

# Staatliche Infrastrukturverantwortung für das Lehrpersonal Freier Schulen

Rechtsgutachten  
im Auftrag des Verbandes Deutscher  
Privatschulverbände e. V.  
Bildungseinrichtungen in freier Trägerschaft

von  
Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. sc. pol.  
Udo Di Fabio

Direktor des Instituts für Öffentliches Recht (Abteilung  
Staatsrecht) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-  
Universität Bonn

Bonn, im Juni 2018

## 1. Lehrermangel als Sachproblem

Gute Schulen leben von qualifizierten und engagierten Lehrerinnen und Lehrern. Über längere Zeiträume betrachtet ist das Angebot an geeigneten Lehrkräften schwankend. Mal ist es für Lehramtskandidaten schwierig, eine adäquate Stelle zu finden und in anderen Zeiten haben es Schulträger schwer, Lehrpersonal zu gewinnen. Zurzeit spricht vieles dafür, dass sich dieses Auf und Ab in Angebot und Nachfrage allmählich in eine länger andauernde, demographisch und soziostrukturell bedingte Schieflage zu entwickeln beginnt. Die prognostischen Zeichen stehen auf eine Lage akuten Lehrkräftemangels.<sup>1</sup>

Während noch vor wenigen Jahren manche Bundesländer davon ausgingen, im Schulbereich unter dem Stichwort einer „demographischen Dividende“ substantiell einsparen zu können, weil der Rückgang schulpflichtiger Kinder und Jugendlicher infolge des seit den siebziger Jahren eingetretenen Falls der Geburtenrate gerade auch den Personalaufwand mindere, so scheint diese Erwartung sich bereits nicht oder nicht wie errechnet zu erfüllen.<sup>2</sup> Gerade auch infolge von Zuwanderung und

---

<sup>1</sup> Vgl. Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (365f.).

<sup>2</sup> Bildungsplaner haben sich bei der Entwicklung der Schülerzahlen erheblich verschätzt. Die aktuelle Bertelsmann Studie vom Juli dieses Jahres (für die Primarstufe) geht von einer Schülerzahl von 8,3 Millionen für das Jahr 2025 in Deutschland aus, Bertelsmann Stif-

Migration steigen Schülerzahlen und machen in Form eines modifizierten Schüler-Lehrerverhältnisses kleinere Klassen und/oder eine qualifizierte Zusatzbetreuung notwendig. Und nicht nur im Hinblick auf Schülerzahl und Klassenstärke sind die Parameter problematisch, auch beispielsweise die einigermaßen flächendeckende Wiedereinführung des „Gymnasiums in 9 Jahren“ (G9) erhöht den Bedarf an Lehrkräften. Ob weitere Bedarfslücken entstehen, oder ab 2025 eine Entschärfung eintritt, vermögen zurzeit auch Bildungsplaner nicht mit letzter Sicherheit zu sagen.<sup>3</sup> Die Nutzung digitaler Lernmaterialien, die Erhöhung der Arbeitszeit von Teilzeitkräften und der zeitweise Einsatz von pensionierten Lehrkräften kann in begrenzter Weise Abhilfe schaffen, das Problem aber nicht flächendeckend lösen.<sup>4</sup>

So macht sich gerade auch bei Berufseinsteigern die Alterung der Gesellschaft bemerkbar, denn der Wettbewerb um qualifizierten Nachwuchs zwischen der privaten Wirtschaft und öffentlichen Sektoren nimmt zu.<sup>5</sup> Für die Wirtschaft ist inzwischen die ausreichende Gewinnung von qualifiziertem Personal zu einem der am häufigsten

---

tung, Lehrkräfte dringend gesucht, Bedarf und Angebot für die Primarstufe, S. 7, abrufbar unter [https://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen\\_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf](https://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf).

<sup>3</sup> Bertelsmann Stiftung, Lehrkräfte dringend gesucht, Bedarf und Angebot für die Primarstufe, S. 21.

<sup>4</sup> Bertelsmann Stiftung, Lehrkräfte dringend gesucht, Bedarf und Angebot für die Primarstufe, S. 7; Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (366).

<sup>5</sup> Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (366).

genannten Problembereiche geworden. Die enger werdende Personaldecke führt auch innerhalb des Schulsystems zu einer in dieser Form noch nicht bekannten Konkurrenzlage zwischen den Schulen in öffentlicher und denjenigen in privater Trägerschaft. Dabei treffen die Privatschulen von vornherein auf eine asymmetrische Wettbewerbssituation im Vergleich zum Staat. Der Staat hält alle strategischen Positionen im Hinblick auf Ausbildung, Qualifizierung und Eignungskontrolle, einschließlich der Parameter des öffentlichen Dienstrechts und der Schulaufsicht besetzt.

Für Schulen in privater Trägerschaft, für Ersatzschulträger, bestehen insbesondere deshalb Wettbewerbsnachteile,<sup>6</sup> weil sie regelmäßig ein Beamtenverhältnis für Lehrerinnen und Lehrer nicht anbieten können. Es ist aber gerade das Beamtenverhältnis, das viele angehende Lehrkräfte anstreben, weil sie die Sicherheit des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses hoch einschätzen.<sup>7</sup> Hier sind freie Schulen ohne Dienstherreneigenschaft auf eher vereinzelt Abordnungen angewiesen und können demgemäß flächig diesen Sicherheitsvorteil nicht bieten. Zudem verfügt der Staat bereits über das akademische System der Lehrerbildung und über seine Aufsichtsbefugnisse im Schulwesen über maßgebliche Informationszugänge zu Lehramtsabsolventinnen und -absolventen und teilt dieses Wissen entweder gar nicht

---

<sup>6</sup> Vgl. Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 55. Vogel führt die Wettbewerbsnachteile von Schulen in freier Trägerschaft auf die staatliche Monopolisierung des „Gesamt-systems Bildung“ zurück.

<sup>7</sup> Hierzu auch Filmer, RdJB 2015, 116 (118).

oder nur eingeschränkt mit Schulen in freier Trägerschaft.

So sehen sich Privatschulen mitunter von der staatlichen Schulverwaltung geradezu übervorteilt, wenn aufgrund dieses Wissensvorsprungs qualifizierte Kandidaten für den öffentlichen Schulsektor (ab)geworben werden. Im Rahmen der Staatsaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft gelangt die Landesschulverwaltung an alle Informationen über Kandidaten für das Lehramt an Privatschulen, kann gegebenenfalls in Gesprächen gerade bei Mangelfächern Angebote für die Tätigkeit an einer staatlichen Schule machen und so geeignete Bewerber gleichsam abfischen. All das ist keine theoretische Erwägung, sondern es handelt sich um Alltagserfahrungen in einer Wettbewerbssituation, in der Schulen in freier Trägerschaft kaum Möglichkeiten eigenen Reagierens innehaben. Eingeklemmt zwischen ihrer Abhängigkeit von staatlichen Zuschüssen und den häufig durchaus rigide verstandenen Begrenzungen aus dem Sonderungsverbot (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 GG) ist die Finanzdecke freier Schulen nicht so beschaffen, dass Bewerber für freie Schulen mit finanziellen Anreizen gewonnen werden könnten.<sup>8</sup>

Im systematischen Zusammenhang zur einer sich bereits heute deutlich abzeichnenden und sich vermutlich verschärfenden Mangelsituation steht auch die Verantwortlichkeit des Staates für die Lehrerausbildung. Sie

---

<sup>8</sup> Vgl. Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 40; Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 50, 70f.

liegt – mit Ausnahme der kaum ins Gewicht fallenden Ausbildung von Waldorflehrern – allein in seiner Hand. Damit besitzt der Staat de facto ein Ausbildungsmonopol für Lehrkräfte.<sup>9</sup> Da aber unter dem Druck der gerade für die Länder verschärft wirkenden Schuldenbremse<sup>10</sup> die Ausgaben für universitäre Ausbildungskapazitäten keineswegs gestiegen sind, ist die Zahl der Lehramtsstudienplätze nicht so gewachsen, wie es dem Bedarf entsprechen würde. Zudem wurde bei der Bedarfsplanung der Länder mitunter gerade der Bedarf der Privatschulen vernachlässigt, obwohl diese zweite Säule des Schulsystems inzwischen rund 10 % des Schulangebots abdeckt und alle Anzeichen auf eine nachfragegetriebene Ausweitung hindeuten.<sup>11</sup> Es ist dem Staat – jedenfalls wenn man die letzten Jahre betrachtet – nicht überzeugend

---

<sup>9</sup> Siehe dazu Filmer, RdJB 2015, 116 (118), der sich in seinen Aufsatz generell der Frage nach Akteuren, Spannungsfeldern und Entwicklungen in der Lehrerausbildung in Deutschland widmet.

<sup>10</sup> Wobei den Ländern ab 2020 die Kreditfinanzierung von Ausgaben untersagt ist: Art. 109 Abs. 3 Satz 1 und Satz 5 GG.

<sup>11</sup> Pieroth/Barczak, R&B 2012, 3 (3); Ogorek, DÖV 2010, 341 (342); Eisinger/Randoll/Warndorf, in: Handbuch Bildungsfinanzierung, 2010, S. 249; Bundesamt, Datenreport 2008, Kap. 3: Bildung, S. 56, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Datenreport/Downloads/Datenreport2008.pdf?\\_\\_blob=publication-file](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Datenreport/Downloads/Datenreport2008.pdf?__blob=publication-file); Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 1.1, Thema Schulen, Schuljahr 2009/2010, S. 15, abrufbar unter [https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00006821/2110110107004.pdf;jsessionid=B8DAAA04A3560A2F744381A946E65AC8](https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006821/2110110107004.pdf;jsessionid=B8DAAA04A3560A2F744381A946E65AC8); Weiß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2010, S. 7; Kraul, in: Private Schulen in Deutschland, 2012, S. 166f.

gelingen, die hohen Erwartungen an eine quantitative Steuerung der Lehrkräfteausbildung<sup>12</sup> zu erfüllen.

