

Gutachtenfrage: Ist eine Abschaffung oder jedenfalls Reduzierung der gesetzlich in NRW vorgesehenen Eigenleistung bei Ersatz-Förderschulen im Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung (GE) verfassungsrechtlich geboten und besteht ein korrespondierendes verfassungskräftiges subjektives Recht dieser Ersatzschulen?

Gutachter: Prof. Dr. Wolfram Cremer, Ruhr-Universität Bochum

Inhaltsverzeichnis

A. Vorbemerkung zum Gegenstand des Gutachtens	3
B. Grundzüge des Rechts der Privatschulfinanzierung in NRW	3
I. Grundsatz: Prinzip der Defizitdeckung gem. § 106 Abs. 2 und 3 SchulG NRW	3
II. Verbleibende Finanzierungslücken für notwendige Ausgaben	5
III. Gesetzliche Eigenleistungen	6
C. Verfassungsrechtliche Würdigung	10
I. Zur These einer verfassungsrechtlich (in NRW) gebotenen Eigenleistung von Ersatzschulen.....	11
1. Ersatzschulen als Wirtschaftsunternehmen	11
2. Zum Begriff des Zuschusses in Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW	13
II. Zur Existenz und Höhe eines verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruchs genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 GG	15
1. Vorbemerkung: Position der Bezirksregierung Düsseldorf	15
2. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch genehmigter Ersatzschulen	16
a) Grundgesetzlich fundierter Finanzierungsanspruch genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 GG	17
aa) Rekonstruktion der Rechtsprechung des BVerfG	17
(1) Institutionelle Garantie/Institutsgarantie sowie Beistands- und Förderpflicht resp. sozialstaatliche Einstandspflicht	17
(2) Schutzpflicht	19
(3) Abwägung mit anderen Gemeinschaftsbelangen/gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht/Vorbehalt des Möglichen	20
(4) Zur (endgültigen) Entsubstantialisierung und Entsubjektivierung der Schutz- und Förderpflicht	20
bb) Dekonstruktion der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – zugleich zur Begründung des Förderanspruchs.....	21
b) Landesverfassungsrechtlich fundierter Finanzierungsanspruch genehmigter/genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW	25

3. Höhe der Finanzierungsansprüche aus Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW	27
a) Höhe des Finanzierungsanspruches aus Art. 7 Abs. 4 GG	28
aa) Konturierung des Anspruchs: Kompensation der Belastungen unter Abzug (verfassungs)rechtlich zulässiger Einnahmeerzielung und Einsparpotentiale	28
bb) Abschlag vom Finanzierungsanspruch wegen Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG	29
cc) Schulgeld als Abzugsposten im Lichte von Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG	31
(1) Vorbemerkung: Streit in der Literatur – Unschärfe in der Rechtsprechung.....	31
(2) Kein Verbot der Schulgelderhebung	32
(3) Keine Exklusion von Transferleistungsempfängern oder gleiche Freiheit für Kinder aller sozialer Schichten bei der Ersatzschulwahl	32
(4) Verfassungsgebot einer sozial diversen Zusammensetzung der Schülerschaft von Ersatzschulen?	35
(5) Resümee und Konsequenzen für verfassungsrechtlich zulässige Schulgeldmodelle	37
b) Höhe des Finanzierungsanspruches aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW	39
c) Ergebnis	39
III. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	40
1. Behinderung	40
2. Benachteiligung	41
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	42
4. Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	43
IV. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG	43
1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung	43
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	43
3. Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG	45
V. Verfassungskonforme Auslegung bzw. Anwendung von § 106 Abs. 9 SchulG NRW	45
D. Zusammenfassung	45
I. Freiheitsgrundrechtliche Ansprüche	45
II. Gleichheitsgrundrechtliche Ansprüche	46

A. Vorbemerkung zum Gegenstand des Gutachtens

Gegenstand des Gutachtens ist die Frage, ob das einfache nordrhein-westfälische Recht der Privatschulfinanzierung im Hinblick auf Förder-Ersatzschulen GE mit ranghöherem Verfassungsrecht im Einklang steht. Dabei wird sowohl Bundesverfassungsrecht, also das Grundgesetz, als auch das nordrhein-westfälische Verfassungsrecht in den Blick genommen. Insoweit stellt sich erstens die Frage, ob ein Privatschulfinanzierungsrecht, welches Förder-Ersatzschulen GE in einem durchschnittlichen Fall mit Eigenleistungen pro Schüler/in von mehr als 200 Euro monatlich belastet – was gezeigt werden wird – gegen Art. 7 Abs. 4 GG und insbesondere das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 S. 3¹ sowie Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW verstößt. Des Weiteren wird erörtert, ob ein Privatschulfinanzierungsrecht, welches Förder-Ersatzschulen GE signifikant höher mit Eigenleistungen pro Schüler/in belastet als Regel-Ersatzschulen – was ebenfalls gezeigt werden wird – im Hinblick auf Förderschulen GE als Grundrechtsträger Art. 3 Abs. 1 GG und/oder im Hinblick auf die zwangsläufig – soweit man nicht unterstellt, dass irgendjemand die „armen“ Kindern schon mit einer Finanzspritze unterstützt – von diesen Regeln betroffenen Schüler/innen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und/oder Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

B. Grundzüge des Rechts der Privatschulfinanzierung in NRW

Das Recht der Privatschulfinanzierung in NRW muss hier nicht in allen Details entfaltet werden. Ausreichend ist vielmehr eine Darstellung, welche neben einer Schilderung des grundlegenden Systems auf die Gesichtspunkte eingeht, welchen im Hinblick auf die angesprochene verfassungsrechtliche Problematik Bedeutung zukommt.

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

Das Recht der Privatschulfinanzierung ist in NRW in den §§ 105 ff. SchulG NRW sowie in der Verordnung über die Finanzierung von Ersatzschulen (Ersatzschulfinanzierungsverordnung – FESchVO) geregelt. Das Finanzierungssystem beruht gem. § 106 Abs. 1 SchulG NRW auf einem sog. Defizitdeckungssystem. Bezugspunkt der sog. Defizitdeckung aus Landeshaushaltsmitteln sind teils (und überwiegend) die tatsächlichen Ausgaben der Ersatzschulträger und teils den tatsächlichen Ausgaben Rechnung tragende

¹ Nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG ist die Genehmigung einer Privatschule nur zu erteilen, wenn „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“.

Kostenpauschalen.² Bzgl. der wesentlichen Personalkosten gem. § 106 Abs. 2 Nr. 1 SchulG NRW und der Sachkosten gem. § 106 Abs. 2 Nr. 2 SchulG NRW sind die tatsächlichen Ausgaben – im Rahmen eines in § 106 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SchulG NRW (teils freilich nur implizit) vorgegebenen Maßstabs – der jeweiligen Ersatzschule der Bezugspunkt der Bezuschussung.³ Dies bedeutet zugleich, dass eine Ersatzschule nicht etwa durch Einsparungen der Personalkosten i.S.v. § 106 Abs. 2 Nr. 1 SchulG NRW (insbesondere niedrigere Gehälter als die nach der Norm bezuschussungsfähigen „Dienstbezüge“) oder der Sachkosten i.S.v. § 106 Abs. 2 Nr. 2 SchulG NRW eigene Mittel zur Finanzierung der gem. § 106 Abs. 5 SchulG NRW geschuldeten „Eigenleistung“ (dazu näher sogleich) kreieren kann. Es werden eben im Maximum die jeweils entstandenen tatsächlichen Ausgaben (abzüglich der gem. § 106 Abs. 5 SchulG NRW geschuldeten „Eigenleistung“) erstattet. Demgemäß scheidet zwischen den Kosten nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 SchulG NRW einerseits und § 106 Abs.

² § 106 Abs. 1 SchulG NRW lautet: „Die erforderlichen Landeszuschüsse werden den Schulträgern nach Maßgabe der nachstehenden Vorschriften entweder auf der Grundlage der tatsächlichen Ausgaben oder diesen Rechnung tragenden Kostenpauschalen gewährt. Die Zuschüsse bemessen sich mit Ausnahme der Kostenpauschalen nach dem Haushaltsfehlbetrag der Ersatzschule. Als Haushaltsfehlbetrag gilt der Betrag, um den bei Rechnungsabschluss die fortdauernden Ausgaben höher als die fortdauernden Einnahmen der Schule sind.“

³ § 106 Abs. 2 SchulG NRW lautet: „Nach den tatsächlichen Ausgaben zu bezuschussen sind

1. an Personalkosten

a) die Dienstbezüge der Lehrerinnen und Lehrer und des sonstigen pädagogischen Personals, begrenzt auf den Stellenumfang, der zur Erteilung des lehrplanmäßigen Unterrichts (§ 107 Abs. 1) erforderlich ist, sowie

b) die für das erforderliche pädagogische Personal anfallenden Aufwendungen für Beihilfe, Unfallfürsorge, Altersversorgung sowie die Beiträge zur Sozialversicherung,

2. an Sachkosten

a) die gesetzlich vorgesehenen Umlagen und Ausgleichsabgaben einschließlich von Beiträgen zur Berufsgenossenschaft, die der Schulträger als Arbeitgeber für das pädagogische Personal und das Verwaltungs- und Hauspersonal abzuführen hat,

b) Gerichts-, Sachverständigen- und ähnliche Kosten einschließlich der Kosten ärztlicher Untersuchungen der Schülerinnen und Schüler, soweit landesseitig veranlasst,

c) die Kosten der Lernmittelfreiheit und die Schülerfahrkosten,

d) die ortsüblich angemessene Miete oder Pacht für die Bereitstellung der Schulgebäude und -räume sowie

e) Aufwendungen für Bauinvestitionen nach Maßgabe des § 110.

2 Nr. 2 SchulG NRW andererseits auch eine gegenseitige Deckungsfähigkeit schon im Ansatz aus.

Neben den Ausgaben der Ersatzschule i.S.v. § 106 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SchulG NRW werden gem. § 106 Abs. 3 SchulG NRW⁴ die über § 106 Abs. 2 Nr. 1 hinaus anfallenden Personalkosten für Lehrer/innen und Lehrer i.S.v. § 107 Abs. 3 (§ 106 Abs. 3 1. Var. SchulG NRW), die Kosten des Verwaltungs- und Hauspersonals gemäß § 107 Abs. 4 bis 6 (§ 106 Abs. 3 2. Var. SchulG NRW) sowie die über Absatz 2 Nr. 2 hinausgehenden Sachkosten i.S.v. § 108 (§ 106 Abs. 3 3. Var. SchulG NRW) pauschaliert abgegolten. Auch insoweit ist es, ungeachtet der Möglichkeit gegenseitiger Deckungsfähigkeit nach § 106 Abs. 4 S. 1 SchulG NRW, gem. § 106 Abs. 4 S. 2 SchulG NRW rechtlich untersagt, Gelder abzuzweigen und in Eigenmittel i.S.d. Gesetzes umzuwandeln.

II. Verbleibende Finanzierungslücken für notwendige Ausgaben

Neben der gesetzlichen Eigenleistung ist der Ersatz-Schulträger mit den Kosten für das Personal- und Gebäudemanagement belastet. Diese Aufgaben und damit auch die entsprechenden Kosten übernehmen bei staatlichen Schulen das Schulamt, der Stadtbetrieb Schulen, das Gebäudemanagement und das Rechtsamt der jeweiligen Kommune oder des Landkreises und als Landesbehörde das Landesamt für Besoldung und Versorgung. Die Höhe dieser „zusätzlichen“ Kosten lassen sich allgemein, also im Sinne eines Durchschnittswerts aller Ersatzschulen, schwerlich quantifizieren. Die Belastung ist indessen bei der Beurteilung der zulässigen Kostenlast/Eigenleistung von Ersatzschulen und ihrer Schüler/innen selbstverständlich mitzudenken. Am Beispiel der Troxler-Schule Wuppertal sind dies in 2019 162.591,59 Euro.⁵

⁴ § 106 Abs. 3 SchulG NRW lautet: „Die über Absatz 2 Nr. 1 hinaus anfallenden Personalkosten für Lehrerinnen und Lehrer werden gemäß § 107 Abs. 3, die Kosten des Verwaltungs- und Hauspersonals gemäß § 107 Abs. 4 bis 6 sowie die über Absatz 2 Nr. 2 hinausgehenden Sachkosten gemäß § 108 pauschaliert abgegolten.“

⁵ Nicht refinanzierte Personal- und Sachkosten und Mehrausgaben bei pauschal refinanzierten Personal- und Sachkosten wegen Nichtauskömmlichkeit der Pauschalen, vgl. Anlagen.

III. Gesetzliche Eigenleistungen

Die gesetzliche Eigenleistung ist in § 106 Abs. 5 SchulG NRW mit 15% für die Regel-Ersatzschulen und mit 11% für Förder-Ersatzschulen festgelegt. Bezugspunkt ist die Summe, die sich aus den Zuschüssen gem. § 106 Abs. 2 und 3 ergibt. Diese prozentualen Eigenleistungen können von den Ersatzschulen zwar um 7% für die Bereitstellung von Schulgebäuden und -räumen ermäßigt werden, wenn Aufwendungen für Miete oder Pacht nicht veranschlagt werden und um 2% für die Bereitstellung der Schuleinrichtung abgesenkt werden. Aber zur Finanzierung dieser „sachlichen“ Eigenleistungen muss die jeweilige Ersatzschule wiederum eigene finanzielle Mittel auf- und einbringen, deren Höhe je nach Standort der Schule, Kreditwürdigkeit des Schulträgers und weiterer Umstände variieren kann und wird. Zudem kann das Absenkungspotential sogar bei ein und derselben Ersatzschule von Jahr zu Jahr variieren und kann auch deshalb verfassungsrechtlich nicht etwa im Sinne einer pauschalen Absenkung des Eigenleistungsanteils verarbeitet werden. Für die verfassungsrechtliche Würdigung der nordrhein-westfälischen Finanzierungsregeln sind vielmehr 15% Eigenleistung für die Regel-Ersatzschulen und 11% Eigenleistung für Förder-Ersatzschulen zugrunde zu legen. Die 11%- bzw. 15%-Regel gilt indessen nicht für alle Ausgaben der Ersatzschule. Die Eigenleistung des Schulträgers entfällt gem. § 106 Abs. 6 SchulG NRW für die der Lehrerfortbildung dienenden Schulbudgets im Sinne von § 108 Abs. 5 SchulG NRW, für die Kosten der Lehrmittelfreiheit sowie die Schülerfahrtskosten im Sinne der zu den §§ 96 f. SchulG NRW getroffenen Regelungen.

