

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 406

# Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie

Untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen

Von

Friedrich Müller

Bodo Pieroth

Lothar Fohmann



Duncker & Humblot · Berlin

**F. MÜLLER · B. PIEROTH · L. FOHMANN**

**Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 406**

# Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie

untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen

Von

Friedrich Müller  
Bodo Pieroth · Lothar Fohmann



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**

**© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41**

**Gedruckt 1982 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61**  
**Printed in Germany**

**ISBN 3 428 05084 3**

## Vorwort

Ob *Freiheitsgarantien* in *Leistungsrechte* umdeutbar sind, ist eine der radikalsten Streitfragen, die heute in der juristischen Praxis und Lehre debattiert werden. Im Rechtsstaat ist diese Frage nicht danach zu lösen, ob die Antwort bestimmten Interessen dient, ob sie rechtspolitisch erwünscht, ob sie rechtstheoretisch eindrucksvoll erscheint oder nicht. Grundrechte sind nur dann und nur in dem Umfang (auch) leistungrechtlich interpretierbar, als die Verfassung dafür deutliche Hinweise gibt. Die Analyse dieser Frage stellt so hohe methodisch-dogmatische Anforderungen, daß sie sinnvoll nur *für jede Freiheitsgarantie gesondert* durchgeführt werden kann. Es sind diese Anforderungen, nicht dagegen die jeweiligen Ergebnisse, die sich auf andere Grundrechte „übertragen“ lassen.

Demnach operiert die vorliegende Studie auf zwei Feldern. Sie untersucht das bisher nicht überzeugend bewältigte Problem am Beispiel der *Privatschulfreiheit*. Deren nachweisbare leistungrechtliche Elemente werden strikt am Grundgesetz entwickelt und dann auf der Basis des Rechts aller Bundesländer in ihren materiell- und verfahrensrechtlichen Einzelheiten systematisch ausgearbeitet. Die so entstandene *umfassende Monographie zur staatlichen Förderung Freier Schulen* ist nicht gleichsam das Nebenprodukt einer Arbeit am Grundproblem, sondern der Kern der Sache.



# Inhaltsverzeichnis

<b>0 Die Problematik</b> .....	<b>19</b>
<b>1 Der Stand von Rechtsprechung und Lehre</b> .....	<b>29</b>
1.1 <i>Die Rechtsprechung</i> .....	29
1.11 Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG .....	29
1.111 BVerwGE 23, 347 (11. 3. 1966) .....	29
1.112 BVerwGE 27, 360 (22. 9. 1967) .....	30
1.113 BVerwG DÖV 1969, 395 (30. 8. 1968) .....	32
1.114 BVerwG RdJ 1969, 315 (4. 7. 1969) .....	32
1.115 BVerwG Buchholz 11 zu Art. 7 Abs. 4 GG, Nr. 14 (30. 3. 1973) .....	33
1.116 BVerwG RdJ 1976, 123 (13. 11. 1973) .....	34
1.12 Sonstige Rechtsprechung zu Grundrechten als Leistungsrechten .....	34
1.121 Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Grundrechten als Leistungsrechten .....	34
1.122 Rechtsprechung der Fachgerichte zu Grundrechten als Leistungsrechten .....	38
1.2 <i>Ansätze in der Literatur</i> .....	40
1.21 Zu Art. 7 Abs. 4 GG .....	40
1.211 Art. 7 Abs. 4 GG als bloßes Abwehrrecht .....	40
1.211.1 Wortlaut .....	40
1.211.2 Genetische Interpretation .....	40
1.211.3 Historische Interpretation .....	41
1.211.4 Normbereichsargumente .....	42
1.211.5 Grundrechtstheoretische Elemente .....	42
1.212 Art. 7 Abs. 4 GG als Grundlage einer Leistungspflicht des Staates .....	44
1.212.1 Wortlaut .....	44

