

Geleitwort	3
Die Eignungsprüfung von Lehramtsbewerbern für eine Tätigkeit an einer Ersatzschule im Lichte der Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG	4
PROF. DR. MICHAEL QUAAS, M.C.L., RECHTSANWALT, STUTTGART	
Keine Förderung der Schulsozialarbeit an Schulen in freier Trägerschaft in Baden-Württemberg - Chance oder Kehrtwende?	14
DR. JOACHIM SCHMIDT, OPERATIVER VORSTAND DER AGFS BADEN-WÜRTTEMBERG	
Schulgeld- und Lernmittelfreiheit für Schulen in freier Trägerschaft zum Urteil des Sächsischen Obergericht vom 8. Juli 2022, Az. 2 A 315/20	17
LINUS JUNGINGER, RECHTSANWALT, MAINZ	
Dreimal Corona – Urteilsbesprechungen	20
MARTIN MALCHEREK, RECHTSANWALT UND VORSTAND DES IFBB	

Geleitwort

An Schulen in freier Trägerschaft sollen nur qualifizierte Lehrkräfte tätig sein. Dieser Grundsatz ist sowohl für Träger freier Schulen als auch die Schulaufsichtsbehörde unstrittig. Die Problematik ergibt sich häufig aus dem Feststellungsverfahren einer gleichwertigen Lehrerqualifikation selbst. Im ersten Beitrag wird der Frage nachgegangen, ob das Verfahren in NRW, welches angehende Lehrkräfte an Schulen in freier Trägerschaft durchlaufen müssen, um genehmigt werden zu können, einer (verfassungs)rechtlichen Überprüfung standhält. Die Antwort der juristischen Analyse lautet: nein.

Die politische und rechtliche Auseinandersetzung mit der Thematik angemessener Landeszuschüsse für die Schulen in freier Trägerschaft hat durch Urteil des VGH Sachsen eine problematische Akzentuierung erhalten, wobei den Einkommen der Lehrkräfte eine zentrale Bedeutung zukommt – wenn sie um 10 % bis 20% geringer ausfielen als vergleichbare Einkommen an öffentlichen Schulen, sei das nicht zu beanstanden. In dem zweiten Beitrag des vorliegenden Heftes werden u.a. die sich daraus ergebenden Konsequenzen aufgezeigt, welche durch den in der Landesverfassung garantierten Schulgeldersatz eine spezifische Relevanz erhalten.

Ebenfalls noch weitgehend ungelöst ist die Frage, wer die Schulsozialarbeit an freien Schulen finanziert. In einem kurzen Beitrag wird der Blick auf diese Problematik in Baden-Württemberg gerichtet – sie ist leider auch in anderen Bundesländern anzutreffen.

Besprechungen relevanter Urteile zum Pandemiegeschehen bilden den Abschluss des vorliegenden Heftes.

DIE REDAKTION

Die Eignungsprüfung von Lehramtsbewerbern für eine Tätigkeit an einer Ersatzschule im Lichte der Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG

PROF. DR. MICHAEL QUAAS, M.C.L., RECHTSANWALT, STUTTGART

In nahezu sämtlichen Bundesländern existiert ein Anzeige- oder Genehmigungserfordernis für Lehrkräfte, die an einer Ersatzschule tätig werden wollen¹. Zuständig für die Erteilung einer sog. Unterrichtsgenehmigung ist regelmäßig die obere Schulaufsichtsbehörde. Das Verfahren und die erforderlichen Voraussetzungen für die Unterrichtsgenehmigung sind in den einzelnen Bundesländern höchst unterschiedlich geregelt. Eine sehr spezielle Rolle nimmt dabei das Land Nordrhein-Westfalen (NRW) ein, das sich als einziges Bundesland anstelle einer Einzelfallentscheidung als Ergebnis der Überprüfung der Voraussetzungen insbesondere der Gleichwertigkeit der von dem Bewerber geleisteten wissenschaftlichen Ausbildung für ein sog. „Feststellungsverfahren“ entschieden hat, das zwingend der Erteilung einer Unterrichtsgenehmigung vorgeschaltet ist. Rechtliche Grundlage ist die in § 104 Abs. 6 SchulG NRW enthaltene Ermächtigung, das Feststellungsverfahren in einer Rechtsverordnung (RVO) zu regeln. Das ist mit § 7 der im Jahre 2020 novellierten Verordnung über die Ersatzschulen (ESchVO)² erfolgt. Das Feststellungsverfahren hat zum Ziel, in einem zweistufigen Verfahren zu klären, ob der dem Schulträger obliegende Nachweis der wissenschaftlichen und pädagogischen Eignung des Lehrers durch gleichwertige freie Leistungen nach § 102 Abs. 2 Satz 2 SchulG NRW erbracht ist. Mit dem Begriff der gleichwertigen freien Leistungen nach § 102 Abs. 2 SchulG NRW trägt der Landesgesetzgeber dem Grundrecht des Ersatzschulträgers aus Art. 7 Abs. 4 GG Rechnung, bei der Auswahl seiner Lehrkräfte auch Personen berücksichtigen zu dürfen, die eine von der Ausbildung der Lehrkräfte im öffentlichen Schulwesen abweichende Ausbildung erfahren haben³. Die Besonderheit des Modells einer Unterrichtsgenehmigung in NRW liegt nun nicht nur darin, dass an die Stelle einer Einzelfallgenehmigung für die Unterrichtstätigkeit eines Privatschullehrers ein (staatliches) „Feststellungsverfahren“ tritt, zu dem der einzelne Schulträger „zugelassen“ werden muss und erst danach eine Beurteilung der Gleichwertigkeit der freien Leistungen erfolgt. Vielmehr hat sich § 7 ESchVO 2020 auch dafür entschieden, das „Feststellungsverfahren“ als (echtes) Prüfungsverfahren vorzusehen, sodass die Unterrichtsgenehmigung für den einzelnen Ersatzschullehrer letztlich auf der Grundlage einer Eignungsprüfung, die von der oberen Schulaufsichtsbehörde abzunehmen ist, erfolgt. Das wirft besondere einfach-rechtliche und verfassungsrechtliche Fragen auf, die es im Folgenden zu behandeln gilt.

¹ Zu den einzelnen landesrechtlichen Bestimmungen vgl. Keller/Krampe/Surwehne/Schupp, Das Recht der Schulen in Freier Trägerschaft, 2. Auflage 2021, 7. Kapitel Rdn. 65 ff.

² 4. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Ersatzschulen vom 30.06.2020, Ausgabe Nr. 29 GV. NRW vom 13.07.2020.

³ OVG NRW, U. v. 07.04.1992 – 19 A 3019/91 – NWVBl. 1993, 2011; VGH BW, U. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – in DÖV 2019, 368.

