

Christiane Wegrich

## Die gegensätzlichen Entscheidungen zur Ersatzschulfinanzierung aus Brandenburg, Sachsen und Thüringen – insbesondere zum prozeduralen Grundrechtsschutz

Die Bundesländer haben gegenüber den als Ersatzschulen<sup>1</sup> genehmigten Schulen in freier Trägerschaft eine Schutz- und Förderpflicht aus Art. 7 Abs. 4 GG<sup>2</sup> und den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen, der sie namentlich in Form von finanziellen Zuschüssen nachkommen. Die Verfassungsgerichte der Länder Sachsen, Thüringen und Brandenburg haben in den letzten beiden Jahren die wesentlichen landesrechtlichen Regelungen zu dieser Finanzierungspflicht auf ihre Vereinbarkeit mit der jeweiligen Landesverfassung überprüft. Die Entscheidungen fallen unterschiedlich aus, was in gewissem Umfang zunächst auf die voneinander abweichende einfachgesetzliche Ausgestaltung zurückzuführen ist. Hintergründig offenbaren sich aber vor allem die konträren Auffassungen der Gerichtshöfe zum prozeduralen Grundrechtsschutz aus Art. 7 Abs. 4 GG i. V. m. den Landesverfassungen.

### 1 Darstellung der Entscheidungen

#### 1.1 VerfGH Sachsen

Der VerfGH Sachsen erklärte wesentliche Regelungen des SächsFrTrschulG sowie der ZuschussVO, soweit sie für allgemeinbildende Ersatzschulen gelten, für unvereinbar mit Art. 102 Abs. 3<sup>3</sup> und Abs. 4 S. 2<sup>4</sup> SächsVerf, weil der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums den prozeduralen Grundrechtsschutz nicht genügend beachtet habe.<sup>5</sup> Der Gerichtshof erkennt das Prinzip des prozeduralen Grundrechtsschutzes bei der Schutz- und Förderpflicht der Ersatzschulen aus drei Gründen an: Erstens kompensiere er „die Schwierigkeit der exakten Quantifizierung eines verfassungsrechtlichen Mindestniveaus der Ersatzschulförderung anhand materieller Kriterien“, zweitens sei er „ein Ausgleich dafür, dass der Gesetzgeber den Pluralismus des Schulwesens gegen sich selbst und das öffentliche Schulwesen garantieren“ müsse und drittens diene er „dem

1 Ersatzschulen sind nicht nur solche, die Schulen in staatlicher Trägerschaft „ersetzen“, sondern müssen „gleichwertig“ zu diesen sein. Zum Begriff *Brosius-Gersdorf, F.*, Privatschulen zwischen Autonomie und staatlicher Aufsicht, Die Verwaltung 2012, S. 389 (414 ff.). Vgl. z. B. auch die treffende Legaldefinition des § 3 SächsFrTrSchulG.

2 Grundlegend BVerfGE 75, 40 (62 ff.).

3 „Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird gewährleistet. Nehmen solche Schulen die Aufgaben von Schulen in öffentlicher Trägerschaft wahr, bedürfen sie der Genehmigung des Freistaates. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn sie in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte nicht hinter den Schulen in öffentlicher Trägerschaft zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.“

4 Der gesamte Art. 102 Abs. 4 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.“

5 Urteil des SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris. Siehe zu dem Urteil *Harzendorf, K.*, Ersatzschulfinanzierung im Freistaat Sachsen verfassungswidrig, SächsVBl. 2014, 77–83; *Hesse, K.*, Prozedurale Anforderungen an den Gesetzgeber, R&B 2014 (1), S. 3–7.

