

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1039

**Keine Zukunftsperspektiven
für Schulen in freier Trägerschaft?**

**Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich
eines bedrohten Grundrechts**

Herausgegeben von

**Friedhelm Hufen
Johann Peter Vogel**



Duncker & Humblot · Berlin

**Keine Zukunftsperspektiven
für Schulen in freier Trägerschaft?**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1039

Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?

Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich
eines bedrohten Grundrechts

Herausgegeben von

Friedhelm Hufen
Johann Peter Vogel



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-12124-4

978-3-428-12124-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Geleitwort der Herausgeber

Als das Bundesverfassungsgericht 1987 (E 75, 40 ff.) sein Grundsatzurteil zur öffentlichen Finanzhilfe für Ersatzschulen fällte, erhielt es breite Zustimmung – nicht nur von den freien Schulen, weil ihnen in der Auseinandersetzung mit dem Staat Recht gegeben worden war, sondern auch von rechtswissenschaftlicher Seite, weil die Begründung einer Leistungspflicht aus einem Grundrecht überzeugend gelungen war. Friedrich Müller nannte damals sein zu diesem Urteil herausgegebenes Buch optimistisch „Zukunftsperspektiven der Freien Schule“.

Noch nicht zwanzig Jahre später müssen wir feststellen, dass die Rechtsprechung diese Perspektive verlassen hat. Unter dem Druck der knappen öffentlichen Haushalte sind nicht nur quantitative Abstriche an der Leistungspflicht vorgenommen worden; in einem Umdeutungsprozess wurde die so überzeugende Begründung der öffentlichen Leistungspflicht qualitativ völlig verändert, mit dem Ergebnis, dass von einem wirksamen Rechtsschutz der Schulen vor überproportionalen Kürzungen der Finanzhilfe durch die Landesgesetzgeber kaum noch die Rede sein kann. Kein vernünftig Denkender kann wollen, dass freie Schulen vom Rückgang der öffentlichen Mittel verschont bleiben, wenn generell im Schuletat der Kultusminister Abstriche gemacht werden müssen. Dass für darüber hinaus gehende Kürzungen aber Maßnahmen für verfassungskonform erklärt werden, die offensichtlich gegen die Logik der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht zur Existenzsicherung verstoßen, muss mit Besorgnis erfüllen. Nicht nur Menschen und Institutionen, sondern auch Grundrechte können in ihrer Existenz bedroht sein. Das ist dann der Fall, wenn sie unter den gegebenen Bedingungen von der größten Zahl der Berechtigten nicht mehr wahrgenommen werden können.

Das veranlasste die Herausgeber, dem so hoffnungsvoll gestimmten Band Friedrich Müllers in derselben Schriftenreihe einen Nachfolgeband zur Seite zu stellen, der die Zukunftsperspektiven mit einem Fragezeichen versieht. Er hat drei Teile: einen, der die Rechtsprechung darstellt und analysiert, und einen zweiten, in dem an verallgemeinerungsfähigen Beispielen der freien Schulen verdeutlicht wird, wie realitätsfern das der neuen Rechtsprechung zugrunde liegende „herkömmliche Bild der Privatschule“ und die nur noch auf die „Institution der Privatschulen als solche“ gerichtete Interpretation des Art. 7 Abs. 4 GG ist. Die kritischen Bemerkungen zur Rechtsprechung und die Beispiele der realen Funktion freier Träger fassen die Argumente zusammen, die den freien Schulen in der politischen Auseinandersetzung zu Gebote stehen.

Eine wesentliche Rolle spielen dabei die vom Steinbeis Transferzentrum Wirtschafts- und Sozialmanagement, Heidenheim, unabhängig und wissenschaftlich

festgestellten tatsächlichen Kosten eines „staatlichen Schülers“. Sie werden im dritten Teil dargestellt. Hier ist eine zuverlässige Vergleichsgröße gewonnen, an der die Höhe der Finanzhilfen (und indirekt die Eigenleistung der freien Schulen, also die Schulgeldeinnahmen) gemessen werden kann. Der ständige Streit um immer neue, auch doppelte Kürzungen in kryptischen Berechnungssystemen, die niemand versteht, erhält eine transparente, jedermann verständliche Grundlage. Zur Fragwürdigkeit der Debatte, ob Teile staatlicher Schülerkosten beim Vergleich mit der Finanzhilfe herauszurechnen seien, weil die staatliche Schule Aufgaben erfülle, die die freien Schulen nicht haben, bieten die Beispiele des zweiten Teils ebenfalls Anschauungsmaterial.