I. Die Eignungsprüfung für Ersatzschullehrer gemäß § 7 ESchVO

1. Gesetzliche Grundlage

Gesetzliche Grundlage des in § 7 ESchVO enthaltenen Feststellungsverfahrens ist die Bestimmung des § 104 Abs. 6 SchulG: Danach trifft das Ministerium durch Rechtsverordnung (RVO) Bestimmungen zur Durchführung der §§ 100 bis 104 SchulG, insbesondere „das Feststellungsverfahren zum Nachweis der wissenschaftlichen und pädagogischen Eignung der Lehrer:innen“. Mit dieser Anknüpfung an „das Feststellungsverfahren“ verweist § 104 Abs. 6 SchulG auf § 102 Abs. 2 Satz 1 SchulG, wonach die Anforderungen an die wissenschaftliche Ausbildung der Lehrer:innen erfüllt sind, wenn eine fachliche, pädagogische und unterrichtliche Vor- und Ausbildung sowie die Ablegung von Prüfungen nachgewiesen werden, die der Vor- und Ausbildung und den Prüfungen der Lehrer:innen an den entsprechenden öffentlichen Schulen im Wert gleich kommen. § 104 Abs. 6 SchulG verweist damit nicht auf die Bestimmung des § 102 Abs. 2 Satz 2 SchulG, wonach „in besonderen Ausnahmefällen“ auf den in § 102 Abs. 2 Satz 1 SchulG geregelten Nachweis verzichtet werden kann. Insoweit geht der Gesetzgeber in § 104 Abs. 6 SchulG offenbar davon aus, dass sich ein solcher „besonderer Ausnahmefall“ einer generellen Regelung durch eine RVO entzieht. Vielmehr soll die Schulverwaltung ermächtigt sein, in einem solchen Einzelfall – wie es die generelle Praxis aller (anderen) Bundesländer ist – zu entscheiden, ob anstelle des in § 102 Abs. 2 S. 1 SchulG vorgesehenen Nachweises – ausnahmsweise – der Nachweis durch gleichwertige freie Leistungen erbracht werden kann.

2. Das Zwei-Stufen-Modell der Eignungsprüfung gemäß § 7 ESchVO

Die Voraussetzungen und das Verfahren der Eignungsprüfung des Ersatzschullehrers sind in § 7 ESchVO geregelt. Insoweit ist zwischen der Zulassung zur Eignungsprüfung (1. Stufe) und deren Durchführung (2. Stufe) zu unterscheiden:

a) Erste Stufe: Zulassung zur Prüfung

Eine Zulassung im Rechtssinne mit einem (antragsabhängigen) Zulassungsverfahren sieht § 7 ESchVO nicht vor. Die Bestimmungen des § 7 Abs. 2 bis 6 ESchVO regeln vielmehr ausschließlich die Mindestvoraussetzungen für eine „Zulassung“ zum Feststellungsverfahren (§ 7 Abs. 2 - 5 ESchVO) bzw. entgegenstehende (unter-) gesetzliche Ausschlussgründe (§ 7 Abs. 6 ESchVO). Gemäß § 7 Abs. 2 ESchVO wird zum Feststellungsverfahren zugelassen, wer

- gemäß § 10 Lehrerausbildungsgesetz (LABG) einen Studienabschluss in einem gemäß § 11 LABG i.V.m. der Lehramtszugangsverordnung (LZV) akkreditier-

- ten Studiengang für ein Lehramt der angestrebten Schulform und das angestrebte Fach erworben hat (Nr. 1 lit. a), oder
 - eine Prüfung bestanden hat, die gemäß § 14 LABG als gleichwertig geeignet für den Zugang zum Vorbereitungsdienst in einem der angestrebten Schulform entsprechenden Lehramt anerkannt worden ist (Nr. 1 lit. b), oder
 - in einem Fach der jeweiligen Schulform und Schulstufe einen Hochschulabschluss an einer Universität oder Kunsthochschule erworben hat, der auf einer Regelstudienzeit von insgesamt mindestens sieben Semestern beruht (Nr. 1 lit. c).
- Zusätzlich muss der Bewerber/die Bewerberin nach § 7 Abs. 2 ESchVO u.a. auf der Grundlage eines Hochschulabschlusses eine mindestens 3-jährige Unterrichtspraxis besitzen und sonstige Voraussetzungen erfüllen. Ferner wird gemäß § 7 Abs. 5 ESchVO zum Feststellungsverfahren zugelassen, wer eine entsprechende Ausbildung durchlaufen hat und eine dieser Qualifikation im Wesentlichen entsprechende mindestens 4-jährige außerschulische Berufserfahrung besitzt (Nr. 2). Nicht zum Feststellungsverfahren zugelassen wird u.a. wer eine Staatsprüfung für ein Lehramt während des Vorbereitungsdienstes oder einer berufsbegleitenden Ausbildung endgültig nicht bestanden hat (§ 7 Abs. 6 ESchVO).

b) Zweite Stufe: Durchführung der Prüfung

Liegen weder der Ausschlussgrund des § 7 Abs. 6 ESchVO noch die sich aus § 7 Abs. 2 bis 5 ESchVO ergebenden Ausschlussgründe einer „Zulassung“ des Bewerbers deshalb vor, weil er die Mindestanforderungen des § 7 Abs. 2 bis 5 ESchVO nicht erfüllt, kommt es zu dem in § 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO vorgesehenen Prüfungsverfahren. Es soll innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen werden, wozu die obere Schulaufsichtsbehörde eine befristete Unterrichtsgenehmigung für den entsprechenden Zeitraum erteilt. Gegenstand des Prüfungsverfahrens ist eine schriftliche Arbeit und eine unterrichtspraktische Prüfung je Fach sowie ein Kolloquium von etwa 45 Minuten Dauer (§ 7 Abs. 8 Satz 2 ESchVO). Hinsichtlich der schriftlichen Arbeit, der unterrichtspraktischen Prüfung und des Kolloquiums sind die Bestimmungen der Ordnung des Vorbereitungsdienstes und der Staatsprüfung vom 10.04.2011 (GV. NRW S. 218) entsprechend anzuwenden. Reichen die Beurteilung der schriftlichen Arbeit, der unterrichtspraktischen Prüfung je Fach und des Kolloquiums zur „Feststellung“ der Eignung des Bewerbers nicht aus, findet ergänzend zusätzlich eine mündliche Prüfung von mindestens 60 Minuten Dauer statt (§ 7 Abs. 8 Satz 3 der ESchVO).

Gemäß § 7 Abs. 10 Satz 1 ESchVO trifft die Entscheidung über das Ergebnis der Eignungsprüfung die obere Schulaufsichtsbehörde: Sie stellt gemäß § 7 Abs. 10 Satz 2 ESchVO „als Ergebnis der Prüfung“ fest, ob der Bewerber Leistungen erbracht hat, die den Anforderungen des betreffenden Lehramts in allen Teilen der Prüfung im Wert gleichkommen. Maßstab ist insoweit § 26 der Ordnung des Vorbereitungsdienstes und der Staatsprüfung. Stellt die obere Schulaufsichtsbehörde als Ergebnis der Prüfung fest, dass eine Gleichwertigkeit der Leistungen nicht gegeben ist, führt sie auf Antrag

des Schulträgers innerhalb von sechs Monaten eine einmalige Wiederholungsprüfung durch (§ 7 Abs. 10 Satz 4 ESchVO). Für diesen Zweck wird die befristete Unterrichtsgenehmigung des Lehrers um max. sechs weitere Monate verlängert.

