

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Förderung von Schulen in freier Trägerschaft im Land Brandenburg

Bohm, Rolfdieter; Hechel, Jana

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bohm, R., & Hechel, J. (2011). *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Förderung von Schulen in freier Trägerschaft im Land Brandenburg*. (Wahlperiode Brandenburg, 5/45). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52712-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Förderung von Schulen in freier Trägerschaft im Land Brandenburg

Bearbeiter: Rolfdieter Bohm und Jana Hechel

Datum: 13. Mai 2011

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Aufgabenstellung.....	3
II.	Stellungnahme.....	4
	1. Erläuterung einiger wichtiger schulrechtlicher Begriffe.....	4
	a) Schulträger.....	4
	b) Abgrenzung „öffentliche“ und „freie“ Schulträger.....	5
	c) Ersatzschulen.....	5
	d) Ergänzungsschulen.....	6
	e) Sonderungsverbot.....	7
	2. Höherrangige gesetzliche Vorgaben.....	7
	a) Recht der Europäischen Union.....	8
	b) Vorgaben des Grundgesetzes.....	10
	aa) Gesetzgebungskompetenz.....	10
	bb) Die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 und 5 GG.....	11
	c) Vorgaben der Landesverfassung.....	14
	3. Die geltenden Bestimmungen zur Förderung von Schulen in Brandenburg.....	16
	a) Finanzierung der Schulen in öffentlicher Trägerschaft.....	16
	b) Finanzierung der Schulen in freier Trägerschaft.....	16
	4. Finanzierungsregelungen in einigen anderen Bundesländern.....	19
	a) Baden-Württemberg.....	19
	b) Hessen.....	20
	c) Rheinland-Pfalz.....	21
	d) Sachsen-Anhalt.....	21
	5. Beantwortung der Fragen.....	22
	a) Frage 1: Jährliche Absenkung des Fördersatzes um 2 %.....	22
	b) Fragen 2 und 3: Binden der Finanzhilfen an organisatorische Kriterien, die für Schulen in öffentlicher Trägerschaft gelten.....	26
	c) Frage 4: Begrenzung der Zahl von Schulen in freier Trägerschaft.....	28
	d) Frage 5: Verletzung des Sonderungsverbot es durch eine jährliche Kürzung um 2 %.....	28
	e) Frage 6: Ungleichbehandlung von Schulen in öffentlicher und in privater Trägerschaft.....	29
	f) Besonderheiten für Ergänzungsschulen.....	30
	6. Zusammenfassung.....	30

I. Aufgabenstellung

In Brandenburg – wie in anderen Bundesländern – bestehen neben Schulen in öffentlicher Trägerschaft auch zahlreiche Schulen, die von sogenannten freien Trägern eingerichtet, unterhalten und betrieben werden. Die Finanzierung dieser Schulen in freier Trägerschaft ist Gegenstand der politischen Debatte im Landtag Brandenburg sowie einer Volksinitiative, die im Mai dieses Jahres mit dem Sammeln der Unterschriften begonnen hat.¹ Vor diesem Hintergrund wurde der Parlamentarische Beratungsdienst gebeten, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen.

1. Inwieweit verstößt die Landesregierung gegen die in Art. 30 LV kodifizierte Finanzierungspflicht für Schulen in freier Trägerschaft, wenn sie die geplanten Kürzungen der Zuschüsse um jährlich 2 Prozent in die Realität umsetzt?
2. Wäre es rechtmäßig, die staatliche Finanzhilfe für Schulen in freier Trägerschaft an die für Schulen in öffentlicher Trägerschaft geltenden Mindestschülerzahlen und die „Zügigkeit“ (§ 103 Abs. 1 BbgSchulG) zu knüpfen?
3. Inwieweit würde eine Vorgabe von Mindestschülerzahlen und -zügigkeit einen in Brandenburg verfassungsrechtlichen Eingriff in die Konzeptions- und Gestaltungsfreiheit von Schulen in freier Trägerschaft darstellen?
4. Inwieweit wäre eine Begrenzung der Anzahl von Schulen in freier Trägerschaft verfassungsrechtlich gedeckt?
5. Inwieweit impliziert die seitens der Landesregierung geplante jährliche Kürzung des Finanzierungszuschusses um 2 % eine Verletzung des Sonderungsverbot?
6. Wenn die Finanzierung für Schulen in freier Trägerschaft aus Gründen der Haushaltskonsolidierung gekürzt, die Mittel für Schulen in öffentlicher Trägerschaft jedoch konstant bzw. verstärkt werden würden, läge dann ein Verfassungsverstoß vor?

Bei der Beantwortung soll – soweit notwendig – zwischen Ersatz- und Ergänzungsschulen differenziert werden.

1 Zur Diskussion über die Privatschulförderung siehe etwa Ruppiner Anzeiger vom 8. April 2011, S. 1: „Freie Schulen müssen zittern“ und S. 3: „Eine Frage der Balance“. Zur Volksinitiative siehe etwa Märkische Allgemeine Zeitung vom 4. Mai 2011, S. BRANDENBURG 2: „Bildung Volksinitiative startet“ und Potsdamer Neueste Nachrichten ebenfalls vom 4. Mai 2011, S. 12: „„Schule in Freiheit“ startet Freitag Volksinitiative für freie Schulen in Brandenburg“.

II. Stellungnahme

Bevor auf die Fragen im Einzelnen eingegangen wird, soll zum besseren Verständnis der Antworten und zur Verdeutlichung der Zusammenhänge im Folgenden zunächst eine Klärung der wichtigsten Begriffe erfolgen. Sodann werden die EU-gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, das Grundgesetz und die Landesverfassung betrachtet und die gegenwärtige Rechtslage in Brandenburg dargestellt. Diese Betrachtungen werden um einen Blick auf die Finanzierungsregelungen in einigen anderen Bundesländern ergänzt. Hierauf aufbauend erfolgt dann die Beantwortung der einzelnen Fragen.

1. Erläuterung einiger wichtiger schulrechtlicher Begriffe

a) Schulträger

Die Legaldefinition des Schulträgers findet sich in § 2 Nr. 7 des Gesetzes über die Schulen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Schulgesetz – BbgSchulG).² Danach ist Schulträger „*eine juristische oder natürliche Person, die für die Errichtung, Organisation und Verwaltung der einzelnen Schule rechtlich unmittelbar die Verantwortung trägt und zur Unterhaltung der Schule eigene Leistungen erbringt*“. In der wissenschaftlichen Literatur wird der Begriff des *Schulträgers* bzw. der *Schulträgerschaft* mit vier Elementen umschrieben:

1. Zuständigkeit für den schulischen *Organisationsrahmen* (v. a. Errichtung, Änderung oder Aufhebung der Schule),
2. Deckung des *Sachbedarfs der Schule* (Gebäude, Innenausstattung, Lehrmittel sowie Verwaltungspersonal),
3. Zuständigkeit für die *laufende Verwaltung* der Schule und
4. Tragen der sich aus 1. – 3. ergebenden *Aufwendungen*.³

Zusammengefasst ist Schulträger, „*wer die äußeren Sachangelegenheiten verwaltet und die sachlichen Schulkosten trägt*.“⁴ Entscheidend ist somit die Verwaltungs- und Sachkostenzuständigkeit, die Übernahme der Kosten für das pädagogische Personal ist hingegen für die Einordnung als „Schulträger“ nicht entscheidend.

2 In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. August 2002 (GVBl. I S. 78), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 7. Juli 2009 (GVBl. I S. 262).

3 So etwa Avenarius, in: Avenarius, Schulrecht, Ein Handbuch für Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft, 8. Auflage, 2010, S. 200 f.

4 Avenarius (Fn. 3), a. a. O.

b) Abgrenzung „öffentliche“ und „freie“ Schulträger

Das BbgSchulG definiert ferner die Begriffe der *öffentlichen* und der *freien* Trägerschaft. Nach § 2 Nr. 2 BbgSchulG sind Schulen in öffentlicher Trägerschaft solche, „*deren Träger eine Gemeinde, ein Gemeindeverband oder das Land ist*“. Mit dem Begriff „Gemeindeverband“ sind die Ämter und die Landkreise gemeint.⁵

Um eine Schule in freier Trägerschaft handelt es sich nach § 2 Nr. 3 BbgSchulG, wenn Träger der Schule eine „*inländische natürliche oder juristische Person des Privatrechts sowie eine Kirche, eine Religionsgemeinschaften oder eine Weltanschauungsgemeinschaften ist, die die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts besitzt*“. Diese Definition wird in § 118 Abs. 1 BbgSchulG insoweit wiederholt, als dort ausdrücklich klargestellt wird, dass Schulen in freier Trägerschaft von natürlichen und juristischen Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts errichtet oder fortgeführt werden können, aber keinesfalls von Gemeinden, Gemeindeverbänden oder dem Land. Hiermit soll sichergestellt werden, dass die „Träger öffentlicher Schulen“ nicht zugleich Träger von Schulen in „freier Trägerschaft“ sind. „Freier Träger“ kann somit in Brandenburg jeder werden, der weder Gemeinde, Gemeindeverband noch das Land Brandenburg selbst ist. In der Literatur findet sich noch folgende allgemeiner gehaltene Definition von Privatschulen (= Schule in privater/freier Trägerschaft):

„Die Privatschule ist eine von einem der genannten Träger errichtete und betriebene Schule, die Erziehung und Unterricht in eigener Verantwortung gestaltet und von Eltern bzw. Schülern frei gewählt werden kann.“⁶

Nach dieser Definition kommt es neben der formalen Trägerschaft auch auf die eigenverantwortliche inhaltliche Gestaltung von Unterricht und Erziehung an der Schule an.

c) Ersatzschulen

Von zentraler Bedeutung für die nachfolgenden Überlegungen ist ferner der Begriff der „Ersatzschule“. § 120 Abs. 1 BbgSchulG definiert die Ersatzschule in Brandenburg wie folgt:

5 Siehe § 133 Abs. 1 Satz 2 (zu den Ämtern) und § 122 Abs. 1 (zu den Landkreisen) Kommunalverfassung des Landes Brandenburg (BbgKVerf) vom 18. Dezember 2007 (GVBl. I S. 286), geändert durch Artikel 15 des Gesetzes vom 23. September 2008 (GVBl. I S. 202).

6 So Avenarius a. a. O. (Fn. 3), S. 288 f., m. w. N.

„(1) Ersatzschulen sind alle Schulen in freier Trägerschaft, die Schulen entsprechen, die aufgrund dieses Gesetzes bestehen oder vorgesehen sind. Sie können das Angebot der in diesem Gesetz vorgesehenen Bildungsgänge durch besondere Inhalte und Formen der Erziehung und des Unterrichts prägen.“

Ähnlich lautet die allgemeine Definition, die darauf abstellt, dass die Privatschule „nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck als Ersatz für eine in dem Land vorhandene oder grundsätzlich vorgesehene öffentliche Schule dienen soll“. ⁷ Ersatzschulen führen somit zu denselben Schulabschlüssen wie die vergleichbaren öffentlichen Schulen (z. B. mittlerer Bildungsabschluss oder Abitur/allgemeine Hochschulreife). Für die Schüler ist an Privatschulen ein entsprechender Schulabschluss wie an staatlichen Schulen erzielbar; folglich tritt der dortige Schulbesuch an die Stelle des Besuchs einer öffentlichen Schule. Somit kann durch den Besuch einer Ersatzschule die gesetzliche Schulpflicht erfüllt werden. ⁸

Der Betrieb einer Ersatzschule ist erst nach Genehmigung erlaubt (§ 121 Abs. 1 BbgSchulG). Einer genehmigten Ersatzschule kann, wenn sie hinreichende Gewähr für die dauerhafte Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen des § 121 BbgSchulG bietet, der Status einer anerkannten Ersatzschule zuerkannt werden (§ 123 Abs. 1 BbgSchulG). Dies bedeutet, dass die anerkannte Ersatzschule zwar einerseits bei der Aufnahme oder Versetzung etc. von Schülern (im Wesentlichen) an die für öffentliche Schulen geltenden Regelungen gebunden ist, andererseits aber die Zeugnisse und Abschlüsse dieser anerkannten Ersatzschulen denen öffentlicher Schulen gleichgestellt sind (§ 123 Abs. 2 BbgSchulG). Diese anerkannten Ersatzschulen erhalten, da sie entsprechende Schulabschlüsse erteilen können, die Rechtsstellung von Beliehenen. ⁹

d) Ergänzungsschulen

Ergänzungsschulen hingegen sind Schulen in privater bzw. freier Trägerschaft, die nicht Ersatzschulen sind (§ 125 Abs. 1 BbgSchulG). Die Schulpflicht kann durch Besuch einer Ergänzungsschule nicht erfüllt werden. Diese Schulen treten somit nicht an die Stelle einer

⁷ So Avenarius a. a. O. (Fn. 3), S. 298, m. w. N.