Entgegen dem ersten Anschein, der naheliegt, dass die Belastungen pro Schülerin und Schüler von Regel-Ersatzschulen nach der Gesetzessystematik typischerweise höher ausfallen als bei den Förder-Ersatzschulen, weil bei Ersteren eben eine Eigenleistung von 15% und bei Letzteren „nur“ von 11% geschuldet wird, ist dies mitnichten der Fall. Die genannten prozentualen Eigenbeteiligungen wirken sich auf die verschiedenen Typen von Ersatzschulen resp. die zur Aufbringung der Eigenleistung *notwendigen* „Beiträge“ der Schüler/innen bzw. ihrer Eltern/Sorgeberechtigten in Verbindung mit den verordnungsrechtlichen Bestimmungen über die Schüler-Lehrer-Relationen für (verschiedenen) Regelschulen und die verschiedenen Förderschulen ganz im Gegenteil derart aus, dass der Eigenleistungsanteil pro Schüler/in an Förder-Ersatzschulen und namentlich an

Förder-Ersatzschulen GE aus *strukturellen resp. regelungssystemimmanenten* Gründen signifikant höher ausfällt als an Regel-Ersatzschulen.⁶

Die Verordnung zur Ausführung des § 93 Abs. 2 Schulgesetz (VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW) regelt in ihren §§ 8 ff. die Relationen der „Schülerinnen und Schüler je Lehrerstelle“. Gem. § 8 Abs. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW betragen die Relationen „Schülerinnen und Schüler je Stelle“ (nach Maßgabe des Haushalts) für Grundschulen 21,95 (Nr. 1), für Hauptschulen 17,86 (Nr. 2), für Realschulen 20,19 (Nr. 3), für Sekundarschulen 16,27 (Nr. 4), für Gymnasien in der Sekundarstufe I (G 8) 19,17 (Nr. 5 a), in der Sekundarstufe I (G 9) 19,87 (Nr. 5b) und in der Sekundarstufe II 12,70 (Nr. 5 c), für Gesamtschulen in der Sekundarstufe I 18,63 (Nr. 6 a) und in der Sekundarstufe II 12,70 (Nr. 6b). Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 8 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW betragen die Relationen „Schülerinnen und Schüler je Stelle“ für Förderschulen für Förderschwerpunkte im Bereich der Lern- und Entwicklungsstörungen (Lernen, Emotionale und soziale Entwicklung, Sprache) 9,92 (Nr. 8 a), für den Förderschwerpunkt Sehen (Blinde) 5,89 (Nr. 8 b), für den Förderschwerpunkt Hören und Kommunikation (Gehörlose) 5,89 (Nr. 8 c), für den Förderschwerpunkt Geistige Entwicklung 6,14 (Nr. 8 d), für den Förderschwerpunkt Körperliche und motorische Entwicklung 5,89 (Nr. 8 e), für den Förderschwerpunkt Sehen (Sehbehinderte) 7,83 (Nr. 8 f), für den Förderschwerpunkt Hören und Kommunikation (Schwerhörige) 7,83 (Nr. 8 g) und für die intensivpädagogische Förderung bei Schwerstbehinderung gemäß § 15 der Ausbildungsordnung sonderpädagogische Förderung (außer Emotionale und soziale Entwicklung) 4,17 (Nr. 8 h).

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

Gem. § 8 Abs. 2 S. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW kann das für das Schulwesen zuständige Ministerium in besonderen Fällen, insbesondere für Schulversuche sowie bei *Förderschulen* und Schulen für Kranke, die Relationen nach den jeweiligen Erfordernissen abweichend von Absatz 1 im Einvernehmen mit dem für Finanzen zuständigen Ministerium festsetzen.

Des Weiteren kann das für das Schulwesen zuständige Ministerium gem. § 9 Abs. 1 S. 1 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW den Schulaufsichtsbehörden für den Unterrichtsmehrbedarf einen Ganztagsstellenzuschlag für Grundschulen, für die Sekundarstufe I sowie für Förderschulen mit dem Förderschwerpunkt Lernen in Höhe von 20 Prozent und für die übrigen Förderschulen und die Schulen für Kranke in Höhe von 30 Prozent der Grundstellenzahl zuweisen.

Gem. § 9 Abs. 2 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW kann das für das Schulwesen zuständige Ministerium den Schulaufsichtsbehörden nach näherer Bestimmung des Haushalts zusätzliche Stellen oder Mittel für den Unterrichtsmehrbedarf zuweisen, und zwar u.a. (Nr. 6) für die *Ganztagsförderung* in Hauptschulen und *Förderschulen* in der Sekundarstufe I mit erweitertem Ganztagsbetrieb in Höhe von insgesamt 30 Prozent der Grundstellenzahl.

Die Auswirkungen des Zusammenspiels von gesetzlicher Eigenleistung der Ersatzschulen und verordnungsrechtlich geregelten Lehrer-Schüler-Relationen sollen nachfolgend an Hand eines realen Beispiels illustriert werden, welches modo grosso als stellvertretend für die strukturelle/gesetzlich angelegte besondere Belastung von Förder-Ersatzschulen und zumal Förder-Ersatzschulen GE mit Eigenleistungen sowie zugleich als signifikante Benachteiligung von Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen qualifiziert werden kann. Auswahlbeispiele sind die Troxler-Schule Wuppertal, eine Ersatz-Förderschule GE, und die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal, eine Regel-Ersatzschule, welche als Waldorfschule von den Klassen 1 – 13 geführt wird.

Für das Jahr 2019 ergibt sich gemäß der Jahresrechnung für die Troxler-Schule Wuppertal als Ersatz-Förderschule GE bei 121 Schüler/innen und 30,1 Lehrerstellen (Quote 4,02) bei einer gesetzlichen Eigenleistung von 9% ein Beitrag von 252.056,94 Euro (ca. 174 Euro monatlich pro Schüler/in), was bei einer Quote von 11 % eine

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

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

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

(74.380,09Euro) von dieser Summe abgezogen wurden, was zu einer Bezugsgröße von 2.920.187,27 Euro führt.

Das aktuelle Schulgesetz wirkt sich in Verbindung mit der Verordnung zur Ausführung des § 93 Abs. 2 Schulgesetz im Hinblick auf die Troxler-Schule Wuppertal und die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal nach allem so aus, dass gegenüber einer Regel-Ersatzschule für nicht-behinderte Kinder an einer Förder-Ersatzschule GE eine 2,3-fach höhere gesetzliche Eigenleistung je Schülerin und Schüler aufgebracht werden muss.

Vor diesem Hintergrund stellt sich erstens die Frage, ob ein Privatschulfinanzierungsrecht, welches Förderschulen GE (in einem durchschnittlichen Fall) mit einer Eigenleistung von mehr als 200 Euro belastet gegen Art. 7 Abs. 4 GG und/oder Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW verstößt und kehrseitig ob den Förderschulen GE gegen das Land NRW ein verfassungskräftiger Finanzierungsanspruch auf eine mehr als 89%ige Übernahme der nach nordrhein-westfälischen Privatschulfinanzierungsrecht in Bezug genommenen Kosten zusteht. Und zweitens ist zu erörtern, ob das Privatschulfinanzierungsrecht einerseits im Hinblick auf Förderschulen GE als Grundrechtsträger im Vergleich zu Regel-Ersatzschulen Art. 3 Abs. 1 GG und andererseits im Hinblick auf die systemlogisch – soweit man nicht (wie freilich verbreitet) unterstellt, dass irgendjemand die „armen“ Kinder schon mit einer Finanzspritze unterstützt – von diesen Regeln betroffenen Schüler/innen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und/oder Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

C. Verfassungsrechtliche Würdigung

Bevor ein verfassungsunmittelbarer aus Art. 7 Abs. 4 GG und/oder Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW gegen das Land NRW gerichteter Finanzierungsanspruch aller Förder-Ersatzschulen GE, der auf eine mehr als 89%ige Übernahme der nach nordrhein-westfälischen Privatschulfinanzierungsrecht in Bezug genommenen Kosten gerichtet ist (II.), sowie eine gleichheitsgrundrechtliche Fundierung eines Anspruchs in einer Höhe von mehr als 89% dieser Kosten untersucht wird (III.), ist der verbreiteten These einer verfassungsrechtlich (in NRW) gebotenen Eigenleistung von Ersatzschulen nachzugehen (I.).

I. Zur These einer verfassungsrechtlich (in NRW) gebotenen Eigenleistung von Ersatzschulen

In Schrifttum und Rechtsprechung wird verbreitet behauptet, eine Eigenleistung eines jeden Privatschulträgers sei in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelegt⁷ und erst recht sei eine solche Eigenleistung in NRW angesichts der Verwendung der Formulierung „Zuschüsse“ in Art. 8 Abs. 4 LV NRW verfassungsrechtlich geboten oder zumindest zulässig und müsse bzw. dürfe mithin von allen Ersatzschulen gefordert werden.⁸ Freilich fehlt der in Bezug genommenen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ein verfassungsangebundenes Argument,⁹ will man dies nicht in der verbreiteten und eben auch beim Bundesverfassungsgericht anklingenden¹⁰ Etikettierung von Ersatzschulen als „Wirtschaftsunternehmen“ erkennen. Dem soll im Folgenden jedenfalls ebenso nachgegangen werden wie der skizzierten „Zuschussthese“.

1. Ersatzschulen als Wirtschaftsunternehmen

Wie angedeutet wird die Eigenleistungspflicht von Ersatzschulen häufig – und nicht zuletzt von der Bezirksregierung Düsseldorf – mit der Qualifizierung von Ersatzschulen als Wirtschaftsunternehmen in einen Zusammenhang gebracht. So heißt es in den von der Bezirksregierung Düsseldorf herausgegebenen „Informationen zu Inhalt und Grenzen der Schulaufsicht über private Ersatzschulen“ (Stand 01.01.2021): *„Private Ersatzschulen sind – wie alle Schulen in freier Trägerschaft („Privatschulen“) – ihrem Wesen nach Wirtschaftsunternehmen. Sie bieten ihren Kundinnen und Kunden die `Ware` Bildung an.“*¹¹ Die Rede von den Ersatzschulen als Wirtschaftsunternehmen impliziert bzw. unterstellt, dass Schulen in freier Trägerschaft resp. ihre Träger ein kommerzielles resp. Gewinnerzielungsinteresse an der Durchführung von Schule haben. Ein solches kann aber schon aus rechtlichen Gründen nicht existieren, da nur

⁷ Das BVerfG formuliert in der Tat, es sei „selbstverständlich, daß jeder Ersatzschulträger eine angemessene Eigenleistung erbringen muß“, BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107, (118). Ob damit indessen ein Verbot der Vollfinanzierung statuiert werden sollte, erscheint zweifelhaft, erfolgt diese Formulierung doch in Ausfüllung des Obersatzes, dass der Staat nur verpflichtet sein könne, „einen Beitrag bis zur Höhe des Existenzminimums zu leisten, BVerfGE 75, 40 (68).

⁸ Vgl. *Overbeck*, in: *Schulrechtshandbuch NRW*, § 105 SchulG Rn. 3h Loseblatt Lieferung Dezember 2013; *OVG Münster*, OVG 36, 232 ff.; *Kamp*, in: *Heusch/Schönbroicher, Landesverfassung NRW*, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 68.

⁹ Auf den schutzrechtlichen Kontext dieser Ausführungen, welcher aber eben darauf zielt, einen Anspruch zu verneinen, nicht aber ein verfassungsrechtliches Gebot der Eigenleistung zu begründen, wird noch eingegangen werden, vgl. unten C.II. 2. a) aa) (2) und C.II. 2. a) bb).

¹⁰ BVerfGE 75, 40 (68).

¹¹ Ebenda, unter Gliederungspunkt 5. A).

gemeinnützige Träger gem. § 105 Abs. 5 S. 1 SchulG NRW in den Genuss der staatlichen Förderung kommen. Die Rede von der Ersatzschule als Wirtschaftsunternehmen bietet weiterhin oftmals den (suggestiven) Einstieg in die These, dass Ersatzschulen (wie alle Wirtschaftsunternehmen) ein ökonomisches Risiko tragen *müssten*,¹² *diese Risikotragungspflicht wird sodann zur Verfassungserwartung*¹³ und mutiert schließlich zu geltendem Verfassungsrecht.¹⁴ Dies alles bleibt freilich ohne verfassungsangebundene Argumentation. Art. 7 Abs. 4 und 5 GG gewährleistet demgegenüber ein Freiheitsrecht (ohne irgendeine ökonomische Prägung) mit pluralistisch-pädagogischer Ausrichtung (was nicht zuletzt Art. 7 Abs. 5 GG besonders deutlich macht). Und das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot unterstreicht die Absage an die Vorstellung und verfassungsrechtliche Konzeption der Ersatzschulen als warenverkaufende Wirtschaftsunternehmen. Die Rede von der Ersatzschule als Wirtschaftsunternehmen wie von der Bildung als „Ware“ an eben diesen Schulen ist folglich gänzlich unbegründet und ob ihrer (in diesem Zusammenhang) pejorativen Konnotation zu vermeiden. Soweit diese Rede argumentativ zur Begründung von verfassungsrechtlich vorausgesetzten Eigenleistungen verwandt oder dieses damit auch nur suggeriert werden soll, ist sie gar entschieden zurückzuweisen. Soweit dem entgegengehalten wird, dass in NRW (und gar im Regierungsbezirk Düsseldorf) und anderswo doch auch (als Ergänzungsschulen firmierende) nicht gemeinnützige Ersatzschulen existieren, ist dies zutreffend und es besteht auch kein Grund, diese Schulen nicht als Wirtschaftsunternehmen zu etikettieren. Indessen wird die Etikettierung als Wirtschaftsunternehmen für die gemeinnützigen Ersatzschulen deswegen nicht treffender; richtig ist vielmehr, den diesbezüglichen Etikettenschwindel als „Ergänzungsschulen“ zu beenden und kommerzielle Ersatzschulen wegen ihres offenbaren Verstoßes gegen das bundes- und landesverfassungsrechtliche Sonderungsverbot nicht mehr zu genehmigen und den bestehenden „kommerziellen Ersatzschulen“ – selbstverständlich unter Berücksichtigung des gebotenen Vertrauensschutzes – den Weiterbetrieb zu untersagen. Die verschiedenen

¹² Vgl. BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (118) sowie *Overbeck*, in: Schulrechtshandbuch NRW, § 105 SchulG Rn. 2, Loseblatt Lieferung Dezember 2013: keine „Abnahme des Unternehmerrisikos“.

¹³ Vgl. nur *Overbeck*, in: Schulrechtshandbuch NRW, § 105 SchulG Rn. 2, Loseblatt Lieferung Dezember 2013, wo ohne Begründung oder auch nur Erläuterung vom „von Verfassungs wegen vorausgesetzten finanziellen Eigenengagement des Ersatzschulträgers“ die Rede ist.

¹⁴ Vgl. demgegenüber zur Divergenz von Verfassungserwartung und Verfassungsrecht *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 125 ff.

Konstruktionen vorgeblich schulgeldloser nichtgemeinnütziger „Ergänzungsschulen“ resp. solcher mit *relativ* moderatem Schulgeld lassen sich sämtlich als (mehr oder weniger) plumpe Umgehungen des Sonderungsverbots dekonstruieren.

2. Zum Begriff des Zuschusses in Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW

Bleibt die Frage, ob sich eine landesverfassungsrechtliche Eigenleistungspflicht aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW ableiten lässt. Art. 8 Abs. 4 lautet:

„Für die Privatschulen gelten die Bestimmungen des Artikels 7 Abs. 4 und 5 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 zugleich als Bestandteil dieser Verfassung. Die hiernach genehmigten Privatschulen haben die gleichen Berechtigungen wie die entsprechenden öffentlichen Schulen. Sie haben Anspruch auf die zur Durchführung ihrer Aufgaben und zur Erfüllung ihrer Pflichten erforderlichen öffentlichen Zuschüsse.“

Das Argument lautet, dass die Formulierung „Zuschüsse“ begrifflich eine Vollkompensation der Ausgaben – auch soweit diese zur Aufgabenerfüllung erforderlich und also notwendig sind – ausschließt, eben weil „Zuschüsse“ begrifflich voraussetzen, dass ein eigener (für die Aufgabenerfüllung verwendeter) Be(i)trag lediglich ergänzt wird.¹⁵ Man muss diesem (isolierten) Wortlautverständnis von „Zuschüsse“ nicht grundsätzlich widersprechen, ohne der gezogenen Schlussfolgerung einer landesverfassungsrechtlich gebotenen Eigenleistung der Ersatzschulen bzw. ihrer Träger zu folgen. Denn erstens konfligiert ein solches Wortlautverständnis von „Zuschüsse“ mit dem ebenso deutlich in Art. 8 Abs. 3 S. 3 LV NRW ausgesprochenen Gebot der „Erforderlichkeit“ der Zuschüsse zur Aufgaben- und Pflichterfüllung. Bezugspunkt der Erforderlichkeit kann sinnvollerweise aber nur die Aufgabenerfüllung sein wie sie das Landesschulgesetz bzw. -recht und in diesem Fall gar die Landesverfassung in Gestalt von Art. 8 Abs. 4 S. 1 LV NRW und die Bundesverfassung in Gestalt von Art. 7 Abs. 4 und 5 GG bestimmt und (im Sinne einer Genehmigungsvoraussetzung) fordert. Und dies schließt nicht zuletzt die Beachtung des Sonderungsverbots als Teil der Aufgabenerfüllung ein. Damit ist aber allein eine Auslegung von Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW vereinbar, wonach die Zuschüsse erforderlich sind, auf welche eine Ersatzschule jenseits eines zulässigerweise

¹⁵ Vgl. nochmals *Overbeck*, in: *Schulrechtshandbuch NRW*, § 105 SchulG Rn. 3h, Loseblatt Lieferung Dezember 2013 und etwas vorsichtiger *OVG Münster*, *OVGE* 36, 232 (238); *Kamp*, in: *Heusch/Schönbroicher, Landesverfassung NRW*, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 68. Vgl. auch *Fehrmann*, *Schulverwaltung NRW* 2018, 202 ff.

erhobenen Schulgeldes resp. zulässiger Beiträge zur Aufbringung der Eigenleistung¹⁶ angewiesen ist, um ihre rechtlich vorgegebenen Aufgaben und Pflichten zu erfüllen.

