

*Prof. Dr. Winfried Kluth*

# Rechtsgutachten zu Fragen des Privatschulrechts, insbesondere der finanziellen Förderung, in Sachsen-Anhalt unter Berücksichtigung von Artikel 28 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt

---

erstellt im Auftrag des Verbandes Deutscher Privatschulen  
Sachsen-Anhalt e. V.

Halle (Saale), im September 2014

## Inhaltsübersicht

Erster Teil: Sachverhalt und Fragestellungen .....	5
I. Die Ausgangslage: Rahmenbedingungen der Privatschulfinanzierung in Sachsen-Anhalt.....	5
1. Dimensionen der verfassungsrechtlichen Garantie der Privatschulen .....	5
2. Das Verhältnis von Art. 7 GG zu den landesverfassungsrechtlichen Garantien ..	8
3. Über Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehende Garantien des Landesverfassungsrechts.	8
a) Verfassung des Landes Brandenburg .....	8
b) Verfassung des Freistaates Sachsen.....	9
c) Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt.....	10
d) Verfassung des Freistaates Thüringen.....	11
e) Vergleichende Beurteilung.....	12
II. Die (neuere) Rechtsprechungsentwicklung .....	12
1. Die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.....	12
2. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen vom 15.11.2013.....	15
3. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Thüringen vom 21.05.2014.....	19
III. Die Fragestellungen des Gutachtens im Einzelnen .....	21
Zweiter Teil: Die Vorgaben der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt für die finanzielle Förderung der Ersatzschulen gem. Art. 28 Abs. 2 Verf LSA .....	23
I. Zur Entstehungsgeschichte und vergleichenden Einordnung der Regelung .....	23
1. Besondere Relevanz der Thematik in den neuen Bundesländern .....	23
2. Die Beratungen zu Art. 28 Verf LSA.....	23
3. Stärken und Defizite der Regelung sowie offene Fragen .....	24
II. Keine Beschränkung auf Ersatzschulen im engeren Sinne .....	25
III. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch.....	25
IV. Ausgestaltungs- oder Beschränkungsvorbehalt in Satz 2.....	26
V. Zulässigkeit und Ausgestaltung einer Wartefrist .....	28

Dritter Teil: Rechtliche Würdigung der Einzelfragen .....	34
I. Welche Anforderungen sind unter Berücksichtigung von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts an den Mindestinhalt des sog. Schülerkostenvergleichsberichts nach § 18g SchulG-LSA zu stellen? .....	34
1. Wortlaut des § 18g SchulG-LSA.....	34
2. Verfassungsrechtlicher Kontext.....	34
3. Die Anforderungen im Einzelnen .....	36
a) Differenzierung nach Schulformen .....	36
b) „tatsächlich entstehende Kosten“ .....	37
c) Vergleich mit den Finanzhilfebeiträgen.....	38
4. Beurteilung der aktuellen Berichterstattung .....	38
5. Schlussfolgerungen.....	39
II. In welcher prozentualen Höhe entsteht für Schüler/innen, die aufgrund einer Behinderung i.S.v. § 1 Abs. 3 S. 3 + 4 SchulG-LSA den gemeinsamen Unterricht besuchen, unter Berücksichtigung der Regelungen von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts sowie des § 9 Abs. 5 Nr. 3 + 4 der VO vom 08.08.2013 ein Anspruch auf einen Sachkostenzuschuss i.S.v. § 18a Abs. 5 SchulG-LSA für finanzhilfeberechtigte Ersatzschulträger? .....	39
1. Aktuelle Rechtslage .....	39
2. Voraussetzungen einer Erstattungs- bzw. Finanzierungspflicht.....	40
3. Schlussfolgerung.....	41
III. Inwieweit entspricht die Regelung zum Sachkostenzuschuss nach § 18a Abs. 5 SchulG-LSA überhaupt den Vorgaben von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen- Anhalts, zumal das Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt hinsichtlich der Ersatzschulförderung keinen Baukostenzuschuss vorsieht (mit Ausnahme von § 18a Abs. 6)? .....	42
1. Wortlaut des § 18a Abs. 5 SchulG-LSA .....	42
2. Verfassungsrechtlicher Kontext.....	42
3. Zwischenergebnis.....	44
IV. Nach Artikel 28 Abs. 1 S. 3 der Verfassung darf eine Ersatzschule u.a. nur genehmigt werden, wenn an ihr die Sonderung der Schüler/innen nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Aufgrund dieser Regelung schlussfolgert die Schulaufsicht in Sachsen-Anhalt, dass die Ersatzschulen Schüler/innen aus einkommensschwächeren Elternhäusern (in Sachsen-Anhalt häufig verbreitet) den Zugang an ihre Schule gewähren müssen, indem sie auf die Erhebung des Schulgeldes völlig verzichten oder dieses zumindest reduzieren. Erfolgt hieraus eine Erstattungspflicht des Landes an die Ersatzschulträger (s. u.a. Urteil des VGH Sachsen i.V.m. Art. 28 Abs.2 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt)?.....	45
1. Bisherige Rechtslage und Praxis.....	45
2. Erstattungsanspruch aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA .....	45

V.	Falls ja, in welcher Höhe und auch schon während der sog. Wartefrist.....	46
1.	Ausgestaltung und Zulässigkeit der Wartefrist.....	46
2.	Erstattungsansprüche während der Wartefrist.....	46

## Erster Teil: Sachverhalt und Fragestellungen

### I. Die Ausgangslage: Rahmenbedingungen der Privatschulfinanzierung in Sachsen-Anhalt

#### 1. Dimensionen der verfassungsrechtlichen Garantie der Privatschulen

Das Verfassungsrecht des Bundes (Art. 7 Abs. 4 GG) garantiert ebenso wie das Verfassungsrecht des Landes Sachsen-Anhalt (Art. 28 Verf LSA) die Gründung von staatlich anerkannten Schulen in privater Trägerschaft. Durch die staatliche Anerkennung wird unter anderem gesichert, dass die Schulabschlüsse allgemein anerkannt werden, weil sie auf gleichen Standards basieren, wie sie für staatliche Schulen gelten.

Die zentrale Regelung des Art. 7 Abs. 4 GG hat folgenden Wortlaut:

„(4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.“

Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet jedermann<sup>1</sup> das Grundrecht, Privatschulen zu errichten und zu betreiben, die sog. Privatschulfreiheit.<sup>2</sup> Geschützt wird auch die Freiheit der Eltern, ihre Kinder eine private Ersatzschule besuchen zu lassen.<sup>3</sup> Durch beide Garantien wird im Schulwesen Vielfalt ermöglicht und gefördert. Insbesondere die Eltern sollen die Möglichkeit haben, ihre Vorstel-

---

<sup>1</sup> Damit sind auch Ausländer berechtigt. In der Praxis überwiegend indes juristische Personen des Privatrechts als Träger von Privatschulen, so dass Art. 19 Abs. 3 GG zur Anwendung kommt.

<sup>2</sup> BVerfGE 27, 195 (200 f.); BVerfGE 88, 40 (46); BVerfGE 90, 107 (114); Jarass/Pieroth Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 7 Rn. 24 und 27; von Mangoldt/Klein/Starck/Robbers, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 7, Rn. 168 und 171; Maunz/Dürig/Badura, Grundgesetz, Kommentar, Bearbeitung 2007, Art. 7, Rn. 95; Stern/Becker/Kotzur, Grundrechte Kommentar, 2009, Art. 7, Rn. 46; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Hofmann, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2104, Art. 7, Rn. 38.

<sup>3</sup> BVerfGE 34, 165 (197 f.); Sachs/Schmitt-Kammler/Thiel, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 7 Rn. 61.

lungen über die schulische Erziehung institutionell umzusetzen. Das ist umso wichtiger, weil Homeschooling in Deutschland verboten ist.<sup>4</sup>

Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG garantiert auch die Privatschule als Institution<sup>5</sup>, weshalb gleichwertige Ersatzschulen nicht allein wegen ihrer andersartigen Erziehungsformen und -inhalte benachteiligt werden dürfen.<sup>6</sup> Die institutionelle Garantie der Privatschule berührt nicht das staatliche Organisationsrecht auf dem Gebiet des Schulwesens. Sie ermöglicht und sichert eine zweite Säule der Schulträgerschaft und der Bildungsgestaltung.

Aus der Bestandsgarantie der Privatschule in Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG resultiert weiterhin eine staatliche Pflicht zum Schutz und zur Förderung des privaten Ersatzschulwesens.<sup>7</sup> Ihren sachlichen Grund findet diese Pflicht nicht nur in den auch finanziell erheblichen Anforderungen, die das Grundgesetz namentlich an das private Ersatzschulwesen stellt und die ohne staatliche Hilfe faktisch zu einer erheblichen Einschränkung der Existenzmöglichkeit derartiger Schulen führen würden, sondern auch in dem Umstand, dass private Ersatzschulen den Staat von Bildungsaufgaben und –ausgaben entlasten.<sup>8</sup> Bei der Entscheidung, wie diese staatliche Schutz- und Förderungspflicht erfüllt werden soll, steht dem Landesgesetzgeber zwar grundsätzlich eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zu.<sup>9</sup> Diese unterliegt aber auch verfassungsrechtlichen Grenzen, die in den einzelnen Landesverfassungen durch eine unterschiedliche Regelungsdichte und unterschiedliche Reichweite der Förderung von Privatschulen voneinander abweichen.

Konkret verdichtet sich die Gestaltungsfreiheit nach der Rechtsprechung jedoch zu einer Handlungspflicht und einem korrespondierenden Förderanspruch des Ersatzschulträgers, wenn ansonsten „faktisch unüberwindbare

---

<sup>4</sup> Dazu näher Reimer (Hrsg.), Homeschooling, Bedrohung oder Bewährung des  
<sup>5</sup> BVerfGE 6, 309 (355); BVerfGE 27, 195 (200 f.); BVerfGE 75, 40 (61 f.); BVerfGE 90, 107 (114); BVerfGE 112, 74 (83); v. Münch/Kunig/*Boysen*, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 7, Rn. 88; v. M/K/S/*Robbers*, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 174; Stern/Becker/*Kotzur*, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 27.

<sup>6</sup> BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGE 34, 165 (197 f.); BVerfGE 88, 40 (46); BVerfGE 90, 107 (114, 116); vgl. auch Jarass/*Pieroth*, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 33.

<sup>7</sup> BVerfGE 75, 40 (62 f.); BVerfGE 90, 107 (115); BVerfGE 112, 74 (83 f.); BVerwGE 79, 154 (155 f.); v.M/K/S/*Robbers*, (Fn. 2), Art. 7 Rn. 174; Stern/Becker/*Kotzur*, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 47; näher Friauf/Höfling/*Geis*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand der Bearbeitung: 2004, Art. 7, Rn. 86 ff.

<sup>8</sup> Sachs/*Schmitt-Kammler/Thiel*, (Fn. 3), Art. 7, Rn. 62.

<sup>9</sup> BVerfGE 75, 40 (66 f.); BVerfGE 90, 107 (116); BVerfGE 112, 74 (84); VerfGH Bayern BayVBl 2008, 78, 80; siehe auch Jarass/*Pieroth*, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 29.

Hürden“ für die Ausübung des Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG bestehen bzw. wenn das Privatschulwesen als Institution evident gefährdet ist.<sup>10</sup> Die Handlungspflicht kann durch staatliche Finanzhilfe erfüllt werden, auf die freilich kein verfassungsunmittelbarer Anspruch besteht, sondern die der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf, dessen Regelung im Hinblick auf ihre Grundgesetzkonformität ggf. einer verfassungsgerichtlichen Prüfung unterzogen werden kann.<sup>11</sup>

Die Rechtsprechung hat dazu wichtige Orientierungen entwickelt. So dürfen bei der Finanzhilfe die Schulbaukosten nicht völlig unberücksichtigt bleiben, auch wenn aufgrund der landesgesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit die Kosten für Grundstückserwerb und für die Erschließung ausgenommen werden können.<sup>12</sup> Die Staatsleistungen an die Privatschulen können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch *grundsätzlich* an Wartefristen gebunden werden, in denen die Schulen ihren dauerhaften Bestand, ihre Annahme durch Eltern und Schüler sowie ihre pädagogische Bewährung belegen können; daraus darf indes faktisch keine Sperrwirkung für die Errichtung neuer Schulen resultieren.<sup>13</sup> Fraglich ist, inwieweit vor dem Hintergrund der gestiegenen Anforderungen eine lange Phase der eigenen Vollfinanzierung „realistisch“ ist, soweit nicht nach Ablauf derartiger „Erprobungsfristen“ eine Nachzahlung der vorenthaltenen Finanzhilfen erfolgt.<sup>14</sup>

Nach der Rechtsprechung kann der Landesgesetzgeber auch in zulässiger Weise auf die *individuelle Förderbedürftigkeit* des jeweiligen Schulträgers abgestellt werden.<sup>15</sup> Die Handhabung einer solchen Förderung erscheint indes im Hinblick auf die Gleichbehandlungspflicht aus Art. 3 Abs. 1 GG als schwierig. Jedenfalls müssen die zugrunde gelegten Kriterien sich aus dem Gesetz ergeben und dürfen nicht der Exekutive überlassen werden.

---

<sup>10</sup> BVerfGE 90, 107 (114 f.); BVerfGE 112, 74 (84); vgl. auch BVerwGE 79, 154 (158); BVerwG NVwZ-RR 2013, 147; hierzu *Jean d’Heur* in: Müller/Jean d’Heur (Hrsg.) *Zukunftsperspektiven der Freien Schule* 2. Aufl. 1996, 47; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Hofmann, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 52.

<sup>11</sup> BVerfGE 90, 107 (117); vgl. auch BVerfGE 112, 74 (84); BVerwG NVwZ-RR 2013, 147.

<sup>12</sup> BVerfGE 90, 128 (141 ff.); zur Ersatzschulfinanzierung im Hinblick auf Schulbauten näher *Pieroth* DÖV 1992, 593.

<sup>13</sup> BVerfGE 90, 107 (117); BVerfGE 90, 128 (138 ff.); vgl. auch BVerwGE 79, 154, (156); Jarass/*Pieroth*, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 29.

<sup>14</sup> Kritisch *Jach* in: FS Vogel 1998, 75 (79 ff.); *Vogel* RdJB 2005, 255 (258 f.); zur Erstattungsfähigkeit von Kosten nach Aufnahme des Schulbetriebs näher *Kloepfer/Meßerschmidt* DVBl. 1983, 193 (200 f.); *Jach* DÖV 1990, 506 (507 f.).

<sup>15</sup> BVerfGE 90, 128 (143).

Auch für diese Grundsätze gilt, dass sie für *jedes Land* bzw. jede Landesverfassung in den *Einzelheiten* genau ermittelt werden müssen.

