

## **Kurzzusammenfassung**

„Staatliche Infrastrukturverantwortung für das  
Lehrpersonal Freier Schulen“

Rechtsgutachten von

Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio

im Auftrag des

Verbandes Deutscher Privatschulverbände e.V.

## I. Einleitung und Problemstellung

Das Rechtsgutachten „*Staatliche Infrastrukturverantwortung für das Lehrpersonal Freier Schulen*“ von Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio untersucht vor dem Hintergrund des in jüngster Zeit vermehrt auftretenden Mangels an geeignetem und verfügbarem Lehrpersonals für Schulen in freier Trägerschaft mögliche Leistungspflichten des Staates und inwiefern seitens der Anspruchsberechtigten eine Geltendmachung denkbar ist.

**Asymmetrische  
Wettbewerbssit-  
uation**

*Di Fabio* beginnt mit einer Analyse der derzeitigen Personalsituation an Schulen im Allgemeinen und führt diese auf eine, von den generellen Schwankungen auf dem Arbeitsmarkt nicht losgelöste Entwicklung aufgrund Demographie, Digitalisierung und Migration zurück. Zusätzlich sei im Bildungsbereich die inkonsistente Entwicklung der Schulformen (Wiedereinführung von G9) zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die Schulen in freier Trägerschaft treffen diese jedoch auf Wettbewerbsnachteile mit dem öffentlichen Schulsystem. Hier greift *Di Fabio* auf den Begriff der „*asymmetrische Wettbewerbssituation*“ zurück, da der Staat durch seine Position in Schulaufsicht, Dienstrecht und dem Bereich der Ausbildung des Lehrpersonals eine monopolistische Stellung hat. Hinsichtlich der Personalsituation tritt dabei insbesondere die Möglichkeit des Beamtenverhältnisses hervor.

**Faktisches  
Ausbildungs-  
monopol**

Die Auswirkungen des faktisch bestehenden „*Ausbildungsmonopols*“ des Staates haben sich nach *Di Fabio* insbesondere aufgrund der nicht bedarfsgerechten Anpassung der universitären Ausbildungskapazitäten verschärft, da die Bedürfnisse der Schulen in freier Trägerschaft nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt werden.

## II. Staatliche Leistungspflichten

Gegenstand der Untersuchung *Di Fabios* ist der Umfang der staatlichen Leistungspflichten im Hinblick auf die in Art. 7 Abs. 4 GG garantierte Privatschulfreiheit und inwieweit Ansprüche auf die Bereitstellung von Lehrkräften, auf (andere) aktive Fördermaßnahmen oder auf Umsetzung eines „*Infrastrukturauftrages*“ bestehen.

**Grundgesetz:  
kein staatliches  
Schulmonopol**

*Di Fabio* stellt im Rahmen einer historischen und teleologischen Auslegung der Grundrechte fest, dass aufgrund der ausdrücklichen Benennung der Privatschulfreiheit als Grundrecht eine alleinige Verantwortung und Verpflichtung des Staates für die Schule nicht gegeben sei und vom Gesetzgeber ein duales System, bestehend aus den öffentlichen Schulen und den Schulen in freier Trägerschaft, geradezu gewollt ist. Deshalb umfasse die Schulaufsicht auch ausdrücklich eine aktive Leistungskomponente, die insbesondere hinsichtlich solcher Güter zum Tragen kommt, auf welche die öffentliche Hand tatsächlichen Einfluss hat (bspw. Ausbildung der Lehrkräfte).

**Schutz- und  
Leistungspflicht  
des Staates**

**a. Umfang der Privatschulfreiheit**

Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG garantiert das Recht, private Schulen zu errichten und damit auch deren Betrieb. Damit dieses Grundrecht aber tatsächlich in Anspruch genommen werden kann, ist der Staat nicht allein zum (passiven) Schutz des Grundrechtes vor Eingriffen Dritter, sondern im Rahmen einer Infrastrukturverantwortung auch zur aktiven Förderung verpflichtet. *Di Fabio* untermauert seine Argumentation zum Bestehen einer (aktiven) Leistungspflicht des Staates mit dem faktischen Ausbildungsmonopol des Staates, da zur Verwirklichung des Grundrechtes einerseits die Verfügbarkeit von Lehrkräften für die Schulen in freier Trägerschaft zwingend erforderlich ist, andererseits allein der Staat diese Verfügbarkeit beeinflussen kann. Hierbei führt *Di Fabio* an, dass auch aufgrund der nicht vorhandenen Mitwirkungsmöglichkeit der Schulen in freier Trägerschaft bei der Lehrerausbildung eine Leistungspflicht des Staates besteht. Beispielhaft für den Umfang der Privatschulfreiheit führt *Di Fabio* an, dass die – auch durch das Bundesverfassungsgericht bestätigte – aktive Leistungspflicht des Staates derzeit durch die Gewährung von finanziellen Mitteln erfüllt wird.