Wer dieser hier vorgeschlagenen (isolierten) Interpretation des Landesverfassungsrechts nicht folgen möchte, muss nichtsdestotrotz und gar vorrangig erläutern, ob bzw. wie sich die *landesverfassungsrechtliche* Zuschussregelung, verstanden als (sonderungsverbotsunabhängiges) Eigenleistungsgebot, mit Art. 7 Abs. 4 und namentlich dem *bundesverfassungsrechtlichen* Sonderungsverbot vereinbaren lässt. Um die Antwort zunächst zu strukturieren: Soweit das höherrangige bundesverfassungsrechtliche Sonderungsverbot der Zuschussregelung bzw. der skizzierten verbreiteten Interpretation derselben entgegensteht, ist die Regelung wegen Verstoßes gegen das GG verfassungswidrig oder eben nach Maßgabe der bundesrechtlichen Vorgabe (soweit möglich) bundesverfassungskonform auszulegen. Denn nach allgemeinen und unbestrittenen Denksätzen der Normenhierarchie markiert das bundesrechtliche Sonderungsverbot resp. die Interpretation desselben und der – wie noch gezeigt wird – damit verbundene Finanzierungsanspruch der Ersatzschulen die Grenze der landesverfassungsrechtlichen Ausgestaltung resp. Interpretation der Zuschussregelung. Das gilt selbstverständlich nur im Sinne eines Verschlechterungsverbots, d.h. eine für Ersatzschulen (als Grundrechtsträger) ungünstigere Regelung im Landesverfassungsrecht wäre bedeutungslos, weil verfassungswidrig und nichtig.¹⁷ Nach allem sind zunächst die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Privatschulfinanzierung und des Sonderungsverbots auszuloten. Insoweit wird sich zeigen – das sei an dieser Stelle vorweggenommen –, dass die verbreitete Interpretation der Zuschussregelung i.S.e. (substantiellen) Eigenleistung mit dem Grundgesetz als Bundesverfassungsrecht kollidiert und demgemäß zu verwerfen ist.

¹⁶Gem. Art. 9 Abs. 2 S. 3 LV NRW können die Privatschulen in NRW zu Lasten des Staates auf die Erhebung von Schulgeld verzichten. Anstelle dessen werden letztlich schulgeldgleich wirkende Beiträge zur Aufbringung der Eigenleistung als aliud qualifiziert und die Ersatzschulen wie beschrieben damit belastet. Ob sie Schulgeld im engeren Sinne erheben, ist im Hinblick auf die verbleibende Finanzierungslast irrelevant.

¹⁷ Demgegenüber darf die landesverfassungsrechtliche Regelung (der Privatschulfinanzierung) selbstverständlich für Ersatzschulen als Grundrechtsträger günstiger ausfallen als Bundesverfassungsrecht, siehe auch VerfGH NRW, OVGE 15, 314 (319 f.); *von Coelln*, Anwendung von Bundesrecht nach Maßgabe der Landesgrundrechte?, 2001, S. 234; *Wermeckes*, Der erweiterte Grundrechtsschutz der Landesverfassungen, 2000, S. 149.

II. Zur Existenz und Höhe eines verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruchs genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 GG

Im Folgenden wird die Existenz eines verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruchs genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW nachgewiesen, um daran anschließend der Höhe dieses Anspruchs nachzugehen.

1. Vorbemerkung: Position der Bezirksregierung Düsseldorf

Bevor hier systematisch der Existenz (und Höhe) eines verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruchs genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 GG nachgegangen wird, sei in aller Kürze die jüngst veröffentlichte Position der für die Troxler-Schule Wuppertal zuständigen Bezirksregierung Düsseldorf im Hinblick auf die Existenz eines solchen Anspruchs und die Interpretation des Sonderungsverbotens skizziert. In ihren „Informationen zu Inhalt und Grenzen der Schulaufsicht über private Ersatzschulen“ (Stand 01.01.2021) wird die Existenz eines subjektiven, grundrechtlich fundierten Anspruchs in Übereinstimmung mit der wohl h.M. verneint und sodann die Rechtsprechung des BVerfG zum Sonderungsverbot wie folgt zusammengefasst:

„Verpflichtende Zahlungen als Gegenleistung für den Besuch einer privaten Ersatzschule und die Inanspruchnahme (nur) des lehrplanmäßigen Unterrichtes sind aber nicht völlig verboten, allerdings der Höhe nach begrenzt. Das Bundesverfassungsgericht hält in seiner Rechtsprechung die Erhebung eines Schulgeldes für den Besuch privater Ersatzschulen nicht für gänzlich ausgeschlossen, geht allerdings in einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 davon aus, dass ein Schulgeld in Höhe von etwa 170 bis 190 DM je Monat und Kind jedenfalls nicht mehr verfassungsgemäß ist. In der Folgezeit ist diese Aussage vielfach dahin interpretiert worden, dass, bezogen auf das Jahr 1986, die verfassungskonforme Erhebung von Schulgeld auf etwa 130 DM pro Monat und Kind beschränkt ist. Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich gestiegenen Lebenshaltungskosten würde daher heute ein Schulgeld von etwa 140 € je Monat und Kind noch dem Willen des Verfassungsgebers entsprechen, dass auch und gerade die private Ersatzschule grundsätzlich allen Bürgerinnen

*und Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse offenstehen muss.*¹⁸

Um sodann anzufügen:

*„Eine andere Auffassung hält jedoch eine soziale Staffelung der Beiträge je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Erziehungsberechtigten bzw. der Schülerinnen und Schüler selbst für geboten, die je nach deren wirtschaftlichen Verhältnissen niedriger als 140 € je Monat und Kind sein muss, aber gegebenenfalls auch höher sein kann. Das Bedürfnis für eine solche Staffelung gebe es jedenfalls dann, wenn der Betrag nicht so niedrig sei, dass ihn sich auch Familien mit sehr niedrigem Einkommen und Vermögen leisten können.“*¹⁹

Freilich bleibt die Referierung der geschilderten Auffassungen ohne jedwede eigene Kommentierung resp. Positionierung, so dass der Leser/die Leserin insoweit ratlos zurückbleibt. In diesem Gutachten wird auf die genannten Positionen im Kontext der Frage nach der Verletzung des Sonderungsverbots durch die geschilderten nordrhein-westfälischen Privatschulfinanzierungsregeln zurückzukommen sein. Jedenfalls liegt die durchschnittliche auf der Grundlage der Eigenleistung berechnete Belastung pro Schüler/in an einer Förder-Ersatzschule GE in NRW (über 200 Euro) schon nach der Interpretation der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung seitens der Bezirksregierung Düsseldorf²⁰ über dem Betrag, den das Sonderungsverbot als zulässiges Schulgeld verfassungsrechtlich erlaubt.

2. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch genehmigter Ersatzschulen

Bzgl. der Frage nach einem verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruch genehmigungsfähiger Ersatzschulen wird zunächst das GG und sodann die LV NRW analysiert.²¹

¹⁸ Informationen zu Inhalt und Grenzen der Schulaufsicht über private Ersatzschulen“ (Stand 01.01.2021), Gliederungspunkt 5. A).

¹⁹ Informationen zu Inhalt und Grenzen der Schulaufsicht über private Ersatzschulen“ (Stand 01.01.2021), Gliederungspunkt 5. A).

²⁰ Das gilt erst recht für die andere von der Bezirksregierung Düsseldorf referierte Auffassung.

²¹ Unbeachtlich sind vorliegend folgende landesverfassungsgerichtliche Judikate zu Privatschulfinanzierungsansprüchen: ThürVerfGH, Urteil vom 21.05.2014 - VerfGH 13/11; SächsVerfGH, Urteil vom 15.11.2013 - Az. Vf. 25-II-12; BbgVerfG, Beschluss vom 12.12.2014 - VfGBbg, AZ. 50/12.

a) Grundgesetzlich fundierter Finanzierungsanspruch genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 GG

In der Literatur erschöpft sich die Auseinandersetzung mit einem grundgesetzlich fundierten Finanzierungsanspruch genehmigter Ersatzschulen (ähnlich der Bezirksregierung Düsseldorf) zumeist in der (selektiven) Wiedergabe bzw. (selektiven) Deutung der einschlägigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Dieser wird überwiegend entnommen, dass ein verfassungsunmittelbarer *Anspruch* der einzelnen Ersatzschule nicht bestehe und selbst eine verfassungsunmittelbare Finanzierungspflicht des Staates von einer (konkreten) Gefährdung des Instituts Ersatzschulwesen als solchem abhängige.²²

Die nachfolgende Analyse wendet sich im Ausgangspunkt der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu, zeichnet ihre Inkonsistenzen bzw. Widersprüche nach – darin liegt die uneinheitliche Deutung der Rechtsprechung in der Literatur mutmaßlich begründet – und entwickelt sodann – an grundlegende Prämissen des BVerfG anschließend – einen verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruch.

aa) Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich vor allem in seinem ersten Grundsatzurteil vom 08.04.1987²³ und in den Beschlüssen vom 09.03.1994,²⁴ vom 04.03.1997²⁵ und vom 23.11.2004²⁶ zu den Grundlagen und Maßgaben einer verfassungsrechtlichen Finanzierungs- resp. Förderungspflicht von Ersatzschulen geäußert. Zuvor (1957 und 1969) hat es bereits statuiert, dass Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG neben der Gründungsfreiheit zugleich eine Garantie der Privatschule als Institution verbürge.²⁷

(1) Institutionelle Garantie/Institutsgarantie sowie Beistands- und Förderpflicht resp. sozialstaatliche Einstandspflicht

Im Urteil vom 08.04.1987 fügte es dem Gehalt des Art. 7 Abs. 4 GG sodann ein Förderungselement zu Gunsten der Ersatzschulen hinzu. Unbeschadet der

²² Vgl. *Badura*, in: Maunz/Dürig, 92. EL August 2020, GG Art. 7 Rn. 130-132; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 7 Rn. 90 ff.; *Eiselt*, DÖV 1987, 557 (560 ff.); *Jach*, DÖV 1990, 506 (507); ders., DÖV 1995, 925 (926 f.); *Langer*, NJ 2009, 187 (188 ff.); *Winkler*, JA 2005, 578 (579). A.A. *Brosius-Gersdorf*, DÖV 2017, 881 (882 ff.).

²³ BVerfGE 75, 40.

²⁴ BVerfGE 90, 107; BVerfGE 90, 128.

²⁵ BVerfG, Kammerbeschluss vom 04.03.1997, Az. 1 BvL 26, 27/96.

²⁶ BVerfGE 112, 74.

²⁷ BVerfGE 6, 309 (355); BVerfGE 27, 195 (201 f.).

entstehungsgeschichtlichen Analyse der Norm, wonach Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG als ein „besonderes Freiheitsrecht“ unter Absage an ein staatliches Schulmonopol verstanden wurde, ohne freilich einen Subventionsanspruch zu umfassen,²⁸ sei die Norm mit der Anerkennung der Gründungsfreiheit und der institutionellen Garantie der Privatschule nicht vollständig erfasst.²⁹ Das Grundrecht lege „den für die Schulgesetzgebung ausschließlich zuständigen Ländern darüber hinaus die Pflicht auf, das private Ersatzschulwesen neben dem öffentlichen Schulwesen zu fördern und in seinem Bestand zu schützen“.³⁰ Eine solche sozialstaatliche Einstandspflicht gebe es nur für Ersatzschulen, nicht aber für Ergänzungsschulen, weil für diese die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG nicht gälten.³¹ Das generelle Bestehen dieser Förderungspflicht sei vor allem der besonderen Ausgestaltung in Art. 7 Abs. 4 S. 2 bis 4 GG geschuldet, mit der das Grundgesetz Voraussetzungen normiere, ohne deren Erfüllung vom Grundrecht der Gründungsfreiheit kein Gebrauch gemacht werden könne. Ohne staatlichen Beistand bliebe das Grundrecht unter diesen von der Verfassung vorgegebenen Bedingungen inhaltslos und verkümmere zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie.³² Die privaten Schulträger seien nicht in der Lage, sämtliche in Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen gleichzeitig und auf Dauer ohne staatliche Unterstützung zu erfüllen, da ihnen die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung durch Erhebung annähernd kostendeckender Schulgelder durch das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG genommen werde.³³

²⁸ Verweis auf BVerfGE 27, 195 (201 f.).

²⁹ BVerfGE 75, 40 (61).

³⁰ BVerfGE 75, 40 (62).

³¹ BVerfGE 75, 40 (62). Maßgebliche Kriterien für das Bestehen einer Ersatzschule in Abgrenzung zu sog. Ergänzungsschulen seien Folgende: Erstens müsse es sich in Abgrenzung zu Kursen, Lehrgängen und ähnlichen Unterrichtsveranstaltungen um eine echte „Schule“ handeln. Dabei komme es weder auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer Schulpflicht an noch komme ganz allgemein dem Lebensalter der Schüler eine Bedeutung zu. Zweitens müsse eine solche Schule nach dem jeweiligen Landesrecht als öffentliche Schule bestehen oder mindestens als solche grundsätzlich vorgesehen sein, BVerfGE 75, 40 (77).

³² BVerfGE 75, 40 (65).

³³ BVerfGE 75, 40 (63 ff.). Offen lässt das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf eine vorgängige Argumentationslinie des Bundesverwaltungsgerichts, ob zu berücksichtigen sei, dass die privaten Ersatzschulen durch ihre in Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG vorausgesetzte „Ersatz“-Funktion dem Staat eigene (finanzielle) Aufwendungen erspare und so die öffentlichen Haushalte entlaste. Jedenfalls finde die staatliche Schutzpflicht privater Ersatzschulen ihre Rechtfertigung nicht vorrangig in einer Art Aufwendungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher (hoheitlicher) Aufgaben durch Private, sondern in der Förderung eigenverantwortlicher Miterfüllung der durch Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG gerade auch der Privatinitiative überlassenen allgemeinen (öffentlichen) Bildungsaufgaben, vgl. BVerfGE 75, 40 (65 f.).