Viele freie Schulen können zwar zur Zeit ihren Unterricht noch in gewohntem Maß und in gewohnter Qualität anbieten, indem sie die bürgerschaftlichen oder institutionellen (z.B. kirchlichen) Reserven ausschöpfen, es ist aber deutlich absehbar, dass sich bei einer Verschärfung der Konkurrenzsituation die Frage stellen wird, ob die verfassungsrechtlich garantierte Privatschulfreiheit verletzt ist, wenn staatliche Stellen der sich abzeichnenden Mangelerscheinung tatenlos zusehen oder sogar diese Mangelerscheinung zu Lasten der Schulen in freier Trägerschaft verschärfen.

Das führt zu der Frage, welchen Rechtsbindungen die Länder hier im Hinblick auf die als Grundrecht garantierte Privatschulfreiheit unterliegen. Es geht darum, ob sich aus der Privatschulfreiheit ein Anspruch auf die Bereitstellung von Lehrkräften, auf aktive Fördermaßnahmen oder ein Infrastrukturauftrag ergibt.

---

<sup>12</sup> Dazu und zu den rechtlichen und praktischen Grenzen dieser gegenüber dem Staat bestehenden Erwartungen Filmer, RdJB 2015, 116 (119).

## 2. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Der verfassungsrechtliche Maßstab zur Antwort auf die gestellte Rechtsfrage findet sich in Art. 7 Abs. 4 GG, dem Grundrecht der Privatschulfreiheit. Art. 7 Abs. 4 GG ist in mehrfacher Hinsicht ein besonderes Grundrecht.<sup>13</sup> Zum einen ist das Schulsystem eine Aufgabe, die den Ländern kompetentiell zugewiesen ist und deshalb unter der Markierung „Schulaufsicht“<sup>14</sup> und thematisch als Teil der Schulorganisation im Grundrechtskatalog an sich prima vista nicht richtig platziert scheint. Zum anderen handelt es sich um eines der Grundrechte, welches es nicht bei einer abwehrrechtlichen Dimension bewenden lässt. Gerade die über die abwehrrechtliche Grundrechtsdimension hinausgehende Leistungsdimension ist Quelle für unterschiedliche Positionen, ob und inwieweit eine staatliche Schutz- oder Förderpflicht besteht (3.). Angesichts der sich in dieser Form und Schärfe neu abzeichnenden Konkurrenzlage bei der Gewinnung von Lehrkräften könnte zudem die Privatschulfreiheit im Licht der gleichheitsrechtlichen Direktive aus Art. 3 Abs. 1 GG neu zu vermessen sein (4.). Schließlich stellt sich auch die Frage nach einer Neuinterpretation des abwehrrechtlichen Gehalts des Grundrechts (5.).

---

<sup>13</sup> In die gleiche Richtung Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 55.

<sup>14</sup> Die Formulierung der Aufsicht über das gesamte Schulwesen in Art. 7 Abs. 1 GG entnahm bereits die Weimarer Reichsverfassung (Art. 144 Satz 1) aus dem preußischen Schulrecht, mitsamt der dortigen Auslegung, Arletta-Marie Kösling, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, S. 66.

Hintergrund der Existenz des Art. 7 Abs. 4 GG ist es, dass die Schöpfer des Grundgesetzes nicht zuletzt aus der Weimarer Tradition heraus eine klare Vorstellung hatten, dass nicht nur staatliche Schulen eine wichtige Voraussetzung für eine chancengerechte, plurale und freie Gesellschaft sind, sondern auch gesellschaftliche Kräfte aus religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen heraus oder mit besonderen pädagogischen Konzepten wichtige Beiträge für Erziehung und Bildung leisten können und sollen.

Der antitotalitäre Ansatz des Grundgesetzes<sup>15</sup> wahrt mitunter bei allem Vertrauen in die Institutionen des demokratischen Rechtsstaates auch eine gewisse kritische Distanz zu einem unbeschränkten Staatsvertrauen, weswegen intermediäre Kräfte wie Ehe und Familie, die Koalitionen des Wirtschaftslebens und des Vereinslebens und die Kirchen mit einer besonderen verfassungsrechtlichen Garantie ausgestattet werden. Genau das geschieht durch Art. 7 Abs. 4 GG auch für die Privatschulen, denen ein eigenes Grundrecht verbrieft wird.<sup>16</sup> Es handelt sich um die erkennbare Absage an eine staatliche kompetentielle Alleinvertretung für schulische Bildung und Erziehung:

---

<sup>15</sup> „Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden und ist von seinem Aufbau bis in viele Details hin darauf ausgerichtet, aus den geschichtlichen Erfahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen.“ BVerfGE 124, 300 (328) - Wunsiedel.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 34, 165 (197); Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (680); Badura, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 108; Weiß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2010, S. 11.

„Anerkannt ist, dass Art. 7 GG Freiheitsrechte, Einrichtungsgarantien, Grundrechtsnormen und Auslegungsregeln für den Bereich des Schulrechts enthält und daß er über die Rechtslage der Weimarer Zeit hinausgeht, indem er die Institution der Privatschule ausdrücklich garantiert (...)“.<sup>17</sup>

Das gilt auch und gerade dann, wenn die öffentliche Wahrnehmung im Rahmen bildungspolitischer Debatten nahezu ausschließlich auf den öffentlichen Schulsektor schaut. Die Verfassung entscheidet sich – auch wenn die Gesamtverantwortung staatlich ressortiert<sup>18</sup> – für eine duale öffentliche und private Schulstruktur. Das Grundgesetz will demnach ein Schulangebot sowohl in staatlicher wie in privater Hand. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag<sup>19</sup> ist mediatisiert durch ein duales Trägersystem öffentlicher und privater Provenienz. Der Staat muss insofern offen sein für die Vielfalt der Formen und Inhalte, in denen sich Schule darstellen kann.<sup>20</sup> Einem staatlichen Schulmonopol wird eine Absage erteilt.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> BVerfGE 75, 40 (61).

<sup>18</sup> Arletta-Marie Kösling, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, S. 69f.

<sup>19</sup> Bernd Janson, Die Pflicht des Staates zur Bereitstellung von Ausbildungsstätten und ihre Grenzen, 1980, S. 63.

<sup>20</sup> BVerfGE 27, 195 (201).

<sup>21</sup> BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 34, 165 (197); BVerfGE 75, 40 (62); BVerfGE 90, 107 (114); Kümper, DÖV 2015, 864 (866); Robbers, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 166; auch schon Thoma, JZ 1951, 777 (777); Vgl. für Ausführungen zu

Beide Säulen des Schulangebots stehen unter der Aufsicht des Staates, wie es Art. 7 Abs. 1 GG festlegt.<sup>22</sup> Aufsicht heißt auch und maßgeblich Verantwortung, wobei die Länder bei der Ausgestaltung des Schulwesens und ihrer Aufsicht, also in Wahrnehmung ihrer Verantwortung, die grundrechtliche Privatschulfreiheit als Wertentscheidung zu einem Maßstab ihres Handelns machen müssen. Die Staatsaufsicht über die freien Schulen dient einerseits der Gewährleistung eines bestimmten Leistungsniveaus und dem sozialpolitischen Ziel, soziale Sonderung zu verhindern, aber eben auch der institutionellen Gewährleistung der Lebens- und Entwicklungsfähigkeit der Schulen in privater Trägerschaft. Die Schulaufsicht umfasst demnach nicht nur Lenkung und Kontrolle, sondern ebenso Respekt, Förderung und eine Infrastrukturverantwortung zugunsten des Grundrechts der Privatschulfreiheit dort, wo bestimmte öffentliche Güter oder Ausbildungsleistungen sich in staatlicher Hand befinden.

---

einem Grundrecht der schulischen Wahlfreiheit aus Art. 6 Abs. 2 GG Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 59, 69 und Robbers, in: Mangoldt/Klein/Starck Kommentar GG, Art. 7, Rn. 171.

<sup>22</sup> Badura, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 49. Allerdings ergeben sich hinsichtlich des Umfangs der staatlichen Aufsichtsrechte gewisse Abweichungen zwischen Privatschulen und öffentlichen Schulen, Rn. 11 und 46.

### 3. Die leistungsrechtliche Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG

#### a) Individuelle und institutionelle Gewährleistungsgehalte

Aus der grundrechtlichen Garantie von Art. 7 Abs. 4 GG wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts<sup>23</sup> und auch durch die Länder ein individueller und institutioneller Schutz des privaten Schulsektors abgeleitet.

„Mit der Gründungsfreiheit und dem Recht, private Schulen nach den Erziehungszielen und dem darauf ausgerichteten Unterrichtsprogramm des jeweiligen Schulträgers zu betreiben, garantiert Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zugleich die Privatschule als Institution(...). Diese Gewährleistung sichert der Institution Privatschule verfassungskräftig ihren Bestand und eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung.“<sup>24</sup>

Der institutionelle Schutz betrifft die grundlegenden Existenzbedingungen freier Schulen. Das umfasst dem Grunde nach auch eine Infrastrukturgewährleistung im Hinblick auf eine ausreichende Versorgung mit qualifi-

---

<sup>23</sup> Eine ausführliche Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung findet sich bei Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 51ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 112, 74 (83).

zierten Lehrkräften, gerade solange der Staat das Ausbildungsmonopol für Lehrkräfte und die Aufsicht über die Anstellung und den Einsatz dieser Lehrkräfte wahrnimmt. Wäre die Lehrerausbildung auch in privater Form möglich, könnte man durchaus ein Stück der Freiheitsbetätigung von Privatschulen in diesem akademisch vorgelagerten Bereich annehmen und als eigene Leistung gleichsam erwarten. Wenn aber der Staat ein Ausbildungsmonopol für Lehrer beansprucht, dann steht er auch grundsätzlich in einer Garantenstellung für eine ausreichende und qualifizierte Zahl von Absolventen.