Nachweis, dass der Staat Ersatzschulen auskömmlich finanziert, obwohl sie aus dem Blickwinkel der öffentlichen Schulen nicht nur ergänzende Angebote bereitstellen, sondern auch eine Konkurrenz darstellen können.<sup>6</sup> Eine Beschränkung des Grundrechtsschutzes aus dem Art. 7 Abs. 4 GG nachgebildeten Art. 102 Abs. 3 SächsVerf auf den existenziellen Bedarf der Institution des Ersatzschulwesens führe zu einer definitorischen „Unschärfe“, „aufgrund derer sich eine Kompensation durch prozedurale Anforderungen nachgerade aufdrängt.“<sup>7</sup> Der Gesetzgeber habe deshalb die Leistungen, die aufgrund der grundsätzlichen Förderpflicht den Ersatzschulen zukommen müssen – insbesondere die Höhe – in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren einzuschätzen, bei dem alle wesentlichen Kostenfaktoren zu berücksichtigen seien.<sup>8</sup> Die Anforderungen seien vergleichbar mit denen zur Ermittlung der Leistungen, die zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz erforderlich sind.<sup>9</sup> Bemisst der Gesetzgeber die Ermittlung der Leistungshöhe selbst, wie in Sachsen die Festsetzung der Zuschusskomponente für die Sachausgaben gem. § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, Abs. 4 SächsFrTrSchulG, statt diese im Rahmen eines einfachgesetzlich geregelten Verfahrens zu ermitteln, müssten zumindest die zugrunde liegende Systematik und die Methode erkennbar sowie die unterstellten Annahmen zu (z. B. statistischen) Tatsachen darstellbar sein. Fehle es hieran ganz oder im Hinblick auf wesentliche Komponenten des Fördermodells, die zusammenwirkend die Förderpflicht aus Art. 102 Abs. 3 SächsVerf erfüllen sollen und deshalb notwendige Bestandteile einer Gesamtregelung seien, sei den prozeduralen Anforderungen nicht Genüge getan.<sup>10</sup> Darüber hinaus habe der Gesetzgeber eine fortlaufende Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht bzgl. der Auswirkungen seines Modells.<sup>11</sup> Diese Anforderungen seien auch auf die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf übertragbar.<sup>12</sup> Das Fördermodell müsse außerdem erkennen lassen, im Hinblick auf *welche* Kostenpositionen bzw. Kostenanteile staatliche Zuschüsse gewährt werden. Andernfalls sei nicht erkennbar, welche Kostenpositionen anderweitig gedeckt werden müssen, etwa durch einen Ausgleichsanspruch oder Eigenleistungen des Trägers. Statistiken zu Schul- und Schülerzahlen könnten eine auskömmliche Förderung nicht belegen, wenn das Fördermodell nicht den aufgezeigten Anforderungen genüge. Da der Zuschussanteil für die Sachausgaben den aufgezeigten Anforderungen schon nicht genüge und eine wesentliche Komponente der an allgemeinbildende Ersatzschulen zu zahlenden Zuschüsse darstelle, sei § 15 SächsFrTrSchulG als Ganzes verfassungswidrig, soweit dieser die Förderung allgemeinbildender Ersatzschulen regelt. § 15 SächsFrTrSchulG verstoße darüber hinaus gegen Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, da die Regelung keinen hinreichenden – gleichartigen – Ausgleich für eine ganz oder teilweise gewährte Befreiung von den Unterrichts- und Lernmittelkosten gewähre.<sup>13</sup>

6 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 129.

7 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 131.

8 Vgl. etwa zum unzulässigen Außerachtlassen der Schulraumkosten BVerfGE 90, 128 (141 f.) und *Pieroth, B.*, Die staatliche Ersatzschulfinanzierung und der Schulhausbau, DÖV 1992, S. 593–600.

9 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 130–133; vgl. zu diesen BVerfGE 132, 134 (162). Der Ansicht des BVerfG, BeckRS 2012, 46370, Rn. 26, diese Grundsätze könnten aufgrund ihrer Ableitung aus der Menschenwürde nicht auf die Ersatzschulfinanzierung übertragen werden, hält der VerfGH Sachsen die Allgemeingültigkeit der prozeduralen Anforderungen aus Grundrechten entgegen (hier aus Art. 7 Abs. 4 GG); krit. *Wallrabenstein, A.*, Verfassungsfragen der Privatschulfinanzierung heute, RdJB 2014, S. 248 (256 f.).

10 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 134, mit Hinweis auf BVerfGE 130, 263 (301 f.).

11 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 135.

12 Mit der Anerkennung eines eigenständigen Ausgleichsanspruchs für Schulgeldbefreiungen aus Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, der auch *während* der Wartezeit besteht, hat der SächsVerfGH, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 96–119, seine Rechtsprechung aus dem Jahr 1996, LVerfGE 5, 292–300, ausdrücklich korrigiert. Siehe zum entsprechenden Ausgleichsanspruch in Ba-Wü *Wegrich, C.*, Zur Finanzhilfe an Ersatzschulen – Aus Anlass der gegenläufigen Rechtsprechung in Baden-Württemberg aus den Jahren 2010 und 2013 zu Art. 14 Abs. 2 Satz 3 LV BW, R&B 2014 (4), S. 11–15.

13 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 155 f.

