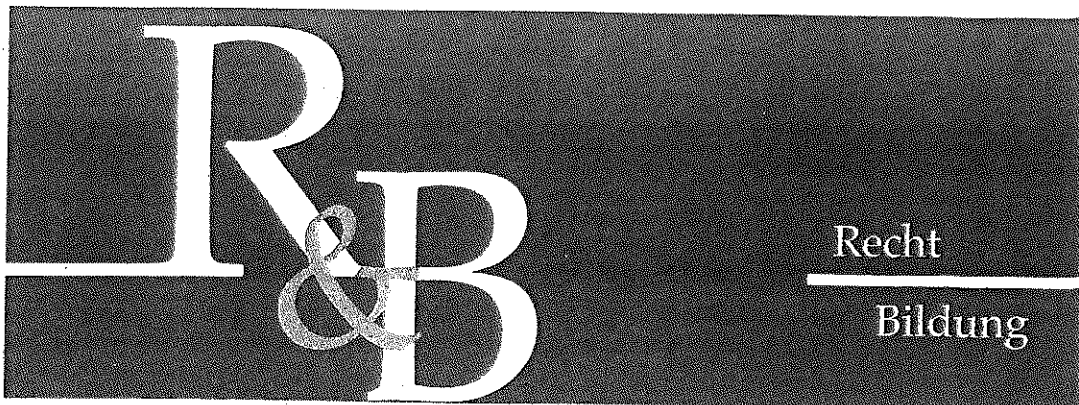


1/20

Informationsschrift
Recht und Bildung
des Instituts
für Bildungsrecht und
Bildungsforschung e.V.
März 2020
Jahrgang 17



Geleitwort..... 2

Beiträge **Werkstatt für behinderte Menschen – Darstellung und rechtliche Gesichtspunkte**
Dipl. Jur. Frederic Stodt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und
Alina Lipinski, Studentische Hilfskraft, Ruhr-Universität Bochum..... 3

**„Sonderungsverbot und Privatschulfinanzierung – reloaded“
– Tagungsbericht zum Workshop am 11.11.2019 –**
Stud. Jur. David Schmidt, Studentische Hilfskraft Ruhr-Universität Bochum 7

**Die Besonderheiten der Ersatzschulfinanzierung in NRW –
Rechtsgrundlagen, Rechtsprechung und Gestaltungsmöglichkeiten für die Ersatzschulen in der Praxis**
Rechtsanwältin Anja Surwehme, Bochum..... 10

V. Diskussion

Im Anschluss an die Vorträge schloss sich jeweils eine Diskussionsrunde an. Es wurden zahlreiche Fragen gestellt und Vorschläge für verfassungskonforme Schulgeldmodelle diskutiert. Die Wiedergabe der einzelnen Fragen und Vorschläge wäre an dieser Stelle zu umfangreich.

Insgesamt, so weitreichender Konsens unter den Teilnehmern des Workshops, standen sich jedoch vor allem Pragmatismus und juristische Klarheit gegenüber. Nahezu alle an der Diskussion Beteiligten ließen den Wunsch nach mehr juristischer Klarheit erkennen. In gleicher Weise wurde jedoch deutlich, dass nicht gewollt ist, dass durch diese zu schaffende juristische Klarheit der praktische Umgang im Zusammenhang dieser Thematik erschwert wird.

Es bleibt abzuwarten, ob die seit einigen Jahren entfachte Diskussion um das Sonderungsverbot und die Finanzierung privater Ersatzschulen weiter andauern wird und eventuell zu einer Reaktion auf Bundesebene, möglicherweise sogar durch das Bundesverfassungsgericht, führen wird.



Die Besonderheiten der Ersatzschulfinanzierung in NRW – Rechtsgrundlagen, Rechtsprechung und Gestaltungsmöglichkeiten für die Ersatzschulen in der Praxis

RECHTSANWÄLTIN ANJA SURWEHME, BOCHUM

Dieser Beitrag soll – neben dem Zweck der Darstellung der Besonderheiten der Ersatzschulfinanzierung in NRW – auch dazu dienen, die von den Ersatzschulen in NRW gewählten Finanzierungsmodelle nachvollziehbar zu machen. In den letzten beiden Jahren und im Grunde nur aufgrund eines einzigen Urteils (VG Münster v. 27.02.2018 – 1 K 2023/16) werden die Schulen in freier Trägerschaft zu Unrecht „verdächtig“, sich bereichert und fahrlässig oder sogar vorsätzlich zu hohe Landeszuschüsse vereinnahmt zu haben. So soll dieser Beitrag verdeutlichen, dass die Rechtslage in NRW die Schulen zu kreativen Finanzierungsgestaltungen zwingt, um den Bestand der Schule zu gewährleisten und die Genehmigungsvoraussetzungen dauerhaft zu erfüllen.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben:

Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, hier die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Ersatzschulfinanzierung ausführlich darzustellen. Daher sollen hier nur kurz die Kernpunkte zusammengefasst werden:

Art. 7 Abs. 4 GG normiert die Gründungsfreiheit der Ersatzschulen. Er lautet:

„Das Recht zur Errichtung einer Privatschule ist gewährleistet.“

In der Rechtsprechung hat sich hierzu längst die Erkenntnis manifestiert, dass die Gründungsfreiheit – um nicht ins Leere zu laufen – auch die Bestandsgarantie für Ersatzschulen beinhaltet und damit einen Finanzierungsanspruch. Auch ist ausgeurteilt, dass sich dieser Finanzierungsanspruch auf

einen Zuschuss begrenzen darf und nicht auf die Vollfinanzierung einer Schule, weswegen sowohl Trägereigenleistungen als auch Wartefristen zulässig sind. Vereinfacht zusammengefasst ist die Institution der Ersatzschule zu gewährleisten.

Als höchstrangiges Recht steht Art. 7 Abs. 4 GG über allen weiteren Regelungen und gibt jenen ihren Inhalt vor. Nur eine Regelung, die – gemessen an Art. 7 Abs. 4 GG – rechtmäßig ist, kann verfassungskonform sein. Art. 7 Abs. 4 GG enthält kein ausdrückliches Wort über die Finanzierung von Ersatzschulen und lässt den Ländern einen weiten Gestaltungsspielraum zur Regelung der Ersatzschulfinanzierung. Die wesentlichen Grundsätze dafür wurden vom Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Finanzhilfeturteil“ entwickelt.¹

2. Rechtsgrundlagen der Ersatzschulfinanzierung in NRW

Die Kernregelung findet sich in den §§ 105 Abs. 1 und 6, 106 Abs. 1 SchulG NRW. Die Vorschriften sehen vor, dass

- ein Finanzierungsanspruch besteht,
- sich dieser nach dem Haushaltsfehlbetrag bemisst und
- eine Trägereigenleistung zu erbringen ist.

Der Landeszuschuss bemisst sich somit nach dem sog. Defizitdeckungssystem. Die Einnahmen des Schulträgers werden den Ausgaben gegenübergestellt und das verbleibende Defizit stellt die Bemessungsgrundlage für den Zuschuss dar. Von dem so ermittelten Zuschussbetrag ist die Trägereigenleistung abzuziehen. Diese beträgt, je nach Schulform und angemieteten oder eigenen Räumlichkeiten, 13%, 6% oder 2%.

Defizitdeckungssystem

Zunächst sind alle Einnahmen des Schulträgers in den Haushalt einzustellen, z.B. Mieten, Schulgeld, Einnahmen für Zeugnisabschriften, Erlöse aus wirtschaftlicher Tätigkeit, Erstattungen von Sozialleistungen etc. Von den Gesamteinnahmen sind die Gesamtausgaben abzuziehen. Das sind u.a. Personalausgaben, sächliche Verwaltungsaufgaben, Miete für Schulgebäude etc. Je höher die Einnahmen sind, desto geringer ist das Defizit. Wenn also die Zahlungen der Eltern als Einnahme (Schulgeld) einzusetzen sind und damit auf die Landeszuschüsse angerechnet werden, dann ist das Defizit geringer und die 13% Trägereigenleistung – die weiterhin aufgebracht werden müssen – fehlen.

Die Gesetzssystematik geht von folgendem Grundsatz aus: Die – im Lichte des Art. 7 Abs. 4 GG – geregelte Finanzierung, nämlich 87%² der Kosten, die eine vergleichbare öffentliche Schule hat, ist durch die Trägereigenleistung – und nicht durch Schulgeld – auf 100% zu ergänzen, damit die Schule kostendeckend arbeiten kann. Entsprechend lautet § 105 Abs. 6 SchulG:

„Die Schulträger sind verpflichtet, die Landeszuschüsse wirtschaftlich einzusetzen; sie haben sie zur Aufbringung der Eigenleistung durch eigene Einnahmen zu ergänzen.“

¹ BVerfG v. 08.04.1987 – 1 BvL 8/84, 1 BvL 16/84.

² Bei einer allgemeinbildenden Schule im Mietmodell.

