

**Das missverstandene Sonderungsverbot  
für private Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG)**

**Inhalt des Sonderungsverbots und Konsequenzen für  
den Gesetzgeber sowie die Schulbehörden**

Rechtsgutachten

im Auftrag der

**Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit**

von

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.

Leibniz Universität Hannover

Hannover, Juli 2017

## Executive Summary

Die Ergebnisse der von *Wrase/Helbig* im Jahr 2016 veröffentlichten Studie „Das missachtete Verfassungsgebot – Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird“ (NVwZ 2016, 1591 ff.) beruhen auf einer fundamentalen Fehlinterpretation des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots. *Wrase/Helbig* werfen den Ersatzschulen, dem Gesetzgeber und den Schulbehörden vor, das Sonderungsverbot systematisch zu missachten. Dies leiten sie daraus ab, dass das Schulgeld privater Ersatzschulen maximal 160 €/Monat im Durchschnitt betragen dürfe, wogegen die Ersatzschulen verstießen. Außerdem bemängeln sie, dass Kinder von Eltern mit höherem Einkommens-, Bildungs- und Berufsstand Privatschulen häufiger besuchten als Kinder von Eltern mit niedrigerem Einkommens-, Bildungs- und Berufsstand und dass in Berlin der Anteil von Schülerinnen und Schülern mit Lernmittelbeihilfe an Privatschulen niedriger sei als an öffentlichen Schulen. *Wrase/Helbig* fordern „eine regelmäßige Kontrolle der Einhaltung des Sonderungsverbots in Bezug auf die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft im Vergleich mit den öffentlichen Schulen“ (NVwZ 2016, 1598).

Mit diesen Ableitungen verkennen *Wrase/Helbig* das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG. Das Sonderungsverbot enthält weder Vorgaben für die Höhe des durchschnittlichen Schulgelds von Ersatzschulen noch verlangt es eine bestimmte soziale Zusammensetzung der Schülerschaft von Ersatzschulen im Hinblick auf die Besitzverhältnisse oder den Berufs- und Bildungsstand der Eltern. Ersatzschulen sind nicht verpflichtet, ihre Schülerschaft unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung in sozialer Hinsicht spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen zusammenzusetzen. Das gilt auch dann, wenn wegen der sozialen Undurchlässigkeit des Bildungssystems in Deutschland faktisch mehr Kinder von Eltern mit hohem Einkommen oder hohem Berufs- und Bildungsstand als Kinder von Eltern mit geringerem Einkommen oder niedrigerem Berufs- und Bildungsstand Ersatzschulen besuchen.

Bei richtiger Verfassungsinterpretation fordert das Sonderungsverbot von den Ersatzschulen, dass sie *erstens* die Auswahl ihrer Schülerinnen und Schüler unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen

der Eltern vornehmen. *Zweitens* müssen für den Schulbesuch erhobene Entgelte (Schulgeld) von Eltern aller Einkommens- und Vermögensschichten gezahlt werden können. Diesen Anforderungen genügen verschiedene Schulgeldmodelle, z.B. ein einheitliches Schulgeld mit Schulgelderlass auf Antrag oder eine einkommens- und vermögensbezogene Staffelung des Schulgelds. Zur Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse dürfen Eltern nur verpflichtet werden, wenn sie Schulgeldermäßigung beantragen.

Damit die Ersatzschulen dem Sonderungsverbot entsprechen können, müssen die Länder sämtliche Gründungs- und Betriebskosten der Ersatzschulen durch Finanzhilfe decken, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung anfallen. Schulgeld für Unterricht und Lernmittel darf auf den Finanzhilfebedarf nur angerechnet werden, soweit die jeweilige Ersatzschule es nach dem Sonderungsverbot erheben darf und nicht in Wahrnehmung ihrer Privatschulautonomie aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG auf Schulgeld verzichtet. Eine weitere Eigenleistung der Ersatzschulen darf bei der Berechnung der Finanzhilfe nur berücksichtigt werden, soweit sie bei realitätsgerechter Betrachtung erwartet werden kann.

## Inhaltsverzeichnis

Executive Summary .....	2
A) Aktuelle Debatte über das Sonderungsverbot und Gegenstand des Rechtsgutachtens .....	8
B) Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot als Voraussetzung der Ersatzschulgenehmigung (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) .....	12
I. Ersatzschulfreiheit unter Genehmigungsvorbehalt.....	12
II. Rechtsfolgen einer Verletzung des Sonderungsverbots ...	15
1. Pflicht zur Versagung bzw. Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung.....	15
2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Mängelbeseitigungsverfahren vor Aufhebung der Genehmigung .....	19
3. Versagung bzw. Aufhebung der Genehmigung bei unzureichender Finanzhilfe .....	20
C) Adressat des Sonderungsverbots.....	23
I. Ersatzschulträger oder Bundesländer? .....	23
II. Einzelner Ersatzschulträger oder Institution des Ersatzschulwesens?.....	23
D) Inhalt und Funktionen des Sonderungsverbots .....	24
I. Nach den Besitzverhältnissen der Eltern .....	26
1. Besitzverhältnisse .....	26
a) Einkommens- und Vermögensverhältnisse .....	26
b) Bildungs- und Berufsverhältnisse .....	29
2. Eltern .....	31
3. Eltern aller Einkommens- und Vermögensschichten?...	33

a) Besitzarme Eltern einschließlich Empfänger staatlicher Sozialleistungen .....	33
b) Besitzstarke Eltern.....	35
II. Keine Förderung der Sonderung der Schüler.....	36
1. Grammatikalische Auslegung .....	36
2. Teleologische und systematische Auslegung .....	38
3. Historische Auslegung .....	39
III. Funktionen des Sonderungsverbots.....	40
1. Diskriminierungsverbot .....	41
a) Verbot unmittelbarer Diskriminierung: Keine Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern.....	42
b) Verbot mittelbarer Diskriminierung: Verbot der Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zugunsten einer spiegelbildlichen sozialen Zusammensetzung privater und öffentlicher Schulen? .....	45
aa) Mängel der These von Wrase/Helbig .....	46
bb) Eigener Ansatz: Grundsätzliche Bedenken gegen ein Verbot mittelbarer Diskriminierung in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG .....	47
cc) Inhalt eines Verbots mittelbarer Diskriminierung in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG .....	52
2. Fördergebot: Verpflichtung zur besitzabhängigen Gestaltung des Schulgelds .....	64
IV. Konsequenzen für die Erhebung von Schulgeld .....	65
1. Recht der Ersatzschulen zur Erhebung von Schulgeld .....	66

2. Gebot einkommens- und vermögensbezogener Gestaltung des Schulgelds .....	70
a) Zulässige Schulgeldmodelle .....	70
b) Unzulässige Schulgeldmodelle .....	77
aa) Höhe des durchschnittlichen Schulgelds .....	77
bb) Fester Prozentsatz des Elterneinkommens .....	83
3. Offenlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern nur bei Antrag auf Schulgeldermäßigung .....	84
4. Sub specie des Sonderungsverbots relevante Entgelte .....	86
a) Entgelte der Eltern für Unterricht und Lernmittel .....	88
b) Entgelte der Eltern für außerunterrichtliche Angebote .....	89
aa) Schulische Angebote .....	89
bb) Nichtschulische Angebote mit Teilnahme- pflicht .....	91
cc) Nichtschulische Angebote ohne Teilnahme- pflicht .....	92
5. Konsequenzen für den Gesetzgeber und die (Schul-)Verwaltung .....	93
E) Auswirkungen des Sonderungsverbots auf die Finanzhilfe der Bundesländer .....	96
I. Finanzhilfepflicht der Bundesländer .....	96
II. Höhe der Finanzhilfe .....	98
1. Herkömmliches Drei-Säulen-Modell zur Berechnung der Finanzhilfe .....	98

2. Kritik am herkömmlichen Drei-Säulen-Modell und Weiterentwicklung.....	101
a) Höhe der Finanzhilfe: Deckung der notwendigen Kosten der jeweiligen Ersatzschule .....	102
aa) Kosten für Unterricht und Lernmittel und schulische außerunterrichtliche Angebote.....	104
bb) Kosten für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote .....	104
b) Berücksichtigung von Schulgeld.....	106
aa) Unterschiedliche Möglichkeiten der Ersatzschulen zur Erhebung von Schulgeld.....	106
bb) Verzicht der Ersatzschulen auf Schulgeld.....	107
(1) Entgelte für Unterricht und Lernmittel	107
(2) Entgelte für außerunterrichtliche Angebote	111
c) Berücksichtigung einer weiteren Eigenleistung der Ersatzschulen.....	111
III. Ergebnis zur Finanzhilfepflicht der Bundesländer .....	115
F) Ergebnisse des Rechtsgutachtens .....	116

## A) Aktuelle Debatte über das Sonderungsverbot und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot für private Ersatzschulen ist in aller Munde. Nachdem es lange Zeit stiefmütterlich behandelt wurde, erfreut es sich seit einiger Zeit beträchtlicher Aufmerksamkeit, die ihm sowohl von den Gesetzgebern und Schulbehörden der Bundesländer als auch von der Wissenschaft zuteil wird. Diskutiert wird das Sonderungsverbot, das bundesverfassungsrechtlich in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG<sup>1</sup> beheimatet ist, aktuell vor allem als Voraussetzung für die Genehmigung privater Ersatzschulen, wobei insbesondere über die Schulgeldhöhe gestritten wird. Die Gerichte haben sich mit dem Sonderungsverbot und seinen Vorgaben für Schulgeld bislang fast ausschließlich im Kontext der Berechnung der Finanzhilfe der Länder, aber nicht der Ersatzschulgenehmigung befasst. Auch im Schrifttum fehlte bisher eine fundierte Befassung mit der Frage, welche Anforderungen das Sonderungsverbot an Schulgeld bei der Genehmigung von Ersatzschulen stellt.

