



1/2024
März 2024
Jahrgang 21

Recht

Bildung

Informationsschrift Recht und Bildung des Instituts für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V.

Geleitwort3

Statistische Analyse der kommunalen Sachkosten für öffentliche Schulen in Baden-Württemberg4

THOMAS BEUKERT, KOMPETENZZENTRUM ÖFFENTLICHE WIRTSCHAFT, INFRASTRUKTUR UND DASEINSVORSORGE E.V

Gleichheitsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes und nach nordrhein-westfälischem Privatschulfinanzierungsrecht geschuldeten Eigenleistungen von Ersatz-Förderschulen (Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung) – zugleich zur Klage der Troxler-Schule Wuppertal gegen die Eigenleistungs-Festsetzungsbescheide 2018/2019 der Bezirksregierung Düsseldorf18

PROF. DR. WOLFRAM CREMER, BOCHUM

Streit über eine verfassungskonforme Auslegung des Brandenburger Schulgesetzes erreicht Bundesverfassungsgericht28

DR. DETLEF HARDORP

Geleitwort

In diesem Heft stehen drei Themenbereiche im Zentrum.

Die in der letzten Ausgabe von R&B behandelte Thematik, wie die Landeszuschüsse für Schulen in freier Trägerschaft in Baden-Württemberg errechnet werden, findet hier seine Fortsetzung zu der Frage, wie die Kosten der kommunalen Schulträger zu ermitteln sind, um welche Kostenarten es sich handelt und wie diese, die ja auch die freien Schulträger betreffen, zu berücksichtigen wären, um dann in den Landeszuschuss einzufließen.

Im zweiten Beitrag geht es ebenfalls um Schulkosten. Der Eigenanteil, den spezifische Ersatzförderschulen in NRW zu leisten haben, fällt wesentlich höher aus als an Regelschulen. Es wird aufgezeigt, dass es sich hierbei um eine verfassungswidrige Diskriminierung handelt, die einer gerichtlichen Klärung bedarf und wozu ein ausführliches Gutachten erstellt wurde.

Eine solche erneute Klärung wird mittels einer Verfassungsbeschwerde eines freien Schulträgers aus Brandenburg zu erwirken versucht, so der dritte Beitrag. Gegen das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg, worüber in R&B 2023/2 berichtet wurde und das einer Anpassung der Landeszuschüsse an die Tarifentwicklung im Öffentlichen Dienst widersprach, wurde keine Revision zugelassen. Da das Bundesverwaltungsgericht die eingereichte Nichtzulassungsbeschwerde abgewiesen hat, blieb nur der Weg über eine Verfassungsbeschwerde, worüber das Bundesverfassungsgericht in nächster Zeit zu entscheiden haben wird.

Die Redaktion

Statistische Analyse der kommunalen Sachkosten für öffentliche Schulen in Baden-Württemberg

Eine Zusammenfassung des Gutachtens

THOMAS BEUKERT, KOMPETENZZENTRUM ÖFFENTLICHE WIRTSCHAFT, INFRASTRUKTUR UND DASEINSVORSORGE E.V.

Aufgabenstellung

Die vorliegende Sachkostenanalyse schließt direkt an die im Auftrag der AGFS Baden-Württemberg vorgenommene systematische Aufarbeitung der staatlichen Privatschulförderung des Landes an,¹ die vor allem im Bereich der Kosten der kommunalen Schulträger gewisse Defizite des Bruttokostenmodells (BKM) offenbart hat. Vor allem die Abschreibungen auf die Immobilieninfrastruktur oder diesen vergleichbare Kostenpositionen werden bisher nicht berücksichtigt. Anstelle dessen können Ersatzschulen einen Zuschuss zu den Kosten für Schulbaumaßnahmen (Baukostenzuschuss) erhalten, der jedoch bei lediglich 37 % liegt. Damit fällt die Bezuschussung hier wesentlich geringer aus als die allgemeine Förderquote in Höhe von 80 %, die auf die Bruttokosten je Schüler im Sinne der Bemessungsgrundlage des BKM angewandt wird.

Vor diesem Hintergrund wird auf Basis einer umfassenden Aufbereitung der kommunalen Jahresrechnungsstatistik des Statistischen Landesamtes Baden-Württemberg eine Analyse der Kosten der kommunalen Schulträger vorgenommen, bei der vor allem der Umfang der tatsächlichen Zahlungen und Kosten in diesem Bereich im Fokus steht. Neben der Entwicklung der im BKM abgebildeten kommunalen Kosten werden dabei im Einzelnen die folgenden Aspekte betrachtet:

- Immobilienkosten bzw. Investitionen der kommunalen Schulträger
- Zusätzliche Kostenarten innerhalb der BKM-Produkte
- Schulformübergreifende Produkte
- Indirekte Kosten der zentralen Verwaltung
- Zinsauszahlungen
- Zeitlicher Rückstand der kommunalen Sachkosten gegenüber den Kosten des Landes.

Methodische Grundlagen und allgemeine Vorgehensweise

Den Ausgangspunkt der Sachkostenanalyse und der damit verbundenen Fragestellungen sind einerseits die aktuellen Regelungen des BKM zur Bestimmung der Kosten der kommunalen Schulträger sowie andererseits die relevanten Daten zu den im öffentlichen Bereich eingesetzten Finanzmitteln und Schülerzahlen. Als Datengrundlagen werden an dieser Stelle die Jahresrechnungsstatistik der Kommunen sowie die Schulstatistik verwendet, die beide über das Statistische Landesamt Baden-Württemberg bezogen werden.

¹ Thomas Beukert, Privatschulfinanzierung in Baden-Württemberg – systematische Aufarbeitung des Bruttokostenmodells (BKM), in: R&B 2023-4, S. 14 ff.

In einem ersten Schritt erfolgt zunächst die Aufbereitung der Jahresrechnungsstatistik, die sämtliche Ein- und Auszahlungen der kommunalen Kernhaushalte in Baden-Württemberg enthält und damit eine wesentliche Datenquelle für Finanzanalysen auf der kommunalen Ebene ist. Der Fokus liegt an dieser Stelle speziell auf dem Schulbereich, der in Produktbereich 21 ‚Schulträgeraufgaben‘ sowie zum Teil auch in Produktbereich 11 ‚Innere Verwaltung‘ (Unterprodukte Gebäudemanagement Schulbereich) abgebildet wird. Dabei kann grundsätzlich zwischen schulformbezogenen und schulformübergreifenden Produktgruppen unterschieden werden (Abb. 1).

Die statistische Abbildung der Zahlungsflüsse auf der kommunalen Ebene war in den vergangenen Jahren vor allem auch von der Umstellung des kameraleen Rechnungswesens auf die Doppik geprägt, die in Baden-Württemberg bis zum 1.1.2020 vorzunehmen war und auch zu Änderungen in der Jahresrechnungsstatistik geführt hat. Da die Kommunen bis zum Jahr 2019 noch die kameraleen Gliederungen und Gruppierungen im Rahmen der statistischen Datenmeldungen nutzen konnten, wird die Jahresrechnungsstatistik seit mehreren Jahren praktisch „zweigleisig“ geführt, indem sowohl die kameraleen als auch doppelischen Darstellungen abgebildet werden. Anhand von Überleitungstabellen erfolgt hier eine entsprechende Zuordnung durch das Statistische Landesamt Baden-Württemberg. Sowohl die Kameralistik als auch die doppelische Finanzrechnung, auf die sich die Jahresrechnungsstatistik inzwischen bezieht, bilden im Prinzip die jährlichen Zahlungsflüsse ab, so dass im Wesentlichen von einer kontinuierlichen Abbildung der relevanten Sachverhalte auszugehen ist.

Eine Besonderheit der Jahresrechnungsstatistik in Baden-Württemberg ist die im Vergleich zu anderen Bundesländern wesentlich stärkere Ausdifferenzierung der Schulformen, insbesondere im Bereich der Förderschulen. Zudem werden in Baden-Württemberg Teile der Kosten für die Unterhaltung und Bewirtschaftung der Schulgebäude in Produktbereich 11 ‚Innere Verwaltung‘ erfasst und in entsprechenden Unterprodukten (Gebäudemanagement Schulgebäude) separat ausgewiesen. Dies ist in der folgenden Analyse mit zu beachten (Abb. 1).

Die Aufbereitung der Jahresrechnungsstatistik erfolgt für die Jahre 2015 bis 2021 differenziert nach den einzelnen Produkten und Zahlungsarten (Personalauszahlungen, laufender Sachaufwand, Investitionen usw.). Daraus ergibt sich ein erster Überblick über den Finanzmitteleinsatz der kommunalen Schulträger im Schulbereich, aus dem, neben der allgemeinen Kostenentwicklung, auch die Entwicklungen in den einzelnen Positionen und Schulformen hervorgehen. Gleichzeitig bildet diese grundlegende Datenaufbereitung die Basis für die weiteren Analysen im Sinne der relevanten Betrachtungsgegenstände.

Abweichend vom Betrachtungszeitraum 2015-2021 wird speziell für die Analyse der Investitionen im Schulbereich ein weiter gefasster Zeitraum (2008-2021) zugrunde gelegt, da hier einerseits größere jährliche Schwankungen auftreten und andererseits die Bildung von Mehrjahresdurchschnitten im Zuge der Analyse der zusätzlichen Immobilienkosten erfolgt.

Die Abbildung 1 enthält einen Überblick über die in der Jahresrechnungsstatistik enthaltenen Produkte im Bereich der Schulträgeraufgaben sowie für das Gebäudemanagement von Schulen. Die Strukturierung erfolgt dabei in Anlehnung an die Gliederung der Schulformen im BKM und die dazu vom Ministerium für Kultus, Jugend und Sport bereitgestellten Übersichten.

In Abbildung 2 sind die in den einzelnen Produkten und Unterprodukten ausgewiesenen Ein- und Auszahlungen in zusammengefasster Form auf der Ebene der Kontenbereiche (2-Steller) dargestellt.

Abbildung 1: Übersicht der Produkte im Bereich der kommunalen Schulträgeraufgaben in Baden-Württemberg (zusammengefasst nach Schulformen)

Schulformen (nach BKM)	Produkte Jahresrechnungsstatistik
Schulformbezogene Produkte	
Grund-/ Haupt- und Werkrealschulen (einschließlich Grundschulförderklassen)	21.10.01 Grundschulen und Schulverbünde mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Grundschule
	21.10.02 Haupt- u. Werkrealschulen u. Schulverbünde mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Haupt- u. Werkrealschulen
	21.10.03 Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund)
	<i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0201 Grundschulen und Schulverbünde mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Grundschule 11.24.0202 Haupt- und Werkrealschulen und Schulverbünde mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Haupt- und Werkrealschulen 11.24.0203 Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund)
Gemeinschaftsschulen	21.10.10 Gemeinschaftsschulen und Schulverbünde mit Überwiegen der Gemeinschaftsschule in der Sekundarstufe
	<i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0227 Gemeinschaftsschulen
Realschulen	21.10.04 Realschulen und Schulverbünde mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Realschulen
	21.10.05 Realschulen und Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund)
	<i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0204 Realschulen und Schulverbünde mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Realschulen 11.24.0205 Realschulen und Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund)

Gymnasien, Kollegs (ohne berufliche Gymnasien)	21.10.06 Gymnasien und Schulverbünde mit Gymnasien außer Schulverbünde nach 21.10.10 21.10.07 Gymnasien und Realschulen (Schulverbund) (bis 2019) 21.10.08 Gymnasien im Schulverbund mit Grund-, Haupt-, Werkreal-, Realschulen (bis 2019)
	Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung) 11.24.0206 Gymnasien und Schulverbünde mit Gymnasien außer Schulverbünde nach 11.24.0227 11.24.0207 Gymnasien und Realschulen (Schulverbund) (bis 2016) 11.24.0208 Gymnasien im Schulverbund mit Grund-, Haupt-, Werkreal-, Realschulen (bis 2017)
Berufsbilden- de Schulen	21.30 Berufsbildende Schulen <i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0225 Berufsbildende Schulen
Gesamt- schulen	21.10.09 Gesamtschulen <i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0209 Gesamtschulen
Sonderpä- dagogische Bildungs- und Beratungszen- tren	21.20.02 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren mit Förderschwerpunkt Lernen 21.20.03 Sonstige Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren (bis 2018) 21.20.0301 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Geistigbehinderte 21.20.0302 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Blinde und Sehbehinderte 21.20.0303 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Hörgeschädigte 21.20.0304 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Sprachbehinderte 21.20.0305 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Körperbehinderte 21.20.0306 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Erziehungshilfen 21.20.0307 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Kranke in längerer Krankenhausbehandlung 21.20.0101 Schulkindergarten für besonders Förderungsbedürftige 21.20.0102 Schulkindergarten für Geistigbehinderte 21.20.0103 Schulkindergarten für Blinde und Sehbehinderte 21.20.0104 Schulkindergarten für Hörgeschädigte 21.20.0105 Schulkindergarten für Sprachbehinderte 21.20.0106 Schulkindergarten für Körperbehinderte 21.20.0107 Schulkindergarten für Verhaltensgestörte