Auch die sächsische Wartefristregelung des § 14 Abs. 3 S. 1 SächsFrTrSchulG genüge nicht den dargestellten Anforderungen, da schon nicht erkennbar sei, ob die Förderung gem. § 15 SächsFrTrSchulG einen genehmigungsfähigen Schulbetrieb auf Dauer sicherstelle und der sächsische Gesetzgeber weder Leistungen während der Wartefrist noch Ausgleichsleistungen nach Ablauf der Wartefrist vorsehe. Die Regelung verstoße weiterhin gegen den Anspruch auf Schulgelderstattung aus Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, weil jegliche Förderung innerhalb der Wartefrist versagt werde. Es widerspräche Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf, den Ersatzschulen eine Wahlfreiheit im Hinblick auf die Schul- und Lernmittelgeldfreiheit zu gewähren, wenn von einer neu zu gründenden Ersatzschule, die schul- und lernmittelgeldfrei sein soll, verlangt werde, dass sie den Nachweis der Lebensfähigkeit auch ohne den Ausgleich aus Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf erbringt.<sup>14</sup>

## 1.2 VerfGH Thüringen

Der VerfGH Thüringen erklärte wesentliche Regelungen des ThürSchfTG sowie der ThürSchfTGAVO für unvereinbar mit Art. 26<sup>15</sup> sowie Art. 44 Abs. 1<sup>16</sup> ThürVerf, weil die Normen nicht dem Wesentlichkeitsgebot und Bestimmtheitsgebot entsprächen.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber habe die wesentlichen Parameter der konkreten Förderhöhe nicht selbst bestimmt und somit die dem Wesentlichkeitsgebot obliegenden Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratiegebot verletzt. Das Wesentlichkeitsgebot gelte auch im Anwendungsbereich der grundrechtlich geschützten Privatschulfreiheit, soweit eine Vorgabe oder Regelung für die Verwirklichung des Grundrechts wesentlich sei. Unterfalle eine Regelungsmaterie wegen ihrer Grundrechtsrelevanz insoweit diesem Gesetzesvorbehalt, sei eine Normierung durch eine bloße Verwaltungsvorschrift nicht ausreichend.<sup>18</sup> Die Regelungen müssten ferner dem Gebot der Klarheit und Bestimmtheit entsprechen, welches aus dem in Art. 44 Abs. 1 ThürVerf verankerten Rechtsstaatsprinzip sowie aus den Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung folge, so dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Die Rechtslage müsse für den Betroffenen klar erkennbar sein. Ohne eindeutige Normen könne die von Art. 47 Abs. 4 ThürVerf festgelegte Bindung der Exekutive und der Judikative nicht erreicht und somit die der Legislative übertragene Aufgabe, demokratisch legitimierte Staatsgewalt durch den Erlass von Rechtsnormen auszuüben, nicht erfüllt werden.

14 SächsVerfGH vom 15.11.2013, – Vf. 25-II-12, juris, Rn. 157–161; vgl. zur Wartefrist BVerfGE 90, 107 (118 ff.).

15 Abs. 1 lautet: „Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird gewährleistet.“ Abs. 2 lautet: „Schulen in freier Trägerschaft als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Landes. Genehmigte Ersatzschulen haben Anspruch auf öffentliche Zuschüsse. Das Nähere regelt das Gesetz.“

16 „Der Freistaat Thüringen ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland. Er ist ein demokratischer, sozialer und dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen verpflichteter Rechtsstaat.“

17 Urteil des VerfGH Thüringen vom 21.05.2014, www.thverfgh.Thueringen.de, VerfGH 13/11, S. 2, 39 ff. Siehe zum Urteil *Krampen, I.*, Es steht 2:0 für die Freien Schulen – Normenkontrollklage auch in Thüringen erfolgreich!, R&B 2014 (4), S. 3–6; *Vogel, J. P.*, Noch eine Bemerkung zum Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs, R&B 2014 (4), S. 6 f.

18 www.thverfgh.Thueringen.de, VerfGH 13/11, S. 28 f., 39 ff. m. w. N.; zur Anwendung auf das Schulwesen schon *Pieroth, B./Kromer, M.*, Der Anspruch von Schulen in freier Trägerschaft auf Förderung gemäß Art. 14 Abs. 2 Satz 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, VBIBW 1983, 157 (158) m. w. N.

