

Prof. Dr. Winfried Kluth

Richter des Landesverfassungsgerichts a.D.

Rechtsgutachten

Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.11.2021 zum Grundrecht auf schulische Bildung auf die Privat- schulfinanzierung in Sachsen-Anhalt

Erstellt im Auftrag eines privaten Schulträgers im Land Sachsen-Anhalt.

Halle (Saale), im August 2022

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Ausgangslage und Fragestellungen	4
I. Ausgangslage.....	4
II. Fragestellungen und Gang der Untersuchung	6
Zweiter Teil: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.11.2021: Inhaltsanalyse und dogmatische Einordnung.....	8
I. Anlass und Kontext der Entscheidung	8
II. Zentrale Aussagen mit Bedeutung für die Privatschulfinanzierung.....	8
III. Auslegung im Lichte internationalrechtlicher Garantien	12
1. Einordnung.....	12
2. Die internationalrechtlichen Regelungen im Einzelnen	13
IV. Zwischenergebnis	15
Dritter Teil: Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Interpretation der Regelung der Landesverfassung zur Privatschulfinanzierung.....	17
I. Art. 28 Abs. 2 Verf LSA in der Wortlautanalyse	17
1. Entstehungsgeschichtliche Aspekte	17
2. Die Beratungen zu Art. 28 Verf LSA.....	17
3. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch.....	19
4. Ausgestaltungs- oder Beschränkungsvorbehalt in Satz 2.....	20
5. Pflicht zum Ausgleich von Beitragsausfällen wegen des Sonderungsverbots	22
6. Zweck von Elternbeiträgen und Eigenfinanzierungsanteilen der Träger.....	22
7. Zulässigkeit und Ausgestaltung einer Wartefrist	23
II. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch der Schüler:innen?..	25
1. Fehlender normtextlicher Anknüpfungspunkt.....	25
2. Leistungsrechtlicher Grundrechtsgehalt.....	25
3. Integration der Grundrechtspositionen der Schüler:innen in die Interpretation der Einrichtungsgarantie.....	27

4. Zwischenergebnis.....	27
III. Mindestanforderungen an die Transparenz der Schülerkostenberechnung	28
1. Anforderungen an die Methode(n) der Berechnung des zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Zuschusses	28
2. Vergleich zu den Aufwendungen an staatlichen Schulen.....	29
3. Notwendigkeit der Dynamisierung der Zuschüsse.....	30
4. Berücksichtigung der Gebäude- und Investitionskosten	31
Vierter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung.....	33

**Erster Teil:
Ausgangslage und Fragestellungen**

I. Ausgangslage

Die Privatschulfinanzierung in Sachsen-Anhalt ist trotz einer ungewöhnlich klaren Verfassungsrechtlage (Art. 28 Abs. 2 Verf LSA: „Anspruch auf die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“) seit Jahren Gegenstand politischer und rechtlicher Auseinandersetzungen.¹

Die Landesregierung, die zuständigen Behörden und die Gerichte neigen zu einem Verständnis, das eng an die Interpretation des deutlich unbestimmter und enger gefassten Art. 7 Abs. 4 GG durch das Bundesverfassungsgericht² entspricht und nur auf eine Existenzsicherung der Schulen in freier Trägerschaft abzielt.

In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte des Landes Sachsen-Anhalt³ wurde bislang nicht der ernsthafte Versuch einer eigenständigen Interpretation des Art. 28 Abs. 2 Verf LSA unternommen, sondern – wie auch in anderen Bundesländern – recht pauschal die Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG auf die Interpretation der Landesverfassung trotz gewichtiger Unterschiede im Normtext zu übertragen.

Das VG Magdeburg stützt sich in seiner Entscheidung darauf, dass Art. 28 Abs. 2 S. 2 Verf LSA dem Landesgesetzgeber einen Gestaltungsspielraum eröffnet und dieser sich bei der Etablierung einer Wartefrist im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG bewegt.⁴

Das OVG Magdeburg hat in einer Entscheidung vom 22.02.2012 diese Interpretation bestätigt und sich dabei ebenso auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG gestützt, die den Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 Verf LSA prägen soll.⁵

Vier Jahre später hat auch das VG Halle ähnlich argumentiert und ausgeführt, dass dem Verfassungsgeber die Rechtsprechung des

¹ Überblick bei Kluth, LKV 2017, 433 ff.

² Siehe etwa BVerfGE 75, 40 (66 f.); 90, 107 (116).

³ VG Magdeburg, Urt. v. 12.0.2007, BeckRS 2008, 40888; VG Halle, Urt. v. 20.04.2016, BeckRS 2016, 118071.

⁴ VG Magdeburg, Urt. v. 12.06.2007, BeckRS 2008, 40888.

⁵ OVG Magdeburg, Urt. v. 22.02.2012, LKV 2012, 224 ff.

Bundesverfassungsgerichts zu den Wartefristen bekannt gewesen sein dürfte und deshalb davon auszugehen sei, dass diese mit den Regelungen der Landesverfassung ebenfalls in Einklang stehe.⁶ Damit übergeht das Gericht aber den eigenständigen und deutlich weiter gehenden Regelungsgehalt der Norm.⁷

Die Argumentation der Verwaltungsgerichte ist methodisch nicht überzeugend, weil sie von vorneherein unterstellt, dass die Landesverfassung in ihrem Gewährleistungsgehalt nicht über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG hinausgeht.

Das ist schon deshalb fragwürdig, weil es in Art. 7 Abs. 4 GG an jeglichem normtextlichen Anhaltspunkt für eine Finanzierungspflicht fehlt, weshalb das Bundesverfassungsgericht diese abstrakt aus der Einrichtungsgarantie ableiten musste⁸, während in Art. 28 Abs. 2 GG Verf LSA ergänzend zur Einrichtungsgarantie in Art. 28 Abs. 1 Verf LSA die Zuschusspflicht ausdrücklich und auch hinsichtlich ihres Umfangs („erforderlich“) eindeutig geregelt wird.

Damit verlangt die Landesverfassung auch eine andere Vorgehensweise bei der Interpretation und Umsetzung der Norm. Das zeigt auch ein Blick in die Materialien zur Verfassungsberatung.

Im stenografischen Bericht über die 34. Sitzung des Landtages von Sachsen-Anhalt vom 25. Juni 1992 ist auf Seite 9 in Bezug auf Art. 28 Abs. 2 zu lesen:

„Die Förderung steht Schulen zu, die anstelle öffentlicher Schulen die Bildungsaufgabe wahrnehmen. Um es deutlich zu sagen: Wenn eine solche Schule in freier Trägerschaft geschlossen würde, müsste der Staat an dieser Stelle eine öffentliche Schule gleicher Größenordnung errichten. Für diesen Fall soll es die volle Förderung geben.“

Es geht der Landesverfassung also um deutlich mehr als eine Existenzsicherung.

⁶ VG Halle, Urt. v. 20.04.2016, BeckRS 2016, 11807, Rn. 29.

⁷ Schließlich hat das BVerwG in einer Entscheidung vom 6.11.2020 auf der Grundlage des Bundesrechts klargestellt, dass aus Art. 7 Abs. 4 GG kein Anspruch auf Nachzahlung von öffentlichen Zuschüssen bei erfolgreicher Bewältigung der Wartefrist abgeleitet werden kann. BVerwG, NVwZ-RR 2021, 207 ff.

⁸ BVerfGE 75, 40 (66 f.); 90, 107 (116).

Auszugehen ist zudem von einem verfassungsunmittelbaren Finanzierungsanspruch, dessen nähere Ausgestaltung durch den Gesetzgeber an der grundsätzlich umfassenden Gewährleistung von Zuschüssen zu messen ist.⁹ Das ist ein grundlegend anderer dogmatischer Rahmen, bei dem jede Abweichung von dem Leistungsniveau im staatlichen Bereich einer Rechtfertigung bedarf und nicht umgekehrt. Dem wird die Argumentation der Rechtsprechung nicht gerecht.

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.11.2021 zu den Auswirkungen der Bundesnotbremse auf das Recht auf schulische Bildung¹⁰ wurde nicht nur der Schutzgehalt dieses Grundrechts auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene genauer herausgearbeitet, sondern zugleich betont, dass der Anspruch auf Zugang zu schulischer Bildung für alle Kinder in gleicher Weise zu gewährleisten ist und eine Rechtfertigung von „Kürzungen“ der finanziellen Absicherung schulischer Bildungsangebote hohen Rechtfertigungsanforderungen unterliegt. Diese Entscheidung ist damit ein Anlass und Anstoß, die Restriktionen im System der Privatschulfinanzierung im Land Sachsen-Anhalt erneut¹¹ einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

II. Fragestellungen und Gang der Untersuchung

Konkret soll es in der nachstehenden Untersuchung vor allem darum gehen zu klären, welche Auswirkungen die gestärkte Grundrechtsposition der Kinder in Bezug auf ihr Recht auf schulische Bildung auf die Finanzierungspflichten der Länder im allgemeinen und des Landes Sachsen-Anhalt im konkreten gegenüber Ersatzschulen in freier Trägerschaft hat.