1.212.2	Genetisch-historische Aspekte .....	44
1.212.3	Systematische Interpretation .....	45
1.212.4	Normbereichsargumente .....	47
1.212.5	Grundrechtstheorie .....	48
1.212.6	Rechtspolitische Elemente .....	48
1.213	Art. 7 Abs. 4 GG als Grundlage eines subjektiven Leistungsanspruchs .....	49
1.214	Vergleichende Schlußbetrachtung .....	51
1.22	Grundrechte als Leistungsrechte .....	51
1.220	Abgrenzung des Gegenstandsbereiches .....	51
1.221	Grundrechte als objektive Wertordnung .....	53
1.222	Grundrechte als institutionelle Gewährleistungen	57
1.223	Grundrechte als Teilhaberechte .....	60
1.224	Grundrechte als Anspruchsnormen .....	63
1.224.1	Der Sozialstaatsatz als Anspruchsnorm .....	63
1.224.2	Anspruch aus objektivem Recht durch „Kompensation“ .....	64
1.224.3	Gleichschaltung von objektivem Recht und subjektivem Anspruch .....	65
1.224.4	Anspruch als grundrechtlicher Bestandsschutz ..	66
1.225	Die Lehre von der Grundrechtseffektivität .....	66
1.226	Minimalstandard notwendigen Grundrechtsschutzes .....	67
1.23	Dogmatische Verneinung von Leistungsrechten .....	70
1.231	Normgelöste Begründungsversuche .....	70
1.232	Normbezogene Begründungsversuche .....	71
1.232.1	Gewaltenteilungsgrundsatz .....	71
1.232.2	Rechtsstaatsprinzip .....	72
1.232.3	Systematisch-genetischer Begründungsversuch ...	74
1.232.4	Das Gefüge der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung .....	74
1.3	<i>Der dogmatische Ertrag der bisherigen Rechtsprechung und Lehre</i>	77
1.31	Zur Rechtsprechung .....	77
1.311	Zur Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG .....	77
1.311.1	Dogmatisch überholte Argumentationen .....	77
1.311.2	Dogmatisch tragfähige Argumentationen .....	80
1.312	Zur Rechtsprechung zu Grundrechten als Leistungsrechten .....	81

1.32 Zur Lehre .....	81
1.321 Die Grundrechte als subjektive Rechte .....	81
1.321.1 Allgemeine Dimensionen der Grundrechte als subjektive Rechte .....	81
1.321.2 Art. 7 Abs. 4 GG als subjektives Grundrecht ....	82
1.322 Die Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung	83
1.322.1 Allgemeine Dimensionen der Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung .....	83
1.322.2 Art. 7 Abs. 4 GG als Element objektiver Ordnung	86
1.322.21 Verfassungsauftrag, Gesetzgebungsauftrag, Richtlinie und Maßstab staatlichen Handelns .....	87
1.322.22 Interventionsgarantie .....	88
<b>2 Die Rechtslage nach dem Grundgesetz .....</b>	<b>90</b>
2.1 <i>Unterschiedliche normative Lagen</i> .....	90
2.11 Kriterien der Unterscheidung .....	91
2.12 Grundsätzliche Typen möglicher Leistungsverhältnisse ....	92
2.121 Leistungsempfänger: Teil der öffentlichen Gewalt ohne Grundrechtsgewährleistung .....	92
2.122 Leistungsempfänger: Teil der öffentlichen Gewalt mit Grundrechtsgewährleistung .....	93
2.123 Leistungsempfänger: Parteien .....	93
2.124 Leistungsempfänger: Nicht zur öffentlichen Gewalt gehörende Träger eines notfallrelevanten Grundrechts .....	94
2.125 Leistungsempfänger: Nicht zur öffentlichen Gewalt gehörende Träger eines nicht-notfallrelevanten Grundrechts .....	94
2.2 <i>Dogmatische Fragestellungen</i> .....	96
2.3 <i>Normbegriff, Normstruktur und Normbereichsanalyse</i> .....	97
2.31 Normstruktur und Normativität .....	97
2.311 Begriff der Rechtsnorm und strukturierende Rechtsnormtheorie .....	97
2.312 Normbereichstypen und Rechtsnormtypen .....	103
2.313 Normbereichsanalyse, Prozeß der Normkonkretisierung und strukturierende Methodik .....	104
2.32 Normbereiche von Grundrechten .....	107
2.321 Ausübungsfreie und ausübungsbeschränkende Normbereiche .....	108

