

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

**Zur verfassungsrechtlichen Prüfung der Novellierung des
Sächsischen Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft
und zu den Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags
zum Sächsischen Verfassungsgerichtshof**

Kurzgutachten

Stand 14.06.2011

erstattet im Auftrag

der Fraktion DIE LINKE im Sächsischen Landtag,
der SPD-Fraktion im Sächsischen Landtag,
der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Sächsischen Landtag.

I. Gegenstand, Sachverhalt und Problemstellung

1. Gegenstand des Vorgutachtens ist die verfassungsrechtliche Prüfung mehrerer Bestimmungen zur Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft, die durch das Haushaltsbegleitgesetz 2010/2011 in das Sächsische Gesetz über die Schulen in freier Trägerschaft (SächsFrTrSchG) eingefügt worden sind. Der Prüfungsauftrag umfasst insbesondere die Erfolgsaussichten eines diesbezüglichen Normenkontrollantrags zum Sächsischen Verfassungsgerichtshof. (SächsVerfGH). Die Prüfung ist ausdrücklich summarisch; eine Vertiefung bleibt der Vorbereitung der eigentlichen Antragschrift vorbehalten.

2. Sachverhalt

Gegenwärtig führen die demografische Entwicklung und Land-Stadt Wanderung in den meisten Bundesländern zu einem starken Rückgang der Schülerzahlen. Das stellt in einigen Fällen den Fortbestand von öffentlichen Schulen in ländlichen Regionen in Frage. Gleichzeitig gehen die Zahlen der Schüler an Schulen in Freier Trägerschaft nicht nur nicht zurück, sondern steigen. In einigen Ländern führt dies zu Erwägungen in der Politik, die Neugründung von Schulen in Freier Trägerschaft möglichst einzuschränken und die finanzielle Förderung zurückzufahren. Parallel dazu wird im Bereich der Ersatzschulen ein erheblicher Anpassungsdruck erzeugt, um vermeintliche „Wettbewerbsvorteile“ von Schulen in Freier Trägerschaft zu beseitigen.

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgebers des Freistaats Sachsen im Haushaltsbegleitgesetz (HBG) 2010/2011 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 S. 2 SächsFrTrSchG / Art. 10 Nr. 8 HBG),
- Streichung des Schulgeldersatzes (§ 8 ZuschussVO i.V. § 11 ZuschussVO [Art. 11 HBG],
- 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],
- die lineare Senkung der Förderungsbeträge bei gleichzeitiger Erhöhung der Mittel für öffentliche Schulen.

Der Wissenschaftliche Dienst des Sächsischen Landtages hat in einer am 28.10.2010 abgegebenen Stellungnahme verfassungsrechtliche Zweifel an einigen Punkten der Neuregelung geäußert. Gleichwohl wurden die neuen Bestimmungen mit marginalen Änderungen im Landtag verabschiedet und sind zum 1.1. 2011 in Kraft getreten.

3. Verfassungsrechtliche Problemstellung

Die genannten Änderungen werfen erhebliche verfassungsrechtliche Fragen u.a. im Hinblick auf die Gründungsfreiheit für Schulen in freier Trägerschaft (Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf), den grundsätzlichen Finanzierungsanspruch (Art. 102 Abs. 4 S. 1 SächsVerf) und die Gleichbehandlung der Schulen in freier Trägerschaft untereinander und im Verhältnis zu öffentlichen Schulen (Art. 18 SächsVerf) auf.

II. Zulässigkeit eines Normenkontrollantrags

1. Antragsart, Gegenstand

Gegenstand ist die Vereinbarkeit verschiedener landesrechtlicher Normen (SächsFrTrSchG/HBG/ZuschussVO) 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).

2. Antragsfähigkeit

Antragsfähig (antragsberechtigt) sind neben der Staatsregierung $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Sächsischen Landtags (§ 21 S. 1 SächsVerfGHG), also 33 Abgeordnete.

