

Rahmenbedingungen eines Rechts auf digitale Bildung

Rechtsgutachten im Auftrag des Bitkom e.V.

Erstattet durch:

Rechtsanwalt Dr. Cornelius Böllhoff

Rechtsanwalt Dr. Clemens Holtmann

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kottmann, Maître en Droit

Rechtsanwalt Dr. Daniel Krebühl

Berlin, im Januar 2022

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|----------|
| A. Zusammenfassung der Ergebnisse..... | 3 |
| B. Hintergrund und Prüfauftrag | 6 |
| C. Rechtliche Beurteilung..... | 8 |
| I. Recht auf digitale Bildung | 8 |
| 1. Verfassungsrechtlicher Rahmen..... | 8 |
| a) Vorgaben für allgemeinbildende Schulen | 8 |
| aa) Bundesebene | 8 |
| bb) Landesebene..... | 10 |
| b) Vorgaben für weiterführende Bildungsangebote..... | 13 |
| aa) Art. 12 Abs. 1 GG | 13 |
| bb) Freiheit der Lehre, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG | 14 |
| c) Fazit | 14 |
| 2. Einfachgesetzliche Regelungen..... | 15 |
| a) Allgemeinbildende Schulen einschließlich der Berufsschulen | 15 |
| b) Hochschulen | 15 |
| c) Volkshochschulen..... | 16 |
| II. Umsetzung des Rechts auf digitale Bildung | 16 |
| 1. Regelung einheitlicher technischer Standards..... | 16 |
| 2. Förderprogramm des Bundes | 18 |
| a) Verfassungsrecht | 18 |
| aa) Art. 91c GG..... | 18 |
| bb) Art. 91b GG..... | 19 |
| cc) Art. 104c GG..... | 20 |
| dd) Finanzierungskompetenz aus der Natur der Sache | 21 |
| b) EU-Beihilfenrecht..... | 23 |
| aa) Überwiegend staatlich finanzierte Bildungsangebote..... | 24 |
| bb) Überwiegend aus nichtstaatlichen Mitteln finanzierte Bildungsangebote..... | 26 |
| cc) Keine mittelbare Beihilfe für beauftragte Unternehmen..... | 28 |

A.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Bitkom e.V. setzt sich dafür ein, ein allgemeines, einklagbares „Recht auf digitale Bildung“ zu schaffen. Dieses Recht soll gewährleisten, dass staatlich (co-)finanzierte Bildungsangebote auch auf digitalem Weg und ortsunabhängig wahrgenommen werden können – und zwar in der gesamten Bildungskette, beginnend bei den allgemeinbildenden Schulen bis zu den Hochschulen und ergänzenden Bildungsangeboten. (1)

Unsere Sozietät wurde beauftragt, die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Rahmenbedingungen eines solchen Rechts auf digitale Bildung zu prüfen. Ausgangspunkt dieser Prüfung war die Prämisse, dass ein Recht auf digitale Bildung nicht die Schulpflicht im Sinne einer grundsätzlich verpflichtenden physischen Präsenz der Schülerinnen und Schüler infrage stellt, sondern im Bereich der allgemeinbildenden Schulen einen einklagbaren Anspruch schafft, bei berechtigtem Bedarf digital am Unterricht teilnehmen zu können. (2)

Unsere Prüfung führte zu folgenden Ergebnissen:

I. Sowohl im Verfassungsrecht als auch in einzelnen Gesetzen finden sich bereits Ansätze, wonach Bildungsangebote auch digital angeboten werden können oder gar müssen. Ein allgemeines Recht auf digitale Bildung besteht dagegen bislang nicht. Es könnte jedoch durch einfaches Gesetz auf Bundes- und Landesebene eingeführt werden. Einer Verfassungsänderung – etwa im Grundgesetz oder den Landesverfassungen – bedarf es nicht. (3)

II. Bei einer möglichen Einführung durch Gesetzesänderungen sind die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben auf Bundes- und Landesebene zu beachten. Für den Bereich der allgemeinbildenden Schulen ergeben diese sich zunächst aus dem staatlichen Bildungsauftrag gemäß Art. 7 Abs. 1 GG und dem Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 7 Abs. 1 GG. Hieraus hat das Bundesverfassungsgericht abgeleitet, dass die Länder bereits verpflichtet sind, als Ersatz für pandemiebedingte Ausfälle des Präsenzunterrichts einen Distanzunterricht zu gewährleisten. Der gesetzlichen Einführung eines weitergehenden, allgemeinen Rechts auf digitale Bildung stehen diese Vorgaben nicht entgegen. Dies gilt jedenfalls, soweit der Grundsatz des Präsenzunterrichts nicht in Frage gestellt, sondern ergänzt wird. (4)

III. Auf Landesebene ist die in vielen Landesverfassungen verankerte Schulpflicht zu beachten. Diese wird nach herrschender Auffassung als grundsätzliche Pflicht zur physischen (5)

Präsenz in der Schule verstanden. Indes belassen die verfassungsrechtlichen Vorgaben den Landesgesetzgebern einen weiten Gestaltungsspielraum. Die gesetzliche Einführung eines Rechts auf digitale Bildung ist daher auch hier möglich, soweit der Grundsatz des Präsenzünterrichts nicht in Frage gestellt, sondern ergänzt wird.

- IV. Für den Bereich der Hochschulen und der Erwachsenenbildung gelten keine vergleichbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Präsenz. Allerdings umfasst die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistete Wissenschaftsfreiheit auch das Recht der Hochschullehrenden, die Gestaltung ihrer Lehrveranstaltungen zu bestimmen. Eine Regelung zur digitalen Bildung im Hochschulbereich könnte in dieses Grundrecht eingreifen. Sie dürfte jedoch grundsätzlich verfassungsrechtlich gerechtfertigt und damit zulässig sein. (6)
- V. Gesetzliche Vorgaben für die verschiedenen Bildungszweige finden sich in erster Linie in den einzelnen Schul- und Hochschulgesetzen sowie den Weiterbildungsgesetzen der Länder. Ein Recht auf digitale Bildung könnte beispielsweise in diesen Gesetzen durch entsprechende Ergänzungen der bestehenden Landesgesetze verankert werden. Für Bildungseinrichtungen des Bundes könnten entsprechende Regelungen auf Bundesebene verankert werden. (7)
- VI. Um ein allgemeines Recht auf digitale Bildung auch effektiv umzusetzen, dürften einheitliche Qualitätsstandards technischer Natur notwendig sein. Zudem müssten die jeweiligen Bildungseinrichtungen mit den erforderlichen Ressourcen ausgestattet werden. Insofern liegt ein Förderprogramm des Bundes nahe. Beides lässt sich auf Grundlage des geltenden Verfassungsrechts umsetzen. Einer Änderung der bestehenden Regelungen auf Verfassungsebene bedarf es nicht. (8)
- VII. Einheitliche Standards könnten auf der Grundlage des Art. 91c Abs. 1 GG durch eine Vereinbarung zwischen Bund und Ländern – bevorzugt einen Staatsvertrag – geregelt werden. Für die Förderung durch den Bund kommen mit Art. 91c Abs. 1 GG, Art. 91b, Art. 104c GG und möglicherweise einer ungeschriebenen Finanzierungskompetenz aus der Natur der Sache mehrere Grundlagen in Betracht. (9)
- VIII. In Bezug auf staatlich beaufsichtigte und überwiegend staatlich finanzierte Bildungsangebote steht das EU-Beihilfenrecht der Einführung eines Förderprogramms zur digitalen Ausstattung nicht entgegen. Eine staatliche Fördermaßnahme erfüllt den Beihilfentatbestand allenfalls, wenn es sich bei dem jeweils Begünstigten um ein Unternehmen im bei-

hilfenrechtlichen Sinne handelt. Insoweit fehlt es bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH an einer wirtschaftlichen Betätigung und somit an der für das Vorliegen einer Beihilfe erforderlichen Unternehmenseigenschaft des Empfängers.

- IX. Die Beurteilung der Beihilfenqualität von Fördermaßnahmen für Bildungseinrichtungen, die überwiegend über Entgelte und/oder aus sonstigen nichtstaatlichen Mitteln finanziert werden, bedarf einer Prüfung im Einzelfall. Dabei handelt es sich um Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne. Allerdings erfüllen Fördermaßnahmen für Unternehmen den Beihilfentatbestand i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV nur, wenn sie geeignet sind, den Wettbewerb und Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Letzteres kann bei solchen Schulen bzw. Bildungseinrichtungen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, die in nicht völlig untergeordnetem Umfang Schüler/-innen bzw. Teilnehmer/-innen aus dem Ausland aufnehmen. Insoweit empfiehlt sich eine Ausgestaltung der Förderung als sog. De-minimis-Beihilfe (max. 200.000 Euro). Sollte dieser Schwellenwert keinen ausreichenden finanziellen Spielraum bieten, käme ggf. auch eine Vereinbarkeit der dann beihilfe-relevanten Förderung mit dem Binnenmarkt nach Maßgabe der AGVO in Betracht. (11)
- X. Um eine sog. mittelbare Beihilfe auf der Ebene der Unternehmen auszuschließen, die von den unmittelbar geförderten Bildungseinrichtungen mit der Durchführung der technischen und baulichen Maßnahmen zur Verbesserung der Digitalisierung beauftragt werden, sollten die entsprechenden Aufträge über wettbewerbliche Bieterverfahren nach Maßgabe des Vergaberechts vergeben werden. (12)

B.

