zum Ausgleichsanspruch. Freie Träger können komplett oder partiell auf Schulgeld verzichten. Der Ausgleichsanspruch wird „auf 90 Prozent der nach § 18a ermittelten, bei einer entsprechenden Schule im öffentlichen Schulwesen entstehenden Kosten“ festgelegt.¹

Diese Kostenerrechnung erfolgt nach dem sogenannten Bruttokostenmodell, in dem die Aufwendungen des Landes und der kommunalen Schulträger einfließen. Für die Waldorfschulen bedeutet das nach bestehender Praxis, dass die Klassen 1–4 wie Grundschulen, die Klassen 5–12 annähernd wie Gymnasien und die Klasse 13 wie Gymnasien kostenmäßig eingestuft werden. Die Zuschusshöhe pro Schüler und Schulart wird in einem Prozentsatz einer definierten Besoldungsgruppe verbeamteter Lehrkräfte festgelegt.²

In einem zweijährigen Turnus werden die freien Träger verpflichtet, über die Höhe der Eigenleistung Auskunft zu erteilen, wenn sie auf Schulgeld verzichten und den Ausgleich beanspruchen. Die Schulaufsichtsbehörde kann prüfen, ob das Schulgeld gegen das Sonderungsverbot verstößt.³

10% Eigenleistung auch bei Schulgeldverzicht

Mit dieser gesetzlichen Regelung wird die Höhe der Eigenleistung auf 10 % der Kosten pro Schüler festgelegt. Ob diese zu erbringende Leistung der Eltern gerechtfertigt und angemessen ist, also de facto keine Sonderung bewirkt, wird aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Es gibt dafür keine Begründung. Die Schulträger haben die Option, auf Schulgeld komplett oder partiell zu verzichten, wie es sich aus der Verfassungsnorm ergibt. Die Eigenleistung muss der Schulträger jedoch aufbringen. Die Formel lautet nach diesem Tatbestand: Das Delta aus den nach dem Bruttomodell ermittelten Schulkosten ergibt sich, wenn davon der Landeszuschuss subtrahiert wird. Das Schulgeld wird addiert und bei Verzicht erstattet. Jedoch beträgt das Delta 10 % der Schulkosten, weil diese Größe so festgelegt wird, und ist in Form von Eigenleistung durch den Träger aufzubringen – also von den Eltern bei Waldorfschulen oder anderen freien Schulen mit einem Trägerverein oder einer gemeinnützigen Genossenschaft.

Was besagt die Durchführungsverordnung?

Die Durchführungsverordnung lautet in § 5:

„Es wird vermutet, dass ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich über 160 Euro grundsätzlich geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern.“⁴

1 Gesetz für die Schulen in freier Trägerschaft (Privatschulgesetz - PSchG) in der Fassung vom 01.01. 1990. Zum 26.06.2019 aktuellste verfügbare Fassung der Gesamtausgabe.

2 Ibd., § 18 (2 a).

3 Ibd., § 18 a (1), (2), (14), (17).

4 Verordnung des Kultusministeriums und des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zum Vollzug des Privatschulgesetzes (Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz - VVPSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.07.1971. Zum 18.07.2019 aktuellste verfügbare Fassung der Gesamtausgabe.

Bis 160 € zulässiges Schulgeld

Ab 2018 werden die 160 € indexiert. Dieser Betrag ist eine schlichte Setzung. Die Formulierung – „es wird vermutet“ – manifestiert, dass es dafür keine Begründung zu geben scheint. Angesichts der Debatten, wie hoch ein vertretbares Schulgeld sein könne oder dürfe, ist offensichtlich, dass diese Formulierung eine Überprüfung erfordern müsste. Aus der Prozessgenese wird ersichtlich, dass dem Betrag ein vom Land beauftragtes Gutachten zugrunde liegt, welches seitens des beklagten Landes dem VGH Mannheim 2013 vorgetragen wurde. Die von der Klägerin vorgelegten Gutachten haben keine Akzeptanz gefunden.¹

Dass sich der Gesetzgeber der Unsicherheit bewusst ist, zeigt der sich anschließende Verordnungstext:

„Die Schule kann diese Vermutung im Einzelfall widerlegen, wenn sie der oberen Schulaufsichtsbehörde nachweist, dass in einem angemessenen Umfang für finanzschwache Schüler wirksame wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgeldes und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule stehenden Kosten angeboten und gewährt werden.“

Welche Obergrenze dann gelten soll, bleibt erstmals unbestimmt. Sie erhält eine solche durch eine andere Kategorie: das Haushaltsnettoeinkommen. Erziehungsberechtigte können bis zu einer Grenze von 5 % des Haushaltsnettoeinkommens Schulgeld entrichten. Wörtlich heißt es:

oder bis zu 5% des Haushaltsnettoeinkommens

„In jedem Fall hat die Schule nachweislich sowohl allgemein als auch gegenüber den jeweiligen Eltern anzubieten, dass diese ein nach einem prozentualen Anteil am Haushaltsnettoeinkommen berechnetes Schulgeld zahlen können, wobei dieses 5 Prozent des Haushaltsnettoeinkommens nicht übersteigen darf.“

Wie es zu den 5 % kommt und nicht zu einem anderen Prozentsatz, bleibt offen. Die Schule hat des weiteren die Erziehungsberechtigten zu beraten und das Beratungsergebnis zu dokumentieren, indem sie „auf alle von ihr angebotenen Möglichkeiten zur Vermeidung einer finanziellen Überforderung“ hinweist, wobei sogenannte Sonder- und Profilleistungen ohne verpflichtenden Charakter für die Schüler davon nicht betroffen sind. Welche Möglichkeiten hat der Schulträger, um „finanzielle Überforderungen“ zu vermeiden? Letztendlich kann er nur auf die Eltern als Schulträger oder Stifter zurückgreifen oder auf Schulgeld verzichten und den Antrag auf Ersatz stellen. Das geht aber nur für die Schüler ab Klasse 5 (Sekundarstufe I). Für Schüler der Klassen 1–4 gilt nur die angeführte Schulgeldregelung, hier sieht die Landesverfassung keinen Ausgleich bei Schulgeldverzicht vor.

In concreto gibt es für 2019 eine Aufstellung der Schulaufsicht, an der exemplarisch gezeigt werden kann, wie die gesamte Prozedur gemeint ist:

Der Zuschuss beträgt für die Klassen 5–12 einer Waldorfschule 5.693 € p.a. pro Schüler, für die Gymnasien und die Klasse 13 der Waldorfschulen 5.892 € p.a. pro Schüler. Damit seien 80 % der Kosten abgedeckt.