Zu diesem Zweck wird zunächst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einer detaillierten Exegese unterzogen, in der auch auf die internationalrechtlichen Vorgaben des Rechts auf Bildung eingegangen wird, die in der Entscheidung ebenfalls herangezogen wurden (Zweiter Teil).

Die so gewonnenen Erkenntnisse zum Grundrecht auf schulische Bildung anschließend Schritt für Schritt in der Interpretation der Landesverfassung integriert und zwar sowohl in die landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Grundrechts auf schulische Bildung in Art. 11 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 1

⁹ Zu Einzelheiten *Kluth*, LKV 2017, 433 (438 f.).

¹⁰ BVerfG, NJW 2022, 167 ff.

¹¹ Siehe bereits *Kluth*, LKV 2017, 433 ff.

Verf LSA als auch hinsichtlich des Anspruchs privater Schulträger auf öffentliche Zuschüsse nach Art. 28 Abs. 2 Verf LSA.

Daran schließen sich Untersuchungen zu der Frage an, in welchem Verfahren Kostentransparenz hergestellt werden kann, damit die Gleichwertigkeit der Finanzierung staatlicher Schulen und der Schulen in freier Trägerschaft effektiv gewährleistet werden kann.

Zweiter Teil:
Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.11.2021:
Inhaltsanalyse und dogmatische Einordnung

I. Anlass und Kontext der Entscheidung

Das staatliche Schulwesen und seine Bedeutung für die kindliche Bildung ist durch die Schulschließungen in der Pandemie aus einem neuen Blickwinkel Gegenstand verfassungsrechtlicher Aufmerksamkeit geworden. Die Schulschließungen betreffenden Regelungen der sog. Bundesnotbremse in § 28b Abs. 3 IfSG haben zu einer Mehrzahl von Verfassungsbeschwerden geführt. Diesen Verfahren hat das Bundesverfassungsgericht eine große Aufmerksamkeit geschenkt und nicht nur eine große Zahl von Stellungnahmen von Sachverständigen eingeholt, sondern sie auch zum Anlass genommen, das grundlegende kindliche Recht auf Bildung umfassend abzuleiten und zu konturieren.¹²

Herausgekommen ist die erste Grundsatzentscheidung zum Recht auf schulische Bildung nach dem Grundgesetz, durch die die verschiedenen Facetten dieses ungeschriebenen Grundrechts im Zusammenhang mit dem staatlichen Schulwesen bzw. Bildungs- und Erziehungsauftrag systematisch entfaltet werden.

II. Zentrale Aussagen mit Bedeutung für die Privatschulfinanzierung

Die Aussagen in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurden in einem Zusammenhang entwickelt, bei dem es um eine staatliche Beschränkung des Zugangs zum Präsenzunterricht ging. Dabei stand der abwehrrechtliche Charakter des Rechts auf schulische Bildung im Vordergrund der Aufmerksamkeit. Sie lassen sich in ihrer Substanz aber auch in anderen Kontexten verwenden, zumal das Bundesverfassungsgerichts in seiner Argumentation durchaus auch auf andere Fallkonstellationen eingeht, wie die nachfolgende Zusammenstellung zentraler Passagen der Argumentation zeigen.

Unter Rn. 48 führt das Bundesverfassungsgericht zum grundlegenden Gehalt des Grundrechts zunächst aus:

„Das Grundgesetz sichert nicht nur die elterliche Pflege und Erziehung der Kinder gemäß Art. 6 Abs. 2 GG, sondern gewährleistet darüber

¹² BVerfG, NJW 2022, 167 ff.

hinaus eine staatliche Schulbildung als weitere Grundbedingung für die chancengerechte Entwicklung der Kinder zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit. Nach Art. 7 Abs. 1 GG kommt dem Staat die Aufgabe zu, ein Schulsystem zu schaffen, das allen Kindern und Jugendlichen gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten eröffnet, um so ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft umfassend zu fördern und zu unterstützen (vgl. BVerfGE 34, 165 <182, 188 f.>; 47, 46 <72>; 93, 1 <20>). Diese dem Staat zugewiesene Aufgabe ist auf das gleiche Ziel gerichtet wie das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat auf Unterstützung ihrer Persönlichkeitsentwicklung. Der Staat kommt also, wenn er gemäß dem Auftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG die Schulbildung gewährleistet, zugleich seiner ihm nach Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den Kindern und Jugendlichen obliegenden Pflicht nach, sie bei ihrer Persönlichkeitsentwicklung zu unterstützen und zu fördern. Das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht der Kinder und Jugendlichen ist folglich das subjektiv-rechtliche „Gegenstück“ (vgl. Langenfeld, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 23 Rn. 10) zur objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates aus Art. 7 Abs. 1 GG, schulische Bildungsmöglichkeiten zu eröffnen, die deren Persönlichkeitsentwicklung dienen (zu landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen vgl. Art. 11 BWVerf, Art. 128 Abs. 1 BayVerf, Art. 20 Abs. 1 BlnVerf, Art. 29 BbgVerf, Art. 27 BremVerf, Art. 59 HessVerf, Art. 8 und Art. 15 MVVerf, Art. 4 Abs. 1 NdsVerf, Art. 8 NWVerf, Art. 24a Abs. 1 SVerf, Art. 102 Abs. 1 SächsVerf, Art. 25 Abs. 1 LSAVerf, Art. 20 Satz 1 ThürVerf).“

In der Landesverfassung von Sachsen-Anhalt findet sich dieses subjektiv-rechtliche Gegenstück ausformuliert einmal in Art. 11 Abs. 3 („Jedes Kind hat nach Maßgabe des Gesetzes einen Anspruch auf Erziehung, Bildung, Betreuung und Versorgung in einer Tageseinrichtung“) und sodann in Art. 25 Abs. 1 („Jeder junge Mensch hat ohne Rücksicht auf seine Herkunft und wirtschaftliche Lage das Recht auf eine seine Begabung und seine Fähigkeiten fördernde Erziehung und Ausbildung“), der zwar im Abschnitt über die Einrichtungsgarantien verortet ist, aber im Sinne der Terminologie des Verfassungsausschusses einen „Grundrechtssplitter“¹³ normiert und damit auch eine subjektiv-rechtliche Gewährleistung begründet.

¹³ LVerfG LSA, LKV 2002, 131 (134): „Allerdings können die Einrichtungsgarantien trotz Art. 3 Abs. 2 SachsAnhVerf. nach den Materialien zur Landesverfassung durchaus vom Ausschuss so bezeichnete „Grundrechtssplitter“ enthalten (vgl. Berater des Verfassungsausschusses Schneider, VerfMat II 899 [Sitzung v. 23. 2. 1992], gerade zur Ambivalenz des Schutzes von Ehe und Familie; vgl. ferner: Vorsitzender, Abg. Höppner [SPD], VerfMat II, S. 956 [Sitzung v. 24. 4. 1992]), zumal auch nach Auffassung des Verfassungsausschusses keine klare Abgrenzung zwischen Grundrechten und Einrichtungsgarantien möglich ist (Berichterstatter des Verfassungsausschusses, Abg. Höppner, in der Ersten Beratung v. 9. 4. 1992 [LT-StenBer 1/31, S. 2620, r.Sp.]). Dem steht nicht entgegen, dass sich der Verfassungsgeber bei den Regelungen über die Familie bewusst für eine Trennung in das „Eltern(grund)recht“ und die

Die Schulpflicht nach Art. 25 Abs. 2 Verf. dient dabei als „Erfüllungsinstrument“, da sie dafür sorgt, dass alle jungen Menschen über einen ausreichend langen Zeitraum entsprechend gefördert werden.