⁸ Avenarius a. a. O. (Fn. 7).

⁹ Hierzu Avenarius a. a. O. (Fn. 3), S. 309, m. w. N. Beliehene sind Private (natürliche oder juristische Personen), die durch oder aufgrund eines Gesetzes mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut sind und somit hoheitlich handeln können. Näheres hierzu bei Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, 2009, § 23, Rn. 56 ff. Dort finden sich auch einige Beispiele für Beliehene in der Rechtspraxis.

öffentlichen Schule, sondern ihr Besuch erfolgt zusätzlich zu dem an einer öffentlichen Schule (oder einer privaten Ersatzschule).¹⁰

Errichtung und Betrieb von Ergänzungsschulen bedürfen einer vorherigen Anzeige. Eine Genehmigung ist aber – systemkonform – nicht erforderlich (§ 125 Abs. 2 BbgSchulG), da keine Gleichwertigkeit mit öffentlichen Schulen oder Bildungsgängen zu prüfen ist. Unter gewissen weiteren Voraussetzungen kann auch Ergänzungsschulen eine staatliche Anerkennung zuerkannt werden (§ 126 Abs. 1 BbgSchulG). Dies ändert aber nichts daran, dass auf einer staatlich anerkannten Ergänzungsschule keine „normalen“, den Abschlüssen an öffentlichen Schulen entsprechende Schulabschlüsse erworben werden können.

e) Sonderungsverbot

Dieser Begriff geht auf Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zurück. Dort sind die Voraussetzungen näher definiert, unter denen eine private Ersatzschule staatlich zu genehmigen ist. Eine der dort genannten Genehmigungsvoraussetzungen ist, dass *„eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“*. Aus dieser Formulierung wird das *Sonderungsverbot* abgeleitet, das insbesondere überhöhte Schulgelder verhindern soll.¹¹ Damit soll in gewissem Umfang eine allgemeine Zugänglichkeit der Privatschulen erreicht und die Segregation von Schülern nach den wirtschaftlichen Verhältnissen (ihrer Eltern) verhindert werden.¹²

2. Höherrangige gesetzliche Vorgaben

Im Folgenden soll untersucht werden, welche rechtlichen Bindungen für den brandenburgischen Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung des Privatschulwesens und insbesondere der Regelungen zur öffentlichen Förderung von Ersatzschulen in freier Trägerschaft bestehen. Hierbei wird zunächst auf das Recht der Europäischen Union¹³ eingegangen, da dieses in Ausnahmefällen sogar dem Grundgesetz vorgehen könnte. Dann folgen Ausführ-

10 So auch Avenarius (Fn. 3), S. 314 und Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG-Kommentar, 12. Auflage, 2011, Anm. C. III. 2. zu Art. 7.

11 Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetzkommentar, 11. Auflage, 2011, Rn. 29 zu Art. 7. Hierzu auch die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 8. April 1987, Az. 1 BvL 8/84 und 1 BvL 16/84 (BVerfGE 75, 40 ff.), bei C. II. 2. b) der Gründe (Absatz-Nr. 80 – 84 in der Jurisveröffentlichung).

12 Siehe zum Hintergrund und den mit dem Verbot verfolgten Zielen auch bei Leipholz/Rink, GG-Kommentar, Loseblatt, Stand 54. Nachlieferung September 2010, Rn. 275 zu Art. 7.

13 Im Folgenden zusammenfassend als Gemeinschaftsrecht bezeichnet.

rungen zum Inhalt der einschlägigen grundgesetzlichen Norm und schließlich der maßgeblichen Vorschrift in der Landesverfassung.

a) Recht der Europäischen Union

Das Gemeinschaftsrecht kann für die hier relevanten Fragen in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung sein. So stellt sich die Frage, ob sich aus dem Gemeinschaftsrecht möglicherweise ein Vorrang der privatwirtschaftlichen vor der öffentlichen Betätigung ergibt, wie dies gelegentlich Folge der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sein kann (im Folgenden bei aa.), und ob ggf. Genehmigungserfordernisse des nationalen Rechts im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehen (nachfolgend bei bb.). Ferner wird untersucht, ob sich aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts Folgen für den persönlichen Anwendungsbereich der landesrechtlichen Normen über freie Schulträger ergeben (sodann bei cc.), und schließlich, ob sich aus dem Gemeinschaftsrecht ein Anspruch auf öffentliche Förderung ableiten lässt (nachfolgend bei dd.) .

aa. Errichtung und Betrieb einer Schule in privater Trägerschaft stellen gegenüber den dort unterrichteten Schülern bzw. deren Eltern eine Dienstleistung dar, wenn dies gegen Entgelt erfolgt (Art. 57 AEUV). Das Recht der Europäischen Union (EU) schützt die unionsweite Erbringung von Dienstleistungen durch Dienstleister, die nicht im Mitgliedstaat des Leistungsempfängers ihren Sitz haben. Hierzu statuiert Art. 56 AEUV¹⁴ die sogenannte Dienstleistungsfreiheit als eine der Grundfreiheiten der EU.¹⁵ Die Dienstleistungsfreiheit könnte relevant werden, wenn ein privater Schulträger aus einem anderen Mitgliedstaat in Brandenburg eine Schule in privater Trägerschaft gründen und betreiben möchte.

Konkretisiert wird die Dienstleistungsfreiheit durch die sogenannte EU-Dienstleistungsrichtlinie.¹⁶ Deren 34. Erwägungsgrund¹⁷ bringt zum Ausdruck, dass öffentliche Dienstleis-

14 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Lissabonvertrages vom 13. Dezember 2007 (konsolidierte Fassung ABl. Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47 ff.).

15 Eine kurze Übersicht über die vier Grundfreiheiten in der EU kann bei Wikipedia unter folgendem Link abgerufen werden:
http://de.wikipedia.org/wiki/Grundfreiheit#Die_vier_Grundfreiheiten.

16 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. Nr. L 376 vom 27. Dezember 2006, S. 36 ff.), künftig mit EU-DLR abgekürzt.

17 Erwägungsgründe finden sich vor allem bei Rechtssätzen der EU (Richtlinien/Verordnungen). Sie fassen Elemente der ausführlichen Gesetzesbegründung zusammen und dienen der Erläuterung bzw. dem Verständnis der Vorschriften. Die Erwägungsgründe haben lediglich erläuternden Charakter und nehmen am Normbefehl selbst nicht teil, werden aber mit dem Normtext gemeinsam im Amtsblatt veröffentlicht.

tungen, wie etwa im Bildungsbereich, selbst dann, wenn eine Verwaltungsgebühr (z. B. Einschreibegebühren an Hochschulen) erhoben wird, grundsätzlich nicht unter den Begriff der Dienstleistung fallen, weil es aufgrund der öffentlichen Finanzierung insoweit am „Entgelt“ fehle. Dieses Erfordernis ist aber nach Art. 57 AEUV¹⁸ konstitutives Merkmal für den gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsbegriff. Somit stehen öffentliche und unentgeltliche schulische Bildungsangebote gemeinschaftsrechtlich nicht in einer rechtlichen Konkurrenzsituation zu Angeboten privater Schulträger, die im Regelfall gegen Entgelt erfolgen und somit unter den gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsbegriff fallen. Das Gemeinschaftsrecht gebietet somit keinen Vorrang zugunsten freier Schulträger.

bb. Das Gemeinschaftsrecht verlangt auch keine Genehmigungsfreiheit für alle Formen von Dienstleistungen, sondern lässt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Aufnahme oder Ausübung von bestimmten Dienstleistungen von einer vorherigen Genehmigung abhängig zu machen (Art. 9 Abs. 1 EU-DLR). Die EU-DLR regelt allerdings inhaltliche Kriterien für eine solche Genehmigungspflicht (Diskriminierungsfreiheit, Notwendigkeit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls und Verhältnismäßigkeit) und setzt in Art. 10 EU-DLR weitere Maßstäbe für die inhaltliche Ausgestaltung der Genehmigungsregelungen.¹⁹ Das nationale im Grundgesetz verankerte Genehmigungserfordernis soll durch seine Gleichwertigkeitsanforderungen sicherstellen, dass eine Ausbildung in privaten Ersatzschulen qualitativ nicht hinter der in einer öffentlichen Schule zurückbleibt. Das Sondernungsverbot soll einen allgemeinen Zugang auch zu Privatschulen gewährleisten. Dies sind zwingende Gründe des Allgemeinwohls, die eine Genehmigungspflicht rechtfertigen.

cc. Das Gemeinschaftsrecht verbietet somit lediglich eine Diskriminierung von privaten Schulträgern aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber privaten „einheimischen“. Die geltenden brandenburgischen Regelungen über die Genehmigung und Förderung von Schulen in freier Trägerschaft (§§ 120 ff. BbgSchulG), die davon ausgehen, dass Träger „inländische natürliche oder juristische Personen“ sind, sind daher europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch Schulträger aus anderen EU-Mitgliedstaaten zur Errichtung und zum Betrieb von Schulen in freier Trägerschaft in Brandenburg berechtigt sind. Ansonsten läge eine Unterscheidung nach der „Herkunft“ des Trägers vor und somit ein Ver-

18 Diese Norm entspricht inhaltlich dem in 34. Erwägungsgrund genannten Art. 50 EGV (= Vertrag über die Europäische Gemeinschaft), der durch die im Lissabonvertrag zusammengefassten EUV und AEUV abgelöst wurde.

19 Art. 10 EU-DLR ist auch auf die Genehmigung von Privatschulen anwendbar. Vgl. Hofmann a. a. O. (Fn. 10), Anm. C. III. 1. zu Art. 7.

stoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und die diese konkretisierenden gemeinschaftsrechtlichen Normen vor.

dd. Was die Frage nach einem möglichen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch auf öffentliche Förderung betrifft, so ist auf den 10. Erwägungsgrund hinzuweisen. Dieser stellt klar, dass sich die EU-DLR nicht auf den Zugang von Dienstleistern zu öffentlichen Mitteln erstreckt. Jedoch folgt aus dem Diskriminierungsverbot der Art. 9 und 10 EU-DLR, dass Dienstleistern aus anderen Mitgliedstaaten die gleiche Förderung zustehen muss, wie einheimischen.

b) Vorgaben des Grundgesetzes

Zu unterscheiden ist zwischen der Frage der Gesetzgebungszuständigkeit für das Schulwesen und damit auch der Zuständigkeit zur Regelung von Privatschulen einerseits und dem Inhalt des Grundrechts auf Privatschulfreiheit in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG andererseits.

aa) Gesetzgebungskompetenz

Nach der Grundregel der Art. 30 und 70 GG steht dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit für eine bestimmte Rechtsmaterie nur dann zu, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich vorsieht. Es gibt somit eine „Ausgangsvermutung“ zugunsten der Länder.²⁰ Eine ausdrückliche Zuweisung der Materie „Bildung“ oder „Schule“ an den Bund gibt es weder im Bereich der ausschließlichen (Art. 73 GG) noch der konkurrierenden (Art. 72 und 74 GG) Gesetzgebung. Lediglich für den Bereich „Hochschulzulassung und Hochschulabschlüsse“ besteht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG eine Bundeskompetenz. Die übrige Rechtsmaterie im Bereich „Bildung und Hochschule“ steht somit den Ländern zu.²¹ Diese (ausschließliche) Gesetzgebungsbefugnis der Länder im Bereich des Schulwesens umfasst auch die Regelungen über die rechtlichen Rahmenbedingungen von Schulen in freier Trägerschaft sowie deren finanzielle Förderung. Von dieser Kompetenzverteilung geht auch Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG aus, wonach die privaten Ersatzschulen den „Landesgesetzen“ unterstehen.²²

20 Vgl. auch Pieroth a. a. O. (Fn. 11), Rn. 1 zu Art. 70, der von einem „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ spricht.

