

*Frauke Brosius-Gersdorf*

## **Verfassungsrechtlicher Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt sowie Konsequenzen für die Genehmigungs- und Finanzierungspraxis\***

### **1** Problemaufriss

Der verfassungsrechtliche Status privater Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt weist verglichen mit Ersatzschulen in anderen Bundesländern Besonderheiten auf. Für sachsen-anhaltische Ersatzschulen findet nicht nur die Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 GG Anwendung, sondern auch Art. 28 Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt (Verf LSA), der teilweise über den Gewährleistungsstandard des Grundgesetzes hinausgeht (2.). Aus dem besonderen verfassungsrechtlichen Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt leiten sich Konsequenzen für die Genehmigungspraxis des Landesschulamts ab. Diese Konsequenzen werden am Beispiel des Lehrkräftemangels und der Entwicklung der Schülerzahlen geschildert, die zu einem Standortwettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Schulen geführt haben. Besondere verfassungsrechtliche Vorgaben bestehen zudem für die Finanzhilfe des Landes Sachsen-Anhalt, insbesondere für den Kreis der begünstigten Schulen, die Höhe der Finanzhilfe und die Wartezeit (3.). Der Beitrag endet mit einem kurzen Resümee (4.).

### **2** Verfassungsrechtlicher Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt

Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt stehen auf doppeltem verfassungsrechtlichen Boden: dem des Art. 7 Abs. 4 GG und dem des Art. 28 Verf LSA. Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 1 Verf LSA regeln das Recht zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen sowie die Genehmigungsbedürftigkeit und die Voraussetzungen für die Genehmigung privater Ersatzschulen inhaltlich übereinstimmend (2.1). Bei der Finanzierung der Ersatzschulen geht die Landesverfassung einen Sonderweg. Art. 28 Abs. 2 Verf LSA räumt Ersatzschulen explizit einen Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse ein (Satz 1), wobei das Nähere ein Gesetz regelt (Satz 2). Diese landesverfassungsrechtliche Regelung zur Finanzhilfe reicht, legt man die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, über den Finanzhilfestandard des Grundgesetzes hinaus (2.2).

#### **2.1 Grundrechtsträgerschaft unter Genehmigungsvorbehalt**

Sowohl Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG als auch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA gewährleisten ein Grundrecht zur Errichtung von Schulen in freier, d. h. privater Trägerschaft. Dieses Grundrecht sichert die Freiheit der Gründung und des Betriebs privater Schulen<sup>1</sup>. Darin enthalten ist die Absage an

---

\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Autorin auf dem Parlamentarischen Abend in Magdeburg am 13. Juni 2017 gehalten hat.

1 Bezogen auf Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG BVerfGE 27, 195 (200 f.); 75, 40 (61 f.); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83) – ständige Rechtsprechung.

ein Schulmonopol des Staates<sup>2</sup>, womit für Vielfalt schulischer Bildungs- und Erziehungskonzepte gesorgt<sup>3</sup> und der Innovationsfreudigkeit der Schulen in freier Trägerschaft Rechnung getragen<sup>4</sup> wird. Für private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen, d. h. für „Privatschulen, die nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck als Ersatz für eine in dem Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen sollen“<sup>5</sup>, ist die Gründungs- und Betriebsfreiheit insoweit eingeschränkt, als sie der Genehmigung des Staates bedürfen (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG; Art. 28 Abs. 1 Satz 2 Verf LSA). Die Genehmigungsvoraussetzungen legt das Grundgesetz abschließend fest (s. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG); die Länder dürfen sie nur konkretisieren, nicht erweitern oder einschränken<sup>6</sup>. Dem entspricht Art. 28 Abs. 1 Satz 3 und 4 Verf LSA, der mit den Bestimmungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG übereinstimmende Genehmigungsregelungen enthält. Das bundesverfassungsrechtliche Regime für die Ersatzschulgenehmigung unterscheidet sich damit von dem grundgesetzlichen Rahmen für die Finanzhilfe, der durch Landesrecht erweitert werden darf<sup>7</sup>.

Bei der Prüfung, ob die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist das Land darauf beschränkt festzustellen, dass die private Schule das Sonderungsverbot wahrt und im Hinblick auf ihre Lehrziele und Einrichtungen sowie die wissenschaftliche Ausbildung und die wirtschaftliche und rechtliche Stellung ihrer Lehrkräfte öffentlichen Schulen gleichwertig ist<sup>8</sup>. Gleichwertigkeit ist gegeben, wenn am Ende des jeweiligen Bildungsgangs, also im Zeitpunkt des Schulabschlusses, ein gleichwertiger Bildungserfolg gewährleistet ist<sup>9</sup>. Gleichartigkeit privater Schulen mit öffentlichen Schulen oder gar höhere Anforderungen, als für öffentliche Schulen gelten, dürfen für eine Genehmigung als Ersatzschule nicht verlangt werden<sup>10</sup>, weil dadurch die verfassungsrechtlich garantierte Autonomie der Privatschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA) und der gewollte Wettstreit der Bildungskonzepte zum Erliegen kämen. Eine über die Genehmigungserteilung bewirkte Anpassung an das öffentliche Schulwesen im Sinne einer Gleich-

2 Bezogen auf Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG BVerfGE 27, 195 (201); 34, 165 (197); 75, 40 (62); 90, 107 (114).

3 Vgl. zu Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG BVerfGE 90, 107 (116); *Tillmanns, R.*, Die Freiheit der Privatschulen nach dem Grundgesetz, Köln 2006, S. 11.

4 In Bezug auf Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 103 mit weiteren Nachweisen.

5 BVerfGE 27, 195 (201 f.); 75, 40 (76); 90, 128 (139); BVerwGE 104, 1 (8); 105, 20 (24).

6 Vgl. statt aller BVerwGE 12, 349 (351); 17, 236 (238); *Vogel, J. P.*, Zur Genehmigung von Ersatzschulen – Bemerkungen zur aktuellen Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung –, DÖV 2008, 895 (901); *Rennert, K.*, Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Schulrecht, DVBl. 2001, 504 (515); *Ogorek, M.*, Der Schutz anerkannter Ersatzschulen durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit, DÖV 2010, 341 (348); *Jarass, H. D.*, in: Jarass, H. D./Pieroth, B., Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl., München 2016; Art. 7 Rn. 30; *Müller, F.*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin 1982, S. 98 f.

7 Ziff. II. 2.

8 Statt aller BVerfGE 27, 195 (207); 90, 107 (122); 90, 128 (140); BVerwGE 12, 349 (350 f.); 17, 236 (237); 90, 1 (15); 112, 263 (268 f.); *Baldus, M.*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, Köln 1998, S. 12 f.; *Krampen, I.*, in: Keller, J./Krampen, I. (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft, Baden-Baden 2014, 11. Kap. Rn. 8.

9 Vgl. statt vieler *Vogel, J. P.*, Zur Genehmigung von Ersatzschulen – Bemerkungen zur aktuellen Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung –, DÖV 2008, 895 (903); *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 120; vgl. auch *Baldus, M.*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, Köln 1998, S. 17.

10 Statt aller *Jestaedt, M.*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 156 Rn. 56; *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 114; *Badura, P.*, in: Maunz, T./Dürig, G. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 79. EL 2016, Art. 7 Rn. 117.

artigkeit privater Schulen gefährdete die Ziele des Privatschulwesens und beschränkte das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht der Privatschulfreiheit unverhältnismäßig<sup>11</sup>.

Erfüllen Schulen in freier Trägerschaft die verfassungsrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen, ist das Land verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen; auf die Genehmigung besteht von Verfassung wegen ein Rechtsanspruch<sup>12</sup>.

### 2.1.1 Rechtsaufsicht als Regelmodus der Staatsaufsicht

Wegen dieses grundrechtlichen Status unterliegen Ersatzschulen im Gegensatz zu öffentlichen Schulen grundsätzlich nur der Rechtsaufsicht und nicht der Fachaufsicht des Landesschulamts<sup>13</sup>. Etwas Anderes gilt für staatlich anerkannte Ersatzschulen, die zur Vergabe öffentlicher Berechtigungen wie Abschlüssen befugt sind. Über anerkannte Ersatzschulen übt das Land die Fachaufsicht aus<sup>14</sup>, weil Ersatzschulen durch eine Anerkennung beliehen werden und bei der Vergabe öffentlicher Berechtigungen Hoheitsrechte ausüben<sup>15</sup>. Die Fachaufsicht ist auf den Umfang der Anerkennung der Ersatzschulen bezogen und beschränkt. Soweit staatlich anerkannte Ersatzschulen keine Hoheitsbefugnisse ausüben, sondern gleiche Aufgaben wahrnehmen wie nicht anerkannte Ersatzschulen, unterliegen sie lediglich der Rechtsaufsicht der Länder<sup>16</sup>.

### 2.1.2 Gleichrang öffentlicher und privater Schulen

Eine weitere Konsequenz des Status der Ersatzschulen als Grundrechtsträger ist ihr prinzipieller Gleichrang mit öffentlichen Schulen bei der Erfüllung des Schulauftrags nach Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 25 ff. Verf LSA. Zwischen öffentlichen und privaten Schulen besteht kein Vorrang-, Nachrangverhältnis im Sinne einer Subsidiarität privater Schulen<sup>17</sup> etwa bei Schüler- oder Lehrermangel, sondern sie stehen bei der Erfüllung des Schulauftrags gleichberechtigt nebeneinander. Das Grundgesetz (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) und die Landesverfassung (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA) gewährleisten die Gründung und den Betrieb privater Schulen unbedingt und unabhängig von der Situation der öffentlichen Schulen und einem Bedürfnis nach Privatschulen. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen haben unter den im Grundgesetz (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG) und in der Landesverfassung (Art. 28 Abs. 1 Satz 3 und 4 Verf LSA) benannten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Genehmigung.<sup>18</sup> Ob für eine private Ersatzschule ein Bedürfnis be-

11 Näher Brosius-Gersdorf, F., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 120.

12 Statt aller BVerfGE 27, 195 (200); BVerfGE 112, 263 (266); Vogel, J. P., 50 Jahre Grundrecht auf Errichtung freier Schulen, in: Jach, F. R./Jenkner, S. (Hrsg.), 50 Jahre Grundgesetz und Schulverfassung, Berlin 2000, S. 39 (47).

13 Statt fast aller OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88); Loschelder, W., Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV/1, Heidelberg 2011, § 110 Rn. 32; Kotzur, M., in: Stern, K./Becker, F. (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. Köln 2015, Art. 7 Rn. 52; Rathke, C., Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 7 Abs. 1 GG und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, Berlin 2005, S. 86; Müller, F., Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin 1982, S. 113 ff., 193.