Eine solche Sonderung nimmt das Bundesverfassungsgericht an,³⁴ wenn Schülerinnen und Schüler eine Ersatzschule nicht mehr grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihre Wirtschaftslage besuchen können, namentlich infolge überhöhter Schulgelder.³⁵ Des Weiteren gewährleiste der sozialstaatliche Gehalt des Art. 7 Abs. 4 GG den in den Ersatzschulen tätigen Lehrkräften eine rechtlich und wirtschaftlich gesicherte Lebensgrundlage. Seien diese Ziele im Privatschulwesen aufgrund des hohen Kostenniveaus nicht mehr zu erfüllen, entstehe eine „sozialstaatliche Einstandspflicht“.³⁶ Eine besondere Kompensationspflicht gelte aber nicht nur für den Ausgleich der durch Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG vom Grundgesetz selbst geschaffenen Forderungen, sondern auch für eine fortlaufende Verschärfung der Gleichwertigkeitsanforderungen, etwa durch die Hebung des Standards schulischer Einrichtungen oder durch die stetige Verbesserung der Lehrerbesehung, denen sich die privaten Ersatzschulen anpassen müssen (vgl. Art. 7 Abs. 4 S. 3 1. HS, S. 4 GG). Sollen solche Maßnahmen nicht indirekt zu einer durch Art. 7 Abs. 4 GG verbotenen Benachteiligung der Ersatzschulen führen, so müsse der Staat sicherstellen, dass die Verwirklichung seiner bildungs- und sozialpolitischen Ziele nicht auf Kosten der Lebensfähigkeit des privaten Ersatzschulwesens geht.³⁷

(2) Schutzpflicht

Die daran anschließend propagierte, den Staat treffende „Schutzpflicht“ löse indes erst dann eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht aus, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre.³⁸ Zur Begründung dieser Begrenzung der verfassungsrechtlichen Schutz- und Handlungspflichten wird auf die Schutzpflichtenrechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 GG verwiesen, namentlich auf das Fluglärmurteil.³⁹ Dessen unbeschadet sei die generelle Hilfsbedürftigkeit als Grundvoraussetzung einer Förderungspflicht ein empirisch gesicherter Befund.⁴⁰ Da die Förderung sicherstellen solle, dass die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG auf Dauer erfüllt werden, könne der Staat aber nur verpflichtet sein, einen Beitrag bis zur Höhe dieses Existenzminimums der Institution zu leisten.⁴¹ Vor dem Hintergrund, dass die Schutzpflicht ihren Grund in der verfassungsrechtlichen

³⁴ Dabei rekurriert das BVerfG u.a. auf den ebenso zu verstehenden wortgleichen Art. 147 WRV.

³⁵ BVerfGE 75, 40 (63 ff.).

³⁶ BVerfGE 75, 40 (65 f.).

³⁷ BVerfGE 75, 40 (66).

³⁸ BVerfGE 75, 40 (67).

³⁹ BVerfGE 75, 40 (67) unter Verweis auf BVerfGE 56, 54 (81).

⁴⁰ BVerfGE 75, 40 (67).

⁴¹ BVerfGE 75, 40 (68).

Gewährleistung des Privatschulwesens finde, also in der Förderung individueller Freiheit, sei es selbstverständlich, dass jeder Ersatzschulträger eine angemessene Eigenleistung, wozu auch Anfangsfinanzierung und Investitionskosten gehörten, erbringen müsse und nicht etwa vom allgemeinen unternehmerischen Risiko – insbesondere im Wettbewerb mit anderen privaten Schulen und auch mit vergleichbar ausgestatteten öffentlichen Schulen – freizustellen sei.⁴² Der Staat könne nur verpflichtet sein, einen Beitrag zu den Kosten zu leisten.⁴³ Dabei sei es zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, selbst eine Bewertung der Kostensituation vorzunehmen und seine Hilfe danach auszurichten.⁴⁴

(3) Abwägung mit anderen Gemeinschaftsbelangen/gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht/Vorbehalt des Möglichen

Weiter heißt es, die Förderungspflicht stehe von vornherein unter dem Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden könne, worüber in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung auch anderer Gemeinschaftsbelange und der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu befinden habe.⁴⁵ Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasse demnach im Interesse des Gemeinwohls auch die Befugnis, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel für andere wichtige Gemeinschaftsbelange einzusetzen. So dürfe er etwa bei notwendigen allgemeinen Kürzungen den Gesamtetat für das öffentliche und private Schulwesen herabsetzen und damit auch die Basis für den Einsatz öffentlicher Finanzmittel im staatlichen und privaten Bildungsbereich verändern.⁴⁶ Der Gesetzgeber dürfe auch sinkenden Schülerzahlen als Folge des Geburtenrückganges Rechnung tragen und sei nicht etwa verpflichtet, ohne Rücksicht darauf das private Ersatzschulwesen zu bevorzugen.⁴⁷

(4) Zur (endgültigen) Entsubstantialisierung und Entsubjektivierung der Schutz- und Förderpflicht

Im vorgeblichen Anschluss an das Urteil vom 08.04.1987 führt das BVerfG sodann in seinem Beschluss vom 09.03.1994 zunächst aus, es könne unerörtert bleiben, ob und welche Rechte sich aus der Garantie der Privatschule als Institution für den einzelnen

⁴² BVerfGE 75, 40 (68); BVerfGE 90, 107 (118).

⁴³ BVerfGE 75, 40 (68).

⁴⁴ BVerfGE 75, 40 (68); BVerfGE 90, 107 (116).

⁴⁵ BVerfGE 75, 40 (68) unter Verweis auf BVerfGE 33, 303 (333); BVerfGE 90, 107 (116); 112, 74 (84 f.).

⁴⁶ BVerfGE 75, 40 (68 f.).

⁴⁷ BVerfGE 75, 40 (69); BVerfGE 90, 107 (117).

Träger des Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG ergeben. Jedenfalls müsse der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 S. 3, 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden könne. Insofern könne sich aus Art. 7 Abs. 4 GG über dessen Abwehrcharakter hinaus ein Anspruch auf staatliche Förderung ergeben. Aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG folge aber kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe und schon gar nicht in bestimmter Höhe. Der grundrechtliche Schutzanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers sei nur darauf gerichtet, dass der Gesetzgeber diejenigen Grenzen und Bindungen beachte, die seinem politischen Handlungsspielraum durch die Schutz- und Förderpflicht gesetzt seien. Der gerichtliche Rechtsschutz beziehe sich unter diesen Umständen auf die Prüfung und Feststellung, ob die Verfassungswidrigkeit einer Regelung infolge einer Untätigkeit, einer groben Vernachlässigung und eines ersatzlosen Abbaus getroffener Maßnahmen bestehe. Das könne allenfalls zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der bestehenden gesetzlichen Regelung führen. Wie einem Verfassungsverstoß abzuwehren ist, habe der Gesetzgeber zu entscheiden. Der konkrete Leistungsanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers werde durch das Gesetz bestimmt.⁴⁸

Diese Ausführungen werden dann im Beschluss vom 23.11.2004 (nochmals) dahingehend „konkretisiert“, dass die einzelne Ersatzschule keinen Bestandsschutz genieße und ein solcher insbesondere nicht aus der Schutz- und Förderpflicht gem. Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG herzuleiten sei, welche erst eine Handlungspflicht auslöse, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet sei.⁴⁹

bb) Dekonstruktion der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – zugleich zur Begründung des Förderanspruchs

Vor dem Hintergrund und durchaus im Anschluss an wesentliche Prämissen der geschilderten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird nunmehr begründet, warum die einzelne private Ersatzschule bzw. der einzelne Schulträger

⁴⁸ BVerfGE 90, 107 (117).

⁴⁹ BVerfGE 112, 74 (84). Weiter heißt es, ebenda, Art. 7 Abs. 4 GG schütze nur gegen Eingriffe des Staates in die Betätigungsfreiheit der durch das Grundrecht Begünstigten, gebe diesen aber keinen subjektiven Anspruch auf Gewährung finanzieller Leistungen für Errichtung und Betrieb der einzelnen Schule durch den Staat.

einen grundgesetzlich fundierten subjektiv-rechtlich bewehrten Anspruch auf Förderung hat.

Im Hinblick auf die Frage nach einem subjektiven Recht des einzelnen Schulträgers auf Förderung ist voranzustellen, dass dem Recht und namentlich dem öffentlichen Recht die Vorstellung einer objektivrechtlichen Verpflichtung ohne korrespondierende subjektivrechtliche Berechtigung nicht fremd ist.⁵⁰ Und in der Tat mag die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so gedeutet werden,⁵¹ dass der Träger einer privaten Ersatzschule aus Art. 7 Abs. 4 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf staatliche Finanzhilfe aus der Verfassung ableiten kann und die Verfassungsgarantie lediglich eine *objektivrechtliche* Schutz- und Förderungspflicht des Landesgesetzgebers dahingehend begründet, die Voraussetzungen für die Förderung und deren Umfang festzulegen, soweit das zur Existenzsicherung des Ersatzschulwesens erforderlich ist, ohne eine solche Förderung also der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre. Ein verfassungsunmittelbarer subjektiver Förderanspruch besteht danach folglich nicht.

Aber wie gelangt das Bundesverfassungsgericht zu einer solchen Position, anerkennt es doch erstens ein verfassungsfundiertes Gründungs- und Betätigungsrecht freier Schulen, zweitens eine institutionelle Garantie bzw. eine Institutsgarantie, drittens eine Förderungs- und Bestandspflicht und schließlich viertens eine Schutzpflicht? Das Bundesverfassungsgericht kombiniert bzw. vermischt die verschiedenen Grundrechtsgewährleistungen bzw. grundrechtsbezogenen Positionen der privaten Ersatzschulen in einer Art und Weise, welche nicht darauf gerichtet ist, dass sich die verschiedenen Grundrechtsgewährleistungen bzw. -positionen gegenseitig verstärken, sondern vielmehr in ihrer Verquickung an Kraft und nicht zuletzt an subjektiver Bewehrung verlieren.⁵² Methodisch erläutert wird dieses Vorgehen nicht; eher wird wohl auf die Wirkung von begriffsbasierten Suggestionen vertraut. So mögen die Institutsgarantie bzw. institutionelle Garantie zwar begrifflich implizieren, dass ihrer grundrechtlichen Fundierung keine (unmittelbare) subjektivrechtliche Bewehrung

⁵⁰ Vgl. nur *Jeand'Heur*, in: Müller/Jeand'Heur, *Zukunftsperspektiven der Freien Schule*, 2. Aufl. 1996, S. 47 (83 f.).

⁵¹ Vgl. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, 92. EL August 2020, GG Art. 7 Rn. 130-132; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 7 Rn. 90 ff.; *Eiselt*, DÖV 1987, 557 (560 ff.); *Jach*, DÖV 1990, 506 (507); ders., DÖV 1995, 925 (926 f.); *Langer*, NJ 2009, 187 (188 ff.); *Winkler*, JA 2005, 578 (579); *Kamp*, in: Heusch/Schönbroicher, *Landesverfassung NRW*, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 66. A.A. *Brosius-Gersdorf*, DÖV 2017, 881 (882 ff.).

⁵² Vgl. auch *Eiselt*, DÖV 1987, 557 (560).

korrespondiert; dies entspricht aber weder ihrer historischen Ableitung unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung (Institutsgarantie) noch ihrem verbreiteten Verständnis unter der Geltung des Grundgesetzes. Jedenfalls ist es vor diesem Hintergrund alles andere als selbsterklärend, wenn das Bundesverfassungsgericht suggeriert, dass die Existenz der Förder- und Beistandspflicht nicht subjektivrechtlich bewehrt sein könne, weil die verfassungsrechtliche Garantie aus Art. 7 GG allein auf die Erhaltung der Institution der Ersatzschule gerichtet sei. Wenn die verfassungskräftige Anerkennung der Ersatzschule als Institution in den frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts später ohne nähere Begründung (allein) dazu genutzt wird, die unter Rekurs auf Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG begründete Förder- und Beistandspflicht durch die Einbindung der Institutsgarantie zu schwächen, ist dies Ausdruck eines Konstruktivismus, dem es schon im Ansatz an inhaltlicher Unterfütterung mangelt. Das gilt erst recht, wenn man die Ausführungen zur Schutzpflicht miteinbezieht. Der Rekurs auf die Schutzpflichtenrechtsprechung und namentlich das Fluglärmurteil mögen zwar im Sinne eines Verweises dazu geeignet sein, den weiten Spielraum des Gesetzgebers im Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten auf den Förderanspruch der Ersatzschulen zu übertragen – darauf wird noch zurückzukommen sein –, keineswegs aber – wie es das Bundesverfassungsgericht suggeriert – lässt sich insoweit auch nur im Ansatz begründen, wieso es dem Förderanspruch an einer Subjektivierung mangeln soll. Ganz im Gegenteil: Grundrechtliche Schutzpflichten sind nach mittlerweile ganz herrschender Lehre und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts subjektivrechtlich bewehrt⁵³ – und zwar aus gutem Grund.⁵⁴

Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinem Verweis auf die grundrechtlichen Schutzpflichten argumentativ selbst den Weg zur Anerkennung eines verfassungskräftigen subjektiven Rechts auf Finanzierung seitens der privaten Ersatzschulen gewiesen hat. Wen das (allein) nicht überzeugt, der sei auf die auch in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung angesprochene Verbindung der in Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG verankerten Gründungs- und Betätigungsfreiheit mit den diese Freiheiten belastenden Vorgaben aus Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG verwiesen. Insoweit ist zuvörderst das Sonderungsverbot zu nennen.

⁵³ BVerfGE 77, 170 (214); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 237 ff.; *Unruh*, Zur Dogmatik grundrechtlicher Schutzpflichten, *Ericksen JURA* 1997, 85 (89); *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 3 GG, 92. EL August 2020, Rn. 13.

⁵⁴ Näher dazu *Cremer*, Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, 2003, S. 234 ff.

Danach beruht die Förderpflicht – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „auf der mangelnden tatsächlichen Wahrnehmungsmöglichkeit des Freiheitsrechts unter gleichzeitiger Erfüllung aller Genehmigungsbedingungen, also im Wesentlichen auf der Unmöglichkeit einer Selbstfinanzierung privater Ersatzschulen“⁵⁵. Soweit das Bundesverfassungsgericht dem, wie geschildert, entgegenhält, vom Staat könne nicht erwartet werden, nicht mehr lebensfähige, weil nicht mehr angewählte Ersatzschulen zu fördern, zündet das Gericht insoweit eine zweifache Nebelkerze. Erstens ist unstreitig, dass nicht (mehr) lebensfähige Ersatzschulen nicht anspruchsberechtigt sind und zweitens fehlt es insoweit an einem argumentativen Zusammenhang zum subjektiven Recht. Insbesondere ist damit in keiner Weise dargetan, warum hinreichend angewählte Ersatzschulen nicht anspruchsberechtigt sein sollen. Auch ist es keine Begründung, sondern eher eine *petitio principii*, wenn es beim Bundesverfassungsgericht heißt: „Das Freiheitsrecht des Art. 7 Abs. 4 GG schützt nur gegen Eingriffe des Staates in die Betätigungsfreiheit der durch das Grundrecht Begünstigten, gebe diesen aber keinen subjektiven Anspruch auf Gewährung finanzieller Leistungen für Errichtung und Betrieb der einzelnen Schule durch den Staat.“⁵⁶

Gesichtspunkte bzw. Argumente, welche die Eigendiagnose, wonach die Wahrnehmung des (Gründungs-)Freiheitsrechts eben nicht für jeden, ungeachtet seiner finanziellen Möglichkeiten, unter Geltung der grundgesetzlich auferlegten Genehmigungsbedingungen und eben wegen dieser Genehmigungsbedingungen – vor allem der Unzulässigkeit einer Selbstfinanzierung privater Ersatzschulen durch

⁵⁵ Eindrücklich BVerfGE 75, 40 (Rn. 91): „Die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung durch die Erhebung annähernd kostendeckender Schulgelder ist den privaten Ersatzschulen durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 GG praktisch genommen, weil durch sie – auch angesichts der Schulgeldfreiheit in öffentlichen Schulen – eine `Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern´ zumindest `gefördert´ würde. Das Grundgesetz wollte eine Entwicklung der privaten Ersatzschulen in Richtung auf eine Art von `Standes- oder Plutokratenschulen´ vermeiden (vgl. die Diskussion im Hauptausschuß, HASTenBer. S. 558 ff.). Und weiter ebenda, Rn. 93: „Dementsprechend wird zur Auslegung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die Auffassung vertreten, es komme drauf an, `daß der Besuch der Privatschule nicht einem wirtschaftlich bevorzugten Kreise vorbehalten bleibt´ (Heckel, a.a.O., S. 284). Auch höhere Schulgelder sind nicht zulässig, solange die Privatschulen `vom Staat nicht eine materielle Förderung in solchem Umfang erfahren, daß sie nach den Besitz- und Einkommensverhältnissen der Eltern ihrer Schüler nicht mehr zu fragen brauchen´ (Heckel, a.a.O.). Das hätte sich allenfalls unter der Geltung des Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV vertreten lassen, wenn man diese Vorschrift nach dem damals herrschenden Verfassungsverständnis lediglich als sozialpolitische Forderung ohne verbindlichen Charakter hätte abtun wollen (vgl. Müller, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 284 f., m. w. N.). Keineswegs trifft das aber für Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zu, der als verbindliche Verfassungsnorm dazu zwingt, die Ersatzschulgenehmigung zu versagen oder aufzuheben, wenn überhöhte Schulgelder eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern auch nur fördern würden.“

⁵⁶ BVerfGE 112, 74 (84).

