

Prof. Dr. Friedhelm Hufen

o. Professor für Öffentliches Recht -
Staats- und Verwaltungsrecht
an der Universität Mainz
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs
Rheinland-Pfalz a. D.

Die neue sächsische Praxis der Finanzierung Freier Schulen seit dem Urteil des SächsVerfGH vom 15.11. 2013 und dem neuen Sächsischen Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft vom 08.07.2015

Thesen

I. Einleitung - Problemstellung

1. Das Urteil des Sächsischen VerfGH vom 15.11.2013 ist ein Meilenstein in der Rechtsprechung zur Förderung von Schulen in freier Trägerschaft und zur Eigenständigkeit des Landesverfassungsrechts gegenüber den Begründungsformeln des BVerfG zu Art. 7 Abs. 4 GG.
2. Bildungspolitischer Hintergrund ist auch und gerade im Freistaat Sachsen die vermeintliche Konkurrenz freier und öffentlicher Schulen um knapper werdende öffentliche Mittel und ebenso knapper werdende Schülerzahlen.
3. Im Folgenden geht es um die Frage, ob der sächsische Gesetzgeber in der Novelle vom 08.07.2015 den ihm erteilten Auftrag des VerfGH zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung der finanziellen Förderung der Schulen in freier Trägerschaft, die deren Gründung, Existenz und die Pluralität des Bildungswesens nachhaltig sichert, angemessen erfüllt hat. Auch ist zu prüfen, ob die Regelung einen angemessenen Ausgleich für den Verzicht auf Schul- und Lernmittelgeld gemäß Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf. bereitstellt und ein sachgerechtes und transparentes Verfahren zur Festlegung der wesentlichen Maßstäbe der Finanzierung sichert.
4. Dazu werden zunächst die Anforderungen des VerfGH an den Gesetzgeber (II.) und sodann dessen Lösung im Gesetz vom 08.07.2015 in ihren Kernaussagen und praktischen Folgen dargestellt und aufeinander bezogen (III). Anschließend geht es um den ablehnenden Beschluss des SächsVerfGH vom 15.12.2016 (IV) und die Erfolgsaussichten einer erneuten verfassungsgerichtlichen Überprüfung (V). Abschließend werden alternative Vorgehensweisen (V) angesprochen.

II. Anforderungen des VerfGH an den Gesetzgeber

Grundlagen

5. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit wesentlicher die Förderung von Schulen in freier Trägerschaft betreffenden Regelungen des Gesetzes über die Schulen in freier Trägerschaft i.d.F. des Haushaltbegleitgesetzes 2011/2012 beruhte auf zwei selbständigen Begründungslinien:

- Der unzureichenden Förderung als solcher (Verstoß gegen Art. 102 Abs. 3 SächsVerf) **und** „außerdem“
- dem Fehlen eines hinreichenden Ausgleichs für die Befreiung von Schul- und Lernmittelgeld (Verstoß gegen Art. 102 Abs. 4 Satz 2 SächsVerf).

Allgemeine verfassungsrechtliche Förderpflicht aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf.

6. Die allgemeine verfassungsrechtliche Förderpflicht aus Art. 102 Abs. 2 SächsVerf. dient nach dem Urteil nicht nur der Sicherung der Institution des Ersatzschulwesens oder gar dessen fiktivem Existenzminimum, sondern der Wahrung der individuellen Gründungsfreiheit und der dauerhaften Erfüllbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen einschließlich des sozialen Sonderungsverbots. Die Förderung ist nicht Aufwendungsersatz für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern Ausgleich für die vom Staat gesetzten Hürden vor Ausübung der Gründungsfreiheit. Hintergrund sind der Pluralismus im Bildungswesen, die Absage an ein staatliches Schulmonopol und die Wahlfreiheit in weitgehender Unabhängigkeit von der jeweiligen finanziellen Situation.

7. Der Gesetzgeber ist bei der Regelung der Grundfinanzierung in der Wahl des Fördermodells frei. Abstrakte Sollkostenmodelle sind ebenso zulässig wie die Ausrichtung an den tatsächlichen Kosten „freier“ oder „staatlicher“ Schüler. Der Entscheidungsspielraum gilt auch für die Bedarfsbemessung, doch muss der Gesetzgeber alle wesentlichen Kostenfaktoren für die Bemessung des Mindestbedarfs berücksichtigen. Zumutbare Eigenleistungen und mögliches Schulgeld dürfen bis zu den Grenzen des Sonderungsverbots (Art. 7 Abs. 4 S. 3 2. Hs GG und Art. 102 Abs. 3 S. 3 SächsVerf) erhoben und dann auch berücksichtigt werden. Beide Maßstäbe werden aber durch den VerfGH nicht konkretisiert.