21 Ganz einhellige Meinung. Beispielsweise Pieroth a. a. O. (Fn. 11), Rn. 12. zu Art. 70 oder – ausdrücklich auch zur Regelungsbefugnis bezüglich Schulen in privater Trägerschaft – BVerfG vom 8. April 1987 (Fn. 11) bei C. III. 1. der Gründe (Absatz-Nr. 87 in der Jurisveröffentlichung).

22 In diesem Sinne auch Leipholtz/Rink a. a. O. (Fn. 12), Rn. 180 zu Art. 7.

bb) Die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 und 5 GG

Die hier maßgebenden Normen des Grundgesetzes haben folgenden Wortlaut:

„(4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen 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.

(5) Eine private Volksschule ist nur zuzulassen, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder, auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.“

Schon ein erster Blick auf den Wortlaut der Verfassungsvorschrift lässt erkennen, dass hierin mehrere Einzelregelungen zusammengefasst sind. Dies geht zum Teil auf die geschichtliche Entwicklung zurück.²³ Wie schon die Weimarer Reichsverfassung hat das Grundgesetz für den Bereich Schulwesen und auch für das Errichten und Betreiben von Privatschulen eine eigenständige Regelung getroffen. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG enthält ein spezielles Freiheitsrecht auf Gründung und Betrieb von Schulen in nicht öffentlicher, mithin freier Trägerschaft. Dieses Grundrecht gilt für alle Arten von Schulen in freier Trägerschaft, mithin für Ersatzschulen wie für Ergänzungsschulen. Die weiteren Sätze 2 bis 4 betreffen lediglich Ersatzschulen. Nur für sie gilt somit die im Grundgesetz normierte Genehmigungsbedürftigkeit. Diese ist wiederum Ausfluss der staatlichen Verantwortung für das gesamte Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG).²⁴

23 Eine Übersicht über die historische Entwicklung der Verfassungsbestimmungen zum Schulrecht und zum Recht der Privatschulen enthält die Entscheidung des BVerfG vom 8. April 1987 a. a. O. (Fn. 11) bei C. I. 1. der Gründe (Absatz-Nr. 60 – 66 in der Jurisveröffentlichung).

24 Siehe hierzu auch Pieroth a. a. O. (Fn. 11) Rn. 1 zu Art. 7.

Für Volksschulen²⁵ wird die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 GG durch Art. 7 Abs. 5 GG ergänzt und modifiziert, indem für sie in der Regel noch zusätzlich ein öffentliches pädagogisches Interesse gefordert wird.

Die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt und kann somit – über den in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG selbst genannten Genehmigungsvorbehalt hinaus – nur aufgrund anderer Verfassungswerte beschränkt werden (sogenannte verfassungsimmanente Schranken).²⁶ Eine Ausweitung der Genehmigungsvoraussetzungen ist daher grundsätzlich nicht zulässig.

Der Schutzbereich der Privatschulfreiheit ist darauf gerichtet, eine Schule mit „*Unterricht eigener Prägung, insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte*“²⁷ errichten und betreiben zu können. Der in Art. 7 Abs. 4 GG verwendete Begriff der Ersatzschule deckt sich mit dem oben²⁸ erläuterten.

Die Privatschulfreiheit ist ein klassisches Freiheitsgrundrecht. Sie gilt für jedermann und nicht – wie etwa die Berufsfreiheit des Art. 12 GG, die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG oder die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG – nur für Deutsche.²⁹ Grundrechtsträger können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, da die Privatschulfreiheit ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen Anwendung finden kann (Art. 19 Abs. 3 GG).³⁰ Infolge des oben dargestellten³¹ gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots besteht die Privatschulfreiheit auch uneingeschränkt für juristische Personen aus anderen Mitgliedstaaten: Insoweit geht der Anwendungsbereich über den Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 GG hinaus, der eine entsprechende Anwendung auf inländische juristische Personen beschränkt.

25 Damit sind Grund- und Hauptschulen gemeint (vgl. Pieroth a. a. O. (Fn. 11), Rn. 24 zu Art. 7). Die Bezeichnung Volksschule findet sich nur noch in Bayern.

26 Zu dieser grundrechtsdogmatischen Frage siehe z. B. bei BVerfG vom 27. November 1990, Az. 1 BvR 402/87 (sog. Josefine-Mutzenbacher-Entscheidung), BVerfGE 83, S. 130 ff., bei B). I. 3. der Gründe (Absatz-Nr. 39 in der Jurisveröffentlichung) zur ebenfalls ohne Gesetzesvorbehalt gewährten Kunst- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG.

27 So bei Leipholz/Rink a. a. O. (Fn. 12) m. w. N.

28 Siehe oben bei II. 1. c).

29 Siehe hierzu Pieroth a. a. O. (Fn. 11), Rn. 21 zu Art. 7.

30 So auch Pieroth a. a. O. (Fn. 11), Rn. 21 zu Art. 7 m. w. N.

31 Hierzu oben bei II. 2. a).

Neben diesem individuellen Freiheitsrecht des Privatschulbetreibers bestimmt Art. 7 Abs. 4 GG auch, dass es trotz der Staatsverantwortung für die Schulaufsicht aus Art. 7 Abs. 1 GG kein staatliches Schulmonopol geben soll, und gewährleistet somit eine Garantie der „Institution Privatschule“ als solche.³² Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dieser „institutionellen Garantie“ einen Leistungsanspruch der Privatschulbetreiber her, der auf öffentliche Förderung gerichtet ist und jedenfalls dann besteht, wenn die „Institution private Ersatzschule“ als solche in ihrem Bestand gefährdet ist.³³ Bei der näheren inhaltlichen Ausgestaltung dieser öffentlichen Förderung gewährt das Bundesverfassungsgericht dem (Landes-)Gesetzgeber einen weiten Regelungsspielraum und macht den Anspruch auf finanzielle Förderung von einer evidenten Gefährdung des Ersatzschulwesens als Institution abhängig. Das Bundesverfassungsgericht verlangt keinesfalls einen vollständigen Kostenersatz durch die öffentliche Hand.³⁴ Es begründet diesen Teilhabe- bzw. Leistungsanspruch unter anderem mit dem sozialstaatlichen Gehalt des Art. 7 Abs. 4 GG. Dieser verlange als Voraussetzung für die Genehmigung der Ersatzschule eine mit öffentlichen Schulen vergleichbare wirtschaftliche und soziale Stellung der Lehrkräfte an der privaten Ersatzschule; zugleich dürfe aber – um dem Sonderungsverbot zu entsprechen – das Schulgeld nicht zu hoch bemessen werden. D. h. einerseits setzt das Grundgesetz vergleichsweise hohe Standards, die mit entsprechenden Kosten bzw. Aufwendungen für den freien Träger verbunden sind,³⁵ andererseits verbietet es aus sozialen Gründen (Sonde-

32 So auch Pieroth a. a. O. (Fn. 11) Rn. 18 zu Art. 7; Leipholz/Rink a. a. O. (Fn. 12), Rn. 190 zu Art. 7 und Hofmann a. a. O. (Fn. 10), Anm. C. III. 1. zu Art. 7, jeweils m. w. N., insbesondere auf BVerfGE 27, 195 ff. (200); 75, 40 ff. (61 f. = Fn. 11); 90, 107 ff. (114).

33 Erstmals in der bereits erwähnten Grundsatzentscheidung vom 8. April 1987 a. a. O. (Fn. 11) bei C. II. 2. c) der Gründe (Absatz-Nr. 85 f. in der Jurisveröffentlichung). Seitdem ständige Rechtsprechung (siehe z. B. zwei Entscheidungen vom 9. März 1994 (Az. 1 BvR 1369/90, BVerfGE 90, 127 ff. zur Berücksichtigung der Schulraumkosten bei der Ermittlung der öffentlichen Förderung, künftig kurz „Schulraumkostenentscheidung“, und Az. 1 BvR 682/88 & 1 BvR 712/88, BVerfGE 90, 107 ff. zur Zulässigkeit von Wartefristen bei der Förderung, künftig kurz „Wartefristenentscheidung“); vgl. auch bei Pieroth, Leipholz/Rink und Hofmann, jeweils a. a. O. (Fn. 32).

34 So ausdrücklich schon in der Grundsatzentscheidung vom April 1987 a. a. O. (Fn. 11) bei C. III. der Gründe (Absatz-Nr. 87 ff. in der Jurisveröffentlichung). Zur notwendigen Evidenz der institutionellen Gefährdung ausdrücklich bei C. III. 2. der Gründe (Absatz-Nr. 88 f.). Diese Rechtsprechung zur gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit hat das Gericht in den beiden Entscheidungen vom März 1994 (Fn. 33) weiterentwickelt und bestätigt. Ganz klar zum Ausdruck kommt dieser Gedanke auch in einer Kammerentscheidung vom 4. März 1997 (Az. 1 BvL 26/96, 1 BvL 27/96, EzB GG Art 7 Nr 27a), bei B. II. 2. der Gründe (Absatz-Nr. 28 ff. in der Jurisveröffentlichung). Zum beschränkten Umfang der öffentlichen Förderung und der Notwendigkeit eigener wirtschaftlicher Beiträge des freien Trägers siehe auch Hofmann a. a. O. (Fn. 32).

35 So verlangt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ausdrücklich eine (mit den der Lehrkräften an öffentlichen Schulen vergleichbare wissenschaftliche Ausbildung der Lehrkräfte an den privaten Schulen als Genehmigungsvoraussetzung. Ferner sieht Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG vor, dass die Genehmigung zu versagen ist, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist, was zumindest eine Orientierung an der Bezahlung und der rechtlichen Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse von Lehren an öffentlichen Schulen (zum Teil Beamte oder Angestellte unter Geltung der für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifverträge) voraussetzt (siehe zu diesen Erfordernissen bei Avenarius a. a. O. (Fn. 3), S. 303 f.).

rungsverbot), kostendeckende Schulgelder zu erheben. Diese widersprüchlichen verfassungsrechtlichen Gebote können nur durch eine entsprechende öffentliche Förderung untereinander in Einklang gebracht werden.³⁶

c) Vorgaben der Landesverfassung

Die Landesverfassung enthält in Art. 30 verschiedene Regelungen über das Schulwesen, die im Folgenden, soweit für die Fragestellung relevant, kurz dargestellt werden:

Absatz 1 bestimmt die allgemeine Schulpflicht. Absatz 2 Satz 1 wiederholt das Gebot aus Art. 7 Abs. 1 GG, wonach das Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht. Allerdings spricht die brandenburgische Vorschrift nicht vom „*gesamten Schulwesen*“. Dennoch erstreckt sich – schon aufgrund des vorrangigen grundgesetzlichen Gebotes aus Art. 7 Abs. 1 GG – auch in Brandenburg die Schulaufsicht auf Schulen in freier Trägerschaft.³⁷

Für die hier maßgeblichen Fragen der Privatschulfreiheit und -förderung ist vor allem die Vorschrift des Art. 30 Abs. 6 LV von Bedeutung. Diese lautet:

„(6) 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.“

Diese Vorschrift macht die eben dargestellte bundesverfassungsrechtliche Norm des Art. 7 Abs. 4 GG sachlich zum Inhalt der Landesverfassung.³⁸ Ein Blick in die Materialien der Landesverfassung bringt keinen näheren Aufschluss über die Gründe für die Aufnahme der grundgesetzlichen Privatschulfreiheit in die Landesverfassung. Die jetzige Formulierung geht im Wesentlichen auf einen Formulierungsvorschlag des Abgeordneten *Birthler* zurück, der zum einen die wörtliche Übernahme des Inhaltes des Art. 7 Abs. 4 GG in die neu zu schaffende Landesverfassung sowie zum anderen die Ergänzung um einen ausdrücklichen öffentlichen Finanzierungsanspruch vorschlug.³⁹ Nach einigen redaktionellen Veränderungen wurde die heutige Formulierung mit dem Verweis auf Art. 7 Abs. 4 GG und

36 Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 8. April 1987 a. a. O. (Fn. 11).