Aus Sicht des Gesetzgebers stellt die Aufbringung der Trägereigenleistung einen vom Träger im Rahmen seiner wirtschaftlichen Verantwortung aufzubringenden Anteil an der Schulfinanzierung dar. An Schulen, die von Eltern (und teilweise auch von Lehrkräften) getragen werden, hatte bei der Entwicklung des Finanzhilferechts in NRW Ende der 1950er Jahre noch niemand gedacht. Wenn aber alle Einnahmen des Schulträgers grundsätzlich die Landeszuschüsse verringern, kann die Lücke der Eigenleistung nicht gedeckt werden. Daher heißt es in § 105 Abs. 6 weiter:

„Auf die Eigenleistung sind fortdauernde Zuwendungen Dritter anzurechnen, die zur Aufbringung der Trägereigenleistung gewährt werden.“

Diese Vorschrift, die die einzige Ausnahme zu dem Grundsatz enthält, dass alle Einnahmen sich in dem Defizit wiederfinden, birgt zwei grundsätzliche Probleme:

Zuwendungen

Zum einen den Zuwendungsbegriff. Zuwendungen haben jedenfalls nach dem schulrechtlichen Verständnis die Freiwilligkeit zur Voraussetzung:

„Zuwendung im Sinne des § 105 Abs. 6 Satz 2 SchulG ist jeder Beitrag, den ein Dritter auf freiwilliger Basis und unabhängig vom Schulbesuch des eigenen Kindes einsetzt...“

Zum anderen die Bestimmung, dass ein Dritter Zuwendungsgeber sein muss: Wenn Eltern – jedenfalls bei Schulen in Eltern-Lehrer-Trägerschaft – nicht Dritte sein können und damit als Geldgeber ausscheiden, dann ist dies ein recht praxisferner Ansatz. Abgesehen von einigen wenigen Schulen, in deren Hintergrund große Stiftungen stehen, sind es immer die Eltern, die die Trägereigenleistung durch ihre Zahlungen aufbringen. Das ist auch dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben, weshalb dieser den § 105 Abs. 6 SchulG NRW durch die Regelung des § 1 Abs. 4 FESchVO ergänzt hat:

„Auf freiwilliger Basis erbrachte Elternbeiträge zur Aufbringung der Eigenleistung gelten auch bei Schulen in Elternträgerschaft als Zuwendungen im Sinne des § 105 Abs. 6 SchulG.“

Somit können also auch Eltern sog. Zuwendungsgeber sein. Begründung dieser Regelung ist, dass, wenn sich die Eltern oder Dritte mit Zahlungen an der Aufbringung der Trägereigenleistung freiwillig beteiligen möchten, dies honoriert werden soll. Wenn damit das Problem „Zahlung durch Dritte“, gelöst ist, bleibt das Problem der „Zuwendung“ und damit der Freiwilligkeit. Nicht erst die Ergänzung in der FESchVO bedingt die Freiwilligkeit, sondern bereits der Zuwendungsbegriff des § 105 Abs. 6 SchulG lässt nur freiwillige Zahlungen unter den Ausnahmetatbestand fallen.

So lässt sich als Zwischenergebnis zusammenfassen: In NRW gilt das Defizitdeckungssystem. Grundsätzlich sind alle Einnahmen des Schulträgers in den Haushalt als Einnahmen einzustellen und mindern das Defizit und damit den Landeszuschuss. Einzige Ausnahme sind freiwillig gezahlte Beträge der Eltern oder Dritter zum Zwecke der Aufbringung der Eigenleistung.

1 § 105, Rdnr. 139, Kommentar SchulG NRW, Wingen Verlag Essen.

3. Gestaltungsmöglichkeiten der Ersatzschulen

Freiwilligkeit

Aus der Regelungssystematik folgt demnach, dass nur freiwillige Zahlungen zuschussunschädlich sind. Es soll daher näher untersucht werden, wann eine Zahlung freiwillig ist. Eine Auslegungshilfe findet sich im sog. Schulaufsichtserlass aus dem Jahr 2007¹. Der Schulaufsichtserlass definiert die Abgrenzung zwischen Schulgeld (verpflichtend) und anderen Zuwendungen (freiwillig) wie folgt:

„Um Schulgeldzahlungen handelt es sich, wenn ein zwangsläufiger Konnex zwischen Schulbesuch und Zahlung von Geldern besteht, sei es durch Verpflichtung im Beschulungsvertrag oder automatischer Mitgliedschaft in einem Förderverein oder einer vergleichbaren Einrichtung mit Beitragspflicht.“

Um hiernach die Freiwilligkeit zu gewährleisten, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Keine Verpflichtung im Beschulungsvertrag.
- Keine Zwangsmitgliedschaft in einem Verein mit Beitragspflicht.

