

DR. BERND PETERMANN

Rechtsanwalt am Oberlandesgericht

WIRMERSTR. 9
40474 DÜSSELDORF

TELEFON 0211/ 43 80 705
TELEFAX 0211/ 43 80 710

08.12.2003



RA. DR. B. PETERMANN, WIRMERSTR.9, 40474 DÜSSELDORF

Landtag Nordrhein-Westfalen
Haushalts- und Finanzausschuss
Sekretariat z.Hd.Frau Silvia Winands
e-mail silvia.winands@landtag.nrw.de

Betreff: Anhörung zu Art. 5 Haushaltsbegleitgesetz 2004/2005

Entsprechend der Einladung des Herrn Präsidenten nehme ich vorab zu den Fragen 1-3, 5-7 des Fragenkatalogs kurz Stellung, um dann auf die Frage Nr. 4 nach der Verfassungskonformität des Entwurfs ausführlicher einzugehen.

Zu 1.

Ein Vergleich der Ersatzschulfinanzierung zwischen den einzelnen Bundesländern ist praktisch unmöglich, da ganz unterschiedliche Systeme und Verfahren gelten. Das EFG ist möglicherweise auch in seinen Auswirkungen vorbildlich, weil es nach der nur in unserer Landesverfassung in Art. 8 Abs.4 enthaltenen Anspruchsgarantie ausgerichtet ist, und nicht, wenn, wie es Praxis der letzten Jahre geworden ist, es durch rechtswidrige Ministerialerlasse zu Lasten der Schulträger verfälscht wurde.

Der Ansicht des Schulministeriums S. 80 der Erläuterungen zum Einzelplan 5 des Haushaltsentwurfs dürfte jedoch nicht zuzustimmen sein, dass das Land auch nach dem 01.01.2005 – wenn den Gesetzentwürfen der Landesregierung gefolgt werden sollte – sich „an vorderer Stelle im Ländervergleich befinde(n werde)“.

Zu 2.

Ich stimme der Ansicht zu, dass sich die Regelung in § 6 Abs.4 EFG in der Vergangenheit dann bewährt hat, wenn durch Richterspruch die Regierung an die Befolgung des Gesetzestextes gebunden wurde, nicht aber in der übrigen restriktiven Verwaltungspraxis, welche sich statt an die gesetzliche Gewährleistung an ungesetzliche Einschränkungen in Ministerialerlassen hielt, z.B. mit der auch in den Fragenkatalog aufgenommenen Einschränkung „bei vorübergehender finanzieller Notlage“, die nicht im Gesetz zu finden ist. Eine Besserung ist nach den Regierungsentwürfen nicht zu erwarten. So sieht z.B. § 106 Abs. 7 RegE. SchulG vor, eine Ermäßigung der Eigenleistung setze den Nachweis durch den Schulträger voraus,

„dass er alle zumutbaren anderen Finanzierungsmöglichkeiten oder Hilfsquellen der ihn tragenden oder nahe stehenden natürlichen oder juristischen Personen ausgeschöpft hat.“

Genau das hat vor Jahren der Kultusminister mit dem sehr umstrittenen „Sphärenenerlass“ versucht. Das Bundesverwaltungsgericht hat gerade diese Handhabung als bundesverfassungswidrig verworfen.¹

¹ BVerwGE 70, 290/294; vgl. auch Kühne in Geller/Kleinrahm, Anm. 5 b zu Art. 8 LV NRW

Zu 3.

Satz 1: Nein. Die vorgesehene „Vorlaufphase“ von nur einem halben Jahr kann dem Vertrauensschutz der Schulträger nicht entsprechen. Das Land sollte sich, da Mecklenburg-Vorpommern keine vergleichbare Verfassungsgarantie hat, statt an das dortige LVerwG an das Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 3.1.1983² halten:

„Bei einer etwaigen Neuregelung der Privatschulfinanzierung könnte der Grundsatz des Vertrauensschutzes gebieten, die wegen der Verwendung des Begriffs „Zuschüsse“ und nach der Entstehungsgeschichte des Art.8 IV 3 NRWVerf. verfassungsrechtlich zulässigen Eigenleistungen nur schrittweise zu erhöhen. Im Rahmen dieses Verfahrens kann offen bleiben, welche Grenze einer Erhöhung der Eigenleistung nach 8 IV NRWVerf. gesetzt ist.“

Hiervon sollte dem letzten Satz eine besondere Bedeutung zukommen, wie sich aus der nachstehenden Darlegung zu **Frage 4** ergeben dürfte.