14 Näher mit Nachweisen bei und in Fn. 108.

15 BVerfGE 27, 195, (203 f.); BVerfGE 17, 41 (42); 45, 117 (118).

16 Brosius-Gersdorf, F., Privatschulen zwischen Autonomie und staatlicher Aufsicht, Die Verwaltung 2012, 389 (398).

17 So aber Badura, P., in: Maunz, T./Dürig, G. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 79. EL 2016, Art. 7 Rn. 92.

18 Näher bei Fn. 12.

steht, was davon abhängen mag, ob eine ausreichende Zahl vergleichbarer öffentlicher Schulen besteht, und ob öffentliche Schulen durch die Zulassung einer Ersatzschule in ihrem Bestand gefährdet werden, ist nicht Teil der Genehmigungsvoraussetzungen. Mit diesem verfassungsrechtlichen Rechtsanspruch auf Genehmigung privater Ersatzschulen ohne Bedürfnisprüfung lässt sich ein Primat der öffentlichen gegenüber den privaten Schulen nicht vereinbaren. Eine Ausnahme gilt für Volksschulen, d. h., vor allem für Grundschulen<sup>19</sup>. Ihre Zulassung knüpft Art. 7 Abs. 5 GG an besondere Voraussetzungen, die sich im Sinne eines Vorrangs der öffentlichen gegenüber der privaten Grundschule deuten lassen<sup>20</sup>.

An diesem prinzipiellen Gleichrang öffentlicher und privater Schulen außerhalb des Volksschulbereichs rüttelt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA nicht, der privaten Ersatzschulen einen Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse einräumt<sup>21</sup>. Dieser landesverfassungsrechtlichen Bestimmung kommt zum einen ausschließlich Bedeutung im Kontext der Finanzhilfe zu. Zum anderen lässt sich aus ihr inhaltlich kein Vorrang öffentlicher vor privaten Schulen herleiten. Anderslautende Äußerungen im Verfassungsausschuss bei den Beratungen der Landesverfassung können<sup>22</sup>, wenn man sie überhaupt im Sinne eines erstrebten Vorrangs öffentlicher vor privaten Schulen interpretieren will<sup>23</sup>, einen solchen Vorrang nicht begründen, weil sich ein entsprechender subjektiver Wille des Landesverfassungsgebers im Normtext nicht objektiv niedergeschlagen hat<sup>24</sup>. Abgesehen davon verstieße ein landesverfassungsrechtlicher Vorrang des öffentlichen Schulwesens gegen den grundgesetzlich verordneten Gleichrang öffentlicher und privater Schulen, was nach Art. 31 GG zur Nichtigkeit des Art. 28 Verf LSA führte, wenn eine grundgesetzkonforme Auslegung ausschiede.

Für das Land folgt hieraus nicht nur, dass jede Form einer Bedürfnisprüfung bei der Genehmigung privater Ersatzschulen unzulässig ist, sondern auch, dass es öffentliche Schulen vorhalten kann, aber nicht muss, wenn genügend private Ersatzschulen bereitstehen. Das Land hat im Schulbereich nach Art. 7 Abs. 1 GG lediglich eine Gewährleistungspflicht, nicht hingegen notwendig auch eine eigene Erfüllungspflicht. Um seiner Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden, ist das Land allerdings bei einem Verzicht auf eigene, öffentliche Schulen gehalten, die Entwicklung des Ersatzschulwesens zu beobachten und bei Lücken oder nicht behebbaren Mängeln im Ersatzschulbetrieb Abhilfe durch öffentliche Schulen zu schaffen.

19 Zum Begriff der Volksschule i. S. d. Art. 7 Abs. 5 GG näher *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 130 mit weiteren Nachweisen.

20 Näher *Brosius-Gersdorf, F.*, Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis, R&B 1/2016, 2 (7).

21 In diesem Sinne umschreibt § 14 Abs. 1 Satz 1 SchulG LSA das Verhältnis zwischen freien und öffentlichen Schulen zutreffend mit den Worten „Schulen in freier Trägerschaft wirken neben den öffentlichen Schulen bei der Erfüllung des Bildungsauftrages im Rahmen des Artikels 28 der Landesverfassung und des Artikels 7 Abs. 4 und 5 des Grundgesetzes eigenverantwortlich mit“, wobei freie Schulen auch ohne entsprechende öffentlichen Schulen existenzberechtigt sind.

22 Äußerungen mit Quellenangabe abgedruckt bei *Langer, T.*, Finanzhilfe für Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt, NJ 2009, 187 (191 f.). Zu den Verfassungsberatungen zu Art. 28 Verf LSA s. auch *Kluth, W.*, Landesgrundrechte in Sachsen-Anhalt, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VIII, Heidelberg 2017, § 258 Rn. 48 f.

23 So *Langer, T.*, Finanzhilfe für Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt, NJ 2009, 187 (191 f.).

24 Zur Unbeachtlichkeit des subjektiven Willens des Gesetzgebers, wenn er sich nicht in der Norm, d. h. nicht objektiv niedergeschlagen hat, BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130 f.); 105, 135 (157).

## 2.2 Finanzhilfe für Ersatzschulen

Ein weiterer Eckpfeiler im verfassungsrechtlichen Fundament der Ersatzschulen ist ihr Anspruch auf finanzielle Förderung gegen das Land. Die Landesverfassung verhält sich hierzu im Gegensatz zum Grundgesetz explizit und geht, zumindest nach der Lesart des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 7 Abs. 4 GG, inhaltlich über den Gewährleistungsstandard des Grundgesetzes hinaus. Weil eine Ausweitung des Finanzhilfeanspruchs von Ersatzschulen – anders als eine Erweiterung der Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG<sup>25</sup> – keinen Eingriff in die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG bewirkt, sondern den Rechtskreis der Ersatzschulen erweitert, hat das Grundgesetz gegen eine großzügigere landesverfassungsrechtliche Regelung zur Finanzhilfe nichts einzuwenden. Art. 7 Abs. 4 GG markiert im Förderbereich lediglich einen Mindeststandard, der von den Ländern nicht unterschritten, aber überschritten werden darf.

### 2.2.1 Verfassungsrechtliche Förderpflicht des Landes

Das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 GG beinhaltet nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts neben einer Institutsgarantie des Privatschulwesens<sup>26</sup> und einem Abwehrrecht privater Schulen gegen den Staat<sup>27</sup> auch ein an die Länder adressiertes Gebot, Ersatzschulen i. S. d. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG zu fördern<sup>28</sup>. Der Staat darf sich „nicht darauf zurückziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen lediglich zuzulassen“<sup>29</sup>, sondern muss ihnen finanzielle Unterstützung gewähren.

Eine entsprechende Förderpflicht des Landes Sachsen-Anhalt folgt explizit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA, wonach Schulen in freier Trägerschaft Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse haben, soweit sie Ersatz für öffentliche Schulen sind.

### 2.2.2 Ratio des Fördergebots

Der Grund für das verfassungsrechtliche Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG sind nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die hohen Genehmigungshürden, die das Grundgesetz für die Gründung und den Betrieb von Ersatzschulen errichtet. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet zwar das Recht zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen, knüpft es aber für private Ersatzschulen an eine staatliche Genehmigung (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG), die an die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG gebunden ist. Um diese Genehmigungsvoraussetzungen

25 Bei und in Fn. 27.

26 BVerfGE 6, 309 (355) – ständige Rechtsprechung; Brosius-Gersdorf, F., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 107.

27 Statt aller BVerfGE 90, 107 (115) – ständige Rechtsprechung.

28 BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (115); 112, 74 (83); BVerfG (K), 1 BvL 26/96 u. a. vom 4.3.1997, Rn. 29 (juris) – ständige Rechtsprechung; s. auch BVerwGE 79, 154 (155 f.); VerfGH Bbg, 31/12 vom 12.12.2014, Rn. 112 (juris); aus dem Schrifttum statt aller Pieroth, B./Barczak, T., Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: Avenarius, H./Pieroth, B./Barczak, T., Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, Baden-Baden 2012, S. 71 (94 ff.); Vogel, J. P., Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: Hufen, F./Vogel, J. P. (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, Berlin 2006, S. 17 (17 ff.); Brosius-Gersdorf, F., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 108.

29 BVerfGE 75, 40 (63).

erfüllen zu können, sind private Schulen auf Finanzhilfe des Staates zwingend angewiesen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert pointiert, dass die verfassungsrechtliche Förderpflicht „ihren Grund im regelmäßig bestehenden Unvermögen der privaten Schulträger (hat), aus eigener Kraft sämtliche Anforderungen des Grundgesetzes (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG) für die Genehmigung der Schule gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen.“<sup>30</sup> Die verfassungsrechtliche Förderpflicht des Staates beruht „auf der mangelnden tatsächlichen Wahrnehmungsmöglichkeit des Freiheitsrechts unter gleichzeitiger Erfüllung aller Genehmigungsbedingungen, also im wesentlichen auf der Unmöglichkeit einer Selbstfinanzierung privater Ersatzschulen“<sup>31</sup>. „Die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen“ sei „ein empirisch gesicherter Befund“<sup>32</sup>. In der Konsequenz gilt: „Soll Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmern, so muß diese Verfassungsnorm zugleich als eine Verpflichtung des Gesetzgebers verstanden werden, die privaten Ersatzschulen zu schützen und zu fördern.“<sup>33</sup> „Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden.“<sup>34</sup> Dieser Zweck der Ersatzschulförderung, den privaten Schulen die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu ermöglichen, liegt auch Art. 28 Abs. 2 Verf LSA zugrunde.

Ob ein weiterer Grund für die Förderpflicht des Staates gegenüber Ersatzschulen darin liegt, dass den Schulen eine „Ersatz-Funktion“ gegenüber öffentlichen Schulen zukommt und sie dem Staat finanzielle Aufwendungen für eigene Schulen ersparen, hat das Bundesverfassungsgericht offengelassen.<sup>35</sup>

### 2.2.3 *Begünstigte der Förderung*

Aus diesem Zweck des bundes- und landesverfassungsrechtlichen Fördergebots ergibt sich zugleich, wem die Länder Finanzhilfe gewähren müssen. Da die Finanzhilfepflicht dem Unvermögen der privaten Schulträger geschuldet ist, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ersatzschulgenehmigung aus eigener Kraft zu erfüllen, und dieses Unvermögen bei allen Ersatzschulen gegeben ist, ist das Land zur Förderung sämtlicher Ersatzschulen verpflichtet<sup>36</sup>. Ob die Ersatzschulen neben den Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 3 und 4 Verf LSA weitere (schulgesetzlich bestimmte) Zwecke erfüllen, ist für die verfassungsrechtliche Förderpflicht des Staates irrelevant. Es ist nicht zulässig, das „Ob“ der Förderung von der Erfüllung weiterer, im Grundgesetz nicht vorgesehener Zwecke abhängig zu machen<sup>37</sup>. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts gesprochen: Haben private Schulen „den Charakter von Ersatzschulen und sind sie als solche genehmigt, so (können) sie nicht von vornherein

30 BVerfGE 90, 128 (138); vgl. auch BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (115); bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf. auch SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 95 (juris).