Zwar gilt in der deutschen Verfassungsrechtsentwicklung der institutionelle Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts regelmäßig als schwach ausgestaltet. Aus der institutionellen Gewährleistung wird regelmäßig entnommen, dass nur, aber immerhin gesagt ist, dass Schulen in freier Trägerschaft im Prinzip lebensfähig sein müssen.<sup>25</sup> Gerade im Fall der Privatschulen ist das Bundesverfassungsgericht tradierten Auffassungen eines nur schwach bemessenen institutionellen Schutzes entgegengetreten. Denn wenn eine Infrastruktur für die grundrechtliche Freiheitsverwirklichung unabdingbar ist,

---

<sup>25</sup> In Abkehr von der Rechtsprechung des BVerwG, welches 1966 zunächst noch einen verfassungsunmittelbaren Anspruch des einzelnen Schulträgers auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe angenommen hatte, BVerwG, Urt. v. 11.3.1966, VII C 194.64; kritisch Wegrich, RdJB 2015, 233 (238); Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 41; ders., R&B 2015, 15 (15ff.); Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (355); Hufen nimmt eine andere Interpretation der Rechtsprechung des BVerfG vor: Er geht davon aus, dass weiterhin eine individuelle Garantie aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleiten ist, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 64.

dann steigert sich die Verantwortung des Staates für den von ihm gewählten Regelungskontext und seine gesetzliche Ausgestaltung der Umstände zur Verwirklichung einer Freiheit.

„Kennzeichnend für die Privatschule ist, dass in ihr ein eigenverantwortlich geprägter und gestalteter Unterricht erteilt wird, insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte.“<sup>26</sup>

Wenn man diese prägnante und zutreffende Aussage zum Nennwert nimmt, so kann man bereits im staatlichen Ausbildungsmonopol für die Ausbildung der Lehrkräfte ein Problem sehen, denn wie sollen in privater Freiheit Lehrmethoden und Lehrinhalte pädagogisch so vermittelt werden, wenn erst nach erfolgter Lehrerausbildung und nach abgelegtem staatlichen Examen eine Einwirkung im Organisationsbereich einer Schule in freier Trägerschaft vorgenommen werden kann? Nimmt man die Aussage des Bundesverfassungsgerichts ernst, so spricht viel dafür, dass entweder die Ausbildung von Lehrerinnen und Lehrern für die Privatinitiative in einer sinnvollen Art ebenfalls dual geöffnet werden muss oder aber sichergestellt wird, dass im pädagogischen Studium eine entsprechende Repräsentanz wichtiger privater Schulträger gewährleistet ist.

---

<sup>26</sup> BVerfGE 75, 40 (62); vgl. auch BVerfGE 112, 74 (83).

b) Staatliche Schutz- und Förderpflicht

Im Fall von Art. 7 Abs. 4 GG handelt es sich demnach nicht einfach nur um eine institutionelle Gewährleistung als Schutz vor solchen staatlichen Eingriffen, die es ersichtlich und unmittelbar unmöglich machen würden, Privatschulen zu betreiben, sondern zugleich um den Verfassungsauftrag zur aktiven Gestaltung und Förderung eines dualen Schulsystems. So wird aus der institutionellen Garantie eine Förderpflicht abgeleitet, die darin besteht, dass der Staat nicht lediglich Ersatzschulen<sup>27</sup> bei Bestehen der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zulassen muss, sondern er ihnen zur Sicherung des Instituts Privatschule auch finanzielle und weitere Unterstützung zukommen lassen muss. Allerdings löst die verfassungsrechtliche Förderpflicht erst dann eine vom Landesgesetzgeber wahrzunehmende<sup>28</sup> staatliche Handlungspflicht aus, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens insgesamt evident gefährdet wäre,<sup>29</sup> zudem bleiben die konkreten Maßstäbe der Förderpflicht häufig allgemein.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Zum Begriff der Ersatzschule siehe BVerfGE 27, 195 (201f.); Weiß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2010, S. 12; Avenarius, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, 2012, S. 21ff.; Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 2006, S. 252ff.

<sup>28</sup> Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 79.

<sup>29</sup> BVerfGE 75, 40 (90, 107); BVerfGE 112, 74 (84).

<sup>30</sup> Heinig/Vogel, LKV 2012, 337 (339ff., 342); Kümper, DÖV 2015, 864 (864); Boysen spricht davon, dass der Gesetzgeber einen „geeigneten Rechts- und Wirkungsrahmen“ bereitzustellen habe, in: von Münch/Kunig, Kommentar GG, Band 1, Art. 7, Rn. 88.

Aufgrund der Tatsache, dass Privatschulen in den seltensten Fällen – und gerade wegen des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots – fähig sind, sich selbst zu finanzieren,<sup>31</sup> wird heute einhellig eine aus der staatlichen Förderpflicht folgende Handlungspflicht des Staates angenommen, die in allen Bundesländern durch die Gewährung finanzieller Mittel erfüllt wird. Insofern besteht neben den abwehrrechtlichen Gehalten des Art. 7 Abs. 4 GG ein gleichrangiger leistungsrechtlicher Grundrechtsgehalt.<sup>32</sup> Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts ist dies erforderlich, damit Art. 7 Abs. 4 GG nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmert.<sup>33</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich eine staatliche Schutzpflicht private Ersatzschulen betreffend Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG entnommen und dabei den Freiheitsgehalt und die Privatinitiative, die mit dem pluralen Schulangebot besonders gefördert werden soll, hervorgehoben.

---

<sup>31</sup> Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 2006, S. 298; Eisinger/Randoll/Warndorf, in: Handbuch Bildungsfinanzierung, 2010, S. 253; Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 49.

<sup>32</sup> So Wegracht, RdJB 2015, 233 (238) unter Verweis auf BVerfGE 75, 40 (61ff.).

<sup>33</sup> BVerfGE 75, 40 (65).

„Die staatliche Schutzpflicht privater Ersatzschulen findet ihre Rechtfertigung jedenfalls 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 Satz 1 GG gerade auch der Privatinitiative überlassenen allgemeinen (öffentlichen) Bildungsaufgaben.“<sup>34</sup>

Damit ist einerseits gesagt, dass eine 100-prozentige Finanzierung von Privatschulen und eine völlige Gleichstellung mit dem staatlichen Schulsektor schwerlich der Idee der Pluralität und der Förderung von Privatinitiative entsprechen kann, selbst wenn man berücksichtigt, dass freie Schulen den Staat auch durch eigene finanzielle Leistungen der privaten Schulträger von der Wahrnehmung ansonsten einer allein beim Staat ressortierenden Aufgabe entlasten. Aber andererseits geht es nicht allein um Förderung durch den Träger der Schulaufsicht, der wie ein neutraler Schiedsrichter agiert. Es geht auch darum zu erkennen, dass der Staat – ungeachtet des Umstandes, dass er auf Landesebene als unmittelbare Staatsverwaltung und kommunale Selbstverwaltung in verschiedenen Rechtspersönlichkeiten auftritt – strukturell janusköpfig ist, weil er Aufsicht über die Privatschulen ausübt und zugleich selbst Schulträger ist, der eigene pädagogische Vorstellungen und Ziele verfolgt sowie eigenes Ressourcenmanagement betreibt und dabei notwendig in Konkurrenz zu einem grundrechtlich geschützten Freiheitsraum tritt, den er beaufsichtigen soll.

---

<sup>34</sup> BVerfGE 75, 40 (66).

„Der Staat muss den schulischen Pluralismus auch gegen sich selbst in der Weise garantieren, dass er auf eigenen Akten beruhende Beeinträchtigungen dieses Pluralismus durch staatliche Förderung in ihrer Wirkung neutralisiert.“<sup>35</sup>

c) Kompensationspflicht

Daraus folgert das Gericht, das bei einer fortlaufenden Verschärfung der Gleichwertigkeitsanforderungen (etwa durch Hebung des Standards schulischer Einrichtungen oder durch die stete Verbesserung der Lehrerbesoldung), denen sich die privaten Ersatzschulen anpassen müssen, zu keiner Benachteiligung führen dürfen und gegebenenfalls zu *kompensieren* sind.<sup>36</sup> Mit anderen Worten: die Kompetenz der Länder zu eigener Schulpolitik und zu eigenen Personal- und Organisationsentscheidungen ist das eine und die grundrechtsschonende Aufsicht über private Schulen ist das andere. Beide Kompetenzen sind verfassungsrechtlich unterschiedlich geprägt. Bei der Aufsicht über freie Schulen ist der Staat zur Grundrechtsbeachtung und Freiheitsschonung verpflichtet, er muss die Balance wahren und eine praktische Konkordanz (Konrad Hesse) gegebenenfalls eben mit Ausgleichs- oder Fördermaßnahmen suchen. Insofern ist eine staatliche Infrastrukturverantwortung für

---

<sup>35</sup> BVerfGE 75, 40 (66).

<sup>36</sup> BVerfGE 75, 40 (66).

die Möglichkeit freier Schulen, geeignetes, qualifiziertes Lehrpersonal zu finden, aus Art. 7 Abs. 4 GG abzuleiten. Die Kompensationspflicht markiert die Infrastrukturverantwortung zur Erhaltung der privaten Initiative auf dem insgesamt unter staatlicher Aufsicht stehenden staatlichen und privaten Schulsektor.

