

Die verfassungsrechtliche
Stellung der Schulen in freier
Trägerschaft in Sachsen nach Art.
102 der Sächsischen
Landesverfassung

unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des
Verfassungsgerichtshofes des Freistaates Sachsen vom
15.11.2013 (Vf. 25-II-12) sowie der Neufassung des
Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft
(SächsFrTrSchulG) vom 08.07.2015

Rechtsgutachten im Auftrag der
Landesarbeitsgemeinschaft der Spitzenverbände von
Schulen in freier Trägerschaft in Sachsen - LAGSFS
Sachsen

von

Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. sc. pol. Udo Di Fabio

Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	4
I. Anlass des Gutachtens	4
II. Entwicklung der sächsischen Schullandschaft.....	4
III. Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen	6
1. Verfassungswidrigkeit der Ausgleichsregelungen	7
2. Verfassungswidrigkeit der Wartefristregelung	14
3. Verfassungswidrigkeit wegen Gleichheitsverstoß.....	15
IV. Neufassung des SächsFrTrSchulG.....	16
V. Gutachtenfrage	16
B. Verfassungsgrundlagen für Schulen in freier Trägerschaft	18
I. Grundgesetzliche Verankerung.....	18
1. Privatschulfreiheit als ein wertentscheidendes Grundrecht.....	18
2. Finanzierungsansprüche privater Schulträger	26
II. Verfassung des Freistaates Sachsen	28
III. Unionsrechtliche Bestimmungen.....	32
C. Entstehungsgeschichtliche Bedeutung der SächsVerf	33
D. Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Maßstabs	39
I. Verhältnis von Grundgesetz und Landesverfassung	39
II. Art. 7 Abs. 4 Grundgesetz	42
1. Das Gebot der Gleichwertigkeit	46
2. Staatliche Schutz- und Förderpflicht.....	47

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

3. Gesetzgeberischer Ausgestaltungsspielraum	50
E. Art. 102 SächsVerf	52
F. Verfassungsrechtliche Beurteilung der gegenwärtigen Finanzierung von Privatschulen in Sachsen	58
I. Aktuelles Finanzierungsmodell	58
1. Personal- und Sachkosten.....	59
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen.....	60
II. Wartefristenregelung	68
III. Inverse Entwicklung der Schülerzahlen und Diskriminierungsverbot.....	70
IV. Gleichwertigkeit und Diskriminierungsverbot freier Schulen	74
G. Voraussetzungen einer realitätsgerechten Zuschussbemessung	79
I. Bedeutung der Privatschulfreiheit.....	79
II. Landesspezifische Auswirkungen der Gleichwertigkeit.....	80
H. Beantwortung der gestellten Fragen: Resümee	84
I. Literaturverzeichnis	91

A. Einführung

I. Anlass des Gutachtens

Mit Urteil vom 15. November 2013¹ hat der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen wesentliche Vorschriften über die finanzielle Unterstützung freier Schulen des Sächsischen Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft (SächsFrTrSchulG) für unvereinbar mit der Sächsischen Landesverfassung erklärt. Gleichzeitig wurden die landesverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gleichrangigkeit öffentlicher und freier Schulen konkretisiert. Die Entscheidung verlangte eine Novellierung der entsprechenden Vorschriften, dem das Land mit einer Neufassung des SächsFrTrSchulG zum 1. August 2015 entsprochen hat.

II. Entwicklung der sächsischen Schullandschaft

Seit Inkrafttreten der Sächsischen Landesverfassung im Jahr 1992 sind in der sächsischen Schullandschaft an allgemeinbildenden Schulen Rückgänge der Schülerzahlen zu beobachten. Dies liegt im Bundestrend, verursacht durch die demographische Entwicklung, allerdings regional unterschiedlich ausgeprägt.

¹ SächsVerfGH, Urteil vom 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Waren im Schuljahr 1992/1993 an 2.299 allgemeinbildenden Schulen insgesamt 617.979 Schüler zu verzeichnen, sind es im Schuljahr 2015/2016 insgesamt 351.700 Schüler an insgesamt 1.483 Schulen im Freistaat.² Dies entspricht einer prozentualen Abnahme von 43 Prozent der Schülerzahlen und knapp 36 Prozent der Anzahl der allgemeinbildenden Schulen. Damit verbunden ist auch die Abnahme der voll- bzw. teilzeitbeschäftigten Lehrpersonen im gleichen Zeitraum von 41.182 auf nunmehr 28.754 Lehrpersonen.

Die Angaben des Statistischen Landesamts des Freistaates Sachsen belegen ebenfalls, dass dieser Trend in erster Linie die allgemeinbildenden Schulen in öffentlicher Trägerschaft betrifft. Gingen im Schuljahr 1992/1993 insgesamt 615.637 Schüler auf insgesamt 2.278 allgemeinbildende Schulen in öffentlicher Trägerschaft, beläuft sich im Schuljahr 2015/2016 die Schülerzahl auf 317.462 für insgesamt 1.280 entsprechende Schulen. Im selben Vergleichszeitraum hat dagegen sowohl die Anzahl der Schulen wie auch der Schülerzahlen für allgemeinbildende Schulen in freier Trägerschaft³ zugenommen. Im Schuljahr 1992/1993 existier-

² Vgl. den Statistischen Bericht des Statistischen Landesamts des Freistaates Sachsen, Allgemeinbildende Schulen im Freistaat Sachsen, Schuljahr 2015/16 B I 1 – j/15, S. 25.

³ Die Selbständigkeit des Ersatzschulwesens wird durch einen extensiven Sprachgebrauch unterstrichen, sodass die Terminologien der „privaten Schulen“, „freien Schulen“ oder

ten für 2.342 Schüler insgesamt 21 allgemeinbildende Schulen in freier Trägerschaft, im Schuljahr 2015/2016 waren es 203 Schulen, die in Sachsen von 34.238 Schülern insgesamt besucht wurden. Zwischen den öffentlichen und den freien Schulen besteht zumindest subkutan ein Wettbewerb um knapper werdende Schülerzahlen.

III. Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen

Im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens hat der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen am 15. November 2013 die einfachgesetzlichen Ausführungsbestimmungen des Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft vom 4. Februar 1992 für den finanziellen Ausgleichsanspruch der Schulen in freier Trägerschaft für mit der Landesverfassung unvereinbar erklärt. Die Verfassungswidrigkeit bezieht sich auf die Regelungen über den Umfang der staatlichen Zuschüsse die an allgemeinbildende Ersatzschulen zu zahlen sind (1.), die Wartefristregelung (2.) und auf die Regelungen, nach denen erst kurzzeitig existierende allgemeinbildende Ersatzschulen mit Ausnahme von Förderschulen bei Nicht-Erreichen der Mindestschülerzahl ge-

„Schulen in freier Trägerschaft“ übereinstimmend zu verwenden sind, vgl. *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7, Rn. 92.

ringere Zuschüsse erhalten als die übrigen Schulen dieser Art.

1. Verfassungswidrigkeit der Ausgleichsregelungen

§ 15 SächsFrTrSchulG a. F. verletzt nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs die in Art. 102 Abs. 3 SächsVerf enthaltene Pflicht zur Förderung des Ersatzschulwesens sowie Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf. Durch diese Bestimmung des SächsFrTrSchulG a. F. sei kein hinreichender finanzieller Ausgleich für die Befreiung von Schul- und Lernmittelgeld gewährt worden. Die in Rede stehende Vorschrift, die den finanziellen Ausgleich als jährlichen Pauschalbetrag (Schülerausgabensatz) ausgestaltete, setzte diesen für allgemeinbildende Ersatzschulen im Wesentlichen aus den Personalausgaben für Lehrer und Sachausgaben zusammen. Damit sei jedoch der aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf (und im Übrigen der gleichlautenden aus Art. 7 Abs. 4 GG folgenden) staatlichen Verpflichtung, das private Ersatzschulwesen als Institution zu fördern und es in seinem Bestand zu schützen nicht ausreichend Rechnung getragen worden. Bereits Art. 102 Abs. 2 SächsVerf betone, so das Urteil, dass das öffentliche Schulwesen und das Privatschulwesen gleichermaßen Adressaten des Bildungsauftrags der Verfassung des Freistaates Sachsen

sind, ohne dass ein Vorrang des Einen oder Anderen besteht.⁴

„Der Sinn und Zweck des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf besteht vielmehr darin, es den Ersatzschulen durch einen finanziellen Ausgleich zu ermöglichen, ihren Schülern in gleicher Weise an öffentlichen Schulen Schul- und Lernmittelgeldfreiheit zu gewähren (...). Die Vorschrift sichert damit eine Wahlfreiheit der Ersatzschule im Hinblick auf ein Bildungsangebot ohne verbindliche Entgelte und verwirklicht damit zugleich die in Art. 102 Abs. 2 SächsVerf angelegte Gleichrangigkeit beider Säulen des Schulwesens in einen aus der Perspektive der Schüler und Eltern wesentlichen Gesichtspunkt.“⁵

Die Freiheit der Privatschulen wird danach durch Art. 102 Abs. 3 Satz 1 SächsVerf in einer besonderen Weise durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit abgesichert. Der Genehmigungsvorbehalt und die damit verbundenen Anforderungen an private Schulen sollen die Qualität und die Integrationsfunktion des Schulwesens

⁴ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 16.

⁵ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 20.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

in einer demokratischen Gesellschaft auch für das Ersatzschulwesen gewährleisten. In der Urteilsbegründung heißt es weiter:

„Sie [die vom Gesetzgeber gestellten Anforderungen] müssen von den Trägern der Ersatzschulen angesichts der hohen Standards an öffentlichen Schulen im Hinblick auf Lehrziele und Einrichtungen sowie die Bezahlung und Ausbildung von Lehrkräften mit erheblichem Kostenaufwand erfüllt werden.“⁶

Der Verfassungsgerichtshof zieht daraus die ausdrückliche Konsequenz, dass der Staat – soll die Freiheit des Ersatzschulwesens nicht zu einer rechtlichen Gewährleistung ohne tatsächliche Ausübungsmöglichkeit werden – den privaten Schulen Förderung und Schutz zukommen lassen muss.⁷ Diese Verpflichtung realisiert sich durch einen finanziellen Ausgleichsanspruch für die vom Gesetz aufgestellten Hürden. Dessen Umfang muss eine dauerhafte Umsetzung der Genehmigungsanforderungen sowie die praktische Perspektive von Neugründungen privater Schulen zur grundsätzlichen

⁶ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 17.

⁷ Vgl. auch BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (114 f.); 112, 74 (83).

Erhaltung des Ersatzschulwesens als Institution ermöglichen.

Gewähren die privaten Schulen eine den öffentlichen Schulen vergleichbare Schul- und Lernmittelfreiheit, steht ihnen somit ein verfassungsrechtlich verbürgter Ausgleich durch das Land zu. Bis zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs wurde dieser Ausgleichsanspruch als einheitliche finanzielle Mindestförderung interpretiert, die den für das Ersatzschulwesen unverzichtbaren Grundförderbetrag zur Existenzsicherung zu leisten hatte. Dieses Verständnis wurde nunmehr ausdrücklich aufgegeben. Das Gericht sieht in Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf einen autonomen Anspruch der privaten Schulen, der über die allgemeine Förderpflicht des Ersatzschulwesens hinausgeht. Der sächsische Verfassungsgerichtshof führt dazu aus, dass eine Auslegung dahingehend, dass Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf den Ersatzschulen entsprechend der Schutz- und Förderpflicht aus Art. 7 Abs. 4 GG lediglich den für die Existenz des privaten Ersatzschulwesens unverzichtbaren Grundförderungsbetrag zukommen lassen wolle, systematisch nicht überzeugend und auch mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht zu vereinbaren sei.

Der Ausgleich verwirkliche eine echte Wahlfreiheit der Ersatzschulen im Hinblick auf das Bildungsangebot so-

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

wie die verfassungsrechtlich angelegte Gleichrangigkeit beider Säulen des Schulwesens in einem aus der Perspektive der Schüler und Eltern wesentlichem Gesichtspunkt. Gerade durch den Umstand, dass die landesverfassungsrechtliche Ausgleichsbestimmung über den Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 GG hinausgehe, werde die weitestgehende Gleichstellung privater und entsprechender öffentlicher Schulen zur Förderung der Vielfalt im Schulwesen bezweckt. Der Ausgleich muss – orientiert am nicht erhobenen Betrag einer vollständigen Schul- und Lernmittelgeldfreiheit – der Höhe nach vollständig sein. Weiter führt der Verfassungsgerichtshof aus:

„In welchem Maße eine Ersatzschule, die einen Ausgleich gemäß Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf in Anspruch nimmt, darüber hinaus eine Förderung gewährt werden muss, ist allein nach den Anforderungen zu entscheiden, die sich aufgrund der aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf abzuleitenden Förderpflicht ergeben.“⁸

Insbesondere wird hier Bezug genommen auf Eigenanteile, die der Schulträger zur Deckung von Unterrichts- und Lernmittelkosten leistet, die nicht in der Erhebung von Schul- und Lernmittelgeldern ihren Ursprung ha-

⁸ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 23.

ben, und die nur auf Grundlage der allgemeinen Förderpflicht ausgeglichen werden können. Ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf eine Förderung in einem bestimmten Umfang oder in einer bestimmten Höhe folgt jedoch weder aus der allgemeinen Förderpflicht noch aus der Ausgleichsregelung selbst, insofern bestätigt der Verfassungsgerichtshof die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG.⁹ Die konkrete Ausgestaltung obliegt vielmehr dem Gesetzgeber, was auch durch Art. 102 Abs. 5 SächsVerf deutlich wird. Den damit verbundenen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum hebt das Urteil ausdrücklich hervor. Der Gesetzgeber hat in diesem Kontext zur Sicherung der grundrechtlichen Gewährleistungen bestimmte prozedurale Anforderungen zu beachten, die sich insbesondere im Hinblick auf definitorische Unschärfen bezüglich des existenziellen Bedarfs der Institution des Ersatzschulwesens ergeben. Daraus folgert der Verfassungsgerichtshof bezogen auf die allgemeine Förderpflicht gemäß Art. 102 Abs. 3 SächsVerf folgende prozedurale Anforderungen:

- Die Mindestleistungen, die den Ersatzschulen qua verfassungsrechtlichen Anspruchs zustehen, müssen in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren eingeschätzt werden. Der Kos-

⁹ Vgl. BVerfGE 90, 107 (117).

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

tenfaktor hat sich dabei an vergleichbaren öffentlichen Schulen zu orientieren oder muss in anderer vertretbarer Weise bemessen werden. Im Rahmen des gesetzgeberischen Spielraums muss die Zulänglichkeit der Förderung begründet werden können, so dass die zugrundeliegende Systematik, die Methode und die unterstellten Annahmen erkennbar und darstellbar sind.

- Zusätzlich unterliegt das Fördermodell dauerhaft einer Beobachtungspflicht, ob sich die jeweiligen Annahmen als zutreffend erweisen. Ist dies nicht der Fall, trifft den Landesgesetzgeber eine entsprechende Nachbesserungspflicht.

Auch bezogen auf den finanziellen Ausgleichsanspruch gemäß Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf stellt das Gericht prozedurale Anforderungen an den Landesgesetzgeber, die im Wesentlichen denen der allgemeinen Förderung des Ersatzschulwesens entsprechen. Denn auch die Berechnung des Ausgleichsanspruchs muss auf einer transparenten Grundlage beruhen bzw. durch ein transparentes Verfahren bemessen werden können. Dabei darf auf Durchschnittswerte abgestellt und Typisierungen vorgenommen werden, es genügt, „wenn der Gesetzgeber generalisierend und typisierend einschätzt, wie viel Schul- und Lernmittelgeld Ersatzschulen unter

Beachtung des Sonderungsverbots einnehmen könnten¹⁰.

