

# **Verfassungsrechtlicher Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt**

**Vortrag am Parlamentarischen Abend in Sachsen-Anhalt am 13. Juni 2017**

**von**

**Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M. / Leibniz Universität Hannover**

## **I. Einleitung**

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin, (sehr geehrter Herr Ministerpräsident), sehr geehrte Ministerinnen und Minister, sehr geehrte Frau Staatssekretärin, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Abgeordnete, verehrte Gäste,

ich freue mich, dass ich heute Abend zu Ihnen über den verfassungsrechtlichen Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt sprechen darf. Das Thema birgt politisch und juristisch einigen Sprengstoff. Ich werde mich aber bemühen, es nicht allzu juristisch-technisch werden zu lassen, zumal es ja ohnehin schon ein Hauptgewinn ist, an einem so schönen Sommertag nach getaner Arbeit abends noch einem juristischen Vortrag lauschen zu dürfen.

Vor allem aber möchte ich Ihnen nicht nur wohlklingende Weisheiten von der Ebene des Grundgesetzes und der Landesverfassung verkünden. Sondern ich möchte auch ganz konkret einzelne Probleme des Umgangs mit Ersatzschulen im Land ansprechen. Dabei handelt es sich fast ausnahmslos um Aspekte, die auch in anderen Bundesländern virulent sind; allerdings weist der verfassungsrechtliche Status der Ersatzschulen hierzulande wegen Art. 28 der Landesverfassung Besonderheiten aufweist, was unmittelbar Konsequenzen für den Gesetzgeber und die Schulaufsicht hat.

Zu den aktuellen Problemen im Land gehört, wie Sie alle wissen, v.a. der Lehrermangel, der für Unterrichtsausfall sorgt und das Land wie die Ersatzschulträger vor die Notwendigkeit innovativer Lösungen zur Sicherung des Schulauftrags stellt. Da der Demografische Wandel sich in Zukunft wohl noch verstärken wird, wird der Wettbewerb um Schüler und Lehrer zunehmen und es vielerorts zur Standortkonkurrenz zwischen öffentlichen und privaten Schulen kommen. Das wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen öffentlichen und privaten Schulen auf und danach, welche Befugnisse dem Land bei der Bewältigung des Demografischen Wandels zustehen.

Ein weiteres Problem und quasi schon schulrechtlicher Dauerbrenner ist die Finanzhilfe des Landes, bei der zum einen die Beschränkung des Kreises der Begünstigten

auf staatlich anerkannte Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung und zum anderen die Höhe der Finanzierung Fragen aufwirft. Und natürlich ist auch die gesetzliche Wartefrist ein Thema, die in Sachsen-Anhalt einige Besonderheiten aufweist. Nicht zuletzt stellt sich angesichts der jüngsten Urteile des Sächsischen und Thüringer Verfassungsgerichtshofs die Frage, ob die gesetzliche Ausgestaltung der Ersatzschulfinanzierung in Sachsen-Anhalt ausreichend nachvollziehbar und transparent ist.

Auf diese Themen möchte ich in den nächsten Minuten eingehen. Und weil die Antwort auf sämtliche Fragen von dem verfassungsrechtlichen Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt abhängt, gestatten Sie mir zunächst einige Worte dazu.

## **II. Verfassungsrechtlicher Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt**

Der verfassungsrechtliche Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt ergibt sich aus dem Zusammenwirken des Grundgesetzes mit der Landesverfassung. Während das Grundgesetz und die Landesverfassung die Voraussetzungen für die Genehmigung von Ersatzschulen übereinstimmend regeln, geht die Landesverfassung bei der Finanzierung der Ersatzschulen einen eigenen Weg, der von dem des Grundgesetzes abweicht.

### **1. Grundrechtsträger unter Genehmigungsvorbehalt**

Sowohl Art. 7 Abs. 4 GG als auch Art. 28 Abs. 1 der Landesverfassung gewährleisten ein Grundrecht zur Errichtung und zum Betrieb von Schulen in freier Trägerschaft. Darin enthalten ist die Absage an ein Schulmonopol des Staates, womit die Verfassungen für Vielfalt schulischer Bildungs- und Erziehungskonzepte sorgen und der Innovationsfreudigkeit der freien Schulen Rechnung tragen.

Für private Schulen, die als Ersatz für eine im Land vorhandene oder vorgesehene öffentliche Schule dienen, ist die Gründungs- und Betriebsfreiheit dabei insoweit eingeschränkt, als sie der Genehmigung des Staates bedürfen (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG; Art. 28 Abs. 1 Satz 2 Verf LSA). Die Genehmigungsvoraussetzungen legt das Grundgesetz abschließend fest (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG); d.h., die Länder dürfen sie nur konkretisieren, nicht aber erweitern oder einschränken. Der Gewährleistungsstandard ist insoweit – anders als im Finanzhilfebereich – unverrückbar durch das Grundgesetz bestimmt.

Eine weitere Festlegung des Grundgesetzes ist: Wenn die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, muss das Land die Ersatzschulgenehmigung erteilen; auf sie besteht von Verfassung wegen ein Rechtsanspruch.