3. (Einfach-)rechtliche Bewertung

Die einfach-rechtliche Bewertung des in § 7 ESchVO vorgesehenen Zwei-Stufen-Modells hat sich zunächst mit dem Rechtscharakter des „Feststellungsverfahrens“ auseinanderzusetzen, da dessen Einordnung als „Nachweisverfahren“ oder (echtes) Prüfungsverfahren von ausschlaggebender Bedeutung für die Frage der Einhaltung des Ermächtigungsrahmens auf der Grundlage des § 106 Abs. 4 ESchVO ist. Insoweit ergibt die Prüfung, dass das 2-Stufen-Modell des § 7 ESchVO als ausschließliche Grundlage der Feststellung des Nachweises der wissenschaftlichen und pädagogischen Eignung der Ersatzschullehrer nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 106 Abs. 4 ESchVO gedeckt ist. Das gilt umso mehr für die von § 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO vorgesehene Eignungsprüfung, deren Rechtfertigung als Maßnahme der „Schulaufsicht“ gemäß § 104 SchulG ausscheidet.

a) Gesetzliche Ermächtigung für ein Nachweisverfahren

Der Gesetzgeber ermächtigt in § 104 Abs. 6 SchulG das Ministerium zum Erlass einer RVO u.a. zu einem „Feststellungsverfahren“, das den Nachweis der wissenschaftlichen und pädagogischen Eignung der Lehrer gemäß der vom Gesetzgeber in § 104 SchulG geforderten Qualifikation der Ersatzschullehrer erbringen soll. Die RVO soll also i.e. bestimmen, wie der vom Ersatzschulträger geforderte Nachweis der Eignung des für eine Anstellung in Aussicht genommenen Lehrers von diesem zu erbringen ist: Dazu verlangt § 7 Abs. 1 Satz 2 ESchVO die „Vorlage der Unterlagen nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 ESchVO“, die der Ersatzschulträger dem Antrag auf Genehmigung – hier des Ersatzschullehrers – beizufügen hat. Das Nachweis- und Feststellungsverfahren bezieht sich damit insbesondere auf die Vollständigkeit der geforderten Unterlagen, wie es in vielen Genehmigungsverfahren einer Behörde, die auf eine Genehmigung, Erlaubnis etc. gerichtet sind, der Fall ist.

b) Keine Ermächtigung für (echtes) Prüfungsverfahren

Die Ausgestaltung des Verfahrens auf der 2. Entscheidungsstufe, das in § 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO als „Durchführung des Feststellungsverfahrens“ bezeichnet wird, verlässt den Boden eines (bloßen) Nachweisverfahrens und ist rechtlich spätestens seit der Neufassung von § 7 ESchVO nach dessen Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck als „echtes Prüfungsverfahren“ zu qualifizieren. Nach dem Wortlaut des § 7 ESchVO unterteilt sich das Feststellungsverfahren in ein Verfahren der Zulassung (§ 7 Abs. 2 bis 7 ESchVO) und das eigentliche „Prüfungsverfahren“ (§ 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO), auf das die Bestimmungen der staatlichen Prüfungsordnung vom 10.04.2011 entsprechend anzuwenden sind. Dem entspricht die Systematik des § 7 ESchVO mit den bei-

den Entscheidungsstufen. Ersichtlich orientiert sich der Verordnungsgeber an der im Prüfungsrecht geläufigen Unterscheidung zwischen der „Zulassung“ zur Prüfung und deren „Durchführung“⁴. Wortlaut, Systematik des § 7 ESchVO entsprechen schließlich dem Sinn und Zweck der zweistufigen Beurteilung des Lehramtsbewerbers. Die Vorlage von Unterlagen reicht der oberen Schulaufsichtsbehörde zur „Feststellung“ der Eignung des Bewerbers nicht aus. Ihr geht es insbesondere auch um Fragen der pädagogischen Eignung des Lehrers, die nicht allein durch Unterlagen nachgewiesen werden kann. Damit steht fest, dass es sich bei dem durch § 7 ESchVO eingeführten Feststellungsverfahren jedenfalls auf der 2. Stufe um ein echtes Prüfungsverfahren handelt, auf das die Grundsätze und Vorgaben des staatlichen Prüfungsrechts anwendbar sind.

c) Eignungsprüfung des Ersatzschullehrers nicht von der gesetzlichen Ermächtigung gedeckt

Die zweistufige Eignungsprüfung des Bewerbers als Lehrkraft für eine Ersatzschule gemäß § 7 ESchVO ist damit nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 104 Abs. 6 SchulG gedeckt. Das hat seinen Grund bereits darin, dass mit dem Verweis auf das „Feststellungsverfahren“ der Regelnachweis nach § 102 Abs. 2 Satz 1 SchulG gemeint ist, der indessen nicht Gegenstand der zweistufigen Eignungsprüfung nach § 7 ESchVO ist. Vielmehr kann das in § 7 ESchVO geregelte Feststellungsverfahren allenfalls auf die Ausnahmebestimmung des § 102 Abs. 2 Satz 2 SchulG gestützt werden, deren Voraussetzungen indessen nicht in § 7 ESchVO regelt sind.

Es kommt hinzu, dass § 104 Abs. 6 SchulG erst recht nicht zulässt, dass dort vorgesehene „Nachweisverfahren“ als echtes Prüfungsverfahren auszugestalten. Weder der Regelnachweis des § 102 Abs. 2 Satz 1 SchulG noch die Ausnahmebestimmung des § 102 Abs. 2 Satz 2 SchulG lassen ein (staatliches) Prüfungsverfahren zu, welches den von der Ersatzschule bzw. dem betreffenden Lehrer zu führenden Nachweis durch eine vom Staat durchgeführte Prüfung ersetzt. § 7 ESchVO entbehrt damit der gesetzlichen Ermächtigung und ist deshalb nichtig.

II. Die Verfassungswidrigkeit der Eignungsprüfung gemäß § 7 ESchVO

Die in § 7 ESchVO vorgesehene Eignungsprüfung entbehrt nicht nur der gesetzlichen Grundlage. Sie ist auch deshalb mit höherrangigerem Recht nicht vereinbar, weil sie sowohl der Privatschulfreiheit gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG wie auch dem Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG widerspricht:

1. Privatschulfreiheit gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG

Die Bestimmungen des § 7 Abs. 2 bis 6 ESchVO (Zulassungsvoraussetzungen zum Feststellungsverfahren) sowie des § 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO (Durchführung des Feststellungsverfahrens als Eignungsprüfung) widersprechen der Freiheitsgarantie des Art.

⁴ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Auflage 2022, Rdn. 25 ff., 32 ff., 166 ff.

