

*Johann Peter Vogel*

## **Der Zerfall der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Finanzhilfe an Ersatzschulen – Aus Anlass des Beschlusses zur Landeskinderklausel vom 23. November 2004**

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 23. November 2004<sup>1</sup> entschieden, dass die im Land Bremen gesetzlich vorgesehene sogenannte Landeskinderklausel „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“ ist. Es ist die fünfte Entscheidung des Gerichts zum Thema „verfassungsrechtliche Förderpflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen“<sup>2</sup>; signifikant an dieser Rechtsprechung ist die Reduktion der Rechtspositionen, die das Gericht in den ersten beiden Entscheidungen eingenommen hatte. Im Laufe dieser Reduktion wird die Ableitung der verfassungsrechtlichen staatlichen Förderpflicht aus Art. 7 (4) GG nicht angetastet, aber es werden verfassungsrechtliche Vorgaben aufgehoben. Dazu seien drei Feststellungen getroffen:

- mit der zweiten Entscheidung wird mit der Bestätigung von Wartefristen ein erster Zeitraum geschaffen, in dem keine verfassungsrechtliche Förderpflicht eintritt und das Sondereinverbot des Art. 7 (4) Satz 3 GG de facto suspendiert, mindestens aber relativiert wird (dazu 1.);
- in der vierten Entscheidung (dem „Kammerbeschluss“) wird der Zeitraum ohne (oder ohne genügende) Förderung auf die ganze Betriebszeit ausgedehnt (dazu 2.);
- in der nunmehr ergangenen fünften Entscheidung wird zur Bestätigung der Landeskinderklausel die Gefährdung der Institution Ersatzschule aus dem Zusammenhang der generellen Unmöglichkeit, die Genehmigungsvoraussetzungen aus eigener Kraft zu erfüllen, gelöst und de facto unbeweisbar gemacht; außerdem wird die bisher verfassungswidrige Bedürfnisprüfung de facto wieder eingeführt (dazu 3.).

Im Folgenden sollen diese Entwicklung und ihre Methodik untersucht werden.

### **1 Die Ausgangslage: die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Förderpflicht**

1. Die Grundrechtsgarantie des Art. 7 (4) Satz 1 GG, Schulen in freier Trägerschaft zu errichten und zu betreiben, ist eine Absage an das staatliche Schulmonopol und Ausfluss des Verfassungsprinzips der Schulvielfalt<sup>3</sup>. Schulen in freier Trägerschaft erfüllen neben und anstelle der staatlichen Schule eigenverantwortlich gerade auch der Privatinitiative überlassene allgemeine (öffentliche) Bildungsaufgaben<sup>4</sup>. Das Grundrecht des Einzelnen auf Errichtung und Betrieb einer

<sup>1</sup> Az. 1 BvL 6/99, R&B 2/2005, S. 8 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 75,40 (1987, Finanzhilfeentscheidung), BVerfGE 90, 107 (1994, Wartefristentscheidung), BVerfGE 90, 128 (1994, Baukostenentscheidung), BVerfRuS 1997, S. 1 = SPE n.F. 236, S. 133 (Kammerbeschluss), und nun der Landeskinderbeschluss (Anm. 1).

<sup>3</sup> BVerfGE 27, 195; 34, 164; 75,40.

<sup>4</sup> BVerfGE 75, 40 (unter C II 2 c).

Schule in freier Trägerschaft nach Art. 7 (4) Satz 1 GG wird im Falle der Ersatzschulen durch das GG selbst eingeschränkt (Art. 7 (4) Sätze 3 und 4 GG): diese Schulen sind genehmigungsbedürftig; Voraussetzungen sind das Nichtzurückstehen in den Bildungszielen, den Einrichtungen und der Ausbildung der Lehrkräfte; das Verbot, Schüler durch zu hohe Schulgelder „auszuhebeln“, und die Verpflichtung, die Lehrer wirtschaftlich und rechtlich genügend zu sichern. Das Bundesverfassungsgericht geht von der empirischen Erkenntnis aus, dass diese Genehmigungsvoraussetzungen von den Schulträgern nicht mehr aus eigener Kraft gleichzeitig und dauerhaft erfüllt werden können. Das Grundrecht muss deshalb aus Gründen, die im GG selbst geregelt sind, zum Erliegen kommen. Um dies zu vermeiden, muss die staatliche Garantie der Ausübung des Grundrechts sich erweitern zu einer Schutz- und Förderpflicht; der Staat muss die durch die ständigen Verbesserungen seines Schulwesens entstandene Unmöglichkeit auf Seiten der Schulträger, die Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen, kompensieren und ausgleichen<sup>5</sup>.

Der Ausgleich muss so bemessen sein, dass bei einem Schulgeld, das die freie Zugänglichkeit nicht einschränken darf (Sonderungsverbot), gleichwohl die Genehmigungsvoraussetzungen in vollem Umfang erfüllt werden können (der dafür vom Gericht benutzte Begriff „Existenzminimum“ ist irreführend<sup>6</sup>). Der Eigeninitiative entspricht eine angemessene Eigenleistung des Trägers; der Schulträger soll nicht vom unternehmerischen Risiko freigestellt werden. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts besteht die Eigenleistung aus den Schulgeldeinnahmen<sup>7</sup>; mit Recht geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Schulträger weitere Einnahmen in aller Regel nicht haben. Ein monatliches Schulgeld von DM 170–190 (1992) liegt jenseits des Sonderungsverbots<sup>8</sup> (nach heutigem Wert Euro 100,-). Eine bessere Ausstattung als entsprechende staatliche Schulen oder eine volle Übernahme der Kosten kann nicht verlangt werden<sup>9</sup>.

## 2. Bedingungen der Förderpflicht sind

2.1. die evidente Gefährdung der Institution Ersatzschule – gemeint ist, wie sich aus dem Textzusammenhang ergibt, die empirisch festgestellte generelle Unmöglichkeit der Schulträger, die Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen<sup>10</sup>. Dieser Zusammenhang ist wichtig: welche Gefährdung der Institution wäre evidentier als die, dass die Träger die Genehmigungsvoraussetzungen generell nicht mehr erfüllen können, ihre Schulen daher von den Behörden geschlossen werden müssten? Unmöglichkeit und Gefährdung sind eines. Darüber hinaus kann Voraussetzung der Förderpflicht aber auch die individuelle Gefährdung der einzelnen Ersatzschule (Bedürftigkeit) sein<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> BVerfGE 75,40 (unter C II 2), 90, 107 (unter B I).

<sup>6</sup> *Jeand'Heur, B.*, Methodische Analyse, freiheitsrechtliche und leistungsrechtliche Konsequenzen des Finanzhilferechts, in: Müller, F./Jeand'Heur, B. (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Freien Schulen, 2. Aufl. Berlin 1996, S. 47 (54); siehe auch *Niehues, N.*, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 3. Aufl. München 2000, Rn. 290.