In diese Lücke ist kürzlich eine in der NVwZ publizierte Studie von *Wrase* und *Helbig* mit dem prägnanten Titel „Das missachtete Verfassungsgebot – Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird“ getreten<sup>2</sup>. Darin werfen *Wrase/Helbig* den Ersatzschulen, den Landesgesetzgebern und den Schulbehörden vor, das Sonderungsverbot systematisch zu missachten<sup>3</sup>. Diesen Vorwurf erheben sie in vier Schritten:

*Erstens:* Das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verlange, „dass die Ersatzschule Schülerinnen und Schülern aus allen sozialen

---

<sup>1</sup> Im Folgenden nur noch: Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG.

<sup>2</sup> NVwZ 2016, 1591 ff.; im Anschluss daran jüngst *Wrase/Jung/Helbig*, Defizite der Regulierung und Aufsicht von privaten Ersatzschulen in Bezug auf das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, Discussion Paper P 2017–003, Juli 2017 (<https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2017/p17-003.pdf>).

<sup>3</sup> NVwZ 2016, 1591 (1591: „wird den Vorgaben des Sonderungsverbots jedoch weitgehend nicht entsprochen“; 1592: „faktische... Missachtung des Sonderungsverbots“; 1595: „Nicht-Vollzug... des Sonderungsverbots“; 1595: Ersatzschulen machen die Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern „geradezu zum Programm“; 1596: „verfassungswidrige Verwaltungspraxis in Bezug auf das Sonderungsverbot“; 1598: „fortlaufende... Nichtbeachtung des Sonderungsverbots“).



Schichten offensteht.“<sup>4</sup> Nur „innerhalb dieser Vorgabe“ dürften Ersatzschulen ihre Schülerinnen und Schüler (im Folgenden nur noch: Schüler) „weitgehend frei auswählen“<sup>5</sup>.

*Zweitens:* Diesen Vorgaben des Sonderungsverbots müsse durch eine sozialverträgliche Gestaltung des Schulgelds entsprochen werden, das nach konsolidierter Rechtsprechung bezogen auf das Jahr 2016 maximal 160 €/Monat im Durchschnitt für alle einkommensabhängig zahlenden Eltern betragen dürfe, was 10% des durchschnittlich verfügbaren monatlichen Nettohaushaltseinkommens in Deutschland entspreche<sup>6</sup>. Dabei seien eine einkommensbezogene Staffelung des Schulgelds „nach unten“ bzw. Ermäßigungen und Befreiungen für gering verdienende Eltern und Eltern mit mehreren Kindern zwingend erforderlich<sup>7</sup>. In die Betrachtung einzubeziehen sei „nicht nur das Schulgeld, sondern die Gesamtheit aller von den Eltern zu leistenden Beiträge ... wie etwa zusätzliche Vereins- und Förderbeiträge, Sonderkosten für obligatorische Mittags- oder Nachmittagsbetreuung oder einzelne schulische Angebote.“<sup>8</sup>

*Drittens:* Gegen die Vorgaben des Sonderungsverbots verstießen sowohl die Ersatzschulen als auch die Bundesländer. Die Gesetzgeber der meisten Bundesländer hätten es versäumt, das Sonderungsverbot in den Landes Schulgesetzen zu konkretisieren und insbesondere die Höhe des maximal zulässigen durchschnittlichen Schulgelds sowie die Bedingungen für seine Erhebung zu regeln<sup>9</sup>. Dem entspreche eine „verfassungswidrige Verwaltungspraxis“ in den Ländern durch „Nicht-Vollzug... des Sonderungsverbots“<sup>10</sup>, aufgrund dessen sich private Ersatzschulen eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern „geradezu zum Programm gemacht“ hätten<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> NVwZ 2016, 1591.

<sup>5</sup> NVwZ 2016, 1591.

<sup>6</sup> NVwZ 2016, 1591 (1592 f.).

<sup>7</sup> NVwZ 2016, 1591 (1593).

<sup>8</sup> NVwZ 2016, 1591 (1593).

<sup>9</sup> NVwZ 2016, 1591 (1593 ff., 1597 f.).

<sup>10</sup> NVwZ 2016, 1591 (1595 f., 1597).

<sup>11</sup> NVwZ 2016, 1591 (1595).

*Wrase/Helbig* leiten dies zum einen daraus ab, dass in Deutschland eine Reihe von Ersatzschulen Schulgeld von mehr als 160 €/Monat erheben und die Landesschulbehörden dies guthießen<sup>12</sup>. Zum anderen spiegeln sich die systematische Missachtung des Sonderungsverbots in dem empirischen Befund, dass Kinder von Eltern mit hohem Einkommen Privatschulen häufiger besuchten als Kinder von Eltern mit mittlerem oder niedrigem Einkommen<sup>13</sup>. Noch deutlicher zeige sich die soziale Selektivität der Privatschulen, wenn man den Berufs- und Bildungsstatus der Eltern betrachte<sup>14</sup>. Kinder von Eltern aus „sozial höheren Berufsgruppen“ besuchten Privatschulen deutlich öfter als Kinder von Eltern aus „niedrigeren Berufsgruppen“<sup>15</sup>. Das Gleiche gelte für Kinder von Eltern mit hohem Schulabschluss (Abitur) gegenüber Kindern von Eltern mit geringerem Schulabschluss (Real- oder Hauptschulabschluss)<sup>16</sup>. Exemplarisch verweisen *Wrase/Helbig* darauf, dass in Berlin der Anteil von Schülern mit Lernmittelbeihilfe („idealer Indikator“ für relative Armut) an Privatschulen niedriger sei als an öffentlichen Schulen<sup>17</sup>.

*Viertens*: Um dem Grundgesetz gerecht zu werden, muss nach Ansicht von *Wrase/Helbig* „eine regelmäßige Kontrolle der Einhaltung des Sonderungsverbots in Bezug auf die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft im Vergleich mit den öffentlichen Schulen“ stattfinden<sup>18</sup>. Damit die verfassungsrechtlich zwingende Einkommensstaffelung des Schulgelds überprüft werden könne, müssten die Ersatzschulträger landesrechtlich verpflichtet werden, das Einkommen der Eltern zu erfragen und die Einkommensverhältnisse gegenüber den Aufsichtsbehörden (anonymisiert) offenzulegen<sup>19</sup>.

Im Ergebnis entnehmen *Wrase/Helbig* dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot damit – wenngleich unausgesprochen – die Verpflichtung,

---

<sup>12</sup> NVwZ 2016, 1591 (1595 f.).

<sup>13</sup> NVwZ 2016, 1591 (1596 f.).

<sup>14</sup> NVwZ 2016, 1591 (1596).

<sup>15</sup> NVwZ 2016, 1591 (1596).

<sup>16</sup> NVwZ 2016, 1591 (1596).

<sup>17</sup> NVwZ 2016, 1591 (1596 f.) mit Tabelle 1.

<sup>18</sup> NVwZ 2016, 1591 (1598).

<sup>19</sup> NVwZ 2016, 1591 (1598).

die Schülerschaft an Ersatzschulen im Hinblick auf die Einkommensverhältnisse sowie die Bildungs- und Berufsverhältnisse der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen zusammenzusetzen.

Der harte Vorwurf der systematischen Missachtung des Sonderungsverbots beruht auf einer fundamentalen Fehlinterpretation dieses Verfassungspostulats durch *Wrase/Helbig*. Das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gebietet keine spiegelbildliche Zusammensetzung der Schülerschaft privater Ersatzschulen zu der Schülerschaft öffentlicher Schulen im Hinblick auf die Besitzverhältnisse oder gar den Berufs- und Bildungsstand der Eltern. Das Sonderungsverbot untersagt den Ersatzschulen lediglich, die Auswahl der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern vorzunehmen (Diskriminierungsverbot), und verpflichtet sie, die Höhe des Entgelts für den Schulbesuch besitzbezogen so zu gestalten, dass es sich Eltern aller Einkommens- und Vermögenschichten leisten können (Fördergebot). Eine Auswahl der Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verbietet das Sonderungsverbot den Ersatzschulen nicht. Dies gilt auch dann, wenn wegen der sozialen Undurchlässigkeit des Bildungssystems in Deutschland faktisch mehr Kinder von Eltern mit hohem Einkommen oder hohem Berufs- und Bildungsstand als Kinder von Eltern mit geringerem Einkommen oder niedrigerem Berufs- und Bildungsstand Ersatzschulen besuchen. Das Sonderungsverbot verpflichtet nicht dazu, in der Lebenswirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten auszugleichen. Dies verkennen *Wrase/Helbig*. Das gesamte Fundament ihrer weiteren verfassungsrechtlichen Ableitungen aus dem Sonderungsverbot bricht damit in sich zusammen.

Dementsprechend lassen sich dem Sonderungsverbot keine Aussagen darüber entnehmen, wie hoch das Schulgeld von Ersatzschulen im Monatsdurchschnitt oder als Prozentsatz des Elterneinkommens sein darf. Die Ersatzschulen dürfen autonom entscheiden, auf welche Weise sie dem Sonderungsverbot Rechnung tragen und sicherstellen, dass die Höhe des Schulgelds den Zugang zur Ersatzschule nicht versperrt. Entsprechend begrenzt ist der Spielraum des Gesetzgebers und der Schulverwaltung bei der Regelung und Kontrolle des Schulgelds der Ersatzschulen.

Dementsprechend lässt sich eine (gar systematische) Missachtung des Sonderungsverbots auch weder aus der durchschnittlichen Höhe des Schulgelds von Ersatzschulen ableiten noch aus dem empirischen Befund, dass Kinder von Eltern mit hohem Einkommen oder hohem Berufs- und Bildungsstand Privatschulen häufiger besuchen als Kinder von Eltern mit mittlerem oder niedrigem Einkommen oder niedrigerem Berufs- und Bildungsstand. Ebenso ist der Vergleich des Anteils von Schülern mit Lernmittelbeihilfe an Privatschulen und öffentlichen Schulen sub specie des Sonderungsverbots nichtssagend.