Das bedeutet, dass nicht nur die finanzielle Ausstattung der Privatschulen ein Teil der staatlichen Schutzpflicht ist, sondern mehr noch die personellen und fachlichen Rahmenbedingungen, die erforderlich sind, damit die Privatinitiative sich genau dort verwirklichen kann, wo es in einer Schule nun einmal darauf ankommt, nämlich in einem qualifizierten Unterricht durch motivierte und kompetente Lehrkräfte.

d) Kompensationspflicht bei asymmetrischem Wettbewerb um Lehrkräfte

Im Wettbewerb um geeignete, qualifizierte Lehrkräfte zwischen Schulen in staatlicher und privater Trägerschaft herrscht eine Asymmetrie, die im Wesentlichen auf zwei strukturelle Gründe zurückzuführen ist. Zum einen ist der Staat als solcher (also ungeachtet seiner Binnengliederung) in einer konfliktträchtigen Doppelrolle, weil er als Träger staatlicher Schulen für eine der Säulen der dualen Schulversorgung steht, aber zugleich Aufsichtsinstanz und politischer Richtungsgeber ist, und zwar für das gesamte öffentliche Schulwesen, also sowohl für Schulen in staatlicher wie privater Trägerschaft. Zum anderen beherrscht der Staat in der Kompetenz der

Länder die Lehramtsausbildung, die als Universitätsstudium, mit dem Vorbereitungsdienst (Referendariat) und mit den Abschlüssen des 1. und 2. Staatsexamens praktisch staatlich monopolisiert ist. Beide Ursachen wirken zusammen, wenn man sich vor Augen führt, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 2, 1. Halbsatz GG mit dem Nachweis gleichwertiger Qualifikation die Privatschulen an Standards vor allem hinsichtlich der wissenschaftlichen Ausbildung bindet, die vom Staat festgelegt und auch durch Mittelzuweisungen und Organisationsentscheidungen geprägt werden. Erst nach Abschluss des 2. Staatsexamens können Lehrkräfte sich sowohl an staatlichen als auch an privaten Schulen bewerben, wobei die privaten Schulen keine Dienstherreneigenschaft besitzen, verbeamtete Lehrer ihnen also lediglich zugewiesen werden können.

Verschärft wird die Asymmetrie dann, wenn in der Konkurrenz auf dem Arbeitsmarkt die Länder gezielt Verbeamtung und Besoldungsanreize einsetzen, um gegenüber Schulen in freier Trägerschaft Vorteile zu erlangen. Gerade unter jungen Lehramtskandidaten erlebt das Beamtenverhältnis eine Renaissance, Gründe der sozialen Sicherheit, des gesellschaftlichen Ansehens und vor allem die Vereinbarkeit von Beruf und Familie mögen hier eine Rolle spielen. Inzwischen winken die staatlichen Dienstherren im Wettbewerb um Lehrkräfte offen mit der Verbeamtung, führen sie in Ländern ein, die vor einiger Zeit politisch eine ganz andere Richtung eingeschlagen hatten.

Dass dies keine Spekulation ist, sondern handfeste Wirklichkeit belegt ein Kabinettsentscheid des Freistaates

Sachsen im März 2018, über den der mitteldeutsche Rundfunk (MDR) wie folgt berichtet:

„Ab 1.1.2019 können alle Lehrer bis 42 Jahre und Referendare als Berufseinsteiger **verbeamtet** werden. Momentan sind von den 33.000 Lehrern in Sachsen 6.000 Lehrer unter 42 Jahren alt. Für sie gelte der Stichtag. "Es gibt keine Übergangsfristen", erklärte Kultusminister Christian Piwarz. Das **Verbeamtungsalter** werde ab 2019 für den gesamten öffentlichen Dienst in Sachsen auf 42 Jahre herabgesenkt. Bislang galt für andere Berufsgruppen bei Polizei, Verwaltung und an Hochschulen die Altersgrenze für Verbeamtung von 47 Jahren. (...)

Lehrer sollen **höhergruppiert** werden in die Entgeltstufe E 13. Das gilt auch für **Grundschullehrer**, die nach den Worten von Wissenschaftsministerin Eva-Maria Stange "in den letzten Jahren ein bisschen übersehen" worden sind. Es soll 20 Prozent Beförderungsstellen für nicht verbeamtete grundständig ausgebildete Lehrkräfte an den weiterführenden Schulen geben. Das heißt, Lehrer können unter bestimmten Voraussetzungen in die Entgeltstufe E 14 aufsteigen. (...)

Künftig soll es **Leistungsprämien** für Lehrer geben. Dafür steht ein Budget von neun Millionen Euro pro Jahr bereit. Über die Prämie entscheiden der Schulleiter und die Personalkonferenz. (...)

Referendare werden auch verbeamtet. Sie sollen eine **Einstiegsgarantie** bekommen, wenn sie an Grund- und Förderschulen oder Oberschulen arbeiten. Diese Garantie gibt es nicht für die Schulart Gymnasium.“<sup>37</sup>

Sachsen-Anhalt - ein anderes Beispiel - hat in einer Pressemitteilung vom 26. April 2018 ebenfalls ein ganzes Bündel von Maßnahmen angekündigt, die die Attraktivität der Ausübung des Lehrerberufs an öffentlichen Schulen steigern, etwa durch die Zahlung finanzieller Zulagen, zur Auflockerung von Fächerkombinationen, Erleichterung der Verbeamtung und der Einstellung von Seiteneinsteigern, wobei alle Möglichkeiten der Öffnung und Flexibilisierung ausgeschöpft werden sollen.<sup>38</sup> Die Kandidaten sollen im Voraus bis zu zwei Erfahrungsstufen zusätzlich bekommen, wodurch Berufsanfänger an einer Förderschule mit einem Gehalt von 3.600 € einsteigen können, das zusätzliche 600 € ausmachen könne. Alle sollen – so wird angekündigt – möglichst verbeamtet werden.<sup>39</sup>

Gerade der durch solche Beispiele sehr plastisch belegte, sich aktuell erheblich verschärfende asymmetrische

---

<sup>37</sup> MDR+ vom 9.3.2018, das gesamte Regierungsprogramm siehe unter <https://www.bildung.sachsen.de/blog/index.php/2018/03/09/handlungsprogramm/>.

<sup>38</sup> Bildungsministerium Sachsen-Anhalt - Pressemitteilung Nummer 018/2018 (27.4.2018).

<sup>39</sup> Jan Schumann, Lockprämie für Lehrer, MZ vom 27.4.2018.

Wettbewerb um Lehrkräfte macht ein verfassungsdogmatisch gleichsam schärferes Hinsehen nötig, und zwar im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Förder- und Kompensationsgebot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Wenn die Verfassung eine öffentliche Aufgabe Privaten so ersichtlich zur eigenen Verantwortung mit in die Hand gibt wie dies die Privatschulfreiheit tut, so folgt *daraus mehr als ein Minimum an institutioneller Erhaltung* und zwar die *Anerkennung einer kooperativen Partnerschaft*, die einerseits den Staat von eigenen Aufgaben wirkungsvoll entlastet und andererseits gesellschaftliche Selbstgestaltungskräfte für die Erfüllung einer so zentralen öffentlichen Aufgabe wie schulische Bildung und Erziehung anerkennt und zur Entfaltung bringen will.

Bei der Gründung und dem Betrieb einer Privatschule geht es sowohl um individuelle Freiheitsverwirklichung als auch um allgemeinen Nutzen und den Dienst einer öffentlichen Aufgabenerfüllung, also um eine gemeinwohldienliche Freiheitsentfaltung.

„Die Privatschule wird damit als eine für das Gemeinwesen notwendige Einrichtung anerkannt und als solche mit ihren typusbestimmenden Merkmalen unter den Schutz des Staates gestellt.“<sup>40</sup>

Nach der staatlichen Kompetenzordnung werden die allgemeinen öffentlichen Bildungsaufgaben Privaten zur gleichberechtigten Miterfüllung überlassen. Aus Sicht der

---

<sup>40</sup> BVerfGE 112, 74 (83).

aus Art. 7 Abs. 4 GG berechtigten Grundrechtsträger indes haben die freien Träger einen Anspruch auf selbstbestimmte, eigenverantwortliche Beteiligung an dieser öffentlichen Aufgabe. Die Ausübung der Privatschulfreiheit bedeutet Grundrechtswahrnehmung in einem staatsnahen Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge. Darin liegt dann gerade auch die Erfüllung eines Gemeinschaftsinteresses.<sup>41</sup>

Schenkt man diesem Aspekt hinreichend Beachtung und nimmt die Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts ernst, dass die Privatschulfreiheit den Privatschulen auch eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung sichert,<sup>42</sup> dann muss das staatliche Fördergebot in Zeiten eines womöglich schon bald extrem werdenden Lehrermangels auf die Bereitstellung von qualifizierten Lehrkräften ausgerichtet sein. Zwar mag grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass zum Schutze der Gestaltungsfreiheit<sup>43</sup> von Schulen in freier Trägerschaft die

---

<sup>41</sup> Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (674); Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 57f.; Badura, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 98; Theuersbacher, RdJB 1994, 497 (498); Eisinger/Randoll/Warndorf, in: Handbuch Bildungsfinanzierung, 2010, S. 253; ähnlich auch Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 20 und Kümper, DÖV 2015, 864 (866) unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in BVerwGE 23, 347 (350); BVerwGE 27, 360 (365); Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 2006, S. 298.

<sup>42</sup> BVerfGE 75, 40 (62).

<sup>43</sup> Dazu Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 106 m.w.N.