7 Abs. 4 Satz 3 GG und dem damit grundrechtlich begründeten Anspruch auf eine Lehrgenehmigung:

a) Grundrechtliche Individualanspruch auf Unterrichtsgenehmigung

Der grundrechtliche Individualanspruch auf Genehmigung einer Privatschule als Ersatzschule, wenn diese in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht, hat nach ständiger Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte folgenden Inhalt⁵:

- Die Voraussetzungen in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sind abschließend. Die Erfüllung weiterer als der in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG aufgeführten schulbezogenen Genehmigungsvoraussetzungen darf dem privaten Schulträger weder durch das Landesrecht noch durch eine bestimmte Ausgestaltung der schulbehördlichen Genehmigungspraxis abverlangt werden⁶.
- Die Freiheit der Methoden- und Formenwahl prägt die Privatschulfreiheit. Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG macht dies darin kenntlich, dass die Genehmigungsfähigkeit als Ersatzschule gegeben ist, „wenn die Privatschulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen.“ Damit wird sowohl im Hinblick auf die Lehrziele wie auch auf die wissenschaftliche Ausbildung diese Voraussetzung dahin konkretisiert, dass insoweit keine Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen, sondern nur eine Gleichwertigkeit verlangt werden kann. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ist demgemäß die zu erreichende gleichwertige Qualifikation bei Abschluss des schulischen Bildungsgangs⁷.
- Das gilt insbesondere im Hinblick auf die durch § 7 ESchVO geregelte Qualifikation der „wissenschaftlichen Ausbildung“. Auch insoweit wird mit Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG lediglich die „Gleichwertigkeit“, nicht aber die „Gleichartigkeit“ verlangt. Die zuständigen Behörden müssen daher aufgrund einer nachprüfbaren, auf konkrete Feststellungen gestützte Prognose feststellen, ob sich in Bezug auf das Ergebnis des jeweiligen Bildungsgangs im Vergleich mit öffentlichen Schulen voraussichtlich Defizite ergeben werden. Zu der Gesamtbetrachtung der Gleichwertigkeit des Bildungsgangs und ggf. auch der Ausstattung der Schule mit Sach- und Personalmitteln muss insbesondere das spezifische pädagogische Profil der Schule herangezogen werden⁸.
- Insoweit gehört es zum Kernbereich der Privatschulfreiheit, dass die Frage der Gleichwertigkeit wissenschaftlicher Abschlüsse im Hinblick auf die pädagogi-

5 Vgl. zuletzt u.a. VGH Baden-Württemberg, B. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 – juris.

6 BVerwGE 145, 333 m.w.Nw. zur Rspr. das BVerfG; VGH BW, a.a.O.

7 BVerwGE 90, 107 (122); BVerfGE 112, 263; VGH BW a.a.O.

8 Rux/Niehues, a.a.O., Rdn. 1144.

sche und didaktische Ausbildung nach den Maßstäben und den Inhalten der konkreten Privatschule behandelt wird und damit eine die Privatschulgarantie und das pädagogische Profil der Privatschule heranzuziehende Gesamtbetrachtung zu erfolgen hat⁹.

b) Anwendung

In Anwendung dieser Grundsätze und grundgesetzlicher Maßstäbe ist die in § 7 ESchVO vorgesehene Eignungsprüfung des Ersatzschullehrers mit Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht zu vereinbaren:

- Nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ist jede Ersatzschule berechtigt, unter den dort abschließend genannten Voraussetzungen den Nachweis der hinreichend wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte zu führen. Ob dieser Nachweis gelingt, hängt ausschließlich von den abschließend in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG genannten Voraussetzungen ab.
- Damit ist nicht vereinbar, von vornherein bestimmte Bewerber für eine Lehrgenehmigung auszuschließen, die nach Auffassung des Ag. die Voraussetzungen der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG geforderten wissenschaftlichen Ausbildung nicht führen können. Eine solche „Auslese zulassungsunwürdiger Bewerber“ – wie dies durch § 7 Abs. 2 bis 7 ESchVO erfolgt - verletzt den grundrechtlichen Genehmigungsanspruch des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG.
- Nichts anderes gilt für das in § 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO vorgesehene Prüfungsverfahren, das erst einsetzt, wenn der Bewerber die in §§ 7 Abs. 2 bis 5 ESchVO geforderten Mindestvoraussetzungen der darin geforderten Qualifikation erfüllt hat. Ein solches Prüfungsverfahren mit offenem Ausgang widerspricht dem in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG geforderten Nachweis, der lediglich eine Prognoseentscheidung der oberen Schulaufsichtsbehörde zulässt. Eine solche Prognoseentscheidung ist gerichtlich voll überprüfbar, wie dies ebenfalls durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte geklärt ist¹⁰.
- Damit steht zugleich fest, dass es eine „echte Prüfung“ – wie dies (einschließlich Wiederholungsprüfung) durch § 7 Abs. 8 bis 10 ESchVO geregelt ist - auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht geben darf. Die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung sind in Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG abschließend aufgeführt. Sind sie erfüllt, hat die Ersatzschule einen verfassungsrechtlich verbürgten Genehmigungsanspruch. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen kann deshalb nicht von einer – staatlich angeordneten – Prüfung der Geeignetheit eines Ersatzschullehrers abhängig gemacht werden. Damit erschwert das Land die Voraussetzungen, die durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG abschließend normiert worden sind.

⁹ Keller/Krampen/Surwehme/Schupp, a.a.O., Kap. 7, Rdn. 19 m.w.Nw.

¹⁰ VGH BW, B. v. 18.01.2019 – 9 S 2549/18 -; Pieroth NWVBl 1993, 201 (203).

2. Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Die Bestimmung des § 7 ESchVO verletzt darüber hinaus das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG. Unzulässig eingegriffen wird in das Grundrecht auf Berufswahlfreiheit des Bewerbers für eine Tätigkeit an einer Ersatzschule, dem eine solche Möglichkeit über § 7 Abs. 2 bis 6 ESchVO genommen wird. Verletzt wird darüber hinaus das in Art. 12 Abs. 1 GG gleichfalls gewährleistete „Recht auf Prüfung“.

a) Unzulässiger Eingriff in die Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG enthält einen Gesetzesvorbehalt. Nur auf gesetzlicher Grundlage darf in das Grundrecht der Berufswahl eingegriffen werden:

- § 7 Abs. 2 bis 6 ESchVO schließen bestimmte Bewerber für eine Anstellung als Lehrer an einer Ersatzschule unter den dort genannten Voraussetzungen aus. Dafür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche ist nicht § 104 Abs. 6 SchulG. Schon von ihrem Anwendungsbereich her wird dort das Recht auf Freiheit der Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG nicht geregelt.
- Damit sind die in § 7 Abs. 2 bis 6 ESchVO vorgesehenen objektiven und subjektiven Einschränkungen der Berufswahl und der Berufsausübung ohne gesetzliche Grundlage, mithin verfassungswidrig.
- Das gilt schließlich für die in § 7 Abs. 2 bis 5 ESchVO vorgenommenen Einschränkungen als Voraussetzungen für die „Zulassung“ zum Feststellungsverfahren bzw. für den mit § 7 Abs. 6 ESchVO vorgesehenen Ausschluss von der Zulassung zur Eignungsprüfung als subjektive und objektive Einschränkungen der Berufswahl und der Berufsausübung. Sie halten den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG gemäß der Rechtsprechung des BVerfG zur 3-Stufen-Theorie seit dem Apothekenurteil¹¹ nicht stand. § 7 Abs. 2 – 5 ESchVO enthalten subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen (2. Stufe), die nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft sind¹². Davon ist hier nichts ersichtlich. Die Regelungen dienen in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Schulsystems und der Abschreckung von Bewerbern für Ersatzschulen. Ein solcher Konkurrentenschutz ist in Ansehung der Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG nicht schutzwürdig.