Ausgleichspflicht für die Gewährung von Schulgeld- und Lernmittelfreiheit (Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf).

8. In expliziter Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung sieht der VerfGH in Art. 102 Abs.4 S. 2 SächsVerf nicht lediglich eine Ausprägung der institutionellen Garantie und eine landesrechtliche Kopie von Art. 7 Abs. 4 GG, sondern einen darüber hinausgehenden individuellen Anspruch auf finanziellen Ausgleich für freie Schulen, soweit diese – der Intention der allgemeinen Schulgeldfreiheit in Art. 102 Abs. 4 S. 1 entsprechend – eine gleichartige Befreiung von Schul- und Lernmittelgeld gewähren.

9. Der VerfGH überlässt neben der Wahl des Fördermodells aber auch die Konkretisierung des Ausgleichsanspruchs dem Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.

Gleichrangigkeit von öffentlichen und freien Schulen

10. Der VerfGH erteilt der These vom Vorrang öffentlicher Schulen eine Absage und sieht in Art. 102 Abs. 2 SächsVerf eine spezifische Ausprägung des Gleichbehandlungsgebots. Das gilt auch und gerade für die Finanzierung. Die pauschale finanzielle Schlechterstellung derjenigen Ersatzschulen, die nicht die Mindestschülerzahlen von öffentlichen Schulen erreichen, widerspricht diesem Grundsatz.

Wartefrist

11. Wartefristen zwischen Gründung und Einsetzen der Förderung hält der VerfGH zwar für grundsätzlich zulässig, betont aber, dass diese nicht dazu führen dürfen, dass die Gründung von Ersatzschulen faktisch unmöglich ist, also auf eine Errichtungssperre hinausläuft. Die Regelung der 4 jährigen Wartefrist ohne Leistungen während der Wartefrist und Ausgleichszahlungen nach deren Ablauf in § 14 Abs. 3 S.1 SächsFrTrSchulG a.F. werden für verfassungswidrig erklärt.

III. Das Gesetz vom 08.07.2015

Allgemeine Tendenz

12. Mit der Neufassung des Gesetzes über die Schulen in freier Trägerschaft (SächsFrTrSchG 2015 vom 08.07.2015, in Kraft getreten am 01.08.2015, SächsGVBl S. 434) hat der sächsische Gesetzgeber die Finanzhilfen für die Schulen in freier Trägerschaft im Freistaat Sachsen neu geregelt. Erkennbares Leitmotiv ist es, die Einsparziele von 2011/2012 nach Möglichkeit durchzuhalten, den Vorgaben des VerfGH aber „gerade noch“ zu entsprechen.

Grundförderung

13. Voraussetzungen und Umfang der staatlichen Finanzhilfe bestimmen sich nach §§ 13/14 des SächsFrTrSchG 2015. Diese orientieren sich nicht an den konkreten Schülerkosten freier Schulen und auch nicht an den Regelkosten für einen Schüler an öffentlichen Schulen, sondern – wie schon in der Regelung von 2011/2012 - im Kern an einem abstrakten „Sollkostenmodell“.

14. Verfassungsrechtlich problematisch ist – abgesehen von der Kompliziertheit und mangelnden Vorhersehbarkeit des Ergebnisses – insbesondere der Absenkungsfaktor 0,9 für die Personalkosten allgemeinbildender und berufsbildender Schulen. Dieser

bedeutet im Klartext, dass außer den Förderschulen alle allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen bei gleicher Struktur wie die Schulen in öffentlicher Trägerschaft die Differenz zum vollen Ersatz der Personalkosten in Höhe von 10% aus eigenen Mitteln tragen, die Lehrkräfte entsprechend schlechter bezahlen oder Schulgeld in entsprechender Höhe erheben müssen. Damit kann die Bezuschussung – auch abgesehen vom nicht einmal berücksichtigten Ausgleichsanspruch für die Gewährung von Schulgeldfreiheit nicht als auskömmlich bezeichnet werden.

Ausgleich für die Gewährung von Schulgeld- und Lernmittelfreiheit (Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf).

15. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer gesonderten Regelung des Ausgleichsanspruchs abgesehen, weil er den Umfang der nach § 14 SächsFrTrSchG zu gewährenden staatlichen Finanzhilfe für auskömmlich ansah und daher die Schulen in freier Trägerschaft die Genehmigungsvoraussetzungen auch ohne die Erhebung von Schul- und Lernmittelgeld erfüllen könnten (Drucks.6/1246, S. 21). Eine darüber hinausgehende Ausgleichsleistung sei folglich entbehrlich.

16. Diese Regelung und deren Umsetzung in der Praxis begründen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, und es ist fraglich, ob das Gesetz dem Auftrag des VerfGH und dem Bestimmtheitsgrundsatz („Wesentlichkeitstheorie“) entspricht, soweit Schulen in freier Trägerschaft Geld- und Lernmittelfreiheit gewähren.