¹ Urt. v. 07.06.2015, S. 8; B. EISINGER, P. WARNDORF, J. FALTERBAUM, J. FELDT, Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld. Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, Steinbeis-Transferzentrum. Wirtschafts- und Sozialmanagement Heidenheim 2007; B. EISINGER, P. WARNDORF, Analyse der Grenzen der Schulgeldbelastung privater Haushalte auf Basis des Mikrozensus, Steinbeis-Transferzentrum. Wirtschafts- und Sozialmanagement Heidenheim 2011.

Bei Schulgeldverzicht liegt für die Klassen 5–12 der Waldorfschulen der Ausgleich incl. Landeszuschuss bei maximal 6.405 p.a. pro Schüler, bei den Gymnasien und Klasse 13 der Waldorfschulen bei 6.629 €. Damit seien jeweils 90 % der Kosten abgedeckt.

Die verbleibenden 10 % stellen die vom Schulträger aufzubringenden Eigenleistungen dar. In Beträgen ausgedrückt sind das bei den Klassen 5–12 der Waldorfschulen 711 € p.a. pro Schüler, bei den Gymnasien und der Klasse 13 der Waldorfschulen 736 € p.a. pro Schüler.

Abschließende Aspekte

Gegriffene Prozentsätze

Die gesetzlichen Regelungen sind zum einen zu begrüßen. Der in der Landesverfassung normierte Ausgleich, welchen freie Schulträger erhalten, wenn sie auf Schulgeld verzichten, kommt dem Ideal näher, dass Heranwachsende eine Schulbildung erhalten können, die nicht von finanzielle Bedingungen abhängt. Eltern können für ihre Kinder die Schulform wählen, die sie für geeignet erachten, ohne sich die Frage stellen zu müssen, ob sie sich das finanziell leisten können. Zum anderen offenbaren die Gesetzes- und Verordnungslage Schwächen und Einschränkungen. Die Eigenleistung weicht, wie das Gericht selbst betont, von der Landesverfassung ab. Dazu gehören die festgelegten Beträge in Euro und Prozenten. Liegt hier nicht eine vom Verfassungsgericht monierte „frei gegriffene“ Festlegung vor?

Geschwisterkinder?

Es wird in den gesamten Regelungen nur von einem Schüler gesprochen. Erziehungsberechtigten mit mehreren Kindern finden keine Erwähnung. Somit ergibt sich konsequenterweise, dass die angeführten Beträge zu behandeln sind wie Landeszuschüsse und Schulgeldersatzgrenzen, die pro Schüler und pro Jahr gelten. Bedeutet diese Unschärfe in der Konsequenz, dass z.B. bei drei Kindern die Grenze für Schulgeld bei 15 % des Haushaltsnettoeinkommens der Erziehungsberechtigten liegt? Es ist davon auszugehen, dass sich in der nächsten Zeit noch einiges bezüglich angemessenem Landeszuschuss und, damit verbunden, eines verfassungsmäßig vertretbaren Schulgeldes entwickeln wird. Dazu bedarf es weiterer rechtlicher Einschätzungen und bildungspolitischer Konzepte – nicht nur in Baden-Württemberg und Sachsen mit dem dort verfassungsmäßig festgeschriebenen Schulgeldersatz¹, sondern in allen Bundesländern.



¹ LV Sachsen, Artikel 102 (4).

Ein verfassungsrechtlicher Anspruch der Freien Schulen auf Teilhabe an der Lehrgewinnung

Bericht über das Gutachten: „Staatliche Infrastrukturverantwortung für das Lehrpersonal Freier Schulen“ von Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio (Juni 2018)

PROF. DR. JOHANN PETER VOGEL, HAMBURG

„Gute Schulen leben von qualifizierten und engagierten Lehrerinnen und Lehrern“ (DI FABIO [S. 3]). Dass es seit einiger Zeit einen gravierenden Lehrermangel an den deutschen Schulen gibt, kann nicht mehr bestritten werden. Schon die normale Geburtenzahl scheint unvorhergesehen höher zu sein als erwartet; die Zuwanderung treibt die Schülerzahlen zusätzlich in die Höhe, Schüler, die oft auch noch zusätzlich unterrichtet werden müssen. Auch Veränderungen der Schulstruktur wie z.B. die Rückkehr zum neunklassigen Gymnasium erhöhen den Lehrerbedarf. Ob die Digitalisierung diesen senken kann, ist ungewiss. Die aufgrund des früheren Schülerrückgangs zurückgenommenen Ausbildungsmöglichkeiten für Lehrer führen heute zu einem unzureichenden Nachwuchs; gleichzeitig führt die ungünstige Entwicklung der Alterspyramide zu steigenden Abgängen in den Ruhestand. Mit dem verfrühten vollen Einsatz von Referendaren und mit der Einstellung von Quereinsteigern ist bei allem Engagement die sich öffnende Lücke quantitativ und qualitativ nicht mehr zu schließen.

**Ausgangslage:
Die allgemeine
Lehrerknappheit und
der asymmetrische
Wettbewerb gegenüber
freien Schulen**

„Die enger werdende Personaldecke führt innerhalb des Schulsystems zu einer in dieser Form noch nicht bekannten Konkurrenzlage zwischen den Schulen in öffentlicher und denjenigen in freier Trägerschaft. Dabei treffen die Privatschulen von vornherein auf eine asymmetrische Wettbewerbssituation im Vergleich zum Staat. Der Staat hält alle strategischen Positionen im Hinblick auf Ausbildung, Qualifizierung und Eignungskontrolle, einschließlich der Parameter des öffentlichen Dienstrechts und der Schulaufsicht besetzt“ (DI FABIO [S. 4]). Eine besondere Benachteiligung der freien Träger liegt im Fehlen der Diensttherreneigenschaft; sie können in der Regel das von angehenden Lehrkräften hoch geschätzte Beamtenverhältnis nicht flächig anbieten. „Der Staat verfügt über das akademische System der Lehrerbildung und aufgrund seiner Aufsichtsbefugnisse im Schulwesen über maßgebliche Informationszugänge zu Lehramtsabsolventen“; der Staat besitzt „de facto ein Ausbildungsmonopol für Lehrkräfte“ [S. 4], an dem er die Schulen in freier Trägerschaft entweder gar nicht oder nur eingeschränkt teilhaben lässt. In diesem Wettbewerb haben diese kaum Möglichkeiten zu reagieren; „eingeklemmt“ zwischen knappen Finanzhilfen und „den häufig durchaus rigide verstandenen Begrenzungen aus dem Sonderungsverbot“ [S. 5] stehen ihnen keine Mittel zur Verfügung, Bewerber mit finanziellen Anreizen zu gewinnen. Die Ersatzschulen sollen aber in ihren Bildungszielen und in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte „nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen“ (Art. 7 (4) GG), andernfalls droht der Entzug der Schulgenehmigung.