37 So im Ergebnis auch Ernst, in: Lieber/Iwers/Ernst, Kommentar zur Landesverfassung, Loseblatt, Stand 2. Nachlieferung Februar 2008, Anm. 3 zu Art. 30.

38 Vgl. Ernst a. a. O. (Fn. 37), Anm. 9 zu Art. 30.

39 Sitzung des Unterausschusses 1 des Verfassungsausschusses am 27. März 1991, Protokoll, S. 4 f.

der Ergänzung um den ausdrücklichen Anspruch auf öffentliche Förderung gefunden.⁴⁰ Eine nähere Begründung zu den gewählten Formulierungen ist den Materialien – leider – nicht zu entnehmen.

Die relevante Ergänzung der Landesverfassung gegenüber dem Grundgesetz liegt in der ausdrücklichen Erwähnung des Anspruchs der Träger freier Schulen auf öffentlichen Finanzierungszuschuss. Ein solcher Anspruch ist im Text des Grundgesetzes nicht zu finden, wurde aber vom Bundesverfassungsgericht in der bereits oben dargestellten Entscheidung vom 8. April 1987⁴¹ entwickelt und anerkannt. Ferner waren seit 1988 zwei konkrete Normenkontrollen des Bundesverwaltungsgerichts und eine weitere Verfassungsbeschwerde aus dem Jahr 1990⁴² beim Bundesverfassungsgericht anhängig. Demzufolge waren die mit diesem Anspruch auf öffentliche Förderung verbundenen rechtlichen wie politischen Fragen Gegenstand der öffentlichen Diskussion. Es liegt somit die Vermutung nahe, dass in der Landesverfassung diese damals aktuell diskutierte Frage klar zugunsten eines entsprechenden Förderanspruchs entschieden werden sollte.

Sachlich stellt die Landesverfassung keine näheren Anforderungen an diese Förderung. Fraglich ist allenfalls, ob – anders als nach Art. 7 Abs. 4 GG – auch Träger privater Ergänzungsschulen einen Anspruch auf öffentlichen Förderungszuschuss aus Art. 30 Abs. 6 Satz 2 LV herleiten können. Der Wortlaut spricht auf den ersten Blick dafür. Systematisch lässt sich dennoch aus der Stellung des Förderanspruchs unmittelbar im Anschluss an die Bezugnahme auf Art. 7 Abs. 4 GG schließen, dass keine über die durch das Bundesverfassungsgericht entwickelte Förderpflicht hinausgehende Regelung beabsichtigt war. Das Bundesverfassungsgericht hat aber den Förderanspruch auf Ersatzschulen beschränkt und Ergänzungsschulen hiervon ausgenommen.⁴³ Damit besteht im Ergebnis der Förderanspruch auch nach Landesverfassungsrecht nur für Träger von Ersatzschulen.⁴⁴ Grund hierfür ist, dass für Ergänzungsschulen⁴⁵ die strengen, Kosten auslösenden und zugleich

40 In der Sitzung des Unterausschusses 1 des Verfassungsausschusses am 18. November 1991 auf Vorschlag des (externen) Mitglieds *Dr. Simon*, Protokoll, S. 6.

41 Siehe oben bei Fn. 11.

42 Über diese beiden Verfahren wurde jeweils mit den oben bei Fn. 33 dargestellten Entscheidungen (Wartefrist- und Schulraumkostenentscheidung) am 9. März 1994 entschieden.

43 So ausdrücklich die Wartefristenentscheidung des BVerfG vom 9. März 1997, (Fn. 33), bei C. II. 1. der Gründe (Absatz-Nr. 54 in der Jurisveröffentlichung).

44 So auch Ernst a. a. O. (Fn. 37), Anm. 10 zu Art. 30.

45 Ein Sonderfall sind in Brandenburg die Musikschulen, jedenfalls wenn diese – was rechtlich möglich ist – in privater Trägerschaft stehen. Für diese Musikschulen besteht grundsätzlich eine Fördermöglichkeit nach näherer Maßgabe des Gesetzes zur Förderung der Musikschulen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Musikschulgesetz - BbgMSchulG) vom 19. Dezember 2000 (GVBl. I S.178), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. April 2003 (GVBl. I S.119, 120).

die Einnahmen begrenzenden verfassungsrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG nicht gelten. Dies betrifft gerade auch das die Höhe des Schulgelds begrenzende Sonderungsverbot. Ergänzungsschulen steht folglich grundsätzlich die wirtschaftliche Möglichkeit zur Erhebung kostendeckender Schulgeldbeiträge verfassungsrechtlich offen. Ferner ist noch der Gedanke zu beachten, dass Kinder, die private Ersatzschulen besuchen, keine öffentliche Schule in Anspruch nehmen und daher – anders als im Falle der Ergänzungsschule – die öffentlichen Schulträger prinzipiell entlasten. Auch dieser Effekt wird durch den korrespondierenden Anspruch auf öffentliche Förderung ausgeglichen.⁴⁶ Vergleichbare Überlegungen gelten für Ergänzungsschulen nicht.

3. Die geltenden Bestimmungen zur Förderung von Schulen in Brandenburg

a) Finanzierung der Schulen in öffentlicher Trägerschaft

Die Aufgaben eines (öffentlichen) Schulträgers sind in § 99 BbgSchulG beschrieben. Sie umfassen im Wesentlichen die Entscheidungen über die Errichtung, Auflösung oder Änderung einer Schule sowie ihre Verwaltung und Unterhaltung (§ 99 Abs. 2 Satz 1 BbgSchulG). Nach § 99 Abs. 2 Satz 2 BbgSchulG „stellt [er] insbesondere die Schulanlagen, Gebäude, Einrichtungen, Lehrmittel und das sonstige Personal.“ Hieraus folgt, dass der öffentliche Schulträger insbesondere die Verantwortung für die Verwaltung der Schule, die Sachkosten und die Aufwendungen für das nichtpädagogische Personal trägt.

Die konkrete Zuordnung der öffentlichen Träger für die einzelnen Schularten ergibt sich aus § 100 BbgSchulG. Hiernach sind im Regelfall die Gemeinden oder die Kreise zuständig; eine eigene Schulträgerschaft des Landes besteht nur für die Schulen in Justizvollzugsanstalten.

Die Lehrkräfte (§ 67 BbgSchulG) stehen hingegen in einem Anstellungsverhältnis zum Land. Dies bedeutet, dass das pädagogische Personal auch vom Land zu bezahlen ist.⁴⁷

b) Finanzierung der Schulen in freier Trägerschaft

Finanzhilfe nach § 124 BbgSchulG steht nur den Ersatzschulen zu. Ergänzungsschulen haben nach dieser Norm keinen Anspruch auf öffentliche Förderung. Eine weitere Ein-

⁴⁶ Auf diesen Effekt weist zu Recht Ernst a. a. O. (Fn. 44) hin.

⁴⁷ So auch Hanßen/Glöde, Brandenburgisches Schulgesetz – Kommentar, Loseblatt, Stand 19. Lieferung, Dezember 2010, Vorbemerkungen zu § 67 BbgSchulG.

schränkung enthält § 124 Abs. 1 BbgSchulG dahingehend, dass nur solche Schulen gefördert werden, die auf gemeinnütziger Grundlage arbeiten. Diese Formulierung dürfte eine zu weitgehende Einschränkung der Privatschulfreiheit darstellen, wenn man sie als strengen Verweis auf den 2. Teil, 3. Abschnitt, der Abgabenordnung⁴⁸ verstehen sollte. Dort ist die Gemeinnützigkeit nur für Körperschaften geregelt. Schulen in freier Trägerschaft, deren Träger eine natürliche Person ist, wären bei einer solchen Auslegung von der Förderung ausgeschlossen.⁴⁹ Der zur Verfügung stehende Standardkommentar nimmt allerdings insoweit Bezug auf die Abgabenordnung und verweist auf die ansonsten schwierige Prüfung der sachgerechten Verwendung der öffentlichen Zuschüsse bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung.⁵⁰ Mit Blick auf das „Jedermann-Recht“ aus Art. 7 Abs. 4 GG dürfte die Formulierung in § 124 Abs. 1 Satz 2 BbgSchulG dahingehend verfassungskonform auszulegen sein, dass nur ein sinngemäßer Verweis auf die Abgabenordnung gemeint sein kann. Damit wird insbesondere auf die in § 52 AO genannten inhaltlichen Kriterien für eine Gemeinnützigkeit (selbstlose Förderung der Allgemeinheit, keine Beschränkung auf einen von vorneherein beschränkten Kreis von Begünstigten etc.) Bezug genommen. Das Kriterium der Gemeinnützigkeit ist folglich rechtsformunabhängig zu verstehen.⁵¹

Nach § 124 Abs. 2 Satz 1 BbgSchulG wird die Höhe der öffentlichen Förderung auf 94 % der Personalkosten einer vergleichbaren Schule in öffentlicher Trägerschaft festgelegt. Diese „vergleichbaren Personalkosten“ umfassen nach Satz 2 einen pauschalierten öffentlichen Finanzierungszuschuss für Personalkosten, Sachkosten und Kosten für die Schulraumbeschaffung der Schule in privater Trägerschaft. In Satz 3 wird die Berechnungsgrundlage näher definiert: Maßgeblich sind die Beträge für Vergütungen entsprechender Lehrkräfte und des sonstigen Schulpersonals⁵² im Angestelltenverhältnis an Schulen in öffentlicher Trägerschaft. In § 2 ESZV⁵³ werden die Berechnungsgrundlage und -methode

48 Abgabenordnung (AO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 676), §§ 52 ff. AO.

49 In diesem Sinne kritisch äußert sich Avenarius zu den „Gemeinnützigkeitsklauseln“ in den Förderregelungen zahlreicher Bundesländer, (Fn. 3), S. 314.

50 Hanßen/Glöde a. a. O. (Fn. 47), Anm. 2 f. zu § 124 BbgSchulG.

51 Eine solche Auslegung dürfte statthaft sein, weil das Bundesverfassungsgericht insoweit nicht verlangt, dass durch die öffentliche Förderung ein privater Gewinn gewährleistet wird. Man kann somit von einer „privatschulrechtlichen Gemeinnützigkeit“ sprechen, wenn die Schule nicht auf die Erzielung von Gewinn ausgelegt ist. So auch Avenarius a. a. O. (Fn. 49) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

52 Dieses „sonstige Schulpersonal“ ist in § 68 BbgSchulG näher definiert und umfasst auch sonstiges „pädagogisches“ Personal.

53 Verordnung über die Bewilligung von Zuschüssen an die Träger von Ersatzschulen (Ersatzschulzuschussverordnung – ESZV) vom 7. April 2008 (GVBl. II S.130). Die Ermächtigungsgrundlage für die ESZV ist in § 124 Abs. 9 BbgSchulG zu finden.

näher definiert. Dort findet sich auch der „Zuschlagssatz“ für das sonstige schulische Personal, dessen Kosten nicht einzeln erhoben werden.⁵⁴ Der Zuschlag wird in Form eines pauschalen Vom-Hundert-Satzes auf den Schülerkostensatz gebildet und variiert je nach Schulart. Ausgangsdaten für sämtliche Kosten sind die Werte der amtlichen Schulstatistik unter Heranziehung der Schüler-Lehrer-Relationen der einzelnen Schularten. Diese Werte werden dann auf einzelne Schüler der jeweiligen Schulart und Bildungsstufe⁵⁵ heruntergebrochen (= sog. Schülerkostensätze)⁵⁶.