Der Inhalt des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots und seine Konsequenzen für die Ersatzschulen, den Gesetzgeber und die Schulbehörden werden im Folgenden erarbeitet. Zunächst wird die systematische Stellung des Sonderungsverbots als Voraussetzung der Ersatzschulgenehmigung erläutert (B]). Anschließend wird dargelegt, für wen das Sonderungsverbot gilt (Adressat des Sonderungsverbots, C]). Kernstück des Gutachtens ist die Untersuchung, welcher Inhalt und welche grundrechtsdogmatischen Funktionen dem Sonderungsverbot zukommen und welche Konsequenzen sich hieraus für die Schüleraushwahl und die Erhebung von Schulgeld durch Ersatzschulen ableiten (D]). Dass das Sonderungsverbot Auswirkungen auf die Finanzhilfe der Bundesländer hat, wird unter E) skizziert. Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (F]).

## **B) Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot als Voraussetzung der Ersatzschulgenehmigung (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG)**

### **I. Ersatzschulfreiheit unter Genehmigungsvorbehalt**

Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet ein Grundrecht<sup>20</sup> zur Errichtung von privaten Schulen, welches neben der Gründungsfreiheit die Freiheit des Betriebs der Schule einschließt<sup>21</sup>. Gewährleistet ist das Recht, die gesamten

---

<sup>20</sup> Statt aller BVerfGE 27, 195 (201); 75, 40 (61); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83); BVerwGE 40, 347 (349).

<sup>21</sup> BVerfGE 27, 195 (200 f.); 75, 40 (61 f.); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83) – std. Rspr.

inneren und äußeren Schulangelegenheiten autonom zu gestalten, wozu namentlich die Festlegung der Bildungs- und Erziehungsziele, die eigenverantwortliche Gestaltung des Unterrichts, der religiösen und weltanschaulichen Prägung, der Lehrmethode und Lehrinhalte sowie des Schulschwerpunkts und -profils gehören<sup>22</sup>. In personeller Hinsicht ist das Recht zur Auswahl der Lehrer und Schüler gewährt<sup>23</sup>.

Für private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen (Ersatzschulen) ist die Gründungs- und Betriebsfreiheit insoweit eingeschränkt, als sie der Genehmigung des Staates bedürfen (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG). Die Genehmigungsvoraussetzungen sind in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG abschließend festgelegt; sie dürfen von den Ländern weder eingeschränkt noch erweitert werden (vgl. Art. 31, Art. 142 GG)<sup>24</sup>. Wegen des Charakters der Ersatzschulgenehmigung als Dauerverwaltungsakt müssen die Genehmigungsvoraussetzungen nicht nur im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung, sondern auch danach während des gesamten Schulbetriebs vorliegen<sup>25</sup>. Sind die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllt, muss das Land die Genehmigung erteilen; auf die Genehmigung als Ersatzschule besteht ein Rechtsanspruch (s. auch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG: „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn ... .“)<sup>26</sup>. Die gleiche Rechtslage bestand bereits unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung, die in Art. 147

---

<sup>22</sup> Hierzu insgesamt mit weiteren Nachweisen *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 106.

<sup>23</sup> *Kösling*, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005, S. 139; *Pieroth/Barczak*, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: Avenarius – Pieroth/Barczak, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 71 (93 f.); *Loschelder*, Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV/1, 2011, § 110 Rn. 75, 99, der das Recht zur Lehrer- und Schülerwahl zum Kernbereich des Art. 7 IV 1 GG zählt; bezogen auf die Auswahl der Schüler auch BVerfGE 112, 74 (83): „Freiheit des Privatschulträgers, für seine Schule die Schüler so auszuwählen, dass ein seinen Vorstellungen entsprechender Unterricht durchgeführt werden kann.“

<sup>24</sup> Vgl. statt aller BVerwGE 12, 349 (351); 17, 236 (238); *Vogel*, DÖV 2008, 895 (901); *Rennert*, DVBl. 2001, 504 (515); *Ogorek*, DÖV 2010, 341 (348); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2016; Art. 7 Rn. 30; *Müller*, Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 98 f.

<sup>25</sup> Statt aller *Niehues/Rux*, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1206; *Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 83 f.

<sup>26</sup> Statt aller BVerfGE 27, 195 (200); BVerwGE 112, 263 (266); *Vogel*, 50 Jahre Grundgesetz auf Errichtung freier Schulen, in: Jach/Jenkner (Hrsg.), 50 Jahre Grundgesetz und Schulverfassung, 2000, S. 39 (47).

Abs. 1 WRV wortgleiche Bestimmungen wie Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG enthielt<sup>27</sup>.

Zu den Genehmigungsvoraussetzungen für Ersatzschulen gehört das sog. Sonderungsverbot, das bei Lichte betrachtet ein „Sonderungsförderungsverbot“ ist (im Folgenden gleichwohl weiterhin: Sonderungsverbot)<sup>28</sup>. Nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ist die Genehmigung 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*. Gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG ist die Genehmigung zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.

Dieses Genehmigungsregime des Art. 7 Abs. 4 GG gilt für sämtliche privaten Ersatzschulen in Deutschland. Die Gesetzgeber, Schulbehörden und Gerichte sind an Art. 7 Abs. 4 GG unmittelbar gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Das Landesrecht einschließlich des Landesverfassungsrechts darf die Genehmigungsbestimmungen des Art. 7 Abs. 4 GG nur konkretisieren, nicht erweitern oder einschränken. Dem entsprechen die Landesverfassungen, die entweder keine Regelungen zum Sonderungsverbot für Ersatzschulen aufweisen<sup>29</sup> oder eine Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gleichlautende Bestimmung

---

<sup>27</sup> Zum Rechtsanspruch auf Erteilung der Ersatzschulgenehmigung bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 147 Abs. 1 WRV *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs, 1960, Art. 147 S. 683 f.; *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 154; *Landé*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

<sup>28</sup> Näher D) II. 1.

<sup>29</sup> So die Verfassung des Landes Baden-Württemberg; Verfassung von Berlin; Verfassung der Freien Hansestadt Bremen; Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg; Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern; Verfassung des Landes Schleswig-Holstein; Verfassung des Freistaats Thüringen. Zum Teil ist eine Aufnahme der Schüler in die Schule nur nach seinen Anlagen, seiner Neigung, seiner Leistung und seiner inneren Berufung ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung der Eltern vorgesehen, s. Art. 132 i.V.m. Art. 134 Abs. 1 Satz 1 Verfassung des Freistaates Bayern.

vorsehen<sup>30</sup> oder auf Art. 7 Abs. 4 GG verweisen<sup>31</sup>. Vereinzelt ist geregelt, dass die Privatschulen berechtigt sind, zu Lasten des Staates auf die Erhebung von Schulgeld zu verzichten, soweit der Staat für die öffentlichen Schulen Schulgeldfreiheit gewährt<sup>32</sup>.

## II. Rechtsfolgen einer Verletzung des Sonderungsverbots

Während feststeht, dass private Schulen bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG einen Rechtsanspruch gegen das Land auf Erteilung der Genehmigung als Ersatzschule haben<sup>33</sup>, ist nicht geklärt, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn einzelne oder alle Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht erfüllt sind. Fraglich ist konkret, ob in diesem Fall die Erteilung der Ersatzschulgenehmigung zwingend zu versagen bzw. die erteilte Genehmigung aufzuheben ist oder ob der Schulbehörde insoweit Ermessen zusteht.

### 1. Pflicht zur Versagung bzw. Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung

In Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG geregelt ist der Fall, dass die Genehmigung „zu versagen“ ist, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist. Für die anderen Genehmigungsvoraus-

---

<sup>30</sup> Art. 28 Abs. 1 Satz 2 Verfassung des Saarlandes; Art. 102 Abs. 3 Satz 3 Verfassung des Freistaates Sachsen; Art. 28 Abs. 1 Satz 3 Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt; s. auch Art. 30 Abs. 2 Verfassung für Rheinland-Pfalz, der privaten Ersatzschulen eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern untersagt; gem. Art. 61 Satz 2 Verfassung des Landes Hessen ist die Genehmigung für private Mittel-, höhere und Hochschulen und Schulen besonderer pädagogischer Prägung zu versagen, wenn die Privatschulen eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern.

<sup>31</sup> S. etwa Art. 30 Abs. 6 Satz 1 Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 4 Abs. 3 Satz 2 Verfassung des Landes Niedersachsen; Art. 8 Abs. 4 Satz 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen.

<sup>32</sup> Art. 9 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen. Gem. Art. 9 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 2 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen sind, soweit der Staat Lehr- und Lernmittelfreiheit gewährt, Lehr- und Lernmittel in gleicher Weise für die Privatschulen zur Verfügung zu stellen wie für die öffentlichen Schulen. Schulgeldfreiheit für öffentliche Schulen sieht Art. 9 Abs. 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vor.

<sup>33</sup> Bei Fn. 26.

setzungen fehlt eine entsprechende Regelung. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG regelt nur den umgekehrten Fall, dass die Genehmigung „zu erteilen“ ist, 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.

Der Normtext des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG („Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn ...“) sowie der grammatikalisch-systematische Vergleich mit Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG („Die Genehmigung ist zu versagen, wenn ...“) legt auf den ersten Blick nahe, dass die Genehmigung nicht zwingend versagt werden muss, wenn die private Schule Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG wie das Sonderungsverbot nicht erfüllt. Für Ermessen der Schulbehörde spricht auch die historische Interpretation des Art. 7 Abs. 4 GG. Die Vorgängerregelung in Art. 147 Abs. 1 WRV, der Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG wortgleich entspricht, eröffnete nach dem seinerzeit einschlägigen Schrifttum Ermessen hinsichtlich der Erteilung der Ersatzschulgenehmigung, wenn eines der in Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV (heute: Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) bezeichneten Erfordernisse nicht erfüllt war<sup>34</sup>. Begründet wurde dies damit, dass Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV „eine Schutzvorschrift für den die Genehmigung Nachsuchenden, nicht auch eine Bindung der Verwaltung an Mindestvoraussetzungen“ sei<sup>35</sup>. Ob die Genehmigung in diesem Fall zu erteilen oder zu versagen war, sollte der Entscheidung des Landesgesetzgebers obliegen<sup>36</sup>. Dagegen sollte die Genehmigung „keinesfalls erteilt werden“ dürfen, wenn die Voraussetzung des Art. 147 Abs. 1 Satz 3 WRV (heute: Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG) nicht vorlag<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs, 1960, Art. 147 S. 684; *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 154 f.; *Landé*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

<sup>35</sup> *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 155; *Landé*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

<sup>36</sup> *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs, 1960, Art. 147 S. 684.

