

Prof. Dr. Friedhelm Hufen
 o. Professor für Öffentliches Recht -
 Staats- und Verwaltungsrecht
 an der Universität Mainz

D-55128 Mainz
 Backhaushohl 62
 Tel.: (06131) 3 44 44
 Fax: (06131) 36 14 49
hufen.friedhelm@t-online.de

Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen

Harkortstraße 9
 04107 Leipzig

Antrag

gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 der Verfassung des Freistaates Sachsen, § 7 Nr. 2, 21 ff. des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen (Sächsisches Verfassungsgerichtshofgesetz – SächVerfGHG), die Unvereinbarkeit von § 15 Abs. 3 S. 2 des Sächsischen Gesetzes über die Schulen in Freier Trägerschaft (SächsFrTrSchG) in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 5 des Haushaltsbegleitgesetzes 2011/12 (HBG 2011/12) (SächsGVBl. 2010, S. 387, 396) geltenden Fassung, § 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12 geltenden Fassung, § 8 ZuschussVO i.V. m. § 11 ZuschussVO in der mit Inkrafttreten von Art. 11 HBG 2011/12 geltenden Fassung sowie die die genannten Bestimmungen umsetzenden Normen im Gesetz über die Feststellung des Haushaltsplanes des Freistaates Sachsen für die Haushaltjahre 2011 und 2012 (SächsGVBl. Nr. 16/2010, S. 374 ff.) mit der Verfassung des Freistaates Sachsen (SächsVerf) festzustellen.

Antragsteller:

1. Antje Hermenau, Mitglied des Sächsischen Landtags,
 Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
2. Michael J. Weichert, Mitglied des Sächsischen Landtags,
 Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
3. Dr. Karl-Heinz Gerstenberg, Mitglied des Sächsischen Landtags,
 Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
4. Annekathrin Giegengack, Mitglied des Sächsischen Landtags,
 Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
5. Elke Herrmann, Mitglied des Sächsischen Landtags,

- Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
6. Eva Jähnigen, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
7. Miro Jennerjahn, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
8. Gisela Kallenbach, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
9. Johannes Lichdi, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
10. Martin Dulig, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
11. Petra Köpping, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
12. Stefan Brangs, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
13. Mario Pecher, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
14. Dr. Eva Maria Stange, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
15. Thomas Jurk , Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
16. Dr. Liane Deicke, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
17. Henning Homann, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
18. Sabine Friedel, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
19. Holger Mann, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
20. Dagmar Neukirch, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
21. Hanka Kliese, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
22. Karl Nolle, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden

23. Dirk Panter, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
24. Klaus Bartl, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
25. Julia Bonk, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
26. Cornelia Falken, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
27. Dr. Edith Franke, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
28. Rico Gebhardt, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
29. Heiderose Gläß, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
30. Dr. André Hahn, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
31. Kathrin Kagelmann, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
32. Annekatrin Klepsch, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
33. Freya-Maria Klinger, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
34. Heiko Kosel, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
35. Kerstin Lauterbach, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
36. Uta -Verena Meiwald, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
37. Andrea Roth, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
38. Dr. Monika Runge, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden
39. Sebastian Scheel, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden

40. Klaus Tischendorf, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden

41. Horst Wehner , Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden

42. Heike Werner, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden

43. Karl-Friedrich Zais, Mitglied des Sächsischen Landtags,
Bernhard-von-Lindenau-Platz, 01067 Dresden

Bevollmächtigter : Prof. Dr. Friedhelm Hufen,
Backhaushohl 62
55128 Mainz

Hiermit zeige ich unter Vorlage der entsprechenden Vollmacht an, dass mich die oben genannten Mitglieder des Sächsischen Landtags mit ihrer Vertretung im hiermit eingeleiteten Normenkontrollverfahren gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 SächsVerf, § 7 Nr. 2, 21 ff. SächsVerfGHG beauftragt haben und beantrage in deren Namen, festzustellen:

§ 15 Abs. 3 S. 2 des Sächsischen Gesetzes über die Schulen in Freier Trägerschaft (SächsFrTrSchG) in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 5 des Haushaltsbegleitgesetzes 2011/12 (HBG 2011/12) (SächsGVBl. 2010, S. 387, 396) geltenden Fassung, § 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12 geltenden Fassung, § 8 ZuschussVO i.V. m. § 11 ZuschussVO in der mit Inkrafttreten von Art. 11 HBG 2011/12 geltenden Fassung sowie die die genannten Bestimmungen umsetzenden Normen im Gesetz über die Feststellung des Haushaltplanes des Freistaates Sachsen für die Haushaltsjahre 2011 und 2012 (SächsGVBl. Nr. 16/2010, S. 374 ff.) sind mit der Verfassung des Freistaats Sachsen nicht vereinbar.

Begründung:

Die genannten Normen des Landesrechts verstößen nach Auffassung der Antragsteller und Antragstellerinnen gegen Art. 102 Abs. 3 S. 1, Art. 102 Abs. 4 S. 2 und Art. 18 SächsVerf.

I. Sachverhalt

Durch das Haushaltsbegleitgesetz 2010/2011 (SächsGVBl. 2010, S. 387, 396) wurde im Freistaat Sachsen die Finanzierung der Schulen in freier Trägerschaft grundlegend neu geregelt. Hintergrund ist neben der Knappheit öffentlicher Haushaltssmittel offenbar der befürchtete Rückgang der allgemeinen Schülerzahlen, die im Freistaat Sachsen – wie auch in einigen anderen Bundesländern – nach dem Dafürhalten vieler Bildungspolitiker den Fortbestand von öffentlichen Schulen in ländlichen Regionen in Frage stellt. In einigen Ländern führt dies zu Erwägungen in der Politik, die Neugründung von Schulen in Freier Trägerschaft möglichst einzuschränken und die finanzielle Förderung zurückzufahren.

Dabei werden derzeit nur etwa 8,6 % aller Schüler an allgemeinbildenden Schulen in Sachsen an den 191 Schulen in Freier Trägerschaft unterrichtet.

Quelle: Sachsen.de. Medieninformation v. 19.01.2012 (**Anlage 1**)

Parallel dazu wird im Bereich der Ersatzschulen ein erheblicher Anpassungsdruck erzeugt, um vermeintliche „Wettbewerbsvorteile“ von Schulen in Freier Trägerschaft zu beseitigen.

Vgl. Anhörung des Haushalts- und Finanzausschusses des sächsischen Landtags vom 5.10.2010 (**Anlage 2**).

Geltend gemacht wird auch, dass die Schließung öffentlicher Schulen aus Gründen zurückgehender Schülerzahlen in Einzelfällen dazu führt, dass an gleicher Stelle eine

Schule in freier Trägerschaft gegründet wird, die nach der Wartefrist mit der Schließung der öffentlichen Schule beabsichtigten Spareffekte wieder aufhebt.

Dazu LT. Drucks. 5/2710 „Staatliche Schulschließungen und freie Schulgründungen (**Anlage 3**).“

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber des Freistaats Sachsen im Haushaltbegleitgesetz 2011/12 (HBG 2011/12) verschiedene Änderungen des SächsFrTrSchG verabschiedet, die je für sich und vor allem in ihrer Gesamtheit das bisherige System der Kostenerstattung für Schulen erheblich verändern und zu gravierenden Folgen für diese führen.

Es sind dies vor allem:

- die Kopplung der Zuschusshöhe für Neugründungen von Schulen in freier Trägerschaft an die für öffentliche Schulen geltenden Mindestschülerzahlen (§ 15 Abs. 3 S. 2 SächsFrTrSchG [Art. 10 Nr. 5 HBG 2011/12]),
- die Streichung des Schulgeldersatzes (§ 8 ZuschussVO i.V.m. § 11 ZuschussVO [Art. 11 HBG 2011/12]),
- die Verlängerung der Wartefrist bis zum Einsetzen der Förderung von 3 auf 4 Jahre (§ 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG [Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12]).

Der Juristische Dienst des Sächsischen Landtages hat im Gesetzgebungsverfahren in einer am 28.10.2010 abgegebenen Stellungnahme verfassungsrechtliche Zweifel an einigen Punkten der Neuregelung geäußert. Das hat u.a. zur Rücknahme einer Regelung geführt, die den Schulen in freier Trägerschaft neben der Orientierung an den Mindestschülerzahlen auch die Ausrichtung an der Zügigkeit öffentlicher Schulen auferlegt hätte. Im Übrigen aber wurden die neuen Bestimmungen mit marginalen Änderungen im Landtag verabschiedet und sind zum 01.01.2011 in Kraft getreten.

Die genannten Änderungen werfen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Ziff. 2 SächsVerf erhebliche Zweifel über ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung des Freistaats Sachsen, insbesondere mit der Gründungsfreiheit für Schulen in freier Trägerschaft (Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf), dem Ausgleichsanspruch für gewährte Schulgeldfreiheit (Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf) und der Gleichbehandlung der Schulen in freier

Trägerschaft untereinander und im Verhältnis zu öffentlichen Schulen (Art. 18 SächsVerf) auf.

II. Zur Zulässigkeit des Normenkontrollantrags

Der Antrag ist zulässig.