Art der staatlichen Förderung regelmäßig finanzieller Natur ist.<sup>44</sup> Von diesem Grundsatz ist aber jedenfalls dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Grundrechtsverwirklichung und weitergehend die Wahrnehmung der selbstbestimmten Gestaltung der Schulangelegenheiten nur durch eine Förderung in anderer als finanzieller Weise erfolgen kann.<sup>45</sup> Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist in einem solchen Fall eingeschränkt und der Fördermodus kann nicht nach Belieben der gesetzgebenden Körperschaften bestimmt werden. Insofern kann es zur Wahrung des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG einer passgenauen Förderung bedürfen<sup>46</sup>, wobei „Passgenauigkeit“ nicht nur etwas mit der Wirksamkeit einer Unterstützungsleistung, sondern auch mit größtmöglicher Wahrung des grundrechtlich eröffneten Freiheitsraums zu tun hat.

e) Grundrechtskonforme und freiheitsförderliche Kompensation

---

<sup>44</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 110. Heinig/Vogel arbeiten heraus, dass eine Geldleistung regelmäßig die freiheitsextensivere und weniger paternalistische Förderungsform ist, weil sie die Selbstbestimmung des Grundrechtsträgers effektiviert, LKV 2012, 337 (338); Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 58.

<sup>45</sup> Im Schrifttum herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass die staatliche Förderung nicht zwingend finanzieller Natur sein muss. Siehe Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (674); Jach, DÖV 2002, 969 (973); Vogel, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 1996, S. 114.

<sup>46</sup> Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (675).

Schlägt die Art und der Modus der staatlichen Förderung von einer finanziellen Förderung um in die gegenleistungsfreie Gewährung von Sach- oder Personalleistungen, so ist die Autonomie der Förderungsempfänger zu beachten. Privatschulen zeichnen sich u.a. gerade dadurch aus, dass sie alternative pädagogische Konzepte verfolgen oder besondere religiöse oder weltanschauliche Inhalte vermitteln. Daraus folgt, dass die Wahlfreiheit hinsichtlich der verwendeten Unterrichtsmaterialien, der Lehrmethoden und der lehrenden Pädagogen gewahrt werden muss,<sup>47</sup> damit die verfassungsrechtliche staatliche Förderung ihren Zweck nicht konterkariert. Eine gegenleistungsfreie Gewährung von Personalleistungen kann gerade im Hinblick auf Lehrpersonal nur dann dem staatlichen Förderungsgebot gerecht werden, wenn der Staat das Bestehen eines Lehrermarktes sicherstellt und er die privaten Schulen als gleichberechtigter Marktteilnehmer gerade auch im Wettbewerb um die qualifiziertesten Lehrkräfte neben die öffentlichen Schulen treten lässt.

Das staatliche Fördergebot konkretisiert sich dahingehend, dass nicht einzelne Lehrer an einzelnen Privatschulen „abgestellt“ werden,<sup>48</sup> sondern dahingehend,

---

<sup>47</sup> Kümper, DÖV 2015, 864 (865); Avenarius, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, 2012, S. 93 m.w.N.

<sup>48</sup> Denkbar wäre allenfalls die Beurlaubung eines verbeamteten Lehrers (ohne Fortzahlung der Bezüge) oder die Zuweisung (unter Fortzahlung der Bezüge) desselben zum Lehren an eine Privatschule unter ausdrücklicher Zustimmung des Privatschulträgers, siehe Vogel, in: Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 1996, S. 114; in die gleiche Richtung Leibholz/Rinck, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 280

dass funktionsgerechte und faire Rahmenbedingungen für einen Lehrermarkt geschaffen werden. Dann können die Privatschulen ihr Selbstbestimmungsrecht und ihre Autonomie wahren, indem sie die ihrer Qualifikation nach am besten dem pädagogischen, religiösen und weltanschaulichen Konzept der Privatschule entsprechenden Kandidaten für die Lehre anwerben. Bei der Auswahl des Lehrpersonals müssen sie sicherstellen können, dass der erforderliche Grad an Identifikation mit den alternativen Konzepten besteht, sodass die Eigenverantwortlichkeit der Privatschule auf Basis selbstbestimmter Ziele und Methoden gewährleistet ist. Ein Personaloktroi verbietet sich.<sup>49</sup>

Untermuert wird diese Argumentation auch durch die vom Bundesverfassungsgericht regelmäßig angeführte verfassungsrechtliche Begründung des staatlichen Fördergebotes. Insbesondere wegen des Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 GG ist den Privatschulen eine vollständige Selbstfinanzierung nicht möglich. Diese Tatsache wiederum führt dazu, dass die Privatschulen regelmäßig die Voraussetzungen für eine Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2, 3 GG nicht aus

---

und ausführlich auch Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 1997, S. 200.

<sup>49</sup> Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (675); Jach, DÖV 2002, 969 (973); Weiß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2010, S. 11; Vogel, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 1996, S. 114; Avenarius, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, 2012, S. 93 m.w.N.; Badura, in Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 102 m.w.N.; Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, S. 24ff.

eigener Kraft erfüllen können. Das Bundesverfassungsgericht folgert daraus, dass zur dauerhaften Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen durch die Privatschulen und damit zur Ermöglichung der Grundrechtswahrnehmung eine staatliche Förderung erfolgen muss.<sup>50</sup> Wenn aber nicht finanzielle Mittel der Engpass für eine Erfüllung und dauerhafte Erhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sind, sondern ein Mangel an geeigneten Lehrkräften besteht, dann muss der Staat diesen – eben nicht finanziell gearteten – Engpass beseitigen. Setzt sich der Staat nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nämlich zum Ziel, ein dauerhaftes Erfüllen der Genehmigungsvoraussetzungen zu ermöglichen, dann muss er mit seinen staatlichen Fördermaßnahmen auch dort ansetzen, wo es an der Verwirklichung der Genehmigungsvoraussetzungen hapert.

---

<sup>50</sup> BVerfGE 75, 40 (67); BVerfGE 90, 107 (115); BVerfGE 90, 128 (138); zustimmend Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 55ff., der allerdings in der Konsequenz eine individuelle und nicht nur institutionelle Garantie annehmen will. Brosius-Gersdorf begründet die Förderpflicht hingegen ausschließlich mit dem Bestehen eines Anspruchs der Privatschulen gegen den Staat auf Aufwendungsersatz, R&B 2016, 2 (9f.). Private übernahmen eine öffentliche Aufgabe und entlasteten dadurch den Staat. Gerade die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben unterscheidet die Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG von der Wahrnehmung anderer Freiheitsgrundrechte. Aus der öffentlichen Zweckdienlichkeit der Gründung und des Betriebes einer Privatschule resultiert dann gerade auch die Leistungsdimension des Grundrechts in Form der staatlichen Förderpflicht. In die gleiche Richtung Uhle, in: Beck OK GG, Art. 7, Rn. 79. Das BVerfG hat offengelassen, ob die Förderpflicht sich auch mit einer Entlastung der Staatsschule begründen lässt, BVerfGE 75, 40; a. A. ausdrücklich Richter, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 134f.

f) Gestaltungsspielraum und Handlungsmöglichkeiten

Auch wenn dem Grunde nach eine die Länder treffende Kompensationspflicht im Hinblick auf die asymmetrischen Wettbewerbsbedingungen bei der Gewinnung von Lehrkräften in bestehenden oder sich abzeichnenden Mangellagen besteht, so verbleibt dem Landesgesetzgeber und der exekutiven Schulaufsicht ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum, der mit verschiedenen Maßnahmen ausgefüllt werden darf, ohne dass ein grundrechtlicher Anspruch auf eine ganz bestimmte Maßnahme begründet werden kann. Verfassungsrechtlich unzulässig wäre aber, die Schulen in freier Trägerschaft sehenden Auges in eine sich verschärfende Mangellage gehen zu lassen, ohne hinreichend wirksame Maßnahmen zu ergreifen.

Konkret bieten sich im sich abzeichnenden Fall des Lehrermangels mehrere Ansatzpunkte, um der staatlichen Infrastrukturverantwortung gerecht zu werden. Während etwa die Erhöhung der Lehramtsstudienplätze sowie der Ausbau der Möglichkeiten eines sog. Seiteneinstiegs in den Schuldienst für bislang nicht pädagogisch ausgebildete Berufstätige<sup>51</sup> langfristig Wirkung entfalten werden, kann der Hinweis auf eine zukünftige Tätigkeit an einer Privatschule gegenüber Lehramtsreferendarinnen und -referendaren oder auch die Übung in Zurückhaltung bei der Abwerbung von qualifizierten

---

<sup>51</sup> Dazu Filmer, RdJB 2015, 116 (122f.).

Kandidaten für Lehrtätigkeiten an öffentlichen Schulen<sup>52</sup> kurzfristig wirken. Gerade letztere Forderungen an den Staat zu stellen, ist trotz der Verpflichtung des Staates zur Bestenauslese bei der Lehrereinstellung (Art. 33 Abs. 2 GG) nicht verfassungsrechtlich bedenklich, sondern wie gezeigt, verfassungsrechtlich geboten. Auch sollten die Landesgesetzgeber die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Dienstzeiten von Lehrkräften an Ersatzschulen bei der Übernahme in den öffentlichen Dienst angerechnet werden.<sup>53</sup> Dies kann den strukturellen Wettbewerbsvorteil des Staates abschwächen, Lehrkräften die Sicherheit eines Beamtenverhältnisses in Aussicht stellen zu können und die Offenheit von Lehramtsabsolventen stärken, ihre Lehrtätigkeit zunächst und zumindest für einige Jahre an einer Privatschule aufzunehmen.