Wir sind nicht hoffnungslos. Zwar kann die „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“ in ihrer begrifflichen Schwammigkeit kaum nachgewiesen werden, jedoch geben freie Träger nicht auf, nicht zuletzt, weil es sich eine Demokratie mit Bürgergesellschaft nicht leisten kann, das Prinzip Vielfalt in Freiheit im Schulwesen und das Grundrecht des Einzelnen auf Errichtung und Betrieb einer freien Schule zu minimieren. Allerdings eröffnet die Rechtsprechung mit ihrer Forderung einer hohen Eigenleistung der freien Träger, die immer Leistung der Eltern sein muss, die Perspektive eines Zweiklassen-Schulwesens, das das Grundgesetz ausdrücklich nicht will, in das die freien Träger aber gegen ihren Willen hineingedrängt werden. An der schlüssigen Gedankenführung, die der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht zur Existenzsicherung der Ersatzschulen zu Grunde liegt, wird sich gleichwohl auch in Zukunft jede andere Ableitung von Leistungen aus Grundrechten messen lassen müssen.

Wir danken allen Mitautoren für ihre kompetente Mitwirkung. Wir danken Herrn Prof. Dr. jur. h.c. Norbert Simon vom Verlag Duncker & Humblot, Berlin, für die Aufnahme des Bandes in die „Schriften zum Öffentlichen Recht“ und die Betreuung der Veröffentlichung. Und wir danken in besonderem Maße der Software AG Stiftung, Darmstadt, dafür, dass sie mit einem großzügigen Zuschuss dem Band eine weite Verbreitung ermöglicht.

Mainz und Berlin Januar 2006.

*Friedhelm Hufen
Johann Peter Vogel*

Vorwort

Von *Friedrich Müller*, Heidelberg

I.

Das Grundgesetz formuliert in seinem Artikel 7 Absatz 4 die grundrechtlichen Positionen der privaten Schulen. Neben deren freier Errichtung garantiert es auch ihren Bestand. Es geht deutlich über die Weimarer Reichsverfassung hinaus und statuiert subjektiv-rechtliche wie objektiv-rechtliche Normkomponenten. Die verfassungspolitische Bedeutung des freien Schulwesens in der pluralistischen Demokratie des Grundgesetzes wird vom Bundesverfassungsgericht (seit seiner Entscheidung in Band 27) im Sinn einer so genannten wertentscheidenden Grundsatznorm zugunsten der Schulvielfalt gewürdigt.

Artikel 7 Absatz 4 verweist in seinem Text („als Ersatz für öffentliche Schulen“, „... nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen“, „... Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern ...“, „wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte“) noch stärker, als das die meisten Grundrechte ohnehin tun, auf tatsächliche Verhältnisse, auf allgemeine empirische Charakteristika des Sach- und des Normbereichs der Garantie. Zu diesen gehört auch, dass angesichts des Sondereisverbots (Art. 7 Absatz 4 Satz 3) die überwältigende Mehrheit der Schulen in freier Trägerschaft ohne staatliche Hilfe nicht mehr bestehen kann – eine Umlegung der tatsächlichen Kosten auf das Schulgeld würde zu der von der Verfassung ausgeschlossenen Standesschule führen. Das begründet normativ eine staatliche Pflicht, zu intervenieren. Allerdings gilt das nicht schon für Einzelfälle; sondern erst, aber auch immer dann, wenn sich die Grundrechtsträger typischerweise einem unüberwindbaren Ausübungshindernis gegenübersehen; wenn also eine nach generell-typisierten Merkmalen abgrenzbare Menge von Privatschulträgern allein aus eigener Leistungskraft von der durch die Verfassung gewährleisteten Freiheit keinen Gebrauch mehr machen kann.