Bei der Interpretation des Art. 25 Abs. 1 Verf. LSA ist zu beachten, dass gem. Art. 142 GG sowie Art. 100 Abs. 3 GG die nun durch das Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Gewährleistungsgehalte des Grundrechts auf schulische Bildung als Mindestgewährleistungsgehalte der Landesgrundrechte zu berücksichtigen sind.¹⁴

Die sachliche Bedeutung des Grundrechts für die Grundrechtsträger:innen wird in Rn. 59 f. der Entscheidungsgründe genauer erläutert:

„Die Schulbildung ist neben der elterlichen Pflege und Fürsorge eine Grundbedingung dafür, dass sich Kinder und Jugendliche zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft entwickeln können. Auch hat der Staat – ungeachtet des Rechts zur Errichtung privater Schulen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG – eine zentrale Stellung für die Vermittlung schulischer Bildung, die weit überwiegend in staatlichen Schulen erfolgt (vgl. BVerfGE 96, 288 <304>). Der Zugang der Kinder und Jugendlichen zu den verschiedenen, an staatlichen Schulen angebotenen Bildungsgängen ist also Voraussetzung dafür, dass diese sich im Interesse ihrer Persönlichkeitsentwicklung nach eigenen Vorstellungen schulisch bilden können. Daher folgt aus dem Recht auf schulische Bildung in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ein **Recht auf gleiche Teilhabe an den staatlichen Bildungsleistungen** (vgl. BVerfGE 33, 303 <332 ff.>; 134, 1 <13 Rn. 36> und 147, 253 <305 f. Rn. 103 f.> zum gleichen Zugang zum staatlichen Studienangebot).

Dieses Recht auf gleichen Zugang zu schulischer Bildung ist derivativer Natur. Denn es besteht nur nach Maßgabe der vom Staat im Rahmen seiner bildungspolitischen Gestaltungsfreiheit zur Verfügung gestellten Bildungsgänge und Schulstrukturen sowie der Voraussetzungen, die er für den Zugang zur Schule, den Übergang von einem Bildungsweg zum anderen und die Versetzung innerhalb des Bildungsganges festgelegt hat (vgl. BVerfGE 34, 165 <182>). Das Recht auf schulische Bildung in seiner teilhaberechtlichen Funktion ist verletzt, wenn diese

Einrichtungsgarantie „Familie“ entschieden hat (vgl. insoweit: Ausschuss-Berater Starck, VerfMat I, S. 526 [Sitzung v. 17. 6. 1991]; Ausschuss-Berater Schneider, VerfMat II 901f. [Sitzung v. 23. 2. 1992]; ders., VerfMat II, S. 977 [Sitzung v. 24. 4. 1992]; Nitsche, CDU-Fraktionsmitarbeiter, VerfMat II 899 [Sitzung v. 23. 2. 1992]; Franke, PDS-Fraktionsmitarbeiter; Berlit, SPD-Fraktionsmitarbeiter, VerfMat II 900 [Sitzung v. 23. 2. 1992]; vgl. aber auch die Tendenz, „Ehe und Familie“ als Grundrecht zu definieren, bei: v. Bose [Landesregierung], VerfMat II 855 [Sitzung v. 24. 9. 1991]; ders., VerfMat II 898 [Sitzung v. 23. 2. 1992]; Abg. Geisthardt [CDU], VerfMat II 901 [Sitzung v. 23. 2. 1992] vgl. auch zur Doppelnatur: Ausschuss-Berater Schneider, VerfMat II 898f. [Sitzung v. 23. 2. 1992]).“

¹⁴ Kluth, NdsVBl. 2010, 130 ff.

Zugangsvoraussetzungen willkürlich oder diskriminierend ausgestaltet oder angewendet werden (vgl. zum gleichen Zugang im Fall begrenzter Kapazitäten etwa Sächsisches OVG, Beschluss vom 11. November 2016 - 2 B 205/16 -). Die leistungsbedingte Versagung eines Bildungsganges oder eine Nichtversetzung in die nächste Klassenstufe kann darüber hinaus bei Geltung der Schulpflicht in das allgemeine Entfaltungsrecht der Schüler (Art. 2 Abs. 1 GG) oder bei einem Ausbildungsbezug des Unterrichts in das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) eingreifen (vgl. BVerfGE 58, 257 <272 ff.>).“

Hier wird neben einzelnen inhaltlichen Aspekten des Grundrechts vor allem der egalitäre Aspekt hervorgehoben, dem nicht nur innerhalb des staatlichen Schulangebotes, sondern auch in Bezug auf das Nebeneinander von staatlichen Schulen und Ersatzschulen eine erhebliche Bedeutung zukommt.

Insoweit ist es konsequent, wenn klargestellt wird, dass das Grundrecht auch für den Bereich der Privatschulen gilt:

„d) Auch Schülerinnen und Schüler an Privatschulen können sich auf ein nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG geschütztes Recht auf schulische Bildung berufen. Eine – an Privatschulen durch den nichtstaatlichen Träger weitgehend eigenverantwortlich gestaltete (vgl. BVerfGE 27, 195 <200 f.>; 88, 40 <46 f.>) – Schulbildung ist für sie ebenso Grundbedingung für ihre Persönlichkeitsentwicklung wie dies bei Schülern an staatlichen Schulen der Fall ist. Relevant wird das Recht auf schulische Bildung insoweit aber vor allem in seiner abwehrrechtlichen Funktion. Schüler an Privatschulen können sich somit gegen staatliche Maßnahmen wenden, welche die vom privaten Schulträger eigenverantwortlich ausgestalteten und vertraglich vereinbarten Möglichkeiten schulischer Bildung einschränken.“

Obwohl Finanzierungsfragen nicht im Vordergrund der Auseinandersetzung in den Verfahren zur Bundesnotbremse standen, findet sich unter Rn. 56 auch eine klare und inhaltlich bedeutsame Aussage zu dieser Thematik, die für die weiteren Überlegungen von großer Bedeutung ist. Es wird dort ausgeführt:

„Der Staat kann sich darüber hinaus auch hinsichtlich des Rechts auf schulische Bildung auf einen Vorbehalt des Möglichen berufen. Das gilt nicht nur für den Fall, dass die gewünschten staatlichen Bildungsleistungen wegen aktuell unüberwindlicher personeller, sächlicher oder organisatorischer Zwänge tatsächlich nicht erbracht werden können, sondern auch hinsichtlich der Entscheidung, ob und inwieweit hierfür die nur begrenzt zur Verfügung stehenden öffentlichen Mittel verwendet werden sollen. Denn in erster Linie hat der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu entscheiden, in welchem Umfang die vorhandenen Mittel unter Berücksichtigung anderer gleichrangiger Staatsaufgaben für Zwecke der Schulbildung eingesetzt werden sollen (vgl. BVerfGE 96, 288 <305 f.> m.w.N.). **Das überragende Gewicht, das dem Recht auf chancengleiche schulische Bildung als einer neben der**

elterlichen Pflege und Erziehung stehenden Grundbedingung für die Entwicklung der Kinder und Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der Gemeinschaft zukommt, wie auch das besonders bedeutsame Gemeinwohlinteresse, durch Schulbildung zu einer gelingenden Integration der jungen Menschen in Staat und Gesellschaft beizutragen, muss allerdings im Rahmen dieser Entscheidung zum Tragen kommen.“

Diese Passage macht deutlich, dass eine Berufung auf den Vorbehalt des Möglichen nicht im Sinne einer politischen Floskel möglich ist, sondern eher im Sinne einer genau dazulegenden ultima ratio zu verstehen ist, die eine ausführliche Darlegung verlangt, dass es keine andere anderen Politikfelder gibt, in denen entsprechende Einsparungen vorgenommen werden können. Es ist mithin von einer hohen Begründungslast auszugehen.

Abgesehen von dieser Akzentuierung ist aber vor allem zu beachten, dass sich diese Aussage auf die Finanzierung des Schulwesens **insgesamt** bezieht und nicht nur auf einen Bereich. Das Recht auf chancengleiche schulische Bildung bezieht sich auf alle Schüler:innen und ist damit unabhängig vom Schulträger zu gewährleisten. Das bedeutet zugleich, dass eine Berufung auf den Vorbehalt des Möglichen nicht vorrangig oder ausschließlich gegenüber Schulen in privater Trägerschaft erfolgen darf.

Im Ergebnis wird durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Bedeutung des Grundrechts auf schulische Bildung wieder stärker in das Bewusstsein gehoben und dabei vor allem verdeutlicht, dass der gleiche Zugang zur Bildung von zentraler Bedeutung ist und eine Absendung der Finanzierungsstandards nur auf der Basis einer gründlichen Rechtfertigung und Abwägung zulässig ist. Der von den Verwaltungsgerichten beschworene große Gestaltungsspielraum besteht insoweit nicht.

III. Auslegung im Lichte internationalrechtlicher Garantien

1. Einordnung

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner Entscheidung auch auf die internationalrechtlichen Garantien des Rechts auf schulische Bildung gestützt und diese zur Interpretation des Grundgesetzes herangezogen, wie es der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ entspricht.

¹⁵ BVerfGE 152, 152 (177 ff.).