2. *Das Verhältnis von Art. 7 GG zu den landesverfassungsrechtlichen Garantien*

Wie sich u.a. aus Art. 142 GG<sup>16</sup> ergibt, stellen die Grundrechte des Grundgesetzes und damit auch Art. 7 Abs. 4 GG<sup>17</sup> einen *bundesweit für alle Träger von Staatsgewalt unmittelbar gültigen Gewährleistungsstandard* dar, den die Länderverfassungen durch weitergehende Schutzstandards „ergänzen“ und verstärken können. Insoweit sind die aus Art. 7 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abgeleiteten Garantien und Förderpflichten als gem. Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar bindendes Recht auch für die Landesgesetzgeber ein nicht zu unterschreitender Maßstab, unabhängig davon, wie sich die Landesverfassung verhält.<sup>18</sup> Bei der Auslegung der einschlägigen Normen des Landesverfassungsrechts ist Art. 100 Abs. 3 GG zu beachten.<sup>19</sup>

3. *Über Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehende Garantien des Landesverfassungsrechts*

Sichtet man vor diesem Hintergrund die einschlägigen Regelungen der Landesverfassungen, so stößt man auf verschiedene Regelungsmodelle. Teilweise wird der Regelungsgehalt des Art. 7 Abs. 4 GG wiederholt, teilweise werden weitergehende Regelungen getroffen. Für den Zweck dieser Untersuchung erscheinen insbesondere eine Sichtung und ein Vergleich der Regelungen in den Verfassungen der neuen Bundesländer von Interesse.

a) *Verfassung des Landes Brandenburg*

Die Verfassung des Landes Brandenburg hat ihre Regelungen zum Schulwesen in einer Vorschrift konzentriert:

„Artikel 30. Schulwesen.

(1) Es besteht allgemeine Schulpflicht.

---

<sup>16</sup> Die Regelung stellt eine Spezialregelung zu Art. 31 GG dar, wobei zu beachten ist, dass bei Beratung und Verabschiedung des Grundgesetzes Art. 31 GG so verstanden wurde, dass auch inhaltsgleiche Regelungen im Landesrecht unzulässig sind. Aus der Sicht des heutigen, modifizierten Verständnisses des Art. 31 GG wäre Art. 142 GG entbehrlich gewesen.

<sup>17</sup> Dass Art. 7 GG in seinen ersten Absätzen kein Grundrecht, sondern staatliche Befugnisse und Pflichten normiert, steht dem nicht entgegen.

<sup>18</sup> Dazu auch ThürVerfGH, VerfGH 11/13, Urt. v. 21.05.2014, S. 30.

<sup>19</sup> Siehe zu Einzelheiten Kluth, NdsVBl 2010, 130 ff.

(2) Das Schulwesen steht unter der Aufsicht des Landes. Bei der Gestaltung wirken Eltern, Lehrer und Schüler sowie ihre Vertretungen und Verbände mit.

(3) Das Schulwesen muss Offenheit, Durchlässigkeit und Vielfalt der Bildungsgänge gewährleisten.

(4) Für die Aufnahme in weiterführende Schulen sind neben dem Wunsch der Erziehungsberechtigten Fähigkeiten, Leistungen und Neigungen des Schülers maßgebend.

(5) Das Land und die Träger kommunaler Selbstverwaltung haben die Pflicht, Schulen einzurichten und zu fördern. Für diese Schulen besteht Schulgeldfreiheit. Lern- und Lehrmittelfreiheit sind durch Gesetz zu regeln.

(6) Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird nach Maßgabe von Artikel 7 Absatz 4 des Grundgesetzes gewährleistet. Die Träger haben Anspruch auf einen öffentlichen Finanzierungszuschuss.“

Die (expliziten<sup>20</sup>) Regelungen zu den Schulen in freier Trägerschaft in Absatz 6 knüpfen ausdrücklich an die (unmittelbar geltenden) Regelungen des Art. 7 Abs. 4 GG an und ergänzen diese um die ausdrückliche Aussage, dass die Träger einen Anspruch auf einen in der Höhe<sup>21</sup> und Struktur nicht näher bestimmten öffentlichen Finanzierungsanspruch haben.

#### b) Verfassung des Freistaates Sachsen

Auch die Verfassung des Freistaates Sachsen konzentriert die Regelungen zum Schulwesen in einer Norm:

##### „Artikel 102

(1) Das Land gewährleistet das Recht auf Schulbildung. Es besteht allgemeine Schulpflicht.

(2) Für die Bildung der Jugend sorgen Schulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft.

(3) Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird gewährleistet. Nehmen solche Schulen die Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahr, bedürfen sie der Genehmigung des Freistaates. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn sie in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den Schulen in öffentlicher Trägerschaft zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.

(4) Unterricht und Lernmittel an den Schulen in öffentlicher Trägerschaft sind unentgeltlich. Soweit Schulen in freier Trägerschaft, welche die Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahrnehmen, eine gleichartige Befreiung gewähren, haben sie Anspruch auf finanziellen Ausgleich.

(5) Das Nähere bestimmt ein Gesetz.“

Die Regelung knüpft nicht explizit an Art. 7 Abs. 4 GG an, sondern wählt den Weg einer inhaltlich weiter gehenden Gewährleistung. Neben den im Verhält-

---

<sup>20</sup> Implizit gelten für diese auch die allgemeinen Regelungen der Absätze 2 bis 4.

<sup>21</sup> Wobei als Mindestvorgabe die aus Art. 7 Abs. 4 GG folgende Pflicht zur Sicherung des „Existenzminimums“ gilt.

nis zu Art. 7 Abs. 4 GG wiederholenden Elementen stellen vor allem die in Absatz 4 getroffene Regelung zur Finanzierung von Lernmitteln sowie die praktisch besonders wichtige Pflicht zur Erstattung von nicht erhobenen Schulbeiträgen zur Wahrung des Sonderungsverboteseine weitergehende Regelung dar. Zudem wird der Landesgesetzgeber verpflichtet, das Nähere in einem Gesetz zu regeln, was u.a. zur Folge hat, dass die Regelung der wesentlichen Fragen durch Rechtsverordnung oder gar Verwaltungsvorschrift ausgeschlossen ist. Die Interpretation der Vorschrift war mehrfach Gegenstand von Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen. Dabei ist besonders hervorzuheben, dass das Gericht in der grundlegenden Entscheidung vom 12.11.2013<sup>22</sup> seine bisherige Rechtsprechung in wichtigen Punkten korrigiert hat.

c) Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt

Die Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt widmet den Schulen in freier Trägerschaft einen eigenen Artikel im Abschnitt über die Einrichtungsgarantien. Dieser folgt drei allgemeiner gehaltenen Regelungen zu „Bildung und Schule“, „Schulwesen“ und „Erziehungsziel, Ethik- und Religionsunterricht“ und wird durch einen weiteren Artikel zu „Schulaufsicht, Mitwirkung in der Schule“ ergänzt. Damit weist die Landesverfassung eine besonders ausführliche Regelung des Themenbereichs Schule auf. Die Spezialregelung zu den Schulen in freier Trägerschaft hat den folgenden Wortlaut:

„Artikel 28 Schulen in freier Trägerschaft

(1) Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird gewährleistet. Schulen in freier Trägerschaft als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Landes und unterstehen den Gesetzen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Schulen in freier Trägerschaft in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.

(2) Soweit diese Schulen Ersatz für öffentliche Schulen sind, haben sie Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse. Das Nähere regelt ein Gesetz.“

In Absatz 1 werden die „Vorgaben“ des Art. 7 Abs. 4 GG wiederholt. Absatz 2 konkretisiert sodann den finanziellen Förderungsanspruch (Satz 1) und normiert einen Parlamentsvorbehalt (Satz 2) in Bezug auf die Einzelheiten der öffentlichen Zuschüsse. Inwieweit durch den Maßstab zur Bemessung der

---

<sup>22</sup> Vf. 25-II-12, BeckRS 2013, 58402.

Zuschüsse über Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehend eine Finanzierungspflicht begründet wird, ist bislang noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des Landesverfassungsgerichts<sup>23</sup> gewesen und im weiteren Verlauf der Untersuchung zu klären. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Reichweite des Parlamentsvorbehalts.

d) Verfassung des Freistaates Thüringen

Die Verfassung des Freistaates Thüringen widmet sich den Fragen des Schulwesens ähnlich wie die Verfassung von Sachsen-Anhalt in mehreren Vorschriften, von denen eine den Schulen in freier Trägerschaft gewidmet ist. Sie hat den folgenden Wortlaut:

„Artikel 26

(1) Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird gewährleistet.

(2) Schulen in freier Trägerschaft als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Landes. Genehmigte Ersatzschulen haben Anspruch auf öffentliche Zuschüsse. Das Nähere regelt das Gesetz.“

Diese Regelung bleibt in Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 hinter den Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 GG deutlich zurück, so dass dieser vor allem in Bezug auf die Genehmigungskriterien zur Anwendung kommt.

Die in Absatz 2 Satz 2 formulierte Zuschussregelung wirkt einerseits *unmittelbar anspruchsbegründend*, lässt aber die Höhe des Anspruchs offen und verweist die nähere Bestimmung dem Gesetzgeber zu. Die normative Relevanz des Absatzes 2 Satz 2 war Gegenstand einer äußerst umstrittenen Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 21.05.2014.<sup>24</sup> Dabei geht die Senatsmehrheit davon aus, dass durch die Regelung ein weitreichender Parlamentsvorbehalt begründet wird, während die abweichend votierenden Richter darin lediglich einen Ausgestaltungsauftrag erblicken, der auch durch den Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften erfüllt werden kann.<sup>25</sup> Zudem betont das Gericht die Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung des grundrechtlich verbürgten Förderanspruchs, ohne dabei jedoch so weit zu gehen, wie der Sächsische Verfassungsgerichtshof.

---

<sup>23</sup> Das Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt hat sich mit Schulen in freier Trägerschaft bislang nicht befassen müssen.

<sup>24</sup> VerfGH 11/13.

<sup>25</sup> Siehe dazu die Sondervoten des Richters Baldus (S. 56 ff.) und der Richterinnen Martin-Gehl (S. 72 ff.) und Pollak (S. 80 ff.).

e) Vergleichende Beurteilung

Ein Vergleich der hier hervorgehobenen Regelungen zur Privatschulförderung in der Verfassung der neuen Bundesländer zeigt, dass vor allem die Verfassungen von Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen über den Mindestgewährleistungsgehalt des Art. 7 Abs. 4 GG, wie ihn das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, hinausgehen. Dies betrifft konkret drei Aspekte: Erstens die explizite Formulierung eines finanziellen Förderanspruchs, wobei die tatbestandliche Konkretisierung vage bleibt und an unterschiedliche Kriterien anknüpft. Zweitens die in den Einzelheiten ihrer Bedeutung und Tragweite umstrittene Zuweisung der näheren Ausgestaltung an den parlamentarischen Gesetzgeber, die eine Verlagerung von Entscheidungszuständigkeiten an die Exekutive deutlicher begrenzt als in anderen Sachmaterien. Drittens die – von der neuen Rechtsprechung entwickelten – prozeduralen Anforderungen an die Konkretisierung der Reichweite des Förderanspruchs.

Damit wird deutlich, dass neben den normtextlichen Besonderheiten vor allem der verfassungsgerichtlichen Konkretisierung der thematisch einschlägigen Normen eine hohe Relevanz zukommt. Deshalb erscheint es geboten, die wichtigsten Judikate der letzten Jahre genauer zu untersuchen, nachdem zur Absicherung des bundesverfassungsrechtlichen Rahmens die wesentlichen Aussagen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG in Erinnerung gerufen werden.

**II. Die (neuere) Rechtsprechungsentwicklung**

*1. Die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*

Das Bundesverfassungsgericht hat die in Art. 7 Abs. 4 GG verankerten normativen Vorgaben der Privatschulfinanzierung vor allem in mehreren Grundsatzentscheidungen<sup>26</sup> entfaltet, die zugleich den äußeren Argumentationsrahmen für die weitere Entwicklung bilden.

*Peter Badura* fasst die zentralen Aussagen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in seiner 2007 verfassten Kommentierung des Art. 7

---

<sup>26</sup> BVerfGE 75, 40 ff.; 90, 107 ff.; 112, 74 ff.

Abs. 4 GG (die die neueren Entwicklungen auf Länderebene noch nicht berücksichtigt) prägnant wie folgt zusammen:<sup>27</sup>

„Die für die Gesetzgebung über die Privatschulfinanzierung maßgeblichen Grundsätze für die aus der Privatschulfreiheit hervorgehende grundrechtliche Schutz- und Förderungspflicht des Staates für die Ersatzschulen lassen sich wie folgt zusammenfassen. Wenngleich die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen heute und unter den gegebenen Umständen empirisch gesichert ist, muss der Gesetzgeber die Förderung nicht für jede private Ersatzschule vorsehen, ohne Rücksicht auf die konkrete Hilfsbedürftigkeit des einzelnen Schulträgers. Für den Umfang der gesetzlich zu ordnenden Förderung hat sich der Gesetzgeber daran zu orientieren, dass die Förderung sicherstellen soll, dass die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 auf Dauer erfüllt werden; also kann der Staat nur verpflichtet sein, einen Beitrag bis zur Höhe dieses „Existenzminimums der Institution“ zu leisten. „Da die Schutzpflicht ihren Grund in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Privatschulwesens findet, also in der Förderung der individuellen Freiheit, ist es auch selbstverständlich, dass jeder Ersatzschulträger eine angemessene Eigenleistung erbringen muss und nicht etwa vom allgemeinen unternehmerischen Risiko, insbesondere mit anderen privaten Schulen und auch vergleichbar ausgestatteten öffentlichen Schulen, freizustellen ist.“<sup>28</sup>

Die Förderungspflicht steht unter dem Vorbehalt einer Abwägung mit anderen Gemeinschaftsbelangen und den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG). Für die wesentlichen Regelungen der Privatschulfinanzierung gilt der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt.