II.

Diesen normativen Vorgaben hat das Bundesverfassungsgericht im Finanzhilf-Urteil von 1987 (BVerfGE 75, 40 ff.) vorbildlich Rechnung getragen. In dieser für das Schulrecht epochemachenden Leitentscheidung anerkennt es die Verpflichtung der Länder, das private Ersatzschulwesen in seinem Bestand zu schüt-

zen und es neben dem öffentlichen Schulwesen zu fördern. Darin besteht die dritte der Komponenten, die das Gericht aus seiner Interpretation von Art. 7 Absatz 4 herleitet; die beiden ersten umfassen die Freiheit der Gründung sowie die institutionelle Garantie der Privatschule. Die in den Worten des Senats „sozial-staatliche Einstandspflicht“ zu Schutz und Förderung ergibt sich dabei aus einer zutreffenden Analyse des Normbereichs: das Grundgesetz habe in Art. 7 Absatz 4 Sätze 3 und 4 selbst die Voraussetzungen normiert, die ein Privatschulträger gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen hat, um von dem Grundrecht Gebrauch machen zu können. Das zu leisten, seien die Träger bei dem inzwischen bestehenden hohen Kostenniveau faktisch nicht mehr in der Lage. Die „generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen“, also in der gerichtlichen Terminologie die „Bedrohung“ dieser Schulen in „ihrem Bestand“ sei in dieser vom Grundgesetz statuierten Gemengelage aus normativen und tatsächlichen Faktoren „heute ein empirisch gesicherter Befund“.

Die so umschriebene Garantie des Art. 7 Absatz 4 Satz 1, Schulen in freier Trägerschaft zu errichten und zu betreiben, sieht das Gericht (übrigens schon seit Band 27) plausibel in einem Verfassungsgrundsatz der Schulvielfalt (und damit in der Absage an ein staatliches Schulmonopol) begründet. Ausbalanciert wird das durch die in Art. 7 Absatz 4 Sätze 3 und 4 enthaltenen Konditionen und Schranken. Dem entsprechen für die staatliche Schutz- und Förderpflicht – in der Systematik des Finanzhilfe-Urteils – die dort genannten Grenzen der kompensierenden und ausgleichenden Intervention des Staates: angemessene Eigenleistung, kein Freistellen der Schulträger vom unternehmerischen Risiko, weder eine volle Übernahme der Kosten noch eine bessere Ausstattung als entsprechende staatliche Schulen – kurz: keine Ansprüche über die Realisierung der Voraussetzungen hinaus, welche die Verfassung in Art. 7 Absatz 4 Sätze 3 und 4 selbst verlangt. Eben dies definiert zugleich das geschuldete „Existenzminimum der Institution“. Dieser vom Gericht gewählte Ausdruck mag, isoliert betrachtet, mehrdeutig sein, z. B. auch als rein ökonomischer Parameter verstehbar. Im Zusammenhang der Urteilsbegründung bezeichnet er dagegen klar einen verfassungsrechtlichen Maßstab, nämlich das, was zur dauerhaften Erfüllung der in Art. 7 Absatz 4 Sätze 3 und 4 statuierten Anforderungen notwendig ist. Darüber hinaus reicht die zweite Stufe der Förderung, auf der – jenseits der Existenzsicherung des privaten Schulwesens – die Legislative der Länder dann mehr Gestaltungsfreiheit hat.