2. Die internationalrechtlichen Regelungen im Einzelnen

Das Bundesverfassungsgericht zieht als zentrale Norm für die völkerrechtliche Geltung des Rechts auf Bildung Art. 13 des von Deutschland ratifizierten Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte heran.¹⁶

Nach Art. 13 II Buchst. a und b IPwskR ist insbesondere der Zugang zur Schule zu gewährleisten.¹⁷

Gemäß Art. 28 der VN-Kinderrechtskonvention¹⁸ erkennen die Vertragsstaaten das Recht des Kindes auf Bildung auf der Grundlage der Chancengleichheit an. Dazu führt das Bundesverfassungsgericht unter Rn. 68 aus:

„Nach Art. 28 I Buchst. a und b VN-Kinderrechtskonvention sind die Vertragsstaaten verpflichtet, den Besuch der **Grundschulen** unentgeltlich zu machen sowie die Entwicklung verschiedener Formen der weiterführenden Schulen allgemeinbildender und berufsbildender Art zu fördern, sie allen Kindern verfügbar und zugänglich zu machen und geeignete Maßnahmen wie die Einführung der Unentgeltlichkeit und die Bereitstellung finanzieller Unterstützung bei Bedürftigkeit zu treffen.“

In der Kommentarliteratur wird klargestellt, dass sich die Unentgeltlichkeit auf sämtliche Aspekte bezieht, also auch die Lernmaterialien einbezieht.¹⁹ Die Unentgeltlichkeit ist in der Konvention zwar als eine Bemühenspflicht ausgestaltet²⁰; wenn das Ziel aber einmal erreicht wurde, muss es unterschiedslos für alle Schulträger im Bereich der gesetzlichen Schulpflicht gelten.

Adressat der Pflicht aus Art. 28 KRK ist in erster Linie der Staat (Bund und Länder), der in Deutschland flächendeckend ein Angebot für einen schulgeldfreien Schulbesuch organisiert hat, der über die Grundschulen hinausgeht.²¹ Das verfassungsrechtlich garantierte Privatschulwesen wird nur im Rahmen des Sonderungsförderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich

¹⁶ IPwskR, BGBl. 1973 II 1569.

¹⁷ Zu den einzelnen Dimensionen der Gewährleistung: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13: The right to education, 8.12.1999, E/C.12/1999/10, § 6.

¹⁸ BGBl. 1992 II 121.

¹⁹ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 28/29, Rn. 6; *Füssel*, in: Richter/Krappmann/Wappler (Hrsg.), Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, 2020, Kapitel 6, S. 230.

²⁰ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 28/29, Rn. 6: „anzustreben“.

²¹ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 28/29, Rn. 29.

verpflichtet, einen schulgeldfreien Privatschulbesuch zu ermöglichen.²² Das wirkt sich aber nicht limitierend auf die Zuschusspflicht nach der Landesverfassung aus. Vielmehr verstärkt die Bindung der Länder an die Kinderrechtskonvention als einfaches Bundesgesetz die Auslegung des Art. 28 Abs. 2 Verf LSA dahingehend, auch um Privatschulbereich einen möglichst schulgeldfreien Schulbesuch durch die Zahlung der „erforderlichen Zuschüsse“ zu ermöglichen.

Für den aus Art. 7 Abs. 5 Grundgesetz vorgesehenen Sonderfall der Grundschulen (Volksschulen) wird vom Bundesgesetzgeber selbst bei der Übernahme des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention) als einfaches -die Bundesländer rechtlich bindendes- Bundesgesetz davon ausgegangen, dass an Grundschulen, unabhängig von deren Trägerschaft, eine Schulgeldfreiheit in der Bundesrepublik besteht.²³

Im europäischen Menschenrechtssystem darf nach Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZP I EMRK) niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden.²⁴

Schließlich ist das gleiche Recht auf Zugang zu Bildung auch in Art. 22 I des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge²⁵ gesichert.

Im Vordergrund aller dieser Gewährleistungen steht der inklusive und egalitäre Akzent durch den vor allem die Bedeutung des Menschenrechts auf Bildung für die chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit abgesichert werden soll. Das ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb wichtig, weil damit wie bereits in der kommentierten Aussage des Bundesverfassungsgerichts das Finanzierungs- und Ausstattungsniveau der staatlichen Schulen als Maßstab auch für die Privatschulfinanzierung im Bereich der Ersatzschulen als verbindliche Vorgaben etabliert wird.

²² *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 ff.

²³ Vgl. BT-Drs. 12/42, Begründung zu Art. 28 Buchstabe a).

²⁴ Grundlegend dazu EGMR v. 23.7.1968 – 1474/62 – Belgischer Sprachenfall.

²⁵ BGBl. 1953 II 559.

IV. Zwischenergebnis

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde das auf der Ebene des Landesverfassungsrechts u.a. in Sachsen-Anhalt bereits ausdrücklich gewährleistete Recht auf schulische Bildung auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene ausdrücklich anerkannt und inhaltlich konkretisiert. Es wurde zudem in die von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen internationalrechtlichen Gewährleistungen des Rechts auf schulische Bildung „eingeorordnet“. Insoweit kommt es zu einer Bestätigung der bestehenden landesverfassungsrechtlichen Rechtslage.

Einen darüberhinausgehenden Impuls vermittelt die Entscheidung jedoch in zwei Punkten.

Erstens wird verdeutlicht, dass wegen des hohen Ranges des Grundrechts auf chancengleiche schulische Bildung eine Berufung auf Finanzierungsschwierigkeiten nicht ohne weiteres möglich ist, sondern einer umfassend abwägenden Begründung bedarf, die der großen Bedeutung der schulischen Bildung für die Entwicklung der Persönlichkeit der schulpflichtigen Kinder angemessen ist.

Zweitens lässt sich daraus ableiten, dass die Berufung auf einen (finanziellen) Vorbehalt des Möglichen nicht einseitig zu Lasten der Schulen in privater Trägerschaft möglich ist.

Für eine Gleichbehandlung spricht zudem, dass der Gesetzgeber eine Genehmigung für eine Ersatzschule gem. § 16 Abs. 3 SchulG LSA auch nur erteilt, wenn deren Angebot dem der staatlichen Schulen gleichwertig ist:

Auch daraus ist abzuleiten, dass sich die Finanzierungsbasis anhand der wesentlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Schulgestaltung einer Ersatzschule (Lehrziele, Einrichtungen und Personal) mit dem Vergleichsmaßstab aus dem öffentlichen Schulwesen ergibt. Dies ist der „Mindeststandard“, welchen die Ersatzschule nicht nur genehmigungsrelevant, sondern auch im laufenden Betrieb zu erfüllen hat. Dieser grundlegende Schulbetrieb verursacht sowohl im öffentlichen als auch im privaten Schulwesen vergleichbare Kosten, denn im Personalkostenbereich treffen Grundgesetz und Landesverfassung bereits Regelungen in der Form, dass „die Genehmigung ... zu versagen (ist), wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.“, die faktisch äquivalente Personalkosten im

Ersatzschulwesen zur Folge haben.²⁶ Im Bereich der Sachkosten bewegen sich alle Schulträger innerhalb einer vergleichbaren Marktsituation.

²⁶ Wobei zu beachten ist, dass bei den Privatschulen auch die Zahlungen an die Rentenversicherung als laufende Kosten anfallen, was in dieser Form im staatlichen Bereich jedenfalls bei verbeamteten Lehrer:innen nicht der Fall ist.

Dritter Teil:
Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Interpretation der Regelung der Landesverfassung zur Privatschulfinanzierung

I. Art. 28 Abs. 2 Verf LSA in der Wortlautanalyse

1. Entstehungsgeschichtliche Aspekte

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

Das Land Sachsen-Anhalt gehört mit Thüringen zu den beiden neuen Bundesländern, in denen die Thematik der Privatschulen eine größere Aufmerksamkeit in den Verfassungsberatungen fand. Als Folge davon findet sich in beiden Landesverfassungen ein ausdrücklicher Anspruch der Ersatzschulen auf öffentliche Zuschüsse. Dabei geht im Vergleich die in Art. 28 Abs. 2 Verf LSA getroffene Regelung vom Wortlaut her weiter als die Regelung in Thüringen. Während es in Art. 26 Abs. 2 S. 2 Thür Verf heißt: „Genehmigte Ersatzschulen haben Anspruch auf öffentliche Zuschüsse“ lautet Art. 28 Abs. 2 Verf LSA „Soweit diese Schulen Ersatz für öffentliche Schulen sind, haben sie Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse.“

2. Die Beratungen zu Art. 28 Verf LSA

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

bis 33 umfasst) auch eine explizite Aussage zu den öffentlichen Zuschüssen aufgenommen werden soll.²⁷

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

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

Im Laufe der weiteren Beratungen wurde die Norm leicht angepasst und die folgende Formulierung entwickelt:

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

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

Das Verständnis dieser Regelung ist jedoch, ähnlich wie die wortgleiche Regelung in der Thüringer Verfassung, umstritten. Bereits während der Beratung der Verfassung wurde die Ansicht geäußert, es handle sich um einen Gesetzesvorbehalt, der vor allem dazu diene, die Reichweite der staatlichen Förderung zu begrenzen.²⁸

Dagegen stehen der Wortlaut und die Ansicht der Literatur²⁹ sowie des Thüringer Verfassungsgerichtshofs³⁰, wonach es sich um einen Parlaments-

²⁷ Protokolle zur Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, Bd. I, 2007, S. 630. Siehe dazu und zum Folgenden auch *Langer*, NJ 2009, 187 (190 ff.).

