

**Prof. Dr. Friedhelm Hufen**  
**Johannes Gutenberg -Universität Mainz**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
Staats- und Verwaltungsrecht

**Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung  
von Schulen in freier Trägerschaft.**

**Unter besonderer Berücksichtigung der Lage in Baden-Württemberg.**

**Rechtsgutachten**

**erstattet im Auftrag  
der Software AG Stiftung (Darmstadt)**

## Inhaltsübersicht

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. Einleitung – Problemstellung</b> .....  | <b>3</b>  |
| 1. Die aktuelle Entwicklung der Finanzierung Freier Schulen .....   | 3         |
| 2. Tatsächliche Folgen .....  | 4         |
| 3. Trendwende in der Rechtsprechung? .....  | 5         |
| 4. Problemstellung aus verfassungsrechtlicher Sicht .....   | 6         |
| 5. Thematische Eingrenzung .....  | 6         |
| 6. Aufbau der Untersuchung .....  | 7         |
| <br>  |           |
| <b>II. Verfassungsrechtlicher Rahmen: Der Schutzbereich von Art. 7 Abs. 4 GG</b> .....  | <b>7</b>  |
| 1. Übersicht über die Rechtsprechung .....  | 7         |
| 2. Gründungsfreiheit .....  | 10        |
| 3. Schulvielfalt und Wahlfreiheit .....   | 14        |
| 4. Schutz der Institution .....   | 20        |
| 5. Objektive Schutzpflicht .....  | 22        |
| 6. Verhältnis von individueller und institutioneller Bedeutung des Grundrechts .....  | 23        |
| 7. Grundrechtsschutz durch Verfahren .....  | 24        |
| 8. Gleichbehandlung mit staatlichen Schulen .....   | 25        |
| 9. Gleichbehandlung der Freien Schulen untereinander .....  | 26        |
| <br>  |           |
| <b>III. Eingriffe in Grundrechtspositionen</b> .....  | <b>27</b> |
| 1. Allgemeines .....  | 27        |
| 2. Eingriffe in die Gründungsfreiheit .....   | 29        |
| 3. Eingriffe in Schulvielfalt und Wahlfreiheit .....  | 32        |
| 4. Grundrechtseingriffe durch nicht hinreichenden Ausgleich für Sonderungsverbot und andere Genehmigungsvoraussetzungen ..... | 32        |
| 5. Verletzung der institutionellen Garantie .....   | 33        |
| 6. Verletzung der objektiven Schutzpflicht .....  | 37        |
| 7. Konsequenzen für das Individualgrundrecht .....  | 38        |
| 8. Verletzung des Gleichheitsgebots in Bezug auf Öffentliche Schulen .....  | 41        |
| 9. Verletzung der Gleichbehandlungspflicht Freier Schulen untereinander .....   | 43        |
| <br>  |           |
| <b>IV. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung einzelner Rechtfertigungsversuche für Kürzungsmaßnahmen</b> .....               | <b>44</b> |
| 1. Allgemeines .....  | 43        |
| 2. Gesetzesvorbehalt .....  | 43        |
| 3. Finanzlage der Länder/Vorbehalt des Möglichen .....  | 44        |
| 4. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers .....   | 46        |
| 5. Nur institutionelle – nicht individuelle Garantie .....  | 50        |
| 6. Schutz des staatlichen Schulwesens .....   | 50        |
| 7. Erhöhte Eigenanteil für eigenes Profil? .....  | 51        |

|  |           |
|--|-----------|
| 8. Unternehmerisches Risiko.....   | 52        |
| 9. Dauerhafter Rückgriff auf eigene Mittel – herkömmliches Bild der Privatschulen..... | 53        |
| <b>V. Verfassungsrechtliche Zwischenbilanz: Ergebnisse in Thesen.....</b>              | <b>55</b> |
| <b>VI. Insbesondere: Die Lage in Baden-Württemberg.....</b>                            | <b>61</b> |

---

## **I. Einleitung – Problemstellung**

### **1. Die aktuelle Entwicklung der Finanzierung Freier Schulen**

In der Bundesrepublik Deutschland können Schulen in freier Trägerschaft („Privatschulen“) nicht ohne staatliche Förderung existieren. Sie erhalten daher durch die Landesgesetzgebung abgesicherte Zuschüsse, die im einzelnen variieren, aber zumeist aus Sonderzuschüssen und der Regelförderung bestehen. Für die Ersatzschulen – also solche freien Schulen, die inhaltlich einem öffentlichen Schultyp entsprechen - wird die Regelförderung zumeist in Prozentanteilen an den Kosten staatlicher Schulen bzw. Schüler ausgedrückt<sup>1</sup>.

Dieses größtenteils seit mehreren Jahrzehnten bestehende bewährte System der Förderung ist in der jüngeren Vergangenheit erkennbar unter Druck geraten. Unter Berufung auf notwendige Sparmaßnahmen in den Landeshaushalten wird die Ersatzschulfinanzierung in den meisten Bundesländer „überprüft“, wobei diese Überprüfung zumeist in Kürzungen der pauschalen Ansätze<sup>2</sup>, durch Stagnation der Zuschüsse trotz faktischer Kostensteigerung, durch sogenannte „Karenzzeiten“ bis zum Einsatz staatlicher Förderung bei Neugründungen ohne rückwirkende Ausgleichszahlungen und durch größte Zurückhaltung bei Investitionskosten und Baukostenzuschüssen besteht. Mittelbare Kürzungen entstehen dadurch, dass den öffentlichen Schulen Mittel entzogen werden, die dann über die Prozentzahlen bei den

---

<sup>1</sup> Übersicht dazu bei *J.-P. Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft (3. Aufl. 1997), 146 ff.; *Abgeordnetenhaus von Berlin, wissenschaftlicher Parlamentsdienst*, Gutachten über die Vereinbarkeit von geplanten Kürzungen der Zuschüsse für Privatschulen mit Art. 7 Abs. 4 des Grundgesetzes, Berlin 19.6.2002 (Umdruck), S. 8.

<sup>2</sup> So z.B. in Hessen von 85 % auf 80 %, in Berlin von 97 % auf 93 %, in Schleswig-Holstein von 85 % auf 80 %.

Schulen in freier Trägerschaft „durchschlagen“. Konkrete und akute Probleme können durch pauschale Haushaltssperren entstehen<sup>3</sup>.

Bei näherer Betrachtung stellt die Knappheit öffentlicher Haushaltsmittel nur die eine Seite der Begründung dar. Mehr oder weniger deutlich ausgesprochen wird auch der „Konkurrenzschutz“ öffentlicher Schulen im Zeichen zurückgehender Schülerzahlen, die durch die „PISA-Studie“ anscheinend ausgelöste Tendenz zur stärkeren Zentralisierung und das Bestreben nach oberflächlicher Leistungssteigerung im Schulwesen. Angestrebt werden vielfach auch Schulvielfalt und Profilbildung **innerhalb** des staatlichen Schulwesens („Binnenpluralität“), wodurch das **Gebot der „Außenpluralität“**, also Schulvielfalt durch möglichst viele und unterschiedliche Schulen in Freier Trägerschaft, für viele Bildungspolitiker in Vergessenheit zu geraten scheint. Das allgemeine Bestreben nach Pluralisierung, Privatisierung und Beendigung staatlicher Monopole schlägt so auf den Bildungsbereich nicht durch. Im Gegenteil: Das in Deutschland bestehende weitgehende Monopol des öffentlichen Schulwesens wird als kultureller und verfassungsrechtlicher „Normalzustand“ dargestellt und mit der staatlichen Verantwortung für eine Verbesserung und Verbreiterung des staatlichen Bildungsangebots begründet. Schulen in freier Trägerschaft werden vielfach nicht mehr als Garanten der Schulvielfalt und intensiver Bildungsangebote angesehen, sondern geraten als „Störenfriede“ zunehmend ins Visier selbst von „Bildungsreformern“.

## 2. Tatsächliche Folgen

Die negativen Folgen für die Schulen in freier Trägerschaft sind bereits jetzt erkennbar. Während es insgesamt einen ungebremsen Willen zur Neugründung solcher Schulen gibt und die Erfolge in Schülerzahlen, Schulvielfalt usw. erkennbar bleiben, sind Neugründungen ohne erheblichen Mitteleinsatz starker Schulträger (wie z.B. der Kirchen) oder ruinöse Investitionskosten und Risiken der „Gründungseltern“ kaum noch möglich. Unabhängig vom Schulgeld droht so die Gefahr, dass es entweder nicht zu Neugründungen kommt, oder dass die Schulen im Widerspruch zu Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zu „Schulen für Besserverdienende“ werden<sup>4</sup>. So tragen z.B. die Eltern der Schüler hessischer Waldorfschulen über das Schulgeld 26 % der

---

<sup>3</sup> Dazu bereits *Petermann*, Hauswirtschaftliche Sperre und Ersatzschulen, NWVBl. 1994, 368; Übersicht und Problemeinführung bei *Jach*, Die Existenzsicherung der Institution Ersatzschulwesen in Zeiten knapper Haushaltsmittel. Umfang und Grenzen der Finanzhilfepflicht des Staates vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG, in: FS *J. P. Vogel* (1998), 76ff.

<sup>4</sup> Vgl. den Bericht in der FAZ vom 16.3.2002, S. 4.

Betriebskosten. Nachweisbar sind erhebliche Diskrepanzen zwischen dem Einsatz staatlicher Mittel für „öffentliche Schüler“ im Vergleich zu Schülern an Freien Schulen<sup>5</sup>.

### 3. Trendwende in der Rechtsprechung?

Die geschilderte Entwicklung spielt sich vor dem Hintergrund einer immer mehr erkennbaren „Trendwende“ in der Rechtsprechung zur Privatschulfinanzierung ab<sup>6</sup>. Während bis in die Neunziger Jahre hinein die staatliche Förderung durch die Rechtsprechung des BVerfG und auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich abgesichert war, sind Tendenzen erkennbar, dass die Rechtsprechung kein wirksames Mittel mehr selbst gegen existenzgefährdende Kürzungen darstellt. So geraten die „privatschulfreundlichen“ früheren Urteile des BVerfG entweder in Vergessenheit, oder sie werden nur in solchen Passagen zur Kenntnis genommen und zitiert, aus denen sich eine Legitimation für die Versagung individueller Ansprüche zu ergeben scheint. Beliebte Formeln sind dabei:

- die Betonung der nur institutionellen, aber nicht individuellen Gewährleistung des Art. 7 Abs. 4 GG,
- die Reduzierung des verfassungsrechtlich Gebotenen auf ein fiktives „Existenzminimum“,
- die Betonung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers,
- sowie die Verweisung auf das „unternehmerische Risiko“ und die Möglichkeit, für Privatschulen „herkömmlicher Prägung“ zusätzliche Finanzmittel durch Spenden, Kredite oder den Einsatz mächtiger Trägergruppen zu gewinnen.

So sind in jüngerer Vergangenheit immer wieder Versuche gescheitert, eine Verbesserung der Situation auf gerichtlichem Wege zu erreichen<sup>7</sup>. Noch bedenklicher erscheint, dass die geschilderten Formeln mehr und mehr aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang gerissen werden und als beliebige „Kürzungsargumente“ in den entsprechenden Gesetzesbegründungen aufgegriffen werden.

---

<sup>5</sup> Dazu B.Hardorp, FAZ vom 15.6.2002.

<sup>6</sup> Einzelheiten unten II 1.

<sup>7</sup> Dazu nachdrücklich J.-P. Vogel, Sind Finanzhilfe-Prozesse freier Schulträger noch zu gewinnen? RuS 1/2002, 2.

#### 4. Problemstellung aus verfassungsrechtlicher Sicht

Vor dem geschilderten Hintergrund verfolgt das nachfolgende Rechtsgutachten folgende **Ziele:**

- **Es soll den verfassungsrechtlichen Rahmen der finanziellen Förderung Freier Schulen und damit auch die Grenzen der Unterfinanzierung Freier Schulen in Erinnerung rufen und die diesen verfassungsrechtlichen Rahmen prägenden Leiturteile des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vergegenwärtigen.**
- **Es wird die zitierten Begründungsmuster für Kürzungen aus verfassungsrechtlicher Sicht einer kritischen Würdigung unterziehen.**
- **Es ist zu fragen, ob und inwiefern Art. 7 IV GG neben seiner institutionellen bzw. objektivrechtlichen Funktion auch eine individuelle Gewährleistung enthält.**
- **Es soll untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen Unterfinanzierung einen Grundrechtseingriff darstellt.**

Als konkrete Probleme stellen sich neben den Kürzungen die Frage der Verfassungsmäßigkeit der „Wartefristen“ bis zum Einsetzen der Förderung, der verweigerten Investitionshilfen, der Pflicht zur Heranziehung anderer Finanzquellen und der Grenzen von Eigenleistungen außerhalb des eigentlichen Schulgelds<sup>8</sup>.

Als eine Art „Fallstudie“ wird sodann die Lage in Baden-Württemberg geprüft.

#### 5. Thematische Eingrenzung

Schon in der Vergangenheit wurde immer wieder deutlich, dass sich verfassungsrechtliche Aussagen zum Mindestbedarf und zu den Förderansprüchen ohne konkrete und fundierte Zahlen zu Einnahmen und Kosten nicht treffen lassen. Die vorliegende Untersuchung stellt deshalb erst den ersten Schritt eines übergreifenden Projekts dar, dessen zweiter Teil aus dem Gutachten von

---

<sup>8</sup> So zu den nach wie vor virulenten Problemen auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (3. Aufl. 2000), Rn. 285.

***Eisinger/Feldt/Wahrendorf/Ziehr/Unmüssig, Schülerkosten in Baden-Württemberg. Eine Untersuchung über allgemeinbildende Öffentliche Schulen im Jahr 2002 (Stuttgart 2004)***

**besteht.** Eine verfassungsrechtliche Untersuchung kann solches Zahlenwerk nicht liefern, muss es aber einbeziehen.

## **6. Aufbau der Untersuchung**

Der Aufbau der vorliegenden Untersuchung folgt dem aus der Grundrechtsdogmatik allgemein bekannten Schema: So sind in einem ersten Schritt der „Schutzbereich“ der in Betracht kommenden verfassungsrechtlicher Gewährleistungen, also insbesondere Art. 7 Abs. 4 und Art. 3 GG, auf der Basis der Rechtsprechung des BVerfG zu klären und die verschiedenen konkreten Gebote und andere normativen Aussagen in Erinnerung zu rufen, die das BVerfG insofern entwickelt hat (II). Im zweiten Schritt wird dann untersucht, welches aus grundrechtsdogmatischer Sicht die Folgen von Kürzungen ggf. auch Ungleichbehandlungen sind. Zu fragen ist insbesondere, ob und inwieweit es sich lediglich um die Rücknahme von Gewährleistungen oder um echte Eingriffe im grundrechtsdogmatischen Sinne handelt (III). Im dritten Hauptteil werden dann die ansatzweise zitierten Begründungsformeln zur Einschränkung untersucht und gefragt, ob diese Formeln Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen vermögen (IV). In einer Art Zwischenbilanz werden die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Finanzierung und Grenzen der Kürzungsmaßnahmen zusammengefasst (V). Die Untersuchung schließt mit einer Einzelfallstudie zum Land Baden-Württemberg, die auf dem Kostengutachten von *Eisinger* u.a. (2004) zu den vergleichbaren Kosten von Schülern an staatlichen Schulen aufbaut (VI).

## **II. Verfassungsrechtlicher Rahmen: der Schutzbereich von Art. 7 Abs. 4 GG**

### **1. Übersicht über die Rechtsprechung**

a) Das *BVerfG* hat schon früh eine staatliche Einstandspflicht für die Schulen in freier Trägerschaft bejaht. Sah es anfangs die Förderpflicht noch wegen der Entlastungsfunktion der

Freien Schulen für das öffentliche Schulwesen als gegeben an<sup>9</sup>, so treten spätestens mit der Entscheidung BVerfGE 75, 40ff. Aspekte wie der Bestand des Privatschulwesens selbst, die Schulvielfalt und die sozialstaatliche Funktion der Freien Schulen in den Mittelpunkt. Unterschiedlich war die Begründung des Gerichts im Hinblick auf institutionelle und individuelle Elemente der Grundrechtsgewährleistung. So stand in der Entscheidung BVerfGE 75, 40, 67f. eindeutig die **institutionelle** Komponente im Mittelpunkt<sup>10</sup>. Diese das Individuum vernachlässigende und nur den Bestand der Institution betonende Grundrechtssicht kommt seither in Formulierungen zum Ausdruck wie, der Staat sei im Rahmen von Art. 7 Abs. 4 GG für die Erhaltung der „Institution Ersatzschulwesen“ verantwortlich; erst dann bestehe eine Handlungspflicht, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre<sup>11</sup>; diese Handlungspflicht sei darauf begrenzt, das „Existenzminimum der Institution“ zu sichern<sup>12</sup> usf.

Auch in der bisher weitest gehenden Entscheidung zur Förderpflicht aus dem Jahre 1994<sup>13</sup> finden sich die immer wiederkehrenden Formulierungen über den „Schutz der Institution Ersatzschule“ und die Aussage, dass aus Art. 7 Abs. 4 GG vor allem eine objektive Förderpflicht folge. Auch betont das BVerfG die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Erfüllung der institutionellen Garantie. Daneben aber rekurriert das Gericht in bisher nicht wieder erreichter Deutlichkeit auch auf das Grundrecht als subjektives und individuelles Recht und betont, dass der subjektive **Anspruch auf Gründungsfreiheit und Schulvielfalt nicht leer laufen dürfe**<sup>14</sup>. So müsse der Staat verhindern, „*dass das Freiheitsrecht kaum noch wahrgenommen*“ werden könne. Insofern könne sich aus Art. 7 Abs. 4 GG über dessen Abwehrcharakter hinaus ein Anspruch auf staatliche Förderung ergeben. Hier geht das Gericht eindeutig nicht nur über den Abwehrcharakter des Grundrechts, sondern auch über dessen institutionelle Interpretation in der bisherigen Rechtsprechung hinaus und betont mehrfach den individualrechtlichen Anspruch der „Gründungseltern“. Die am gleichen Tag ergangene Entscheidung BVerfGE 90, 128, 141 stellt dann zwar wieder primär auf den objektiven bzw. institutionellen Gehalt der Förderpflicht ab, gibt einer entsprechenden Individualverfassungsbeschwerde aber immerhin insoweit statt, als der Staat nicht berechtigt

---

<sup>9</sup> BVerfGE 27, 195, 201.

<sup>10</sup> Wohl zurückgehend auf Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 96ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 75, 40, 67.

<sup>12</sup> Treffende Zusammenfassung bei Gröschner, in: Dreier, Kommentar zum GG I, 1996, Art. 7 Rn. 103f.; kritisch Denninger, in: Handbuch des Staatsrechts (HStR) Bd. V (1992), § 113, S. 318.

<sup>13</sup> BVerfGE 90, 107, 116.

<sup>14</sup> BVerfGE 90, 107, 114ff.

ist, Investitionshilfen in Gestalt von Baukostenzuschüssen vollends zu versagen. Dazu sei er jedenfalls im Rahmen der Regelbeihilfe verpflichtet.

In einer Entscheidung vom 4.3.1997<sup>15</sup> nimmt eine *Kammer* des Ersten Senats dann nicht nur die individualrechtliche Sichtweise deutlich zurück. Sie verschärft vielmehr auch die einschränkenden Tendenzen der institutionellen Interpretation. So gehöre es zum „herkömmlichen Bild“ der Ersatzschule, dass diese auf eigenes Vermögen der hinter ihr stehenden finanzstarken Kräfte, auf eigene Spender und die Aufnahme von Krediten verwiesen werden kann. Der Staat sei nicht verpflichtet, das Risiko des „Unternehmers“ zu übernehmen. Gegenüber der bisher konsistenten Rechtsprechung des Senats kann diese Entscheidung nur als „Ausreißer“ bezeichnet werden, der sich zum einen auf einen Einzelfall bezieht und zum anderen in der Literatur auf einhellige Kritik gestoßen ist (dazu unten S.51). Eine grundsätzliche „Trendwende“ kann in einer solchen Kammerentscheidung aber nicht gesehen werden. Es bleibt vielmehr abzuwarten, ob und wie sich der Erste Senat des BVerfG wiederum des Problems annehmen wird und ob die Rechtsprechung von 1990/1994 revidiert wird. Diese bleibt bis dahin auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit verbindlich.

b) Die Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* ist in sich uneinheitlich, kommt in der Gesamttendenz aber zu ähnlichen Ergebnissen. Während sie ursprünglich<sup>16</sup> individualrechtliche Leistungsansprüche wegen der „Entlastungsfunktion“ freier Schulen bejahte und als geradezu als Prototyp einer leistungsrechtlichen Umdeutung des Freiheitsrechtes gewertet werden konnte, hatte das Gericht schon 1984 diesen Anspruch der Höhe nach durch die Erhaltung der Institution Ersatzschulwesen begrenzt<sup>17</sup>. In der neuesten Entscheidung beruft sich das BVerwG ausschließlich auf die institutionelle Seite der Rechtsprechung des BVerfG zur Erhaltung des Ersatzschulwesens und nimmt einen Verfassungsverstoß erst dann an, wenn der Gesetzgeber die Pflicht zur Erhaltung des Ersatzschulwesens „gröblich vernachlässigt, weil bei weiterer Untätigkeit der Bestand des Ersatzschulwesens evident gefährdet wäre“<sup>18</sup>. Im Ergebnis wird hier also nur eine Minimalförderpflicht bei evidenter Existenzgefährdung des gesamten Ersatzschulwesens zugebilligt. Von subjektiven Förderansprüchen ist nicht mehr die Rede.