Satz 2: Von einer „Herausnahme der Sonderschulen“ ist im Text des übersandten Regierungsentwurfs nichts zu finden. Die abweichenden Erläuterungen zum Einzelplan 5, welche nicht der Einladung beigelegt waren, erscheinen nicht hinreichend differenziert.

Zu den Fragen 5-7

Die rigorose Verwaltungspraxis im Land NRW zu § 6 Abs.4 EFG, verbunden mit der Tatsache, dass – nicht zuletzt durch die einschneidende Rechtsmitteleinschränkung im 6. Änderungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung³ - in Verwaltungsgerichtsverfahren Jahre vergehen, in denen ohnehin schon späte Bescheide wegen Rechtswidrigkeit abgeändert werden können - hat schon bisher zur Schließung von Ersatzschulen oder ihrer Übertragung auf kirchliche öffentlichrechtliche Körperschaften wegen ihrer damals besseren Finanzlage geführt.

Besonders betroffen von der beabsichtigten Erhöhung der Eigenleistungen, auch in der nunmehr geplanten Verringerung, werden die Freien Schulen in der Trägerschaft von Elterninitiativen oder sonstigen freien Trägervereinen sein, welche gerade den politisch erwünschten Zielen der „offenen“ oder selbständigen oder auch autonomen Schulen am ehesten entsprechen. Viele von ihnen werden ihren Schulbetrieb nicht mehr aufrechterhalten können, nicht nur im Blick auf die weiteren Einschränkungen, die mit dem Regierungsentwurf zum Schulgesetz NRW entgegen der bisherigen Rechtsprechung⁴ eintreten sollen.

Es besteht die Gefahr, dass diese Schulen das grundgesetzliche Verbot in Art.7.4.3 GG nicht mehr werden einhalten können, dass „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert“ werden darf.

Zu 4.

Die Landesverfassung verleiht die Berechtigungen "wie die entsprechenden öffentlichen Schulen" und gewährleistet dementsprechend der jeweiligen Privatschule nach den beiden einschlägigen Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs⁵ einen subjektiv verfassungsrechtlichen Anspruch auf die "zur Durchführung ihrer Aufgaben und zur Erfüllung ihrer Pflichten erforderlichen öffentlichen Zuschüsse".

² VerFGH 6/82, NVwZ 1984, S. 95 f.

³ vgl. Schenke, NJW 1997, 81 ff.

⁴ vgl. Bertram, ...Schulorganisationsrecht und Recht der Ersatzschulfinanzierung, NWVBl.1989, 8 ff.14

⁵ VerFGH ebda, schon VerFGH 2/59, Urteil vom 21.12.1959, OVG 15, 314,319; ständige Rechtsprechung des BVerfG; jetzt auch Ennuschat in Löwer/Tettinger Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 RdNr.84

a)

Insofern unterscheidet sich das nordrhein-westfälische Verfassungsrecht von den bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Interventionsgarantie zugunsten des Privatschulwesens als solchem⁶.

Ansprüche der Landesverfassung gehen über die Förderungsansprüche aus Art. 7 Abs. 4 GG hinaus⁷. Das war auch in den Beratungen zur Landesverfassung zu dem entsprechenden Art. 12 des Regierungsentwurfs so gewollt⁸.

Zur Frage der unmittelbaren Anspruchsgewährung hat der Verfassungsgerichtshof verbindlich festgestellt:

„Art. 8 Abs. 4 Satz 3 LV räumt den Privatschulen ein verfassungsrechtlich gewährleistetes subjektives Recht auf Leistung in Form von Zuschüssen zu ihren Gesamtkosten ein. Es folgt aus dem Wortlaut "Sie haben Anspruch" aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung" ⁹

b)

Der Verfassungsgerichtshof stellt in seiner Entscheidung vom 3.1.1983 weiter fest, die Verfassung umreißt "das Ausmaß der Zuschüsse mit dem in der Verfassung verwendeten unbestimmten Rechtsbegriff "erforderlich" Wegen der Unbestimmtheit des Begriffs "erforderlich" und der Notwendigkeit, das Verfahren zu gestalten, in dem die Höhe der Zuschüsse ermittelt wird, bedarf das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht einer näheren gesetzlichen Bestimmung."

Diese Feststellung hat verfassungsrechtlich zunächst die Konsequenz, dass in Einschränkung des bundesverfassungsrechtlich auch nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dem Landesgesetzgeber eingeräumten „Gestaltungsspielraums“ auch der Landesgesetzgeber bei der Ausformung des verfassungsrechtlichen subjektiven Anspruchs kein freies, auch kein gebundenes Ermessen sondern nur einen gerichtlich (hier verfassungsgerichtlich) nachprüfbaren Beurteilungsspielraum aufgrund der Einordnung als "unbestimmten Verfassungsbegriff“ hat.