Die Ideallösung des Gesetzgebers sieht danach wie folgt aus: Die Schüler werden unbedingt aufgenommen. Der Schulvertrag beinhaltet die Regelung, dass kein Schulgeld erhoben wird und eine Vereinsmitgliedschaft keine Voraussetzung des Schulverhältnisses ist. Die Eltern erklären sich freiwillig dazu bereit, Zahlungen zu leisten, damit der Schulträger die Trägereigenleistung aufbringen kann.

Was bedeutet das aber für die Praxis? Der Schulträger hat keine wirtschaftliche Planungssicherheit, weil er weder Höhe noch Verlässlichkeit der Elternzahlungen kalkulieren kann. Dann ist auch fraglich, ob die Genehmigungsvoraussetzung der wirtschaftlichen Zuverlässigkeit überhaupt noch eingehalten werden kann. Der Schulträger muss versichern, dass die Trägereigenleistung aufgebracht wird. Diese Versicherung wird er ohne Vereinbarungen mit den Eltern kaum abgeben können.

Zulässiges Schulgeld mindert Defizitlücke nicht

Zunächst steht es den Schulen frei, die Eltern zu Zahlungen zu verpflichten, solange das Sonderungsverbot beachtet wird. Diese Zahlungen sind dann als Einnahmen (Schulgeld) in den Haushalt einzutragen und werden auf die Landeszuschüsse angerechnet. Da dann aber keine Mittel auf die Trägereigenleistung angerechnet werden können, bleibt diese Deckungslücke bestehen, weshalb eine Finanzierung der Schule nicht gesichert ist. Daher ist dies in der Praxis für Schulen – soweit nicht der seltene Fall einer finanzkräftigen Schulstiftung vorliegt – keine Option.

Um die freiwilligen Elternzuwendungen i.S. des § 105 Abs. 6 SchulG praktikabel umzusetzen, sind folgende Gestaltungen entwickelt worden:

Wirksame Aufbringung der Eigenleistung

Die Eltern erklären sich (freiwillig) mit einer schriftlichen Zahlungserklärung bereit, an den Schulträger einen monatlichen Betrag zu zahlen, der sich an Richtsätzen und/oder Beitragstabellen orientiert, um den Eltern eine Selbsteinschätzung an die Hand zu geben, welche Beteiligung anhand des

¹ Schulaufsicht über Ersatzschulen, RdErl. d. Ministeriums für Schule und Weiterbildung v. 29.09.2007, BASS 10-32 Nr. 54.

individuellen Einkommens erforderlich ist, damit die Aufbringung der notwendigen Trägereigenleistung gewährleistet ist. Dabei sind drei Dinge zu beachten:

Die Zahlungen müssen *zweckbestimmt* sein, also auf die Trägereigenleistung gezahlt werden. Es darf *keine Konnexität* zum Schulvertrag bestehen, etwa durch die Bezeichnung als Schulgeldverpflichtung, Beitragsverpflichtung oder Entgeltverpflichtung im Schulvertrag. Die alleinige Zweckbestimmung (verpflichtende Zahlung auf die Trägereigenleistung) reicht nach dem o.g. Urteil des VG Münster nicht aus. Die Aufnahme darf nicht faktisch von der Zahlung *abhängig* gemacht werden. Des Weiteren kann eine zwangsläufig mit dem Schulverhältnis zusammenhängende Vereinsmitgliedschaft schädlich sein. Dies jedenfalls dann, wenn sich daraus unmittelbar eine Beitragspflicht ergibt.

Wenn alle drei Punkte erfüllt sind, handelt es sich um Zuwendungen, die Zuschussunschädlich zur Aufbringung der Trägereigenleistung verwendet werden können.

Problem der Überzahlungen

Durch die zwingende Zweckbestimmung ergibt sich bei dieser Gestaltungsform dann ein Problem, wenn die Eltern mehr zahlen, als für die Aufbringung der Trägereigenleistung erforderlich ist. Da sich die refinanzierungsfähigen Kosten der Schule stets an denen einer vergleichbaren öffentlichen Schule messen, ist jede Mehrleistung einer Schule neben der Trägereigenleistung aus Eigenmitteln aufzubringen. Schulen in freier Trägerschaft haben bis zu 30% höhere Kosten wegen freifinanzierter Lehrkräfte durch zusätzlichen Unterrichtsangeboten, kleinerer Klassen, etc. Diese Zahlungen können nicht die Zweckbindung „*Aufbringung der Trägereigenleistung*“ haben und sind damit als Einnahme in den Haushalt einzustellen. Folge ist dann die Anrechnung auf die Landeszuschüsse.