Diese existentielle Situation veranlasste den Verband Deutscher Privatschulverbände, U. DI FABIO um ein Rechtsgutachten zu bitten; dieses Gutachten wurde unter dem oben genannten Titel im Juni 2018 erstellt. Angesichts der Brisanz werden, da das gesamte Gutachten aus Platzgründen nicht abgedruckt werden kann, im folgenden Auszüge aus der Argumentation veröffentlicht.¹

¹ Zahlen in eckigen Klammern bezeichnen die Seiten des Ausdrucks des Gutachtens. Auf die Wiedergabe der Fußnoten wurde verzichtet.

Die geschilderte schiefe Wettbewerbssituation lässt DI FABIO fragen, „ob die verfassungsrechtlich garantierte Privatschulfreiheit verletzt ist, wenn staatliche Stellen der sich abzeichnenden Mangelerscheinung tatenlos zusehen oder sogar diese Mangellage zu Lasten der Schulen in freier Trägerschaft verschärfen. Es geht darum, ob sich aus der Privatschulfreiheit ein Anspruch auf die Bereitstellung von Lehrkräften, auf aktive Fördermaßnahmen oder ein Infrastrukturauftrag ergeben“ [S.7]. Die Antwort sieht er

- im Grundrecht auf Privatschulfreiheit (Art. 7 (4) GG). Dieses Grundrecht hat nicht nur eine abwehrrechtliche Dimension, sondern auch eine Leistungsdimension. Zu prüfen ist, ob und wieweit eine staatliche Schutz- oder Förderpflicht besteht [Abschnitt 3];
- im Grundrecht auf Gleichbehandlung (Art. 3 (1) GG) angesichts der sich verschärfenden ungleichen Wettbewerbssituation bei der Lehrgewinnung [4];
- und in einer Neuinterpretation des abwehrrechtlichen Gehalts des Art. 7 (4) GG [5].

Das Grundgesetz entscheidet sich in seinem antitotalitären Ansatz gegen ein staatliches Schulmonopol, d.h. „auch wenn die Gesamtverantwortung staatlich ressortiert, für eine duale öffentliche und private Schulstruktur“. Es will „ein Schulangebot sowohl in staatlicher wie in privater Hand. Beide Säulen des Schulangebots stehen unter der Aufsicht des Staates (Art. 7 (1) GG) [S. 7].

Aufsicht heißt auch und maßgeblich Verantwortung, wobei die Länder bei der Ausgestaltung des Schulwesens und ihrer Aufsicht, also in Wahrnehmung ihrer Verantwortung, die grundrechtliche Privatschulfreiheit als Wertentscheidung zu einem Maßstab ihres Handelns machen müssen. Die Staatsaufsicht über die freien Schulen dient einerseits der Gewährleistung eines bestimmten Leistungsniveaus und dem sozialpolitischen Ziel, soziale Sonderung zu verhindern, aber eben auch der institutionellen Gewährleistung der Lebens- und Entwicklungsfähigkeit der Schulen in privater Trägerschaft. Die Schulaufsicht umfasst demnach nicht nur Lenkung und Kontrolle, sondern ebenso Respekt, Förderung und eine Infrastrukturverantwortung zugunsten des Grundrechts der Privatschulfreiheit dort, wo bestimmte öffentliche Güter oder Ausbildungsleistungen sich in staatlicher Hand befinden [S. 8/9].

3. Die leistungsrechtliche Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG

a) Individuelle und institutionelle Gewährleistungsgehalte [S. 9/10]

Aus der grundrechtlichen Garantie von Art. 7 Abs. 4 GG wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts und auch durch die Länder ein individueller und institutioneller Schutz des privaten Schulsektors abgeleitet. Mit der Gründungsfreiheit und dem Recht, private Schulen nach den Erziehungszielen und dem darauf ausgerichteten Unterrichtsprogramm des jeweiligen Schulträgers zu betreiben, garantiert Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zugleich die Privatschule als Institution(...). Diese Gewährleistung sichert der Institution Privatschule verfassungskräftig ihren Bestand und eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung (BVerfGE 112, 74 (83)).

Ausbildungsmonopol und Garantenstellung des Staates

Der institutionelle Schutz betrifft die grundlegenden Existenzbedingungen freier Schulen. Das umfasst dem Grunde nach auch eine Infrastrukturgewährleistung im Hinblick auf eine ausreichende Versorgung mit qualifizierten Lehrkräften, gerade solange der Staat das Ausbildungsmonopol für Lehrkräfte und die Aufsicht über die Anstellung und den Einsatz dieser Lehrkräfte wahrnimmt. Wäre die Lehrerbildung auch in privater Form möglich, könnte man durchaus ein Stück der Freiheitsbetätigung von Privatschulen in diesem akademisch vorgelagerten Bereich annehmen und als eigene Leistung gleichsam erwarten. Wenn aber der Staat ein Ausbildungsmonopol für Lehrer beansprucht, dann steht er auch grundsätzlich in einer Garantenstellung für eine ausreichende und qualifizierte Zahl von Absolventen.

Kennzeichnend für die Privatschule ist, dass in ihr ein eigenverantwortlich geprägter und gestalteter Unterricht erteilt wird, insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte (BVerfGE 75, 40 (62); 112, 74 (83)). Wenn man diese prägnante und zutreffende Aussage zum Nennwert nimmt, so kann man bereits im staatlichen Ausbildungsmonopol für die Ausbildung der Lehrkräfte ein Problem sehen, denn wie sollen in privater Freiheit Lehrmethoden und Lehrinhalte pädagogisch so vermittelt werden, wenn erst nach erfolgter Lehrerbildung und nach abgelegtem staatlichen Examen eine Einwirkung im Organisationsbereich einer Schule in freier Trägerschaft vorgenommen werden kann? Nimmt man die Aussage des Bundesverfassungsgerichts ernst, so spricht viel dafür, dass entweder die Ausbildung von Lehrerinnen und Lehrern für die Privatinitiative in einer sinnvollen Art ebenfalls dual geöffnet werden muss oder aber sichergestellt wird, dass im pädagogischen Studium eine entsprechende Repräsentanz wichtiger privater Schulträger gewährleistet ist.

b) Staatliche Schutz- und Förderpflicht [S. 10/11]

Im Fall von Art. 7 Abs. 4 GG handelt es sich demnach nicht einfach nur um eine institutionelle Gewährleistung als Schutz vor solchen staatlichen Eingriffen, die es ersichtlich und unmittelbar unmöglich machen würden, Privatschulen zu betreiben, sondern zugleich um den Verfassungsauftrag zur aktiven Gestaltung und Förderung eines dualen Schulsystems. So wird aus der institutionellen Garantie eine Förderpflicht abgeleitet, die darin besteht, dass der Staat nicht lediglich Ersatzschulen bei Bestehen der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zulassen muss, sondern er ihnen zur Sicherung des Instituts Privatschule auch finanzielle und weitere Unterstützung zukommen lassen muss.