<sup>7</sup> Deutlich BVerfGE 90, 107 (unter B I 2 a: „Die hierfür für die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen erheblichen Kosten können nicht in vollem Umfang über Schulgelder gedeckt werden“). Auch schon BVerfGE 75, 40 (unter C II 2 b).

<sup>8</sup> BVerfGE 90, 107 (unter B I 3 d bb).

<sup>9</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 3); 90, 107 ff. (unter B I 2 c).

<sup>10</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 2). Siehe auch *Niehues* a.a.O. (Anm. 6), Rn. 292, und *Jach, F.-R.*, Die Existenzsicherung der Institution Ersatzschulwesen in Zeiten knapper Haushaltsmittel, in: Jach, F.-R./Jenkner, S. (Hrsg.), Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen, Berlin, 1998, S. 75 (78 f.).

<sup>11</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 2); 90, 107 ff. (unter B I 2 a).

2.2. der weite Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers bei der Ausgestaltung der Förderpflicht<sup>12</sup> – zu ergänzen ist: im Rahmen und in den Grenzen der Art. 7 (4), 3 (1) GG<sup>13</sup>. Also

- a) keine Anforderungen für die Förderpflicht über die Genehmigungsvoraussetzungen hinaus; maßgeblich sind allein Art. 7 (4) Sätze 3+4 GG. Die Landesgesetzgeber können also keine zusätzlichen Bedingungen für die Förderpflicht hinzufügen<sup>14</sup>. Das Bundesverfassungsgericht exemplifiziert dies anhand einer von einem Landesgesetzgeber vorgenommenen Differenzierung der Finanzhilfe je nach Schulpflichterfüllung der Schüler<sup>15</sup>; zu ergänzen wären z.B. die Anerkennung als Ersatzschule, Gemeinnützigkeit oder der Wohnort der Schüler. Möglich ist aber eine Differenzierung unter Berücksichtigung besonderer pädagogischer Konzepte<sup>16</sup> und der Baukosten<sup>17</sup>;
- b) Einbeziehung aller Ersatzschulen: im Rahmen der Gleichbehandlung darf differenziert werden nach einzelnen Schularten<sup>18</sup>;
- c) die Förderpflicht muss obligatorische, kalkulierbare, subjektive Ansprüche geben; freiwillige Leistungen genügen nicht<sup>19</sup>;

2.3. der Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann<sup>20</sup>; ein „Möglichkeitsvorbehalt“<sup>21</sup>, der berücksichtigt, dass die öffentlichen Mittel auch für andere wichtige Belange zur Verfügung stehen müssen. Allerdings ist die Förderpflicht besonders herausgehoben dadurch, dass sie „direkt aus dem normalen Gehalt des Grundrechts selbst“<sup>22</sup> erwächst und eine Ausgleichspflicht für eigenes staatliches Handeln ist. Demgegenüber müssen alle weniger wichtigen, d.h. nicht gleichermaßen grundrechtsgebundenen Belange zurückstehen. Die aufgrund der Förderpflicht gezahlten Finanzhilfen sind keine Subventionen, die nach Opportunitätsgesichtspunkten bemessen werden können, sondern eine verfassungsbegründete Leistungspflicht des Staates<sup>23</sup>. Entsprechend wird als Beispiel angeführt die Kürzung des Gesamtetats für das Schulwesen<sup>24</sup>, bei der die Förderpflicht in gleichem Proporz (nicht etwa doppelt) gemindert werden kann wie die Finanzierung der staatlichen Schulen. Eine nach Opportunität vorgenommene Prioritätensetzung unter beliebigen Belangen („Haushaltsvorbehalt“) ist nicht gemeint.

3. Ein subjektiver Anspruch eines Schulträgers auf Finanzhilfe direkt aus Art. 7 (4) GG wird abgelehnt. Einen Rechtsschutz misst das Bundesverfassungsgericht dem Schulträger nur zu in

<sup>12</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 1); 90, 107 ff. (unter B I 2 c).

<sup>13</sup> *Hufen, F.*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft. Rechtsgutachten 2004 (Kurzfassung in RdJB 2/2005, S. 3 ff.; Ziff. 8).

<sup>14</sup> *Jeand'Heur*, a.a.O. (Anm. 6), S. 89; *Niehues*, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 289.

<sup>15</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C V 1).

<sup>16</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C IV und V).

<sup>17</sup> BVerfGE 90, 128 ff. (unter II).

<sup>18</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C IV 2).

<sup>19</sup> BVerfGE 90, 107 ff. (unter B II 3).

<sup>20</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 4).

<sup>21</sup> *Müller, F./Pieroth, B./Fohmann, L.*, Leistungsrechte Im Normbereich einer Freiheitsgarantie. Berlin, 1982, S. 160 f; *Jeand'Heur*, a.a.O. (Anm. 6), S. 55 f; *Jach*, a.a.O. (Anm. 10), S. 91 ff.

<sup>22</sup> *Jeand'Heur*, a.a.O. (Anm. 6), S. 55.

<sup>23</sup> *Müller/Pieroth/Fohmann* a.a.O. (Anm. 21), S. 160 f; *Jach*, a.a.O. (Anm. 10), S. 95 ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 4).

Form einer Feststellung der Verfassungswidrigkeit bei grober Untätigkeit des Gesetzgebers oder ersatzlosem Abbau der Finanzhilfe<sup>25</sup>.

Mit dieser Entwicklung einer verfassungsrechtlichen Förderpflicht für Ersatzschulen aus Art. 7 (4) GG hat sich das Bundesverfassungsgericht eingereicht in eine schlüssige Rechtssystematik, wie sie von Friedrich Müller erarbeitet<sup>26</sup> worden und inzwischen Allgemeingut der Rechtsliteratur<sup>27</sup> geworden ist<sup>28</sup>. Umso erstaunlicher, dass das Bundesverfassungsgericht in der Folgezeit nicht bei dieser Argumentationslinie geblieben ist.

## 2 Suspension des Sonderungsverbots durch Wartefrist

Eine im Finanzhilfeurteil offen gelassene Frage betraf die nach den Anfangskosten und die nach den Investitionskosten. Die Verweisung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>29</sup>, wonach beide Bereiche in die Eigenleistung des Schulträgers fallen, ging teilweise ins Leere. Was die Investitionskosten betraf, bezog das Bundesverfassungsgericht diese mit ein<sup>30</sup>, da zu den Genehmigungsvoraussetzungen auch die Bereitstellung gleichwertiger Einrichtungen gehöre. Unter den Anfangskosten hatte das Bundesverwaltungsgericht die Kosten bis zur Genehmigung verstanden; da insoweit noch keine Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen waren, konnte sich auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht keine Förderpflicht ergeben. Nur hatte das Bundesverfassungsgericht das Bundesverwaltungsgericht missverstanden und angenommen, dass eine Anfangszeit nach Genehmigung gemeint sei<sup>31</sup>. Freilich steht diesem Missverständnis der klare Wortlaut des Art. 7 (4) Satz 1 GG entgegen; garantiert wird gerade die „Errichtung“ der Schule<sup>32</sup>.