2.322	Grundrechtsbegriffe .....	108
2.323	Grundrechtsausübung .....	109
2.323.1	Begriff und Modalitäten .....	109
2.323.2	Dogmatischer Stellenwert .....	111
2.324	Vierer-Typik ausübungsbeschränkender Normbereiche .....	112
2.33	Folgerungen für die Grundrechtsdogmatik .....	118
2.331	Bereichsdogmatiken .....	118
2.332	Allgemeiner Teil einer Dogmatik der Grundrechte mit ausübungsbeschränkenden Normbereichen ...	119
2.332.1	Aufgabe und Inhalt .....	121
2.332.2	Entwicklung in drei Schritten .....	123
2.332.21	Die Leistungsrechtsnormen als Entwicklungsgrundlage .....	123
2.332.22	Die Abwehrrechtsnormen als Entwicklungsgrundlage .....	125
2.332.23	Die Garantienormen als Entwicklungsgrundlage .	125
2.332.231	Reine Rechtsgarantie .....	127
2.332.232	Interventionsgarantie .....	127
2.332.233	Totale Ausübbarkeitsgarantie .....	130
2.4	<i>Normbereich der Privatschulfreiheit</i> .....	132
2.41	Sachbereich des Art. 7 Abs. 4 GG .....	132
2.411	Qualitative Sachbereichselemente .....	132
2.412	Quantitative Sachbereichselemente .....	134
2.412.1	Schul- und Schülerstatistiken .....	134
2.412.2	Kosten, Kostentendenzen und Kostenstrukturen .	135
2.42	Normprogramm und Normbereich der Privatschulgarantie als Rechtsgrundlage eines individuellen Förderungsrechtes des Ersatzschulträgers gegenüber dem Staat .....	138
2.421	Die Anerkennbarkeit der Garantienorm des Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG als Rechtsgrundlage einer objektiven Leistungspflicht (Garantenstellung des Staates) .....	138
2.421.1	Grammatische Interpretation .....	139
2.421.2	Systematische Interpretation .....	140
2.421.21	Die Privatschulfreiheit als reflexiver systematischer Kontext der Privatschulgarantie .....	140
2.421.22	Art. 7 Abs. 4 S. 2 - 4 GG .....	141
2.421.23	Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 30 GG .....	144
2.421.24	Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG .....	145
2.421.25	Art. 4 Abs. 2 GG .....	146
2.421.3	Genetische Interpretation .....	147

2.421.4	Historische Interpretation .....	148
2.421.5	Teleologische Interpretation .....	148
2.421.6	Grundrechtspolitische Interpretation .....	150
2.422	Voraussetzung, Inhalt und Umfang der objektiven Leistungspflicht (Garantenpflicht des Staates) ....	154
2.422.1	Die Voraussetzung der Garantenpflicht .....	155
2.422.11	Interventionsfall im Sinne der Selbstgarantie des Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG .....	155
2.422.12	Eintritt und Dauer des Interventionsfalls .....	156
2.422.2	Der Inhalt der Garantenpflicht .....	159
2.422.21	Pflichtbelasteter und Pflichtbegünstigte .....	159
2.422.22	Der Inhalt im engeren Sinne .....	160
2.422.221	Möglichkeit, Geeignetheit und Notwendigkeit zur Erfüllung der drei Bedingungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG .....	160
2.422.222	Der Gestaltungsspielraum des Staates im übrigen	162
2.422.3	Der Umfang der Garantenpflicht .....	162
2.422.31	Der objektive Förderbedarf .....	163
2.422.32	Die individuelle Förderbedürftigkeit .....	163
2.423	Die Subjektivierbarkeit der objektiven Leistungs- pflicht zum individuellen subjektiv-öffentlichen Leistungsrecht (Garantierrecht des Schulträgers) ..	167
2.423.1	Die Subjektivierbarkeit zum Leistungsanspruch (Leistungssubjektivierung) .....	168
2.423.2	Die Subjektivierbarkeit zum Garantierrecht ohne Anspruchscharakter (Feststellungssubjektivierung)	169
2.43	Bereichsdogmatische Ergebnisse in Thesen .....	172
2.5	<i>Zusätzliche verfassungsrechtliche Leistungsrechte für Freie Schu- len in kirchlicher Trägerschaft?</i> .....	174
2.51	Die tatsächliche Bedeutung kirchlicher Trägerschaft für Freie Schulen .....	174
2.52	Die Gleichbehandlung von Freien Schulen in kirchlicher und in nicht-kirchlicher Trägerschaft im Privatschulrecht .....	175
2.53	Verfassungsmäßigkeit der Subventionierung von Freien Schulen in kirchlicher Trägerschaft .....	175
2.531	Die herrschende Meinung zur Trennung von Staat und Kirche .....	175
2.532	Die einseitig laizistische Ausdeutung des Tren- nungsprinzips .....	176
2.54	Leistungsrechte der Schulträger .....	177
2.541	Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV .....	177
2.541.1	Zur Bestimmung des Bereichs der eigenen Ange- legenheiten der Religionsgesellschaften .....	177