---

<sup>15</sup> RuS 1997, Heft 1 – hier zitiert nach JURIS Nr. KVRE 272709701.

<sup>16</sup> BVerwGE 23, 344, 347; 27, 360, 365.

<sup>17</sup> BVerwGE 70, 290, 292; dazu Denninger (Fn.12), S. 317; weitere Entscheidungen BVerwGE 74, 134, 136; 79, 154, 155.

<sup>18</sup> BVerwG, *Buchholz* 421, Kultur- und Schulwesen Nr. 128, hier zitiert nach JURIS Nr. WBRE 410008059.

c) Trotz teilweise deutlich „privatschulfreundlicher“ Garantien der entsprechenden Landesverfassungen findet sich auch in der jüngeren Rechtsprechung der *Landesverfassungsgerichtsbarkeit* kaum eine Abweichung von den bereits zitierten Formeln. So betont etwa der sächsische Verfassungsgerichtshof<sup>19</sup>, dass ein Entschädigungsanspruch nur dem Grunde nach, nicht aber der Höhe nach aus der sächsischen Verfassung folge. Die Grenze sei erst bei einer Existenzgefährdung der Institution Freie Schulen erreicht. Ähnlich betont auch das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern<sup>20</sup> die Sicherung der Freien Schulen als Institution, sieht aber immerhin noch das Gebot der Schulvielfalt.

d) In ähnlicher Weise rückt auch die Rechtsprechung der *Verwaltungsgerichtshöfe bzw. Oberverwaltungsgerichte der Länder* den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und die nur institutionelle Sichtweise in den Mittelpunkt<sup>21</sup>.

Insgesamt kann daher festgestellt werden, dass die Rechtsprechung derzeit wenig Anhaltspunkte für die Hoffnung bietet, die geschilderte Tendenz zur Kürzung sei auf dem Rechtsweg aufzuhalten. Im Gegenteil besteht die Gefahr, dass das BVerfG seine auch im übrigen erkennbare Tendenz zur Rücknahme von nicht klassischen Grundrechtspositionen auch insofern fortsetzen und die Zurückdrängung der Freien Schulen auf das „Existenzminimum“ verfassungsgerichtlich absegnen würde, käme es derzeit zu einem erneuten verfassungsgerichtlichen Rechtsstreit.

Deshalb kommt es im folgenden darauf an, sowohl die individualrechtliche Seite des Gewährleistungsanspruchs zu betonen, als auch die „institutionellen Leerformeln“ der Rechtsprechung kritisch auf den Prüfstand der Grundrechtsdogmatik zu stellen.

## 2. Gründungsfreiheit

### a) Der freiheitsrechtliche Ursprung des Grundrechts

---

<sup>19</sup> SächsVerfGH, DÖV 1997, 205.

<sup>20</sup> LVerfG MV, DVBl. 2001, 1753, 1756.

<sup>21</sup> Exemplarisch VGH Mannheim, RuS 2000, 1ff.; OVG Schleswig, 15.8.1997, JURIS Nr. MWRE 102869800; OVG Schleswig, NordÖR 2001, 303.

Betrachtet man die Rechtsprechung zur Gründungsfreiheit von Privatschulen, dann fällt auf, dass in der Regel ohne besondere Begründung sogleich die leistungsrechtliche Komponente betont und die (nur) institutionelle Bedeutung des Grundrechts in den Blick genommen wird. Dabei wird aber verkannt, dass die Gründungsfreiheit zunächst einmal ein subjektives Individualgrundrecht ist, dessen Ursprung in der klassischen Abwehrfunktion gegenüber staatlichen Eingriffen liegt.

Festzuhalten ist also zunächst einmal, dass die Gründungsfreiheit im Sinne eines nahezu klassischen individuellen Abwehrrechts gewährleistet ist; d.h. der Staat darf Individuen grundsätzlich nur unter den in Art. 7 Abs. 4 GG und anderen Verfassungsnormen genannten Bedingungen an der Gründung Freier Schulen hindern<sup>22</sup>.

*b) Leistungsabhängigkeit der Grundrechtsverwirklichung als Besonderheit des Art. 7 Abs. 4 GG*

In der geschilderten abwehrrechtlichen Deutung der Gründungsfreiheit ist eine rechtliche Garantie für positive Leistungen des Staates zur Verwirklichung der Freiheit noch nicht enthalten. Wenn das BVerfG also immer wieder formulierte, der Staat müsse die Freien Schulen so fördern, dass auch unter heutigen Bedingungen Neugründungen möglich bleiben<sup>23</sup>, dann sind die dogmatischen und faktischen Voraussetzungen für diese leistungsstaatliche Wendung in Erinnerung zu rufen. Wie bei anderen Freiheitsrechten hieße es auch bei Art. 7 Abs. 4 GG, den Schutzgehalt des Grundrechts zu überdehnen, würde der Staat voreilig für die finanziellen Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheiten haftbar gemacht. So folgt aus Art. 13 GG kein Anspruch auf die Subventionierung einer Wohnung; der Anspruch auf Arbeitsförderung ist gesetzlich begründet, aber nicht durch Art. 12 GG usw.<sup>24</sup>. Zwar schützt Art. 7 Abs. 4 GG besondere herausgehobene Handlungsmöglichkeiten<sup>25</sup>. Verlangt der Inhaber eines Verhaltensgrundrechts aber die Zuteilung faktischer Grundlagen des geschützten Verhaltens, so ist dies begründungsbedürftig; insbesondere muss hervorgehoben werden, warum gerade in diesem Fall das wirtschaftliche Substrat für die Grundrechtsverwirklichung staatlicherseits bereitgestellt werden muss.

---

<sup>22</sup> Diese Sicht der Gründungsfreiheit findet sich in nahezu allen einschlägigen Entscheidungen. Vgl. etwa BVerwGE 27, 195, 200; 75, 40, 46; 90, 107, 114; *Robbers*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG I (1999), Rn. 165ff., 168; zur klassisch abwehrrechtlichen Bedeutung der Freiheitsrechte allgemein BVerfGE 7, 198, 204f.

<sup>23</sup> BVerfGE 75, 40, 63; 90, 107, 116.

<sup>24</sup> Dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts (20. Aufl. 1995), Rn. 82.

<sup>25</sup> Dazu *Jörn Ipsen*, JZ 1995, 473, 477.

Werden die Besonderheiten des Art. 7 Abs. 4 GG und die Verantwortung des Staates gerade in diesem Bereich nicht exakt herausgearbeitet, dann besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG als eine Art besonderer Blüte einer „leistungsrechtlichen Euphorie“ der 70er bis 90er Jahre des vorigen Jahrhundert gesehen wird, die jetzt wieder einer realistischen und damit rein abwehrrechtlichen Deutung der Grundrechte Platz machen müsse. Tendenzen zu einer solchen Sichtweise sind in der bildungspolitischen Diskussion und auch in den eingangs zitierten neueren Urteilen durchaus erkennbar.

Deshalb sind der besondere Kontext und die besonderen Abhängigkeiten hervorzuheben, unter denen die Freiheitsverwirklichung gerade im Fall von Art. 7 Abs. 4 GG steht<sup>26</sup> und klarzustellen, dass es sich eben nicht um ein „Freiheitsrecht wie jedes andere“ handelt. Ausgeübt werden kann diese Freiheit nämlich nur unter Rahmenbedingungen, die in vielfältiger Weise vom Staat gesetzt und beeinflusst – um nicht zu sagen monopolisiert – sind. Der freiheitliche Schutzbereich ist hier nicht durch einen allgemeinen „offenen Bildungsmarkt“ bestimmt; es handelt sich vielmehr um einen staatlich monopolisierten, durch zahllose Bedingungen, Zulassungsschranken und Anpassungszwänge dominierten Bereich. So wie z.B. die Berufsfreiheit des Arztes heute leer läuft, wenn er nicht Zugang zum staatlich monopolisierten und finanzierten Bereich des Vertragsarztrechts erlangt<sup>27</sup>, läuft die Privatschulgründungsfreiheit leer, wenn die Grundrechtsinhaber nicht Zugang zu diesem staatlich finanzierten und monopolisierten „Gesamtsystem Bildung“ finden. Wirtschaftlich gesehen besteht zudem eine erhebliche Ungleichheit des Wettbewerbs mit dem milliardenschwer subventionierten öffentlichen Bildungsbereich. Schon deshalb kann es bei der Förderung freier Schulen nicht um eine beliebig zu gewährende und ggf. auch wieder einzuziehende originäre Leistung gehen: In der Sache handelt es sich vielmehr um einen Ausgleichsanspruch für eine Vielzahl rechtlicher und faktischer Eingriffe in die Gründungsfreiheit und ungleiche Wettbewerbschancen. Gründungsfreiheit heißt unter heutigen Bedingungen auch kompensierende Wettbewerbsgleichheit<sup>28</sup>.

Es sind aber nicht nur das staatliche „Fast-Monopol“ und die Ungleichheit des Wettbewerbs mit der „öffentlichen Konkurrenz“, die das „Abwehrrecht Gründungsfreiheit“ in einen Leistungs- und Ausgleichsanspruch umschlagen lassen: Es sind auch vielfältige strukturelle

---

<sup>26</sup> Ähnlicher Ansatz bei *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, 233, 238.

<sup>27</sup> So zu Recht bereits BVerfGE 11, 30, 39 – Kassenarzt.

<sup>28</sup> *Jach*, DÖV 1990, 506.

Bedingungen und Einflussnahmen (Ingerenzen)<sup>29</sup>, die die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit bedingen und bestimmen.

So ist der Schutzbereich der Gründungsfreiheit nicht wie bei anderen Freiheitsrechten dem gesellschaftlichen Sektor zugeordnet, er befindet sich vielmehr im „öffentlichen Raum“. Die Freiheit ist hier strukturiert und determiniert durch strikte Regeln, Zugangsvoraussetzungen und Anpassungszwänge, denen die Freien Schulen – insbesondere die Ersatzschulen – ausgesetzt und in die sie eingebunden sind. Grundrechtsdogmatisch bestehen hier eine Vielzahl von Eingriffen und Beeinträchtigungen der Gründungsfreiheit. Diese ist nur wahrnehmbar, wenn der Staat wenigstens durch eine Gewährleistung der Existenzgrundlagen die Gründung trotz der geschilderten Bedingungen ermöglicht. Bei der Privatschulförderung handelt es sich also um die Erfüllung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Ausgleich von Grundrechtsbeeinträchtigungen, der nicht allein der „leistungsrechtlichen Deutung“ der Grundrechte zugeordnet werden kann, sondern als Kompensation faktischer und struktureller Benachteiligungen des Grundrechtsinhabers gegenüber der „öffentlichen Konkurrenz“ gesehen werden muss.

Kompensationsbedürftige Eingriffe in die Gründungsfreiheit stellen auch die besonderen vom Staat eingeführten und durchgesetzten Genehmigungsvoraussetzungen in Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG (Sonderungsverbot, Gleichstellung der Lehrer) ein, auf die in Punkt 4 einzugehen ist.

Die staatliche Förderung Freier Schulen erfolgt also nicht im verfassungsrechtlich nahezu beliebigen Raum des Subventionsrechts. Bei den Förderungsansprüchen aus Art. 7 Abs. 4 GG handelt es sich auch nicht um eine leistungsrechtliche Umdeutung des Abwehrrechts, sondern um Ausgleichsansprüche der Grundrechtsinhaber für staatliche Eingriffe in die Gründungsfreiheit und strukturelle Erschwerungen der Wahrnehmbarkeit des Grundrechts. Ausgeglichen werden müssen auch gravierende Wettbewerbsnachteile zum staatlichen Schulwesen. Die freiheitsrechtliche Bedeutung des Grundrechts einerseits, die Schutzpflicht<sup>30</sup> und damit die Garantenstellung des Staates für die Erfüllung grundrechtlicher Freiheit andererseits hängen eng zusammen und sind beide der abwehrrechtlichen Funktion des Grundrechts zugeordnet.

---

<sup>29</sup> Diesen Begriff führt zu Recht *J.-P. Vogel*, DVBl. 1985, 1214, 1217 im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen ein.

<sup>30</sup> Isensee, HdbStR V, § 111, Rn. 5.

**Daraus folgt: Es besteht ein Verfassungssatz, nachdem die sich aus Art. 7 Abs. 4 GG ergebende Garantie verletzt ist, wenn auch unter Einbringung einer angemessenen Eigenleistung unter den gegebenen Bedingungen keine neuen Schulen gegründet werden können. Die bestehenden Eingriffe und ungleichen Wettbewerbschancen sind durch staatliche Förderung zu kompensieren. Das ist nicht lediglich eine institutionelle, sondern eine individuelle Garantie, auf deren Erfüllung ein ebenso individueller Anspruch unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG besteht.**

### *c) Konsequenzen*

Als Konsequenz hat die Rechtsprechung des BVerfG Förderungsansprüche aus der Gründungsfreiheit abgeleitet<sup>31</sup>. Die gleichwohl als verfassungsrechtlich zulässig beurteilte Einführung angemessener Wartefristen wurde durch das BVerfG ausdrücklich als Ausnahme von der Regel gesehen und mit dem notwendigen Erfolgsnachweis und der Überlebensfähigkeit und Ernsthaftigkeit des Vorhabens begründet<sup>32</sup>. Ist der Erfolgsnachweis gelungen, dann lebt der volle Förderungsanspruch – und zwar von Anfang an – wieder auf.

**Schon daraus folgt, dass sich nach erfolgreichem Bestehen des „Eignungstests“ und nach Ablauf der Wartefrist ein aus Art. 7 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 3 GG abzuleitender Anspruch auf Nachzahlung der in der Wartefrist an sich angefallenen Förderungssummen besteht. Auch ist in Erinnerung zu rufen, dass das BVerfG in einem ansonsten eher restriktiven Urteil festgestellt hat, auch die Investitionskosten, also insbesondere Baukosten, „müssten bei der Förderung jedenfalls berücksichtigt werden“<sup>33</sup>. Schon daraus ergibt sich, dass Versuche der Länder, die „Karenzfristen“ zu verlängern oder rückwirkende Erstattungen zu vermeiden, auf Übereinstimmung mit der Gründungsfreiheit des Art. 7 Abs. 4 GG zu prüfen sind.**

### **3. Schulvielfalt und Wahlfreiheit**

---

<sup>31</sup> BVerfGE 90, 107, 114 und BVerfGE 90, 128, 138.

<sup>32</sup> BVerfGE 90, 107, 117 und BVerfGE 90, 128, 138.

<sup>33</sup> BVerfGE 90, 128, 138; dazu bereits *Pieroth*, DÖV 1992, 593, 599; zu den Grundlagen *F. Müller*, Zukunftsperspektiven der Freien Schulen (1988) 202ff., 216ff., 239.

Das BVerfG hat aus Art. 7 Abs. 4 GG, teilweise auch aus dem elterlichen Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG), eine Absage an ein staatliches Schulmonopol und das Gebot der Schulvielfalt abgeleitet<sup>34</sup>. Freie Schulen werden also als gleichberechtigte und gleichrangige Alternativen zum öffentlichen Schulwesen begriffen<sup>35</sup>. Der Staat müsse insofern von Verfassungen wegen Konkurrenz gegen sich gelten lassen. Damit hat das BVerfG die Schulvielfalt und den schulischen Pluralismus gleichsam als öffentliche Aufgabe institutionalisiert. Der Beitrag der einzelnen Schule zur Schulvielfalt kann und muss bei der Gewährung staatlicher Zuschüsse berücksichtigt werden<sup>36</sup>. Das geht nach der Rechtsprechung sogar soweit, dass der öffentliche Zweck die Enteignung eines Privatgrundstücks zugunsten einer Freien Schule rechtfertigt<sup>37</sup>.

Schulvielfalt richtet sich auch gegen den Staat selbst. Er hat die besondere Prägung von Schulen zu berücksichtigen. Die immer wieder zu beobachtende Tendenz staatlicher Stellen zum Schutz öffentlicher Schulen gegenüber „zuviel Privatschulen“ findet insofern keine verfassungsrechtliche Basis<sup>38</sup>. Es ist vielmehr geklärt, dass aus Art. 7 Abs. 4 GG ein **Gebot der Schulvielfalt** abgeleitet werden kann.

Auffällig ist allerdings, dass dieses Gebot nahezu ausschließlich als objektives Gebot ohne individualrechtliche Ausformung und als Bestandteil der institutionellen Gewährleistung eines „Privatschulwesens“ gesehen wird. Übersehen wird dabei, dass Schulvielfalt und damit untrennbar verbundene Wahlfreiheit auch eine individuelle Komponente hat. Dies kann in dreifacher Weise begründet werden:

- a) Schon die oben untersuchte individuelle Gründungsfreiheit ist verfassungsrechtlich gewährleistet, sie stellt gleichsam den Singular des Gebots der Schulvielfalt dar.
- b) Wenn die Schulvielfalt eine öffentliche Aufgabe ist, dann hat derjenige, der nach entsprechender Zulassung und Prüfung sich an der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe beteiligt, einen verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch auf angemessene Beteiligung an den dafür vorgesehenen öffentlichen Mitteln. Auch hier stellt das Recht der Freien Schulen

<sup>34</sup> BVerfGE 34, 165, 196; 88, 40, 46; 90, 107, 114.

<sup>35</sup> *Robbers*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG I (1999), Art. 7 Rn. 155ff.

<sup>36</sup> BVerfGE 90, 107, 118; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000), Rn. 221; *Jach*, Schulvielfalt als Verfassungsgebot (1991).

<sup>37</sup> BGH, NJW 1989, 216; BVerfG (KammerE), NJW 1999, 2659.

<sup>38</sup> So zu Recht LVerfG MV, DVBl. 2001, 1753, 1758.

keine Ausnahme dar. So hat das BVerfG z.B. aus Art. 12 i.V.m. Art. 3 GG und dem Sozialstaatsgebot abgeleitet, dass private Betreuer einen Anspruch auf angemessene Vergütung für ihre Betreuungsleistung haben<sup>39</sup>, weil sie in soweit eine öffentliche Aufgabe erfüllen.

Das erinnert an die frühere Rechtsprechung des BVerwG, das einen Anspruch auf Förderung der Privatschulen zugesprochen hat, weil der Staat durch die Ersatzschulen insofern von eigenen Aufgaben „entlastet“ werde<sup>40</sup>. Bedenklich an dieser Argumentation ist, dass die Freien Schulen den Staat nicht bei Erfüllung einer vorfindlichen Aufgabe entlasten, also nicht lediglich eine Art Erfüllungsgehilfe sind. Richtig aber ist, dass die Beteiligung an einer öffentlichen Aufgabe Teilhabeansprüche auslöst. Auch dies ist ein Ausgleich für den andernfalls gefährdeten Schulpluralismus. Dieser Ausgleichsanspruch ist keinesfalls nur institutionell zu interpretieren; er besteht vielmehr sehr konkret und sehr individuell.

Hinzu kommt, dass die geforderte Schulvielfalt heute praktisch **nur** durch Gewährung von „Außenpluralität“ herzustellen ist. Schulische Selbstgestaltung und Schulvielfalt innerhalb des staatlichen Schulwesens stoßen nämlich auf faktische und teilweise auch verfassungsrechtliche Grenzen<sup>41</sup>. Bildungsvielfalt bedeutet im Wesentlichen also „Außenpluralität“. Schulpluralismus als öffentliche Aufgabe ist nur durch den Einsatz Freier Schulen erfüllbar. Freie Schulen beteiligen sich – so gesehen - an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe Schulvielfalt. Ihnen steht daraus ein Teilhabeanspruch an öffentlichen Bildungsmitteln zu, der nicht als leistungsrechtliche Umdeutung des Grundrechts interpretierbar ist, sondern aus grundrechtsdogmatischer Sicht einen schlichten Ausgleichsanspruch für erbrachte Leistungen darstellt.