Flexibilisierung des öffentlichen Dienstrechts etwa bei der Arbeitszeit von Teilzeitlehrkräften, die sich damit regelmäßig nur bei einer Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf einverstanden erklären werden oder auch die zeitweise Unterrichtserteilung durch pensionierte Lehrkräfte sowie der wohlwollende Umgang mit der Gleichwertigkeitsprüfung bei der Entscheidung über die wissenschaftliche Ausbildung kann dem Grunde nach

---

<sup>52</sup> Dazu Bezirksregierung Düsseldorf, Informationen zu Inhalt und Grenzen der staatlichen Schulaufsicht über private Ersatzschulen, 2015, S. 21, abrufbar unter [https://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen\\_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf](https://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf).

<sup>53</sup> Hierzu Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 1997, S. 196, 199.

gefordert sein – allerdings im Rahmen des üblichen politischen Gestaltungsspielraums.

g) Möglichkeitsvorbehalt und Verfassungsentscheidung für ein plurales Schulsystem

Der Verweis auf den sog. „Möglichkeitsvorbehalt“, der berücksichtigt, dass öffentliche Mittel auch für andere wichtige Belange zur Verfügung stehen müssen,<sup>54</sup> gilt nur insoweit, als die anderen wichtigen Belange den der Privatschulförderung überlagern. So folgt die Förderpflicht nämlich aus dem normativen Gehalt des Grundrechtes selbst, was wiederum bedeutet, dass alle weniger wichtigen, d.h. nicht in gleicher Weise grundrechtsgebundenen Belange zurückstehen müssen.<sup>55</sup> Und schließlich führt ein pflichtgemäßes Wahrnehmen des Fördergebots durch die Bereitstellung von Lehrkräften auch nicht zu einer Freistellung der Privatschulen von dem unternehmerischen Risiko.<sup>56</sup> Die Bereitstellung von Lehrkräften durch den Staat ist der Übernahme eines unternehmerischen Risikos nämlich vorgelagert. Der enorme Lehrermangel hat eine Situation verursacht, in

---

<sup>54</sup> Dazu Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (674); BVerfGE 75, 40 (68).

<sup>55</sup> Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 23, 39; kritisch zum „Vorbehalt des Möglichen“ auch Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 78f.

<sup>56</sup> Dazu Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 40, 43; Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 84.

der die Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 GG und damit zugleich auch die Übernahme eines unternehmerischen Risikos von staatlicher Hilfe abhängt. Aus dem Grundrecht der Privatschulfreiheit folgt im Hinblick auf die staatliche Infrastrukturverantwortung für die wissenschaftliche Ausbildung von Lehrkräften, dass die Bedarfsplanung der Länder die Bedarfe von Schulen in freier Trägerschaft hinreichend berücksichtigt und auch entsprechende Bedarfszuwächse bei der Zahl der Studienplätze einkalkuliert werden.

Wichtig ist, die Verfassungsentscheidung der Privatschulfreiheit nicht als eine Residualfreiheit zur Schließung von Lücken in der öffentlichen Schulversorgung misszuverstehen, oder als die Eröffnung eines Verdrängungswettbewerbs zwischen Schulen in öffentlicher und privater Trägerschaft. Es geht um die koordinierte Mobilisierung staatlicher und gesellschaftlicher Kräfte, es geht um Kooperation und faires Zusammenwirken bei bestehender funktioneller Unterscheidbarkeit. Um dem verbreiteten Verständnis eines unkoordinierten Konkurrenzverhältnisses zwischen Schulen in staatlicher und Schulen in privater Trägerschaft entgegenzutreten, kann auch ein vergleichsweises Betrachten des Zusammenwirkens von kirchlichen Trägern und staatlichen Stellen im Sozialbereich helfen. Zieht man das Beispiel des Betriebs einer Kindertagesstätte heran, so wird selbst eine Vollfinanzierung durch die öffentliche Hand noch als Vorteil für den Steuerzahler wahrgenommen, weil der private Träger regelmäßig effektiver mit den Mitteln umgeht und mehr intermediäre Tiefe in die Gesellschaft hinein verspricht. Insofern spricht viel dafür, dass der reine Fördergedanke als Minimalgarantie zu restriktiv angelegt

ist und die Komplementärfunktion der freien Schulen für die Erfüllung einer elementaren öffentlichen Aufgabe nicht hinreichend gewichtet wird.

Der verfassungsrechtlich vorgegebene schulische Pluralismus<sup>57</sup> wird gegenwärtig hier und da, vor allem in der Praxis im Sinne eines von der Verfassung vorgegebenen Konkurrenzverhältnisses interpretiert, welches dann der Staat zugunsten staatlicher Schulen zu verschieben versucht.<sup>58</sup> Richtig wäre es indes anzuerkennen, dass der beide Säulen der Leistungserbringung überspannende öffentliche Bildungs- und Erziehungsauftrag – immer auf hochwertige Bildung und Erziehung bedacht – gerade durch die wohlwollende Sicherung und Förderung des schulischen Pluralismus am besten und komplementär wahrgenommen werden kann.<sup>59</sup> Ganz im Sinne einer lebendigen und leistungsfähigen Volkswirtschaft können Bildungsinstitutionen zum einen in privater und zum anderen in öffentlicher Trägerschaft auf Augenhöhe in ei-

---

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 34, 165 (197); BVerfGE 75, 40 (62); BVerfGE 90, 107 (114); Kümper, DÖV 2015, 864 (866).

<sup>58</sup> In diese Richtung auch Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 46f.

<sup>59</sup> Insofern sei nur am Rande darauf hingewiesen, dass es dem Staat unbenommen ist, über die verfassungsrechtliche Leistungspflicht hinaus weitere Förderungen an Privatschulen zu gewähren, siehe Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (355) und Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 21.

nem gesunden, d.h. konstruktiven Wettbewerb eine stetige Qualitätsverbesserung erreichen,<sup>60</sup> die jedem einzelnen Schüler zugute kommen wird. Unsere Verfassung sieht das Prinzip der Schulvielfalt<sup>61</sup> vor und damit ein Bildungssystem, welches gerade auch zur Wahrung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 12 Abs. 1 GG jedem Schüler die Schullaufbahn eröffnen muss, die für seine Persönlichkeitsentfaltung optimal geeignet ist.<sup>62</sup> Zur Gewährleistung dessen sind insbesondere solche Privatschulen unverzichtbar, die alternative pädagogische, religiöse oder weltanschauliche Konzepte verfolgen.<sup>63</sup> Sie sollen als eine den staatlichen Schulen gleichwertige Einrichtung bestehen.<sup>64</sup> Alternativität

---

<sup>60</sup> Bildungsökonomische Studien belegen, dass ein ganz zentraler Ansatzpunkt für die Verbesserung der Bildungsleistungen darin besteht, Wettbewerb zwischen den Schulen durch Wahlfreiheit und freie Trägerschaft zuzulassen, Wößmann, in: Privatschulen versus staatliche Schulen, 2013, S. 259, 262, 275; in die gleiche Richtung Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 2006, S. 298; Robbers, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 165 und Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (366).

<sup>61</sup> BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 34, 165 (197); BVerfGE 75, 40 (62).

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 75, 40 (62); Robbers, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 165; in Bezug auf das Elternrecht Eisinger/Randoll/Warndorf, in: Handbuch Bildungsfinanzierung, 2010, S. 249, 253; in der Folge wird auch die Chancengleichheit gefördert, Jach, DÖV 2011, 969 (969).

<sup>63</sup> In diese Richtung auch Vogel, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 30, 45; Thiel, in: Sachs, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 61.

<sup>64</sup> Jach, DÖV 2002, 969 (976).

sollte nicht als Konkurrenz falsch verstanden werden. Einen Kontrollverlust hat der Staat wegen der Befugnis zur Schulaufsicht gem. Art. 7 Abs. 1 GG nicht zu befürchten.<sup>65</sup> Staatsfreiheit schlechthin ordnet die Verfassung für Privatschulen gerade nicht an.<sup>66</sup>

#### h) Zwischenergebnis

Im Ergebnis besteht demnach eine staatliche Pflicht zur Bereitstellung von Lehrkräften aus der leistungsrechtlichen Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG. Es geht im Blick auf Schulen in freier Trägerschaft um eine grundrechtlich hervorgerufene Infrastrukturverantwortung für die tatsächliche Möglichkeit, in privater Initiative unter vernünftigen wirtschaftlichen Bedingungen einen qualitätsvollen Unterricht anzubieten.<sup>67</sup> Ändern sich die

---

<sup>65</sup> Die staatliche Aufsicht tritt neben die Aufsicht durch den jeweiligen Schulträger. Die staatliche Aufsicht beschränkt sich im Wesentlichen auf eine Rechtsaufsicht und richtet sich primär auf den Fortbestand der für die Ersatzschulgenehmigung erforderlichen Voraussetzungen, vgl. Thiel, in: Sachs, Kommentar GG, Art. 7, Fußnote 247.

<sup>66</sup> BVerfGE 27, 195 (201).

<sup>67</sup> Die Bereitstellung von Lehrkräften ist für die Grundrechtswahrung wesentlich. Insofern greift der Parlamentsvorbehalt, den Landesgesetzgebern obliegt die normative Ausgestaltung. Dazu Schwabenbauer, DÖV 2011, 672 (674); Badura, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 134. Der der Handlungspflicht des Staates korrespondierende Anspruch des Ersatzschulträgers besteht also nicht verfassungsunmittelbar, sondern bedarf der einfachgesetzlichen Ausgestaltung, BVerfGE 90, 107 (117); BVerfGE 112, 74 (84). Selbst wenn durch eine Förderung der Privatschulen durch die in der skizzierten Art und Weise erfolgende Bereitstellung von Lehrkräften

gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen zulasten der Möglichkeiten zur offiziellen Personalgewinnung der Schulen in freier Trägerschaft, so entsteht eine Kompensationspflicht des insoweit grundrechtlich in die Pflicht genommen Staates, also nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes der Länder.