2.541.2	Privatschulen als eigene Angelegenheiten der Religionsgesellschaften .....	177
2.541.3	Parallelität des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen und Art. 7 Abs. 4 GG als Freiheitsrecht ....	179
2.541.4	Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften als Leistungsrecht? .....	179
2.542	Art. 4 GG .....	180
2.542.1	Die verschiedenen Grundrechte des Art. 4 GG ....	180
2.542.2	Subsidiarität des Art. 4 GG gegenüber dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht bezüglich der Schulträger .....	181
2.55	Leistungsrechte der Schulbenutzer? .....	183
2.551	Art. 6 Abs. 2 GG .....	183
2.552	Art. 4 GG .....	183
<b>3</b>	<b>Die Privatschulförderung durch die Länder am Maßstab des Grundgesetzes .....</b>	<b>186</b>
3.1	<i>Maßgeblichkeit des Grundgesetzes .....</i>	186
3.2	<i>Zum Vorbehalt des Gesetzes .....</i>	194
3.3	<i>Die Privatschulförderung durch die Länder .....</i>	200
3.31	Länderverfassungen .....	200
3.32	Unterverfassungsrecht der Länder zur Subventionierung ..	201
3.321	Kreis der begünstigten Schulen .....	201
3.321.1	Die Förderung von Ergänzungsschulen .....	201
3.321.2	Die Förderung genehmigter Ersatzschulen .....	201
3.321.3	Die Beschränkung der Förderung auf anerkannte Ersatzschulen .....	202
3.321.4	Einschränkung der Förderung nach Schularten ..	204
3.322	Ein- und Ausschlußkriterien .....	205
3.322.1	Die Voraussetzung der Gemeinnützigkeit .....	205
3.322.2	Die Voraussetzung der Hilfsbedürftigkeit .....	206
3.322.3	Das Erfordernis des Verzichts auf Schulgeld ....	207
3.322.4	Das Kriterium der Entlastung des öffentlichen Schulwesens .....	207
3.322.5	Das Erfordernis einer Wartezeit .....	208
3.323	Berechnungsmodi .....	209
3.323.1	Die Förderung nach dem Bedarfsdeckungsverfahren .....	209

3.323.11	Die Regelung Nordrhein-Westfalens und des Saarlands .....	209
3.323.12	Die Regelung Berlins .....	210
3.323.13	Die Förderung in Baden-Württemberg nach dem Bedarfsdeckungsverfahren .....	211
3.323.2	Die Finanzhilfe nach dem Pauschalverfahren ....	212
3.323.21	Die Regelung Bremens und Hamburgs .....	212
3.323.22	Die an den Personalkosten eines entsprechenden staatlichen Schülers orientierten Regelungen ....	213
3.323.221	Die Regelung Baden-Württembergs für die in § 17 Abs. 1 Privatschulgesetz aufgezählten Schulen ....	214
3.323.222	Die Regelung Niedersachsens .....	214
3.323.223	Die Regelung Hessens .....	216
3.323.224	Die Regelung Bayerns .....	217
3.323.225	Die Regelung in Rheinland-Pfalz .....	219
3.324	Vergabeverfahren .....	220
3.33	Sonstige Förderungsmaßnahmen .....	223
3.331	Die Zurverfügungstellung staatlicher Lehrer ....	223
3.332	Beteiligung an den Kosten der Altersversorgung der Lehrkräfte .....	225
3.333	Beteiligung an den Baukosten privater Schulen ..	225
3.334	Erstreckung der Schulgeldfreiheit auf private Schulen .....	227
3.335	Zuschläge für Gewährung der Lernmittelfreiheit	228
3.336	Erstreckung der Kostenfreiheit des Schulwegs auf die Schüler von Privatschulen .....	228
3.4	<i>Grundgesetzmäßigkeit exemplarisch ausgewählter Förderungs- modalitäten</i> .....	230
3.41	Darf staatliche Förderung von der (Genehmigung und) An- erkennung der Ersatzschule abhängig gemacht werden? ....	230
3.411	Die Regelungen der Länder .....	230
3.411.1	Förderung der genehmigten Ersatzschulen .....	231
3.411.1.1	Aufgrund einfachen Landesgesetzes .....	231
3.411.1.2	Aufgrund der Landesverfassung .....	231
3.411.2	Förderung nur der anerkannten Ersatzschulen ..	231
3.411.2.1	Nach einfachem Landesgesetz .....	231
3.411.2.2	Besonderheiten in Rheinland-Pfalz und im Saar- land .....	232
3.411.3	Förderung einer Auswahl anerkannter Ersatzschu- len .....	232
3.412	Die Lage nach Art. 7 Abs. 4 GG .....	233
3.412.1	Genehmigung .....	234
3.412.2	Anerkennung .....	234