2. Verfassungswidrigkeit der Wartefristregelung

Eine Wartefristregelung, wie sie in § 14 Abs. 3 Satz 1 SächsFrTrSchulG a. F. vorgesehen war, steht den Landesverfassungsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich nicht entgegen. Einer Ersatzschule kann die staatliche Förderung durchaus erst nach Ablauf einer Wartefrist oder aber zunächst nur in geringerem Umfang gewährt werden – damit wird dem Zweck entsprochen, den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden.¹¹

Der Verfassungsgerichtshof hebt allerdings hervor, dass aufgrund der objektiven Grundrechtswirkung eine Wartefrist zwar nicht am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist, sie jedoch die Gründung von Ersatzschulen in praktischer Hinsicht nicht ausschließen und damit als „faktische Errichtungssperre“ wirken darf.¹² Der Gesetzgeber dürfe zwar erwarten, dass auf absehbare und

¹⁰ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 29.

¹¹ Vgl. dazu auch BVerfGE 70, 107 (117 ff.).

¹² SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 34.

vorübergehende Zeit Eigenleistungen erbracht werden, in einer Gesamtschau müsse den Ersatzschulen allerdings unter Einhaltung der schon beschriebenen prozeduralen Anforderungen eine Entlastung in Form von Leistungen bereits während der Wartefrist und auch nach Ablauf der Wartefrist in Aussicht gestellt werden.

Der Sinn einer Wartefrist bestehe gerade darin, dass der Nachweis geführt werden soll, ob die Ersatzschule dauerhaft lebensfähig und von der Bevölkerung akzeptiert und angenommen sei, daher bestehe der finanzielle Ausgleichsanspruch gemäß Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf auch dann, wenn sich eine private Schule noch innerhalb der vorgesehenen Wartefrist befinde. Es würde dem Zweck der Wartefrist als Testphase für den Schulbetrieb widersprechen, würde eine neu gegründete Ersatzschule, die schul- und lernmittelfrei sein soll, gerade in dieser Zeit ohne finanziellen Ausgleich bestehen müssen.

3. Verfassungswidrigkeit wegen Gleichheitsverstoß

Schließlich hat der Verfassungsgerichtshof die Verfassungswidrigkeit von § 15 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SächsFrTrSchulG a. F. wegen Verstoßes gegen die Privatschulfreiheit in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 18 Abs. 1 SächsVerf festgestellt, soweit allgemeinbildende Ersatzschulen (exklu-

sive allgemeinbildende Förderschulen) bei Nicht-Erreichen der errechneten Mindestschülerzahlen geringere Zuschüsse erhalten haben als die vergleichbaren öffentlichen Schulen.

IV. Neufassung des SächsFrTrSchulG

Mit Beschluss vom 8. Juli 2015 hat der Sächsische Landtag eine Neufassung des Sächsischen Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft beschlossen. Die Novellierung löste damit die Ursprungsfassung vom 4. Februar 1992 ab. Im vierten Abschnitt über die staatliche Finanzhilfe finden sich nun in den §§ 13-16 zum Teil sehr ausführliche Regelungen, die das Urteil des Verfassungsgerichtshofes verfassungsgemäß umsetzen sollen. Neben den Voraussetzungen für die vom Land gewährte Finanzhilfe, einem gesetzlich fixierten Teilha-beanspruch und einer Mitwirkungspflicht der Ersatzschulen zur Zuschussüberprüfung bildet vor allem § 14 SächsFrTrSchulG n. F. das Kernstück der Novellierung und normiert den Umfang und die Berechnungsmaßga-ben der einzelnen Teilbeträge des jährlichen Pauschalbetrags (Schülerausgabensatz) für die Ersatzschulen.

V. Gutachtenfrage

Gegenstand der Untersuchung soll die besondere verfassungsrechtliche Stellung der Schulen in freier Trä-

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

gerschaft in Sachsen nach den Maßgaben des Art. 102 SächsVerf sein. Im Hinblick auf das ergangene Urteil des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs und der Novellierung des SächsFrTrSchulG sind folgende Fragestellungen verfassungsrechtlich zu betrachten:

- Inwieweit überschneiden sich die Bestimmungen des Art. 102 SächsVerf mit den Gewährleistungen des Art. 7 Abs. 4 GG bzw. inwieweit gehen sie darüber hinaus?
- Welche Auswirkungen hat die Gleichrangigkeit von Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft nach Art. 102 Abs. 2 SächsVerf auf die Gestaltung eines flächendeckenden Schulnetzes in Sachsen?
- Was bedeutet die durch Art. 102 Abs. 4 SächsVerf geforderte weitestgehende Gleichstellung für die Umsetzung des Verfassungsgerichtsurteils vom 15. November 2013 in Bezug auf die staatliche Finanzhilfe für Schulen in freier Trägerschaft?
- Wie verhalten sich die eventuell aus Art. 102 SächsVerf überschießenden Rechte zu Bundesverfassungsrecht im Übrigen?

B. Verfassungsgrundlagen für Schulen in freier Trägerschaft

Die Bestimmungen des Art. 102 SächsVerf prägen im eigenen Verfassungsraum eines Landes die verfassungsrechtlichen Bedingungen des Schulwesens und korrespondieren daher thematisch mit den Gewährleistungen des Art. 7 Abs. 4 GG. Um die Frage zu beantworten, ob landesverfassungsrechtlich damit etwas vom Bundesrecht Vorgegebenes nur in anderen Worten formuliert wird oder ein eigenständiger, darüber hinausweisender Gewährleistungsgehalt verfasst wird, kommt es zunächst auf die bundesverfassungsrechtliche Bestimmung des Schulwesens an.

I. Grundgesetzliche Verankerung

1. Privatschulfreiheit als ein wertentscheidendes Grundrecht

Die deutsche Schullandschaft fällt innerhalb des föderalen Gefüges sowohl als Gesetzgebungskompetenz als auch als Verwaltungskompetenz in die Zuständigkeit der Länder. Verfassungsrechtlich wird dieser Sachbereich lediglich – aber immerhin – von der Systementscheidung des Art. 7 GG geprägt, wonach das gesamte Schulwesen unter Aufsicht des Staates steht. Mit „Aufsicht“ ist heute Verantwortung gemeint und nicht wie noch in § 1 II 12 des Preußischen Allgemeinen Land-

rechts (ALR), dass Schulen „Veranstaltungen des Staates“ seien.¹³

Das Schulwesen als eine elementare Aufgabe des Staates spiegelt die Verantwortung und Gewährleistung für Erziehung, Bildung und Schule wider und kann insoweit als eine grundrechtlich aufzufassende objektive Grundsatznorm verstanden werden.¹⁴ In seiner Aufsichts- und Gewährleistungsfunktion sorgt der Staat neben den Eltern mit einer angemessenen Infrastruktur und der Durchsetzung der allgemeinen Schulpflicht dafür, dass durch Erziehung und Bildung die Fähigkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit wirksam entsteht.

„Die allgemeine Schulpflicht dient als geeignetes und erforderliches Instrument dem legitimen Ziel der Durchsetzung des staatlichen Erziehungsauftrags. Dieser Auftrag richtet sich nicht nur auf die Vermittlung von Wissen und die Erziehung zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit. Er richtet sich auch auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und verantwortungsbewusst an den demokratischen Pro-

¹³ *Markus Kotzur*, in: Stern/Becker, Grundrechte Kommentar, Art. 7 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7, Rn. 1.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

zessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben.“¹⁵

Die beiden Grundlinien der Verfassung, persönliche gleichberechtigte Freiheitsentfaltung auf der einen und die gemeinsame Entfaltung in einer rechtstaatlichen Demokratie auf der anderen Seite, leben davon, dass dafür mit Erziehung und Bildung ein tragfähiges Fundament gelegt wird. Die modernen Bildungs- und Erziehungsideale erschöpfen sich jedoch längst nicht mehr ausschließlich in einer „staatlichen
Entfaltung“¹⁶, und eine staatliche Dominanz im Schulwesen ist vom Grundgesetz nicht gewollt.

Der Aufsicht des Staates wird insofern nichts genommen und der Pluralität der Gesellschaft wird viel gegeben, wenn die Verfassung die Privatschulfreiheit als Grundrecht konstituiert. Ein Grundrecht, das in den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag hineinragt, ja geradezu eine Konkurrenzlage zwischen staatlichem und privatem Angebot eröffnet, ist durchaus bemerkenswert und erklärungsbedürftig. In der Entstehungsphase des Grundgesetzes war die an sich bestehende

¹⁵ BVerfG Kammer vom 31.5.2006, - 2 BvR 1693/04 -, Rn. 16.

¹⁶ *Hans-Ulrich Evers*, Verwaltung und Schule, VVDStRL 23 (1966), S. 146 ff.

obrigkeitsstaatlich gespeiste deutsche Neigung zur Staatsfixiertheit tief erschüttert, so dass Selbstorganisationskräften der Gesellschaft und Intermediären zwischen dem Einzelnen und der öffentlichen Gewalt von der Verfassung ein erkennbar hoher Rang eingeräumt wurde: Mit dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), durch die Anerkennung öffentlich-rechtlich verfasster Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG) und der Aufwertung politischer Parteien (Art. 21 GG). In diesen Kanon selbstregulativer Gewährleistungen gehört auch Art. 7 Abs. 4 GG mit seinem Grundrecht der Privatschulfreiheit. Es gewährleistet zuerst ein Recht, Schulen nach eigenem pädagogischen Zweck, eigenen Personal- und Organisationsvorstellungen sowie im Ziel auf ein selbstgewähltes Bildungs- und Erziehungsideal zu errichten und zu betreiben. Ein Finanzierungsanspruch ist mit dieser Freiheit unmittelbar nicht verbunden. Er entsteht erst sekundär durch die weitgehende steuernde Aufsicht des Staates sowie die formellen und materiellen Genehmigungsvorgaben. Bereits die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Errichtung und den Betrieb von Privatschulen mit dem Gleichwertigkeitsgebot und dem Sonderungsverbot machen deutlich, dass die Privatschulfreiheit in ein eng mit öffentlich-rechtlichen Vorgaben strukturiertes Betätigungsfeld eingepasst wird, die nach einem angemessenen Finanzausgleich ruft. In der Pra-

xis wird aus der Aufsicht des Staates über das gesamte Schulwesen ein öffentliches Aufgabenfeld, in dem die Leistungserbringung einer Pluralität von öffentlichen und privaten Einrichtungen offensteht. Wenn der Staat allerdings materiell Freiheitsberechtigte in ein öffentliches Korsett zwingt, so muss er sie aus Gründen der Grundrechtsachtung und praktischer Konkordanz so stellen, dass eine Freiheitsbetätigung praktisch möglich ist. Die im Vergleich zu angelsächsischen Privatschulsystemen wohltuend anders ausfallende Verfassungsentscheidung für das Sonderungsverbot lässt gut betuchte Schuloasen und über den Reichtum der Eltern finanzierte Leistungszentren nicht zu, führt aber dann andererseits zu einem eminenten öffentlichen Finanzierungsbedarf der privaten Schulträger – weil es Verfassungen und Landesschulgesetze so wollen. Das ist keine Inkonsequenz deutscher Verfassungsvorgaben, sondern hat sich als eine ausgewogene Strukturentscheidung erwiesen: eine Ambivalenz, die Pluralität, Ideen- und Leistungswettbewerb auf der einen Seite mit sozialer Chancengleichheit und flächendeckendem Schulangebot auf der anderen Seite im Großen und Ganzen recht erfolgreich verbindet.¹⁷

¹⁷ Die Ambivalenz einer eng legerferierten und verwaltungspraktisch ausgeübten staatlichen Schulverantwortung und der Entscheidung für die Privatschulfreiheit kann man auch als „Zwickmühle“ bezeichnen, weil Abhängigkeit von ausreichender staatlicher Finanzierung die zwingende Folge ist:

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Die Erziehungs- und Bildungsziele der freiheitlichen Gesellschaft sollen gerade wegen der Absage an ein staatliches Schulmonopol¹⁸ auch durch die institutionelle Ermöglichung von Schulen in privater Trägerschaft und durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit vielfältig und facettenreich gefördert werden. Das Recht zur Errichtung privater Schulen wird in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 des Grundgesetzes mit dem hohen Rang und der wertentscheidenden Substanz eines Grundrechts gewährleistet. Diese Gewährleistung enthält einerseits eine institutionelle Garantie zugunsten privater Schulen und formuliert andererseits ein individuelles Freiheitsrecht, das unter dem in Satz 2 der Norm festgelegten staatlichen Genehmigungsvorbehalt, die freie Errichtung und eigenverantwortliche Ausgestaltung des Schulbetriebs ermöglicht.¹⁹

Dass mit Art. 7 Abs. 4 GG einem staatlichen Schulmonopol eine Absage erteilt wird, ist eine wertbedeutsame

Astrid Wallrabenstein, Verfassungsfragen der Privatschulfinanzierung, RdJB 2/2014, 248 (252 f.).

¹⁸ *Matthias Jestaedt*, § 156 Rdnr. 25 in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009.

¹⁹ Zur institutionellen Garantie siehe BVerfGE 6, 309 (355); 75, 40 (61 f.); zur Errichtung und Ausgestaltung des Schulbetriebs siehe BVerfGE 27, 195 (200 f.); BVerwGE 145, 333 (342).

Entscheidung, die sich im Sinne einer freiheitlich demokratischen Grundordnung gegen eine Benachteiligung gleichwertiger Ersatzschulen im Vergleich zu staatlichen Schulen ausspricht.²⁰ Die Vorschrift macht sehr deutlich, welche Rolle Privatschulen spielen sollen: Sie können und müssen als Ersatzschulen zumindest vollständig dasjenige leisten, was auch von öffentlichen Schulen erwartet wird: Hohe pädagogische Kompetenz und Chancengerechtigkeit. Dass die privaten Schulen nicht „hinter“ den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen (Art, 7 Abs. 4 Satz 3 GG), ist eine verfassungsrechtlich verbürgte (Genehmigungs-)Voraussetzung, die mit der unausgesprochenen Erwartung verbunden ist, dass private Schulen auch durchaus mehr leisten können, als der öffentliche Bereich, wenn sie zivilgesellschaftliches Engagement und eigene, zur Pluralisierung beitragende Konzepte entwickeln.

Private Schulen unterstehen wie die öffentlichen Schulen den Landesgesetzen, womit dem jeweiligen Land die Pflicht auferlegt wird, das private Ersatzschulwesen neben dem öffentlichen Schulwesen in seinem Bestand zu schützen und zu fördern. Kennzeichnend dafür sind eine eigenverantwortliche und nach eigenen Bildungs- und Erziehungszielen geprägte Unterrichtsgestaltung, vor allem die Festlegung der Erziehungsziele, die Ver-

²⁰ BVerfGE 27, 195 (201); 34, 165 (197 f.); 75, 40 (62); siehe auch *Holger Grewe*, DÖV 1950, 33.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

mittlung der jeweiligen weltanschaulichen Basis, sowie die darauf aufbauende Lehrmethode und die Lehrinhalte.

Private Schulen werden damit vom Grundgesetz als eine für das Gemeinwesen notwendige Einrichtung anerkannt und in ihrem Bestand und ihren typenbestimmenden Merkmalen unter den Schutz der Verfassung gestellt und eine Gewährleistungsverantwortung des Staates begründet. Dieser Schutz wird von den für die Bildungs- und Schulgesetzgebung ausschließlich zuständigen Ländern verwirklicht. So muss beispielsweise im Rahmen der Bildungszugänge die Möglichkeit bestehen, nach dem Besuch der Grundschule statt einer öffentlichen eine private Ersatzschule besuchen zu können.²¹ Art. 7 GG ist daher auch in Verbindung mit den elterlichen Rechten aus Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes zu verstehen. Durch die Privatschulfreiheit dürfen die Eltern ihre Wahlfreiheit hinsichtlich der schulischen Erziehung ihres Kindes ausüben. Daneben ist die Garantie für private Schulen auch im Lichte der freien Persönlichkeitsentfaltung aus Art. 2 Abs. 1 sowie der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates zum natürlichen Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 der Verfassung zu würdigen. Allen Bestimmungen ist gemein, dass durch diese Prinzipien der Offenheit der

²¹ Vgl. BVerfGE 34, 165 (197 f.), 75, 40 (62); 112, 74 (83).