An sich hätte eine Nichtförderung nach Genehmigung als verfassungswidrig abgewiesen werden müssen, denn die Feststellung, die Ersatzschulen könnten aus eigener Kraft die Genehmigungsvoraussetzungen nicht dauerhaft erfüllen, gilt für die gesamte Zeit der Genehmigung, auch für die Zeit direkt nach Genehmigung. Für einen Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers war mithin kein Raum. Das Bundesverfassungsgericht stand aber unter dem Eindruck, dass der Landesgesetzgeber mit einer Wartefrist Gründer von leichtsinnigen Schulgründungen abhalten wolle. In solchen Fällen sollten Landesgesetzgeber im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit dafür sorgen dürfen, dass öffentliche Mittel nicht in unsolide Schulen eingebracht werden. Unter dem Vorbehalt, dass sich der Gesetzgeber hier in das sonst gern den Schulträgern zu Unrecht zugeschobene „Unternehmerrisiko“ einmischt, und gesetzt den Fall, es gäbe in nennenswertem Umfang Gründungen, die alsbald wieder eingehen (diese Behauptung von Schulverwaltungen ist durch nichts bewiesen), so hätte sich am naheliegendsten und systemkonform angeboten, zwar eine Wartefrist zur Prüfung der Solidität einzurichten, die vorenthaltene Finanzhilfe

<sup>25</sup> BVerfGE 90, 107 ff. (unter B II 2 d).

<sup>26</sup> Grundlegend Müller/Pieroth/Fohmann a.a.O. (Anm. 21); Vogel, J.P., Die Bestandsgarantie des Art. 7 (4) Satz 1 GG, in: DVBl. 1985, S. 1214 ff.; Kloepfer/Messerschmidt, Privatschulfreiheit und Schulabbau, in: DÖV 1987, S. 193 ff.; Müller/Jeand'Heur a.a.O. (Anm. 6).

<sup>27</sup> Z.B. Jach, a.a.O. (Anm. 10) S. 75 ff.; Niehues, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 285 ff.; Hufen, a.a.O. (Anm. 13) Ziff. 4.

<sup>28</sup> Einige Bundesländer haben – 18 Jahre nach dem Urteil – noch immer nicht allen Ersatzschulen einen obligatorischen Anspruch auf Finanzhilfe zugestanden (§ 17 (1) PSchG BW; § 149 (1) SchG Ns.; § 28 (1) PSchG RP; § 18 (1) SchG SA).

<sup>29</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C III 3) mit Verweisung auf BVerwGE 27, 360 ff. und 70, 290 ff.

<sup>30</sup> BVerfGE 90, 128 ff.; siehe auch Niehues, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 295 f. Die Einbeziehung überlässt dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum, so dass die Entscheidung kaum Finanzhilfe erhöhende Folgen in den Landesgesetzen hatte (Beispiel für Etikettenschwindel § 101 SchG B, Ausnahme § 15 (2) HmbSfTG 2004).

<sup>31</sup> S. Vogel, J.P., in: Müller/Jeand'Heur, a.a.O. (Anm. 6), S. 100 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> Müller/Pieroth/Fohmann, a.a.O. (Anm. 21), S. 160.

aber nach Bestehen der Prüfung nachzuzahlen<sup>33</sup>. Diese Lösung aber wird vom Bundesverfassungsgericht vermieden; offenbar ging es doch nur um eine Maßnahme, öffentliche Mittel zu sparen. Zwar wird bei langdauernden Wartefristen, die großzügig zugelassen werden, ein Ausgleich angedeutet, aber so halbherzig, dass sich kein Landesgesetzgeber bisher dazu veranlasst sah<sup>34</sup>.

1. Da ein wirklicher Ausgleich nicht intendiert war, musste eine Erklärung dafür gegeben werden, wie die durch die Wartefrist zwangsläufig entstehende Finanzierungslücke zu schließen sei. Denn das Finanzhilfeturteil ging ja, wie zunächst auch die Wartefrist-Entscheidung, davon aus, dass die Ersatzschulträger in der Regel außer dem Schulgeld über keine zusätzlichen Einnahmen verfügen<sup>35</sup>. Nun werden zwei neue Begriffe ins Spiel gebracht: das „herkömmliche Bild der Privatschule“ und das besondere Bildungsengagement der Gründer/Eltern, denen mit der Gründung „eigene bildungspolitische Zwecke“ unterstellt werden<sup>36</sup>. Mit beiden Begriffen setzt sich die Wartefrist-Entscheidung in völligen Gegensatz zum Finanzhilfeturteil.

a) Die verfassungsrechtliche Förderpflicht wurde entwickelt aus der Einsicht, dass in den Jahren vor 1987 die Schulträger die Genehmigungsvoraussetzungen nicht mehr aus eigener Kraft erfüllen konnten und können. Das Finanzhilfeturteil ging also gerade nicht mehr aus vom „herkömmlichen“, sondern von einem „neuen“ Bild der Ersatzschule, die außer dem zulässigen Schulgeld in der Regel keine sonstigen Einnahmen hat. Es handelt sich also um einen Rückfall hinter die ursprüngliche Argumentation und eine Sicht der Ersatzschule, die in der heutigen Realität allenfalls noch bei einzelnen kirchlichen Trägern vorkommt. Von der im Grundsatzurteil entwickelten Systematik her ist dieser Rückfall nicht zu begründen, er dient allein einer weitgehenden Minimierung der Förderpflicht aus fiskalischen Gründen.

b) Die „eigenen bildungspolitischen Zwecke“ der Gründer/Eltern widersprechen der im Finanzhilfeturteil getroffenen Feststellung, dass Ersatzschulen eigenständig an der öffentlichen Aufgabe der Verwirklichung der verfassungsrechtlich gewollten Schulvielfalt mitwirken<sup>37</sup>. Das im Finanzhilfeturteil aus Art. 7 (4) GG gewonnene gleichberechtigte Nebeneinander staatlicher und freier Träger in der Verwirklichung einer öffentlichen Aufgabe wird wieder aufgelöst in eine für alle zumutbare staatliche Schule und ein von Privatinteressen geleitetes „Privatschulwesen“, das dann auch privat zu finanzieren ist<sup>38</sup>.

Mit diesen Argumenten gewinnt das Bundesverfassungsgericht Spielraum für die Schaffung einer dritten Finanzierungsquelle, der Eigenleistung des Trägers.

2. Verfügt der Schulträger über keine eigenen Mittel oder handelt es sich beim Schulträger um Eltern, soll aber trotzdem eine dritte Einnahmequelle gedacht werden, gerät das Bundesverfassungsgericht in ein weiteres noch größeres Dilemma: die Begrenzung des Schulgeldes durch das Sonderungsverbot, das ja gerade die Selbstfinanzierung unmöglich macht. Hier hatte das Finanzhilfeturteil eine deutliche Umschreibung geliefert: die Ersatzschule solle „grundsätzlich ohne Rücksicht auf deren (der Schüler) Wirtschaftslage besucht werden“ können<sup>39</sup>. Das nun entwickelte besondere Bildungsengagement steht als (quantitativ unbegrenzter) „Beitrag zur

<sup>33</sup> *Hufen*, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 14.