<i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0210 Schulkindergarten für besonders Förderungsbedürftige 11.24.0211 Schulkindergarten für Geistigbehinderte 11.24.0212 Schulkindergarten für Blinde und Sehbehinderte 11.24.0213 Schulkindergarten für Hörgeschädigte 11.24.0214 Schulkindergarten für Sprachbehinderte 11.24.0215 Schulkindergarten für Körperbehinderte 11.24.0216 Schulkinder- garten für Verhaltensgestörte 11.24.0217 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren mit Förderschwerpunkt Lernen 11.24.0219 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Blinde und Menschen mit Sehbehinderung 11.24.0220 Sonder- pädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Hörgeschädigte 11.24.0221 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Menschen mit Sprachbehinderung 11.24.0222 Sonderpädago- gische Bildungs- und Beratungszentren für Menschen mit Kör- perbehinderung 11.24.0223 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Erziehungshilfen 11.24.0224 Sonderpädagogische Bildungs- und Beratungszentren für Kranke in längerer Krankenhausbehandlung	
Schulformübergreifende Produkte	
Schulverwal- tung	210 Schulverwaltung (Überleitungsprodukt; bis 2019)
Schülerbezo- gene Leistun- gen	21.40.01 Schülerbeförderung 21.40.02 Fördermaßnahmen für Schülerinnen und Schüler
Sonstige schulische Aufgaben und Einrichtungen	21.50 Sonstige schulische Aufgaben und Einrichtungen <i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0226 Sonstige schulische Aufgaben und Einrichtungen

Quelle: Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Ministerium für Kultus, Jugend und Sport, eigene Darstellung

Abbildung 2: Übersicht der Ein- und Auszahlungen der Jahresrechnungsstatistik

Konten- klasse/- bereich	Bezeichnung
6 Einzahlungen	
	60 Steuern und ähnliche Abgaben
	61 Zuwendungen und allgemeine Umlagen
	62 Sonstige Transfereinzahlungen
	63 Entgelte für die Benutzung/Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen
	64 Privatrechtliche Leistungsentgelte, Kostenerstattungen und Kostenumlagen
	65 Sonstige Einzahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit
	66 Zinsen und ähnliche Einzahlungen
	68 Einzahlungen aus Investitionstätigkeit
	69 Einzahlungen aus Finanzierungstätigkeit
7 Auszahlungen	
	70 Personalauszahlungen
	71 Versorgungsauszahlungen
	72 Auszahlungen für Sach- und Dienstleistungen
	73 Transferauszahlungen
	74 Sonstige Auszahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit
	75 Zinsen und ähnliche Auszahlungen
	78 Auszahlungen aus Investitionstätigkeit
	79 Auszahlungen aus Finanzierungstätigkeit

Quelle: Statistisches Landesamt Baden-Württemberg

Im Anschluss an die Aufbereitung der Daten aus der Jahresrechnungsstatistik erfolgt der zentrale Teil der Sachkostenanalyse. Dazu werden zunächst die im BKM enthaltenen Zahlungen aus der Jahresrechnungsstatistik aufbereitet und deren Entwicklung in den zurückliegenden Jahren betrachtet. Im weiteren Verlauf werden die im BKM abgebildeten kommunalen Sachkosten den weiteren laufenden Zahlungen gegenübergestellt, woraus sich der Umfang der derzeit nicht im BKM berücksichtigten Zahlungen in den einzelnen Schulformen ergibt. In diesem Zusammenhang wird u.a. auch der Frage nach den in den schulformübergreifenden Produkten abgebildeten Zahlungen nachgegangen, die derzeit nicht im BKM enthalten sind. Ein besonderer Fokus der Sachkostenanalyse liegt auf der Höhe und der Entwicklung der Auszahlungen für Baumaßnahmen und der sonstigen Investitionsauszahlungen im Schulbereich sowie deren mögliche Nutzung als „Ersatzgröße“ bzw. Orientierungswert für die in der Statistik nicht abgebildete Abschreibungen. Diese zielen im Rahmen des Rechnungswesens bzw. der Kostenrechnung darauf ab, die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten von Vermögensgegenständen auf den Nutzungszeitraum zu verteilen. Im Schulbereich ist dies vor allem bei Investitionen in die Schulinfrastruktur relevant, wobei sowohl von

freien Schulträgern als auch von Kommunen mit doppischer Buchführung die dabei anfallenden Zahlungen über den Nutzungszeitraum hinweg abgeschrieben werden. D.h., die zu einem bestimmten Zeitpunkt getätigten Zahlungen werden in der Regel gleichmäßig auf den Nutzungszeitraum verteilt (lineare Abschreibung).

Da die Jahresrechnungsstatistik derzeit auf der doppischen Finanzrechnung basiert, werden hier lediglich die jährlichen Geldflüsse abgebildet, so dass zur Abbildung der Immobilieninfrastruktur ergänzende Ansätze der Kostenermittlung erforderlich sind. Dazu wird in der vorliegenden Analyse ein mehrjähriger Durchschnitt der Investitionen im Schulbereich herangezogen sowie eine Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen vorgenommen.

Entwicklung der kommunalen Sachkosten im Bruttokostenmodell (BKM)

Die im BKM abgebildeten Sachkosten der kommunalen Schulträger ergeben sich anhand spezifischer Ausgabenpositionen gemäß § 18a Abs. 7 PSchG, von denen bestimmte Einnahmepositionen nach § 18a Abs. 8 PSchG abgezogen werden. In der folgenden Übersicht werden zunächst die relevanten Produkte der Jahresrechnungsstatistik abgebildet, die den folgenden vier, teilweise zusammengefassten BKM-Schulformen zugeordnet sind und bei denen sowohl die Produkte der Schulträgeraufgaben als auch des Gebäudemanagements für Schulen (Produktbereich 11 ‚Innere Verwaltung‘) berücksichtigt sind:

- Grund-/Haupt-/Werkreal-/Gemeinschaftsschule
- Realschule
- Gymnasien
- Berufliche Schulen

Abbildung 3: Produkte der BKM-Schulformen

Schulformen	Produkte Jahresrechnungsstatistik
Grund-/ Haupt- und Werkreal- / Gemeinschaftsschulen	21.20.01 Grundschulen und Schulverbände mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Grundschule 21.10.02 Haupt- u. Werkrealschulen u. Schulverbände mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Haupt- u. Werkrealschulen 21.10.03 Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund) 21.10.10 Gemeinschaftsschulen und Schulverbände mit Überwiegen der Gemeinschaftsschule in der Sekundarstufe <i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0201 Grundschulen und Schulverbände mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Grundschule 11.24.0202 Haupt- und Werkrealschulen und Schulverbände mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Haupt- und Werkrealschulen 11.24.0203 Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund) 11.24.0227 Gemeinschaftsschulen
Realschulen	21.10.04 Realschulen und Schulverbände mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Realschulen 21.10.05 Realschulen und Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund) <i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0204 Realschulen und Schulverbände mit Gemeinschaftsschulen mit Überwiegen der Realschulen 11.24.0205 Realschulen und Grund-, Haupt- und Werkrealschulen (Schulverbund)
Gymnasien, Kollegs (ohne berufliche Gymnasien)	21.10.06 Gymnasien und Schulverbände mit Gymnasien außer Schulverbände nach 21.10.10 21.10.07 Gymnasien und Realschulen (Schulverbund) (bis 2019) 21.10.08 Gymnasien im Schulverbund mit Grund-, Haupt-, Werkreal-, Realschulen (bis 2019) <i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i> 11.24.0206 Gymnasien und Schulverbände mit Gymnasien außer Schulverbände nach 11.24.0227 11.24.0207 Gymnasien und Realschulen (Schulverbund) (bis 2016) 11.24.0208 Gymnasien im Schulverbund mit Grund-, Haupt-, Werkreal-, Realschulen (bis 2017)

Berufsbildende Schulen	21.30 Berufsbildende Schulen
	<i>Gebäudemanagement (Produktbereich 11, Innere Verwaltung)</i>
	11.24.0225 Berufsbildende Schulen

Quelle: Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Ministerium für Kultus, Jugend und Sport, eigene Darstellung

Bei der Betrachtung der Sachkostenentwicklung ist generell die Umstellung des kommunalen Rechnungswesens von der Kameralistik auf die Doppik zu beachten. So werden insbesondere die Zahlungen der Schulverwaltungsämter, die in der kamerale Gliederung 20 ‚Schulverwaltung‘ enthalten waren, inzwischen bei den jeweiligen schulformbezogenen Produkten verbucht. Damit verbunden sind gewisse Vergleichsstörungen im Zeitverlauf, die sich allerdings in Grenzen halten dürften. Sowohl die Kameralistik als auch die in der Jahresrechnungsstatistik inzwischen abgebildete doppische Finanzrechnung bilden die jährlichen Zahlungsflüsse ab, so dass prinzipiell eine Fortführung der bisherigen Systematik des BKM möglich ist.

Die im BKM abgebildeten Sachkosten der kommunalen Schulträger sind in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen, was sich auch entsprechend in der Entwicklung der Kopfsätze für Ersatzschulen niederschlägt. Bei der letzten Berechnung der Bruttokosten (2022) waren Daten zu kommunalen Sachkosten aus dem Jahr 2020 verfügbar. Inzwischen liegen auch die Daten der Jahresrechnungsstatistik für das Jahr 2021 vor, so dass auch die weitere Entwicklung abgebildet werden kann.

Dabei wird deutlich, dass sich die kommunalen Sachkosten in der Abgrenzung des BKM, die zwischen 2015 und 2020 zunächst von 1,47 auf 2,00 Mrd. Euro gestiegen sind (+36,1 %), im Jahr 2021 weiter bis auf 2,09 Mio. Euro erhöht haben (+4,3 % ggü. 2020). Der weitere Zuwachs der Absolutbeträge zwischen 2020 und 2021 fiel damit etwas geringer aus als die durchschnittliche jährliche Entwicklung in den fünf Jahren zuvor (6,4 %). Da die Schülerzahl in den BKM-Schulformen zwischen 2020 und 2021 leicht zurückgegangen ist (-0,9 %), erhöht sich der durchschnittliche Wert je Schüler um 5,2 % bis auf 1.645 Euro je Schüler.

Die einzelnen Schulformen verzeichneten zum Teil deutliche Unterschiede in der Kostenentwicklung im Jahr 2021. Während sich für Grund-/Haupt-/Werkreal- und Gemeinschaftsschulen sowie für die Realschulen mit 7,4 % und 6,6 % relativ hohe Zuwächse der Kosten je Schüler ergeben, was in etwa der Dynamik der Vorjahre entspricht, stagnierten die Werte im Bereich der beruflichen Schulen, nachdem hier speziell im Jahr 2020 ein starker Anstieg um fast 20 % zu beobachten war. Bei den Gymnasien wies der Zuwachs 2021 mit 4,2 % eine etwas geringere Dynamik auf als in den Vorjahren.

Ergebnisse der Sachkostenanalyse: zusätzliche Kosten der kommunalen Schulträger

Die Analyse der eingangs aufgeführten Untersuchungsgegenstände im Zusammenhang mit den Kosten der kommunalen Schulträger ergibt für die einzelnen BKM-Schulformen sowie die SBBZ eine Reihe von Mehrkosten, die bisher nicht im BKM berücksichtigt werden. Sie sind in der Abb. 4 zusammenfassend für die Jahre 2020 und 2021 dargestellt. Die Größenordnung der zusätzlichen Kosten macht deutlich, dass vor allem die Frage der Immobilienkosten ein zentrales Thema bildet, wobei deren Berechnung auf unterschiedlichem Wege erfolgen kann. Im Hinblick auf eine pragmatisch orientierte Abbildung dieser Kosten wurden in der vorliegenden Analyse die Investitionen je Schüler im Bereich der kommunalen Schulträgeraufgaben im Durchschnitt der jeweils letzten zehn Jahre (preisbereinigt) sowie zum anderen die kalkulatorischen Abschreibungen je Schüler (zwei Varianten mit unterschiedlicher Nutzungsdauer) ermittelt. Im Durchschnitt der BKM-Schulformen beliefen sich die Investitionen je Schüler im 10-Jahredurchschnitt (preisbereinigt) in den Jahren 2020 und 2021 auf 537 bzw. 612 Euro je Schüler, wobei zwischen den einzelnen Schulformen zum Teil deutliche Unterschiede bestehen.

Die Höhe der kalkulatorischen Abschreibungen je Schüler hängt vor allem auch von der unterstellten Nutzungsdauer für Schulgebäude ab, die sehr unterschiedlich interpretiert werden kann. In den vorgenommenen Berechnungen wurden in zwei verschiedenen Varianten Zeiträume von 40 bzw. 50 Jahren unterstellt. Daraus ergeben sich für die einzelnen BKM-Schulformen teilweise höhere sowie auch niedrigere Werte als bei Verwendung der Investitionen im 10-Jahredurchschnitt.

Darüber hinaus kommt auch den Kosten in den schulformübergreifenden Produkten, den Overheadkosten (anteilig für den Schulbereich erbrachten Leistungen der zentralen Verwaltungsdienste) sowie dem zeitlichen Rückstand der kommunalen Kosten gegenüber dem Basisjahr eine gewisse Bedeutung zu. Dagegen spielen Zinsauszahlungen aktuell eine untergeordnete Rolle und auch die zusätzlichen laufenden Kosten haben nur im Bereich der Grund-/Haupt-/Werkreal- und Gemeinschaftsschulen eine gewisse Relevanz.

In der Summe der einzelnen Sachverhalte werden zum Teil Mehrbeträge bei den Bruttokosten von bis zu 1.000 Euro je Schüler und vereinzelt auch mehr erreicht, wobei zwischen den einzelnen Schulformen gewisse Unterschiede bestehen. Bei den beruflichen Schulen hängt die Höhe der Mehrkosten zudem davon ab, ob die Absolutwerte auf die Anzahl der Schüler oder auf Vollzeitschülereinheiten bezogen werden.