<sup>37</sup> *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs, 1960, Art. 147 S. 684; *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 155; *Landé*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.



Gegen diese grammatikalisch-systematische und historische Interpretation des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG spricht aber, dass die ursprünglich von der Weimarer Nationalversammlung als Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV vorgesehene Formulierung lautete: „Die Genehmigung ist insbesondere zu versagen, wenn die Privatschulen die Absonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern ...“. Diese Formulierung stieß nur deswegen auf Widerstand, weil sie ausschließlich die Genehmigungsversagung regelte und nicht auch einen „Genehmigungszwang“ vorsah<sup>38</sup>. Aus diesem Grund wurde die ursprünglich vorgesehene Formulierung durch den Text des Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV ersetzt. Mit dem endgültigen Text des Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV sollte der Rechtsanspruch bei Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen zum Ausdruck kommen; an der Versagung der Genehmigung, wenn Genehmigungsvoraussetzungen fehlen, sollte nichts geändert werden.

Zudem sprechen der systematische Vergleich zwischen Satz 3 und Satz 4 des Art. 7 Abs. 4 GG sowie der Schutzzweck der Norm dafür, dass die Genehmigung als Ersatzschule zu versagen ist, wenn die Schule die Anforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 (und 4) GG verfehlt. Der verfassungsrechtliche Genehmigungsvorbehalt für Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG) und die entsprechenden Genehmigungsvoraussetzungen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG) sind weder im Interesse des Staates noch der Ersatzschulträger gewährleistet, sondern dienen dem Schutz der Schüler vor einem ungleichwertigen Bildungserfolg<sup>39</sup>. Die Vorkehrungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sind aber nicht weniger bedeutsam zur Gewährleistung eines gleichwertigen Schulbetriebs<sup>40</sup> als die genügende Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte, bei deren Verfehlung nach Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG die Genehmigung zu versagen ist. Aus dem teleologisch-systematischen Zusammenhang zwischen Satz 3 und

---

<sup>38</sup> Landé, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 148.

<sup>39</sup> BVerwGE 112, 263 (268) unter Bezugnahme auf Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 86.

<sup>40</sup> Zum Erfordernis der Gleichwertigkeit der Ersatzschule mit entsprechenden öffentlichen Schulen als Maßstab für die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG 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, Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft, 1998, S. 12 f.; Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 120.

Satz 4 des Art. 7 Abs. 4 GG folgt daher, dass die Ersatzschulgenehmigung nicht nur versagt werden muss, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte der privaten Schulen nicht genügend gesichert ist (Satz 4), sondern auch, wenn die private Schule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen oder in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht oder sie eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördert (Satz 3).

Dieser Interpretation steht der Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht im Wege, weil er die Rechtsfolge bei Nichterfüllung der in der Vorschrift bestimmten Genehmigungsvoraussetzungen offenlässt. Mit der Formulierung „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn ...“ bringt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG den Rechtsanspruch der privaten Schule auf Erteilung der Ersatzschulgenehmigung bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen zum Ausdruck. Die Rechtsfolge bei Verfehlung der Genehmigungsvoraussetzungen bleibt textlich offen.

Entsprechend gilt, dass eine erteilte Genehmigung aufzuheben ist, wenn die private Schule die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht (mehr) erfüllt. Wegen des Charakters der Ersatzschulgenehmigung als Dauerverwaltungsakt müssen die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG dauernd vorliegen<sup>41</sup>.

In diesem Sinne hat auch das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG „als verbindliche Verfassungsnorm dazu zwingt, die Ersatzschulgenehmigung zu versagen oder aufzuheben, wenn

---

<sup>41</sup> Bei Fn. 25.

überhöhte Schulgelder eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern ... fördern<sup>42</sup> oder die private Schule andere Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 oder 4 GG nicht erfüllt<sup>43</sup>.

## 2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Mängelbeseitigungsverfahren vor Aufhebung der Genehmigung

Da mit der Aufhebung einer zuvor erteilten Ersatzschulgenehmigung ein Eingriff in das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verbunden ist<sup>44</sup>, gilt für die Aufhebung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>45</sup>. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf die Schulbehörde eine Ersatzschulgenehmigung wegen des Wegfalls von Genehmigungsvoraussetzungen erst aufheben, nachdem sie der Ersatzschule die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung gegeben hat<sup>46</sup>. Etwas Anderes kann allenfalls

---

<sup>42</sup> BVerfGE 75, 40 (64); ebenso BayVerfGH, Vf. 14-VII-06 vom 9.10.2007, Rn. 40 (juris); OVG Bautzen, 2 A 47/09 vom 2.3.2011, Rn. 32 (juris); *Avenarius*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, in: *Avenarius – Pieroth/Barczak*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 9 (52); *Jach*, Die Existenzsicherung der Institution Ersatzschulwesen in Zeiten knapper Haushaltsmittel, in: *Jach/Jenkner* (Hrsg.), *Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen*, Festschrift für Vogel, 1998, S. 75 (90).

<sup>43</sup> BVerfGE 88, 40 (47); vgl. auch BVerfGE 90, 107 (115); ebenso *Thiel*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 68; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 113. Für Ermessen hinsichtlich der Versagung der Ersatzschulgenehmigung bei Fehlen von Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG dagegen *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 32. Edition, Stand: 1.3.2017, Art. 7 Rn. 87; *Robbers*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 7 Abs. 4 Rn. 189; *Wegricht*, R&B 1/2015, 3 mit Fn. 2.

<sup>44</sup> Statt aller VG Sigmaringen, 4 K 1804/10 vom 16.9.2010, Rn. 17 (juris); vgl. OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88).

<sup>45</sup> Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die behördliche Ausübung der Schulaufsicht über Ersatzschulen s. nur VGH BW, 9 S 1200/11 vom 17.10.2012, Rn. 24 (juris); OVG Bautzen, LKV 2007, 87 (88); VG Chemnitz, 1 K 1362/11 vom 18.9.2013, Rn. 51 (juris); VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 33 (juris); *Müller*, *Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1982, S. 178.

<sup>46</sup> VG Augsburg, Au 3 K 07.1043 vom 8.4.2008, Rn. 33 (juris); *Niehues/Rux*, *Schulrecht*, 5. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1206; *Müller*, *Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1982, S. 120.

bei besonders schwerwiegendem<sup>47</sup> oder wiederholtem<sup>48</sup> Verstoß gegen die Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG gelten.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steuert außerdem die Entscheidung der Schulbehörde über die Versagung von Finanzhilfe für die Ersatzschule bei der Verfehlung von Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG. Auch die Verweigerung von Finanzhilfe ist ohne vorherige Aufforderung zur Mängelbeseitigung unverhältnismäßig<sup>49</sup>.

### **3. Versagung bzw. Aufhebung der Genehmigung bei unzureichender Finanzhilfe**

Eine Ausnahme von der Verpflichtung der Schulbehörde, die Ersatzschulgenehmigung zu versagen oder aufzuheben, wenn eine private Schule hinter den Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zurückbleibt, könnte in Fällen bestehen, in denen das Land seiner verfassungsrechtlichen Finanzhilfepflicht nicht gerecht wird.

Die Länder sind gem. Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet, die mit der Errichtung und dem Betrieb der Ersatzschulen verbundenen Kosten vollständig durch Finanzhilfe zu decken. Auf die Finanzhilfe angerechnet werden darf unter bestimmten Voraussetzungen Schulgeld sowie eine weitere Eigenleistung der Schule. Die Länder trifft nach Art. 7 Abs. 4 GG die (Schutz- und) Förderpflicht, Ersatzschulen durch auskömmliche Finanzhilfe zu ermöglichen, die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG einschließlich des Sonderungsverbots zu erfüllen<sup>50</sup>.

Bleiben die Länder hinter dieser verfassungsrechtlichen Förderpflicht zurück, könnte eine Versagung bzw. Aufhebung der Ersatzschulgenehmigung unzulässig sein. Da eine auskömmliche Finanzhilfe der Länder zwingend

---

<sup>47</sup> Zum Beispiel, wenn die private Schule keine der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllt.

<sup>48</sup> In diesem Fall kann eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung aussichtslos und daher nicht geeignet bzw. nicht erforderlich sein.

<sup>49</sup> Vgl. OVG Münster, BeckRS 2013, 45111: Unverhältnismäßigkeit der Kürzung der Finanzhilfe für eine Ersatzschule um die Personalausgaben für eine Lehrkraft, für die der Schulträger keine Unterrichtsgenehmigung eingeholt hat, wenn die Schulbehörde vorher kein Mängelbeseitigungsverfahren durchgeführt hat.

<sup>50</sup> Näher E).

notwendig ist, damit die privaten Schulen die hohen Genehmigungshürden des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG überwinden können<sup>51</sup>, könnte die Verfehlung der Genehmigungshürden bei unzureichender Finanzhilfe ohne Folgen für die Genehmigungserteilung bzw. -versagung bleiben. Durch unzureichende Finanzhilfe verhindern die Länder, dass private Schulen die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllen können; die Länder „treiben“ die privaten Schulen geradezu zum Verfassungsbruch. Verantwortlich für die Nichterfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen sind nicht (nur) die privaten Schulen, sondern (auch) die Länder. In einer solchen Situation, in der der Eintritt einer Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, gilt im Zivilrecht die Bedingung als eingetreten (§ 162 Abs. 1 BGB).