Gegenstand ist die Vereinbarkeit verschiedener landesrechtlicher Normen (SächsFrTrSchG/ HBG 2011/12 /ZuschussVO / HaushaltsG) mit Normen der Sächsischen Verfassung. Statthafte Verfahrensart ist also die abstrakte Normenkontrolle (Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 SächsVerf, § 7 Nr. 2, 21 ff. SächsVerfGHG).

Antragsberechtigt sind gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 SächsVerf, § 21 S. 1 SächsVerfGHG ein Viertel der gesetzlichen Mitglieder des Sächsischen Landtags. Der Landtag verfügt derzeit über eine gesetzliche Mitgliederzahl von 132. Ein Viertel wären also 33 Abgeordnete. Der Antrag wird von 43 Mitgliedern des Landtags gestellt.

III. Begründetheit des Normenkontrollantrags

Der Antrag ist auch begründet.

§ 15 Abs. 3 S. 2 SächsFrTrSchG in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 5 HBG 2011/12 (SächsGVBl. 2010, S. 387, 396)geltenden Fassung, § 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12 geltenden Fassung, § 8 ZuschussVO i.V. m. § 11 ZuschussVO in der mit Inkrafttreten von Art. 11 HBG 2011/12 geltenden Fassung sowie deren Umsetzung im Gesetz über die Feststellung des Haushaltplanes des Freistaates Sachsen für die Haushaltjahre 2011 und 2012 (SächsGVBl. Nr. 16/2010, S. 374 ff.) sind mit Art. 102 Abs. 3 S. 1, Art.102 Abs. 4 S. 2 und Art. 18 SächsVerf nicht vereinbar. Jeweils für sich, vor allem aber in ihrer kumulativen Wirkung gefährden sie die Gründungsfreiheit und den Bestand des Ersatzschulwesens im Freistaat Sachsen. Auch führen sie zu gravierenden und sachlich

nicht begründeten Ungleichbehandlungen von Schulen in freier Trägerschaft und öffentlichen Schulen.

In der Folge werden zunächst der Prüfungsmaßstab, also der Schutzbereich und die objektiven Schutzfunktionen bzw. die sich konkret aus den genannten Garantien ergebenden staatlichen Handlungs- und Finanzierungspflichten herausgearbeitet (1), bevor die Verfassungswidrigkeit der einzelnen Regelungen und der Regelungen in ihrer Gesamtheit zu begründen sein wird (2).

1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

a. Inhaltlich gewährleistet Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf zunächst das **Recht auf Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft**. Im Zusammenwirken mit dem elterlichen Erziehungsrecht (Art. 22 Abs. 3 SächsVerf) und dem Recht auf religiöse Kindererziehung (Art. 19 SächsVerf) sichert Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf auch die individuelle **Wahlfreiheit** von Eltern und Schülern. Im objektiven Sinne ist das Grundrecht Ausdruck der verfassungsrechtlich gewollten und geschützten **Schulvielfalt** und der **Absage an ein staatliches Schulmonopol**.

BVerfGE 75, 40, 62 ff.; 90, 107, 114

Zur Errichtungsfreiheit und zum damit gewährleisteten Recht auf Schulvielfalt gehört ferner das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf ein eigenes pädagogisches Profil. Auch anerkannte Ersatzschulen müssen lediglich **gleichwertig** sein; sie dürfen aber in keinem Fall zur inhaltlichen Einebnung im Sinne einer **Gleichartigkeit** gezwungen werden. Das gilt besonders dann, wenn die eigene pädagogische oder religiöse Konzeption im Mittelpunkt des Gründungswillens steht.

Das kommt etwa in der Privilegierung von privaten Volksschulen mit besonderem pädagogischen oder religiösen Profil in Art. 7 Abs. 5 GG zum Ausdruck.

Schulen in freier Trägerschaft sind also berechtigt, ihre Ziele mit eigenen didaktischen und inhaltlichen Konzepten zu verfolgen.

BVerfG, Kammer, NVwZ 2011, 1384; BVerwG NVwZ 2001, 919

Sie sind von Verfassungswegen nicht gezwungen, sich in der Unterrichtsmethode, den Lernmitteln, aber auch in der Klassengröße und Zügigkeit staatlichen Vorgaben anzupassen. Dazu gehört auch, dass sie – wie etwa die Montessori-Schulen – ganz auf das Jahrgangsprinzip verzichten oder Schüler ausschließlich in kleinen und oder jahrgangsübergreifenden Gruppen unterrichten dürfen. Besonders aktuell ist auch die Freiheit zur je eigenen Durchführung der verfassungsrechtlich geforderten möglichst weitgehenden Inklusion behinderter Schüler, die gleichfalls besondere pädagogische Konzepte und eine mögliche Abkehr von den üblichen Klassengrößen fordern kann. Auch die äußere Schulvielfalt kann nur gewährleistet werden, wenn auch staatlich geförderten Ersatzschulen das Recht zu eigenen pädagogischen Konzepten und Experimenten erhalten bleibt. Dieses darf weder durch direkte Zwänge, wie eine zu enge Handhabung der Genehmigungs- und Anerkennungsvoraussetzungen, noch durch indirekte Zwänge, wie die Anbindung der Förderungsvoraussetzungen an bestimmte staatliche Vorgaben, gefährdet werden. Auch der Wille des Gesetzgebers, vermeintliche „Wettbewerbsvorteile“ im Verhältnis zu öffentlichen Schulen zu beseitigen, darf diese inhaltliche Seite der Gründungsfreiheit nicht einschränken.

b. Während es im Bundesrecht umstritten ist, ob Art. 7 Abs. 4 GG einen unmittelbar aus der Verfassung folgenden subjektiven Leistungsanspruch gewährt, hat der Sächsische Verfassungsgeber einen solchen **Leistungsanspruch in Art. 102 Abs. 4 S.2 SächsVerf** ausdrücklich kodifiziert. Nach dieser Norm haben Schulen in freier Trägerschaft, die die Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahrnehmen (also die Ersatzschulen) einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich, „*soweit sie eine gleichartige Befreiung (vom Schulgeld) gewähren*“. Der Sächsische Verfassungsgeber statuiert hier also über die vergleichbare Regelung des Art. 7 Abs. 4 GG hinaus einen subjektiven originären Ausgleichsanspruch, und zwar in der Höhe, in der die Schulen in Freier Trägerschaft auf Schulgelder verzichten. Ungeachtet der exakten Interpretation des Begriffs „Ausgleich“ und des insofern bestehenden Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers

dazu SächsVerfGH, 25.10. 1996, LKV 1997, 127= NVwZ 1997, 576 (LS)

ist dieser Anspruch jedenfalls primär nicht an einem wie auch immer definierten „Existenzminimum“, sondern an der Höhe des Schulgeldverzichts und damit zumindest mittelbar an den Kosten eines vergleichbaren „öffentlichen Schülers“ orientiert, und steht insoweit nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Er ist ferner – wie unter c. herauszuarbeiten sein wird – eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes: Schulen in freier Trägerschaft dürfen, soweit sie auf Schulgelder verzichten, nicht schlechter gestellt werden als die öffentlichen Schulen. Dabei mag es im Ermessen des Gesetzgebers stehen, ob er diesen Ausgleichsanspruch durch direkte Zuschüsse an die Schulen oder – wie zuvor im Freistaat Sachsen – durch Zuschüsse zum Schulgeld gemäß § 8 der ZuschussVO alter Fassung erfüllt. Er darf sie jedenfalls nicht unter das Maß der entsprechenden Zahlen der öffentlichen Schulen herunterfahren und damit die Wahlfreiheit und Gründungsfreiheit gefährden. Insbesondere können fiskalische Erwägungen und der Schutz öffentlicher Schulen vor „Konkurrenz“ keinen Anhaltspunkt für Kürzungen des Zuschusses bieten.

c. Unabhängig davon enthält Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf wie auch Art. 7 Abs. 4 GG eine **objektive Schutzwicht und eine institutionelle Garantie**, aus der heraus sich eine verfassungsunmittelbare Handlungspflicht des Staates ergibt, wenn der Bestand der „Institution Ersatzschulwesen“ gefährdet ist

BVerfGE 75, 40, 62

Neben der Sicherung der Wahlfreiheit und der Schulvielfalt besteht der eigentliche Grund dieser Förderpflicht in Art. 102 Abs. 3 S. 3, der es ebenso wie Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG, Schulen in Freier Trägerschaft verwehrt, sich durch kostendeckende Schulgelder wirtschaftlich selbst abzusichern, da der Staat ihnen eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern verbietet. Sie dürfen also keine kostendeckenden Schulgelder nehmen. Zusätzlich besteht nach Art. 102 Abs. 3 S. 3 SächsVerf ein Gleichwertigkeitsgebot im Hinblick auf Lehrziele, Einrichtungen und wissenschaftliche Ausbildung der Lehrer. Dies muss gerade im Hinblick auf den Wettbewerb mit öffentlichen Schulen durch den Staat ausgeglichen werden

BVerfGE 90, 107, 114 .