3. Antragsbefugnis

Diese besteht bei der abstrakten Normenkontrolle bereits bei Zweifeln oder Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit der Verfassung. Eine subjektive Rechtsverletzung ist nicht erforderlich.

3. Form, Frist

Eine Frist besteht nicht. Der Antrag ist schriftlich einzureichen.

4. Vertretung, Vollmacht

Die Antragsteller können sich in jeder Lage des Verfahrens durch einen Rechtsanwalt oder einen Hochschullehrer vertreten lassen. In der mündlichen Verhandlung müssen sie sich entsprechend vertreten lassen. (§ 10 SächsVerfGHG/ § 22 BVerfGG). Die Vertretungsbefugnis ist zu Anfang des Verfahrens durch eine auf das Verfahren bezogene Vollmacht nachzuweisen.

Der Normenkontrollantrag wäre also zulässig.

III. Begründetheit eines Normenkontrollantrags

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Prüfungsmaßstab für einen Normenkontrollantrag zum Sächsischen VerfGH sind ausschließlich Normen der Sächsischen Landesverfassung. Bei deren Interpretation sind allerdings die Grundsätze heranzuziehen, die BVerwG und BVerfG zu dem insoweit zumindest teilweise deckungsgleichen Art. 7 Abs. 4 GG entwickelt haben.

a. Inhaltlich gewährleisten Art. 7 IV GG und Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf zunächst das **Recht auf Gründung von Schulen in freier Trägerschaft**. Im Zusammenwirken mit Art. 6 II, Art. 4 I und Art. 12 GG sichert Art. 7 IV GG 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

b. Während es im Bundesrecht umstritten ist, ob Art. 7 IV GG einen unmittelbar aus der Verfassung folgenden **Leistungsanspruch** gewährt, hat der Sächsische Verfassungsgeber einen solchen Leistungsanspruch Art. 102 Abs. 4 S. 1 SächsVerf ausdrücklich kodifiziert.

c. Unabhängig davon enthält Art. 7 IV GG eine **objektive Schutzpflicht**, 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. 7 IV 3 GG, der es 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. Für den Freistaat Sachsen enthält Art. 102 Abs. 3 S. 3 SächsVerf dasselbe Sonderungsverbot und überdies in Art. 102 Abs. 1 und 2 SächsVerf – Gleichwertigkeitsgebot. Dies muss gerade im Hinblick auf den Wettbewerb mit öffentlichen Schulen durch den Staat ausgeglichen werden

BVerfGE 90, 107, 114 .

In neueren Entscheidungen hat das BVerfG dann 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.

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

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

Dem entspricht aufgrund Art. 102 Abs. 4 S. 1 SächsVerf die Verfassungslage im Freistaat Sachsen. So hat der SächsVerfGH in einer Entscheidung zu Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf.

SächsVerfGH, DÖV 1997, 205

bei der Bemessung von Ausgleichszahlungen für durch Freie Schulen gewährleistete Lernmittelfreiheit zwar den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont, als Grenze aber die Existenzgefährdung der privaten Ersatzschule, nicht des „Ersatzschulwesens“ insgesamt gesehen

c. Weniger im Bundesrecht, umso mehr aber nach Art. 102 Abs. 1 und 2 Sächs Verf Art. 18 SächsVerf. besteht ein Gleichbehandlungsgebot der Freien Schulen untereinander und öffentlicher und freier Schulen. Letztere dürfen im Verhältnis zu öffentlichen Schulen nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden.

Daraus folgt: Alle gesetzlichen Bestimmungen des Landesrechts sind darauf zu überprüfen ob sie dem konkreten Finanzierungsanspruch aus Art. 102 Abs. 4 S. 1 SächsVerf entsprechen. Sie sind aber auch Prüfungsmaßstäben der Gründungsfreiheit, gewährleisteten Schulvielfalt und den verschiedenen Ausprägungen des Gleichheitssatzes zu messen. Rein fiskalische Erwägungen können verfassungsrechtliche Gewährleistungen nicht unterlaufen.