Bei der Überprüfung, ob die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist das Land darauf beschränkt festzustellen, ob die private Schule im Hinblick auf ihre Lehrziele und Einrichtungen sowie die wissenschaftliche Ausbildung und die wirtschaftliche und rechtliche Stellung ihrer Lehrkräfte über einen gleichwertigen Standard verfügt wie entsprechende öffentliche Schulen und das Sonderungsverbot gewahrt ist. Maßgeblich ist allein, ob am Ende des jeweiligen Bildungsganges ein gleichwertiger Bildungserfolg gewährleistet ist. Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen oder gar höhere Anforderungen, als für öffentliche Schulen gelten, dürfen für die Ersatzschulgenehmigung nicht verlangt werden. Denn dadurch käme die verfassungsrechtlich garantierte Autonomie der Privatschulen zum Erliegen. Das hat das BVerfG schon vor Jahren entschieden.

Wegen dieses grundrechtlichen Status der Ersatzschulen unterliegen sie, auch das ist geklärt, grundsätzlich nur der Rechtsaufsicht des Landes und nicht, wie öffentliche Schulen, der Fachaufsicht. Etwas anderes gilt allerdings für staatlich anerkannte Ersatzschulen, die zur Vergabe öffentlicher Berechtigungen, also von Zeugnissen und Abschlüssen befugt sind. Sie unterliegen nach der Rechtsprechung einer Fachaufsicht, weil sie durch die Anerkennung beliehen sind und damit Hoheitsrechte ausüben.

Eine zweite Konsequenz des Status der Ersatzschulen als Grundrechtsträger ist ihr prinzipieller Gleichrang mit öffentlichen Schulen. Es besteht kein Primat der öffentlichen Schule etwa bei Schüler- oder Lehrermangel, sondern private und öffentliche Schulen erfüllen gemeinsam gleichberechtigt die Aufgabe der Schulbildung im Land. Eine Ausnahme gilt im Bereich der Grundschulen. Ihre Zulassung knüpft das Grundgesetz (Art. 7 Abs. 5 GG) an besondere Voraussetzungen, die sich durchaus im Sinne eines Vorrangs der öffentlichen gegenüber der privaten Grundschule deuten lassen.

Für das Land bedeutet das außerhalb des Grundschulbereichs einerseits, dass es öffentliche Schulen vorhalten kann, aber nicht muss, wenn genügend private Ersatzschulen zur Verfügung stehen. Das Land hat im Schulbereich nur eine Gewährleistungspflicht, nicht notwendig auch eine eigene Erfüllungspflicht. Um seiner Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden, muss es allerdings, wenn es auf eigene Schulen verzichtet, die Entwicklung des Ersatzschulwesens beobachten und bei Lücken oder nicht behebbaren Mängeln im Ersatzschulbetrieb Abhilfe durch öffentliche Schulen schaffen.

Andererseits darf das Land die Ersatzschulgenehmigung nicht von einem Bedürfnis für neue Ersatzschulen abhängig machen, also insbesondere nicht davon, ob eine ausreichende Zahl öffentlicher Schulen besteht und ob deren Bestand durch die Zulassung der Ersatzschule gefährdet würde.

## 2. Finanzhilfeanspruch der Ersatzschulträger

Ein weiterer Eckpfeiler im verfassungsrechtlichen Fundament der Ersatzschulträger ist ihr Anspruch auf finanzielle Förderung gegen das Land. Und hier wird es interessant, weil die Landesverfassung in diesem Punkt über das Grundgesetz hinausgeht. Das Grundgesetz hat dagegen keine Einwände, weil mit einer Ausweitung des Finanzhilfeanspruchs durch Landesrecht – anders als mit einer Erweiterung der Genehmigungsbedingungen – kein Eingriff in die Privatschulfreiheit verbunden ist, sondern ihr Rechtskreis erweitert wird. Für die Finanzhilfe markiert das Grundgesetz nur einen Mindeststandard, der von den Ländern nicht unterschritten, aber überschritten werden darf.

### a) Verfassungsrechtliche Förderpflicht des Landes

Was die grundsätzliche Verpflichtung zur Förderung der Ersatzschulen betrifft, folgt sie für das Land sowohl aus dem Grundgesetz als auch aus der Landesverfassung. Die Länder dürfen sich, so die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, „nicht darauf zurückziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen zuzulassen“, sondern müssen sie finanziell unterstützen.

### b) Ratio des Fördergebots

Der Grund für diese Förderpflicht ist das Unvermögen der privaten Schulträger, die hohen Anforderungen der Verfassung für die Genehmigung als Ersatzschule aus eigener Kraft zu erfüllen. Private Schulen sind hierzu auf Finanzhilfe des Staates angewiesen, weil ihnen das Sonderungsverbot des Grundgesetzes die Erhebung kostendeckender Schulgelder unmöglich macht.

Ob ein weiterer Grund für die Finanzhilfepflicht der Länder darin besteht, dass Ersatzschulen dem Land finanzielle Aufwendungen für eigene Schulen ersparen und es dadurch entlasten, hat das BVerfG bislang offengelassen; es sieht darin jedenfalls nicht den primären Zweck des Fördergebots.