¹¹ BVerfGE 7, 377, 405 ff.

¹² BVerfG, st.Rspr. u.a. BVerfGE 93, 213; 117, 126; 123, 186 u.v.m.

b) Verstoß gegen das Grundrecht auf Prüfung

Art. 12 Abs. 1 GG garantiert darüber hinaus ein Grundrecht auf Prüfung. Auch in dieses Grundrecht darf nur auf gesetzlicher Grundlage gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG eingegriffen werden¹³. Dieses verfassungsrechtlich verbürgte „Recht auf Prüfung“ stellt sich konkret als ein – an gesetzliche Voraussetzungen gebundener – Anspruch auf Zulassung zur Prüfung und auf Durchführung des Prüfungsverfahrens mit dem Ziel eines entsprechenden Abschlusses dar. Auch insoweit dürfen nur objektive und subjektive Zulassungsvoraussetzungen aufgestellt werden, die der vom BVerfG im Apotheken-Urteil aufgestellten 3-Stufen-Theorie genügen¹⁴. Dem wird § 7 ESchVO nicht gerecht. Es fehlt bereits an der gesetzlichen Grundlage für die Eignungsprüfung. Auf die Ausführungen zum unzulässigen Eingriff in das Recht auf Berufsfreiheit wird im Übrigen verwiesen.

III. Abschließende Beurteilung

Die vorstehende Analyse des 2-Stufen-Modells der Eignungsprüfung für potentielle Ersatzschullehrer:innen gemäß § 7 ESchVO hat gezeigt, dass das für das sog. Feststellungsverfahren zuständige Ministerium den von einem Ersatzschulträger gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG geforderten Nachweis der Qualifikation dazu nutzt, über ein (echtes) Prüfungsverfahren eine Vorauslese von – nach seiner Auffassung – ungeeigneten Ersatzschullehrer:innen zu betreiben und die infrage kommenden Ersatzschullehrer:innen aufgrund der hohen Hürden einer staatlich angeordneten Prüfung mit staatlich vorgegebenen Eignungskriterien hinsichtlich ihrer fachlichen, pädagogischen und unterrichtpraktischen Befähigung von der Ausübung einer solchen Tätigkeit eher abzuschrecken:

1. Damit stellt sich das 2-Stufen-Modell der Eignungsprüfung von Ersatzschullehrer:innen letztlich als Instrument dar, in den Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Schulen einzugreifen, um im Bereich der Lehrgewinnung als Existenzgrundlage einer Ersatzschule nachteilige Wirkungen für diese zu erzeugen. Angeblich soll dies dazu dienen, Schüler:innen vor unzureichenden Bildungseinrichtungen zu schützen. Deshalb soll die zweistufige Eignungsprüfung als Maßnahme der Schulaufsicht legitimiert sein. Übersehen wird dabei, dass auch die in Art. 7 Abs. 1 GG als kollidierendes Verfassungsrecht vorgeschriebene Schulaufsicht ihrerseits durch die Privatschulfreiheit eingeschränkt wird. Daraus folgt, dass die mit § 7 ESchVO vorgesehene Bindung des Feststellungsverfahrens an die Vorgaben eines öffentlichen Schul-

¹³ Zu Einzelheiten: Fischer/Jeremias/Dieterich, a.a.O., Rdn. 13 ff., 19 ff., 134 ff.

¹⁴ Fischer/Jeremias/Dieterich, a.a.O., Rdn. 135 ff.

wesens nicht über das Bestehen einer Schulaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden kann.

2. Auch im Übrigen ist die in § 7 ESchVO vorgesehene Eignungsprüfung mit höherrangigem Recht nicht vereinbar. Sie ist weder von der Ermächtigungsgrundlage der §§ 102 Abs. 2 Satz 2, 104 Abs. 6 SchulG gedeckt, da insbesondere das dort normierte Feststellungsverfahren in § 7 ESchVO als Prüfungsverfahren ausgestaltet ist, noch erlaubt die Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG, solche – restriktiven – Beschränkungen den Trägern von Ersatzschulen aufzubürden, die sich nicht als sachlich gerechtfertigt erweisen und im Widerspruch zur Freiheitsgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG stehen.

Keine Förderung der Schulsozialarbeit an Schulen in freier Trägerschaft in Baden-Württemberg – Chance einer Kehrtwende?

DR. JOACHIM SCHMIDT, OPERATIVER VORSTAND DER AGFS BADEN-WÜRTTEMBERG

Auf die Frage, ob die Schülerinnen und Schüler an Schulen in freier Trägerschaft keine Schulsozialarbeit benötigen würden, gibt es nur eine richtige Antwort: Nein, natürlich brauchen sie diese – im gleichen Maße wie alle Kinder und Jugendlichen, egal welche Schule sie besuchen. Zahlreiche Studien zeigen, wie stark der Bedarf an Begleitung und Beratung gewachsen ist und weiter wächst – auch, aber nicht nur als Folge der Corona-Pandemie.

Obwohl dem so ist, bleibt die Förderung durch die Kommune und das Land in Baden-Württemberg auf die öffentlichen Schulen beschränkt.

Die Vorgeschichte zu diesem Faktum ist lang: Zum Schuljahr 2004/2005 wurde die Landesförderung der Jugendsozialarbeit an Schulen von der damals amtierenden Regierung aus CDU und FDP eingestellt. 2011 änderte dies der so genannte „Pakt für Familien mit Kindern“ zwischen der Landesregierung und den kommunalen Landesverbänden. Das Land beteiligte sich ab dem Jahr 2012 zu einem Drittel an den Kosten der Schulsozialarbeit bis zu einem Betrag von 15 Mio. € jährlich. Diese Direktvereinbarung schloss die Schulen in freier Trägerschaft explizit aus. Auf eine parlamentarische Anfrage der FDP antwortete seinerzeit die Landesregierung: „Hintergrund des Wiedereinstiegs des Landes in die Förderung der Jugendsozialarbeit an öffentlichen Schulen ist das Ziel, die Jugendsozialarbeit in Baden-Württemberg auszubauen. Dabei sollen die Kommunen bei der Etablierung der Jugendsozialarbeit finanziell entlastet werden. Die Förderung von Schulen in freier Trägerschaft ist daher nicht vorgesehen.“ Die Arbeitsgemeinschaft der freien Schulen in Baden-Württemberg (AGFS) vertritt im Land Baden-Württemberg rund 640 Ersatzschulen mit ca. 120.000 Schüler:innen. Die Arbeitsgemeinschaft arbeitet seit 2012 intensiv daran, mit den kommunalen und staatlichen Vertretungen ein Verständnis dafür zu entwickeln, dass alle Schülerinnen und Schüler Kinder bzw. Jugendliche des Landes Baden-Württemberg sind und daher auch gleichberechtigt (nicht bevorzugt) in die Förderung der Schulsozialarbeit durch die Kommunen und das Land einbezogen werden müssen.