Finden sich solche Bestimmungen aber in einem erkennbar der Haushaltskonsolidierung 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. Das gilt umso mehr, als der SächsVerfGH bisher –abgesehen von der zitierten Entscheidung – noch keine Gelegenheit hatte, diese Fragen zu klären.

2. Die Kopplung der Zuschusshöhe für Neugründungen von Schulen in freier Trägerschaft an die für öffentliche Schulen geltenden Mindestschülerzahlen (§ 15 S. 2 SächsFrTrSchG / Art. 10 Nr. 8 HBG)

a. Inhalt der Regelung

Gemäß § 15 S. 2 SächsFrTrSchG i.d.F. Art. 10 Nr. 8 HBG 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 und 3 SächsSchulG anzupassen und eine Mindestschülerzahl von 14 bzw. 15 vorzusehen. Begründet wird das damit, dass „*Mindestschülerzahlen für allgemeinbildende Schulen für Mittelschulen und Gymnasien ein grundlegendes, schulprägendes und qualitätssicherndes Merkmal des öffentlichen Schulwesens im Freistaat Sachsen*“ darstellen und eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten öffentlicher Schulen aufgehoben werden müsse.

b. Prüfungsmaßstab 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 ist, 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 schon rein quantitativ nicht erfüllt werden können, aber sich auch gegen das pädagogische Konzept solcher Schulen richten, die 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.

Deshalb wird schon bei der im Rahmen eines Kurzgutachtens notwendigen summarischen Prüfung deutlich, dass § 15 S. 2 SächsFrTrSchG / Art. 10 Nr. 8 HBG gegen Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf verstößt.

b. Prüfungsmaßstab Art. 18 SächsVerf. – allgemeiner Gleichheitssatz

Art. 18 SächsVerf gebietet wie auch Art. 3 GG Gleiches gleich, Ungleiches entsprechend seiner Eigenart aber ungleich zu behandeln.

BVerfGE 42, 64, 72

Die erzwungene Anpassung an die Schülerzahlen öffentlicher Schulen läuft – gemessen am Maßstab der Gleichwertigkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes – auf eine

Gleichbehandlung 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. Art. 18 SächsVerf ist gemäß Art. 37 Abs. 3 SächsVerf auch auf juristische Personen anwendbar, d.h. auch Vereinigungen können sich auf dieses Grundrecht berufen.

Eine weitere Ungleichbehandlung liegt darin, dass § 15 S. 2 SächsFrTrSchG / Art. 10 Nr. 8 HBG offenbar nur neu zu gründende Schulen erfasst, unterschiedliche Ersatzschulen also ungleich behandelt werden.

Eine sachliche Begründung für diese Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar, zumal die sachlichen Anpassungsgründe und Gleichwertigkeitsgebote in Abs. 102 Abs. 3 SächsVerf abschließend aufgezählt sind. Rein fiskalische Erwägungen und der Schutz benachbarter öffentlicher Schulen reichen insofern nicht aus. Schülerzahl und Zügigkeit sind aus der Sicht der Gründungsfreiheit und Schulvielfalt vielmehr gerade im Hinblick auf die Ziele des Art. 102 Abs. 3 SächsVerf nicht gebotene Maßstäbe.

Die Regelung verstößt insofern gegen Art. 102 Abs. 1 und 2 SächsVerf sowie Art. 18 SächsVerf.

3. Streichung des Schulgeldersatzes (§ 8 ZuschussVO i.V. § 11 ZuschussVO [Art. 11 HBG]

a. Inhalt der Regelung

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

Hier wird die Auffassung des Gutachtens des Wissenschaftlichen Dienstes geteilt, wonach die Regelung nur verfassungskonform ist, wenn eine entsprechende Kompensation gewährleistet wird. Ob diese erforderlich ist, hängt von den angenommenen Zahlen zur Kostensituation und insbesondere eine konkrete Berechnung der Personal-, Sach- und Raumkosten stützen.

b. Verfassungsrechtlicher Rahmen.