Gewährleistung eines dualen Schulsystems durch Staat als Konkurrenten

Insofern besteht neben den abwehrrechtlichen Gehalten des Art. 7 (4) GG ein gleichrangiger leistungsrechtlicher Grundrechtsgehalt.

[S. 12] Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich eine staatliche Schutzpflicht private Ersatzschulen betreffend Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG entnommen und dabei den Freiheitsgehalt und die Privatinitiative, die mit dem pluralen Schulangebot besonders gefördert werden soll, hervorgehoben. „Die staatliche Schutzpflicht privater Ersatzschulen findet ihre Rechtfertigung jedenfalls nicht vorrangig in einer Art Aufwendungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher (hoheitlicher) Aufgaben durch Private, sondern in der Förderung eigenverantwortlicher Miterfüllung der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gerade auch der Privatinitiative überlassenen allgemeinen (öffentlichen) Bildungsaufgaben.“ (BVerfGE 75, 40 (66)).

Damit ist einerseits gesagt, dass eine 100-prozentige Finanzierung von Privatschulen und eine völlige Gleichstellung mit dem staatlichen Schulsektor schwerlich der Idee der Pluralität und der Förderung von Privatinitiative entsprechen kann, selbst wenn man berücksichtigt, dass freie Schulen den Staat auch durch eigene finanzielle Leistungen der privaten Schulträger von der Wahrnehmung ansonsten einer allein beim Staat ressortierenden Aufgabe entlasten. Aber andererseits geht es nicht allein um Förderung durch den Träger der Schulaufsicht, der wie ein neutraler Schiedsrichter agiert. Es geht auch darum zu erkennen, dass der Staat – ungeachtet des Umstandes, dass er auf Landesebene als unmittelbare Staatsverwaltung und kommunale Selbstverwaltung in verschiedenen Rechtspersönlichkeiten auftritt – strukturell janusköpfig ist, weil er Aufsicht über die Privatschulen ausübt und zugleich selbst Schulträger ist, der eigene pädagogische Vorstellungen und Ziele verfolgt sowie eigenes Ressourcenmanagement betreibt und dabei notwendig in Konkurrenz zu einem grundrechtlich geschützten Freiheitsraum tritt, den er beaufsichtigen soll (BVerfG 75, 40 (66)).

c) Kompensationspflicht [S. 13]

Kompensationspflicht für staatlich veranlasste Beeinträchtigung

Daraus folgert das Gericht, das bei einer fortlaufenden Verschärfung der Gleichwertigkeitsanforderungen (etwa durch Hebung des Standards schulischer Einrichtungen oder durch die stete Verbesserung der Lehrerbesoldung), denen sich die privaten Ersatzschulen anpassen müssen, zu keiner Benachteiligung führen dürfen und gegebenenfalls zu kompensieren sind. Mit anderen Worten: die Kompetenz der Länder zu eigener Schulpolitik und zu eigenen Personal- und Organisationsentscheidungen ist das eine und die grundrechtsschonende Aufsicht über private Schulen ist das andere. Beide Kompetenzen sind verfassungsrechtlich unterschiedlich geprägt. Bei der Aufsicht über freie Schulen ist der Staat zur Grundrechtsbeachtung und Freiheitsschonung verpflichtet, er muss die Balance wahren und eine praktische Konkordanz (Konrad Hesse) gegebenenfalls eben mit Ausgleichs- oder Fördermaßnahmen suchen. Insofern ist eine staatliche Infrastrukturverantwortung für die Möglichkeit freier Schulen, geeignetes, qualifiziertes Lehrpersonal zu finden, aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleiten. Die Kompensationspflicht markiert die Infrastrukturverantwortung zur Erhaltung der privaten Initiative auf dem insgesamt unter staatlicher Aufsicht stehenden staatlichen und privaten Schulsektor.

Das bedeutet, dass nicht nur die finanzielle Ausstattung der Privatschulen ein Teil der staatlichen Schutzpflicht ist, sondern mehr noch die personellen und fachlichen Rahmenbedingungen, die erforderlich sind, damit die Privatinitiative sich genau dort verwirklichen kann, wo es in einer Schule nun einmal darauf ankommt, nämlich in einem qualifizierten Unterricht durch motivierte und kompetente Lehrkräfte.

d) Kompensationspflicht bei asymmetrischem Wettbewerb um Lehrkräfte [S. 13/17]

Duales System erfordert kooperative Partnerschaft

Der eingangs bereits beschriebene, sich aktuell erheblich verschärfende asymmetrische Wettbewerb um Lehrkräfte (DI FABIO führt beispielhaft einen sächsischen Kabinettsbescheid vom März 2018 und eine sachsen-anhaltsche Pressemitteilung vom 26.04.2018 an) macht ein verfassungsdogmatisch gleichsam schärferes Hinschauen nötig, und zwar im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Förder- und Kompensationsgebot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Wenn die Verfassung eine öffentliche Aufgabe Privaten so ersichtlich zur eigenen Verantwortung mit in die Hand gibt wie dies die Privatschulfreiheit tut, so folgt daraus mehr als ein Minimum an institutioneller Erhaltung und zwar die Anerkennung einer kooperativen Partnerschaft, die einerseits den Staat von eigenen Aufgaben wirkungsvoll entlastet und andererseits gesellschaftliche Selbstgestaltungskräfte für die Erfüllung einer so zentralen öffentlichen Aufgabe wie schulische Bildung und Erziehung anerkennt und zur Entfaltung bringen will.

Bei der Gründung und dem Betrieb einer Privatschule geht es sowohl um individuelle Freiheitsverwirklichung als auch um allgemeinen Nutzen und den Dienst einer öffentlichen Aufgabenerfüllung, also um eine gemeinwohldienliche Freiheitsentfaltung. Die Privatschule wird damit als eine für das Gemeinwesen notwendige Einrichtung anerkannt und als solche mit ihren typusbestimmenden Merkmalen unter den Schutz des Staates gestellt (BVerfGE 112, 74 (83)). [S. 16]

Nach der staatlichen Kompetenzordnung werden die allgemeinen öffentlichen Bildungsaufgaben Privaten zur gleichberechtigten Miterfüllung überlassen. Aus Sicht der aus Art. 7 Abs. 4 GG berechtigten Grundrechtsträger indes haben die freien Träger einen Anspruch auf selbstbestimmte, eigenverantwortliche Beteiligung an dieser öffentlichen Aufgabe. Die Ausübung der Privatschulfreiheit bedeutet Grundrechtswahrnehmung in einem staatsnahen Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge. Darin liegt dann gerade auch die Erfüllung eines Gemeinschaftsinteresses.