Mit dieser ausgewogenen Dogmatik einer aus dem Freiheitsrecht entwickelten Schutz- und Förderpflicht des Staates hat die Leitentscheidung einen bemerkenswerten Beitrag zur modernen Grundrechtslehre geleistet: durch das Formulieren staatlicher Schutz-, Handlungs- und Förderpflichten aus den inhaltlichen Besonderheiten im Normbereich der Freiheitsgarantie, im Dienst ihrer verfassungstreuen Verwirklichung auf Dauer. Sie macht zugleich klar, dass private Ersatzschulen nicht etwa von der Exekutive abgeleitete oder die staatlichen Schulen nur entlastende Funktionen wahrnehmen. Die Privatschulgarantie ist, so wie das Grundgesetz sie normiert, ein ursprüngliches Freiheitsrecht. Es muss sich im Rahmen

eines staatlich aktiv ermöglichten Pluralismus des Bildungsangebots verwirklichen können. Diese Förderpflicht meint kein von Fall zu Fall entscheidbares Entgegenkommen der öffentlichen Hand, das jederzeit zur politischen Disposition stünde. Sie betrifft keine nach Aspekten politischer Opportunität zu gewährende „Subvention“, sondern eine verfassungsbegründete Leistungspflicht des Staates, eine objektiv geschuldete Kompensation für die im Grundgesetz genannten Einschränkungen des Grundrechts und für das Handeln des Staates auf dem Feld seines eigenen Schulwesens. Schulen privater Träger sind nicht Doubletten der staatlichen Einrichtungen; sie sind die Akteure des vom Grundgesetz normierten dauerhaft pluralistischen Bildungswesens. Die institutionelle Garantie des Art. 7 Absatz 4 trägt ein real selbstgestaltbares System privater Schulen.

III.

Diese dem Grundgesetz angemessene Dogmatik der Privatschulfreiheit und das mit ihr verbundene verfassungspolitische Modell einer Schule in der pluralistischen Bürgergesellschaft haben dem weiteren Gang der Judikatur nicht standgehalten. Einige Jahre nach dem Finanzhilfe-Urteil begann mit der Wartefrist- und der Baukostenentscheidung (1994) eine Erosion der grundgesetzlichen Vorgaben, die über den Kammerbeschluss von 1997 vorerst in den Landeskinderbeschluss von 2004 mündet – gekennzeichnet durch die Tendenz weg von der Dogmatik der Verfassung hin zur Herrschaft der Kostenökonomie. Diese Erosion steht (im Sinn der berühmten Formel von John Maynard Keynes) nur noch „unter dem kalten Stern der Knappheit“. Es geht ersichtlich darum, öffentliche Mittel zu sparen, mit der Eigenleistung der Träger (und zwar inzwischen während der ganzen Betriebszeit) eine neue Finanzierungsquelle zu eröffnen und während der Genehmigungszeit (inzwischen de facto aber unbegrenzt) mit der beliebigen Belastbarkeit der Eltern das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot zu unterlaufen. Als Grenze dieser immer restriktiveren Praxis soll jetzt nur noch die „Gefährdung der Institution Ersatzschule“ gelten – ein bloß ökonomischer und in seiner Abstraktheit zudem unbrauchbarer Indikator. Der vom Grundgesetz geschaffene Grenzparameter für eine unzulässige „Gefährdung“, so wie ihn das Finanzhilfe-Urteil nachvollziehbar entwickelt hatte, besteht demgegenüber in der allgemeinen Unfähigkeit der Träger, die Voraussetzungen des Schulartikels 7 Absatz 4 noch dauerhaft aus eigener Kraft zu erfüllen.

Die verbindlichen Vorgaben der Verfassung werden im Lauf dieser neueren Judikatur nun nicht dogmatisch bezweifelt oder widerlegt, wohl aber faktisch ausgehöhlt. Die vor einem Jahrzehnt (in „Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. Berlin 1996, S. 7 f.) ausgesprochene Befürchtung ist insoweit wahr geworden, es könnte „Art. 7 Absatz 4 GG als Präzedenzfall dafür stehen . . . , wie eine auf rechtsdogmatisch einwandfreie Weise gewonnene leistungs- bzw. schutzpflichtrechtliche Dimensionserweiterung eines Abwehrrechts im Wege methodisch

nicht überzeugender (Folge-)Erwägungen konterkariert werden kann“. Die Knappheit öffentlicher Haushalte ist jedoch keine Art von überverfassungsrechtlichem Notstand. Ein solches „überpositives“ Institut kennt das Grundgesetz nicht und hat es im übrigen weder verdient noch nötig. Knappe Mittel sind primär dort einzusparen, wo normativ nicht begründete, rein politisch gewollte Subventionen vorliegen – und nicht auf dem Feld des vom Grundgesetz ausdrücklich instituierten Schulwesens in freier Trägerschaft.