**Schon daraus folgt: Freie Träger schulischer Alternativen zum öffentlichen Schulwesen haben einen Anspruch auf Förderung insofern, als sie an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe Schulvielfalt beteiligt sind. Es besteht ein Verfassungssatz, nachdem die sich aus Art. 7 Abs. 4 GG ergebende Garantie verletzt ist, wenn diese Aufgabe nicht in angemessener Weise durch finanzielle Leistungen kompensiert wird und sich Schulvielfalt nicht mehr entfalten kann.**

---

<sup>39</sup> BVerfG, Beschluss vom 7. 11. 2001, 1 BvR 325/94 u. a., [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20011107\\_1bvr032594](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20011107_1bvr032594), Abs. 26.

<sup>40</sup> BVerwGE 23, 347, 350; 27, 360, 362; BVerfGE 75, 40f., 65 – allgemein dazu auch Gröschner, in Dreier, GG I (1996), Art. 7 Rn. 103; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht I (2000), Rn. 121.

<sup>41</sup> Dazu Hufen, in: Festschrift J.-P. Vogel, 51, 73.

c) Bereits in seinem Urteil zur hessischen Förderstufe<sup>42</sup> hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass das **Grundrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG** nicht nur die Wahlfreiheit bezüglich der innerhalb des staatlichen Schulwesens bestehenden Angebote umfasse, sondern dass es sich auch auf gleichwertige Ersatzschulen beziehe, die im Verhältnis zu staatlichen Schulen nicht allein wegen ihrer andersartigen Erziehungsformen und Inhalte verhindert werden dürften<sup>43</sup>. Auf diese Entscheidung hat das BVerfG in seiner Wartefristenentscheidung<sup>44</sup> Bezug genommen und damit den Zusammenhang von Schulvielfalt und Wahlfreiheit klargestellt.

Auch aus Art. 6 Abs. 2 GG folgt allerdings nicht ein originäres Teilhaberecht der Eltern in dem Sinne, dass der Staat ihnen abweichend vom staatlichen Schulsystem uneingeschränkt besondere Erziehungsformen und –inhalte zur Verfügung stellen muss. Er darf aber solche Schulen auch nicht in ihrer Entstehung benachteiligen bzw. behindern. Tut er dies, wie z.B. durch die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, so ist dies nur zulässig, wenn hierfür ein angemessener Ausgleich besteht. Andernfalls wären die Eltern auf die „staatliche Monopolschule“ verwiesen, die Grundrechtsausübung wäre uneingeschränkt an das jeweilige staatliche Angebot gebunden. Die Eltern könnten nicht einmal unter Einsatz erheblicher Finanzmittel wirtschaftlich gesunde Schulen gründen, weil solche nur unter Zahlung von Schulgeldern existieren könnten, die gegen das Sonderungsverbot (dazu sogleich) des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verstoßen würden. Schulvielfalt hat auch insofern also eine individuelle Komponente.

**Es gilt der Satz: Das elterliche Wahlrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG wird verletzt, wenn unter Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen faktisch keine neuen Freien Schulen gegründet werden können und bereits existierende gefährdet werden. Auch hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine institutionelle Garantie, sondern um einen individuellen Ausgleichsanspruch.**

*d) Grundrechtlich gebotene Ausgleichspflicht für Genehmigungsvoraussetzungen*

In der entscheidenden Passage des Beschlusses vom 9.3.1994 hat das BVerfG ausgeführt<sup>45</sup>:

---

<sup>42</sup> BVerfGE 34, 165, 197f.

<sup>43</sup> Ähnlich auch BVerfGE 88, 40, 46.

<sup>44</sup> BVerfGE 90, 107, 114.

<sup>45</sup> BVerfGE 90, 107, 114 f.

*„Jedenfalls muss der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden kann. Insofern kann sich aus Art. 7 Abs. 4 GG über dessen Abwehrcharakter hinaus ein Anspruch auf staatliche Förderung ergeben“.*

Das Gericht hat ferner darauf hingewiesen, dass die privaten Ersatzschulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) und dass die wirtschaftliche und rechtliche Stellung ihrer Lehrkräfte genügend gesichert sein muss (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Beides sei nur mit hohem Kostenaufwand zu erreichen. Der Staat habe die Anforderungen an die Gleichwertigkeit privater Schulen fortlaufend verschärft. Er habe den Standard seiner eigenen schulischen Einrichtungen gehoben und die Besoldung seiner Lehrer stetig verbessert. Dem müssten die privaten Ersatzschulen sich anpassen. Dies könnten sie nur unter Inkaufnahme erheblicher Kosten vermeiden, die sie – wiederum wegen der Bindung aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG („Sonderungsverbot“) – nicht erheben dürften.

Es folgt der entscheidende Satz:

*„Soll die Privatschulfreiheit nicht leer laufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden“.*

Das Sonderungsverbot und die anderen in Art. 7 Abs. 4 GG genannten Genehmigungsvoraussetzungen bilden also nicht etwa die eigentliche „Anspruchsgrundlage“ für staatliche Leistungen. Es handelt sich vielmehr um eine verfassungsimmanente Schranke der Gründungsfreiheit. Dieser legt den freien Schulen im staatlichen Interesse Gebote auf, die durch die Privatschulgesetze der Länder konkretisiert sind. Diese dürfen sich nach dem eindeutigen Gebot der Verfassung nicht allein aus Schulgeld finanzieren, weil dies – wie der Blick auf andere westliche Verfassungsstaaten, insbesondere die USA und Großbritannien, zeigt - zu einer der deutschen Schultradition gänzlich widersprechenden Herausbildung von finanzstarken „Eliteschulen“ führen würde, in denen sich nur noch Kinder begüterter Eltern versammeln. Diese unerwünschte soziale Segregation hätte auch negative Folgen für das öffentliche Schulwesen. Insofern ist Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG eine sozialstaatlich unverzichtbare Komplementärgarantie zur Gründungsfreiheit, die allerdings aus grundrechtsdogmatischer Sicht einen Eingriff in

ebendiese Gründungsfreiheit darstellt. Dieser würde - wie das BVerfG zu Recht festgestellt hat - zu einer faktischen Gründungssperre führen, wenn der Staat nicht die sich aus dieser Konstellation ergebenden Nachteile durch staatliche Leistungen ausgleichen würde. Auch insofern handelt es sich nicht einfach um einen letztlich disponiblen originären Teilhabeanspruch, sondern um die **Erfüllung einer Ausgleichspflicht des Staates gegenüber staatlich gebundenen Grundrechtsträgern**<sup>46</sup>. Eine Ersatzschule muss allen Bürgern ohne Rücksicht auf die Einkommensverhältnisse der Eltern offen stehen<sup>47</sup>. Die Höhe der zu zahlenden Beiträge muss so bemessen sein, dass auch „nicht Besserverdienende“ sie zu zahlen in der Lage sind. Oder umgekehrt formuliert: Die Förderung muss so hoch sein, dass Freie Schulen gegründet und die Genehmigungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllt werden können.

Wenn dieser Zusammenhang in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt wird und damit feststeht, dass das verfassungsrechtliche „Existenzminimum“ exakt mit der Erfüllung dieser Genehmigungsvoraussetzungen bezeichnet ist, dann steht zugleich fest, dass der Zwang zu überhöhten Schulgeldern jenes Existenzminimum gefährdet. Ähnlich verhält es sich mit nicht kompensierten Wartefristen, auch wenn den „Gründungseltern“ durch das BVerfG ein erhöhter Eigenbetrag für die Gründungsphase – nicht aber darüber hinaus! – zugemutet worden ist.

Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, aus dem Zusammenhang von Sonderungsverbot und Förderpflicht lasse sich über die „erlaubte“ Höhe des Schulgelds und - als deren Kehrseite - die notwendigen Ausgleichszahlungen keine hinreichend konkrete Aussagen treffen. Es sei jedenfalls nicht möglich, diese unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleiten. Vielmehr sei es Sache des Gesetzgebers, die exakten Ausgleichsbeiträge festzulegen.

Betrachtet man aber den genannten Zusammenhang genau, dann wird deutlich, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht so groß ist, wie es auf den ersten Blick erscheint. Das BVerfG selbst hat festgestellt, dass Beiträge in der Größenordnung von monatlich DM 170,-- bis 190,-- nicht von allen Eltern gezahlt werden können und damit gegen das Sonderungsverbot verstoßen<sup>48</sup>. Schulgeld in dieser Höhe wurde sogar als zweifelsfrei verfassungswidrig bezeichnet. Eine „Regelgröße“ ist damit also nicht gemeint und kann auch durch den Staat nicht in dem Sinne reklamiert werden, dass alle darunter liegenden

---

<sup>46</sup> Ähnlich *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000), Rn. 286.

<sup>47</sup> So bereits BVerfGE 75, 40.

<sup>48</sup> BVerfGE 90, 107, 119.

Schulgelder unbedenklich seien<sup>49</sup>. Im Wege des „Erst recht – Schlusses“ muss aber davon ausgegangen werden, dass jedenfalls Schulgelder in dieser Größenordnung oder gar oberhalb dieser Größenordnung gegen das Sonderungsverbot verstoßen. Es ist insofern Ergebnis eines Rechenexempels, wo die Obergrenze des Schulgelds und damit die Untergrenze der staatlichen Förderung liegt. Bezugsgrößen sind neben dem Schulgeld und dem zumutbaren Eigenbeitrag nur die vergleichbaren Kosten, die für einen staatlichen Schüler gezahlt werden. Bei der Ermittlung dieses Prozentsatzes geht es um eine verfassungsrechtliche Größe, deren Ermittlung gleichwohl nicht im Wege der reinen Verfassungsauslegung möglich ist, sondern nur auf Grund exakter finanzwissenschaftlich gestützter Angaben über die genannten Bezugsgrößen erfolgen kann.

An dieser Stelle sei festgehalten: Das Freiheitsrecht aus Art. 7 Abs. 4 GG verlangt, dass auch unter den gegebenen Bedingungen Schulen gegründet und unterhalten werden können, in denen die Genehmigungsvoraussetzungen in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, insbesondere das Sonderungsverbot, dauerhaft eingehalten werden können. Kann die Höhe des Schulgeldes nur noch von bestimmten Elterngruppen getragen werden und können andere Elterngruppen aus wirtschaftlichen Gründen ihre Kinder nicht mehr auf Freie Schulen schicken, dann ist das Grundrecht verletzt. Insofern ist der Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers beschränkt. Auch hier handelt es sich nicht „nur“ um ein objektivrechtliche oder institutionelle Garantie, sondern um einen individuellen Anspruch der einzelnen Schule, bzw. der Eltern.

#### 4. Schutz der Institution

Spätestens in der Entscheidung vom März 1994<sup>50</sup> hat das BVerfG klargestellt, dass es sich bei den aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleitenden Gewährleistungen und Ausgleichspflichten **nicht** lediglich um institutionelle Gewährleistungen, sondern um individuelle Ansprüche handelt. Es hat damit in einer Art „individueller Wendung“ seine eigene vorherige Rechtsprechung<sup>51</sup> korrigiert, die Art. 7 Abs. 4 GG vornehmlich als institutionelle Garantie gesehen hatte.

---

<sup>49</sup> Dazu ausführlich *Jach*, FS Vogel (1998), S. 76ff., 90; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000) Rn. 256, sieht die Grenze schon bei DM 150,- pro Monat je Kind überschritten. Das Kultusministerium Baden-Württemberg und die FDP-Fraktion im Landtag Baden-Württemberg bezeichneten 1989 ein Schulgeld noch als adäquat, das nicht wesentlich über DM 1.200,- pro Kind und Jahr liegt; vgl. LT-Drs. 10/1933, S. 8.

<sup>50</sup> BVerfGE 90, 107 ff.

<sup>51</sup> BVerfGE 75, 40, 61.

Ein Satz wie:

*„Es besteht erst dann eine Handlungspflicht des Staates, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre (BVerfGE 75, 40, 67)“*,

konnte nach der Entscheidung BVerfGE 90, 107 ff. eigentlich keinen Bestand mehr haben oder gar die Rechtsprechung weiterhin bestimmen.

Gleichwohl bestimmt die Rede von der zu verhindernden „evidenten Gefährdung der Institution“ oder gar des „Existenzminimums der Institution“ seither weit mehr die Interpretation von Art. 7 Abs. 4 GG als die eindeutig individualrechtlich geprägten Passagen der Entscheidung aus dem Jahre 1994<sup>52</sup>. Dieser Tendenz mag das BVerfG selbst Vorschub geleistet haben, als es seine Ausführungen zur Gewährleistungspflicht und den individuellen Ansprüchen wieder einschränkte, indem es die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers betonte und ausführte, aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG folge kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe, „gar noch in bestimmter Höhe“<sup>53</sup>. Selbst in dieser Passage ist aber keineswegs die Rede von einer nur institutionellen Garantie oder gar der Zurückdrängung auf das Existenzminimum einer Institution. Das Gericht betont vielmehr nur den Gestaltungsspielraum, aber auch die Bindung des Gesetzgebers. Der Gegensatz lautet also nicht: „individuell versus institutionell“, sondern allenfalls „originär (d.h. unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet) versus der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürftig“.

Die in der Rechtsprechung seither Mode gewordene völlige Entindividualisierung und die Zurückdrängung auf ein abstraktes Existenzminimum einer ebenso abstrakten Institution lassen sich jedenfalls aus der maßgeblichen Entscheidung des BVerfG nicht ableiten. Ältere Äußerungen sind durch die Entscheidung aus dem Jahre 1994 überholt. Nicht ein fiktives Existenzminimum ist der Maßstab; Maßstäbe sind vielmehr Gründungsfreiheit, Schulvielfalt und individuelle Ausgleichsansprüche für staatlich auferlegte Pflichten und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

Unabhängig davon bleibt aber festzuhalten, dass selbst in der restriktivsten Interpretation aus Art. 7 Abs. 4 eine institutionelle Garantie zugunsten des Bestandes der Privatschulen folgt.

<sup>52</sup> Gut zusammengefasst bei *Gröschner in Dreier*, GG I (1996), Art. 7 Rn. 103f.; treffend kritisiert ist diese Auffassung bei *Denninger* (Fn. 12), S. 318.

<sup>53</sup> BVerfGE 90, 107, 116.

Diese ist spätestens dann verletzt, wenn es unter den gegebenen Bedingungen und unter Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht mehr zur Neugründung und dauerhaften Einrichtung von Freien Schulen eines bestimmten Typs kommen kann. Das Gebot der Schulvielfalt schließt es aus, abstrakt von „der Institution Ersatzschulwesen“ o.ä. zu reden. Schulvielfalt besteht vielmehr nur dann, wenn es innerhalb des „Ersatzschulwesens“ mehrere Grundtypen von Schulen in freier Trägerschaft gibt und diese in ihrer Existenz und Neugründung dauerhaft gesichert sind.

**Es gilt also: Aus Art. 7 Abs. 4 GG folgt – unabhängig von individualrechtlichen Ansprüchen – die Gewährleistung der Institution Freie Schulen. Diese umfasst auch die Gründungsfreiheit, die Schulvielfalt und die dauerhafte Erfüllbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen, für die der Staat unter Einsatz angemessener Finanzmittel einzustehen hat. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers besteht nicht unabhängig von der institutionellen Gewährleistung, sie ist vielmehr durch diese begrenzt.**

## 5. Objektive Schutzpflicht

a) Neben dem individualrechtlichen und dem institutionellen Ansatz der Grundrechtsinterpretation ist seit längerem in der allgemeinen Grundrechtsdogmatik von „objektiven Schutzpflichten“ die Rede, die dem Staat zum Schutz einzelner Grundrechtsgarantien obliegen<sup>54</sup>. Objektive Schutzpflichten hat das BVerfG bisher vor allem im Hinblick auf den Schutz von Leben und Gesundheit anerkannt<sup>55</sup>. Von „staatlichen Schutz- und Förderpflichten“ zugunsten des Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 GG spricht das BVerfG auch in der Entscheidung vom 9.3.1994<sup>56</sup>. Diese Pflicht habe zum Ziel, dem Grundrechtsträger durch Leistungen namentlich finanzieller Art die Ausübung des Grundrechts zu ermöglichen. Anders als im institutionsbezogenen Ansatz der BVerfGE 75, 40, 62 wird damit ausdrücklich der Schutz des Einzelnen angesprochen, während vom Schutz der Institution nicht die Rede ist. Inhaltlich sei der grundrechtliche Schutzanspruch des Einzelnen darauf gerichtet, dass der Gesetzgeber diejenigen Grenzen und Bindungen beachtet, die seinem politischen Handlungsspielraum durch die Schutz- und Förderpflicht gesetzt sind. Im Unterschied zur institutionellen Garantie bezieht

<sup>54</sup> Allgemein dazu *Isensee*, HdbStR § 111, Rn. 77; *H.H. Klein*, NJW 1989, 1633.

<sup>55</sup> BVerfGE 39, 1, 41; 46, 160, 164; 49, 89, 141; 79, 174, 201; 88, 203, 251. Allgemein dazu *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (1987), 410; *Jarass*, FS BVerfG (2001), 36ff.

<sup>56</sup> BVerfGE 90, 107, 117.

sich die objektive Schutzpflicht auf **jeden einzelnen Grundrechtsträger**, also auch auf gründungswillige Eltern und Eltern, die ihre Kinder wegen zu geringer Förderung nicht auf Schulen in freier Trägerschaft schicken können. Das hat die wichtige Konsequenz der Klage- bzw. Beschwerdebefugnis in allen gerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren wegen zu geringer Förderung.

b) Die objektive Schutzpflicht wird freilich sogleich begrenzt, denn sie beziehe sich „unter diesen Umständen auf die Prüfung einer Untätigkeit, einer groben Vernachlässigung und eines ersatzlosen Abbaues getroffener Maßnahmen“<sup>57</sup>. Das liegt auf der Linie der übrigen „Schutzpflichtentscheidungen“, in denen immer wieder ein großer Spielraum des Gesetzgebers zur Erfüllung der Schutzpflicht betont wurde. Betrachtet man aber den oben entwickelten Schutzgehalt von Art. 7 Abs. 4 GG (effektive Gründungsfreiheit, Gebot der Schulvielfalt, Ausgleich für staatliche Genehmigungsvoraussetzungen und Wettbewerbsnachteile gegenüber dem staatlichen Schulwesen), so wird deutlich, dass der eigentliche Inhalt der Schutzpflicht keineswegs nur der Schutz vor „völliger Untätigkeit, grober Vernachlässigung oder ersatzlosem Abbau“ sein kann, dass vielmehr die Betonung auf der Schutz- und Förderpflicht selbst liegt, die auch dem Ermessen des Gesetzgebers eine „Grenze nach unten“ setzt. Inhaltlich ist die Schutzpflicht also keineswegs enger als sie das BVerfG selbst bezeichnet hat, indem es z.B. statuiert hat, dass Neugründungen unter allen Umständen möglich bleiben müssen und der Staat die Verantwortung für die Schulvielfalt trägt.

### *c) Adressat der Schutzpflicht*

Adressat der Schutzpflicht ist nicht allein, aber vor allem der für die einschlägige Sachregelung zuständige Gesetzgeber. Die ihm zu Gebote stehenden Spielräume sind zwar durch die Verfassungsgerichtsbarkeit zu beachten; es gibt aber eine äußerste Grenze, bei der auch die Gerichtsbarkeit festzustellen hat, dass eine Verletzung der Schutzpflicht vorliegt. Adressaten sind auch die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung, die die Gesetze verfassungskonform, d.h. auch unter Beachtung der Schutzpflicht, anzuwenden haben.

**Teilergebnis: Den Staat trifft nicht nur eine Pflicht zum Schutz der Institution Ersatzschulwesen. Ihm obliegt auch eine objektive Schutzpflicht gegenüber den einzelnen**

---

<sup>57</sup> BVerfGE 90, 107, 117 - unter Verweis auf *Hund*, in: FS für *Zeidler* (1987), S. 1445, 1457.

**Grundrechtsträgern, dass die sich aus Art. 7 Abs. 4 GG ergebenden Garantien auch unter heutigen Bedingungen erfüllt werden können.**

## **6. Verhältnis von individueller und institutioneller Bedeutung des Grundrechts**

Es hat sich gezeigt, dass die in der Rechtsprechung auch nach 1994 benutzte Formel von der „rein institutionellen Bedeutung der Förderpflicht“ weder Art. 7 Abs. 4 GG noch der Rechtsprechung des BVerfG entspricht. Diese Formel geht letztlich auf die zur Weimarer Zeit diskutierte Lehre von den institutionellen Garantien zurück, die seinerzeit in der Tat als Konsequenz des Fehlens subjektivrechtlicher Ansprüche diskutiert wurden. Unter der Geltung des Grundgesetzes, insbesondere unter der Geltung von Art. 1 Abs. 3 GG, kann aber nicht die Rede davon sein, dass bei Verletzung eines individuellen Grundrechts der einzelne Grundrechtinhaber mit der Betonung lediglich institutioneller Inhalte „vertröstet“ werden kann. Eine abstrakte Verpflichtung des Staates zum Erhalt der Institution ist unter dem Grundgesetz als nicht personenbezogene gar nicht denkbar<sup>58</sup>. Auch dann, wenn das BVerfG vom Schutz der Institution redet, hat es letztlich immer die „hinter der Institution stehenden“ konkreten Menschen und Grundrechtinhaber im Blick<sup>59</sup>.