### c) Begünstigte der Förderung

Aus diesem Zweck des Fördergebots des Grundgesetzes und der Landesverfassung ergibt sich, wem die Länder Finanzhilfe schulden. Weil die Finanzhilfepflicht dem Unvermögen der privaten Schulträger zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen geschuldet ist und dieses Unvermögen bei allen Ersatzschulen besteht, ist das Land

zur Förderung aller Ersatzschulen verpflichtet. Wenn private Schulen als Ersatzschulen genehmigt sind, dürfen sie – so das BVerfG – nicht von vornherein von der staatlichen Förderung ausgenommen werden.“

Aus diesem Grund ist die Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Schulen oder Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung unzulässig. Sie verstößt nicht nur gegen das Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG, sondern auch gegen die Gründungs- und Betriebsfreiheit der Ersatzschulen. Das BVerfG hat zwar die freiwillige Anerkennung von Ersatzschulen als Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Berechtigungen für zulässig erklärt. Unzulässig ist aber eine zwangsweise Anerkennung, weil die Ersatzschulen dadurch gegen ihren Willen verpflichtet werden, die für öffentliche Schulen geltenden Aufnahme-, Versetzungs- und Prüfungsvorschriften anzuwenden; sie werden beliehen, sodass sie der Fachaufsicht unterliegen. Eine solche zwangsweise Anpassung an das öffentliche Schulwesen bewirkt die Anerkennung als Voraussetzung für Finanzhilfe. Denn da die Ersatzschulen auf Finanzhilfe existenziell angewiesen sind, haben sie faktisch keine Wahl, ob sie sich anerkennen lassen. Und genau dieser faktische Zwang zur Anerkennung verletzt ihre Gründungs- und Betriebsfreiheit, die nach dem Grundgesetz nur abhängig ist von der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4, zu denen die Anerkennung nicht gehört.

Das Gleiche gilt, wenn Finanzhilfe an die Bedingung geknüpft ist, dass Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung sind. Auch dadurch werden Ersatzschulen zu einem bestimmten Schulkonzept gezwungen, das in Art. 7 Abs. 4 GG nicht vorgesehen ist.

Diese Grundsätze für die Finanzhilfe gelten gleichermaßen im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 der Landesverfassung, wonach das Land Schulen in freier Trägerschaft öffentliche Zuschüsse gewährt, wenn sie „Ersatz für öffentliche Schulen sind“. Wollte man diese Bestimmung als Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Ersatzschulen interpretieren, bliebe die Förderung hinter dem grundgesetzlichen Mindeststandard zurück, was nach Art. 31 GG zur Nichtigkeit der Landesverfassungsnorm führte. Dem ist durch eine grundgesetzkonforme Auslegung der Landesnorm Rechnung zu tragen.

#### **d) Subjektiv-rechtlicher Anspruch der Ersatzschulträger auf Förderung**

Über das Grundgesetz hinaus geht die Landesverfassung dagegen, was die subjektive Berechtigung der Ersatzschulträger betrifft, die Finanzhilfepflicht des Landes geltend zu machen.

Grundgesetzlich korrespondiert der Finanzhilfepflicht des Landes nach der Rechtsprechung des BVerfG kein subjektiver Anspruch des Schulträgers auf Finanzhilfe. Eine Ausnahme gelte nur, wenn ohne Förderung „der Bestand des Ersatzschulwesens evident gefährdet würde“. Unter dieser Voraussetzung hat der einzelne Schulträger einen Anspruch auf Finanzhilfe, der letztlich im Interesse der Funktionsfähigkeit der Institution Ersatzschulwesen liegt.

Diese Rechtsprechung des BVerfG wird zu recht stark kritisiert, weil die Finanzhilfepflicht des Staates ohne korrespondierenden Förderanspruch der Schulträger wertlos ist und das Grundrecht der Privatschulfreiheit leerläuft.

In Sachsen-Anhalt kommt es hierauf aber nicht an, weil Art. 28 Abs. 2 Landesverfassung den Ersatzschulträgern ausdrücklich einen „Anspruch“ auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse einräumt. Das landesverfassungsrechtliche Fördergebot ist damit im Interesse des einzelnen Ersatzschulträgers gewährleistet, dem ein subjektiver Anspruch auf Förderung gegen das Land zusteht. Daran ändert auch der Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 nichts, wonach die Regelung des Näheren der Finanzhilfe dem Gesetzgeber obliegt. Denn die Verfassung ermächtigt den Gesetzgeber damit lediglich zur Ausformung der Modalitäten der Finanzhilfe, nicht aber zur Einschränkung der Finanzhilfepflicht des Landes und des Anspruchs der Ersatzschulträger dem Grunde nach. Der Gesetzesvorbehalt ist kein Eingriffs-, sondern ein Ausgestaltungsvorbehalt. Das hat auch der Thüringer Verfassungsgerichtshof in 2014 zu dem gleichlautenden Gesetzesvorbehalt der Thüringer Verfassung entschieden.

### **e) Höhe der Förderung**

Einen überschießenden Gehalt hat die Landesverfassung gegenüber dem Grundgesetz auch bei der Höhe der Finanzhilfe.