Schenkt man diesem Aspekt hinreichend Beachtung und nimmt die Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts ernst, dass die Privatschulfreiheit den Privatschulen auch eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung sichert, dann muss das staatliche Fördergebot in Zeiten eines womöglich schon bald extrem werdenden Lehrermangels auf die Bereitstellung von qualifizierten Lehrkräften ausgerichtet sein. Zwar mag grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass zum Schutze der Gestaltungsfreiheit von Schulen in freier Trägerschaft die Art der staatlichen Förderung regelmäßig finanzieller Natur ist. Von diesem Grundsatz ist aber jedenfalls dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Grundrechtsverwirklichung und weitergehend die Wahrnehmung der selbstbestimmten Gestaltung der Schulangelegenheiten nur durch eine Förderung in anderer als finanzieller Weise erfolgen kann. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist in einem solchen Fall eingeschränkt und der Fördermodus kann nicht nach Belieben der gesetzgebenden Körperschaften bestimmt werden. Insofern kann es zur Wahrung des grundrechtlichen Gewährleistungsgebhalts aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG einer passgenauen Förderung bedürfen, wobei „Passgenauigkeit“ nicht nur etwas mit der Wirksamkeit einer Unterstützungsleistung, sondern auch mit größtmöglicher Wahrung des grundrechtlich eröffneten Freiheitsraums zu tun hat. [S.17]

e) Grundrechtskonforme und freiheitsförderliche Kompensation [S. 17/19]

Schlägt die Art und der Modus der staatlichen Förderung von einer finanziellen Förderung um in die gegenleistungsfreie Gewährung von Sach- oder Personalleistungen, so ist die Autonomie der Förderungsempfänger zu beachten. Privatschulen zeichnen sich u.a. gerade dadurch aus, dass sie alternative pädagogische Konzepte verfolgen oder besondere religiöse oder weltanschauliche Inhalte vermitteln. Daraus folgt, dass die Wahlfreiheit hinsichtlich der verwendeten Unterrichtsmaterialien, der Lehrmethoden und der lehrenden Pädagogen gewahrt werden muss, damit die verfassungsrechtliche staatliche Förderung ihren Zweck nicht konterkariert. Eine gegenleistungsfreie Gewährung von Personalleistungen kann gerade im Hinblick auf Lehrpersonal nur dann dem staatlichen Förderungsgebot gerecht werden, wenn der Staat das Bestehen eines Lehrmarktes sicherstellt und er die privaten Schulen als gleichberechtigter Marktteilnehmer gerade auch im Wettbewerb um die qualifiziertesten Lehrkräfte neben die öffentlichen Schulen treten lässt.

Das staatliche Fördergebot konkretisiert sich dahingehend, dass nicht einzelne Lehrer an einzelnen Privatschulen „abgestellt“ werden, sondern dahingehend, dass funktionsgerechte und faire Rahmenbedingungen für einen Lehrmarkt geschaffen werden. Dann können die Privatschulen ihr Selbstbestimmungsrecht und ihre Autonomie wahren, indem sie die ihrer Qualifikation nach am besten dem pädagogischen, religiösen und weltanschaulichen Konzept der Privatschule entsprechenden Kandidaten für die Lehre anwerben. Bei der Auswahl des Lehrpersonals müssen sie sicherstellen können, dass der erforderliche

**Neben finanzieller
Förderung
Schaffung fairer
Rahmenbedingungen
auf dem Lehrmarkt**

Grad an Identifikation mit den alternativen Konzepten besteht, sodass die Eigenverantwortlichkeit der Privatschule auf Basis selbstbestimmter Ziele und Methoden gewährleistet ist. Ein Personaloktroi verbietet sich.

Untermuert wird diese Argumentation auch durch die vom Bundesverfassungsgericht regelmäßig angeführte verfassungsrechtliche Begründung des staatlichen Fördergebotes. Insbesondere wegen des Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG ist den Privatschulen eine vollständige Selbstfinanzierung nicht möglich. Diese Tatsache wiederum führt dazu, dass die Privatschulen regelmäßig die Voraussetzungen für eine Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2, 3 GG nicht aus eigener Kraft erfüllen können. Das Bundesverfassungsgericht folgert daraus, dass zur dauerhaften Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen durch die Privatschulen und damit zur Ermöglichung der Grundrechtswahrnehmung eine staatliche Förderung erfolgen muss. Wenn aber nicht finanzielle Mittel der Engpass für eine Erfüllung und dauerhafte Erhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sind, sondern ein Mangel an geeigneten Lehrkräften besteht, dann muss der Staat diesen – eben nicht finanziell gearteten – Engpass beseitigen. Setzt sich der Staat nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nämlich zum Ziel, ein dauerhaftes Erfüllen der Genehmigungsvoraussetzungen zu ermöglichen, dann muss er mit seinen staatlichen Fördermaßnahmen auch dort ansetzen, wo es an der Verwirklichung der Genehmigungsvoraussetzungen hapert.

f) Gestaltungsspielraum und Handlungsmöglichkeiten [S. 19/21]

Auch wenn dem Grunde nach eine die Länder treffende Kompensationspflicht im Hinblick auf die asymmetrischen Wettbewerbsbedingungen bei der Gewinnung von Lehrkräften in bestehenden oder sich abzeichnenden Mangellagen besteht, so verbleibt dem Landesgesetzgeber und der exekutiven Schulaufsicht ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum, der mit verschiedenen Maßnahmen ausgefüllt werden darf, ohne dass ein grundrechtlicher Anspruch auf eine ganz bestimmte Maßnahme begründet werden kann. Verfassungsrechtlich unzulässig wäre aber, die Schulen in freier Trägerschaft sehenden Auges in eine sich verschärfende Mangellage gehen zu lassen, ohne hinreichend wirksame Maßnahmen zu ergreifen.

Konkret bieten sich im sich abzeichnenden Fall des Lehrermangels mehrere Ansatzpunkte, um der staatlichen Infrastrukturverantwortung gerecht zu werden. Während etwa die Erhöhung der Lehramtsstudienplätze sowie der Ausbau der Möglichkeiten eines sog. Seiteneinstiegs in den Schuldienst für bislang nicht pädagogisch ausgebildete Berufstätige langfristig Wirkung entfalten werden, kann der Hinweis auf eine zukünftige Tätigkeit an einer Privatschule gegenüber Lehramtsreferendarinnen und -referendaren oder auch die Übung in Zurückhaltung bei der Abwerbung von qualifizierten Kandidaten für Lehrtätigkeiten an öffentlichen Schulen kurzfristig wirken. Gerade letztere Forderungen an den Staat zu stellen, ist trotz der Verpflichtung des Staates zur Bestenauslese bei der Lehrereinstellung (Art. 33 Abs. 2 GG) nicht verfassungsrechtlich bedenklich, sondern wie gezeigt, verfassungsrechtlich geboten. Auch sollten die Landesgesetzgeber die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Dienstzeiten von Lehrkräften an Ersatzschulen bei der Übernahme in den öffentlichen Dienst angerechnet werden. Dies kann den strukturellen Wettbewerbsvorteil des Staates abschwächen, Lehrkräften die Sicherheit eines Beamtenverhältnisses in Aussicht stellen zu können und die Offenheit von Lehramtsabsolventen stärken, ihre Lehrtätigkeit zunächst und zumindest für einige Jahre an einer Privatschule aufzunehmen.