31 BVerfGE 75, 40 (67).

32 BVerfGE 75, 40 (67); 90, 107 (115).

33 BVerfGE 75, 40 (65).

34 BVerfGE 90, 107 (115).

35 Näher *Brosius-Gersdorf, F.*, Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis, R&B 1/2016, 2 (10).

36 Vgl. *Badura, P.*, in: Maunz, T./Dürig, G. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 79. EL 2016, Art. 7 Rn. 134.

37 Vgl. BVerfGE 75, 40 (71 ff.).

von der staatlichen Ersatzschulförderung ausgenommen werden.<sup>38</sup> Schulgesetzliche Regelungen, die einzelne Ersatzschulen aus der Finanzhilfe ausschließen, verletzen die aus Art. 7 Abs. 4 GG „folgende Verpflichtung der Länder zur existenzhaltenden Förderung der Ersatzschulen“<sup>39</sup>. Eine Beschränkung der Finanzhilfe auf einzelne Ersatzschulen wie staatlich anerkannte Schulen oder Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung ist daher unzulässig. Sie verstößt gegen das Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG und des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA.

Eine Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Ersatzschulen oder Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung verletzt außerdem die durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA gesicherte Gründungs- und Betriebsfreiheit der Ersatzschulen<sup>40</sup>. Eine Anerkennung von Ersatzschulen ist zwar als Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Berechtigungen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG grundsätzlich vereinbar<sup>41</sup>. Etwas Anderes gilt aber, wenn die Länder die Anerkennung dazu nutzen, die Ersatzschulen ohne sachlichen Grund zur Anpassung an die öffentlichen Schulen und damit zur Aufgabe ihrer Selbstbestimmung zu zwingen<sup>42</sup>. Eine solche zwangsweise Anpassung der Ersatzschulen an das öffentliche Schulwesen bewirkt die Anerkennung als Voraussetzung für Finanzhilfe. Eine Anerkennung führt zur inhaltlichen Anpassung der Ersatzschule an das staatliche Schulwesen, weil anerkannte Schulen anders als nicht anerkannte Schulen zur Gleichartigkeit (und nicht nur zur Gleichwertigkeit) mit öffentlichen Schulen verpflichtet sind. Sie müssen die für öffentliche Schulen geltenden Aufnahme-, Versetzungs- und Prüfungsvorschriften anwenden und werden durch die Anerkennung beliehen, sodass sie der Fachaufsicht unterliegen<sup>43</sup>. Diese inhaltliche Anpassung an das öffentliche Schulwesen erfolgt bei einer Anerkennung als Voraussetzung für Finanzhilfe nicht freiwillig, sondern ist für die Ersatzschulen faktisch obligatorisch. Die Ersatzschulen sind auf Finanzhilfe existenziell angewiesen, sodass sie faktisch keine Wahl haben, ob sie sich anerkennen lassen. Dies verletzt ihre verfassungsrechtlich garantierte Gründungs- und Betriebsfreiheit (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA), die unabhängig von einer staatlichen Anerkennung gewährleistet ist. Die Privatschulfreiheit ist für Ersatzschulen ausschließlich von der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG bzw. Art. 28 Abs. 2 Satz 3 und 4 Verf LSA abhängig, zu denen weder die Anerkennung noch ein besonderes pädagogisches Konzept gehören. Indem der Gesetzgeber die Ersatzschulen faktisch zwingt, sich anerkennen zu lassen, da sie anderenfalls keine Finanzhilfe erhalten, erweitert er die Genehmigungsvoraussetzungen des Grundgesetzes, was unzulässig ist. Nur wenn Ersatzschulen die Wahl haben, ob sie eine Anerkennung beantragen, um öffentliche Berechtigungen vergeben zu können, oder ob sie auf eine Anerkennung und entsprechend auf die Vergabe öffentlicher Berechtigungen verzichten, ist das Grundrecht der Privatschulfreiheit gewahrt. Zwingt der Staat Ersatzschulen zur Anerkennung und damit zur inhaltlichen Anpassung an öffentliche Schu-

38 BVerfGE 75, 40 (77).

39 BVerfGE 75, 40 (77 f.).

40 Zur Funktion des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG als Abwehrrecht bei und in Fn. 27.

41 BVerfGE 27, 195 (200 ff.); verfassungsrechtliche Bedenken gegen das landesschulgesetzliche Institut der Anerkennung als Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Berechtigungen dagegen bei *Heckel, H.*, Deutsches Privatschulrecht, Berlin 1955, S. 245; *Müller, F.*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin 1982, S. 353 ff.; *Ogorek, M.*, Der Schutz anerkannter Ersatzschulen durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit, DÖV 2010, 341 (344 ff.); *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 126.

42 Bezogen auf die Vergabe öffentlicher Berechtigungen BVerfGE 27, 195 (209); vgl. BVerwGE 68, 185 (188); 112, 263 (270 f.).

43 Näher mit Nachweisen bei und in Fn. 108.

len, verstößt er gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA<sup>44</sup>. Das schulgesetzliche Institut der Anerkennung mag daher – wie das Bundesverfassungsgericht annimmt – als freiwillige Option für die Ersatzschulträger zur Verleihung öffentlicher Berechtigungen mit Art. 7 Abs. 4 GG (Abwehrrecht) im Einklang stehen<sup>45</sup>. Als zwingende Voraussetzung für die Gewährung von Finanzhilfe ist die Anerkennung aber weder mit dem Grundgesetz noch mit der Landesverfassung vereinbar.

Das Gleiche gilt für ein alternatives Erfordernis besonderer pädagogischer Bedeutung als Voraussetzung für Finanzhilfe. Es zwingt die Ersatzschulen zur Verwirklichung eines besonderen pädagogischen Konzepts, was die durch Art. 7 Abs. 4 GG und in Art. 28 Verf LSA gewährleistete Privatschulfreiheit in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise einschränkt.

#### 2.2.4 Subjektiv-rechtlicher Anspruch der Ersatzschulträger auf Förderung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts korrespondiert der objektiven Finanzhilfepflicht des Landes gem. Art. 7 Abs. 4 GG grundsätzlich kein verfassungsunmittelbarer subjektiver Anspruch der Schulträger auf Finanzhilfe<sup>46</sup> – wohl deswegen, weil die Förderpflicht „dem Ersatzschulwesen als Institution geschuldet“ sei<sup>47</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat dies aber zum einen vor dem Hintergrund entschieden, dass die einzelne Ersatzschule keinen Bestandsschutz genießt und ihr Träger nicht verlangen könne, „vom Staat auch dann noch gefördert zu werden, wenn ... die Schule nicht mehr lebensfähig ist, weil sie von der Bevölkerung ... nicht mehr angenommen wird“<sup>48</sup>. Es ist daher unklar, ob ein verfassungsunmittelbarer Förderanspruch auch für den Fall ausgeschlossen ist, dass die einzelne Ersatzschule nach ihren individuellen Gründungs- und Betriebsbedingungen Aussicht auf dauerhaften Bestand hat. Zum anderen besteht auch nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts eine Ausnahme, wenn ohne Förderung „der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre“<sup>49</sup>. Unter dieser Voraussetzung korrespondiert der „dem Ersatzschulwesen als Institution geschuldete(n) objektive(n) Förderpflicht“<sup>50</sup> gem. Art. 7 Abs. 4 GG ein subjektiver Anspruch des einzelnen Schulträgers auf Finanzhilfe, der letztlich im Interesse der Funktionsfähigkeit der Institution Ersatzschulwesen besteht.

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird zu recht kritisiert, weil die Finanzhilfepflicht des Staates ohne korrespondierenden Förderanspruch der Schulträger praktisch wertlos ist und das Grundrecht der Privatschulfreiheit leerläuft<sup>51</sup>. Ein verfassungsunmittelbarer Förderanspruch der Ersatzschulen folgt aus der ratio des Fördergebots. Da die Ersatzschulen die hohen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG ohne Finanzhilfe des Staates nicht erfüllen können, liefe ohne einen Förderanspruch der einzelnen Ersatzschule das in

44 Vgl. aber *Langer, T.*, Finanzhilfe für Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt, NJ 2009, 187 (191 f.), demzufolge der Finanzhilfearspruch des Art. 28 Abs. 2 Verf LSA nach der Entstehungsgeschichte der Norm auf staatlich anerkannte Ersatzschulen beschränkt sein sollte.

45 S. allerdings zur Kritik Fn. 41.

46 BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 90, 107 (117).

47 BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116).

48 BVerfGE 112, 74 (84).

49 BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 75, 40 (67); 90, 107 (117).

50 Formulierung aus BVerfGE 112, 74 (84).

51 S. etwa *Vogel, J. P.*, Die Unmöglichkeit, in einem Finanzhilfeprozess die evidente Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen nachzuweisen, R&B 1/2015, 15 (15 ff.); *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 56.

Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht der Gründung und des Betriebs privater (Ersatz-)Schulen leer<sup>52</sup>.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA erkennt Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt ausdrücklich einen „Anspruch“ auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse zu. Die Landesverfassung geht damit über den Gewährleistungsstandard des Art. 7 Abs. 4 GG in der Lesart des Bundesverfassungsgerichts hinaus und räumt den Ersatzschulträgern ohne Weiteres die subjektive Berechtigung ein, die Finanzhilfepflicht gegenüber dem Land geltend zu machen. Das Fördergebot des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA ist bereits nach seinem Wortlaut nicht im Interesse des Ersatzschulwesens als Institution, sondern im Interesse des einzelnen Ersatzschulträgers statuiert, der einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf Förderung gegen das Land hat<sup>53</sup>. Sachsen-Anhalt befindet sich damit in guter Gesellschaft anderer Bundesländer wie Niedersachsen<sup>54</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>55</sup>, Sachsen<sup>56</sup> und Thüringen<sup>57</sup>, die den Ersatzschulen ebenfalls explizit einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf Finanzhilfe des Landes einräumen.