In der gegenwärtigen Rechtsprechung ist sowohl dieser historische Hintergrund als auch die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Blick geraten. Einseitig betont und interpretiert werden vielmehr einzelne Bruchstücke aus der Rechtsprechung des BVerfG vor der Leitentscheidung vom 9.3.1994. Angemessen ist es dagegen, die wesentlichen Aussagen des BVerfG in Richtung auf eine individualrechtliche Deutung des Grundrechts und eine objektive Schutzpflicht zugunsten einzelner Grundrechtsträger<sup>60</sup> zu interpretieren.

Errichtungsfreiheit und Bestandschutz gelten also nicht nur einer abstrakten „Institution Ersatzschulwesen“ oder gar nur deren „Existenzminimum“, sondern konkreten Grundrechtsträgern. Droht das individuelle Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 GG leer zu laufen, so löst dies Leistungsansprüche gegenüber dem Staat und die Schutzpflicht des Gesetzgebers gegenüber den davon betroffenen Freien Schulen aus.

<sup>58</sup> Anders aber anscheinend Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986), 229ff., 241.

<sup>59</sup> *Denninger* (Fn. 12), S. 317 ff.

<sup>60</sup> BVerfGE 90, 107, 116 f.

## 7. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Wie oben dargelegt, setzt die Ermittlung konkreter Schutzansprüche umfangreiche Datenerhebungen voraus, die einzelne Schulträger von sich aus nicht zu leisten imstande ist. Das gilt insbesondere dann, wenn der konkrete Leistungsanspruch am Maßstab staatlicher Schulausgaben bemessen wird. Entscheidend für die Erfüllung individueller Leistungsansprüche wie auch für die Erfüllung der objektiven Schutzpflicht des Staates ist dann eine angemessene Ausgestaltung des Verfahrens<sup>61</sup>.

„Grundrechtsschutz durch Verfahren“ bedeutet in diesem Zusammenhang vor allem, dass der einzelne Grundrechtsträger im Verfahren der Mittelverteilung angemessen angehört, beraten und informiert wird. Der verfahrensrechtliche Schutz der Grundrechte schließt es auch aus, dass über die Mittelverteilung Amtsträger entscheiden, denen unterstellt werden darf, dass sie aufgrund ihrer Verortung in Schulbehörden eher den Schutz der öffentlichen Schulen im Auge haben, als die Vielfalt und die Existenz der Freien Schulen. Wichtig ist vor allem der Aspekt der Transparenz. D.h. konkret: Richtet sich der Förderanspruch z.B. nach den für Schüler in staatlichen Schulen aufgewandten Mitteln, so müssen diese Ausgaben von einer neutralen Stelle in transparenter Form nachgewiesen sein, um dem Grundrechtsschutz durch Verfahren Rechnung zu tragen. Keinesfalls kann es hingenommen werden, dass über die reale Höhe solcher Mittel Unklarheit besteht (zum Maßstab der Zuteilung unten, III 6).

## 8. Gleichbehandlung mit staatlichen Schulen

In der Bundesrepublik Deutschland besteht ein umfassender Wettbewerb zwischen öffentlichen und Schulen in freier Trägerschaft. Das Gebot der Schulvielfalt und die Gründungsfreiheit bedeuten, dass die Freien Schulen dabei nicht nur durch Art. 7 Abs. 4 GG - also durch ein Freiheitsrecht - im Wettbewerb mit den staatlichen Schulen geschützt sind. Auch aus Art. 3 GG ergibt sich ein grundsätzlicher Anspruch auf Chancengleichheit. Das ist der tiefere Sinn der Aussage, die Schulvielfalt richte sich auch gegen den Staat selbst: Dieser muss die Gleichheit des Wettbewerbs beachten und staatlich verursachte Ungleichheiten durch kompensato-

---

<sup>61</sup> Dazu BVerfGE 53, 30, 65; *Schmidt-Aßmann*, in: HStR III, § 70 Rn. 15; *D. Grimm*, NVwZ 1985, 865; *Held*, Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens (1984).

rische Maßnahmen ausgleichen<sup>62</sup>. Auch oberhalb der Schwelle der Existenzgefährdung darf der Staat daher bei der Zumessung von Mitteln Freie Schulen gegenüber den staatlichen Schulen nicht bevorzugen oder benachteiligen. Die Attraktivität gegenüber Schülern und Lehrern muss gesichert sein. Letzteres gilt vor allem in Zeiten eines wieder bestehenden Lehrermangels.

Auch der Gleichheitssatz begrenzt also die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Es besteht zwar kein Gebot zur Bevorzugung Freier Schulen<sup>63</sup>. Die Ausrichtung der Fördermaßnahmen an staatlichen Schulkosten (unter Abzug eines gewissen Eigenanteils) ist zulässig<sup>64</sup> und möglicherweise sogar geboten. Der Gleichheitssatz gebietet es auch, dass es nicht zu unterschiedlichen Bewertungen gleichartiger Kosten und anderer maßgeblicher Berechnungsfaktoren kommt. Umgekehrt darf die Förderung sich nicht allein an solchen Bezugsgrößen ausrichten, die im Verhältnis öffentlicher und freier Schulen gänzlich unterschiedlich sind. So ist zwar die Ausrichtung an den Betriebskosten vergleichbarer öffentlicher Schulen gleichheitskonform, nicht aber die alleinige Anwendung des Maßstabs der Lehrergehälter, weil dieser die Sachkosten nicht erfassen würde. Unzulässig ist es auch, wenn notwendige Kürzungen allein im Bereich Freier Schulen vorgenommen werden, ohne dass es zugleich zu Kürzungen im Bereich staatlicher Schulen kommt<sup>65</sup>.

**Teilergebnis: Es besteht ein Verfassungssatz, nach dem die sich aus Art. 7 Abs. 4 und Art. 3 GG ergebende Garantien verletzt sind, wenn unter gegebenen Bedingungen staatliche Schule gegenüber gleichwertigen und als solchen anerkannten Freien Schulen bevorzugt werden. Eine Ungleichbehandlung kann dabei auch darin liegen, dass die Besonderheiten Freier Schulen nicht beachtet werden und dadurch es zu einer verfassungswidrigen Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände kommt.**

## **9. Gleichbehandlung der Freien Schulen untereinander**

---

<sup>62</sup> Zentral dazu BVerfGE 75, 40, 71 ff.; zur Ausgleichspflicht des Staates bei von diesem selbst verursachten Benachteiligungen bereits *Hufen*, Gleichheitssatz und Bildungsplanung (1975), 143 ff.

<sup>63</sup> BVerfGE 75, 40, 68; 90, 107, 116.

<sup>64</sup> BVerfGE 90, 128, 144; VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 = JURIS Nr. MWRE 101210000; BayVGH, VGHE 48, 83 ff.

<sup>65</sup> VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 = JURIS Nr. MWRE 101210000.

Aus Art. 7 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 3 GG folgt auch eine Gleichbehandlungspflicht gegenüber unterschiedlichen Typen Freier Schulen. Klargestellt ist zwischenzeitlich, dass es nicht zu einer Schlechterstellung nicht weltanschaulich gebundener gegenüber weltanschaulich gebundenen Schulen kommen darf<sup>66</sup>.

Das schließt freilich nicht jede Differenzierung aus. Auch hier verbietet der Gleichheitssatz vielmehr nicht nur die Ungleichbehandlung gleicher, sondern auch die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Insbesondere ist eine Differenzierung nach dem Schulaufwand zulässig und teilweise sogar geboten. Nimmt man ferner die Schulvielfalt und die sich daraus ergebende verfassungsrechtliche Betonung von Innovationen und des verfassungsrechtlichen Stellenwerts von Schulen besonderer Prägung wörtlich, dann lässt sich daraus sogar eine besondere Stellung gegenüber solchen Freien Schulen ableiten, die vergleichsweise geringe Unterschiede zum staatlichen Schulsystem aufweisen. Der Beitrag der Schule zur Schulvielfalt kann und muss also berücksichtigt werden. Ebenso ist es zulässig und im Hinblick auf die Zielsetzung von Art. 7 Abs. 4 und 3 Abs. 3 GG möglicherweise sogar geboten, solchen Schulen eine besondere Förderung zukommen zu lassen, die sich zum Ziel gesetzt haben, körperliche Behinderungen, soziale bzw. ethnische Benachteiligungen auszugleichen<sup>67</sup>. Aus demselben Grund ist es dem Staat verwehrt, bei der Berechnung von Schülerbeförderungskosten einfach die Entfernung zur nächsten öffentlichen Schule derselben Schulstufe zugrunde zu legen, wenn diese nicht der Schulart entspricht<sup>68</sup>.

Die Privatschulen sind also keine unbedingt gleich zu behandelnde Einheit<sup>69</sup>. Das „Gießkannenprinzip“ stößt im Hinblick auf Schulen besonderer pädagogischer Prägung also deutlich auf verfassungsrechtliche Grenzen.

**Teilergebnis: Art. 7 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 3 GG ist verletzt, wenn gleichwertige Gruppen von Ersatzschulen ungleich behandelt werden. Eine Ungleichbehandlung liegt aber auch vor, wenn im Hinblick auf ihren Beitrag zur Schulvielfalt und begründeten pädagogischen und fachlichen Aufwand unterschiedliche Gruppen Freier Schulen gleich**

---

<sup>66</sup> BVerfGE 75, 40.

<sup>67</sup> In diesem Sinne etwa VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 157.

<sup>68</sup> VGH Kassel, NVwZ-RR 2003, 433

<sup>69</sup> Richter, FS Vogel 1998, S. 17, 21; VGH München, NVwZ-RR 2001, 385 (keine Schlechterstellung gegenüber staatlichen Schulen, weil Montessori-Schulen die Jahrgangsmischung bevorzugen). Ebenso LVerfG MV, DVBl. 2001, 1753 (Keine Schlechterstellung einer bestimmten Pädagogik).

**behandelt werden. Liegt eine besondere Gefährdung eines bestimmten Schultyps vor, so kann und muss die staatliche Förderung auch darauf Rücksicht nehmen.**

### **III. Eingriffe in Grundrechtspositionen**

#### **1. Allgemeines**

Nicht jede Rücknahme einer grundrechtsfördernden staatlichen Leistung ist deshalb bereits gleichbedeutend mit einem Grundrechtseingriff. Insbesondere liegt in der Kürzung von Beträgen der Finanzhilfe im allgemeinen, auch wenn diese der Grundrechtsausübung dienen, noch kein Grundrechtseingriff im traditionellen Sinne. Wenn der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Übernahme von Kosten hat, dann ist es durchaus denkbar, dass innerhalb dieses Gestaltungsspielraums Kürzungen vorgenommen werden, ohne dass diese sogleich einen Grundrechtseingriff bedeuten<sup>70</sup>.

Das kann aber nur gelten, solange tatsächlich noch ein Gestaltungsspielraum besteht, d.h. solange es einen „Überschuss“ an Kürzungsmöglichkeiten gibt, ohne dass die oben herausgearbeiteten Elemente des unabdingbaren Grundrechtsschutzes in Gefahr geraten. Bewegt sich die bestehende Förderung in einem Bereich, der für die Verfassungsgebote der Schulfvielfalt, der Gründungsfreiheit und der Ausgleichspflicht für das Sonderungsverbot bereits unabdingbar ist, dann folgt daraus zwangsläufig, dass in jeder weiteren Kürzung ein Eingriff in diese Verfassungspositionen liegt<sup>71</sup>. So kann beim derzeitigen Bestand nicht nur davon ausgegangen werden, dass sich Freie Schulen unter Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht ohne öffentliche Förderung betreiben lassen; es ist auch davon auszugehen, dass die staatlichen Förderungen sich schon jetzt auf einem Niveau bewegen, das im Grunde schon nicht mehr den geschilderten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen entspricht<sup>72</sup>. Das Förderungssystem enthält umso weniger „Reserven“ für nicht grundrechtsrelevante Kürzungen und fehlende Kompensationen für Kostensteigerungen. Es ist vielmehr davon

<sup>70</sup> Zu diesem Zusammenhang BVerfGE 70, 40, 68; 90, 107, 116 (keine Pflicht zur vollen Kostenübernahme); Niehues, Schul- und Prüfungsrecht I (2000), Rn. 306.

<sup>71</sup> Allg. zum Zusammenhang von Grundrechtseingriff und Leistungsentzug etwa Weber-Dürler, VVDStRL 57 (1998), 77 ff.

<sup>72</sup> So explizit für die Zeit seit 1992 VGH Mannheim, Urteile vom 12.1.2000. Az. 9 S 317 und 318/98

auszugehen, dass Kürzungen und fehlende Angleichungen bei gestiegenen Kosten die Gründungsfreiheit, Schulvielfalt und die Einhaltung des Sonderungsverbot zumindest erheblich gefährden. Sie stellen damit im grundrechtlichen Sinne nicht „nur“ die Verweigerung einer Leistung, sondern Eingriffe in den Schutzbereich grundrechtlicher Freiheiten dar. Die verweigerte Anpassung bei steigenden Kosten steht dabei der Kürzung gleich.

Hinzu kommt, dass durch eine oft langfristige Förderung ein Vertrauenstatbestand entsteht. Betroffene müssen sich auf lange Zeit gewährte Förderungen verlassen können. Sie werden sich in der Regel durch vertragliche Vereinbarungen mit den Lehrern und anderem Personal, durch langfristige Kreditverträge und Investitionen rechtlich oder faktisch gebunden haben, wobei die Höhe des staatlichen Zuschusses jeweils die betriebswirtschaftliche Kalkulationsgrundlage für solche Bindungen darstellt. Kürzungen sind schon deshalb – wenn überhaupt – nur nach angemessenen Übergangsfristen möglich<sup>73</sup>.

**Festzuhalten ist: Wenn eine staatliche Förderung die Gründungsfreiheit, Schulvielfalt und Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sichert und es im System angelegt ist, dass der Zuschuss stets nur so hoch ist, dass diese Mindestbedingungen eingehalten werden können, dann stellen die Kürzung der Förderung stets einen Eingriff in die grundrechtliche Garantie des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG dar. Dasselbe gilt für ein „Einfrieren“ der Förderung trotz eindeutig gestiegener und weiter steigender Kosten. Auch dieser Eingriff betrifft nicht lediglich eine institutionelle Garantie bzw. objektive Schutzpflicht, sondern er richtet sich gegen die subjektive Rechtsposition der von der jeweiligen Kürzung Betroffenen. Wie jeder andere Grundrechtseingriff wird die Kürzung oder Nichtanpassung zur Grundrechtsverletzung, wenn sie nicht durch verfassungsrechtliche Gründe gerechtfertigt werden kann. Besteht ein Gebot zur staatlichen Intervention, wenn das Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 nicht mehr wahrgenommen werden kann, so liegt in der Nicht- oder Schlechtwahrnehmung der Intervention gleichfalls ein Grundrechtseingriff<sup>74</sup>.**

Zu fragen ist also, ob unter den geschilderten Bedingungen durch bereits durchgeführte oder geplante Maßnahmen in den Fördergesetzen der Länder ein Grundrechtseingriff in diesem

<sup>73</sup> Ähnlich auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000), Rn. 307; *Kloepfer/Meßerschmidt*, DVBl. 1983, 193.

<sup>74</sup> Dazu ausführlich *Müller/Pieroth/Fohmann*, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, 1982, S. 156ff.

Sinne vorliegt oder droht. Zu fragen ist aber auch, ob fehlende Anpassungen bei steigenden Kosten rechtlich und faktisch auf dasselbe hinauslaufen.

## 2. Eingriffe in die Gründungsfreiheit

Eingriffe in die Gründungsfreiheit drohen ganz allgemein von linearen Kürzungen, denen auch neu gegründete Schulen in der kritischen Phase ihrer Existenz ausgesetzt sind. Unabhängig von bestehenden Wartefristen werden gerade „junge Schulen“ durch lineare Kürzungen besonders getroffen. Auch wenn die „Älteren“ weiter existieren können, gefährden solche Kürzungen daher in besonderer Weise die Gründungsfreiheit.

Eine besondere Rolle bei Kürzungsvorschlägen spielen seit jeher **Wartefristen**, d.h. solche Fristen, in denen die Schulen nach der Neugründung erfolgreich arbeiten müssen, bevor die staatliche Förderung einsetzt. Das BVerfG hat solche Wartefristen zwar grundsätzlich mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht für vereinbar gehalten<sup>75</sup>. Dies geschah aber nicht, um dem Staat Einsparungen zu ermöglichen. Alleiniger Zweck ist vielmehr der Erfolgs- bzw. Bewährungsnachweis. Für die Dauer der Frist und die Art des Erfolgsnachweises hat das BVerfG ausdrücklich ausgeführt, beides dürfe nicht dazu führen, dass die Wartefrist sich als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirke. Allerdings hat es ein erhöhtes finanzielles Engagement auf Seiten der „Gründungseltern“ für zumutbar gehalten.

Allgemein aber gilt: Wartefristen sind **nur** zur Erprobung der Ernsthaftigkeit und der Erfolgsaussichten einer Schulgründung zulässig. Sie dienen grundsätzlich nicht der Ermöglichung von Sparmaßnahmen. Ist der Erfolgsnachweis erbracht, so besteht eine Verpflichtung des Gesetzgebers, – jedenfalls bis auf einen ggf. erhöhten Eigenanteil – der Schule einen nachträglichen Anteil an den Kosten der „Gründungsjahre“ zu erstatten. So gesehen ist der finanzielle Beitrag der „Gründungseltern“ nichts anderes als ein nach erfolgreicher „Probezeit“ der Schule zu kompensierendes Darlehen. Sehen die Landesgesetze eine solche Erstattung nicht vor oder liegt die Wartefrist über der vom BVerfG offensichtlich vorausgesetzten Grenze von drei Jahren, so ist in der Regel davon auszugehen, dass eine verfassungswidrige faktische Errichtungssperre gegeben ist. Auch das Sonderungsverbot gilt vom ersten Tag an. Nicht erstattete verlorene Zuschüsse können in der Regel nur besonders finanzkräftige Eltern leisten. Wartefristen ohne nachträgliche Erstattung verletzen also nicht

---

<sup>75</sup> BVerfGE 90, 107, 117.

nur die Gründungsfreiheit, sondern auch das Sonderungsverbot. Auszugehen ist hierbei stets vom Einzelfall.

Wie mehrfach betont, ist die Gründungsfreiheit keine lediglich institutionelle Garantie, sondern ein höchst individuelles Grundrecht, das dem einzelnen Schulträger zusteht. Dementsprechend entstehen auch die Leistungsrechte und Kompensationspflichten nach Erfüllung der Wartefrist durch den Gründungsakt und die Vorleistungen des konkreten Schulträgers. In die Gründungsfreiheit wird also nicht erst eingegriffen, wenn überhaupt keine Schule mehr gegründet werden kann. Eine Verletzung des konkreten Grundrechts liegt vielmehr bereits dann vor, wenn ein ansonsten erfolgversprechender Gründungsversuch daran scheitert, dass die staatliche Förderung zu spät einsetzt, von unzumutbaren Elternbeiträgen ausgeht oder keinen nachträglichen Ausgleich für die überproportional erbrachten Eigenleistungen ermöglicht.

Ähnliches gilt für Investitionszuschüsse, insbesondere Baukostenzuschüsse, Darlehen usw. Es ist unter heutigen Voraussetzungen davon auszugehen, dass nur finanzkräftige private Schulträger oder oberhalb der „Sonderungsschwelle“ des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG liegende, besonders wohlhabende „Gründungseltern“ die Kosten für den Bau und die Ausstattung einer Schule tragen können. Deshalb hat auch das BVerfG festgestellt, es sei mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbar, bei der staatlichen Finanzhilfe für Ersatzschulen die Kosten für die Beschaffung der erforderlichen Schulräume völlig unberücksichtigt zu lassen (BVerfGE 90, 128).

Ein Eingriff in dieses Grundrecht besteht deshalb aber nicht erst dann, wenn es überhaupt keine Investitionszuschüsse seitens des Staates gibt, sondern auch dann, wenn sich die Höhe oder die Konditionen der Zuschüsse als faktische Errichtungssperre auswirken. Auch insofern gilt: Der Staat muss die Schulträger konkret und individuell so fördern, dass auch unter heutigen Bedingungen Neugründungen möglich bleiben und in die Lage versetzt werden, die „kritische Anfangszeit“ zu überleben.