<sup>34</sup> Jetzt aber als einziges Bundesland HmbSfTG 2004 (§ 14 (4)).

<sup>35</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 b); 90, 107 ff. (unter B I 3 a).

<sup>36</sup> BVerfGE 90, 107 ff. (unter B I 3 a).

<sup>37</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 c), kritisch auch *Hufen*, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 20.

<sup>38</sup> *Jach*, a.a.O. (Anm. 10), S. 85 ff.

<sup>39</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 b).

Eigenleistung“ neben dem zulässigen Schulgeld und belastet die Eltern zusätzlich. Das Sondereungsverbot, so das Bundesverfassungsgericht, sei aber „durch die Vorleistungen nicht unmittelbar berührt“, denn es gehe nicht um den Zugang, sondern um die Beteiligung an der Gründung<sup>40</sup>. Das wäre aber nur dann zutreffend, wenn es sich um die Finanzierung der Ermöglichung der Genehmigungsvoraussetzungen *vor* Genehmigung handelte; hier geht es aber um eine Ersatzschule *nach* Genehmigung! Und „Vorleistungen“ sind es eben nicht, denn es fehlt der spätere Ausgleich; lediglich „die Aussicht auf spätere Förderung“ wird den Eltern gelassen!

3. Da der Ausfall der Finanzhilfe während der Wartefrist weder ausgeglichen noch zeitlich begrenzt wird, erhält die Wartefrist eine institutionelle Begrenzung: sie dürfe sich nicht als generelle „Errichtungssperre“ auswirken<sup>41</sup>. Diese ist aber wie alle abstrakten Tatbestände *de facto* nicht nachweisbar: Solange es noch einige finanziell besser gestellte (kirchliche) Schulträger gibt, werden trotz Wartefrist Schulen gegründet; außerdem kann ein Träger, der wegen der Wartefrist nicht zur Genehmigung kommt, eine Kausalität von Wartefrist und Sperrwirkung kaum beweisen.

Das Bundesverfassungsgericht schlägt damit eine gewaltsame Bresche in die verfassungsrechtliche Förderungspflicht, „wenn nur eine absehbare und vorübergehende Zeit zu überbrücken ist“<sup>42</sup>. Für diesen Zeitraum dürfen die Eltern beliebig belastet werden; das Sondereungsverbot ist damit zeitweilig während der Genehmigungszeit aufgehoben; dies ist vom „Kammerbeschluss“ wie vom VGH Baden-Württemberg<sup>43</sup> so gesehen und auf die gesamte Betriebszeit erweitert worden (s.u.).

Die Wartefrist wurde von den Landesgesetzgebern sofort umgesetzt und in der Zwischenzeit im Rahmen von Sparmaßnahmen vielfach verlängert<sup>44</sup>.

### 3 Die Minimierung der Förderpflicht über die Wartefrist hinaus

Der „Kammerbeschluss“ 1997 hatte sich mit der Vorlage des VG Sigmaringen zu befassen. Dieses war der begründeten Auffassung, dass die berufsbildenden Ersatzschulen in Baden-Württemberg unzureichend und deutlich schlechter gefördert werden als die allgemeinbildenden. Dies war auch die Meinung der Regierung, doch glaubte diese, sie könne mangels öffentlicher Mittel die Finanzhilfe nur langfristig und stufenweise anheben. Termine gab sie nicht an<sup>45</sup>. Die 1. Kammer des Bundesverfassungsgerichts hat der Vorlage nicht stattgegeben, obwohl die Ungleichbehandlung klar nachgewiesen war, die Finanzhilfe bei nur 60% der maßgeblichen Kosten eines entsprechenden staatlichen Schülers lag und ein Fall falscher Prioritätensetzung des Landesgesetzgebers im Rahmen des Möglichkeitsvorbehalts gegeben war. Wie in der Wartefrist-Entscheidung vermied die Kammer eine systemgerechte Prüfung. Dafür beanstandete sie, dass das VG den Sachverhalt nur ungenügend erhoben habe<sup>46</sup>, und zieh das VG herb, aber zu

<sup>40</sup> BVerfGE 90, 107 ff. (unter B I 3 d aa).

<sup>41</sup> BVerfGE 90, 107 ff. (unter B I 3 d).

<sup>42</sup> BVerfGE 90, 107 ff. (unter B I 3 d aa).

<sup>43</sup> VGH Baden-Württemberg v. 12.1.2000 (SPE n.F. 236, S. 157 ff.). Der klagenden Ersatzschule wird eine unzulängliche Finanzhilfe zugemutet, weil der Landesgesetzgeber 1989 die Absicht bekundet habe, die Finanzhilfe zu erhöhen. Der unzulängliche, ab 1995 sogar verfassungswidrige Zustand bestand von ca. 1989 bis 2004! Kritisch dazu Vogel, J.P., Unzulänglich und doch verfassungskonform? in: RuS 2/2000, S. 5 ff. m.w.N.

<sup>44</sup> Nur NRW hat keine Wartefrist eingeführt.

<sup>45</sup> BVerfG (1997) SPE n.F. 236, S. 133 (unter A III).

<sup>46</sup> BVerfG (1997) SPE n.F. 236, S. 133 (unter B II 1).

Unrecht, eines falschen Verständnisses der Finanzhilfe-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>47</sup>.

Was sie dann als richtiges Verständnis ausgibt, schließt zwar an die Wartefrist-Entscheidung an, weicht aber erheblich von der Finanzhilfe-Entscheidung ab.

a) Im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums dürfe der Landesgesetzgeber erwarten, dass der Schulträger die zusätzliche Eigenleistung neben dem Schulgeld, die er in der Wartefrist-Entscheidung nur in einer der Genehmigung folgenden, allerdings zeitlich nicht begrenzten Phase aufzubringen hatte, nun während der gesamten Betriebszeit erbringt<sup>48</sup>. Das entspreche dem herkömmlichen Bild der Privatschule<sup>49</sup>. Die insoweit von der Kammer gemachten konkreten Vorschläge folgen dem Satz „iudex non calculat“ und sind ökonomisch eher kurios: die Eigenleistung solle sich aus Spenden, Krediten und Zuschüssen von „die Schule in einem weiteren Sinne tragenden finanzstarken Kräften“ speisen. Die Schule fülle einen ihr eingeräumten Freiheitsraum in eigener Initiative aus; sie müsse die damit verbundenen Risiken in Kauf nehmen. Die für die Begründung einer Wartezeit unspezifisch weit gefassten Begriffe des „herkömmlichen Bildes“ und der den eigenen Bildungsinteressen entsprechenden Eigenleistung werden zu Hauptargumenten für eine zusätzliche dritte Quelle der Finanzierung während der ganzen Betriebszeit<sup>50</sup>. Nicht mehr nur die Gründungseltern, sondern alle Eltern werden weit über das Schulgeld hinaus belastet. Darüber geraten wesentliche Elemente der Finanzhilfe-Entscheidung aus dem Blick, die ja in der Tat keine Elemente der herkömmlichen Schule, also der Privatschule des Kaiserreichs und der Weimarer Republik waren: Die Miterfüllung der öffentlichen Aufgabe der Verwirklichung der Schulvielfalt, die Tatsache, dass gerade der eigene Gestaltungswille des Schulträgers zur Schulvielfalt – den Existenzgrund der Privatschulgarantie<sup>51</sup> – beiträgt, das gegen die klare Vorschrift des GG de facto permanent aufgehobene Sondersonderverbot und die generelle Unmöglichkeit, die Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen.