Dem Charakter des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA als subjektive Anspruchsnorm zugunsten der Ersatzschulträger steht auch nicht der Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 Verf LSA entgegen, wonach die Regelung des Näheren der Finanzhilfe dem Gesetzgeber obliegt. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 Verf LSA ermächtigt den Gesetzgeber lediglich zur Ausformung der Modalitäten der Finanzhilfe wie ihrer Höhe und des Verfahrens zur Vergabe der Zuschüsse; er schränkt aber die Finanzhilfepflicht des Landes und den korrespondierenden Anspruch der Ersatzschulträger aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA nicht ein. Der landesverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt ist nach seinem Wortlaut und der Normsystematik kein Eingriffs-, sondern ein Ausgestaltungsvorbehalt<sup>58</sup>.

### 2.2.5 Umfang der Finanzhilfepflicht des Landes

In Bezug auf die Höhe des Finanzhilfeanspruchs der Ersatzschulen ergeben sich aus der Landesverfassung ebenfalls weitergehende Vorgaben als aus dem Grundgesetz nach Maßgabe der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.

52 Für einen verfassungsunmittelbaren Förderanspruch der Ersatzschulen im Ergebnis auch *Loschelder, W.*, Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. IV/1, Heidelberg 2011, § 110 Rn. 78.

53 Ebenso *Kluth W.*, Landesgrundrechte in Sachsen-Anhalt, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VIII, Heidelberg 2017, § 258 Rn. 52 f.; anderer Ansicht OVG Magdeburg, 2 L 295/11 u. a. vom 22.2.2012, Rn. 26 (juris), das einen subjektiven Anspruch der Schulträger aus Art. 28 Abs. 2 Verf LSA verneint, wobei es auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts rekurriert, die zu Art. 7 Abs. 4 GG und nicht zu Art. 28 Verf LSA ergangen sind.

54 Art. 4 Abs. 3 Satz 2 Niedersächsische Verfassung – zum Anspruchscharakter der Norm *Brosius-Gersdorf, F.*, Finanzhilfe für private Ersatzschulen. Zur Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung, DÖV 2017, 881 (888 f.).

55 Art. 8 Abs. 4 Satz 3 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen – zum Anspruchscharakter der Norm s. nur VerfGH NRW, NVwZ 1984, 95 f.

56 Art. 102 Abs. 4 Satz 2 Verfassung des Freistaates Sachsen – zum Anspruchscharakter der Norm VerfGH Sachsen, SächsVBl. 2014, 83.

57 Art. 26 Abs. 2 Satz 2 Verfassung für das Land Thüringen – zum Anspruchscharakter der Norm ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 118 ff. (juris).

58 Ebenso ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 140 (juris) bezogen auf den gleichlautenden Gesetzesvorbehalt in Art. 26 Abs. 2 Satz 3 Verfassung des Freistaates Thüringen; *Kluth, W.*, Landesgrundrechte in Sachsen-Anhalt, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VIII, Heidelberg 2017, § 258 Rn. 50, 54 f.

### 2.2.5.1 Herkömmliches Drei-Säulen-Modell gem. Art. 7 Abs. 4 GG

Aus dem Grundgesetz folgt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts keine Verpflichtung der Länder zur vollständigen Übernahme der Kosten der Ersatzschulen. Die Länder seien gem. Art. 7 Abs. 4 GG „nur verpflichtet, einen Beitrag bis zur Höhe des Existenzminimums der Institution Ersatzschulwesen zu leisten“<sup>59</sup>. Entsprechend dem Zweck der Finanzhilfepflicht der Länder, den Ersatzschulen die Erfüllung der Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu ermöglichen, die Gleichwertigkeit einer Ersatzschule mit entsprechenden öffentlichen Schulen erfordern<sup>60</sup>, gestatten die Gerichte den Ländern, sich hinsichtlich der Höhe des Finanzhilfebedarfs der Ersatzschulen an den Kosten des öffentlichen Schulwesens zu orientieren<sup>61</sup>. Die Ersatzschulen könnten nicht beanspruchen, „eine bessere Ausstattung als vergleichbare öffentliche Schulen zu erhalten.“<sup>62</sup>

Dieser Finanzhilfebedarf der Ersatzschulen muss nach Ansicht der Gerichte nicht allein aus staatlichen Mitteln gedeckt werden, sondern die Länder dürften bei der Festlegung des Niveaus der Finanzhilfe in Rechnung stellen, dass die Finanzierung der Ersatzschulen auf drei Säulen beruht (Drei-Säulen-Modell). Zu diesen drei Säulen gehörten neben der staatlichen Finanzhilfe das in den Grenzen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zulässige Schulgeld, welches für sämtliche Ersatzschulen im Land durchschnittlich kalkuliert werden dürfe, sowie zumindest während der „Gründungsphase“ der Ersatzschule eine von ihr zu erbringende sog. Eigenleistung<sup>63</sup>. Die Eigenleistung, die im Gegensatz zum Schulgeld nicht dem Sonderungsverbot unterliege<sup>64</sup>, könne insbesondere aus Einnahmen kostenpflichtiger Zusatzangebote (Sonder- und Profilleistungen), Förderbeiträgen und Spenden<sup>65</sup>, Einsparungen im Schulbetrieb<sup>66</sup> sowie zumindest vorübergehend durch Aufnahme von Krediten<sup>67</sup> erwirtschaftet werden. Damit die drei Säulen insgesamt eine auskömmliche Finanzie-

59 BVerfGE 75, 40 (68); BVerfG, 1 BvL 26/96 u. a. vom 4.3.1997, Rn. 29 (juris).

60 Statt aller BVerfGE 27, 195 (207); 90, 107 (122); 90, 128 (140); BVerwGE 12, 349 (350 f.); 17, 236 (237); 90, 1 (15); 112, 263 (268 f.); *Baldus, M.*, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, Köln 1998, S. 12 f.

61 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 90, 128 (139); BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 20, 22 (juris); VerfG Meckl.-Vorp., 1/00 vom 18.9.2001, Rn. 62 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 40 f. (juris); aus dem Schrifttum ebenso *Wißmann, H.*, in: Kahl, W./Waldhoff, C./Walter, C. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 172. Aktualisierung Mai 2015, Art. 7 Rn. 231.

62 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 90, 128 (139); VerfG Meckl.-Vorp., 1/00 vom 18.9.2001, Rn. 62 (juris).

63 Zum Drei-Säulen-Modell s. nur ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 136 (juris); SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 126 (juris). Zur Zulässigkeit der Berücksichtigung einer Eigenleistung der Ersatzschulen bei der Berechnung des Finanzhilfebedarfs auch BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (119 f.); BVerfG, 1 BvL 26/96 u. a. vom 4.3.1997, Rn. 29, 32 (juris); BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 28, 36 f. (juris); VerfG Meckl.-Vorp., 1/00 vom 18.9.2001, Rn. 62 (juris); VerfG Bbg, 31/12 vom 12.12.2014, Rn. 115 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 46 (juris); vgl. auch StGH BaWü, 1 VB 130/13 vom 6.7.2015, Rn. 162, 166 f. (juris) unter Erstreckung auf die Zeit nach der Gründungsphase; aus dem Schrifttum zur Zulässigkeit einer Eigenleistung s. etwa *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 29; *Wißmann, H.*, in: Kahl, W./Waldhoff, C./Walter, C. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 172. Aktualisierung Mai 2015, Art. 7 Rn. 228; *Wolff, H. A.*, in: Hömig, D./Wolff, H. A. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2016, Art. 7 Rn. 15.

64 BVerfGE 90, 107 (120); zu dieser Rechtsprechung näher *Vogel, J. P.*, Der Zerfall der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Finanzhilfe an Ersatzschulen – Aus Anlass des Beschlusses zur Landeskinderklausel vom 23. November 2004, RdJB 2005, 255 (259 f.).

65 Vgl. zu diesen Möglichkeiten BVerfGE 90, 128 (144); BVerfG, 1 BvL 26/96 u. a. vom 4.3.1997, Rn. 29 (juris); BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 37 (juris); ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 136 (juris); SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 126 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 55 (juris).

66 So StGH BaWü, 1 VB 130/13 vom 6.7.2015, Rn. 168 (juris), wonach die Eigenleistung des Schulträgers „durch ein kostengünstigeres Wirtschaften generiert werden“ könne.

67 S. nur BVerfGE 90, 128 (144); BVerfG, 1 BvL 26/96 u. a. vom 4.3.1997, Rn. 29 (juris); ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 136 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 55 (juris).

nung der Ersatzschulen ergeben, habe der Gesetzgeber zu ermitteln, in welchem Umfang Schul- und Lernmittelgeld im Rahmen des Sonderungsverbots erhoben werden darf<sup>68</sup> und welche Eigenleistung den Schulen möglich und zumutbar ist<sup>69</sup>.

### 2.2.5.2 Kritik am herkömmlichen Drei-Säulen-Modell und Verfassungsrechtslage in Sachsen-Anhalt

Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts zur Verpflichtung der Länder, lediglich „einen Beitrag bis zur Höhe des Existenzminimums der Institution Ersatzschulwesen zu leisten“<sup>70</sup>, muss im Lichte der ratio des verfassungsrechtlichen Fördergebots so gedeutet werden, dass das „Existenzminimum der Institution Ersatzschulwesen“ der existenzsichernde Betrag ist, den die einzelne Ersatzschule zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG benötigt<sup>71</sup>. Da Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ein Grundrecht auf Errichtung und Betrieb einer Ersatzschule gewährt und das grundgesetzliche Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG dem Unvermögen privater Schulen geschuldet ist, die Anforderungen an die Genehmigung als Ersatzschule aus eigener Kraft zu erfüllen<sup>72</sup>, muss die Finanzhilfe die einzelne Ersatzschule in den Stand versetzen, die Genehmigungsbedingungen zu verwirklichen.

Hinsichtlich der Höhe der Finanzhilfe dürfen sich die Länder zwar an den Kosten öffentlicher Schulen orientieren. Erfordert das Konzept einer Ersatzschule jedoch (bei wirtschaftlicher Betriebsführung) höhere Kosten als eine öffentliche Schule, muss die Finanzhilfe diese höheren Kosten decken. Es gehört zum Kern der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleisteten Privatschulfreiheit, von den öffentlichen Schulen abweichende Schulprofile und -konzepte zu verwirklichen, solange die Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs gewährleistet ist<sup>73</sup>. Diese Autonomie der Privatschulen wäre gefährdet, wenn die Ersatzschulen nur über diejenigen finanziellen Mittel verfügen, die auch öffentlichen Schulen zur Verfügung stehen. Die Ersatzschulen können durchaus beanspruchen, „eine bessere Ausstattung als vergleichbare öffentliche Schulen zu erhalten“<sup>74</sup>, wenn dies zur Finanzierung ihres Schulprofils erforderlich ist<sup>75</sup>.