Konkrete Möglichkeiten

Flexibilisierung des öffentlichen Dienstrechts etwa bei der Arbeitszeit von Teilzeitlehrkräften, die sich damit regelmäßig nur bei einer Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf einverstanden erklären werden oder auch die zeitweise Unterrichtsverteilung durch pensionierte Lehrkräfte sowie der wohlwollende Umgang mit der Gleichwertigkeitsprüfung bei der Entscheidung über die wissenschaftliche Ausbildung kann dem Grunde nach gefordert sein – allerdings im Rahmen des üblichen politischen Gestaltungsspielraums.

g) Möglichkeitsvorbehalt und Verfassungsentscheidung für ein plurales Schulsystem [S. 21/23]

Fördergedanke mehr als Minimalgarantie

Der Verweis auf den sog. „Möglichkeitsvorbehalt“, der berücksichtigt, dass öffentliche Mittel auch für andere wichtige Belange zur Verfügung stehen müssen, gilt nur insoweit, als die anderen wichtigen Belange den der Privatschulförderung überlagern. So folgt die Förderpflicht nämlich aus dem normativen Gehalt des Grundrechtes selbst, was wiederum bedeutet, dass alle weniger wichtigen, d.h. nicht in gleicher Weise grundrechtsgebundenen Belange zurückstehen müssen. Und schließlich führt ein pflichtgemäßes Wahrnehmen des Fördergebots durch die Bereitstellung von Lehrkräften auch nicht zu einer Freistellung der Privatschulen von dem unternehmerischen Risiko. Die Bereitstellung von Lehrkräften durch den Staat ist der Übernahme eines unternehmerischen Risikos nämlich vorgelagert. Der enorme Lehrermangel hat eine Situation verursacht, in der die Wahrnehmung des Grundrechtes aus Art. 7 Abs. 4 GG und damit zugleich auch die Übernahme eines unternehmerischen Risikos von staatlicher Hilfe abhängt. Aus dem Grundrecht der Privatschulfreiheit folgt im Hinblick auf die staatliche Infrastrukturverantwortung für die wissenschaftliche Ausbildung von Lehrkräften, dass die Bedarfsplanung der Länder die Bedarfe von Schulen in freier Trägerschaft hinreichend berücksichtigt und auch entsprechende Bedarfszuwächse bei der Zahl der Studienplätze einkalkuliert werden.

Wichtig ist, die Verfassungsentscheidung der Privatschulfreiheit nicht als eine Residualfreiheit zur Schließung von Lücken in der öffentlichen Schulversorgung misszuverstehen, oder als die Eröffnung eines Verdrängungswettbewerbs zwischen Schulen in öffentlicher und privater Trägerschaft. Es geht um die koordinierte Mobilisierung staatlicher und gesellschaftlicher Kräfte, es geht um Kooperation und faires Zusammenwirken bei bestehender funktioneller Unterscheidbarkeit. Um dem verbreiteten Verständnis eines unkoordinierten Konkurrenzverhältnisses zwischen Schulen in staatlicher und Schulen in privater Trägerschaft entgegenzutreten, kann auch ein vergleichsweises Betrachten des Zusammenwirkens von kirchlichen Trägern und staatlichen Stellen im Sozialbereich helfen. Zieht man das Beispiel des Betriebs einer Kindertagesstätte heran, so wird selbst eine Vollfinanzierung durch die öffentliche Hand noch als Vorteil für den Steuerzahler wahrgenommen, weil der private Träger regelmäßig effektiver mit den Mitteln umgeht und mehr intermediäre Tiefe in die Gesellschaft hinein verspricht. Insofern spricht viel dafür, dass der reine Fördergedanke als Minimalgarantie zu restriktiv angelegt ist und die Komplementärfunktion der freien Schulen für die Erfüllung einer elementaren öffentlichen Aufgabe nicht hinreichend gewichtet wird.

Wettbewerb auf Augenhöhe

Der verfassungsrechtlich vorgegebene schulische Pluralismus wird gegenwärtig hier und da, vor allem in der Praxis im Sinne eines von der Verfassung vorgegebenen Konkurrenzverhältnisses interpretiert, welches dann der Staat zugunsten staatlicher Schulen zu verschieben versucht. Richtig wäre es indes anzuerkennen, dass der beide Säulen der Leistungserbringung überspannende öffentliche Bildungs- und Erziehungsauftrag – immer auf hochwertige Bildung und Erziehung bedacht – gerade durch die wohlwollende Sicherung und Förderung des schulischen Pluralismus am besten und komplementär wahrgenommen werden kann. Ganz im Sinne einer lebendigen und leistungsfähigen Volkswirtschaft können Bildungsinstitutionen zum einen in privater und zum anderen in öffentlicher Trägerschaft auf Augenhöhe in einem gesunden, d.h. konstruktiven Wettbewerb eine stetige

Qualitätsverbesserung erreichen, die jedem einzelnen Schüler zugutekommen wird. Unsere Verfassung sieht das Prinzip der Schulvielfalt vor und damit ein Bildungssystem, welches gerade auch zur Wahrung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 12 Abs. 1 GG jedem Schüler die Schullaufbahn eröffnen muss, die für seine Persönlichkeitsentfaltung optimal geeignet ist. Zur Gewährleistung dessen sind insbesondere solche Privatschulen unverzichtbar, die alternative pädagogische, religiöse oder weltanschauliche Konzepte verfolgen. Sie sollen als eine den staatlichen Schulen gleichwertige Einrichtung bestehen. Alternativität sollte nicht als Konkurrenz falsch verstanden werden. Einen Kontrollverlust hat der Staat wegen der Befugnis zur Schulaufsicht gem. Art. 7 Abs. 1 GG nicht zu befürchten. Staatsfreiheit schlechthin ordnet die Verfassung für Privatschulen gerade nicht an.

h) Zwischenergebnis [S. 23/24]

Im Ergebnis besteht demnach eine staatliche Pflicht zur Bereitstellung von Lehrkräften aus der leistungsrechtlichen Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Es geht im Blick auf Schulen in freier Trägerschaft um eine grundrechtlich hervorgerufene Infrastrukturverantwortung für die tatsächliche Möglichkeit, in privater Initiative unter vernünftigen wirtschaftlichen Bedingungen einen qualitätvollen Unterricht anzubieten. Ändern sich die gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen zu Lasten der Möglichkeiten zur offiziellen Personalgewinnung der Schulen in freier Trägerschaft, so entsteht eine Kompensationspflicht des insoweit grundrechtlich in die Pflicht genommen Staates, also nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes der Länder.