Schulgelder (Sonderungsverbot) – gegeben ist, in Frage stellen würden, nennt das Gericht also letztlich nicht. Und solche gibt es – soweit ersichtlich – auch nicht. Dies ist die typische Konstellation eines Eingriffs in das Freiheitsrecht als (Eingriffs-)Abwehrrecht, nur erfolgt der Eingriff bereits verfassungsunmittelbar. Um es im Sinne einer Kontrollüberlegung zu verdeutlichen: Niemand hätte Zweifel, dass das Freiheitsrecht als Eingriffsabwehrrecht betroffen wäre, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen, insbesondere das Sonderungsverbot, durch den einfachen Gesetzgeber an das Freiheitsrecht des Art. 7 Abs. 4 GG herangetragen worden wären resp. werden. Und ebenso selbstverständlich erscheint, dass ein solcher Eingriff in das subjektive Recht von Verfassungsrang (Grundrecht) nur bei einer staatlichen Kompensation der grundrechtseingreifenden Genehmigungsvoraussetzungen in Gestalt eines Finanzierungsanspruchs rechtfertigungsfähig ist, weil nur so die verfassungsrechtlich verbrieft allgemeine Zugänglichkeit gewährleistet bliebe. Infolgedessen besteht ein subjektivrechtlicher, in Art. 7 Abs. 4 GG wurzelnder Finanzierungsanspruch einer jeden gem. Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG genehmigungsfähigen Ersatzschule. Ob dieser Anspruch dogmatisch-konstruktiv in Anlehnung an seine materiell-inhaltliche Fundierung als abwehrrechtlicher oder wegen der Verfassungsunmittelbarkeit der eingriffsgleichen Genehmigungsvoraussetzungen als bereichsspezifischer Leistungsanspruch verstanden wird, kann hier dahinstehen.

b) Landesverfassungsrechtlich fundierter Finanzierungsanspruch genehmigter/genehmigungsfähiger Ersatzschulen aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW

Unbeschadet der grundgesetzlichen Fundierung eines subjektiv-verfassungskräftigen Rechts der Ersatzschulen auf Finanzierung kommt eine solche subjektive Berechtigung in der Landesverfassung NRW sogar sprachlich unmissverständlich zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass Ersatzschulen „Anspruch auf die zur Durchführung ihrer Aufgaben und zur Erfüllung ihrer Pflichten erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“ haben. Ansprüche geben dem Anspruchsberechtigten nach allgemeiner Lesart das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen – so wie es auch § 194 Abs. 1 BGB zum Ausdruck bringt.⁵⁷ Entgegen einer in der Literatur vorfindlichen

⁵⁷ Damit soll hier nicht behauptet werden, dass die Legaldefinition von „Anspruch“ in § 194 Abs. 1 BGB unmittelbar auf den landesverfassungsrechtlichen Begriff ausstrahlt.

(mindestens missverständlichen) Lesart⁵⁸ anerkennt auch der VerfGH NRW ein solches subjektiv-verfassungskräftiges Recht an, wenn es heißt: „Art. 8 IV 3 NRWVerf. räumt den Privatschulen ein verfassungsrechtlich gewährleistetetes subjektives Recht auf Leistung in Form von Zuschüssen zu ihren Gesamtkosten ein. Das folgt aus dem Wortlaut `Sie haben Anspruch´ und aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung.“ Und weiter: „Die Norm (Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW, der Verf.) gibt dem Recht der Privatschulen auf staatliche Leistungen Verfassungsrang. Sie bestimmt, daß die Leistungen in Form von „Zuschüssen“ zu den Gesamtkosten der Privatschulen zu zahlen sind, und umreißt das Ausmaß der Zuschüsse mit dem in der Verfassung verwendeten unbestimmten Rechtsbegriff „erforderlich“. Danach ist der Umfang der Leistungspflicht durch Art. 8 IV 3 NRWVerf. nicht abschließend geregelt. Wegen der Unbestimmtheit des Begriffs „erforderlich“ und der Notwendigkeit, das Verfahren zu gestalten, in dem die Höhe der Zuschüsse ermittelt wird, bedarf das verfassungsrechtlich gewährleistetete Recht einer näheren gesetzlichen Bestimmung“. „Erst eine solche gesetzliche Regelung ermöglicht die Verwirklichung des verfassungsmäßigen Leistungsrechts der Privatschulen.“⁵⁹

Diese Rechtsprechung findet, soweit sie einen verfassungskräftigen Anspruch nicht bereits auf Landesverfassungsebene verankert sieht, verbreitete Ablehnung⁶⁰ – und (nur) insoweit zu Recht. Selbstverständlich mag die (Landes)Verfassung dem Gesetzgeber bei der Ausfüllung oder besser Konturierung von Ansprüchen/Rechten Gestaltungsspielräume zubilligen und der Gesetzgeber darf den Anspruch nach Maßgabe und mithin in den Grenzen dieses Spielraums gestalten. Zwar ist dem VerfGH NRW nachdrücklich zuzustimmen, wenn er vom Gesetzgeber schon aus grundrechtlich fundierten Gründen der Rechtssicherheit und um einen gesetzeseleiteten einheitlichen Verwaltungsvollzug zu ermöglichen verlangt, tätig zu werden, um den verfassungskräftigen Anspruch (im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben) auszugestalten. Soweit er dennoch untätig bleibt, mag es an einer konkreten Anspruchsgrundlage mangeln. Aber erstens ist diese Untätigkeit ein Verfassungsverstoß und zweitens ändert die Nichtexistenz eines

⁵⁸ Vgl. insbesondere *Kamp*, in: Heusch/Schönbroicher, Landesverfassung NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 66.

⁵⁹ Vgl. zum Ganzen VerfGH NRW, NVwZ 1984, 95 (95).

⁶⁰ *Kühne*, 45 Jahre Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 1996, 325 (327); *Grawert*, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2020, Art. 8 Anm. 9; *Kamp*, in: Heusch/Schönbroicher, Landesverfassung NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 66; ferner *Wermeckes*, Der erweiterte Grundrechtsschutz der Landesverfassungen, 2000, S. 148 f.

gesetzlich fixierten Finanzierungsanspruchs nichts daran, dass die Ersatzschulen, um das Leerlaufen ihres verfassungskräftigen Finanzierungs- und mithin Existenzanspruchs zu verhindern, einen unmittelbar verfassungskräftigen Anspruch aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW ableiten können. Konstruktiv verhält es sich insoweit wie bei dem Anspruch auf das Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip. Art. 8 Abs. 4 S. 3 tritt konstruktiv an die Stelle von Art. 1 Abs. 1 GG und die Erforderlichkeit zur Aufgabendurchführung und zur Pflichterfüllung an die Stelle des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips. Der Bezug auf die Erforderlichkeit zur Aufgabendurchführung und zur Pflichterfüllung betrifft freilich bereits die verfassungskräftig gewährleistete Höhe des Anspruchs – worauf zurückzukommen sein wird. Vorweggenommen sei aber bereits an dieser Stelle, dass insoweit zu beachten ist, dass Art. 8 Abs. 4 S. 1 LV NRW die Landesgesetzgebung auch auf die Beachtung des bundesverfassungsrechtlichen Sonderungsverbots und der anderen in Art. 7 Abs. 4 GG statuierten Vorgaben verpflichtet hat. Im Übrigen ist der landesverfassungsrechtliche Anspruch durch den Bezug auf die Erforderlichkeit zur Aufgabendurchführung und zur Pflichterfüllung ein sog. normgeprägtes Grundrecht, was noch zu entfalten sein wird.

Hier bleibt zunächst festzuhalten, dass die LV NRW in Art. 8 Abs. 4 einen Anspruch und mithin ein subjektives Recht der Ersatzschulen auf Finanzierung verbrieft. Hinzuzufügen bleibt noch, dass ein landesverfassungsrechtlich begründeter (höherer) Subventionsanspruch selbstverständlich keinen Widerspruch zum GG begründet, selbst wenn dieses keinen Anspruch verbürgte, solange es einem solchen Anspruch nur nicht entgegensteht.⁶¹

3. Höhe der Finanzierungsansprüche aus Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW

Bleibt die Frage, ob sich die in Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 8 Abs. 4 S. 3 GG fundierten Ersatzschulfinanzierungsansprüche der Höhe nach bestimmen lassen oder zumindest Maßstäbe angegeben werden können.

⁶¹ Vgl. auch VerFGH 15, 314 (319 f.); von Coelln, Anwendung von Bundesrecht nach Maßgabe der Landesgrundrechte?, 2001, S. 234; Sachs, Die Grundrechte im Grundgesetz und in den Landesverfassungen, DÖV 1985, 469 (475); Dästner, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., 2002, Art. 8 Rn. 8; Kamp, in: Heusch/Schönbroicher, Landesverfassung NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 66.

a) Höhe des Finanzierungsanspruches aus Art. 7 Abs. 4 GG

aa) Konturierung des Anspruchs: Kompensation der Belastungen unter Abzug (verfassungs)rechtlich zulässiger Einnahmeerzielung und Einsparpotentiale

Hinsichtlich der Bestimmung der Höhe des Finanzierungsanspruches aus Art. 7 Abs. 4 GG verhält es sich im Grundsatz denkbar einfach. Wenn und soweit das Freiheitsrecht mit verbindlichen grundgesetzlichen oder sonstigen staatlichen Vorgaben belastet ist, ist der Förder- oder besser Ausgleichsanspruch darauf gerichtet, genau die mit den Belastungen verbundenen finanziellen Lasten zu kompensieren. Soweit das Bundesverfassungsgericht das Freiheitsrecht insoweit vorgeblich immanent unter den Gesichtspunkten der angemessenen Eigenleistung und des Unternehmerrisikos als präformiert qualifiziert, fehlt es daran (jedenfalls jenseits der Gründungsphase) – wie gezeigt –⁶² an substantiellen Argumenten. Wie etwa ein Schulträger, dessen Schulen von sozial schwachen Schülerinnen und Schülern besucht werden (sollen), die notwendigen Mittel aufreiben kann/soll, bleibt jedenfalls gänzlich offen. Soweit insoweit mitschwingt, wirtschaftlich schwache Eltern (und ihre Kinder), etwa Transferleistungsempfänger, müssten eben auf anderes verzichten, wenn ihnen der Besuch einer freien Schule wichtig ist, verkennt, dass diese Erwartungshaltung erkennbar die eben in Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG verbotene Sonderung fördert. Mithin gilt, dass unter Abzug der verfassungsrechtlich zulässigen Erwirtschaftung von Schulgeld und eines Abschlags im Hinblick auf die gem. Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG verfassungsrechtlich zulässige (moderate) Absenkung der Bezüge der Lehrkräfte an Ersatzschulen in Gegenüberstellung zu den Bezügen der Lehrkräfte an staatlichen Schulen im Grundsatz eine Vollförderung geschuldet ist. Der Abschlag für die Gehälter der Lehrkräfte ist freilich nur abzugsfähig, wenn und soweit eine solche Absenkung auch nach Landesrecht einfachgesetzlich zulässig ist und die so einsparten Aufwendungen in Eigenmittel der Ersatzschule umgewandelt dürfen. Letzteres ist in NRW, wie ausgeführt, angesichts von § 106 Abs. 2 Nr. 1 a) SchulG NRW aber nicht möglich.⁶³ Ein sehr geringes Einsparpotential könnte sich – wie noch ausgeführt wird –⁶⁴ allein daraus ergeben, dass durch eine Absenkung der Vergütung der Lehrkräfte die Bemessungsgrundlage für den 11%igen Eigenteil geringfügig verkleinert würde.

⁶² Vgl. oben C. I.

⁶³ Es sei hinzugefügt, dass es bildungspolitisch zudem zweifelhaft erschiene, landesgesetzlich bewusst und gezielt eine Schlechterbezahlung der Lehrkräfte an Ersatzschulen zu verankern.

⁶⁴ Vgl. C. II. 3. A) bb) a.E.

Deshalb soll die Diskussion zu den Anforderungen aus Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG hier kursorisch nachgezeichnet und bewertet werden.

bb) Abschlag vom Finanzierungsanspruch wegen Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG

Die Forderung des Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG, die Genehmigung einer freien Schule als Ersatzschule davon abhängig zu machen, dass die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend gesichert ist, zielt nach zutreffender Auffassung darauf ab, die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen zu schützen⁶⁵ bzw. sicherzustellen, dass Ersatzschulen den gleichen oder jedenfalls einen gleichwertigen Bildungserfolg gewährleisten können wie staatliche Schulen⁶⁶ bzw. um die Qualität und Kontinuität des Unterrichts zu gewährleisten⁶⁷. Um dies zu erreichen, soll die Stellung der Lehrer so beschaffen sein, dass eine stetige Fluktuation an Lehrkräften⁶⁸ ebenso verhindert werden kann wie die Ausübung nebenberuflicher Beschäftigungen der Lehrkräfte (ob der Notwendigkeit „etwas dazu zu verdienen“).⁶⁹ Eine auskömmliche Bezahlung und Absicherung der Lehrkräfte ist mithin kein Selbstzweck, sondern ein Zwischenziel im Interesse des von Art. 7 Abs. 4 S. 2-4 GG allein verfolgten Bildungsziels.⁷⁰ Deswegen ist es missverständlich, wenn es teils heißt, Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG diene auch dem Schutz der Lehrkräfte.⁷¹

Dessen unbeschadet gilt es, die verfassungsrechtliche Anforderung, wonach die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend gesichert sein muss, zu konkretisieren. Die Rechtsprechung hat sich diesbezüglich – soweit ersichtlich –

⁶⁵ Darin sieht das BVerfG den Zweck der in Art. 7 Abs. 4 S. 2-4 GG aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen, BVerfGE 27, 195 (203); vgl. auch BAG NZA 2006, 1354 (1356).

⁶⁶ *Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Art. 7 Rn. 125. Teils ist auch die Rede von der „Sicherstellung eines geordneten Schulbetriebs“, vgl. *Uhle*, in: BeckOK GG, Art. 7 Rn. 86. Grundlegend zum Schutzzweck *Friedrich Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 157 ff.

⁶⁷ *Friedrich Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 157.

⁶⁸ *Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Art. 7 Rn. 125.

⁶⁹ *Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Art. 7 Rn. 125; *Geis*, in: Friauf/Höfling, Art. 7 Rn. 85, formuliert, die Privatlehrer sollen ihren öffentlichen Bildungsauftrag „in ähnlicher finanzieller und sozialer Unabhängigkeit“ erfüllen können; *Müller*, S. 157 f., auf den dieser Gedanke wohl zurückgeht, formuliert, dass keine „wirtschaftliche Zwangslage mit dem indirekten Zwang zu weiterer Tätigkeit“ bestehen darf; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1 3. Aufl., Rn. 257; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, Art. 7 Rn. 18. Vgl. auch BVerwGE 40, 347 (349 f.).