Gleichwohl sprechen gewichtige Gründe dafür, dass die privaten Schulen auch bei unzureichender staatlicher Finanzhilfe an die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG gebunden sind und die Schulbehörde verpflichtet ist, die Genehmigung bei Verfehlung der Voraussetzungen zu versagen bzw. aufzuheben. Der Verfassungsbruch des Staates (Verstoß gegen das Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG) kann nicht mit einem Verfassungsbruch der Schulträger (Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG) beantwortet oder „geheilt“ werden. Die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG sind nicht im Interesse des Staates oder der Ersatzschulen gewährleistet, sondern dienen dem Schutz der Schüler vor einem ungleichwertigen Bildungserfolg<sup>52</sup>. Dieser Schutzzweck liefe leer, wenn der Staat es in der Hand hätte, durch unzureichende Finanzhilfe die Genehmigungsanforderungen für Ersatzschulen außer Kraft zu setzen. Kommen die Länder ihrer verfassungsrechtlichen Finanzhilfepflicht nicht nach, müssen die Ersatzschulen auf Erfüllung der Finanzhilfepflicht klagen. Ein Dispens von den Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG tritt nicht ein. In diesem Sinne hat auch das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass höhere Schulgelder selbst dann nicht zulässig sind, wenn die Ersatzschulen „vom Staat nicht

---

<sup>51</sup> Näher E) II.

<sup>52</sup> Nachweise in Fn. 39.

eine materielle Förderung in solchem Umfang erfahren, daß sie nach den Besitz- und Einkommensverhältnissen der Eltern ihrer Schüler nicht mehr zu fragen brauchen<sup>53</sup>.

Hieran ändert auch die Rechtsprechung nichts, nach der das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für die von den Ersatzschulen zu erbringende sog. Eigenleistung zumindest während der schulgesetzlichen Wartefrist für die Finanzhilfe („Gründungsphase“ der Ersatzschule) nicht gilt<sup>54</sup>. Zwar ließe sich argumentieren, dass auf der Grundlage dieser Rechtsprechung auch das Schulgeld der Ersatzschulen während der Wartefrist bis zum Einsetzen der Finanzhilfe von den Bindungen des Sonderungsverbots freigezeichnet sein muss, da anderenfalls die Existenz der Schulen gefährdet ist. Wie noch gezeigt wird, verkennt diese Rechtsprechung aber den Zweck des verfassungsrechtlichen Sonderverbots. Die Ersatzschulen sind weder während der schulgesetzlichen Wartefrist für die Finanzhilfe noch danach von dem Sonderungsverbot oder den übrigen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG entbunden. Ebenso wenig lassen sich umgekehrt die schulgesetzlichen Wartefristen damit rechtfertigen, dass es den Ersatzschulen möglich sei, eine Eigenleistung zu erbringen, die dem Sonderungsverbot nicht unterfalle<sup>55</sup>.

Stattdessen muss der Gesetzgeber durch Regelungen zur Finanzhilfe sicherstellen, dass die Länder ihrer Finanzhilfepflicht gegenüber den Ersatzschulen nachkommen. Der Gesetzgeber muss gewährleisten, dass das Land den Ersatzschulen sämtliche mit der Schulgründung und dem -betrieb verbundenen Kosten ersetzt und Schulgeld sowie eine weitere Eigenleistung nur unter den verfassungsrechtlich zulässigen Bedingungen auf die Finanzhilfe anrechnet<sup>56</sup>. Eine Wartefrist für die Finanzhilfe ist unzulässig<sup>57</sup>.

Außerdem können den privaten Schulen bei unzureichender Finanzhilfe Amtshaftungsansprüche gegen das Land zustehen.

---

<sup>53</sup> BVerfGE 75, 40 (64).

<sup>54</sup> Näher mit Nachweisen E) II. 1.

<sup>55</sup> Hierzu insgesamt näher D) IV.

<sup>56</sup> Zu diesen Bedingungen unter E) II. 2. b) und c).

<sup>57</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, R&B 1/2016, 2 ff.

## **C) Adressat des Sonderungsverbots**

### **I. Ersatzschulträger oder Bundesländer?**

Adressat des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sind die privaten Schulträger, nicht das Land. Zwar lässt der Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG offen, wen das Sonderungsverbot verpflichtet (ebenso Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Für die Bindung der Ersatzschulen an das Sonderungsverbot spricht aber, dass auch die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG von den Ersatzschulen zu erfüllen sind (und nicht vom Land). Dass die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen, ist nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG explizit von den „privaten Schulen“ sicherzustellen. Zudem adressiert das Sonderungsverbot (ebenso wie die anderen Genehmigungsvoraussetzungen) nach seinem Zweck die Ersatzschulen. Die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen ist eine Obliegenheit desjenigen, der die Genehmigung begehrt, also der privaten Schule.

Dass das Land gem. Art. 7 Abs. 4 GG eine verfassungsrechtliche (Schutz- und) Förderpflicht trifft, durch ausreichende Finanzhilfe dafür zu sorgen, dass die privaten Schulen die Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllen können, wurde bereits dargelegt<sup>58</sup>.

### **II. Einzelner Ersatzschulträger oder Institution des Ersatzschulwesens?**

Das Sonderungsverbot gilt ebenso wie die weiteren Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG für jeden einzelnen Ersatzschulträger, nicht lediglich für das Ersatzschulwesen als Institution. Das Sonderungsverbot ist nur gewahrt, wenn die jeweilige Ersatzschule eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht fördert. Nur unter dieser Voraussetzung besteht ein Anspruch der Schule auf Erteilung der Ersatzschulgenehmigung. Ob andere Ersatzschulen dem

---

<sup>58</sup> Bei Fn. 21.

Sonderungsverbot genügen und damit die Zugänglichkeit zum Ersatzschulwesen generell gewährleistet ist, ist irrelevant.

Etwas Anderes ergibt sich nicht daraus, dass das Fördergebot des Art. 7 Abs. 4 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Funktionsfähigkeit des Ersatzschulwesens als Institution dient<sup>59</sup> und grundsätzlich keinen verfassungsunmittelbaren Anspruch des einzelnen Ersatzschulträgers auf Finanzhilfe begründen soll<sup>60</sup>. In der Konsequenz könnten zwar auch die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nur für das Ersatzschulwesen als Institution und nicht für jede einzelne Ersatzschule gelten. Dies überzeugt aber schon deswegen nicht, weil die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht trägt. Die Deutung des Art. 7 Abs. 4 GG als der Institution Ersatzschulwesen dienendes Fördergebot steht im Widerspruch zu dem Telos des Fördergebots, den privaten Schulen die Erfüllung der Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu ermöglichen, was ihnen aus eigener Kraft verwehrt ist<sup>61</sup>. Außerdem ist das Sonderungsverbot ebenso wie die übrigen Anforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG Bedingung für die Genehmigung als Ersatzschule, die für die einzelne Schule und nicht für die Institution Ersatzschulwesen erteilt wird. Auch könnte die Genehmigung einer Ersatzschule versagt werden, wenn nicht sie, aber andere Ersatzschulen eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern würden, wollte man das Sonderungsverbot auf das Ersatzschulwesen als Institution beziehen. Aus diesen Gründen adressiert das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die einzelne Ersatzschule und nicht lediglich die Institution des Ersatzschulwesens.

#### **D) Inhalt und Funktionen des Sonderungsverbots**

Inhaltlich untersagt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG den Ersatzschulen, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern.

---

<sup>59</sup> BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116).

<sup>60</sup> BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 90, 107 (117).

<sup>61</sup> Näher E) I.



Nimmt man das Grundgesetz beim Wort, ist das verkürzt als „Sonderungsverbot“ bezeichnete Verfassungspostulat ein „Sonderungsförderungsverbot“<sup>62</sup>.

Welcher Inhalt dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zukommt, wird im Folgenden entfaltet. Zunächst wird gezeigt, dass unter den „Besitzverhältnissen der Eltern“ die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern zu verstehen sind (I.). Das Verbot, eine Sonderung der Schüler zu fördern, meint, dass jedes Kind ungeachtet der Einkommens- und Vermögensverhältnisse seiner Eltern Zugang zur Ersatzschule haben muss (II.) Grundrechtsdogmatisch entfaltet sich das Sonderungsverbot sowohl als Diskriminierungsverbot als auch als Fördergebot. Als Verbot unmittelbarer Diskriminierung untersagt es den Ersatzschulen jede Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern bei der Schülersauswahl, die Schüler aus einkommens- und vermögensschwachen Elternhäusern gegenüber Schülern aus einkommens- und vermögensstärkeren Elternhäusern benachteiligt. Als Fördergebot gibt es den Ersatzschulen auf, das Schulgeld durch Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern so zu gestalten, dass jeder Schüler die Schule unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen seiner Eltern besuchen kann. Ein Verbot mittelbarer Diskriminierung, das die Ersatzschulen verpflichtet, ihre Schüler nicht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, sondern im Hinblick auf das Einkommen und Vermögen sowie den Bildungs- und Berufsstand der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen, kennt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht (III.). Die Konsequenzen des Sonderungsverbots für die Erhebung von Schulgeld durch Ersatzschulen werden unter IV. geschildert.

Untersucht wird im Folgenden ausschließlich, welche Anforderungen Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG an die Genehmigung von Ersatzschulen stellt und dementsprechend vom Gesetzgeber und der (Schul-)Verwaltung für die Ersatzschulgenehmigung verlangt werden dürfen. Ob und inwieweit die Ersatzschulen über die verfassungsrechtlichen (Mindest-)Anforderungen des Sonderungsverbots freiwillig hinausgehen dürfen, wird nicht erörtert.

---

<sup>62</sup> S. bereits bei Fn. 28.

## I. Nach den Besitzverhältnissen der Eltern

### 1. Besitzverhältnisse

#### a) Einkommens- und Vermögensverhältnisse

Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG knüpft mit den „Besitzverhältnissen“ der Eltern an die Eigentums- und Vermögensverhältnisse der Eltern an<sup>63</sup>. Der Begriff „Besitzverhältnisse“ erfasst nach allgemeinem Sprachgebrauch die gesamten finanziellen Verhältnisse der Eltern, die aus dem (ihnen wertmäßig zufließenden) Einkommen und dem (bei ihnen vorhandenen) Vermögen bestehen. Als Einkommen sind sowohl regelmäßige Einkünfte (z.B. Lohn) als auch einmalige Einnahmen erfasst (z.B. Lottogewinn, Erbschaft).