Zu den vom Land zu berücksichtigenden Kosten der Ersatzschulen gehören neben den laufenden Personal- und Sachkosten auch die Kosten für die Beschaffung und Ausstattung der Schulräume<sup>76</sup>. Zu berücksichtigen sind außerdem die besonderen Aufwendungen der Ersatzschulen, die

68 Vgl. SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 126 f. (juris); ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 137 (juris) mit weiteren Nachweisen.

69 ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 137 (juris) mit weiteren Nachweisen; VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 52 (juris).

70 S. bei und in Fn. 59.

71 So auch ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 152 (juris); VerfG Meckl.-Vorp., 1/00 vom 18.9.2001, Rn. 62 (juris); VerfG Bbg, 31/12 vom 12.12.2014, Rn. 135 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 40 (juris).

72 Näher bei Fn. 30.

73 Näher Brosius-Gersdorf, F., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 106.

74 Formulierung aus BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 90, 128 (139) – das Bundesverfassungsgericht lehnt „eine bessere Ausstattung“ von Ersatzschulen, als sie vergleichbaren öffentlichen Schulen zukommt, allerdings ab.

75 Im Ergebnis ebenso Vogel, J. P., Missachtung des Sonderungsverbots nach Art. 7 (4) Satz 3 GG?, RdB 1/2017, 2 (3).

76 BVerfGE 90, 128 (141 ff.) mit der Schlussfolgerung, dass eine Differenzierung zwischen Einrichtungskosten und laufenden Unterhaltungskosten der Schulen mit Art. 7 Abs. 4 GG unvereinbar sei; vgl. ebenso bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 133 (juris).

mit der Inklusion von Kindern mit Behinderung verbunden sind. Neben den öffentlichen Schulen sind auch die privaten Schulen verpflichtet, Schülerinnen und Schüler mit und ohne Behinderung gemeinsam in Regelschulen zu unterrichten oder die gebotene sonderpädagogische Unterstützung auf Wunsch der Eltern in Förderschulen sicherzustellen. Diese Verpflichtung folgt nicht nur landesgesetzlich aus § 1 Abs. 3 und Abs. 3a SchulG LSA sowie der Verordnung über die Förderung von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Bildungs-, Beratungs- und Unterstützungsbedarf (SodPädFV), sondern wohl auch mittelbar aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 38 Verf LSA. Für die mit der Inklusion an Schulen in freier Trägerschaft verbundenen Kosten muss das Land finanziellen Ausgleich gewähren; die Inklusionskosten können von den Schulen in freier Trägerschaft ebenso wenig aus eigener Kraft aufgebracht werden wie die übrigen mit der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen verbundenen Kosten.

Der Finanzhilfebedarf der Ersatzschulen muss nicht allein aus staatlichen Mitteln gedeckt werden, sondern die Länder dürfen bei der Berechnung der Finanzhilfe in Rechnung stellen, dass die Ersatzschulen Schulgeld erheben und eine (weitere) Eigenleistung erbringen können (Drei-Säulen-Modell). Gemeinsam müssen die drei Säulen Finanzhilfe, Schulgeld und Eigenleistung die gesamten Kosten der Gründung und des Betriebs der Ersatzschule decken (Auskömmlichkeit der Finanzierung)<sup>77</sup>. Aus diesem Grund besteht zwischen der Finanzhilfe des Landes einerseits sowie dem Schulgeld und der Eigenleistung des Schulträgers andererseits ein korrelativer Zusammenhang, d. h., eine Art Waterbed-Effekt. Je höher das Schulgeld und die Eigenleistung ausfallen, desto geringer muss die Finanzhilfe sein. Umgekehrt muss das Land Schulträgern mit niedrigen Schulgeldeinnahmen und einer geringen Eigenleistung höhere Zuschüsse gewähren. Für die Finanzhilfe gilt daher von Verfassung wegen ein auf die einzelnen Ersatzschulen bezogenes Differenzierungsgebot.

Für die Berücksichtigung von Schulgeld und einer Eigenleistung der Ersatzschulen bei der Berechnung der Finanzhilfe gelten dabei enge Voraussetzungen. Schulgeld, d. h., vor allem Entgelte für Unterricht und Lernmittel, darf nur in dem Maße berücksichtigt werden, als es die jeweilige Ersatzschule nach dem Sonderungsverbot tatsächlich erheben kann, was von dem Einzugsgebiet der Schule und den Besitzverhältnissen der Eltern abhängt. Würde – mit der Rechtsprechung<sup>78</sup> – für die Berechnung der Finanzhilfe des Staates ein für alle Ersatzschulen gleichermaßen kalkuliertes durchschnittliches Schulgeld zugrunde gelegt, blieben die unterschiedlichen Möglichkeiten der Ersatzschulen zur Schulgelderhebung unbeachtet und würden die Kosten von Ersatzschulen, die nur ein geringes Schulgeld erwirtschaften können, teilweise ungedeckt<sup>79</sup>. Außerdem darf Schulgeld die Finanzhilfe nur mindern, wenn und soweit es die Ersatzschulen erheben, also nicht auf Schulgeld verzichten. Könnte das nach dem Sonderungsverbot mögliche – fiktive – Schulgeld die Finanzhilfe verringern, würde angesichts der Schulgeldfreiheit öffentlicher Schulen der von Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG intendierte „Wettbewerb der Konzepte“ zugunsten des Staates und zulasten der Ersatzschulen verzerrt<sup>80</sup>.

Auch eine (weitere) Eigenleistung der Ersatzschulen dürfen die Länder nur dann finanzhilfemindernd berücksichtigen, soweit sie nach dem Sonderungsverbot erhoben werden darf. Die An-

77 Vgl. ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 137 (juris).

78 Näher bei und nach Fn. 63.

79 Näher Brosius-Gersdorf, F., Das Sonderungsverbot für private Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG). Inhalt des Sonderungsverbots und Konsequenzen für den Gesetzgeber sowie die Schulbehörden, 2018, i. E.

80 Näher Brosius-Gersdorf, F., Das Sonderungsverbot für private Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG). Inhalt des Sonderungsverbots und Konsequenzen für den Gesetzgeber sowie die Schulbehörden, 2018, i. E.

nahme der Gerichte, dass die sog. Eigenleistung aus Einnahmen kostenpflichtiger Sonder- und Profilleistungen erbracht werden könne<sup>81</sup>, verkennt, dass Entgelte für Sonder- und Profilleistungen dem Sonderungsverbot zumindest dann unterliegen, wenn es sich um *schulische* Leistungen i. S. d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG handelt. Außerdem kann eine Eigenleistung die Finanzhilfe der Länder allenfalls insoweit mindern, als sie von der jeweiligen Ersatzschule bei realitätsgerechter Betrachtung erwirtschaftet werden kann. Die Möglichkeit von Ersatzschulen, Eigenleistungen aufzubringen, hängt maßgeblich von dem Profil der Schule, den Besitzverhältnissen der Eltern und der Schulträgerschaft ab. Von Schulen in Elternträgerschaft sind schon deswegen geringere Eigenleistungen zu erwarten, weil die „Gründungseltern“ regelmäßig mit den „Nutzungseltern“ identisch sind. Ersatzschulen in kirchlicher Trägerschaft oder Ersatzschulen in der Trägerschaft von Unternehmen mögen eine höhere Eigenleistung erbringen können.

Ungeachtet dieser Kritik an dem herkömmlichen Verständnis des Drei-Säulen-Modells nach dem Grundgesetz kann es für Sachsen-Anhalt nicht unverändert übernommen werden, weil die Landesverfassung das bundesverfassungsrechtlich gebotene Mindestniveau der Förderung anhebt. Gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA haben die privaten Ersatzschulen „Anspruch auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind mindestens diejenigen Zuschüsse, die es ihnen erlauben, die Voraussetzungen für die Genehmigung als Ersatzschule (s. Art. 28 Abs. 1 Satz 3 und 4 Verf LSA) zu erfüllen. Die Finanzhilfe muss sämtliche Kosten decken, die mit der Gründung und dem Betrieb des individuellen Konzepts einer Ersatzschule bei wirtschaftlicher Betriebsführung erforderlich sind. Hinsichtlich des Abzugs von Schulgeld und einer (weiteren) Eigenleistung des Schulträgers gilt dasselbe wie nach Art. 7 Abs. 4 GG<sup>82</sup>.

### 2.2.6 Wartefristen

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Förderpflicht der Länder gegenüber Ersatzschulen sind mehrjährige Wartefristen, wie sie in fast allen Bundesländern einschließlich Sachsen-Anhalt gelten, mit Art. 7 Abs. 4 GG nur unter engen Voraussetzungen vereinbar.

Wartefristen liegt grundsätzlich der legitime Zweck zugrunde, „den Einsatz öffentlicher Mittel an einen Erfolgsnachweis zu binden“<sup>83</sup>. Der Staat darf Finanzhilfen für Ersatzschulen „von einer hinreichend soliden Existenzbasis“ sowie von der pädagogischen Bewährung der Schule abhängig machen, „die der Gründung Aussicht auf dauerhaften Bestand verleiht“<sup>84</sup>. Da Wartefristen die verfassungsrechtlich gewährleistete Gründungs- und Betriebsfreiheit privater Schulträger (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA) jedoch erheblich einschränken, müssen sie in jedem Einzelfall erforderlich sein. Kann ein Schulträger nachweisen, dass er über die für die Gründung und den Aufbau der Schule erforderlichen finanziellen Mittel oder entsprechenden Sicherheiten verfügt und zudem pädagogisch bewährt ist, ist eine Wartefrist nicht erforderlich und

81 S. bei Fn. 66.

82 Die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Schulgeld und einer Eigenleistung des Schulträgers bei der Berechnung der Finanzhilfe mag sich in dem Wort „Zuschüsse“ in Art. 28 Abs. 2 Verf LSA spiegeln – keine vollständige Kostendeckung, so Kluth, *W.*, Landesgrundrechte in Sachsen-Anhalt, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VIII, Heidelberg 2017, § 258 Rn. 56.

83 BVerfGE 90, 107 (117); bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf. auch SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 158 (juris).

84 BVerfGE 90, 107 (117).

somit unverhältnismäßig. Das Land ist in diesem Fall verpflichtet, dem Schulträger Finanzhilfe ohne Wartezeit zu gewähren. Für diese verfassungsrechtlich erforderliche Einzelfallprüfung muss der Landesgesetzgeber den Schulbehörden Spielräume belassen.