⁷⁰ Siehe auch *Geis*, in: Friauf/Höfling, Art. 7 Rn. 85; dem entspricht es, wenn *Friedrich Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 157, ausführt, dass die Forderung des GG nach einer „genügenden“ Sicherung genügend für die praktische Funktionsfähigkeit der Ersatzschulen meint; vgl. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 91. EL April 2020, Art. 7 Rn. 119: „Dieser auf den ersten Blick sozialpolitisch wirkende Versagungsgrund dient gleichwohl zuerst der Gewährleistung der Eigenschaft des Lehrpersonals, die ja wesentlich für die Qualität des Unterrichts maßgebend ist.“

⁷¹ BAG NZA 2006, 1354 (1356); *MKS/Robbers*, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 200; vgl. auch *Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 287; *Uhle*, in: BeckOK GG, Art. 7 Rn. 86.

noch nicht substantiell geäußert und in der Literatur wird ein buntes Potpourri an Vorschlägen unterbreitet. Ohne dass damit Wesentliches zur Konkretisierung beigetragen würde, besteht zu Recht Einigkeit, dass kein vollständiger Gleichlauf der Rechte der Lehrkräfte an privaten und öffentlichen Schulen gefordert ist.⁷² Nur ein wenig präziser wird es, wenn formuliert wird, die Genehmigungsvoraussetzung des Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG sei erfüllt, wenn die Lehrkräfte privater Ersatzschulen arbeits- und sozialrechtlich sowie finanziell „vergleichbar abgesichert“ seien wie Lehrkräfte an staatlichen Schulen.⁷³ Immerhin wird damit insoweit überzeugend zur Ausdifferenzierung des Tatbestandsmerkmals beigetragen, als neben der Entgelthöhe (sonstige) arbeitsrechtliche sowie sozialrechtliche Aspekte als relevant beschrieben werden. Wenn dies dahin konkretisiert wird, dass arbeits- und sozialrechtlichen Mindeststandards Genüge getan sein müsse,⁷⁴ muss man dem nicht widersprechen, aber gleichzeitig fragen, welche Normen damit in Bezug genommen sein sollen. Zustimmung verdient auch die Forderung nach einer (in der Praxis kaum problematischen) schriftlichen vertraglichen Regelung der Rechte und Pflichten der Lehrkräfte, welche insbesondere die Unterrichtsstundenzahl, die Vergütung, die Urlaubstage und die Kündigungsbedingungen behandelt.⁷⁵ Präziser werden Positionen, welche Abschläge bei der Bezahlung (und den sonstigen Arbeitsbedingungen) prozentual begrenzen. So erachtet *Max Emanuel Geis* bei der Bezahlung und der Arbeitsplatzsicherheit eine Abweichung von 10% bis 20% ohne weitere Begründung als zulässig.⁷⁶ Hier besteht kein Anlass sich zur Auslegung von Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG näher zu positionieren, da für eine Normverletzung durch die Ersatzschulen kein Anhaltspunkt besteht. Entscheidend in der Perspektive des verfassungsrechtlich fundierten Finanzierungsanspruchs der Ersatzschulen und konkret der Möglichkeit durch eine gegenüber Lehrkräften an staatlichen Schulen niedrigere Vergütung ihrer Lehrkräfte Eigenmittel zu generieren, welche dann zu

⁷² *Avenarius*, Schulrecht, 8. Aufl., S. 304; *Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Art. 7 Rn. 125; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1 3. Aufl., Rn. 257; *MKS/Robbers*, GG, 7. Aufl., Art. 7 Rn. 200; *Uhle*, in: BeckOK GG, Art. 7 Rn. 86; vgl. auch *Umbach*, in: *Umbach/Clemens*, Art. 7 Rn. 189.

⁷³ *Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Art. 7 Rn. 125.

⁷⁴ *Müller*, Recht der freien Schulen, S. 156; *Geis*, in: *Friauf/Höfling*, Art. 7 Rn. 85; *Loschelder*, Handbuch der Grundrechte IV, § 110 Rn. 87; ähnlich *Avenarius*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, S. 22, der hinzufügt, dass Lehrer mit der ihnen gewährten Vergütung ein ihrer beruflichen Stellung entsprechendes Leben führen können. Dieses Kriterium ist indessen rechtswissenschaftlich (Subsumtion) kaum operationabel.

⁷⁵ Ausführlich hierzu *Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, S. 285 ff.; vgl. auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1 3. Aufl., Rn. 257; *Seidel*, Die Anerkennung der privaten Ersatzschule und ihre Auswirkungen auf das Privatschulverhältnis, S. 21; *Umbach*, in: *Umbach/Clemens*, Art. 7 Rn. 189 f.

⁷⁶ *Geis*, in: *Friauf/Höfling*, Art. 7 Rn. 85. Wie die Arbeitsplatzsicherheit dergestalt zu prozentualisieren ist, erläutert *Geis* nicht.

Gunsten des Staates den Finanzierungsanspruch minimieren, ist aber, dass das nordrhein-westfälische Recht eine solche Möglichkeit – von minimalen Beträgen abgesehen – ausschließt. Denn § 106 Abs. 2 Nr. 1 a) SchulG NRW sieht eine staatsschulanaloge Vergütung vor, deren Unterschreitung für die Ersatzschulen – wie ausgeführt – nur von sehr geringem wirtschaftlichem Anreiz ist, da sich dadurch allein die Bemessungsgrundlage im Hinblick auf den 11%igen Eigenanteil in dem Umfang minimiert, in welchem die nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 a) SchulG NRW deckungsfähige Vergütung unterschritten wird. Das Einsparpotential ist umso geringer, als eine Absenkung von mehr 10% der Dienstbezüge i.S.v. § 106 Abs. 2 Nr. 1 a) SchulG NRW im Hinblick auf Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG verfassungsrechtlich problematisch wäre. Dies gilt umso mehr für die ohnehin schon relativ niedrige Vergütung der Lehrerinnen und Lehrer an Förder-Ersatzschulen GE und namentlich der Troxler-Schule Wuppertal (i.d.R. analog TV-L 9, 10 oder 11). Schließlich geht das SchulG NRW erkennbar nicht von einer solchen Vergütungsminimierung der Lehrer-Vergütungen an Ersatzschulen aus – und dies aus bildungspolitisch gutem Grund.

Es bleibt also allein die Frage, in welcher Höhe Schulgeld verfassungsrechtlich zulässig erhoben und mithin vom Finanzierungsanspruch abgezogen werden darf. Dies wiederum richtet sich nach der Auslegung des in Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG verankerten sog. Sonderungsverbots⁷⁷.

cc) Schulgeld als Abzugsposten im Lichte von Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG

(1) Vorbemerkung: Streit in der Literatur – Unschärfe in der Rechtsprechung

Wendet man sich also dem sog. verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot zu, wird nur eines schnell klar: Über den Inhalt des Sonderungsverbots besteht in der Literatur Uneinigkeit und der Rechtsprechung fehlen konturenscharfe Aussagen. Freilich hat sich in jüngerer Zeit eine lebhafte Debatte um das Sonderungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG entsponnen.⁷⁸

⁷⁷ Ich verwende hier den tradierten (vgl. nur BVerfGE 90, 107, 127; 112, 74, 90) und (nahezu) allgemein verwandten Begriff des Sonderungsverbots, mag der Begriff des Sonderungsförderungsverbots den Verbotscharakter auch zutreffender beschreiben, so auch *Vogel*, R&B 4/2017, 2 (2); *ders.*, RdJB 2014, 261 (264). Dies gilt namentlich, weil der Begriff „Sonderungsverbot“ implizieren mag, dass eine Sonderung im Ergebnis vermieden werden muss, während Sonderungsförderungsverbot sprachlich nicht das Ergebnis in Bezug nimmt, sondern die Bedingungen des Zugangs adressiert. Nur Letzterem ist aber geschuldet, was ich bereits an anderer Stelle gezeigt habe, vgl. *Cremer*, R&B 1/2019, 3 (7 ff.).

⁷⁸ Siehe *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 ff.; *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 ff.; Vgl. auch schon *Wegricht*, R&B 1/2015, 3 ff.; *Vogel*, RdJB 2014, 261 ff.

Hier wird deshalb unter Auseinandersetzung mit den in der Literatur unterbreiteten Vorschlägen sowie der Rechtsprechung (Schritt für Schritt) gezeigt, dass eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern nur dann nicht gefördert wird, wenn für die privaten Ersatzschulen jeder Anreiz fehlt, bestimmte Schüler/innen aus finanziellen Gründen auszuwählen bzw. nicht auszuwählen.

(2) Kein Verbot der Schulgelderhebung

Ausgangspunkt der Annäherung an das Sonderungsverbot ist der zu Recht unbestrittene Konsens, wonach das Grundgesetz die Erhebung von Schulgeld nicht gänzlich verbietet.⁷⁹ Vielmehr markiert das Sonderungsverbot den zentralen Ausgangspunkt für die Ausgestaltung eines verfassungsrechtlich zulässigen Schulgeldes.

(3) Keine Exklusion von Transferleistungsempfängern oder gleiche Freiheit für Kinder aller sozialer Schichten bei der Ersatzschulwahl

Entgegen einer mindestens implizit vertretenen Auffassung⁸⁰ folgt aus dem Sonderungsverbot, dass sämtliche Eltern unter Einschluss von Transferleistungsempfängern die Möglichkeit haben müssen, ihre Kinder ungeachtet ihrer wirtschaftlichen und sozialen Situation an Ersatzschulen anmelden zu können.⁸¹ Sie müssen unter Ausblendung ihrer wirtschaftlichen Situation die *gleiche* Möglichkeit wie andere Eltern haben, ihr Kind an *jeder* Ersatzschule anzumelden. Geschuldet ist mithin eine von den wirtschaftlichen Möglichkeiten unabhängige Chancengleichheit für alle Eltern und Kinder im Hinblick auf die Wahl einer Privatschule als Ersatz für eine staatliche Schule. Mithin gilt bezogen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Grundsatz gleicher Freiheit für alle Kinder bei der Wahl der Schule – egal ob staatliche Schule oder Ersatzschule. Und es ist hinzuzufügen – und insoweit besteht wohl Einigkeit –, dass das Sonderungsverbot sämtliche Entgelte zu berücksichtigen hat, welche im Zusammenhang mit dem Zugang resp. der Zulassung zu einer Ersatzschule

⁷⁹ *Kotzur/Vasel*, in: Stern/Becker, Art. 7 Rn. 57; *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 92. EL August 2020, Art. 7 Rn. 121. Vgl. auch *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (766), wonach mit dem Sonderungsverbot verschiedene Schulgeldmodelle vereinbar seien.

⁸⁰ *Heinig/Vogel*, LKV 2012, 337 (339 ff.); *Vogel*, R&B 4/2017, 2 (2). Zu entsprechenden Anklängen in der Rechtsprechung sogleich im Text bei Fn. 83.

⁸¹ So auch *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (762 f.); *Hardorp*, R&B 1/2017, 5 (17); *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Band IV, 172. Aktualisierung Mai 2015, Art. 7 Rn. 252.

von Bedeutung sind. Angesprochen sind neben schulischen Angeboten im engeren Sinne alle obligatorischen und kostenpflichtigen nichtschulischen Angebote.⁸²

Der unbefangene Leser von Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG mag sich vielleicht fragen, warum dieser Grundsatz hier so betont wird, ist der Norm doch kein erkennbarer Ansatzpunkt dafür zu entnehmen, dass die Förderung einer Sonderung zulasten „der Ärmsten der Armen“ von der Norm nicht adressiert wäre. Und auch eine systematische, an weiteren Normen resp. Aussagen des Grundgesetzes ausgerichtete Interpretation des Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG gibt der These von einer Exklusion „der Ärmsten der Armen“ aus dem Sonderungsverbot keinerlei Nahrung; ganz im Gegenteil weisen insbesondere das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG sowie Art. 3 Abs. 1 und 3 S. 2 6. Var. (Herkunft) GG in die entgegengesetzte Richtung. Vor diesem Hintergrund muss es überraschen, dass sich gerade die Rechtsprechung dieser Einsicht oftmals verschließt. Zwar wird nicht ausdrücklich formuliert, dass das Sonderungsverbot nicht auch den Schutz „der Ärmsten der Armen“ bezwecke; stattdessen findet sich oftmals eine Vorgehensweise, welche Fragmente der höchstrichterlichen (bundesverfassungsgerichtlichen und/oder bundesverwaltungsgerichtlichen) Rechtsprechung mehr oder weniger unverbunden nebeneinanderstellt und mit unbewiesenen Hypothesen bzw. empirisch fragwürdigem Nichtwissen kombiniert.

Stellvertretend sei hier ein Urteil des VGH Mannheim vom 11.4.2013⁸³ skizziert. Dort wird in Anknüpfung an das Bundesverfassungsgericht zunächst ausgeführt, dass eine bloß selektive Gewährung von Schulgeldstipendien nicht ausreiche, um dem Sonderungsverbot zu genügen. Dagegen sei eine allgemeine Staffelung der Schulgelder nach den Einkommensverhältnissen der Eltern aber nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern könne gerade dazu beitragen, die Zugänglichkeit der Schule offenzuhalten. Sodann wird freilich eingeräumt, dass eine solche Staffelung keineswegs gewährleiste, dass das zur Schulfinanzierung notwendige und angepeilte durchschnittliche Schulgeld erzielt werde, sich insbesondere genügend Eltern fänden würden, welche bereit und in der Lage wären, ein überdurchschnittliches Schulgeld zu bezahlen. Im Hinblick auf ein sodann unter Bezugnahme auf eine vorgängige Rechtsprechung als Referenz eingeführtes maximal zulässiges Schulgeld von 70 €

⁸² *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (768 f.).

⁸³ VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris.

(bzw. 94,77 €/89,64 €) je Kind und Monat wird dann aber nicht etwa gefragt, ob jedenfalls ein Schulgeld von mehr als 70 € monatlich die Sonderung fördere – was auf der Hand liegt –, sondern schlicht folgende Behauptung in die Welt gesetzt: „Es ist nicht ausgeschlossen, dass bei Berücksichtigung der gesamten Einkommensbreite, wie sie in der Elternschaft vertreten ist, um einen Beitrag dieser Größenordnung herum eine Staffelung nach den Einkommensverhältnissen möglich ist, die das Verbot der Sonderung einhält.“⁸⁴ Sodann wird darauf verwiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof, bezogen auf das Jahr 2000, gar ein Schulgeld von 120 € monatlich für unbedenklich gehalten habe, dass Ersatzschulen Schulgelder in derartiger Höhe (durchschnittlich) tatsächlich erhoben hätten, der Verwaltungsgerichtshof aber nicht habe feststellen können und dies auch von niemandem behauptet worden sei, dass diese Aufnahmepraxis zu einer Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern geführt habe.⁸⁵ Demgegenüber ist einzuwenden, dass bereits im Klägervorbringen selbst eine mindestens implizite diesbezügliche Behauptung liegt.⁸⁶ Zudem muss man fragen, ob der VGH Mannheim nicht doch eine tatsächliche Sonderung hätte feststellen können, wenn er dem unter Heranziehung der Ergebnisse der Bildungsforschung nachgegangen wäre. Denn es kommt für die Förderung einer Sonderung im Sinne von Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG – wie sogleich begründet wird – nicht darauf an, ob an einer Ersatzschule oder den Ersatzschulen insgesamt tatsächlich eine Sonderung eingetreten ist, sondern darauf, ob die Erhebung eines entsprechenden Schulgeldes eine Sonderung fördert. Und dies ist – was jedem einleuchten sollte – bereits dann der Fall, wenn eine bestimmte soziale Gruppe durch die konkrete Ausgestaltung des Schulgeldes aufgrund der damit verbundenen ökonomischen Belastung in *relativ* stärkerem Maße an dem Besuch der Ersatzschule gehindert wird als eine andere, vermögendere soziale Gruppe. Genau diese Frage hat der VGH Mannheim letztlich aber gar nicht adressiert.⁸⁷

⁸⁴ VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 - 9 S 233/12, juris, Rn. 50.