Die der Bemessung der staatlichen Finanzhilfe zugrundezulegende angemessene Eigenleistung des privaten Schulträgers ist der Privatschulfreiheit immanent. Der Schutz des Grundrechts kann einem Schulträger keinen Förderungsanspruch verschaffen, wenn er von vornherein eine angemessene Eigenleistung aus eigenen Mitteln und Quellen nicht aufbringen kann, etwa weil er ohne wirtschaftliche und finanzielle Existenzbasis gegründet worden ist. Angesichts des danach dem Schulträger zuzurechnenden Gründungsrisikos wird das Maß der „zumutbaren Eigenleistung“ durch die Kriterien bestimmt, die sich aus dem für die Bestandserhaltung der Institution Privatschule Erforderlichen ergeben. Zu den angemessenen Eigenleistungen gehören auch die Anfangsfinanzierung und die Investitionskosten.<sup>29</sup>

Die Privatschulfreiheit dient nicht dazu, neben der objektiven Gewährleistung des Ersatzschulwesens auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen des in Art. 7 Abs. 4 ebenfalls verbürgten Freiheitsrechts überhaupt erst zu schaffen. Sie erlaubt es nicht, das aus einer unzureichenden finanziellen Ausstattung der Schule sich ergebende Risiko auf den Staat zu überwälzen. Auf den bundesverfassungsrechtlich gebotenen Förderungsanspruch kann sich eine Ersatzschule erst dann berufen, wenn sie (nur) die durch die staatliche Konkurrenz erhöhten Anforderungen nicht erfüllen kann, sie also trotz der Möglichkeit, eine angemessene Eigenleistung aufzubringen, aus finanziellen Gründen existenzgefährdet ist.

Zum grundrechtlich geschützten „Bestand“ des privaten Ersatzschulwesens gehört, dass die Gründung privater Ersatzschulen – die Sache des ideellen Engagements, der privaten Initiative und des pädagogischen und wirtschaftlichen Risikos des Gründers ist und bleibt – nicht durch gesetzliche Bedingungen und administrative Maßgaben sachwidrig und unverhältnismäßig behindert wird. Förderungsvoraussetzungen jedoch, die eine zumutbare Eigenleistung des privaten Schulträgers in Rechnung stellen oder sonst die Leistungs-

---

<sup>27</sup> Maunz/Dürig/Badura, (Fn. 2), Art. 7, Rn. 134 ff.

<sup>28</sup> BVerfGE 70, 40 (68).

<sup>29</sup> BVerfGE 70, 40 (68); BVerwGE 27, 360 (365); 70, 290 (295).

fähigkeit der Schule berücksichtigen, verstoßen nicht gegen die Privatschulfreiheit. Förderungsvoraussetzungen, die das Gesetz der schulaufsichtlichen Genehmigung hinzufügt und mit denen die Förderung von einer durch pädagogische und praktische Wirksamkeit bestätigten Leistungsfähigkeit abhängig gemacht wird, sind eine dem Gesetzgeber zukommende Ausgestaltung der verfassungsrechtlich gebotenen Förderungspflicht zugunsten des privaten Ersatzschulwesens. Derartige Anforderungen – wie u.a. eine dem Einsetzen der Förderung vorangehende Karenzzeit – sind kein „Eingriff“ mit dem ein durch die Privatschulfreiheit gegebenes und bereits durch die Schutzpflicht individualisiertes Recht des einzelnen Schulträgers beschnitten würde.

Wartefristen vor Einsetzen der staatlichen Finanzhilfe sind mit der Schutz- und Förderungspflicht des Staates grundsätzlich vereinbar. Der Staat darf um der effektiven Verwendung öffentlicher Mittel willen die wirtschaftliche Solidarität von Schulneugründungen verlangen und als „Test“ hierauf bei neu gegründeten Schulen den Schulträgern eine höhere Eigenleistung zumuten. Er darf die Förderung von der pädagogischen Bewährung abhängig machen. Er darf bei der Ersatzschulförderung folgerichtig danach differenzieren, ob die Ersatzschule diesen „Test“ bestanden und sich bewährt hat; er kann dafür vor dem Hintergrund seiner weiteren Gestaltungsfreiheit willkürfrei an den vollen Ausbau der Schule anknüpfen. Die Förderung muss jedoch insgesamt so ausgestaltet sein, dass sich die Wartefrist nicht als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirkt.<sup>30</sup>

Diese Darstellung kann man unter der Berücksichtigung des Umstandes, dass in der wissenschaftlichen Literatur gewichtige abweichende Positionen vertreten wurden und werden, auf die später im jeweiligen sachlichen Kontext einzugehen sein wird, als Ausdruck einer herrschenden Sichtweise den weiteren Überlegungen zugrunde legen, wobei vorab darauf hinzuweisen ist, dass der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Tendenz zur Ausweitung des Gestaltungsspielraums der Länder entnommen werden kann<sup>31</sup>, die den eigenständigen Regelungen der Landesverfassungen ein zunehmend bedeutsames Gewicht zuwachsen lässt.

Die Privatschulfinanzierung ruht – das ist unstrittig – demnach auf drei Säulen: (1) den finanziellen Eigenleistungen der Träger, die von einer privaten Initiative u.a. als Ausdruck der Ernsthaftigkeit vor allem in der Anfangsphase (Wartefrist) erwartet werden (dürfen); (2) den staatlichen Zuschüssen, die dauerhaft die Existenz privater Schulen sichern soll; (3) den Schulbeiträgen der Schüler, die ggf. durch einen staatlichen Ausgleich für die Freistellung von sozial schwachen Schülern wegen des Sonderungsverbot es ergänzt werden.

Das Bundesverfassungsrecht anerkennt einen erheblichen landesgesetzgeberischen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum, der sowohl die „Tech-

---

<sup>30</sup> BVerfGE 90, 107 (117, 126); 90, 128 (138 ff.).

<sup>31</sup> Siehe dazu die treffenden Analysen von *Vogel* und *Hufen*, in: dies. (Hrsg.), *Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?*, 2006, S. 17 ff. und S. 49 ff.

nik“ der Förderung als auch die inhaltliche Reichweite der Zuschüsse umfasst. Genauere Aussagen zur Förderungshöhe jenseits des Existenzminimums sowie zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Bestimmung des Existenzminimums finden sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenso wenig wie zur Frage der Reichweite eines Parlamentsvorbehalts.

Diese Aspekte sind jedoch Gegenstand zweier neuerer Entscheidungen der Verfassungsgerichtshöfe der Freistaaten Sachsen und Thüringen von grundsätzlicher Bedeutung gewesen, auf die auch deshalb näher einzugehen ist, weil die zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Regelungen mit der Rechtslage in Sachsen-Anhalt vergleichbar sind und deshalb für die Interpretation der Landesverfassung herangezogen werden können.

## 2. *Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen vom 15.11.2013*

Auf einen Normenkontrollantrag von Oppositionsfractionen geht die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen vom 15.11.2013 zurück. Sie stellt nicht nur im Vergleich zu Entscheidungen anderer Landesverfassungsgerichte, sondern auch wegen eines bedeutsamen Rechtsprechungswandels eine besonders beachtete Entscheidung dar.

Zunächst schließt sich der Verfassungsgerichtshof den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten „Leitlinien“ der Privatschulfinanzierung an:

„Dem Umfang nach muss der Staat aufgrund der aus der Privatschulfreiheit herzuleitenden Förderpflicht Leistungen erbringen, die sicherstellen, dass die Genehmigungsanforderungen des Art. 102 Abs. 3 Satz 3 und 4 SächsVerf durch die Ersatzschulen gleichzeitig und auf Dauer erfüllt werden können (zu Art. 7 Abs. 4 GG vgl. BVerfGE 90, 107 [116]; BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 2011 – 6 C 18/10, juris Rn. 21) und dass auch Neugründungen praktisch möglich bleiben (vgl. BVerfGE 90, 107 [115 f.]). Soweit Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht diese Förderung als staatlichen Beitrag zur Wahrung des sog. „Existenzminimums“ des Ersatzschulwesens als Institution (BVerfGE 75, 40 [68]; BVerwG, a.a.O.) bezeichnen, wird verdeutlicht, dass aufgrund der Förderpflicht weder die Lebensfähigkeit jeder vorhandenen Ersatzschule staatlich abgesichert noch die Neugründung einer jeden erdenklichen Ersatzschule ermöglicht werden muss (vgl. auch BVerfGE 112, 74 [84]). Es genügt, wenn die staatliche Förderung die Lebensfähigkeit des Ersatzschulwesens als solches gewährleistet (vgl. SächsOVG, Urteil vom 2. März 2011 – 2 A 47/09, juris Rn. 26). Ersatzschulen muss es grundsätzlich möglich sein, entsprechend der Definition in Art. 102 Abs. 3 Satz 2 SächsVerf die Bildungsaufgaben wahrzunehmen, die den verschiedenen öffentlichen Schulen gesetzlich zugewiesen sind (vgl. BVerfGE 75, 40 [76 f.] für Abendrealschulen und Abendgymnasien).“

Im zweiten Argumentationsschritt arbeitet das Gericht die über Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehenden Gewährleistungselemente des sächsischen Verfassungsrechts heraus:

„Neben die Förderpflicht aus Art 102 Abs. 3 SächsVerf tritt – insoweit abweichend von Art. 7 Abs. 4 GG – ein Anspruch der Ersatzschulen auf einen finanziellen Ausgleich nach Maßgabe des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf. Diese Vorschrift enthält eine Regelung über einen an Ersatzschulen zu leistenden Ausgleich, soweit sie ihren Schülern eine der Schul- und Lernmittelgeldfreiheit an öffentlichen Schulen (Art. 102 Abs. 4 Satz 1 SächsVerf) gleichartige Befreiung gewähren.“

In diesem Zusammenhang ändert das Gericht explizit seine bisherige Rechtsprechung:

„Von der hierzu bisher vertretenen Auffassung, dass Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf die an Ersatzschulen zu leistende finanzielle Mindestförderung einheitlich regelt (Urteil vom 25. Oktober 1996, LVerfGE 5, 292 [297]) und dass diese nur in Höhe des für die Existenz des Ersatzschulwesens unverzichtbaren Grundförderungsbetrags gewährleistet sei (LVerfGE 5, 292 [299 f.]), rückt der Verfassungsgerichtshof nunmehr ab. ...

Der Tatbestand des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf setzt eine „gleichartige Befreiung“ voraus und bezieht sich damit auf Art. 102 Abs. 4 Satz 1 SächsVerf. Danach sind Unterricht und Lernmittel an den öffentlichen Schulen unentgeltlich. Diese Regelung vermittelt in erster Linie einen Rechtsanspruch des einzelnen Schülers gegen den Staat auf kostenfreie Bereitstellung von Unterricht und Lernmitteln an öffentlichen Schulen (SächsOVG, Urteil vom 17. April 2012 – 2 A 520/11, juris Rn. 30; Baumann-Hasske in: Baumann-Hasske/Kunzmann, Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Aufl., Art. 102 Rn. 12). Gewähren Ersatzschulen ihren Schülern eine Befreiung von Entgelten für die Kosten des Unterrichts und der Lernmittel (nachfolgend: Schul- und Lernmittelgelder), obwohl sie anders als Schulen des öffentlichen Schulsystems hierzu nicht verpflichtet sind, haben sie nach Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung, der danach differenziert, inwieweit Schul- und Lernmittelgelder an Ersatzschulen zu entrichten sind oder eine Befreiung hiervon wie an öffentlichen Schulen gewährt wird, spricht dagegen, von einer Regelung über die allen Ersatzschulen gleichermaßen zu gewährende unverzichtbare Grundförderung auszugehen (a.A. SächsVerfGH, LVerfGE 5, 292 [299 f.]).

Hinzu kommt, dass die von Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf allein in den Blick genommene Unentgeltlichkeit des Unterrichts und der Lernmittel an öffentlichen Schulen gemäß Art. 102 Abs. 4 Satz 1 SächsVerf nicht durch Art. 7 Abs. 4 GG oder andere Grundgesetzbestimmungen – übrigens auch nicht durchgängig im Landesverfassungsrecht oder einfachen Landesrecht der anderen Bundesländer – garantiert ist. Dies spricht ebenfalls dagegen, Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf als eine Bestimmung anzusehen, mit der lediglich die auf Art. 7 Abs. 4 GG gestützte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ersatzschulfinanzierung „statuiert“ werden sollte (a.A. SächsVerfGH, LVerfGE 5, 292 [297]). ... Der Sinn und Zweck des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf besteht vielmehr darin, es den Ersatzschulen durch einen finanziellen Ausgleich zu ermöglichen, ihren Schülern in gleicher Weise wie an öffentlichen Schulen Schul- und Lernmittelgeldfreiheit zu gewähren (so im Ergebnis auch noch Drs. 4/6175, S. 83). Die Vorschrift sichert damit eine Wahlfreiheit der Ersatzschulen im Hinblick auf ein Bildungsangebot ohne verbindliche Entgelte und verwirklicht damit zugleich die in Art. 102 Abs. 2 SächsVerf angelegte Gleichrangigkeit beider Säulen des Schulwesens in einem aus der Perspektive der Schüler und Eltern wesentlichen Gesichtspunkt.“

Das Gericht verstärkt damit den Förderanspruch der genehmigten Privatschulen und führt zu seiner inhaltlichen Reichweite präzisierend aus:

„Der Gesetzgeber hat mithin im Bereich der Ersatzschulfinanzierung auch eine Regelung über einen finanziellen Ausgleich gemäß Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf im Falle der Befreiung von den Schul- und Lernmittelgeldern zu schaffen, die Ersatzschulen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise erheben könnten.

aa) Dieser Ausgleich muss der Höhe nach vollständig sein (vgl. dazu auch Baumann-Hasske, a.a.O.). Er muss sich also bei vollständiger Schul- und Lernmittelgeldfreiheit einer Ersatzschule an dem Betrag orientieren, den die Schule bei Ausschöpfung der durch das Sonderungsverbot vorgegebenen Grenze an Schul- und Lernmittelgeldern insgesamt erheben könnte. Da ein Ausgleich gemäß Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf zu leisten ist, „soweit“ die Ersatzschule eine gleichartige Befreiung wie an öffentlichen Schulen gewährt, kann sie ohne vollständigen Verlust des Ausgleichsanspruchs eine gleichartige Befreiung auch nur teilweise gewähren. Der Ausgleichsanspruch, der anders als die Förderpflicht des Art. 102 Abs. 3 SächsVerf stets auf einen finanziellen und damit ohne Weiteres teilbaren Ausgleich gerichtet ist, ist dann in Höhe eines Anteils von dem Betrag zu leisten, der im Falle der vollständigen Schul- und Lernmittelgeldfreiheit der betreffenden Schule zu leisten wäre.“

In einem weiteren Schritt beschäftigt sich der Verfassungsgerichtshof mit der genaueren Bestimmung der Höhe des Förderanspruchs:

„Weder aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf noch aus Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf folgt ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Förderung in bestimmtem Umfang bzw. in bestimmter Höhe (zu Art. 7 Abs. 4 GG z.B. BVerfGE 90, 107 [117]). Vielmehr sind die sich aus diesen Bestimmungen ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen mit einem Auftrag an den Gesetzgeber verbunden, die Ersatzschulfinanzierung gesetzlich auszugestalten (vgl. Art. 102 Abs. 5 SächsVerf). Dabei kommt dem Gesetzgeber ein Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum zu. Zur Sicherung der grundrechtlichen Gewährleistungen hat er allerdings prozedurale Anforderungen zu beachten.“

Zu diesen prozeduralen Anforderungen führt das Gericht in enger Anlehnung an die jüngere Ausgestaltung entsprechender Grundsätze durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>32</sup> näher aus:

„Der Gesetzgeber hat daher Anforderungen an die Ermittlung der an Ersatzschulen mindestens zu leistenden Förderung zu beachten und zudem die Pflicht, die Auswirkungen seines Fördermodells fortlaufend zu beobachten.