#### **aa) Drei-Säulen-Modell**

Nach dem Grundgesetz besteht nach Ansicht des BVerfG keine Verpflichtung der Länder zur vollständigen Übernahme der Kosten der Ersatzschulen. Die Länder müssen nur einen Beitrag in Höhe des Existenzminimums der Institution Ersatzschulwesen leisten. Dies wurde von den Gerichten und dem Schrifttum bislang so gedeutet, dass die Länder grundgesetzlich nicht verpflichtet sind, jede einzelne Ersatzschule so zu fördern, dass sie die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG erfüllen kann. Eine andere Interpretation hat nun zu Recht der Thüringer Verfassungsgerichtshof gewagt; er meint, dass das BVerfG mit seiner Bezugnahme auf das Existenzminimum der Institution Ersatzschulwesen den existenzsichernden Betrag meint, der für

jede einzelne Ersatzschule zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG erforderlich ist. Eine durchaus interessante Interpretation, wie ich finde.

Deutet man die Judikatur des BVerfG mit der überwiegenden Ansicht so, dass die Länder nur verpflichtet sind, Finanzhilfe in dem Umfang zu leisten, dass das Ersatzschulwesen insgesamt nicht zum Erliegen kommt, krankt sie aber in der Tat daran, dass sie im Widerspruch zur ratio des Fördergebots steht. Wenn das grundgesetzliche Fördergebot dem Unvermögen privater Schulträger geschuldet ist, die Anforderungen an die Genehmigung als Ersatzschule aus eigener Kraft zu erfüllen, müssen die Länder die Ersatzschulen in dem Maße fördern, wie es zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich ist.

Ungeachtet dessen ist die Rechtsprechung des BVerfG zum Grundgesetz aber in Sachsen-Anhalt nicht maßgeblich, weil Art. 28 Abs. 2 der Landesverfassung über das grundgesetzlich gebotene Mindestniveau der Förderung hinausgeht. Art. 28 Abs. 2 gewährt den Ersatzschulen „Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind mindestens diejenigen Zuschüsse, die es ihnen erlauben, die Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen. Die Finanzhilfe muss daher sämtliche Kosten abdecken, die mit einem gleichwertigen Schulbetrieb privater Ersatzschulen verbunden sind. Hierzu gehören wegen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheit (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG), ein von den öffentlichen Schulen abweichendes Schulkonzept zu verwirklichen, die tatsächlichen Kosten des jeweiligen Betriebs der Ersatzschule, wobei nur die Kosten der wirtschaftlichen Betriebsführung zu ersetzen sind.

In Abzug gebracht werden dürfen nur – nach dem weithin konsentierten Drei-Säulen-Modell – eine angemessene Eigenleistung der Schulträger und das unter Beachtung des Sonderungsverbots erhobene Schulgeld. Finanzhilfe, Eigenleistung und Schulgeld müssen zusammen die Kosten des Ersatzschulbetriebs decken. Das hat bezogen auf die Thüringer Verfassung auch der Thüringer Verfassungsgerichtshof 2014 entschieden.

Zwischen der Finanzhilfe des Landes einerseits und der Eigenleistung des Schulträgers sowie dem Schulgeld andererseits besteht dabei ein korrelativer Zusammenhang, so eine Art Waterbed-Effekt. Weil sie zusammen die gesamten Kosten des Ersatzschulbetriebs decken müssen, gilt: Je höher die Eigenleistung und das Schulgeld sind, desto geringer darf die Finanzhilfe sein. Umgekehrt muss das Land Schulträgern mit geringer Eigenleistung und niedrigen Schulgeldeinnahmen entsprechend höhere Zuschüsse gewähren.

Bei der Bestimmung der zumutbaren Eigenleistung und der zulässigen Schulgeldhöhe fangen die Probleme aber erst an. Denn die Höhe der Schulgeldeinnahmen wird durch das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot gesteuert, das den Ersatzschulen verbietet, die Auswahl der Schülerinnen und Schüler nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern vorzunehmen. Der Zugang zu Ersatzschulen muss Kindern aus einkommensschwachen Elternhäusern ebenso möglich sein wie Kindern aus einkommensstarken Familien. Um dies sicherzustellen, müssen die Schulträger einkommens- und vermögenangemessene Ermäßigungen des Schulgelds bis hin zum Schulgelderlass vorsehen. Ob und inwieweit solche Schulgeldermäßigungen geboten sind, hängt von der Schülerschaft der jeweiligen Schule ab. Verzichtet die Schule wegen des Sonderungsverbots auf Schulgeld, hat sie wegen des korrelativen Zusammenhangs zwischen den drei Säulen der Ersatzschulfinanzierung einen Anspruch gegen das Land auf Kompensation des Schulgeldausfalls. Dahat auch der Staatsgerichtshof Baden-Württemberg 2015 so gesehen.