Vielfalt der Erziehung und Bildung und zugleich der Offenheit der individuellen Entfaltung der Persönlichkeit Rechnung getragen wird.²²

2. Finanzierungsansprüche privater Schulträger

Das Grundgesetz selbst trifft keine ausdrücklichen Aussagen zur Frage der konkreten Umsetzung der Privatschulfreiheit und zu deren Finanzierung, insbesondere zu staatlichen Finanzhilfen für private Schulen. Die Ausübung einer Freiheit begründet im Grundsatz keinen Anspruch gegen den Staat, dafür auch die finanziellen Mittel bereitzustellen. Lediglich für notwendige Infrastrukturen, beispielsweise angemessen ausgestattete Universitäten zur Verwirklichung akademischer Ausbildungsfreiheit im Sinne des Art. 12 GG²³, gilt etwas Anderes. Dieser allgemeine Grundsatz fehlender Finanzierungsverantwortung des Staates für die Freiheitsbetätigung seiner Bürger kann jedoch keine Geltung beanspruchen, wenn die Freiheit speziell in einem staatsnahen Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge gewährleistet ist, dessen maßgebliche Parameter und Strukturen vom Gesetzgeber bestimmt werden. Das gilt umso mehr, als der Staat im Schulwesen ein dicht regulierendes Aufsichtsmonopol innehat und die Spielregeln

²² BVerfGE 88, 40 (46 f.); 90, 107 (116).

²³ BVerfGE 33, 303 (330).

und auch die Gleichwertigkeitsmaßstäbe - durch entsprechende Leistungserhöhungen im öffentlichen Schulbereich - beinahe beliebig bestimmen kann. Die objektive Gewährleistung der Privatschulfreiheit setzt demgegenüber voraus, dass die privaten Schulen in ihrem Bestand als Institution zumindest ermöglicht werden und zu fördern sind.

Hatte das Bundesverwaltungsgericht in der älteren Rechtsprechungspraxis noch einen unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG ableitbaren Anspruch auf staatliche Subventionierung zur Erhaltung von privaten Schulen bejaht²⁴, ist heute diese Rechtsauffassung weiterentwickelt und differenziert worden. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Urteilen festgestellt, dass der Träger einer privaten Ersatzschule aus Art. 7 Abs. 4 GG keinen unmittelbaren verfassungsrechtlichen Anspruch auf staatliche Finanzhilfe ableiten kann und dass die Verfassungsgarantie lediglich die Pflicht des Landesgesetzgebers begründet, die Voraussetzungen für die Förderung und deren Umfang festzulegen - und zwar in einem solchen Maße, dass der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution nicht evident gefährdet

²⁴ BVerwGE 23, 347, abl. *Christian-Friedrich Menger/Hans-Uwe Erichsen*, VerwArchiv 57 (1966), 377 f.; *Hermann Weber*, JZ 1968, 779.

ist.²⁵ Eine grundsätzliche Förderung privater Schulen als „soziale Einstandspflicht“ sei jedoch unerlässlich, da sonst vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich aufgestellten Genehmigungsbedingungen die zu schützende „Selbstbestimmung im schulischen Wirkungsbereich“ ohne staatliche finanzielle Unterstützung nicht zu verwirklichen sei. Diese Aussage ist auch vor dem verfassungsrechtlich normierten Sonderungsverbot zu sehen, denn die Möglichkeit der umfänglichen Eigenfinanzierung ist den privaten Schulen durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG praktisch genommen: Es ist das Grundgesetz, dass der Entwicklung von in hohem Maße kostenpflichtigen Eliteeinrichtungen nach englisch-amerikanischem Vorbild entgegensteht. Die konkreten Regelungen über Art und Umfang der finanziellen Unterstützung obliegen dem jeweiligen Landesgesetzgeber, dem in diesem Bereich ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zuzubilligen ist.

II. Verfassung des Freistaates Sachsen

Die Sächsische Landesverfassung garantiert in Art. 102 Abs. 1 das Recht auf Schulbildung und begründet die allgemeine Schulpflicht. Abs. 2 der Vorschrift stellt sogleich in Anlehnung an die grundgesetzliche Entscheidung fest, dass die Schulpflicht und die Bildung der Ju-

²⁵ BVerfGE 75, 40 (66 ff.); fortgeführt von BVerfGE 90, 107 (117) und 112, 74 (84).

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

gend durch Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft gewährleistet werden kann. Durch diese Garantie der Schulvielfalt im Freistaat Sachsen wird die bereits vom Grundgesetz erteilte Absage an ein staatliches Schulmonopol bestätigt. Neben Schulen in öffentlicher Trägerschaft soll es auch Schulen geben in freier Trägerschaft, deren Träger natürliche oder juristische des privaten oder des öffentlichen Rechts sein können.²⁶ Alle Schulformen stehen gleichberechtigt nebeneinander.²⁷

Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft ist in Art. 102 Abs. 3 Satz 1 SächsVerf ausdrücklich verbürgt, der Landesgesetzgeber wiederholt das bundesrechtliche Genehmigungserfordernis und präzisiert im Gleichklang mit der Bundesverfassung die Bedingungen und das Sonderungsverbot. Darüber hinaus verlangt Satz 3 die soziale Absicherung des Lehrpersonals. Damit die Genehmigung erteilt werden kann, müssen beispielsweise Urlaubs- und Kündigungsregelungen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Anforderungen entsprechen, aber auch die Stellung der Lehrkräfte muss gesichert sein. Lehrerinnen und Lehrer müssen

²⁶ Siehe § 2 Abs. 1 Satz 1 SächsFrTrSchulG vom 8. Juli 2015 (SächsGVBl. 2015, 434).

²⁷ Vgl. *Harald Baumann-Hasske*, in: ders./Kunzmann, Kommentar zur SächsVerf, Art. 102, Rn. 8.

ihren Beruf in hinreichender, staatlichen Lehrkörpern vergleichbarer finanzieller Selbständigkeit ausüben können.²⁸ Die Vergütung und Altersversorgung bei einer Lehrtätigkeit an einer Schule in freier Trägerschaft muss mit jener an einer öffentlichen Schule vergleichbar sein.

Neben der in Art. 102 Abs. 3 SächsVerf normierten allgemeinen Förderpflicht des Privatschulwesens, bestimmt Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf die Pflicht des Landes, bei Verzicht der Schulen in freier Trägerschaft auf Schul- und Lernmittelgeld, einen finanziellen Ausgleich zu gewähren. Die generelle Unentgeltlichkeit von Unterricht und Lernmittel an Schulen in öffentlicher Trägerschaft wird in Art. 102 Abs. 4 Satz 1 SächsVerf festgelegt. Der ganze hier maßgebliche Absatz lautet:

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

²⁸ *Sigrid Boysen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Art. 7, Rn. 97.

Nehmen demnach Schulen in freier Trägerschaft in vergleichbarer Weise Aufgaben von öffentlichen Schulen wahr, wird ihnen durch die Sächsische Landesverfassung – und das ist im bundesstaatlichen Gefüge nicht der Regelfall – eine korrespondierende Befreiung gewährt, ein Anspruch auf finanziellen Ausgleich eingeräumt.²⁹ Diese Bestimmung des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf geht über den Regelungsgehalt des Grundgesetzes hinaus und macht die Konnexität zwischen der näheren Ausgestaltung von Privatschulfreiheit (Unentgeltlichkeit des Unterrichts und der Lernmittel) auf der einen Seite und der dann anwachsenden staatlichen Finanzverantwortung auf der anderen Seite sehr deutlich.

Bereits in Absatz 3 des Art. 102 SächsVerf wird die bundesverfassungsrechtliche Finanzierungskorrelation aufgenommen und landesrechtlich statuiert: Weil und soweit der Staat ein gleichwertiges Leistungsangebot verlangt und eine soziale Sonderung verbietet, bringt er sich folgerichtig und zwingend in die Position der Ersatzpflicht für die Wegnahme wesentlicher Regulative der Privatschulfreiheit. Denn da Ersatzschulen in freier Trägerschaft aufgrund der verlangten Gleichwertigkeit auch regelmäßig gleich hohe Aufwendungen wie öffentliche Schulen haben und das Sonderungsverbot in Art. 102 Abs. 3 Satz 2 SächsVerf eine kostendeckende allei-

²⁹ Vgl. *Tristan Barczak*, NVwZ 2014, 1556 (1562).

nige Finanzierung über Schulgeld ausschließt, haben sie zur Erfüllung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags einen landesverfassungsrechtlich gewährten Rechtsanspruch auf staatliche Finanzhilfe.³⁰ Dieser verfassungsrechtliche Ausgleichsanspruch wird nunmehr konkretisiert in den neu geschaffenen Regelungen der §§ 13-16 SächsFrTrSchulG.

III. Unionsrechtliche Bestimmungen

Auch das Unionsrecht erkennt die Privatschulfreiheit an. Gemäß Art. 14 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wird die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet.³¹

³⁰ So auch der SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 18 f.; vgl. ferner *Harald Baumann-Hasske*, in: ders./Kunzmann, Kommentar zur SächsVerf, Art. 103, Rn. 11 m.w.N.

³¹ Ausführlich *Hans Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 14, Rn. 17 ff.

C. Entstehungsgeschichtliche Bedeutung der SächsVerf

Verfassungsgebung findet immer in einer konkreten politischen und historischen Situation statt, die prägend für die Inhalte im Einzelnen, aber auch für das Grundanliegen der Verfassung ist. Die Verfassung des Freistaates Sachsen wurde am 26. Mai 1992 beschlossen und trat im selben Jahr am 6. Juni in Kraft. Sie ist das vierte konstitutionelle Regelwerk Sachsens und nach der Neugründung des Freistaates vor allem geprägt durch den Geist und Willen das vorherige SED-Regime zu entmachten und so die Wiedervereinigung Deutschlands einzuleiten.³² Werden landesverfassungsrechtliche Regelungen zum Untersuchungsgegenstand gemacht, muss der historische Hintergrund und das epochal gewachsene Selbstverständnis des die Verfassung legitimierenden Subjekts gebührend beachtet werden.

Der Freistaat Sachsen löste im Wendejahr die DDR als einen zentralisierten Einheitsstaat unter einer marxistisch-leninistisch geprägten Parteiendiktatur ab. Die Forderungen der Volksbewegung, die sich gegen dieses Regime stellte, lauteten im Wesentlichen Reisefreiheit, Wirtschaftsreformen, Demokratie und Rechtsstaatlich-

³² *Kurt Biedenkopf*, in: Degenhart/Meissner, Handbuch der Verfassung des Freistaates Sachsen, Geleitwort.

keit.³³ Es war der Geist der Zivilgesellschaft, der sich zur Friedlichen Revolution formte und auf den Straßen protestierte. Durch die berühmt gewordenen Montagsdemonstrationen artikulierte sich ein Bürgerwille, der auch unter den Bedingungen der Meinungsdictatur nicht zu überhören war. Die Zivilgesellschaft als Zusammenschluss politisch und sozial engagierter, selbständiger Bürgerinnen und Bürger leitete den Wechsel im politischen System ein, nachdem den Machthabern das Risiko forcierter Gewaltanwendung als zu hoch erschien. Die Wiedergewinnung der verfassunggebenden Gewalt in den neuen Bundesländern und ihre Selbstkonstituierung in ihrer regional ausgeprägten staatsrechtlichen Kontinuität war auch im deutschen Bundesstaat wie er seit 1866/1871 existierte – und der ja nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts und der maßgeblichen Bundespolitik über die Besetzung Deutschlands im Jahr 1945 hinweg fortlebte – ein Vorgang zivilgesellschaftlicher Machtübernahme. Die Verfassungen der Länder, gerade auch der Neuen Länder sollten deshalb nie als bloße Zweitausfertigungen des Grundgesetzes gelesen werden. Bei aller Homogenitätserwartung des Grundgesetzes hinsichtlich tragender Strukturen (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) akzeptiert und verfolgt die föderale Verfassungsordnung gezielt die Eigenständigkeit der Verfassungsräume der Länder. Der

³³ Siehe *Bernd Kunzmann*, in: Baumann-Hasske/ders., Kommentar zur SächsVerf, Einleitung, Rn. 11 ff.

Respekt vor dem Volkswillen gerade im Vorgang der Friedlichen Revolution von 1989/90 und die föderale Struktur autonomer Verfassungsräume der Länder harmonisieren demnach und verlangen bei der Interpretation der Landesverfassungen Obacht auf die eigenständigen Gehalte zu geben und nicht allein mit der Brille der bundesstaatlichen Verfassung hier vorschnell zu harmonisieren und zu prästrukturieren. Für die Eigenständigkeit der Regelungsgehalte und für eigenständige Interpretationsspielräume spricht zudem die vom Grundgesetz selbst angeordnete und gewährleistete Schulhoheit der Länder, die einer der zentralen Pfeiler der so genannten Kulturhoheit der Länder ist und die sich auch darin ausdrückt, dass die Landesverfassungen gerade hier eigenständig regeln und das ausfüllen, was ihnen an bundesstaatlich eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten zukommt.³⁴

Die Sächsische Verfassung hat insofern nicht nur Bedeutung für die Staatsorganisation auf Landesebene, die Landesbehörden, Gemeinden und Gerichte. Sie regelt zugleich das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Land, normiert institutionelle Garantien, gewährt Rechtsschutz durch den Landesverfassungsgerichtshof und stellt auch die gesetzlichen Weichen in

³⁴ *Matthias Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage Bd. VII, 2009, § 156 Rn. 30.

Bereichen der Schulen und Universitäten. Die in Art. 102 Abs. 2 SächsVerf erteilte Absage an ein staatliches Schulmonopol ist daher auch vor dem jeweiligen historischen Kontext zu sehen – der Verfassungsgerichtshof sieht in der Vorschrift des Art. 102 SächsVerf den zentralen Ausdruck „der Erfahrung der Instrumentalisierung gerade staatlicher Schulen für ideologische Ziele“.³⁵

Art. 102 SächsVerf garantiert die Privatschulen als Institution und beinhaltet zugleich eine Gewähr des Pluralismus im Schulwesen. Damit werden Erfahrungen der SED-Diktatur mit einem indoktrinierenden, eng gelenkten staatlichen Schulwesen verarbeitet und auf institutioneller Ebene gleichsam pluralistische Vorsorge getroffen. Ob diese Vorsorge in demokratischer Sicht so prononciert – d.h. über die bereits im Grundgesetz gewährleistete Privatschulfreiheit hinausreichend - erforderlich ist oder nicht, mag im Westen der Bundesrepublik Deutschland anders gewichtet und entschieden werden, stellt aber in einem neuen Bundesland wie Sachsen einen spezifisch antitotalitären Akzent der Landesverfassung dar und muss als solcher im Verfassungsverständnis und bei der Rechtsanwendung hinreichend gewürdigt werden.³⁶

³⁵ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 17.

³⁶ Dazu näher sogleich unter D. I.

Das Streben nach Vielfalt und Ausgewogenheit im Schul- und Bildungswesen, das die Grundlage einer jeden freiheitlich-demokratischen Gesellschaft ausmacht, zeigte sich bereits im Prozess der Wiedererrichtung des Freistaates Sachsen in den frühen Schulgründungen in kirchlicher Trägerschaft, die in Opposition zu Inhalten und Führungsstil der DDR-Staatsgewalt standen.³⁷ Pluralismus ist ein unabdingbares Konstitutionselement des freiheitlichen Verfassungsstaates und schlägt sich in kulturellen und bildungsrelevanten Angelegenheiten in der schulischen Vielfalt und im Recht der Bürger wider, innerhalb des Rahmens des „zivilisatorischen Mindeststandards“ einer Gesellschaft die Erziehung ihrer Kinder im Wege der Selbstdefinition zu bestimmen.³⁸

Art. 102 SächsVerf drückt insoweit eine den besonderen historischen Gegebenheiten geschuldete ganz eigene Selbstdefinition aus. Der in Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf gewährte Ausgleichsanspruch dient nicht so sehr als reiner Aufwendungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch private Ersatzschulen. Die Regelung findet ihre Legitimation in der Förderung eigenverantwortlicher – auch privat ausgeübter – Bildungsaufgaben:

³⁷ Vgl. *Kerstin Harzendorf*, SächsVBl. 2014, 77 (79).