Im Rahmen der in Grundrechten – wie in Art. 26 ThürVerf<sup>19</sup> – enthaltenen „Vorgaben für organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen der Grundrechtssicherung“ entspreche es außerdem der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, „dass Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und dass die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.“<sup>20</sup> „Materieller Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung bedingen einander wechselbezüglich.“<sup>21</sup> „Erfüllt das vom Gesetzgeber geschaffene Verfahrensrecht seine Aufgabe nicht, oder setzt es der Rechtsausübung so hohe Hindernisse entgegen, dass die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtspositionen entsteht, dann ist es mit dem Grundrecht, dessen Schutz es bewirken soll, unvereinbar.“<sup>22</sup> Die Notwendigkeit einer grundrechtsschützenden und –fördernden Ausgestaltung von Organisations- und Verfahrensregelungen trete umso stärker hervor, je mehr die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit notwendig mit einer Teilhabe an staatlichen Leistungen verbunden sei. Neben Beispielen zu Art. 12 und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG benennt der VerfGH Thüringen diesbezüglich auch die staatliche Schutz- und Förderpflicht für das Privatschulwesen, das eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Zuschussanspruchs erfordere, die geeignet sei, der Durchsetzung der materiellen Grundrechtspositionen wirkungsvoll zu dienen.

In materieller Hinsicht ergäben sich die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums aus dem auf die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG gerichteten „Zweckbezug der Zuschussregelung des Art. 26 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf“. Der Staat habe gegenüber den Trägern von genehmigten Ersatzschulen den existenzsichernden Beitrag zu erbringen, der zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nach Art. 7 Abs. 4 GG erforderlich sei. Dabei gehe es nicht um eine überlebenssichernde Minimalausstattung einer wie auch immer zu bestimmenden Mindestzahl von privaten Ersatzschulen, sondern um den Betrag, den es den Schulen mit dem Schulgeld und angemessenen Eigenbeiträgen der Schulträger möglich mache, die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG gleichzeitig und dauerhaft zu erfüllen.<sup>23</sup>

Die Umstellung der Berechnungsmethode der Personalkosten von einem Ist-Kostenmodell, das auf die tatsächlich geleisteten Lehrerwochenstunden abstellte, auf ein Soll-Kostenmodell, das nunmehr gem. § 18 Abs. 4 S. 1, 2. HS ThürSchfTG auf die normativ „notwendigen Kosten“ aufgrund der Verwaltungsvorschrift zur Organisation des Schuljahres (VVOrgS) abstellt, führte im Übrigen – unabhängig von der offiziellen Reduzierung der Finanzhilfe bei allgemein bildenden Schulen von 85 % auf 80 % – in Thüringen zu einer weiteren Reduzierung der Förderung, da die tatsächlichen Kosten vor der Umstellung aufgrund eines Personalüberhangs höher waren als die nunmehr durch die VVOrgS festgelegten „notwendigen“ Kosten.<sup>24</sup> Aus der ersten Beratung des Gesetzentwurfs am 8.10.2010 geht hervor, dass die Umstellung auf das Soll-Kosten-Modell gerade diese Reduzierung herbeiführen sollte.<sup>25</sup>

19 Art. 26 Abs. 2 S. 2 ThürVerf verstärke die durch Art. 26 Abs. 1 ThürVerf gewährleistete Gründungsfreiheit – und zwar sowohl in ihrer subjektivrechtlichen Dimension als Freiheitsrecht als auch in ihrer Funktion als institutionelle Gewährleistung, [www.thverfgh.thueringen.de](http://www.thverfgh.thueringen.de), VerfGH 13/11, S. 30.

20 [www.thverfgh.thueringen.de](http://www.thverfgh.thueringen.de), VerfGH 13/11, S. 42 m. w. N.

21 [www.thverfgh.thueringen.de](http://www.thverfgh.thueringen.de), VerfGH 13/11, S. 42; Originalzitat von *Denninger*; E., Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts IX*, Heidelberg 2011, § 193 Rn. 31.

22 [www.thverfgh.thueringen.de](http://www.thverfgh.thueringen.de), VerfGH 13/11, S. 42; Originalzitat von BVerfGE 63, 131 (143).

23 [www.thverfgh.thueringen.de](http://www.thverfgh.thueringen.de), VerfGH 13/11, S. 43 f. m. w. N.

24 [www.thverfgh.thueringen.de](http://www.thverfgh.thueringen.de), VerfGH 13/11, S. 4 f.