b) Die geminderte Finanzhilfe sei auch deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber immerhin die Absicht einer stufenweisen Anhebung der Finanzhilfe bekundet habe, dabei aber die Freiheit habe, „die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel für andere wichtige Gemeinschaftsbelange einzusetzen“<sup>52</sup>. Aus einer mit Verfassungsrang ausgestatteten Förderpflicht wird eine nach dem Gesichtspunkt der Opportunität zu gewährende Subvention, und es wird hingenommen, dass die Finanzhilfe über eine unbestimmte jahrelange Zeit grob ungenügend bis verfassungswidrig zu niedrig bleibt, während sich die Ausgaben für die staatlichen Schulen unabhängig davon entwickeln.

## 4 Der Landeskinderklausel-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

1. Landeskinderklauseln sind landesgesetzliche Beschränkungen der öffentlichen Finanzhilfe auf Landeskinder und der Ausschluss von Nicht-Landeskindern, die eine Ersatzschule des Landes besuchen, von der Finanzhilfe. Gesetzlich vorgesehen sind sie in Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein<sup>53</sup>. In Bremen gibt es die Landeskinderklauseln schon seit 1984; sie hatte

<sup>47</sup> BVerfG (1997) SPE n.F. 236, S. 133 (unter B II 2).

<sup>48</sup> BVerfG (1997) SPE n.F. 236, S. 133 (unter B II 2 a aa).

<sup>49</sup> Kritisch dazu *Vogel, J.P.*, Das „herkömmliche Bild der Privatschule“, in: RdJB 1998, S. 206 ff.; auch VGH Baden-Württemberg vom 12.1.2000 (Anm. 43); *Jach*, a.a.O. (Anm. 10), S. 81 ff.; *Niehues*, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 297 ff.; *Hufen*, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 22.

<sup>50</sup> BVerfG (1997) SPE n.F. 236, S. 133 (unter B II 2 a aa und 2 b aa).

<sup>51</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 c).

<sup>52</sup> BVerfG (1997) SPE n.F. 236, S. 133 (unter B II 2 a bb).

<sup>53</sup> § 17 PSchG HB 1984, 1990, 1999; §§ 15 (7) HmbSfTG 2001, 21 (6) 1989, 1996; § 63 (6) SchG SH 1994, 1998.

aber keine Auswirkung, weil Niedersachsen seit 1985 einen Ausgleichsbetrag für die niedersächsischen Schüler an Bremen zahlte. 1995 kündigte Niedersachsen diese Vereinbarung, 1996 trat eine neue in Kraft<sup>54</sup>, die vorsieht, dass für niedersächsische Schüler an Staatsschulen weiterhin ein Ausgleich gezahlt wird, für Schüler an Ersatzschulen aber nur noch dann, wenn sie bis zum 15. Oktober 1996 aufgenommen wurden oder wenn es sich um Geschwisterkinder handelt. Dagegen klagten 1994/1995 zwei bremische Ersatzschulen (auch in Hamburg und Schleswig-Holstein sind Klagen anhängig, ruhten aber mit Rücksicht auf das bremische Musterverfahren). Dank der Dauer des Verfahrens gibt es inzwischen an bremischen Ersatzschulen so gut wie keine niedersächsischen Schüler mehr.

2. Auf die Klage (Feststellung, dass die Finanzhilfe für alle Schüler weiterhin gezahlt wird) erarbeitete das VG Bremen einen umfassenden Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht, weil es (mit der herrschenden Meinung<sup>55</sup>) der Auffassung war, die Landeskinderklauseln sei verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht lehnte dies ab, aus folgenden Gründen:

- Der Landesgesetzgeber habe hinsichtlich der Finanzhilfegestaltung einen erheblichen Spielraum. Die Schutzpflicht des Staates nach Art. 7 (4) GG träte erst bei evidenter Gefährdung der Institution Ersatzschule ein. Diese Gefährdung läge nicht vor; die klagenden Schulen hätten jetzt mehr Schüler als 1995.
- Einen Bestandsschutz der Einzelschule gäbe es nicht; er träte auch nicht ein, wenn sich Bedingungen für den Betrieb änderten oder die Schule nicht mehr angenommen werde.
- Im Übrigen stehe die Förderpflicht unter dem Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden könne. Der Gesetzgeber müsse Prioritäten setzen.
- Der Gleichheitssatz des Art. 3 (1) GG sei ebenfalls nicht verletzt. Zwar würden die Ersatzschulen untereinander unterschiedlich – je nach Zahl der beschulten Landeskinder – behandelt, doch sei dies gerechtfertigt dadurch, dass einerseits der Staat seine Mittel auf Landeskinder konzentrieren dürfe, und dass andererseits Ersatzschulen je nach Beschulung von Landeskindern den Staat unterschiedlich entlasten.
- Gegenüber staatlichen Schulen, die niedersächsische Kinder ohne finanziellen Ausfall aufnehmen könnten, seien Ersatzschulen ebenfalls nicht benachteiligt, weil ein Wettbewerbsnachteil nicht nachgewiesen sei; niedersächsische Kinder, die bremische Staatsschulen besuchten, seien andere als die, die bremische Ersatzschulen besuchen würden. Dasselbe gelte für die Gesichtspunkte der freien Schülerwahl der Ersatzschulen und der freien Schulwahl der Eltern.

Bemerkenswert ist, dass das Gericht weitere Argumente des vorlegenden Gerichts und der herrschenden Meinung sowie des Stellung nehmenden Bundesverwaltungsgericht nicht behandelt:

- Das Verfassungsprinzip der Schulvielfalt wird nicht berücksichtigt (dass also die Ersatzschulgarantie nach Art. 7 (4) GG der Verwirklichung von Vielfalt dient, nicht aber der Entlastung der Staatsschule<sup>56</sup>), ebenso wenig die Tatsache, dass die Ersatzschulgenehmigung unabhängig von der Herkunft der Schüler zu erteilen ist, und die Ersatzschule deshalb zu

<sup>54</sup> BremAmtsBl. 1996, S. 640 (vgl. Hamburg/Niedersachsen 1995 – BEFT Nr. 40,6, S. 151; Hamburg/Schleswig-Holstein 1991 – BEFT 40,6 S. 153 ff.; 1996 – BEFT 40,6 S. 155 (auch für Ersatzschulen).