Abbildung 4: Zusätzliche Kosten der kommunalen Schulträger für BKM-Schulformen und SBBZ 2020 und 2021 nach Schulformen

	GS/HS WRS GMS	Real- schule	Gym- nasi- um	Beruff. Schu- len: Anzahl Schüler	Beruff. Schu- len: VZSE	SBBZ (ohne SBBZ für Kranke)
	Euro je Schüler					
2020						
1. Zusätzliche Immobilienkosten bzw. Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt preisber. Kalkulat. Abschreibungen bei 40 J. Nutzungsdauer Kalkulat. Abschreibungen bei 50 J. Nutzungsdauer	697	522	548	297	469	925
	679	609	581	412	650	1.268
	543	487	465	330	520	1.014
2. Zusätzliche laufende Kosten	35	5	4	3	4	-39
3. Schulformübergreifende Produkte	85	85	85	85	95	
4. Overheadkosten bzw. Kosten f. indirekte Leistungen	80	80	80	80	80	80
5. Zinsauszahlungen	18	18	18	18	19	22
Summe: zwischen ... und ...	762 915	675 797	652 768	483 598	667 849	987 1.330
2021						
1. Zusätzliche Immobilienkosten bzw. Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt preisber. Kalkulat. Abschreibungen bei 40 J. Nutzungsdauer Kalkulat. Abschreibungen bei 50 J. Nutzungsdauer	807	585	609	332	520	989
	744	665	631	460	722	1.351
	595	532	505	368	578	1.081
2. Zusätzliche laufende Kosten	37	4	-10	6	9	-42

3. Schulformübergreifende Produkte	101	101	101	101	112	
4. Overheadkosten bzw. Kosten f. indirekte Leistungen	88	88	88	88	88	88
5. Zinsauszahlungen	15	15	15	15	17	18
6. Zeitlicher Rückstand ggü. Basisjahr	143	82	54	1		244
Summe: zwischen ...	979	822	753	543	745	1.297
und ...	1.191	955	880	671	947	1.660

Eigene Berechnung und Darstellung

Effekte auf die Kopfsätze

Eine Einbeziehung der ermittelten zusätzlichen Kosten der kommunalen Schulträger in das BKM hätte unmittelbare Wirkungen auf die Höhe der Bruttokosten je Schüler und damit auch auf die daraus resultierenden Kopfsätze. Während die aus den Mehrkosten 2020 resultierenden Werte praktisch die potentiell zusätzlichen Kopfsatzbeträge zum 1.1.2023 wiedergeben, haben die zusätzlichen Beträge auf Basis der Mehrkosten 2021 einen fiktiven Charakter, da die hierzu erforderlichen Daten der Jahresrechnungsstatistik 2021 zum Zeitpunkt der letzten Bruttokostenberechnung 2022 noch nicht verfügbar waren.

Die mit deutlichem Abstand größten Zusatzbeträge resultieren erwartungsgemäß aus einer Einbeziehung der zusätzlichen Immobilienkosten. Zu deren Abbildung erscheint die Verwendung der preisbereinigten Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt als die pragmatischere Variante, da hier eine jährliche Datenverfügbarkeit (Jahresrechnungsstatistik) gegeben und auch der Berechnungsaufwand deutlich geringer ist, als bei der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen. Eine Einbeziehung der preisbereinigten Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt würde, bezogen auf das Jahr 2020, zu einer Steigerung der Kopfsatzbeträge zwischen 381 bzw. 383 Euro je Schüler bei den beruflichen Schulen und 787 Euro je Schüler bei den Haupt- und Werkrealschulen führen. Unter Verwendung der für das Jahr 2021 ermittelten Werte ergeben sich durchgehend höhere Beträge zwischen 425/427 Euro je Schüler bei den beruflichen Schulen und 911 Euro je Schüler bei Haupt- und Werkrealschulen.

Im Falle einer Einbeziehung der preisbereinigten Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt besteht prinzipiell auch die Möglichkeit zur Verwendung eines einheitlichen bzw. durchschnittlichen Wertes je Schüler für alle Schulformen. Für diese alternative Gleichverteilung der Investitionen ergeben sich für die BKM-Schulformen zusätzliche Kopfsatzbeträge von etwa 490 Euro je Schüler (2020) bzw. knapp 560 Euro je Schüler (2021).

Den aus den zusätzlichen Immobilienkosten resultierenden zusätzlichen Kopfsatzbeträgen sind die Baukostenzuschüsse gegenüberzustellen, die freie Schulträger für

Schulbaumaßnahmen erhalten können (37 % der zuschussfähigen Kosten). Die dazu vom Land bereitgestellten Mittel lagen im Zeitraum 2020-2022 zwischen 18,876 und 24,635 Mio. Euro,² was umgerechnet auf die Schülerzahl an Ersatzschulen durchschnittliche Beträge von 132 und 141 Euro je Schüler in den Jahren 2020 und 2021 ergibt.

Die hohe Differenz der ermittelten Zusatzbeträge auf Basis der zusätzlichen Immobilienkosten gegenüber den aus den Baukostenzuschüssen resultierenden Mittel je Schüler offenbart an dieser Stelle deutliche Defizite in der Angemessenheit der staatlichen Zuschüsse, weshalb die Privatschulförderung hier als unzureichend einzuschätzen ist. Zu den zusätzlichen Immobilienkosten kommen weitere Zusatzbeträge aus den übrigen untersuchten Kostenaspekten hinzu, die im öffentlichen Schulwesen Baden-Württembergs eine gewisse Rolle spielen, jedoch in der Bemessungsgrundlage des BKM derzeit keine Berücksichtigung finden.

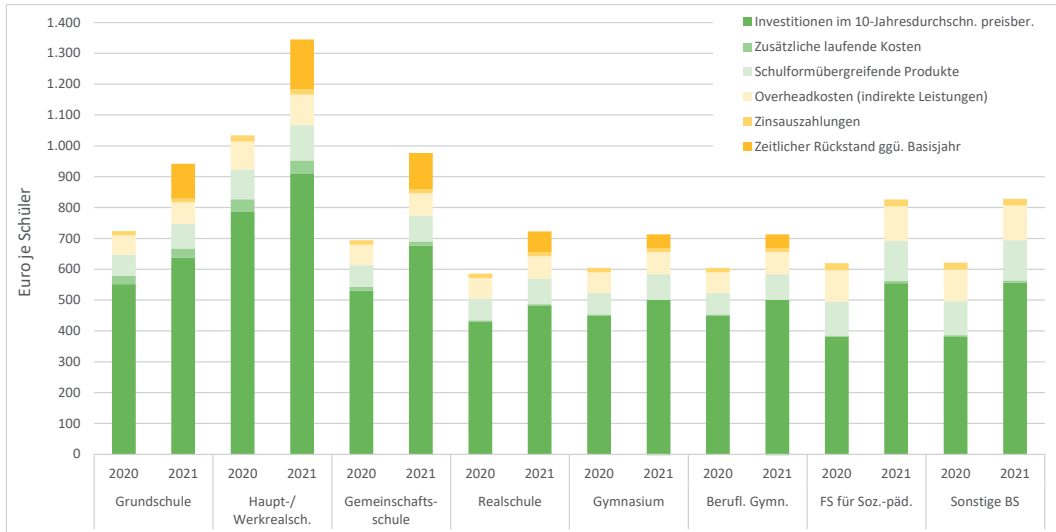
Gesamtsummen

In der Summe ergeben sich für alle Schulformen relativ hohe zusätzliche Beträge (Abb. 5 und 6), die sich speziell bei Verwendung der preisbereinigten Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt und bezogen auf das Jahr 2020 fast durchgängig auf mehr als 600 Euro je Schüler (Ausnahme: Realschulen mit 586 Euro je Schüler) belaufen. Unter Verwendung der Basiswerte des Jahres 2021, die auch den zeitlichen Rückstand gegenüber den Kosten des Landes beinhalten, erhöhen sich die zusätzlichen Kopfsatzbeträge auf mehr als 700 Euro je Schüler, wobei für Grund-, Haupt-, Werkreal- und Gemeinschaftsschulen jeweils mehr als 900 Euro je Schüler ermittelt wurden. Besonders hoch fallen die Zusatzbeträge dabei mit 1.345 Euro je Schüler bei den Haupt- und Werkrealschulen aus.

Die zusätzlichen Kostenbestandteile können jeweils separat und in pragmatischer Form ermittelt werden, so dass eine Berücksichtigung im BKM prinzipiell möglich ist.

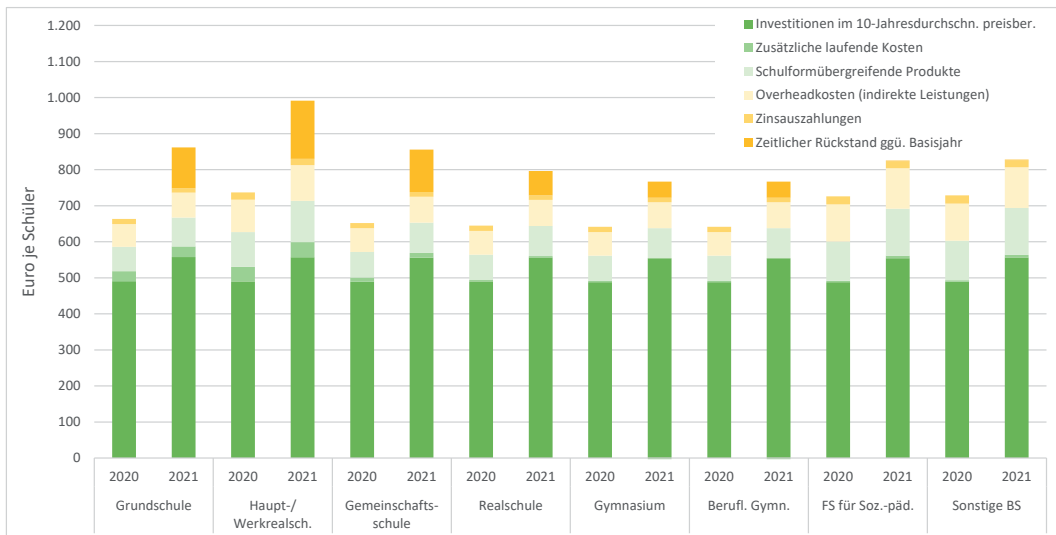
² Landtag von Baden-Württemberg (2022): Mitteilung der Landesregierung. Berechnung über die Kosten des öffentlichen Schulwesens durch die Landesregierung nach § 18 a des Privatschulgesetzes (PSchG). Drucksache 17/3663, S. 10.

Abbildung 5: Zusätzliche Kopfsatzbeträge 2023 bei Einbeziehung der für die Jahre 2020 und 2021 ermittelten Mehrkosten in das BKM – Variante mit preisbereinigten Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt



Eigene Berechnung und Darstellung

Abbildung 6: Zusätzliche Kopfsatzbeträge 2023 bei Einbeziehung der für die Jahre 2020 und 2021 ermittelten Mehrkosten in das BKM – Gleichverteilung der preisbereinigten Investitionen im 10-Jahresdurchschnitt



Eigene Berechnung und Darstellung

Gleichheitsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes und nach nordrhein-westfälischem Privatschulfinanzierungsrecht geschuldeten Eigenleistungen von Ersatz-Förderschulen (Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung) – zugleich zur Klage der Troxler-Schule Wuppertal gegen die Eigenleistungs-Festsetzungsbescheide 2018/2019 der Bezirksregierung Düsseldorf

PROF. DR. WOLFRAM CREMER, BOCHUM

I. Einführung

Vor etwa zwei Jahren hat der Verfasser dieses Beitrags im Auftrag der Troxler-Schule Wuppertal – Ersatz-Förderschule mit dem Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung (GE) – ein umfängliches Gutachten zur Verfassungswidrigkeit der nach nordrhein-westfälischem Privatschulfinanzierungsrecht von Förder-Ersatzschulen – explizit von solchen mit dem Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung (GE) – zu erbringenden Eigenleistungen erstellt, welches u.a. auf der Homepage des IfBB publiziert ist. Nicht zuletzt angesichts einer 2023 unter maßgeblicher Bezugnahme auf dieses Gutachten anhängig gemachten Klage¹ der freien Troxler-Schule Wuppertal (Förder-Ersatzschule GE) gegen die Festsetzungsbescheide der Bezirksregierung Düsseldorf für die Jahre 2018 und 2019 hat mich die Redaktion der R&B gebeten, einen Teilaspekt des Gutachtens – nämlich den Verstoß der nordrhein-westfälischen Regelungen gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 und Art. 3 Abs. 1 GG – unter Einbeziehung der bisherigen Prozessgeschichte hier kondensiert zu präsentieren. Demgegenüber wird der freiheitsgrundrechtliche Teil des Gutachtens, welcher insbesondere unter Bezugnahme auf das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG die Unzulässigkeit eines jedweden über einer Bagatellgrenze liegenden Schulgeldes als verfassungswidrig begründet, hier nicht nochmals thematisiert.

II. Die einfachrechtlichen Regelungen des nordrhein-westfälischen Eigenleistungsrechts

Im Folgenden werden zunächst die Grundzüge des „Rechts der Eigenleistungen“² nach dem nordrhein-westfälischen Privatschulfinanzierungsrecht dargestellt, soweit dies im vorliegenden Zusammenhang für das Verständnis der Regelungen und deren verfassungsrechtliche Beurteilung nach den Gleichheitsgrundrechten des Grundgesetzes erforderlich erscheint.³

1 Prozessvertreter/innen der Troxler-Schule sind Rechtsanwältin *Anja Surwehme* / Bochum und Rechtsanwalt *Felix Machts* / Hamburg.