25 Plenarprotokoll 5/34, S. 2868 (2869); VerfGH 13/11, S. 12.

### 1.3 Das Urteil des VerfGH Brandenburg

Das Verfassungsgericht Brandenburg war durch die Einwände der Antragsteller ebenfalls gehalten, die Einhaltung prozeduraler Anforderungen sowie des Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgrundsatzes zu überprüfen. Der VerfGH Brandenburg bejahte indessen die Vereinbarkeit der schulgesetzlichen Regelungen mit Art. 30 Abs. 6 S. 1<sup>26</sup> der Landesverfassung und stellte fest: „Eine Finanzierungsregelung verstößt nur dann gegen Art. 30 Abs. 6 Satz 1 LV i. V. m. Art. 7 Abs. 4, wenn hierdurch der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wird.“<sup>27</sup> Nach einer Gesamtschau, welche die verfahrensgegenständliche Zuschussregelung, die hiergegen vorgebrachten Einwände und die tatsächliche Entwicklung des Ersatzschulwesens im Land Brandenburg enthalte, sei dies bei der überprüften Regelung nicht der Fall, wobei der VerfGH feststellt, dass eine Änderung der Richtwerte für die Klassenfrequenz aufgrund des Gesetzesvorbehalts nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen dürfe.<sup>28</sup>

Der Gesetzgeber habe auch nicht gegen prozedurale Anforderungen verstoßen. Zweifelhaft sei bereits, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Zuschüsse besonderen prozeduralen Anforderungen unterliege. Aus Art. 30 Abs. 6 LV und Art. 7 Abs. 4 GG ließen sich solche Anforderungen nicht herleiten, da „die sich daraus ergebende Schutz- und Förderpflicht des Landes allein auf das Ersatzschulwesen als Institution gerichtet (...) und der Grundrechtsschutz des einzelnen Ersatzschulträgers auf diese Institutsgarantie beschränkt“ sei. „Es kann nicht angenommen werden, dass den Gesetzgeber ausnahmsweise gerade dann Begründungs- und Darlegungslasten treffen, wenn grundrechtliche Gewährleistungen – wie hier – nur mittelbar zum Tragen kommen. Schon deshalb besteht in diesem Zusammenhang kein Raum für einen besonderen ‚prozeduralen Grundrechtsschutz‘ (...).“<sup>29</sup>

## 2 Stellungnahme

Die Gerichte vertreten insbesondere bzgl. der Notwendigkeit eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren (prozeduraler Grundrechtsschutz) kontroverse Auffassungen. Der VerfGH Brandenburg knüpft die Ablehnung der Notwendigkeit eines prozeduralen Grundrechtsschutzes an die nach seiner Ansicht bestehende materielle Beschränkung der Schutz- und Förderpflicht auf die Sicherung des Ersatzschulwesens als Institution, der VerfGH Sachsen fordert ihn gerade *wegen* dieser Beschränkung. Der Frage, ob eine solche Beschränkung dem Grundrecht aus Art. 7 Abs. 4 GG gerecht wird, wird nachfolgend unter 2.1. nur schlaglichtartig und weichenstellend nachgegangen. Im Vordergrund steht unter 2.2. die Frage, ob neben dem Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgebot ein prozeduraler Grundrechtsschutz beachtet werden muss.

26 Art. 30 Abs. 6 lautet: „Das Recht zur Errichtung von Schulen in freier Trägerschaft wird nach Maßgabe von Artikel 7 Absatz 4 des Grundgesetzes gewährleistet. Die Träger haben Anspruch auf einen öffentlichen Finanzierungszuschuß.“