Die rechtliche Bewertung kommt zu dem Ergebnis, dass in Baden-Württemberg die Schulsozialarbeit nach § 1 Abs. 1 Kinder- und Jugendhilfegesetz Baden-Württemberg (LKJHG) den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe übertragen ist. Das sind im Wesentlichen die Land- und Stadtkreise - die Schulsozialarbeit ist mithin Teil der Kinder- und Jugendhilfe, für die die örtlichen Jugendämter zuständig sind.

Das Land Baden-Württemberg stellt also im Landeshaushaltsplan Gelder für die Schulsozialarbeit zur Verfügung, die von den örtlichen Trägern der Jugendhilfe abgerufen werden können, wenn bei ihnen Schulsozialarbeit stattfindet. Dabei ist in der Verwaltungsanweisung ausdrücklich vorgegeben, dass die Gelder nur für Schulsozialarbeit an öffentlichen Schulen bereitgestellt werden. Schulen in freier Trägerschaft sowie private

Jugendhilfeträger, die Schulsozialarbeit anbieten, sind damit von der Förderung der Schulsozialarbeit explizit ausgeschlossen.

Im Rahmen eines internen Rechtsgutachtens der AGFS wurde nunmehr geprüft, ob Schulen in freier Trägerschaft oder freie Jugendhilfeträger, die Schulsozialarbeit an Schulen in freier Trägerschaft anbieten, einen Anspruch auf Förderung der Schulsozialarbeit durch das Land Baden-Württemberg und/oder den öffentlichen Jugendhilfeträger haben.

Bei der Schulsozialarbeit handelt es sich nach § 13a SGB VIII nicht um einen unverbindlichen Programmsatz, sondern um einen aktiven Gestaltungsauftrag für den öffentlichen Träger der Jugendhilfe. Diese Aufgabe, die vom Land Baden-Württemberg an die Kommunen als eigene Pflichtaufgabe übertragen wurde, wird vom öffentlichen Jugendhilfeträger in der Regel nur an öffentlichen Schulen wahrgenommen. An Schulen in freier Trägerschaft gibt es entweder keine Schulsozialarbeit oder sie wird vom privaten Schulträger oder einem freiwilligen Jugendhilfeträger an der Schule in freier Trägerschaft erbracht. Fraglich ist daher, ob die Schulsozialarbeit nur auf die öffentlichen Schulen beschränkt ist, oder ob es auch ein Angebot auf Schulsozialarbeit für Kinder und Jugendliche an Schulen in freier Trägerschaft geben muss.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Träger freier Schulen in Baden-Württemberg einen Anspruch auf Zuwendungen nach dem oben beschriebenen „Pakt für Familien mit Kindern“ haben. Dieser Pakt wurde zwar lediglich zwischen der Landesregierung Baden-Württemberg und den kommunalen Landesverbänden abgeschlossen. Das Land Baden-Württemberg ist jedoch verpflichtet, auch bei solchen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Die Grundsätze des Ministeriums zur Förderung der Jugendsozialarbeit, die lediglich das einheitliche Verwaltungshandeln festlegen, verstoßen damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG und sind zukünftig nur noch so anzuwenden, dass sie auch den freien Schulträgern die Möglichkeit der Zuwendungsbeantragung eröffnen.

In diesem Fall hätte der Träger der freien Jugendhilfe, der Leistungen der Schulsozialarbeit an einer Schule in freier Trägerschaft erbringt, einen Anspruch auf Förderung nach den gleichen Grundsätzen und Maßstäben, die der Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei seinem gleichartigen Angebot zugrunde legt.

Ein Kind ist ein Kind und als solches wird es in Deutschland beschult, welche Schulform die Eltern dabei für ihr Kind wählen, ist eine verfassungsrechtlich fundierte freie Entscheidung und darf dem Kind nicht zum Nachteil gereichen.

Dass Schulen in freier Trägerschaft aus der Förderung der Schulsozialarbeit exkludiert werden, ist mit der Anerkennung privater Schulen als gleichwertiger und unverzichtbarer Teil der Bildungslandschaft des Landes nicht vereinbar.

Das interne Gutachten der AGFS formuliert dies in seiner Konklusion folgendermaßen: „Die Träger der freien Schulen, die selbst Schulsozialarbeit anbieten, können da-

her vom Land Baden-Württemberg verlangen, in gleicher Weise gefördert zu werden wie die Träger der öffentlichen Schulen gefördert werden.“

Auf der Grundlage dieser juristischen Einschätzung wird die AGFS nunmehr ihre Forderung an die Kommunen und das Land Baden-Württemberg verstärken, gleichberechtigt behandelt zu werden und die jahrelange Tragödie fehlender Förderung von Schulsozialarbeit an Schulen in freier Trägerschaft einer Lösung zuzuführen.

Schulgeld- und Lernmittelfreiheit für Schulen in freier Trägerschaft Zum Urteil des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2022, Az. 2 A 315/20

LINUS JUNGINGER, RECHTSANWALT, MAINZ

Die Verfassung des Freistaats Sachsen enthält hinsichtlich der staatlichen Zuschüsse für Ersatzschulen eine Besonderheit. Neben dem allgemeinen Finanzhilfanspruch steht ein besonderer Anspruch auf Ausgleich der finanziellen Belastungen, die durch ein unentgeltliches Angebot von Unterricht und Lernmitteln entstehen (Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll diese Vorschrift den Schulen in freier Trägerschaft Wahlfreiheit dahingehend ermöglichen, ob sie ihr Bildungsangebot kostenpflichtig oder frei von Schul- und Lernmittelgeld bereitstellen wollen.¹ Ein aktuelles Urteil des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts (OVG) zeigt, warum dieses Ziel in der Praxis nicht erreicht wird. Die Bedingungen hierfür wurden in den letzten Jahren durch den Gesetzgeber des Freistaats und den Sächsischen Verfassungsgerichtshof (SächsVerfGH) geschaffen.

In dem vor dem OVG verhandelten Fall ging es um den Träger einer staatlich anerkannten Ersatzschule, der im Schuljahr 2015/2016 kein Schulgeld erhoben hatte und hierfür einen Ausgleich begehrte. Er hatte zunächst erfolglos vor dem Verwaltungsgericht geklagt² und unterlag nun auch im Berufungsverfahren vor dem OVG³.

Das Gericht stellt in seiner Entscheidung zunächst dar, für welches Modell der Ersatzschulfinanzierung sich der Freistaat nach der umfassenden Neuregelung des SächsFrTrSchulG im Jahr 2015 entschieden hat. Wie bisher werden die Personal- und Sachkosten von Schulen in öffentlicher Trägerschaft ermittelt, um daraus die Höhe des Zuschusses für Ersatzschulen zu bestimmen.⁴ Bei den Personalkosten umfasst die Förderung allerdings nur 90 Prozent der Ausgaben einer entsprechenden öffentlichen Schule (§ 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG).