⁸⁵ VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 - 9 S 233/12, juris, Rn. 51.

⁸⁶ So wird etwa vorgetragen, dass 36 % der Eltern in Baden-Württemberg ihre Kinder lieber auf eine Privatschule schicken würden, der Anteil aber nur 7 % betrage, was an den zu hohen Schulgeldern liege und folglich stünden Privatschulen vorwiegend wohlhabenden Kindern offen, VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 - 9 S 233/12, juris, Rn. 17.

⁸⁷ Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, dass die Kläger in diesem Verfahren – angesichts der vorgängigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – vorgetragen haben und vortragen mussten, dass eine Sonderung nicht erst dann gefördert wird, wenn eine Gruppe durch die Zahlung des geforderten Schulgeldes die „Armutsgrenze“ überschreite, vgl. dazu das klägerische Vorbringen (Tatbestand, 2 a). Dort auch zu den auf die Überschreitung der Armutsgrenze abstellenden Gutachten. Insoweit bleibt anzumerken, dass die Rechtsprechung mangels einer diesbezüglichen,

(4) Verfassungsgebot einer sozial diversen Zusammensetzung der Schülerschaft von Ersatzschulen?

Jenseits der Inklusion aller Kinder in dessen Schutzbereich hat in der jüngeren Kontroverse um das Sonderungsverbot ein namentlich von *Michael Wrase* und *Marcel Helbig* propagiertes – und von diesen offenbar als allein verfassungskonform qualifiziertes – Modell, welches die Ersatzschulen verpflichtet, ihre Schülerschaft nach Maßgabe der sozialen Zusammensetzung der Umgebungsschülerschaft auszuwählen,⁸⁸ Aufmerksamkeit erfahren.⁸⁹ Jedenfalls sehen diese eine behördliche Kontrolle als verfassungsrechtlich geschuldet an, welche überprüft, ob „durch die Aufnahmepraxis einer jeden Ersatzschule eine Sonderung der Schüler im Vergleich zur sozialen Zusammensetzung der im Einzugsbereich der Schule liegenden Bevölkerung mit schulpflichtigen Kindern signifikant gefördert wird“.⁹⁰ Und weiter heißt es: „Eine formale, lediglich an der Höhe (und Staffelung) des Schulgeldes orientierte Betrachtung entspricht weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Art. 7 IV 3 GG.“⁹¹ „Nur wenn die Zulassung in der Praxis unabhängig vom Einkommen der Eltern erfolgt, wird eine Sonderung der Kinder *durch die Genehmigung* der Ersatzschule nicht gefördert.“⁹² Die von *Wrase* und *Helbig* vorgetragene Wortlautargumentation geht dahin, dass Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG nicht darauf abstelle, dass *durch die Erhebung des Schulgeldes*, sondern *durch die Genehmigung* eine Sonderung nicht gefördert wird. Entscheidend sei mithin die „tatsächliche Aufnahmepraxis!“⁹³

So einleuchtend die zitierte Wortlautinterpretation *prima vista* erscheinen mag, negiert sie doch, dass es in Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG nicht heißt, dass durch die Genehmigung tatsächlich keine Sonderung eintreten darf, sondern durch die Genehmigung eine Sonderung nicht „gefördert“ wird und also nicht gefördert werden darf. Zudem muss eine sinnvolle (Wortlaut-)Auslegung einstellen, dass die

durch das Sonderungsverbot aufgeworfenen Rechtsfrage Gutachten mit einer entsprechenden Fragestellung nicht initiieren sollte.

⁸⁸ *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1598).

⁸⁹ Vgl. insbesondere die Reaktion von *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 (767).

⁹⁰ *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1593).

⁹¹ *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1593).

⁹² *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1593), Hervorhebung im Original. Selbst wenn insbesondere die letztgenannte Formulierung auch so gedeutet werden könnte, dass bei jeder einzelnen Zulassungsentscheidung das Einkommen der Eltern ausgeblendet werden und folglich für die Auswahlentscheidung im Einzelfall irrelevant bleiben müsse, zeigt der Gesamtkontext und vor allem die postulierte behördliche Pflicht, die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft einer jeden Ersatzschule mit der im Einzugsgebiet angesiedelten Bevölkerung zu vergleichen, dass *Wrase* und *Helbig* ein Verfassungsgebot der Ergebnisidentität propagieren.

⁹³ *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1593).

Genehmigung dem Aufnahmeverfahren vorangeht und mithin im Zeitpunkt der Genehmigung darauf zu schauen ist, ob das von der jeweiligen Ersatzschule beabsichtigte Aufnahmeverfahren eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen fördert. Es handelt sich mithin um eine Prognoseentscheidung; bereits dieser Befund löst nachhaltige Zweifel an dem Gebot der Ergebnisidentität im Sinne der These von *Wrase* und *Helbig* aus. Vor allem aber hat eine Wortlautauslegung zu fragen, was „fördern“ in diesem Zusammenhang heißt bzw. nur heißen kann. Erkennbar ist das Verb „fördern“ darauf ausgerichtet, Strukturen zu unterbinden, welche begüterten Eltern in ökonomischer Hinsicht geringere Hürden auferlegen, eine Ersatzschule anzuwählen, als armen Eltern. Soweit die beiden Gruppen indessen trotz gleicher Hindernis- bzw. Anreizstruktur gruppenspezifisch unterschiedliche Entscheidungen im Hinblick auf die Anwahl einer Ersatzschule treffen, ist aus diesem tatsächlichen Befund aber eben nicht automatisch abzuleiten, dass die Zulassungsregeln und das Zulassungsverfahren der jeweiligen Ersatzschule dieses Ergebnis gefördert haben.

Hinzufügen ist, dass, soweit das Verfassungsrecht (hier Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG) und nicht ein (bildungs-)politisches Vorverständnis den Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Interpretation bildet, es nicht nur legitim, sondern durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sogar gefordert ist, die Ergebnisse der (empirischen) Bildungsforschung in die Interpretation des Verfassungsrechts einzubeziehen – aber selbstverständlich nach Maßgabe des verfassungsrechtlichen Ausgangspunktes. Der juristische Diskurs unterscheidet sich namentlich im Anschluss an *Hans Georg Gadamer* und *Josef Esser* vom allgemeinen (fachlichen bzw. politischen) Diskurs dadurch, dass er durch die Vorgaben des gesetzten Rechts, sei es durch den demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber oder wie hier durch den Verfassungsgeber, restringiert ist. Der juristische Diskurs ist ein hermeneutischer Prozess, der (jedenfalls im Grundansatz) anders als der gestaltende und für den allgemeinen Diskurs offene Prozess der Gesetzes- und Rechtsetzung darauf gerichtet ist, den gesetzten Normtext zu verstehen; dies erfordert regelmäßig eine Interpretation, welche dann im Rahmen des gesetzlich Vorgegebenen oder Erlaubten auch Erkenntnisse der Nachbarwissenschaft einbeziehen darf und gegebenenfalls (insbesondere im Rahmen teleologischer Auslegung) einbeziehen muss. *Wrase* und *Helbig* sind den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Forderung nach einer sozial ausgerichteten Ergebnisquote indessen schuldig geblieben. Die vorgetragene Anknüpfung an den Wortlaut wurde bereits als nicht

überzeugend zurückgewiesen und die behauptete Anknüpfung an „Sinn und Zweck“⁹⁴ bleibt ohne jede substantielle Unterfütterung.

(5) Resümee und Konsequenzen für verfassungsrechtlich zulässige Schulgeldmodelle

Nach allem muss die Ausgestaltung der Zugangsregeln im Hinblick auf das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG so beschaffen sein, dass allen Kindern ein im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Situation resp. die wirtschaftliche Situation der Sorgeberechtigten gleicher Zugang zu einer Ersatzschule möglich ist. Ein einheitliches Schulgeld vermag dieser Anforderung jenseits einer Bagatellgrenze nicht zu genügen, wobei die Bagatellgrenze noch deutlich unterhalb der – soweit ersichtlich – bislang als unterste Untergrenze genannten 70 € monatlich anzusiedeln ist. Das illustriert nicht zuletzt das im genannten Urteil des VGH Mannheim zitierte Gutachten, wonach ca. 15 % der relevanten Haushalte bei einem Schulgeld von 70 € monatlich unter die Armutsgrenze rutschen würden. Da das Sonderungsverbot also die Erhebung eines einheitlichen Schulgeldes (jenseits eines Bagatellbetrages) verbietet, stellt sich – nicht zuletzt mit Blick auf die Höhe, konkret Absenkung, des grundgesetzlich garantierten Ersatzschulfinanzierungsanspruchs – die Frage nach der Zulässigkeit einer Staffelung der Schulgelderhebung nach Maßgabe des Einkommens und gegebenenfalls des Vermögens der Eltern (und des Kindes). Eine solche Staffelung genügt *prima facie* dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG, soweit die Schulgeldbelastung die Einkommens- und Vermögensunterschiede im Sinne einer relativen Belastungsgleichheit adäquat abbildet. Allerdings basieren die Staffelungsmodelle typischerweise auf der Zugrundelegung eines von der jeweiligen Ersatzschule angepeilten Durchschnittsschulgeldes mit der Konsequenz, dass die Zahl der Minderzahler im Verhältnis zur Zahl der Mehrzahler nicht zu hoch ausfallen darf. Nimmt man einmal (in Anlehnung an die Förder-Ersatzschulen GE in NRW) eine durchschnittliche Eigenleistung pro Schüler/in von 200 Euro monatlich, zwingt dies bei Aufnahme eines Kindes aus einem Transferleistungshaushalt ein anderes Kind aufzunehmen, dessen Eltern in der Lage und willens sind, (fast) 400 Euro monatlich zu entrichten. Demgemäß liegt es auf der Hand, dass ein gestaffeltes Schulgeld regelmäßig insofern eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen fördert, als ein solches Modell den Ersatzschulen den Anreiz gibt oder sie unter Zugrundelegung ihres Finanzplans sogar dazu „zwingt“, vermögende Kinder gegenüber armen Kindern zu

⁹⁴ Wrase/Helbig, NVwZ 2016, 1591 (1593).

bevorzugen. Demzufolge sind allein solche Staffelmodelle zulässig, in welchen durch die wirtschaftliche Situation des Kindes und der Sorgeberechtigten bedingte „Schulgeldausfälle“ staatlicherseits vollumfänglich ausgeglichen werden (Grundsatz der vollständigen Kompensation). Jenseits eines Schuldgeldverzichts bzw. der Erhebung eines Bagatellbetrags sind nur solche Schulgeldmodelle verfassungsgemäß, in welchen sämtliche durch die ökonomische Situation der Eltern bedingte Kürzungen des Höchstschulgeldes vom Staat vollständig kompensiert werden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass von dem freiheitsgrundrechtlich fundierten Anspruch auf Vollfinanzierung der Ersatzschulen nur das abgezogen werden darf, was sich erstens als Einsparungspotential aus Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG ergibt⁹⁵ und zweitens ein Betrag in Höhe eines Schulgeldes, welches unter Beachtung des Sonderungsverbots als verfassungsrechtlich zulässig erzielt werden darf. Nimmt man die Forderung nach der Vermeidung einer (potentiellen, aber realistischen) Sonderungswirkung unter Berücksichtigung sozialer Realität ernst, darf bei einem einheitlichen Schulgeld nicht mehr als ein Bagatellbetrag verlangt werden. Alternativ dürfte der Anspruch auf Finanzierung aus staatlichen Mitteln gekürzt werden, wenn der Staat schulgesetzlich ein Staffelmodell etabliert, in welchem durch die wirtschaftliche Situation des Kindes und der Sorgeberechtigten bedingte „Schulgeldausfälle“ staatlicherseits vollumfänglich ausgeglichen werden (Grundsatz der vollständigen Kompensation).

Da das nordrhein-westfälische Schulrecht kein Staffelmodell kennt, in welchem durch die wirtschaftliche Situation des Kindes und der Sorgeberechtigten bedingte „Schulgeldausfälle“ staatlicherseits vollumfänglich ausgeglichen werden, ist der auf eine durchschnittliche Förder-Ersatzschule GE in NRW zukommende Eigenanteil von mehr 200 Euro pro Schüler/in verfassungswidrig, weil dadurch der verfassungsrechtlich geschuldete Finanzierungsanspruch verletzt wird, indem er die Ersatzschulen dazu zwingt, das Sonderungsverbot zu verletzen. Zulässig ist seitens

⁹⁵ Wie gezeigt, gebietet das „Verbot nicht genügender Sicherung“ keine gänzliche Gleichstellung der Lehrkräfte in wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht und mag in verfassungsrechtlicher Perspektive mithin gewisse Qualitätsabstriche eröffnen. Ob die staatliche Finanzierung die erlaubten Qualitätsabstriche i.S.v. Abschlügen freilich gezielt einstellen darf, ist damit noch nicht beantwortet. Nähme man dies gleichwohl an, fiel der verfassungsrechtliche Spielraum ob des „Gebots genügender Sicherung“ jedenfalls eher klein aus und eröffnete mithin keine signifikanten Einsparpotenziale. Ob eine staatlich geplante bzw. im Rahmen der Ersatzschulfinanzierung eingeplante Absenkung der Bezahlung der Lehrkräfte im Übrigen eine rechtspolitisch sinnvolle Option darstellt, mag jeder für sich beantworten.

der Ersatzschulen allein die Erhebung eines Bagatellbetrags, der 20 Euro monatlich (im Hinblick auf die sonst eintretende Abschreckungswirkung bei den Transferleistungsempfängern) aber nicht überschreiten darf, und welcher allein dazu dienen darf, (nahezu) ohne Sonderung, die Ernsthaftigkeit des Schulwunsches unter Beweis zu stellen. In diesem Umfang darf auch der staatliche Finanzierungsanspruch gekürzt werden.

Nach allem besteht angesichts des Fehlens eines dem Grundsatz der vollständigen Kompensation entsprechenden Staffelmodells im nordrhein-westfälischen Schulrecht ein Anspruch der Ersatzschulen auf Vollfinanzierung entsprechend der nach dem SchulG NRW deckungsfähigen Kosten, abzüglich eines Bagatellbetrags von max. 20 Euro monatlich.

b) Höhe des Finanzierungsanspruchs aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW

Der Anspruch aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW entspricht schon wegen seiner Bezugnahme auf das grundgesetzliche Sonderungsverbot in Art. 8 Abs. 4 S. 1 LV NRW der Höhe nach mindestens der soeben entfalteten Anspruchshöhe des Anspruchs aus Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG. Schon deshalb kann der Anspruch – wie bereits ausgeführt –⁹⁶ entgegen einem verbreiteten Vorbringen nicht unter Rekurs auf die Wortlautinterpretation von Zuschüsse „gekürzt“ werden. Dies gilt zudem – wie ebenfalls ausgeführt –⁹⁷ da die Zuschusshöhe an der Erforderlichkeit zur Aufgabendurchführung und Pflichterfüllung (nach Maßgabe des Schulgesetzes NRW) auszurichten ist. Abschließend sei angemerkt, dass der Anspruch aus Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW in der geschilderten Höhe auch dann bestünde, wenn man der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung folgte, welche einem *bundesverfassungskräftigen* subjektiven Finanzierungsanspruch der einzelnen Ersatzschule eine Absage erteilt.

c) Ergebnis

Mangels eines dem Grundsatz der vollständigen Kompensation entsprechenden Staffelmodells im nordrhein-westfälischen Schulrecht besteht ein Anspruch der Ersatzschulen auf Vollfinanzierung entsprechend der nach dem SchulG NRW

⁹⁶ Vgl. oben C. I.