Hintergrund und Prüfauftrag

Die COVID-19-Pandemie hat in drastischer Weise die Notwendigkeit digitaler Bildungsangebote verdeutlicht. Um die Verbreitung des Virus einzudämmen, wurde zeitweise der Präsenzunterricht an Schulen untersagt bzw. eingeschränkt, mit durchaus erheblichen Folgen für die Entwicklung von Schülerinnen und Schülern. Lehrveranstaltungen an Hochschulen und Angebote der Erwachsenenbildung waren und sind ebenfalls von gravierenden Einschränkungen betroffen. (13)

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer aktuellen Entscheidung ein Grundrecht von Schülerinnen und Schülern auf schulische Bildung anerkannt, das aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 7 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Pandemiebedingte Schulschließungen hat es als eine „schwerwiegende Beeinträchtigung“ dieses Rechts angesehen, welche jedoch im Interesse des Gesundheitsschutzes verfassungsrechtlich gerechtfertigt war. Dabei hebt die Entscheidung hervor, dass Schülerinnen und Schülern ein grundrechtlich fundierter Anspruch gegen die insoweit zuständigen Bundesländer zusteht, kompensatorisch Distanzunterricht zu gewährleisten.¹ (14)

Was so ein Distanzunterricht konkret bedeutet und welche Voraussetzungen dafür geschaffen werden müssen, bleibt offen. Die jüngere Erfahrung hat gezeigt, dass diesem Anspruch in der Praxis höchst unterschiedlich und vielerorts unzureichend entsprochen wird. Dies stößt nicht nur auf Bedenken mit Blick auf das Grundrecht auf schulische Bildung, sondern führt auch zu gravierenden (Chancen-) Gleichheitsproblemen, wenn etwa Bildung von der technischen Ausstattung der jeweiligen Schule, entsprechenden Kenntnissen von Lehrkräften oder dem Elternhaus abhängt. Im Bereich der Hochschul- und Erwachsenenbildung dürfte angesichts des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG Vergleichbares gelten. (15)

Vor diesem Hintergrund fordert der Bitkom e.V. ein allgemeines, einklagbares „Recht auf digitale Bildung“.² Dieses Recht soll im Kern darin bestehen, dass staatlich (co-)finanzierte Bildungsangebote auch auf digitalem Weg und ortsunabhängig wahrgenommen werden können. Umfasst sein soll die gesamte Bildungskette, beginnend bei den allgemeinbildenden Schulen bis zu den Hochschulen und einschließlich ergänzender Bildungsangebote, wie etwa im Bereich der Volkshochschulen. Das Recht auf digitale Bildung soll nicht die Schulpflicht im Sinne einer grundsätzlich verpflichtenden physischen Präsenz der Schülerinnen und Schüler in Frage stellen. Vielmehr soll es im Bereich der allgemeinbildenden Schulen einen einklagbaren Anspruch (16)

¹ Siehe BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 164 ff. - juris.

² Siehe Bitkom, Positionspapier „Recht auf digitale Bildung“, 12.11.2021.

vermitteln, bei berechtigtem Bedarf – etwa bei Krankheits- oder Quarantänefällen – digital am Unterricht teilnehmen zu können. Die Möglichkeit, Bildungsangebote auch digital wahrzunehmen, würde den schulischen Präsenzunterricht mithin nicht ersetzen, sondern ergänzen.

In diesem Zusammenhang hat uns der Bitkom e.V. beauftragt, die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Rahmenbedingungen eines solchen Rechts auf digitale Bildung rechtsgutachterlich zu prüfen. Dies bezieht sich zunächst auf die Frage, inwieweit ein solches Recht bereits existiert, gesetzlich verankert werden könnte und welche verfassungsrechtlichen Vorgaben dabei zu beachten wären. Weiter setzt die effektive Wahrnehmung eines Rechts auf digitale Bildung voraus, dass einheitliche technische Standards für staatlich finanzierte Bildungsangebote bestehen und die digitale Ausstattung von Bildungseinrichtungen bundesweit gefördert wird. Zu prüfen ist deshalb auch, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen solche bundeseinheitlichen Standards geschaffen werden können und inwieweit sich der Bund an der Finanzierung der nötigen technischen Ausstattung beteiligen kann. Die Gesetzgebungskompetenz im Bildungsbereich liegt weitgehend bei den Ländern. Auftragsgemäß wird daher neben dem Bundesrecht eine repräsentative Auswahl von Landesregelungen berücksichtigt, namentlich der Länder Baden-Württemberg, Berlin, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen.

(17)

C. Rechtliche Beurteilung

I. Recht auf digitale Bildung

Sowohl im Verfassungsrecht als auch in einzelnen Gesetzen finden sich bereits Ansätze, wonach Bildungsangebote auch digital angeboten werden können oder gar müssen. Ein allgemeines Recht auf digitale Bildung besteht dagegen bislang nicht. Es könnte jedoch durch Gesetz eingeführt werden. (18)

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Im Bereich der grundrechtlichen Gewährleistungsrechte ist zwischen den Vorgaben für allgemeinbildende Schulen (nachfolgend Abschnitt a)) und den Vorgaben für weiterführende Bildungsangebote – etwa Hochschulen und Volkshochschulen – (nachfolgend Abschnitt b)) zu unterscheiden. (19)

a) Vorgaben für allgemeinbildende Schulen

aa) Bundesebene

Auf Bundesebene ergeben sich Vorgaben insbesondere aus dem staatlichen Bildungsauftrag gemäß Art. 7 Abs. 1 GG und dem Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 7 Abs. 1 GG. Gemäß Art. 7 Abs. 1 GG steht das gesamte Schulwesen unter staatlicher Aufsicht. Die Vorschrift enthält einen Auftrag an den Staat, die schulische Bildung zu gewährleisten und das Schulwesen zu regeln. Das Schulwesen umfasst die allgemeinbildenden Schulen einschließlich der Berufsschulen.³ Dagegen sind Hochschulen⁴ sowie Volkshochschulen⁵ von Art. 7 GG nicht erfasst. Auch berufsbezogene Ausbildungen unterfallen nicht Art. 7 Abs. 1 GG, sondern der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.⁶ (20)

Mit dieser Pflicht korrespondiert nach der jüngeren Rechtsprechung ein individuelles Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 7 Abs. 1 GG. Schülerinnen (21)

³ *Wißmann*, in: Bonner Kommentar GG, Art. 7 Abs. 3 Rdnr. 11 ff.

⁴ BVerfG 11.06.1974 - 1 BvR 82.71 - Rdnr. 20 - juris.

⁵ *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, GG, 49. Edition, Art. 7 Rdnr 8.

⁶ Vgl. BVerfG 20.10.1981 - 1 BvR 640.80 - Rdnr. 50 ff. - juris; 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 49 - juris.

und Schüler haben danach ein (einklagbares) Recht gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern.⁷

Ein generelles Recht auf digitale Bildung folgt daraus nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung allerdings nicht. Aus dem Grundgesetz ergibt sich kein Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung und Einrichtung staatlicher (oder staatlich finanzierter) Schulen. Dem Staat kommt ein weiter Spielraum bei der Gestaltung der Schulstrukturen wie auch des Unterrichts zu. Zudem kann er sich auf den Vorbehalt des Möglichen berufen. Es obliegt vorrangig dem Gesetzgeber, in eigener Verantwortung zu entscheiden, in welchem Umfang die vorhandenen Mittel für die Zwecke der Schulbildung eingesetzt werden.⁸ (22)

Für den Sonderfall pandemiebedingter Schulschließungen hat das Bundesverfassungsgericht jedoch entschieden, dass die hierfür zuständigen Länder verpflichtet sind, als Ersatz für wegfallenden Präsenzunterricht nach Möglichkeit Distanzunterricht zu gewährleisten. Damit korrespondiert – so das Gericht – auch ein individueller, einklagbarer Anspruch der Schülerinnen und Schüler. Dem können die Länder weder ihre grundsätzliche Gestaltungsfreiheit, noch den Vorbehalt des Möglichen entgegenhalten, da es um die Gewährleistung des unverzichtbaren Mindeststandards staatlicher Bildungsleistungen geht.⁹ Mit hin enthält das Verfassungsrecht bereits auf Bundesebene gewissermaßen den Nukleus eines Rechts auf digitale Bildung – bislang beschränkt auf Sondersituationen, in denen ein Mindeststandard an Bildungsleistungen nur digital gewährleistet werden kann. Neben der bestehenden pandemischen Lage könnte ein weiterer künftiger Anwendungsbereich möglicherweise bei Schülerinnen und Schülern liegen, die z.B. aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen nicht am Präsenzunterricht teilnehmen können. (23)

Jedenfalls stehen weder der staatliche Bildungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG noch das Grundrecht auf schulische Bildung der Einführung eines weitergehenden Rechts auf digitale Bildung auf gesetzlicher Ebene entgegen. Dies gilt zumindest, soweit ein solches Recht den Grundsatz schulischen Präsenzunterrichts nicht als solches in Frage stellt, sondern ergänzt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst der staatliche Bildungsauftrag – und damit korrespondierend auch das Grundrecht der Schülerinnen und Schüler – auch die Vermittlung sozialer Kompetenzen. Präsenzunterricht sei – (24)

⁷ BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 44 ff. - juris.