IV.

Die höchstrichterliche Judikatur, auch die des Bundesverfassungsgerichts, kennt gelegentlich Revisionen der eigenen Praxis. Sie haben, als reflektierte und wohlüberlegte, den Gerichtshöfen auf längere Sicht zur Ehre gereicht. Das hier vorgelegte Buch verdankt sich der Einsicht in die Notwendigkeit eines erneuten Umschwungs und liefert für einen solchen vielfältige, differenzierte, der Realität gerecht werdende Überlegungen: Analysen der Spruchpraxis von Oberinstanzen und von obersten Gerichtshöfen des Bundes; eine vertiefte Diskussion der Lehre von der „Institution“ Privatschule; eingehende Untersuchungen der Lage in den einzelnen Bundesländern; umfangreiche empirische Erhebungen zu Bestand und Entwicklung der Schulen, auch im europäischen Vergleich; realistische Einblicke in die Entwicklung der Schülerkosten und in die allgemeine finanzielle Lage der beteiligten Instanzen; nicht zuletzt auch eine verdienstvolle Erörterung der sozialen Funktionen der Schulen in freier Trägerschaft: sei es neben dem Staat (Arbeit mit Migranten, Hochbegabtenförderung, Freiwillige Erziehungshilfe, Sonder- bzw. Förderschulen), sei es statt des Staates (konfessionelle, berufsbildende, internationale Schulen).

Von dieser Realität hat sich die neuere Judikatur Schritt für Schritt entfernt – aber eben nicht auf argumentierte Weise durch Auseinandersetzung mit der eigenen Leitentscheidung; vielmehr durch Aussparen von Argumenten, durch Fallenlassen notwendiger Parameter, durch stillschweigende Inhaltsänderung früher eingeführter Begriffe, durch eine unsystematische Rücknahme vorher geklärter normativer Positionen – motiviert durch das Ziel finanzieller Schonung der Länder von Fall zu Fall und damit leider nicht frei von einer Zufälligkeit, die sich mit der transparenten Dogmatik der Leitentscheidung kaum mehr vereinbaren lässt. Diese war der in gewissem Sinn einzigartigen Konstellation gerecht geworden, welche das Privatschulwesen im Schnittbereich von Grundrechtsgarantie und Aktionsfeld der vollziehenden Gewalt, von Freiheit, Begrenzung dieser Freiheit und normierter staatlicher Interventionspflicht zur realen Gewährleistung eben dieser Freiheit darstellt. Freie Schulen haben schon seit langem Maßstäbe gesetzt, haben bahnbrechend für neue Organisationsformen und pädagogische Konzepte gewirkt. Für die Chance, Entwürfe wagen, Modelle prägen, stellvertretend Erfahrungen sammeln zu können, brauchten und brauchen sie Freiheit von rechtlicher Fremd-

bestimmung auf der einen Seite, von faktischem Anpassungszwang auf der anderen.

Das Ziel, zu dem das hier vorgelegte Buch argumentativ und versachlichend beitragen will, besteht in der Rückkehr zu einem judiziellen status quo ante, von dem mit besserem Wissen und Gewissen gesagt werden kann, er entspreche den Vorgaben der Verfassung.