Dann begründet das Gericht, warum ein zusätzlicher Ausgleichsanspruch für den Schulgeldverzicht im Freistaat generell nicht bestehen soll: Der allgemeine Zuschuss sei bereits so kalkuliert, dass Ersatzschulen ohne die Erhebung von Schul- und Lernmittelgeldern dauerhaft ihre Genehmigungsvoraussetzungen erfüllen könnten. Damit setzt das OVG nun in die Praxis um, was der SächsVerfGH in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2013⁵ in einem *Obiter Dictum* anmerkte: Dass nämlich der Gesetzgeber

1 SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 - Vf. 25-II-12, C. I. 2. a. bb a.E. unter Verweis auf Drs. 4/6175 des Sächsischen Landtags, S. 83.

2 VG Dresden, Urteil vom 30. Januar 2020 – 5 K 1174/18.

3 Sächsisches OVG, Urteil vom 8. Juli 2022 – 2 A 315/20.

4 ebd., Nr. 4. a.

5 SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 - Vf. 25-II-12.

in diesem Fall von einer gesonderten Regelung des Ausgleichs nach Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf absehen könne.⁶

Nach Ansicht des OVG soll dieser Fall nun vorliegen, obwohl der Gesetzgeber einen Personalkostenzuschuss vorgesehen hat, der gegenüber öffentlichen Schulen um zehn Prozent geringer ist. Zur Begründung führt das Gericht aus, dass sogar eine bis zu 20 Prozent geringere Lehrerbezahlung nicht gegen den Grundsatz der Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte verstoße. In der Tat lässt sich ein Abschlag in dieser Größenordnung der Rechtsprechung entnehmen.⁷ Es sollte allerdings nicht in Vergessenheit geraten, dass sich diese Auffassung auch vor dem Hintergrund der überwiegend defizitären staatlichen Finanzierung der Ersatzschulen herausgebildet hat⁸ und die Schulen hierdurch bisher vor überzogenen, nicht mit der Höhe der Finanzhilfe zu vereinbarenden Genehmigungshürden geschützt wurden. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass diese Entlastung jetzt als Begründung dafür erhalten soll, geringere Zuschüsse zu errechnen. Der Teufelskreis könnte durchbrochen werden, indem der Staat für eine auskömmliche Finanzierung ohne Abschläge bei Personal- und Sachkosten sorgen würde.

Dem OVG ist allerdings nicht vorzuwerfen, dass es sich am Urteil seines Verfassungsgerichts orientiert. Doch die Entscheidung des SächsVerfGH führt jetzt zu einem bemerkenswerten Ergebnis: Der Gesetzgeber kann den in der Verfassung geregelten, selbständigen und unter eigene Voraussetzungen gestellten Ausgleichsanspruch leerlaufen lassen, indem er allen Ersatzschulen unabhängig vom Vorliegen dieser Voraussetzungen ein Existenzminimum gewährt. Ein Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Beschulung, den die Regelung ihrem Wortlaut nach nahelegt, wird bei der Finanzierung nicht mehr gemacht.

Auch gemessen am Zweck des Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, nämlich den Schulen Wahlfreiheit hinsichtlich der Schulgeld- und Lernmittelfreiheit zu ermöglichen, ist diese Lösung nicht überzeugend. Faktisch besteht durch die bedingungslose Verknüpfung der beiden Ansprüche kein finanzieller Anreiz mehr für den Verzicht auf Elternleistungen. Schulträger, die nicht zumindest ein geringes Schulgeld erheben, schränken sich selbst in ihrem Gestaltungsspielraum ein. Das dürfte letztlich weder der Elternschaft noch dem Kollegium zu vermitteln sein. Schulen in freier Trägerschaft stehen bei der Personal- und Schülergewinnung nicht nur in Konkurrenz zu den öffentlichen Trägern, sondern auch zu anderen Ersatzschulen. Welcher Schulträger wird unter diesen Umständen ernsthaft in Betracht ziehen, sich für den Preis der (grundsätzlich erstrebenswerten) Schulgeld- und Lernmittelfreiheit selbst gegenüber anderen zu benachteiligen? Es gibt wohl kaum eine private Schule, die nicht mehr Geld gut gebrauchen könnte.

Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf geht auf eine ähnlich formulierte Regelung der Landesverfassung Baden-Württemberg zurück (Art. 14 Abs. 2 S. 3 LV Baden-Württemberg).

⁶ ebd., C. I. 3. b. cc.

⁷ vgl. SächsOVG, Beschluss vom 07.06.2007 – 2 BS 96/07.

⁸ vgl. VG Dresden, Beschluss vom 28. März 2007 – 5 K 1750/06: „[...] unter Berücksichtigung des [...] staatlichen Finanzausschusses in Höhe von 80% [...]“.

Der dortige Verfassungsgerichtshof hatte sich ebenfalls 2015 ausführlich mit der (fehlenden) gesetzlichen Regelung des Ausgleichsanspruch zu beschäftigen⁹. Im Gegensatz zu ihren sächsischen Kollegen räumten die Richter aus Baden-Württemberg ihrem Gesetzgeber aber nicht ausdrücklich die Möglichkeit ein, den Ausgleich für die Schul- und Lernmittelgeldfreiheit im allgemeinen Zuschuss aufgehen zu lassen. Stattdessen lesen sich die Ausführungen im Urteil so, dass im Gesetz ein selbständiger Anspruch geregelt sein muss, der nur dann gewährt wird, wenn Unterricht und Lernmittel ohne Entgelt bereitgestellt werden.¹⁰

Der baden-württembergische Gesetzgeber hat diese Vorgaben in § 17 Abs. 2 PSchG umgesetzt, es sich aber nicht nehmen lassen, die Summe der staatlichen Zuschüsse (allgemeine Finanzhilfe und Ausgleichsanspruch) auf insgesamt 90 Prozent der Vergleichskosten öffentlicher Schulen zu begrenzen. Da der allgemeine Zuschuss nur 80 Prozent beträgt (§ 18 Abs. 2 S. 1 PSchG), wirkt sich der Schul- und Lernmittelgeldverzicht im Gegensatz zur Situation in Sachsen für die Schulen tatsächlich aus. Insgesamt sind Ersatzschulen in Baden-Württemberg im Vergleich zu Sachsen zwar finanziell schlechter gestellt. Die unterschiedliche Auslegung und gesetzgeberische Umsetzung der fast wortgleichen Verfassungsnorm führen jedoch dazu, dass sie in Baden-Württemberg in der Grundintention ihrem Zweck besser gerecht wird: Die Finanzierung von Ersatzschulen unabhängiger von der Leistungsfähigkeit der Eltern zu machen.