Wartefristen

17. Der Gesetzgeber hält an einer Wartefrist fest, verkürzt diese aber von 4 auf 3 Jahre (§ 13 Abs. 3 S. 1) und gewährt einen Förderungsbetrag in Höhe von 80 % des vollen Zuschusses. Ein Ausgleich nach Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsFrTrSchulG wird nicht gewährt, auch wenn die Schule in der Wartezeit auf Schulgeld verzichtet. Eine rückwirkende Erstattung der fehlenden 20% nach erfolgreichem Absolvieren der Frist ist nicht vorgesehen. Damit gefährdet die Regelung nach wie vor die Gründungsfreiheit.

18. Gleichheitswidrig und unverhältnismäßig ist auch § 13 Abs. 3 S. 2 SächsFrTrSchulG, wonach jede Genehmigung gemäß § 4 Abs. 2, also z. B. der Erweiterung um eine Schulart oder einen Standort, eine eigene Wartefrist begründet. Das Erfordernis der „Bewährung“ bezieht sich auf den Schulträger und nicht auf einzelne (neu genehmigte) Bildungsgänge und Standorte.

Grundrechtsschutz durch Verfahren

19. Angesichts der Abstraktheit und der Komplexität des Berechnungsverfahrens ist es fraglich, ob das Gesetz den Anforderungen an ein grundrechtskonformes Verfahren entspricht. Im Rahmen der geforderten Erfolgskontrolle ist zu prüfen, ob die Schulträger in der Lage sind, die zu erwartende Förderung rechtzeitig und hinreichend genau vorzuberechnen. Auch die geforderte Dynamisierung der angesetzten Kosten bleibt zu überprüfen.

IV. Die neuen Verfassungsbeschwerden und der Beschluss des SächsVerfGH vom 15.12.2016

20. In seinem Beschluss vom 15.12. 2016 hat der VerfGH die Verfassungsbeschwerde zweier Schulträger gegen das gesetzgeberische Unterlassen einer Ausgleichsregel für den Schulgeldverzicht als unzulässig verworfen. Die Beschwerdeführer hätten kein echtes Unterlassen jeglicher gesetzlicher Regelung gerügt, sondern eine bestehende gesetzliche Regelung für unzureichend gehalten. Da diese durch weitere staatliche Vollzugsakte zu konkretisieren sei, seien die Bf. nicht gegenwärtig und unmittelbar betroffen und müssten ggf. den Verwaltungsrechtsweg erschöpfen. Auch sei die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht hinreichend begründet.

V. Chancen einer erneuten verfassungsgerichtlichen Überprüfung

21. Da der VerfGH zur möglichen Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde nicht Stellung genommen hat, bleibt eine zukünftige verfassungsgerichtliche Überprüfung offener Verfassungsfragen nach Erschöpfung des Rechtswegs möglich. Gegenstand wäre ein Förderbescheid sowie die diesen bestätigenden Gerichtsentscheidungen.

Solche offenen Fragen sind:

- Entspricht die Förderung als solche und insbesondere der Parameter von 0,9 für die Berechnung der Personalausgaben bei allgemein- und berufsbildenden Schulen dem Förderungsanspruch aus Art. 102 Abs.3 SächsVerf. und dem Gebot der dauerhaften Erfüllbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen sowie dem aus Art. 102 Abs. 2 und 3 abzuleitenden Gebot der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Schulen?
- Ist die Finanzierung in dem durch den VerfGH geforderten vom Gesetzgeber intendierten Sinne auskömmlich, dass sie auch den Ausgleichsanspruch für den völligen oder teilweisen Verzicht auf Schul- und Lernmittelgeld nach Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf abdeckt?
- Besteht nach der gesetzlichen Neuregelung ein transparentes, sachgerechtes und für die Schulträger berechenbares Verfahren der Ermittlung der verfassungsrechtlich gebotenen Finanzierung?
- Sind die Neuregelung der Wartefrist und die fehlende Regelung von Nachzahlungen für die Finanzierung während derselben in dem Sinne existenzgefährdend und, dass Sie eine Neugründung aus wirtschaftlichen Gründen praktisch unmöglich machen?

22. Wie aus dem Beschluss vom 15.12.2016 ersichtlich, stellt der VerfGH an die Begründung und damit die Zulässigkeit einer gemäß 27 Abs. 1 /§ 28 SächsVerfGHG Verfassungsbeschwerde strenge Voraussetzungen. *Neben der Erschöpfung des Rechtswegs sind dies:*

- Anders als die Verfahren der abstrakten Normenkontrolle müsste bei der Individualbeschwerde ausführlich dargelegt werden, dass gerade der

Beschwerdeführer durch die Förderbescheide auf der Grundlage der neuen gesetzlichen Regelung in seiner Existenz bzw. seiner Gründungsfreiheit gefährdet ist.