³⁸ Vgl. *Frank-Rüdiger Jach*, Schulvielfalt als Verfassungsgebot, S. 43.

„Der Schulbetrieb an Ersatzschulen ist Ausdruck einer Grundrechtsbetätigung und nicht einer staatlichen Aufgabenübertragung“³⁹.

Diese Grundrechtsbetätigung kann einem angemessenen Interpretationsversuch nur zugänglich gemacht werden, blendet man das in der DDR-Diktatur Erlebte nicht aus. Ein Schulwesen, das Kinder und Jugendliche zu freien und selbständigen Persönlichkeiten bildet und erzieht, das Individualität anerkennt und fördert, das dem Einzelnen alle Voraussetzungen eines mündigen Bürgers mit auf den Weg gibt, war während des Bestands der DDR nicht oder nur eingeschränkt vorhanden.

³⁹ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 19.

D. Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Maßstabs

Um das Verhältnis, Überschneidungen und Abweichungen der verfassungsrechtlichen Garantie der Privatschulfreiheit näher bestimmen zu können, sind Art. 7 Abs. 4 des Grundgesetzes sowie Art. 102 der Sächsischen Landesverfassung heranzuziehen.

I. Verhältnis von Grundgesetz und Landesverfassung

Die Eigenstaatlichkeit der Länder ist konstitutives Element der grundgesetzlichen Entscheidung für den Bundesstaat gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG. Die Bundesrepublik als ein föderativ gestalteter Bundesstaat lässt daher die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander bestehen. Gleiches gilt auch für die jeweilige Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder.⁴⁰ Das heißt, dass das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte in ihrem jeweiligen Rechtskreis die abschließende Entscheidungskompetenz haben und über Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit ei-

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 6, 376 (381 f.); 22, 267 (270); 60, 175 (209); *Franz Wilhelm Dollinger*, in: Umbach/Clemens/ders. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 80, Rn. 19.

ner Rechtsnorm mit Bundesrecht bzw. dem jeweiligen Landesrecht urteilen.

Die Länder konstituieren den Bundesstaat ebenso wie sie von ihm konstituiert werden. Ihre staatliche Autonomie ist keine völkerrechtliche Souveränität, aber doch ein von der Bundesverfassung anerkannter und geforderter (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) eigenstaatlicher politischer Verfassungsraum. Innerhalb dieses Raumes genießen die Länder Selbständigkeit, was vor allem die Zuerkennung von Staatsqualität voraussetzt. In der deutschen Verfassungstradition bedeutet dies, dass typischerweise sowohl der Gesamtstaat als auch die Gliedstaaten ihre eigene, autonom bestimmte Verfassung besitzen und beispielsweise eigenverantwortlich ihre Staatsfundamentalnormen artikulieren können.⁴¹

Es ist in diesem Kontext von eigenen und gleichgeordneten Verfassungs- und Kompetenzräumen die Rede.⁴² In der Idee und im Rechtskonstrukt der bundesstaatlichen Gesamtverfassung begründet sich das Prinzip der Gleichordnung von Gesamtstaat und Einzelstaaten. Die Verflechtungen der verschiedenen staatlichen Ebenen

⁴¹ *Armin Dittmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 127, Rn. 1.

⁴² *Richard Bartlsperger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 128, Rn. 30 ff.

setzen zur Funktionsfähigkeit des Bundesstaates ein Mindestmaß an struktureller Homogenität (siehe insbesondere Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) voraus.⁴³ Landesverfassungsrecht steht damit zwar für den Ausdruck eigener Staatlichkeit der Länder, ist zugleich jedoch an die Homogenitätsvorgaben der Bundesverfassung gebunden. Diese Verbindung klingt für das Land Sachsen bereits in Art. 1 der Landesverfassung jedenfalls leise an, indem das Prinzip des föderalen Bundesstaates bestätigt wird: „Der Freistaat Sachsen ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland“.

Die Länder sind (innerhalb des gesamtstaatlichen Verbandes) aus eigenem Recht befugt, sich Verfassungen zu geben und diese nach ihrem Empfinden und ihren Vorstellungen inhaltlich zu gestalten.⁴⁴ Diese bereits in den Anfangsjahren der Bundesrepublik durch das Bundesverfassungsgericht anerkannte und bestätigte Eigenständigkeit des Landesverfassungsrechts eröffnet damit auch die Möglichkeit eine landesspezifische Individualität zu entwickeln und auszuprägen.⁴⁵ Zwar be-

⁴³ Dazu *Jörg Menzel*, Landesverfassungsrecht, S. 154 ff.

⁴⁴ Siehe bereits BVerfGE 1, 14 (34); 36, 342 (361).

⁴⁵ *Wolfgang Graf Vitzthum*, VVDStRL 46 (1987), S. 27 f. zeichnet das schöne Bild „Der Wald hat keine Wurzeln, nur der Baum“ und spricht von den Ländern als „regionale Geschichtslandschaften“, aaO, Fn. 79.

schränkt das Grundgesetz die Verfassungsräume der Länder insofern, als Strukturbestimmungen vorgegeben werden und elementaren Vorgaben in homogener Art und Weise entsprochen werden muss. Zu nennen sind vor allem die zahlreichen prozeduralen und institutionellen grundgesetzlichen Vorkehrungen oder die Verzahnung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern bei der Gesetzgebung. Das ändert aber nichts daran, dass die Länder eigenständige und mit autonomer Staatlichkeit ausgestatte Teilelemente des Bundesstaates der Bundesrepublik Deutschland sind, die ihre jeweiligen Verfassungen im vorgezeichneten bundesstaatlichen Rahmen individuell ausgestalten und mit eigenen Akzenten und Schwerpunkten versehen können.

II. Art. 7 Abs. 4 Grundgesetz

Damit steht fest, dass auch eine grundgesetzliche Vorschrift über das Schulwesen weder abschließend sein kann, noch unitarisch überinterpretiert werden darf. Die Länder haben auf ihrem ureigenen kultur- und schulpolitischen Kompetenzfeld eigene verfassungsrechtliche Prägung. Gleichwohl kommt es darauf an, die Vorgaben der Bundesverfassung angemessen zu verstehen und zu gewichten, damit das Zusammenspiel mit dem Landesverfassungsrecht im Sinne einer föderalen Konkordanz gelingt. Schon Art. 147 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung erkannte das Privatschulwesen an

und legte jene Bedingungen und Voraussetzungen zur Gründung von privaten Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen fest, die auch die heute geltende Verfassung festschreibt. Gleichwohl ist in Art. 7 Abs. 4 GG eine deutlich positivere Grundhaltung gegenüber dem Privatschulwesen zu erkennen, als dies noch mit dem in Art. 147 WRV zum Ausdruck kommenden *Soupçon* der Fall war.⁴⁶ Denn mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG wird das Recht zur Errichtung von privaten Schulen ausdrücklich und positiv als subjektiv durchsetzbares Grundrecht gewährleistet.

Das Privatschulwesen soll einer Zentralisierung und Politisierung des öffentlichen Schulwesens und seiner Bildungs- und Erziehungsziele entgegentreten und das Streben nach Vielfalt und Pluralismus zum Ausdruck bringen und diesen Zielen einen gesicherten Raum eröffnen. Die Freiheit zur Gründung und zum Betrieb privater Schulen als eigenständige Verfassungsgarantie dient insofern auch der Sicherung anderer grundrechtlicher Freiheiten – genannt seien an dieser Stelle nur Art. 6 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 und Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV.⁴⁷ Das Schulwesen im

⁴⁶ Vgl. *Sigrid Boysen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Art. 7, Rn. 88.

⁴⁷ *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7, Rn. 92.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Gesamten, das einerseits unter staatlicher Aufsicht steht und damit einheitliche Bildungs- und Ausbildungsstandards sichern soll, soll andererseits aber zugleich Freiräume schaffen, Vielfalt ermöglichen und Privaten Handlungsspielräume einräumen. Denn dahinter steht der Gedanke, dass neben den mehrheitlichen staatlichen Bildungseinrichtungen auch Minderheiten die Chance haben müssen ihre Bildungsziele und -ideen zu verwirklichen, eine Vorstellung, die in besonderem Maße der freiheitlichen Komponente der verfassungsmäßigen Ordnung des unter dem Grundgesetz verfassten Staates entspricht. Durch die Gewährleistung der Privatschulfreiheit wird den Eltern die Möglichkeit eingeräumt, ihre Kinder nach ihnen individuell zusagenden Bildungsidealen unterrichten zu lassen und die privaten Schulträger können – innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens staatlich wahrgenommene Schulverantwortung und unter Achtung des Elternrechts - eigene pädagogische und didaktische Schwerpunkte setzen. Betrachtet man die Entwicklung der privaten Schulen in der Bundesrepublik in den letzten Jahren und Jahrzehnten, kann von einem wachsenden und nachhaltigen Interesse der Eltern an eben dieser freien Schulwahl gesprochen werden.⁴⁸

⁴⁸ *Markus Ogorek*, DÖV 2010, 341 (342); siehe auch unter A. II.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Art. 7 Abs. 4 GG gewährleistet die Gründung von Privatschulen und erkennt das Rechtsinstitut als solches an. Wesentliches Kennzeichen der privaten Schulen ist die Freiheit einen eigenverantwortlich geprägten und nach eigenen Bildungs- und Erziehungsidealen ausgestalteten Unterricht anzubieten, insbesondere im Hinblick auf die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte. Auch Entscheidungen in organisatorischer und personeller Hinsicht sind von der Gestaltungsfreiheit des privaten Schulträgers umfasst. *Peter Badura* formuliert den Kerngedanken der grundrechtlich verbürgten Privatschulfreiheit wie folgt:

„Es ist das Wesen der Privatschule, dass sie neben der öffentlichen Schule und nicht anstelle des Staates eigene, nicht staatliche Ziele verfolgt. Der Grund für die Förderung des Privatschulgedankens und seine verfassungsrechtliche Garantie liegt zuerst darin, dass der Toleranz des pluralistischen Staates ein vollständiges staatliches Schulmonopol nicht entspricht. Damit zusammenhängt die durch die Erfahrung bestätigte pädagogische Vorstellung, dass Privatschulen infolge der ihnen grundsätzlich zustehenden inneren Unter-

richtsfreiheit oftmals Schrittmacher erzieherischen Fortschritts sein können.“⁴⁹

1. Das Gebot der Gleichwertigkeit

Schulen in freier Trägerschaft werden in Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG als Ersatz für öffentliche Schulen unter einen Genehmigungsvorbehalt gestellt. Private Schulen dürfen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen. Erfüllt der Schulträger alle Voraussetzungen, lässt alleine die Erteilung der Genehmigung die private Schule jedoch nicht dem öffentlichen Schulwesen zugehörig werden. Eine solche Vereinnahmung wäre mit dem in dem Genehmigungsvorbehalt enthaltenen Gebot der Gleichwertigkeit nicht zu vereinbaren.⁵⁰

Das Gleichwertigkeitsgebot als bindende Genehmigungsvoraussetzung soll den Erziehungs- und Bildungsstandard, der qua staatlichen Bildungsauftrags für die öffentlichen Schulen gilt, für diejenigen Schulen, die als Ersatzschulen an deren Stelle treten, gleichermaßen

⁴⁹ *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7, Rn. 102. Siehe auch BVerfGE 27, 195 (202 f.); 75, 40 (62 ff.).

⁵⁰ BVerfGE 27, 195 (209).

auch für das Privatschulwesen gewährleisten. Damit wird den Privatschulen jedoch keine Gleichartigkeit in Bezug auf die pädagogischen Ziele oder die Unterrichtsformen abverlangt.⁵¹ Das Grundgesetz verlangt (lediglich) eine Gleichwertigkeit der Privatschulen mit öffentlichen Schulen, keine Gleichartigkeit vor allem die Lehrziele und den Standard des Bildungsangebots betreffend. Nur durch Gleichwertigkeit kann die angestrebte Vielfalt im Schulwesen ermöglicht werden. Gleichwertige Ersatzschulen dürfen im Verhältnis zu Schulen in öffentlicher Trägerschaft nicht wegen ihren andersartigen Erziehungsformen und -inhalte verhindert werden.⁵² Gleichwertigkeit bedeutet aber auch, dass die öffentlichen und die privaten Schulen im Grundsatz gleichberechtigt sind. Das gesamte Schulwesen steht zwar unter der Aufsicht des Staates, der Bildungs- und Erziehungsauftrag wird von öffentlichen Schulen und Schulen in freier Trägerschaft jedoch gleichberechtigt verwirklicht.

2. Staatliche Schutz- und Förderpflicht

Die Existenz von Schulen in freier Trägerschaft darf nicht lediglich auf dem Papier existieren und von der

⁵¹ *Ulfried Hemmrich*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar (5. Aufl. 2000), Art. 7, Rn. 41.

⁵² BVerfGE 90, 107 (114).

Verfassung zugelassen werden. Der Staat hat gerade wegen seiner umfassenden schulpolitischen Verantwortung Rahmenbedingungen zu schaffen, innerhalb derer sich das Privatschulwesen seiner Eigenart entsprechend frei entfalten kann. Dazu gehört vor allem das Recht den schulischen Wirkungsbereich selbstbestimmt auszugestalten, was jedoch ohne staatliche Unterstützung nicht möglich ist.⁵³ Diese Pflicht zur Unterstützung und Förderung privater Ersatzschulen begründet sich in der Überlegung, dass die gesetzlich aufgestellten Hürden (dauerhafte Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen) gewissermaßen kompensiert werden müssen – jedenfalls, wenn die private Ersatzschule in ihrem Bestand bedroht ist.

Bei Art und Umfang der finanziellen Förderung muss der Gesetzgeber die aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Vorgaben berücksichtigen.⁵⁴ Allerdings ergibt sich aus der Verfassungshistorie wie auch aus der speziellen Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 4 GG kein Anhaltspunkt für die Annahme, das Grundgesetz habe mit der Gewährleistung der Privatschulfreiheit eine umfassende staatliche Finanzierungsverpflichtung begründen

⁵³ BVerfGE 75, 40 (62 ff.); 88, 40 (46 f.); siehe auch BayVerfGH NVwZ 1985, 481.

⁵⁴ BVerfGE 75, 40 (67 ff.).

wollen.⁵⁵ Die staatliche Finanzierungsverpflichtung entsteht erst aus der Mechanik von kostenrelevanten Leistungsanforderungen (Genehmigungsvoraussetzungen und Unterrichtsvorgaben) und dem einnahmebeschränkenden Sonderungsverbot.

Das in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ebenfalls normierte Sonderungsverbot führt, soll die Privatschulfreiheit nicht um ihren Entfaltungsraum gebracht werden, zu einer staatlichen Finanzierungspflicht. Das Sonderungsverbot ist natürlich nicht gleichzusetzen mit einem Verbot, die private Schule durch die Erhebung von Schulgeldern zu finanzieren. Würde die private Schule jedoch eine kostendeckende Summe an Schulgeld einführen, hätte dies unweigerlich zur Folge, dass nur noch finanziell stärkere Bevölkerungskreise oder jene, die dazu bereit wären, die schulische Ausbildung und Erziehung ihrer Kinder bezahlen können. Dies hätte wiederum zwangsläufig zur Folge, dass der Versagungsgrund des Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG unbeachtet bliebe. Die Verknüpfung des Genehmigungsvorbehalts für Schulen in freier Trägerschaft mit der Absicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte begründet daher notwendigerweise eine freiheitsermöglichende,

⁵⁵ Ausführlich BVerfGE 75, 40 (58 ff.).

privatschulfreundliche⁵⁶ Ausgleichspflicht des Staates als Teil der allgemeinen Schutz- und Förderpflicht zu Gunsten des Privatschulwesens.