3.413	Das Problem des Anspruchs auf Genehmigung bzw. Anerkennung von Ersatzschulen .....	239
3.413.1	Genehmigung .....	239
3.413.11	Grundrechtlicher Anspruch auf Genehmigung ...	239
3.413.12	Genehmigungsanspruch und Probezeit .....	239
3.413.121	Vereinbarkeit von grundrechtlichem Genehmigungsanspruch und unterverfassungsrechtlichem Probezeiterfordernis .....	239
3.413.122	Grundrechtlich zulässige Ausgestaltungen des Probezeiterfordernisses .....	241
3.413.2	Anerkennung .....	242
3.413.21	Zulässigkeit des Anerkennungserfordernisses ...	242
3.413.22	Grundrechtlicher Anspruch auf Anerkennung? ...	242
3.414	Der Anspruch auf Genehmigung bzw. Anerkennung bei Ersatzschulen bewährter Schulträger ...	244
3.415	Ersatzschulförderung während der Probezeit? ...	245
3.415.1	Die Rechtsgrundlage der Förderung .....	245
3.415.2	Die Höhe der Förderung .....	246
3.42	Ist es zulässig, den Kreis der geförderten Ersatzschulen unterverfassungsrechtlich einzuschränken? .....	247
3.421	Unterschiedliche Förderung verschiedener Schulträger .....	247
3.422	Unterschiedliche Förderung verschiedener Schularten .....	249
3.422.1	Die verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe ...	249
3.422.2	Unterverfassungsrechtliche Verkürzung des Begriffs der Ersatzschule .....	251
3.422.3	Unterverfassungsrechtlicher Ausschluß einiger Ersatzschularten von der Förderung .....	252
3.423	Unterschiedliche Förderung anhand sonstiger Kriterien .....	253
3.423.1	Förderung pro schulpflichtigem Schüler .....	253
3.423.2	Entlastungsfunktion der Ersatzschule für das öffentliche Schulwesen .....	254
3.423.3	Nichtgefährdung öffentlicher Schulen .....	255
3.423.4	Übernahme der staatlichen Schulstruktur .....	256
3.43	Darf die Verminderung der Eigenleistung unter Hinweis auf die Finanzkraft von Dritten verweigert werden, welche die Exekutive zur Sphäre des Schulträgers rechnet („Durchgriff“)?	260
3.430	Darf überhaupt eine Eigenleistung verlangt werden? .....	260
3.431	Die tatsächliche Exekutivpraxis .....	261
3.432	Parallelen aus anderen Rechtsgebieten (vor allem nordrhein-westfälisches Kindergartengesetz) ...	263

3.433	Die Argumentation der Exekutive .....	265
3.434	Analyse der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster in dieser Frage .....	274
3.435	Analyse der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Heranziehung „naheliegender Hilfsquellen“ .....	279
3.436	Die Frage der Rechtsbeständigkeit des Runderlasses vom 14.12.1979 auf der Ebene des Unterverfassungsrechts .....	282
3.437	Argumente auf Verfassungsebene .....	289
3.438	Im besonderen: Argumente aus Art.140 GG/137 Abs.3 WRV .....	292
3.439	Verfassungsrechtliches Ergebnis auf der Basis des Grundgesetzes .....	296
3.439.1	Zusammenfassung der bisher erarbeiteten Ergebnisse .....	297
3.439.2	Der Allgemeine Gleichheitssatz (Art.3 Abs.1 GG)	300
3.439.3	„Durchgriff“ oder „Verrechnung“ in anderen Rechtsgebieten? .....	300
3.44	Dürfen Zuschüsse an Ersatzschulen gegenständlich beschränkt werden? .....	302
3.441	Beschränkung auf Zuschüsse zu den Betriebskosten unter Ausschluß der Investitionskosten? ....	302
3.441.1	Die Normen .....	302
3.441.11	Nordrhein-Westfalen .....	302
3.441.12	Niedersachsen .....	302
3.441.13	Hessen .....	302
3.441.14	Bremen .....	303
3.441.2	Die Lage nach Art.7 Abs.4 GG .....	303
3.442	Dürfen Zuschüsse an Ersatzschulen beschränkt werden auf Zuschüsse zu Personalkosten unter Ausschluß der Sachkosten? .....	307
3.442.1	Die Normen .....	307
3.442.11	Berlin .....	307
3.442.12	Hessen .....	307
3.442.13	Bayern .....	308
3.442.2	Stellungnahme zum Problem .....	308
3.45	Haben Ersatzschulen einen Anspruch auf Abordnung staatlicher Lehrer? .....	310
3.451	Die Regelungen des Unterverfassungsrechts .....	310
3.451.1	An welche Schulen kann abgeordnet werden? ....	310
3.451.2	Geben die jeweiligen einfach-rechtlichen Normen dem Ersatzschulträger einen Anspruch auf Abordnung staatlicher Lehrer? .....	311