In diesem Sinne sind alle neueren Vorschläge über die Einführung von Wartefristen, die Streichung von nachträglichen Zuschüssen oder die Begrenzung von Investitionskosten verfassungsrechtlich auf den Prüfstand zu stellen. Erweisen sich solche Vorschläge als Gründungssperre, so sind sie verfassungswidrig. Punktuelle Entlastungen einzelner Eltern, Stipendien usw. reichen hierfür ausdrücklich nicht aus<sup>76</sup>. Das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4

---

<sup>76</sup> So ausdrücklich BVerfGE 90, 107, 119.

Satz 3 GG gilt grundsätzlich auch für die Ausübung der Gründungsfreiheit. Es schließt aus, dass es nur wohlhabenden Eltern möglich ist, Privatschulen zu gründen und damit von ihrer Wahlfreiheit Gebrauch zu machen. Das gilt selbst dann, wenn man (nicht unproblematisch, weil gleichfalls dem Sonderungsverbot widersprechend) unterstellt, den „Gründungseltern“ sei im allgemeinen ein höherer Eigenanteil zumutbar als den Eltern, deren Kinder bereits seit längerem bestehende Freie Schulen besuchen.

Der Eingriff in die Gründungsfreiheit betrifft nicht nur den potentiellen Schulträger, sondern alle gründungswilligen, aber aufgrund mangelnder staatlicher Leistung nicht „gründungsfähigen“ Eltern. Das hat die wichtige Konsequenz der Klage- bzw. Beschwerdebefugnis in allen gerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren.

### **3. Eingriffe in Schulvielfalt und Wahlfreiheit**

Gründungsfreiheit, Schulwahl und Schulvielfalt stehen in einem nicht begründungsbedürftigen inneren Zusammenhang. Das Gebot der Schulvielfalt wird nur dann beachtet, wenn von der Gründungsfreiheit noch Gebrauch gemacht werden kann.

Umgekehrt gilt allerdings, dass die Schulvielfalt nicht bereits dann verletzt ist, wenn eine einzelne Schule – insbesondere aus „hausgemachten“ Gründen - gefährdet ist oder sogar geschlossen werden muss. Anders verhält es sich aber, wenn ein ganzer Schultyp mangels Förderung in seiner Existenz bedroht ist<sup>77</sup> oder wenn die Gefährdung externe oder strukturelle Gründe hat und es die eine Schule nur früher trifft als die andere. Dann kann auch das Ende einer einzelnen Schule Indiz für eine Verletzung der Förderungspflicht insgesamt sein.

Entscheidend ist auch insofern, dass die Schulvielfalt nicht nur objektives Gebot oder institutionelle Garantie ist, sondern auch eine subjektive Komponente (Recht einzelner Eltern auf Wahlfreiheit und Vielfalt) hat. Unterschreitet die staatliche Förderung ein Maß, das diese Schulvielfalt gefährdet, dann ist nicht nur eine etwaige Institutsgarantie verletzt, sondern es liegt auch ein Eingriff in konkrete Grundrechte einzelner Betroffener vor. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ein bestimmter Schultyp nicht mehr zur Verfügung steht. Ausnahmen gut situerter Schulen und Eltern haben hierbei außer Betracht zu bleiben.

---

<sup>77</sup> So auch VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 – zitiert nach JURIS Nr. MWRE 101210000.

#### 4. Grundrechtseingriff durch nicht hinreichenden Ausgleich für Sonderungsverbot und andere Genehmigungsvoraussetzungen

Aus dem zuvor Gesagten folgt, dass eine Verletzung sowohl der institutionellen Gewährleistung als auch des individuellen Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG vorliegt, wenn die staatlichen Fördermittel nicht ausreichen und die Schule unter dauerhafter Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen zu gründen und zu betreiben.

Während die übrigen Eingriffe in Grundrechtspositionen aus Art. 7 Abs. 4 GG im Zusammenhang von staatlichen Fördermaßnahmen nur sehr einzelfallbezogen sind und die Rechtsprechung insofern große Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers betont, ist der Verstoß gegen die staatliche Ausgleichspflicht im Zusammenhang mit dem „Sonderungsverbot“ im Grunde genommen sehr einfach und mathematisch genau zu bestimmen. Ein solcher Eingriff liegt vor, wenn die Fördermaßnahmen allgemein oder konkret nicht ausreichen, um eine Schule oder einen bestimmten Schultyp zu betreiben, ohne dass **Schulgelder** erhoben werden, die vom „Normalbürger“ nicht bezahlt werden können. Die „Meßlatte“ muss jedenfalls unter dem durch das BVerfG 1994 als verfassungswidrig bezeichneten Betrag von seinerzeit DM 170,-- pro Monat pro Kind, also bei etwas DM 150,--= ca. 76 € liegen<sup>78</sup>. Dieser Betrag muss nur – obwohl auch das nicht unproblematisch ist<sup>79</sup> – um die Steigerungszahlen der Lebenshaltungskosten seither erhöht werden. Dann besteht ein Anhaltspunkt dafür, was die Schulen an Schulgeldern einzunehmen berechtigt sind und was der Staat als zumutbare Eigenbeteiligung voraussetzen darf. Wie noch im einzelnen nachzuweisen sein wird, stehen außer Schulgeld und staatlichen Fördermitteln weitere Finanzquellen in aller Regel nicht (mehr) zur Verfügung. Insbesondere darf sich die Schulförderung nicht an einem wie auch immer „herkömmlichen“ Bild der Ersatzschule und damit an dem heutigen Ausnahmefall solcher Schulen orientieren, die entweder durch versteckte Schulgelder in Höhe von hohen Spenden oder durch Eigenbeiträge von Kirchen, Gewerkschaften und ähnlichen Vereinigungen gesichert sind.

---

<sup>78</sup> Das durch das *Bundesverfassungsgericht* bestätigte Sonderungsverbot ist nach der Entscheidung BVerfGE 90, 107, 119 aus dem Jahr 1994 bereits deutlich verletzt, wenn Schulgelder von monatlich DM 170 bis 190 je Kind und Monat überschritten werden. Die verfassungsrechtlich hinnehmbare Grenze dürfte damals also bei etwa DM 150,--gelegen haben.

<sup>79</sup> Eltern scheinen gerade bei gestiegenen Lebenshaltungskosten eher überproportional zusätzliche Ausbildungskosten für die Kinder.

Veränderungen haben sich auch im Hinblick auf das **Mindestgehalt der Lehrer** ergeben. Mag es in den vergangenen Jahrzehnten möglich gewesen sein, engagierte Lehrer auch dann für die Freien Schulen zu interessieren, wenn die im staatlichen Schuldienst erreichbaren Gehälter nicht gezahlt werden konnten, so zeigt schon die derzeitige Spannungslage auf dem „Arbeitsmarkt“, dass die Freien Schulen in existentielle Bedrohung geraten, wenn sie im Hinblick auf Bezahlung, Versorgung usw. den Lehrern nicht dieselben Bedingungen bieten können wie die staatlichen Schulen. Ein „eingefrorener“ oder sinkender Personalzuschuss ist unter diesen Voraussetzungen stets als Grundrechtseingriff zu werten. Die fehlende Förderung schlägt hier bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Sonderungsverbots in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und des Sicherungsgebots bez. der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrer in Satz 4 derselben Vorschrift in eine faktische Gefährdung der institutionellen Existenz, aber auch in eine Gefährdung jeder einzelnen Schule um.

**Es bleibt festzuhalten: Es stellt eine Existenzbedrohung der Freien Schulen insgesamt und einen Eingriff in die individuelle Privatschulfreiheit dar, wenn staatliche Kürzungsmaßnahmen dazu führen, dass eine Schule nur noch unter Inkaufnahme eines Verstoßes gegen das Sonderungsverbot durch nur von wohlhabenden Eltern aufzubringende Schulgelder betrieben werden kann oder Lehrergehälter gezahlt werden müssen, die die wirtschaftliche und rechtliche Existenz der Lehrer i.S. von Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG nicht mehr hinreichend sichern.**

## **5. Verletzung der institutionellen Garantie**

Wie oben dargelegt, können diejenigen, die in Art. 7 Abs. 4 GG nur eine institutionelle Garantie sehen, sich jedenfalls nicht auf die maßgebliche Entscheidung des BVerfG vom 9.3.1994<sup>80</sup> berufen. In dieser Entscheidung hat das BVerfG die ältere Rechtsprechung zur Garantie der Privatschule als Institution<sup>81</sup> nur kurz erwähnt und es ausdrücklich offen gelassen, welche Rechte sich aus dieser Garantie „als Institution“ ergeben.

Immerhin führt das Gericht aus:

---

<sup>80</sup> BVerfGE 90, 107, 117.

<sup>81</sup> Unter Hinweis auf BVerfGE 6, 309, 375; 75, 40, 61.

*„Jedenfalls muss der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden kann.“*

Das Gericht verbindet hier also in auffälliger Deutlichkeit die institutionelle und die individualrechtliche Deutung des Grundrechts.

Ungeachtet dessen kann auch eine institutionelle Garantie in verfassungswidriger Weise verletzt werden. Wann das im Falle der Privatschulfreiheit exakt der Fall ist, hat das BVerfG – abgesehen von der zitierten Formulierung – immer offen gelassen<sup>82</sup>. So steht lediglich fest, dass es einen „Umschlag“ von einer grundrechtsirrelevanten Förderungspraxis in eine Verletzung der institutionellen Garantie geben kann.

Die sich auf BVerfGE 75, 40, 61f. berufenden Gerichte machen sich allerdings wenig Mühe damit, den exakten Punkt dieses „Umschlags“ festzustellen. In der Regel begnügen sie sich mit Formulierungen wie, eine Verletzung der institutionellen Garantie „liege jedenfalls noch nicht vor“. Es folgen dann in der Regel die bekannten „Leerformeln“ von der „nur dem Grunde, nicht der Höhe nach bestehenden Förderungspflicht“<sup>83</sup>, dem „Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“ oder die Zurückdrängung der institutionellen Garantie auf eine Garantie eines wie auch immer gearteten, jedenfalls im zu entscheidenden Fall noch nicht gefährdeten Existenzminimums<sup>84</sup>. Desgleichen wird auf Formeln wie „nicht ganz ungeeignet oder völlig unzulänglich“ aus anderen Urteilen des BVerfG<sup>85</sup> Bezug genommen.

Das alles kann aber nicht vergessen machen, dass es sehr wohl konkrete Schwellen staatlicher Tätigkeit gibt, jenseits derer auch ein als institutionelle Garantie verengt interpretiertes Recht verletzt sein kann<sup>86</sup>. Den „Schlüssel“ bietet hier wiederum der Bezug auf Gründungsfreiheit, Schulvielfalt und Sonderungsverbot: Kann eine Schule oder können Schulen insgesamt nicht zu verfassungsrechtlichen Bedingungen gegründet werden oder existieren, dann liegt darin eben die Verletzung der Garantie der Institution. Eine weitere Herabstufung der Schwelle auf

<sup>82</sup> So auch *Robbers*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG I (1999), Art. 7 Rn. 165ff., 174.

<sup>83</sup> So SächsVerfGH, DÖV 1997, 205.

<sup>84</sup> So LVerfG MV, DBVl. 2001, 1753; BVerfG, KammerE vom 4.3.1997, JURIS Nr. KVRE 272709701; im Grunde genommen auch VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 – JURIS Nr. MWRE 101210000 –, dort freilich bezogen nicht auf die Existenz des Ersatzschulwesens insgesamt, sondern auf einen bestimmten Schultyp. Kritisch zur Rechtsprechung *Vogel*, RuS 2002, S. 6.

<sup>85</sup> Vgl. etwa BVerfGE 88, 203, 262.

<sup>86</sup> Dazu *Hesse*, FS Mahrenholz (1994), 541ff., 549; *Murswiek*, HdbStR § 112, Rn. 99; *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), 464.

ein noch darunter liegendes Minimum oder völlig ungeeignete oder unzulängliche Maßnahmen ist dann nicht mehr möglich. Das Existenzminimum bzw. die untere Existenzgrenze ist dann bereits erreicht. So gibt es einen Punkt in der Höhe und der Struktur staatlicher Finanzierung, an dem jene Mindestgarantie unterschritten ist und damit die Regelung objektiv verfassungswidrig ist. Dieser Punkt ist erreicht, wenn keine neuen Schulen gegründet werden können und/oder existierende Schulen auf ein Schulgeld angewiesen sind, dessen Höhe gegen das Sonderungsverbot verstößt. Schon aus dem Gebot der Schulvielfalt und der Gründungsfreiheit ergibt sich dabei, dass die Institutsgarantie nicht erst verletzt ist, wenn insgesamt keine in „privater“, d.h. nichtöffentlicher Trägerschaft stehenden Schulen mehr gegründet und betrieben werden können, sondern bereits dann, wenn dies für einen bestimmten Schultyp der Fall ist.

Maßstab sowohl für die individuelle als auch für die institutionelle Garantie ist also auch hier die „Einhaltbarkeit“ der Genehmigungsvoraussetzungen in Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG. Ungeachtet immer möglicher Sonderfälle liegt eine Verletzung der institutionellen Garantie vor, wenn Schulen nur dann gegründet werden oder weiter existieren können, wenn das Schulgeld oberhalb einer schon im vorigen Kapitel genannten Grenze liegen, die das BVerfG für das Jahr 1994 mit DM 170,-- bis DM 190,-- pro Monat pro Kind relativ exakt angegeben hat. Es scheint plausibel, dies auf einen Förderungsanteil von mindestens 80 % - 85% (gemessen an den Kosten eines „staatlichen Schülers“) umzurechnen, denn der verbleibende Eigenanteil von 15 bis 20 % entspricht insgesamt etwa der Höhe des nach der zitierten Entscheidung des BVerfG zulässigen Schulgelds<sup>87</sup>.

Unzulässig ist es dagegen, noch unterhalb der genannten Zahlen nach weiteren Schwellen zu suchen und Verletzungen der institutionellen Garantie erst bei Berührung von „Kernbereichen“, „Minimalgarantien“, „Existenzminima“ usw. anzunehmen. Mit den geschilderten Existenzbedingungen ist – um es nochmals zu betonen - **zugleich** der Kern und das Minimum der Garantie aus Art. 7 Abs. 4 GG bereits erreicht. Ein darunter liegendes Minimum oder darüber hinaus gehender Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers kommen nicht mehr in Betracht.

Ist die Institutionsgarantie verletzt, dann steht auch fest, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überschritten ist. Einer Verfassungsklage kann dann nicht mehr entgegen ge-

---

<sup>87</sup> Dazu *Vogel*, RuS 2002, 7.

halten werden, der Gesetzgeber habe bei der Erfüllung der Einstandspflicht einen Gestaltungsspielraum.

## 6. Verletzung der objektiven Schutzpflicht

Steht bei der Verletzung der institutionellen Garantie die Einrichtung als Ganzes im Vordergrund, so richtet sich die staatliche Schutzpflicht wiederum auf den einzelnen Grundrechtsträger.

Schutzpflichten hat das BVerfG aus einer ganzen Reihe von Grundrechten abgeleitet, selbst im „Paradefall“ des Art. 2 Abs. 2 GG aber selten dazu Stellung genommen, wann eine solche Schutzpflicht verletzt ist<sup>88</sup>.

Das hindert aber nicht daran, auch im Fall der Schutzpflicht für die Freiheitsgewähr aus Art. 7 Abs. 4 GG konkrete Schwellen festzustellen, unterhalb deren jedenfalls eine Verletzung der Schutzpflicht vorliegt. Auch das ist keine verfassungspolitische Kalkulation, sondern Aufgabe ganz gewöhnlicher Verfassungsinterpretation<sup>89</sup>. Danach ist eine Schutzpflicht für eine Grundrechtsposition jedenfalls dann verletzt, wenn die geschützte Grundrechtsposition nicht oder nicht mehr wahrgenommen werden kann. Besteht demnach eine Schutzpflicht des Staates für die Gründungsfreiheit von Freien Schulen, so ist diese verletzt, wenn unter den gegebenen Bedingungen keine Neugründungen mehr möglich sind. Trifft den Staat die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Existenz freier Schulen unter Einhaltung des Sonderungsverbots möglich ist und möglich bleibt, so ist diese Pflicht ohne weiteres verletzt, wenn Freie Schulen nur noch unter Inkaufnahme von nicht verfassungskonformen Schulgeldern aufrecht erhalten bleiben können.

Die für die Verletzung einer Schutzpflicht maßgebliche Betrachtungsebene ist also nicht etwa diejenige des Grundrechtsadressaten. Es ist weder entscheidend, ob dieser „überhaupt keine“ oder „gänzlich ungeeignete“ oder „unzulängliche“ Maßnahmen getroffen hat, um der Schutzpflicht Genüge zu tun<sup>90</sup>. Auch ist es für die Erfüllung der Schutzpflicht völlig irrelevant, ob

<sup>88</sup> Anders in BVerfGE 39, 1 und 88, 203, 253 – Abtreibung.

<sup>89</sup> Hesse, FS Mahrenholz (1994), S. 541ff., 545.

<sup>90</sup> So aber BVerfGE 92, 25, 46.

der Staat sich konsequent oder widersprüchlich verhält<sup>91</sup>. Maßgeblich ist ausschließlich die Ebene des Grundrechtsbegünstigten: Kann dieser grundrechtlich gewährleistete Positionen nicht mehr wahrnehmen, so ist schon damit erwiesen, dass staatliche Maßnahmen unzulänglich sind.

Die Komplexität der Frage: „Verletzung des Grundrechtstatbestands?“ löst sich also auf: Die Schutzpflicht **ist** verletzt, wenn das Grundrecht durch den einzelnen Grundrechtsträger nicht mehr wahrgenommen werden kann. Hier hat der Staat nicht das Erforderliche veranlasst, um seiner Garantenstellung für die Wahrnehmung des Grundrechts gerecht zu werden. Er hat das „Untermaßverbot“ verletzt<sup>92</sup>. Wertungs- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers bestehen unterhalb dieser Schwelle dann nicht mehr. Eine entsprechende gesetzgeberische Lösung ist verfassungswidrig<sup>93</sup>.

**Teilergebnis: Bei der Erfüllung der Schutzpflicht hat der Gesetzgeber zwar einen Spielraum, dieser ist aber seinerseits begrenzt. Die Schutzpflicht ist verletzt, wenn Freie Schulen nicht mehr gegründet werden oder faktisch nicht mehr ohne Verstoß gegen die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG betrieben werden können. Eine Verletzung kommt auch in Betracht, wenn der Gesetzgeber ohne Beachtung seiner Schutzpflicht allein die Wahrung anderer Ziele, z.B. des staatlichen Bildungswesens oder Haushaltsaspekte, verfolgt.**

## 7. Konsequenzen für das Individualgrundrecht

In den beiden frühen Schulfinanzierungsurteilen des Bundesverwaltungsgerichts<sup>94</sup> sowie in der Entscheidung des BVerfG aus dem Frühjahr 1994<sup>95</sup> tritt gegenüber der institutionellen Garantie der Schutz individueller Freiheit klar hervor. Ist die Institution gefährdet, dann liegt

<sup>91</sup> Berkemann, RdJB, 1987, 397.

<sup>92</sup> Dazu dissenting vote Mahrenholz/Sommer, BVerfGE 88, 338, 342; allgemein auch Isensee, HdbStR § 111, Rn. 5.

<sup>93</sup> Ähnlich Möstl, DÖV 1998, 1029. Kritisch zum Untermaßverbot Michael, JuS 2001, 148; Schlink, FS 50 Jahre BVerfG (2001) II, S. 445ff.; allg. zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei Verwirklichung einer Schutzpflicht noch BVerfG (KammerE), NJW 1996, 651 – Ozonalarm; BVerfG (KammerE), NJW 1996, 651 – Höchstgeschwindigkeit; BVerwG, NJW 1996, 1297 – Rauchverbot auf Inlandsflügen; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (1987), S. 43ff.; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996); Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997); Jarass (Fn. 55), S. 35ff.

<sup>94</sup> BVerwGE 23, 347 und 360.

<sup>95</sup> BVerfGE 90, 107, 114.

darin auch ein Eingriff in das individuelle Grundrecht. Der Staat hat Vorkehrungen zu treffen, damit das Grundrecht auch subjektiv ausgeübt werden kann.