3. Gesetzgeberischer Ausgestaltungsspielraum

Art. 7 Abs. 4 GG anerkennt die Gründungsfreiheit und die institutionelle Garantie der Privatschule. Darüber hinaus wird den für die Schulgesetzgebung ausschließlich zuständigen Ländern die Pflicht auferlegt, „das private Ersatzschulwesen neben dem öffentlichen Schulwesen zu fördern und in seinem Bestand zu zen“⁵⁷. Diese verfassungsrechtlich verankerte Schutz- und Förderpflicht gilt grundsätzlich absolut. Wie der Gesetzgeber dieser Aufgabe nachkommt, steht allerdings in seinem Gestaltungsermessen, hinsichtlich der Mittel des Schutzes kommt ihm ein Auswahlermessen zu.⁵⁸ Das dem Gesetzgeber zukommende Gestaltungsermessen ist dabei als ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu verstehen, der die

⁵⁶ Zur „Privatschulfreundlichkeit“ des Grundgesetzes: *Matthias Jestaedt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 156, Rn. 26.

⁵⁷ BVerfGE 75, 40 (62).

⁵⁸ *Josef Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 191, Rn. 219.

Berücksichtigung konkurrierender öffentlicher und privater Interessen ermöglichen soll.⁵⁹

Um die Schutz- und Förderverpflichtung zu verwirklichen, müssen die staatlich ausgewählten Mittel zweckdienlich und geeignet, die Vorkehrungen effektiv und eine rechtlich und reale Gewähr eines Mindeststandards an Schutz im Sinne des Untermaßverbotes existent sein.⁶⁰ Maßgeblich ist auch die Bedeutung des grundrechtlichen Schutzgutes und der Grad seiner jeweiligen Gefährdung, beide Faktoren können sich auf die konkrete Ausgestaltung der Schutz- und Förderpflicht auswirken. Vorliegend ist der Bestandsschutz und die Förderung des Privatschulwesens zudem im Kontext der sozialen Grundrechtsvoraussetzungen zu betrachten, die Gegenstand der sozialstaatlichen Schutzpflicht sind und gewissermaßen als „Grundrechtsvoraussetzungsschutz“ aufgegriffen werden können.⁶¹

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 56, 54 (80 f.); 77, 170 (214 f.); 77, 381 (405).

⁶⁰ *Josef Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 191, Rn. 301.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 125, 39 (79 f.); ferner *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 191, Rn. 202 ff.

E. Art. 102 SächsVerf

Die Vorschrift des Art. 102 SächsVerf baut im Wesentlichen auf die Bestimmungen von Art. 7 GG auf. Die Sächsische Landesverfassung nimmt in ihrem Reglement die Schulen in freier Trägerschaft jedoch stärker in den Fokus, als es durch das bundesverfassungsrechtliche Pendant geschieht: Sie verstärkt sichtbar den bereits im Grundgesetz angelegten „antikollektivistischen Zug“⁶². Art. 102 Abs. 2 SächsVerf bestimmt ausdrücklich, dass für die Bildung der Jugend sowohl Schulen in öffentlicher Trägerschaft als auch Schulen in freier Trägerschaft sorgen und garantiert damit die Schulvielfalt im Freistaat Sachsen.

Art. 102 Abs. 3 SächsVerf entspricht Art. 7 Abs. 4 des Grundgesetzes. Während das Grundgesetz die Formulierung „Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen“ wählt, was im Hinblick auf die Frage von Gleichwertigkeit und Gleichartigkeit im Vergleich von Schulen in privater und öffentlicher Trägerschaft jedenfalls Diskussionsbedarf aufwirft, spricht die Sächsische Verfassung schlicht von „Schulen in freier Trägerschaft, welche die Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahrnehmen“. Neben dem Recht auf Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft enthält Abs. 3 aus-

⁶² *Matthias Jestaedt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, § 156 Rn. 28.

formulierte Schranken dieses Freiheitsrechts, die auf die Unterscheidung von Ersatzschulen und Ergänzungsschulen abzielen. Die verfassungsrechtlichen Schranken betreffen nur die Errichtung und den Betrieb von Ersatzschulen, die gerade dieselben Aufgaben wie Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahrnehmen.⁶³

Der abweichende Wortlaut markiert den Umstand, dass Schulen in freier Trägerschaft sowohl eine schulformbezogene als auch eine pädagogische Eigenständigkeit hinsichtlich ihrer Unterrichtsziele und Methoden besitzen, ohne dass ihre Ersatzschulqualität im Sinne des Art. 7 Abs. 4 GG in Frage gestellt werden könnte.⁶⁴ Der in der Sächsischen Verfassung niedergeschriebene finanzielle Ausgleichsanspruch zeige – so wird vertreten – die schon in der Schulgesetzgebung zu beobachtende besondere „Partnerschaft und Fürsorge“ der Altbundesländer bei der Formulierung der Schulverfassungsartikel für das Schulwesen, wenn das Land Sachsen in seinem Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf im Wesentlichen die Formulierung des Art. 14 Abs. 2 Satz 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg übernehme.⁶⁵

⁶³ M. w. N. *Harald Baumann-Hasske*, in: ders./Kunzmann, Kommentar zur SächsVerf, Art. 102, Rn. 9.

⁶⁴ *Frank-Rüdiger Jach*, RdJB 1992, 268 (275).

⁶⁵ Art. 14 Abs. 2 Satz 3 der LVerf Baden-Württemberg vom 11. November 1953 (GBl. S. 173) lautet: „Auf gemeinnützi-

Die landesverfassungsrechtliche Regelung des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf berücksichtigt über den Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 GG hinaus die leistungsrechtliche Dimension des Rechts auf Gründung und Unterhaltung von Schulen in freier Trägerschaft, indem zur Erfüllung dieser Aufgaben ein finanzieller Ausgleichsanspruch positiv normiert wird. Wer die verfassungsrechtlichen Bedingungen erfüllt, hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Genehmigung zur Gründung einer Schule in freier Trägerschaft. Die genehmigte Ersatzschule hat dann in der Folge aber auch vergleichbare Aufwendungen wie eine öffentliche Schule, welche sie wegen des Sonderungsverbots in Art. 102 Abs. 3 Satz 2 SächsVerf nicht allein über Schulgeld ausgleichen kann. Da aber genehmigte Ersatzschulen auch und vor allem in gleichberechtigter Art und Weise den staatlichen Erziehungsauftrag erfüllen, haben sie einen verfassungsrechtlichen Rechtsanspruch auf staatliche Finanzhilfe bzw. einen korrespondierenden finanziellen Ausgleichsanspruch.⁶⁶

ger Grundlage arbeitende private mittlere und höhere Schulen, die einem öffentlichen Bedürfnis entsprechen, als pädagogisch wertvoll anerkannt sind und eine gleichartige Befreiung gewähren, haben Anspruch auf Ausgleich der hierdurch entstehenden finanziellen Belastung.“

⁶⁶ M. w. N. *Harald Baumann-Hasske*, in: ders./Kunzmann, Kommentar zur SächsVerf, Art. 102, Rn. 11.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Vergleicht man den sächsischen Anspruch mit Förderansprüchen etwa in der baden-württembergischen Verfassung, ist aufgrund der unterschiedlichen Entstehungsgeschichten das sächsische Regelwerk nicht in derselben für das Recht in Baden-Württemberg bekannten eher restriktiven Lesart zu interpretieren.⁶⁷ Denn die Forderungen nach freien Schulen als eine ernstzunehmende Alternative zum staatlichen Schulwesen in Sachsen stechen durch die wendebedingte Gesprächs- und Versammlungskultur heraus. Mit der Grenzöffnung drangen erste Informationen über Schulen in freier Trägerschaft gen Osten, auch bei den Montagsdemonstrationen als bedeutender Bestandteil der friedlichen Revolution der Zivilgesellschaft waren Forderungen nach anderen als den staatlichen, nach freien Schulen auf den Plakaten und von den Menschen zu vernehmen.⁶⁸ Der Verfassungsgeber hat sich mit Einführung des Art. 102 SächsVerf, insbesondere durch die Absätze 2-4, zu einem klaren Bekenntnis für eine pluralistische und offene Schullandschaft entschieden. Die Absage an eine staatliche Einheitsschule als Ausdruck

⁶⁷ Vgl. *Frank-Rüdiger Jach*, RdJB 1992, 268 (275). Zum Förderanspruch nach baden-württembergischen Recht siehe ausführlich *Bodo Pieroth/Michael Kromer*, VBIBW 1983, 157 (159 ff.).

⁶⁸ Vgl. *Elke Urban*, in: *Bohne* (Hrsg.), *Evangelische Schulen im Neuaufbruch*, S. 69.

eines staatlichen Schulmonopols wird durch die individuelle und landesspezifische Gewährung eines finanziellen Ausgleichsanspruchs gestützt. Dem Verfassungsgeber in Sachsen war die bis zum Jahr 1990 ergangene Rechtsprechung zur allgemeinen Förderpflicht gemäß Art. 7 Abs. 4 GG bekannt, sodass mit Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf eine Regelung mit eigenständiger Bedeutung geschaffen wurde.⁶⁹ Die Norm verfolgt gerade den Sinn und Zweck, durch den finanziellen Ausgleichsanspruch die Schul- und Lernmittelfreiheit an Schulen in freier Trägerschaft zu ermöglichen und dadurch die Schulvielfalt und den Pluralismus im Bildungswesen zu verwirklichen.

Auch die besondere Entstehungsgeschichte – darauf verweist auch der Sächsische Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil⁷⁰ – spricht für dieses Verständnis. Denn bereits Art. 103 Abs. 4 nach dem ursprünglichen Gohrischen Entwurf der Verfassung vom 5. August 1990 entsprach dem späteren Art. 102 Abs. 4 SächsVerf. Nach dem Ursprungsentwurf lautete Art. 103 Abs. 4: „Unterricht und Lernmittel an den öffentlichen Schulen sind

⁶⁹ Vgl. *Volker Schimpff/Jürgen Rühmann* (Hrsg.), *Die Protokolle des Verfassungs- und Rechtsausschusses zur Entstehung der Verfassung des Freistaates Sachsen*, 2. Klausurtagung S. 12 f. und 4. Klausurtagung, S. 36.

⁷⁰ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 20 f.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

unentgeltlich. Auf gemeinnütziger Grundlage arbeitende private oder kirchliche Schulen, die als Ersatz für öffentliche Schulen einem öffentlichen Bedürfnis entsprechen und eine gleichartige Befreiung gewähren, haben Anspruch auf Ausgleich der hierdurch entstehenden finanziellen Belastung.“

F. Verfassungsrechtliche Beurteilung der gegenwärtigen Finanzierung von Privatschulen in Sachsen

I. Aktuelles Finanzierungsmodell

Erklärtermaßen will der sächsische Gesetzgeber die soeben referierten und gewürdigten Verfassungsvorgaben achten und seine Förderverantwortung wahrnehmen. Die Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft als Ersatzschulen beruht in Sachsen auf der Grundlage eines Drei-Säulen-Modells, das sich aus staatlichen Zuschüssen, Beiträgen der Schüler bzw. der Eltern und Eigenleistungen des jeweiligen Schulträgers zusammensetzt.⁷¹ Genehmigte Schulen in freier Trägerschaft erhalten als Ersatzschulen gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 SächsFrTrSchulG auf Antrag staatliche Finanzhilfe in Form von Zuschüssen des Landes Sachsen. Dieser Zuschuss wird in vollem Umfang nach Abs. 3 Satz 1 derselben Vorschrift erstmals nach Ablauf einer dreijährigen Wartefrist gewährt, ein hälftiger Anteil wird schon während der Wartefrist bewilligt und ausgezahlt. § 14 SächsFrTrSchulG regelt den Umfang der staatlichen Finanzhilfe. Der Zuschuss wird demnach für jeden Schüler eines Bildungsgangs als jährlicher Pauschalbetrag (Schülersausgabensatz) errechnet und gewährt. Dieser

⁷¹ Einen umfassenden Überblick leistet *Astrid Wallrabenstein*, RdJB 2014, 248.

Pauschalbetrag setzt sich je Schüler aus den Personalausgaben für Lehrkräfte, den Personalausgaben für pädagogische Unterrichtshilfen an Förderschulen und den Sachausgaben (Sachmittel, nichtpädagogisches Personal, Verwaltung und Sonstiges) zusammen.

1. Personal- und Sachkosten

Die Personalausgaben für Lehrkräfte berechnen sich nach einer Sollkostenformel, die sich an den Kosten und Parametern der Schulen in öffentlicher Trägerschaft orientiert. Konkret wird Bezug genommen auf die Unterrichtsstunden, die Unterrichtsverpflichtungen für die Lehrpersonen und die sogenannten Klassenrichtwerte. Der darauf bezogene Absenkungsfaktor beträgt nach der novellierten Gesetzesfassung 0,9, das heißt die Personalkosten des Zuschusses sind auf 90 Prozent gegenüber den Personalkosten an öffentlichen Schulen beschränkt. Dies ist gegenüber der alten Gesetzeslage eine Verbesserung, da der Absenkungsfaktor dort 0,8 betrug. Für allgemeinbildende Gymnasien kommt dann noch der bedarfserhöhende Faktor 1,167, für Grundschulen beispielsweise 1,190 hinzu. Die Sachausgaben sind nach § 14 Abs. 5 SächsFrTrSchulG pauschal je Schüler festgelegt. An einer Grundschule werden die Sachausgaben etwa mit 1.349 Euro, an einem Gymnasium mit 1.422 Euro in Anschlag gebracht.

Für die Personal- und Sachkosten gilt das Gebot der Gleichwertigkeit von Schulen in freier und öffentlicher Trägerschaft über den Gleichbehandlungsgrundsatz als entscheidendes Kriterium einer verfassungsrechtlichen Beurteilung. Gleichwertigkeit bedeutet schon dem Wortlaut nach zwar keine Gleichartigkeit⁷², doch muss bereits für eine Beschränkung der Personalkosten eine faktische Schlechterstellung von Schulen in freier Trägerschaft gegenüber Schulen in öffentlicher Trägerschaft festgehalten werden.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen

Aus der allgemeinen staatlichen Förderpflicht (Art. 102 Abs. 3 SächsVerf) des Ersatzschulwesens folgt kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Förderung in einem bestimmten Umfang oder in einer bestimmten Höhe folgt.⁷³ Die Finanzausstattung von öffentlichen und privaten Schulen muss gleichwertig, in ihrer konkreten Ausgestaltung jedoch nicht gleichartig sein. Sinn und Zweck der staatlichen Förderpflicht ist in erster Linie, dass es Schulen in freier Trägerschaft, die für ihre eigenen pädagogischen Vorstellungen und Ziele ideell

⁷² Dazu *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7, Rn. 103.

⁷³ So bereits BVerfGE 90, 107 (117); 112, 74 (84); Sächs-VerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 24.

und finanziell sich zu engagieren bereit sind, möglich ist, die Genehmigungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllen zu können. Ein Drei-Säulen-Modell als Ausgangspunkt zu wählen und damit neben staatlichen Geldern auch Eigenleistungen und Beiträge des Schulträgers zu berücksichtigen, ist verfassungsrechtlich dem Grunde nach nicht zu beanstanden.⁷⁴

In Bezug auf das Gewicht und die Berechnung der Personalkosten ist folgendes festzuhalten: Die Schulen in freier Trägerschaft müssen auch ohne Erhebung von Schul- und Lernmittelgeldern die von der Landesverfassung postulierten Genehmigungsanforderungen dauerhaft erfüllen können. Der Korridor praktischer Möglichkeiten dafür ist aber gering. Zur tragfähigen Dauerfinanzierung privater Schulen kommen problemlos freiwillige Spenden oder Zuwendungen von kirchlichen und anderen institutionellen Trägern in Betracht, die aber in Höhe und Dauerhaftigkeit prekär sind. Zwar können freie Schulen ein Unterrichtsentsgelt erheben und Lernmittel kostenpflichtig zur Verfügung zu stellen, aber die praktischen Möglichkeiten sind hier begrenzt durch das Sonderungsverbot, das Kompensationsleistungen und Ausnahmeregelungen für sozial Schwächere verlangt.