Was die finanzielle Eigenleistung der Ersatzschulträger betrifft, ist problematisch, dass sie – durch Spenden, Vereinsbeiträge oder entgeltpflichtige Zusatzangebote – zum Teil von denselben Eltern erbracht wird, die auch Schulgeld zahlen. Nicht alle Eltern sind aber in der Lage, sich über das Schulgeld hinaus weiter finanziell zu engagieren, was den Zugang von Kindern einkommensschwacher Eltern zu Ersatzschulen gefährdet. Um das zu verhindern, muss die Höhe der Eigenleistung abhängig von der Art des Schulträgers bestimmt werden; Ersatzschulen in Elterninitiative ist ein geringerer Eigenanteil zumutbar als Kirchen oder Unternehmensstiftungen. Nur so verhindert man, dass das Sonderungsverbot umgangen wird, wenn man die Eigenleistung der Schulträger – wie das Bundesverfassungsgericht – vom Sonderungsverbot freistellt.

Für die Finanzhilfe gilt daher im Ergebnis ein Differenzierungsgebot. Die Höhe der Zuschüsse des Landes richtet sich nach dem unter Wahrung des Sonderungsverbots erwirtschafteten Schulgeld und der zumutbaren Eigenleistung der Schule; gemeinsam müssen die drei Säulen die gesamten Kosten des Ersatzschulbetriebs decken, wobei nur die Kosten der wirtschaftlichen Betriebsführung zu berücksichtigen sind.

#### **bb) Zu berücksichtigende Kostenfaktoren**

Zu diesen vom Gesetzgeber zu berücksichtigenden Kosten eines gleichwertigen Ersatzschulbetriebs gehören insbesondere die Kosten für den Bau oder die Beschaffung der Schulräume und die laufenden Personal- und Sachkosten. Diese Kosten müssen realitätsgerecht ermittelt und der Finanzhilfeberechnung zugrunde gelegt werden.

Dabei sind auch die Aufwendungen für die Inklusion von Kindern mit Behinderung zu berücksichtigen. Nicht nur die öffentlichen, sondern auch die privaten Schulen sind



verpflichtet, Schülerinnen und Schüler mit Behinderung in Regelschulen zu unterrichten oder die gebotene sonderpädagogische Unterstützung auf Wunsch der Eltern in Förderschulen sicherzustellen. Diese Verpflichtung folgt nicht nur aus § 1 Abs. 3 und 3a des Schulgesetzes (und die SodPädFVO), sondern wohl auch aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 38 Landesverfassung, an das die Träger freier Schulen mittelbar gebunden sind.

Da die Ersatzschulen die Inklusionskosten ebenso wenig selbst aufbringen können wie die anderen Kosten des Schulbetriebs, muss die Finanzhilfe auch die Inklusionskosten decken.

### **cc) Verfahrenspflichten des Gesetzgebers**

Diese verfassungsrechtliche Förderpflicht des Landes wird verfahrensrechtlich durch Regelungspflichten des Gesetzgebers flankiert. Die Schulträger müssen aus dem Gesetz erkennen können, für welche Kosten sie in welcher Höhe staatliche Zuschüsse erhalten und welche verbleibenden Kosten durch Schulgeld oder Eigenleistungen zu finanzieren sind. Hierzu muss der Gesetzgeber die mit dem Ersatzschulbetrieb verbundenen Kosten, die Höhe der Zuschüsse des Landes, die Eigenleistung der Schulträger, das Schulgeld und die Kompensation von Schulgeldausfall durch Finanzhilfe nachvollziehbar und transparent regeln.

Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, steht die Gewährung der Finanzhilfe schon deshalb nicht in Einklang mit dem bundes- und landesverfassungsrechtlichen Fördergebot. Das haben nicht erst die Entscheidungen des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom Mai 2014 und des Verfassungsgerichtshofes Sachsen vom November 2013 zu den Verfahrenspflichten des Gesetzgebers bei der Erfüllung seiner Finanzhilfepflicht klargestellt, sondern auch schon die Entscheidungen des BVerfG zum Grundrechtsschutz durch Verfahren bei der Ermittlung der Regelsätze für Grundsicherungs- und Sozialhilfeleistungen.

### **f) Wartefristen**

Ich komme zu einem letzten Punkt der Finanzhilfe, nämlich zu den Wartefristen, wie sie in fast allen Bundesländern einschließlich Sachsen-Anhalt gelten. Solchen meist mehrjährigen Wartefristen liegt nach Ansicht der Gerichte grundsätzlich der legitime Zweck zugrunde, den Einsatz öffentlicher Mittel von einer soliden Existenzbasis und der pädagogischen Bewährung der Schule abhängig zu machen, die der Gründung Aussicht auf Bestand verleiht.

Da Wartefristen aber die verfassungsrechtliche Gründungs- und Betriebsfreiheit privater Schulträger erheblich einschränken, müssen sie in jedem Einzelfall erforderlich sein. Wenn ein Schulträger nachweisen kann, dass er über die für den Aufbau der Schule erforderlichen finanziellen Mittel verfügt und zudem pädagogisch bewährt ist, ist eine Wartefrist nicht erforderlich. Das Land muss den Schulträger dann ab dem 1. Tag des genehmigten Schulbetriebs fördern. Für diese verfassungsrechtlich notwendige Einzelfallprüfung muss das Schulgesetz Spielräume belassen.