Wenn sich eine Wartezeit im Einzelfall als erforderlich erweist, um eine hinreichend solide Existenzbasis und die pädagogische Bewährung des Schulträgers zu gewährleisten, muss der Gesetzgeber – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – sicherstellen, dass sich die Wartezeit nicht als faktische Errichtungssperre für die Gründung privater Ersatzschulen auswirkt (Art. 7 Abs. 4 GG)<sup>85</sup>. Ob eine Wartezeit als faktische Errichtungssperre wirkt, ist anhand einer Gesamtschau der Regelungen zur Schulfinanzierung zu beurteilen, bei der neben der Länge der Wartezeit insbesondere zu berücksichtigen ist, ob und welche staatlichen Zuschüsse das Land während der Wartezeit verbindlich leistet, wie hoch die nach Ablauf der Wartezeit einsetzenden regulären finanziellen Leistungen des Landes sind und ob das Land die während der Wartezeit einbehaltene Finanzhilfe nach Ablauf der Wartezeit auszahlt<sup>86</sup>.

Bei einer mehrjährigen Wartezeit muss der Staat dem Schulträger bereits während der Wartezeit Zuschüsse gewähren, damit seine verfassungsrechtlich garantierte Errichtungs- und Betriebsfreiheit nicht leerläuft. Das gilt umso mehr, wenn die Ersatzschule nur über geringe Schulgeldeinnahmen und (weitere) Eigenleistungen verfügt. Die während der Wartezeit zu leistenden Zuschüsse dürfen nicht im Ermessen des Landes stehen oder von seiner Haushaltslage abhängen, sondern müssen durch einen gesetzlichen Anspruch des Schulträgers gesichert sein.<sup>87</sup> Nach Ablauf der Wartezeit muss das Land dem Schulträger während der Wartezeit nicht erbrachte Leistungen nachzahlen. Die Ersatzschulen erfüllen ihren Bildungsauftrag auch während der Wartezeit, womit erhebliche genehmigungsrelevante Aufwendungen einhergehen, die sie allenfalls vorübergehend – etwa durch Kredite – aus eigener Kraft erbringen können<sup>88</sup>.

In Sachsen-Anhalt könnte aus der besonderen landesverfassungsrechtlichen Regelung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA sogar herzuleiten sein, dass eine Wartezeit für die Finanzhilfe per se unzulässig ist. Der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA geregelte „Anspruch“ der Ersatzschulen „auf die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen öffentlichen Zuschüsse“ steht nicht unter dem Vorbehalt einer wie auch immer gearteten Bewährung, sondern gilt vom ersten Tag des genehmigten Betriebs der Ersatzschule an. Dies wird durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 Verf LSA nicht relativiert<sup>89</sup>.

### 2.2.7 *Verfahrenspflichten des Gesetzgebers*

Die verfassungsrechtliche Förderpflicht des Landes und der korrespondierende Anspruch der Ersatzschulen wird verfahrensrechtlich durch Regelungspflichten des Gesetzgebers flankiert. Nach dem Grundgesetz (Art. 7 Abs. 4) und der Landesverfassung (Art. 28) obliegt es dem Land, die Genehmigungs- und Funktionsfähigkeit der Ersatzschulen durch ausreichende Zuschüsse sicher-

85 BVerfGE 90, 107 (117); bezogen auf Art. 102 Abs. 3 SächsVerf. auch SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 159 (juris).

86 Vgl. BVerfGE 90, 107 (121, 124).

87 Näher Brosius-Gersdorf, F., Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis, R&B 1/2016, 2 (12 ff.).

88 Näher Brosius-Gersdorf, F., Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis, R&B 1/2016, 2 (12 ff.).

89 OVG Magdeburg, 2 L 295/11 u. a. vom 22.2.2012, Rn. 26 (juris).

zustellen<sup>90</sup>. Hieraus folgt die Verpflichtung des Landes darzulegen, dass die Finanzhilfe für Ersatzschulen auskömmlich ist. Das Privatschulgrundrecht (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA) erstreckt sich auch auf den Erlass einer hinreichend bestimmten, nachvollziehbaren und transparenten Regelung der mit dem Ersatzschulbetrieb verbundenen Kosten, der Höhe der Zuschüsse des Landes, des anzurechnenden Schulgelds und der vom Schulträger erwarteten Eigenleistung. Die Schulträger müssen ebenso wie die Landesschulbehörden und die Gerichte aus dem Gesetz erkennen können, in welcher Höhe und für welche Kosten das Land den Ersatzschulen Zuschüsse gewährt und welche Kosten von den Schulträgern zu finanzieren sind. Dabei muss der Gesetzgeber auch die zur Bestimmung der Finanzhilfe eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte offenlegen. Kommt der Gesetzgeber dieser Verpflichtung nicht nach, steht die Gewährung der Finanzhilfe schon deshalb nicht im Einklang mit dem bundes- und landesverfassungsrechtlichen Fördergebot. Insoweit sind nicht nur die Entscheidungen des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 21. Mai 2014<sup>91</sup> und des Verfassungsgerichtshofs Sachsen vom 15. November 2013<sup>92</sup> zu den Verfahrenspflichten des Gesetzgebers bei der Erfüllung seiner Finanzhilfepflicht gegenüber Ersatzschulen grundlegend, sondern ist auch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Ermittlung der Regelsätze für Grundsicherungs- und Sozialhilfeleistungen wegweisend<sup>93</sup>.

### 3 Konsequenzen für die Genehmigungs- und Finanzhilfepraxis in Sachsen-Anhalt

Der verfassungsrechtliche Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt hat Konsequenzen für ihre Genehmigung und Finanzierung und ist damit unmittelbar handlungsleitend für den Landesgesetzgeber und das Schulamt. Die Konsequenzen für die Genehmigungs- und Finanzierungspraxis werden anhand aktueller Problemfelder in Sachsen-Anhalt dargelegt.

#### 3.1 Genehmigung privater Ersatzschulen

Bei der Genehmigung privater Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt werfen seit einiger Zeit der Lehrermangel und die Entwicklung der Schülerzahlen Probleme im Zusammenhang mit Unterrichtsgenehmigungen und Bedürfnisprüfungen auf.

##### 3.1.1 Unterrichtsgenehmigungen für Lehrkräfte

Sowohl die öffentlichen Schulen als auch die privaten Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt sind mit Lehrermangel konfrontiert, der vielerorts für Unterrichtsausfall sorgt und das Land ebenso wie die Schulträger vor die Notwendigkeit stellt, innovative Lösungen zu finden, um den schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG; Art. 25 ff. Verf LSA) erfüllen zu können. Der demografische Wandel hat in Sachsen-Anhalt sichtbare Spuren hinterlassen, die sich unter ande-

90 Ziff. II. 2.

91 ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 138 ff. (juris).

92 SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 121 ff. (juris).

93 Vgl. BVerfGE 132, 134 (162 ff.); 125, 175 (225 f.); ander Ansicht als hier BVerwG, BeckRS 2012, 46370, Rn. 26.

rem in Gestalt eines zunehmend schwindenden Reservoirs an Lehrkräften zeigen<sup>94</sup>. Gleichzeitig steigt seit einigen Jahren an allgemeinbildenden Schulen die Zahl der Schülerinnen und Schüler wieder, nachdem sie lange Zeit gesunken war<sup>95</sup>, was den Bedarf an Lehrkräften noch steigert. Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass öffentliche und private Schulen um Lehrerinnen und Lehrer konkurrieren.

Schulen in freier Trägerschaft haben gem. Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 1 Verf LSA einen Rechtsanspruch auf Genehmigung durch das Landesschulamt, wenn sie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen, die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte genügend gesichert ist und die weiteren Genehmigungsbedingungen erfüllt sind. Geboten ist eine Gleichwertigkeit des Schulbetriebs privater und öffentlicher Schulen, nicht Gleichartigkeit<sup>96</sup>. Der Einsatz von Lehrkräften an Ersatzschulen ist daher unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie der Lehrkräfteeinsatz an öffentlichen Schulen. Sucht ein Land wie Sachsen-Anhalt dem Lehrermangel dadurch zu begegnen, dass in öffentlichen Schulen Lehrkräfte auch in Fächern, Schulstufen und Schulformen unterrichten dürfen, für die sie keine Lehrbefähigung erworben haben, aber nach ihrer Vorbildung oder bisherigen Tätigkeit geeignet sind (vgl. § 30 Abs. 3 Satz 2 SchulG LSA), muss Ersatzschulen das Gleiche gestattet sein. Können nach der Festlegung des Gesetzgebers fach-, stufen- oder schulformfremde sog. Neigungslehrer den verfassungsrechtlichen Bildungsauftrag an öffentlichen Schulen erfüllen, ist dies von Verfassung wegen auch an Ersatzschulen zuzulassen<sup>97</sup>. Dementsprechend sind Unterrichtsgenehmigungen nach § 16a Abs. 2 SchulG LSA für private Ersatzschulen auch für sog. Neigungslehrer zu erteilen, wenn nicht sogar wegen der unterschiedlichen Regelungen für Lehrkräfte an öffentlichen (§ 30 Abs. 3 Satz 2 SchulG LSA) und privaten (§ 16a Abs. 2 SchulG LSA) Schulen mit Blick auf § 2 Abs. 1 SchulG LSA eine Änderung des Schulgesetzes erforderlich ist<sup>98</sup>.

Das Gleiche gilt, wenn das Land andere Maßnahmen ergreift, um seinen Schulauftrag unter den veränderten demografischen Bedingungen erfüllen zu können. Mittelfristig werden viele Bundesländer nicht nur an einem verstärkten Einsatz von fachfremden Seiteneinsteigern als Lehrkräften, sondern auch an einer Digitalisierung der Schulbildung mit Teleunterricht kaum vorbeikommen. Auch insoweit gilt: Was das Land seinen eigenen, öffentlichen Schulen gestattet, muss es Ersatzschulen ebenfalls erlauben. Umgekehrt gilt nicht, dass Ersatzschulen nur gestattet ist, was öffentlichen Schulen erlaubt ist. Der Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA liegt das Ziel zugrunde, „Wettbewerb“ zwischen öffentlichen und privaten Schulen um schulische Konzepte zu fördern. Das Privatschulgrundrecht will für Pluralismus im Bildungs- und Erziehungswesen sorgen und der Innovationsfreudigkeit der Privatschulen Rechnung

94 Zur demografischen Entwicklung in Sachsen-Anhalt s. *Statistisches Landesamt*, 6. Regionalisierte Bevölkerungsprognose Sachsen-Anhalt 2014 bis 2030, 2016.