(1) Die Leistungen, die Ersatzschulen aufgrund der Förderpflicht aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf mindestens zukommen müssen, insbesondere die Höhe der Mittel, die eine Ersatzschule zur dauerhaften Wahrung der Anforderungen aus Art. 10 Abs. 3 Satz 3 und 4 SächsVerf benötigt, sind in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren einzuschätzen (vgl. zur Ermittlung der Leistungen, die zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz erforderlich sind, BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012, BVerfGE 132, 134 [162]; BVerfGE 125, 175 [225]). Alle wesentlichen Kostenfaktoren für die Bemessung des Mindestbedarfs der Ersatzschulen müssen dabei berücksichtigt

---

<sup>32</sup> Insbes. BVerfGE 109, 279 ff. sowie BVerfGE 130, 263 ff.

werden (vgl. etwa zum vollständigen Außerachtlassen der Schulraumkosten BVerfGE 90, 128 [141 f.]) und ihrerseits entweder nach den ggf. typisierten Verhältnissen einer vergleichbaren öffentlichen Schule oder anders auf jedenfalls nicht unvertretbare Weise bemessen werden. Der Gesetzgeber hat hierbei zwar den schon erläuterten Spielraum hinsichtlich der Wahl der Methode (siehe oben Doppelbuchst. bb). Dass eine ausreichende Förderung gewährt wird, muss jedoch unter Wahrung der vorstehenden Anforderungen begründet werden können (vgl. BVerfGE 132, 134 [162]). Allerdings ist der Gesetzgeber grundsätzlich nur dazu verpflichtet, bei der Ausgestaltung des einfachen Rechts ein Verfahren vorzusehen, das den prozeduralen Anforderungen an die Ermittlung des Mindestniveaus der Leistungshöhe gerecht wird (z.B. zur Ermittlung der Höhe der Rundfunkgebühren BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994, BVerfGE 90, 60 [96 ff.]; auch BVerfG, Urteil vom 11. September 2007, BVerfGE 119, 181 [222]). Die aus der Verfassung abzuleitenden Anforderungen an eine transparente und sachgerechte Begründung einer grundrechtlich gebotenen Leistung beziehen sich im Ausgangspunkt nicht auch auf das Verfahren der Gesetzgebung (vgl. BVerfGE 132, 134 [162 f.]), sondern auf den Inhalt der Gesetze. Soweit der Gesetzgeber jedoch die Ermittlung der Leistungshöhe nicht einem einfachgesetzlich geregelten Verfahren überlässt, sondern diese selbst bemisst, müssen zumindest die zugrunde liegende Systematik und die Methode erkennbar sowie – davon ausgehend – die unterstellten Annahmen zu (z.B. statistischen) Tatsachen darstellbar sein (zu „Begründungspflichten“ nunmehr auch BVerfGE 130, 263 [301 f.]). Fehlt es hieran ganz oder im Hinblick auf wesentliche Komponenten des Fördermodells, die zusammenwirkend die Förderpflicht aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf erfüllen sollen und deshalb notwendige Bestandteile einer Gesamtregelung sind (allgemein dazu z.B. BVerfG, Urteil vom 3. März 2004, BVerfGE 109, 279 [374]), ist den prozeduralen Anforderungen an die Ermittlung des Mindestniveaus der Leistungshöhe nicht Genüge getan. Die betreffenden Förderregelungen verstoßen dann insgesamt gegen Art. 102 Abs. 3 SächsVerf.“

Als weiteren, aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu anderen Fragen entlehnten Baustein führt das Gericht eine Beobachtungspflicht<sup>33</sup> hinzu:

„(2) Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Auswirkungen seines Modells der Ersatzschulförderung auf die Praxis fortlaufend dahingehend zu beobachten, ob sich seine Annahmen als zutreffend erweisen. Zeigen sich den grundrechtlichen Anforderungen zuwiderlaufende Entwicklungen, ist der Gesetzgeber verpflichtet, rechtzeitig nachzubessern (vgl. zu Art. 33 Abs. 5 GG nochmals BVerfGE 130, 263 [302]; insbesondere zur Ersatzschulfinanzierung SächsOVG, Urteil vom 2. März 2011 – 2 A 47/09, juris Rn. 28; BayVGH, Beschluss vom 25. Oktober 2010 – 7 Z 10.880, juris Rn. 28; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 14. Juli 2010 – 9 S 2207/09, juris Rn. 124). Zur Erfüllung der Beobachtungspflicht können etwa regelmäßige Datenerhebungen und Berichte an den Sächsischen Landtag dienen. Im erforderlichen Umfang können geförderte Ersatzschulen daher gesetzlich verpflichtet werden, Auskunft zu allen förderrelevanten, insbesondere betriebswirtschaftlichen Daten zu geben und entsprechende Nachweise zu erbringen.“

Der Verfassungsgerichtshof folgt damit der in der wissenschaftlichen Literatur durch aus kritisch kommentierten neueren Rechtsprechung des Bun-

---

<sup>33</sup> Dazu vertiefend: *Höfling/Engels*, Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34.

desverfassungsgerichts, die höhere Rationalitätsanforderungen an den parlamentarischen Gesetzgeber stellt, die teilweise auch verfahrensrechtlich konkretisiert werden.<sup>34</sup>

3. *Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Thüringen vom 21.05.2014*

In einer ausweislich dreier Sondervoten auch gerichtsintern umstrittenen Entscheidung vom 21.05.2014 hat der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Thüringen präzisierend zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Bezuschussung von Schulen in freier Trägerschaft Stellung genommen.<sup>35</sup>

Zunächst werden im maßstabsbildenden Teil der Entscheidung die Grenzen des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums in enger Gefolgschaft zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umrissen:

„Der Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bezieht sich aber nicht nur auf die Ausgestaltung des Finanzierungsmodells, sondern - im Rahmen der sogleich noch darzulegenden verfassungsrechtlichen Grenzen - auch auf das Niveau der finanziellen Förderung. Ebenso wenig wie Art. 7 Abs. 4 GG (BVerfGE 75, 40 [68]; 90, 107 [116]) gebietet Art. 26 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf eine vollständige Übernahme der Kosten, die den Ersatzschulen durch die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG entstehen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 26 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf, der von „Zuschüssen“ spricht und damit gerade nicht von einer Vollfinanzierung ausgeht. Es folgt allgemein aber auch daraus, dass die Träger einer privaten Ersatzschule einen ihnen eingeräumten Freiheitsraum in eigener Initiative ausfüllen, die auch die wirtschaftlichen Grundlagen einschließt; sie müssen bereit sein, die damit verbundenen Risiken in Kauf zu nehmen. Der Staat darf erwarten, dass der Schulträger seinem Interesse an der Verwirklichung eigener Ziele und Vorstellungen im schulischen Bereich eigenes finanzielles Engagement folgen lässt. Er beteiligt sich nur an diesem zuvörderst privaten Engagements (BVerfGE 90, 107 (120)).

Der Gesetzgeber darf daher bei der Festlegung des Förderniveaus in Rechnung stellen, dass die Finanzierung der Schulen in freier Trägerschaft insgesamt auf einem „Drei-Säulen-Modell“ beruht. Neben der staatlichen Finanzhilfe sind dies die - in den Grenzen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 2. HS GG zulässigen - Schulgelder sowie die von den Schulträgern zu erbringenden Eigenleistungen. Diese können auf unterschiedliche Art und Weise erwirtschaftet werden, etwa durch die Nutzung eigenen Vermögens, beispielsweise eines Schulgebäudes, durch den Einsatz aus Einnahmen von kostenpflichtigen Zusatzangeboten, durch Fördervereine, Stiftungen, Spenden und Ähnliches sowie - jedenfalls zur Überbrückung - auch durch die Aufnahme von Krediten (BVerfGE 90, 128 [144]; BVerfG, Beschluss vom 4. März 1997 - 1 BvL 26/96 u.a. - juris Rn. 29).

---

<sup>34</sup> Dazu vertiefend Kluth, Die Begründung von Gesetzen, in: ders./Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 14, Rn. 17 ff.

<sup>35</sup> ThürVerfG, VerfGH 11/13, abrufbar unter: [http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/\\$File/Urteil\\_VerfGH%2011\\_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement)

Auch Schulträger, die aus Elterninitiativen hervorgegangen sind, sind darauf verwiesen, Beiträge zur Eigenfinanzierung zu leisten.“<sup>36</sup>

Innerhalb dieses Rahmens, der einen erheblichen Spielraum belässt, kommt es entscheidend darauf an, wer zur Konkretisierung berufen ist: *Parlament oder Exekutive*. Das ist angesichts der unterschiedlichen politischen Rahmenbedingungen, den beide Entscheidungsprozesse unterliegen, nicht nur von formaler Bedeutung. Der Verfassungsgerichtshof knüpft zur Klärung an der Formulierung des Art. 26 Abs. 2 S. 3 ThürVerf an:

„Art. 26 Abs. 2 ThürVerf begründet nicht nur einen verfassungsunmittelbaren Anspruch der genehmigten Ersatzschulen auf öffentliche Zuschüsse, sondern bestimmt zugleich durch seinen Abs. 2 Satz 3, dass „das Nähere“ hierzu „das Gesetz“ regelt. Da die Thüringer Verfassung - ebenso wie das Grundgesetz - von einem formellen Gesetzesbegriff ausgeht, ist hier ein Parlamentsvorbehalt formuliert. Dem Gesetzgeber ist durch Art. 26 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf aufgegeben, in Umsetzung der ihm obliegenden Schutz- und Förderpflicht, den Anspruch auf Gewährung öffentlicher Zuschüsse im Gesetz näher auszuformen (Brenner, in: Linck u.a., a. a. O., Art. 26 Rn. 21). Hierbei hat er die Anforderungen des rechtstaatlichen Gesetzesvorbehaltes und des Bestimmtheitsgebotes zu beachten.“<sup>37</sup>

Die damit begründete weitreichende Zuständigkeit und Verantwortung des Parlaments hatte für die Rechtslage in Thüringen erhebliche Konsequenzen, da auch viele Maßstäbe und Kriterien der Privatschulfinanzierung in der Vergangenheit durch die Exekutive normiert wurden. Das gilt auch für die (meisten) anderen Bundesländer, so dass sich die Übertragbarkeit dieser Argumentation jedenfalls für solche Länderverfassungen stellt, die eine gleiche oder ähnliche Regelung aufweisen. Das gilt u.a. für Sachsen-Anhalt.

In einem weiteren Schritt weist der Verfassungsgerichtshof – ähnlich wie der Sächsische Verfassungsgerichtshof – auf die Bedeutung der verfahrensrechtlichen Vorgaben hin, die aus den Grundrechten abzuleiten sind:

„Grundrechte wie Art. 26 ThürVerf können nicht nur materiellrechtliche Gewährleistungen enthalten, sondern auch Vorgaben für organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen der Grundrechtssicherung (begründet von Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 358 ff.; ausf. z. B. Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 193 Rn. 22 ff.).“<sup>38</sup>

Diese allgemeine Maßgabe wird sodann auf das Privatschulwesen übertragen:

---

<sup>36</sup> S. 37 f. der Urteilsgründe.

<sup>37</sup> ThürVerfGH, a.a.O., S. 39.

<sup>38</sup> ThürVerfGH, a.a.O., S. 42.

„Auch die staatliche Schutz- und Förderpflicht für das Privatschulwesen erfordert eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Zuschussanspruchs, die geeignet ist, der Durchsetzung der materiellen Grundrechtspositionen wirkungsvoll zu dienen.“<sup>39</sup>

Die konkreten Folgen dieser Vorgaben für das Schulrecht in Thüringen werden anschließend im anwendungsbezogenen Teil der Entscheidungsgründe ausgeführt.

### **III. Die Fragestellungen des Gutachtens im Einzelnen**

Die Entwicklung der Privatschulfinanzierung befindet sich nach den Grundsatzentscheidungen der Landesverfassungsgerichte in Sachsen und Thüringen in einer wichtigen Phase der Bewährung und Neuorientierung. Konnte und musste man die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts in den letzten Jahren als schrittweise Rücknahme früher entwickelter Rechtspositionen der privaten Schulträger zugunsten eines größeren Gestaltungsfreiraums der Landesgesetzgeber interpretieren, so werden durch die beiden neuen Entscheidungen zumindest in Bezug auf die jeweiligen Landesverfassungen neue Akzente in umgekehrter Richtung gesetzt. Dabei kommt der Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes in materiell-rechtlicher Hinsicht eine größere Bedeutung zu, während die Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vor allem die Verantwortung des parlamentarischen Gesetzgebers für die Ausgestaltung der Privatschulförderung hervorhebt.

Angesichts dieser Entwicklung liegt es nahe, auch die verfassungsrechtliche Rechtslage in Bezug auf das Land Sachsen-Anhalt erneut in den Blick zu nehmen und neben grundsätzlichen Gesichtspunkten einigen praktisch besonders bedeutsamen Fragen nachzugehen. Der Verband Deutscher Privatschulen Sachsen-Anhalt e.V. hat den Unterzeichner deshalb beauftragt, die folgenden Fragen aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu bearbeiten:

1. Welche Anforderungen sind unter Berücksichtigung von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts an den Mindestinhalt des sog. Schülerkostenvergleichsberichts nach § 18g SchulG-LSA zu stellen?

2. In welcher prozentualen Höhe entsteht für Schüler/innen, die aufgrund einer Behinderung i.S.v. § 1 Abs. 3 S. 3 + 4 SchulG-LSA den gemeinsamen Unterricht besuchen, unter Berücksichtigung der Regelungen von Art. 28 Abs. 2

---

<sup>39</sup> ThürVerfGH, a.a.O., S. 43.

der Verfassung Sachsen-Anhalts sowie des § 9 Abs. 5 Nr. 3 + 4 der o.g. VO vom 08.08.2013 ein Anspruch auf einen Sachkostenzuschuss i.S.v. § 18a Abs. 5 SchulG-LSA für finanzhilfeberechtigte Ersatzschulträger?

3. Inwieweit entspricht die Regelung zum Sachkostenzuschuss nach § 18a Abs. 5 SchulG-LSA überhaupt den Vorgaben von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts, zumal das Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt hinsichtlich der Ersatzschulförderung keinen Baukostenzuschuss vorsieht (mit Ausnahme von § 18a Abs. 6)?