⁸ BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 53 ff. - juris.

⁹ BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 167 ff. - juris.

so das Gericht – wegen der direkten Interaktion zwischen Schülerinnen und Schülern und Lehrkräften hierfür besonders gut geeignet. Im pandemiebedingten Wegfall des Präsenzunterrichts sahen die Richterinnen und Richter daher eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Rechts auf schulische Bildung.¹⁰ Allerdings betont das Gericht auch mehrfachen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers; eine mögliche „Ausweitung von Distanzunterricht aus pädagogischen oder didaktischen Gründen“ wird ausdrücklich angesprochen.¹¹ Mithin steht das Grundgesetz also einer Ausweitung digitaler Bildungsangebote nicht entgegen, soweit gewährleistet ist, dass Schülerinnen und Schülern weiterhin in angemessener Weise soziale Kompetenzen vermittelt werden. Wie dies im Einzelnen erfolgt, obliegt dem Gesetzgeber. Er kann neben der Einbeziehung der gesteigerten Möglichkeiten sozialer Interaktion auf digitalem Weg z.B. auch unterschiedliche Regelungen je nach Alter der betroffenen Schülerinnen und Schüler in Betracht ziehen. Das vom Bitkom e.V. vorgeschlagene Recht auf digitale Bildung erscheint in diesem Zusammenhang auch deshalb unproblematisch, da es den Grundsatz des Präsenzunterrichts ohnehin nicht in Frage stellen, sondern ergänzen will.

bb) Landesebene

Für den Erlass einfachgesetzlicher Regelungen über die Ausgestaltung des Schulwesens sind gemäß Art. 70 Abs. 1 GG die Länder zuständig.¹² Die gesetzgeberische Einführung eines Rechts auf digitale Bildung in den allgemeinbildenden Schulen müsste – in einfachgesetzlicher Ausgestaltung des grundgesetzlichen Rahmens (vgl. oben Abschnitt aa)) – deshalb auf Landesebene erfolgen. Insofern sind auch die Vorgaben der jeweiligen Landesverfassungen zu beachten. (25)

Gemeinsames Merkmal vieler Landesverfassungen ist eine Schulpflicht (Art. 14 Abs. 1 Landesverfassung Baden-Württemberg (LV BW), Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Niedersächsische Verfassung (NV), Art. 8 Abs. 2 Verfassung Nordrhein-Westfalen (LV NW), Art. 102 Abs. 1 Satz 2 Sächsische Verfassung (SächsVerf)). Keine Regelung über eine Schul- (26)

¹⁰ BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 137, 144, 136 und 165 – juris; vgl. hierzu auch: *Wißmann*, in: Bonner Kommentar GG, Art. 7 Abs. 3 Rdnr. 81; VGH BW 03.08.2021 - 9 S 567.19 - Rdnr. 30 - juris.

¹¹ BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 76 - juris.

¹² BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 - Rdnr. 86 - juris.

pflicht enthält dagegen die Verfassung von Berlin (VvB). Art. 20 Abs. 1 VvB räumt lediglich jedem Menschen das Recht auf Bildung ein und überlässt die nähere Ausgestaltung dieses Rechts dem einfachen Gesetzgeber.¹³

Die Schulpflicht umfasst die Pflicht zur Teilnahme an dem in der Schule angebotenen Unterricht. Dem Wortlaut der Landesverfassungen lässt sich nicht entnehmen, dass die Schulpflicht die physische Präsenz in der Schule beinhaltet. Allerdings wird auch zu der landesverfassungsrechtlich verankerten Schulpflicht regelmäßig die soziale Komponente des Schulunterrichts betont. So hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Integrationsfunktion der Schulpflicht hervorgehoben:¹⁴ Zentrales Element der Schulpflicht sei auch die gemeinsame Unterrichtung und Beschulung, die sich gerade von einer reinen Teilnahme durch Fernunterricht unterscheidet, weil die Schülerinnen und Schüler nur durch die persönliche und soziale Interaktion in der Schule die nötigen sozialen Kompetenzen entwickeln könnten;¹⁵ die Errichtung einer Ersatzschule, an der nur einmal wöchentlich Unterricht in Präsenzform stattfindet, sei deshalb unzulässig. In einer älteren Entscheidung formulierte der Verwaltungsgerichtshof überdies, die Schulpflicht müsse durch den Besuch einer Schule erfüllt werden; Heimunterricht genüge nicht.¹⁶ Das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht hat ausgeführt, das in Art. 4 Abs. 1 NV gewährleistete Recht auf Bildung könne unter den bestehenden technischen Gegebenheiten nicht allein durch Distanzunterricht sichergestellt werden.¹⁷ (27)

Die Literatur hat sich zu der in den Landesverfassungen angeordneten Schulpflicht ähnlich geäußert: So wurde zu Art. 4 Abs. 2 Satz 1 NV bemerkt, nur durch den Kontakt mit anderen Kindern beim regelmäßigen Schulbesuch würde die Alltagserfahrung gewonnen, die für eine volle Entfaltung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft erforderlich sei.¹⁸ Zu Art. 8 Abs. 2 LV NRW wurde ausgeführt, die Schulpflicht sei nicht nur Unterrichts-, sondern Schulbesuchspflicht.¹⁹ Dagegen fehlt es, soweit ersichtlich, an näheren Äußerungen zu dem Inhalt der Schulpflicht nach Art. 102 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf. Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht hat allgemein stärker darauf abgestellt, es sei Aufgabe des Staates, unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Bildungsforschung bildungspolitische (28)

¹³ Auch das Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hebt auf die einfachgesetzliche Ausgestaltung dieses Rechts ab, vgl. 07.05.2020 - 3 L 167.20 - Rdnr. 15 - juris.

¹⁴ VGH BW 03.08.2021 - 9 S 567.19 - Rdnr. 30 - juris.

¹⁵ VGH BW 03.08.2021 - 9 S 567.19 - Rdnr. 33 - juris.

¹⁶ VGH BW 18.06.2002 - 9 S 2441/01 - Rdnr. 18 - juris.

¹⁷ Nds. OVG 23.04.2021 - 13 MN 212.21 - Rdnr. 73 - juris.

¹⁸ Nolte/Ulrich, in: Hannoverscher Kommentar zur NV, Art. 4 Rdnr. 26.

¹⁹ Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2. Aufl., Art. 8 Rdnr. 36.