3.451.3	Wer kann zum Dienst an Ersatzschulen abgeordnet werden? .....	312
3.451.4	Auf wessen Initiative erfolgt die Abordnung? ....	312
3.451.5	Für wie lange erfolgt die Abordnung? .....	312
3.451.6	Anrechnung als ruhegehaltstfähige Tätigkeit? ....	312
3.451.7	Weiterzahlung der Bezüge? .....	313
3.451.8	Anrechnung der Bezüge auf die Subventionen (als Abzugsposten)? .....	313
3.452	Anspruchsgrundlage im Verfassungsrecht? .....	314
<b>4 Ergebnisse zum Leistungsrecht .....</b>		<b>316</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>321</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	= am angegebenen Ort
a. E.	= am Ende
AG	= Ausführungsgesetz
Anm.	= Anmerkung
AO	= Abgabenordnung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Auf.	= Auflage
AVO	= Ausführungsverordnung
B	= Berlin
BaWüVBl.	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
Bay.	= Bayern
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	= Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs. Amtliche Sammlung
Bd.	= Band
Br.	= Bremen
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Amtliche Sammlung
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Amtliche Sammlung
BVerwG	= Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von Karl Buchholz, Ber- lin—Köln 1957 ff. (Loseblattsammlung)
Buchholz	
BW	= Baden-Württemberg
dems., ders.	= demselben, derselben
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
DVR	= Datenverarbeitung und Recht
ebd.	= ebenda
EFG	= Ersatzschulfinanz(ierungs)gesetz
EUG	= Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen
EuGRZ	= Europäische Grundrechtezeitschrift
Fn.	= Fußnote
G	= Gesetz
GABl.	= Gemeinsames Amtsblatt
GbSch.	= Gesetz über berufsbildende Schulen
GG	= Grundgesetz
GMBL	= Gemeinsames Ministerialblatt
GO	= Gemeindeordnung
GOBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Hamb.	= Hamburg
HdbStKirchR	= Handbuch des Staatskirchenrechts, hrsg. von Ernst Frie- senhahn und Ulrich Scheuner, Berlin 1974/75

Hess.	= Hessen
h. M.	= herrschende Meinung
HRG	= Hochschulrahmengesetz
Hrsg., hrsg.	= Herausgeber, herausgegeben
i. d. F.	= in der Fassung
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KgG	= Kindergartengesetz
KMK	= Konferenz der Kultusminister
KuU	= Kultus und Unterricht
KWG	= Kreditwesengesetz
LMFrG	= Gesetz über Lernmittelfreiheit
LVerf.	= Landesverfassung
MBL	= Ministerialblatt
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NC	= Numerus Clausus
Nds.	= Niedersachsen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Rdnr.	= Randnummer
NW	= Nordrhein-Westfalen
u. ö.	= und öfters
PrivSchG	= Privatschulgesetz
PrivSchLG	= Privatschulleistungsgesetz
RdJ(B)	= Recht der Jugend (und des Bildungswesens)
RP	= Rheinland-Pfalz
RWS	= Recht und Wirtschaft der Schule
SAV	= Sonderschulnahmeverfahren
SchFG	= Gesetz zur Schulgeldfreiheit
SchG	= Schulgesetz
SchOG	= Schulordnungsgesetz
SchVG	= Schulverwaltungsgesetz
SH	= Schleswig-Holstein
Sl.	= Saarland
SoSchG	= Sonderschulgesetz
SoVoSchG	= Sondervolksschulgesetz
SchG	= Schulgesetz
StGH	= Staatsgerichtshof
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VG	= Verwaltungsgericht
VoSchG	= Volksschulgesetz
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVOzEFG	= Verwaltungsverordnung zum Ersatzschulfinanzierungsgesetz
VVPrivSchG	= Vorschriften zum Vollzug des Privatschulgesetzes
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