Auch für sächsischen Schulen in freier Trägerschaft gilt der Grundsatz, dass sie keine kostendeckende Schulgelder nehmen dürfen, um eine soziale Sonderung zu vermeiden, andererseits aber als genehmigte Ersatzschulen die vollen Voraussetzungen an Qualität, Ausstattung und wissenschaftliche Ausbildung der Lehrpersonen erfüllen müssen, wie sie auch von staatlichen Schulen erbracht werden. Eine Ersatzschule muss allen Bürgern ohne Rücksicht auf die Einkommensverhältnisse der Eltern offen stehen.

So zu Art. 7 Abs. 4 GG bereits BVerfGE 75, 40.

In der einschlägigen entscheidenden Passage des Beschlusses vom 9.3.1994 hat das BVerfG (BVerfGE 90, 107, 114) ausgeführt:

„Jedenfalls muss der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden kann. Insofern kann sich aus Art. 7 Abs. 4 GG über dessen Abwehrcharakter hinaus ein Anspruch auf staatliche Förderung ergeben.“

Das Gericht hat ferner darauf hingewiesen, dass die privaten Ersatzschulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) und dass die wirtschaftliche und rechtliche Stellung ihrer Lehrkräfte genügend gesichert sein muss (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Beides sei nur mit hohem Kostenaufwand zu erreichen. Der Staat habe die Anforderungen an die Gleichwertigkeit privater Schulen fortlaufend verschärft. Er habe den Standard seiner eigenen schulischen Einrichtungen gehoben und die Besoldung seiner Lehrer stetig verbessert. Dem müssen sich die privaten Ersatzschulen unter Inkaufnahme erheblicher Kosten anpassen, ohne sich – wiederum wegen der Bindung aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG – durch höhere Schulgelder refinanzieren zu können. Schulgelder seien zwar möglich und zumutbar. Die Höhe des Schulgelds müsse aber so bemessen sein, dass auch „nicht Besserverdienende“ sie zu zahlen in der Lage sind. Oder umgekehrt formuliert: Die Förderung muss so hoch sein, dass freie Schulen gegründet und die Genehmigungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllt werden können.

Deshalb folgt der entscheidende Satz:

„Soll die Privatschulfreiheit nicht leer laufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden.“

Insofern sind Art. 102 Abs. 3 S. 3 und Abs. 4 S. 2 ebenso wie Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sozialstaatlich unverzichtbare Komplementärgarantien zur Gründungsfreiheit. Sonderungsverbot einer- und Gleichwertigkeitsgebot andererseits würden - wie das BVerfG zu Recht festgestellt hat - zu einer faktischen Gründungssperre führen, wenn der Staat nicht die sich aus dieser Konstellation ergebenden Nachteile durch staatliche Leistungen ausgleichen würde. Auch insofern handelt es sich nicht einfach um einen letztlich disponiblen derivativen Teilhabeanspruch, sondern um die Erfüllung einer Ausgleichspflicht des Staates gegenüber staatlich gebundenen Grundrechtsträgern, die schon deshalb nicht auf eine rein institutionelle Gewährleistung reduziert oder vollkommen unter den „Vorbehalt des Möglichen“ gestellt werden darf, wobei dann ausschließlich der Haushaltsgesetzgeber bestimmt, was „möglich“ ist.

Dieser Zusammenhang von subjektivem Ausgleichsanspruch und objektiver Schutzpflicht fehlt in keiner der Entscheidungen des BVerfG zur Privatschulfinanzierung. Er besteht mithin auch für die Auslegung von Art. 102 SächsVerf. Jedenfalls lässt sich deren Gewährleistung freier Schulen nicht auf eine unverbindliche institutionelle Garantie eines „Existenzminimums“ freier Schulen reduzieren.

In neueren Entscheidungen hat das BVerfG dann zwar betont, der Staat sei erst dann zum Handeln verpflichtet, wenn andernfalls das „Existenzminimum“ und der „Bestand des Ersatzschulwesens als Institution“ evident gefährdet wären.

BVerfGE 90, 107, 116; 112, 74, 83.

Demgegenüber bleibt aber festzuhalten, dass Wahlfreiheit und Schulvielfalt nicht erst dann gefährdet sind, wenn es überhaupt keine Schulen in freier Trägerschaft mehr gibt, sondern auch bereits dann, wenn es unter den gegebenen Bedingungen nicht mehr möglich ist, solche Schulen zu gründen und erfolgreich zu betreiben

Hufen/Vogel, Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? [2006] 54 ff.

Aus der Betonung der institutionellen Seite des Grundrechtschutzes aus Art. 7 Abs. 4 GG in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG wird in der politischen Diskussion gelegentlich abgeleitet, der über die Förderung freier Schulen entscheidende Gesetzgeber sei bei der Bemessung der Förderungssätze im Prinzip völlig frei, und der „Vorbehalt des Möglichen“, unter dem der Anspruch der freien Schulen stehe, ende erst dann, wenn es zu einem „Massensterben“ solcher Einrichtungen komme und in einem Bundesland praktisch keine Schule in freier Trägerschaft mehr bestehen könne.

Dass eine solche Auffassung gänzlich an den verfassungsrechtlichen Ausgangsbedingungen vorbeigeht, zeigt nicht zuletzt die – durch staatliche Stellen in der Regel einseitig zitierte und interpretierte – Rechtsprechung des BVerfG. Dabei hat das Gericht

BVerfG 90, 107 ff.

gerade klargestellt, dass jede institutionelle und objektive Gewährleistung letztlich der individuellen Wahrnehmung des Grundrechts dient und dass subjektive Rechte wie die Gründungsfreiheit und Wahlfreiheit im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Garantie der „Institution Ersatzschulwesen“ stehen. Diese bilden letztlich den Maßstab für das strukturelle „Existenzminimum“ der Schulen in freier Trägerschaft. Für dieses hat der Staat unter Einsatz angemessener Finanzmittel einzutreten. Institutionelle und individuelle Existenzsicherung sind nicht voneinander trennbar, und letztere bildet den entscheidenden Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit sämtlicher staatlicher Mittelkürzungen.

Deshalb hat der **Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg** in einer neueren Entscheidung darauf abgestellt, dass aus der entsprechenden Vorschrift der Baden-Württembergischen Verfassung nicht nur eine institutionelle Garantie, sondern Anspruch auf eine Existenzsicherung der Schulen als solcher folgt.

VGH BW, 14.07.2010, BeckRS 2010, 50833= JuS 2011, 283

Da sowohl Art. 7 Abs. 4 GG als auch die entsprechende Norm der Verfassung von Baden-Württemberg die allgemeine Zugänglichkeit in dem Sinne voraussetzten, dass sie von Schülern grundsätzlich ohne Rücksicht auf deren Wirtschaftslage besucht

werden könne, reiche es auch nicht aus, wenn diese Ungleichheiten durch ein Stipendiensystem oder durch gestaffelte Schulgelder gesichert werden, weil dann die anderen Eltern zwangsläufig ein noch höheres Schulgeld zahlen müssten.

Das BVerwG hat mit Urteil vom 21.12. 2011 (Az. 6 C 18.10) dieses Urteil zwar im Ergebnis aufgehoben, aber ausdrücklich (Rn.20 ff.) bestätigt, dass das Existenzminimum und der Bestand des Ersatzschulwesens davon abhängen, ob diese in der Lage seien, die Genehmigungsvoraussetzungen der Art. 7 Abs.4 S. 3 und 4 zu erfüllen. Die Heranziehung der Kosten eines vergleichbaren staatlichen Schülers durch den VGH wurde ausdrücklich bestätigt.

Als **Teilergebnis** bleibt festzuhalten, dass die Ersatzschulen in freier Trägerschaft schon aus Art. 102 Abs. 3 S. 1 Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf einen subjektiven Ausgleichsanspruch für den ihnen auferlegten Verzicht auf kostendeckende Schulgelder haben. Bei dessen Bemessung hat der Gesetzgeber zwar einen Gestaltungsspielraum; der Anspruch steht aber keinesfalls zur freien Disposition des Gesetzgebers. Dessen Gestaltungsspielraum endet vielmehr dort, wo freie Schulen nicht mehr wirtschaftlich gegründet und betrieben werden und die an öffentlichen Schulen und damit an **deren** Kosten orientierten Genehmigungsvoraussetzungen einhalten können. Das wiederum ist nicht erst dann der Fall, wenn es überhaupt keine Schulen in freier Trägerschaft in einem Land mehr gibt, sondern wenn die Zuschüsse insgesamt den Betrag unterschreiten, den die Schulen benötigen, um ohne Verstoß gegen das Sonderungsverbot die verfassungsrechtlich geforderte Gleichwertigkeit mit den öffentlichen Schulen zu erreichen. Sinkt also der Zuschuss unter die entsprechenden Kosten öffentlicher Schüler, besteht eine starke Vermutung für einen Verstoß gegen die institutionelle Garantie.

d. Weniger im Bundesrecht, umso mehr aber nach Art. 102 Abs. 1 und 2, Art. 18 SächsVerf besteht ein **Gleichbehandlungsgebot** hinsichtlich Schulen in freier und öffentlicher Trägerschaft. Nicht umsonst stellt Art. 102 Abs. 2 SächsVerf klar, dass „*Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft für die Bildung der Jugend sorgen*“. Dieser Satz wäre sinnentleert wenn aus ihm nicht neben der Bestandsgarantie auch ein Gleichbehandlungsanspruch der Schulen in freier Trägerschaft abgeleitet würde.