Entscheidungen zu treffen und im Rahmen seiner finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten ein Schulsystem bereitzustellen, das den verschiedenen Begabungsrichtungen Raum zur Entfaltung lässt, ohne sich allerdings in diesem Zusammenhang näher mit dem Inhalt der in Art. 102 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf vorgesehenen Schulpflicht auseinanderzusetzen.²⁰

Die bisherige Rechtsprechung zur Pflicht zum physischen Besuch der Schule betraf vor allem Fälle, in denen Eltern ihre Kinder außerhalb staatlich beaufsichtigter Schulen unterrichten wollten (sog. Homeschooling). Einige Urteile lassen zudem eine durchaus offene Haltung gegenüber der Nutzung technischer Möglichkeiten erkennen. Indes deutet vieles darauf hin, dass die Präsenzpflicht durch die Gerichte weiter verstanden wird und ggf. auch einem rein digitalen Unterricht entgegengehalten würde. Nicht zuletzt hat auch das Bundesverfassungsgericht den mit pandemiebedingten Schulschließungen verbundenen Ausschluss sozialer Begegnungen der Schülerinnen und Schüler für rechtfertigungsbedürftig gehalten. Diese Rechtfertigung hat das Gericht im Ergebnis für möglich gehalten, weil die Schulschließungen zum Schutz der Gesundheit der Gesamtbevölkerung und damit zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinguts erfolgten.²¹ Es ist deshalb davon auszugehen, dass in den Ländern, in denen eine Schulpflicht verfassungsrechtlich verankert ist, diese Schulpflicht grundsätzlich eine physische Präsenz in der Schule erfordert. (29)

Weil und soweit jedoch die Einführung eines Rechts auf digitale Bildung den Präsenzunterricht nicht in Frage stellen, sondern vielmehr ergänzen soll, ist sie auch mit der landesverfassungsrechtlichen Schulpflicht vereinbar. Die einschlägige Rechtsprechung betont, dass die landesverfassungsrechtlichen Vorgaben dem Gesetzgeber einen erheblichen Spielraum bei der Ausgestaltung der Schulpflicht belassen.²² Diesen Spielraum kann der Landesgesetzgeber insbesondere nutzen, um weitere Gesichtspunkte neben der persönlichen Interaktion der Schülerinnen und Schüler zu berücksichtigen. So rechtfertigt das Anliegen, Infektionen zu reduzieren, eine Aussetzung der Präsenzpflicht. Ferner kann es Gründe geben, die es für die/den einzelne/n Schüler/in erschweren oder unmöglich machen, ein Bildungsangebot vor Ort wahrzunehmen, wie Erkrankungen oder Quarantäne. (30)

²⁰ SächsOVG 22.04.2021 - 3 B 183/21 - Rdnr. 30 - juris.

²¹ Vgl. BVerfG 19.11.2021 - 1 BvR 971.21 -.

²² Nds. OVG 12.11.2021 - 2 ME 172.21 - Rdnr. 12 - juris.

Für solche Fälle eines berechtigten Bedarfs wäre ein einklagbares Recht, digital am Unterricht teilnehmen zu können, sachlich sinnvoll und unproblematisch mit der Schulpflicht vereinbar.

b) Vorgaben für weiterführende Bildungsangebote

Für weiterführende Bildungsangebote, insbesondere an Hochschulen und Volkshochschulen, lassen sich aus Art. 7 Abs. 1 GG keine Vorgaben ableiten. Anforderungen an solche Bildungsangebote ergeben sich aber aus der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und für Hochschulen besonders aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG). (31)

aa) Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG enthält ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit und schützt auch das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen. Zu den Ausbildungsgängen gehören auch berufsqualifizierende Studiengänge an Hochschulen²³ und Kurse an Volkshochschulen, wenn sie berufsbezogen ausbilden.²⁴ (32)

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Zugang zu bestehenden staatlichen Bildungseinrichtungen. Das Grundrecht gewährleistet aber kein Recht auf Einrichtung bestimmter Ausbildungsgänge, die überdies in einer verfassungsrechtlich determinierten Weise zu gestalten wären. Art. 12 Abs. 1 GG gibt nicht im Einzelnen vor, in welcher Weise Ausbildungsgänge gestaltet werden. Dies obliegt vielmehr dem einfachen Gesetzgeber. Art. 12 Abs. 1 GG begründet daher kein allgemeines Recht auf digitale Bildung, steht der einfachgesetzlichen Einführung eines solchen Rechts aber auch nicht entgegen. (33)

Auch aus den Landesverfassungen ergeben sich im Kern keine über Art. 12 Abs. 1 GG hinausgehenden Vorgaben. Die Landesverfassungen räumen teils über Art. 12 Abs. 1 GG hinaus ein Grundrecht auf Bildung ein (Art. 11 Abs. 1 LV BW, Art. 20 Abs. 1 Satz 1 VvB, Art. 4 Abs. 1 NV, Art. 6 Abs. 3 LV NRW). Diese Bestimmungen geben aber nicht vor, in welcher Form diese Bildung zu erfolgen hat. (34)

²³ BVerfG 21.10.1981 - 1 BvR 802.78 - Rdnr. 65 - juris.

²⁴ Ruffert, in: Epping/Hillgruber, GG, 49. Edition, Art. 12 Rdnr. 45.1.

bb) Freiheit der Lehre, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Für die Lehre in den Hochschulen ist zusätzlich die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistete Lehrfreiheit zu berücksichtigen. (35)

Die Lehrfreiheit als selbstständige Teilgarantie schützt Inhalt, Ablauf und die freie Wahl der methodischen Ansätze in den Lehrveranstaltungen;²⁵ insbesondere ist die Lehre nicht an eine bestimmte Form gebunden.²⁶ Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern steht es deshalb grundsätzlich frei, in welcher Form sie ihre Lehrveranstaltungen gestalten. Eine Pflicht, Lehrveranstaltungen stets (auch) digital anzubieten, würde deshalb in die Lehrfreiheit eingreifen. (36)

Indes könnte ein solcher Eingriff im Interesse anderer Güter mit Verfassungsrang gerechtfertigt sein. So dient das Angebot von Onlinelehre während der COVID-19-Pandemie dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG). Ein weiteres Verfassungsgut ist die Berufsfreiheit der Studierenden (Art. 12 Abs. 1 GG), die durch einen verstärkten Zugang zu digitalen Bildungsangeboten gefördert würde.²⁷ Die Schaffung eines gesetzlichen Rechts auf digitale Bildung dürfte daher grundsätzlich auch mit der Lehrfreiheit vereinbar sein. Entscheidend dürfte die verfassungskonforme Ausgestaltung im Einzelfall sein, die Lehrkräften wohl einen gewissen Spielraum belassen und die Eigenheiten der jeweiligen Fächer und Lehrveranstaltungen beachten müsste. Umgekehrt wird derzeit im Übrigen diskutiert, ob die Wissenschaftsfreiheit Lehrenden auch das Recht gewährt, Lehre ausschließlich digital anzubieten.²⁸ (37)

c) **Fazit**

Im geltenden Verfassungsrecht finden sich bereits Ansätze eines Rechts auf digitale Bildung. Zudem stehen weder das Grundgesetz noch die Landesverfassungen der Einführung eines weitergehenden einklagbaren Anspruchs entgegen. Insofern sind lediglich einfachgesetzliche Anpassungen erforderlich, die im folgenden Abschnitt erörtert werden. (38)

²⁵ BVerfG 17.02.2016 - 1 BvL 8.10 - Rdnr. 52 - juris.

²⁶ Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rdnr. 116.

²⁷ Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Lehrfreiheit aufgrund der Berufsfreiheit von Studierenden vgl. BVerfG 29.05.1973 - 1 BvR 424.71 - Rdnr. 191 - juris; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rdnr. 162.

²⁸ Vgl. Birnbaum, in: Birnbaum, Bildungsrecht in der Corona-Krise, § 4 Rdnr. 26.

2. Einfachgesetzliche Regelungen

Gesetzliche Vorgaben für die verschiedenen Bildungszweige finden sich in erster Linie in den einzelnen Schul- und Hochschulgesetzen sowie den Weiterbildungsgesetzen der Länder. Teilweise sind dort Ansätze digitaler Bildungsangebote zu finden. Ein allgemeines Recht auf digitale Bildung besteht bislang nicht, könnte aber eingeführt werden. (39)

a) Allgemeinbildende Schulen einschließlich der Berufsschulen

Die Schulgesetze der Länder verpflichten Schülerinnen und Schüler der allgemeinbildenden Schulen einschließlich der Berufsschulen, die Schule zu „besuchen“.²⁹ Besuch der Schule meint grundsätzlich die physische Anwesenheit im Schulgebäude.³⁰ Die Möglichkeit der Befreiung von der Präsenzpflcht handhabt die Rechtsprechung grundsätzlich sehr zurückhaltend.³¹ Regelungen zu digitaler Bildung enthalten die Schulgesetze nur am Rande; sie betreffen die Nutzung digitaler Lernmedien im Präsenzunterricht, vgl. §§ 7 Abs. 2a, 16 SchulG BE, § 31 Abs. 5 NSchG, §§ 120 Abs. 5, 121 Abs. 1 SchulG NRW. (40)

b) Hochschulen

Die Landeshochschulgesetze enthalten meist keine näheren Vorgaben dazu, in welcher Form Lehrveranstaltungen stattfinden sollen. Vielmehr werden die einzelnen Studiengänge durch Studien- oder Prüfungsordnungen näher ausgestaltet (§ 30 LHG BW, § 31 BerlHG, § 6 NHG, § 60 Abs. 1 HG NRW, § 32 SächsHFG). Regelungen über digitale Lehre finden sich – neben den aus Anlass der COVID-19-Pandemie hinzugefügten Regeln³² – nur vereinzelt; diese Regelungen verpflichten die Hochschulen meist nur, den Einsatz digitaler Medien zu fördern. So sind in Baden-Württemberg Weiterbildungsangebote der Hochschulen, die sich an Personen richten, die bereits über eine im sekundären Bildungsbereich erworbene Berufsausbildung verfügen, an die Lernsituation dieses Personenkreises, u.a. durch digitale Angebote, anzupassen, § 31 Abs. 2 Nr. 3 LHG. Niedersächsische Hochschulen haben allgemein die Aufgabe, Einrichtungen zum Einsatz digitaler Medien in der Lehre zu entwickeln und zu betreiben, § 3 Abs. 2 Satz 1 NHG. In (41)

²⁹ §§ 72, 76 Abs. 1 SchG BW, § 41 Abs. 3 SchulG BE, §§ 76 Satz 1, 67 Abs. 1 NSchG, §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1 SchulG NRW, § 26 Abs. 2 SächsSchulG.