## 0 Die Problematik

Das Privatschulrecht ist schon im Bereich der grundrechtlichen und institutionellen Freiheitsgarantie besonders komplex. Es steht am Schnittpunkt von freiheitsrechtlicher Ausgrenzung gegen staatliches Tun auf der einen und von staatlichem Schulrecht als einem Gebiet des hoheitlichen Verwaltungsrechts auf der anderen Seite. In der Rechtswissenschaft und noch mehr in der täglichen Schulpraxis ergibt sich hieraus eine schwer durchschaubare Gemengelage heterogener, zum Teil auch widersprüchlicher Faktoren. Schließlich hat die Zugehörigkeit des Schulrechts zum Kompetenzbereich der Länder vor allem seit den Sechziger Jahren zu ungleichen und ungleichzeitigen Entwicklungen geführt, die das Bild noch verwirrender zu machen geeignet sind.

Gesteigert machen sich die wissenschaftlichen und praktischen Schwierigkeiten dort bemerkbar, wo die Frage nach positiven staatlichen Leistungen, nach finanzieller und sonstiger Förderung der Freien Schulen durch den Staat aufgeworfen wird. Mit Verfassungsrang hat bisher nur Nordrhein-Westfalen in Art. 8 Abs. 4 S. 3 der Landesverfassung eine uneingeschränkte Grundlage für die staatliche Subventionierung nicht-staatlicher Schulträger geschaffen. Im übrigen ist diese Frage im Blick auf das Grundgesetz kaum überzeugend beantwortet. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu ihr noch nicht geäußert. Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt seit seiner Leitentscheidung vom 11. März 1966<sup>1</sup> einen begrenzten verfassungsrechtlichen Anspruch auf Privatschulförderung, wobei es sich vor allem auf die in Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG enthaltene Einrichtungsgarantie sowie auf das Sozialstaatsprinzip stützt. In der juristischen Diskussion ist diese Judikatur bis heute umstritten<sup>2</sup>. Die Auseinandersetzung in der Literatur wie auch die Begründungen der höchstrichterlichen Praxis gehen in der Regel von ungeklärten dogmatischen Prämissen aus und arbeiten mit Argumenten verschiedener Herkunft und verschiedenen Ranges. Deutlich ist vor allem die *rechtspolitische* Stoßrichtung des jeweiligen Begründungszusammenhangs, während eine *dogmatisch* plausible Lösung der Problematik bis heute fehlt.

---

<sup>1</sup> BVerwGE 23, 347; ferner BVerwGE 27, 360; BVerwG, DÖV 1969, S. 395 f. sowie BGH, MDR 1970, S. 37.

<sup>2</sup> Nachweise zum Streitstand beispielsweise bei Halberstadt, Staatliche Subventionierung kirchlicher Privatschulen, 1977, S. 230 f., 236 ff.

Diese Lage erscheint bereits deshalb nicht zufällig, weil das Grundgesetz allgemein soziale Grundrechte oder sonstige Leistungsgrundrechte nicht enthält, und weil ferner der Parlamentarische Rat speziell für die Privatschulfreiheit vom Einräumen eines Leistungsanspruchs oder auch nur einer staatlichen Leistungsverpflichtung Abstand genommen hat. Ein verbrieftter Anspruch auf staatliche Finanzhilfe wurde damals als mit der Freiheit der Privatschule unvereinbar angesehen. So hielt auch noch die Ländervereinbarung der Kultusministerkonferenz über das Privatschulwesen von 1951 fest, aus Art. 7 GG könnten „Ansprüche auf Unterstützung privater Schulen aus öffentlichen Mitteln nicht hergeleitet werden“<sup>3</sup>.

Auf der anderen Seite hat sich die in der Praxis unleugbare und unumgängliche Notwendigkeit einer staatlichen Förderung Freier Schulen schon seit Beginn der Fünfziger Jahre nicht nur in Art. 8 Abs. 4 S. 3 der nordrhein-westfälischen Landesverfassung von 1950, sondern in der Gesetzgebung aller Bundesländer über Finanzhilfen an Freie Schulen eindrucksvoll Bahn gebrochen. Die genannte höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat dann seit 1966 diese Praxis aus dem Grundgesetz herzuleiten versucht.