4. Nach Artikel 28 Abs. 1 S. 3 der Verfassung darf eine Ersatzschule u.a. nur genehmigt werden, wenn an ihr die Sonderung der Schüler/innen nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Aufgrund dieser Regelung schlussfolgert die Schulaufsicht in Sachsen-Anhalt, dass die Ersatzschulen Schüler/innen aus einkommensschwächeren Elternhäusern (in Sachsen-Anhalt häufig verbreitet) den Zugang an ihre Schule gewähren müssen, indem sie auf die Erhebung des Schulgeldes völlig verzichten oder dieses zumindest reduzieren. Erfolgt hieraus eine Erstattungspflicht des Landes an die Ersatzschulträger (s. u.a. Urteil des VGH Sachsen i.V.m. Art. 28 Abs. 2 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt)? Falls ja, in welcher Höhe und auch schon während der sog. Wartefrist?

Bevor auf diese Fragen näher eingegangen wird, soll zunächst in einem Zwischenschritt der verfassungsrechtliche Rahmen der Privatschulfinanzierung ermittelt werden.

**Zweiter Teil: Die Vorgaben der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt für die finanzielle Förderung der Ersatzschulen gem. Art. 28 Abs. 2 Verf LSA**

**I. Zur Entstehungsgeschichte und vergleichenden Einordnung der Regelung**

**1. Besondere Relevanz der Thematik in den neuen Bundesländern**

Recht und Rechtsprechung zum Themenkomplex der staatlichen finanziellen Förderung von Privatschulen haben sich in den ersten Jahrzehnten der Geltung des Grundgesetzes zur Lage in der alten Bundesrepublik entwickelt, die durch ein breites Spektrum vor allem kirchlich getragener Privatschulen gekennzeichnet war. Aber auch die in der Praxis besonders bedeutsamen Waldorfschulen verfügen über eine lange Tradition.

In den neuen Bundesländern bestand nach 1989 im Bereich des Privatschulwesens ein spezifischer Nachholbedarf, hatte während der Zeit des Staatssozialismus doch kein Freiraum für entsprechende Gründungen bestanden. Mehr noch: das Schulwesen war eine der zentralen Instrumente der ideologischen Beeinflussung junger Menschen, was auch zur Folge hatte, dass die Lehrerschaft besonders „staatstreu“ zu sein hatte. Angesichts der Tatsache, dass man das bestehende Schulsystem mit seinem Lehrkörper nicht vollständig oder weitgehend auswechseln konnte, ohne die Kontinuität des Unterrichts nachhaltig zu gefährden, stellten Schulneugründungen das wichtigste Instrument auch der pädagogischen Erneuerung des Schulwesens dar. Die Resonanz in den Verfassungsberatungen der einzelnen Länder war gleichwohl sehr unterschiedlich intensiv, wie die im ersten Teil vorgestellten Einzelregelungen und ihr Vergleich zeigen.

Das Land Sachsen-Anhalt gehört mit Thüringen zu den Bundesländern, bei denen die Thematik der Privatschulen eine vergleichsweise größere Aufmerksamkeit in den Verfassungsberatungen fand. Zudem sind es diese beiden Landesverfassungen, die ausdrücklich einen Anspruch auf öffentliche Zuschüsse ausformulieren. Dabei geht im direkten Vergleich die in Art. 28 Verf LSA getroffene Regelung vom Wortlaut her weiter als die Regelung in Thüringen (siehe dazu bereits oben Erster Teil I. 3.).

**2. Die Beratungen zu Art. 28 Verf LSA**

In den Beratungen zum heutigen Art. 28 der Landesverfassung bestand schnell Einigkeit darüber, dass neben der allgemeinen Garantie des Privatschulwesens im Abschnitt zu den Einrichtungsgarantien (der heute die Art. 24

bis 33 umfasst) auch eine explizite Aussage zu den Zuschüssen aufgenommen werden soll.<sup>40</sup>

Auf dieser Grundlage wurde zunächst die folgende Formulierung vorgeschlagen und diskutiert:

„Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird gewährleistet. Soweit diese Schulen als Ersatzschulen genehmigt sind, haben sie Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse.“

Im Laufe der weiteren Beratungen wurde die Befürchtung geäußert, dass ein so formuliertes Finanzierungsmodell einen Gründungsboom auslösen könnte, der eine Verdrängung staatlicher Schulen zur Folge haben könnte. Daher wurde eine Beschränkungsmöglichkeit gefordert und die folgende Formulierung entwickelt:

„Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen haben zur Durchführung ihrer Aufgaben und zur Erfüllung ihrer Pflichten Anspruch auf öffentliche Zuschüsse. Das Nähere bestimmt ein Gesetz.“

Durch diese Neufassung sollte es dem Gesetzgeber ermöglicht werden, nur solche Schulen zu fördern, die den Staat entlasten und zugleich den genauen Umfang der Förderung zu bestimmen. Schließlich führten die weiteren Beratungen zum heutigen Normtext:

„Soweit diese Schulen Ersatz für öffentliche Schulen sind, haben sie Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse. Das Nähere regelt ein Gesetz.“

### 3. *Stärken und Defizite der Regelung sowie offene Fragen*

Die Stärke dieser Regelung liegt im Vergleich zu entsprechenden Normen in anderen Landesverfassungen darin, dass der Anspruch auf Zuschüsse mit einem Kriterium versehen wird: dem Kriterium „Erfüllung ihrer Aufgaben“. Daran ist auch der Gesetzgeber gebunden, der nach Satz 2 das Nähere zu regeln hat.

Das Verständnis dieser Regelung ist jedoch, ähnlich wie die wortgleiche Regelung in der Thüringer Verfassung, umstritten. Bereits während der Beratung

---

<sup>40</sup> Protokolle zur Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, Bd. I, 2007, S. 630. Siehe dazu und zum Folgenden auch *Langer*, NJ 2009, 187 (190 ff.).

der Verfassung wurde die Ansicht geäußert, es handle sich um einen Gesetzesvorbehalt, der vor allem dazu diene, die Reichweite der staatlichen Förderung zu begrenzen.<sup>41</sup> Dagegen steht die Ansicht der Literatur<sup>42</sup> und auch des Thüringer Verfassungsgerichtshofs<sup>43</sup>, wonach es sich um einen Parlamentsvorbehalt in Gestalt eines Ausgestaltungsvorbehalts handelt, der nicht in erster Linie dazu dient, Beschränkungen des Leistungsumfangs vorzunehmen.

Problematisch ist zudem die tatbestandliche Begrenzung des Anspruchs auf Zuschüsse auf solche Privatschulen, die ein „Ersatz für staatliche Schulen sind“, weil damit der vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 7 Abs. 4 GG herausgearbeitete Standard, wonach es nicht auf einen *konkreten* Entlastungseffekt ankommt<sup>44</sup>, unterschritten wird.

## II. Keine Beschränkung auf Ersatzschulen im engeren Sinne

Die tatbestandliche Beschränkung des Förderanspruchs auf Ersatzschulen, die tatsächlich einen Ersatz für eine (vorhandene) staatliche Schule darstellen, ist im Hinblick darauf, dass das Bundesverfassungsgericht den Förderanspruch nach Art. 7 Abs. 4 GG davon nicht abhängig macht, sondern ihn auf alle genehmigten Privatschulen erstreckt<sup>45</sup>, „entsprechend“ weit zu lesen. Da nach Bundesverfassungsrecht allen genehmigten Ersatzschulen unabhängig von einer konkreten Entlastungsfunktion ein Förderanspruch zusteht und damit auch kein sachlicher Grund besteht, die verschiedenen Ersatzschulen unterschiedlich zu behandeln, muss Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA grundgesetzkonform erweiternd ausgelegt werden. Das entspricht auch der Staatspraxis.

## III. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch

Diskutiert wird weiterhin, ob sich unmittelbar aus der Verfassung ein Förder- und Finanzierungsanspruch ergibt oder ob dieser lediglich durch die gesetzliche Regelung begründet wird.<sup>46</sup>

Wortlaut und Zweck des Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA sprechen eindeutig dafür, von einem bereits durch die Verfassung begründeten Anspruch der einzelnen

---

<sup>41</sup> Siehe dazu auch *Langer*, NJ 2009, 187 (191).

<sup>42</sup> *Langer*, NJ 2009, 187 (190).

<sup>43</sup> Siehe oben Erster Teil II. 3.

<sup>44</sup> So die später aufgegebene Argumentation von BVerwGE 23, 347 ff. Dem folgend *Reich*, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 28, Rn. 5.

<sup>45</sup> BVerfGE 75, 40 ff. Siehe auch *Langer*, NJ 2009, 187 (192).

<sup>46</sup> In Bezug auf Art. 7 Abs. 4 GG geht das Bundesverfassungsgericht zwar von einer finanziellen Förderpflicht, nicht aber von einem verfassungsunmittelbaren Anspruch aus; vgl. BVerfGE 112, 74 (84).

Ersatzschule auszugehen, der durch das Gesetz lediglich in Bezug auf die Höhe näher ausgestaltet werden kann.

Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA fällt es schwer, einen bereits durch die Verfassung begründeten Anspruch zu verneinen. Die Verfassung normiert auch keinen Ermessenstatbestand, sondern eine allgemeine Zuschusspflicht, die als solche näher ausgestaltet werden kann.

Vor allem aber wird nur diese Auslegung der systematischen Stellung der Vorschrift im Abschnitt über die Einrichtungsgarantien gerecht.

Ausweislich der Legaldefinition in Art. 3 Abs. 2 Verf LSA verpflichten die Einrichtungsgarantien das Land, die von der Verfassung normierten Einrichtungen „zu schützen sowie deren Bestand und Entwicklung zu gewährleisten“. Werden in den einer Einrichtung betreffenden Norm konkrete Vorgaben für deren Bestands- und Entwicklungsschutz normiert, so verdichten sich diese zunächst objektivrechtlich zu Handlungspflichten, die bei entsprechender tatbestandlicher Ausgestaltung auch subjektive Rechte begründen können. Da die Rechtsfigur des Anspruchs die klassische Rechtsfigur eines subjektiven Rechts verkörpert, ist eine stimmige Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur möglich, wenn man von einem verfassungsunmittelbar begründeten Anspruch auf Zuschüsse ausgeht.

Das Ergebnis entspricht schließlich auch der Interpretation der vergleichbaren Regelung in Art. 26 Abs. 2 ThürVerf durch den Thüringer Verfassungsgerichtshof.<sup>47</sup>

#### **IV. Ausgestaltungs- oder Beschränkungsvorbehalt in Satz 2**

Mit dieser Erkenntnis ist auch eine gewichtige Vorentscheidung in der weiteren Streitfrage getroffen, ob es sich bei der Regelung in Satz 2 um einen Ausgestaltungs- oder Beschränkungsvorbehalt handelt.

Von einem Verständnis der Regelung als Beschränkungsvorbehalt bzw. allgemeinem Gesetzesvorbehalt wurde teilweise bei den Verfassungsberatungen ausgegangen. Der Entstehungsgeschichte bzw. einzelnen Äußerungen im Laufe der Beratungen kommt indes nach herkömmlicher Auffassung keine starke Bindungswirkung zu. Dies gilt vor allem dann, wenn Wortlaut, Systematik und

---

<sup>47</sup> Siehe dazu oben Erster Teil II. 3.

Zweck der Norm ein anderes Verständnis nahelegen, wie es vorliegend der Fall ist.

Der Auftrag der Verfassung, das Nähere durch Gesetz zu regeln, ist bei einer Einrichtungsgarantie im Einklang mit ihrer auf Schutz und Förderung ausgerichteten allgemeinen Zielsetzung zu interpretieren.

Das „Nähere zu regeln“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Art und Weise, wie Bestandssicherung und Entwicklungsförderung erfolgen sollen, durch das Gesetz geregelt werden. Es kann aber nicht darum gehen, die allgemeine Direktive der Norm zu relativieren.

Dass es dabei nicht in jeder Hinsicht um eine Maximalförderung gehen kann und dass die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes die Reichweite der finanziellen Förderung begrenzen kann, folgt aus dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmen, dass das Land bei seinen Tätigkeiten insgesamt den Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit wahren muss.<sup>48</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zur Bereitstellung von Studienplätzen, die landesverfassungsrechtlich ebenfalls durch eine Einrichtungsgarantie abgedeckt ist (Art. 31 Verf LSA), diesen Zusammenhang auf die Formel vom Vorbehalt des Möglichen kondensiert.<sup>49</sup>

Durch die Regelung wird zugleich eine zwingende Zuständigkeit des Landtages begründet, der alle wesentlichen Aspekte der Ausgestaltung der Einrichtungsgarantie selbst regeln muss und insoweit seine Zuständigkeit nicht an die Exekutive delegieren darf.

Anders als die Verfassung von Thüringen benennt Art. 28 Abs. 2 Verf LSA mit der Bezugnahme auf die „zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“ einen etwas konkreteren Maßstab in Bezug auf die Höhe der Zuschüsse. Man wird diese Aussage im strukturellen Kontext der Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG<sup>50</sup> dahingehend zu verstehen haben, dass auch hier das 3-Säulen-Modell der Finanzierung von Privatschulen vorausgesetzt wird, es also nicht um eine vollständige Kostenübernahme durch den Staat gehen kann. Neben den staatlichen Zuschüssen wird demnach von einem Eigenanteil des Trägers und den Schüler- bzw. Elternbeiträgen ausgegangen.

---

<sup>48</sup> Das folgt u.a. aus dem Haushaltsrecht (Art. 93 i.V.m. Art. 99 Abs. 2 Verf LSA) und der auch für die Länder maßgeblichen Schuldenbremse des Art. 115 GG.

<sup>49</sup> BVerfGE 43, 291 (325 f.).

<sup>50</sup> Siehe dazu oben Erster Teil I. 1.

Ähnlich wie Art. 102 sächs Verf begründet auch Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA eine Pflicht, Ausfälle bei den Elternbeiträgen zu kompensieren, soweit dies zur Beachtung des Sonderungsverbotens notwendig ist.