95 Zur Entwicklung der Schülerzahlen an allgemeinbildenden Schulen in Sachsen-Anhalt *Statistisches Landesamt*, Pressemitteilung 50/2017 vom 13.3.2017: steigende Schülerzahl seit dem Schuljahr 2010/11 (<https://www.statistik.sachsen-anhalt.de/Internet/Home/Veroeffentlichungen/Pressemitteilungen/2017/03/50.html>).

96 Näher bei und in Fn. 10.

97 Anderer Ansicht VG Magdeburg, 7 A 50/14 vom 16.2.2016, Rn. 43 ff., insbes. 51: „Der Maßstab dafür, welche Anforderungen an die Erteilung einer Unterrichtsgenehmigung zu stellen sind, kann sich nicht daraus ergeben, welche Abstriche der Staat in Einzelfällen im Bereich öffentlicher Schulen zur Behebung einer durch drohenden Unterrichtsausfall entstehenden Zwangslage von der normalerweise zu fordernden wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte zu machen bereit ist.“ (juris); ebenso VG Berlin, 3 A 1098.08 vom 11.11.2010, Rn. 12 ff., insbes. 21 f. (juris).

98 Vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 1 SchulG LSA („Dieses Gesetz gilt für die öffentlichen Schulen und, soweit nichts anderes bestimmt wird, für die Schulen in freier Trägerschaft im Lande Sachsen-Anhalt.“) mag § 16a SchulG LSA als abschließende Regelung zu verstehen sein, die den Einsatz fachfremder Lehrer nicht gestattet, und § 30 Abs. 3 SchulG LSA für Ersatzschulen nicht zur Anwendung kommen.

tragen<sup>99</sup>. Innovative Formen des Ersatzschulbetriebs sind nach Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA zu genehmigen, solange und soweit sie einen gleichwertigen Bildungserfolg gewährleisten wie öffentliche Schulen.

### 3.1.2 Bedürfnisprüfungen

Eine Bedürfnisprüfung bei der Genehmigung einer Ersatzschule wegen eines Rückgangs der Schülerzahl ist außerhalb des Volksschulbereichs<sup>100</sup> unzulässig. Zwischen öffentlichen und privaten Schulen besteht bei der Erfüllung des schulischen Bildungsauftrags von Verfassung wegen ein Gleichrang, der Bedürfnisprüfungen untersagt<sup>101</sup>. Eine demografiebedingte Verringerung der Zahl der schulpflichtigen Kinder kann daher, auch wenn sie mancherorts den Fortbestand öffentlicher Schulen gefährden mag, die Versagung einer Ersatzschulgenehmigung nicht rechtfertigen. Aus diesem Grund darf das Landesschulamt zum Beispiel eine Ersatzschulgenehmigung nicht an die Bedingung knüpfen, dass die Zulassung der Ersatzschule den Bestand benachbarter öffentlicher Schulen mit einer gewissen Mindestschülerzahl nicht gefährdet<sup>102</sup>.

## 3.2 Finanzhilfe für Ersatzschulen

Die Finanzhilfe für private Ersatzschulen ist in den Schulgesetzen der Bundesländer unterschiedlich ausgestaltet. Die gesetzlichen Bestimmungen zur Finanzhilfe in Sachsen-Anhalt werden dem verfassungsrechtlichen Rahmen nur teilweise gerecht.

### 3.2.1 Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung

Die meisten Bundesländer gewähren den Trägern genehmigter Ersatzschulen Finanzhilfe unabhängig von einer staatlichen Anerkennung oder einem besonderen pädagogischen Konzept<sup>103</sup>. Hier von unterscheidet sich die Rechtslage in Sachsen-Anhalt, das die Finanzhilfe auf Ersatzschulen beschränkt, die staatlich anerkannt (§ 18 Abs. 1 SchulG LSA) oder von besonderer pädagogischer Bedeutung sind und die Gewähr dafür bieten, dass sie dauernd die Genehmigungsvoraussetzungen

99 Näher bei und in Fn. 3 f.

100 Zu den Genehmigungsbedingungen für Volksschulen Brosius-Gersdorf, F., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 121.

101 Ziff. 2.1.2.

102 Vgl. OVG Meckl.-Vorp., 2 L 158/05 vom 20. 12. 2006 Rn. 8; eingehend Vogel, J. P., Eindämmen oder Kooperation?: Rechtsfragen zum Verhältnis von staatlichen und freien Schulen in Zeiten des Schülerschwunds, DÖV 2011, 661 (663 ff.).

103 S. etwa § 17 Gesetz für die Schulen in freier Trägerschaft Baden-Württemberg; § 101 Schulgesetz für das Land Berlin; § 124 Gesetz über die Schulen im Land Brandenburg; § 20 Gesetz über das Privatschulwesen und den Privatschulunterricht Bremen; § 14 Hamburgisches Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft; § 170 Abs. 2 Hessisches Schulgesetz i.V.m. § 1 Gesetz über die Finanzierung von Ersatzschulen; § 127 Schulgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern; § 105 Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen; § 13 Sächsisches Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft; § 119 Schleswig-Holsteinisches Schulgesetz; § 17 Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft.

gen erfüllen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 SchulG LSA; s. auch § 7 Abs. 1 SchifT-VO)<sup>104</sup>. Sowohl die staatliche Anerkennung als auch die Gewähr für die dauernde Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen setzt einen dreijährigen ununterbrochenen Betrieb der Ersatzschule voraus (§ 17 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 18 Abs. 2 Satz 2 SchulG LSA)<sup>105</sup>. „Nur“ genehmigte Ersatzschulen ohne staatliche Anerkennung und ohne besondere pädagogische Bedeutung erhalten keine Zuschüsse vom Land.

Diese Beschränkung der Finanzhilfe auf anerkannte Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung verstößt gegen das Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA. Das Grundgesetz und die Landesverfassung verpflichten das Land zur Förderung *sämtlicher* Ersatzschulen unabhängig von einer Anerkennung durch den Staat und einem besonders förderwürdigen Konzept. Eine Beschränkung der Finanzhilfe auf anerkannte und pädagogisch „wertvolle“ Ersatzschulen lässt sich nicht mit dem Zweck des (bundes- und landes-) verfassungsrechtlichen Fördergebots vereinbaren, die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 3 und 4 Verf LSA zu ermöglichen<sup>106</sup>.

Zugleich verletzt § 18 Abs. 1 SchulG LSA die Gründungs- und Betriebsfreiheit der Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA. Da die Ersatzschulen auf Finanzhilfe des Landes angewiesen sind, um die Vorbedingungen der Ersatzschulgenehmigung zu erfüllen, zwingt die Anerkennung als Voraussetzung für Finanzhilfe (§ 18 Abs. 1 SchulG LSA) sie faktisch, sich anerkennen zu lassen und damit an das öffentliche Schulwesen anzupassen. Eine Anerkennung setzt neben einem dreijährigen Schulbetrieb (§ 17 Abs. 1 Satz 2 SchulG LSA) voraus, dass die Ersatzschule die für öffentliche Schulen geltenden oder staatlich genehmigten Bestimmungen bei der Aufnahme, Versetzung sowie bei Prüfungen und Abschlüssen beachtet (§ 17 Abs. 3 Satz 1 SchulG LSA). Bei anerkannten Schulen bestimmt die Schulbehörde die Bedingungen der Zusammensetzung der Prüfungsausschüsse (§ 17 Abs. 3 Satz 3 SchulG LSA). Die Anerkennung, durch die die Ersatzschule das Recht erhält, Zeugnisse zu erteilen, die dieselbe Berechtigung verleihen wie die der öffentlichen Schulen (§ 17 Abs. 3 Satz 4 SchulG LSA), hat die Rechtswirkung einer Beleihung, sodass die anerkannte Ersatzschule bei der Vergabe von Zeugnissen und Abschlüssen Hoheitsrechte ausübt<sup>107</sup>. Soweit Ersatzschulen durch Anerkennung beliehen sind, üben die Länder die Fachaufsicht aus<sup>108</sup>. Diese mit der Anerkennung verbundene Anpassung der Ersatzschulen an das öffentliche Schulwesen ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie für Ersatzschulen freiwillig ist<sup>109</sup>. § 18 Abs. 1 SchulG LSA begründet jedoch einen faktischen Zwang für Ersatzschulen, sich anerkennen zu lassen und damit an das öffentliche Schulwesen anzupassen, weil die Ersatzschulen auf Finanzhilfe existenziell angewiesen sind. Dies bewirkt einen Eingriff in das Grundrecht der Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Verf LSA), der – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts –

104 Gem. § 2 Abs. 7 Verordnung über Schulen in freier Trägerschaft (SchifT-VO) sind Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung die Freien Waldorfschulen und berufsbildende Schulen an vom zuständigen Bundesministerium anerkannten Berufsbildungswerken, denen eine Genehmigung als Ersatzschule erteilt wurde.

105 Eine entsprechende Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung nach Ablauf von drei Jahren seit Aufnahme des Schulbetriebs gilt in Niedersachsen (§ 149 Abs. 1 Niedersächsisches Schulgesetz). In Rheinland-Pfalz erhalten ausschließlich staatlich anerkannte Ersatzschulen Finanzhilfe vom Land (§ 28 Abs. 1 Landesgesetz über die Errichtung und Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft).

106 Zu der ratio des Fördergebots näher Ziff. 2.2.2.

107 BVerfGE 27, 195, (203 f.); BVerwGE 17, 41 (42); 45, 117 (118).

108 Vgl. bezogen auf Niedersachsen *Bräth, P./Galas, D.*, Schulrechtshandbuch Niedersachsen für allgemeinbildende Schulen, Kommentar, Stand: 82. EL 1. Oktober 2016, § 167 Rn. 1.

109 Näher Ziff. 2.2.3.

nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist<sup>110</sup>. Der Gesetzgeber muss daher § 18 Abs. 1 und 2 SchulG LSA ändern und die Finanzhilfe auf sämtliche privaten Ersatzschulen im Land erstrecken.

Das Gleiche gilt für das alternative Erfordernis besonderer pädagogischer Bedeutung in § 18 Abs. 2 SchulG LSA. Es zwingt die Ersatzschulen zur Verwirklichung eines besonderen pädagogischen Konzepts, was gegen Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Verf LSA verstößt.

### 3.2.2 Höhe der Finanzhilfe

Optimierungspotenzial weist auch die Höhe der Finanzhilfe für Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt auf, wobei nur einige Aspekte angesprochen werden können.