27 Urteil des VerfGH Brandenburg vom 12.12.2014, BeckRS 2015, 40012, 1. LS.

28 VerfGH Brandenburg vom 12.12.2014, BeckRS 2015, 40012, S. 26.

29 VerfGH Brandenburg vom 12.12.2014, BeckRS 2015, 40012, S. 23.

## 2.1 Zum materiellen Prüfungsrahmen

Das Bundesverfassungsgericht erkennt in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1987 die Gründungsfreiheit jedes Einzelnen, die institutionelle Garantie der Privatschule<sup>30</sup> und die Pflicht der Länder, das private Ersatzschulwesen zu fördern *und* in seinem Bestand zu schützen, als nebeneinander stehende Grundrechtsgehalte aus Art. 7 Abs. 4 GG an.<sup>31</sup> Nach den Ausführungen zum Grundrechtsgehalt weist das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung darauf hin, dass das Grundgesetz dem Landesgesetzgeber nicht vorgibt, in welcher Weise er seiner Förderungspflicht nachkommt und dass aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder für das Schulwesen diese „eine weitgehende eigenständige Gestaltungsfreiheit“ besitzen.<sup>32</sup> Während das Bundesverfassungsgericht in diesem Abschnitt noch zwischen „Förderungspflicht“ (Ziff. 1) und „Schutzpflicht“ (Ziff. 2) unterscheidet und bezüglich der Schutzpflicht ausführt, die Handlungspflicht des Staates trete erst ein, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens evident gefährdet sei, vertritt es diese Auffassung in einer Entscheidung 17 Jahre später für die Schutz- UND Förderpflicht.<sup>33</sup> Dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts aus der Entscheidung von 2004 schließt sich insbesondere der VerfGH Brandenburg an. Der Argumentation, die den Staat treffende Schutz- und Förderpflicht<sup>34</sup> löse erst dann eine Handlungspflicht aus, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre, liegt eine Reduktion der „Schutz- und Förderpflicht“ auf die durch die institutionelle Garantie zusätzlich gewährte „Schutzpflicht“ zugrunde, die nur noch wenig hinterfragt wird. Die ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht aufgezählten drei eigenständigen Bestandteile des Grundrechtsgehalts „individuelles Freiheitsrecht“, „institutionelle Garantie des Privatschulwesens“ *und* die eigenständig benannte „Schutz- und Förderpflicht“ lassen eine solche Reduktion als sehr zweifelhaft erscheinen.<sup>35</sup> Auch der in diesem Zusammenhang betonte „Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann“<sup>36</sup>, kann als Ausnahme jedenfalls nur ausgesprochen restriktiv interpretiert werden. Nach *Brosius-Gersdorf*<sup>37</sup> ist dieser Vorbehalt gar „angesichts der besonderen verfassungsrechtlichen Gründungs- und Betriebsbedingungen für Privatschulen nach Art. 7 IV 2 bis

30 Insoweit unzutreffend VerfGH Brandenburg vom 12.12.2014, BeckRS 2015, 40012, S. 23, der die „institutionelle Garantie“ in eine „Institutsgarantie“ wandelt. Siehe zur Abgrenzung *Cremer, W.*, *Freiheitsgrundrechte*, Tübingen 2003, S. 85 f. Fn. 64.

31 BVerfGE 75, 40 (61 ff. unter II.).

32 BVerfGE 75, 40 (66 f.).

33 BVerfGE 112, 74 ff.; mit einer kompletten Neubesetzung des 1. Senats seit der Grundsatzentscheidung von 1987, BVerfGE 75, 40. Vgl. zum daraus folgenden Dilemma aktuell *Harzendorf* (Anm. 5) S. 79 mit Verweis auf *Hufen, F.*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft*, in: *Hufen, F./Vogel, J. P.* (Hrsg.), *Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?*, Berlin 2006, S. 49 (82).

34 Die Unterstützungspflicht aus Art. 7 Abs. 4 GG lässt sich aufgrund seiner besonderen Gründungs- und Betriebsbedingungen gem. Art. 7 Abs. 4 S. 2–4 GG nur schwer mit anderen Freiheitsrechten vergleichen, so aber aktuell *Wallrabenstein* (Anm. 9), S. 253. Dass Freiheitsgrundrechte in der Regel nicht den Anspruch begründen, die materiellen Voraussetzungen für die Freiheitsausübung bereitzustellen, steht außer Frage, vgl. hierzu auch *Cremer* (Anm. 30), S. 365.

35 *Brosius-Gersdorf, F.*, in: *Dreier, H.* (Hrsg.), *GG*, Tübingen 2013, Art. 7, Rn. 109, kommt aufgrund der aus Art. 7 Abs. 4 GG folgenden Schutz- und Handlungspflicht zu dem Ergebnis, dass jede einzelne Schule einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf Förderung hat. Dieser bedeutet indes nicht, dass jede einzelne Schule in ihrem Bestand geschützt ist, sondern lediglich, dass die einzelne Schule einen Anspruch auf Förderung hat. Vgl. zur Herleitung der Förderungspflicht unmittelbar aus Art. 7 Abs. 4 GG *Jeand'Heur, B.*, in: *Müller, F./Jeand'Heur, B.* (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Freien Schulen*, Berlin 1996, S. 60 ff.

36 So VerfGH Brandenburg vom 12.12.2014, BeckRS 2015, 40012, S. 16; vgl. BVerfGE 75, 40 (68).

37 (Anm. 35), Rn. 110.