#### **V. Zulässigkeit und Ausgestaltung einer Wartefrist**

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob und in welcher Form eine sog. Wartefrist, bei der die staatlichen Zuschüsse erst nach einem mehrjährigen (erfolgreichen) Betrieb der Schule gezahlt werden, mit Art. 28 Abs. 2 Verf LSA zu vereinbaren ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG, dessen Wortlaut sich nicht zu finanziellen Förderpflichten verhält, die gesetzliche Regelung einer Wartefrist unter bestimmten Voraussetzungen als im Ermessen des Landesgesetzgebers stehend zugelassen, dabei auch eine Reihe von Anforderungen und Bedingungen entwickelt:<sup>51</sup>

„3. Wartefristen sind mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht grundsätzlich vereinbar. Sie haben den Zweck, den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umfaßt auch die Befugnis zu entscheiden, wann er diesen Nachweis als erbracht ansieht. Das darf aber nicht dazu führen, daß die Wartefrist sich als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirkt.

a) Der Staat darf seine Finanzhilfe von einer hinreichend soliden Existenzbasis der Ersatzschule abhängig machen, die der Gründung Aussicht auf dauerhaften Bestand verleiht. Die Schutzpflicht hat ihren Grund in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung individueller Freiheit. Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG geht von dem herkömmlichen Bild der Privatschule aus. Sie verdankt ihre Existenz dem ideellen und materiellen Engagement ihrer Gründer und Träger. Diese füllen einen ihnen eingeräumten Freiheitsraum in eigener Initiative aus, die auch die wirtschaftlichen Grundlagen einschließt; sie müssen bereit sein, die damit verbundenen Risiken in Kauf zu nehmen. Der Staat darf erwarten, daß der Schulträger seinem Interesse an der Verwirklichung eigener Ziele und Vorstellungen im schulischen Bereich eigenes finanzielles Engagement folgen läßt. Er beteiligt sich nur an diesem zuvörderst privaten Engagement.

b) Der Landesgesetzgeber darf im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit ferner berücksichtigen, daß öffentliche Mittel effektiv zu verwenden sind. Bei neu gegründeten Schulen ist nicht absehbar, ob sie auf Dauer Bestand haben werden. Im Genehmigungsverfahren wird nicht auf diese Frage abgestellt, sondern es werden nur die formellen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 S. 3, 4 GG geprüft. Jede neu gegründete Privatschule begibt sich in Konkurrenz zu vorhandenen öffentlichen und privaten Schulen. Sie muß den bereits vorhandenen Schulen Schüler abgewinnen und diese an sich binden. Hierfür muß sie sich pädagogisch bewähren. Ob ihr dies gelingt, darf der Gesetzgeber eine Zeitlang abwarten, ehe er zur ständigen Förderung übergeht.

c) Gegen die Zulässigkeit einer Wartefrist spricht auch nicht, daß im Falle des Scheiterns einer Schule die bis dahin geleisteten Zuschüsse nicht völlig nutzlos gewesen sein mögen. Der Staat will mit seiner Privatschulförderung in ein funktionierendes privates Ersatzschulwesen investieren. Gemessen daran

---

<sup>51</sup> BVerfGE 90, 107 (117 ff.).

sind öffentliche Mittel nicht effektiv verwandt, wenn sie statt einer lebensfähigen, von der Bevölkerung angenommenen Einrichtung einer Schule zufließen, die sich - aus welchen Gründen auch immer - eines solchen Zuspruchs nicht lange erfreuen kann.

d) Der Gesetzgeber darf bei der Bemessung von Wartefristen allerdings die Gründe nicht außer acht lassen, aus denen sich der Anspruch der privaten Ersatzschulen auf Schutz und Förderung herleitet. Wartefristen dürfen nicht dazu führen, daß private Ersatzschulen überhaupt nicht mehr gegründet werden können. Wirken sie als Sperren für die Errichtung neuer Schulen, sind sie mit Art. 7 Abs. 4 GG unvereinbar.

aa) Aus der Unmöglichkeit einer vollen Selbstfinanzierung folgt noch nicht, daß jede Wartefrist als faktische Gründungssperre wirkt. Wie schon dargelegt, darf der Gesetzgeber ein eigenes finanzielles Engagement der Schulträger voraussetzen. Nicht gefordert werden kann aber die Bereitschaft, in dem heute erforderlichen Umfang eigenes Vermögen für Gründung und Betrieb einer privaten Ersatzschule auf Dauer einzusetzen. Dies könnte einem Träger angesichts der Kosten einer privaten Ersatzschule, wie sie namentlich durch den Staat vorgegeben sind, nicht zugemutet werden. Anders verhält es sich, wenn nur eine absehbare und vorübergehende Zeit zu überbrücken ist. Auf Dauer muß dem Schulträger oder den ihn tragenden Kräften Entlastung in Aussicht stehen, sollen sie nicht aufgeben und damit das private Ersatzschulwesen zum Erliegen bringen. Schränken Wartefristen dem Schulträger diese Perspektive übermäßig ein, wirken sie als faktische Errichtungssperre.

bb) Für Schulgründungen in der Trägerschaft von Eltern gilt nichts anderes.

Allerdings muß die Privatschule grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse offenstehen; insoweit muß sie von allen Eltern und Schülern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage in Anspruch genommen werden können. Einige wenige Freiplätze oder Schulgeldstipendien in Ausnahmefällen für besonders begabte oder besonders arme Kinder gewährleisten die allgemeine Zugänglichkeit in diesem Sinne nicht (vgl. BVerfGE 75, 40, 63 ff.). Es liegt auf der Hand, daß Beträge in der Größenordnung von monatlich 170 bis 190 DM, wie sie hier mindestens in Rede standen, nicht von allen Eltern gezahlt werden können. Wären die erwähnten Beiträge der Eltern uneingeschränkt am Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG zu messen, könnten Wartefristen gegenüber Schulen in Elternträgerschaft wegen deren struktureller Besonderheiten sich als faktische Errichtungssperre auswirken.

Jedoch ist zwischen Schulgeld und Beiträgen zur Eigenleistung zu unterscheiden. Soweit Eltern, etwa zusammengefaßt in einem Verein, eine Schule gründen und tragen, verfolgen sie damit eigene bildungspolitische Zwecke. Sie wollen nicht nur ihren eigenen Kindern den Besuch einer Schule ermöglichen, die ihren weltanschaulichen oder pädagogischen Interessen entspricht, sondern darüber hinaus das Bildungsangebot allgemein erweitern und in ihrem Sinne verbessern. Wer solche bildungspolitischen Ziele verfolgt, muß eine Bereitschaft zu finanziellen Opfern mitbringen, die über das hinausgehen, was bloße Benutzer einer eingeführten und etablierten Bildungseinrichtung für ihre Kinder zu leisten bereit sind.

Art. 7 Abs. 4 GG als Freiheitsrecht verlangt auch unter Berücksichtigung des Sozialstaatsgebots nicht, daß es jedermann ohne Rücksicht auf seine finanziellen Verhältnisse ermöglicht werden müsse, Ersatzschulen zu gründen oder sich an der Gründung solcher Schulen zu beteiligen. Finden sich nicht genügend Eltern, die bereit und in der Lage sind, als Schulträger eine Anschubfinanzierung für die von ihnen gewollte Schule zu tragen, so ist es nicht Sache des Staates, dem abzuhelpen. Durch die Vorleistungen der "Gründungseltern" für das Ingangsetzen der Schule wird das Sonderungsverbot nicht unmittelbar berührt. Es geht nicht um den Zugang zur gegründeten Schule. Betroffen ist die Beteiligung an der Gründung selbst, die Verfolgung eigener bildungs-

litischer Ziele, die über den Zugang des eigenen Kindes zur Schule hinausreichen.

Der Gesetzgeber kann deshalb verlangen, daß schon für die Gründung der Schule eine ausreichend große Zahl von Eltern gewonnen wird, und zwar nicht nur für die zunächst einzurichtende erste Klasse. Es muß von vornherein einen hinreichend großen Stamm von Eltern geben, deren Interesse an der Schule wegen ihres gesteigerten finanziellen Einsatzes auch tatsächlich über den Schulbesuch des eigenen Kindes hinausreicht. Damit wird der Gefahr vorgebeugt, eine kleine Gründungsinitiative werde sich alsbald wieder verlaufen.

Allerdings muß auch den Gründungseltern die Aussicht auf spätere Förderung bleiben. Ihnen kann zwar die Finanzierung während einer Wartefrist auferlegt werden. Diese darf aber nicht so bemessen sein, daß sie von vornherein entmutigt und deshalb als faktische Errichtungssperre wirkt.

Ähnliche Erwägungen gelten für den von den Bf. erwähnten Gehaltsverzicht des Lehrpersonals. Sind die Lehrkräfte zugleich Mitglieder des Schulträgers, so haben sie wie Gründungseltern gleichsam eine Doppelrolle. Durch die Beteiligung an der Gründung verfolgen sie eigene bildungspolitische Ziele. Von ihnen kann deshalb erwartet werden, daß sie sich um dieser bildungspolitischen Ziele willen während der Gründungsphase auch finanziell für die von ihnen ins Leben gerufene Schule engagieren.

cc) Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit läßt sich keine weitergehende Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers herleiten. Wartefristen greifen nicht in ein vorgegebenes Recht des Schulträgers ein, sondern konkretisieren die staatliche Förderpflicht.

dd) Legt der Gesetzgeber, um Gewißheit über den Erfolg der Schule zu erlangen, eine lange Wartefrist fest und besteht die Schule später den Erfolgstest, muß er allerdings einen wie immer gearteten Ausgleich vorsehen, damit die Wartefrist nicht zur faktischen Errichtungssperre wird. Ob eine Förderungsregelung mit Art. 7 Abs. 4 GG vereinbar ist, läßt sich letztlich nur aufgrund einer Gesamtschau beurteilen, in die außer der Dauer der Wartezeit, insbesondere auch während dieser Zeit geleistete freiwillige Staatszuschüsse, Schulgelderstattungen, die Höhe der nach Ablauf der Wartefrist einsetzenden Leistungen und etwaige Ausgleichszahlungen einzubeziehen sind.“

Diese Rechtsprechung macht deutlich, dass eine Regelung von Wartefristen bereits bundesverfassungsrechtlichen an einen klaren Zweck, den Erfolgsnachweis, gebunden ist und darüber hinaus die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern berücksichtigen muss. Bereits die Trägerbezogene Argumentation des Bundesverfassungsgerichts lässt es als Zweifelhaft erscheinen, eine Wartefrist nicht auf den Schulträger, sondern auf einzelne Fachangebote zu beziehen mit der Folge, dass ein etablierter und bewährter Schulträger für jede Erweiterung seines schulischen Angebots neuen Warte- und Bewährungsfristen unterliegt. Solche Regelungen sind problematisch, weil es sachlich schwer begründbar ist, warum ein bewährter Träger in Bezug auf zusätzliche schulische Angebote (Fachrichtungen) wie ein Newcomer zu behandeln ist, liegen die wesentlichen Anforderungen doch im institutionellen Bereich.

Das Bundesverfassungsgericht macht auch deutlich, dass bei der Beurteilung einer Wartefrist die freiwilligen staatlichen Leistungen während dieser Zeit sowie später für den Anlaufzeitraum geleistete Ausgleichszahlungen zu berücksichtigen sind.

Diese Rechtsprechung gibt trotz der durchaus vorhandenen Kriterien aber nur einen allgemeinen bundesverfassungsrechtlichen Rahmen vor, der mit Blick auf das Landesverfassungsrecht weiter zu konkretisieren ist.

Dabei ist zunächst und grundlegend zu beachten, dass eine entsprechende Verkürzung der staatlichen Förderung und des Förderanspruchs keinen Ausdruck im Wortlaut der Vorschrift finden. Das hat u.a. zur Folge, dass im Vergleich zu Art. 7 Abs. 4 GG ein erhöhter Rechtfertigungsbedarf besteht.

Zweck einer Wartefrist ist es, die Leistungsfähigkeit eines neuen Schulträgers sicherzustellen und eine „Fehlinvestition“ von Steuergeldern zu vermeiden.<sup>52</sup> Es ist in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte allgemein anerkannt, dass der Staat damit ein legitimes Interesse verfolgt, das vor allem dem Schutz von Schülern und Familien dient, die das Angebot privater Schulen nutzen.

Allerdings ist bereits diese Argumentation nur schlüssig, wenn sie sich auf die Förderung von Bau- und Einrichtungsmaßnahmen bezieht und nicht auf Personal- und Sachkosten für einen laufenden Schulbetrieb. Sobald mit den staatlichen Geldern Unterricht erteilt und das staatliche Schulwesen insoweit entlastet wird, kann nicht von einer Fehlinvestition gesprochen werden, selbst dann nicht, wenn die Schulgründung nur von begrenzter Dauer war bzw. ist.

Angesichts des normativen Befundes, dass die Verfassung von Sachsen-Anhalt einen *sachlich und zeitlich unbedingten Förderanspruch* begründet, dessen Höhe nach wie vor im Ermessen des Gesetzgebers steht, stellt die gesetzliche Einführung einer Wartefrist eine beschränkende Regelung dar, die einer Prüfung mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unterliegt. Denn die Einbettung eines subjektiven Rechts in eine Förderklausel führt trotz der systematischen Stellung der Norm im Abschnitt zu den Einrichtungsgarantien zu einer grundrechtlichen Qualität und damit zur Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 Abs. 2 LVerf. Das Landesverfassungsgericht spricht in diesem Zusammenhang von „Grundrechtssplittern“ in Einrich-

---

<sup>52</sup> BVerfGE 90, 107 (118).

tungsgarantien.<sup>53</sup> Die Regelung muss sich demnach als geeignete, erforderliche und ausgewogene Lösung erweisen.

An der grundsätzlichen Eignung einer Wartefrist zur Sicherstellung einer nachhaltigen Trägerschaft kann auch vor dem Hintergrund der damit gemachten Erfahrungen *im Allgemeinen* kein Zweifel bestehen.

Es ist aber bereits fraglich, ob die Wartefrist mit der herkömmlichen Begründung tragfähig ist, wenn es um Personal- und Sachkosten für den bereits erteilten Unterricht geht, da insoweit von einer sinnvollen Verwendung von Steuergeldern auszugehen ist.

Problematisch ist weiter, ob das Instrument auch erforderlich ist und es nicht andere, gleichermaßen geeignete Instrumente mit geringerer Eingriffsintensität gibt. Das ist vor allem hinsichtlich der Möglichkeit zu diskutieren, durch entsprechende Sicherheiten oder Bürgschaften den gleichen Zweck zu erreichen. Diese Vorgehensweise wird u.a. bei der staatlichen Anerkennung privater Hochschulen praktiziert, um die Interessen der Studierenden abzusichern.