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Rechtsprechung und Gesetzgebung zur Finanzhilfe für Ersatzschulen

Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“. Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Leistungspflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen Von <i>Johann Peter Vogel</i> , Berlin	17
Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft Von <i>Friedhelm Hufen</i> , Mainz	49
Rechtsfragen der staatlichen Finanzierung von Ersatzschulen in Nordrhein-Westfalen Von <i>Fritz Ossenbühl</i> , Bonn	95
Die Entlastung des Staates als Grund der Finanzhilfe Von <i>Martin Richter</i> , Berlin	127
Die Landesgesetzgebung zur Finanzhilfe an Ersatzschulen (Stand 1. 1. 2006) Von <i>Johann Peter Vogel</i> , Berlin	141

Zweiter Teil

Das realistische Bild der Schulen in freier Trägerschaft

Der Bestand freier Schulen

Der Bestand der Schulen in freier Trägerschaft in der Bundesrepublik Deutschland Von <i>Johann Peter Vogel</i> , Berlin	153
Die rechtliche und finanzielle Situation von Schulen in freier Trägerschaft in Europa Von <i>Lies Feron</i> , Brüssel, und <i>Ingo Krampen</i> , Bochum	163
Das Bildungsentagement der katholischen Kirche Von <i>Walter Klöppel</i> , Lingen, und <i>Wolfgang Riemann</i> , Hildesheim	179
Innovation an berufsbildenden Schulen Von <i>Joachim Böttcher</i> , Braunschweig	183
Zur faktischen Notwendigkeit der Wartefrist aus der Perspektive der Freien Alternativschulen Von <i>Jana Scheuer</i> , Berlin	191

Flächendeckende Schulangebote durch freie Träger am Beispiel Sachsen-Anhalts Von <i>Jürgen Banse</i> , Magdeburg	197
Flächendeckung und Integration. Das Beispiel der Förderschulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen. Fragen an <i>Reinhard Pöhlker</i> , Bad Bentheim	203

*Die pädagogischen und sozialen Integrationsaufgaben
der freien Schulen*

Nicht für alle das Gleiche, sondern für jeden das Beste. Von Hochbegabten und anderen Normalen an Schulen in freier Trägerschaft Von <i>Ursula Hellert</i> , Braunschweig	209
Integration von Migrantenkindern an berufsbildenden Schulen Von <i>Joachim Böttcher</i> , Braunschweig	225
Integration statt Selektion an Waldorfschulen Von <i>Walter Hiller</i> , Darmstadt	229

Dritter Teil

Die Kosten eines staatlichen Schülers

Die staatlichen Schülerkosten als Vergleichsmaßstab und Berechnungsgrundlage der öffentlichen Finanzhilfe Von <i>Johann Peter Vogel</i> , Berlin	239
Schülerkosten in Deutschland. Eine Untersuchungsreihe über allgemeinbildende öffent- liche Schulen im Jahre 2002 Von <i>Bernd Eisinger</i> , <i>Peter K. Warndorf</i> und <i>Jochen Feldt</i> , Heidenheim	243
Autorenverzeichnis	301

Erster Teil

**Rechtsprechung und Gesetzgebung
zur Finanzhilfe für Ersatzschulen**

Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“

Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Leistungspflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen

Von *Johann Peter Vogel*, Berlin

Von seiner ersten Entscheidung 1966 an hatte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in ständiger Rechtsprechung einen verfassungsrechtlichen Anspruch der Träger von Ersatzschulen gegen den Staat auf Finanzhilfe entwickelt und – im Austausch mit den unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur – immer differenzierter begründet. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) übernimmt 1987 diese Rechtsprechung mit abweichender Begründung und unter Vertiefung der verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte, wobei auch hier Überlegungen in der Literatur eine erhebliche Rolle spielten. Danach verwendet die Rechtsprechung zwar die gleichen Begriffe, zunehmend jedoch in anderer Bedeutung; äußerlich erscheint sie kontinuierlich, tatsächlich stellt sie die gewonnene Rechtsposition der Ersatzschulen wieder in Frage. Eine Auseinandersetzung mit der Literatur findet nicht mehr statt. Im folgenden soll diese Entwicklung dargestellt und der Argumentationswechsel herausgearbeitet werden.

I. Die Ausgangslage der vom BVerfG entwickelten Förderpflicht

1. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 1966–1973

Das BVerfG fand 1987 bereits eine ständige Rechtsprechung des BVerwG¹ vor, die einen verfassungsrechtlichen Anspruch der Ersatzschulträger auf öffentliche

Um die zeitliche Abfolge der Entscheidungen deutlich zu machen, zitiere ich im Text die Entscheidungen lediglich mit ihrer Jahreszahl. Das genaue Zitat ergibt sich aus den Fußnoten.