2 Insoweit handelt es sich um keinen etablierten Begriff.

3 Ausführlichere Darstellung im Gutachten, Homepage IfBB.

1. Grundsatz: Prinzip der Defizitdeckung gem. § 106 Abs. 2 und 3 SchulG NRW

Das Recht der Privatschulfinanzierung ist in NRW in den §§ 105 ff. SchulG NRW sowie in der Verordnung über die Finanzierung von Ersatzschulen (Ersatzschulfinanzierungsverordnung – FESchVO) geregelt. Das Finanzierungssystem beruht gem. § 106 Abs. 1 SchulG NRW auf einem sog. Defizitdeckungssystem. Bezugspunkt der Defizitdeckung aus Landeshaushaltsmitteln sind die tatsächlichen Ausgaben der Ersatzschulträger sowie an den tatsächlichen Ausgaben orientierte Kostenpauschalen. Bzgl. der *wesentlichen* Personalkosten gem. § 106 Abs. 2 Nr. 1 SchulG NRW und der Sachkosten gem. § 106 Abs. 2 Nr. 2 SchulG NRW sind die tatsächlichen Ausgaben – im Rahmen eines in § 106 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SchulG NRW (implizit) vorgegebenen Maßstabs – der jeweiligen Ersatzschule der Bezugspunkt der Bezuschussung. Dagegen werden gem. § 106 Abs. 3 SchulG NRW die über § 106 Abs. 2 Nr. 1 hinaus anfallenden Personalkosten für Lehrerinnen und Lehrer i.S.v. § 107 Abs. 3, die Kosten des Verwaltungs- und Hauspersonals gemäß § 107 Abs. 4 bis 6 sowie die über § 106 Abs. 2 Nr. 2 hinausgehenden Sachkosten i.S.v. § 108 pauschaliert abgegolten.

2. Gesetzliche Eigenleistungen

Die gesetzliche Eigenleistung⁴ ist in § 106 Abs. 5 SchulG NRW mit 15% für die Regel-Ersatzschulen und mit 11% für Förder-Ersatzschulen festgelegt. Bezugspunkt ist die Summe, die sich aus den Zuschüssen gem. § 106 Abs. 2 und 3 ergibt. Diese prozentualen Eigenleistungen können von den Ersatzschulen zwar um 7% für die Bereitstellung von Schulgebäuden und -räumen ermäßigt werden, wenn Aufwendungen für Miete oder Pacht nicht veranschlagt werden, und um 2% für die Bereitstellung der Schulinrichtung abgesenkt werden. Zur Finanzierung dieser „sachlichen“ Eigenleistungen muss die jeweilige Ersatzschule aber wiederum eigene finanzielle Mittel auf- und einbringen, deren Höhe je nach Standort der Schule, Kreditwürdigkeit des Schulträgers und weiterer Umstände variieren kann und wird. Zudem kann das Absenkungspotential sogar bei ein und derselben Ersatzschule von Jahr zu Jahr variieren und kann auch deshalb verfassungsrechtlich nicht etwa im Sinne einer pauschalen Absenkung des Eigenleistungsanteils verarbeitet werden. Für die verfassungsrechtliche Würdigung der nordrhein-westfälischen Finanzierungsregeln sind vielmehr 15% Eigenleistung für die Regel-Ersatzschulen und 11% Eigenleistung für Förder-Ersatzschulen zugrunde zu legen.⁵

⁴ Neben der gesetzlichen Eigenleistung sind Ersatzschulträger mit den Kosten für das Personal- und Gebäudemanagement belastet. Diese Aufgaben und damit auch die entsprechenden Kosten übernehmen bei staatlichen Schulen das Schulamt, der Stadtbetrieb Schulen, das Gebäudemanagement und das Rechtsamt der jeweiligen Kommune oder des Landkreises sowie als Landesbehörde das Landesamt für Besoldung und Versorgung. Die Höhe dieser „zusätzlichen“ Kosten lassen sich allgemein, also im Sinne eines Durchschnittswerts aller Ersatzschulen, schwerlich quantifizieren.

⁵ Die 11%- bzw. 15%-Regel gilt indessen nicht für alle Ausgaben der Ersatzschule. Die Eigenleistung des Schulträgers entfällt gem. § 106 Abs. 6 SchulG NRW für die der Lehrerfortbildung dienenden Schulbudgets im Sinne von § 108 Abs. 5 SchulG NRW, für die Kosten der Lehrmittelfreiheit sowie die Schülerfahrtkosten im Sinne der zu den §§ 96 f. SchulG NRW getroffenen Regelungen.

Diese Prozentzahlen implizieren, dass die Belastungen pro Schülerin/Schüler von Regel-Ersatzschulen nach der Gesetzessystematik höher ausfallen als bei den Förder-Ersatzschulen, weil bei Ersteren eben eine Eigenleistung von 15% und bei Letzteren „nur“ von 11% geschuldet wird. So verhält es sich indes mitnichten. Die prozentualen Eigenbeteiligungen wirken sich auf die verschiedenen Typen von Ersatzschulen resp. die zur Aufbringung der Eigenleistung *notwendigen* „Beiträge“ der Schüler/innen bzw. ihrer Eltern/Sorgeberechtigten in Verbindung mit den verordnungsrechtlichen Bestimmungen über die Schüler-Lehrer-Relationen für die (verschiedenen) Regelschulen und die verschiedenen Förderschulen ganz im Gegenteil derart aus, dass der Eigenleistungsanteil pro Schüler/in an Förder-Ersatzschulen und namentlich an Förder-Ersatzschulen GE aus *strukturellen* resp. *regelungssystemimmanenten* Gründen signifikant höher ausfällt als an Regel-Ersatzschulen.⁶

Die Verordnung zur Ausführung des § 93 Abs. 2 Schulgesetz (VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW) regelt in ihren §§ 8 ff. die Relationen der „Schülerinnen und Schüler je Lehrerstelle“. Gem. § 8 Abs. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW betragen die Relationen „Schülerinnen und Schüler je Stelle“ (nach Maßgabe des Haushalts) für Grundschulen 21,95 (Nr. 1), für Hauptschulen 17,86 (Nr. 2), für Realschulen 20,19 (Nr. 3), für Sekundarschulen 16,27 (Nr. 4), für Gymnasien in der Sekundarstufe I (G 8) 19,17 (Nr. 5 a), in der Sekundarstufe I (G 9) 19,87 (Nr. 5 b) und in der Sekundarstufe II 12,70 (Nr. 5 c), für Gesamtschulen in der Sekundarstufe I 18,63 (Nr. 6 a) und in der Sekundarstufe II 12,70 (Nr. 6 b). Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 8 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW betragen die Relationen „Schülerinnen und Schüler je Stelle“ für Förderschulen für Förderschwerpunkte im Bereich der Lern- und Entwicklungsstörungen (Lernen, Emotionale und soziale Entwicklung, Sprache) 9,92 (Nr. 8 a), für den Förderschwerpunkt Sehen (Blinde) 5,89 (Nr. 8 b), für den Förderschwerpunkt Hören und Kommunikation (Gehörlose) 5,89 (Nr. 8 c), für den Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung 6,14 (Nr. 8 d), für den Förderschwerpunkt Körperliche und motorische Entwicklung 5,89 (Nr. 8 e), für den Förderschwerpunkt Sehen (Sehbehinderte) 7,83 (Nr. 8 f),

⁶ Die Verordnung zur Ausführung des § 93 Abs. 2 Schulgesetz (VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW) regelt in ihrem § 6 zudem die sog. Klassenbildungswerte. Nach dessen Abs. 1 S. 1 werden Klassen auf der Grundlage von Klassenfrequenzrichtwerten, Klassenfrequenzhöchstwerten und Klassenfrequenzmindestwerten sowie Bandbreiten in der Regel als Jahrgangsklassen gebildet. Abweichend hiervon richtet sich die Klassenbildung an Grundschulen nach den Bestimmungen gemäß § 6a. Gem. § 6 Abs. 4, 5, 6 und 8 beträgt der Klassenfrequenzrichtwert in der Hauptschule 24 und es gilt eine Bandbreite von 18 bis 30; in der Realschule und in der Sekundarstufe I des Gymnasiums und der Gesamtschule beträgt der Klassenfrequenzrichtwert 27 und es gilt eine Bandbreite von 25 bis 29; in der Sekundarschule beträgt der Klassenfrequenzrichtwert 25 und es gilt eine Bandbreite von 20 bis 29 und in der gymnasialen Oberstufe (Gymnasium, Gesamtschule) und in Bildungsgängen nach Anlage D zur APO-BK beträgt der Klassenfrequenzrichtwert 19,5. Gem. § 6a Abs. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW beträgt die Anzahl der zu bildenden Eingangsklassen an einer Grundschule für jahrgangsbezogenen und jahrgangsübergreifenden Unterricht bei einer Schülerzahl von bis zu 29 eine Klasse, von 30 bis 56 zwei Klassen, von 57 bis 81 drei Klassen, von 82 bis 104 vier Klassen, von 105 bis 125 fünf Klassen und von 126 bis 150 sechs Klassen. Bei jeweils bis zu weiteren 25 Schülerinnen und Schülern ist eine weitere Eingangsklasse zu bilden.

für den Förderschwerpunkt Hören und Kommunikation (Schwerhörige) 7,83 (Nr. 8 g) und für die intensivpädagogische Förderung bei Schwerstbehinderung gemäß § 15 der Ausbildungsordnung sonderpädagogische Förderung (außer Emotionale und soziale Entwicklung) 4,17 (Nr. 8 h).⁷

Die Auswirkungen des Zusammenspiels von gesetzlicher Eigenleistung der Ersatzschulen und verordnungsrechtlich geregelten Lehrer-Schüler-Relationen werden nachfolgend anhand eines realen Beispiels illustriert, welches mutatis mutandis stellvertretend für die gesetzlich angelegte signifikante Benachteiligung von Förder-Ersatzschulen und namentlich Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen steht. Ausgewählt wurden die klagende Troxler-Schule Wuppertal als Ersatz-Förderschule GE und die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal, eine Regel-Ersatzschule, welche als Waldorfschule von den Klassen 1 – 13 geführt wird.

Für das Jahr 2019 ergibt sich gemäß der Jahresrechnung für die Troxler-Schule Wuppertal als Ersatz-Förderschule GE bei 121 Schüler/innen und 30,1 Lehrerstellen (Quote 4,02) bei einer gesetzlichen Eigenleistung von 9% ein Beitrag von 252.056,94 Euro (ca. 174 Euro monatlich pro Schüler/in), was bei einer – wie oben begründet – zu Grunde zu legenden Quote von 11% eine Eigenleistung von 308.070 Euro zur Konsequenz gehabt hätte. Daraus ergäbe sich eine Eigenleistung pro Schüler/in von 212,17 Euro monatlich. Grundlage dieser Berechnung sind Ausgaben im Sinne von § 106 Abs. 2 und Abs. 3 SchulG NRW in Höhe von 3.419.572,86 Euro, wobei Ausgaben nach § 106 Abs. 6 SchulG NRW von dieser Summe abgezogen wurden (618.940,24 Euro), was zu einer Bezugsgröße von 2.800.632,62 Euro führt. Die Quote von 4,02 resultiert aus einer Kombination aus § 8 Abs. 1 Nr. 8 d mit einer Relation von 6,14 für den Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung, welche für 78 Schüler/innen zu Grunde zu legen ist, und einer Quote von 4,17 für insgesamt 43 Schüler/innen der Troxler-Schule Wuppertal, welche einer intensiv-pädagogischen Förderung bedürfen, sowie einem Ganztagsstellenzuschlag von 30% gem. § 9 Abs. 1 S. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW. Dazu kommt ein Zuschlag von 0,200 für Leitungszeit.

7 Gem. § 8 Abs. 2 S. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW kann das für das Schulwesen zuständige Ministerium in besonderen Fällen, insbesondere für Schulversuche sowie bei *Förderschulen* und Schulen für Kranke, die Relationen nach den jeweiligen Erfordernissen abweichend von Absatz 1 im Einvernehmen mit dem für Finanzen zuständigen Ministerium festsetzen. Des Weiteren kann das für das Schulwesen zuständige Ministerium gem. § 9 Abs. 1 S. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW den Schulaufsichtsbehörden für den Unterrichtsmehrbedarf einen Ganztagsstellenzuschlag für Grundschulen, für die Sekundarstufe I sowie für Förderschulen mit dem Förderschwerpunkt Lernen in Höhe von 20 Prozent und für die übrigen Förderschulen und die Schulen für Kranke in Höhe von 30 Prozent der Grundstellenzahl zuweisen. Gem. § 9 Abs. 2 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW kann das für das Schulwesen zuständige Ministerium den Schulaufsichtsbehörden nach näherer Bestimmung des Haushalts zusätzliche Stellen oder Mittel für den Unterrichtsmehrbedarf zuweisen, und zwar u.a. (Nr. 6) für die *Ganztagsförderung* in Hauptschulen und *Förderschulen* in der Sekundarstufe I mit erweitertem Ganztagsbetrieb in Höhe von insgesamt 30 Prozent der Grundstellenzahl.

Die Schüler-Lehrer-Relationen bei staatlichen Förderschulen GE folgen – wie bereits angemerkt – denselben Grundsätzen; demgemäß liegen die Relationen der „Schülerinnen und Schüler je Lehrerstelle“ bei der staatlichen Förderschule GE Schule am Nordpark in Wuppertal für das Schuljahr 2021/22 bei 320 Schüler/innen und 78,5 Lehrerstellen bei einer Quote von 4,08. Diese Quote resultiert aus einer Kombination aus § 8 Abs. 1 Nr. 8 d mit einer Relation von 6,14 für den Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung, welche für 213 Schüler/innen zu Grunde zu legen ist, und einer Quote von 4,17 für insgesamt 107 Schüler/innen der Schule am Nordpark in Wuppertal, welche einer intensiv-pädagogischen Förderung bedürfen, sowie einem Ganztagsstellenzuschlag von 30% gem. § 9 Abs. 1 S. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW.