Letztere dürfen im Verhältnis zu öffentlichen Schulen nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden.

Ein Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich ferner aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, also Art. 18 SächsVerf. Dieser verbietet es, wesensmäßig gleiche Sachverhalte ungleich und wesensmäßig ungleiche Sachverhalte gleichzubehandeln. Art. 18 SächsVerf ist gemäß Art. 37 Abs. 3 SächsVerf auch auf juristische Personen anwendbar, d.h. auch Schulträger als Vereinigungen können sich auf dieses Grundrecht berufen.

Weder in der Finanzierung noch gar in der Genehmigungspraxis kann also von einem Vorrang der öffentlichen Schulen ausgegangen werden.

Dazu jetzt ausführlich Pieroth, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, Rechtsgutachten Baden-Baden 2012 (*www:Institut für Bildungsforschung Bochum/Forschung*)

Die Gegenauffassung

Avenarius, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen (2011).

steht nicht nur im Widerspruch zur insofern eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG zur Wahlfreiheit und Schulvielfalt, sie ist auch unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsgebot sowohl des Art. 3 GG als auch Art. 18 SächsVerf, denn die Verfassung selbst macht Ersatzschulen in freier Trägerschaft im Verhältnis zu entsprechenden öffentlichen Schulen zu zwei „wesensmäßig gleichen“ Gruppen, die also in wesentlichen Belangen nicht ungleich behandelt werden dürfen:

exemplarisch: BVerfGE 42, 64, 72 – Zwangsversteigerung.

Beide erfüllen öffentliche Aufgaben im Bildungswesen; beide müssen unabhängig von sozialen Unterschieden für alle Schüler zugänglich sein und unterliegen im Hinblick auf die Qualität der Lehre und die Stellung der Lehrer denselben Voraussetzungen. Die damit gewährleistete, aber auch geforderte Gleichwertigkeit darf für beide nicht

durch die Erschließung eigener Finanzquellen – also kostendeckender Schulgelder – sichergestellt werden, ist also durch öffentliche Finanzierung zu sichern.

Wenn der Sächsische Verfassungsgeber in Art. 102 Abs. 4 S. 2 über die vergleichbare Regelung des Art. 7 Abs. 4 GG hinaus einen subjektiven originären Leistungsanspruch exakt in der Höhe statuiert, in der die Schulen in freier Trägerschaft auf Schulgelder verzichten, so ist auch dies eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das kommt schon in der Verwendung des Begriffs „Anspruch auf finanziellen **Ausgleich**“ zum Ausdruck, denn die freien Schulen erbringen eine ihnen an sich nicht zumutbare Leistung (Schulgeldfreiheit) im öffentlichen Interesse.

Die verfassungsrechtliche Gleichbehandlungspflicht von Schulen in freier und öffentlicher Trägerschaft folgt – wie gezeigt – schon daraus, dass beide letztlich dieselben öffentlichen Aufgaben erfüllen. Erfüllt ein freier Träger (oder auch eine Selbstverwaltungskörperschaft) in diesem Sinne öffentliche Aufgaben, dann lässt sich aus dem Gleichheitssatz und dem allgemeinen verfassungsrechtlich begründeten **Konnexitätsprinzip** begründen, dass ihm die hierfür erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden müssen. Das ist in der SächsVerf zwar explizit nur für die Gemeinden formuliert (Art. 85 Abs. 1 und Art. 87 Abs. 1), muss aber auch für andere Träger öffentlicher Aufgaben gelten.

Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Schulen in freier Trägerschaft hat der Staat die Existenz eines Schulwesens zu gewährleisten, das allen jungen Menschen freien und gleichen Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen gewährleistet. Die in den Schulgesetzen der Länder nach Schulform und Bildungsgängen ausgewiesenen Einrichtungen müssen also grundsätzlich in dem Sinne „flächendeckend“ zur Verfügung stehen, dass die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 102 Abs. 1 SächsVerf wie in Art. 7 Abs. 1 GG erfüllt werden.

Die sich daraus ergebenden Aufgaben muss das Land allerdings nicht durch eigene Einrichtungen sicherstellen. Es kooperiert insofern vielmehr grundsätzlich mit den kommunalen Schulträgern, die in den meisten Bundesländern als Pflichtaufgaben der Selbstverwaltung Gebäude, sonstige Einrichtungen, Verwaltungspersonal usw. zur Verfügung stellen. Soweit sie die Kosten dafür nicht aus eigenen Mitteln tragen

können, erhalten sie entweder im Rahmen des vertikalen Finanzausgleichs oder durch direkte Zuweisungen Mittel für die Erfüllung ihrer Aufgaben im Schulbereich.

Ähnliches gilt für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch freie Träger. Deren Einrichtungen stehen keineswegs nur komplementär oder ergänzend zu entsprechenden staatlichen Schulen, sie treten – wie schon der Begriff der „Ersatzschule“ ausweist – im gewissen Umfang an deren Stelle. Es ist durchaus folgerichtig, auch in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen Grund für die staatlichen Zuschüsse an Schulen in freier Trägerschaft zu sehen.

Dies stand am Anfang der Rechtsprechung zur Privatschulfinanzierung sogar im Mittelpunkt der Begründung - vgl. noch etwa BVerwGE 23, 347; 27, 360.

Obwohl diese Begründung in der Rechtsprechung mehr und mehr der institutionellen Sichtweise wich, verweist sie doch auf einen wichtigen verfassungsrechtlichen Zusammenhang: Erfüllen freie Träger den Bereich von Bildung und Erziehung unter Einhaltung staatlicher Qualitätsmaßstäbe staatliche Aufgaben, so steht ihnen hierfür ein Ausgleichsanspruch zu.

Der Grundgedanke ist ebenso einfach wie letztlich verfassungsrechtlich zwingend: Jeder Träger öffentlicher Aufgaben trägt auch die Ausgaben (**Grundsatz der Konnexität** - vgl. Art. 104a GG). Nimmt er für die Erfüllung seiner Aufgaben einen anderen – gleichgültig ob öffentlichrechtlich oder privatrechtlich strukturiert – in Anspruch, so steht diesem dafür ein Ausgleich zu.

Dieser Aspekt liegt auch dem traditionsreichen Gedanken des öffentlichen Geschäftsführungs- bzw. Erstattungsanspruchs zugrunde (allgemein dazu *Bamberger*, JuS 1998, 706; *Baldus/Grzeszick/Wienhus*, Staatshaftungsrecht. Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, 3. Aufl. (2009), 126ff.).

Aus dem Konnexitätsprinzip und der Privatschulfreiheit lässt sich demnach schließen, dass der Staat freien Trägern gegenüber zur Erstattung derjenigen Aufwendungen verpflichtet ist, die aus der Erfüllung jener öffentlichen Aufgabe entstanden sind.

Durch das BVerfG bejaht z.B. für kostendeckende Notargebühren (BVerfGE 47, 285, 318), Vereinsbetreuer (BVerfG, Kammer, NJW 2002, 2091) und Treuhänder (BVerfG, Kammer, NJW 2005, 3132).

Rechtlich gesehen handelt es sich bei dem Aufwendungsersatz also nicht um einen lediglich derivativen Leistungsanspruch, bei dessen Erfüllung dem Staat ein weiter Ermessensspielraum zustehen würde, sondern um einen Ersatzanspruch für bereits erbrachte oder zu erbringende Leistungen im Rahmen eines verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Auftrags.

Daraus folgt: Alle gesetzlichen Bestimmungen des Landesrechts sind darauf zu überprüfen ob sie dem konkreten Finanzierungsanspruch aus Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf entsprechen. Sie sind aber auch an Prüfungsmaßstäben der Gründungsfreiheit, der gewährleisteten Schulvielfalt und den verschiedenen Ausprägungen des Gleichheitssatzes und des Konnexitätsprinzips zu messen. Rein fiskalische Erwägungen können verfassungsrechtliche Gewährleistungen nicht unterlaufen.

Finden sich solche Bestimmungen aber in einem erkennbar der Haushaltssolidierung verschriebenen Haushaltsbegleitgesetz, dann spricht viel dafür, dass ebensolche Sparziele und fiskalische Erwägungen sind, die maßgeblich für die Regelung waren. Umso bedeutender ist die verfassungsgerichtliche Klärung der Frage, ob die genannten Ansprüche und objektiven Schutzpflichten den spezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben nach der Landesverfassung entsprechen.