Der Zuschuss wird auf Basis der von den jeweiligen Schulträgern gemeldeten Schülerzahlen jeweils für ein Schuljahr bewilligt und ausgezahlt (§ 1 Abs. 1 ESZV). Die Höhe der Zuschüsse an die jeweiligen Ersatzschulen hängt folglich im Wesentlichen davon ab, mit welcher Schulart in öffentlicher Trägerschaft die Ersatzschule vergleichbar ist und wie viele Schüler die Schule in der jeweiligen Bildungsstufe hat. Der Zuschuss errechnet sich im Ergebnis als Produkt aus dem je nach Schultyp ermittelten Schülerkostensatz, der Anzahl der Schüler und dem Fördersatz.⁵⁷ Das hat u. a. zur Folge, dass private Ersatzschulen mit sehr geringen Schülerzahlen in einer Klasse, trotz hoher Kosten für das pädagogische Personal vergleichsweise geringe öffentliche Fördermittel erhalten.

Gemäß § 124 Abs. 3 BbgSchulG werden die öffentlichen Fördermittel im Regelfall erst nach einer Wartezeit von drei Jahren gewährt, sofern es in dieser Zeit zu keinen wesentlichen Beanstandungen gekommen ist. Für die anerkannten Ersatzschulen i. S. d. § 123 BbgSchulG beträgt die Wartefrist nur zwei Jahre (§ 124 Abs. 3 Satz 3 BbgSchulG). Wurde durch das zuständige Ministerium für eine Ersatzschule ein besonderes öffentliches Interesse festgestellt, können die Zuschüsse ohne Wartefrist gewährt werden (§ 124 Abs. 3 Satz 2 BbgSchulG).

Bezieht man auch die weiteren detaillierten Regelungen des § 124 BbgSchulG, z. B. über die möglichen Zuschüsse zur Raumbeschaffung und den erhöhten Fördersatz für spezielle Förderschulen mit ein, besteht im Ergebnis eine weitgehende systematische Parallelität in der Finanzierung zwischen öffentlichen und privaten Schulen in Brandenburg. Während

54 Siehe die Tabelle in § 2 Abs. 2 Nr. 6 ESZV.

55 Dies sind die Primarstufe, die Sekundarstufe I und die Sekundarstufe II. Die einzelnen Stufen werden in §§ 19 (Primarstufe), 23 (Sekundarstufe I) und 24 (Sekundarstufe II) BbgSchulG definiert und umschrieben.

56 Zu den Schülerkostensätzen siehe § 2 Abs. 7 ESZV und bei Hanßen/Glode a. a. O. (Fn. 47), Anm. 4 zu § 124 BbgSchulG. Für das Schuljahr 2009/2010 sind die Werte der Drs. 5/3137 (Antwort der Landesregierung auf die kleine Anfrage Nr. 1163 des Abgeordneten Gordon Hoffmann) zu entnehmen.

57 Letzterer beträgt im Regelfall gem. § 124 Abs. 2 BbgSchulG 94 %, für die in Abs. 5 näher bezeichneten speziellen Förderschulen sogar 115 %.

bei den Schulen in öffentlicher Trägerschaft grundsätzlich die jeweiligen Träger die Sach- und Verwaltungskosten sowie die Aufwendungen für das Verwaltungspersonal zu tragen haben, trifft das Land die Verpflichtung, das Lehrpersonal (und sonstige pädagogische Kräfte) zu bezahlen. Durch die weitgehende Übernahme der Personalkosten von Ersatzschulen (Regelfördersatz 94 %) durch das Land einerseits und die Notwendigkeit der Finanzierung der Sach- und sonstigen Kosten (soweit diese nicht durch den pauschalen Zuschlag abgegolten werden) durch den freien Träger andererseits,⁵⁸ ist die Finanzverantwortung in vergleichbarer Art und Weise geregelt.⁵⁹

4. Finanzierungsregelungen in einigen anderen Bundesländern

Im Folgenden soll für einige ausgewählte Bundesländer ein kurzer Überblick über die dortigen Regelungen gegeben werden. Einen, allerdings nicht mehr ganz aktuellen Gesamtüberblick hat die Kultusministerkonferenz erstellt.⁶⁰

a) Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg besteht für die Schulen in freier Trägerschaft ein eigenes Gesetz.⁶¹ Nach § 17 Abs. 1 PSchG werden Ersatzschulen, die einer der dort genannten Schularten entsprechen, mit öffentlichen Mitteln unterstützt, wobei diese Zuschüsse auch die Lernmit-

58 Die grundsätzliche Notwendigkeit eigener Finanzierungsbeiträge der freien Träger betont auch das Bundesverfassungsgericht z. B. in der Wartefristenentscheidung a. a. O. (Fn. 33), bei B. I. 3) der Gründe (Absatz-Nr. 36 in der Jurisveröffentlichung) und in der Entscheidung vom 4. März 1997 a. a. O. (Fn. 34), bei B. II. 2. a) aa) der Gründe (Absatz-Nr. 29 in der Jurisveröffentlichung). Das Gericht nennt in der letztgenannten Entscheidung auch ausdrücklich einige der denkbaren Finanzquellen: Spenden, Zuwendungen von hinter dem Schulträger stehenden finanzstarken Kräften oder durch die Aufnahme von Krediten. Über diese vom Gericht genannten Möglichkeiten hinaus könnte etwa auch an Zuwendungen der Sitzgemeinde oder des Sitzkreises sowie an Stiftungsschulen gedacht werden, die aufgrund der Erträge eines erheblichen Stiftungskapitals über entsprechende Eigenmittel verfügen.

59 Die Übernahme der Kosten für die Lehr- und Lernmittelfreiheit für Schüler an privaten Ersatzschulen durch das Land stellt allerdings eine Durchbrechung des Grundsatzes dar, dass die Sachkosten vom Schulträger zu tragen sind. Insoweit gilt § 124 Abs. 8 BbgSchulG. Nach dieser Vorschrift wird Lehr- und Lernmittelfreiheit für die Schüler an Ersatzschulen in der Art und Weise und in dem Umfang gewährt, wie dies für Schüler an Schulen in öffentlicher Trägerschaft der Fall ist. Die hierdurch entstehenden Kosten trägt das Land. Für öffentliche Schulen gilt demgegenüber, dass die Finanzierung der Lern- und Lehrmittel nach § 110 Abs. 2 Nr. 4 BbgSchulG zu den Aufgaben der Schulträger (im allgemeinen die kommunale Ebene) gehört. Im Übrigen sind die Einzelheiten der Lernmittelfreiheit und ihrer Finanzierung in § 111 BbgSchulG und der Verordnung über die Zulassung von Lernmitteln und über die Lernmittelfreiheit (Lernmittelverordnung – LernMV) vom 14. Februar 1997 (GVBl. II S. 88), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 29. Oktober 2007 (GVBl. II S. 458), geregelt.

60 Diese Übersicht (Stand Jahr 2009) kann unter folgendem Link abgerufen werden:
http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen_beschluesse/2004/2004_03_12-Privatschulfinanzierung.pdf

61 Gesetz für die Schulen in freier Trägerschaft (Privatschulgesetz – PSchG) in der Fassung vom 1. Januar 1990 (GBl. S. 105), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. November 2010 (GBl. S. 793).

telfreiheit abdecken (§ 17 Abs. 2 PSchG). Es muss im Regelfall eine dreijährige Wartefrist durchlaufen werden (§ 17 Abs. 4 PSchG), und die Ersatzschulen müssen auf gemeinnütziger Grundlage arbeiten (§ 17 Abs. 5 PSchG). Die Förderung durch das Land kann gem. § 17 Abs. 6 PSchG davon abhängig gemacht werden, dass die Sitzgemeinde/der Sitzkreis einen angemessenen Beitrag an die freie Schule leistet.

Die Berechnung der Höhe der Zuschüsse richtet sich nach § 18 PSchG und ist grundsätzlich von der Anzahl der Schüler abhängig (§ 18 Abs. 1 PSchG). Der Fördersatz ist, je nach vergleichbarer Schulart, unterschiedlich hoch und auf unterschiedliche Bemessungsgrundlagen bezogen (§ 18 Abs. 2 PSchG). Für allgemeinbildende Gymnasien beläuft sich der Fördersatz z. B. auf 83,4 % des Grundgehalts der letzten Dienstaltersstufe des ersten Beförderungsamtes für beamtete Gymnasiallehrer. Dies bedeutet, dass sich die Förderung nach dem Gehalt der Besoldungsgruppe A14 (Oberstudienräte) richtet. Im Vergleich zur brandenburgischen Regelung, die auf Angestellte abstellt, fehlt somit der Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung, der nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 ESZV in Brandenburg mit in die Berechnung einfließt. Da private Schulträger im Regelfall keine Beamten beschäftigen,⁶² dürfte insoweit der Ansatz in Brandenburg den tatsächlichen Aufwendungen der privaten Träger näher kommen.

b) Hessen

In Hessen sind die Regelungen über die öffentlichen Finanzierungsbeiträge privater Ersatzschulen ebenfalls in einem eigenen Gesetz geregelt.⁶³ Nach § 2 EschFG beträgt der Fördersatz für Ersatzschulen 75 % der Personalaufwendungen in entsprechenden Schulen in öffentlicher Trägerschaft, umgerechnet auf einzelne Schüler. Für Förderschulen beläuft sich der Satz auf 90 %. Voraussetzung für die Förderung ist neben der Genehmigung der Schule auch deren Gemeinnützigkeit nach Maßgabe der Abgabenordnung (§ 1 Abs. 1 EschFG). Für die dreijährige Wartefrist wird gemäß § 1 Abs. 2 EschFG nachträglich ein Finanzzuschuss in Höhe von 50 % des Förderbetrages gezahlt.

Neben der „Grundförderung“ nach § 2 EschFG gewährt § 3 Abs. 4 EschFG noch einen nach Schularten gestaffelten Investitionskostenzuschuss je Schüler und Jahr. Ferner verpflichtet § 8 EschG auch die kommunalen Schulträger zur Unterstützung der freien Träger

62 Es fehlt hierfür im Regelfall an der notwendigen Dienstherrenfähigkeit, die allenfalls traditionellerweise Religionsgemeinschaften zusteht, die als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert sind.

63 Gesetz über die Finanzierung von Ersatzschulen (Ersatzschulfinanzierungsgesetz - EschFG -) vom 6. Dezember 1972 (GVBl. I S. 389), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Dezember 2006 (GVBl. I S. 658).

durch Gewährung eines Beitrages in Höhe von 75 % des im Hessischen Schulgesetz festgesetzten Gastschulbeitrages für auswärtige Schüler. Hinsichtlich der Lern- und Lehrmittelfreiheit werden Schüler an Schulen in freier Trägerschaft denen an öffentlichen Schulen gleichgestellt (§ 6 EschFG).

Hessen verpflichtet somit auch die Kommunalebene, einen Beitrag zur Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft zu leisten.

c) Rheinland-Pfalz

Das dortige Landesgesetz über die Errichtung und Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft (Privatschulgesetz – PrivSchG)⁶⁴ beschreitet einen etwas anderen Weg. Es kennt keine Wartefrist, verlangt aber in § 28 Abs. 2 PrivSchG eine gemeinnützige Tätigkeit, den Verzicht auf Schulgeld und sonstige Entgelte sowie eine Entlastung des Schulwesens des Landes. Die Förderung selbst erfolgt durch Personalkostenzuschüsse nach § 29 PrivSchG, die sich an der Durchschnittsbesoldung eines Lehrers an einer vergleichbaren öffentlichen Schule orientieren und die gem. § 30 PrivSchG um Zuschläge für Alters- und Hinterbliebenenversorgung ergänzt werden. Für die Sachkosten wird nach § 31 Abs. 1 PrivSchG ein entsprechender Zuschlag gezahlt. Für Bau- bzw. Investitionskosten gewährt das Land gem. § 31 Abs. 2 PrivSchG einen nach Schularten gestaffelten Zuschlag von 50 % oder 80 %. Interessant ist noch die Regelung in § 31 Abs. 4 PrivSchG. Nach dieser Norm müssen Träger öffentlicher Schulen den durch die Einrichtung der privaten Schule freigewordenen Schulraum dem privaten Träger auf dessen Verlangen gegen angemessene Kostenerstattung zur Verfügung stellen.