**zurückhaltende  
Aufsicht vs.  
effizienter  
Schulträger**

**b. Konflikt des Staates bei Umsetzung des Privatschulfreiheit**

*Di Fabio* führt an, dass aufgrund der unterschiedlichen Auftrittarten des Staates als solcher, ein systemimmanenter Konflikt bei der Umsetzung der Privatschulfreiheit zum Tragen kommt. Der Staat führt einerseits nach Art. 7 Abs. 1 GG die (gesamte) Schulaufsicht und wird in dieser Funktion überwiegend von umzusetzenden Schutzpflichten getroffen. Diese Schutzpflichten hat er neutral zwischen den beiden Säulen des Bildungssystems wahrzunehmen und – auch unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG – zurückhaltend und ausgleichend zu erfüllen. Andererseits ist der Staat aber auch selbst als Schulträger tätig, bei dem ein effektives „Ressourcenmanagement“ zwingend erforderlich ist. Dies führt zu einem (natürlichen) Spannungsverhältnis staatlichen Handelns, da beide Rollen unterschiedliche Interessen zum Gegenstand haben.

**c. Kompensationspflicht**

Das Bundesverfassungsgericht entnimmt Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG daher bei Veränderungen der Rahmenbedingungen im öffentlichen Schulsystem, welche der Staat in seiner Rolle als Schulträger selbst vornimmt (bspw. Verbesserung der Besoldung von Lehrern im öffentlichen Schuldienst), eine Kompensationspflicht des Staates. Die Kompensation im Fall von Personalmangel kann jedoch nur durch tatsächliches Personal erfüllt werden. *Di Fabio* leitet deshalb konsequent aus der Kompensationspflicht eine (allgemeine) Infrastrukturverantwortung des Staates ab, die neben oder anstelle

**Kompensationspflicht enthält Infrastrukturverantwortung**

der Gewährung von finanziellen Mitteln aufgrund der Eigenart der zu kompensierenden Verschiebung im Spannungsverhältnis der öffentlichen Schulen zu den Schulen in freier Trägerschaft zu erfüllen ist.

Die Kompensationspflicht in Form einer (nicht rein finanziellen) Infrastrukturverantwortung besteht nach Ansicht von *Di Fabio* insbesondere im Bereich der Versorgung von Lehrkräften, da hier der vorbezeichnete Konflikt des Staates deutlich zum Tragen kommt. Bereits aus dem Umstand, dass die einzelnen Länder sich in einem besonders scharfen Wettbewerb um qualifizierte Lehrkräfte befinden, ist erkennbar, dass die Kompensationspflicht sich nicht allein auf die (einfache) Gewährung von finanziellen Mitteln beschränkt. Der Staat hat die Schulen in freier Trägerschaft im Rahmen einer „*kooperativen Partnerschaft*“ ausreichend und effektiv zu kompensieren, da die Schulen in freier Trägerschaft die (allgemein) staatliche Aufgabe der Bereitstellung eines Gesamtbildungssystems zur „*gleichberechtigten Miterfüllung*“ übertragen erhalten haben. Die Erfüllung der Kompensationspflicht im Hinblick auf den aktuellen Lehrkräftemangel ist jedoch nur in anderer als finanzieller Weise möglich, so dass nach *Di Fabio* der staatliche Handlungsspielraum hinsichtlich der Erfüllungsart beschränkt ist.

Diese, von der Kompensationspflicht umfasste Infrastrukturverantwortung ist nach *Di Fabio* durch die Schaffung von (geeigneten) Rahmenbedingungen für einen (angemessenen) Lehrermarkt zu erfüllen, da andere Maßnahmen wie beispielsweise die unmittelbare Zurverfügungstellung von Lehrkräften an bestimmte Schulen zu sehr in die Gestaltungsfreiheit der Schulen in freier Trägerschaft eingreifen würden. Anders gesagt: Wenn die Beeinträchtigung der Privatschulen durch einen Mangel an Lehrkräften besteht, muss der Staat diese Beeinträchtigung beseitigen.