²⁸ Siehe dazu auch *Langer*, NJ 2009, 187 (191).

²⁹ *Langer*, NJ 2009, 187 (190).

³⁰ Thür. VerfG, VerfGH 11/13, abrufbar unter: [http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/\\$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement)

vorbehalt in Gestalt eines Ausgestaltungsvorbehalts handelt, der nicht in erste Linie dazu dient, Beschränkungen des Leistungsumfangs vorzunehmen.

Problematisch, hier aber unerheblich, ist zudem die tatbestandliche Begrenzung des Anspruchs auf Zuschüsse auf solche Privatschulen, die ein „Ersatz für staatliche Schulen sind“, weil damit der vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 7 Abs. 4 GG herausgearbeitete Standard, wonach es nicht auf einen konkreten Entlastungseffekt ankommt³¹, unterschritten würde.

3. *Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch*

Umstritten ist weiterhin, ob sich unmittelbar aus der Verfassung ein Förder- und Finanzierungsanspruch ergibt oder ob dieser lediglich durch die gesetzliche Regelung begründet wird.³²

Wortlaut und Zweck des Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA sprechen eindeutig dafür, von einem bereits durch die Verfassung begründeten Anspruch der einzelnen Ersatzschule auszugehen, der durch das Gesetz lediglich in Bezug auf die Höhe näher ausgestaltet werden kann.

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

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

Ausweislich der Legaldefinition in Art. 3 Abs. 2 Verf LSA verpflichten die Einrichtungsgarantien das Land, die von der Verfassung normierten Einrichtungen „zu schützen sowie deren **Bestand und Entwicklung zu gewährleisten**“. Werden in den eine Einrichtung betreffenden Normen konkrete Vorgaben für

³¹ So die später aufgegebene Argumentation von BVerwGE 23, 347 ff. Dem folgend *Reich*, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 28, Rn. 5.

³² In Bezug auf Art. 7 Abs. 4 GG geht das Bundesverfassungsgericht zwar von einer finanziellen Förderpflicht, nicht aber von einem verfassungsunmittelbaren Anspruch aus; vgl. BVerfGE 112, 74 (84).

deren Bestands- und Entwicklungsschutz normiert, so verdichten sich diese zunächst objektivrechtlich zu Handlungspflichten, die bei entsprechender tatbestandlicher Ausgestaltung auch subjektive Rechte begründen können. Da die Rechtsfigur des Anspruchs die klassische Rechtsfigur eines subjektiven Rechts verkörpert, ist eine stimmige Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur möglich, wenn man von einem verfassungsunmittelbar begründeten Anspruch auf Zuschüsse ausgeht, der neben der Bestandssicherung auch eine Entwicklungsgarantie umfasst (dazu später).

Das Ergebnis entspricht auch der Interpretation der vergleichbaren Regelung in Art. 26 Abs. 2 Thür Verf durch den Thüringer Verfassungsgerichtshof.³³

„Die durch Art. 26 Abs. 1 ThürVerf gewährleistete Gründungsfreiheit wird - so- weit es die privaten Ersatzschulen betrifft - sowohl in ihrer subjektiv- rechtlichen Dimension als Freiheitsrecht als auch in ihrer Funktion als institutionelle Gewährleistung flankiert und verstärkt durch Art. 26 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf. Diese Verfassungsbestimmung enthält einen ausdrücklichen Anspruch der genehmigten Ersatzschulen auf Bezuschussung, der insoweit im Wortlaut über die institutionelle Schutzpflicht in Art. 7 Abs. 4 GG hinausreicht und der im Schulwesen des Freistaats Thüringen die durch Existenz und Fortbestand freier Schulen zu erreichende Vielfalt sicherstellt. Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift auch im Vergleich mit den Bestimmungen des Grundgesetzes und anderer Landesverfassungen (a) sowie aus dem systematischen Zusammenhang in der ThürVerf (b). Der seine Höhe mitbestimmende Zweck des Zuschusses ergibt sich aus einer Zusammenschau der grundgesetzlichen und landesverfassungsrechtlichen Regelung (c). Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützt diese Interpretation (d).“

4. *Ausgestaltungs- oder Beschränkungsvorbehalt in Satz 2*

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

Von einem Verständnis der Regelung als Beschränkungsvorbehalt bzw. allgemeinem Gesetzesvorbehalt wurde teilweise bei den Verfassungsberatungen ausgegangen. Der Entstehungsgeschichte bzw. einzelnen Äußerungen im

³³ Thür. VerfG, VerfGH 11/13, S. 30 des Urteilsumdrucks, abrufbar unter: [http://www.thverfgh.thuerin-gen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/\\$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thuerin-gen.de/webthfj/webthfj.nsf/2F0E537BBE6AFD1AC1257CDF00377A02/$File/Urteil_VerfGH%2011_13%20mit%20Sondervoten.pdf?OpenElement)

Laufe der Beratungen kommt indes nach herkömmlicher Auffassung keine starke Bindungswirkung zu. Dies gilt vor allem dann, wenn Wortlaut, Systematik und Zweck der Norm ein anderes Verständnis nahelegen, wie es vorliegend der Fall ist.

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

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

Dass es dabei nicht in jeder Hinsicht um eine Maximalförderung gehen kann und dass die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes die Reichweite der finanziellen Förderung begrenzen kann, folgt aus dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmen, dass das Land bei seinen Tätigkeiten insgesamt den Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit wahren muss.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zur Bereitstellung von Studienplätzen, die landesverfassungsrechtlich ebenfalls durch eine Einrichtungsgarantie abgedeckt ist (Art. 31 Verf LSA), diesen Zusammenhang auf die Formel vom Vorbehalt des Möglichen kondensiert.³⁵

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

Weitergehend als die Verfassung von Thüringen benennt Art. 28 Abs. 2 Verf LSA mit der Bezugnahme auf die „zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“ sogar einen konkreteren Maßstab in Bezug auf die Höhe der Zuschüsse.

³⁴ Das folgt u.a. aus dem Haushaltsrecht (Art. 93 i.V.m. Art. 99 Abs. 2 Verf LSA) und der auch für die Länder maßgeblichen Schuldenbremse des Art. 115 GG.

³⁵ BVerfGE 43, 291 325 f.

An dieser Stelle greifen auch die zusätzlichen interpretativen Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein.

Dies betrifft zunächst die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen in der Finanzierung staatlicher und privater Schulen, die es aus einer grundrechtlichen Perspektive nicht geben darf.

Allerdings setzt dies zunächst eine hinreichende Transparenz hinsichtlich der Höhe der finanziellen Zuwendungen für die staatlichen Schulen voraus, an der es bislang noch fehlt.

5. *Pflicht zum Ausgleich von Beitragsausfällen wegen des Sonderungsverbots*

Ähnlich wie Art. 102 sächs Verf begründet auch Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA eine Pflicht, Ausfälle bei den Elternbeiträgen zu kompensieren, soweit dies zur Beachtung des Sonderungsverbotest notwendig ist.³⁶

Das Sonderungs(förderungs)verbot ist Ausdruck des Sozialstaatsprinzips, dessen Umsetzung und Finanzierung Sache des Steuerstaats und nicht des einzelnen Schulträgers bzw. der vermögenden Eltern ist. Solange deshalb der Landesgesetzgeber einen Teil der Finanzierungslast den Schulterträgern zuweist, kann er auf diesem Wege diese nicht zugleich zur Finanzierung eines sozialen Ausgleichs heranziehen. Dies würde im Vergleich zu staatlichen Schulen zu einer Ungleichbehandlung führen, da die Eltern dort nicht zu entsprechenden Lasten herangezogen werden.³⁷

6. *Zweck von Elternbeiträgen und Eigenfinanzierungsanteilen der Träger*

Auch bei einem Verständnis, das darauf beruht, dass Privatschulen gegenüber dem Land einen Anspruch eine gleiche finanzielle Förderung haben wie die staatlichen Schulen, verlieren Elternbeiträge und Eigenfinanzierungsanteile der Schulträger nicht ihren Sinn, da sie dazu dienen, das besondere pädagogische und fachliche Profil der Schulen zu finanzieren, das ein wesentlicher Grund für die verfassungsrechtliche Garantie der Privatschulfreiheit darstellt. So ist bei privaten Schulträgern das Schulangebot teilweise in Bezug auf die

³⁶ Kluth, LKV 2017, 433 (437).