Rheinland-Pfalz verfolgt somit ein gänzlich anderes System des grundsätzlichen Vollkostenersatzes. Dies korrespondiert dem Verbot der Erhebung von Schulgeld und vergleichbaren Entgelten als Fördervoraussetzung.

d) Sachsen-Anhalt

Im benachbarten und bezüglich Größe und Landstruktur vergleichbaren Nachbarland Sachsen-Anhalt bestehen folgende Regelungen:

64 In der Fassung vom 4. September 1970 (GVBl. S. 372), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Februar 2011 (GVBl. S. 33).

Nach § 18 Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt⁶⁵ werden private Ersatzschulen grundsätzlich nach einer Wartefrist von drei Jahren gefördert. Nach § 18 Abs. 3 SchulG LSA ist die steuerliche Gemeinnützigkeit weitere Voraussetzung. Die Förderung richtet sich nach § 18a SchulG LSA und orientiert sich an der Zahl der Schüler. Die Höhe bestimmt sich nach den Personalkosten und den Sachkosten, wobei für die Berechnung im Einzelnen die Formel gem. § 18a Abs. 3 SchulG LSA zur Anwendung kommt. Die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung sind zu berücksichtigen (§ 18a Abs. 3 Nr. 4 SchulG LSA). Die Sachkosten werden über einen Zuschlag von 16,5 % bei Ersatzschulen und von 26,5 % bei Förderschulen berücksichtigt. Auch für Schüler an Ersatzschulen gilt die Regelung des § 72 SchulG LSA, wonach Eltern von den Lernmittelkosten zu entlasten sind.

5. Beantwortung der Fragen

a) Frage 1: Jährliche Absenkung des Fördersatzes um 2 %

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist der oben dargestellte gesetzgeberische Gestaltungsspielraum.⁶⁶ Dieser ist grundsätzlich sehr weitgehend. Insbesondere greift die staatliche Unterstützungspflicht erst bei einer Gefährdung des Ersatzschulwesens als solchem, es kommt insoweit nicht auf die wirtschaftliche Gefährdung einzelner Privatschulen an.⁶⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner Grundsatzentscheidung vom April 1987 hierzu wie folgt geäußert:

„1. In welcher Weise der Gesetzgeber seiner Förderungspflicht nachkommt, schreibt ihm das Grundgesetz nicht vor. Es hat das Schulwesen – vorbehaltlich eines Zusammenwirkens von Bund und Ländern bei der Bildungsplanung gemäß Art. 91 b GG – der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder zugewiesen. Der Bund hat auf diesem Gebiet weder eine Gesetzgebungs- noch eine Verwaltungsbefugnis. Daraus ergibt sich nicht nur eine weitgehende eigenständige Gestaltungsfreiheit der Länder bei der Festlegung der Schulorganisation sowie der Erziehungsprinzipien und Unterrichtsgegenstände (vgl. BVerfGE 53, 185 (196); 59, 360 (377)); gleiches gilt für die Entscheidung des Landesgesetzgebers, in welcher Weise er seiner Schutzpflicht für das Ersatzschulwesen nachkommen will. Seine Gestaltungsfreiheit gestattet es ihm beispielsweise, ganz

65 Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (SchulG LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 2005 (GVBl. LSA S. 520), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Januar 2011 (GVBl. LSA S. 2).

66 Siehe oben bei II. 2. b) bb).

67 So etwa Avenarius a. a. O. (Fn. 3), S. 312.

oder teilweise von einer direkten finanziellen Förderung abzusehen und sie durch ein System von Personal- und/oder Sachleistungen (etwa durch Abstellen von Lehrern – unter Rücksichtnahme auf die Eigenarten des jeweiligen Trägers – oder durch Überlassung von Schulgebäuden und anderen Einrichtungen) zu ersetzen. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung solcher Einzelheiten der Ersatzschulförderung muß sich das Bundesverfassungsgericht wie bei allen schulrechtlichen Regelungen große Zurückhaltung auferlegen (BVerfGE, a.a.O.).

2. Die den Staat betreffende Schutzpflicht löst erst dann eine Handlungspflicht aus, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre (vgl. auch BVerfGE 56, 54 (81) m. w. N.).

Beruhet die staatliche Schutzpflicht vornehmlich auf der mangelnden tatsächlichen Wahrnehmungsmöglichkeit des Freiheitsrechts unter gleichzeitiger Erfüllung aller Genehmigungsbedingungen, also im wesentlichen auf der Unmöglichkeit einer Selbstfinanzierung privater Ersatzschulen, so ist deren Bedürftigkeit unabdingbare Voraussetzung einer Förderungspflicht. Die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen ist heute ein empirisch gesicherter Befund; tatsächlich haben dem sämtliche Länder, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung, Rechnung getragen. Den Landesgesetzgebern bleibt es im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit unbenommen, ihre Förderung zusätzlich von der konkreten Hilfsbedürftigkeit jedes einzelnen privaten Schulträgers abhängig zu machen und beispielsweise privatschulrechtliche Gemeinnützigkeit (also Sicherstellung, daß öffentliche Gelder nicht zur Erwirtschaftung privaten Gewinns verwendet werden) zu fordern sowie im einzelnen eine Überprüfung der Finanzierungspläne und Bilanzen anzuordnen.“⁶⁸

In der bereits erwähnten weiteren Entscheidung vom 9. März 1994 (Schulraumkostenentscheidung)⁶⁹ hat das Gericht den Gestaltungsspielraum jedoch eingeschränkt. Das Gericht führte aus, dass eine völlige Nichtberücksichtigung der Schulraumkosten bei der gesetzlichen Ausgestaltung der öffentlichen Förderung der Ersatzschulen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Das Gericht stellte hierbei darauf ab, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für die Genehmigung von Ersatzschulen ausdrücklich vergleichbare „Einrichtungen“ wie in öffentlichen Schulen verlange. Dieses – Kosten auslösende – Erfordernis

68 Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 8. April 1987 a. a. O. (Fn. 11), bei C. III. der Gründe.

69 Schulraumkostenentscheidung des BVerfG vom 9. März 1994 (Fn. 33).

müsse daher auch bei der Ermittlung der öffentlichen Förderung Berücksichtigung finden.⁷⁰ Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Berücksichtigung der Schulraumkosten gibt das Gericht dann aber wieder „freie Hand“.⁷¹

In der weiteren Entscheidung vom selben Tag⁷² kommt es zu entsprechenden Aussagen. Insbesondere führt das Gericht aus, dass kein vollständiger Kostenersatz notwendig ist, und erklärt Wartefristen zu einem verfassungsrechtlich zulässigen Gestaltungsmittel. Notwendig bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit sei eine Gesamtbetrachtung.⁷³ Das Gericht stellt hierbei insbesondere auch darauf ab, dass die gesetzliche Regelung auch Neugründungen zulassen muss.⁷⁴

Diese Rechtsprechung wurde in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 1997 ausdrücklich bestätigt.⁷⁵ Das Gericht stellt in dieser Entscheidung die Förderpflicht ausdrücklich unter den „Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann“⁷⁶ Das Gericht gestattet hiermit dem Gesetzgeber ausdrücklich eine Prioritätensetzung und stellt auch die öffentliche Förderung von privaten Ersatzschulen in den Rahmen einer allgemeinen Haushaltskonsolidierung.

In einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 2004⁷⁷ führt das Bundesverfassungsgericht diese Linie fort. Es wiederholt, dass ein Verstoß gegen das Grundgesetz erst dann vorliege, wenn das Privatschulwesen als Institution evident gefährdet sei.⁷⁸ Auch der Vorbehalt, dass die öffentliche Förderung an den vernünftigen Erwartungen an das Gemeinwesen

70 Schulraumkostenentscheidung des BVerfG vom 9. März 1994 (Fn. 33), bei C. III. der Gründe (Absatz-Nr. 65).

71 Das Gericht spricht von einem „weiten Spielraum“ (a. a. O., Fn. 33), bei C. III. 3. der Gründe (Absatz-Nr. 70 ff. in der Jurisveröffentlichung).

72 Wartefristenentscheidung des BVerfG ebenfalls vom 9. März 1994 (Fn. 33).

73 Zur Zulässigkeit von Wartefristen siehe Leitsatz 2 der Entscheidung (Fn. 33). Den Gestaltungsspielraum hebt das Gericht bei B. I. 2. c) hervor (Absatz-Nr. 32 in der Jurisveröffentlichung). Die Berücksichtigung des Rückganges von Schülerzahlen lässt das Gericht ausdrücklich als möglichen Gesichtspunkt zu (Absatz-Nr. 34 in der Jurisveröffentlichung).

74 Wartefristenentscheidung des BVerfG vom 9. März 1994 a. a. O. (Fn. 33) bei B. I. 2. b) der Gründe (Absatz-Nr. 31 in der Jurisveröffentlichung).

75 BVerfG vom 4. März 1997 a. a. O. (Fn. 34) bei B. II. 2. der Gründe (Absatz-Nr. 28 ff.).

76 BVerfG a. a. O. (Fn. 34) bei B. II. 2 a) bb) (Absatz-Nr. 30 in der Jurisveröffentlichung).

77 Bundesverfassungsgericht vom 23. November 2004, Az. 1 BvL 6/99, BVerfGE 112, 74 ff.

78 BVerfG vom 23. November 2004 a. a. O. (Fn. 77), Leitsatz 1 und bei B. I. 1. der Gründe (Absatz-Nr. 43 in der Jurisveröffentlichung). Im folgenden Absatz (Absatz-Nr. 44) betont das Gericht weiter, dass einzelne Ersatzschulen keinen Bestandsschutz genießen.

gemessen werden kann, wird ausdrücklich aufrecht erhalten.⁷⁹ Das Gericht gestand im konkreten Fall dem Bremer Landesgesetzgeber zu, seine Förderung auf „Landeskinder“ zu beschränken und somit dort unterrichtete Kinder aus anderen Bundesländern, bei der Berechnung der öffentlichen Förderung unberücksichtigt zu lassen.⁸⁰

Den Gedanken der zulässigen Berücksichtigung der fiskalischen Lage des Landes bzw. der öffentlichen Kassen bei der Ausgestaltung der Ersatzschulförderung hat erst jüngst auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof aufgegriffen. Eine Gesetzesänderung in Bayern, nach der gewisse Zuschüsse nur noch „nach Maßgabe des Haushaltsgesetzes“ gewährt werden, erklärte er für verfassungskonform.⁸¹ Das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern hält seinerseits Wartefristen für grundsätzlich unbedenklich und verlangt nur bei der Verlängerung der Wartefrist die Schaffung einer Härten vermeidenden Übergangsregelung.⁸² Auch dieses Gericht betont die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und stellt klar, dass es einer vollständigen Übernahme der Kosten durch die öffentliche Hand nicht bedarf.⁸³

Aus der Analyse dieser – zum Teil sehr aktuellen – bundes- wie landesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen folgt, dass eine maßvolle Absenkung des Fördersatzes grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich sein dürfte. Insbesondere kann dies angenommen werden, wenn mit der Absenkung ein Ausgleich für statistische Effekte erzielt werden soll. So gehen – infolge des demographischen Wandels und der gesellschaftlichen Veränderungen nach der politischen Wende der Jahre 1989/90 – die Geburten in Brandenburg und damit die Schülerzahlen zurück. Dies schlägt – da der Abbau von Personal nicht zeit- und wirkungsgleich erfolgen kann – bei den auf die einzelnen Schüler heruntergerechneten Kosten des Schulwesens durch. Da diese Schülerkostensätze aber wiederum Grundlage für die Berechnung der Zuschüsse der Schulen in privater Trägerschaft sind, darf – wie eben dargestellt – dieser Effekt bei der Bemessung der Förderung berücksichtigt werden.