¹ BVerwGE 1966 23, 347 ff.; 1967 27, 360 ff.; 1968 DÖV 1969, S. 395 ff.; 1969 RdJ 1969, S. 315 ff.; 1973 Buchholz 11 zu Art. 7 (4) GG Nr. 14; 1984 70, 290 ff.; 1986 74, 134 ff.; 1986 a SPE n.F. 236, Nr. 16; später 1988 79, 154 ff. Zusammenfassend Vogel, Johann Peter in: Müller, Friedrich/Jeand'Heur (Hg.): Zukunftsperspektiven der Freien Schule, Berlin 2/1996, S. 18 ff., 23 ff., 170 ff. m. w. N.

Finanzhilfe aus Art. 7 (4) GG entwickelt hatte. Ab BVerwG 1967 stabilisiert sich die Begründung des Anspruchs wie folgt: Zwar ergebe sich grundsätzlich aus einem Freiheitsrecht kein Anspruch auf Leistungen, doch seien Ausnahmen denkbar – im Falle des Grundrechts auf Errichtung von Privatschulen nach Art. 7 (4) Satz 1 GG würde die Gewährleistung der Einrichtung der Privatschule ohne staatliche Hilfe zum Erliegen kommen. Die legitime Verbesserung des Staatsschulwesens führe zu erhöhten Anforderungen an die Ersatzschulen, die aber mit dem durch das Sonderungsverbot beschränkten Schulgeld nicht zu finanzieren seien. Der verfassungsrechtliche Konflikt zwischen Sozialstaatsprinzip und Privatschulgarantie müsse unter diesen veränderten Umständen durch entsprechende Interpretation des GG aufgelöst werden. So ergebe sich ein Finanzhilfeanspruch zum einen aus der Gewährleistung des Art. 7 (4) Satz 1 GG, zum anderen aus Art. 7 (4) Satz 3 i.V. mit Art. 20 (1) GG und zum dritten aus den widerstreitenden Genehmigungsvoraussetzungen (GVn) des Art. 7 (4) Sätze 3 und 4 GG. Im einzelnen gelte folgendes: Die Finanzhilfe sei nur für Ersatzschulen wegen der GVn geboten. Der Anspruch sei nur für die Unterhaltung, nicht für die Errichtung zu erheben, denn letztere beruhe auf privater Initiative. Entscheidend sei die Hilfsbedürftigkeit, die allerdings nicht durch mangelhafte Wirtschaftsweise ausgelöst werden dürfe. Der Träger müsse alle sonstigen Hilfsquellen erschließen, bevor ein Anspruch entstehe; sein persönliches Vermögen müsse der Träger aber nicht aufopfern. Der Anspruch sei so zu bemessen, dass ein (bereits eingetretener) Niedergang der Schule wirksam verhindert werde; geringe Fehlbeträge seien aber keine bedenkliche Entwicklung.

In einzelnen Entscheidungen ergibt sich noch folgendes: Ob die Entlastung des staatlichen Schulwesens ein Grund des Anspruchs sei, bleibt offen². Auch die Voraussetzung der Gemeinnützigkeit wird differenziert gesehen³.

2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ab 1984

Mit BVerwGE 1984 kommen neue Nuancen in die Argumentation: Erstmals ist nicht mehr vom „Niedergang der Schule“ die Rede, sondern von der „durch die tatsächliche Entwicklung im Bereich des Schulwesens entstandenen Gefährdung für den Fortbestand des als Institution garantierten privaten Ersatzschulwesens insgesamt“. Der Anspruch ist so zu bemessen, „wie dies zur Erhaltung der Institution als solcher vonnöten ist“. Ausdrücklich wird an weitergehenden Wendungen in BVerwGE 1967 nicht festgehalten⁴. Zugleich wird die Eigenleistung des Trägers

² BVerwGE 1966, 1969 und 1973 nennen die Entlastung als Grund, insbesondere BVerwGE 1967 aber nicht.