³⁰ VGH BW 03.08.2021 - 9 S 567.19 -; OVG NRW 22.09.2021 - 19 B 1458.21 - Rdnr. 7 - juris; vgl. auch SächsOVG 01.07.2019 - 2 B 133.19 - Rdnr. 6 ff. - juris.

³¹ Vgl. z.B. VGH BW 03.08.2021 - 9 S 567.19 -; Nds. OVG 26.09.2019 - 2 ME 640.19 -; auch OVG NRW 29.11.2021 - 19 B 1492.21 - zu einem Einzelfall eines Schulverweigerers.

³² Vgl. z.B. § 32 Abs. 8 Satz 1 BerlHG, § 82a HG NRW.

Berlin können Hochschulprüfungen gemäß § 32 Abs. 8 BerlHG ausdrücklich auch digital durchgeführt werden.

Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, ein generelles Recht auf digitale Teilnahme an Lehrveranstaltungen in den jeweiligen Hochschulgesetzen zu verankern. Eine solche gesetzliche Grundlage dürfte auch notwendig sein, da eine Pflicht zur Online-Lehre – wie gezeigt – in die Lehrfreiheit der Lehrkräfte eingreifen würde.³³ (42)

c) Volkshochschulen

Zu dem Lehrangebot der Volkshochschulen enthalten die Weiterbildungsgesetze der Bundesländer³⁴ keine näheren Vorgaben; sie beschränken sich im Kern darauf, die Finanzierung der Volkshochschulen aus dem Landeshaushalt zu regeln. (43)

Für die Volkshochschulen könnte ein Recht auf digitale Bildung deshalb auf unterschiedliche Weise eingeführt werden. Denkbar ist neben einer gesetzlichen Regelung in den Weiterbildungsgesetzen auch, ein solches Recht in einer Satzung einer Kommune zu regeln, da die meisten Volkshochschulen in kommunaler Trägerschaft stehen (vgl. z.B. § 11 WbG NRW). (44)

II. Umsetzung des Rechts auf digitale Bildung

Um ein allgemeines Recht auf digitale Bildung auch effektiv und durchsetzbar zu schaffen, dürften einheitliche Qualitätsstandards technischer Natur notwendig sein. Zudem müssten die jeweiligen Bildungseinrichtungen mit den erforderlichen Ressourcen ausgestattet werden. Insofern liegt ein Förderprogramm des Bundes nahe. Beides lässt sich bereits auf Grundlage des geltenden Verfassungsrechts umsetzen. (45)

1. Regelung einheitlicher technischer Standards

Die Gesetzgebungskompetenz für das Bildungswesen liegt überwiegend bei den Ländern. Die wenigen dem Bund im Hochschulrecht verbliebenen Kompetenzen für die Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse (Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG) sowie die Ausbildungsförderung und die Förderung der wissenschaftlichen Forschung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG) können für die (46)

³³ Siehe oben 1. b) bb).

³⁴ Gesetz zur Förderung der Weiterbildung und des Bibliothekswesens in Baden-Württemberg (WFBG BW); Niedersächsisches Erwachsenenbildungsgesetz (NEBG); Weiterbildungsgesetz NRW (WbG NW); Gesetz über die Weiterbildung im Freistaat Sachsen (SächsWBG); in Berlin sind die Volkshochschulen durch § 40 SchulG BE anerkannt.

bundeseinheitliche Normierung technischer Standards nicht fruchtbar gemacht werden. Auch die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes aus Art. 91c Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 GG dürften hier nicht greifen. Sie beziehen sich auf ein einheitliches IT-Verbindungsnetz bzw. einen übergreifenden Zugang zu den Verwaltungsleistungen des Bundes und der Länder, nicht jedoch auf digitalen Unterricht.

Bundesweit einheitliche Standards könnten jedoch durch Vereinbarungen (namentlich Staatsverträge oder Verwaltungsabkommen) zwischen den Ländern etabliert werden. Auch eine Beteiligung des Bundes an solchen Vereinbarungen wäre möglich, um die Standards auch auf Bildungseinrichtungen des Bundes zu erstrecken. Für solche Vereinbarungen enthält Art. 91c Abs. 1 GG eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage. Danach können Bund und Länder bei der Planung, Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken. Art. 91c Abs. 1 GG spricht allgemein von „Bund und Ländern“ und macht dadurch deutlich, dass entsprechende Vereinbarungen sowohl zwischen dem Bund und allen oder einzelnen Ländern als auch nur zwischen allen oder einzelnen Ländern getroffen werden können.³⁵ Die Norm ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber bewusst weit und entwicklungsoffen als eine Art Generalklausel zur Kooperation im IT-Bereich gefasst worden.³⁶ Insofern erscheint es naheliegend, sie auch für die Schaffung einheitlicher technischer Standards in Bildungseinrichtungen fruchtbar zu machen. (47)

Zu beachten ist dabei, dass die Durchsetzung solcher Standards gegenüber Selbstverwaltungskörperschaften – wie Hochschulen oder Kommunen als Träger von Bildungseinrichtungen – förmlicher Landesgesetze bedürfen könnte. Dies könnte es erforderlich machen, die Vereinbarung in der Form eines Staatsvertrags abzuschließen, der der Zustimmung der (Landes-)Parlamente bedarf.³⁷ (48)

Ein wesentlicher Zweck des Art. 91c GG ist, eine bessere Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Fragen der technischen Infrastruktur anzustoßen. Diesem Ziel dient der IT-Planungsrat, dem Vertreter des Bundes und der Länder angehören und der durch den sog. IT-Staatsvertrag gegründet wurde. Der IT-Planungsrat beschließt unter anderem fachunabhängige und fachübergreifende IT-Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards. Dazu können auch Vorgaben für Bildungseinrichtungen gehören, die einheitlich nutzbare Angebote ermöglichen sollen. Die auf der Grundlage des Art. 91c GG bereits geschaffenen Strukturen des IT-Planungsrates, die sich (49)

³⁵ BT-Drs. 16/12410, Seite 9; *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber, GG, 49. Edition, Art. 91c Rdnr. 17.

³⁶ Siehe BT-Drs. 16/12410, Seite 9; *Schliesky*, in: Bonner Kommentar GG, Juli 2021, Art. 91c Rdnr. 25 ff.; *Siekmann*, in: Sachs, GG, 9. Aufl., Art. 91c Rdnr. 3 ff.

³⁷ Vgl. zu dieser Möglichkeit *Schliesky*, in: Bonner Kommentar GG, Juli 2021, Art. 91c Rdnr. 1.

etwa im Bereich der OZG-Umsetzung und weiteren Verwaltungsdigitalisierung bewährt haben, könnten ebenfalls genutzt werden, um im Rahmen einer föderalen Zusammenarbeit einheitliche technische Vorgaben für digitale Bildungsangebote festzulegen.

2. Förderprogramm des Bundes

Neben der Definition technischer Standards ist die Ausstattung der Bildungseinrichtungen mit der dafür nötigen Infrastruktur und die Finanzierung dieser Infrastruktur erforderlich. Insoweit liegt ein Förderprogramm des Bundes nahe. Ein solches Programm wäre sowohl mit dem Finanzverfassungsrecht als auch mit dem EU-Beihilfenrecht vereinbar. (50)

a) Verfassungsrecht

Ob sich der Bund durch ein Förderprogramm an der Finanzierung digitaler Bildungsangebote auf Landesebene beteiligen darf, richtet sich im Kern nach Art. 104a Abs. 1 GG. Danach tragen der Bund und die Länder gesondert ihre Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben. Mit anderen Worten hat also jede Ebene ihre Aufgabenerfüllung grundsätzlich selbst zu finanzieren. Die Ausgabenverantwortung folgt der Aufgabenverantwortung, soweit das Grundgesetz nichts anderes anordnet oder erlaubt.³⁸ (51)