Jedenfalls hat der Verfassungsgerichtshof den obersten Maßstab, an welchen der Landesgesetzgeber kraft Verfassung gebunden ist, nämlich die in Art. 8 Abs. 4 LV, auch in Art. 7 Abs. 4 GG normierten verfassungsrechtlichen allgemeinen Vorgaben genannt, denen der Gesetzgeber "zu entsprechen" hat. Schon darin liegt eine erste nähere Bestimmung, an die sich der Gesetzgeber zu halten hat.

Abgesehen davon, dass auch die allgemeine Pflicht des Landes und der Gemeinden aus Art. 8 Abs. 3 Satz 1 LV, „Schulen zu errichten und zu fördern“, im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 4 keine Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Schulen macht, also auch die Privatschulen einbezieht, ist über die bundesverfassungsrechtliche Gewährleistung, also auch über die von der neueren Rechtsprechung des OVG aufgestellten Grenzen hinaus nicht nur die Förderung dieser Mindestpflichten (Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen) sondern auch

⁶ VerfGH 6/82, Urteil vom 3.1.1983, S. 9 der Ausfertigung, NVwZ, 1984, S. 95

⁷ ebda S. 16 ff., ständige Rechtsprechung insb. des BVerfG im Anschluss an Müller; vgl. jetzt auch Ennuschat in Löwer/Tettinger in Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 8 RdNr. 84 „hinreichend individualisierter Begünstigtenkreis“

⁸ Landtag NRW, Verfassungsausschuß, 48. Sitzung am 24.3.1950 S. 476 C:

⁹ a.a.O.Fn.5

die „Durchführung ihrer Aufgaben“ Verfassungsmaßstab für die Förderungspflicht, der auch vom einfachen Gesetzgeber nicht unterschritten werden darf.

Die weitgehende Errichtungs- und Bestandsgarantie für das freie Schulwesen aus Art. 7 Abs. 4 GG, welche vom Bundesverfassungsgericht als Abkehr vom staatlichen Schulmonopol umschrieben wurde¹⁰, ergab auch für die Länder die Verpflichtung, "das Institut der Anerkennung und mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Vorteile nicht dazu (zu) benutzen, die Ersatzschulen zur Anpassung an die öffentlichen Schulen in einem der Sache nach nicht gebotenen Umfang zu veranlassen oder unter Verletzung des Gleichheitsgebotes einzelne Privatschulen gegenüber anderen Schulen zu benachteiligen, ohne Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zu verletzen“.

Die bisher in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ bestätigte Gründungsfreiheit und die institutionelle Garantie der Privatschule reichte damit nicht aus:

Eine besondere Bindung des Gesetzgebers zur Förderungspflicht gelte auch im Zuge der Qualitätsentwicklung des öffentlichen Schulwesens *"für eine fortlaufende Verschärfung der Gleichwertigkeitsanforderungen (etwa durch die Hebung des Standards schulischer Einrichtungen oder durch die stetige Verbesserung der Lehrerbeseoldung), denen sich die privaten Ersatzschulen anpassen müssen (vgl. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 1 und Satz 4 GG)*¹²

Es bestehe die Pflicht des Gesetzgebers „die Existenzgrundlage privater Ersatzschulen nicht zugunsten weniger wichtiger Belange des öffentlichen Schulwesens zu vernachlässigen“ Bundesverfassungsrechtlich müssten bei der Förderung alle Ersatzschulen nach Maßgabe des Gleichheitssatzes berücksichtigt werden. Dies schränke die grundsätzlich bestehende Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers bundesverfassungsrechtlich ein; das „fiskalische Bemühen, Ausgaben zu sparen“, müsse zurücktreten.¹³

Diese Interventionsgarantie hat das Bundesverfassungsgericht weiter in zwei späteren Entscheidungen vertieft¹⁴. Jedenfalls müsse der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden könne. Insofern könne sich aus Art. 7 Abs. 4 GG über dessen Abwehrcharakter hinaus auch bundesverfassungsrechtlich ein Anspruch auf staatliche Förderungen ergeben¹⁵

Auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in einer Reihe von Urteilen eine bundesverfassungsrechtliche Verpflichtung zur wirtschaftlichen Förderung der Privatschulen "als eine soziale Einrichtung des öffentlichen Schulwesens" unter Anwendung des Sozialstaatsgebots des Art. 20 Abs. 1 GG aus der Gewährleistung des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG; es nennt hinsichtlich der Eigenbeteiligung des Schulträgers nur "einen geringen Fehlbetrag" Nach seiner Rechtsprechung ist der Landesgesetzgeber daran gehindert, Einschränkungen in der Förderung der Ersatzschulen vorzunehmen, welche auch nur die Gefahr der Beeinträchtigung der Selbstbe-

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 14.11.1969, E 27, 195, 200 f, 203 f; auch E 34, 165, 197 f

¹¹ vgl. auch BVerfGE 34, 165, 197 f

¹² Urteil vom 8.4.1987 - 1 BvL 8, 16/84 - BVerfGE 75, 40 ff 62

¹³ ebda. S.69, 71 ff; Hervorhebung zugefügt; zur Rechtsprechung, das "fiskalische Bemühen, Ausgaben zu sparen" reiche für eine Benachteiligung des Privatschulwesens nicht aus: BVerfGE 75, 40,72; auch Beschluss des BVerfG vom 9. März 1994, 1 BvR 1369/90, S. 18, 20ff; zit. Petermann, Hauswirtschaftliche Sperre und Ersatzschulen in NWVBl.1994,370

¹⁴ Beschlüsse vom 9.3.1994 - 1 BvR 682, 712/88 -BVerfGE 90, 107 ff und 1 BvR 1369/90, E 90, 128 ff

¹⁵ ebda. S. 114, 115

stimmung der Ersatzschulen darstellen und diese in eine wirtschaftlich bedenkliche Entwicklung führen müßten; insbesondere verstößt es gegen das Bundesrecht, wenn infolge eines Gesetzes der Schulträger nicht mehr in der Lage sein kann, "dafür einen angemessenen Betrag in den Haushalt der Schule" einzusetzen, daß er z.B. "das Schulgrundstück und sonstige Schulgegenstände zur Verfügung" stellt¹⁶

c)

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 3.1.1983 hervorgehoben, dass der Gesetzgeber bei der Auslegung der in der Landesverfassung „normierten verfassungsrechtlichen Vorgaben ... den Gleichheitssatz zu beachten“¹⁷ hat.

Dieser gilt sowohl wegen seiner allgemeinen vorrangigen Bindung direkt als auch landesverfassungsrechtlich durch die Inkorporation der Grundrechte des GG in die Landesverfassung in ihrem Art. 4.

Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind „um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann“

*Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, ob eine Ungleichbehandlung Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten hat.*¹⁸

Die verfassungsrechtliche Beanstandung „muß besonders intensiv sein, wenn das Gesetz von dem von ihm selbst aufgestellten Grundsatz ungleich abweicht.“¹⁹

Das bedeutet für die aktuelle Fragestellung, dass eine einseitige Belastung der Schulen in freier Trägerschaft durch Erhöhung der Eigenleistung in Anbetracht der mit Nachdruck veröffentlichten Verschonung des öffentlichen Bildungswesens vor haushaltsbedingten Sparmaßnahmen mit dem Gleichheitssystem, auch dem der Verhältnismäßigkeit, nicht in Einklang gebracht werden kann.

Das gilt umso mehr, als selbst innerhalb des Privatschulwesens eine sachgerechte Differenzierung nach örtlichen, strukturellen, aber auch quantitativen Unterschieden nicht vorgesehen ist.

Mit freundlichen Grüßen

Heinrich Müller

¹⁶ NJW 1968, 613, 614; BVerwGE 27, 360 ff: weitere Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.8.1968 - VII C 9.68 DÖV 69, 395 -, 4.7.1969 - VII C 28.68 -, 30.3.1973 - VII B 39.72 und 13.11.1973 - VII B 20.73 sowie 14.3.1975 - VII B 55.74 -; SPE VIII B 1, 21, 23; vgl. auch zur Lehre Friedrich Müller, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz als Maßstab für Gesetzgebung und Exekutivpraxis der Länder, 2. Aufl. 1982, S. 150 ff

¹⁷ vgl. vorst. 1 b), auch Fn. 10.

¹⁸ BVerfGE 88, 87 [96]; vgl. E 60, 123 [134]; 82, 126 [146]. BVerfGE 82, 126 [146] (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]; 58, 369 [373 f.]; 60, 123 [133 f.]; 60, 256 [274]; 72, 141 [150]) . E 62, 256 [274]), . E 88, 5 [12] E 95, 267 [316 f.)

¹⁹ vgl. BVerfGE 18, 566 (572); 20, 374 (577); Maunz-Dürig, .RandNr. 320 zu Art. 7 GG.