Der verfassungsrechtliche Rahmen ist hier wie folgt zu kennzeichnen:

- die institutionelle Garantie und die Wahlfreiheit sind verletzt, wenn freie Schulen wirtschaftlich nicht mehr zu gründen und zu führen sind,
- das Gebot der Schulvielfalt ist verletzt, wenn ein Zustand erreicht ist, bei dem die Wahlfreiheit unter Beachtung der grundgesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden kann,
- die finanzielle Einhaltbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen 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 dürfte auch ohne komplizierte Gutachten offensichtlich sein, 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, Schülerkosten 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. Es liegt auf der Hand, dass diese Angaben in einem Schriftsatz an den Sächsischen Verfassungsgerichtshof deutlich aktualisiert und auf die Lage in Sachsen hin konkretisiert werden müssten. Schon jetzt scheint aber mit hinreichender Deutlichkeit belegt, dass eine weitere Kürzung im Bereich des Schulgeldersatzes zu einer elementaren Existenzgefährdung führen würde. Vorhandene Gutachten und Zahlen werden selbstverständlich in eine etwaige Antragschrift einzuarbeiten sein.

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

a. Inhalt der Regelung

Art. 10 Nr. 4b HBG ändert die bestehende dreijährige Wartefrist bis zum Einsetzen der finanziellen Förderung des § 14 Abs. 3 SächsFrTrSchG von drei Jahren in 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. Deshalb sei eine vierjährige Wartefrist geeignet 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 BVerfG (E 90, 107, 114)

b. Prüfung am Maßstab der Gründungsfreiheit

Prüfungsmaßstab für diese Regelung ist gleichfalls primär die Schulgründungsfreiheit des Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf.

So zu Art. 7 Abs. 4 GG BVerfGE 90, 107, 114 und BVerfGE 90, 128, 138.

Derartige Wartefristen bis zum Einsetzen der finanziellen Förderung erschweren in erheblichem Maße die Gründung von Schulen in Freier Trägerschaft. Das BVerfG hat solche Wartefristen gleichwohl grundsätzlich mit der staatlichen Schutz- und Förderpflicht für vereinbart 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. 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 ausdrücklich ausgeführt, beides dürfe nicht dazu führen, dass die Wartefrist sich als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirke. Allerdings hat es ein erhöhtes finanzielles Engagement auf Seiten der „Gründungseltern“ für zumutbar gehalten.

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.

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. So gesehen ist der finanzielle Beitrag der „Gründungseltern“ nichts anderes als ein nach erfolgreicher „Probezeit“ der Schule zu kompensierendes Darlehen. Sehen die Landesgesetze eine solche Erstattung nicht vor oder liegt die Wartefrist über der vom BVerfG offensichtlich vorausgesetzten Grenze von drei Jahren, so ist in der Regel davon auszugehen, dass eine **verfassungswidrige faktische Errichtungssperre** gegeben ist. Auch das Sonderungsverbot gilt vom ersten Tag an. Nicht erstattete verlorene Zuschüsse können in der Regel nur besonders finanzkräftige Eltern leisten. Wartefristen ohne nachträgliche Erstattung verletzen also nicht nur die Gründungsfreiheit, sondern auch das Sonderungsverbot.

In die Gründungsfreiheit wird also nicht erst eingegriffen, wenn überhaupt keine Schule mehr gegründet werden kann. Eine Verletzung des konkreten Grundrechts liegt vielmehr bereits dann vor, wenn ein ansonsten erfolgversprechender Gründungsversuch daran scheitert, dass die staatliche Förderung zu spät einsetzt, von unzumutbaren und sozial diskriminierenden Elternbeiträgen ausgeht oder keinen nachträglichen Ausgleich für die überproportional erbrachten Eigenleistungen ermöglicht.