Nach Art. 30 und Art. 83 f. GG obliegt die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich den Ländern, soweit nicht das Grundgesetz eine anderweitige Regelung trifft. Danach fällt insbesondere das Bildungswesen überwiegend in die Länderzuständigkeit und ist folglich gemäß Art. 104a Abs. 1 GG auch grundsätzlich durch die Länder zu finanzieren. Ein Förderprogramm des Bundes für die IT-Ausstattung von Bildungseinrichtungen der Länder bedarf daher einer spezifischen verfassungsrechtlichen Grundlage. Hierfür kommen mehrere Regelungen in Betracht. (52)

aa) Art. 91c GG

Nach der bereits erwähnten Vorschrift des Art. 91c Abs. 1 GG können Bund und Länder bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken. Nach verbreiteter Auffassung (53)

³⁸ *Hellermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rdnr. 34.

enthält diese Vorschrift eine Spezialregelung gegenüber Art. 104a Abs. 1 GG und erlaubt daher auch eine gemeinsame Finanzierung von IT-Projekten.³⁹

Dem könnte ein Gegenschluss aus Art. 91c Abs. 2 Satz 4 GG entgegengehalten werden. (54)
Diese Vorschrift regelt ausdrücklich, dass Bund und Länder Vereinbarungen zur Kostentragung bei Standards zur Kommunikation zwischen ihren jeweiligen IT-Systemen treffen. Hieraus könnte gefolgert werden, dass eine gemeinsame Finanzierung außerhalb dieser Sonderkonstellation nicht zulässig sei. Im Ergebnis dürfte dieser Einwand jedoch nicht durchgreifen: Die Kostentragungsregelung in Art. 91c Abs. 2 Satz 4 GG beruht darauf, dass Art. 91c Abs. 2 Satz 3 GG erlaubt, die genannten Standards durch qualifizierte Mehrheit verbindlich für alle festzulegen. Dagegen ist der Regelungsbereich des Art. 91c Abs. 1 GG erheblich weiter und umfasst namentlich auch den Betrieb gemeinsamer technischer Einrichtungen, bei dem Kosten naturgemäß nicht trennscharf einer Körperschaft zugeordnet werden können.

Vor diesem Hintergrund erscheint es gut vertretbar, Art. 91c Abs. 1 GG als eine mögliche (55)
Rechtsgrundlage für ein Bundesförderprogramm anzusehen.

bb) Art. 91b GG

Für die Förderung der technischen Ausstattung an Hochschulen bietet Art. 91b GG eine (56)
Grundlage. Gemäß Art. 91b Abs. 2 Satz 1 GG können Bund und Länder auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre zusammenwirken. Vereinbarungen, die im Schwerpunkt Hochschulen betreffen, bedürfen der Zustimmung aller Länder, Art. 91b Abs. 2 Satz 2 GG.

Da die Norm die Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre betrifft, kann die (57)
danach zulässige Vereinbarung zwischen Bund und Ländern nur zu einer gemeinsamen Finanzierung der Infrastruktur an Hochschulen einschließlich der Fachhochschulen⁴⁰ und an außeruniversitären Forschungseinrichtungen genutzt werden. Allgemeinbildende Schulen und Einrichtungen der Erwachsenenbildung sind dagegen nicht erfasst.⁴¹ Im Gegensatz zu Art. 91c GG erfasst Art. 91b GG jedoch auch private Hochschulen.⁴²

³⁹ Suerbaum, in: Epping/Hillgruber, GG, 49. Edition, Art. 91c Rdnr. 8; Siekmann, in: Sachs, GG, 9. Aufl., Art. 91c Rdnr. 7.

⁴⁰ Vgl. zur Forschungstätigkeit an Fachschulen BVerfG 13.04.2010 - 1 BvR 216.07 -.

⁴¹ Vgl. dazu Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 91b Rdnr. 15; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 116.

⁴² Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 91b Rdnr. 19.

Art. 91b Abs. 1 GG ermöglicht eine Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Fällen überregionaler Bedeutung. Überregionale Bedeutung hat ein Fall, wenn er im nationalen oder internationalen Kontext bedeutsam ist.⁴³ Die Schaffung einer bundesweit interoperablen digitalen Bildungsinfrastruktur hat nationale Bedeutung, weil sie nur durch bundesweit qualitativ vergleichbare Einrichtungen gewährleistet werden kann. Art. 91b GG ermöglicht auch eine gemeinsame Finanzierung des überregionalen Projekts, wie Art. 91b Abs. 3 GG belegt. Die Kosten können in der Vereinbarung beliebig verteilt werden; möglich ist auch, dass der Bund alle Kosten trägt.⁴⁴ (58)

Für die Finanzierung einer einheitlichen digitalen Infrastruktur an Hochschulen bietet Art. 91b GG deshalb eine weitere Grundlage. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 91b GG den Abschluss einer Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern voraussetzt. Ein Förderprogramm könnte auf dieser Grundlage daher nicht einseitig durch den Bund aufgelegt werden. (59)

cc) Art. 104c GG

Für Bildungseinrichtungen in kommunaler Trägerschaft bietet Art. 104c GG eine weitere Grundlage für eine finanzielle Beteiligung des Bundes. Gemäß Art. 104c Satz 1 GG kann der Bund den Ländern Finanzhilfen für gesamtstaatlich bedeutsame Investitionen sowie besondere, mit diesen unmittelbar verbundenen, befristeten Ausgaben der Länder und Gemeinden zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen Bildungsinfrastruktur gewähren. Zu der kommunalen Bildungsinfrastruktur zählen insbesondere die allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen in kommunaler Trägerschaft;⁴⁵ auch die Volkshochschulen können als kommunale Bildungseinrichtungen eingeordnet werden, wenn sie von einer Gemeinde getragen werden. Art. 104c GG wurde und wird namentlich für den DigitalPakt Schule 2019 bis 2024 genutzt. (60)

Eine Finanzierung nach Art. 104c Satz 1 GG muss im Kern drei Voraussetzungen erfüllen: Den Ländern muss erstens eine Finanzhilfe gewährt werden, die zweitens einer gesamtstaatlich bedeutsamen Investition zur drittens Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen Bildungsinfrastruktur dient. Finanzhilfen sind Zuwendungen des Bundes an die Länder, die der Deckung eines konkreten Finanzbedarfs dienen.⁴⁶ Dieser konkrete Bedarf (61)

⁴³ BT-Drs. 18/2710, Seite 7; *Schwarz*, in; Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 91b Rdnr. 23.

⁴⁴ *Schwarz*, in; Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 91b Rdnr. 38.

⁴⁵ *Kube*, in; Epping/Hillgruber, GG, 49. Edition, Art. 104c Rdnr. 3

⁴⁶ *Schwarz*, in; Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 104c Rdnr. 10.

muss in der kommunalen Bildungsinfrastruktur bestehen, deren Leistungsfähigkeit gesteigert werden soll. Diese Voraussetzungen liegen im Fall eines Zuwendungsprogramms für eine einheitliche digitale Infrastruktur vor, weil eine verbesserte technische Infrastruktur auch die Leistungsfähigkeit kommunaler Bildungseinrichtungen erhöht. Die Schaffung dieser Infrastruktur muss auch eine gesamtstaatlich bedeutsame Investition sein. Die Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers zu Art. 104c GG erläutert, dass die Sanierung und Modernisierung der Bildungsinfrastruktur ein wesentlicher Faktor sei, um die Zukunftsfähigkeit des Staates zu gewährleisten. Damit sei sie auch gesamtstaatlich von besonderer Bedeutung.⁴⁷ Ein Förderprogramm zur einheitlichen digitalen Ausstattung kommunaler Bildungseinrichtungen hat danach ohne weiteres gesamtstaatliche Bedeutung. Begrenzungen des Inhalts eines solchen Förderprogramms ergeben sich aber daraus, dass es eine gesamtstaatlich bedeutsame „Investition“ sein muss. Investitionen sind nur Sachanlagen, wie die Verbesserung der technischen Ausstattung im IT-Bereich, nicht dagegen Finanzinvestitionen, die der allgemeinen Finanzierung der Bildungseinrichtungen dienen, wie insbesondere die durch eine verbesserte Ausstattung entstehenden Personalkosten.⁴⁸

Auf der Grundlage von Art. 104c GG ist auch eine Finanzierung der digitalen Infrastruktur kommunaler Bildungseinrichtungen, wozu namentlich Schulen und Volkshochschulen in kommunaler Trägerschaft gehören, möglich. Für Hochschulen greift die Vorschrift jedoch nicht. (62)

dd) Finanzierungskompetenz aus der Natur der Sache

Schließlich ließe sich möglicherweise eine ungeschriebene Finanzierungskompetenz aus der Natur der Sache vertreten. (63)

Eine Finanzierungskompetenz aus der Natur der Sache kommt dem Bund nach der Staatspraxis für finanzielle Fördermaßnahmen bei Aufgaben mit überregionalem Charakter zu.⁴⁹ Eine solche Kompetenz aus der Natur der Sache erweitert die geschriebenen Kompetenzen des Bundes, sich an der Finanzierung von Aufgaben der Länder zu beteiligen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert allgemein, Kompetenzen aus der Natur der Sache setzen voraus, dass eine Materie nach ihrer Natur a priori dem Bund zugewiesen ist, (64)

⁴⁷ BT-Drs. 18/11131, Seite 16.