³⁷ Insoweit besteht auch ein Unterschied zu sozial gestaffelten Kita-Beiträgen, auf die sich BVerfGE 97, 332 ff. bezieht.

Schulstunden und die Fächer umfangreicher ausgestaltet als bei den staatlichen Schulen.

Umgekehrt folgt daraus, dass Einschnitte bei den staatlichen Zuschüssen sich zunächst in diesem profilbildenden Bereich auswirken und die ratio der Privatschulfreiheit in Frage stellen.

7. *Zulässigkeit und Ausgestaltung einer Wartefrist*

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

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 4 GG, dessen Wortlaut sich nicht zu Förderpflichten verhält, die gesetzliche Regelung einer Wartefrist unter bestimmten Voraussetzungen als im Ermessen des Landesgesetzgeber stehend zugelassen bzw. hingenommen.³⁸ Diese Rechtsprechung gibt aber nur einen allgemeinen bundesverfassungsrechtlichen Rahmen vor, der mit Blick auf das Landesverfassungsrecht zu konkretisieren ist.

Eine entsprechende Verkürzung der staatlichen Förderung findet keinen Ausdruck im Wortlaut der Vorschrift. Das hat u.a. zur Folge, dass im Vergleich zu Art. 7 Abs. 4 GG ein erhöhter Rechtfertigungsbedarf besteht.

Zweck einer Wartefrist ist es, die Leistungsfähigkeit eines neuen Schulträgers sicherzustellen und eine „Fehlinvestition“ von Steuergeldern zu vermeiden.³⁹ Es ist in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte allgemein anerkannt, dass der Staat damit ein legitimes Interesse verfolgt, das vor allem dem Schutz von Schülern und Familien dient, die das Angebot privater Schulen nutzen.

Allerdings ist bereits diese Argumentation nur schlüssig, wenn sie sich auf die Förderung von Bau- und Einrichtungsmaßnahmen bezieht und nicht auf Personal- und Sachkosten für einen laufenden Schulbetrieb. Sobald mit den staatlichen Geldern Unterricht erteilt und das staatliche Schulwesen insoweit

³⁸ BVerfGE 90, 107 (117 ff.).

³⁹ BVerfGE 90, 107 (118).

entlastet wird, kann nicht von einer Fehlinvestition gesprochen werden, selbst dann nicht, wenn die Schulgründung nur von begrenzter Dauer war bzw. ist.

Angesichts des normativen Befundes, dass die Verfassung von Sachsen-Anhalt einen *sachlich und zeitlich unbedingten Förderanspruch* begründet, stellt die gesetzliche Einführung einer Wartefrist eine beschränkende Regelung dar, die einer Prüfung mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unterliegt. Denn die Einbettung eines subjektiven Rechts in eine Förderklausel führt trotz der systematischen Stellung der Norm im Abschnitt zu den Einrichtungsgarantien zu einer grundrechtlichen Qualität und damit zur Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 Abs. 2 LVerf. Das Landesverfassungsgericht spricht in diesem Zusammenhang von „Grundrechtssplittern“ in Einrichtungsgarantien.⁴⁰ Die Regelung muss sich demnach als geeignete, erforderliche und ausgewogene Lösung erweisen.

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

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

Gegenstand einer Bürgschaft müssten die finanziellen Mittel sein, die die Fortführung des Schulbetriebs über einen Zeitraum absichern, der der Wartefrist entspricht. Eine solche Regelung hätte die gleiche Wirksamkeit wie eine Wartefrist. Sie würde aber ein milderes Mittel darstellen, da die bereitgestellten Finanzmittel in der Regel nicht abgefordert würden und die finanzielle Belastung in der Gründungsphase deutlich geringen ausfallen würde.

⁴⁰ LVerfG LSA, LKV 2002, 131 (134).

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

Soweit die Verwaltungsgerichte in ihrer Argumentation auf das Bundesverfassungsrecht Bezug nehmen, ist dies wegen der genaueren und engeren Regelung der Landesverfassung bereits methodisch nicht überzeugend. Das gleiche gilt, wie gezeigt wurde, für die Interpretation des Ausgestaltungsvorbehalts als Gesetzesvorbehalt.

II. Verfassungsunmittelbarer Finanzierungsanspruch der Schüler:innen?

1. Fehlender normtextlicher Anknüpfungspunkt

Zu klären ist die weitere Frage, ob den Schüler:innen neben oder ergänzend zu den Schulträgern auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein verfassungsunmittelbarer grundrechtlicher Finanzierungsanspruch zusteht.

Mit Blick auf den Wortlaut sowohl des Art. 11 Abs. 3 Verf LSA und Art. 25 Abs. 1 Verf LSA als „Sitz des Grundrechts“ einerseits als auch des Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA als Sitz des grundrechtsähnlichen Finanzierungsanspruchs der Schulträger ist zunächst festzustellen, dass der Wortlaut dafür keinen klaren Anhaltspunkt liefert.

Das Grundrecht knüpft jeweils an die Bereitstellung der Bildungsleistung als solcher und nur mittelbar an deren – notwendige – Finanzierung an. Das ist mit Blick auf das Leitbild eines staatlichen Schulwesens, das diese Aufgabe in erster Linie zu erfüllen hat, auch konsequent und schlüssig. Denn der Staat bzw. die Schulträger und das Land hinsichtlich des Personals „schulden“ die funktionierende Infrastruktur und keinen Geldbetrag, um diese „einzukaufen“. Deshalb wird in den Schulgesetzen in erster Linie auch die Schulträgerschaft und die Schulplanung geregelt (§§ 41, 64 ff. SchulG LSA). Die Regelungen zur Aufbringung bzw. Tragung der Kosten schließen daran an (§§ 69 ff. SchulG LSA) und zwar getrennt nach Personalkosten, Sachkosten, Schülerbeförderung, Lernmittelkosten und Förderung des Schulbaus.

2. Leistungsrechtlicher Grundrechtsgehalt

Den leistungsrechtlichen Gehalt des Grundrechts auf schulische Bildung hat das Bundesverfassungsgericht in Leitsatz 2a positiv dahingehend

umschrieben, dass es „den Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf Einhaltung eines für ihre chancengleiche Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten“ vermittelt.⁴¹

Zugleich hat es verdeutlicht, dass der Anspruch nicht auf einen ganz bestimmten, eigenen Vorstellungen des Schülers bzw. der Sorgeberechtigten entsprechenden Inhalt bezogen ist.⁴² Daraus leitet das Bundesverfassungsgericht ab, „dass das Bestimmungsrecht nach Art. 6 II 1 GG den Eltern nur einen Anspruch auf Einhaltung eines unverzichtbaren Mindeststandards bei der staatlichen Gestaltung der schulischen Strukturen vermittelt. So darf diese Gestaltung das Bestimmungsrecht nicht obsolet werden lassen (vgl. BVerfGE 45, 400 [415 f.]; BVerfGE 53, 185 [202]) und nicht offensichtlich nachteilig für die Entwicklung der ganzen Persönlichkeit des Kindes und seines Verhältnisses zur Gemeinschaft sein (vgl. BVerfGE 34, 165 [188 f.]).“⁴³

Die Bedeutung der Privatschulen besteht im deutschen Schulsystem gerade darin, Eltern und Schülern eine größere inhaltliche Vielfalt bei der pädagogischen aber auch weltanschaulichen Ausgestaltung der schulischen Bildungsangebote zu eröffnen.⁴⁴ Darauf zielt die Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG ganz zentral ab, indem sie eine Absage an ein staatliches Schulmonopol statuiert.⁴⁵ Es ist insbesondere unangebracht, das Privatschulwesen auf das Leitbild der sog. Eliteschule zu verkürzen.⁴⁶ Vielmehr sind zahlreiche Privatschulen durch ein hohes Maß an sozialem Engagement und Inklusion geprägt.

Damit die so rechtlich eröffnete Wahlfreiheit auch tatsächlich, also effektiv wahrgenommen werden kann, ist eine Gleichbehandlung sowohl der Schüler:innen als auch der Schulträger eine zentrale Bedingung. Das betont das Bundesverfassungsgericht in Leitsatz 2 b) der lautet: „Aus dem Recht auf

⁴¹ BVerfG, NJW 2022, 167.

⁴² BVerfG, NJW 2022, 167 ff., Rn. 52 ff.

⁴³ BVerfG, NJW 2022, 167 ff., Rn. 54.

⁴⁴ Uhle, in: BeckOK GG, 51. Ed. 15.5.2022, GG Art. 7 Rn. 72.