Diese Verbindung von institutioneller und individueller, von subjektiver und objektiver Garantie wird auch in anderen Bereichen immer wieder deutlich; so etwa, wenn in der Rechtsprechung zur Wissenschaftsfreiheit vom Recht des einzelnen Wissenschaftlers auf solche staatlichen Maßnahmen die Rede ist, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Frei-raums unerlässlich sind<sup>96</sup> oder wenn im Mitbestimmungsurteil<sup>97</sup> davon die Rede ist, dass Grundrechte in den besonders gefährdeten Bereichen menschlicher Freiheit durch den Staat zu sichern sind. Objektive Verpflichtungen bestehen also immer um der subjektiven Verpflichtung willen; die Institution ist geschützt, weil das Individuum geschützt ist. In einer groß angelegten Habilitationsschrift wurde erst kürzlich herausgearbeitet, dass der Kern staatlicher Einrichtungs- und Institutsgarantien letztlich immer der Schutz der in den Einrichtungen handelnden Individuen und deren Autonomie sind<sup>98</sup>

Dagegen vermittelt die neuere Rechtsprechung zur Förderungspflicht gegenüber Freien Schulen eher den Eindruck, dass die institutionelle und objektive Grundrechtssicht die individuelle und subjektive verdrängt hat. Dem hat auch das BVerfG mit seiner starken Betonung des Schutzes des „Ersatzschulwesens als Institution“ Vorschub geleistet.

Es lag auf der Hand, dass das BVerfG damit einen willkommenen Anlass bot, die subjektiven Schutzansprüche gegenüber den „nur institutionellen“ und damit kaum fassbaren objektiven Schutzverpflichtungen hervorzuheben und den Staat damit insgesamt aus seiner Verpflichtung zur Wahrung der Gründungsfreiheit und der Schulvielfalt zu entlassen.

Demgegenüber ist festzustellen, dass subjektive und objektive, individuelle und institutionelle Grundrechtsfunktion gerade im Fall der Förderung Freier Schulen eng zusammenhängen. Zwar ist es richtig, dass nicht in jedem Einzelfall aus der Verletzung institutioneller Verpflichtungen auch subjektive Handlungspflichten folgen. So kann es durchaus sein, dass die Institution der Freien Schulen insgesamt in verfassungswidriger Weise gefährdet ist, obwohl gleichzeitig einzelne gut situierte Freie Schulen durchaus unter Beachtung der

---

<sup>96</sup> BVerfGE 35, 79, 115.

<sup>97</sup> BVerfGE 50, 337.

<sup>98</sup> Ute Mager, *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts* (2003).

Genehmigungsvoraussetzungen fortexistieren können, insofern individualrechtlich also nicht betroffen sind. Umgekehrt kann der Gesetzgeber gegenüber einer Gruppe von Schulen verfassungsrechtlich verbürgte Individualansprüche verletzen, ohne dass deshalb bereits eine Gefährdung der Institution als solcher droht.

Insgesamt aber besteht ein komplementäres Verhältnis von individueller und institutioneller Gefährdung. Verletzt der Gesetzgeber seine objektiven Handlungspflichten, so ist in der Regel davon auszugehen, dass alle davon betroffenen Grundrechtsträger auch im individualrechtlichen Sinne verletzt sind. Deshalb ist es unzulässig, individualrechtliche Positionen schon deshalb auszuschließen, weil das Grundrecht „nur“ eine institutionelle Komponente habe.

Daraus folgt: Die vor allem in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe erkennbare Tendenz, die institutionelle und objektive Deutung des Grundrechts als Vorwand für eine Entlassung des Staates aus seiner Grundrechtsgewährleistungspflicht zu nehmen, ist daher weder grundrechtsdogmatisch noch vor dem Hintergrund von Art. 7 Abs. 4 GG haltbar. Wenn es auch richtig ist, dass nicht jede institutionelle Grundrechtsverletzung **zugleich** eine individuelle Garantie verletzt, so gilt umgekehrt jedenfalls, dass die individuelle Grundrechtsposition verletzt ist, wenn der Einzelne von der Gründungsfreiheit und der Wahlfreiheit nicht mehr Gebrauch machen kann oder wenn der Ausgleichsanspruch für das Erfüllen der Genehmigungsvoraussetzungen nicht mehr durch den Gesetzgeber beachtet wird. Auf die Gefährdung des Ersatzschulwesens als Institution kommt es insofern nicht an. Liegt eine solche Gefährdung aber vor, dann ist dies erst recht ein Indiz dafür, dass auch individuelle Grundrechtspositionen durch den Gesetzgeber missachtet werden.

Zu beachten ist auch der „**Effekt der Kumulation**“. Setzt der Staat durch Subventionierung eigener öffentlicher Schulen, durch erhöhte Anforderungen an die Genehmigungsvoraussetzungen, durch Verbesserung der Bezahlung seiner eigenen Lehrkräfte und durch das Sonderungsverbot selbst erschwerte Bedingungen für die fortbestehende Wahrnehmbarkeit des Grundrechts, so hat er diese summierten Grundrechtseingriffe durch entsprechende staatliche Leistungen auszugleichen<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Zum kumulativen oder additiven Grundrechtseingriff allg. *Hufen*, VVDStRL 57 (1998), 131 (Disk.); *Lücke*, DVBl. 2001, 1469.

**Zusammenfassend: Die institutionelle und objektive Förderungspflicht des Staates zugunsten der Freien Schulen besteht zwar unabhängig von subjektiven Ansprüchen. Der Vorwurf der Verletzung objektiver Pflichten kann nicht mit dem Argument ausgeräumt werden, dass der Einzelne keinen Anspruch auf Förderung in bestimmter Höhe habe. Wird aber eine Verletzung der objektiven und institutionellen Pflicht festgestellt, so wirken sich die Rechtsfolgen individualrechtlich (Verletzung der individuellen Gründungsfreiheit, Wahlfreiheit und Kompensationsansprüche) aus, wenn die jeweils beschwerdeführende Schule konkret von einer Verletzung der objektiven Schutzpflicht betroffen ist.**

**Ein individueller Anspruch besteht jedenfalls insoweit, als Zuschüsse gewährleisten müssen, dass Schulen gegründet und die Genehmigungsvoraussetzungen dauerhaft eingehalten werden können. Ist das nicht der Fall, dann kann der einzelne Grundrechtsträger nicht mit dem Argument zurückgewiesen werden, dass das „Ersatzschulwesen“ als Ganzes (noch) nicht gefährdet ist oder dass Schulen vom gleichen Schultyp deshalb fortexistieren können, weil sie auf andere Finanzquellen zurückgreifen können.**

## **8. Verletzung des Gleichheitsgebots in Bezug auf öffentliche Schulen**

Wie das BVerfG mehrfach hervorgehoben hat, ist die anteilmäßige Ausrichtung der Zuschüsse Freier Schulen an den entsprechenden staatlichen Schulkosten zulässig<sup>100</sup>. Ebenso zulässig soll es sein, bestimmte institutionelle Kosten nicht in Anschlag zu bringen, weil diese in der Regel bei Freien Schulen nicht anfallen.

Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber auch im Rahmen des Art. 7 Abs. 4 GG i.V. m. Art. 3 GG einen Gestaltungsspielraum für die Bemessung der staatlichen Zuschüsse. Äußere Grenze ist hier lediglich die Wahrnehmbarkeit der grundrechtlichen Garantie.

Allerdings ist der Gesetzgeber auch an den Gleichheitssatz gebunden. Erfüllung des Gleichheitssatzes heißt hier vor allem „Systemgerechtigkeit“. Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine prozentuale Bemessung der Zuschüsse an Hand der Kosten entsprechender „staatlicher Schüler“, so heißt dies sogleich, dass es unzulässig ist, bestimmte Kosten bei der Bemessung

---

<sup>100</sup> BVerfGE 90, 128, 144; zuletzt etwa VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 – zitiert nach JURIS Nr. MWRE 1012100009.

„herauszurechnen“, soweit diese auch bei den Freien Schulen anfallen. So wäre es – um nur ein Beispiel zu nennen – unzulässig, auf die erhöhten staatlichen Versorgungsmaßnahmen gegenüber den Lehrkräften hinzuweisen, wenn gleich belastende Versorgungsansprüche gegenüber den Freien Schulen entweder unmittelbar entstehen oder durch Arbeitnehmeranteile zur Altersversorgung erbracht werden müssen. Auch ist es unzulässig, den im staatlichen Schulbereich erforderlichen Verwaltungsaufwand gänzlich unberücksichtigt zu lassen, wenn auch im Bereich Freier Schulen durchaus entsprechende Verwaltungskosten entstehen.

Wie schon diese Beispiele zeigen, bedarf die verfassungsrechtliche Beurteilung der konkreten Auswirkungen des Gleichbehandlungsgebots aber erheblicher finanzwissenschaftlicher Untersuchungen. Entsprechende verfassungsrechtliche Konsequenzen können und sollen daher erst dann gezogen werden, wenn entsprechende konkrete Zahlen vorliegen.

## 9. Verletzung der Gleichbehandlungspflicht Freier Schulen untereinander

Durch den Gleichheitssatz ist der Staat ganz allgemein nicht nur verpflichtet, gleiche Tatbestände nicht ungleich zu behandeln; Art. 3 GG verwehrt es ihm auch, ungleiche Tatbestände gleich zu behandeln<sup>101</sup>.

Wie oben dargelegt, ist der Staat keineswegs gezwungen, bei der Bemessung seiner Förderung die „Gießkanne“ zum alleinigen Verteilungsmaßstab der Förderungsbeträge zu machen. Differenzieren darf er z.B. nach der Finanzkraft der hinter den Schulen stehenden Träger, nach dem konkreten Finanzbedarf und vor allem auch nach dem Beitrag der einzelnen Schule zur Schulvielfalt, d.h. nach der „innovativen Kompetenz“ der jeweiligen Schule. Privatschulen sind keinesfalls einheitlich; sie sind auch nicht einheitlich innovativ<sup>102</sup>. Besondere Investitionszuschüsse für Schulen besonderer Prägung entsprechen daher – jedenfalls, solange die besondere Prägung besteht – durchaus der Intention von Art. 7 Abs. 4 GG und dem Gleichheitssatz.

Im Einzelfall bedeutet dies, dass die Nivellierung der Zuschüsse auch gegenüber Freien Schulen von besonderer Prägung oder besonderer innovativer Kompetenz als Verstoß gegen das Verbot der Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände verfassungswidrig sein kann. Dieses Verbot besteht auch gegenüber neu zu errichtenden Schulen. Werden diese auf einen Standardsatz zurückgeführt<sup>103</sup>, ohne dass der „neugründungsspezifische“ Investitionsbedarf berücksichtigt wird, so kann das zu einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und zu einer faktischen Neuerrichtungssperre führen.

**Teilergebnis: Der Gesetzgeber überschreitet seinen Gestaltungsspielraum, wenn er ungeachtet Art. 3 GG gleichartige Fälle ungleich behandelt. Er überschreitet seinen Gestaltungsspielraum aber auch, wenn er Freie Schulen ohne Berücksichtigung von für die Förderung maßgeblichen Unterschieden schematisch gleich behandelt. Zu beachten sind auch der Beitrag zur Schulvielfalt und zur bildungspolitischen Innovation.**

<sup>101</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfGE 72, 141, 150; 84, 133, 158; 98, 365, 385.

<sup>102</sup> So zutreffend *Richter*, in FS *J.-P. Vogel* (1998), S. 17, 21.

<sup>103</sup> Vgl. den viel diskutierten Regelungsvorschlag in Hessen.

## **IV. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung einzelner Rechtfertigungsversuche für Kürzungsmaßnahmen**

### **1. Allgemeines**

Liegt ein Eingriff in ein Grundrecht vor, so kann dieser dennoch durch vorbehaltene gesetzliche Schranken oder durch Verfassungsgüter gerechtfertigt sein. Das gilt auch bei Eingriffen in die Gründungs- oder Wahlfreiheit durch Unterfinanzierung.

Gleichwohl „passt“ das geläufige Schranken – und Rechtfertigungsschema der Grundrechtsdogmatik für die hier behandelte Fragestellung nicht. Zum einen geht es nicht um Grundrechtsschranken im klassischen Sinne. Zum anderen lässt sich eine festgestellte Verletzung der individuellen, der institutionellen Garantie oder der staatlichen Schutzpflicht nicht mehr „rechtfertigen“, weil der Grundrechtsverstoß bereits feststeht, wenn sich unter den gegebenen Bedingungen das Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 GG nicht mehr wahrnehmen lässt. Nach der zuvor klarzustellenden Reichweite des Gesetzesvorbehalts kann es also in der Folge nur darum gehen, die in der Rechtsprechung entwickelten und mit eigentümlicher Monotonie wiederholten Begründungsformeln auf den Prüfstand zu stellen, mit denen Kürzungen der Förderung Freier Schulen landläufig begründet werden.

### **2. Gesetzesvorbehalt**

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die staatlichen Fördermaßnahmen für die Grundrechtsausübung im Bereich von Art. 7 Abs. 4 GG von wesentlicher Bedeutung sind. Dem hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass die Grundlagen, Maßstäbe und Voraussetzungen staatlicher Förderung in den Landesgesetzen geregelt sind.

Aus der „Wesentlichkeitstheorie“ und der Deutung der Frage für die reale Grundrechtsausübung folgt aber auch, dass Kürzungen nicht der Exekutive überlassen bleiben dürfen, sondern gleichfalls unter Gesetzesvorbehalt stehen. Insbesondere darf das Gesetz keinen Kürzungsspielraum für die – oft der öffentlichen „Konkurrenz“ verpflichtete – Exekutive bieten. Kürzungen müssen also mindestens dem Haushaltsgesetzgeber vorbehalten bleiben.

Verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar ist es auch, wenn die eigentliche gesetzliche Regelung den verfassungsrechtlichen Mindestrahmen unterschreitet, die Lage aber durch exekutive Ausgleichsmaßnahmen wie freiwillige Leistungen, Härtefallregelungen, Stipendien usw. „erträglich“ gestaltet wird. Das hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom April 1994<sup>104</sup> klar zum Ausdruck gebracht, als es die „bayerische Lösung“, in der die überlangen Wartefristen durch „freiwillige Leistungen“ als kompensiert bezeichnet wurden, für verfassungsrechtlich bedenklich gehalten hat. Maßgebliche Gesichtspunkte sind hier nicht nur die Verlässlichkeit der Maßnahmen, sondern der Gesetzesvorbehalt für grundrechtsrelevante Staatsentscheidungen und die denkbare Befangenheit exekutiver Behörden gegenüber den Freien Schulen. Auch bei Kürzungen wird dem Gesetzesvorbehalt also nur dann Rechnung getragen, wenn die wesentlichen Aspekte, insbesondere Maßstäbe, Voraussetzungen und effektive Kürzungserfolge im Gesetz erkennbar geregelt sind.

### **3. Finanzlage der Länder/Vorbehalt des Möglichen**

Ohne Zweifel stellen die Finanzprobleme der Länder zumindest faktisch den wesentlichen Hintergrund und die maßgebliche Begründung für Kürzungsmaßnahmen gegenüber Freien Schulen dar. Es ist aber fraglich, ob allein unter Hinweis auf budgetäre Probleme und den „Vorbehalt des Möglichen“ ein Eingriff in die Substanz der Privatschulförderung gerechtfertigt werden kann.

Wie oben dargelegt, hat das BVerfG den „Vorbehalt des Möglichen“ und damit den Hinweis auf die Haushaltsknappheit und die Erfüllung anderer wichtiger Staatsaufgaben in nahezu allen Privatschulurteilen selbst ins Spiel gebracht<sup>105</sup>. Kann der Gesetzgeber den konkreten Leistungsanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers selbst bestimmen, dann soll es auch möglich sein, dass er den Finanzrahmen an den zur Verfügung stehenden Mitteln und der Notwendigkeit der Erfüllung auch anderer staatlicher Aufgaben ausrichtet.

Es kann daher nicht verwundern, dass gerade in jüngerer Zeit die Gerichte den „Vorbehalt des Möglichen“ zunehmend betonen<sup>106</sup>. Dabei wird das Argument aus seinen ursprünglichen Begründungszusammenhängen gelöst und völlig abstrakt zur Rechtfertigung jeglicher Kür-

<sup>104</sup> BVerfGE 90, 107, 124

<sup>105</sup> BVerfGE 33, 303, 333 – Numerus clausus; 75, 40, 68; 90, 107, 116f.; dazu *Jach*, FS *Vogel* (1998), S. 76, 92.

<sup>106</sup> LVerfG MV, DVBl. 2001, 1753; BayVG, VGHE 48, 33.

zung – unabhängig von deren Folgen – eingesetzt. Der Einzelne könne von der Gemeinschaft eben nur das verlangen, was finanziell möglich sei. Der Staat habe auch den anderen Belangen und dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht Rechnung zu tragen. In Zeiten „knapper Kassen“ müssten sich daher auch die Privatschulen nach der insgesamt kürzer gewordenen Decke strecken.

In dieser Undifferenziertheit verkennen die Gerichte mit dieser Formulierung allerdings die Besonderheiten des Art. 7 Abs. 4 GG. Kennzeichnend ist bereits, dass sich auch das BVerfG auf das „Numerus clausus-Urteil“<sup>107</sup> beruft, in dem erstmals der „Vorbehalt des Möglichen“ dem Vorwurf grenzenlosen Anspruchsdenkens entgegen gehalten wurde. Seinerzeit ging es um die Ableitung originärer Teilhabeansprüche unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 12 GG und es galt klarzustellen, dass der einzelne Grundrechtsträger keinen unbegrenzten Anspruch auf Ausweitung der Universitätskapazitäten – etwa im Fach Zahnmedizin – aus Art. 12 GG ableiten konnte.

Wie oben dargelegt, liegen die Voraussetzungen und grundrechtsdogmatischen Gründe bei den Ansprüchen und Schutzpflichten aus Art. 7 Abs. 4 GG aber ganz anders. Hier dient die Förderung letztlich dem Ausgleich für staatlich gesetzte Schutzbereichsvoraussetzungen und Eingriffe, die der Einzelne nicht beeinflussen kann und die die Wahrnehmung des Freiheitsrechts unmöglich machen würden, fände kein staatlicher Ausgleich in diesem Sinne statt. Schon daraus wird deutlich, dass der „Vorbehalt des Möglichen“ und damit auch die Finanzlage der Länder zumindest dann kein Argument für Kürzungen sein kann, wenn diese Kürzungen in die grundrechtswesentliche Substanz der Förderung eingreifen.

Das gilt um so mehr, als sich die Freien Schulen in der Regel durch langfristige Bindungen selbst auf bestimmte staatliche Fördermaßnahmen eingerichtet haben. So können sie nicht etwa vertragliche Verpflichtungen gegenüber Lehrern einfach kündigen, weil die staatlichen Mittel zu deren Erfüllung fehlen<sup>108</sup>. Auch die Haushaltssperre darf das oben herausgearbeitete Existenzminimum nicht unterschreiten – ein Existenzminimum, das mit der Existenzmöglichkeit identisch ist. Sinn der institutionellen Garantie ist es gerade, die Institution der Freien Schulen auch dann in ihrer Existenz zu schützen, wenn es dem Gesetzgeber aus welchen Gründen auch immer nicht konveniert, die Existenz der Institution zu sichern. Der Vorbehalt des Möglichen kann daher eine Existenzgefährdung nicht rechtfertigen. Das gilt zumindest

---

<sup>107</sup> BVerfGE 33, 303, 333 - aufgenommen jeweils in BVerfGE 75, 40, 68; 90, 107, 116

<sup>108</sup> So zu Recht *Petermann*, NWVBl 1994, 368, 369.

solange, wie es das Grundgesetz den Freien Schulen durch die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verbietet, durch die Erhebung kostendeckender Schulgelder den Ausfall staatlicher Fördermaßnahmen zu kompensieren<sup>109</sup>.

Im übrigen ist der „Vorbehalt des Möglichen“ kein Freibrief für das Unterschreiten bestehender Förderungspflichten. Hier müsste der Gesetzgeber zumindest in einem nachvollziehbaren Verfahren die Betroffenen anhören, Prioritäten setzen und begründen<sup>110</sup>; er muss insbesondere erkennen lassen, ob er den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Rang des Förderungsanspruchs in sein Ermessen aufgenommen hat.