4. Die gleichheitsrechtliche Direktive des Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

a) Privatschulfreiheit und Gleichheitsbindung [S. 24/25]

Aus der Dualität der Staatsaufgabe „Erziehung und Bildung“ in staatlicher und privater Hand ergibt sich aus Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zudem eine gleichheitsrechtliche Direktive. Das Bundesverfassungsgericht hat aus der dualen Struktur des Schulangebots ein Benachteiligungsverbot freier Schulen gefolgert. Sollen solche Maßnahmen nicht indirekt zu einer durch Art. 7 Abs. 4 GG verbotenen Benachteiligung der Ersatzschulen führen, so muss der Staat sicherstellen, dass die Verwirklichung seiner Bildungs- und sozialpolitischen Ziele nicht auf Kosten der Lebensfähigkeit des privaten Ersatzschulwesens geht (BVerfGE 75, 40 (66)).

Dieser aus der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für das duale Schulsystem folgende Gesichtspunkt gilt umso schärfer, als der Staat selbst in seinen Untergliederungen (vor allem der kommunalen Selbstverwaltung) Schulträger ist, mit eigenen Bestands- und Entwicklungsinteressen, aber auch der Gestaltungsverantwortliche für politische Richtungsentscheidungen und strukturelle Ausgestaltungen der Schullandschaft. Ein Staat, der schulpolitisch ehrgeizige Ziele formuliert oder überraschend oder auch durch eigene Schuld plötzlich vor Mangellagen steht, wird durch das Benachteiligungsverbot auch und in besonderer Weise gebunden.

Die Länder müssen sich insofern die Frage stellen lassen, welche Maßnahmen im Rahmen ihrer Infrastrukturverantwortung ergriffen werden, um gerade auch einer sich abzeichnenden Benachteiligung der Schulen in privater Trägerschaft wirksam entgegenzuwirken. Unbestritten ist die Vorgabe des Gleichheitssatzes deshalb nicht nur dahingehend, dass im Rahmen der staatlichen Förderung die förderungsberechtigten Privatschulen gleich zu behandeln sind. Darüber hinaus folgt aus dem Benachteiligungsverbot und der Kompensationspflicht für bildungspolitische Maßnahmen (aber eben auch für bildungspolitische Fehler, die zu Lasten der freien Schulen gehen), eine besondere Handlungspflicht, die auf Ausgleich entstehender Ungleichgewichte gerichtet ist.

**Benachteiligungsverbot
gegenüber freien
Schulen**

b) Benachteiligungsverbot und gleichheitsgerechte Schulaufsicht [S. 25/27]

Von Interesse ist im Hinblick auf die hier untersuchte Fragestellung, welche konkreten Vorgaben sich aus dem Gleichheitssatz in Bezug auf die Behandlung von Privatschulen im Vergleich zu öffentlichen Schulen ergeben.

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht die Unzulässigkeit der Benachteiligung von Privatschulen gegenüber öffentlichen Schulen festgestellt und ist von der Verfassungsentscheidung für einer Gleichwertigkeit der Bildungsangebote ausgegangen. Der Staat darf Gleichwertigkeit in seiner konkreten Aufsichtstätigkeit (Art. 7 Abs. 1 GG) nicht nur als Instrument zur Kontrolle des Leistungsniveaus von Privatschulen verstehen, sondern er muss auch die eigene Rechtsbindung darin erkennen, Privatschulen nicht schlechter zu behandeln, als staatliche Schulen. Dabei ist auch gleichheitsrechtlich von dem durch Art. 7 Abs. 4 GG garantierten Recht der freien Lehrwahl für Privatschulen auszugehen.

**Kompensation
gleichheitsrechtlich
denken**

Die verfassungsrechtliche der Schulaufsicht überantwortete Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Unterrichts an Schulen in freier Trägerschaft darf kein Einfallstor werden für eine ungerechtfertigte Einschränkung der Freiheit der Lehrwahl. Gleichwertigkeit von öffentlichen und privaten Schulen bedeutet, dass der Bildungs- und Erziehungsauftrag von öffentlichen Schulen und Schulen in freier Trägerschaft mit gleichem Recht verwirklicht wird. Deshalb darf der Staat Privatschulen nicht diskriminieren, vielmehr müssen Privatschulen chancengleich am Markt auftreten können, Nachteile müssen auch hier gegebenenfalls kompensiert werden. Insofern kann und muss die Verpflichtung des Staates, die Zweigliedrigkeit, sprich die Dualität des staatlichen und des freien Schulwesens zu ermöglichen, auch gleichheitsrechtlich kompensatorisch gedacht werden. Von dem Staat kann „systemgerechtes“, d.h. am Freiheitsrecht der Privatschulfreiheit orientiertes Verhalten verlangt werden. Er muss beachten, dass für ein Funktionieren des Systems Privatschule ein eine faktische Auswahl ermöglichender Lehrmarkt erforderlich ist, auf dem gleichberechtigter, chancengleicher Wettbewerb sich entfalten kann.

c) Ausgleichspflichtige Ungleichbehandlungen [S. 27/28]

Allerdings häufen sich entgegen dieser verfassungsrechtlichen Erwartung und Anforderung im Wettbewerb um Lehrkräfte die Belege für eine Ungleichbehandlung. Ohnehin muss berücksichtigt werden, dass die freien Schulen die Vorteile des Beamtenverhältnisses nicht kompensieren können. Umso gewichtiger ist die Gefahr einer inzwischen ausgleichspflichtigen Ungleichbehandlung vorwiegend in zwei Konstellationen:

Quereinsteiger

– *Zum einen geht es um die Frage der wissenschaftlichen und pädagogischen Qualifikation von sog. „Quereinsteigern... Es spricht unter Gleichheitsgesichtspunkten viel dafür, dass der Staat dieselben Kriterien für Quereinsteiger bei freien Schulen anlegen muss wie an öffentlichen Schulen und nicht über die Aufsicht dort etwas versagen darf, was an öffentlichen Schulen zugelassen wird.*

**Fachfremder
Lehrereinsatz**

– *Darüber hinaus führt die Beschränkung der Unterrichtsgenehmigung für Privatschullehrer auf bestimmte Fächer dazu, dass ein fachfremder Unterricht durch einen Privatschullehrer nicht möglich ist. Das ist insbesondere dann problematisch, wenn für bestimmte Fächer keine oder zu wenig Lehrkräfte an der Privatschule tätig sind. Solche Mangelercheinungen werden in öffentlichen Schulen aber regelmäßig durch den fachfremden Einsatz von Lehrkräften aufgefangen, diese Ausnahmereaktion muss auch Privatschulträgern gestattet werden.*

Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung und daraus folgend eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung derselben lassen sich wegen der verfassungsrechtlich vorgegebenen Gleichwertigkeit des Privatschulsystems und des öffentlichen Schulsystems nicht finden. Deshalb gebietet auch Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG ein staatlicherseits zurückhaltendes Verhalten im Wettbewerb um die Akquirierung von Lehrkräften. In Zeiten eines bestehenden Lehrermangels verlangt Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG also gerade die Herstellung von Chancengleichheit in Bezug auf diese schulische Existenzvoraussetzung.