Ist der Nachweis gelungen, dann steht fest, dass die Schule ein erfolgreiches Konzept hatte – und zwar von Anfang an. Als Konsequenz lebt – und zwar gleichfalls von Anfang an – der volle Förderungsanspruch wieder auf. Schon daraus folgt, dass sich nach erfolgreichem Bestehen des „Eignungstests“ und nach Ablauf der Wartefrist ein aus Art. 102 Abs. 3 S. 1 - 3/Art. 7 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 3 GG abzuleitender Anspruch auf Nachzahlung der in der Wartefrist an sich angefallenen Förderungssummen besteht.

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. Diese muss – da wesentliche Voraussetzung der Grundrechtsverwirklichung – im

Gesetz selbst vorhanden sein. Da dies nicht der Fall ist, ist die Regelung zumindest insofern verfassungswidrig.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der **Entscheidung des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern 6/09 vom 09.12. 2010** (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 jetztigen Regelung geltendes Recht war und die sich in der durch das BVerfG vorausgesetzten Dreijahresfrist hält. Zum anderen macht das Gericht indirekt deutlich, dass 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. 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 eine Wartefrist nicht dazu führen, dass eine Wartefrist sich als Sperre für die Errichtung neuer Schulen auswirkt. 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.

Insgesamt ist es Zweck der geplanten Normenkontrollklage zu überprüfen, ob die sächsische Regel – zumal in Kumulation mit anderen Erschwerungen – die durch das BVerfG und das VerfGMV gesetzten Maßstäbe unter- bzw. überschreitet. Auch die nachträgliche Kompensation nach Bestehen der „Bewährungsprobe“ ist in diesem Verfahren geltend zu machen und wäre – bundesweit erstmalig - zu klären.

5. Kumulation der Leistungsbeschränkungen

Steht die Gründungsfreiheit 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 2. Aufl. 2009, § 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 diese Lage 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.

Ähnl. 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.

Für die Zukunft des SächsSchFrTrG 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 oder die Zügigkeit öffentlicher Schüler wieder aus der Förderung heraus fällt. Hat sie die Mindestschülerzahl erreicht, dürften die linearen Kürzungen und die klare Ungleichbehandlung im Vergleich zu öffentlichen Schulen der Neugründung endgültig „den Rest geben“. Es dürfte ein leichtes sein, ein solches Szenario im Normenkontrollverfahren mit Zahlen zu belegen und so die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zu begründen – auch wenn sich einzelne der Maßnahmen als solche nicht als verfassungswidrig erweisen sollten.

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 Schülerkostensätze nicht gesenkt wurden, aber durch die Gesamtfinanzierung durch die Einschränkungen für Neugründungen und die Abschaffung der Schulgelderstattung im Vergleich zur Gesamtfinanzierung öffentlicher Schulen rückläufig sind. Die Schulen in Freier Trägerschaft werden also gleichheitswidrig benachteiligt und damit in Ihrer Existenz gefährdet.

IV. Ergebnis

An der Verfassungsmäßigkeit der genannten Regelungen bestehen erhebliche Zweifel. Das gilt insbesondere für die Anpassungspflicht an Schülerzahlen und Zügigkeit, aber auch für die vierjährige Wartefrist und das Fehlen einer Kompensationsregelung. Auch enthält die Neuregelung mehrere Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Verfassung.

Auch bei der notwendigerweise vorsichtigen Einschätzung sind die Erfolgsaussichten des Antrags also positiv zu beurteilen.

Zumindest werfen die Regelungen verfassungsrechtliche Fragen auf, deren Klärung dringlich ist. Selbst wenn der VerfGH die Regelungen als solche für verfassungskonform halten würde, wären doch selbst von einer Entscheidung wesentliche Klärungen zu erwarten, die für die verfassungskonforme Anwendung des Gesetzes aus der Sicht der Schulen in Freier Trägerschaft unschätzbaren Wert erlangen könnten.

Mainz, den

Prof. Dr. Friedhelm Hufen