#### 4. Die gleichheitsrechtliche Direktive des Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

##### a) Privatschulfreiheit und Gleichheitsbindung

Aus der Dualität der Staatsaufgabe „Erziehung und Bildung“ in staatlicher und privater Hand ergibt sich aus Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zudem eine *gleichheitsrechtliche* Direktive.<sup>68</sup> Das Bundesverfas-

---

eine Zunahme privater Schulen und ein Rückgang öffentlicher Schulen zu verzeichnen wäre, wäre dies kein verfassungsrechtliches Problem. Es besteht außerhalb des Volksschulbereiches kein „Vorrang der öffentlichen gegenüber der privaten Schule, Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 109; dies., RdJB 2017, 351 (353); Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 58; Wißmann, in: Bonner Kommentar GG, Art. 7, Rn. 189; a.A. Boysen, in: von Münch/Kunig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 91.

<sup>68</sup> So auch Jach, DÖV 2011, 969 (969); ders. DÖV 1990, 506 (506f.); Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 56, 65; auch schon BVerfGE 27, 195 (201).

sungsgericht hat aus der dualen Struktur des Schulangebots ein Benachteiligungsverbot freier Schulen gefolgert:

„Sollen solche Maßnahmen nicht indirekt zu einer durch Art. 7 Abs. 4 GG verbotenen Benachteiligung der Ersatzschulen führen, so muss der Staat sicherstellen, dass die Verwirklichung seiner Bildungs- und sozialpolitischen Ziele nicht auf Kosten der Lebensfähigkeit des privaten Ersatzschulwesens geht.“<sup>69</sup>

Dieser aus der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für das duale Schulsystem folgende Gesichtspunkt gilt umso schärfer, als der Staat selbst in seinen Untergliederungen (vor allem der kommunalen Selbstverwaltung) Schulträger ist, mit eigenen Bestands- und Entwicklungsinteressen, aber auch der Gestaltungsverantwortliche für politische Richtungsentscheidungen und strukturelle Ausgestaltungen der Schullandschaft. Ein Staat, der schulpolitisch ehrgeizige Ziele formuliert oder überraschend oder auch durch eigene Schuld plötzlich vor Mangellagen steht, wird durch das Benachteiligungsverbot auch und in besonderer Weise gebunden.

Die Länder müssen sich insofern die Frage stellen lassen, welche Maßnahmen im Rahmen ihrer Infrastrukturverantwortung ergriffen werden, um gerade auch einer sich abzeichnenden Benachteiligung der Schulen in privater Trägerschaft wirksam entgegenzuwirken. Unbestritten

---

<sup>69</sup> BVerfGE 75, 40 (66).

ist die Vorgabe des Gleichheitssatzes deshalb nicht nur dahingehend, dass im Rahmen der staatlichen Förderung die förderungsberechtigten Privatschulen gleich zu behandeln sind.<sup>70</sup> Differenziert werden darf lediglich nach den Kosten der einzelnen Schularten.<sup>71</sup> Darüber hinaus folgt aus dem Benachteiligungsverbot und der Kompensationspflicht für bildungspolitische Maßnahmen (aber eben auch für bildungspolitische Fehler, die zulasten der freien Schulen gehen), eine besondere Handlungspflicht, die auf Ausgleich entstehender Ungleichgewichte gerichtet ist.

b) Benachteiligungsverbot und gleichheitsgerechte Schulaufsicht

Von Interesse ist im Hinblick auf die hier untersuchte Fragestellung, welche konkreten Vorgaben sich aus dem Gleichheitssatz in Bezug auf die Behandlung von Privatschulen im Vergleich zu öffentlichen Schulen ergeben.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> BVerfGE 75, 40 (40, 69ff.); BVerfGE 90, 107 (126); BVerwG, Beschl. v. 04.11.2016, 6 B 27/16, Rn. 12; Vogel, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 1996, S. 105; Wißmann, in: Bonner Kommentar GG, Art. 7, Rn. 232.

<sup>71</sup> BVerfGE 75, 40 (71).

<sup>72</sup> Lediglich in Bezug auf eine Verpflichtung des Staates zur finanziellen Gleichbehandlung der privaten Schulen mit öffentlichen Schulen werden diese von Avenarius diskutiert, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, S. 57. Avenarius kommt zu dem Ergebnis, dass sich aus dem Grundgesetz kein Gebot der finanziellen Gleichbehandlung privater Schulen mit öffentlichen Schulen ergibt. Er geht sogar weitergehend davon aus, dass eine finanzielle Gleichbehandlung der Ersatzschulen mit den öffentlichen Schulen mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, S. 60. Eine Ausnahme will er nur für solche Ersatzschulen machen, bei denen der

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht die Unzulässigkeit der Benachteiligung von Privatschulen gegenüber öffentlichen Schulen festgestellt und ist von der Verfassungsentscheidung für einer Gleichwertigkeit der Bildungsangebote ausgegangen.<sup>73</sup> Der Staat darf Gleichwertigkeit in seiner konkreten Aufsichtstätigkeit (Art. 7 Abs. 1 GG) nicht nur als Instrument zur Kontrolle des Leistungsniveaus von Privatschulen verstehen, sondern er muss auch die eigene Rechtsbindung darin erkennen, Privatschulen nicht schlechter zu behandeln, als staatliche Schulen. Dabei ist auch gleichheitsrechtlich von dem durch Art. 7 Abs. 4 GG garantierten Recht der freien Lehrerwahl für Privatschulen auszugehen.

„Grundsätzlich steht den Ersatzschulen auch das Recht der freien Lehrerwahl zu. Jedoch ist dieses Recht durch die Schutzrichtung der Genehmigungsanforderungen, die Schüler vor minderwertigem Unterricht zu bewahren, in erheblichem Maße eingeschränkt.“<sup>74</sup>

Die verfassungsrechtliche der Schulaufsicht überantwortete Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Unterrichts an Schulen in freier Trägerschaft darf kein Einfallstor werden für eine ungerechtfertigte Einschränkung der

---

freie Träger (insb. Kirchen), fast vollständig an die Stelle des Staates tritt.

<sup>73</sup> BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 34, 165 (197); BVerfGE 75, 40 (69); BVerfGE 90, 107 (114); vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 04.11.2016, 6 B 27/16.

<sup>74</sup> Arletta-Marie Kösling, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, S. 190.

Freiheit der Lehrerwahl. Gleichwertigkeit von öffentlichen und privaten Schulen bedeutet, dass der Bildungs- und Erziehungsauftrag von öffentlichen Schulen und Schulen in freier Trägerschaft mit gleichem Recht verwirklicht wird.<sup>75</sup> Deshalb darf der Staat Privatschulen nicht diskriminieren,<sup>76</sup> vielmehr müssen Privatschulen chancengleich am Markt auftreten können,<sup>77</sup> Nachteile müssen auch hier gegebenenfalls kompensiert werden. Insofern kann und muss die Verpflichtung des Staates, die Zweigliedrigkeit, sprich die Dualität des staatlichen und des freien Schulwesens zu ermöglichen,<sup>78</sup> auch gleichheitsrechtlich kompensatorisch gedacht werden. Von dem Staat kann „systemgerechtes“, d.h. am Freiheitsrecht der Privatschulfreiheit orientiertes Verhalten verlangt werden.<sup>79</sup> Er muss beachten, dass für ein Funktionieren des Systems Privatschule ein faktische Auswahl ermöglichender Lehrermarkt erforderlich ist,

---

<sup>75</sup> Vgl. Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (353f.); Bezirksregierung Düsseldorf, Informationen zu Inhalt und Grenzen der staatlichen Schulaufsicht über private Ersatzschulen, 2015, S. 7, 9, abrufbar unter [https://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen\\_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf](https://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf).

<sup>76</sup> BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 34, 165 (197f.); BVerfGE 88, 40 (46f.); BVerfGE 90, 107 (114).

<sup>77</sup> Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 65.

<sup>78</sup> Vgl. Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 1997, S. 17; Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 57 unter Heranziehung der Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>79</sup> Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in privater Trägerschaft?, 2006, S. 75.

auf dem gleichberechtigter, chancengleicher Wettbewerb sich entfalten kann.

c) Ausgleichspflichtige Ungleichbehandlungen

Allerdings häufen sich entgegen dieser verfassungsrechtlichen Erwartung und Anforderung im Wettbewerb um Lehrkräfte die Belege für eine Ungleichbehandlung. Die Gefahr einer inzwischen ausgleichspflichtigen Ungleichbehandlung lässt sich vorwiegend in zwei Konstellationen erkennen.

- Zum einen geht es um die Frage der wissenschaftlichen und pädagogischen Qualifikation von sog. „Quereinsteigern“. Im staatlichen Schulbereich ist eine verbreitete Absenkung der Qualifikationsanforderungen, wenn es um die Beurteilung gleichwertiger Abschlüsse ohne pädagogische Ausbildung geht, zu beobachten.<sup>80</sup> Das, was im staatlichen Schulbereich erlaubt und üblich ist, kann aber bei der Aufsicht des Staates über den privaten Bereich zur Ablehnung einer Unterrichtsgenehmigung führen. Es spricht unter Gleichheitsgesichtspunkten viel dafür, dass der Staat dieselben Kriterien für Quereinsteiger bei freien Schulen anlegen muss, wie an öffentlichen Schulen und nicht über die Aufsicht dort etwas versagen darf, was an öffentlichen Schulen zugelassen wird.

---

<sup>80</sup> Dass insoweit aber jedenfalls eine Gleichbehandlung zu verlangen ist, bestätigen Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 2006, S. 258.