Für die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal, eine Regel-Ersatzschule, ergibt sich für das Jahr 2019 gemäß der Jahresrechnung bei 385 Schüler/innen und 20,4 Lehrerstellen (Quote: 18,87) bei einer gesetzlichen Eigenleistung von 13% ein Beitrag von 379.624 Euro (ca. 82 Euro monatlich pro Schüler/in), was bei einer Quote von 15% eine Eigenleistung von 438.028 Euro zur Konsequenz gehabt hätte. Daraus ergäbe sich eine Eigenleistung pro Schüler/in von 94,81 Euro monatlich. Auch Grundlage dieser Berechnung waren Ausgaben im Sinne von § 106 Abs. 2 und Abs. 3 SchulG NRW in Höhe von 2.994.567,36 Euro, wobei Ausgaben nach § 106 Abs. 6 SchulG NRW (74.380,09 Euro) von dieser Summe abgezogen wurden, was zu einer Bezugsgröße von 2.920.187,27 Euro führt.

Das aktuelle Schulgesetz wirkt sich in Verbindung mit der Verordnung zur Ausführung des § 93 Abs. 2 Schulgesetz im Hinblick auf die Troxler-Schule Wuppertal und die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal nach allem so aus, dass gegenüber einer Regel-Ersatzschule für nicht-behinderte Kinder an einer Förder-Ersatzschule GE eine 2,3-fach höhere gesetzliche Eigenleistung je Schülerin und Schüler aufgebracht werden muss. An diesen Befund anschließend wird nunmehr erörtert, ob Ersatz-Förderschulen GE durch eine solche im Vergleich zu Regel-Ersatzschulen im Gesetz angelegte (durchschnittliche) Mehrbelastung in ihrem Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt werden (IV). Zuvor wird untersucht, ob die regelungssystemimmanente relative Mehrbelastung der betroffenen Schülerinnen und Schüler der Förder-Ersatzschulen GE bzw. ihrer zahlungsverpflichteten Eltern Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt (III).

III. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG der Schülerinnen und Schüler der Förder-Ersatzschulen GE bzw. ihrer zahlungsverpflichteten Eltern

Es wurde gezeigt, dass die Regelungssystematik des nordrhein-westfälischen Schulrechts, namentlich das Zusammenspiel von gesetzlicher Eigenleistung der Ersatzschulen und verordnungsrechtlich geregelten Lehrer-Schüler-Relationen, im Hinblick auf die finanziellen Eigenleistungen pro Schüler/in zu einer signifikanten Benachteiligung

von Förder-Ersatzschulen und zumal Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen führt. Da diese unterschiedliche Belastung zwangsläufig aus der Systematik des Schulgesetzes NRW i.V.m. der VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW folgt, ist diese gesetzes- und verordnungsbedingte Ungleichbehandlung dem Land auch zuzurechnen. Als durch diese Regeln benachteiligte Grundrechtsträger sind neben den Trägern der Förder-Ersatzschulen GE als Grundrechtsberechtigte⁸ die mittelbar, aber geradezu zwangsläufig – soweit nicht ein gutherziger Dritter oder der (etwa kirchensteuerfinanzierte) Träger als Finanzier einspringt – nachteilig betroffenen Schülerinnen und Schüler der Förder-Ersatzschulen GE bzw. ihre zahlungsverpflichteten Eltern zu nennen. Demgemäß stellt sich die Frage, ob die betroffenen Schüler/innen dadurch in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt werden.

1. Behinderung

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG untersagt jegliche Benachteiligung wegen einer Behinderung.⁹ Für eine Behinderung ist nach dem BVerfG kennzeichnend, dass eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist¹⁰ bzw. eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung vorliegt, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.¹¹ Nach diesem Verständnis von Behinderung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG besteht kein Zweifel, dass die Förderschüler/innen GE dem grundgesetzlichen Verständnis von Behinderung unterfallen. Soweit dem Bundesverfassungsgericht vorgeworfen wird, es verenge sein Verständnis von Behinderung zu sehr auf den Gesichtspunkt eines „medizinischen Defizit[s]“ und vernachlässige die Wechselwirkungen zwischen individueller Beeinträchtigung und gesellschaftlicher Teilhabe – was nunmehr in § 2 Abs. 1 S. 1 SBG IX stärker hervorgehoben wird –¹² kann diese Kontroverse hier schon deshalb dahin stehen, da dieser Ansatz allein darauf zielt, das grundrechtliche Verständnis von Behinderung zu weiten.

2. Benachteiligung

Eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt nach dem BVerfG bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt vor, soweit diese nicht durch Fördermaßnahmen „hinlänglich“ kompensiert werden. So würden Menschen mit Behinderung benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen Nichtbehinderter durch staatliche Maßnahmen

8 Vgl. nur BVerfGE 112, 74 ff. und bzgl. des Gleichheitssatzes insbesondere S. 86 ff.

9 Vgl. nur BVerfGE, 151, 1 (Rn. 54).

10 BVerfGE 151, 1 (Rn. 54), unter Verweis auf *Baer/Markard*, von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 531.

11 Vgl. BVerfGE 96, 288 (301).

12 Vgl. nur *Kingreen*, BK, Art. 3 Rn. 563 f.; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 195.

verschlechtert wird, was der Fall sei, wenn ihnen Entfaltung- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten werden, die anderen offenstehen. Erfasst seien auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern „als typische Nebenfolge einer Maßnahme“ darstellt.¹³ Eine solche Benachteiligung Behinderter liegt auf Grund der geschilderten gesetz- und verordnungsimmanenten Wirkungen vor. Und die betroffenen Träger können die Belastungen, wenn sie nicht „zufällig“ eine Förderung durch Dritte erfahren, zum Zwecke des (Fort-)Betreibens der Schule nur auf die behinderten Schülerinnen und Schüler bzw. ihre Eltern abwälzen. Der Verweis auf eine kostenfreie staatliche Schule kann demgegenüber schon deshalb nicht verfangen, weil die behinderten Schülerinnen und Schüler dessen ungeachtet im Hinblick auf ihr Wahl- und Bildungsteilhaberecht – staatliche oder freie Schule – schlechter gestellt würden als nichtbehinderte Schülerinnen und Schüler.

Wenn das VG Düsseldorf demgegenüber in seinem Urteil vom 1. Dezember 2004 – welches freilich schon kurz nach der Inkorporierung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 in das Grundgesetz und vor dem Ergehen einschlägiger bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung erging – im Hinblick auf einen im Kern vergleichbaren Sachverhalt einleitend ausführt, es könne dahin stehen, ob aus dem Benachteiligungsverbot *Leistungsansprüche* eines Schulträgers abgeleitet werden können, wird die Prüfung von Anfang an auf das falsche Gleis gesetzt, geht es doch nicht um die Frage, ob behinderte Schülerinnen und Schüler gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG „mehr“ bekommen müssen als nichtbehinderte Schülerinnen und Schüler, sondern um die Frage der Verfassungswidrigkeit einer Schlechterstellung. In diesem leistungsrechtlichen Sinne fährt das VG Düsseldorf dann auch fort, wenn es ausführt, dass selbst wenn das „Benachteiligungsverbot“ – welches aber eben in der Sache gerade nicht geprüft wird – gebiete, dass „auch Behinderten der Besuch einer Ersatzschule wirtschaftlich möglich bleiben muss“, das einschlägige nordrhein-westfälische Schulrecht bei einer Unzumutbarkeit des Kostenaufwands im Einzelfall eine höhere staatliche Förderung vorsehe. Diese Argumentation ist evidenterweise keine gleichheitsrechtliche und schon deshalb zu verwerfen. Eine benachteiligende Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu Lasten der behinderten Förderschüler/innen GE ist gegeben und kann allenfalls dann keine Verletzung der Norm sein, wenn diese Benachteiligung gerechtfertigt werden kann.

Bleibt die Frage, was die Bezirksregierung in laufenden Verfahren in ihrer Klageerwiderung zur Ungleichbehandlung der Ersatzförderschulen GE vorgetragen hat. Im Hinblick auf die Argumentation aus dem Gleichheitssatz nimmt die Klageerwiderung die geltend gemachte Ungleichbehandlung (und Verletzung) im Hinblick auf die Vergleichsgruppen Förderschule GE einerseits und Regelschule andererseits gar nicht in den Blick und vermag die vorgebrachte Argumentation schon deshalb nicht infrage zu

¹³ BVerfGE 151, 1 (Rn. 55).

stellen. Adressiert wird lediglich ein Vergleich zwischen den verschiedenen Arten von Förderschulen. Dass diesbezüglich eine relevante Ungleichbehandlung vorliegt, wird in der Klage nicht behauptet. Ganz im Gegenteil gilt es (jenseits der Klage) zu erwägen, ob eine Verletzung des Gleichheitssatzes nicht auch im Hinblick auf sämtliche (oder jedoch viele) Arten von Förderschulen im Vergleich zu den Regelschulen vorliegt. Auch insoweit sind keine begründeten Zweifel erkennbar.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

In Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur nimmt das BVerfG an, dass eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zwar gerechtfertigt werden kann, aber nur aufgrund sog. „zwingender Gründe“¹⁴. Nach diesem strengen Rechtfertigungsmaßstab¹⁵ muss die in Rede stehende Maßnahme unerlässlich sein, um behindertenbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Und das BVerfG fügt hinzu, dass dies nur der Fall sei, wenn dem Staat die Beseitigung der Einschränkungen, denen Menschen mit Behinderungen unterliegen, „unmöglich oder unzumutbar“ sei. Davon kann vorliegend erkennbar keine Rede sein. Einer Absenkung des Eigenanteils von Förder-Ersatzschulen GE ist unter keinem erkennbaren Gesichtspunkt unmöglich oder unzumutbar. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist nach allem zu bejahen.¹⁶

IV. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG der Förder- Ersatzschulen GE

1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung

Im Kontext von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wurde gezeigt, dass die Regelungssystematik des nordrhein-westfälischen Schulrechts systemimmanent zu einer signifikanten Benachteiligung von Förder-Ersatzschulen und zumal Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen führt und diese dem Land NRW auch zuzurechnen ist. Darin liegt im Hinblick auf die Förder-Ersatzschulen GE, die sich selbst nicht auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG berufen können, eine verfassungsrechtlich relevante benachteiligende Ungleichbehandlung gegenüber Regel-Ersatzschulen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Damit stellt sich wiederum die Frage, ob diese unterschiedliche Behandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Insoweit werden verbreitet zwei unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe, nämlich die „Willkürformel“ und die (gar nicht

¹⁴ BVerfGE 151, 1 (Rn. 57) mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur.

¹⁵ Vgl. nochmals BVerfGE 151, 1 (Rn. 57).

¹⁶ Vgl. zur Rechtsfolge, nämlich einer Absenkung des Eigenleistungsanteils für die Förder-Ersatzschulen GE auf höchstens 5%, das ausführliche Gutachten (Homepage IfBB).

mehr so neue) sog. „neue Formel“, verfochten. Nach ersterer bedarf es für die Rechtfertigung lediglich irgendeines sachlichen Grundes;¹⁷ nach der „neuen Formel“ ist Art. 3 Abs. 1 GG dagegen verletzt, wenn zwischen zwei von der Rechtsordnung unterschiedlich behandelten Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁸ Blicke die Frage, wann die eine und wann die andere Formel Anwendung findet.¹⁹ Indessen hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile judiziert, dass sich die Maßstäbe nicht dichotomisch gegenüberstehen. Vielmehr gilt „ein stufenloser am Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.“²⁰ Die Ungleichbehandlung bedarf „stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.“²¹ Vorliegend kann eine Auseinandersetzung mit den „verschiedenen Formeln“ indessen unterbleiben, fehlt es doch an jedweden erkennbaren Differenzierungsgrund. Man mag prima facie geneigt sein, zur Rechtfertigung darauf zu verweisen, dass die finanziellen Belastungen durch Eigenleistungen pro Schule bzw. pro Träger bei den Förder-Ersatzschulen GE sogar geringer ausfallen als bei den Regel-Ersatzschulen – 11% an Stelle von 15%. Darauf darf es aber weder im Hinblick auf die betroffenen Schüler/innen noch auf die Träger ob der geschilderten gesetz- und ordnungsimmanenten Belastungskonsequenzen ankommen. Der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass im Anwendungsbereich des Freiheitsgrundrechts aus Art. 7 Abs. 4 GG die bloße Anwendung der Willkürformel resp. eine geringe Rechtfertigungslast im Rahmen eines stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs ausscheidet.²² Demzufolge scheidet eine Rechtfertigung der gesetz- und ordnungsimmanenten Benachteiligung von Förderersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen erst recht aus.²³

17 *Classen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 17 Rn. 24; *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, 23. Aufl. 2020, Rn. 806; *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 11; *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 92. EL August 2020, Art. 3 Abs. 1 Rn. 433; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 30; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 24, 28.

18 *Classen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 17 Rn. 25; *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, 23. Aufl. 2020, Rn. 807; *Englisch*, in: Stern/Becker, Art. 3 Rn. 12; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 3 Rn. 31; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 28.

19 *Classen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 17 Rn. 27; *Englisch*, in: Stern/Becker, Art. 3 Rn. 14; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 3 Rn. 32; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 31.