**Es bleibt festzuhalten: Sind der individuelle wie der institutionelle Schutzanspruch dadurch verletzt, dass unter den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG eine Freie Schule nicht mehr gegründet und betrieben werden kann, dann kann auch die Finanzlage der Länder und der „Vorbehalt des Möglichen“ nicht als Begründung für diese Grundrechtsverletzung herangezogen werden. Der Staat muss dann – ggf. durch Umschichtungen in den Haushalten – dafür sorgen, dass das Grundrecht unter den gegebenen Bedingungen noch wahrgenommen werden kann<sup>111</sup>. Die Formel vom „Vorbehalt des Möglichen“ hat unter Hinweis auf die Knappheit der Finanzmittel, also gegenüber der institutionellen Gewährleistung und den individuellen Ausgleichsansprüchen, keinen eigenständigen verfassungsrechtlichen Stellenwert.**

#### 4. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Erfüllung der individuellen wie der institutionellen Gewährleistung aus Art. 7 Abs. 4 GG hat das BVerfG selbst immer wieder betont<sup>112</sup>. Es hat damit zum Ausdruck gebracht, dass die Erfüllung des Anspruchs aus Art. 7 Abs. 4 GG in seinen Einzelheiten dem Gesetzgeber obliegt und dass es nicht Sache der Gerichte ist, unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG einzelne Beträge auszuwerfen. Vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips, der Gewaltenteilung und des Budgetvorbehalts für staatliche Leistungen ist das eine an sich selbstverständliche Konsequenz.

<sup>109</sup> Zu der notwendigen Erfüllung institutioneller Garantien auch *Hesse*, FS *Mahrenholz* (1994), S. 541; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000), Rn. 288; *Jach* FS *J.-P. Vogel* (1998), 76, 94.

<sup>110</sup> So in einem vergleichbaren Fall (Kürzungen im Hochschulbereich) *BerlVerfGH*, NVwZ 1997m 790.

<sup>111</sup> So im Ansatz *VG Berlin*, NVwZ 1999, 909.

<sup>112</sup> *BVerfGE* 75, 40, 68; 90, 107, 116, 128; ausführlich dazu *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000) Rn. 306.

Wie die anderen Formeln wurde auch die „Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“ aber aus diesem Begründungszusammenhang herausgelöst und bildet nunmehr eine beliebig einsetzbare (und eingesetzte) Begründung für den Teilrückzug des Staates aus der Privatschulförderung<sup>113</sup>.

Auch hierbei werden die verfassungsrechtlichen Grundbedingungen verkannt, unter denen das BVerfG vom „Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“ gesprochen hat. Zum einen geht es bei dieser Formel nicht um das „Ob“ der Förderung, sondern ausschließlich um das „Wie“. Bei grundsätzlich uneingeschränkter Verpflichtung zur Existenzsicherung der Freien Schulen gibt das BVerfG dem Gesetzgeber einen Spielraum für die Art und Weise der Erfüllung dieses Anspruchs. So obliegt es beispielsweise dem gesetzgeberischen Ermessen, ob er Privatschulförderung in der Form von Regelsätzen oder gezielten Einzelzuschüssen vorsieht, ob er die Förderung an die entsprechenden Sätze und Kosten staatlicher Schulen koppelt usw.

Keinesfalls aber rechtfertigt der „Gestaltungsspielraum“ ein Unterschreiten der eigentlichen institutionellen und individuellen Gewährleistungen aus Art. 7 Abs. 4 GG. Ist die Existenz der Freien Schulen dadurch bedroht, dass unter den bestehenden Genehmigungsvoraussetzungen die Gründungsfreiheit und der Betrieb der Freien Schulen unmöglich gemacht wird, so steht schon damit fest, dass Art. 7 Abs. 4 GG verletzt ist. Dann kann auch der „gesetzgeberische Gestaltungsspielraum“ keine zusätzliche Rechtfertigung für den Grundrechtseingriff eröffnen.

**Unterschreitet der Gesetzgeber den nach der institutionellen und der individuellen Garantie bestehenden Gestaltungsspielraum, dann stellt es einen handgreiflichen Zirkelschluss dar, eben diese Unterschreitung damit zu begründen, der Gesetzgeber habe einen Gestaltungsspielraum. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bietet keine zusätzliche Rechtfertigung dafür, der verfassungsrechtlichen Ausgleichs- und Schutzanspruch unter das oben geschilderte Minimum zu verringern. Liegt eine Existenzgefährdung vor, so ist das Ermessen des Gesetzgebers vielmehr auf Null reduziert. Eine weitere Grenze ergibt sich aus dem Vertrauensschutz. Schon daraus folgt, dass der Gesetzgeber keine Gestaltungsfreiheit für beliebige Kürzungen hat. Mindestens ist eine ange-**

---

<sup>113</sup> So etwa im BVerfG(KammerE) vom 4.3.1997, JURIS Nr. KVRE 272709701; SächsVerfGH, DÖV 1997, 205; VGH Mannheim, 12.1.2000, ESVGH 50, 238 – JURIS Nr. MWRE 101210000. In letztgenannter Entscheidung wurde sogar eine konkrete Verletzung der Leistungspflicht für die Vorjahre festgestellt, aber trotzdem im Hinblick auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verwiesen.

**messene Übergangszeit und eine anderweitige Kompensation nötig, da sich die Freien Schulen ihrerseits gegenüber Lehrern, Kreditgebern, Eltern usw. gebunden haben<sup>114</sup>.**

---

<sup>114</sup> *Kloepfer/Messerschmidt*, DVBl. 83, 193, 201; in diesem Sinne auch LVerfG MV LKV 2002, 27, 31.

## **5. Nur institutionelle – nicht individuelle Garantie**

In der jüngeren Rechtsprechung ist immer wieder davon die Rede, aus Art. 7 Abs. 4 GG folge kein Anspruch des Einzelnen auf Förderung in bestimmter Höhe, weil Art. 7 Abs. 4 GG nur eine institutionelle Garantie enthalte. Wie oben ausführlich dargelegt, trifft dies nicht zu. Das BVerfG hat vielmehr im entscheidenden Beschluss vom März 1994 ausdrücklich institutionelle Gewährleistung nur als zusätzliche Absicherung der individuellen Gewährleistung ausgeformt und begründet. Eine Verletzung individueller Gewährleistung kann also nicht mit der Erwägung begründet werden, der Einzelne habe nicht die Gefährdung der gesamten „Institution Freie Schule“ nachgewiesen. Umgekehrt kann ein Verstoß gegen die institutionelle Gewährleistung und die objektive Schutzpflicht des Staates nicht deshalb verneint werden, weil der Einzelne keinen individuellen Förderungsanspruch in bestimmter Höhe habe. Liegt vielmehr ein Verstoß gegen die institutionelle Garantie und eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schutzpflicht vor, dann kann und muss die Verfassungsgerichtsbarkeit dies auch feststellen.

## **6. Schutz des staatlichen Schulwesens**

In den „offiziellen Begründungen“ für Kürzungen der Privatschulförderung findet sich nur selten der Hinweis auf den Schutz des öffentlichen Schulwesens vor privater „Konkurrenz“. Das hat gute Gründe, denn abgesehen vom Sonderfall privater Grundschulen (Art. 7 Abs. 5 GG) lässt sich kein Vorrang und damit auch kein „Konkurrenzschutz“ öffentlicher Schulen vor Schulen in freier Trägerschaft begründen. Auch aus Art. 7 Abs. 1 GG folgt nur die Verantwortung des Staates für das Schulwesen, nicht aber der Vorrang des öffentlichen Schulwesens vor den Freien Schulen. Diese Verantwortung wird vielmehr durch die Genehmigungsvoraussetzungen und die inhaltliche Anbindung der Ersatzschulen an das Gleichwertigkeitspostulat gewährleistet. Ansonsten enthält Art. 7 Abs. 4 GG geradezu eine Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips, und das BVerfG hat mit dem Gebot der Schulvielfalt exakt diesen Punkt hervorgehoben. Auch in Zeiten zurückgehender Schülerzahlen müssen die öffentlichen Schulen und damit die für beide Bereiche zuständigen Gesetzgeber und Ver-

waltungen das Gebot des Bildungs- und Schulpluralismus gegen sich gelten lassen und auch die „private Konkurrenz“ fördern. Andernfalls entstehen ungleiche Wettbewerbschancen<sup>115</sup>.

Dass eine „Gefahr“ für das öffentliche Schulwesen in Deutschland nicht besteht, zeigt im übrigen der Vergleich mit anderen Staaten. Ohne dass hier konkrete Zahlen vorgelegt werden sollen, scheint festzustehen, dass der Anteil Freier Schulen in Deutschland geringer ist als in den meisten vergleichbaren westlichen Verfassungsstaaten.

### **7. Erhöhter Eigenanteil für eigenes Profil?**

Im Zeichen der jüngsten „Kürzungsdebatte“ wird sogar der Wille zur Eigenständigkeit und die eigene Profilbildung gelegentlich als Grund für Kürzungen benannt. So findet sich in der Kammerentscheidung des BVerfG vom 4.3.1997 der Satz, der Privatschulträger habe ein eigenes Interesse an der Verwirklichung seiner Ziele; dies müsse sich auch in einem besonderen eigenen finanziellen Engagement niederschlagen. In ähnlicher Weise rechtfertigte kürzlich der Berliner SPD-Landesvorsitzende *Strieder* Berliner Kürzungsvorschläge mit dem eigenen Interesse der Träger Freier Schulen an deren besonderen Profil, die diese sich auch etwas kosten lassen müssten<sup>116</sup>.

Diese Argumentation verkennt bereits, dass in allen Privatschul(finanzierungs)gesetzen ein Eigenanteil der jeweiligen Schulträger vorgesehen ist, der neben den möglicherweise geringeren Kosten auch durch das Eigeninteresse gerechtfertigt ist<sup>117</sup>. Schon deshalb ist es unzulässig, das „Eigenprofil“ zum Anlass für darüber hinaus gehende erneute Kürzungen zu machen.

Im Kern aber widerspricht dieses Argument auch geradezu fundamental dem eigentlichen Sinn der Garantie aus Art. 7 Abs. 4 GG und damit auch dem Grund der Förderung Freier Schulen. Die Eigenprofilbildung ist nämlich gerade Sinn der Unterstützung. Wie das BVerfG zu Recht hervorgehoben hat, ist die Schulvielfalt kein „Privatinteresse“ der Träger Freier Schulen, sondern ein öffentlicher Belang, der gerade wegen der relativ geringen „Binnenplu-

---

<sup>115</sup> So bereits BVerfGE 34, 165, 196; zusammenfassend *Bader*, RuS 1/99, 9, 10. Im klaren Widerspruch dazu SächsVerfGH, DÖV 1997, 205 – „Gefahr der Verdrängung der staatlichen Schulen“ bei faktischer Schulgeldfreiheit.

<sup>116</sup> mk, FAZ vom 16.3.2002, S. 4.

<sup>117</sup> VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 – JURIS Nr. MWRE 101210000.

ralität“ im öffentlichen Schulwesen immer wichtiger wird<sup>118</sup>. Gerade die Erprobung besonderer pädagogischer Konzepte, das Abweichen vom herkömmlichen Schulsystem und die Profilbildung sind also **öffentliche** Belange. Gerade insofern erfüllen die Freien Schulen öffentliche Bildungsaufgaben; gerade hierin liegt der Sinn der Absage an ein Schulmonopol des Staates. Zwar können Privatschulen keine bessere Ausstattung als vergleichbar öffentliche Schulen beanspruchen<sup>119</sup>; es ist aber ausgeschlossen, ihnen eine schlechtere Ausstattung nur deshalb zuzumuten, weil sie ein eigenes Profil verwirklichen.

## 8. Unternehmerisches Risiko

In enger Parallelität zu dem bereits besprochenen Argument des „Eigeninteresses“ steht in einigen Urteilen zur Förderung der Freien Schulen das Argument des „Unternehmerrisikos“, dass der Staat den Freien Schulen nicht abnehmen könne<sup>120</sup>. Stehen unternehmerische Ziele im Vordergrund, dann scheint es gerechtfertigt, dem „Unternehmer“ betriebswirtschaftliche Risiken jedenfalls nicht in vollem Umfang abzunehmen und von ihm auch den dauerhaften Einsatz des „Betriebskapitals“ zu erwarten.

Auch dieses Argument taugt aber nicht als Begründung für zusätzliche Kürzungen. Zwar ist es spätestens seit der Entscheidung BVerfGE 90, 107, 116 anerkannt, dass dem Träger Freier Schulen zugemutet werden kann, für eine Übergangszeit die Risiken der Schulgründung zu tragen. Dieses Argument diente dem BVerfG seinerzeit zur Begründung der Wartefrist. Kennzeichnend ist aber, dass die zitierte Entscheidung den Begriff des „Unternehmers“ nicht benutzt. Es ist vielmehr von idealistisch geprägten „Gründungseltern“ die Rede, die sich zusammentun und aus eigener Kraft eine Initiative zur Gründung einer Freien Schule bilden. Die Wartefrist ist vor diesem Hintergrund keine betriebswirtschaftlich-unternehmerische Risikoabschätzung, sondern ein Test auf Ernsthaftigkeit und Anfangserfolg.

Mit der Begriffsbildung „Privatschulunternehmer“ aber erhält die gesamte Argumentation eine völlig andere Richtung. Im Gegensatz zu Schulträgern sind Unternehmer nach der herkömmlichen Definition diejenigen, die über die Ressourcen eines Betriebs im Rahmen der

<sup>118</sup> Zur Forderung nach Schulvielfalt nachdrücklich BVerfGE 75, 40, 63 und 90, 107, 114. Zur Begründung aus der Wahlfreiheit der Eltern BVerfGE 34, 165, 196; 88, 40, 46.

<sup>119</sup> BVerfGE 75, 40, 68; BVerfGE 90, 107, 116.

<sup>120</sup> BVerfGE 75, 40, 68; ohne den Begriff des „Unternehmers“ zu erwähnen, ist der Grundgedanke auch maßgeblich in BVerfG (KammerE) vom 4.3.1997, JURIS Nr. KVRE 272709701.

Marktwirtschaft bestimmen und deren Ziel damit die Gewinnerwirtschaftung ist. Im Mittelpunkt steht der Kapitaleinsatz und die Kapitalvermehrung. Der Unternehmer entscheidet über Ausrichtung und Einsatz betriebswirtschaftlicher Steuerungsmittel<sup>121</sup>.

Dagegen ist die Gründung von Freien Schulen von vornherein heute nicht mehr auf Gewinnerzielung abgestellt. Es geht alleine darum, die Kosten für eine Schulgründung und den fortlaufenden Betrieb der Schule aufzubringen. Dazu stehen in der gegenwärtigen Situation neben den notwendigerweise begrenzten Schulgeldanteilen nur öffentliche Mittel zur Verfügung. Ein „Gewinn“ könnte allenfalls dann erzielt werden, wenn, anders als in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG vorgesehen, den tatsächlichen Kosten entsprechende oder diese sogar übersteigende Schulgelder vorgesehen würden. Für den heutigen „Normalfall“ der Freien Schulen kann das „Unternehmerische“ aber keine Rolle spielen. Das Unternehmensrisiko taugt deshalb nicht als verfassungsrechtliches Argument.

### **9. Dauerhafter Rückgriff auf eigene Mittel – herkömmliches Bild der Privatschule**

Während das BVerfG in der tragenden Entscheidung aus dem Jahre 1994 vom Leitbild einer von der Initiative der „Gründungseltern“ getragenen Schulgründung ausging, zeichnet der Kammerbeschluss aus dem Jahre 1997 ein Bild der „herkömmlichen Privatschule“, die nicht nur ihre Existenz dem ideellen und materiellen Engagement ihrer Gründer verdankt, sondern auch auf wirtschaftlichen Grundlagen beruht, die durch „in einem weiteren Sinne tragende finanzstarke Kräfte“ gebildet werden<sup>122</sup>. Neben den „finanzstarken Kräften“ müsse die Schule auch eigenes Vermögen, mobilisierte Spenden und die Aufnahme von Krediten ins Auge fassen, um etwaige Finanzierungslücken zu schließen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass erhöhte Eigenleistungen nicht nur für die Gründungsphase, sondern für die gesamte „Betriebsdauer“ vorgesehen werden können<sup>123</sup>.

Dem gegenüber ist angemerkt worden, dass schon die Zusammenfassung Freier Schulträger zu einem „herkömmlichen Bild der Privatschule“ der grundgesetzlich vorausgesetzten Schulfeldvielfalt und individueller Prägung nicht entspricht<sup>124</sup>. Die *Kammer* scheint hier erkennbar vom

<sup>121</sup> So etwa *J.-H. Müller*, Stichwort „Unternehmer“, in *Herders Staatslexikon* Band 5, S. 546.

<sup>122</sup> BVerfG (KammerE), JURIS Nr. KVRE 272709701.

<sup>123</sup> So bereits VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 – JURIS Nr. MWRE 101210000.

<sup>124</sup> *J.-P. Vogel*, RdJB 1998, 206; *ders.* RuS 2002, 3; *Jach*, in: FS *Vogel* (1998), S. 76, 82.

früheren Bild kirchlicher Schulen mit hohem eigenen Vermögen oder „Stiftungskapital“ auszugehen. Es dürfte aber ein Leichtes sein, empirisch nachzuweisen, dass die überwiegende Zahl Freier Schulen heute weder über ein Stiftungskapital noch über „dahinter stehende finanzstarke Kräfte“ verfügt, die dauerhaft einen erhöhten Eigenanteil an den Gründungs- und den laufenden Kosten zu tragen imstande wären. Gerade angesichts der Bindungen des Art. 7 Abs. 4 GG und der notwendigen fortdauernden Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen ist es unter heutigen Bedingungen völlig illusorisch, eine Freie Schule aus Eigenmitteln oder Spenden zu betreiben. Vollends wäre es sogar fahrlässig, dies mit der Hilfe von Krediten zu tun<sup>125</sup>.

**Die Verletzung der institutionellen Einstandspflicht und individueller Leistungsansprüche kann also nicht damit begründet werden, für eine bestimmte Gruppe potentieller (und finanziell potenter) Träger liege eine solche Verletzung nicht vor, weil diese auf finanzstarke Kräfte und eigenes Vermögen zurückgreifen können. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die übergroße Mehrzahl Freier Schulen allein aus den erhöhten Mitteln der „Gründungseltern“ getragen werden und ohne eine nach der „Karenzfrist“ einsetzende und die Gründungsphase später wieder kompensierende finanzielle Förderung des Staates nicht existenzfähig wären. Die zitierte Kammerentscheidung des BVerfG stellt also selbst einen Verstoß gegen die Grundbedingungen der institutionellen Gewährleistung aus Art. 7 Abs. 4 GG dar, weil sie die Schulvielfalt missachtet und – wie zu Recht ausgeführt wurde – im Ergebnis dazu führen würde, dass es Freie Schulen nur noch für die Kirchen, Gewerkschaften und die „Reichen“ geben könnte<sup>126</sup>.**

---

<sup>125</sup> So zu Recht auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I (2000) Rn. 298; in diesem Sinne auch VGH Mannheim, ESVGH 50, 238 – JURIS Nr. MWRE 101210000.

<sup>126</sup> *Vogel*, RuS 2002, S. 6.

## V. Zwischenbilanz: Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Ergebnisse

1. In der Bundesrepublik Deutschland können Schulen in freier Trägerschaft nicht ohne staatliche Förderung existieren. Das bewährte System der staatlichen Förderung gerät aber seit einigen Jahren zunehmend unter den Druck erheblicher Sparmaßnahmen. Begründung sind nicht nur die Knappheit öffentlicher Haushaltsmittel. Immer deutlicher treten auch ein falsch verstandener „Konkurrenzschutz“ zugunsten öffentlicher Schulen und das Missverständnis hervor, Leistungssteigerung sei nur durch Gleichschaltung und Zentralisierung erreichbar. Selbst progressive Bildungspolitikern streben Schulvielfalt innerhalb des öffentlichen Bildungswesens („Binnenpluralität“) an und verkennen so die Chancen der „Außenpluralität“, also Schulvielfalt durch möglichst viele und unterschiedliche Schulen in freier Trägerschaft. Freie Schulen geraten dadurch in existenzielle Bedrohung. Neugründungen können trotz des weit verbreiteten und ungebrochenen „Willens zur Freien Schule“ nur noch durch starke Träger und wohlhabende „Gründungseltern“ erfolgen.

2. Auch in der Rechtsprechung zur Förderung freier Schulen zeichnet sich längst ein „Rückwärtstrend“ ab. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe geraten entweder in Vergessenheit oder werden einseitig auf bestimmte Formeln beschränkt, die scheinbar eine Unterfinanzierung freier Schulen legitimieren. Dadurch werden nicht nur erfolgreiche Prozesse zur Seltenheit, auch der verfassungsrechtliche Rahmen für den Gesetzgeber verschiebt sich.

3. Vor diesem Hintergrund soll die Untersuchung den **verfassungsrechtlichen Rahmen** der finanziellen Förderung freier Schulen klarstellen und die diesen Rahmen prägenden Leiterteile des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfG) vergegenwärtigen. Ferner soll sie die Begründungsmuster einer Leistungskürzung einer kritischen Würdigung unterziehen und fragen, inwieweit aus Art. 7 Abs. 4 GG nicht nur institutionelle sondern auch individuelle Gewährleistungen folgen und ob Leistungskürzungen einen Grundrechtseingriff darstellen können.