Daher hat sich eine weitere Gestaltungs konstruktion entwickelt: Die Eltern zahlen an den Förderverein der Schule. Dies unter Beachtung der obigen drei Punkte. Der Förderverein gewährt dem Trägerverein die Zuschüsse Darlehensweise und wandelt die Beträge in Höhe der in der Jahresrechnung festgestellten Trägereigenleistung nachträglich in eine Schenkung um.

Als weiteres Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Die Rechtslage zwingt die Schulen zu einem Drahtseilakt zwischen wirtschaftlichem Risiko und Rückforderungsrisiko. Je verpflichtender die Elternzahlungen, desto höher die Gefahr, dass die Zahlungen als Schulgeld bewertet werden. Je offener die Vereinbarungen, umso unkalkulierbarer ist die wirtschaftliche Zuverlässigkeit der Schule. Zu beachten ist aber, dass die Schulen sich durch die individuelle Gestaltung nicht bereichern. Sie erhalten, was sie erhalten, nämlich eine Aufbringung der Trägereigenleistung durch die Eltern. Der „Preis“ ist für die Eltern gleich. Oftmals ist bei diesen Gestaltungen ein Wort ausschlaggebend, ob eine Zahlung als freiwillig oder verpflichtend zu bewerten ist.

4. Zeitgemäße Regelung?

Welche Idee steckt seitens des Gesetzgebers hinter der gesetzlichen Regelung? Zum einen ist die Regelung historisch gewachsen: Die Eltern sollten entlastet werden von Schulgeldzahlungen und das freiwillige Engagement der die Schule tragenden Eltern sollte honoriert werden. Die Schulen mit dem

Hintergrund eines zahlungskräftigen Trägers wie früher die konfessionellen Schulen hatten damit kein Problem. Und auch die ganz kleinen Schulen mit kleinen Schulgemeinschaften konnten dieses Solidaritätsprinzip gut leben. Heute gibt es jedoch zahlreiche Schulen in Elternträgerschaft, z.B. Waldorfschulen und Freie Alternativschulen. Diese Schulen haben sich mittlerweile zu Unternehmen entwickelt, die Planungssicherheit benötigen. Es hat über die Jahre auch ein Umdenken der Eltern stattgefunden, indem diese eine Dienstleistungshaltung entwickelt haben (mein Kind besucht eine Privatschule, ich zahle dafür und erwarte eine gute Bildung). Das Verhältnis zwischen Schulträger/Verbänden und Schulaufsicht ist unpersönlicher geworden, der „kleine Dienstweg“ ist heute schwieriger. Und auch die Kirchen als Schulträger sind nicht mehr reich.

Müssen wir also eine Änderung der Systematik anstreben, weil sie nicht mehr zeitgemäß ist? Mit dem Nachteil, dass auch NRW sich mit der Problematik des Sonderungsverbot beschränken muss? Oder soll die Aktualität dieses Problems dazu bewegen, neue Impulse in die Schulen zu bringen?

Die anwaltlichen Erfahrungen in den Beratungsprozessen der Schulen in freier Trägerschaft zeigen, dass Schulen, die eine komplette Freiwilligkeit der Zahlungen tatsächlich leben, durchaus positive Erfahrungen gemacht haben und dass in ihnen sogar neue Impulse gesetzt wurden: Eltern übernehmen wieder Verantwortung für ihre Schulen.

Andererseits zwingt das Defizitdeckungssystem mit der Anrechnung von (nicht freiwilligen) Beiträgen Dritter eine große Anzahl von Schulen zu – nicht immer transparenten – Sonderkonstruktionen wie oben geschildert. Und es bewirkt für die Schulen in Elternträgerschaft Planungsunsicherheit. Die Ersatzschulfinanzierung in NRW bietet durchaus Freiraum und Flexibilität, das Sonderungsverbot spielt praktisch keine Rolle. Das sind Vorteile. Ob diese aber die vom Finanzierungssystem verursachte fehlende Sicherheit und wachsende Komplexität und Intransparenz der Strukturen der Schulen aufwiegen, sei dahingestellt.

☺☺☺

Sonderungsverbot
bedeutungslos, aber
Planungsunsicherheit