- Dargelegt werden müssen ferner die Finanzausstattung der Träger bzw. des Gesellschafters sowie der jeweiligen rechtlichen Beziehungen und die zumutbaren Eigenleistungen.
- Nowendig ist eine Gegenüberstellung der erhaltenen staatlichen Zuschüsse und der laufenden Ausgaben sowie der eingegangenen Verbindlichkeiten und deren Notwendigkeit.
- Um den Anspruch aus Art. 104 Abs. 4 S. 2 SächsVerf nicht zu verlieren, müsste die Bf. bis zur Erschöpfung des Rechtswegs auf die Erhebung von Schulgeld verzichten oder zumindest darlegen, warum gerade dies sie in ihrer Existenz gefährden würde.
- Schwerpunkt der materiellen Darlegung müsste eine Auseinandersetzung mit der These des Gesetzgebers sein, dass die laufend zu zahlenden Zuschüsse so hoch bemessen seien, dass die Ersatzschulen die Genehmigungsanforderungen auch ohne Erhebung von Schul- und Lernmittelgeldern dauerhaft erfüllen können.
- Der VerfGH fordert ferner eine nähere Auseinandersetzung mit dem Regelsystem des Zuschussumfangs in § 14 SächsFrTrSchulG 2015 und der entsprechenden ZuschussVO. Ebenso wäre es erforderlich, die Gründe des Gesetzgebers für den vorgesehenen Grundparameter von 0,9 anzuzweifeln und exakt darzulegen, warum dies zu einer fehlenden Auskömmlichkeit der Zuschüsse führt. Dasselbe gilt für die vom Gesetzgeber festgelegten, nach Schulform differenzierten Sachkosten.

23. Es spricht viel dafür, dass das Urteil des VerfGH vom 15.11. 2013 im Vergleich zur sonstigen Rechtsprechung anderer Landesverfassungsgerichte, aber auch des BVerfG das unter derzeitigen Umständen maximal Erreichbare war. Bei gebotener Zurückhaltung gegenüber Spekulationen über die Erfolgsaussichten künftiger Verfassungsbeschwerden erscheint es nicht sicher, ob der VerfGH auch die Neuregelung für verfassungswidrig erklären würde.

VI. Ausblick: Eine außergerichtliche Alternative?

24. Letztlich bleiben alle Beteiligten aufgefordert, auch unabhängig von weiteren gerichtlichen Auseinandersetzungen die verfassungsrechtlichen Vorgaben an ein transparentes Verfahren der Ermittlung und fortlaufender Beobachtung des finanziellen Bedarfs der Schulen in freier Trägerschaft einzubringen und diesen zu helfen, einen gleichberechtigten Beitrag zu einem leistungsfähigen und vielfältigen Bildungssystem zu erbringen.

Professor Dr. Friedhelm Hufen

- Studium Jura und Politikwissenschaft Münster, Freiburg, Princeton (USA)
- 1. und 2. juristisches Staatsexamen, Freiburg 1969 und 1975
- Promotion (Prof. Dr. Konrad Hesse), Freiburg 1974
- Habilitation (Prof. Dr. Hans-Peter Schneider), Hannover 1982
- Professor für Öffentliches Recht, Universität Augsburg (1982-1986)
- o. Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Regensburg (1986-1993)
- seit 1993: o. Professor für Öffentliches Recht - Staats- und Verwaltungsrecht Universität Mainz (seit 2011 Prof. em.)
- Gastprofessuren in New Orleans, Cape-Town, Paris.
- Stellvertretender Vorsitzender der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (2004/2005).
- Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz (2008-2014)
- Mitglied der Bioethikkommission des Landes Rheinland-Pfalz (seit 2000) und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (2001 - 2016).
- Seit 2014: Mitglied des Hochschulrats der Universität Regensburg
- Seit 2015: stv. Vorsitzender der PID – Ethikkommission der Länder Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Thüringen, Saarland und Sachsen
- Mitglied im wissenschaftlichen Beirat der RdJB und des Instituts für Bildungsrechts und Bildungsforschung.

Hauptarbeitsgebiete: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Kulturrecht, Lebensmittelrecht, Medizinrecht; Grenzfragen von Recht und Ethik; Monographien u. Lehrbücher u.a. *Gleichheitssatz und Bildungsplanung* (1975); *Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen* (1982); *Fehler im Verwaltungsverfahren* (5.Aufl. 2013); *Verwaltungsprozessrecht* (10. Aufl., 2016); *Staatsrecht II – Grundrechte* (5.Aufl., 2016); *Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen* (2009); *keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft* (zus. m. J. P. Vogel – 2006).