Es ist also mit anderen Worten die Spannung zwischen der grundgesetzlichen Norm des subjektiven und institutionellen Freiheitsrechts und der Problematik seiner Realisierbarkeit besonders spürbar. Steht dieses Grundrecht nur auf dem Papier, oder sind die Verhältnisse so, daß es ohne staatliche Hilfe verwirklicht werden kann? Da dies unbestritten nicht der Fall ist, stellt sich die Frage, ob dann nicht der Staat die Möglichkeiten dafür schaffen muß, daß es im Sinn der in Art. 1 Abs. 3 GG getroffenen Grundentscheidung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland real geltendes Recht sein kann. Das Auflösen dieses Problems durch rechtswissenschaftliche Argumentation, die Lösung der Spannung zwischen der Verfassungsgarantie und ihrer Realisierbarkeit erweist sich gerade in der Finanzierungsfrage als recht schwierig. Es verwundert nicht, daß nicht nur die dogmatische Durchdringung von Details mit den tiefgreifenden Veränderungen im Schulwesen der Bundesrepublik der beiden letzten Jahrzehnte nicht ausreichend hat Schritt halten können, sondern daß die Frage staatlicher Förderung Freier Schulen bereits in ihrem Grundansatz bisher so wenig überzeugend bearbeitet worden ist, daß sie nach wie vor lebhaft umstritten bleibt.

Die Vorschriften des Art. 7 Abs. 4 S. 2 - 4 GG sind von Art. 147 Abs. 3 S. 1 - 3 WRV wortgleich übernommen. Dagegen wurde die Garantie des

---

<sup>3</sup> § 10 der Vereinbarung KMK über das Privatschulwesen vom 10./11. August 1951.

„Rechts zur Errichtung von privaten Schulen“ in Art. 7 Abs. 4 S. 1 in deutlichem Unterschied zur Reichsverfassung von 1919 in das Grundgesetz eingefügt. Die heute geltenden Verfassungsbestimmungen über die Privatschulen stellen nicht nur die Rechtslage der Weimarer Zeit wieder her, sondern gehen erheblich über diese hinaus, „indem sie die Institution der Privatschule ausdrücklich garantieren“, wie das Bundesverfassungsgericht im Konkordats-Urteil vom 26. März 1957 festgehalten hat<sup>4</sup>. Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG enthält als für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt (Regierung und Verwaltung) sowie Rechtsprechung nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltende Norm ein Grundrecht, eine institutionelle Garantie und eine Bestandsgarantie Freier Schulen als Rechtspositionen vor allem ihrer Schulträger. Darüber hinaus bildet Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG im Sinn der ständigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts eine sogenannte wertentscheidende Grundsatznorm für den gesamten von dieser Gewährleistung umfaßten Bereich: Die Vorschrift ist auch außerhalb bestimmter Verfassungsbeschwerdeverfahren als objektiv-rechtliche Norm aufzufassen, die auch auf diese Weise die drei Staatsgewalten und nicht zuletzt den Gesetzgeber bindet. Ferner beeinflußt sie inhaltlich die Interpretation einfachen Rechts und vermag über die Generalklauseln auch auf das Bürgerliche Recht „auszustrahlen“<sup>5</sup>. Die Inhalte dieser freiheitsrechtlichen Garantien sind inzwischen umfassend herausgearbeitet worden<sup>6</sup>.

Dagegen ist die leistungsrechtliche Seite des Privatschulrechts dogmatisch kaum gesichert. Jedenfalls kann festgehalten werden, daß in der grundgesetzlichen Gewähr für die Errichtung zugleich auch eine Bestandsgarantie liegt. Eine Freie Schule darf von der öffentlichen Gewalt solange weder geschlossen noch beschränkt werden, als die Errichtungs- und Genehmigungsvoraussetzungen fortbestehen. Der institutionelle Schutz besagt in seiner objektiven Funktion „nicht nur, daß keine Rechtsbestimmung der Garantie der Privatschule widersprechen darf, sondern daß gesetzliche Lücken zu schließen und Zweifel der Rechtslage zu beheben sind aus dem Geist der grundgesetzlichen Gewährleistung“<sup>7</sup>. Das kann als allgemeine Richtlinie für die komplexen Fragen der Privatschulfinanzierung von Nutzen sein, wenn es auch diese Fragen dogmatisch noch nicht im einzelnen zu lösen vermag.

Diese hier gesuchte Lösung muß zunächst die verfassungspolitische Bedeutung des freien Schulwesens über den eigentlichen grundrecht-

---

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 309 (355).

<sup>5</sup> Ständige Rechtsprechung zur objektiven Funktion der Grundrechte seit dem Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198.

<sup>6</sup> Vgl. zuletzt die Darstellung bei F. Müller, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982.

<sup>7</sup> Vgl. Heckel/Seipp, Schulrechtskunde, 5. Aufl. 1976, S. 144.