Der Umfang der Finanzhilfe für (anerkannte oder pädagogisch besonders bedeutsame) Ersatzschulen ist in § 18a SchulG LSA geregelt, der durch §§ 7 ff. SchifT-VO konkretisiert und ergänzt wird. Der Zuschuss für Ersatzschulen richtet sich nach der Zahl der Schülerinnen und Schüler, die die Schule besuchen (§ 18a Abs. 1 Satz 1 SchulG LSA). Er wird als jährlicher Pauschalbetrag (Schülerkostensatz) gewährt (§ 18a Abs. 2 Satz 1 SchulG LSA; s. auch § 9 Abs. 1 Satz 1 SchifT-VO) und setzt sich zusammen aus den Personalkosten für Lehrkräfte, den Personalkosten für pädagogische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an Grundschulen sowie für pädagogische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und Betreuungskräfte an Förderschulen und den Sachkosten (§ 18a Abs. 2 Satz 2 SchulG LSA). In den Sachkosten sind die Kosten für das nicht pädagogisch tätige Personal enthalten (§ 18a Abs. 2 Satz 3 SchulG LSA). Der Sachkostenzuschuss beträgt 16,5% des Personalkostenzuschusses, bei Förderschulen 26,5% des Personalkostenzuschusses (§ 18a Abs. 5 SchulG LSA). An Investitionsförderprogrammen für öffentliche Schulen sind Ersatzschulen angemessen zu beteiligen (§ 18a Abs. 6 SchulG LSA).

Diese Finanzhilferegulungen werden dem Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG und des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nur teilweise gerecht.

(1) Problematisch erscheint bereits die Nachvollziehbarkeit und Transparenz des § 18a SchulG LSA im Hinblick auf die Höhe der vom Land gewährten Zuschüsse, das auf die Finanzhilfe anzurechnende Schulgeld und die von den Schulträgern zu erbringende Eigenleistung<sup>111</sup>. Es fehlen Regelungen im Schulgesetz, aus denen die Schulträger erkennen können, in welcher Höhe und für welche Kosten ihnen das Land Zuschüsse gewährt und welche verbleibenden Kosten durch Schulgeld und eine (weitere) Eigenleistung zu finanzieren sind. Auch die zur Berechnung der Finanzhilfe eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte gehen aus § 18a SchulG LSA nur teilweise schlüssig hervor. § 18a Abs. 3 SchulG LSA entwirft außerdem für die Berechnung des Personalkostenzuschusses für Lehrkräfte je Schüler ein kompliziertes Berechnungsmodell, das sich allenfalls Eingeweihten erschließen dürfte.

(2) Ersetzt werden zudem nicht 100% der Kosten öffentlicher Schulen abzüglich der Schulgeldeinnahmen und einer gewissen Eigenleistung, sondern etwa im Bereich der Sachkosten lediglich 16,5% des Personalkostenzuschusses bzw. bei Förderschulen 26,5% des Personalkostenzuschusses (§ 18a Abs. 5 SchulG LSA). Diese Berechnung der Sachkosten nach Maßgabe eines Prozentteils der Personalkosten lässt nicht erkennen, ob die Sachkosten realitätsgerecht erfasst

110 Ziff. 2.2.3.

111 Zu dem Verfassungsgebot der Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Finanzhilfe Ziff. 2.2.7.

und durch die Finanzhilfe ausgeglichen werden. Dass die Sachkosten tatsächlich nur 16,5 % bzw. 26,5 % der Personalkosten ausmachen, erscheint in dieser Pauschalität ohne weitere Differenzierung nach Schulformen kaum plausibel. Dementsprechend hat der Sächsische Verfassungsgerichtshof bezogen auf einen Sachkostenausgleich in Höhe von 25 % der Personalausgaben für Lehrer entschieden, dass die Sachkosten nicht realitätsgerecht erfasst sind<sup>112</sup>.

Nicht nachvollziehbar ist zudem, inwieweit die Kosten für nicht-pädagogisches Personal durch die Regelung des § 18a Abs. 2 Satz 2 SchulG LSA, wonach in den Sachkosten die Kosten für das nicht pädagogisch tätige Personal enthalten sind, tatsächlich erfasst und ausgeglichen werden.

Willkürlich erscheint auch die Unterscheidung in § 18a Abs. 5 SchulG LSA zwischen dem Sachkostenzuschuss für Regel-Ersatzschulen (16,5 %) und für Förder-Ersatzschulen (26,5 %). Auch die Beschulung von Kindern mit Behinderung und entsprechendem sonderpädagogischen Förderbedarf in Regelschulen verursacht in der Regel höhere Sachaufwendungen als Unterricht für Kinder ohne sonderpädagogischen Förderbedarf. Die Kosten der Regelschulen für Schüler mit Behinderung können den Kosten von Förderschulen entsprechen. Der Gesetzgeber muss daher § 18a Abs. 5 SchulG ändern und für die Höhe des Sachkostenzuschusses stärker danach differenzieren, wie viele Kinder mit Behinderung eine Regelschule besuchen und welche Kosten mit der jeweiligen Behinderung und dem entsprechenden Unterstützungsbedarf einhergehen. Das gilt umso mehr, wenn das Land die mit der Inklusion an öffentlichen Regelschulen verbundenen Kosten in größerem Umfang ausgleicht als an privaten Regel-Ersatzschulen.

Hinter den Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 GG und des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA bleibt § 18a SchulG LSA auch insoweit zurück, als die Kosten der Beschaffung von Schulräumen (z. B. Baukosten) für Ersatzschulträger nicht ersetzt werden (s. § 18a Abs. 2 SchulG LSA). Die „angemessene Beteiligung“ von Ersatzschulen an Investitionsförderprogrammen für öffentliche Schulen (§ 18a Abs. 6 SchulG LSA) setzt entsprechende Förderprogramme voraus und sichert den durch Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 SchulG LSA verbürgten Anspruch der Ersatzschulen auf Finanzhilfe des Landes für die Investitionskosten auch angesichts der Unbestimmtheit der Höhe der „angemessenen“ Beteiligung an den Programmen unzureichend.

Schließlich ist kaum einsichtig, weshalb die Personalkosten für pädagogische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nur an Grund- und Förderschulen und nicht auch an anderen Schulen ersetzt werden (s. § 18a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SchulG LSA).

### 3.2.3 Dreijährige Wartefrist

Verfassungsrechtliche Probleme wirft schließlich die gesetzliche Wartefrist für die Finanzhilfe auf, die in Sachsen-Anhalt drei Jahre für alle grundsätzlich finanzhilfeberechtigten Ersatzschulen beträgt (s. für anerkannte Ersatzschulen § 18 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 2 und für Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung § 18 Abs. 2 SchulG LSA). Diese dreijährige Wartefrist gilt – anders als in anderen Bundesländern – ausnahmslos und ohne dass das Land den Ersatzschulen während der Wartezeit Zuschüsse gewährt. Die während der Wartefrist einbehaltene Finanzhilfe wird den Ersatzschulen nach Ablauf der Wartezeit auch nicht nachgezahlt.

Diese Wartefrist in Sachsen-Anhalt wirkt sich als faktische Errichtungssperre für die Gründung neuer Ersatzschulen aus und verstößt daher gegen Art. 7 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 1 und 2 Verf LSA. Bei einer dreijährigen Wartefrist muss der Gesetzgeber Regelungen vorsehen, die es dem Landesschulamt ermöglichen, die Erforderlichkeit der Wartefrist im Einzelfall zu überprüfen<sup>113</sup>. Kann ein Schulträger nachweisen, dass er über die für die Gründung und den Aufbau der Schule notwendigen finanziellen Mittel oder Sicherheiten verfügt und pädagogisch bewährt ist, etwa, weil er bereits erfolgreich vergleichbare Schulen betreibt, ist eine Wartefrist unverhältnismäßig<sup>114</sup>. Für Ersatzschulen, bei denen eine Wartefrist im Einzelfall erforderlich ist, hat es der Gesetzgeber versäumt, ihre Existenz durch einen gesetzlichen Anspruch auf Zuschüsse während der Wartezeit finanziell zu sichern<sup>115</sup>. Zudem muss das Land die während der Wartefrist einbehaltene Finanzhilfe nach Ablauf der Wartefrist nicht an die Ersatzschulträger auskehren<sup>116</sup>. Wie Schulen ohne finanzstarke Investoren den Schulbetrieb über mehrere Jahre ohne Finanzhilfe des Landes ausschließlich durch Schulgeld und Eigenmittel ohne Verletzung des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 3 Verf LSA sicherstellen sollen, erschließt sich nicht<sup>117</sup>.

Ob die dreijährige Wartefrist auch deswegen gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA verstößt, weil er eine Wartefrist für die Finanzhilfe anders als das Grundgesetz generell ausschließt, sei dahingestellt. Hierfür spricht, dass der Finanzierungsanspruch nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Verf LSA ohne einen Vorbehalt einer wie auch immer gearteten Bewährung vom ersten Tag des genehmigten Betriebs der Ersatzschule an gilt<sup>118</sup>.

#### 4 Resümee

Aus dem verfassungsrechtlichen Status der Ersatzschulen in Sachsen-Anhalt leiten sich unmittelbar Vorgaben für die Genehmigung der Ersatzschulen und die Finanzhilfe des Landes ab. Diesen Vorgaben werden das Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt und die entsprechende Genehmigungs- und Finanzierungspraxis nur teilweise gerecht.

Eine verfassungskonforme Genehmigungspraxis und eine auskömmliche Finanzhilfe für Ersatzschulen liegen nicht nur im Interesse der Ersatzschulen, sondern auch des Landes. Ein quantitativ und qualitativ hochwertiges Bildungsangebot ist ein wichtiger, vielleicht der wichtigste Standortfaktor bei dem Bemühen um junge Menschen und Familien und kann nur durch öffentliche und private Schulen gemeinsam erreicht werden.

*Verf.: Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Sozialrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaft, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, E-Mail: brosius-gersdorf@jura.uni-hannover.de*

113 Ziff. 2.2.6.

114 Ziff. 2.2.6.

115 Zu diesem Erfordernis Ziff. 2.2.6.

116 Hierzu Ziff. 2.2.6.

117 Dies erkennt OVG Magdeburg, 2 L 295/11 u. a. vom 22.2.2012, Rn. 18 ff., insbes. 25 ff. (juris), das die dreijährige Wartefrist in Sachsen-Anhalt für verfassungsgemäß hält. Im Übrigen rechtfertigt das OVG Magdeburg (s. Rn. 31) die dreijährige Wartefrist u. a. damit, dass nach dem Schulgesetz in der zur Zeit der gerichtlichen Entscheidung geltenden Fassung das Land den Ersatzschulen während der Wartefrist eine Startförderung gewähren konnte (§ 18f SchulG LSA i. d. F. bis 14.12.2012). Diese Regelung wurde aufgehoben.

118 Näher bei Fn. 82.