⁴⁸ *Kube*, in: Epping/Hillgruber, GG, 49. Edition, Art. 104c Rdnr. 3; *Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 104c Rdnr. 12.

⁴⁹ BVerfG 18.07.1967 - 2 BvF 3.62 - Rdnr. 116 ff. - juris; BVerwG 18.12.1986 - 3 C 39.81 - Rdnr. 31 - juris; *von Arnim*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. Staatsrecht, 3. Aufl., § 138 Rdnr. 55.

sie müssen begriffsnotwendig sein und eine Bundeskompetenz unter Ausschluss anderer Lösungen zwingend erfordern.⁵⁰ Eine solche Finanzierungskompetenz des Bundes kraft Natur der Sache für finanzielle Fördermaßnahmen bei Aufgaben mit überregionalem Charakter kann auch in Bereichen vorliegen, in denen die Länder und Kommunen über die originären Verwaltungszuständigkeiten verfügen.⁵¹

Auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages begründet eine Finanzierungskompetenz des Bundes aus der Natur der Sache mit dem überregionalen Charakter von Projekten. Dabei stützt er sich auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu Fördermaßnahmen des Bundes im Bereich der Jugendhilfe. Diesbezüglich liegt die Verwaltungs- und Finanzierungszuständigkeit nach der Systematik der Art. 30, 83 ff. GG grundsätzlich bei den Ländern. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass der Bund im Bereich der Jugendhilfe gleichwohl über eine Verwaltungs- und damit eine Finanzierungskompetenz für finanzielle Fördermaßnahmen mit Blick auf solche Tätigkeiten verfügt,

(65)

„die der Aufgabe nach eindeutig überregionalen Charakter haben. Es muss sich um Bestrebungen handeln, die ihrer Art nach nicht durch ein Land allein wirksam gefördert werden können. Die Förderung von Bestrebungen auf dem Gebiet der Jugendpflege durch den Bund wäre demnach zulässig z.B. (...) bei gesamtdeutschen Aufgaben und bei internationalen Aufgaben.“⁵²

Dementsprechend ist auch eine Finanzierungskompetenz des Bundes zur Verbesserung der Ausstattung von Kindergärten durch das sog. „Gute-KiTa-Gesetz“⁵³ anerkannt worden: Auf der Grundlage dieses Gesetzes stellt der Bund im Zeitraum 2019 - 2022 Haushaltsmittel von 5,5 Mrd. Euro u.a. zur Schaffung eines bedarfsgerechten Angebotes, eines guten Fachkraft-Kind-Schlüssels, zur Qualifizierung von Fachkräften oder zur Stärkung der Kitaleitungen bereit. Obwohl die Aufgabe der Kindertagesbetreuung eigentlich den Ländern bzw. Kommunen obliegt und das Grundgesetz keine Aufgabenzuweisung an den Bund in diesem Bereich vorsieht, bestätigte das zu dem Gesetzentwurf erstattete Rechtsgutachten eine Verwaltungs- und Finanzierungskompetenz des Bundes kraft Natur der

(66)

⁵⁰ Vgl. BVerfG 10.05.1960 - 2 BvO 6.56 - Rdnr. 46.

⁵¹ Vgl. Fn. 51..

⁵² BVerfG, Urteil vom 18. Juli 1967 - 2 BvF 3/62 -, BVerfGE 22, 180-220, Rdnr. 116 ff.

⁵³ Gesetz vom 19.12.2018 zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung, BGBl. 2018 Teil I Nr. 49.

Sache, soweit die Bundesförderung der Schaffung eines in allen Ländern im Wesentlichen gleichen Angebots an qualitätsorientierter Tagesbetreuung dient.⁵⁴ Auch der Bundesrechnungshof hat dies nicht beanstandet: Obwohl er das „Gute-KiTa-Gesetz“ und die dafür im Bundeshaushalt vorgehaltenen Haushaltsmittel von 5,5 Mrd. Euro in seinem Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages für die Beratungen zum Bundeshaushalt 2020 informatorisch erwähnte, hat er weder die Mittelausstattung noch die Finanzierungskompetenz des Bundes hinterfragt oder kritisiert.⁵⁵ Hätte er Zweifel an der verfassungs- und haushaltsrechtlichen Zulässigkeit der Bundesförderung gehabt, hätte er diese dem Haushaltsgesetzgeber – wie in Bezug auf andere Haushaltstitel – zur Berücksichtigung bei der Haushaltsaufstellung für das Jahr 2020 mitgeteilt.

Die Förderung einer einheitlichen digitalen Infrastruktur an Bildungseinrichtungen soll vor allem den Bürgerinnen und Bürgern den Zugang zu den Angeboten dieser Einrichtungen erleichtern, indem an allen erfassten Bildungseinrichtungen eine technische Ausstattung mit vergleichbarer Leistungsfähigkeit geschaffen wird, die eine digitale Bereitstellung dieser Angebote ermöglicht. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die technischen Voraussetzungen bundeseinheitlich geschaffen werden. Das Förderprogramm betrifft ähnlich wie das Gute-KiTa-Gesetz die Schaffung von in allen Ländern einheitlichen Standards und deshalb eine überregional wahrzunehmende Aufgabe. (67)

Ein Förderprogramm des Bundes für die Einrichtung, Wartung und Nachrüstung der nötigen technischen Infrastruktur an Bildungseinrichtungen kann demnach auch auf eine Kompetenz aus der Natur der Sache gestützt werden. Auf der Grundlage einer solchen Kompetenz könnte das Förderprogramm auch durch einen Haushaltstitel und eine entsprechende Zuwendungsrichtlinie aufgelegt werden. (68)

b) EU-Beihilfenrecht

Art. 107 Abs. 1 AEUV statuiert ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen. Allerdings handelt es sich bei dem in Art. 107 Abs. 1 AEUV normierten Beihilfenverbot nicht um ein absolutes Verbot. Vielmehr können Beihilfen nach Maßgabe spezifischer Aus- (69)

⁵⁴ Wieland, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, April 2017, Gesetzgebungs- und Finanzierungskompetenz des Bundes für ein Qualitätsentwicklungsgesetz Kindertagesbetreuung, S. 14 f.

⁵⁵ Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO, Information über die Entwicklung des Einzelplans 17 (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend) für die Beratungen zum Bundeshaushalt 2020. S. 22.

nahmenvorschriften ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Dementsprechend erfolgt die Prüfung, ob eine staatliche Maßnahme mit dem Beihilfenrecht im Einklang steht, üblicherweise in zwei Schritten. Der erste Prüfungsschritt dient der Feststellung, ob der Beihilfentatbestand i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist und damit überhaupt eine Beihilfe vorliegt. Nur dann bedarf es im zweiten Schritt der Prüfung, ob die Beihilfe entgegen dem in Art. 107 Abs. 1 AEUV geregelten grundsätzlichen Beihilfeverbot ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

aa) Überwiegend staatlich finanzierte Bildungsangebote

In Bezug auf staatlich beaufsichtigte und überwiegend staatlich finanzierte Bildungsangebote steht das EU-Beihilfenrecht der Einführungen eines Förderprogramms zur digitalen Ausstattung nicht entgegen. Denn eine staatliche Fördermaßnahme erfüllt den Beihilfentatbestand allenfalls, wenn es sich bei dem jeweils Begünstigten um ein Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne handelt. Maßgeblich ist der von den Unionsgerichten in ständiger Rechtsprechung herangezogene und auch von der EU-Kommission zugrunde gelegte sog. funktionale Unternehmensbegriff. Hiernach ist ein Unternehmen

„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform.“⁵⁶

Das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit ist weit zu verstehen. Erfasst wird

„jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt“,

in der Regel gegen Entgelt, anzubieten.⁵⁷ Speziell für Bildungseinrichtungen hat die Kommission gesonderte Kriterien für die Differenzierung zwischen dem nichtwirtschaftlichen und dem wirtschaftlichen Bereich entwickelt. Danach kann die

„innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und beaufsichtigt

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Pavlov u.a., ECLI:EU:C:2000:428, Rdnr. 74; Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – Cassa di Risparmio di Firenze SpA u.a., ECLI:EU:C:2006:8, Rdnr. 107; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rdnr. 7.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Pavlov u.a., ECLI:EU:C:2000:428, Rdnr. 75; Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – Cassa di Risparmio di Firenze SpA u.a., ECLI:EU:C:2006:8, Rdnr. 108; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rdnr. 12.

wird, [...] als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden.“⁵⁸

Diese Kriterien beruhen auf einer einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, in der er festgestellt hat, dass der Staat (72)