20 BVerfGE 129, 49 (69).

21 BVerfGE 135, 126 (143); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 527 ff.

22 Vgl. dazu nur BVerfGE 112, 74 (86 ff.).

23 Vgl. zur Rechtsfolge, nämlich einer Absenkung des Eigenleistungsanteils für die Förder-Ersatzschulen GG auf höchstens 5%, das ausführliche Gutachten (Homepage IfBB).

D. Zusammenfassung

Es wurde gezeigt, dass die Regelungssystematik des nordrhein-westfälischen Schulrechts, namentlich das Zusammenspiel von gesetzlicher Eigenleistung der Ersatzschulen und verordnungsrechtlich geregelten Lehrer-Schüler-Relationen, im Hinblick auf die finanziellen Eigenleistungen pro Schüler/in gesetztes- resp. systemimmanent zu einer signifikanten Benachteiligung von Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen führt. Für eine im Hinblick auf die Eigenleistungen pro Schüler/in grosso modo durchschnittliche Förder-Ersatzschule GE wie die Troxler-Schule Wuppertal ergab sich eine Eigenleistung pro Schüler/in von 212,17 Euro monatlich, während sich für eine im Hinblick auf die Eigenleistungen pro Schüler/in grosso modo durchschnittliche Regel-Ersatzschule wie die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal (welche als Waldorfschule von den Klassen 1 – 13 geführt wird) eine Eigenleistung pro Schüler/in von 94,81 Euro monatlich ergab. Da diese unterschiedliche Belastung zwangsläufig aus der Systematik des Schulgesetzes NRW i.V.m. der VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW folgt, ist diese gesetztes- und verordnungsbedingte Ungleichbehandlung dem Land auch zuzurechnen. Darin liegt im Hinblick auf die Träger der Förder-Ersatzschulen GE eine verfassungsrechtlich relevante benachteiligende Ungleichbehandlung gegenüber den Trägern von Regel-Ersatzschulen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG, die nicht rechtfertigungsfähig ist. Demgemäß ist die von der Troxler-Schule erhobene Klage jedenfalls in diesem Umfang begründet.

Neben den Trägern der Förder-Ersatzschulen GE als Grundrechtsberechtigten werden mittelbar, aber geradezu zwangsläufig – soweit nicht ein gutherziger Dritter oder der vermögende (etwa kirchliche) Träger als Finanzier einspringt – die den Förder-Ersatzschulen GE angehörigen Schüler/innen und ihre zahlungsverpflichteten Sorgeberechtigten gegenüber Schüler/innen von Regel-Ersatzschulen und deren Sorgeberechtigten benachteiligt. Darin liegt eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der Benachteiligungen wegen einer Behinderung untersagt.

Streit über eine verfassungskonforme Auslegung des Brandenburger Schulgesetzes erreicht Bundesverfassungsgericht

DR. DETLEF HARDORP

Über 500 einzelne Klageverfahren mit einem Gesamtvolumen von knapp 100 Millionen Euro, über vier Jahr aufgelaufen, alle ruhend gestellt, außer einem, zu dem im Januar 2024 eine 73-seitige Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe eingereicht wurde: Das ist der Stand des Streits um Finanzhilfe für Brandenburger Schulen in freier Trägerschaft. Der Zuschuss für Schulen in freier Trägerschaft bemisst sich in Brandenburg nach einer Reihe von Faktoren, der gewichtigste davon sind die Personaldurchschnittskosten. Nach § 124a Abs. 3 Satz 1 BbgSchuIG entsprechen die Personaldurchschnittskosten je Lehrkraft und Schulform den Arbeitgeberkosten für tarifbeschäftigte Lehrkräfte an den Schulen in öffentlicher Trägerschaft.

2017 stiegen die Personaldurchschnittskosten dadurch, dass im Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) über die bisherigen fünf Entwicklungsstufen, die Lehrkräfte im Laufe ihrer Tarifbeschäftigung durchlaufen, eine sechste, noch höher besoldete Stufe eingeführt wurde. Die Verordnung hatte zunächst die Stufe 4 festgelegt, von der sie auch nicht abrücken wollte, nachdem die sechste Stufe eingeführt worden war. Der Streit geht darüber, ob das Gesetz den Verordnungsgeber verpflichtete, bei einem Gefüge von sechs Stufen die Stufe 5 in der Verordnung festzulegen.

Lehrkräfte verweilen in einer Stufe so viele Jahre wie der Nennwert der Stufe, außer in der letzten, in der sie dann bis zum Ende ihrer Dienstzeit verbleiben. Deswegen tendiert der gewichtete Durchschnitt immer zu einer höheren Stufe. Bei einer Durchschnittsbildung muss man auch berücksichtigen, dass das Schulgesetz von pauschalen Soll- und nicht Istwerten ausgeht. Somit kommt es nicht auf die tatsächliche Stufenverteilung im Land an, sondern auf eine nach Dienstalter gleichmäßige Idealverteilung.

Verlauf der ersten drei Instanzen

Das Ministerium reichte 2021 auf Nachfrage des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) Berechnungen ein, die bei fünf Stufen einen gewichteten Schnitt von 4,33 und bei sechs Stufen 4,83 ergaben (bei einer angenommenen Dienstzeit von – lediglich! – 30 Jahren). Anknüpfend an diese Berechnung verurteilte das Verwaltungsgericht das Land zur Zahlung eines Zuschusses unter Zugrundelegung der Stufe 5, da sonst der im Gesetz festgelegten „Entsprechung“ nicht entsprochen wäre. Eine dem Gesetz widersprechende Festlegung einer Verordnung sei nicht wirksam. In R&B 4/21 berichtete ich ausführlich zum Stand nach dem erstinstanzlichen Erfolg des Klägers beim Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) („Bildungsministerin Britta Ernst will Brandenburger Verwaltungsgerichtsurteil nicht folgen“).

Auf den in § 124a Abs. 3 Satz 1 BbgSchulG niedergelegten Grundsatz der Entsprechung hatte das beklagte Land nie in seinen Schriftsätzen Bezug genommen, sondern in erster Linie argumentiert, dass die Festlegung einer Stufe 4 die Existenz der Institution des Ersatzschulwesens nicht gefährde (was seitens der Kläger nie in Frage gestellt wurde) und deswegen verfassungskonform sei.

Mit dieser Argumentation hatte der Beklagte dann tatsächlich Erfolg beim OVG Berlin-Brandenburg (vgl. auch die Einschätzung hierzu von Martin Malcherek „Selbstaubeutung als Normalzustand“ in R&B 2/23). Das OVG setzte sich dabei in keiner Weise mit dem Urteil aus erster Instanz auseinander und übernahm gänzlich die Haltung und Argumentation des Beklagten. Eine Revision ließ es nicht zu, weil es bezüglich der Auslegung von Landesrecht die höchste Instanz ist. In der Pressemitteilung zur Verkündung des OVG Urteils vom 13.12.2022 (OVG 3 B 37/21) schrieb das OVG Berlin-Brandenburg: „Der brandenburgische Gesetzgeber habe dem Ordnungsgeber bei der Festsetzung der Entwicklungsstufe einen Gestaltungsspielraum überlassen, von dem der Ordnungsgeber pauschalierend Gebrauch machen dürfe. Er sei insoweit grundsätzlich nicht an Vorgaben des Schulgesetzes gebunden und habe die Grenzen seines Gestaltungsspielraumes nicht überschritten. Nach Inkrafttreten des Änderungstarifvertrags sei er nicht verpflichtet gewesen, die in der Ersatzschulzuschussverordnung festgesetzte Entwicklungsstufe 4 zu Gunsten der Träger freier Schulen zu erhöhen.“

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Nichtzulassungsbeschwerde, die die Auslegung des Landesrechts nicht in Frage stellte, mit Beschluss vom 15.12.2023 – 6 B 9.23 – zurück, mit der Begründung, dass den aufgeworfenen Fragen keine grundsätzliche Bedeutung zukäme; die Anforderungen an den Parlamentsvorbehalt und an eine Verordnungsermächtigung ließen sich – über die in der Rechtsprechung des BVerfG bereits herausgearbeiteten abstrakten Maßstäbe hinaus – nicht weiter verallgemeinerungsfähig klären (Rn. 11 und 13).

Es läge weiterhin keine evidente Gefährdung des Bestands des Ersatzschulwesens vor. Aus Art. 7 Abs. 4 GG ergäben sich keine Vorgaben im Hinblick auf die Berechnungsweise für gewährte Zuschüsse und die hierbei angesetzten Vergleichsparameter, solange die finanzielle Förderung nicht auf ein die Ersatzschule als Institution existenziell gefährdendes Niveau absinke (LS und Rn. 15 f.).

Wortlaut fehlgedeutet

Mit der Verfassungsbeschwerde wird nun die Auslegung des Landesrechts wieder thematisiert. Das OVG hatte ausgeführt: „Der Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage in § 124a Abs. 8 Nr. 2 BbgSchulG gibt eine Anpassungspflicht nicht vor. Zwar ergibt sich aus der Befugnis zur Festsetzung „der“ Entwicklungsstufe die verpflichtende Vorgabe, eine solche zu bestimmen, da sie aufgrund der Systematik der tarifvertraglichen

Vorschriften für den öffentlichen Dienst neben der Bestimmung einer Entgeltgruppe notwendig ist, um eine Vergütung zu ermitteln. Ohne diese weitere Konkretisierung wäre die Zuschussregelung des Schulgesetzes nicht praktikabel (vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 13. Dezember 1961 - 1 BvR 1137/59 - juris Rn. 22). Jenseits dessen enthält die Regelung – worauf der Beklagte zutreffend hinweist – aber keine Vorgaben, wie im Einzelnen die festzusetzende Entwicklungsstufe durch den Ordnungsgeber zu bestimmen ist.“ Dagegen argumentiert der Kläger nunmehr vor dem BVerfG, dass das Gesetz *sehr wohl* eine Vorgabe enthält, die bei der Festlegung der Entwicklungsstufe berücksichtigt werden müsse (nämlich die eingangs zitierte aus § 124a Abs. 3 BbgSchulG). Diese wirkt bis in den Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage hinein, die in § 124a (8) BbgSchulG lautet: „Das für Schule zuständige Mitglied der Landesregierung wird ermächtigt, das Nähere über die Grundlagen und das Verfahren zur Feststellung der Höhe des Betriebskostenzuschusses ... durch Rechtsverordnung zu regeln, insbesondere zu ... der Ermittlung der Arbeitgeberkosten je Entgeltgruppe einschließlich der Festsetzung der Entwicklungsstufe...“

Es ist zwar zutreffend, dass die Entwicklungsstufe nicht ermittelt, sondern festgesetzt wird. Diese Festsetzung geschieht aber offensichtlich im Rahmen *der Ermittlung der Arbeitgeberkosten je Entgeltgruppe*; die Festlegung der Stufe ist in der Kostenermittlung *einbeschlossen* („einschließlich“). Eine berechnende Ermittlung hatte das für Schule zuständige Mitglied der Landesregierung bereits im OVG Verfahren 2016 (OVG 3 B 4.16) bei noch 5 Stufen vorgetragen und später nach Aufforderung des VG Frankfurt auf 6 Stufen angepasst (s.o.). Die Formulierung der „Ermittlung der Arbeitgeberkosten je Entgeltgruppe“ im damaligen § 124a Abs. 8 Zi. 2 steht offensichtlich in Zusammenhang mit dem Wortlaut von § 124a Abs. 3, wonach die Personaldurchschnittskosten je Lehrkraft und Schulform den Arbeitgeberkosten für tarifbeschäftigte Lehrkräfte an den Schulen in öffentlicher Trägerschaft *entsprechen* sollen. Eine Entsprechung mit den Arbeitgeberkosten besteht aber nur dann, wenn die Entwicklungsstufe so festgelegt wird, dass sie den normativen Arbeitgeberkosten bestmöglich entspricht.

Die Entwicklungsstufe nicht ins Gesetz zu schreiben hatte den Vorteil, bei Änderungen im Gesamtgefüge der Stufen nicht jedes Mal das Gesetz ändern zu müssen, wie das bei Änderungen im Gefüge der *Entgeltgruppen* nötig war. Aus der Tatsache, dass die Entwicklungsstufe 4 im Jahre 2011 als angemessen angesehen wurde (vom OVG 2016 bestätigt), kann nicht gefolgert werden, dass das so bleibt, wenn eine neue Stufe 6 im TV-L eingeführt wird.

Entsprechungsgebot vom Parlament konsequent umgesetzt

Der Leitsatz des „Entsprechens“ wurde bei der Novellierung des Schulgesetzes damals im Parlament klar zum Ausdruck gebracht. So äußerte sich der Vorsitzende des Fachausschusses in der Plenarsitzung des Brandenburger Landtages kurz vor Verabschiedung des Gesetzes am 15.12.2011 wie folgt: „Es geht darum, mehr Planbarkeit

und mehr Transparenz im Zuschussverfahren zu erreichen und eine Verschränkung zwischen dem öffentlichen und dem freien Schulsystem herzustellen. [...] Sie hat den Charme und den Vorteil, dass dann, *wenn sich das System im öffentlichen Bereich verbessert, sich im Umlageverfahren der Bereich für die freien Schulen ebenfalls verbessert.*“ Der Charme der automatischen Anpassung bedurfte bei Änderungen im Gefüge der Entgeltgruppen gesetzlicher Nachbesserungen. Die Verbesserung im Gefüge der Entwicklungsstufen hätte, wie es der Vorsitzende des Fachausschusses im Landtag formulierte, „im Umlageverfahren“ durch eine Neuermittlung der Arbeitgeberkosten je Entgeltgruppe vom Ordnungsgeber vollzogen werden müssen, aus den Gründen, die vom VG Frankfurt aufgeführt wurden.