⁷⁴ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 25.

Deshalb kommt Art. 102 Abs. 4 SächsVerf eine weichenstellende Bedeutung zu. Diese Verfassungsvorschrift verleiht den Schulen in freier Trägerschaft ein Wahlrecht. Sie können sich der für Schulen in öffentlicher Trägerschaft verpflichtenden Unterrichts- und Lernmittelfreiheit freiwillig anschließen und müssen dann aber auch den öffentlichen Schulen insoweit vollständig gleichgestellt werden, wenn die Vorschrift davon spricht, dass sie in diesem Fall einen Anspruch auf finanziellen „Ausgleich“ besitzen. Der Anspruch auf finanziellen Ausgleich bedeutet für den Fall der ausgeübten Wahlfreiheit keine wie immer geartete begrenzte Kostenerstattung, sondern Kostenerstattung in voller Höhe, weil sich die freien Schulen freiwillig denselben Spielregeln unterwerfen wie öffentliche Schulen.⁷⁵ Denn wenn sie auf Unterrichtsgeld resp. Schulgeld verzichten und Lernmittelfreiheit gewähren, bleiben ihnen praktisch nur Spenden aus der Elternschaft oder aus dem Kreis der Alumni zu besserer Finanzausstattung: Das kann aber jede Schule in öffentlicher Trägerschaft auch einwerben und sich damit *nota bene* besser in der Zivilgesellschaft verankern.

Maßgeblich für das zutreffende Verständnis des Ausgleichsanspruchs des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf

⁷⁵ *Harald Baumann-Hasske*, in: ders./Kunzmann (Hrsg.), *Die Verfassung des Freistaates Sachsen*, 3. Auflage 2011, Art. 102 Rn. 12.

ist der Umstand, dass hier anders als bei der kompensatorisch-komplementären allgemeinen Förderpflicht, die bereits bundesverfassungsrechtlich besteht, es nicht auf eine Bedarfseinschätzung ankommt, sondern auf eine tatsächliche Kostenerstattung, die auch bei pauschalierter oder typisierter Art keine Abschläge gegenüber dem öffentlichen Schulsektor erlaubt.

Auch jenseits dieser besonderen Gewährleistung des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf ist bei jeder Absenkung gerade auch der Personalkosten innerhalb der allgemeinen Förderpflicht zu bedenken, dass für den freien (privaten) Schulträger über deren Höhe ebenfalls ein nur sehr eng bemessener Dispositionsspielraum besteht. Immerhin handelt es sich hier um einen erheblichen Kostenfaktor, der bei einer Absenkung der auch im öffentlichen Bereich ja häufig knapp kalkulierten Beiträge in substantieller Weise fühlbar wird. Wenn sich der sächsische Landesgesetzgeber gegen einen gesondert normierten Ausgleichsanspruch entscheidet, muss er vor diesem Hintergrund zumindest begründbar annehmen, dass die von ihm gewährten Zuschüsse sogar einen dauerhaften und genehmigungsfähigen Betrieb von privaten Schulen bei Verzicht auf die Erhebung von Schul- und Lernmittelgeldern erlauben. Das heißt: Das bedarfsorientierte System muss jedenfalls so großzügig bemessen sein, dass dem nicht bedarfsabhängigen, sondern kostenfixierten und gleichheitsgebundenen

Ausgleichsanspruch genügt wäre. Diese begründbaren Annahmen müssen sich durch den bereits durch das Urteil des Verfassungsgerichtshofs dargestellten prozeduralen Grundrechtsschutz verwirklichen.⁷⁶ Dies bedeutet daher auch im Hinblick auf die Berechnung etwa der Personalkosten als eine Säule zur Bestimmung des finanziellen Umfangs der staatlichen Unterstützung, dass der Gesetzgeber in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren die Lage der privaten Schulen vertretbar und mithin realitätsgerecht einschätzen muss, damit die finanziellen Zuschüsse den Ersatzschulen einen genehmigungsfähigen Betrieb auch ohne die Erhebung von Schul- und Lernmittelgeldern dauerhaft ermöglichen. Es müssen alle wesentlichen Kostenfaktoren zur Zuschussbemessung berücksichtigt werden. § 13 SächsFrTrSchulG spricht in Satz 1 von Zuschüssen als staatliche Finanzhilfe, die Schulträger für ihre als Ersatzschule genehmigten und betriebenen Schulen in freier Trägerschaft erhalten.

Das Sächsische Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft geht davon aus, dass diese Zuschüsse in ihrem konkreten Umfang einen dauerhaften und mit den Genehmigungsvoraussetzungen in Einklang stehenden Betrieb von Schulen in freier Trägerschaft ermöglichen. Dazu finden sich jedoch gerade keine weiteren konkre-

⁷⁶ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 29.

ten Angaben im Gesetz. Indem § 14 SächsFrTrSchulG auf jährliche Gesamtbeträge als Schülersausgabensatz abstellt und durch Anwendung einer Sollkostenformel auf Parameter des öffentlichen Schulwesens abstellt, wird eine generalisierende Betrachtungsweise gewählt, die pauschalierend auf die Kosten für einen Schüler an einer staatlichen Schule abstellt. Dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Zuschussbemessung den Ersatzschulen sowohl einen schul- und lernmittelgeldfreien wie auch einen dauerhaft genehmigungsfähigen Betrieb ermöglicht, wird nicht über ein transparentes, sachgerechtes und vor allem realitätsgerechtes Verfahren belegt.⁷⁷

Entscheidend ist aber, ob im Fall der besonderen landesverfassungsrechtlich angeordneten Ausgleichspflicht nach Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf eine Absenkung der Personalkosten im Vergleich zu öffentlichen Schulen hingenommen werden darf. Insoweit führt der Heidelberger Staatsrechtler *Bernd Grzeszick* in seinem für das Sächsische Staatsministerium für Kultus erstellen Gutachten folgendes aus:

„Ein über die Förderung nach §§ 13,14 SächsFrTrSchulG-E hinausgehender, eigenständig geregelter Ausgleich bei Verzicht auf Schul- und Lernmittelgeld

⁷⁷ Vgl. bereits das Gutachten des Juristischen Dienstes der Landtagsverwaltung Sachsen, S. 11.

ist nicht erforderlich. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Ersatz der Personalausgaben nach § 14 Abs. 3 SächsFrTrSchulG-E außer im Förderschulbereich auf 90 % der Personalausgaben öffentlicher Schulen begrenzt ist. Denn wie oben (unter B. II. 2. b) bb), S. 10) bereits dargelegt beruht diese Begrenzung darauf, dass die Genehmigungsvoraussetzungen, die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrer zu sichern, nicht erst dann erfüllt ist, wenn das lehrende Personal der freien Schulträger wie das im öffentlichen Dienst Beschäftigte entlohnt wird, sondern bereits bei einer 10-20 % niedrigeren Entlohnung. Für die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen und den Betrieb der Schule ist folglich eine Vergütung von 100 % der Vergütung eines vergleichbaren Lehrers im öffentlichen Dienst nicht erforderlich.⁷⁸

Diese Aussage ist richtig, wenn es um die allgemeine Erhaltungs- und Förderpflicht geht, die bereits aus der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen ein-

⁷⁸ *Bernd Grzeszick*, Gutachten über die Vereinbarkeit der finanzierungsrechtlichen Regelungen des Gesetzentwurfs der Sächsischen Staatsregierung für eine Neufassung des Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft (SächsFrTrSchulG-E) auf dem Stand vom 27.1.2015 erstattet im Auftrag des sächsischen Staatsministeriums für Kultus, S. 19 f.

schließlich des Sonderungsverbots resultiert⁷⁹. Aber dadurch wird der besonderen Ausgleichspflicht und dem besonderen Gleichstellungsgebot in Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf⁸⁰ nicht ausreichend Rechnung getragen, weil es – wie gezeigt – hier nicht um Bedarfserwägungen oder Hinweise, man könne auch sparsamer als die öffentliche Hand wirtschaften, gerade nicht geht, sondern um einen Kostenausgleich der in der Regel Abschläge als nicht gerechtfertigt erscheinen lässt. Indem der sächsische Landesgesetzgeber in vertretbarer Ausschöpfung seines Gestaltungsspielraums von einem gesonderten Ausgleich im Sinne des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf abgesehen hat, kann er Abschläge ungeachtet der Wahlmöglichkeit im Grunde nicht mehr vertreten. Wenn eine Schule in freier Trägerschaft auf die Erhebung von Unterrichts- und Lernmittelbeiträgen verzichtet und sich damit dem Grunde nach den Bedingungen der Schulen in öffentlicher Trägerschaft freiwillig unterwirft, sind Abschläge entweder nicht gerechtfertigt oder sie müssten im Blick auf eine vorteilhafte Kostenstruktur von Privatschulen exakt belegbar sein.

⁷⁹ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 21.

⁸⁰ Siehe dazu näher SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 16.

II. Wartefristenregelung

§ 13 Abs. 3 SächsFrTrSchulG bestimmt, dass der volle Zuschuss den Schulen in freier Trägerschaft erst nach Ablauf einer dreijährigen Wartefrist gewährt wird. Für die Zeit der Wartefrist wird ein Zuschuss in Höhe von 80 Prozent ausgezahlt. Nach Abs. 5 Satz 3 der Vorschrift wird der Zuschuss für die Zeit der Wartefrist zur Hälfte während der Wartefrist bewilligt und ausgezahlt und zur anderen Hälfte nach Ablauf der Wartefrist in drei gleich großen Teilen jeweils nach Ablauf eines Schuljahres bewilligt und ausgezahlt, soweit die Schule über die Wartefrist hinaus weiter betrieben wird.

Sinn und Zweck der Wartefrist ist den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden, was verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.⁸¹ Einer solchen Regelung steht auch Art. 102 Abs. 3 SächsVerf nicht entgegen. Bei einer neu gegründeten Schule braucht es eine gewisse Zeit, um einschätzen zu können, ob sie auf Dauer Bestand haben und sich pädagogisch bewähren wird. Die Wartefrist darf jedoch nicht als faktische Errichtungssperre wirken und Neugründungen von Ersatzschulen praktisch ausschließen. Fraglich ist, wie der Umstand zu werten ist, dass die Ersatzschulen auch nach erfolgreichem Absolvieren der dreijährigen Wartefrist lediglich 80 Prozent in

⁸¹ Vgl. BVerfGE 107 (117 ff.).

dieser Zeit zugemessen bekommen haben, also keine rückwirkende Kostenerstattung auf das normale Förderniveau erfolgt.⁸² Der Schulträger bleibt – obwohl er sich bewährt hat – auf 20 Prozent der bis dato angefallenen Gesamtkosten sitzen.

Wie *Friedhelm Hufen* in seiner gutachterlichen Einschätzung bereits zutreffend ausgeführt hat, ist dies insofern aber nicht nachvollziehbar und konsequent, als nach Ablauf der Wartefrist bereits der Nachweis erbracht wurde, dass die Ersatzschule alle Genehmigungsvoraussetzungen über drei Jahre hinweg erfüllt hat. Die Leistungsfähigkeit und Dauerhaftigkeit des Schulbetriebs wurde damit – einem Härtetest gleich – unter Beweis gestellt. Auch die fortlaufende Neube-gründung der Wartefrist bei einer neuen Genehmigung (zum Beispiel bei Erweiterung eines Bildungsgangs oder des Standorts) nach § 13 Abs. 3 Satz 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 SächsFrTrSchulG ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme kritisch zu bewerten. Ist ein Nachweis von Zuverlässigkeit, Dauerhaftigkeit und Ernsthaftigkeit einer neugegründeten Ersatzschule der einzige Hintergrund einer

⁸² Dieses Problem wirft bereits *Friedhelm Hufen* in seinem Gutachten auf, siehe *ders.*, Gutachten zum Gesetzesentwurf der sächsischen Staatsregierung für eine Neufassung des Gesetzes über die Schulen in freier Trägerschaft – Stand 12.12.2014, S. 10 f.

Wartefristenregelung, so ist nicht ersichtlich, warum die Testphase immer wieder verlängert werden soll, auch wenn sich beispielsweise eine bereits etablierte Ersatzschule gegen Ende der Wartefrist zur Ausweitung und Verbesserung ihres Bildungsangebots entscheidet.

III. Inverse Entwicklung der Schülerzahlen und Diskriminierungsverbot

Die Daten des Statistischen Landesamtes des Freistaates Sachsen (siehe dazu unter A. II.) belegen eine inverse Entwicklung die Schülerzahlen an Schulen in freier und öffentlicher Trägerschaft betreffend. Während an allgemeinbildenden Schulen in öffentlicher Trägerschaft ein Rückgang der Schülerzahlen innerhalb von 24 Jahren um rund 48 Prozent zu verzeichnen ist (Schülerzahl im Schuljahr 1992/1993 insgesamt 615.637, Schülerzahl im Schuljahr 2015/2016 insgesamt 317.462⁸³), sind die Schülerzahlen an allgemeinbildenden Schulen in freier Trägerschaft im selben Zeitraum von 2.342 auf nunmehr 34.238 Schüler insgesamt gestiegen. Dies entspricht nahezu einer Verfünzfachung der Schülerzahlen und spiegelt einen komplett gegenläufigen Trend wider als an öffentlichen Schulen. Der Bedarf und die Nachfrage nach einem alternativen und sich vom öf-

⁸³ Statistischer Bericht des Statistischen Landesamtes des Freistaates Sachsen, Allgemeinbildende Schulen im Freistaat Sachsen, Schuljahr 2015/16 B I 1 – j/15, S. 31.

fentlichen Schulwesen absetzenden Bildungs- und Erziehungsprogramm, die Nachfrage nach Schulvielfalt in Sachsen sind also offenkundig stark vorhanden.

Bislang befindet sich somit das Land Sachsen auf gutem Weg in die verfassungsrechtlich gewünschte Angebotspluralität. Die Zahl der Privatschulen und auch der Schülerinnen und Schüler an Privatschulen ist in Deutschland zwischen Ost und West mittlerweile mehr als ausgeglichen, in den ostdeutschen Bundesländern finden sich sogar mehr private Schulen als im westlichen Bundesgebiet. Der Freistaat Sachsen ist dabei mit Abstand deutscher Spitzenreiter bei dem prozentualen Anteil an Privatschülern.⁸⁴

Gleichwohl bedeuten die Relationen noch längst keine flächendeckende Pluralisierung des schulischen Angebots oder gar eine Verdrängung des öffentlichen Schulbetriebs in eine Randlage. Dass solche Sorgen vor einer drohenden Marginalisierung des öffentlichen Sektors und der vor dem Landesverfassungsgericht gescheiterten gesetzlichen Regelung mit einer Verschlechterung der Existenzbedingungen privat getragener Schulen in Zusammenhang stehen, lässt sich kaum übersehen. Für mögliche politische Fehlentwicklungen bietet die Situation in Brandenburg Anhaltspunkte. Hier hat das Bran-

⁸⁴ *Astrid Wallrabenstein*, RdJB 2014, 248 (254).

denburgische Verfassungsgericht (BbgVerfG) mit Urteil vom 12. Dezember 2014 individuelle Leistungsansprüche von Privatschulen aus Art. 7 Absatz 4 GG verneint und einen weit zurückgenommenen institutionellen Schutz an die Stelle treten lassen, der es dem zuständigen Landesgesetzgeber überlässt, die Stärkeverhältnisse zwischen öffentlichen Schulen und denjenigen in freier Trägerschaft planerisch zu bestimmen⁸⁵. Damit ist immer auch gemeint, dass mit der Einschränkung staatlicher Finanzierungsleistungen ein Regulativ gegeben ist, um eine vitale Privatschullandschaft in ihren Zuwächsen zu begrenzen.