Gegenstand einer Bürgschaft müssten die finanziellen Mittel sein, die die Fortführung des Schulbetriebs über einen Zeitraum absichern, der der Wartefrist entspricht. Eine solche Regelung hätte die gleiche Wirksamkeit wie eine Wartefrist. Sie würde aber ein milderes Mittel darstellen, da die bereitgestellten

---

<sup>53</sup> LVerfG LSA, LKV 2002, 131 (134): „Allerdings können die Einrichtungsgarantien trotz Art. 3 Abs. 2 SachsAnhVerf. nach den Materialien zur Landesverfassung durchaus vom Ausschuss so bezeichnete „Grundrechtssplitter“ enthalten (vgl. Berater des Verfassungsausschusses Schneider, VerfMat II 899 [Sitzung v. 23. 2. 1992], gerade zur Ambivalenz des Schutzes von Ehe und Familie; vgl. ferner: Vorsitzender, Abg. Höppner [SPD], VerfMat II, S. 956 [Sitzung v. 24. 4. 1992]), zumal auch nach Auffassung des Verfassungsausschusses keine klare Abgrenzung zwischen Grundrechten und Einrichtungsgarantien möglich ist (Berichtersteller des Verfassungsausschusses, Abg. Höppner, in der Ersten Beratung v. 9. 4. 1992 [LT-StenBer 1/31, S. 2620, r.Sp.]). Dem steht nicht entgegen, dass sich der Verfassungsgeber bei den Regelungen über die Familie bewusst für eine Trennung in das „Eltern(grund)recht“ und die Einrichtungsgarantie „Familie“ entschieden hat (vgl. insoweit: Ausschuss-Berater Starck, VerfMat I, S. 526 [Sitzung v. 17. 6. 1991]; Ausschuss-Berater Schneider, VerfMat II 901f. [Sitzung v. 23. 2. 1992]; ders., VerfMat II, S. 977 [Sitzung v. 24. 4. 1992]; Nitsche, CDU-Fraktionsmitarbeiter, VerfMat II 899 [Sitzung v. 23. 2. 1992]; Franke, PDS-Fraktionsmitarbeiter; Berlit, SPD-Fraktionsmitarbeiter, VerfMat II 900 [Sitzung v. 23. 2. 1992]; vgl. aber auch die Tendenz, „Ehe und Familie“ als Grundrecht zu definieren, bei: v. Bose [Landesregierung], VerfMat II 855 [Sitzung v. 24. 9. 1991]; ders., VerfMat II 898 [Sitzung v. 23. 2. 1992]; Abg. Geisthardt [CDU], VerfMat II 901 [Sitzung v. 23. 2. 1992] vgl. auch zur Doppelnatur: Ausschuss-Berater Schneider, VerfMat II 898f. [Sitzung v. 23. 2. 1992]).“

Finanzmittel in der Regel nicht abgefordert würden und die finanzielle Belastung in der Gründungsphase deutlich geringer ausfallen würde.

Damit erweist sich für Sachsen-Anhalt angesichts des inhaltlich und zeitlich nicht beschränkten Förderanspruchs eine Wartezeitregelung als unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

### **Dritter Teil: Rechtliche Würdigung der Einzelfragen**

#### **I. Welche Anforderungen sind unter Berücksichtigung von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts an den Mindestinhalt des sog. Schülerkostenvergleichsberichts nach § 18g SchulG-LSA zu stellen?**

##### **1. Wortlaut des § 18g SchulG-LSA**

Der Landesgesetzgeber von Sachsen-Anhalt hat die prozedurale Dimension des Grundrechts- und Einrichtungsschutzes in Bezug auf die Privatschulen im Landesschulgesetz berücksichtigt und der Landesregierung eine Berichtspflicht auferlegt:

„§ 18g Berichtspflicht der Landesregierung

Dem Landtag ist einmal je Wahlperiode durch die Landesregierung ein Bericht vorzulegen, in dem - differenziert nach den einzelnen Schulformen - die im öffentlichen Schulwesen tatsächlich entstehenden Kosten den aufgrund der Regelungen dieses Gesetzes jeweils entsprechenden Finanzhilfebeiträgen für Schulen in freier Trägerschaft gegenübergestellt sind.“

Vor dem Hintergrund einer fünfjährigen Legislaturperiode gem. Art. 43 Abs. 1 S. 1 Verf LSA handelt es sich dabei um einen durchaus überschaubaren Aufwand, wobei der Zeitraum von fünf Jahren als noch angemessen einzustufen ist, um relevante Veränderungen zeitnah zu erfassen.

##### **2. Verfassungsrechtlicher Kontext**

Wie im Zusammenhang mit der Analyse der neueren Urteile des Sächsischen und Thüringer Verfassungsgerichtshofs bereits herausgearbeitet wurde, bedarf eine inhaltlich offene Regelung, wie die der verfassungsrechtlichen Förderpflicht in Bezug auf die Privatschulen, einer besonderen verfahrensrechtlichen Absicherung, damit sie nicht leerläuft.

Leerlaufen würde die Garantie dann, wenn der Staat bei der konkreten Ausgestaltung der Förderung sich mit Maßnahmen begnügen könnte, die keine wirksame Absicherung für den Freiheitsgebrauch darstellen. In Bezug auf die finanzielle Förderung bedeutet dies, dass die Höhe der Zuweisungen eine effektive Aufgabenwahrnehmung ohne unverhältnismäßige Inanspruchnahme von Eigenleistungen der Träger ermöglichen muss.

Damit ist auch das Spannungsfeld angesprochen, auf das sich die verfahrensrechtliche Absicherung zu beziehen hat. Wenn das Verfassungsrecht davon ausgeht, dass den Trägern von Privatschulen ein Eigenfinanzierungsanteil

zuzumuten ist, der auch die Elternbeiträge einschließt, zugleich aber auch eine soziale Sonderung verhindert werden muss, so kommt es maßgeblich darauf an, die Belastungsgrenzen in beiden Bereichen *realistisch* zu bestimmen und zugleich zu klären, wem die besonderen Lasten der „sozialen Dimension“ der Ausgestaltung des Schulwesens (das sich aus dem Sonderungsverbot und neuerdings auch aus Inklusionspflicht ergibt) zuzuordnen sind: dem Staat oder dem privaten Träger bzw. den (vermögenden) Eltern, die sich für eine Privatschule entscheiden.

Unverzichtbare Grundlage für die Umsetzung einer solchen *wertenden* Entscheidung ist dabei, dass ausreichende Informationen dazu vorliegen, welche Kosten ein Schulbetrieb verursacht. Der Absicherung dieser im Verfassungsrecht wurzelnden Vorgabe dient die Berichtspflicht des § 18g SchulG-LSA.

Dabei ist zu beachten, dass es eine enge Wechselwirkung zwischen der vom Gesetzgeber gewählten Förderungs- und Finanzierungsmethode und der Berichtspflicht gibt. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Gefolgschaft des Landesverfassungsgerichts festgestellt, dass der Gesetzgeber seine Förderpflicht durch verschiedene Vorgehensweisen umsetzen kann. Entscheidend ist die Zweckverwirklichung. Hat sich der Gesetzgeber für ein Modell entschieden, muss seine Umsetzung und verfahrensrechtliche Absicherung aber folgerichtig erfolgen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist,

„die Kostensituation selbst zu bewerten und seine Hilfe danach auszurichten. Er darf sich an den Kosten des öffentlichen Schulwesens orientieren.“<sup>54</sup>

Das bedeutet konkret, dass der Gesetzgeber in erster Linie verpflichtet ist, eine realitätsnahe Einschätzung derjenigen Kosten vorzunehmen, die bei einem privaten Schulträger anfallen. Die Kosten, die im öffentlichen Schulwesen anfallen, dürfen dabei „zur Orientierung“ herangezogen werden. Im Vordergrund muss jedoch die Beurteilung der Kosten stehen, die bei den privaten Trägern tatsächlich anfallen.

---

<sup>54</sup> BVerfGE 90, 107 (116).

### 3. Die Anforderungen im Einzelnen

Die Regelung verlangt von der Landesregierung, einen

„Bericht vorzulegen, in dem - differenziert nach den einzelnen Schulformen - die im öffentlichen Schulwesen tatsächlich entstehenden Kosten den aufgrund der Regelungen dieses Gesetzes jeweils entsprechenden Finanzhilfebeiträgen für Schulen in freier Trägerschaft gegenübergestellt sind.“

Der Ansatz dieser Regelung ist insoweit problematisch, als er eine realitätsbezogene Kostenermittlung nur für den Bereich des öffentlichen Schulwesens vorsieht und in Bezug auf die Schulen in freier Trägerschaft nur einen Vergleich mit den ihnen zugewiesenen Finanzhilfebeiträgen vorschreibt. Diesem Erfordernis trägt indes die in § 10 SchifT-VO normierte Informationspflicht Rechnung, die dem Land die notwendigen Informationen zur wirtschaftlichen Lage der Schulen in freier Trägerschaft zugänglich macht.

In Bezug auf den systematischen Ansatz der Berichtspflicht wird man die Vorgehensweise mit der Hilfsüberlegung auch verfassungsrechtlich rechtfertigen können, dass die im öffentlichen Schulwesen anfallenden Kosten grundsätzlich ein verlässlicher Indikator dafür sind, welche Kosten eine Schule des entsprechenden Typs überhaupt verursacht.

Ein entsprechender Bericht wurde bislang zweimal vorgelegt und entsprach – ohne dass hier auf Einzelheiten einzugehen ist – in vielen Punkten nicht den gesetzlichen Anforderungen. So fehlte es an einer klaren Kostenermittlung getrennt nach den einzelnen Schulformen. Auf den aktuell zu erstellenden Bericht, der bislang im Entwurf vorliegt, wird in der Untersuchung näher eingegangen.

#### a) Differenzierung nach Schulformen

Das Gesetz verlangt, dass in dem Bericht eine Differenzierung nach den Schulformen vorgenommen wird. Was unter einer Schulform zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Schulgesetz.

Aus praktischen Gründen kann sich der Bericht auf diejenigen Schulformen beschränken, für die es tatsächlich anerkannt Schulen in freier Trägerschaft gibt. Dem folgt auch die bisherige Praxis.

b) „tatsächlich entstehende Kosten“

Darzustellen und zu ermitteln sind die tatsächlich entstehenden Kosten. Der Landesgesetzgeber hat sich damit für ein empirisch ausgerichtetes Berichtsmodell entschieden, das eine rein theoretische Berechnung der Finanzhilfen auf der Grundlage von Lohnkosten usw. ausschließt.

Methodisch bedeutet diese Vorgabe, dass sich der Bericht an den tatsächlich getätigten Ausgaben (Aufwendungen) für die einzelnen Schulformen orientieren muss.

Diese Verpflichtung hat Auswirkungen auf die Haushaltsführung und Dokumentation. Sie ist so zu gestalten, dass die für den Bericht erforderlichen Daten abrufbar sind. Das Land kann sich nicht darauf berufen, dass eine Kostenermittlung nicht möglich ist, weil die erforderlichen Informationen nicht ermittelbar sind, weil eine getrennte Zuordnung nicht möglich ist.

Fraglich und umstritten ist, ob mit dieser Vorgabe jegliche „Korrektur“ der verausgabten Kosten im Sinne einer Typisierung ausgeschlossen ist. Was damit gemeint ist, kann am Beispiel der bisherigen Berichtspraxis verdeutlicht werden. Diese sieht u.a. vor, dass z.B. demografiebedingte Mehrkosten, die dadurch entstehen, dass an bestimmten Standorten Schulen unterhalten werden, bei denen die gesetzlich geforderte Regelklassenstärke unterschritten wird, in Abzug gebracht werden. Auch weitere besondere Kostenbelastungen, die z.B. durch Vorruhestandsregelungen usw. entstehen, werden vom Land aus „abgezogen“.

Die gesetzliche Vorgabe, die Darstellung an den tatsächlichen Kosten zu orientieren, verlangt lediglich, dass diese ermittelt und dargestellt werden. Dies muss getrennt nach den Schulformen erfolgen. Von dieser Vorgabe lässt das Gesetz keine Abweichungen zu.

Das Gesetz schließt es aber nicht aus, dass in einem weiteren Schritt einzelne Faktoren, die zu atypischen oder besonderen Kostenbelastungen im staatlichen Bereich führen, ausgewiesen und bei der Bewertung berücksichtigt werden. Der zutreffende systematische Ort, an dem dies zu geschehen hat, ist jedoch der Vergleich mit den Finanzhilfebeiträgen, die den Schulen in freier Trägerschaft zugewiesen werden.

c) Vergleich mit den Finanzhilfebeiträgen

Dieser Vergleich hat den doppelten Zweck, zunächst die Angemessenheit der Finanzhilfebeiträge zu prüfen und darüber hinaus auch strukturelle Unterschiede zwischen staatlichen und privaten Schulträgerschaften zu berücksichtigen. Dieser zweite Punkt ist systematisch der Ort, an dem Kostenbelastungen im staatlichen Bereich, die bei Schulen in freier Trägerschaft nicht auftreten (können), ausgewiesen und bei der vergleichenden Bewertung berücksichtigt werden können. Entscheidend ist damit, welche Faktoren insoweit relevant sind.

4. *Beurteilung der aktuellen Berichterstattung*

Die bisherige Berichterstattung der Landesregierung entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben.

Dies gilt für alle bisherigen Berichte insoweit, als eine *echte* Differenzierung nach Schulformen auf der Grundlage der tatsächlichen Kosten mit der Begründung nicht erfolgte, dass entsprechende Daten nicht vorliegen.

Die Aussage zu den berufsbildenden Schulen, „es können nur Kosten von Bildungsgängen verglichen werden, nicht Kosten von Schulformen“, sollte durch den Landesgesetzgeber im Rahmen einer Novellierung des § 18g SchulG-LSA aufgegriffen und entsprechend umgesetzt werden.

Problematisch sind zudem im Entwurf für den aktuellen Bericht die Korrekturen bei der Kostenberechnung, weil es insoweit an tragfähigen Begründungen und Nachweisen fehlt.

Das betrifft zunächst die Herausnahme von Mehrbelastungen auf Grund des demografischen Wandels, konkret die Altersteilzeit, Personalüberhänge und geringere Klassenstärken. Es handelt sich dabei um Phänomene, die nicht auf den Bereich der öffentlichen Schulen beschränkt sind. Deshalb müsste zumindest der Nachweis geführt werden, ob und in welchem Umfang die öffentlichen Schulträger stärker belastet sind als private Träger.

Auch bei den weiteren Positionen, die zur Korrektur der Berücksichtigungsfähigkeit der tatsächlich angefallenen Kosten herangezogen werden, ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang sie zu berücksichtigen sind.

5. *Schlussfolgerungen*

Die bisherige Berichterstattung nach § 18g SchulG-LSA ist aus mehreren Gründen unzureichend.

Sie genügt nicht der gesetzlichen Vorgabe, die Kosten gesondert nach den Schulformen auszuweisen.

Soweit dies damit begründet wird, dass die entsprechenden Daten nicht zugänglich sind, weist dies auf einen Organisationsmangel hin, der durch das Land abzustellen ist.

Soweit geltend gemacht wird, dass nur ein Vergleich von Bildungsgängen sinnvoll ist, ist es Aufgabe des Ministeriums, auf eine entsprechende Rechtsänderung hinzuwirken.