Hierfür sprechen auch der Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sowie sein systematischer Zusammenhang mit dem Sozialstaatsgebot. Als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG<sup>64</sup> sucht das Sonderungsverbot sicherzustellen, dass „die Privatschule grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse“ offensteht<sup>65</sup>. Sie muss „von allen Eltern und Schülern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage in Anspruch genommen werden können.“<sup>66</sup> Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG will verhindern, dass der Zugang zu Ersatzschulen durch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern bestimmt wird. In diesem Sinne muss die Ersatzschule „allgemein zugänglich“ sein<sup>67</sup>. Da die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern sowohl durch ihr Einkommen als auch ihr Vermögen bestimmt wird, ist die allgemeine Zugänglichkeit der Ersatzschule nur sicher-

---

<sup>63</sup> Für eine Einbeziehung der Vermögensverhältnisse auch *Reich*, Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz, 1998, Art. 7 Rn. 8.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 90, 107 (120), wonach Art. 7 Abs. 4 GG als Freiheitsrecht „auch unter Berücksichtigung des Sozialstaatsgebots“ zu interpretieren ist; vgl. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 74. EL Mai 2015, Art. 7 Rn. 121, der das Sonderungsverbot als sozialstaatliche Bedingung der Ersatzschulgenehmigung bezeichnet; *Geis*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2016, Art. 7 Rn. 84 sieht in dem Sonderungsverbot „eine Ausprägung des sozialstaatlich-integrativen Ansatzes“; *Müller/Pieroth/Fohmann*, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, 1982, S. 141, 148: „Ausprägung des allgemeinen Sozialstaatsprinzips“.

<sup>65</sup> BVerfGE 90, 107 (119), s. auch BVerfGE 75, 40 (65).

<sup>66</sup> BVerfGE 90, 107 (119); s. auch bereits BVerfGE 75, 40 (64).

<sup>67</sup> BVerfGE 75, 40 (64); 90, 107 (119).

gestellt, wenn der Schulbesuch unabhängig von der Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern möglich ist. Das unmittelbar an den Staat adressierte Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG<sup>68</sup> wird insofern konkretisiert und auf die privaten Ersatzschulen als Grundrechtsträger (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) erstreckt.

Dieses Verständnis des Begriffs „Besitzverhältnisse“ als Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern stützt die historische Norminterpretation. Die wortgleiche Vorgängerregelung zu Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV, wollte die allgemeine Zugänglichkeit der Ersatzschule „ohne Rücksicht auf die Wirtschaftslage der Benutzerkreise“ sichern<sup>69</sup>. Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV suchte Standes- und Kastenschulen zu verhindern, wobei die Zugänglichkeit der Ersatzschule für „vielleicht nur einige Kinder“ nicht genügte<sup>70</sup>. Ein Anspruch auf Genehmigung als Ersatzschule bestand nach Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV nur dann, wenn sie in demselben Maße wie die öffentliche Schule „die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern ausschaltet“<sup>71</sup>. Zu diesen wirtschaftlichen Verhältnissen, ungeachtet derer öffentliche Schulen besucht werden können, gehören sowohl die Einkommens- als auch die Vermögensverhältnisse der Eltern. Dem entspricht es, dass nach Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV für die Aufnahme des Kindes in eine bestimmte Schule seine Anlage und Neigung, nicht hingegen die wirtschaftliche Stellung (oder die gesellschaftliche Stellung oder das Religionsbekenntnis) der Eltern maßgeblich waren.

Auch der mit der Erarbeitung des Grundgesetzes betraute Parlamentarische Rat wollte mit dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG „eine Entwicklung der privaten Ersatzschulen in Richtung auf eine Art von

---

<sup>68</sup> Statt aller *Wittreck*, in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 24 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 155.

<sup>69</sup> *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 156; *Landé*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

<sup>70</sup> Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 329, 1929, S. 2161-2163.

<sup>71</sup> *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 156; *Landé*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

"Standes- oder Plutokratenschulen" vermeiden<sup>72</sup>. Im Parlamentarischen Rat war gegen Privatschulen grundsätzlich zu bedenken gegeben worden, dass sie einen „sozialen Beigeschmack nach Vornehmheit, Reichtum und Sonderstellung der Eltern“ hätten<sup>73</sup> und „ein Monopol für die Kinder wirtschaftlich und sozial besser gestellter Eltern“ seien<sup>74</sup>. Diesen Bedenken trägt das Sonderungsverbot Rechnung, indem es sicherstellt, dass „Begüterte“<sup>75</sup>, d.h. „reiche Leute“<sup>76</sup>, sich nicht „Sonderschulen“ einrichten können, in denen ihre Kinder getrennt von denen Nicht-Begüterter unterrichtet werden<sup>77</sup>. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG spricht mithin dafür, dass das Sonderungsverbot mit der Bezugnahme auf die „Besitzverhältnisse“ den Zugang zur Ersatzschule unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern sicherzustellen sucht, zu denen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse gehören.

Maßgeblich sind die aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern während des Besuchs der Schule durch ihr Kind, nicht ihre (voraussichtlichen) künftigen Besitzverhältnisse. Bei einem monatlich erhobenen Schulgeld ist auf die Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern in dem betreffenden Monat abzustellen. Ob die Möglichkeit besteht, dass die Eltern in der Zukunft Einkommen oder Vermögen erwerben, lässt sich regelmäßig nicht hinreichend sicher prognostizieren, sodass die künftige Einkommens- und Vermögenslage als Anknüpfungspunkt für das Sonderungsverbot ausscheidet. Aus demselben Grund sind die aktuellen und

---

<sup>72</sup> BVerfGE 75, 40 (63); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 49 (juris); zur Verhinderung von Standesschulen Parl. Rat V/2, S. 815, Parl. Rat XIV/1, S. 626 und Parl. Rat XIV/2, S. 1371, 1373.

<sup>73</sup> Parl. Rat XIV/1, S. 626.

<sup>74</sup> Parl. Rat XIV/1, S. 630.

<sup>75</sup> Parl. Rat XIV/2, S. 1355.

<sup>76</sup> Parl. Rat XIV/2, S. 1371.

<sup>77</sup> Parl. Rat XIV/2, S. 1355.

nicht die künftigen Besitzverhältnisse des Kindes maßgeblich<sup>78</sup>, wenn wegen eigenen Einkommens und Vermögens des Kindes ausnahmsweise auf seine Besitzverhältnisse abzustellen ist<sup>79</sup>.

## b) Bildungs- und Berufsverhältnisse

Nicht geklärt ist, ob der Begriff „Besitzverhältnisse“ i.S.d. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auch die sozialen Verhältnisse im weiteren Sinne umfasst wie namentlich die Bildungs- und Berufsverhältnisse der Eltern<sup>80</sup>. Dies suggerieren *Wrase/Helbig*, die dem Sonderungsverbot eine Forderung nach spiegelbildlicher Zusammensetzung privater und öffentlicher Schulen (auch) im Hinblick auf den Bildungs- und Berufsstand der Eltern entnehmen<sup>81</sup>.

Gegen eine solche Deutung des Begriffs „Besitzverhältnisse“ spricht der Wortlaut der Norm. Mit „Besitzverhältnissen“ assoziiert man die finanziellen Verhältnisse, nicht die immateriell-geistige Situation der Eltern. Auch der systematische Zusammenhang des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, dem zumindest primär an der Fürsorge für finanziell Hilfebedürftige gelegen ist<sup>82</sup>, deutet darauf hin, dass das Sonderungsverbot die Zugänglichkeit der Ersatzschulen nur unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern sicherzustellen sucht.

Für eine Einbeziehung der Bildungs- und Berufsverhältnisse der Eltern in den Begriff „Besitzverhältnisse“ könnte dagegen historisch sprechen, dass sich sowohl Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG als auch dessen Vorgängerregelung Art. 147 Abs. 1 Satz 2 GG nach dem Willen der Verfassungsväter und -mütter gegen Standes- und Kastenschulen richten<sup>83</sup>, die nicht nur

---

<sup>78</sup> In diesem Sinne auch VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 82 (juris), wonach bei privaten Berufsschulen nicht deshalb ein höheres Schulgeld zumutbar sei, weil die Berufsschüler die Aussicht auf baldiges Erwerbseinkommen haben.

<sup>79</sup> Näher D) I. 2.

<sup>80</sup> In diesem Sinne wohl von *Pollern*, DÖV 2011, 680 (681), der dem Sonderungsverbot „auch eine Integrationsfunktion für Schüler aus bildungsfernen ... Elternhäusern oder aus Elternhäusern mit Migrationshintergrund“ beimisst.

<sup>81</sup> Näher A).

<sup>82</sup> *Wittreck*, in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 28; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 105.

<sup>83</sup> Bei Fn. 70.

finanziell besser gestellten Schichten vorbehalten waren, sondern auch als exklusive Schulen für Gebildete oder Angehörige bestimmter (Berufs-)Stände dienten. Genannt seien nur die Ritterschulen und höheren Töcherschulen<sup>84</sup>. Auch waren nach Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV für die Aufnahme des Kindes in eine bestimmte Schule seine Anlage und Neigung, nicht hingegen die gesellschaftliche Stellung (oder die wirtschaftliche Stellung oder das Religionsbekenntnis) der Eltern maßgeblich. Vor diesem Hintergrund könnte Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auch eine Förderung der Sonderung nach der Zugehörigkeit der Eltern zu einem bestimmten gesellschaftlichen (Berufs- oder Bildungs-)Stand untersagen.

Hierauf mag zudem hinweisen, dass auch das Verbot der Diskriminierung wegen der „Herkunft“ gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG Benachteiligungen wegen der „sozialen Herkunft“ untersagt, worunter die von den Vorfahren hergeleitete „ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung“ zu verstehen ist<sup>85</sup>. Nicht zur „Herkunft“ gehört dagegen „die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht“<sup>86</sup>. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird daher generell der Zweck entnommen, für soziale Durchlässigkeit und Chancengleichheit zu sorgen<sup>87</sup>, und als Verbot interpretiert, Kinder aus privilegierten Schichten gegenüber Kindern aus nicht privilegierten Schichten zu begünstigen<sup>88</sup>. Es sei unzulässig, Kinder aus besseren gesellschaftlich-sozialen Schichten (z.B. Diplomaten-, Arzt- oder Akademikerkinder) bei dem Zugang zum Studium und Beruf gegen-

---

<sup>84</sup> Zu Standes- und Kastenschulen im 20. Jahrhundert näher *Zymek*, ZfG 8 (2015), 7 (10 ff.).