9 VerfGH für das Land Baden-Württemberg, Urteil vom 06.07.2015 – 1 VB 130/13.

10 ebd.: „Dies gilt auch dann, wenn die nach § 17 Abs. 1 PSchG 2003 geleistete Förderung höher sein sollte als die von der Schutz- und Förderpflicht des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gebotene Sicherung des Existenzminimums der Institution Privatschule. Denn auch dann hätte im Gesetz geregelt werden müssen, in welcher Höhe ein Ausgleich nach Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV geleistet wird. So hätte etwa gesetzlich ausgewiesen werden müssen, welcher Anteil der Förderung nach § 17 Abs. 1 PSchG 2003 auf den Ausgleichsanspruch nach Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV entfällt. Des Weiteren hätte ein Zusammenhang zwischen der staatlichen Leistung und der Gewährung einer Befreiung von Entgelt für Unterricht und Lernmittel durch die Privatschulen hergestellt werden müssen.“

Dreimal Corona – Urteilsbesprechungen

MARTIN MALCHEREK, RECHTSANWALT UND VORSTAND DES IFBB

Mit der Corona-Pandemie und den entsprechenden Schutzregelungen durch die Bundesländer sind zahlreiche Fragen zum Schulrecht und der Rolle der Schulen in der Pandemiebekämpfung aufgekommen, die nun nach und nach durch die Gerichte beantwortet werden. Corona ist noch nicht vorbei und die nächste Pandemie kommt bestimmt, so dass es seine Berechtigung hat, hier einen kleinen Streifzug durch die Rechtsprechung zu unternehmen:

Ablehnung der Maskenpflicht als Kündigungsgrund, LAG Berlin

Das Landesarbeitsgericht Berlin hat die außerordentliche Kündigung eines brandenburgischen Lehrers für wirksam erachtet, weil dieser die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes abgelehnt hat. Der Lehrer hatte gegenüber der Schulleitersprecherin mitgeteilt, „ich bin der Meinung, dass diese Pflicht eine Nötigung, Kindesmissbrauch, ja sogar Körperverletzung bedeutet“. Er hatte die Eltern der Schule dazu aufgefordert, mit einem vorformulierten, zweiseitigen Protestschreiben gegen die Schule vorzugehen. Der Lehrer weigerte sich darüber hinaus auch, im Schulbetrieb einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen. Dies wertete das LAG als weiteren Kündigungsgrund. Der Lehrer hatte zwar ein entsprechendes Attest vorgelegt, dieses aber aus dem Internet von einem österreichischen Arzt erhalten, so dass es keine Berücksichtigung finden musste.¹

„Impfung macht frei“ ist unzulässige Kritik, ArbG Berlin

Wenn die Kritik eines Lehrers an seinem Arbeitgeber zu weit geht, kann das Arbeitsverhältnis gekündigt werden. Zwar sind die Meinungs- und Kunstfreiheit auch im Arbeitsverhältnis grundsätzlich zu beachten, allerdings nicht, wenn deren Grenzen überschritten werden. Dies sah das Arbeitsgericht Berlin in einem Fall als gegeben an, in dem ein Lehrer ein Video über die sozialen Medien verbreitet hat, in dem er die Äußerung des bayrischen Ministerpräsidenten Markus Söder mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft und dem System der Konzentrationslager gleichgesetzt habe. Dies verharmlose die Unrechtstaten der Nationalsozialisten und missachte deren Opfer. Das Video zeigte zunächst das bekannte Tor des Konzentrationslagers Auschwitz mit der Aufschrift „Arbeit macht frei“, wobei der Lehrer „Arbeit“ durch „Impfung“ ersetzt

¹ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7.10.2021, Az. 10 Sa 867/21, openJur 2022, 186

hatte. Sodann kam eine Einblendung eines Tweets von Söder mit dem Inhalt „Impfen ist der Weg zur Freiheit“.

Der Lehrer habe angegeben, Kritik an dieser Äußerung üben zu wollen. Das Gericht sah demgegenüber eine unzulässige Kritik an der allgemeinen, auch vom Land Berlin und der Schulsenatorin getragenen Impfpolitik.

Eine Rolle hat dabei anscheinend gespielt, dass der Lehrer nicht rein privat gehandelt hat, sondern nach Auffassung des Gerichtes Beruf und Privatleben vermischt habe. Er habe seine Schüler aufgefordert, seinen außerdienstlichen Aktivitäten im Internet zu folgen und sich in anderen Videos als Lehrer des Landes Berlin vorgestellt.²

Infektionsschutz in (staatlichen) Schulen ausreichend, VG Düsseldorf

Das Risiko, sich mit dem Coronavirus zu infizieren, rechtfertigt nicht, den Besuch (staatlicher) Schulen im Präsenzunterricht zu verweigern. Dies hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf entschieden. Dabei sei zwar zu beachten, dass die Schulpflicht einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeits- sowie das Elternrecht darstelle, die Gefahr einer Infektion sei aber zumutbar, da ein absoluter Schutz nicht vollkommen ausgeschlossen werden müsse. Vielmehr sei das vom Land beschlossene Handlungskonzept verbunden mit einem Maßnahmenkatalog im Verbund mit der Möglichkeit, freiwillig eine Maske zu tragen und sich impfen zu lassen, ausreichend, um das Risiko entsprechend zu vermindern.

Das Verwaltungsgericht bestätigte so die Anordnung der zuständigen Bezirksregierung, die gegenüber der Mutter eines Schülers eine Aufforderung zum Schulbesuch ausgesprochen hatte. Diese war mit einer Zwangsgeldandrohung von 2.500 € für den Fall versehen, dass der Schüler die Schule weiterhin nicht besuche.³

Die Corona-Schutzmaßnahmen müssen grundsätzlich auch an Schulen in freier Trägerschaft umgesetzt werden. Diese können sich in Bezug auf den Infektionsschutz nicht auf die Privatschulfreiheit berufen, um hinter den Schutzmaßnahmen an staatlichen Schulen zurückzustehen. Somit ist durch die Entscheidung klargestellt, dass auch die Weigerung, eine Schule in freier Trägerschaft wegen unzureichenden Infektionsschutzes zu besuchen, eine Verletzung der Schulpflicht darstellt.

Gerade Schulen in freier Trägerschaft hatten damit zu kämpfen, dass Eltern das Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen ihrer Kinder ablehnten. Das Urteil des Verwaltungsgerichtes ist daher nur übertragbar, sofern die Umsetzung staatlicher Schutzmaßnah-

² Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 12.9.2022, Az. 22 Ca 2223/22, <https://www.berlin.de/gerichte/arbeitsgericht/presse/pressemitteilungen/2022/pressemitteilung.1244964.php>

³ Verwaltungsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 05.08.2022, Az. 18 L 621/22, https://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse_weitere/PresseOVG/05_08_2022_/index.php

men auch konsequent erfolgt und nicht durch zahlreiche Ausnahmen zum Beispiel im Bereich der (gegebenenfalls wieder zu beachtenden) Maskenpflicht ausgehöhlt wird. In diesem Fall wäre der Schulbesuch trotz bestehender Verpflichtung gegebenenfalls unzumutbar, (wohl) mit der Konsequenz, dass die Schulaufsichtsbehörden gegen den Schulträger vorgehen müssten, um die Beachtung der Maskenpflicht durchzusetzen.

IMPRESSUM

Herausgeber:

Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V.
Danziger Straße 64
D-65193 Wiesbaden
Telefon: 06 11-3 34 39 00
Fax: 06 11-3 34 38 88
e-mail: info@Institut-IfBB.de
www.Institut-IfBB.de

Redaktionsleitung:

Dr. Albrecht Hüttig, Prof. Dr. Christiane Wegrich
e-mail: huetting@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