4. Im Grundsatz wird die staatliche Förderungspflicht für Freie Schulen von der gesamten Rechtsprechung bejaht. Die Rechtsprechung des BVerfG variiert dabei zwischen individuellen und institutionellen Begründungselementen. Erst in der „Wartefrist-Entscheidung“ aus dem Jahre 1994 (BVerfGE 90, 107 ff.) hat das BVerfG klargestellt, dass jede institutionelle und objektive Verpflichtung letztlich der subjektiven und individuellen Wahrnehmung des Grundrechts dient und dass individuelle Rechte wie die Gründungsfreiheit und Wahlfreiheit im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung stehen. In der Rechtsprechung seither ist dieser Gesichtspunkt aber wieder in den Hintergrund getreten und macht einer fast ausschließlich auf die institutionelle Gewährleistung des „Existenzminimums“ ausgerichteten Deutung Platz. Eine Kammerentscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1997 belegt die Gefahr, dass auch das BVerfG derzeit eher hinter dem Stand von 1994 zurückfallen würde, wenn es ohne sehr sorgfältige Vorbereitung zu einem erneuten Verfassungsrechtsstreit über die Förderung Freier Schulen käme.

5. Ungeachtet aller institutionellen, objektiven und teilhaberechtlichen Deutungen handelt es sich bei der **Gründungsfreiheit** zunächst einmal um ein „klassisches Abwehrrecht“ der Träger Freier Schulen gegen staatliche Eingriffe. Die Besonderheit dieses Abwehrrechts besteht lediglich darin, dass es wegen der faktischen Monopolisierung des Schulwesens durch den Staat, der Einbindung in das staatliche Berechtigungssystem und der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG ohne staatliche Förderung nicht wahrgenommen werden kann. So gesehen sind die Förderungsansprüche nicht originäre Leistungsansprüche an den Staat; es geht vielmehr um Ausgleichsansprüche für Eingriffe in das klassische Abwehrrecht. Gründungsfreiheit heißt insofern auch kompensierende Wettbewerbsgleichheit. Die Gründungsfreiheit gewährleistet, dass auch unter heutigen Bedingungen neue Schulen gegründet werden können. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine institutionelle, sondern um eine individuelle Garantie, auf deren Erfüllung der Einzelne einen Anspruch unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG hat. Beschränkungen dieses Ausgleichsanspruchs sind nach der Rechtsprechung des BVerfG nur für eine „Wartefrist“ zulässig; sie dürfen auch nur soweit gehen, wie dies für den Beweis der Ernsthaftigkeit und des voraussichtlichen Erfolgs des Vorhabens erforderlich ist. Nach „Bestehen“ der Wartefrist sind sie rückwirkend zu kompensieren. Versuche der Länder, diese „Karenzfrist“ zu verlängern oder rückwirkende Erstattungen zu vermeiden, sind mit der Gründungsfreiheit des Art. 7 Abs. 4 GG nicht vereinbar.

6. Auch das **Gebot der Schulvielfalt** hat nicht lediglich objektive oder institutionelle Bedeutung. Im Kern folgt dieses Gebot aus dem subjektiven Recht der **Wahlfreiheit** bezüglich verschiedener Schulformen. Auch dieses Recht kann unter gegebenen Bedingungen nur wahrgenommen werden, wenn der Staat die gegenüber den öffentlichen Schulwesen bestehenden Wettbewerbsnachteile und Anpassungszwänge ausgleicht. Das elterliche Wahlrecht aus Art. 7 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 6 Abs. 2 GG wird verletzt, wenn unter Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen faktisch keine neuen Freien Schulen gegründet werden können und bereits existierende gefährdet werden.

7. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht der Gründungsfreiheit als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen „praktisch kaum noch wahrgenommen“ werden kann. Damit ist klargelegt, dass es sich bei den **Genehmigungsvoraussetzungen** um einen Eingriff in die Gründungsfreiheit handelt, der verfassungsrechtlich nur hinnehmbar ist, wenn der Staat sicherstellt, dass auch unter diesen Voraussetzungen Freie Schulen gegründet und erhalten werden können. Auch hierbei handelt es sich nicht allein um eine objektive oder institutionelle Verpflichtung, sondern um ein subjektives Recht. Die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen kennzeichnen zugleich das „Existenzminimum“, das in jedem Fall gewährleistet sein muss. Wäre die Gründung Freier Schulen nur unter Verstoß gegen das Sonderungsverbot, d. h. mit kostendeckenden Schulgeldern, möglich, so wäre Privatschulfreiheit verletzt.

8. Aus Art. 7 Abs. 4 GG folgt – unabhängig von konkreten individualrechtlichen Ansprüchen – die **Gewährleistung der Institution** Freier Schulen. Auch diese dient aber letztlich immer den in der Institution tätigen **Individuen** und umfasst auch als institutionelle **und individuelle Garantie** die Gründungsfreiheit, die Schulvielfalt und die dauerhafte Erfüllbarkeit der Genehmigungsvoraussetzung. Für diese hat der Staat unter Einsatz angemessener Finanzmittel einzutreten. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers besteht nicht unabhängig von der institutionellen Gewährleistung, ist vielmehr durch diese begrenzt.

9. Den Staat trifft nicht nur eine Pflicht zum Schutz der Institution Ersatzschulwesen, ihm obliegt auch eine **objektive Schutzpflicht** gegenüber den einzelnen Grundrechtsträgern, dass die sich aus Art. 7 Abs. 4 ergebenden Garantien auch unter heutigen Bedingungen erfüllt werden können. Bei der Erfüllung der Schutzpflicht hat der Gesetzgeber zwar einen Gestal-

tungsspielraum, dieser ist aber seinerseits durch das Grundrecht begrenzt. Die Schutzpflicht ist verletzt, wenn Freie Schulen nicht mehr gegründet werden oder ohne Verstoß gegen die Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG faktisch nicht mehr betrieben werden können.

10. Institutionelle Deutung des Grundrechts, individuelle Ausgleichsansprüche und objektive Schutzpflichten stehen nicht isoliert nebeneinander, bedingen vielmehr einander. Ist die Institutsgarantie in der Weise verletzt, dass neue Schulen nicht mehr gegründet werden können, so folgt daraus auch ein Eingriff in die subjektive Gründungsfreiheit.

11. Ergänzt und abgesichert werden die Ansprüche auch durch den **Grundrechtsschutz durch Verfahren**. Dieser bewirkt z.B., dass Grundrechtsträger in das Verfahren der Mittelverteilung angemessen einbezogen werden und dass die Verteilungsmaßstäbe auch dort transparent gehalten werden, wo sie sich aus dem Bereich des öffentlichen Schulwesens, z.B. auf die Kosten für einen „staatlichen Schüler“, beziehen.

12. Aus Art. 7 Abs. 4 i.V. mit Art. 3 GG folgen grundsätzliche **Gleichbehandlungsansprüche** sowohl mit staatlichen Schulen als auch der Freien Schulen untereinander. Gleiches darf nicht ungleich, Ungleiches darf nicht gleich behandelt werden. Das „Gießkannenprinzip“ stößt bei seiner Anwendung auf Schulen besonderer pädagogischer Prägung auf verfassungsrechtliche Grenzen. Bei der Förderung können und müssen die Beiträge zur Schulvielfalt und begründete pädagogische und fachliche Aufwände unterschiedlicher Gruppen Freier Schulen berücksichtigt werden. Liegt eine besondere Gefährdung eines bestimmten Schultyps vor, so kann und muss die staatliche Förderung auch darauf Rücksicht nehmen.

13. Wenn auch nicht jede Rücknahme einer Leistung gleichbedeutend mit einem Grundrechtseingriff ist, so kommt die Leistungskürzung zumindest dann einem Eingriff gleich, wenn sie dazu führt, dass Freie Schulen **nicht mehr gegründet** werden können oder in ihrer **Existenz** gefährdet sind. Es ist davon auszugehen, dass schon die derzeitige Förderung am unteren Rand der Existenzgewähr Freier Schulen liegt, weitere Kürzungen des derzeitigen Bestands also die **Gründungsfreiheit, Schulvielfalt und die Einhaltung des Sonderungsverbots** zumindest erheblich gefährden. Sie stellen damit im grundrechtlichen Sinne nicht „nur“ die Verweigerung einer Leistung, sondern einen **Eingriff in den**

**Schutzbereich grundrechtlicher Freiheiten** dar. Desgleichen liegt in vielen Fällen ein Eingriff in den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz vor.

14. **Wartefristen** sind nur zur Erprobung der Ernsthaftigkeit und der Erfolgsaussichten einer Schulgründung zulässig. Sie dienen grundsätzlich nicht der Ermöglichung von Sparmaßnahmen. Ist der Erfolgsnachweis erbracht, so besteht eine Verpflichtung des Gesetzgebers, der Schule einen nachträglichen Anteil an den Kosten der „Gründungsjahre“ zu erstatten. Dasselbe gilt für die Investitionskosten. Wartefristen ohne nachträgliche Erstattung verletzen also nicht nur die **Gründungsfreiheit**, sondern auch das **Sonderungsverbot**.

15. Es stellt eine Existenzbedrohung der Freien Schulen insgesamt und einen Eingriff in die individuelle Privatschulfreiheit dar, wenn staatliche Kürzungsmaßnahmen dazu führen, dass Schulen nur noch unter Inkaufnahme eines **Verstoßes gegen das Sonderungsverbot**, d.h. unter Inkaufnahme von nur durch wohlhabende Eltern aufzubringenden Schulgeldern, betrieben werden kann. Eine weitere Herabsetzung dieser Schwelle auf ein noch darunter liegendes „Minimum“ oder auf „völlig ungeeignete oder unzulängliche staatliche Maßnahmen“ ist dann nicht mehr verfassungskonform.

16. Die institutionelle und objektive Förderungspflicht des Staates zu Gunsten der Freien Schulen besteht zwar unabhängig von subjektiven Ansprüchen einzelner Schulträger. Der Vorwurf der **Verletzung objektiver Pflichten** kann aber nicht mit dem Argument ausgeräumt werden, dass der Einzelne keinen **subjektiven** Anspruch auf Förderung in bestimmter Höhe habe. Die objektive Schutzpflicht besteht vielmehr gegenüber **jedem einzelnen Grundrechtsträger**, also auch Eltern, die ihr Kind wegen fehlender Förderung nicht auf eine Schule in Freier Trägerschaft schicken bzw. es dort lassen können. Das hat die wichtige Konsequenz der Klage- bzw. Beschwerdebefugnis in allen gerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren.

17. Aus der „Grundrechtswesentlichkeit“ der Förderung Freier Schulen folgt, dass **der Gesetzgeber selbst** die grundlegenden Voraussetzungen, Maßstäbe und Verfahrensaspekte der Förderung festlegen muss. Grundrechtswesentliche Entscheidungen dürfen nicht der Exekutive überlassen werden.

18. Der **„Vorbehalt des Möglichen“** und die Rücksichtnahme auf die **Finanzlage der Länder** können in keinem Fall dazu führen, dass die verfassungsrechtlichen Schutzansprüche unterlaufen werden. Sind der individuelle wie der institutionelle Schutzanspruch dadurch verletzt, dass unter den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG eine Freie Schule nicht mehr gegründet und betrieben werden kann, dann können auch die Finanzlage der Länder und der **„Vorbehalt des Möglichen“** nicht als Begründung für diese Grundrechtsverletzung herangezogen werden. Auch der **Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers** ist dann kein zusätzliches Argument, um Kürzungen zu rechtfertigen. Unterschreitet der Gesetzgeber den nach der institutionellen und der individuellen Garantie bestehenden Gestaltungsspielraum, dann stellt es vielmehr einen handgreiflichen Zirkelschluss dar, eben diese Unterschreitung damit zu begründen, der Gesetzgeber habe einen Gestaltungsspielraum.

19. Das Gebot der Schulvielfalt verbietet es, den **„Konkurrenzschutz“ zugunsten des öffentlichen Schulwesens** zum Anhaltspunkt oder zur Rechtfertigung von Kürzungen werden zu lassen.

20. Die Schulvielfalt und damit das besondere Profil von Freien Schulen sind kein privat zu verfolgendes und zu finanzierendes „Sonderinteresse“; sie liegen vielmehr im öffentlichen Interesse. Deshalb ist es unzulässig, dass angestrebte **„Eigenprofil“** zum Anlass für Kürzungen staatlicher Förderungen zu machen.

21. Das Bild des „Privatschulunternehmers“, dem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Risiken der Privatschulgründungen zugemutet werden können, ist verfehlt. Freie Schulen werden nicht von gewinnorientierten Unternehmern, sondern von idealistisch geprägten „Gründungseltern“ gegründet. Das **Unternehmerrisiko** taugt daher nicht als verfassungsrechtliches Argument.

22. Ein Bild der **„Privatschule herkömmlicher Prägung“** existiert nicht und stellt schon daher kein verfassungsrechtliches Argument dar. Unter heutigen Bedingungen ist den Schulen weder der dauerhafte Rückgriff auf „hinter der Initiative stehende finanzstarke Träger“ noch auf Kredite oder Spenden allein zumutbar. Die Verletzung der institutionellen Einstandspflicht und der individuellen Leistungsansprüche kann nicht damit begründet werden, für eine bestimmte Gruppe potentieller (und finanziell potenter) Träger liege eine solche Verletzung nicht vor.

## VI. Insbesondere: Die Lage in Baden-Württemberg

### 1. Vorbemerkung

Nach der Erarbeitung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und der Grenzen für Kürzungsmaßnahmen wird es nunmehr darum gehen, diese Ergebnisse auf die konkrete Lage anzuwenden, wie sie sich im Zeitpunkt der Vorlage des Rechtsgutachtens im Lande Baden-Württemberg darstellt. Wie oben dargelegt, bilden die Schülerkosten der entsprechenden allgemeinbildenden Öffentlichen Schulen den entscheidenden Bezugspunkt für die zentralen verfassungsrechtlichen Parameter, d.h. Gründungsfreiheit, Wahlfreiheit, Chancengleichheit, Sonderungsverbot.

Für diese Kosten konnte das Rechtsgutachten auf die Untersuchung von ***Eisinger/Feldt/Wahrendorf/Ziehr/Unmüßig, Schülerkosten in Baden-Württemberg. Eine Untersuchung über allgemeinbildende Öffentliche Schulen im Jahr 2002***, zurückgreifen. Hinsichtlich der Zuschussbeträge pro Schüler für die baden-württembergischen Waldorfschulen bezieht sich die Untersuchung auf eine ***Tabelle des Arbeitsbereichs Bildungsökonomie der Freien Hochschule für Anthroposophische Pädagogik e.V., Mannheim***, die gleichfalls beigelegt ist und für das Jahr 2004 für die Grundschulklassen 1-4 einen Förderungsbetrag von € 2.053,--, für die Sekundarstufenklassen 5-12 einen solchen von € 4.039,-- und für die Sekundarstufenklasse 13 einen Wert von € 4.179,-- ausweist. Der Mittelwert für das Gymnasium dürfte deshalb etwa € 4.100,-- betragen.

2. Vor Nennung der Zahlen seien die oben herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Parameter des finanziellen Existenzminimums Freier Schulen nochmals kurz zusammengefasst:

- Die institutionelle Garantie und die Wahlfreiheit sind verletzt, wenn Freie Schulen wirtschaftlich nicht mehr zu führen sind.
- Das Gebot der Schulvielfalt ist verletzt, wenn ein Zustand erreicht ist, dass die Wahlfreiheit unter Beachtung der grundgesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen „praktisch kaum noch wahrgenommen“ werden kann.
- Die finanzielle Einhaltbarkeit der Genehmigungsvoraussetzung kennzeichnet das „Existenzminimum“, an dem auch der gesetzgeberische Spielraum endet.

- Das durch das *Bundesverfassungsgericht* bestätigte Sonderungsverbot ist nach der Entscheidung BVerfGE 90, 107, 119 aus dem Jahr 1994 bereits deutlich verletzt, wenn Schulgelder von monatlich DM 170 bis 190 je Kind und Monat überschritten werden. Die verfassungsrechtlich hinnehmbare Grenze dürfte damals also bei etwa DM 150,-- gelegen haben. Dem entspricht für das Jahr 2004 selbst bei Zugrundelegung einer (großzügig bemessenen) Steigerung der Lebenshaltungskosten von 3 % p.a. gleich 30 % für die letzten 10 Jahre, eine Summe von DM 195 = € 100. Diese kennzeichnen zugleich die verfassungsrechtlich noch zulässige Differenz zwischen den Kosten eines Schülers an Öffentlichen Schulen einerseits und des Zuschusses für einen entsprechenden Schüler an Schulen in Freier Trägerschaft andererseits.

3. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung sind nunmehr die ermittelten Grenzwerte des verfassungsrechtlichen Minimums, die durch die Untersuchung von *Eisinger* u.a. nachgewiesenen Schülerkosten für allgemeinbildende Öffentliche Schulen mit den Zuschussbeträgen in Bezug zu setzen. Zu beachten ist dabei, dass die Untersuchung von *Eisinger* sich auf das Jahr 2002 bezieht und bis 2004 eine erhebliche Kostensteigerung unterstellt werden muss. Selbst wenn es aber bei den Kosten für Öffentliche Schüler geblieben sein sollte, ergibt der Vergleich mit den Zuschussbeträgen für Freie Waldorfschulen erhebliche Diskrepanzen.

a) Besonders eklatant sind diese Differenzen im Bereich der **Grundschulen**. Hier beträgt nach *Eisinger* u.a. die Gesamtsumme aus Basiswert, Anpassungswert 1 und 2:

pro Schüler € 5.364,89 p.a. = € 447,07 p.m.

Dem steht im Jahr 2004 (ohne die ab Schuljahr 04/05 geplanten Zuschusskürzungen) für die Waldorfschulen ein Betrag von

pro Schüler € 2.053,-- p.a. = € 171,08 p.M. gegenüber.

Die Differenz zwischen öffentlichen und privaten Schüler beträgt also exakt € 275,-- p.M. Das ist fast das Dreifache des durch das *Bundesverfassungsgericht* vorausgesetzten,

ohne Verstoß gegen das Sonderungsverbot erreichbaren Eigenbetrags von € 100,--. Exakt € 175,-- sind ungedeckt, insofern ist das Existenzminimum unterstritten.

Zu beachten ist auch, dass die Förderungsquote auch unter 40 % Prozent der Gesamtkosten gesunken ist<sup>127</sup>. Selbst ein Vergleich des Basiswerts, also der reinen Personalkosten zeigt eine Differenz von € 3.445,-- für Staatliche Schulen zu € 2.053,-- des Pauschalbetrags für Freie Waldorfschulen. Die Förderungsquote beträgt auch insofern nur 59 %.

Das Bild für die **Gymnasien** ist kaum weniger deutlich. Hier steht einer Förderung für die „Öffentlichen Schulen“ von rund € 7.016,74 jährlich = € 584,-- monatlich, eine Schülerförderung der Freien Waldorfschulen (gemittelt) von € 4.100,-- jährlich = € 341,-- monatlich gegenüber. Die Differenz beträgt € 243,-- pro Monat. Auch diese Zahl beträgt fast das Zweieinhalbfache des monatlichen Schulgelds, das das BVerfG ohne Verstoß gegen das Sonderungsverbot erlaubt hat. Allein auf die Personalkosten 2002 bezogen, beträgt die Deckungssumme etwa 79 % - auch dies weit unter den in anderen Bundesländern vorausgesetzten Minimalzahlen für eine verfassungskonforme Kostendeckung.

3. Nach den zuvor herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Grundlagen lässt sich das Existenzminimum Freier Schulen vereinfacht auf die Formel bringen:

**Mindestförderung = Schülerkosten an Staatlichen Schulen minus zulässiger Eigenbetrag.**

Nach dieser Formel zeigen die Zahlen für Baden-Württemberg, dass die Freien Waldorfschulen unterhalb des verfassungsrechtlichen Existenzminimums finanziert werden. Diese Zahlen sind besonders krass im Grundschulbereich, aber auch im Bereich der Sekundarschulen existenzbedrohend.

**Es ist daher festzustellen, dass schon jetzt die finanzielle Förderung in Baden-Württemberg den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht entspricht. Umso mehr wären weitere Kürzungen eindeutig verfassungswidrig.**

Mainz, 24.11.04

**Prof. Dr. Friedhelm Hufen**

---

<sup>127</sup> Für Hamburg hat der Verband Deutscher Privatschulen ausweislich seines Informationsdienstes im April 2003 ausgerechnet, dass dort nur 56 % eines „Staatsschülers“ gezahlt werden; in Berlin wurde eine Herabsetzung der Personalkosten von 97 % auf 90 % als existenzgefährdend betrachtet (FAZ 11.3.2002, S. 4).