<sup>85</sup> BVerfGE 48, 281 (287); vgl. auch BVerfGE 5, 17 (22); 9, 124 (128), 23, 258 (262); BVerwGE 106, 191 (194).

<sup>86</sup> BVerfGE 9, 124 (129).

<sup>87</sup> *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 132; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 60; vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 125: „Verhinderung einer Klassengesellschaft mit schichtenspezifischen Privilegien“.

<sup>88</sup> *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 132; ähnlich *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 60.

über Kindern aus schlechteren Schichten (z.B. Handwerker- oder Arbeiterkinder) zu bevorzugen<sup>89</sup>. Insofern könnte Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG eine Konkretisierung dieses Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG für den Bereich der Ersatzschulen bewirken<sup>90</sup>.

Diese Frage soll dahinstehen. Selbst wenn man Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG in einem weiten Sinne verstünde und ihm auch das Verbot entnähme, die Schüler nach der sozialen (Bildungs- und Berufs-)Schicht der Eltern zu sondern, wäre den Ersatzschulen nur untersagt, bei der Auswahl der Schüler unmittelbar an den Bildungs- und Berufsstand der Eltern anzuknüpfen. Ein Verbot, die Kinder nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auszuwählen, wohnt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht inne. Dies gilt auch dann, wenn eine Begabungs- und Leistungsauswahl wegen der sozialen Undurchlässigkeit des Bildungssystems in Deutschland faktisch dazu führt, dass mehr Kinder aus besitzstarken Elternhäusern Ersatzschulen besuchen als Kinder aus besitzschwachen Elternhäusern und dass die soziale Zusammensetzung der Ersatzschule im Hinblick auf den Bildungs- und Berufsstand der Eltern nicht der sozialen Zusammensetzung öffentlicher Schulen entspricht<sup>91</sup>.

## 2. Eltern

Maßgeblich sind nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die Besitzverhältnisse der „Eltern“. Der Grund hierfür ist, dass die Pflege und Erziehung des Kindes gem. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind (vgl. § 1626 Abs. 1 BGB). Das Pflege- und Erziehungsrecht sowie die korrespondierende -pflicht der Eltern umfasst die Sorge für die schulische Bildung des Kindes<sup>92</sup> einschließlich der Schulwahl<sup>93</sup>. Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihrem Kind (vgl.

---

<sup>89</sup> Vgl. etwa Rüfner, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 76. Lfg. Mai 1996, Art. 3 Rn. 845.

<sup>90</sup> Näher D) III. 1. b).

<sup>91</sup> Näher D. III. 1. b).

<sup>92</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 159.

<sup>93</sup> BGH, NJW 1983, 393.

§§ 1601 ff. BGB)<sup>94</sup> erstreckt sich auf den gesamten Lebensbedarf des Kindes einschließlich der Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Beruf (§ 1610 Abs. 2 BGB)<sup>95</sup>. Zu diesen von den Eltern zu tragenden Kosten gehört auch Schulgeld für den Besuch einer privaten Schule<sup>96</sup>. Wer zu den pflege- und erziehungsberechtigten Eltern i.S.d. Art. 7 Abs. 4 Satz 3, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gehört, bestimmt sich nach §§ 1591 ff. BGB, die den Elternbegriff des Grundgesetzes gesetzlich ausgestalten.

Die Verpflichtung der Eltern, das Schulgeld für den Besuch einer Ersatzschule zu zahlen, besteht nicht nur gegenüber dem minderjährigen Kind, sondern grundsätzlich auch gegenüber dem volljährigen Kind. Zwar ist die Unterhaltspflicht der Eltern zeitlich prinzipiell auf das minderjährige Kind begrenzt<sup>97</sup>. Befindet sich das Kind in der Schul- oder Berufsausbildung und dauert diese über seine Volljährigkeit hinaus, besteht die Unterhaltspflicht der Eltern aber entsprechend fort<sup>98</sup>. Aus diesem Grund dürften die Besitzverhältnisse der Eltern – und nicht des Kindes – auch dann maßgeblich sein, wenn das Kind volljährig ist und eine allgemein- oder berufsbildende Schule besucht<sup>99</sup>.

Etwas Anderes wird nach dem Sinn und Zweck des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gelten müssen, wenn das Kind über eigenes Einkommen oder Vermögen verfügt, sodass seine Bedürftigkeit und entsprechend die Unterhaltspflicht der Eltern entfällt. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist und ob dabei zwischen dem minder- und dem volljährigen Kind zu differenzieren ist, liegt es nahe, auf die zivilrechtlichen Grundsätze des § 1602 BGB zurückzugreifen. Soweit ein Kind gem. § 1602 BGB wegen eigenen Einkommens und Vermögens mangels

---

<sup>94</sup> Statt aller BVerfGE 68, 256 (267); 80, 81 (90 f.); 103, 89 (107).

<sup>95</sup> BGH, NJW 1983, 393.

<sup>96</sup> BGH, NJW 1983, 393; OLG Naumburg, NJW 2012, 623 (624).

<sup>97</sup> Statt aller *Heinemann*, in: Münch (Hrsg.), Familienrecht, 2. Aufl. 2016, § 15 Rn. 86.

<sup>98</sup> Statt aller *Heinemann*, in: Münch (Hrsg.), Familienrecht, 2. Aufl. 2016, § 15 Rn. 86.

<sup>99</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 82 (juris), wonach bei privaten berufsbildenden Schulen kein höheres Schulgeld zumutbar sei als bei allgemeinbildenden Schulen, weil die Aussicht von Berufsschülern auf baldiges Erwerbseinkommen außer Acht bleiben müsse; ebenso VG Stuttgart, 13 K 3238/09 vom 2.2.2010, Rn. 24 (juris) mit dem zusätzlichen Argument, dass auch ein Hinzuverdienst älterer Schüler außer Betracht zu bleiben habe.



Bedürftigkeit nicht unterhaltsberechtig ist<sup>100</sup>, dürften sub specie des Sonderungsverbots nicht die Besitzverhältnisse der Eltern, sondern des Kindes maßgeblich sein.

### **3. Eltern aller Einkommens- und Vermögensschichten?**

#### **a) Besitzarme Eltern einschließlich Empfänger staatlicher Sozialleistungen**

Normtextlich enthält Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG keine Einschränkung auf bestimmte Schüler- oder Elterngruppen. Nach seinem Sinn und Zweck sowie seiner Historie sucht das Sonderungsverbot sicherzustellen, dass Ersatzschulen auch für Kinder aus besitzarmen Elternhäusern zugänglich sind. Ebenso wie seiner Vorgängerregelung Art. 147 Abs. 1 Satz 2 GG liegt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG der Zweck zugrunde, Standes- und Plutokratenschulen zu verhindern. „Sonderschulen“ für die Kinder wirtschaftlich besser gestellter Eltern sollten unterbunden werden. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG untersagt daher eine Benachteiligung von Kindern, deren Eltern über geringes Einkommen und Vermögen verfügen, gegenüber Kindern aus besseren Einkommens- und Vermögensverhältnissen.

Dies gilt auch und gerade für Empfänger staatlicher Sozialleistungen, die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen und Vermögen (oder aus zu berücksichtigendem Einkommen und Vermögen Dritter, s. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, § 9 Abs. 1 SGB II; § 19 Abs. 1 SGB XII) sichern können und deswegen auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), Sozialhilfeleistungen (SGB XII) oder andere staatliche Leistungen zur Existenzsicherung angewiesen sind<sup>101</sup>. Entsprechend seinem Schutzzweck, „Sonderschulen“ für „Begüterte“ zu verhindern und den Zugang zu Ersatzschulen „grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen

---

<sup>100</sup> Näher *Graba/Maier*, in: *Johannsen/Henrich* (Hrsg.), *Familienrecht, Kommentar*, 6. Aufl. 2015, § 1602 Rn. 7 ff.; *Dethloff*, *Familienrecht*, 31. Aufl. 2015, § 11 Rn. 5 ff.; *Schwab*, *Familienrecht*, 25. Aufl. 2017, § 74 Rn. 887 f.

<sup>101</sup> Im Ergebnis ebenso *Langer*, *R&B* 4/2010, 11 (14); gleichsinnig, wenngleich als Frage formuliert, *Hardorp*, *R&B* 1/2017, 5 (17); anderer Ansicht wohl *Theuersbacher*, *RdJB* 1994, 497 (505); *Heinig/Vogel*, *LKV* 2012, 337 (340).

Verhältnisse“ zu ermöglichen<sup>102</sup>, kommt das Sonderungsverbot auch zugunsten von Kindern zur Anwendung, deren Eltern über keinerlei verwertbares Einkommen und Vermögen verfügen und daher sozialstaatlicher Leistungen bedürfen. Eine Herausnahme der Ärmsten der Gesellschaft aus dem Anwendungsbereich des Sonderungsverbots liefe seinem Schutzzweck zuwider.

Hieran ändert die Rechtsprechung der Verwaltungs- und Sozialgerichte nichts, nach der die Übernahme von Schulgeld für eine private Ersatzschule keine im Rahmen der Eingliederungshilfe vom Sozialhilfeträger zu erbringende Leistung für angemessene Schulbildung sei. Der Anspruch von Eltern oder Kindern auf Sozialhilfe umfasse nicht das Schulgeld für eine Ersatzschule, weil ein Besuch der schulgeldfreien öffentlichen Schulen möglich und zumutbar sei<sup>103</sup>. Dies gelte umso mehr, als die Schulgeldfreiheit für öffentliche Schulen eine Konkretisierung des Sozialstaatsgebots des Grundgesetzes darstelle<sup>104</sup>.