Aber selbst dann, wenn eine Wartefrist im Einzelfall erforderlich ist, muss der Gesetzgeber – auch nach der Rechtsprechung des BVerfG – sicherstellen, dass sie nicht als faktische Errichtungssperre für neue Privatschulen wirkt. Das ist bei einer mehrjährigen Wartefrist, zumal bei niedrigen Schulgeldeinnahmen und geringer Eigenleistung, nur dann nicht der Fall, wenn der Staat dem Schulträger während der Wartezeit Aufbauförderung gewährt, die nicht im Ermessen des Landes steht oder von der Haushaltslage abhängig ist. Außerdem müssen die während der Wartezeit einbehaltenen Leistungen hinterher nachgezahlt werden. Denn die Ersatzschulen erfüllen ihren Bildungsauftrag auch während der Wartezeit und können die Kosten hierfür allenfalls vorübergehend – etwa durch Kredite – aus eigener Kraft stemmen.

Im Übrigen müsste man mal darüber nachdenken, ob in Sachsen-Anhalt eine Wartefrist wegen Art. 28 Abs. 2 Landesverfassung per se ausgeschlossen ist. Denn die Landesverfassung stellt den Anspruch der Ersatzschulen auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse nicht unter den Vorbehalt einer wie auch immer gearteten Bewährung.

### **III. Konsequenzen für die Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt**

So, und jetzt verlasse ich, wie versprochen, das Hochreck des Verfassungsrechts und komme zu den praktischen Konsequenzen des verfassungsrechtlichen Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt. Ich kann natürlich nicht auf alle Konsequenzen eingehen, aber einige will ich kurz ansprechen.

#### **1. Genehmigungsregelungen und -praxis in Sachsen-Anhalt**

Zunächst zu den Genehmigungsregelungen und der Genehmigungspraxis in Sachsen-Anhalt; und dabei zuerst zu den Lehrkräften.

### **a) Lehrkräfteeinsatz**

Aus dem verfassungsrechtlichen Genehmigungsanspruch der Ersatzschulen folgt, dass der Einsatz von Lehrkräften immer dann zu genehmigen ist, wenn er einen gleichwertigen Bildungserfolg verspricht wie der Lehrkräfteeinsatz an öffentlichen Schulen. Entscheidet sich das Land wie in § 30 Abs. 3 Schulgesetz, Lehrkräfte an öffentlichen Schulen auch in Fächern, Schulstufen und Schulformen einzusetzen, für die sie keine Lehrbefähigung haben, aber nach ihrer Vorbildung oder bisherigen Tätigkeit geeignet sind, muss Ersatzschulen das Gleiche gestattet sein. Wenn fach- oder schulformfremde Neigungslehrer den Bildungsauftrag an öffentlichen Schulen erfüllen können, können sie das auch an Ersatzschulen. Das ist bei der Erteilung der Unterrichtsgenehmigungen nach § 16a Abs. 2 Schulgesetz zu beachten, wobei wegen § 2 Abs. 1 Schulgesetz möglicherweise sogar eine Änderung des Schulgesetzes erforderlich ist<sup>1</sup>.

Das Gleiche gilt, wenn das Land andere Maßnahmen ergreift, um seinen Schulauftrag unter den veränderten demografischen Bedingungen erfüllen zu können. Mittelfristig wird man wohl an dem verstärkten Einsatz von fachfremden Seiteneinsteigern als Lehrkräften und vor allem an einer Digitalisierung der Schulbildung mit Teleunterricht kaum vorbeikommen. Auch hierfür gilt dann: Was das Land für seine eigenen Schulen vorsieht, muss es den Ersatzschulen auch erlauben. Umgekehrt ist den Ersatzschulen aber nicht nur gestattet, was an öffentlichen Schulen verwirklicht ist. Innovative Formen des Ersatzschulschulbetriebs müssen genehmigt werden, wenn sie gleichwertige Schulabschlüsse gewährleisten wie entsprechende öffentliche Schulen.

### **b) Gleichrang öffentlicher und privater Schulen**

Ein zweiter Punkt. Aus dem verfassungsrechtlichen Gleichrang öffentlicher und privater Schulen außerhalb des Volksschulbereichs folgt die Unzulässigkeit einer Bedürfnisprüfung bei der Genehmigungserteilung. Ein demografiebedingter Rückgang der Schülerzahl in Sachsen-Anhalt ist daher, auch wenn er mancherorts den Fortbestand öffentlicher Schulen gefährden mag, kein Grund für die Versagung von Ersatzschulgenehmigungen.

Aus diesem Grund verbietet sich zum Beispiel eine Schulaufsichtspraxis, die Ersatzschulgenehmigungen an die Bedingung knüpft, dass eine bestimmte Mindestschülerzahl an benachbarten öffentlichen Schulen nicht gefährdet wird.

---

<sup>1</sup> Gem. § 2 Abs. 1 SchulG LSA gelten die Bestimmungen des Schulgesetzes auch für die freien Schulen, soweit nichts anderes bestimmt ist. § 16a SchulG könnte als abschließende Regelung zu verstehen sein, die den Einsatz fachfremder Lehrer nicht gestattet, sodass § 30 Abs. 3 SchulG wegen der abweichenden Regelung in § 16a SchulG LSA nicht zu Anwendung käme.