2. Zur Verfassungswidrigkeit einzelner Normen

a. Die Kopplung der Zuschusshöhe für Neugründungen von Schulen in freier Trägerschaft an die für öffentliche Schulen geltenden Mindestschülerzahlen (§ 15 Abs. 3 S. 2 SächsFrTrSchG [Art. 10 Nr. 5 HBG 2011/12])

Gemäß § 15 Abs. 3 S. 2 SächsFrTrSchG in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 5 HBG 2011/12 geltenden Fassung soll sich die Höhe der Zuschüsse für Neugründungen danach richten, ob die vorgesehene Schülerzahl der Mindestschülerzahl einer entsprechenden öffentlichen Schule entspricht. Die betroffenen freien Schulen werden also praktisch gezwungen, sich den Vorgaben von § 4a Abs. 1 SächsSchulG

anzupassen und eine Mindestschülerzahl je Klassenstufe von 15 (Grundschulen) bzw. 20 (für Mittelschulen und Gymnasien) vorzusehen. Begründet wird das damit, dass „*Mindestschülerzahlen für allgemeinbildende Schulen ein grundlegendes, schulprägendes und qualitätssicherndes Merkmal des öffentlichen Schulwesens im Freistaat Sachsen*“ darstellen und eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten öffentlicher Schulen aufgehoben werden müsse. Auch erschweren neu gegründete Schulen in freier Trägerschaft, für die die Vorgaben zu Mindestschülerzahlen zuvor nicht galten, den umliegenden und öffentlichen Schulen den weiteren Bestand.

Quelle: Antwort des Staatsministeriums für Kultus und Sport auf die kleine Anfrage der Abgeordneten *Dr. Eva-Maria Stange*, MdL, Drs. 5/3032 vom 29.8.2010 und der darin erwähnte Presseartikel (FP 29.6.2010 „*Kannibalisierung staatlicher Einrichtungen*“). (**Anlage 4**)

Diese Regelung verstößt gegen Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf – Schulgründungsfreiheit.

Zur Gründungsfreiheit und der mit ihr bezweckten Schulvielfalt, ebenso wie zum Elternrecht gehört die Freiheit der Bestimmung der Bildungsinhalte, der pädagogischen Grundkonzeption und des eigenständigen Schulprofils. Diese sind Ausdruck der zum Kern des Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf wie auch in Art. 7 Abs. 4 GG geschützten personellen, organisatorischen und inhaltlichen Unabhängigkeit und der damit gewollten Schulvielfalt,

BVerfGE 75, 40, 62

deren Beachtung schon deshalb keine Benachteiligung öffentlicher Schulen darstellt, weil die verfassungsrechtliche Ausgangslage insofern nicht vergleichbar ist.

Es liegt auf der Hand, dass die neuen gesetzlichen Anpassungspflichten von vielen Schulen zumindest in der Gründungsphase nicht erfüllt werden können und damit mittelbar die Gründungsfreiheit aushöhlen. Besonders eklatant ist der Eingriff aber für solche Schulen zu deren pädagogischem Konzept es gerade gehört, dass sie auf den Klassenverband verzichten und freie und flexible Formen bevorzugen. In diese Rechte greift der Gesetzgeber nicht nur ein, wenn er verfassungsrechtlich nicht vorbehaltene

Genehmigungsvoraussetzungen oder andere obligatorische Maßstäbe formuliert, sondern auch dann, wenn er die Förderung von ihnen abhängig macht. Erlaubt sind nach Art. 102 Abs.3 S. 3 SächsVerf aber nur die Gleichwertigkeit von Lehrzielen, Einrichtungen und Ausbildung der Lehrkräfte. Die Schülerzahl und die Klassengröße gehören nicht dazu, sind vielmehr gerade besondere Ausprägungen der eigenen pädagogischen Konzeption und der Schulvielfalt. Sie werden auch durch das allgemeine Prinzip der Gleichwertigkeit von Ersatzschulen oder eine – verfassungsrechtlich ohnehin höchst fragwürdige – „Akzessorietät“ zu den öffentlichen Schulen nicht verlangt. Der Gesetzgeber darf also weder direkt noch indirekt über die Finanzierungsvoraussetzungen auf sie zugreifen. Auch ein etwa bestehender Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum ist insofern überschritten.

Die Verbindung mit der Mindestschülerzahl öffentlicher Schulen führt aber auch für diejenigen Schulen zu einer verfassungswidrigen Beeinträchtigung der Gründungsfreiheit, deren pädagogisches Konzept über Schülerzahlen und Klassengröße nichts aussagt. Das folgt schon daraus, dass die genannte Verbindung letztlich eine „Bedarfsprüfung durch die Hintertür“ enthält, denn es wird vorausgesetzt, dass ein Bedarf für eine Schule in privater Trägerschaft dann nicht besteht, wenn eine bestimmte Schülerzahl nicht erreicht wird. Diese zu definieren ist aber nicht Sache des Staates, sondern selbst Inhalt der Gründungsfreiheit.

Die Regelung verstößt ferner gegen das **Gleichbehandlungsgebot (Art. 18 SächsVerf)**.

Die erzwungene Anpassung an die Schülerzahlen öffentlicher Schulen läuft – gemessen am Maßstab der Gleichwertigkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes – auf eine Gleichbehandlung wesensmäßig ungleicher Sachverhalte hinaus. Diese ist nach Art. 18 SächsVerf ebenso ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz wie nach Art. 3 Abs. 1 GG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des BVerfG.

Exemplarisch BVerfGE 42, 64, 72

Eine sachliche Begründung für diese Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar, zumal die sachlichen Anpassungsgründe und Gleichwertigkeitsgebote in Art. 102 Abs. 3

SächsVerf abschließend aufgezählt sind. Rein fiskalische Erwägungen und der Schutz benachbarter öffentlicher Schulen reichen insofern nicht aus. Schülerzahl (wie auch die ursprünglich auch zur Anpassung vorgesehene) Zügigkeit sind aus der Sicht der Gründungsfreiheit und Schulvielfalt vielmehr gerade im Hinblick auf die Ziele des Art. 102 Abs. 3 SächsVerf nicht erlaubte Maßstäbe.

Eine weitere Ungleichbehandlung liegt darin, dass § 15 Abs. 3 S. 2 SächsFrTrSchG / Art. 10 Nr. 5 HBG 2011/12 offenbar nur neu zu gründende Schulen erfasst, unterschiedliche Ersatzschulen also ungleich behandelt werden.

3. Die Streichung des Schulgeldersatzes (§ 8 ZuschussVO i.V.m. § 11 ZuschussVO [Art. 11 HBG 2011/12])

Durch Aufhebung des bisherigen § 8 ZuschussVO i.V.m. § 11 ZuschussVO wird der bisher geltende Ersatz des Schulgeldes kompensationslos gestrichen.

Dazu sieht sich die Landesregierung offensichtlich trotz des klaren Wortlauts von Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf berechtigt, weil nach einer Entscheidung des VerfGH Sachsen vom 25.10.1996 (LKV 1997, 127= NVwZ 1997, 576 [LS]) Art. 102 Abs. 4 nur eine objektive Sicherung der Grundförderung enthalte, nicht aber zu einem konkreten Ausgleichsanspruch verpflichtete.

Hier wird dagegen die Auffassung des Gutachtens des Juristischen Dienstes geteilt, wonach die Regelung nur verfassungskonform ist, wenn eine entsprechende Kompensation gewährleistet wird. Das folgt schon aus dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, der einen Anspruch auf einen Ausgleich in dem Maße gewährt, wie die Schulen Schulgeldfreiheit gewähren. Ob dies durch direkte Zuschüsse an die Schulen oder durch einen Schulgeldersatz geschieht, liegt zwar im Ermessen des Gesetzgebers – entscheidend ist, **dass** ein solcher Ausgleich gewährt wird.

Der im aufgehobenen § 8 der ZuschussVO 16.5.2007 enthaltene Schulgeldersatz war zwar eine nur im Freistaat Sachsen und im Freistaat Bayern gewährte Zusatzleistung; diese war aber zumindest in Sachsen keineswegs freiwillig, denn § 8 entsprach exakt Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf und durfte deshalb nicht ersatzlos aufgehoben werden. Gerade die auf sozialen Ausgleich und Verhinderung sozialer Sonderung bedachten

Schulen in freier Trägerschaft sind von dieser verfassungswidrigen Regelung besonders getroffen.

Wie sich aus der Anlage 3 zur Antwort auf die kleine Anfrage Drucks. 5/3035 ergibt (hier **Anlage 5**), betrugen diese Zuschüsse im Schuljahr 2008/2009 immerhin € 2.509.728,01, also € 119,47 pro Schüler.

Dieser Verlust konnte schon wegen des Sonderungsverbots nicht durch Schulgelder kompensiert werden.

In seiner Antwort auf eine kleine Anfrage Drucks. 5/3126 (**Anlage 6**) hat der zuständige Staatsminister einen Beitrag von etwa € 100,-- je Schüler und Monat als verfassungsrechtlich zulässig bewertet und sich dabei ausdrücklich auf die Rechtsprechung Entscheidung des *BVerfG* bezogen.

Deshalb geht das Staatsministerium für Kultus und Sport offenbar fehl, wenn es die Entscheidung des SächsVerfGH vom 25.10.1996 in der Weise interpretiert, es bestehe hier ein Freibrief, den Ausgleichsanspruch aus Art. 102 Abs. 4 S. 2 bis auf „*die unverzichtbare Grundförderung*“ zurückzufahren. Schon gar nicht ist hier das durch das *BVerfG* in Art. 7 Abs. 4 GG hineininterpretierte „Existenzminimum des Ersatzschulwesens“ gemeint. Im Rahmen seiner nach Art. 142 GG bestehenden Freiheit gewährt der sächsische Verfassungsgeber hier vielmehr einen deutlich über Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehenden besonderen landesverfassungsrechtlichen Ausgleichsanspruch, der gerade nicht an das Existenzminimum, sondern an die Bereitschaft anknüpft, zumindest partiell auf kostendeckende Schulgelder zu verzichten, um der sozialen Sonderung der Schüler nicht Vorschub zu leisten.