Der sächsische Landesgesetzgeber ist allerdings angesichts der klaren landesverfassungsrechtlichen Entscheidung für die Privatschulfreiheit und die Pluralität im Schulwesen gerade nicht befugt, aus kompetitiven Gründen mit der Absenkung von Finanzaufwendungen an Privatschulen steuernd zu reagieren. Eine solche „Steuerung“ über einen abgesenkten Leistungsausgleich liefe auf eine landesverfassungsrechtlich unzulässige Diskriminierung von Schulen in freier Trägerschaft hinaus. Sollte in Zukunft tatsächlich der öffentliche Schulsektor in eine Gefahr der Marginalisierung ge-

⁸⁵ BbgVerfG, Urteil vom 12.12.2014 – 31/12 – Rnr. 144; kritisch dazu *Julia Rackow*, Keine Zukunft für Ersatzschulen in Brandenburg? Zum Urteil des BbgVerfG vom 12.12.2014 zur Ersatzschulfinanzierung, LKV 2015, 106 ff.

raten, so wären Maßnahmen zur Erhöhung der Attraktivität öffentlicher Schulen ein naheliegender Weg. Dabei sollen Risikolagen und Anpassungsprobleme für eine flächendeckende, wohnortnahe und leistungsfähige Angebotsversorgung keineswegs bestritten werden, wenn der Staat nicht mehr allein die Infrastruktur „bepflanzen“ kann, sondern mit einer Koexistenz stärker werdender freier und schrumpfender öffentlicher Schulen leben muss, über deren privaten Sektor der Staat nur eingeschränkt zu bestimmen vermag: Das gerade ist der Sinn einer ernst genommenen Privatschulfreiheit, die sich nicht als subalterner Diener in einer vom Staat gelenkten Versorgungslandschaft bewegen soll.

Die Koexistenz zweier Trägersysteme erfordert möglicherweise für eine planende Landesschulbehörde einen erhöhten Aufwand und Fantasie. Aber es ist genau das, was die von der Landesverfassung und vom Grundgesetz gewollte Pluralität im Schulwesen meint. Wenn der in der Entwicklung der Schülerzahlen ablesbare Trend sich länger und kräftig fortsetzen sollte, müsste eben eine strukturelle Antwort gefunden werden, die nicht die Schulen in freier Trägerschaft benachteiligt. Die aufgezeigte inverse Entwicklung der Schülerzahlen zwischen den verschiedenen Schulträgern darf jedenfalls nicht dazu führen, dass aufgrund der rückläufigen Tendenz im öffentlichen Schulwesen freie Schulen in sachfremder Weise benachteiligt wer-

den. Anzunehmen, dass es politisch sinnvoll sei, parallel auch die Zuschüsse und Finanzhilfen für private Schulen zu verringern, ist ausschließlich ein politisches Argument, das sich rechtlich ebenfalls nicht halten lässt.⁸⁶ Da für die Schulen in freier Trägerschaft gerade kein Rückgang der Schülerzahlen zu verzeichnen ist – sie sich ganz im Gegenteil immer größeren Zulaufs erfreuen – sind beide Sachverhalte nicht vergleichbar.

IV. Gleichwertigkeit und Diskriminierungsverbot freier Schulen

Das Gebot der Gleichwertigkeit ist unter besonderer Beachtung des Urteils des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs als eine Festigung gleichberechtigter Positionen von öffentlichem und privatem Schulwesen zu verstehen – ohne, dass ein Vorrang des Einen oder des Anderen besteht. Es besteht der Sache nach ein Gleichheitsgebot und ein Privilegierungsverbot zugunsten öffentlicher Schulen, die mit der Freiheitsgewährleistung funktionell verwoben sind, aber auch einen eigenen gleichheitsrechtlichen Gehalt aufweisen. Insbesondere dürfen freie Schulen im Vergleich zu öffentlichen Schulen nicht aus planerischen Gründen einer flächendeckenden Schulversorgung diskriminiert werden oder um

⁸⁶ Vgl. in diesem Sinne bereits *Bodo Pieroth/Michael Kromer*, VBIBW 1983, 157 (163).

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

öffentliche Schulen im verfassungsrechtlich gewollten Wettbewerb dadurch zu stärken, dass freie Schulen unterhalb ihres Förder- oder Ausgleichsanspruch finanziert werden.

Dieses gleichheitsrechtliche Verständnis lässt sich auch bereits mit Art. 102 Abs. 2 SächsVerf stützen, wonach für die Bildung der Jugend Schulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft als gleichberechtigte Adressaten verantwortlich sind. Schulen in freier Trägerschaft sind ebenso wie Schulen, die dem öffentlichen Schulwesen zugeordnet werden, Schulen. Das heißt sie sind Einrichtungen der Bildung und Ausbildung, die auf Dauer angelegt sind und die ein bestimmtes Erziehungsideal durch einen planmäßig aufgebauten Unterricht und ein konsistentes Programm verfolgen und damit insbesondere die allgemeinbildende Schulpflicht erfüllen. Durch die Institution der Privatschulfreiheit wird einem staatlichen Bildungsmonopol in der Bundesrepublik insgesamt und in Sachsen im Besonderen eine Absage erteilt. Durch die historischen Erfahrungen mit der staatlichen Einheitsschule unter dem Eindruck der diktatorischen DDR-Regierungspolitik hat sich die Zivilgesellschaft zur Wendezeit deutlich positioniert – auch in puncto Bildungs- und Erziehungsidealen. Die friedliche Revolution forderte freie und vom Staat unabhängige Schulen als Grundlage für eine freiheitliche und aus selbstbestimmten Menschen bestehende Demokratie. Die Revolution,

die auch und vor allem in Sachsen erfolgreich und stark wirkte, war Ausdruck der freien Entfaltung einer selbständigen und engagierten Zivilgesellschaft. Deswegen sind auch die Schulen in freier Trägerschaft letztlich ein Spiegelbild eben dieser in der Wendezeit der friedlichen Revolution gegen das SED-Regime konkretisierten erfolgreichen Zivilgesellschaft.

Schulen in freier Trägerschaft verwirklichen die Idee des toleranten, offenen und pluralistischen Staates und füllen den Gedanken mit Leben, dass Vielfalt im Bildungssektor einen Gewinn an Freiheit und Chancen für alle mit sich bringt. Damit dieser Gedanke trägt, müssen die Schulen in freier Trägerschaft aber auch finanziell und tatsächlich in die Lage versetzt werden, ihre Bildungs- und Erziehungsideale durch einen dauerhaft genehmigungsfähigen Betrieb ebenso wie die öffentlichen Schulen umsetzen zu können.

Die landesspezifische Besonderheit des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf geht über die grundgesetzlichen Gewährleistungen hinaus, und es wurde bereits gezeigt, dass hier keine Kollisionslage, sondern eine landesautonome verbindliche Ausgestaltung der Privatschulfreiheit vorliegt.⁸⁷ Der Sächsische Verfassungsgerichtshof hat angesichts der Entstehungsgeschichte von Art. 102

⁸⁷ Siehe bereits oben. Vgl. auch *Bodo Pieroth/Michael Kromer*, VBIBW 1983, 157 (163 f.).

der sächsischen Verfassung überzeugend nachgewiesen, dass der Landesverfassungsgeber über die grundlegende Gewährleistung der Privatschulfreiheit hinausgehen wollte und eine weitestgehende Gleichstellung erstrebte⁸⁸. Die insoweit besondere landesverfassungsrechtliche Gewährleistung des Rechts auf Schulbildung in Verbindung mit der niedergeschriebenen Gleichrangigkeit von Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft aus Art. 102 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 der Sächsischen Landesverfassung gebietet eine gleichberechtigte Behandlung beider Schulträgerschaften und eine an dem Gebot der Gleichwertigkeit orientierte staatliche Finanzhilfe, die sich in einem umfassenden Sinne auf den Schulbetrieb und die Unterrichtsdurchführung niederschlägt. Davon umfasst müssen auch die personellen Ausgaben und die sächliche Ausstattung sein.

Schulen in freier Trägerschaft fungieren als Ersatzschulen im vollen Umfang öffentlicher Aufgabenerfüllung und haben aufgrund der Gleichwertigkeit prinzipiell die gleichen Aufwendungen und Ausgaben wie Schulen in öffentlicher Trägerschaft. Das Sonderungsverbot des Art. 102 Abs. 3 Satz 2 SächsVerf versperrt ihnen zugleich aber eine kostendeckende Finanzierung etwa über die Erhebung von Schulgeld. Die Gleichwertigkeit

⁸⁸ SächsVerfGH, Urteil vom 15. November 2013 – Vf. 25-II-12 –, S. 21 unter Hinweis auf den Gohrischen Entwurf.

beider Schulträger ist nicht nur anspruchorientiert in ein und demselben staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag zu sehen, sondern auf der Kehrseite der Medaille eben auch in der staatlichen Finanzierung und Zuschussbemessung. Dazu gehört auch die bereits dargestellte Wartefristenregelung, die ebenfalls unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit gesehen werden muss. Hat die private Schule sich nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist bewährt und die Testphase erfolgreich durchlaufen, erfüllt sie spätestens danach denselben Zweck und Bildungsauftrag wie Schulen in öffentlicher Trägerschaft und darf im Lichte des Gleichrangigkeitsgebots auch finanziell so behandelt werden. Die Optionsmöglichkeit des Art. 102 Abs. 4 SächsVerf erlaubt es den Schulen in freier Trägerschaft sozusagen in wesentlicher Hinsicht durch Verzicht auf ein Finanzierungselement des Privatschulwesens nach den Spielregeln öffentlicher Schulen zu spielen: Dann aber müssen sie auch in wesentlicher Hinsicht gleich behandelt werden, so dass Abschlüsse bei den Personalkosten dem Grunde nach nicht nur gemessen an dem Grundrecht der Privatschulfreiheit, sondern auch gemessen am Gleichheitssatz schwer zu rechtfertigen sind.

G. Voraussetzungen einer realitätsgerechten Zuschussbemessung

I. Bedeutung der Privatschulfreiheit

Die Privatschulfreiheit beziehungsweise das Ersatzschulwesen sind eine für das Gemeinwesen und die Zivilgesellschaft notwendige und bedeutende Einrichtung. Kern dieser Institution ist eine eigenverantwortliche Unterrichtsgestaltung mit dem Ziel für Pluralismus, Vielfalt und Ausgewogenheit im Schulwesen neben Schulen in öffentlicher Trägerschaft zu sorgen. Diese Faktoren sind Grundlage einer freiheitlich demokratischen Grund- und Gesellschaftsordnung, sie sind Grundlage für eine mündige und freiheitliche Entwicklung des Einzelnen.

Dem Bildungs- und Erziehungsauftrag, der von Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft gleichberechtigt wahrgenommen wird, kommt eine elementare gesellschaftliche Integrationsfunktion zu. Die Gewährleistung des Ersatzschulwesens darf aufgrund dieser Wichtigkeit nicht zu einer bloßen inhaltsleeren Floskel verkümmern, sondern muss eine verfassungsrechtlich verbürgte Gewährleistung mit tatsächlicher Ausübungsmöglichkeit sein. Dass der Privatschulfreiheit rein faktisch eine wachsende Bedeutung zukommt, belegen bereits die statistischen Entwicklungen und die Gegenläufigkeit des Schülerandrangs an öffentlichen und privaten Schu-

len.⁸⁹ Zulauf und Nachfrage von Schulen in freier Trägerschaft müssen sich als prozedurale Anforderung in einem realitätsgerechten Verfahren zur Zuschussbemessung widerspiegeln. Denn Grundrechtsschutz wird in weiten Bereichen durch die Gestaltung von Verfahren bewirkt, wo die Grundrechte ihre materielle Schutzfunktion nicht hinreichend erfüllen können, ist für einen effektiven Grundrechtsschutz gerade prozeduraler Grundrechtsschutz geboten.⁹⁰

II. Landesspezifische Auswirkungen der Gleichwertigkeit

Wie sich aus einer Gesamtschau der entstehungsgeschichtlichen Bedeutung der Sächsischen Landesverfassung zeigt, existiert ein epochal entstandenes Selbstverständnis, das für die sächsische Zivilgesellschaft von signifikanter Bedeutung ist. Art. 102 SächsVerf ist – so formuliert es auch der Sächsische Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil – der zentrale Ausdruck für die Erfahrungen der Instrumentalisierung gerade staatlicher Schulen aus ideologischen Beweggründen. Die Sächsische Verfassung normiert neben der allgemeinen För-

⁸⁹ Dazu auch ausführlich *Frauke Brosius-Gersdorf*, Die Verwaltung 2012, 389 ff.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 53, 30 (65); 90, 60 (96). Zum prozeduralen Grundrechtsschutz bei der Ersatzschulfinanzierung siehe auch *Christiane Wegracht*, RdJB 2015, 233 (239 f.).

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

derpflicht aus Art. 102 Abs. 3 einen zweiten, autonomen Anspruch in Art. 102 Abs. 4 Satz 2.

Der letztgenannte Anspruch auf finanziellen Ausgleich verwirklicht dabei eine echte Wahlfreiheit im Bildungs- und Erziehungswesen und ermöglicht eine freiheitliche Grundrechtsausübung. Darüber finden die elterlichen Rechte aus Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes Geltung, die Privatschulfreiheit ist zudem Ausdruck von Art. 2 Abs. 1 GG und steht für die Offenheit zur individuellen Persönlichkeitsentfaltung.

Das spezifische Selbstverständnis der sächsischen Bevölkerung im Hinblick auf die Existenz und Notwendigkeit von Schulen in freier Trägerschaft lässt sich durch die Entwicklung der Schülerzahlen klar belegen. Wünschen immer mehr Schüler und Eltern das Bildungsangebot von privaten Schulen in Anspruch zu nehmen, treten die Ersatzschulen immer stärker als gleichberechtigter Akteur in der Bildungslandschaft neben die öffentlichen Schulen.

Der Verfassungsgerichtshof spricht in seinem Urteil von einer „weitestgehenden Gleichstellung“ von Schulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft. Zutreffend ist, dass aus der allgemeinen staatlichen Förderpflicht und auch aus dem Ausgleichsanspruch kein Anspruch auf Förderung in einem bestimmten Umfang oder in einer

bestimmten Höhe folgt. Das Gebot der Gleichwertigkeit, das auch bei der Berechnung der Personal- und Sachkosten gilt, muss jedoch im Hinblick auf die faktische Entwicklung der Schullandschaft und die inverse Entwicklungstendenz zwischen öffentlichen und privaten Schulen praktische Berücksichtigung finden.

Im Lichte dieser Tatsachen verwirklicht sich die Annahme des Absenkungsfaktors von 0,9 bei den Personalkosten in nicht ausreichendem Maße als begründbar. Das Verfahren zur Berechnung der Personalkosten ist nicht hinreichend realitätsgerecht. Das pauschale Abstellen auf die Parameter des öffentlichen Schulwesens durch Anwendung einer Sollkostenformel wird dem nicht ohne Weiteres gerecht. Eine Anhebung des Berechnungsfaktors von 0,9 auf 1,0 kann damit dem Grunde nach geboten sein, wenn eine realitätsgerechte, bedarfs- oder (im Ausgleichsfall des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf) kostenentsprechende Berechnung nicht erfolgt.