## 2. Finanzhilfe in Sachsen-Anhalt

Zum dritten Punkt, der Finanzhilfe in Sachsen-Anhalt. Und dabei zunächst zu dem Kreis derer, die Anspruch auf Finanzhilfe haben.

### a) Begünstigte der Finanzhilfe

Nach § 18 Abs. 1 und 2 Schulgesetz gewährt das Land nur anerkannten Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung Zuschüsse<sup>2</sup>. „Nur“ genehmigte Ersatzschulen ohne Anerkennung und besondere pädagogische Bedeutung erhalten keine Zuschüsse. Diese Regelung verstößt *erstens* gegen das Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 2 Landesverfassung, die das Land zur Förderung aller Ersatzschulen verpflichten. *Zweitens* wird die Gründungs- und Betriebsfreiheit der Schulen verletzt, weil die Ersatzschulen faktisch gezwungen werden, sich anerkennen zu lassen und damit inhaltlich an das öffentliche Schulwesen anzupassen. An den § 18 Abs. 1 und 2 Schulgesetz muss der Gesetzgeber also ran und Abhilfe schaffen.

### b) Höhe der Finanzhilfe

Optimierungspotenzial besteht auch bei der Höhe der Finanzhilfe.

(1) Zunächst fehlen Regelungen im Schulgesetz, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang Eigenleistungen von den Schulträgern erwartet werden und dass Schulgeldausfälle, die wegen des Sonderungsverbots entstehen, vom Land kompensiert werden.

(2) Auch werden nicht 100% der Kosten entsprechender öffentlicher Schulen abzüglich des Eigenanteils und der Schulgeldeinnahmen ersetzt, sondern zum Beispiel im Bereich der Sachkosten nur 16,5% des Personalkostenzuschusses und bei Förderschulen 26,5% des Personalkostenzuschusses (§ 18a Abs. 5 SchulG LSA), wobei darin die Kosten für das nicht pädagogisch tätige Personal enthalten sind (§ 18a Abs. 2 Satz 2 SchulG LSA). Diese Berechnung der Sachkosten nach Maßgabe eines Prozents der Personalkosten lässt aber *erstens* nicht erkennen, in welchem Umfang die Sachkosten realitätsgerecht erfasst und durch die Finanzhilfe ausgeglichen werden. Dass die Sachkosten tatsächlich nur 16,5 bzw. 26,5% der Personalkosten ausmachen, erscheint in dieser Pauschalität ohne weitere Differenzierung nach Schulformen kaum plausibel. Dementsprechend hat der Sächsische Verfassungsgerichtshof

---

<sup>2</sup> Gem. § 2 Abs. 7 der Verordnung über Schulen in freier Trägerschaft (SchifT-VO) sind nur die Freien Waldorfschulen und die berufsbildenden Schulen an vom zuständigen Bundesministerium anerkannten Berufsbildungswerken, denen eine Genehmigung als Ersatzschule erteilt wurde, Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung.

2013 für einen Sachkostenausgleich in Höhe von 25% der Personalausgaben für Lehrer entschieden, dass dadurch die Sachkosten nicht realitätsgerecht erfasst werden.

*Zweitens* ist nicht nachvollziehbar, inwieweit die Kosten für nicht-pädagogisches Personal durch den Ersatz der Sachkosten tatsächlich ausgeglichen werden.

*Drittens* erscheint ein unterschiedlicher Fördersatz für Sachkosten von Regel-Ersatzschulen und Förder-Ersatzschulen bezogen auf Kinder mit sonderpädagogischem Förderbedarf un schlüssig, weil auch mit der Beschulung von behinderten Kindern in Regelschulen deutlich höhere Sachaufwendungen verbunden sind als für nicht behinderte Kinder und weil die Ausgaben der Regelschulen für Schüler mit Behinderung denen der Förderschulen jedenfalls im Einzelfall entsprechen können. Deshalb ist auch für Regelschulen ein höherer Fördersatz notwendig. Der Gesetzgeber sollte hier eine einzelfallbezogene oder jedenfalls stärker differenzierende Regelung vorsehen, die einbezieht, wie viele Kinder mit Behinderung eine Regelschule besuchen und welche Kosten mit der jeweiligen Behinderung und dem entsprechenden Unterstützungsbedarf einhergehen. Das gilt umso mehr, wenn das Land die mit der Inklusion an öffentlichen Regelschulen verbundenen Kosten in größerer Höhe ausgleicht als an privaten Regelschulen; wobei das Land – der Hinweis sei mir erlaubt – den Kommunen keinen Ersatz der Inklusionskosten nach dem Konnexitätsprinzip der Landesverfassung schuldet, weil die Inklusion im Rahmen der Schulträgerschaft zu den verfassungsrechtlichen Pflichtaufgaben der Kommunen gehört, die nicht vom Land übertragen werden.

Außerdem werden *viertens* die Kosten des Baus bzw. der Beschaffung von Schulräumen für Ersatzschulträger nicht ersetzt (s. § 18a Abs. 2 SchulG LSA). Ihre „angemessene Beteiligung“ an Investitionsförderprogrammen für öffentliche Schulen nach § 18a Abs. 6 SchulG LSA setzt entsprechende Förderprogramme voraus und sichert ihren verfassungsrechtlichen Anspruch auf Ersatz der Investitionskosten nicht genügend.