Wie wichtig der verfassungsrechtliche Ausgleichsanspruch ist, zeigt die Tatsache, dass die von den allgemeinbildenden Schulen in freier Trägerschaft erhobenen Schulgelder je nach Schulart, Lage der Schule und Art des Schulträgers zum Teil deutlich unter dem verfassungsrechtlich im Hinblick auf das Sonderungsverbot eigentlich zulässigen Schulgeldern bleiben. So werden nach Auskunft der Staatsregierung (Drs. 5/3127 vom 22.8.2010) Beträge zwischen € 28,-- bis € 130,-- erhoben, wobei in vielen Fällen Nachlässe für Geschwisterkinder gewährt werden und sonstige Möglichkeiten der sozialen Ermäßigung bestehen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die meisten Schulen im Sinne von Art. 102 Abs. 4 S. 2 ganz oder partiell Schulgeldfreiheit

gewähren und daher den Ausgleichsanspruch unmittelbar aus der Verfassung haben (**Anlage 7**).

Die pauschale Streichung des Schulgeldersatzes wäre also nur dann verfassungskonform, wenn er durch schülerbezogene Direktzahlungen an die Schulen kompensiert würde. Da dies erkennbar nicht der Fall ist, ist die Streichung von § 8 ZuschussVO i.V.m. § 11 ZuschussVO durch Art. 11 HBG 2011/12 schon wegen eines klaren Verstoßes gegen Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf verfassungswidrig.

Unabhängig davon verstößt die genannte Norm aber auch gegen die dem Staat obliegende **objektive Schutzpflicht** für die Schulen in freier Trägerschaft und die institutionelle Garantie für deren Existenzminimum. Wann dies der Fall ist, hängt zwar auch von den angenommenen Zahlen zur Kostensituation und insbesondere einer konkreten Berechnung der Personal-, Sach- und Raumkosten ab. Schon bei abstrakter Betrachtungsweise dürfte aber hinreichend belegt sein, dass schon das zuvor geltende Finanzierungssystem am Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren bewegte, weil Gründung und Existenz faktisch nur durch Inkaufnahme erheblicher finanzieller Risiken der „Gründungseltern“ möglich waren.

Wie oben schon begründet, liegt eine Verletzung der institutionelle Garantie und der Gründungs- und der Wahlfreiheit vor, wenn freie Schulen wirtschaftlich nicht mehr zu gründen und unter Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen zu führen sind.

Die finanzielle Einhaltbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen und insbesondere des verfassungsrechtlichen „Sonderungsverbots“ kennzeichnet das „Existenzminimum“, an dem auch der gesetzgeberische Spielraum endet.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1994 (BVerfGE 90, 107, 119) hat das Gericht das aus Art. 7 Abs. 4 S. 3 folgende Sonderungsgebot bereits als verletzt angesehen, wenn Schulgelder von monatlich DM 170 bis 190 je Kind und Monat überschritten werden. Die verfassungsrechtlich hinnehmbare Grenze dürfte damals also bei etwa DM 150 gelegen haben. Dem entspricht für das Jahr 2011 bei Zugrundelegung einer Steigerung der Lebenshaltungskosten von 3 % p.A. = DM 4,50 x 17 Jahren = DM 76,50. Das vertretbare monatliche Schulgeld dürfte nach dieser Berechnung also etwa DM 226,50 = ca. € 113,-- liegen. Es ist also auch ohne komplizierte Berechnungen offensichtlich, dass mit einem solchen sozial hinnehmbaren Schulgeld keine freie Schule betrieben werden kann. Dazu etwa

die Berechnung des „Existenzminimums“ bei Hufen/Vogel, Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? [2006], S. 89 f. und insbesondere Eisinger/Warndorf/Feldt, Schülerekosten in Deutschland, ebenda S. 243 ff. Die Aufgabe der staatlichen Finanzhilfe zur Wahrung des finanziellen Existenzminimums ist also die Überbrückung der Differenz zwischen verfassungskonformem Schulgeld (€ 113,-- = zumutbarer Eigenanteil) einerseits und realen „Kosten pro Schüler pro Monat“ andererseits. Letztere variieren je nach Schulart und Schulstufe; sie dürften auch je nach Bundesland leicht variieren. Schon auf das Jahr 2004 bezogen, wurde nachgewiesen, dass das reale Existenzminimum der Schulen nach der damaligen Lage in Baden-Württemberg deutlich unterschritten war.

Auch bei einer konkreten Betrachtungsweise dürfte sich in Zukunft zeigen, dass sich die angegriffenen Regelungen in verfassungswidriger Weise auf die reale Wahrnehmbarkeit der Errichtungs- und Wahlfreiheit und die Existenz freier Schulen auswirken. Zwar wurden zwischen den Schuljahren 2009/2010 und 2010/2011 noch 16 allgemeinbildende Schulen im Freistaat Sachsen gegründet; ein Rückgang zu den Vorjahren war also nicht erkennbar.

Quelle: Statist. Landesamt; stat. Bericht B I 1 – j/10 – Anlage 8

Hierbei dürfte es sich aber um bereits geplante und weitgehend vor Inkrafttreten der neuen Regelungen ins Werk gesetzte Neugründungen handeln, so dass sich die Folgen erst in späteren Jahren zeigen werden. Schließlich zeigen die wirtschaftlichen Zahlen, dass die Neugründung von Schulen für „normale Gründungseltern“ zu einem nicht mehr tragbaren Risiko geworden ist.

Gefährdet sind aber nicht nur die Existenz der Schulen in freier Trägerschaft, sondern auch die allgemeine Zugänglichkeit und die Einhaltung des Sonderungsverbots. So dürfte auf der Hand liegen, dass für zahlreiche Eltern der Wegfall des Zuschusses bedeutet, dass sie davon absehen müssen, ihr Kind auf die entsprechende Schule in freier Trägerschaft zu schicken. Das ist zumindest ein starkes Indiz dafür, dass der pauschale und sozial nicht „abgefederte“ Fortfall des Schulgeldersatzes auch aus der Sicht betroffener Kinder das für eine Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässliche Mindestmaß unterschreitet, das nach dem „Hartz IV“ - Urteil des BVerfG in jedem Fall gewährleistet sein muss und insofern auch für den Landesgesetzgeber bindend ist.

BVerfGE 125, 175, 222 ff.

Zwar sind bisher belastbare Zahlen über die konkreten Auswirkungen der Neuregelung in der Praxis kaum vorhanden, doch dürfte die Aussage aus dem Kreis kirchlicher Schulen kennzeichnend sein, wonach die Kürzungen bereits jetzt zu einem erheblichen Rückgang der Schülerzahlen aus solchen Familien, die bisher Anspruch auf Schulgelderstattung gehabt hätten, vorliegen.

Aus Familien, die bisher Anspruch auf Schulgelderstattung gehabt hätten, gibt es in unseren Schulen jetzt 50 % weniger Anmeldungen (Quelle: Kein Geld für die Schule, DER SONNTAG vom 5. Juli 2011 – **Anlage 9**).

Den notwendigen sozialen Ausgleich können die Schulen in freier Trägerschaft aber schon deshalb nicht leisten, weil sie nur einen Teil ihrer realen Kosten durch den Staat ersetzt erhalten.

Schließlich ist die ersatzlose Streichung des Schulgeldersatzes auch deshalb verfassungswidrig, weil von ihr nur die Schulen in freier Trägerschaft betroffen sind. Allgemeinbildende Schulen in öffentlicher Trägerschaft sind ohnehin schulgeldfrei, haben also auch keinen Ersatzbedarf, da ihre Kosten stets und in vollem Umfang vom Staat ersetzt werden. Für die Schulen in freier Trägerschaft hält die neue Gesetzeslage aber nicht nur zahlreiche linear wirkende Kürzungen, sie lässt auch den praktisch durchaus bedeutsamen Schulgeldersatz wegfallen. Diese geraten also gegenüber den Schulen in öffentlicher Trägerschaft in einem zentralen Punkt ins Hintertreffen, wodurch Art. 18 SächsVerf und – sofern man diesen als besonderen Gleichheitssatz begreift – Art. 102 Abs. 2 SächsVerf verletzt sind.

Insgesamt hat der Gesetzgeber durch die Streichung des Schulgeldersatzes in verfassungswidriger Weise in den verfassungsrechtlichen Ausgleichsanspruch nach Art. 102 Abs. 4 S. 2, die Gründungsfreiheit und das Gebot der Schulvielfalt (Art. 102 Abs. 3 S. 1) sowie das institutionell gebotene Existenzminimum der Träger der betroffenen oder erst gar nicht errichteten freien Schulen eingegriffen. Die Regelung verstößt ferner gegen den Gleichheitssatz des Art. 18 SächsVerf.