⁴⁵ BVerfGE 27, 195 (201); BVerfGK 18, 469 (471); Tillmanns, Die Freiheit der Privatschulen nach dem Grundgesetz, 2006, 9 ff.

⁴⁶ Zum Streit um die Interpretation des Sonderungs(förderungs)verbots aus Art. 7 Abs. 4 S. 3 HS. 2 GG siehe einerseits *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 ff. und andererseits *Brosius-Gersdorf*, NVwZ 2018, 761 ff.

schulische Bildung folgt zudem ein Recht auf gleichen Zugang zu staatlichen Bildungsangeboten im Rahmen des vorhandenen Schulsystems.“⁴⁷

Unter Rn. 65 der Entscheidungsgründe wird diese noch einmal verdeutlicht indem es heißt: „Auch Schülerinnen und Schüler an Privatschulen können sich auf ein nach Art. 2 I iVm Art. 7 I GG geschütztes Recht auf schulische Bildung berufen. Eine – an Privatschulen durch den nichtstaatlichen Träger weitgehend eigenverantwortlich gestaltete (vgl. BVerfGE 27, 195 [200 f.]; BVerfGE 88, 40 [46 f.]) – Schulbildung ist für sie ebenso Grundbedingung für ihre Persönlichkeitsentwicklung wie dies bei Schülern an staatlichen Schulen der Fall ist.“⁴⁸

Mit Blick auf die nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Zuschüssen folgt daraus eine dem staatlichen Schulwesen entsprechende Finanzierung.

3. *Integration der Grundrechtspositionen der Schüler:innen in die Interpretation der Einrichtungsgarantie*

Da die Schüler:innen auf die Bildungsdienstleistung der jeweiligen Schulträger für die Grundrechtsverwirklichung angewiesen sind, ist ihr Finanzierungsanspruch durch den Finanzierungsanspruch der Träger mediatisiert zu erfüllen und bei dessen Konkretisierung als objektiv-rechtliche Maßgabe einzubeziehen.

4. *Zwischenergebnis*

Das bedeutet konkret, dass der aus dem Grundrecht von Schüler:innen auf schulische Bildung abzuleitende Anspruch auf chancengleiche Entwicklung in den Finanzierungsanspruch aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 Landesverfassung LSA zu integrieren ist. Anspruchsberechtigte Normadressaten bleiben die Schulträger von Ersatzschulen, aber bei der Berechnung des Umfangs der Zuschüsse ist nicht nur die Gleichbehandlung der Ersatzschulen mit den staatlichen Schulen auf institutioneller Ebene sicherzustellen, sondern es ist auch die Gleichbehandlung auf der Ebene der einzelnen Schüler:innen zu gewährleisten.

⁴⁷ BVerfG, NJW 2022, 167.

⁴⁸ BVerfG, NJW 2022, 167 ff., Rn. 65.

Der derzeitige Regelungsansatz in § 18a SchulG LSA und der darauf basierenden SchIF-VO erfüllt diese Ansprüche nicht und befindet sich folgerichtig aktuell in der gerichtlichen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte.

III. Mindestanforderungen an die Transparenz der Schülerkostenberechnung

1. Anforderungen an die Methode(n) der Berechnung des zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Zuschusses

In Bezug auf die Konkretisierung der öffentlichen Zuschüsse, auf die ein verfassungsunmittelbarer Anspruch besteht, lässt die Landesverfassung normtextlich offen, wie dieser zu berechnen ist. Insoweit greift der Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 2 Verf LSA. Allerdings muss dabei sichergestellt sein, dass die gewählte Berechnungsmethode geeignet ist, die materiell-rechtliche Vorgabe zu erfüllen. Da dafür verschiedene „Wege“ beschränkt werden können, bedarf es einer vergleichenden Betrachtung und Bewertung.

Theoretisch ist es denkbar, dass die Höhe des Zuschusses auf der Grundlage der nachgewiesenen oder angenommenen pauschalierten Kosten der Schulen in freier Trägerschaft ermittelt werden.

Das erste Modell hätte den Nachteil, dass jeder Schulträger zunächst frei wäre zu entscheiden, wieviel er investiert und anschließend ein „Korridor“ für die Wirtschaftlichkeit und Angemessenheit der Leistungserbringung entwickelt werden müsste, wie es u.a. im Bereich der Konnexitätsregelungen nach Art. 87 Abs. 3 Verf LSA im Bereich der durch Landesgesetz auf die Kommunen übertragenen staatlichen Aufgaben erfolgt.⁴⁹

Der Landesgesetzgeber folgt wohl auch deshalb in § 18a SchulG dem alternativen zweiten Ansatz, bei dem die zuschussfähigen Kosten positiv bestimmt werden. Die Regelungen untergliedert zu diesem Zweck die Kosten anhand der einzelnen Leistungskomponenten. Im Wesentlichen wird dabei zwischen verschiedenen Arten von Personalkosten, Sachkosten und Investitionen unterschieden. In Bezug auf die Höhe der Kosten werden verschiedene Anknüpfungspunkte. Das sind bei den Personalkosten z.B. Tarifverträge, teilweise

⁴⁹ Dazu Kluth, LKV 209, 337 ff. Kritisch aus dem Blickwinkel des Aufwands Oebbeke, in: Tilman Schweisfurth/Walter Wallmann (Hrsg.), Haushalts- und Finanzwirtschaft der Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2019, S. 381 ff.

aber auch schlicht der bisherige Aufwand, ohne dass für diesen ein Kriterium benannt wird.

Eine solche Vorgehensweise zeichnet sich durch Plausibilität und Pragmatik aus und sie dürfte für sich betrachtet auch nicht völlig ungeeignet sein, um die erforderlichen Zuschüsse zu ermitteln, wenn es dabei nur darum geht, eine Mindestfinanzausstattung sicherzustellen, wie es der aus Art. 7 Abs. 4 GG abgeleiteten bundesverfassungsrechtlichen Vorgabe entspricht.

Mit Blick auf den deutlich weitergehend Normtext der Landesverfassung ist aber fraglich, ob eine Orientierung an einem Mindestniveau der Regelung gerecht wird.

Fehlt es an einem absoluten Maßstab für die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „erforderlich“, so kommt es zur Gewährleistung des vom Bundesverfassungsgericht betonten Rechts auf chancengleiche schulische Bildung maßgeblich darauf an, dass die Finanzmittel der Schulen in freier Trägerschaft nicht unter dem Niveau der staatlichen Schulen liegen, da nur so die Chancengleichheit aller Schulpflichtigen gewährleistet werden kann.

„Erforderlich“ meint somit unter Berücksichtigung der Vorgaben aus dem Grundrecht auf schulische Bildung die zur Bereitstellung einer mit dem Bereich der staatlichen Schulen gleichwertigen schulischen Bildung erforderlichen öffentlichen Zuschüsse.

2. *Vergleich zu den Aufwendungen an staatlichen Schulen*

Auch unabhängig von der grundsätzlichen Frage, ob und in welchem Umfang den freien Trägern im Rahmen des Ausgestaltungsvorbehalts gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 Verf LSA Eigenfinanzierungsanteile und Wartefristen auferlegt werden dürfen⁵⁰, setzt ein solcher methodischer Ansatz voraus, dass die Finanzierung der staatlichen Schulen transparent und vollständig ermittelt wird.

Zwar wurde ein entsprechendes Gutachten durch das Bildungsministerium Sachsen-Anhalt in Auftrag gegeben und vorgelegt. Wie eine Stellungnahme des Verbandes der Privatschulen.⁵¹ deutlich erkennen lässt, bleiben die Zuschüsse

⁵⁰ Dazu oben Dritter Teil I.

⁵¹ VDP Sachsen-Anhalt Pressemitteilung 1/2022 „Freie Schulen ersparten Öffentlicher Hand in Sachsen-Anhalt mindestens 48 Mio. € im Jahr 2020“ v. 28.02.2022, abrufbar unter: <https://www.vdp-sachsen->

des Landes Sachsen-Anhalt an die Schulen in freier Trägerschaft jedoch weiterhin deutlich hinter den entsprechenden finanziellen Leistungen für die staatlichen Schulen zurück.