Im erstinstanzlichen Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt vom 13. August 2021 (VG 1 K 1379/18) wurde die Norm entsprechend dem „Entsprechen“ ausgelegt und danach angemerkt: „Diese Auslegung entspricht der Entstehungsgeschichte der Norm. Nach der Begründung (LT-Drs. 5/3814, S. 2) heißt es: ‚In Brandenburg wird bisher auf die sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) für den Bereich der Lehrkräfte ergebenden Arbeitgeberkosten abgestellt. Daran soll auch künftig festgehalten werden.‘“

Es ist ein regelrechtes Leitmotiv der Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft in Brandenburg, die Personaldurchschnittskosten (die als „P“ in die Formel des § 124a BbgSchulG eingehen) an die sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) für den Bereich der Lehrkräfte ergebenden *Arbeitgeberkosten* anzukoppeln. Dieser Wille des Parlaments wurde nicht nur 2011, sondern durchgängig danach vom Parlament zum Ausdruck gebracht und umgesetzt.

So wurde 2017 mit dem Fünften Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Schulgesetzes in § 124a Absatz 3 Satz 4 die Wörter „Entgeltgruppen 9 und 13“ durch die Wörter „Entgeltgruppen 10 und 13“ ersetzt. Im Gesetzesentwurf vom 17.02.2017 (LT-Drs. 6/6045, S. 7 des Begründungsteils) wird begründet: „Seit dem Inkrafttreten der Entgeltordnung für die Lehrkräfte der Länder (TV EntgO-L) zum 1. August 2015 werden entsprechende Lehrkräfte an öffentlichen Schulen in die Entgeltgruppe 10 eingestuft. Mit der Änderung des § 124a Absatz 3 Satz 4 entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, die Änderung in der Entgeltordnung für die Berechnung des Betriebskostenzuschusses nachzuzeichnen.“

Nicht erwähnt in der Begründung ist die redaktionelle Einfügung „nach Maßgabe der Sätze 2 bis 6“ in § 124a (3) Satz 1 BbgSchulG („Die Personaldurchschnittskosten je Lehrkraft und Schulform entsprechen *nach Maßgabe der Sätze 2 bis 6* den Arbeitgeberkosten für tarifbeschäftigte Lehrkräfte an den Schulen in öffentlicher Trägerschaft“), die – auch dort ohne weitere Begründung – durch einen Änderungsantrag der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKEN zur Drucksache 6/6045 2017 in den Gesetzestext redaktionell hineinkam. Die Einfügung schränkt die Aussage des Leitmotivs

lediglich bezüglich der Festlegungen zur Unfallversicherung, des TV-L, der Entgeltgruppen und des Stichtages ein, die es zuvor – ohne diese Einfügung – gleichermaßen gab. So spielen z.B. weder Kosten von verbeamteten Lehrkräften in der Kostenermittlung eine Rolle noch die genaue reale Verteilung der Entgeltgruppen oder Entwicklungsstufen unter angestellten Lehrkräften. Es kann sich die Aussage von § 124a (3) Satz 1 BbgSchulG nicht auf die Festlegungen in den Sätzen 2 bis 6 beschränken, weil es weitere Festlegungen von Entsprechungen gibt, wie z.B. die Lehrer-Schüler-Relation L/S, aber eben auch die vom Ordnungsgeber festzulegende Entwicklungsstufe.

Das OVG legte hingegen die Aussage zur Entsprechung so aus, dass sie sich lediglich auf die Aussagen der Sätze 2 bis 6 bezieht. Damit liefe sie allerdings leer, weil die Aussagen der Sätze 2 bis 6 der Kernaussage des Satzes 1 nicht bedürfen. Weiterhin wäre nach dieser Auslegung das Leitmotiv des Gesetzes durch eine nicht weiter begründete redaktionelle Einfügung 2017 unwirksam geworden, was nicht plausibel ist.

In der Verfassungsbeschwerde wird ausgeführt, dass in der streitgegenständlichen Fassung der Vorschrift die wesentlichen, vom Gesetzgeber selbst getroffenen Festlegungen nunmehr durch die in den Satz 1 eingefügte Formulierung „nach Maßgabe der Sätze 2 bis 6“ mit dem Entsprechungsgebot verknüpft sind. „Das ist eine bekannte Regelungstechnik der Gesetzgebung, mit der der Normgeber zum Ausdruck bringt, dass primär der aufgestellte Grundsatz gilt, soweit nicht in den nachfolgenden als ‚Maßgaben‘ bezeichneten Regelungen etwas Anderes, Abweichendes bestimmt wird.“ Ein Beispiel dafür sei der sogenannte Einigungsvertrag aus Anlass der Herstellung der deutschen Einheit, „der an zahlreichen Stellen quer durch die ganze bisherige Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ein jeweils angeführtes Gesetz für (grundsätzlich) anwendbar erklärt, um dies jedoch sogleich mit zahlreichen ‚Maßgaben‘ zu verbinden, durch die dieser Gesetzesbefehl abgeändert, modifiziert oder (ganz oder zeitlich) ausgesetzt wird.“ Daher sei es schon einfachgesetzlich verfehlt, „wenn das OVG aus dem Umstand, dass es in den ‚Maßgaben der Sätze 2 bis 6‘ keine gesetzlichen Vorgaben für die Festsetzung der Entwicklungsstufen durch den Ordnungsgeber zu entdecken vermag, daraus den Schluss zieht, dass solche gänzlich fehlen. *Es gilt dann - nach wie vor - der Grundsatz des ‚Entsprechungsgebots‘*“ (S. 45 f.).

Das Entsprechungsgebot wurde vom Gesetzgeber von 2011 bis heute durchgehend konsequent angewandt. Als Grundschullehrer 2018 von der Entgeltgruppe 11 in die Entgeltgruppe 13 heraufgesetzt wurden, passte der Brandenburger Landtag die Personalkostendurchschnittssätze entsprechend an. Im Gesetzesentwurf vom 14.06.2018 heißt es hierzu (LT-Drs. 6/8947, S. 6): „Mit der Änderung des § 124a Absatz 3 Satz 4 wird für die Berechnung des Betriebskostenzuschusses nunmehr für die Schulformen Grundschule, Gymnasium, Oberschule, Gesamtschule, Förderschule und die beruflichen Schulen die Entgeltgruppe 13 festgelegt. Damit werden die Voraussetzungen geschaffen, dass die Träger der Schulen in freier Trägerschaft die wirtschaftliche Stellung

ihrer Lehrkräfte unter Beachtung von Artikel 7 Absatz 4 Satz 4 des Grundgesetzes gewährleisten und ihren Lehrkräften weitere berufliche und finanzielle Entwicklungsmöglichkeiten eröffnen können.“

Das Leitmotiv des Brandenburger Schulgesetzes, dass die Bezuschussung der Schulen in freier Trägerschaft im Tandem mit der Besoldung angestellter Lehrkräfte an öffentlichen Schulen erfolgen soll, wird hier sogar zeitgleich wie die Tarifänderung im öffentlichen System umgesetzt, mit Verweis auf Artikel 7 Absatz 4 Satz 4. Zu Recht: Die wirtschaftliche Stellung der Lehrkräfte spielt im Grundgesetz eine ganz besondere Rolle, da bei einer Nichteinhaltung der grundgesetzlichen Anforderung diesbezüglich die Genehmigung einer Schule gemäß Grundgesetz zu versagen ist. (Das wird im Grundgesetz nur bezüglich dieser Genehmigungsvoraussetzung so deutlich ausgesprochen.) Diese grundgesetzliche Anforderung ist allerdings weitgehend selbstregulierend: Zahlt ein freier Schulträger zu wenig Gehalt, findet er regelmäßig keine Lehrer. Und erhöht er die Besoldung nicht entsprechend der Entwicklung im öffentlichen System, laufen ihm Lehrkräfte weg. Somit ist es sowohl eine *grundgesetzliche* sowie eine *betriebswirtschaftliche* Notwendigkeit, die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend zu sichern. Die notwendigen Mittel müssen dafür aber zur Verfügung stehen.

Zu den „drei Säulen“ der Ersatzschulfinanzierung

Der Lehrermarkt ist bekanntlich heiß umkämpft: Der Bedarf an Lehrern ist weit höher als das Angebot. Erhöht das Land die Besoldung von Lehrkräften wie z.B. durch die Einführung einer höher dotierten Stufe 6, in der man dann im Laufe des Berufslebens länger verweilt als in allen anderen Stufen zusammen, müssen auch Gehälter an Schulen in freier Trägerschaft in etwa entsprechend erhöht werden, um in der Konkurrenz um Lehrer erfolgreich zu bleiben.

Steigt der Zuschuss (die „erste Säule“) nicht entsprechend, bleibt regelmäßig nur die Erhöhung von Schulgeldern (die „zweite Säule“) übrig. Das erhöht wiederum die Anzahl der Schulen in freier Trägerschaft, die in den Bereich des Verbots der Förderung der Sonderung zu gelangen drohen, um betriebswirtschaftlich überleben zu können. Da letztlich eine genauere Kontrolle dieses Verbots durch das Land eine höhere Bezuschussung zur Folge haben könnte, scheuen es die Länder regelmäßig, da genauer hinzuschauen. Es stellt sich aber die Frage, inwieweit die Institution der Ersatzschulen nicht bereits gefährdet ist, wenn man diese nicht mehr grundgesetzkonform betreiben kann.

Zu der sogenannten „dritten Säule“ der Privatschulfinanzierung, nämlich Eigenmittel des Trägers, gehört an Schulen in freier Trägerschaft öfters ehrenamtliche Arbeit für Schule, z.B. durch das manchmal beachtliche ehrenamtliche Engagement von Eltern. Die monetarisierte Größenordnung eines solches Engagements fällt aber gegenüber der summativen Besoldungsdifferenz zwischen der Entwicklungsstufe 4 und 5 (derzeit 646 Euro monatlich) kaum in Betracht. 99% der Brandenburger Schulen in freier Trägerschaft finanzieren über 99% der Schulbetriebskosten ausschließlich über staatliche Zuschüsse und Schulgelder – und verfügen über keine anderen Möglichkeiten, insbesondere nicht über Eigenmittel in nennenswertem Umfang.

In der Verfassungsbeschwerde heißt es hierzu (mit einer entgegenlaufenden Nummerierung der Säulen, S. 50 f.): „Die Möglichkeiten der Privatschulen, derartige Entgelt-differenzen auf andere Weise auszugleichen, sind begrenzt oder (verfassungsrechtlich) verbaut. Bekanntlich beruht die derzeitige Finanzierung der Privatschulen auf dem sog. ‚Drei-Säulen-Modell‘, also auf verfügbaren Eigenmitteln, auf der Erhebung von Schulgeldern und auf staatlichen Zuschüssen. Da Erstere (die Eigenmittel der Privatschulträger) in wirtschaftlich schwierigen Zeiten kaum vermehrt werden können und eine weitere Erhöhung der (teilweise ohnehin schon beträchtlichen) Schulgelder an die Grenzen des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots stößt (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Alt. 3 GG), verbleibt nur, dass dies über die dritte Säule der staatlichen Zuschüsse aufgefangen werden kann. Dies ist der Grund, warum – wie oben zitiert – die verfassungsrechtliche Rechtsprechung bei wesentlichen rechtlichen Veränderungen des Besoldungs- und Entgeltgefüges im staatlichen Bereich den staatlichen Zuschussgeber in der Pflicht sieht, derartige – von ihm selbst gesetzte oder mitbewirkte – Veränderungen zum Anlass für kompensierende Maßnahmen zu nehmen.“

Das Entsprechungsgebot als gesetzemediatierter Verfassungsanspruch

In der Verfassungsbeschwerde war, wie oben ausgeführt, auf S. 37 hingewiesen worden, dass das Leitmotiv des „Entsprechens“ einerseits zwar „lediglich“ Landesrecht sei, andererseits aber eine verfassungsrechtliche Grundlage habe. Dabei wird aus einem Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1987 zitiert (BVerfG 75, 40, juris Rn. 86): „Der Staat muss den schulischen Pluralismus auch gegen sich selbst in der Weise garantieren, dass er auf eigenen Akten beruhende Beeinträchtigungen dieses Pluralismus durch staatliche Förderung in ihrer Wirkung neutralisiert. (...) Eine derartige (...) (Kompensations-)Pflicht gilt (...) auch für eine fortlaufende Verschärfung der Gleichwertigkeitsanforderungen (etwa durch Hebung des Standards schulischer Einrichtungen oder durch die stetige Verbesserung der Lehrerbesoldung), denen sich die privaten Schulen anpassen müssen (vgl. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 1 und Satz 4 GG).“

Das Entsprechungsgebot als Leitmotiv des Brandenburger Landesgesetzes setzt somit einen Grundsatz aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts um. Dieses „Entsprechen“ zu übersehen, wie es das OVG tat, bedeutet zugleich, einen gesetzesmediatisierten Verfassungsanspruch zu übersehen, der sich aus Art. 7 Abs. 4 GG ableitet. Zur Finanzierung von Ersatzschulen ist in Art. 7 Abs. 4 selber nichts zu finden. Erst aus der Lücke, die zwischen den in Art. 7 Abs. 4 GG ausgeführten grundgesetzlichen Anforderungen und den Mitteln, die den freien Schulen zur Verfügung stehen, entsteht, schloss das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung auf eine Schutz- und Förderpflicht des Staates gegenüber den Schulen in freier Trägerschaft als Institution. Es obliegt den jeweiligen Ländern, diese inhaltlich zu füllen. In Art. 30 (6) der Brandenburger Landesverfassung wurde festgelegt: „Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird nach Maßgabe von Artikel 7 Absatz 4 des Grundgesetzes gewährleistet. *Die Träger haben Anspruch auf einen öffentlichen Finanzierungszuschuss.*“ Das Grundgesetz (sowie die Landesverfassung) sind hier also „gesetzesmediatisiert“, wie es in der Verfassungsbeschwerde heißt (S. 59 f.).