Die gesetzgeberische Aufforderung an die privaten Schulen, einen entsprechenden Eigenanteil zur Finanzierung beizutragen, und das auch über die dreijährige Wartefrist hinaus, mag bei einer grundsätzlichen Zulässigkeit eines Drei-Säulen-Finanzierungsmodells akzeptabel sein. Allerdings darf auch hier in Zeiten haushaltsrechtlicher Sparzwänge kein Vorteil für die öffentliche

Hand entstehen, der dem Gebot der Gleichwertigkeit zuwiderläuft.⁹¹ Denn Elternbeiträge sind bereits von Gesetzes wegen begrenzt, auf volatile Spenden alleine kann und darf vernünftigerweise der Grundbetrieb einer Schule nicht gebaut werden und sonstige Zuschüsse finanzstarker Kräfte – mit anderen Worten Wirtschafts- und Unternehmenskooperationen – führen zwar zu einer Entlastung der Landeskasse, die mit der Bedeutung der Privatschulfreiheit und dem Selbstverständnis freier Schulen aber nur in einem begrenzten Maße zu vereinbaren ist. Schulen in freier Trägerschaft nehmen gerade neben den öffentlichen Schulen öffentliche Bildungsaufgaben und den staatlichen Bildungsauftrag wahr. Schon das Bundesverwaltungsgericht hat 1966 klargestellt, dass eine Privatschule aus öffentlichen Mitteln zu bezuschussen ist, weil „sie den Staat von seiner Bildungsaufgabe entlastet und ihm dadurch besondere Kosten erspart“⁹². Diese den Staat entlastende Funktion hat auch das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont.⁹³

⁹¹ Für die brandenburgische Rechtslage siehe *Julia Rackow*, LKV 2015, 106 (110).

⁹² BVerwGE 23, 347.

⁹³ Vgl. nur BVerfGE 75, 40.

H. Beantwortung der gestellten Fragen: Resümee

Inwieweit gehen die Bestimmungen des Art. 102 SächsVerf über die Garantien des Art. 7 Abs. 4 GG hinaus?

Nach der vorangegangenen Untersuchung kann kein Zweifel daran bestehen, dass Art. 102 SächsVerf über die Gewährleistung der Privatschulfreiheit in Art. 7 Abs. 4 GG hinausgeht und eine weitestgehende Gleichwertigkeit öffentlicher und privater Schulträgerschaft erstrebt. Der Gewährleistungsgehalt der landesverfassungsrechtlichen Privatschulfreiheit gerät nicht in Konflikt mit dem Grundgesetz, sondern gestaltet den Bereich der zentralen Kulturkompetenz der Länder verfassungsautonom aus. Nach diesen verbindlichen autonomen landesverfassungsrechtlichen Vorgaben hat der Landesgesetzgeber insofern zwar einen Gestaltungsspielraum, wie er die Wahlfreiheit und die Angebotskonkurrenz näher ausgestaltet, es ist ihm aber bereits aus Gleichheitsgründen untersagt, eine Schulform der anderen vorzuziehen oder sie zu benachteiligen. Das gilt auch innerhalb des Angebots freier Schulträger.

Die Bindungswirkung der sächsischen Verfassungsentscheidung für eine dem öffentlichen Sektor gleichge-

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

stellte Privatschulfreiheit führt zu einem besonderen bedarfsorientierten Förderanspruch und bei Ausübung der Wahlfreiheit im Sinne des Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf zu einen Anspruch auf Kostenerstattung. Es dürfte im Hinblick auf ein systematisches Verständnis grundrechtlicher Freiheitsverbürgungen nicht angängig sein, diesen Förder-und Ausgleichsanspruch ebenso wie den Gleichbehandlungsgrundsatz resp. den Gleichstellungsanspruch freier Schulträger für nur objektives Verfassungsrecht, für eine nur institutionelle Verbürgung zu halten. Zumindest in Sachsen handelt es sich im Hinblick auf den spezifischen Gewährleistungsgehalt des Art. 102 SächsVerf um einen subjektiv durchsetzungsfähigen grundrechtlichen Anspruch freier Schulträger und der dahinterstehenden natürlichen Personen.

Welche Auswirkungen hat die Gleichrangigkeit von Schulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft nach Art. 102 Abs. 2 SächsVerf auf die Gestaltung eines flächendeckenden Schulnetzes in Sachsen?

Der Staat hat die Verantwortung für das gesamte Schulwesen, also sowohl für den öffentlichen wie den privaten Sektor. Diese Verantwortung wird insbesondere im Hinblick auf einen gleichmäßigen und qualifizierten Zugang zu Bildungseinrichtungen ausgeübt, damit

die freie Entfaltung der Persönlichkeit über Erziehung und Bildung im Schulsystem gewährleistet ist. Die zuständigen Länder sind insofern nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Schulversorgung ungeachtet der pluralisierten Schulträgerschaft planerisch zu gestalten und zu kontrollieren. Es liegt auf der Hand, dass gemessen an dieser Aufgabenverantwortung die staatliche Schulaufsicht immer wieder auf Probleme der Pluralität stößt, weil diese Freiheitsgewährleistung unberechenbarer ist als eine verwaltungsrechtlich geprägte Aufgabenerfüllung. Es gehört allerdings zu den Konsequenzen einer gleichgestellten Privatschulfreiheit, wie sie von der sächsischen Landesverfassung angeordnet ist, mit den Herausforderungen eines pluralisierten Schulsystems umzugehen. Es steht dem Staat dabei frei, im Rahmen der Genehmigungsanforderungen auch für die Größe der Schule ebenso wie für die Mindestgröße der Klassenstärke Vorgaben zu machen, wenn sie sich sachlich am Maßstab der staatlichen Schulverantwortung begründen lassen. Der Staat darf aber nicht die Entfaltungsmöglichkeiten freier Schulen beschränken, um sich Planungsaufgaben zu erleichtern und Steuerungseffekte zu erzielen, vielmehr ist die Kultusverwaltung der Länder verpflichtet hier auf kooperative Lösungen hinzuwirken, um einen Ausgleich zwischen landesrechtlicher Schulplanung und dem Grundrecht auf Privatschulfreiheit herzustellen. Unzulässig ist es, finanzielle Förder- und Ausgleichsansprüche als Steue-

rungsinstrument staatlicher Schulplanung oder zu Gunsten der Erhaltung öffentlicher Angebote einzusetzen: Das wäre eine verbotene Diskriminierung freier Schulträger.

Was bedeutet die in der amtlichen Begründung zu Art. 102 Abs. 4 sächsische Verfassung geforderte weitestgehende Gleichstellung für die Umsetzung des Verfassungsgerichtsurteils vom 15.11.2013 in Bezug auf die staatliche Finanzhilfe für Schulen in freier Trägerschaft?

Die sächsische Landesverfassung geht über das Grundgesetz hinaus, wenn ausweislich der Entstehungsgeschichte und des besonderen Regelungsgehalts von Art. 102 Abs. 4 SächsVerf eine weitestgehende Gleichstellung von Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft gewollt ist. Mit dem Sächsischen Verfassungsgerichtshof gelange ich allerdings zu dem Ergebnis, dass daraus nicht per se ein exakt gleich bemessener Anspruch auf finanzielle Förderung der Schulen in freier Trägerschaft und der öffentlichen Schulen folgt. Jede Freiheitsausübung ist mit eigener Anstrengung verbunden, so dass den freien Schulträgern ein eigener finanzieller Leistungsanteil bereits aus systematischen Gründen verbleiben kann und womöglich sogar verbleiben muss, um Eigenverantwortung auch finanziell abzubilden. Das Dreisäulenmodell des Landesgesetzgebers findet des-

halb vom Verfassungsgerichtshof im Ansatz zu Recht Billigung. Allerdings hat die vorliegende Untersuchung ergeben, dass insbesondere bei ausgeübter Wahlfreiheit im Sinne von Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf, also dem Verzicht auf die Erhebung von Beiträgen für Unterricht und Lernmittel, eine volle Kostenerstattung regelmäßig nahe liegt und die Eigenanteile der Schulen in freier Trägerschaft angesichts realitätsgerechter Finanzierungsmöglichkeiten nicht überschätzt werden dürfen, wenn hier in zulässiger Weise typisiert werden soll. Insofern ist auch die Anhebung auf 90 % der Personalkosten keineswegs eine Gewährleistung dafür, dass damit bereits ein Kostenausgleich erfolgt. Im Sinne des vom Verfassungsgerichtshof unter Berufung auf entsprechende bundesverfassungsgerichtliche Urteile gewählten prozeduralen Ansatzes hieße das, dass mit geeigneten anerkannten Erhebungsmethoden nachzuweisen wäre, welche realitätsgerechten Chancen bei einem Verzicht auf die Erhebung von Beiträgen für Unterricht und Lernmittel tatsächlich bestehen. Dabei kann es grundsätzlich bei einer typisierenden Betrachtung keine Rolle spielen, wie finanzkräftig Träger freier Schulen sind, oder wie wohlhabend die Eltern von Schülerinnen und Schüler freier Schulen sind. Die Chancengerechtigkeit von freien Schulen würde in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise herabgesetzt, wenn hier von einem solventen Publikum besondere Anstrengungen gefordert wären, zumal bei der pauschalierenden Herange-

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

hensweise im Dreisäulenmodell Neugründungen ohne solchen institutionellen oder materiellen Hintergrund sich dann benachteiligt sähen. Diese Benachteiligung verschärft sich bereits heute durch die Wartefristen, zumal wenn am Ende der Wartefrist und bei den Genehmigungserfordernissen entsprechender Bewährung der Schule in freier Trägerschaft ein Ausgleichsanspruch für die Abschläge der Wartefrist nicht oder nicht hinreichend erfolgt. Denn die Gründung einer freien Schule kann hier womöglich nur mit besonderen Anstrengungen oder mit Krediten starten, deren Rückzahlung den Schulbetrieb später über einen längeren Zeitraum belastet und bestandsgefährdend wirken kann.

Wie verhalten sich die eventuell aus Art. 102 SächsVerf überschießenden Rechte zu Bundesverfassungsgericht im Übrigen?

Andere Normen des Grundgesetzes stehen einer privatschulfreundlichen Auslegung der sächsischen Verfassung nicht entgegen, weil auch dem Grundgesetz keine Vorrangstellung öffentlicher Schulen vor Privatschulen zu entnehmen ist, die eine landesverfassungsrechtlich weitergehende Gleichstellung der Privatschulen in Konflikt mit der Bundesverfassung bringen könnte. Im Hinblick auf die prozessualen Möglichkeiten der Durchsetzung von Ansprüchen aus Art. 102 SächsVerf besteht

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

keine Notwendigkeit, der insoweit zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu folgen, weil die sächsische Verfassung klar erkennbar über den institutionellen und rechtlichen Gewährleistungsgehalt hinausgeht und deshalb grundrechtsfreundlich entsprechend prozessual interpretiert werden sollte.

Bonn, im August 2016

Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio

I. Literaturverzeichnis

- *Badura, Peter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 75. EL 2015, Art. 1.
- *Barczak, Tristan*, Die Entwicklung des Schulverwaltungs- und Schulverfassungsrechts seit dem Jahr 2010 – eine Rechtsprechungsanalyse, NVwZ 2014, S. 1556-1563.
- *Bartlsperger, Richard*, Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band. VI, 3. Auflage 2009, § 128.
- *Baumann-Hasske, Harald*, in: ders./Kunzmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Auflage 2011, Art. 102.
- *Biedenkopf, Kurt*, in: Degenhart/Meissner (Hrsg.), Handbuch der Verfassung des Freistaates Sachsen, 1997, Geleitwort.
- *Boysen, Sigrid*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 7.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

- *Brosius-Gersdorf, Frauke*, Privatschulen zwischen Autonomie und staatlicher Aufsicht, Die Verwaltung 2012, S. 389-428.
- *Dittmann, Armin*, Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI (Bundesstaat), 3. Auflage 2009, § 127.
- *Dollinger, Franz Wilhelm*, in: Umbach/Clemens/Ders. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage 2005, § 80.
- *Evers, Hans-Ulrich*, Verwaltung und Schule, VVDStRL 23 (1966), S. 147-287.
- *Grewe, Holger*, Die Rechtsstellung der Privatschulen nach dem Grundgesetz, DÖV 1950, 33-36.
- Gutachten des Juristischen Dienstes der Landtagsverwaltung Sachsen vom 28. August 2015.
- *Grzeszick, Bernd*, Gutachten über die Vereinbarkeit der finanzierungsrechtlichen Regelungen des Gesetzentwurfs der Sächsischen Staatsregierung für eine Neufassung des Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft (SächsFrTrSchulKG-E) auf dem

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Stand vom 27.1.2015 erstattet im Auftrag des
sächsischen Staatsministeriums für Kultus.

- *Harzendorf, Kerstin*, Ersatzschulfinanzierung im Freistaat Sachsen verfassungswidrig - Das Urteil des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs vom 15. November 2013 - Vf 25 II 12, SächsVBl 2014, S. 77-83.
- *Hemmrich, Ulfried*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 7.
- *Hufen, Friedhelm*, Der Gesetzesentwurf der sächsischen Staatsregierung für eine Neufassung des Gesetzes über die Schulen in freier Trägerschaft (SächsFrTrSchulG) – Stand 12.12.2014, Rechtsgutachterliche Stellungnahme erteilt im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der sächsischen Schulen in freier Trägerschaft und des Verbands deutscher Privatschulen – Landesverband Sachsen-Thüringen e. V.
- *Isensee, Josef*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Auflage 2011, § 191.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

- *Jach, Frank-Rüdiger*, Schulvielfalt als Verfassungsgebote, 1991.
- *ders.*, Die Entstehung des Bildungsverfassungsrechts in den neuen Bundesländern, RdJB 1992, S. 268-280.
- *Jarass, Hans*, Charta der Grundrechte der EU, 2. Auflage 2013.
- *Jestaedt, Matthias*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band. VII, 3. Auflage 2009, § 156.
- *Kotzur, Markus*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Auflage 2015, Art. 7.
- *Kunzmann, Bernd*, in: Baumann-Hasske/ders. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Auflage 2011, Einleitung.
- *Menger Christian-Friedrich/Ericksen Hans-Uwe*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 57 (1966), 377-392.
- *Menzel, Jörg*, Landesverfassungsrecht, 2002.

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

- *Ogorek, Markus*, Der Schutz anerkannter Ersatzschulen durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit, DÖV 2010, S. 341-349.
- *Pieroth, Bodo/ Kromer, Michael*, Der Anspruch von Schulen in freier Trägerschaft auf Förderung gemäß Art 14 Abs. 2 Satz 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, VBIBW 1983, S. 157-164.
- *Rackow, Julia*, Keine Zukunft für Ersatzschulen in Brandenburg? Zum Urteil des BbgVerfG vom 12.12.2014 zur Ersatzschulfinanzierung, LKV 2015, S. 106-110.
- *Schimpff, Volker/Rühmann, Jürgen* (Hrsg.), Die Protokolle des Verfassungs- und Rechtsausschusses zur Entstehung der Verfassung des Freistaates Sachsen in: Materialien und Studien des Sächsischen Landtages, Band 1, 1997.
- Statistischer Bericht des Statistischen Landesamts des Freistaates Sachsen, Allgemeinbildende Schulen im Freistaat Sachsen, Schuljahr 2015/16
B I 1 – j/15
- *Urban, Elke*, Das evangelische Schulzentrum Leipzig in: Bohne (Hrsg.), Evangelische Schulen im Neuaufbruch: Schulgründungen in Bayern,

Di Fabio: Die verfassungsrechtliche Stellung der
Freien Schulen in Sachsen

Sachsen und Thüringen 1989 - 1994, 1998, S.
69-76.

- *Graf Vitzthum, Wolfgang*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in: VVDStRL 46 (1987), S. 7-56.
- *Wallrabenstein, Astrid*, Verfassungsfragen der Privatschulfinanzierung heute, RdJB 2/2014, S. 248-260.
- *Weber, Hermann*, Noch einmal: Grundgesetzlicher Anspruch auf Privatschulsubvention? Bemerkungen zum Urteil des BVerwG vom 22.9.1967 - VII C 71/66 in: JZ 1968, 779-783.
- *Wegricht, Christiane*, Die gegensätzlichen Entscheidungen zur Ersatzschulfinanzierung aus Brandenburg, Sachsen und Thüringen – insbesondere zum prozeduralen Grundrechtsschutz, RdJB 2015, S. 233-240.