79 BVerfG vom 23. November 2004 a. a. O. (Fn. 77), bei B. I. 1. der Gründe (Absatz-Nr. 45 in der Jurisveröffentlichung).

80 So BVerfG vom 23. November 2004 a. a. O. (Fn. 77) bei B. I. 2. (Absatz-Nr. 47 ff. in der Jurisveröffentlichung). Mit Blick auf die besondere Situation eines Stadtstaates dürften die Zahl der Schüler aus anderen Bundesländern nicht völlig unbedeutend sein.

81 Bayerischer Verfassungsgerichtshof vom 17. Februar 2011, Az. 7 BV 10.3030; 7 BV 09.1827, abrufbar unter Juris.

82 Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern vom 9. Dezember 2010, Az. 6/09, NVwZ-RR 2011, S. 221 ff.

83 Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern a. a. O. (Fn. 82) bei C. I. 1. der Gründe. Die Zulässigkeit der Wartefrist wird bei C. I. 2. der Gründe dargestellt (Absatz-Nr. 42 ff. in der Jurisveröffentlichung).

Grenzen findet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers aber dort, wo wichtige in Art. 7 Abs. 4 GG genannte Kosten auslösende Faktoren nicht berücksichtigt werden. Dies ist bei einer linearen Absenkung der Fördersätze nicht der Fall, jedenfalls solange insgesamt noch ein Förderniveau erhalten bleibt, das den Bestand des privaten Ersatzschulwesens als Institution nicht in Frage stellt. Dies bedeutet, dass der Absenkungsprozess nicht unbegrenzt fortgesetzt werden kann, da ansonsten nach 47 Jahren überhaupt keine Förderung mehr erfolgte. Die verfassungsrechtlich relevante Untergrenze wäre allerdings schon früher erreicht, müsste aber – auch aufgrund empirischer Erhebungen – anhand der konkreten Verhältnisse ermittelt werden.

Aus den dargestellten Regelungen in anderen Bundesländern ergibt sich im Übrigen, dass die bisherigen Vorschriften in Brandenburg, jedenfalls mit Blick auf die Höhe der Fördersätze und die zusätzliche Gewährung der Lehr- und Lernmittelfreiheit, durchaus als großzügig angesehen werden können.⁸⁴ Eine gewisse Absenkung dieses Niveaus in vergleichsweise kleinen Schritten würde es den privaten Schulen zudem ermöglichen, sich den neuen Verhältnissen anzupassen. Damit wäre dem vom Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern dargestellten Gedanken einer schonenden Anpassung zur Vermeidung übermäßiger Härten Rechnung getragen.

b) Fragen 2 und 3: Binden der Finanzhilfen an organisatorische Kriterien, die für Schulen in öffentlicher Trägerschaft gelten

Der Landesgesetzgeber kann für die Schulen in öffentlicher Trägerschaft sachliche Kriterien über die Mindestgröße und innere Organisation von Schulen treffen, schon um auf diesem Wege eine gewisse Effizienz, aber auch innerschulische Vielfalt an Lehr- und Lernangeboten sicherzustellen. Dies ergibt sich aus seiner aus Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 30 Abs. 1 LV folgenden Gesamtverantwortung für das Schulwesen.

84 In der in Fn. 60 erwähnten Übersicht sind in Spalte V für das Jahr 2009 die jeweiligen Förderbeträge in absoluten Jahreswerten je Schüler ausgewiesen. Diese sind zwar nur eingeschränkt vergleichbar (siehe die hervorgehobenen Hinweise auf dem Deckblatt der Übersicht), können aber doch einen Anhaltspunkt für das Maß der Förderung in den jeweiligen Ländern (außer Berlin und Sachsen, für die keine Werte angegeben sind) bieten. Hieraus ergeben sich u. a. folgende Zahlen:

Für Grundschulen (z. T. in freien Waldorfschulen):

BW: 2.497,00 €, BY: 3.249,96 €, **BB: 3.476,00 €**, HB: 2.901,72 €, HH: 4.314,40 €, HE: 3.367,00 (mit Zusatzbeihilfe), MV: 2.814,24 €, NI: 2.624,21 €, NW: 4.365,00 € (gilt auch für Hauptschulen), RP: 3.599,00 € (gilt auch für Hauptschulen), SL: 3.374,00 € (gilt auch für Hauptschulen), ST: 3.621,81 €, SH: 3.101,35 €, TH: 3.406,00 €.

Für Gymnasien in der Sekundarstufe II (z. T. in freien Waldorfschulen):

BW: 4.285,00 €, BY: 5.200,00 €, **BB: 5.046,00 € / 5.390,00 €** (in freien Waldorfschulen), HB: 4.373,28 €, HH: 5.124,80 €, HE: 5.861,00 (mit Zusatzbeihilfe), MV: 3.458,17 €, NI: 4.942,24 €, NW: 4.847,00 €, RP: 3.823,00 €, SL: 3.362,00 €, ST: 4.798,66 €, SH: 4.699,10 €, TH: 4.366,00 €.

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber aufgrund der auch gegenüber Schulen in freier Trägerschaft bestehenden Aufsicht entsprechende Kriterien vorgeben. Insbesondere ist bei Ersatzschulen zu bedenken, dass diese nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und den Regelungen des BbgSchulG ein mit den öffentlichen Schulen vergleichbares Angebot machen müssen (vgl. § 121 Abs. 2 BbgSchulG). Insoweit könnte die Vorgabe einer Mindestgröße als Konkretisierung der Gleichwertigkeitsanforderungen des Grundgesetzes, der Landesverfassung und des Schulgesetzes verstanden werden.⁸⁵

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Vorgabe spricht aber, dass nach der Regelung des Grundgesetzes das Erfordernis der Gleichwertigkeit primär der Absicherung von Mindeststandards dienen sollte,⁸⁶ weshalb etwa Klassen mit geringeren Schülerzahlen mit den dortigen Genehmigungsvoraussetzung typischerweise im Einklang stehen müssten. Darüber hinaus finden die Schulaufsicht und die Bestimmungen über die Genehmigung und Förderung von Ersatzschulen dort ihre Grenze, wo substantiell in die Privatschulfreiheit eingegriffen wird. Diese ist, wie oben beschrieben,⁸⁷ maßgeblich vom Recht geprägt, eigenständig das konkrete pädagogische Konzept der privaten Ersatzschule festzulegen.⁸⁸ Wenn hierzu beispielsweise ein sehr enger, aber dafür sehr intensiv unterrichteter Fächerkanon und/oder besonders kleine Klassen gehören sollten, könnten entsprechende Bindungen an strikte organisatorische Mindestanforderungen, wie sie für Schulen in öffentlicher Trägerschaft gelten,⁸⁹ mit dem Kernbereich der Privatschulfreiheit und der damit verbundenen Absage an ein „staatliches Schulmonopol“⁹⁰ kollidieren. Eine absolute und strikte Bindung der finanziellen Förderung an die Einhaltung der für Schulen in öffentlicher Trägerschaft geltenden Regelungen wäre eine weitgehende Einschränkung der durch die Privatschulfreiheit geschützten inneren Organisations- und pädagogische Gestaltungsfreiheit des freien Trägers und könnte im Einzelfall einen nicht gerechtfertigten Eingriff in dessen

85 Dieser Gedanke dürfte insbesondere bei anerkannten Ersatzschulen i. S. d. § 123 BbgSchulG relevant werden, die aufgrund der mit der Anerkennung verbundenen Wirkung ihrer Abschlüsse naturgemäß eine stärkere Orientierung an die vergleichbaren öffentlichen Schulen aufweisen müssen. Zur prinzipiellen Möglichkeit des Landesgesetzgebers, verbindliche Organisationsstrukturen vorzugeben, siehe insbesondere auch die zur brandenburgischen Rechtslage ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 1996, Az. 6 C 6/95, BVerwGE 104, 1 ff., v. a. bei Ziffer 2.4 (1) der Gründe (Absatz-Nr. 35 ff. in der Jurisveröffentlichung), die die organisatorische Entscheidung Brandenburgs für eine sechsjährige Grundschule betraf.

86 Hierzu etwa Pieroth a. a. O. (Fn. 11), Rn. 22 zu Art. 7 m. w. N.

87 Siehe oben bei II. 2. b) bb).

88 Beispielhaft etwa Leipholz/Rink a. a. O. (Fn. 12), Rn. 180 und 190 zu Art. 7, m. w. N.

89 Vgl. etwa das Gebot der Mindestzügigkeit in § 103 BbgSchulG.

90 Diese Formulierung verwendet so Leipholz/Rink a. a. O. (Fn. 12), Rn. 190 zu Art. 7. Der Gedanke, dass die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG einen äußeren Rahmen der Ersatzschule bilden, innerhalb dessen der freie Träger „Bildung und Erziehung weitgehend mit eigenen, vom Staat nicht geprägten Methoden, Inhalten und Zielen verwirklichen kann“, wird in Rn. 250 näher erörtert.

Grundrecht darstellen.⁹¹ Ein unzulässiger Eingriff dürfte jedenfalls dann vorliegen, wenn der Träger einer privaten Schule einen tragfähigen und das Sonderungsverbot beachtenden Finanzplan vorlegt. In einem solchen Fall könnte – das entsprechende pädagogische Konzept vorausgesetzt – eine Ausnahme von der Anforderung der Mindestschülerzahl oder der Mindestzügigkeit geboten sein. Dies hätte zur Folge, dass die Schule entsprechend ihrer (geringen) Schülerzahl Anspruch auf Förderung hätte. Der Staat wäre allerdings nicht verpflichtet, zusätzliche Mittel zur Finanzierung besonders kleiner Schulen und Klassen zur Verfügung zu stellen. Dies würde zu einer Bevorzugung der privaten Schulen gegenüber den öffentlichen Schulen führen, wozu der Gesetzgeber ausdrücklich nicht verpflichtet ist.⁹²

c) Frage 4: Begrenzung der Zahl von Schulen in freier Trägerschaft

Eine absolute Obergrenze würde eine objektive Zulassungsgrenze⁹³ darstellen und wäre ein klarer Eingriff in die Privatschulfreiheit, die insbesondere auch die Neugründungsfreiheit von Privatschulen umfasst.⁹⁴ Die Schaffung einer objektiven Zulassungsschranke wäre mit dem – ohne einfachgesetzliche Einschränkungsmöglichkeit – gewährten Grundrecht nicht zu vereinbaren.

d) Frage 5: Verletzung des Sonderungsverbotes durch eine jährliche Kürzung um 2 %

Insoweit kann auf die Ausführungen zu Frage 1, oben bei 5. a), Bezug genommen werden. Der Anspruch auf einfachgesetzliche Finanzierungshilfe greift – wie ausgeführt – nur bei einer Existenzbedrohung des Ersatzschulwesens als Institution. Es gibt keinen Bestandschutz für einzelne Ersatzschulen. Finanzielle Engpässe einzelner Ersatzschulen machen daher die gesetzliche Regelung als solche noch nicht verfassungswidrig. Für die betroffe-

91 Hierzu Leipholz/Rink a. a. O. (Fn. 12), Rn. 270 zu Art. 7. Aufschlussreich sind die folgenden Formulierungen: „... Vielmehr muss er [der Staat] ihnen [den freien Schulträgern, Ergänzungen jeweils durch Verfasser] die Möglichkeit geben, sich ihrer Eigenart entsprechend zu verwirklichen. Ohne Selbstbestimmung im schulischen Wirkungsbereich bleibt das Recht zu Errichtung von privaten Ersatzschulen inhaltslos. ...“.

Anderer Meinung aber Hofmann a. a. O. (Fn. 10), Anm. C. III. 1. bei Rn. 39. Er hält die Bindung an die Mindestzügigkeit für weiterführende Schulen nach § 103 BbgSchulG mit Blick auf die gesetzgeberische Verantwortung für die Gleichwertigkeit der Bildungsangebote für verfassungsrechtlich zulässig, wenn nicht gar geboten.