Ein Gesetz muss durch das Parlament wesentlich bestimmt sein

In dem Bundesverfassungsverfahren von 1987 wurde die damalige Hamburger Landesgesetzgebung für verfassungswidrig erklärt, obwohl keiner geltend gemacht hatte, dass die Institution des Privatschulwesens oder auch nur eine einzige Schule in ihrer Existenz gefährdet war, mit der Begründung: „Entschließt sich der Gesetzgeber, im Rahmen seiner Schutzpflicht das private Ersatzschulwesen zu unterstützen, so unterliegt er hierbei jedoch den Beschränkungen aus Art. 3 GG. Das gilt auch für finanzielle Zuwendungen, wie sie von allen Bundesländern geleistet werden“ (BVerfGE 75, 40). Der streitgegenständliche Fall ist insofern anders, als das Problem nicht auf der Gesetzes-, sondern auf der Verordnungsebene liegt und dass nicht, wie in Hamburg, Gleiches ungleich behandelt wurde: In Brandenburg wurden alle Schulen in freier Trägerschaft gleichermaßen schlechter gestellt, als es das Gesetz vorgab, mit Verweis auf das Sparsamkeitsgebot. Verstieß in Hamburg der Gesetzgeber gegen das Willkürverbot, waren es in Brandenburg der Ordnungsgeber und das OVG Berlin-Brandenburg. Indem eine grundsätzliche Anordnung des Gesetzgebers zur Finanzierung (das „Entsprechen“) nicht umgesetzt und vom OVG als wesentliche Bestimmung ignoriert wurde, wird wegen einer – in der Auslegung des OVG – fehlenden wesentlichen Bestimmung des Gesetzgebers der Exekutive das Tor zu willkürlichem Handeln geöffnet bzw. nachträglich gerichtlich gebilligt.

Die damalige Ministerin Britta Ernst tat ihre Meinung gegenüber Vertretern der Arbeitsgemeinschaft Freier Schulen Brandenburg mehrfach kund: Sie könnte durchaus die Stufe 5 festlegen, sie kann es aber auch unterlassen. Nach Gutsherren- bzw. Gutsfrauenart? Zu der verfassungsmäßigen Notwendigkeit, dass ein Gesetz wesentlich bestimmt sein muss, kam seitens des zuständigen Ministeriums nie eine Erwiderung, außer der pauschalen und unbelegten Aussage, dass die (unter ihrer Weisung stehende) Rechtsabteilung alles geprüft und für gut befunden habe.

Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitstheorie muss ein Gesetz wesentlich durch das Parlament bestimmt sein. Das heißt, dass alle wesentlichen Entscheidungen dem Parlament vorbehalten sind („Parlamentsvorbehalt“). Zwar kann der Gesetzgeber gewisse Entscheidungen der Landesregierung als Verordnungsgeber übertragen. Dazu gehörte zweifelsohne die Festlegung einer Entwicklungsstufe. Diese darf aber nicht willkürlich festgelegt oder rein aus Gründen der Sparsamkeit niedrig gehalten werden, sondern muss sich sowohl an den Vorgaben des Wortlautes des Gesetzes sowie an den offenbaren Intentionen des Gesetzgebers diesbezüglich orientieren. Das Landesverfassungsgericht bestätigte 2014 die Verfassungskonformität des 2011 neu erlassenen, normativ-pauschalisierten Finanzierungsgesetzes. Wäre es nicht wesentlich bestimmt, hätte eine Verfassungskonformität nicht bestätigt werden können. In der Verfassungsbeschwerde heißt es hierzu (S. 58): „Das OVG erkennt nicht einmal, dass es mit seiner Auffassung im Gegensatz zu der Auffassung des LVerfG steht, auf das es sich stützend beruft: Während das LVerfG § 124a Abs 3 LVerfG BbgSchulG für mit den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts vereinbar hält, weil es „hinreichend konkrete Vorgaben“ im hier diskutierten Sinne (offenbar) für gegeben hält, verneint das OVG, dass das Gesetz solche Vorgaben enthalte. All das passt nicht zusammen und steht - mindestens - in einem ‚Spannungsverhältnis‘ zu der in § 29 des Gesetzes über das Landesverfassungsgericht (BbgVerfGG) geregelten Bindungswirkung von Entscheidungen des LVerfG.“

Der vermeintliche „Spielraum“ der Landesregierung billigt Willkür

In der Auslegung des OVG ist das Brandenburger Schulgesetz wegen des großen Gestaltungsspielraums der Exekutive letztlich nicht wesentlich bestimmt. Nach der Argumentation des OVG hätte der Verordnungsgeber auch die Stufe 1 festsetzen dürfen, weil es nach Ansicht des OVG eben „keine Vorgaben [gibt], wie im Einzelnen die festzusetzende Entwicklungsstufe durch den Verordnungsgeber zu bestimmen ist.“ Das läuft letztlich auf Willkür hinaus – noch dazu eine Willkür, die „grundsätzlich nicht an Vorgaben des Schulgesetzes gebunden“ sein soll. Willkürliche Festlegungen sind aber mit Art. 3 GG nicht vereinbar. Zwischen Stufe 1 und Stufe 6 liegt immerhin eine Differenz von derzeit über 1.800 Euro – pro Monat und Vollzeitlehrkraft!

Auch der Koalitionsvertrag von 2019 trug dem Umstand Rechnung, dass die Finanzhilfe gemäß § 124a (3) BbgSchulG grundsätzlich den Arbeitgeberkosten für tarifbeschäftigte Lehrkräfte an den Schulen in öffentlicher Trägerschaft entsprechen soll und die Einführung der Entwicklungsstufe 6 den Durchschnitt dieser Arbeitgeberkosten erhöhte und deswegen auch der Zuschuss erhöht werden müsste. Deswegen sollte „in einem transparenten Prozess zwischen den Trägern der Freien Schulen und der Landesregierung ... Einvernehmen über die kalkulatorischen Grundlagen der künftig erforderlichen Finanzierung“ hergestellt werden, wie es im Koalitionsvertrag kurz zusammenfassend heißt.

Die damalige Bildungsministerin Britta Ernst widerstrebte hartnäckig einem derartigen Einvernehmen. Drei Mal versuchte sie an Stelle dessen, ohne Einvernehmen und ohne transparenten Prozess, die Entwicklungsstufe 4 im Gesetz festzuschreiben. Drei Anläufe scheiterten zunächst im Kabinett und später am Widerstand aus der Regierungskoalition im Parlament. Die später erfolgte Festschreibung der Stufe 4,5 geschah gegen den Willen der Landesregierung. Die Landesregierung hatte in ihrem Erstentwurf zur Novellierung vorgeschlagen, das Wort „entsprechen“ mit „orientieren an“ zu ersetzen und die Stufe dann auf 4 gesetzlich festzulegen (vgl. den Gesetzesentwurf der Landesregierung in Drucksache 7/4606 vom 2.12.2021). Diesem Vorschlag folgte das Parlament nicht und beließ die ursprüngliche Wortwahl des „Entsprechens“ im Gesetzestext und erhöhte die Entwicklungsstufe aus eigenem parlamentarischen Willen. Die von der Landesregierung vorgeschlagene Änderung des Wortlautes von „entsprechen“ nach „orientieren an“ zeugt davon, dass der Landesregierung sehr wohl bewusst war, dass die Festlegung der Stufe 4 nicht mehr mit einem „entsprechen“ zu vereinbaren gewesen wäre.

Aufbau der Verfassungsbeschwerde

Das Bundesverfassungsgericht ist kein Oberrevisionsgericht für Landesrecht. Dazu heißt es in der Beschwerde (S. 46): „Der Beschwerdeführer ist sich bewusst, dass Kritik an der einfachgesetzlichen Rechtsauffassung der Fachgerichte für die verfassungsrechtliche Prüfung durch das BVerfG grundsätzlich ohne Belang ist. Gleichwohl waren die vorstehenden einfachgesetzlichen Ausführungen - unter Verzicht auf weitere ebensolche Kritikpunkte - hier vorzuschicken, weil nicht auszuschließen ist, dass sich das OVG schon aufgrund dieser einfachrechtlich defizitären Gesetzesauslegung den Blick auf die gebotene verfassungskonforme Auslegung des ‚Entsprechungsgebots‘ verstellt hat.“

In der Verfassungsbeschwerde wird zum Ersten geltend gemacht, dass das einfachgesetzliche „Entsprechungsgebot im Lichte des Schutz- und Fördergebots des Art. 7 Abs. 4 GG und des diesem immanenten Benachteiligungs- und Diskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) auszulegen ist“ (S. 6).

Zum Zweiten wird geltend gemacht, dass eine verfassungskonforme Auslegung zwingend geboten ist, „weil andernfalls die streitgegenständliche Regelung, gemessen an den allgemeinen Anforderungen an eine rechtsstaatliche Gesetzgebung, als verfassungswidrig beanstandet werden müsste“ (S. 6). Hätte nämlich – so die Annahme des OVG – der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber keinerlei Vorgaben für die Festsetzung der Entwicklungsstufe gemacht, „wäre ein ganz entscheidender (wesentlicher) Parameter der Berechnungsgrundlagen für die Förderleistungen, ohne den das System gar nicht operabel ist, der freien Festlegung durch den Ordnungsgeber anheim gegeben, was mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (Wesentlichkeitsgrundsatz) und den Anforderungen an eine Verordnungsermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) unvereinbar wäre“.

Zum Dritten führt der Beschwerdeführer aus, „dass seinem Rechtsschutzanliegen nicht entgegengehalten werden darf, dass er keine Existenzgefährdung des Privatschulwesens als Institution geltend macht (geltend machen kann)“ (S. 7). Denn jeder Rechtsunterworfenen habe nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Auch ein Privatschulträger muss also die Möglichkeit haben, „eine rechtswidrige Versagung ihm gesetzlich eingeräumter Ansprüche im Gerichtswege überprüfen zu lassen, auch wenn die Schwelle der Existenzgefährdung (noch) nicht erreicht ist“. Wenn die erst durch das Gesetz konkretisierte Ausgestaltung der vom BVerfG aus Art. 7 Abs. 4 GG abgeleiteten Schutz- und Förderpflicht des Staates nicht auf die Einhaltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes hin gerichtlich überprüfbar wäre, würden Grundrechtsträger „dem nach Gutdünken handelnden Gesetzgeber und dem freien Agieren der von ihm ermächtigten Exekutive ausgeliefert - ohne jede Erfolgsaussicht, dies im Wege des verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes beanstanden zu können, solange es sich nur um Rechtsverstöße unterhalb der Schwelle der Existenzgefährdung handelt“ (S. 7). „Dasselbe gilt, wenn die Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte – wäre sie richtig – ihrerseits auf einer Verkennung des Vorbehalts des Gesetzes beruht. Der Privatschulträger stünde schlechter da als jeder sonstige Grundrechtsträger, der – mindestens – über das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geltend machen und aufgrund der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) zur gerichtlichen Prüfung stellen kann, ob eine staatliche Regelung, die in dieses Grundrecht eingreift, auf einer verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage beruht“ (S. 61).

Das verfassungsrechtliche Grundrecht, das Art. 7 Abs. 4 GG gewährleistet, wird durch Landesgesetze und untergesetzliche Verordnungen abgesichert. Diese müssen ihrerseits sämtliche Anforderungen des Grundgesetzes erfüllen, selbstverständlich einschließlich Art. 3, Art. 19, Art. 20 und Art. 80 GG. Weiterhin müssen diese grundgesetzkon-

form ausgelegt werden. Das Brandenburger Schulgesetz, um das es in diesem Verfahren geht, kann grundgesetzkonform ausgelegt werden. Das VG Frankfurt machte das musterhaft vor. Das OVG Berlin Brandenburg änderte dieses Urteil mit einer Auslegung des Schulgesetzes ab, welches einen demokratischen Grundsatz der Verfassung – nämlich den Parlamentsvorbehalt – einfach ignoriert und das Wort „ermitteln“ aus der Verordnungsermächtigung als reines Berechnen mit einer ins Blaue von der Landesregierung festgelegten Entwicklungsstufe auslegt. Dabei verkennt es die Rolle des Wortes „einschließlich“ aus § 124a (8) BbgSchulG und verstößt gegen Art. 3, Art. 19, Art. 20 sowie Art. 80 des Grundgesetzes. Damit verlässt das OVG-Urteil den Boden des Grundgesetzes auch in Verbindung mit Art. 7 Abs. 4.

Das Brandenburger Schulgesetz kann und muss verfassungskonform so ausgelegt werden, dass es erstens wesentlich bestimmt ist, zweitens nicht gegen das Willkürverbot verstößt und drittens die „Kompensationspflicht“ aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG ausreichend würdigt. Wenn das Bundesverfassungsgericht die Beschwerde annimmt, kann es den Streit an das OVG Berlin-Brandenburg zurücküberweisen, mit der Maßgabe, das Schulgesetz verfassungskonform auszulegen.

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