<sup>55</sup> Vorlagebeschluss VG Bremen: *Jach F.R.*: Die Zulässigkeit der Landeskinderklausel im Privatschulrecht. DÖV 1995, S. 925 ff.; *Niehues* a.a.O. (Anm. 6), Rn. 289.

<sup>56</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 c).

fördern ist, weil sie nicht mehr in der Lage ist, aus eigener Kraft gleichzeitig und dauerhaft die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 (4) Sätze 3+4 GG zu erfüllen.

- Ferner wird Art. 33 (1) GG nicht gewürdigt, wonach jeder Deutsche in jedem Bundesland gleiche staatsbürgerliche Rechte und Pflichten hat, und entsprechend die Bundesländer untereinander bzw. mit dem Bund bei der Ermöglichung der Wahrnehmung der Grundrechte durch die Bürger zusammen zu wirken haben. Bremen hätte also seinen Schulträgern nicht entgegen halten dürfen, Niedersachsen halte sich nicht an seine Pflichten<sup>57</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht ist sogar der Auffassung, Niedersachsen hätte seine Beteiligung nicht verweigern dürfen<sup>58</sup>.

3. Auch dieser Beschluss steht im Trend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in dem keine Klage gegen Kürzungen der Finanzhilfe mehr zum Erfolg geführt hat<sup>59</sup>. Gleichwohl sind die benutzten Argumente nicht überzeugend:

3.1. Die „Gefährdung der Institution Ersatzschule“ steigt zum Leitsatz auf und gerinnt zur Leerformel etwa des Inhalts: Der Landesgesetzgeber kann die Förderpflicht regeln, wie er will, solange die Institution Ersatzschule nicht gefährdet ist<sup>60</sup>. Offenbar besteht die Gefährdung nicht mehr auf Grund der Tatsache, dass Schulträger generell die Genehmigungsvoraussetzungen nicht mehr dauerhaft aus eigener Kraft erfüllen können, sondern bemisst sich abstrakt rein quantitativ danach, ob bereits Schulen von der Schließung bedroht sind oder geschlossen haben. In dieser Form ist die Gefährdung der Institution begrifflich eine GummIWand.

Die Ersatzschulen sind keine organisierte Einheit wie die staatlichen Schulen, wo zutreffend von einem Schulwesen gesprochen werden kann; es handelt sich um sehr unterschiedliche Individualitäten, die dem Gründungsakt von Bürgern entspringen. Ein „Ersatzschulwesen“ gibt es nicht; von einer „Institution“ lässt sich deshalb nicht reden. Infolgedessen ist völlig ungeklärt, wann eine Gefährdung der Institution vorliegt – ist eine Schultat oder ein regionaler Bereich gemeint, wie viele Schulen müssen in welcher Weise gefährdet oder eingegangen sein?

Die Gefährdung wird zudem von den Schulverwaltungen geflissentlich nicht geprüft, denn dabei würde sich herausstellen, dass ein großer Teil der Schulen heute schon mit zu hohen Schulgeldern und zu niedriger Bezahlung der Lehrkräfte hart an der Grenze der Genehmigungsvoraussetzungen oder sogar jenseits leben. Für die Bemessung des Beitrags der Eltern ist schließlich noch eine Hintertür eingebaut: mit dem „Bildungsengagement der Eltern“, das den Eltern zur Finanzierung der Schule neben dem zulässigen Schulgeld mindestens während der Wartezeiten, nach dem Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts auch für die ganze Betriebszeit auferlegt wird, hat sich eine Verunklarung des Sonderungsverbots entwickelt, die die Prüfung dieser Genehmigungsvoraussetzungen sehr offen gestaltet.

<sup>57</sup> Jach, a.a.O. (Anm. 55), Niehues, a.a.O. (Anm. 55).

<sup>58</sup> BVerwG, zitiert in BVerfG vom 23.11.2004 (s. Anm. 1), unter A III 3.

<sup>59</sup> Dazu Vogel, J.P., Sind Finanzhilfefprozesse noch zu gewinnen?, in: RuS 1/2002, S. 2 ff.

<sup>60</sup> So stellt LVerfG Mecklenburg-Vorpommern vom 18.9.2001 (RuS 4/2001, S. 5 ff. = SPE 3.F. Nr.236, S. 30 ff.) fest, dass auch einseitige Kürzungen der Finanzhilfe (also ohne Kürzung auch des staatlichen Schulhaushalts) möglich seien, solange die Institution nicht gefährdet sei. Diese Gefährdung sei zudem nicht flächendeckend nachgewiesen (unter C II 4). VfGH Sachsen vom 26.10.1996 (RuS 1/1997, S. 5 ff. = SPE n.F. Nr. 236, S. 126 ff.) decouvriert seine fragwürdige Argumentation durch die Bemerkung, dass bei 100prozentiger Förderung (die niemand verlangt hat) eine „Verdrängung der staatlichen Schule denkbar“ wäre (unter C II 4)!

In ihrer Abstraktheit ist die „Gefährdung der Institution“ nicht mehr verfassungsrechtlich zu handhaben. Sie wird zum Joker, mit dem jede Überprüfung der Förderpflicht gestochen werden kann.

3.2. Die bereits in der Wartefristentscheidung im Zusammenhang mit dem weiten Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers entwickelte „effektive Verwendung öffentlicher Mittel“ kehrt in Gestalt der „Mittelkonzentration“ auf die Landeskinder wieder. Sie wird zur Begründung der unterschiedlichen Behandlung von Landeskindern und anderen Schülern. Freilich verstößt diese Differenzierung gegen den Grundsatz, dass Differenzierungen über die Genehmigungsvoraussetzungen hinaus der verfassungsrechtlichen Begründung der Förderpflicht widersprechen. Das Wohnortkriterium ist keine Genehmigungsvoraussetzung; selbst eine Ersatzschule, die ausschließlich von Nicht-Landeskindern besucht würde, müsste die Ersatzschulgenehmigung erhalten. Als Ersatzschule müsste sie der Förderpflicht unterliegen und, weil sie die Genehmigungsvoraussetzungen nicht aus eigener Kraft erfüllen könnte, Finanzhilfe erhalten.

Ein zweiter Gesichtspunkt ist der, dass eine Finanzhilfe, die sich an den Zwecken des Staates orientiert, hier: die „Mittelkonzentration“ auf Landeskinder, einer staatlichen Lenkung der Ersatzschulen über die Genehmigungsvoraussetzungen hinaus, d.h. einer Bedürfnisprüfung gleichkommt. Eine Ersatzschule erfüllt demnach ein staatliches Bedürfnis nur, soweit sie von Landeskindern besucht wird. Das Gegenargument, die Aufnahme von Nicht-Landeskindern werde nicht verboten, ist scheinheilig, denn Schüler, für die keine Finanzhilfe gezahlt wird, können aus ökonomischen Gründen nicht aufgenommen werden, weil deren Schulgeld weit jenseits des Sonderungsverbotes läge<sup>61</sup>. Eine solche Bedürfnisprüfung ist aber verfassungsrechtlich nicht zu halten<sup>62</sup>. Dies hat das Bundesverfassungsgericht übersehen. Der Landesgesetzgeber durfte eine solche Differenzierung nicht vornehmen. Allenfalls könnte diese Differenzierung im Rahmen einer die verfassungsrechtliche Förderpflicht überschreitenden Finanzhilfe berücksichtigt werden. Von einer solchen Überschreitung ist aber Bremen als eines der am wenigsten Finanzhilfe zahlenden Länder weit entfernt.