„[...] durch die Errichtung und die Erhaltung eines solchen staatlichen Bildungssystems, das in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfüllte.“⁵⁹

Entscheidend für die Einordnung eines Bildungsangebotes als (nicht-)wirtschaftlich sind damit dessen Zuordnung zum staatlich beaufsichtigten Bildungssystem und die Finanzierungsstruktur. Soweit sich das Bundesprogramm auf Bildungseinrichtungen bezieht, die unter staatlicher Aufsicht stehen, ist die von der Kommission geforderte Zuordnung zum staatlich beaufsichtigten Bildungssystem gegeben. Für allgemeinbildende Schulen und Berufsschulen folgt die Unterstellung unter eine staatliche Aufsicht bereits aus Art. 7 Abs. 1 GG. Für Hochschulen folgt Entsprechendes aus den Hochschulgesetzen und für die Volkshochschulen üblicherweise aus den Weiter- bzw. Erwachsenenbildungsgesetzen der Länder. (73)

Hinsichtlich des Finanzierungsmechanismus setzt die Einstufung eines staatlich beaufsichtigten Bildungsangebots als nichtwirtschaftliche Tätigkeit gemäß der Rechtsprechung des EuGH voraus, dass das entsprechende Angebot (74)

„(...) in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird (...).“⁶⁰

⁵⁸ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rdnr. 28.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 11.09.2007, Rs. C-318/05 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2007:495, Rdnr. 68; vgl. in diesem Sinne auch EuG, Urteil vom 15.09.2016, Rs. T-220/13 – Scuola Elementare Maria Montessori, ECLI:EU:T:2016/484, Rdnr. 141 ff., EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 21.02.2008, Rs. E-5/07 – Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde; Kommission, Beschluss vom 19.12.2012, Staatliche Beihilfe SA.20829 – Italien, Rdnr. 172; Kommission, Entscheidung v. 25.04.2001, Staatliche Beihilfe N 118/00 – Subventionen für professionelle Sportclubs; Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rdnr. 28.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 11.09.2007, Rs. C-318/05 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2007:495, Rdnr. 68; vgl. auch KOM, Entscheidung v. 25.04.2001, Staatliche Beihilfe N 118/00 – Subventionen für professionelle Sportclubs; vgl. auch Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rdnr. 28.

Allerdings führt die Zahlung von Teilnehmerbeiträgen für die Inanspruchnahme des Bildungsangebots nicht zwangsläufig dazu, dass das entsprechende Angebot als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist.⁶¹ Denn (75)

„solche finanziellen Beiträge decken oft nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten der Dienstleistung ab und können daher nicht als Entgelt für die erbrachte Dienstleistung angesehen werden. Daher ändert sich nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur einer allgemeinen Bildungsdienstleistung, die **vorrangig** aus staatlichen Mitteln finanziert wird.“⁶²

(Hervorhebung hinzugefügt)

Nach informeller Auskunft der Kommission ist das Kriterium einer vorrangigen staatlichen Finanzierung erfüllt, wenn diese mehr als 50% der Kosten der betreffenden Schule deckt. Bei Bildungseinrichtungen in staatlicher Trägerschaft dürfte dies i.d.R. unproblematisch der Fall sein. Bei Einrichtungen in privater Trägerschaft ist dies eine Frage des Einzelfalls. (76)

bb) Überwiegend aus nichtstaatlichen Mitteln finanzierte Bildungsangebote

Bildungsangebote, die überwiegend über Entgelte und/oder aus sonstigen nichtstaatlichen Mitteln finanziert werden, gelten für die Zwecke des Beihilfenrechts als Unternehmen und somit als taugliche Beihilfenempfänger. Eine Beihilfenqualität der staatlichen Förderung ist in diesen Fällen nur ausgeschlossen, wenn sich die staatliche Förderung nicht auf den Wettbewerb und Handel im Binnenmarkt auswirkt. Dem Beihilfentatbestand i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen nur solche Fördermaßnahmen, die geeignet sind, den Wettbewerb und Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Letzteres kann bei solchen Schulen bzw. Bildungseinrichtungen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, die in nicht völlig untergeordnetem Umfang Schüler/-innen bzw. Teilnehmer/-innen aus dem Ausland aufnehmen, insbesondere wenn sie z.B. über fremdsprachige Websites, Broschüren oder Austauschorganisationen aktiv für Auslandsaufenthalte werben. (77)

⁶¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8/4, Rdnr. 27; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rdnr. 29; EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 21.02.2008, Rs. E-5/07 – Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde, Rdnr. 80 ff.

⁶² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8/4, Rdnr. 27; EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 21.02.2008, Rs. E-5/07 – Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde, Rdnr. 80 ff.

Etwas anderes gälte ausnahmsweise, wenn die Förderung als sog. De-minimis-Beihilfe gewährt wird. Fördermaßnahmen, die die Kriterien der De-minimis-Verordnung⁶³ erfüllen, gelten mangels spürbarer Auswirkungen auf den Wettbewerb und Handel im Binnenmarkt als beihilfenfrei. Dies setzt insbesondere voraus, dass der Gesamtbetrag der dem jeweiligen Unternehmen bzw. – bei einem konzernangehörigen Unternehmen – der dem Konzern insgesamt gewährten De-minimis-Beihilfen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 Euro nicht übersteigt (Art. 3 Abs. 2 De-minimis-Verordnung). (78)

Ist dieser Schwellenwert im Einzelfall nicht ausreichend, ist der Beihilfentatbestand bei überwiegend nicht staatlich finanzierten Einrichtungen mit einem nicht nur völlig untergeordneten Anteil ausländischer Schüler/-innen bzw. Teilnehmer/-innen erfüllt. In diesen Fällen wäre zu prüfen, ob das Förderprogramm hinsichtlich solcher Einrichtungen, die nicht überwiegend staatlich finanziert werden, als mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe ausgestaltet werden kann. (79)

Gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV setzt die Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Binnenmarkt grundsätzlich voraus, dass der betreffende Mitgliedstaat sie bei der Kommission notifiziert und erst durchführt, wenn die Kommission einen Genehmigungsbeschluss erlassen hat. Eine Notifizierungs- bzw. Genehmigungspflicht besteht jedoch nicht, wenn die Fördermaßnahme die Voraussetzungen eines sog. Freistellungstatbestands erfüllt, den die Kommission in der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen („AGVO“)⁶⁴ geregelt hat. Beihilfen, die die Voraussetzungen der AGVO erfüllen, sind ohne Anmeldung bei bzw. Genehmigung durch die Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar. Mit einer Änderungsverordnung vom 23.07.2021 hat die Kommission den bereits zuvor bestehenden Freistellungstatbestand für feste Breitbandinfrastrukturen in Art. 52 AGVO neugefasst und in den Art. 52a ff. AGVO um weitere Freistellungstatbestände für die Förderung der Digitalisierung (z.B. für 4G- und 5G-Mobilfunknetze) ergänzt. Einige dieser Bestimmungen enthalten besondere Freistellungsmöglichkeiten zur Anbindung sog. sozioökonomischer Schwerpunkte an Breitband- (80)

⁶³ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 auf De-minimis-Beihilfen.

⁶⁴ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021.

und Mobilfunknetze, zu denen die Kommission u.a. Schulen und Hochschulen zählt.⁶⁵ Für den Fall, dass ein etwaiges Bundesprogramm auch überwiegend nichtstaatlich finanzierte Bildungseinrichtungen umfassen sollte, wären die in diesen Bestimmungen genannten Freistellungsvoraussetzungen zu beachten.

cc) Keine mittelbare Beihilfe für beauftragte Unternehmen

Eine über die Förderung der Bildungseinrichtungen selbst hinausgehende sog. mittelbare Beihilfe auf der Ebene der Unternehmen, die von der unmittelbar geförderten Bildungseinrichtung mit der Durchführung der technischen und baulichen Maßnahmen zur Verbesserung der Digitalisierung beauftragt werden, wäre ausgeschlossen, wenn diese für ihre Leistungen keine über dem marktüblichen Niveau liegende Vergütung erhalten. Dies könnte dadurch sichergestellt werden, dass die entsprechenden Aufträge über wettbewerbliche Bieterverfahren nach Maßgabe des Vergaberechts vergeben werden.

(81)

⁶⁵ Kom., Mitteilung COM(2016) 587 final, Konnektivität für einen wettbewerbsfähigen digitalen Binnenmarkt – Hin zu einer europäischen Gigabit-Gesellschaft.

REDEKER SELLNER DAHS

Leipziger Platz 3, 10117 Berlin

Tel +49 30 885665-176

boellhoff@redeker.de

holtmann@redeker.de

kottmann@redeker.de

Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB

Sitz Bonn · Partnerschaftsregister · AG Essen PR 1947

Berlin · Bonn · Brüssel · Leipzig · London · München

www.redeker.de