4. Verlängerung der Wartefrist auf 4 Jahre (§ 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG [Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12])

Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12 erhöht die bestehende dreijährige Wartefrist bis zum Einsetzen der finanziellen Förderung des § 14 Abs. 3 SächsFrTrSchG von drei Jahren auf vier Jahre. Begründet wird das mit der Erhöhung der Zahl der Schulen in Freier Trägerschaft bei Rückgang der Schülerzahlen und der damit einhergehenden Gefahr einer Verwendung öffentlicher Mittel für letztlich nicht existenzfähige Schulen. Eine vierjährige Wartefrist sei geeignet, um festzustellen, ob die Schulen über ein tragfähiges pädagogisches Konzept zur Gewinnung hinreichender Schülerzahlen und über ein solide finanzielle Basis auch für die Überbrückung einer vierjährigen Wartezeit verfügen. Die Begründung beruft sich dabei auf die Entscheidung des BVerfGE 90, 107, 114.

Auch diese Regelung ist wegen Verstoßes gegen die Schulgründungsfreiheit des Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf, die institutionelle Garantie, den verfassungsrechtlichen Ausgleichsanspruch nach Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf und den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verfassungswidrig.

Derartige Wartefristen bis zum Einsetzen der finanziellen Förderung erschweren in erheblichem Maße die Gründung von Schulen in freier Trägerschaft. Das BVerfG hat solche Wartefristen zwar grundsätzlich mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht für vereinbar gehalten, ihre Einführung aber ausdrücklich als Ausnahme von der Regel gesehen und mit dem notwendigen Erfolgsnachweis und der Überlebensfähigkeit und Ernsthaftigkeit des Vorhabens begründet. Dies geschah aber nicht, um dem Staat Einsparungen zu ermöglichen oder gar unerwünschte Neugründungen als Konkurrenz zu staatlichen Schulen abzuschrecken. Alleiniger Zweck ist vielmehr der Erfolgs- bzw. Bewährungsnachweis.

BVerfGE 90, 107, 117 und BVerfGE 90, 128, 138.

Für die Dauer der Frist und die Art des Erfolgsnachweises hat das BVerfG ausgeführt, dass ein erhöhtes finanzielles Engagement auf Seiten der „Gründungseltern“ zumutbar sei, die Wartefrist dürfe sich aber nicht als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirken. Auch ist in Erinnerung zu rufen, dass das BVerfG in einem ansonsten eher

restriktiven Urteil festgestellt hat, auch die Investitionskosten, also insbesondere Baukosten, „*müssten bei der Förderung jedenfalls berücksichtigt werden*“

BVerfGE 90, 128, 138; dazu bereits Pieroth, DÖV 1992, 593, 599; zu den Grundlagen F. Müller, Zukunftsperspektiven der Freien Schulen (1988) 202ff., 216ff., 239.

So gesehen, ist der finanzielle Beitrag der „Gründungseltern“ nichts anderes als ein nach erfolgreicher „Probezeit“ der Schule zu kompensierendes Darlehen. Ist der Erfolgsnachweis erbracht, so besteht eine Verpflichtung des Gesetzgebers, – jedenfalls bis auf einen ggf. erhöhten Eigenanteil – der Schule einen nachträglichen Anteil an den Kosten der „Gründungsjahre“ zu erstatten. Sehen die Landesgesetze eine solche Erstattung nicht vor oder liegt die Wartefrist über der vom BVerfG offensichtlich vorausgesetzten Grenze von drei Jahren, so ist davon auszugehen, dass eine verfassungswidrige faktische Errichtungssperre gegeben ist. Auch das Sonderungsverbot und damit das Verbot kostendeckender Schulgelder binden die Schulen schließlich vom ersten Tag an. Nicht erstattete verlorene Zuschüsse können in der Regel nur besonders finanzielle Eltern leisten. Wartefristen ohne nachträgliche Erstattung verletzen also nicht nur die Gründungsfreiheit, sondern auch das Sonderungsverbot.

In die Gründungsfreiheit wird also auch im Hinblick auf die Wartefrist nicht erst dann eingegriffen, wenn überhaupt keine Schule mehr gegründet werden kann. Eine Verletzung des konkreten Grundrechts liegt vielmehr bereits dann vor, wenn bei abstrakter wirtschaftlicher Betrachtungsweise unter den gegebenen Voraussetzungen (Sonderungsverbot, Gebot der angemessenen Bezahlung der Lehrer, Notwendigkeit des Schulneubaus, Schwierigkeiten der Erlangung und Sicherung von Krediten) die Gründung einer Schule praktisch nicht mehr möglich ist. Dann kann ein ansonsten erfolgversprechender Gründungsversuch daran scheitern, dass die staatliche Förderung zu spät einsetzt, von unzumutbaren und sozial diskriminierenden Elternbeiträgen abhängt oder keinen nachträglichen Ausgleich für die überproportional erbrachten Eigenleistungen ermöglicht. Ohne eine solche Kompensation ist die Wartefrist selbst und ist erst recht eine Verlängerung um ein Viertel ein unzulässiger Eingriff in die Gründungsfreiheit und als solcher verfassungswidrig.

Die Regelung verstößt aber auch insofern gegen Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, als die Wartefrist auch solche Schulen nicht ausnimmt, die im Sinne dieser Vorschrift auch während der Gründungsphase Schulgeldfreiheit gewähren. Auch diese Schulen erfüllen als Ersatzschulen vom ersten Tag an Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft, haben also einen vollen subjektiven Ausgleichsanspruch. Eine Wartefrist ist insofern – anders als im durch das BVerfG entschiedenen „bayerischen Fall“ – schon nach dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf als solche nicht möglich. Das gilt erst recht, wenn diese Frist über die bereits ihrerseits bedenklichen drei Jahre auf vier Jahre ausgedehnt wird.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der **Entscheidung des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 09.12. 2010** (AZ. 6/09 - zitiert nach juris).

Zum einen hatte das VerfGMV nur eine Verlängerung von zwei auf drei Jahre zu beurteilen – also eine Regelung, die in Sachsen bis zum Inkrafttreten der jetzigen Regelung geltendes Recht war und die sich in der durch das BVerfG vorausgesetzten Dreijahresfrist hält. Zum anderen macht das Gericht indirekt deutlich, dass es die Einführung einer solchen Frist ohne eine vertrauensschützende Übergangsregelung für solche Schulen, die ihren Betrieb bei Inkrafttreten bereits aufgenommen haben, für verfassungswidrig hält. Das geschieht auf der Basis der Erkenntnis, dass eine Regelung verfassungswidrig ist, wenn diese dazu führt, dass „*das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auferlegten Bindungen kaum noch wahrgenommen werden kann*“ (Rn 37). Ferner betont das Gericht dass „*auch Neugründungen praktisch möglich bleiben*“ müssen (Rn. 39). Insbesondere dürfe sich eine Wartefrist nicht als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirken. Allerdings wird dem Träger ausdrücklich zugemutet, dass eine Wartefrist von drei Jahren aus eigenen Mitteln „überbrückt“ werden kann. Aus dem Duktus der Entscheidung folgt dabei, dass für das Gericht eine Verlängerung von zwei auf drei Jahre wegen der in diesem Zeitraum anfallenden noch erträglichen Kosten hinnehmbar ist. Es kann aber keineswegs davon ausgegangen werden, dass das VerfGMV auch eine Verlängerung von 3 auf 4 Jahre hinnehmen würde. Vielmehr dürfte nach diesem Urteil wie auch der Rechtsprechung des BVerfG 3 Jahre das Äußerste sein, was den Schulen in freier Trägerschaft zumutbar und mit Gründungsfreiheit und Existenzminimum vereinbar ist.

Geht man – wie dargelegt – von einer grundsätzlichen Gleichbehandlungspflicht von Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft aus, dann verstößt die undifferenzierte Wartefrist auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz der Verfassung. Selbst wenn man als sachlichen Grund der Ungleichbehandlung annehmen würde, dass bei öffentlichen Schulen Ernsthaftigkeit und Wirtschaftlichkeit vorausgesetzt werden können, während diese bei einer Schule in Freier Trägerschaft erst nachzuweisen seien, führt das Fehlen jeglicher Kompensationsregelung dazu, dass Schulen in freier Trägerschaft gleichheitswidrig bis zu vier Jahre ohne jede Finanzhilfe auskommen müssen, obwohl sie vom ersten Tag an dieselben öffentlichen Aufgaben erfüllen und an das Sonderungsverbot und die sonstigen Voraussetzungen gebunden sind wie die öffentlichen Schulen. Das ist ein klarer Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

Unabhängig davon hat der Gesetzgeber vielmehr mit der Vierjahresfrist verfassungsrechtliches Neuland betreten und damit den sowohl vom BVerfG als auch vom VerfGMV eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten.

5. Kumulation der Leistungsbeschränkungen – lineare Kürzungen staatlicher Zuschüsse

Die hier einzeln benannten Maßnahmen und linearen Kürzungen bei den staatlichen Zuschüssen für Schulen in freier Trägerschaft werfen das Problem der Kumulation der Leistungsbeschränkungen auf.

Stehen die Gründungsfreiheit und die institutionelle Garantie auf dem Spiel, dann dürfen die einzelnen Sparmaßnahmen und Leistungsbeschränkungen durch das Gesetz nicht isoliert betrachtet werden. Für die Abwehrdimension der Grundrechte wurde insofern der Begriff des „kumulativen Grundrechtseingriffs“ entwickelt.