#### **d. Verwirklichung der Infrastrukturverantwortung**

Es bestehen mehrere, unterschiedliche Möglichkeiten zur Erfüllung der Infrastrukturverantwortung. *Di Fabio* unterscheidet hier zunächst zwischen langfristig wirkenden Maßnahmen (bspw. Ausbau der Studienplätze, mehr Seiteneinstiegsmöglichkeiten) und kurzfristig wirkenden Maßnahmen (bspw. Hinweise an die vom Staat selbst ausgebildeten Berufseinsteiger auf die Tätigkeitsmöglichkeit an einer Privatschule, wobei jedenfalls die kurzfristig wirkenden Maßnahmen als nicht nur möglich, sondern zwingend erforderlich anzusehen sind. Die nähere Ausgestaltung obliegt den einzelnen Ländern, ohne dass der Staat dabei jedoch das unternehmerische Risiko der freien Schulträger übernimmt. *Di Fabio* führt aus, dass die Entscheidung des Verfassungsgebers für ein duales Schulsystem weder als „Residualentscheidung“ für ein Auffangen für von Seiten des Staates nicht bereitgestellten Kapazitäten noch als Konkurrenzsituation

**Kooperation und  
fares  
Zusammenwirken**

zwischen den öffentlichen und privaten Schulen zu verstehen ist. Gegenstand der Privatschulfreiheit ist vielmehr die Förderung von „Kooperation“ bei bestehender Unterschiedlichkeit.

#### **e. Zwischenergebnis**

*Di Fabios* Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass eine staatliche Leistungspflicht zur Bereitstellung von Lehrkräften besteht. Der Anspruch bestehe jedoch nicht verfassungsunmittelbar, d.h. er bedarf einer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung und kann nicht ohne weiteres gegenüber dem Staat geltend gemacht werden.

### **III. Gleichheitsaspekte**

Die Leistungspflicht des Staates ist nach *Di Fabio* auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich des unbestritten bestehenden Benachteiligungsverbot zu sehen. Ist eine Benachteiligung von Schulen in freier Trägerschaft auch oder gerade auf entsprechende Entscheidungen des Staates zurückzuführen (bspw. bei politisch motivierten Veränderungen der Schullandschaft), so bindet das Benachteiligungsverbot den Staat umso mehr. *Di Fabio* verlangt unter Verweis auf Hufen ein „systemgerechtes“ Handeln des Staates, da ein „funktionierender“ Lehrmarkt für die tatsächliche Umsetzung der Privatschulfreiheit zwingend erforderlich ist.

*Di Fabio* stellt im Folgenden zwei Arten von (ausgleichspflichtigen) Ungleichbehandlungen fest:

- Während im staatlichen Schulbereich zur Bekämpfung des Lehrermangels die wissenschaftlichen Anforderungen an „Seiteneinsteiger“ ohne pädagogische Ausbildung abgesenkt werden, droht bei einer entsprechenden Absenkung durch Privatschulen die Nichterteilung der Unterrichtsgenehmigung.
- Die Beschränkung der Unterrichtsgenehmigung für Privatschullehrer auf einzelne Unterrichtsfächer ermöglicht es Privatschulen nicht, Unterrichtsausfall durch fachfremde Lehrer zu kompensieren.

Für eine solche Ungleichbehandlung von durch das Grundgesetz „gleichwertig“ gesetzten Schulsystemen gibt es keine sachlichen Gründe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG. Unter Berücksichtigung der Kompensationspflicht aus Art. 7 Abs. 4 GG verlangt *Di Fabio* deshalb die Herstellung von Chancengleichheit von öffentlichen und privaten Schulen in ihrer Existenz.

### **IV. Ergebnis und Ausblick**

*Di Fabio* kommt zu dem Ergebnis, dass eine Infrastrukturverantwortung des Staates hinsichtlich des aktuellen

**Benachteiligungs-  
verbot von  
privaten Schulen**

**Keine  
Ungleichbehandlung**

Lehrkräftemangels besteht und dass die Kompensationspflicht nicht nur finanzieller Natur sein kann. Da es sich jedoch nicht um einen verfassungsunmittelbaren Anspruch handelt, bedarf die Umsetzung der Kompensation einer einfachen gesetzlichen Regelung. Bestehende gesetzliche Regelungen, beispielsweise hinsichtlich der Anforderungen an „Seiteneinsteiger“ sind jedoch vor dem Hintergrund einer Ungleichbehandlung zu überprüfen.

**Option:  
Lehrerausbildung  
auch durch Private**

Weiter regt *Di Fabio* an, dass Teil der Kompensationspflicht auf eine Reform der Lehrerausbildung sein könnte, damit Schulen in freier Trägerschaft auch eigenständig Lehrkräfte ausbilden könnten; die Privatschulfreiheit verlange schließlich nicht zwingend die Ausbildung der eingesetzten Lehrkräfte an staatlichen Ausbildungsstellen.