In die gleiche Richtung geht auch das Argument, Schulen entlasteten den Staat nur in dem Maße, wie sie Landeskinder beschulen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob Ersatzschulen „dem Staat eigene Aufwendungen ersparen und so die öffentlichen Haushalte entlasten“. Jedenfalls fände die verfassungsrechtliche Förderpflicht ihre Rechtfertigung „nicht vorrangig in einer Art Aufwundersatz für die Wahrnehmung staatlicher (hoheitlicher) Aufgaben, sondern in der Förderung eigenverantwortlicher Miterfüllung der ... der Privatinitiative überlassenen allgemeinen (öffentlichen) Bildungsaufgaben“<sup>63</sup>. Dies ist eine klare Position gegenüber der früheren Finanzhilfe-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die den Finanzhilfeanspruch mit der Entlastung durch die Ersatzschulen begründete<sup>64</sup>. Wenn die Förderpflicht nicht vorrangig Aufwundersatz für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben ist, kommt der Entlastung keine entscheidende Bedeutung zu<sup>65</sup>; ähnlich wie schon die Landeskinderklauseln könnte sie allenfalls Differenzierungsmerkmal für eine Finanzhilfe oberhalb der verfassungsrechtlichen Förderpflicht sein.

<sup>61</sup> So BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 b) für den Fall, dass keine Förderpflicht bestünde.

<sup>62</sup> So schon *Heckel, H.*, Deutsches Privatschulrecht. Berlin/Köln 1955, S. 231 f., und *Müller, F.*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, Berlin 2. Aufl. 1981, S. 54; *Avenarius, H./Heckel, H.*, Schulrechtskunde, Neuwied 7. Aufl. 2000, S. 204.

<sup>63</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 c).

<sup>64</sup> BVerwGE 23, 347 ff.; Buchholz 11 zu Art. 7 (4) Nr. 8; *Buchholz* a.a.O. Nr. 15.

<sup>65</sup> *Müller/Pieroth/Fohmann*, a.a.O. (Anm. 26), S. 254 f.; *Jeand'Heur*, a.a.O. (Anm. 6), S. 52.

3.3. Erstaunlich ist, dass das Bundesverfassungsgericht stillschweigend über die Rechte des Bürgers aus Art. 33 (1) GG und über die dazu erforderliche Zusammenarbeit der Länder hinweggeht. Wenn die Landeskinderklauseln verfassungskonform sein sollen, müsste das Bundesverfassungsgericht etwas zu den Folgen sagen: Wer soll die Förderpflicht für die jeweiligen Nicht-Landeskinder an den Ersatzschulen des Landes übernehmen? Sollten die jeweiligen Herkunftsländer gemeint sein, welchen Anspruch hätte dann eine Ersatzschule gegen diese? Bisher ist einziger Verpflichteter das Sitzland; ein Anspruch gegen Herkunftsländer gibt es bisher nicht. Man stelle sich vor, eine Internatsschule müsste sich mit 15 deutschen (und wer weiß wie vielen ausländischen) Ländern auseinandersetzen ... Wird ein Land mit Landeskinderklauseln überhaupt Interesse an der Beschulung ausländischer Schüler haben?<sup>66</sup> Allein der bürokratische Aufwand, aber auch die Ohnmacht einer einzelnen Schule gegenüber einer fremden Landesverwaltung demonstrieren: Die Zulassung von Landeskinderklauseln gebiert einen Rattenschwanz von Absurditäten, und wenn die Einsparungen durch Landeskinderklauseln so attraktiv wie die durch Wartefristen sind, wird dieser Zustand bald in vielen Bundesländern herrschen.

Das Bundesverwaltungsgericht vertrat in seiner Stellungnahme zum Vorlagebeschluss des VG Bremen den Standpunkt, dass der Ersatzschule gegenüber das Sitzland sich nicht auf eine Zahlungsverweigerung des Herkunftslandes berufen könne, das Herkunftsland eine Erstattung gegenüber dem Sitzland nicht verweigern dürfe. „Die Garantie der Gründungs-, Wahl- und Besuchsfreiheit für Schulen in freier Trägerschaft ist nach Art. 7 (4) GG ohne Vorbehalt gesamtstaatlich garantiert und kann daher durch den Landesgesetzgeber nicht eingeschränkt werden“. Die Bundesländer sind im Rahmen ihrer Verpflichtung zu bundestreuem Verhalten ggf. zu gemeinsamem Handeln verpflichtet, um die Garantien des Art. 7 (4) GG für jeden Bürger zu sichern<sup>67</sup>.

Dieses Problem hätte vom Bundesverfassungsgericht behandelt werden müssen; in einer entscheidenden Frage bleiben die Ersatzschulen, wenn ihnen schon die Landeskinderklauseln aufgedrängt wird, ohne Rechtsschutz.

## 5 Der Zerfall der Förderpflicht unter der Suggestion leerer Kassen

Dass ein Gericht aus besserer Rechtserkenntnis seine Rechtsprechung ändern möchte, ist eine Möglichkeit unserer Rechtsordnung. Im Falle der verfassungsrechtlichen Förderpflicht gegenüber Ersatzschulen ist aber keine neue Rechtserkenntnis eingetreten. Rechtssystematisch hätte eine Wartefrist, wenn sie denn in den tatsächlichen Verhältnissen einen Anlass gehabt hätte (z.B. verbreitet und überproportional Schließungen von Schulen während der ersten fünf Jahre ihrer Existenz), mit einer Nachzahlung der zurückgehaltenen Finanzhilfe eingeführt werden können. Die auf der Basis des Finanzhilfeurteils sorgfältig argumentierenden Vorlagebeschlüsse, die zu den Entscheidungen der Kammer und in der Landeskinderklauseln-Sache führten, hätten nicht abgewiesen werden dürfen; denn im ersten Fall hat der VGH Baden-Württemberg hinterher festgestellt, dass die Finanzhilfe, wie vom vorlegenden VG Sigmaringen behauptet, verfassungswidrig zu niedrig war<sup>68</sup>; im zweiten Fall hatte rechtssystematisch die Landeskinder-

<sup>66</sup> Eine Internats-Ersatzschule in Schleswig-Holstein erhält Finanzhilfe für Landeskinder, Hamburger und (obwohl von dort keine Ausgleichszahlung kommt) ausländische Schüler, für die übrigen deutschen aber nicht. Eine früher klare Regelung zerfällt in casuale Einzelvergünstigungen.