*Fünftens* habe ich Zweifel an der Bestimmtheit der Berechnung des Personalkostenzuschusses für Lehrer je Schüler. § 18a Schulgesetz entfaltet hierzu ein kompliziertes Berechnungsmodell, das sich nur Eingeweihten erschließen dürfte.

Und schließlich, *sechstens*, ist kaum einsichtig, weshalb die Personalkosten für pädagogische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nur an Grundschulen und an Förderschulen, nicht aber an anderen Schulen ersetzt werden (s. § 18a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SchulG LSA).

Vor diesem Hintergrund muss man leider feststellen, dass der Gesetzgeber in diesen Punkten nicht nur die Anforderungen an eine nachvollziehbare und transparente Regelung der Finanzhilfe großzügig unterschritten hat. Sondern die Finanzhilfepflicht wird auch im Ergebnis unzureichend erfüllt.

### **c) Dreijährige Wartefrist**

Hinter den verfassungsrechtlichen Erwartungen zurück bleibt die Finanzhilfe auch mit der dreijährigen Wartefrist, und zwar unabhängig davon, ob die Landesverfassung eine Wartefrist per se ausschließt. Die Wartefrist ist in Sachsen-Anhalt zwar im Schulgesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber daraus, dass sowohl die Anerkennung als auch der Status von besonderer pädagogischer Bedeutung, die für die Finanzhilfe erforderlich sind, einen dreijährigen Betrieb der genehmigten Schule voraussetzen.

Diese dreijährige Wartefrist wirkt als faktische Errichtungssperre für die Gründung neuer Ersatzschulen, weil sie ohne jede Ausnahme für schon bewährte Träger gilt; weil während der Wartezeit keinerlei Aufbauförderung gezahlt wird; und weil für die während der Wartefrist einbehaltenen Leistungen hinterher kein Ausgleich erfolgt. Wie Schulen ohne finanzstarke Investoren den Schulbetrieb mehrere Jahre lang ohne Finanzhilfe des Landes allein durch Eigenmittel und dem Sonderungsverbot gemäßem Schulgeld sicherstellen sollen, ist wirklich ein Rätsel. Das hat das OVG Magdeburg in seiner Entscheidung vom 22. Februar 2012 verkannt, als es die dreijährige Wartefrist für verfassungsgemäß erklärt hat, dabei aber vollständig die Besonderheiten der Landesverfassung übersehen hat. Im Übrigen hat das OVG die dreijährige Wartefrist damit gerechtfertigt, dass nach dem Schulgesetz in der seinerzeit geltenden Fassung das Land den Ersatzschulen eine Startförderung gewähren konnte (§ 18f SchulG LSA i.d.F. bis 14.12.2012), was aber zwischenzeitlich gestrichen wurde.

### **d) Finanzhilfe nur für gemeinnützige Ersatzschulen**

Ein letzter Punkt zur Finanzhilfe – und dann quäle ich Sie auch nicht länger. Nach § 18 Abs. 3 Schulgesetz setzt die Gewährung der Finanzhilfe neben der Anerkennung oder der besonderen pädagogischen Bedeutung auch Gemeinnützigkeit des Schulträgers voraus. Erstrebt oder erzielt der Schulträger Gewinn, hat er keinen Anspruch auf Finanzhilfe.

Nun, meine Damen und Herren. Dass Beamte wie ich mit dem Eintritt in den Staatsdienst das Gelübde ewiger Armut ablegen, ist bekannt. Aber dass für Ersatzschulen das Gleiche gelten soll, leuchtet nicht ein. Das Land darf zwar bei der Gewährung der Finanzhilfe berücksichtigen, ob und in welchem Umfang die Ersatzschulen Gewinne

erwirtschaften. Soweit sie aus eigener Kraft in der Lage sind, die Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen, muss das Land ihnen keine Zuschüsse gewähren, wobei ein geringer Gewinn die Finanzhilfepflicht nur mindert. Fehlende Gewinnerzielungsabsicht darf aber nicht zur Voraussetzung für Finanzhilfe gemacht werden. Denn das Recht, Gewinne zu erwirtschaften, ist grundrechtlich durch die Berufsfreiheit verbürgt (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 16 Abs. 1 Landesverfassung), auf die sich die Ersatzschulen trotz des Grundrechts der Privatschulfreiheit berufen können.

#### **IV. Schluss**

Damit bin ich am Schluss und hoffe, dass ich Ihnen einen kleinen Eindruck von den verfassungsrechtlichen Besonderheiten des Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt und den Konsequenzen für die Genehmigungs- und Finanzhilfepraxis geben konnte. Wenn Sie Lust haben, auf das Abendessen zu verzichten, könnte ich auch noch weitermachen. Eigentlich würde es mir unter den Nägeln brennen, noch über die Chancengleichheit beim Bildungsaufstieg zu sprechen und darüber, was zur Gewährleistung sozialer Durchlässigkeit des Bildungssystems notwendig ist. Stichwort: Kita-Pflicht. Aber ich fürchte, dass Sie mir das Abendessen vorziehen. Und deshalb schließe ich.

Vielen Dank!

---