- Darüber hinaus führt die Beschränkung der Unterrichtsgenehmigung für Privatschullehrer auf bestimmte Fächer<sup>81</sup> dazu, dass ein fachfremder Unterricht durch einen Privatschullehrer nicht möglich ist. Das ist insbesondere dann problematisch, wenn für bestimmte Fächer keine oder zu wenig Lehrkräfte an der Privatschule tätig sind. Solche Mangelercheinungen werden in öffentlichen Schulen aber regelmäßig durch den fachfremden Einsatz von Lehrkräften aufgefangen, diese Ausnahmereaktion muss auch Privatschulträgern gestattet werden.<sup>82</sup>
- Auch die Attraktivität des Beamtenverhältnisses kann allein durch Gestaltungsmöglichkeiten der Privatschulen nicht kompensiert werden. Zwar sehen Länder wie Nordrhein-Westfalen vor, das verbeamtete Lehrkräfte öffentlicher Schulen sich unter Wegfall der Dienstbezüge beurlauben lassen können, um an einer Ersatzschule zu unterrichten, aber solche Möglichkeiten sind bei stärkerem Wettbewerb nicht wirksam. Die Möglichkeiten der Ersatzschulen, Lehrkräfte in beamtenähnlichen Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen (etwa mit sogenannten Planstelleninhaberverträgen) ist kostspielig und als Instrument in der Wirkung ungewiss.

---

<sup>81</sup> Vgl. dazu die einzelnen einfachgesetzlichen landesrechtlichen Regelungen, z.B. § 102 SchulG NRW, Art. 94 BayEUG.

<sup>82</sup> So auch Brosius-Gersdorf, RdJB 2017, 351 (366).

Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung und daraus folgend eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung derselben lassen sich wegen der verfassungsrechtlich vorgegebenen Gleichwertigkeit des Privatschulsystems und des öffentlichen Schulsystems nicht finden. Deshalb gebietet auch Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG ein staatlicherseits zurückhaltendes Verhalten im Wettbewerb um die Akquirierung von Lehrkräften. In Zeiten eines bestehenden Lehrermangels verlangt Art. 7 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG also gerade die Herstellung von Chancengleichheit in Bezug auf diese schulische Existenzvoraussetzung.<sup>83</sup>

## 5. Infrastrukturverantwortung und demokratische Gestaltungsfreiheit

Verfassungsrechtlich ist es vorgegeben, das Bildungswesen ist eine öffentliche Aufgabe in doppelter Verantwortung. Die Verantwortungsträger müssen gleichberechtigten Zugriff auf die für den Betrieb einer Schule notwendigen Personalressourcen haben, dazu gehören allen voran geeignete Lehrkräfte. Der sich abzeichnende enorme Lehrermangel hat Anlass dazu gegeben, zu

---

<sup>83</sup> So ausdrücklich auch Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 65; a.A. Boysen, in: von Münch/Kunig, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 91, die davon ausgeht, dass Art. 7 Abs. 4 GG eine Ungleichheit von staatlichen und freien Schulen ausspricht und deshalb eine Anwendung des Gleichheitssatzes im Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 4 GG ausgeschlossen ist.

überprüfen, ob sich aus den Direktiven des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG eine Pflicht des Staates zur Bereitstellung von Lehrkräften herleiten lässt. Das Verfassungsrecht gibt hierauf eine positive Antwort.

Das gefundene Ergebnis rückt eine weitere Fragestellung ins Blickfeld der Diskussion. Angesichts der faktischen Monopolstellung für die Lehrerausbildung obliegt gegenwärtig dem Staat mit Blick auf das Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG eine Infrastrukturverantwortung für die Schaffung der Voraussetzungen schulischer Bildung. Unter den gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen dürfen substantielle Beiträge zur Lehrerausbildung von freien Schulträgern nicht erbracht werden. Das eigenverantwortliche und unabhängige Führen einer Privatschule unter der Verfolgung alternativer Bildungs- und Lehrkonzepte wäre aber bestmöglich durch die Übertragung der Kompetenz zur Ausbildung von Lehrkräften gesichert. Insofern drängt sich eine Neuinterpretation des Schutzbereichs des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG auch im Hinblick auf die abwehrrechtliche Dimension auf. So ist durchaus die Frage berechtigt, ob die Verfassungsentscheidung für die Privatschulfreiheit es nicht nahelegt, in der Lehrerausbildung eine Tätigkeit zu sehen, die vom Schutzbereich miterfasst ist. So gewährleistet die Privatschulgründungsfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 GG im Sinne eines nahezu klassischen individuellen Abwehrrechts, dass der Staat Individuen grundsätzlich nur in den in Art. 7 Abs. 4 GG und anderen Verfassungsnormen genannten

Bedingungen an der Gründung freier Schulen hindern darf.<sup>84</sup>

Angesichts dessen sollte es kein Tabu sein, an eine Reform der Lehrerausbildung zu denken und zwar zumindest derart, dass Privatschulen zur Durchführung des Vorbereitungsdienstes für die Lehrtätigkeit befugt werden.<sup>85</sup> Dies würde Privatschulen in die Situation versetzen, weitgehend aus sich selbst heraus bestehen zu können und eine gegenwärtige Situation der Abhängigkeit aufheben. Verfassungsrechtlich ist eine Gleichwertigkeit der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrer an Privatschulen vorgegeben.<sup>86</sup> Da folglich eine gleichartige Ausbildung der Lehrer an öffentlichen Schulen und an privaten Schulen nicht gefordert wird, scheint prima facie nichts gegen eine Lehrerausbildung an und durch Privatschulen zu sprechen. Insbesondere wird aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gerade nicht gefolgert, dass für die Lehrtätigkeit an einer Privatschule der Abschluss der staatlichen Lehrerausbildung vorauszusetzen ist.<sup>87</sup> Den Staat

---

<sup>84</sup> Zur abwehrrechtlichen Dimension des Art. 7 Abs. 4 GG allgemein Hufen, in: Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 54.

<sup>85</sup> So auch Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 1997, S. 187.

<sup>86</sup> BVerfGE 27, 195 (207); BVerfGE 90, 107 (122); BVerfGE 90, 128 (140); BVerwGE 12, 349 (351); BVerwGE 17, 236 (240); BVerwGE 90, 1 (15); Weiß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2010, S. 13.

<sup>87</sup> Weiß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2010, S. 14; Niehues/Rux, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 2006, S. 258; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Kommentar GG, Art. 7, Rn. 123; Wißmann, in: Bonner Kommentar GG, Art. 7, Rn. 250.

aus der alleinigen Verantwortung für den Vorbereitungsdienst für die Lehrerausbildung zu entlassen hieße zwar eine Durchbrechung des staatlichen Ausbildungsmonopols, doch kann eine ausdifferenzierte Normierung des Ausbildungsverlaufs und der Ausbildungsinhalte sowie eine staatliche Aufsicht hinreichenden staatlichen Einfluss und Kontrollmöglichkeiten sichern.

Entsprechende Konsequenzen wären auch für das vorgelagerte Universitätsstudium zu ziehen. Die staatliche Infrastrukturverantwortung für die Ausbildung und Verfügbarmachung von qualifizierten Lehrkräften für das gesamte öffentlich und privat getragene Schulangebot erfordert eine stärkere Beteiligung der freien Schulträger unter Achtung der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit der Universitäten entweder in Form von Kooperationen oder auch Inkorporationen, gegebenenfalls auch durch die öffentliche Unterstützung privat getragener pädagogischer Studienzweige oder privater Hochschuleinrichtungen.

## 6. Zusammenfassung in Thesen

1. Das Grundgesetz verfasst das öffentliche Schulangebot sowohl in staatlicher wie in privater Hand. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag ist mediatisiert durch ein duales Trägersystem öffentlicher und privater Provenienz.
2. Dem Staat obliegt aus der leistungsrechtlichen Dimension des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG die Infrastrukturverantwortung zur Bereitstellung von Lehrerkraften, damit unter vernünftigen wirtschaftlichen Bedingungen in beiden Säulen des öffentlichen Schulsystems ein qualitativvoller Unterricht angeboten werden kann.
3. Ändern sich die gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen zulasten der Möglichkeiten zur offiziellen Personalgewinnung der Schulen in freier Trägerschaft, so entsteht eine Kompensationspflicht für die zuständigen Länder. Diese Kompensationspflicht verstärkt sich, wenn die Länder zur Gewinnung von Lehrkräften für den öffentlichen Schulbereich Anreize verstärken, die in entsprechendem Umfang den Schulen in privater Trägerschaft nicht zur Verfügung stehen.
4. Der Staat darf unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten Privatschulen nicht diskriminieren. Privatschulen müssen chancengleich am Markt auftreten können, strukturelle Nachteile im Wettbewerb um qualifizierte Lehrkräfte müssen kompensiert werden.

5. Die verfassungsrechtliche der Schulaufsicht überantwortete Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Unterrichts an Schulen in freier Trägerschaft darf kein Einfallstor werden für eine ungerechtfertigte Einschränkung der Freiheit der Lehrerwahl.

6. Die Infrastrukturverantwortung der Länder für die Möglichkeit von Schulen in freier Trägerschaft, geeignete Lehrkräfte zu gewinnen, wird durch das wissenschaftliche Ausbildungsmonopol verstärkt. Es bedarf insbesondere einer auch die Schulen in freier Trägerschaft hinreichend berücksichtigenden Bedarfsplanung im Hinblick auf Lehramtsstudienplätze.

7. Im Lichte von Art. 7 Abs. 4 GG erscheint es geboten, nicht nur bestehende Wettbewerbsnachteile der Schulen in freier Trägerschaft auszugleichen, sondern ihnen sowohl in der wissenschaftlichen Ausbildung von Lehrkräften als auch in der schulischen Vorbereitungsphase des Referendariats verstärkte Einfluss- und Partizipationsmöglichkeiten einzuräumen.

Bonn, im Juni 2018

Udo Di Fabio