**II. In welcher prozentualen Höhe entsteht für Schüler/innen, die aufgrund einer Behinderung i.S.v. § 1 Abs. 3 S. 3 + 4 SchulG-LSA den gemeinsamen Unterricht besuchen, unter Berücksichtigung der Regelungen von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts sowie des § 9 Abs. 5 Nr. 3 + 4 der VO vom 08.08.2013 ein Anspruch auf einen Sachkostenzuschuss i.S.v. § 18a Abs. 5 SchulG-LSA für finanzhilfeberechtigte Ersatzschulträger?**

1. *Aktuelle Rechtslage*

Das Schulgesetz sieht für den Bereich der Sachkosten die folgende allgemeine Regelung vor:

„§ 18a Abs. 5 SchulG-LSA

(5) Der Sachkostenzuschuss beträgt 16,5 v. H. des Personalkostenzuschusses, bei Förderschulen 26,5 v. H. des Personalkostenzuschusses.“

Für den Unterrichtsbesuch von Schülerinnen und Schülern mit Behinderung ist in § 1 Abs. 3 u. 3a SchulG-LSA nunmehr geregelt, dass die Schulen in Sachsen-Anhalt in aller Regel den Gemeinsamen Unterricht von Schülern mit und ohne festgestellten sonderpädagogischen Förderbedarfen bei Vorliegen der entsprechenden Bedingungen umzusetzen haben. In § 9 der Verordnung über die Förderung von Schüler/innen mit sonderpädagogischen Bildungs-, Beratungs- und Unterstützungsbedarf (in Kraft seit dem 08.08.2013) ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen dieser Gemeinsame Unterricht stattfinden kann. In Abs. 5 Nr. 3 u. 4 wird explizit aufgeführt, dass die Schulträger sicherzustellen haben, dass für die förderbedürftigen Schüler/innen u.a. zusätzliche

Lehr- und Lernmittel, angepasstes Mobiliar, Kommunikationsmittel oder operative Hilfen vorgehalten und bauliche Gegebenheiten oder schulorganisatorische Abläufe an die Bedürfnisse der förderbedürftigen Schüler/innen angepasst werden. Hierdurch entstehen den freien Schulträgern, die ebenfalls den Gemeinsamen Unterricht umsetzen, erhebliche zusätzliche Sachaufwendungen, die mit denen an entsprechenden Förderschulen vergleichbar sind.

Eine Erhöhung des Sachkostenzuschusses ist dabei für Schulen, die nicht als Förderschulen anerkannt sind, indes nicht vorgesehen.

## 2. Voraussetzungen einer Erstattungs- bzw. Finanzierungspflicht

Die sog. Inklusion dient der Umsetzung einer gesetzlich konkretisierten Staatszielbestimmung. Sie ist in der Verfassung von Sachsen-Anhalt in Art. 38 verankert.

Ähnlich wie beim Sonderungsverbot handelt es sich auch in diesem Bereich um staatlich veranlasste Kosten in Bezug auf die das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat:

„Die privaten Schulen dürfen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte muss genügend gesichert sein (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Beides ist heute nur mit hohem Kostenaufwand zu erreichen. Der Staat hat die Anforderungen an die Gleichwertigkeit privater Schulen fortwährend verschärft; er hat den Standard seiner eigenen schulischen Einrichtungen gehoben und die Besoldung seiner Lehrer stetig verbessert. Dem müssen die privaten Ersatzschulen sich anpassen.

Die hierfür erforderlichen erheblichen Kosten können nicht in vollem Umfang über Schulgelder gedeckt werden. Denn die Privatschulen dürfen eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht fördern (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG). Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Gesetzgeber errichteten Hürden.“<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> BVerfGE 90, 107 (115).

Diese Argumentation ist auch auf die Fälle der inklusiven Unterrichtung von Schülern mit einer Behinderung zu übertragen, denn auch in diesem Bereich sind die höheren Kosten durch Gesetz veranlasst.

3. *Schlussfolgerung*

Den Schulen in privater Trägerschaft muss in den Fällen einer inklusiven Unterrichtung von Schülern mit einer Behinderung ein entsprechend höherer Sachkostenzuschuss gewährt werden.

**III. Inwieweit entspricht die Regelung zum Sachkostenzuschuss nach § 18a Abs. 5 SchulG-LSA überhaupt den Vorgaben von Art. 28 Abs. 2 der Verfassung Sachsen-Anhalts, zumal das Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt hinsichtlich der Ersatzschulförderung keinen Baukostenzuschuss vorsieht (mit Ausnahme von § 18a Abs. 6)?**

1. *Wortlaut des § 18a Abs. 5 SchulG-LSA*

Die Regelung zum Sachkostenzuschuss und seiner Bemessung findet sich in § 18a Abs. 5 und 6 SchulG-LSA und haben folgenden Wortlaut:

„(5) Der Sachkostenzuschuss beträgt 16,5 v. H. des Personalkostenzuschusses, bei Förderschulen 26,5 v. H. des Personalkostenzuschusses.

(6) Ersatzschulen sind an Investitionsförderprogrammen für öffentliche Schulen angemessen zu beteiligen.“

Diese Berechnungsmethode ist durch mehrere Besonderheiten gekennzeichnet: sie basiert nicht auf einer realitätsnahen und originären Berechnung der Sachkosten durch den Gesetzgeber, sondern auf einer pauschalierten und typisierenden Bestimmung in Bezug auf die Personalkosten, die als fester Orientierungswert zugrunde gelegt werden. Damit werden zudem die Baukosten nicht in die Berechnung einbezogen, da diese nicht periodisch anfallen und auch nicht durch eine Bezugnahme auf Personalkosten realistisch ermittelt werden können. Hinzu kommt, dass Baukosten stark von den örtlichen Bedingungen abhängig sind.

Die in Absatz 6 eröffnete Möglichkeit der Beteiligung an Investitionsförderprogrammen stellt eine Ausnahme dar, die aber davon abhängig ist, dass entsprechende Programme aufgelegt werden. Sie greifen deshalb nur ausnahmsweise.

2. *Verfassungsrechtlicher Kontext*

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1994 ausgeführt:

„Der Staat darf die Kosten, die den Trägern privater Ersatzschulen für die Beschaffung des erforderlichen Schulraums entstehen, jedenfalls als Faktor für die Bemessung des Bedarfs, an dem sich die Zuschüsse ausrichten, nicht vollständig unberücksichtigt lassen.

1. Zu den Genehmigungsanforderungen des Grundgesetzes gehört, daß die privaten Schulen in ihren Einrichtungen nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen (Art. 7 IV 3 Halbs. 1 GG). Damit ist unter anderem die sächliche Ausstattung der Schule gemeint. Mit dem Begriff der "Einrichtungen" verweist das Grundgesetz nicht in erster Linie auf ein Schulgebäude. Er bezieht sich vielmehr auf die innere Ausstattung der Schule. Sie muß mit ihren sächlichen

Mitteln den Schülern einen vergleichbar qualifizierten Unterricht wie die öffentlichen Schulen bieten. Die notwendige sächliche Ausstattung der Schule verschärft aber ihrerseits die Anforderungen, die unter heutigen Voraussetzungen an ein Schulgebäude zu stellen sind. Sie schlagen sich im Vergleich zu früher in einem erhöhten Bedarf an Schulräumen nieder. Zum üblichen Standard öffentlicher Schulen gehört heute, daß jede Klasse gesondert in einem Klassenraum unterrichtet wird. Die pädagogisch erwünschte Verkleinerung von Klassen kann zur Aufteilung eines Jahrgangs in Parallelklassen und dadurch zu zusätzlichem Bedarf an Schulraum zwingen. Ausgeweitet gegenüber früher hat sich - nicht nur an weiterführenden Schulen - der Fachunterricht, insbesondere in den naturwissenschaftlichen Fächern. Zum Standard öffentlicher Schulen gehört heute etwa, daß sie über entsprechend ausgestattete Räume für Unterricht in den naturwissenschaftlichen Fächern verfügen. Die finanzielle Lage der privaten Ersatzschulen wird danach durch den Zwang mitbestimmt, auch bei den Schulräumen - nach Zahl und Ausstattung - nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückzustehen.

2. a) Deshalb ist es problematisch, scharf zwischen den Kosten der Errichtung, die als Investitionskosten dem Schulträger anheimfallen, und den Kosten der Erhaltung zu unterscheiden, die Gegenstand staatlicher Förderung sein können.

Die Errichtung der Privatschule ist schon nach dem Wortlaut des Art. IV 1 GG Gegenstand der Grundrechtsverbürgung. Die Genehmigungsvoraussetzungen des Grundgesetzes müssen bereits in der Errichtungsphase erfüllt werden. Der Schulträger muß vor Öffnung der Schule Einrichtungen geschaffen haben, die nicht hinter diejenigen öffentlicher Schulen zurückstehen. Der deswegen geschuldete Ausgleich durch staatliche Förderung kann nicht mit der formalen Begründung versagt werden, es gehöre noch zur Errichtung der Schule, die notwendigen Schulbauten bereitzustellen. Werden bereits für die Errichtung der Schule Genehmigungsvoraussetzungen aufgestellt, die der Schulträger normalerweise nicht sämtlich und auf Dauer aus eigener Kraft erfüllen kann, muß sich die Förderung grundsätzlich auch auf diese Phase beziehen.“<sup>56</sup>

Die Baukosten gehören demnach nicht zu einem Bereich, der strukturell in vollem Umfang der Eigenfinanzierungsverantwortung der Schulträger zugeordnet werden. Eine Regelung des Sachkostenzuschusses, die sich alleine an den Personalkosten als laufende Kosten ausrichtet, ist aber gänzlich ungeeignet, die Baukosten angemessen anteilig zu berücksichtigen.

Darüber hinaus ist es auch aus anderen Gründen problematisch, die Höhe der Sachkosten durch eine Bezugnahme auf die Personalkosten zu bestimmen.

Denkbar wäre es immerhin, dass eine solche Regelung im Ausgang mit der Begründung getroffen wurde, dass die Personal- und Sachkosten für den schulischen Bereich jeweils ermittelt und ins Verhältnis zueinander gestellt wurden. Die Regelung wäre dann aber nur soweit und solange als sachlich begründet und willkürfrei anzusehen, wie das Verhältnis von Personal- und Sachkosten in Bezug auf die in beiden Bereichen anzunehmenden Kostenentwicklungen als „stabil“ zu bezeichnen ist. Es liegt jedoch auf der Hand, dass dies auch nicht ansatzweise der Fall ist, sondern vielmehr in den letzten Jah-

---

<sup>56</sup> BVerfGE 90, 128 (141 f.).

ren die Steigerungsraten bei den Personalkosten über alle Bereiche hinweg sehr viel geringer ausgefallen sind als im Bereich der Sachkosten. Deshalb muss die gewählte Regelungstechnik als sachlich ungeeignet und willkürlich eingestuft werden.

3. *Zwischenergebnis*

Die Regelung entspricht insoweit nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

**IV. Nach Artikel 28 Abs. 1 S. 3 der Verfassung darf eine Ersatzschule u.a. nur genehmigt werden, wenn an ihr die Sonderung der Schüler/innen nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Aufgrund dieser Regelung schlussfolgert die Schulaufsicht in Sachsen-Anhalt, dass die Ersatzschulen Schüler/innen aus einkommensschwächeren Elternhäusern (in Sachsen-Anhalt häufig verbreitet) den Zugang an ihre Schule gewähren müssen, indem sie auf die Erhebung des Schulgeldes völlig verzichten oder dieses zumindest reduzieren. Erfolgt hieraus eine Erstattungspflicht des Landes an die Ersatzschulträger (s. u.a. Urteil des VGH Sachsen i.V.m. Art. 28 Abs.2 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt)?**

*1. Bisherige Rechtslage und Praxis*

Das in Art. 7 Abs. 4 GG sowie Art. 28 Abs. 1 S. 3 Verf LSA verankerte Sonderungsverbot dient der Verwirklichung der Chancengleichheit im Bereich der Bildung über alle Formen der Schulträgerschaft hinweg. Der Zugang zu Schulen in freier Trägerschaft, die oft alternative pädagogische Konzepte verfolgen und verwirklichen, soll nicht den vermögenden Familien vorbehalten werden. Es soll insoweit nicht zu einer Elitenbildung beigetragen werden.

Die Umsetzung dieser Staatszielbestimmung durch die Schulen in freier Trägerschaft hat in finanzieller Hinsicht zur Folge, dass eine der drei Finanzierungsquellen gemindert wird: die Schulbeiträge. Zudem hängt die Höhe der Minderung davon ab, wieviele Anmeldungen eingehen, die unter das Sonderungsverbot fallen und damit eine Befreiung von den Schulbeiträgen verlangen können. Es handelt sich dabei um eine nur begrenzt steuerbare Größe.

Nach bisheriger Rechtslage und Praxis in Sachsen-Anhalt werden die Mindererinnahmen, die den Schulträgern durch das Sonderungsverbot entstehen, durch den Staat *nicht* erstattet und damit die Kosten den Schulträgern zur Last gelegt. Das wird damit begründet, dass es sich um eine allgemeine Rechtspflicht handelt, die die privaten Schulträger von Verfassungs wegen trifft und damit von vorneherein eine Rahmenbedingung für die Tätigkeit darstellt.

*2. Erstattungsanspruch aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA*

Auch wenn aus dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA keine der Regelung in der Verfassung von Sachsen:

(4) Unterricht und Lernmittel an den Schulen in öffentlicher Trägerschaft sind unentgeltlich. Soweit Schulen in freier Trägerschaft, welche die Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahrnehmen, eine gleichartige Befreiung gewähren, haben sie Anspruch auf finanziellen Ausgleich.

vergleichbare konkrete Regelung zu entnehmen ist, besteht ein Erstattungsanspruch, weil es sich um einen Teil der staatlich veranlassten Kosten handelt

und sich diese auf Maßnahmen beziehen, die zum Führen der Schule erforderlich sind. Der tatbestandlich weiter gefasste Förderanspruch schließt demnach die Erstattung der Kosten auf Grund des Sonderungsverbot ein.

**V. Falls ja, in welcher Höhe und auch schon während der sog. Wartefrist**

*1. Ausgestaltung und Zulässigkeit der Wartefrist*

Nach dem Gesagten ist eine Wartefrist in der bisherigen Form nicht mit Art. 28 Abs. 2 Verf LSA vereinbar (siehe oben Zweiter Teil V.).

*2. Erstattungsansprüche während der Wartefrist*

Soweit man dennoch von der Zulässigkeit einer Wartefrist ausgeht, erstreckt sich diese jedenfalls nicht auf die Erstattung von staatlich veranlassten Kosten, so dass auch während einer Wartefrist die Kosten auf Grund des Sonderungsverbot ein zu ersetzen sind.

Halle, den 27.09.2014

Prof. Dr. Winfried Kluth