4 GG nicht begründbar.“ Finanzpolitische Gründe könnten ansonsten schnell die individuellen Rechte außer Kraft setzen.<sup>38</sup>

Bzgl. der Bewertungen der landesrechtlichen Grundrechte in Brandenburg und Thüringen, die sich zumindest in ihrem Wortlaut sinngemäß nicht unterscheiden<sup>39</sup>, sind die Ausführungen des VerfGH Thüringen und des VerfGH Brandenburg höchst unterschiedlich: Betont Thüringen den subjektivrechtlichen Charakter des Anspruchs aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 ThürVerf<sup>40</sup> und schließt sich damit der Auffassung an, nach der die Finanzierungspflicht i. V. m. Art. 7 Abs. 4 GG jeder Einzelschule einen subjektiven Anspruch auf Förderung vermittelt und nicht nur eine objektivrechtliche Förderpflicht des Staates bei Gefährdung des Bestands des Ersatzschulwesens enthält, gibt der VerfGH Brandenburg Art. 30 Abs. 6 LV außer einer Konkretisierung auf die Zuschusspflicht keine weitergehende Bedeutung, obwohl der Wortlaut – welcher explizit auf „die Träger“ der Ersatzschulen abstellt – einen subjektiven Anspruch auf Förderung weit mehr impliziert als die Formulierung des Art. 26 Abs. 2 S. 2 ThürVerf.

## 2.2 Zum prozeduralen Grundrechtsschutz

Grundlegend stellt – verkürzt dargestellt<sup>41</sup> – der „prozedurale Grundrechtsschutz“ Anforderungen an die Ausgestaltung derjenigen Verfahren, ohne die ein wirksamer Grundrechtsschutz aus dem jeweiligen Grundrecht nicht möglich ist. In dem grundlegenden Mühlheim-Kärlich-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Wirkung der Grundrechte auf die Ausgestaltung und Anwendung des Verfahrensrechts heißt es, „daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.“<sup>42</sup> Später führte das Bundesverfassungsgericht aus: „Prozeduraler Grundrechtsschutz ist insbesondere dort geboten, wo die Grundrechte ihre materielle Schutzfunktion nicht hinlänglich erfüllen können. Das ist etwa der Fall, wenn ein Grundrecht keine materiellen Maßstäbe für bestimmte grundrechtsrelevante staatliche Maßnahmen zu liefern vermag und folglich auch die Ergebniskontrolle am Maßstab des Grundrechts ausfällt. Ferner kommt es dazu, wenn eine Ergebniskontrolle an materiellen Maßstäben zwar noch denkbar ist, aber erst zu einem Zeitpunkt stattfinden kann, in dem etwaige Grundrechtsverletzungen nicht mehr korrigierbar sind. In beiden Fällen ist es erforderlich, den Grundrechtsschutz in den Prozeß der Entscheidungsfindung vorzuverlagern und nicht erst auf das Entscheidungsergebnis zu beziehen.“<sup>43</sup>

Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung ist nach der Argumentation Brandenburgs „in erster Linie, ob der Gesetzgeber im Ergebnis seiner Schutz- und Förderpflicht für das Ersatzschulwesen tatsächlich nachgekommen ist.“<sup>44</sup> Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen.

38 Vgl. Alexy, R., Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1994, S. 466.

39 Art. 26 Abs. 2 S. 2 LV Thüringen: „Genehmigte Ersatzschulen haben Anspruch auf öffentliche Zuschüsse.“, Art. 30 Abs. 6 S. 2 LV Brandenburg: „Die Träger haben Anspruch auf einen öffentlichen Finanzierungszuschuß.“

40 ThürVerfGH 13/11, S. 43 f. Kritisch hierzu das Sondervotum des Richters Baldus, www.thverfgh.thueringen, VerfGH 13/11, S. 60.

41 Ausführlich zur Entwicklung in der Literatur und Rechtsprechung Cremer (Anm. 30), S. 392, 394 ff. Aktuell Kempny, S./Krüger, H., Prozeduralisierung des (Grund-)Rechtsschutzes – eine Analyse der jüngeren Rechtsprechung, SächsVBl. 2014, 153–156.