Auf der Grundlage eines umfassenden Zahlenvergleichs wird dort ausgeführt:

„Auch im Haushaltsjahr 2020 konnten das Land Sachsen-Anhalt und die hiesigen kommunalen Schulträger wieder ganz erheblich von der Tätigkeit der freien allgemein- und berufsbildenden Schulen profitieren. Während die Öffentliche Hand laut Statistischem Bundesamt durchschnittlich 8.000 € pro Schüler*in an staatlichen Schulen aufbrachte, betrug die Finanzhilfe des Landes für die Träger der sog. Ersatzschulen laut Landeshaushaltsrechnung im Durchschnitt nur 6.184 € pro Schüler*in. Hochgerechnet auf die 26.505 Schüler*innen, die in Sachsen-Anhalt im Jahr 2020 allgemein- und berufsbildende Schulen in freier Trägerschaft besuchten, ergibt sich somit eine Kostenersparnis von insgesamt 48.130.694,55 € für die Öffentliche Hand.“

Diese Kritik ist folgerichtig. Der Vergleichsmaßstab muss eine 100%ige Aufgabenerfüllung im staatlichen Bereich sein, weil diese auch von den Schulen in freier Trägerschaft nicht nur gesetzlich erwartet wird, sondern zudem einen bindenden Bestandteil der Genehmigungsbescheide einer Ersatzschule darstellt. Der Unterrichtsausfall aufgrund von Lehrermangel im staatlichen Bereich darf die Vergleichsrechnung nicht mindern bzw. muss durch eine rechnerische Berichtigung einbezogen werden. Es bedarf einer normativ korrekt angeleiteten Betrachtungsweise in allen Kostenbereichen und unter Beachtung der auch auf das Ersatzschulwesen wirkenden Sonderkosten. Dies schließt auch die notwendigen Planungsreserven ein.

Das gilt auch für die übrigen Kritikpunkte, die erkennen lassen, dass das vorgelegte Gutachten methodisch unzureichend ist und durch eine vollständige und verlässliche Analyse ersetzt werden muss.

3. *Notwendigkeit der Dynamisierung der Zuschüsse*

Aus dem Charakter des Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf LSA als Einrichtungsgarantie folgt gemäß der Bestimmung des rechtlichen Charakters der

[anhalt.de/images/Slider/Presse/PM_VDP_S-A_1-2022_-_Freie_Schulen_ersparten_Öffentlicher_Hand_in_Sachsen-Anhalt_mindestens_48_Mio._im_Jahr_2020_Anlage.pdf](https://www.anhalt.de/images/Slider/Presse/PM_VDP_S-A_1-2022_-_Freie_Schulen_ersparten_Öffentlicher_Hand_in_Sachsen-Anhalt_mindestens_48_Mio._im_Jahr_2020_Anlage.pdf)

Einrichtungsgarantie in Art. 3 Abs. 2 Verf LSA, wonach auch die „Entwicklung“ zu gewährleisten ist, dass die Zuschüsse vor dem Hintergrund der anstehenden Herausforderungen im Schulwesen u.a. im Bereich der Digitalisierung dynamisch auszugestalten sind, damit die neuen und höheren Anforderungen in diesem Bereich mittelfristig erfüllt werden können.

In Bezug auf die Entwicklung wird man sicher einen großzügigeren Maßstab anlegen und ebenfalls den staatlichen Schulbereich als Orientierung heranziehen müssen.

Davon strikt zu unterscheiden ist derzeit durch Inflation und weitere Faktoren determinierte enorme Kostensteigerung, die durch eine Anpassung bei den Berechnungsgrundlagen für die erforderlichen Zuschüsse zeitnah zu berücksichtigen sind.

4. *Berücksichtigung der Gebäude- und Investitionskosten*

Von den Trägern freier Schulen wird traditionell erwartet, dass sie die für den Schulbetrieb erforderlichen Gebäude bzw. Räumlichkeiten selbst finanzieren. Das gilt jedenfalls für den Anfangszeitraum, in dem wegen der sog. Wartefrist auch keine öffentlichen Zuschüsse gezahlt werden.⁵²

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass nach Ablauf der Wartefrist kein Anspruch auf eine nachträgliche Bezuschussung besteht.⁵³ Das betrifft folglich auch die Gebäudefinanzierung.

Mit Blick auf die Zukunft ist zu diskutieren, ob diese Sichtweise vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes angemessen ist. Die Begründung für den Ausschluss der Gebäudefinanzierung wird darin gesehen, dass darin das „unternehmerische“ Risiko⁵⁴ der Schulträger zum Ausdruck kommt und es nicht Aufgabe des Staates sein könne, dies zu übernehmen. Dahinter steht letztlich der gleiche Gedanke wie bei der Wartefrist, so dass ihm wie dort das Argument entgegenzuhalten ist, dass das Risiko durch eine Sicherheitsleistung abgedeckt werden kann.

⁵² Zur Verfassungswidrigkeit dieser Praxis Kluth, LKV 2017, 433 (439).

⁵³ BVerwG, NVwZ-RR 2021, 207 ff.

⁵⁴ Das gilt auch für gemeinnützige Träger, die nur in einem weiteren Sinne unternehmerisch tätig sind.

Eine Kehrtwende sollte aber zumindest bei den Investitionsprogrammen eingeleitet werden. Anknüpfungspunkt ist insoweit die Regelung in § 18a Abs. 6 SchulG LSA, wonach Ersatzschulen an den Investitionsprogrammen „angemessen“ zu beteiligen sind. Diese Regelung wird man aus den vorgenannten Gründen in Zukunft im Sinne von „gleichberechtigt“ interpretieren müssen.

**Vierter Teil:
Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung**

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung können folgendermaßen zusammengefasst werden:

1. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 27.11.2021 zu den Auswirkungen der sog. „Bundesnotbremse“ auf das Grundrecht auf schulische Bildung den Gewährleistungsgehalt dieses Grundrechte genauer herausgearbeitet und dabei auch verdeutlicht, dass eine Berufung auf den finanziellen „Vorbehalt des Möglichen“ in diesem Bereich nur unter Beachtung der großen Bedeutung des Grundrechts möglich ist.
2. In der Untersuchung wurde aufgezeigt, dass sich diese Aussagen als zwingende bundesverfassungsrechtliche Interpretationsmaßgabe auch auf die landesgesetzliche Konkretisierung der Bezuschussung der Ersatzschulen in freier Trägerschaft gem. Art. 28 Abs. 2 Verf LSA auswirken indem
 - a. eine unterschiedliche Behandlung der Schulen in freier Trägerschaften bzw. ihrer Schüler:innen im Bereich der Finanzierung nicht gerechtfertigt bzw. zulässig ist und
 - b. das Land sich insoweit auch nicht auf allgemeine finanzielle Engpässe berufen kann.
3. Bei der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der „erforderlichen Zuschüsse“ nach Art. 28 Abs. 2 Verf LSA ist es vor diesem Hintergrund nicht ausreichend, eine Mindestfinanzausstattung sicherzustellen (Existenzsicherung), sondern es Bedarf eines transparenten Berechnungsmechanismus, der eine gleichwertige Finanzierung der Ersatzschulen ermöglicht und garantiert.
4. Dabei ist zu beachten, dass die Eigenfinanzierungsanteile der Schulträger und insbes. die Elternbeiträge bei Privatschulen dazu dienen, über das staatlichen Schulangebot hinausgehende eigenständige pädagogische und fachliche Angebote zu ermöglichen, weshalb diese Zahlungen nicht auf die „erforderlichen Zuschüsse“ angerechnet werden dürfen.
5. Die aktuelle gesetzliche Regelung der Zuschüsse in § 18a SchulG LSA i.V.m. der SchifT-VO genügt diesen Anforderungen u.a. deshalb nicht, weil die Finanzleistungen für den Bereich der staatlichen Schulen

bislang nicht transparent und vollständig ermittelt und dargestellt wurden, so dass es an einem verlässlichen Vergleich fehlt.

6. Aus dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 2 Verf LSA, wonach eine Einrichtungsgarantie auf die Entwicklung der geschützten Einrichtungen gewährleisten muss, und dem Grundsatz der chancengleichen Förderung aller Schüler:innen muss § 18a Abs. 6 SchulG LSA, der eine angemessene Beteiligung der Ersatzschulen an den Investitionsprogrammen vorsieht, in eine gleichberechtigte Beteiligung uminterpretiert werden.

Daraus lassen sich die folgenden Handlungsanforderungen des Landes Sachsen-Anhalt ableiten:

1. Das Land ist verpflichtet, die Finanzierung der staatlichen Schulen unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben transparent und vollständig zu ermitteln und darzustellen, damit diese als Referenzmaßstab für die „erforderlichen Zuschüsse“ an die Schulen in freier Trägerschaft herangezogen werden können. Nur so kann die vom Bundesverfassungsgericht geforderte chancengleiche Schulbildung gewährleistet werden.
2. Das Land muss sicherstellen, dass die Schulen in freier Trägerschaft in gleichberechtigter Art und Weise an den Investitionsprogrammen beteiligt werden.
3. Bei den öffentlichen Zuschüssen sind Preissteigerungen zu berücksichtigen und Entwicklungsmöglichkeiten wie im staatlichen Bereich abzusichern.
4. Die Regelungen zur Wartefrist sind nach Maßgabe der Ausführungen Gutachten abzuändern.



(Prof. Dr. Winfried Kluth)