⁹⁷ Vgl. oben C. I. 2.

deckungsfähigen Kosten, abzüglich eines Bagatellbetrags von max. 20 Euro monatlich. Der Eigenleistungsanteil von 11% ist m.a.W. verfassungswidrig.

III. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

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

Als durch diese Regeln benachteiligte Grundrechtsträger sind neben den Trägern der Förder-Ersatzschulen GE als Grundrechtsberechtigte⁹⁸ die mittelbar, aber geradezu zwangsläufig – soweit nicht ein gutherziger Dritter oder der (etwa kirchensteuerfinanzierte) Träger – nachteilig betroffenen Schülerinnen und Schüler bzw. ihre zahlungsverpflichteten Eltern der Förder- Ersatzschulen GE zu nennen. Demgemäß stellt sich die Frage, ob die betroffenen Schüler/innen dadurch in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt werden.

1. Behinderung

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG untersagt jegliche Benachteiligung wegen einer Behinderung⁹⁹. Für eine Behinderung ist nach dem BVerfG kennzeichnend, dass eine Person in der

⁹⁸ Vgl. nur BVerfGE 112, 74 ff. und bzgl. Des Gleichheitssatzes insbesondere S. 86 ff.

⁹⁹ Vgl. nur BVerfGE, 151, 1 (Rn. 54).

Fähigkeit zur individuellen und selbständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist¹⁰⁰ bzw. eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung vorliegt, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.¹⁰¹ Nach diesem Verständnis von Behinderung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG besteht kein Zweifel, dass die Förderschüler/innen GE dem grundgesetzlichen Verständnis von Behinderung unterfallen. Soweit dem Bundesverfassungsgericht vorgeworfen wird, es verenge sein Verständnis von Behinderung zu sehr auf den Gesichtspunkt eines „medizinischen Defizit[s]“ und vernachlässige die Wechselwirkungen zwischen individueller Beeinträchtigung und gesellschaftlicher Teilhabe – was nunmehr in § 2 Abs. 1 S. 1 SBG IX stärker hervorgehoben wird –¹⁰² kann diese Kontroverse hier schon deshalb (zunächst) dahin stehen, da dieser Ansatz allein darauf zielt, das grundrechtliche Verständnis von Behinderung zu weiten.

2. Benachteiligung

Eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt nach dem BVerfG bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt vor, soweit diese nicht durch Fördermaßnahmen „hinlänglich“ kompensiert werden. So würden Menschen mit Behinderung benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen Nichtbehinderter durch staatliche Maßnahmen verschlechtert wird, was der Fall sei, wenn ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten werden, die anderen offenstehen. Erfasst seien auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern „als typische Nebenfolge einer Maßnahme darstellt.“¹⁰³ Eine solche Benachteiligung Behinderter liegt auf Grund der geschilderten gesetz- und verordnungsimmanenten Wirkungen vor. Und die betroffenen Träger können die Belastungen, wenn sie nicht „zufällig“ eine Förderung durch Dritte erfahren, zum Zwecke des Betreibens bzw. des Fortbetreibens der Schule nur auf die behinderten Schüler/innen bzw. ihre Eltern abwälzen. Der Verweis auf eine kostenfreie staatliche Schule kann demgegenüber schon deshalb nicht verfangen, weil die behinderten Schüler/innen dessen ungeachtet im Hinblick auf ihr Wahl- und

¹⁰⁰ BVerfGE 151, 1 (Rn. 54), unter Verweis auf *Baer/Markard*, von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 531.

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 96, 288 (301).

¹⁰² Vgl. nur *Kingreen*, BK, Art. 3 Rn. 563 f.; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 195.

¹⁰³ BVerfGE 151, 1 (Rn. 55).

Bildungsteilhaberecht – staatliche oder freie Schule – schlechter gestellt würden als nichtbehinderte Schüler.

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

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

In Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur nimmt das BVerfG an, dass eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zwar gerechtfertigt werden kann, aber nur aufgrund sog. „zwingender Gründe“¹⁰⁴. Nach diesem strengen Rechtfertigungsmaßstab¹⁰⁵ muss die in Rede stehende Maßnahme unerlässlich sein, um behindertenbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Und das BVerfG fügt hinzu, dass dies nur der Fall sei, wenn dem Staat die Beseitigung der Einschränkungen, denen Menschen mit Behinderungen unterliegen, „unmöglich oder unzumutbar“ sei. Davon kann vorliegend erkennbar keine Rede sein. Einer Absenkung

¹⁰⁴ BVerfGE 151, 1 (Rn. 57) mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur.

¹⁰⁵ Vgl. nochmals BVerfGE 151, 1 (Rn. 57).

des Eigenanteils von Förder-Ersatzschulen GE ist unter keinem erkennbaren Gesichtspunkt unmöglich oder unzumutbar.

4. Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Unbeschadet der oben aufgezeigten freiheitsgrundrechtlichen Verpflichtung des nordrhein-westfälischen Gesetz- bzw. Ordnungsgebers zur Absenkung der Eigenleistung aller Ersatzschulen auf einen Bagatellbetrag folgt aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG das subjektive Recht der Schüler/innen von Förder-Ersatzschulen GE, den Eigenanteil dieser Schulen mindestens von 11% auf 5% zu senken, um die gesetz- und ordnungsrechtlich bedingte strukturelle Benachteiligung zu beseitigen.

Zwar sind Gleichheitsverstöße generell auch dadurch heilbar, dass die Bevorzugung aufgehoben wird, aber die Fortexistenz einer Eigenmittelbelastung von mehr als 200 Euro pro Schüler/in monatlich ist nicht nur nach dem hier entwickelten Verständnis des Freiheitsgrundrechts aus Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 8 Abs. 4 S. 3 LV NRW verfassungswidrig, sondern auch nach (dem Verständnis) der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (seitens der Bezirksregierung Düsseldorf).

IV. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung

Im Kontext von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wurde gezeigt, dass die Regelungssystematik des nordrhein-westfälischen Schulrechts, namentlich das Zusammenspiel von gesetzlicher Eigenleistung der Ersatzschulen und ordnungsrechtlich geregelten Lehrer-Schüler-Relationen, im Hinblick auf die finanziellen Eigenleistungen pro Schüler/in gesetz- resp. systemimmanent zu einer signifikanten Benachteiligung von Förder-Ersatzschulen und zumal Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen führt und diese dem Land NRW auch zuzurechnen ist. Darin liegt im Hinblick auf die Förder-Ersatzschulen GE, die sich nicht auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG berufen können, eine verfassungsrechtlich relevante benachteiligende Ungleichbehandlung gegenüber Regel-Ersatzschulen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Damit stellt sich wiederum die Frage, ob diese unterschiedliche Behandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Insoweit werden verbreitet zwei unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe, nämlich die „Willkürformel“ und die (gar nicht mehr so neue) sog. „neue Formel“, verfochten. Nach ersterer bedarf es für die

Rechtfertigung lediglich irgendeines sachlichen Grundes;¹⁰⁶ nach der „neuen Formel“ ist Art. 3 Abs. 1 GG dagegen verletzt, wenn zwischen zwei von der Rechtsordnung unterschiedlich behandelten Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Blicke die Frage, wann die eine und wann die andere Formel Anwendung findet?¹⁰⁷ Indessen hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile judiziert, dass sich die Maßstäbe nicht dichotomisch gegenüberstehen. Vielmehr gilt „ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Die Ungleichbehandlung bedarf „stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.“¹⁰⁸ Vorliegend kann eine Auseinandersetzung mit den „verschiedenen Formeln“ indessen unterbleiben, fehlt es doch an jedwedem erkennbaren Differenzierungsgrund. Man mag prima facie geneigt sein, zur Rechtfertigung darauf zu verweisen, dass die finanziellen Belastungen durch Eigenleistungen pro Schule bzw. pro Träger bei den Förder-Ersatzschulen GE sogar geringer ausfallen als bei den Regel-Ersatzschulen – 11% an Stelle von 15%. Das es darauf aber weder im Hinblick auf die betroffenen Schüler/innen noch auf die Träger ankommen darf, folgt aus den geschilderten gesetzes- und ordnungsimmanenten Belastungskonsequenzen und wurde vom Ordnungsgeber durch die Absenkung des Eigenleistungsanteils der Förder-Ersatzschulen immerhin in moderatem Umfang (an)erkannt.

Der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass im Anwendungsbereich des Freiheitsgrundrechts aus Art. 7 Abs. 4 GG die bloße Anwendung der Willkürformel resp. eine geringe Rechtfertigungslast im Rahmen eines stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs ausscheidet.¹⁰⁹ Demzufolge scheidet eine Rechtfertigung der gesetzes- und

¹⁰⁶ *Classen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 17 Rn. 24; *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, 23. Aufl. 2020, Rn. 806; *Englisch*, in: Stern/Becker, Art. 3 Rn. 11; *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 92. EL August 2020, Art. 3 Abs. 1 Rn. 433; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 30; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 24.

¹⁰⁷ *Classen*, Staatsrecht II Grundrechte, § 17 Rn. 24; *Englisch*, in: Stern/Becker, Art. 3 Rn. 14; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 3 Rn. 32; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 31.

¹⁰⁸ BVerfGE 135, 126 (143); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 527 ff.

¹⁰⁹ Vgl. dazu nur BVerfGE 112, 74 (86 ff.).

verordnungsimmanenten Benachteiligung von Förderersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen erst recht aus.

3. Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Unbeschadet der oben aufgezeigten freiheitsgrundrechtlichen Verpflichtung des nordrhein-westfälischen Gesetz- bzw. Ordnungsgebers zur Absenkung der Eigenleistung aller Ersatzschulen auf einen Bagatellbetrag folgt aus dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG das subjektive Recht der Förder-Ersatzschulen GE den Eigenanteil dieser Schulen mindestens von 11% auf 5% zu senken, um die gesetz- und ordnungsrechtlich bedingte strukturelle Benachteiligung zu beseitigen.

Auch insoweit gilt, dass Gleichheitsverstöße grundsätzlich auch dadurch heilbar sind, dass die Bevorzugung aufgehoben wird, aber die Fortexistenz einer Eigenmittelbelastung von mehr als 200 Euro für Schüler/innen von Förder-Ersatzschulen GE monatlich ist nicht nur nach dem hier entwickelten Verständnis des Freiheitsrechtes aus Art. 7 Abs. 4 GG verfassungswidrig, sondern auch nach (dem Verständnis) der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (seitens der Bezirksregierung Düsseldorf).

V. Verfassungskonforme Auslegung bzw. Anwendung von § 106 Abs. 9 SchulG NRW

Hier ist nicht der Ort, um sich vertieft mit dem Gebot und den Grenzen verfassungskonformer Auslegung zu befassen. Im Hinblick auf eine verwaltungsgerichtliche Klage einer Förderschule GE auf Absenkung des Eigenleistungsanteils von 11% auf 5% und namentlich der Troxler Schule Wuppertal von 9% auf 3% sollte der Weg über eine Anwendung § 106 Abs. 9 SchulG NRW im Hinblick auf den Gleichheitsverstoß zumindest im Wege verfassungskonformer Auslegung dieser Norm gangbar sein.

D. Zusammenfassung

I. Freiheitsgrundrechtliche Ansprüche

Nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG haben genehmigungsfähige Ersatzschulen (wie etwa die Troxler-Schule Wuppertal) einen verfassungskräftigen, in Art. 7 Abs. 4 GG wurzelnden subjektivrechtlichen Anspruch auf Finanzierung. Ob dieser Anspruch dogmatisch-konstruktiv in Anlehnung an seine materiell-inhaltliche Fundierung im Sinne einer staatlichen Kompensation für die grundrechtseingreifenden Genehmigungsvoraussetzungen in Art. 7 Abs. 4 S. 3 und 4 GG als abwehrrechtlicher oder wegen der Verfassungsunmittelbarkeit der eingriffsgleichen

Genehmigungsvoraussetzungen als bereichsspezifischer Leistungsanspruch verstanden wird, ist praktisch ohne Bedeutung und kann hier demgemäß dahinstehen. In NRW wird ein verfassungskräftiges subjektives Recht der Ersatzschulen auf Finanzierung in Art. 8 Abs. 4 LV NRW gar ausdrücklich („Anspruch“) gewährleistet. Der landesverfassungsrechtlich fundierte Finanzierungsanspruch besteht im Übrigen unabhängig von der Existenz eines grundgesetzlich fundierten subjektiven Rechts auf Finanzierung.

Bei der Bestimmung der Höhe dieses Anspruchs ist angesichts des Sonderungsverbots in Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. HS GG zu berücksichtigen, dass *allen* Kindern ein im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Situation resp. die wirtschaftliche Situation ihrer Sorgeberechtigten gleicher Zugang zu einer Ersatzschule möglich ist. Da das nordrhein-westfälische Schulrecht kein sonderungsverbotskonformes Staffelmodell kennt, in welchem durch die wirtschaftliche Situation des Kindes und der Sorgeberechtigten bedingte „Schulgeldausfälle“ staatlicherseits vollumfänglich ausgeglichen werden, ist der auf eine durchschnittliche Förder-Ersatzschule GE in NRW zukommende Eigenanteil von mehr als 200 Euro pro Schüler/in und mithin die 11%-Eigenleistungsanteils-Regelung in § 106 Abs. 5 SchulG NRW verfassungswidrig, weil dadurch der verfassungskräftige Finanzierungsanspruch verletzt wird, indem er die Ersatzschulen de facto dazu zwingt, das Sonderungsverbot zu verletzen. Zulässig ist seitens der Ersatzschulen nur die Erhebung eines Bagatellbetrags, der 20 Euro monatlich (im Hinblick auf die sonst eintretende Abschreckungswirkung bei den Transferleistungsempfängern) nicht überschreiten und welcher (nahezu) ohne Sonderung allein dazu dienen darf, die Ernsthaftigkeit des Schulwunsches unter Beweis zu stellen. Nur in diesem Umfang darf der in NRW grundsätzlich eine staatliche Vollkostenkompensation gewährleistende Finanzierungsanspruch gekürzt werden.

II. Gleichheitsgrundrechtliche Ansprüche

Es wurde gezeigt, dass die Regelungssystematik des nordrhein-westfälischen Schulrechts, namentlich das Zusammenspiel von gesetzlicher Eigenleistung der Ersatzschulen und verordnungsrechtlich geregelten Lehrer-Schüler-Relationen, im Hinblick auf die finanziellen Eigenleistungen pro Schüler/in gesetztes- resp. systemimmanent zu einer signifikanten Benachteiligung von Förder-Ersatzschulen GE gegenüber Regel-Ersatzschulen führt. Für eine im Hinblick auf die Eigenleistungen pro Schüler/in grosso modo durchschnittliche Förder-Ersatzschule GE wie die Troxler-Schule Wuppertal ergab sich eine Eigenleistung pro Schüler/in von 212,17 Euro

monatlich, während sich für eine im Hinblick auf die Eigenleistungen pro Schüler/in grosso modo durchschnittliche Regel-Ersatzschule wie die Rudolf-Steiner-Schule Wuppertal (welche als Waldorfschule von den Klassen 1-13 geführt wird) eine Eigenleistung pro Schüler/in von 94,81 Euro monatlich ergab. Da diese unterschiedliche Belastung zwangsläufig aus der Systematik des Schulgesetzes NRW i.V.m. der VO zu § 93 Abs. 2 SchulG NRW folgt, ist diese gesetzes- und verordnungsbedingte Ungleichbehandlung dem Land auch zuzurechnen. Darin liegt im Hinblick auf die Träger der Förder-Ersatzschulen GE eine verfassungsrechtlich relevante benachteiligende Ungleichbehandlung gegenüber den Trägern von Regel-Ersatzschulen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG, die nicht rechtfertigungsfähig ist.

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

Bochum, im August 2022