42 BVerfGE 53, 30 (65). Vgl. zu weiteren Nachweisen des BVerfG Cremer (Anm. 30), S. 398 Fn. 1105.

43 BVerfGE 90, 60 (96).

44 VerfGH Brandenburg, BeckRS 2015, 40012, S. 23.

Aus dem Umstand, dass dem Gesetzgeber bei der Entwicklung seines Fördermodells ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, folgt entgegen der Ansicht Brandenburgs nicht, dass der VerfGH seine Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Wahrung grundrechtlicher Anforderungen derart zurückzunehmen hat, dass lediglich festzustellen ist, ob der Gesetzgeber die Förderpflicht gänzlich oder in dem Sinne grob vernachlässigt hat, dass das Ersatzschulwesen als Institution evident gefährdet erscheint. Mit dieser Auffassung beschränkt Brandenburg seine Prüfungskompetenz in einer Weise, die der VerfGH Sachsen als unzulässig ansieht.<sup>45</sup> Dem Urteil des VerfGH Brandenburg lässt sich mit Blick auf diesen auf einen Minimalstandard reduzierten Prüfungsrahmen auch nur schwer entnehmen, ob im Rahmen seiner „Gesamtschau“ formelle Anforderungen über den Wesentlichkeitsgrundsatz hinaus, wie etwa der dargestellte prozedurale Grundrechtsschutz, überhaupt existent sein sollen. Zumindest der 1. Leitsatz des Urteils und die Aussage im Rahmen der materiellen Prüfung, die Schutz- und Förderpflicht des Landes löse erst dann eine Handlungspflicht aus, wenn anderenfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet ist<sup>46</sup>, lassen sogar vermuten, dass die Feststellung eines vitalen Ersatzschulwesens im Bundesland im Rahmen der Gesamtschau ungenügende Verfahrens- oder Organisationsregeln ausgleichen können soll. Der VerfGH Sachsen stellt dagegen ausdrücklich klar, dass die fehlende Einhaltung der prozeduralen Anforderungen nicht materiell ausgeglichen werden kann, etwa mit der steigenden Anzahl von Schulen in freier Trägerschaft oder deren Schülern.

Ein prozeduraler Grundrechtsschutz kann für Art. 7 Abs. 4 GG und die entsprechenden Landesverfassungsrechtlichen Regelungen nur bedeuten, dass alle Kostenfaktoren des Fördermodells nachvollziehbar und diese vom Verfassungsgericht überprüfbar sein müssen. Denn weder Art. 7 Abs. 4 GG noch die in Rede stehenden entsprechenden Grundrechte aus den Landesverfassungen weisen materielle Maßstäbe für die staatliche Förder- und Schutzpflicht auf. Bei einem Prüfungsmaßstab, wie ihn der VerfGH Brandenburg anwendet, wäre die Grundrechtsverletzung nur noch zu einem Zeitpunkt feststellbar, in dem diese nicht mehr korrigierbar ist. Die Schulen, die bis dahin bereits geschlossen hätten, könnten kaum wieder problemlos ihren Schulbetrieb aufnehmen. Insofern führt die Ansicht des VerfGH Brandenburg, die allein auf die institutionelle Garantie beschränkte Schutz- und Förderpflicht spreche nicht *für*, sondern *gegen* besondere verfahrensbezogene Vorgaben<sup>47</sup>, gerade zu dem Ergebnis, dass durch den prozeduralen Grundrechtsschutz verhindert werden soll.

Zu Recht stellen Sachsen und Thüringen daher fest, dass die Ermittlung des Mindestniveaus der Leistungshöhe auch besonderen prozeduralen Anforderungen gerecht werden muss.

*Verf.: Dr. Christiane Wegricht, Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e. V. (IfBB), An-Institut der Ruhr-Universität Bochum, Universitätsstr. 150, 44780 Bochum, E-Mail: wegricht@t-online.de*

45 juris, Rn. 128, bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf. Vgl. *Dombert, M.*, Verfahrensrechtliche Anforderungen und Pflichten des Landesgesetzgebers bei der Regelung der Finanzhilfen für Ersatzschulen, R&B 2012 (3), S. 12–18.

46 Vgl. VerfGH Brandenburg, BeckRS 2015, 40012, Satz 2 des 1. LS, S. 15 f. und S. 20. Wann eine solche Gefährdung der Fall sein soll, steht dahin, da schwer zu klären ist, wie viele Ersatzschulen angesichts der aktuellen gesellschaftlichen Situation und Nachfrage einen solchen „Bestand des Ersatzschulwesens“ denn umfassen soll. Ein solch unbestimmtes Schutzniveau lässt bereits an der Möglichkeit einer wirksamen Grundrechtsverwirklichung zweifeln.

47 BeckRS 2015, 40012, S. 23.