92 So die Wartefristenentscheidung vom 9. März 1994 a. a. O. (Fn. 33), bei B. I. 2. c) der Gründe (Absatz-Nr. 34 letzter Satz in der Jurisveröffentlichung).

93 Siehe zu diesem Begriff im Bereich der Berufsfreiheit bei Jarass, in Jarass/Pieroth, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 27 zu Art. 12.

94 Siehe etwa die Schulraumkostenentscheidung vom 9. März 1994 a. a. O. (Fn. 33), bei C. II. 2. a) der Gründe (Absatz-Nr. 66 f. in der Jurisveröffentlichung) und Hofmann a. a. O. (Fn. 10), Anm. C. III. 1. zu Art. 7.

nen privaten Ersatzschulen bleibt insoweit nur der Weg, den notwendigen finanziellen Eigenbeitrag⁹⁵ zu erhöhen, oder aber die (Selbst-)Auflösung/Liquidation bzw. Insolvenz, da eine massive Erhöhung der Schulgelder gegen das Sonderungsverbot verstoßen würde.⁹⁶

Die Privatschulfreiheit und der sich hieraus ableitende Anspruch auf öffentliche Finanzierungshilfe befreit die freien Träger nicht von ihrer Pflicht zu einer wirtschaftlichen Arbeitsweise. Es liegt vielmehr in der Verantwortung des Trägers, unter Einhaltung des Sonderungsverbot es eine Finanzierung aufzubringen, die den Bestand der Schule sichert. Neben der Gewinnung weiterer Einnahmen durch Spenden, Zuschüsse oder Sponsoring oder noch maßvolle Erhöhung des Schulgeldes kommt auch die Steigerung der Schülerzahlen in Betracht. Denkbar sind auch Einsparungen, etwa durch bauliche Veränderungen zur Reduzierung des Energieverbrauchs, günstigeren Einkauf etc. Auch die öffentlichen Schulen werden voraussichtlich in den nächsten Jahren mit entsprechenden Kürzungen zu rechnen haben. Eine Übertragung dieser Kürzungen auf die Förderung der Schulen in privater Trägerschaft ist aber statthaft.⁹⁷

e) Frage 6: Ungleichbehandlung von Schulen in öffentlicher und in privater Trägerschaft

Auch hier kann auf die bisherigen Ausführungen Bezug genommen werden. Grundsätzlich ist eine differenzierte Ausgestaltung der Finanzierung öffentlicher Schulen einerseits und von Schulen in privater Trägerschaft andererseits durch die beschriebene gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit gedeckt. Wie schon dargestellt, muss der Gesetzgeber die privaten Schulen nicht bevorzugen. Er darf sie – nur so gibt die ihm ausdrücklich zugestandene Gestaltungsfreiheit auch einen Sinn – auch benachteiligen. Dies wird aus der geschilderten Zulässigkeit von Wartefristenregelungen deutlich, da es solche für öffentliche Schulen logischerweise nicht gibt. Es besteht letztlich nur eine Untergrenze für die öffentliche Förderung von Schulen in freier Trägerschaft:

95 Siehe hierzu oben bei II. 4. b) am Ende und insbesondere die in Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden genannten Fundstellen und dortigen Überlegungen zu möglichen Finanzierungsquellen. Ähnliche Gedanken finden sich auch in der Entscheidung des BVerfG vom 23. November 2004 (Fn. 77), bei B. I. 1. der Gründe (Absatz-Nr. 37 f. in der Jurisveröffentlichung).

96 Leipholz/Rink a. a. O. (Fn. 12), Rn. 232 zu Art. 7 formulieren dies wie folgt: „Die einzelne Ersatzschule genießt danach keinen Bestandsschutz; ihr Träger kann nicht verlangen, vom Staat auch dann gefördert zu werden, wenn sich die Bedingungen für den Betrieb der Schule seit deren Gründung geändert haben und die Schule nicht mehr lebensfähig ist, weil sie von der Bevölkerung – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr angenommen wird (BVerfGE 112, 78, 84).“

97 Siehe die Wartefristentscheidung des BVerfG vom 9. März 1994 a. a. O. (Fn. 33), bei B. I. 2. c) der Gründe (Absatz-Nr. 34 in der Jurisveröffentlichung).

Nur wenn eine existenzielle Gefährdung des Bestandes des Ersatzschulwesens als Ganzes eintreten sollte, wäre ein Verfassungsverstoß zu bejahen. Auch eine gesetzliche Ausgestaltung der Förderregeln in einer Art und Weise, die die grundgesetzlichen Anforderungen an eine Genehmigung als Ersatzschule außer Acht lässt, wäre verfassungswidrig.⁹⁸ Ein Verstoß würde ferner vorliegen, wenn bei der Berechnung der vergleichbaren Personalkosten Gehaltserhöhungen für das Personal der öffentlichen Schulen nicht berücksichtigt würde. Dies würde – jedenfalls wenn dies über längere Zeit hinweg geschieht – die in Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG als Versagungsgrund ausgestaltete Gleichwertigkeit der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung des Lehrpersonals an den privaten Ersatzschulen gegenüber denjenigen an öffentlichen Schulen gefährden. Eine gesetzliche Regelung, die das Lehrpersonal an Privatschulen von der Gehaltsentwicklung der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen „abhängt“, wäre somit verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

f) Besonderheiten für Ergänzungsschulen

Für Ergänzungsschulen besteht kein einfachgesetzlicher Anspruch auf staatliche Förderung, und es muss auch aus verfassungsrechtlichen Gründen keine Förderung geben. Ihre Tätigkeit ist nur anzeigepflichtig und nicht etwa genehmigungspflichtig. Für Ergänzungsschulen besteht kein Sonderungsverbot, so dass jedenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen die Erhebung kostendeckender Schulgelder nicht untersagt ist.

6. Zusammenfassung

Das Grundgesetz und die Landesverfassung statuieren eine verfassungsrechtliche Gesamtverantwortung des Staates für das Schulwesen. Zugleich wird durch die Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 GG, auf welche die Landesverfassung in Art. 30 Abs. 6 LV Bezug nimmt, ein „staatliches Schulmonopol“ abgelehnt und ein individuelles Freiheitsrecht auf Errichtung und Betrieb von Schulen in freier Trägerschaft begründet. Dieses umfasst insbesondere das Recht, über Art und Umfang sowie pädagogisches Konzept der Schule eigenverantwortlich zu entscheiden. Gleichzeitig sieht das Grundgesetz eine Genehmigungspflicht für Ersatzschulen vor, die an inhaltliche Kriterien geknüpft ist. Ziel dieser Kriterien ist es – vereinfacht –, eine Gleichwertigkeit des Lehrangebots an öffentlichen und privaten Schulen und vergleichbare wirtschaftliche und rechtliche Regelungen für das Lehrpersonal zu gewährleisten. Zugleich verbietet das Sonderungsverbot eine Finanzierung der privaten Ersatzschulen durch kostendeckende Schulgelder.

⁹⁸ Wie dies etwa in der Schulraumkostenentscheidung des BVerfG vom 9. März 1994 a. a. O. (Fn. 33), durch das BVerfG entschieden wurde.

Aus diesen besonderen Bedingungen leitet das Bundesverfassungsgericht einen Anspruch auf gesetzlich zu regelnde öffentliche Förderung von Ersatzschulen her. Der Gesetzgeber hat hierbei eine sehr weitgehende Gestaltungsfreiheit, muss aber darauf achten, dass keine existenzielle Gefährdung der Institution „private Ersatzschule“ durch eine unzureichende Förderung eintritt. Ferner müssen bei der konkreten Ausgestaltung und Bemessung der öffentlichen Förderung alle in Art. 7 Abs. 4 GG genannten Genehmigungsvoraussetzungen bzw. möglichen Versagungsgründe hinreichend Berücksichtigung finden. Eine Bevorzugung der privaten Schulen ist nicht geboten, vielmehr sind Einschränkungen der Förderung privater gegenüber der Finanzierung öffentlicher Schulen zulässig (z. B. Wartefristen oder Landeskinderklauseln). Das Gericht betont außerdem die Notwendigkeit eines finanziellen Eigenbeitrags der freien Träger. Bei dessen Bemessung kann durchaus auch dem Rückgang der Schülerzahlen sowie dem Erfordernis der Haushaltskonsolidierung Rechnung getragen werden. Da verfassungsrechtlich nur eine „institutionelle Garantie“ besteht und kein Bestandsschutz für (jede) einzelne Ersatzschule, wird die gesetzliche Regelung insgesamt nicht verfassungswidrig, wenn einzelne Ersatzschulen aus wirtschaftlichen Gründen den Betrieb einstellen müssen oder ihnen – etwa bei Verstoß gegen das Sonderungsverbot – als ultima ratio die Genehmigung gem. § 122 BbgSchulG abzuerkennen ist.

Durch die verfassungsrechtlich dem zuständigen Landesgesetzgeber eingeräumte Gestaltungsfreiheit ist eine (im Gesamtumfang begrenzte) lineare Kürzung des Förderungssatzes verfassungsrechtlich unbedenklich, solange die beschriebene Untergrenze (Gefährdung der Institution „Ersatzschule“) nicht unterschritten wird. Eine Verknüpfung der öffentlichen Förderung mit organisatorischen Mindestanforderungen, die für öffentliche Schulen gelten (Mindestschülerzahl, -zügigkeit), ist als Maßnahme im Rahmen der Schulaufsicht – insbesondere für anerkannte Ersatzschulen – sowie als Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gleichwertigkeit der Einrichtungen an den privaten Schulen zwar grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich. Entsteht aber im konkreten Fall eine Kollision mit der durch die Privatschulfreiheit geschützten (pädagogischen) Konzeptions- und Gestaltungsfreiheit, wäre eine strikte und ausnahmslose Regelung verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Eine absolute Zulassungsgrenze durch eine zahlenmäßige Begrenzung von Ersatzschulen wäre ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Privatschulfreiheit.

Ein Vergleich mit den Finanzierungsregelungen in anderen Bundesländern zeigt im Übrigen, dass die bisherigen Vorschriften in Brandenburg ein vergleichsweise hohes Förderungsniveau gewähren. Zudem wird – anders als etwa in Baden-Württemberg oder Hessen – derzeit in Brandenburg die kommunale Ebene nicht in die Finanzierungsverantwortung eingebunden, obwohl sie als Träger der öffentlichen Schulen, der den Sach- und Verwaltungsaufwand zu leisten hat, durch private Ersatzschulen „entlastet“ wird.

Auch aus dem Europarecht folgt kein weitergehender Anspruch. Die einschlägige EU-Dienstleistungsrichtlinie lässt Genehmigungserfordernisse grundsätzlich zu; sie verlangt insoweit lediglich eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Deshalb ist eine europarechtskonforme Auslegung des BbgSchulG erforderlich, so dass nicht nur inländische, sondern auch natürliche oder juristische Personen aus anderen Mitgliedstaaten in Brandenburg „freie Schulträger“ sein können. Sachlich regelt die EU-Dienstleistungsrichtlinie keine Ansprüche auf öffentliche Förderung oder den Zugang hierzu. Auch verlangt sie keine Bevorzugung privater Dienstleister gegenüber öffentlichen, da die öffentlichen schulischen Bildungsangebote mangels Entgelt keine Dienstleistung i. S. d. Gemeinschaftsrechts darstellen und somit keine rechtliche Konkurrenzsituation besteht.

Die Gründung und der Betrieb von Ergänzungsschulen unterfallen ebenfalls der Privatschulfreiheit, sie unterliegen jedoch keinem verfassungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalt. Sie sind daher nur anzeigepflichtig. Für Ergänzungsschulen ist ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf öffentliche Förderung nicht gegeben, da diese insoweit nicht den sachlichen Beschränkungen wie Ersatzschulen unterliegen. Auch einfachrechtlich ist eine öffentliche Förderung von Ergänzungsschulen nicht vorgesehen.

gez. Rolfdieter Bohm

gez. Jana Hechel