³ BVerwGE 1968 lässt die Gemeinnützigkeit (bei natürlichen Personen) nicht zu, weil keine Anforderungen gestellt werden dürfen, die über die GVn hinausgehen; BVerwGE 1986 a sieht die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit bei juristischen Personen als zulässig an „zur Abgrenzung der Hilfsbedürftigkeit“.

neu definiert: „Es entspricht dem herkömmlichen, der Regelung des Art. 7 (4) GG zugrundeliegenden Bild der Privatschule, dass diese ihre Existenz dem ideellen Engagement ihrer Gründer und Träger verdankt, die in eigener, auch wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigender Initiative und unter Inkaufnahme der damit verbundenen Risiken bereit sind, einen ihnen eingeräumten Freiheitsraum auszufüllen. Das rechtfertigt es, den Ersatzschulen eine ihren Interessen an der Verfolgung eigener Ziele und Vorstellungen angemessene Eigenleistung und ein dementsprechendes Unternehmerrisiko aufzubürden“⁴. – An sich hätte das BVerwG die Klage einer mittellos gegründeten Schule ohne jede Eigenleistung auch mit dem Argumentationsvorrat der bisherigen Rechtsprechung abweisen können. Offensichtlich wird die Gelegenheit, nach einer langjährigen Rechtsprechungspause die Argumentation unter dem Einfluss der Literatur⁶ zu überdenken, ausgenutzt.

3. Die Entscheidung des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs 1984

Der Argumentation des BVerwG folgt der BayVerfGH 1984⁷. Er hatte über die Verfassungswidrigkeit der in Bayern außerordentlich langen Wartezeiten (obligatorische Finanzhilfe erst nach vollem Ausbau der Schule + zwei erfolgreichen Abschlussprüfungen) zu entscheiden⁸. Er geht aus von der Garantie der Privatschule als Institution; der Staat darf nicht zulassen, „dass alle oder sehr viele Privatschulen wegen des Wettbewerbs mit öffentlichen Schulen aus wirtschaftlichen Gründen ihren Betrieb einstellen müssten. Aus dieser auf objektivem Verfassungsrecht beruhenden Förderungspflicht des Staates zugunsten des Privatschulwesens insgesamt ist nicht eine finanzielle Garantie für die Errichtung und den Bestand jeder einzelnen Privatschule abzuleiten“ (V B 4). Für die Gestaltung der Förderung sei dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zuzubilligen; „er hat bei den Entscheidungen über den Staatshaushalt eine Vielzahl von Gesichtspunkten und Interessen gegeneinander abzuwägen“; dies könne im Wandel der Zeiten zu unterschiedlichen Bewertungen führen (V B 5 a). Verfassungsrechtlich könne der Gesetzgeber voll ausgebaute Schulen und im Aufbau befindliche Schulen unterschiedlich behandeln; Gesichtspunkte seien dabei z. B. fehlende Prognose hinsicht-

⁴ BVerwGE 70, 290 ff. (II 1). Jeand'Heur, Bernd in Müller, Friedrich / Jeand'Heur (Hg.): Zukunftsperspektiven der Freien Schule, Berlin 2 / 1996, S. 65 spricht von einem „radikalen Wandel des BVerwG“.

⁵ BVerwGE 70, 290 ff. (II 2).

⁶ Insbesondere Bernhard, R., DVBl. 1983, S. 299 ff. versucht, aus der institutionellen Bestandsgarantie eine staatliche Leistungspflicht abzuleiten. Kritisch dazu Vogel, J.-P., DVBl. 1985, S. 1214 ff.; und zur generellen Auseinandersetzung mit institutionellen Gewährleistungen Müller, Friedrich / Pieroth, Bodo / Fohmann, Lothar: Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen. Berlin, 1982, S. 57 ff.; Jeand'Heur, a. a. O. S. 53, 64 f.

⁷ BayVerfGH vom 7. 11. 1984, SPE n.F. 236, S. 4 ff.

⁸ Wie nach ihm BVerwGE 1988 und BVerfG 1994W.