<sup>67</sup> *Jach*, a.a.O. (Anm. 55); *Niehues*, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 289 m.w.N. So auch der Vorlagebeschluss des VG Bremen, S. 66 ff.

<sup>68</sup> Bestätigt durch VGH Baden-Württemberg vom 12.1.2000 (unter C V vor 1.).

klauseln keine Chance. Mit den Entscheidungen und den die Rechtssystematik umgehenden Argumentationen ist die Begründung der Förderpflicht weitgehend unterlaufen worden<sup>69</sup>.

Wollte man das entstandene Trümmerfeld ordnen, ergäbe sich folgendes<sup>70</sup>:

- Es gibt eine verfassungsgestützte Förderpflicht gegenüber allen Ersatzschulen aus Art. 7 (4) GG. Sie ist ein Beitrag zur Finanzierung des „Existenzminimums“. Für die Gestaltung der Förderpflicht hat der Landesgesetzgeber einen weiten Spielraum.
- Im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums kann der Landesgesetzgeber bei der Festlegung der Höhe der Förderung berücksichtigen, dass der Schulträger eine Eigenleistung zu erbringen hat, die dem „herkömmlichen Bild der Privatschule“ und der Tatsache entspricht, dass zur eigenen Initiative und zu eigenen Bildungszwecken auch eine eigene Finanzierung gehört.
- Im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums kann der Landesgesetzgeber „vorübergehend“, insbesondere zu Anfang der genehmigten Betriebszeit („Wartefrist“), aber auch später („Überbrückung“) die Förderung suspendieren oder ungenügend belassen, wenn nur mindestens die behauptete Absicht besteht, die Förderung wieder auf einen ausreichenden Stand zu bringen.
- Im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums darf der Landesgesetzgeber bei der Bemessung der Förderung Prioritäten für die Verwendung seiner Mittel setzen und beliebige andere Belange berücksichtigen („Vorbehalt des von der Gesellschaft vernünftigerweise zu Erwartenden“). Weiter darf er eine „Bedürfnisprüfung“ vornehmen unter dem Gesichtspunkt, wie er seine öffentlichen Mittel im Sinne seiner Schulpolitik am effektivsten einsetzt, auch wenn dabei die freie Schulwahl der Eltern und die freie Schülerwahl der Ersatzschulen eingeschränkt wird.
- Es ist dem Schulträger freigestellt, zur Finanzierung der Schule von den Eltern neben dem wegen des Sonderungsverbots begrenzten Schulgeld einen unbegrenzten „Beitrag zur Eigenleistung“ zu erheben.
- Der weite Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers wird begrenzt im Falle der Wartezeit dadurch, dass für Neugründungen keine generelle „Errichtungssperre“, im Falle der Überbrückung keine „Gefährdung der Institution Ersatzschule“ eintreten darf.
- Der Schulträger hat keinen subjektiven Anspruch auf die verfassungsgestützte Förderung; er kann aber gerichtlich das Vorliegen einer Verfassungswidrigkeit durch grobe Vernachlässigung oder ersatzlosen Abbau der Förderung überprüfen lassen. Dabei trifft ihn der Nachweis, dass eine generelle Errichtungssperre oder eine generelle Gefährdung der Institution Ersatzschule vorliegt.

Vergleicht man diesen Befund mit dem Gedankengang der Finanzhilfe-Entscheidung (s.o. I.), liegt auf der Hand, dass hier nicht eine aus der Finanzhilfe-Entscheidung rechtssystematisch gewonnene Weiterentwicklung stattgefunden hat, sondern eine fallbezogene Rücknahme der Finanzhilfe-Entscheidung unter dem Gesichtspunkt, die Länder vor Geldforderungen zu schützen. Das zeigt sich sowohl in der Unsystematik der Argumentation als auch darin, dass die un-

<sup>69</sup> Nachgetragen sei hier, dass in BVerfGE 90, 107 ff. (unter B II 1) und 128 ff. (unter I) eine vertiefte Definition des Ersatzschulbegriffes vorgenommen wird (Waldorfschule als Ersatzschule).

<sup>70</sup> Alle im Folgenden in Parenthese gesetzten Begriffe entziehen sich in ihrer Unbestimmtheit der Definition und neigen zu beliebiger Interpretation, jedenfalls in der Form, wie sie das Bundesverfassungsgericht inzwischen verwendet!

abhängige Rechtsliteratur diese Rechtsprechung in keiner Weise mitträgt, eine Auseinandersetzung mit ihr vom Bundesverfassungsgericht auch gar nicht versucht wird. Alle die Förderung ursprünglich sinnvoll begrenzenden Begriffe wie „Gefährdung der Institution Ersatzschule“, der Möglichkeitsvorbehalt, das „Existenzminimum“ und vor allem der „weite Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers“ haben sich aus ihrer definierten Bedeutung gelöst und werden mit veränderter Bedeutung weiterverwendet, als seien sie noch die alten und als gäbe es eine systematische Kontinuität der Rechtsprechung. Neu eingeführte Begriffe wie „effektive Verwendung der Mittel“, „hergebrachtes Bild der Privatschule“, „Unternehmerrisiko“ machen die Ersatzschulen wieder zu privaten, eigensinnigen Anhängseln der staatlichen Schule; der Gedanke der Schulvielfalt<sup>71</sup> – dass der Staat ggf. den Pluralismus der Ersatzschulen gegen sich selbst garantieren müsse<sup>72</sup> – ist verdrängt. Ein stringentes, in sich stimmiges Gedankengebäude auf der Basis des Art. 7 (4) GG hat sich zu einem unkalkulierbaren Zufallsprodukt gewandelt. Entstanden ist eine beträchtliche Rechtsunsicherheit und Schutzlosigkeit der Ersatzschulen.

Für kurze Zeit – noch ohne den Druck der knappen Mittel – leuchtete ein neues, aus dem Grundgesetz entwickeltes und ihm angemessenes Verständnis von freier Schule und von einer neuen Verfassung des Schulwesens insgesamt – der Schule in der Bürgergesellschaft<sup>73</sup> – auf; inzwischen hat das herkömmliche Bild von Schule im Bundesverfassungsgericht noch einmal Oberhand gewonnen. Aber die Finanzhilfe-Entscheidung 1987 ist da und kann als Anknüpfungspunkt für eine spätere, hoffentlich wieder rechtssystematisch orientierte Rechtsprechung dienen. Lange wird der Spagat zwischen fortschreitender Schulrechtswissenschaft und einer der Suggestion leerer Kassen geneigten Rechtsprechung nicht mehr aufrecht zu halten sein.

*Verf.: Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Am Schlachtensee 2, 14163 Berlin*

<sup>71</sup> Näheres bei *Jach, F.-R.*, Schulvielfalt als Verfassungsgebot, Berlin 1991.

<sup>72</sup> BVerfGE 75, 40 ff. (unter C II 2 c).

<sup>73</sup> Dazu *Jach, F.-R.*, Schulverfassung und Bürgergesellschaft in Europa, Berlin 1999.