F. Hufen, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 35, Rn 40; *G. Kirchhof*, NJW 2006, 732; *Lücke*, DVBl. 2001, 1469; *Klement*, AöR 134 (2009), 35).

Damit soll ausgesagt werden, dass an und für sich verhältnismäßige Eingriffe insgesamt ein solches Gewicht erreichen können, dass ein besonders schwerwiegender Eingriff zustande kommt.

Auch das BVerfG ist auf dieses Problem in anderem Zusammenhang bereits aufmerksam geworden und hat geklärt, dass die kumulative Belastung von Familien durch Kürzung von Kindergeld und Steuergesetze zu einer verfassungswidrigen Rechtslage führen kann

BVerfGE 82, 60 ff. – Existenzminimum.

Insofern bejaht das Gericht einen besonders schweren kumulativen Eingriff durch das Zusammenwirken mehrerer (selbst wenn als solcher verfassungsgemäßer) Einzelregelungen.

Ähnlich BVerfG, NJW 2005, 1338, 1341 – Einsatz mehrerer Überwachungsmaßnahmen).

Diese Maßstäbe müssen zumindest dann auf verschiedene Maßnahmen der Leistungsbeschränkung angewandt werden, wenn diese in ihrer Gesamtheit kumulativ wirken und – ungeachtet ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung im Einzelnen – jedenfalls insgesamt die Wahrnehmung eines Freiheitsrechts so sehr erschweren, dass dieses in seiner Substanz bedroht ist. Das ist spätestens dann der Fall, wenn die Regelungen zusammengenommen bewirken, dass unter normalen Umständen die Gründung einer Schule in Freier Trägerschaft nicht mehr möglich ist – jedenfalls wenn wegen des Sonderungsverbots keine kostendeckende Schulgelder genommen werden können oder kein finanzstarker Träger zur Überbrückung hohe Summen investiert.

Sowohl die Existenzgefährdung als auch die wachsende verfassungswidrige Ungleichbehandlung gegenüber öffentlichen Schulen folgt aus mehreren Regelungen, die sich wechselseitig verstärken und zumindest in ihrer Gesamtheit selbst dann verfassungswidrig wären, wenn sie je für sich einer verfassungsrechtlichen Beurteilung einzeln standhalten würden. Hinzuweisen ist insofern auf die bereits seit 01.08.2007 im Freistaat Sachsen wirksame Einführung des „Sollkostenmodells“, das zwar in nachvollziehbarer Weise Unstimmigkeiten in der Berechnung der Kosten freier und öffentlicher Schulen beseitigen wollte, letztlich aber zu einer bedenklichen Auseinanderentwicklung des Kostenaufwands für beide Schulgruppen geführt hat. So bringt die seither geltende Anknüpfung an das durchschnittliche Jahresbruttogehalt der Lehrer an den entsprechenden staatlichen Schulen und die Verwaltungsvorschrift über

Lehrpläne und Stundentafeln für allgemeinbildenden Schulen im Freistaat Sachsen eine wachsende Diskrepanz, da die Schulen alle notwendigen weiteren Aufwendungen für individuelle Förderung, flankierende pädagogische bzw. unterrichtsergänzende Maßnahmen, Altersermäßigung, Abminderung für Leitungs- und Beratungsaufgaben usw. nur noch pauschal mit dem Faktor 0,06 abgegolten erhalten. Das hat schon jetzt nach Berechnungen der Schulen in evangelischer und katholischer Trägerschaft zu Finanzierungslücken zwischen 15 und 30 % führt. Dasselbe gilt für die fehlende Erfassung der geplanten oder bereits ins Werk gesetzten Verbesserung der Schulkonzepte, die gleichfalls einseitig von den Schulen in freier Trägerschaft selbst getragen werden müssen, während im öffentlichen Bereich der Staat hierfür aufkommt.

Vgl. die Zusammenstellung „Finanzierung der Schulen in evangelischer und katholischer Trägerschaft, Stand 16.8.2019 (**Anlage 10**).“

Für die Zukunft des SächsFrTrSchG lässt sich unschwer ein Szenario entwickeln, nach dem eine Schule erst nach einer Vierjahresfrist gefördert werden kann, nach deren Erreichen aber wegen der Anbindung an die Mindestschülerzahl wieder aus der Förderung heraus fällt. Hat sie die Mindestschülerzahl erreicht, dürften die linearen Kürzungen und der Wegfall des Zuschusses nach § 8 ZuschussVO, die klare Ungleichbehandlung im Vergleich zu öffentlichen Schulen der Neugründung endgültig „den Rest geben“, zumal die Schule ungeachtet von Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf schon durch Art. 102 Abs. 3 S. 3 SächsVerf i.V.m. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG gehindert ist, kostendeckende Schulgelder zu nehmen. Selbst nach Erreichen der „Vollförderung“ führt das „Sollkostenmodell“ zudem zu einer wachsenden Diskrepanz im Verhältnis zu den Schulen in öffentlicher Trägerschaft.

Zumindest in ihrer kumulativen Wirkungen laufen die mit der Normenkontrolle angegriffenen Regelungen daher auf eine Errichtungssperre für neue und eine Existenzbedrohung für bestehende Schulen in freier Trägerschaft hinaus und sind daher verfassungswidrig.

In ähnlicher Weise ergibt sich durch die Regelungen eine Art „**Kumulation der Ungleichbehandlung**“ gegenüber öffentlichen Schulen. Dabei ist davon auszugehen, dass der Staat nicht berechtigt ist, bei der Finanzierung des Schulwesens die Träger

freier Schulen schlechter zu stellen als die öffentlichen Schulen. Auch müssen die Finanzierung und deren Maßstäbe in sich konsistent sein. Werden sie an den Kosten pro Schüler ausgerichtet, so müssen die Vergleichskosten für einen „öffentlichen Schüler“ realitätsnah sein, d.h. auch die Kosten für Liegenschaften und Personalkosten einschließlich Pensionslasten miterfassen.

Einzelheiten bei *Eisinger/Warndorf/Feldt* , Schülerkosten in Deutschland, in : Hufen/Vogel, Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? [2006], S. 243 ff.

Überträgt man diese Maßstäbe auf die neue Rechtslage in Sachsen, so zeigt sich, dass zwar die Förderungsbeträge im Sinne der Schülerekostensätze nicht gesenkt wurden, aber die Gesamtfinanzierung durch die Einschränkungen für Neugründungen und die Abschaffung der Schulgelderstattung im Vergleich zur Gesamtfinanzierung öffentlicher Schulen rückläufig ist. Die Ausgaben bzw. Zuschüsse pro Schüler haben sich bereits im vergangenen Jahrzehnt besonders an Gymnasien und Mittelschulen auseinanderentwickelt, wobei nach Einführung des „Sollkostenmodells“ seit 2008 eine besondere Beschleunigung feststellbar ist.

Vgl. die Aufstellung der Arbeitsgemeinschaft der Sächsischen Schulen in freier Trägerschaft (**Anlage 11**)

Die Schulen in freier Trägerschaft werden also mit zunehmender Tendenz gleichheitswidrig benachteiligt und damit in Ihrer Existenz gefährdet.

Wegen ihrer Auswirkungen auf die Gründungsfreiheit und die institutionelle Garantie sowie der erkennbaren Ungleichbehandlung von Schulen in freier und öffentlicher Trägerschaft sind daher auch die die genannten Maßnahmen vollziehenden Normen im Gesetz über die Feststellung des Haushaltplanes des Freistaates Sachsen für die Haushaltjahre 2011 und 2012 (SächsGVBl Nr. 16/2010/S. 374ff.) Gegenstand des vorliegenden Normenkontrollantrags.

IV. Ergebnis

Insgesamt erweisen sich die mit dem Normenkontrollantrag angegriffenen Regelungen des § 15 Abs. 3 S. 2 Sächsisches Gesetz über die Schulen in Freier Trägerschaft (SächsFrTrSchG) in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 5 des Haushaltsbegleitgesetzes 2011/12 (HBG 2011/12) (SächsGVBl. 2010, S. 387, 396) geltenden Fassung, § 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG in der mit Inkrafttreten von Art. 10 Nr. 4b HBG 2011/12 geltenden Fassung, § 8 ZuschussVO i.V.m. § 11 ZuschussVO in der mit Inkrafttreten von Art. 11 HBG 2011/12 geltenden Fassung sowie die die genannten Bestimmungen umsetzenden Normen im Gesetz über die Feststellung des Haushaltplanes des Freistaates Sachsen für die Haushaltjahre 2011 und 2012 (SächsGVBl. Nr. 16/2010, S. 374 ff.) als mit der Sächsischen Verfassung nicht vereinbar.

Das gilt also für die Anpassungspflicht an die Mindestschülerzahlen öffentlicher Schulen, den Wegfall der Schulgeldzuschüsse, aber auch für die vierjährige Wartefrist und das Fehlen einer Kompensationsregelung sowie etwaige lineare Kürzungen in den Zuschüssen für Schulen in freier Trägerschaft. Auch enthält die Neuregelung mehrere Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Verfassung.

Mainz, den 27.3.2012

Prof. Dr. Friedhelm Hufen