5. Infrastrukturverantwortung und demokratische Gestaltungsfreiheit [S. 28/30]

Nach dem bisher gefundene Ergebnis drängt sich eine Neuinterpretation des Schutzbereichs des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG auch im Hinblick auf die abwehrrechtliche Dimension auf. So ist durchaus die Frage berechtigt, ob die Verfassungsentscheidung für die Privatschulfreiheit es nicht nahelegt, in der Lehrerausbildung eine Tätigkeit zu sehen, die vom Schutzbereich mitefasst ist. Immerhin gewährleistet die Privatschulgründungsfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 GG im Sinne eines nahezu klassischen individuellen Abwehrrechts, dass der Staat Individuen grundsätzlich nur in den in Art. 7 Abs. 4 GG und anderen Verfassungsnormen genannten Bedingungen an der Gründung freier Schulen hindern darf.

Verfassungsgerechte Reform der Lehrerbildung?

Angesichts dessen sollte es kein Tabu sein, über eine Reform der Lehrerausbildung nachzudenken, und zwar zumindest derart, dass Privatschulen zur Durchführung des Vorbereitungsdienstes für die Lehrtätigkeit befugt werden. Dies würde Privatschulen in die Situation versetzen, weitgehend aus sich selbst heraus bestehen zu können und eine gegenwärtige Situation der Abhängigkeit aufheben. Verfassungsrechtlich ist eine Gleichwertigkeit der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrer an Privatschulen vorgegeben. Da folglich eine gleichartige Ausbildung der Lehrer an öffentlichen Schulen und an privaten Schulen nicht gefordert wird, scheint prima facie nichts gegen eine Lehrerausbildung an und durch Privatschulen zu sprechen. Insbesondere wird aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gerade nicht gefolgert, dass für die Lehrtätigkeit an einer Privatschule der Abschluss der staatlichen Lehrerausbildung vorauszusetzen ist. Den Staat aus der alleinigen Verantwortung für den Vorbereitungsdienst für die Lehrerausbildung zu entlassen hieße zwar eine Durchbrechung des staatlichen Ausbildungsmonopols, doch kann eine ausdifferenzierte Normierung des Ausbildungsverlaufs und der Ausbildungsinhalte sowie eine staatliche Aufsicht hinreichenden staatlichen Einfluss und Kontrollmöglichkeiten sichern.

Entsprechende Konsequenzen wären auch für das vorgelagerte Universitätsstudium zu ziehen. Die staatliche Infrastrukturverantwortung für die Ausbildung und Verfügbarkeit von qualifizierten Lehrkräften für das gesamte öffentlich und privat getragene Schulangebot erfordert eine stärkere Beteiligung der freien Schulträger unter Achtung der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit der Universitäten entweder in Form von Kooperationen oder auch Inkorporationen, gegebenenfalls auch durch die öffentliche Unterstützung privat getragener pädagogischer Studiengänge oder privater Hochschuleinrichtungen.

6. Zusammenfassung in Thesen [S.30/31]

1. Das Grundgesetz verfasst das öffentliche Schulangebot sowohl in staatlicher wie in privater Hand. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag ist mediatisiert durch ein duales Trägersystem öffentlicher und privater Provenienz.
2. Dem Staat obliegt aus der leistungsrechtlichen Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG die Infrastrukturverantwortung zur Bereitstellung von Lehrkräften, damit unter vernünftigen wirtschaftlichen Bedingungen in beiden Säulen des öffentlichen Schulsystems ein qualitätsvoller Unterricht angeboten werden kann.

3. *Ändern sich die gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen zu Lasten der Möglichkeiten zur offiziellen Personalgewinnung der Schulen in freier Trägerschaft, so entsteht eine Kompensationspflicht für die zuständigen Länder. Diese Kompensationspflicht verstärkt sich, wenn die Länder zur Gewinnung von Lehrkräften für den öffentlichen Schulbereich Anreize verstärken, die in entsprechendem Umfang den Schulen in privater Trägerschaft nicht zur Verfügung stehen.*
4. *Der Staat darf unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten Privatschulen nicht diskriminieren. Privatschulen müssen chancengleich am Markt auftreten können, strukturelle Nachteile im Wettbewerb um qualifizierte Lehrkräfte müssen kompensiert werden.*
5. *Die verfassungsrechtliche der Schulaufsicht überantwortete Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Unterrichts an Schulen in freier Trägerschaft darf kein Einfallstor werden für eine ungerechtfertigte Einschränkung der Freiheit der Lehrerbewahl.*
6. *Die Infrastrukturverantwortung der Länder für die Möglichkeit von Schulen in freier Trägerschaft, geeignete Lehrkräfte zu gewinnen, wird durch das wissenschaftliche Ausbildungsmonopol verstärkt. Es bedarf insbesondere einer auch die Schulen in freier Trägerschaft hinreichend berücksichtigenden Bedarfsplanung im Hinblick auf Lehr- amtsstudienplätze.*
7. *Im Lichte von Art. 7 Abs. 4 GG erscheint es geboten, nicht nur bestehende Wettbewerbsnachteile der Schulen in freier Trägerschaft auszugleichen, sondern ihnen sowohl in der wissenschaftlichen Ausbildung von Lehrkräften als auch in der schulischen Vorbereitungsphase des Referendariats verstärkte Einfluss- und Partizipationsmöglichkeiten einzuräumen.*



IMPRESSUM

Herausgeber:
Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V.
Kaiser-Friedrich-Ring 79 • D-65185 Wiesbaden
Tel.: +49 611 988717-0 • Fax: +49 611 988717-10
e-mail: info@Institut-IfBB.de
www.Institut-IfBB.de

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

Druck:
Umweltdruckhaus Hannover GmbH
Klusriede 23 • D-30851 Langenhagen
www.Umweltdruckhaus.de

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