Ungeachtet dessen, ob diese Rechtsprechung zum Sozialhilferecht Zustimmung verdient, folgt hieraus für die Auslegung des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots nichts. Das Sonderungsverbot sucht nach seinem Zweck gerade auch den Zugang von Empfängern sozialstaatlicher Leistungen zur Ersatzschule sicherzustellen; damit dies möglich ist, müssen die Ersatzschulen auf Schulgeld von ihnen verzichten<sup>105</sup>. Diesen durch das Sonderungsverbot bedingten Schulgeldausfall muss das Land durch entsprechend erhöhte Finanzhilfe kompensieren<sup>106</sup>. Dies verkennt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, der aus dem Ausschluss von Schulgeld aus sozialstaatlichen Leistungen folgert, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die Allgemeinzugänglichkeit privater Ersatzschulen nicht für Empfänger

---

<sup>102</sup> Mit Nachweisen bei Fn. 65.

<sup>103</sup> BSG, NJOZ 2014, 797 (798 f.); BVerwG, NVwZ 1993, 691 (691 f.) bezogen auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG – auch zu Ausnahmen, wenn der Besuch einer öffentlichen Schule aus objektiven Gründen wie der Entfernung vom Wohnort oder aus schwerwiegenden subjektiven Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist (691); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 53 (juris); LSG Schleswig-Holstein, NZS 2007, 164 (165).

<sup>104</sup> BVerwG, NVwZ 1993, 691 (691 f.); LSG Schleswig-Holstein, NZS 2007, 164 (165).

<sup>105</sup> Näher bei Fn. 264.

<sup>106</sup> Näher E) II. 2.

staatlicher Sozialleistungen gewähre und daher das Schulgeld von Ersatzschulen nicht so bemessen sein müsse, dass es auch von Beziehern der Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII entrichtet werden kann<sup>107</sup>.

## b) Besitzstarke Eltern

Ob Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG umgekehrt auch für Kinder einkommens- und vermögensstarker Eltern gilt, ist nicht vergleichbar eindeutig. Diese Frage stellt sich mit Blick auf Ersatzschulen, die ausschließlich Kindern aus besitzschwachen Schichten offenstehen.

Für die Geltung des Sonderungsverbots auch für Kinder einkommens- und vermögensstarker Eltern mag der Normtext des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sprechen, der keine Einschränkung auf besitzschwache Gruppen vorsieht. Hinzu kommt entstehungsgeschichtlich, dass der Parlamentarische Rat „Sonderschulen“ für „Begüterte“ verhindern wollte, in denen ihre Kinder getrennt von denen Nicht-Begüterter unterrichtet werden<sup>108</sup>. Das Sonderungsverbot hat auch eine Integrationsfunktion<sup>109</sup>. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass „die Privatschule grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse offenstehen“ muss<sup>110</sup>; sie muss „von allen Eltern und Schülern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage in Anspruch genommen werden können“<sup>111</sup>.

Gegen eine Geltung des Sonderungsverbots zugunsten von Kindern aus einkommens- und vermögensstarken Verhältnissen spricht aber, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG darstellt, dem primär an der Fürsorge für finanziell Hilfebedürftige gelegen ist<sup>112</sup>. Und auch nach seinem Sinn und Zweck hat sich

---

<sup>107</sup> VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 53 (juris); ebenso *Kleimann*, Die Einkommenssituation von Schülerhaushalten in Baden-Württemberg und ihre Belastung durch Schulgeld, IAW Analytic Reports 8/2016, S. 7.

<sup>108</sup> Näher mit Nachweisen bei Fn. 75.

<sup>109</sup> *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 7 Abs. 4 Rn. 199; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 7 Rn. 85.

<sup>110</sup> BVerfGE 90, 107 (119), s. auch BVerfGE 75, 40 (65).

<sup>111</sup> BVerfGE 90, 107 (119); s. auch bereits BVerfGE 75, 40 (64).

<sup>112</sup> Mit Nachweisen bei Fn. 82.

das Sonderungsverbot den Schutz finanziell minderbemittelter Schichten und nicht wirtschaftlich gut gestellter Schichten auf die Fahnen geschrieben. Das Sonderungsverbot sucht „die Herausbildung von Eliteschulen für Besserverdienende“ zu unterbinden<sup>113</sup>. Es richtet sich gegen die Unzugänglichkeit von Ersatzschulen für Kinder, deren Eltern sich die Schulkosten aufgrund ihrer Besitzverhältnisse nicht leisten können<sup>114</sup>. Vor diesem Hintergrund drängt das Sonderungsverbot nicht für Schüler und Eltern auf Verwirklichung, die nach ihren Besitzverhältnissen ein kostendeckendes Schulgeld tragen können. Sie sind aus eigener Kraft in der Lage, sich Zugang zu Ersatzschulen zu verschaffen, sodass das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot nach seinem Schutzzweck nicht gilt. In der Konsequenz geraten Ersatzschulen, die nur für Kinder aus besitzschwachen Schichten zugänglich sind, mit dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht in Konflikt.

## II. Keine Förderung der Sonderung der Schüler

Welche Anforderungen Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG an Ersatzschulen mit dem Postulat stellt, eine Sonderung der Schüler (nach den Besitzverhältnissen der Eltern) nicht zu fördern, ist bislang nicht geklärt.

### 1. Grammatikalische Auslegung

Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG untersagt den Ersatzschulen nicht eine Sonderung der Schüler, sondern verbietet lediglich, die Sonderung zu fördern.

---

<sup>113</sup> *Pieroth*, Tatsächliche Kosten als zusätzliche Begrenzung der Finanzhilfe für Schulen in freier Trägerschaft?, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Hufen, 2015, S. 381 (389); ebenso *Hufen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft, in: Hufen/Vogel (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 49 (60); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 49 (juris).

<sup>114</sup> Vgl. *Heinig/Vogel*, LKV 2012, 337 (340), denen zufolge nach dem Sonderungsverbot der Zugang zur Ersatzschule für Schüler aus schwächeren finanziellen Verhältnissen nicht unmöglich sein darf; *Vogel*, RdJB 2014, 261 (263), demzufolge sich das Sonderungsverbot gegen den Ausschluss nicht vermögender Kinder aus der Ersatzschule richtet; *Langer*, R&B 1/2009, 8 (10): Das Sonderungsverbot verbietet den Ausschluss von Kindern aus sozial benachteiligten Familien von dem Besuch privater Schulen; *Keller/Hesse/Krampen*, in: Keller/Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 6. Kap. Rn. 37: Das Sonderungsverbot dient nicht dem Schutz reicher Eltern.

Dieser textliche Unterschied wird im Schrifttum betont, weil eine Sonderung wegen der ungleichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern mit jeder Schulgelderhebung verbunden sei<sup>115</sup>; das Verbot der Förderung der Sonderung schließt dagegen die Erhebung von Schulgeld nicht aus<sup>116</sup>.

Grammatikalisch knüpft Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG mit dem Verbot, die Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern, an die Spaltung („Sonderung“) der Gesellschaft in unterschiedliche Einkommens- und Vermögenschichten an und untersagt den Ersatzschulen, diese Spaltung bei dem Schulzugang zu vertiefen („fördern“)<sup>117</sup>. Es muss sichergestellt sein, dass jedes Kind ungeachtet der finanziellen Leistungsfähigkeit seiner Eltern die Ersatzschule besuchen kann<sup>118</sup>. Schüler aus einkommens- und vermögensarmen Schichten dürfen nicht wegen der Besitzverhältnisse ihrer Eltern schlechteren Zugang zur Ersatzschule haben als Schüler aus einkommens- und vermögensstarken Schichten<sup>119</sup>. Könnten sich einkommens- und vermögensstarke Eltern eine Ersatzschule für ihr Kind eher leisten als Eltern mit geringerem Einkommen und Vermögen, würden durch diesen „Bildungskauf“ die Besitzunterschiede in der Gesellschaft gefördert. Für eine restriktivere Lesart des Sonderungsverbots etwa in dem Sinne, dass das Sonderungsverbot nur Schulgeldermäßigung oder Freiplätze für „eine bestimmte Anzahl von Schülern, die das Schulgeld nicht aufbringen können,“ gebiete<sup>120</sup> oder dass Schulgeld „nicht in einer Höhe erhoben wer-

---

<sup>115</sup> So namentlich *Umbach*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. I, 2002, Art. 7 Rn. 188; *Vogel*, RdJB 2014, 261 (264); *Woltering/Bräth*, *Niedersächsisches Schulgesetz, Handkommentar*, 4. Aufl. 1998, § 144 Ziff. 3; VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 48 (juris).

<sup>116</sup> D) IV. 1.

<sup>117</sup> Ähnlich *Müller/Pieroth/Fohmann*, *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, 1982, S. 143, die in dem Sonderungsverbot das Verbot sehen, „eine aus den bestehenden, unterschiedlichen elterlichen Vermögensverhältnissen resultierende ... soziale Ungleichheit auf Schülerebene zu fördern.“

<sup>118</sup> Vgl. auch *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 74. EL Mai 2015, Art. 7 Rn. 120.

<sup>119</sup> Gleichsinnig *Hofmann*, in: *Hofmann/Henneke* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 13. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 52, nach dessen Ansicht eine Auswahl der Schüler durch die finanziellen Möglichkeiten der Eltern nicht begünstigt werden darf.

<sup>120</sup> So aber *Jach*, *Sonderungsverbot*, in: *Vogel/Knudsen* (Hrsg.), *Bildung und Erziehung in freier Trägerschaft. Das Recht der Privatschulen, Kindergärten und Heime*, Stand: Februar 2017, S. 117.

den (dürfe), die einem durchschnittlichen Bürger den Zugang zu der Ersatzschule faktisch versperrt<sup>121</sup>, oder dass Ersatzschulen nur für „breite Kreis(e) einer relativ gut verdienenden Mittelschicht“<sup>122</sup> bzw. für die meisten Eltern offenstehen müssen<sup>123</sup>, geben weder der Normtext noch die weitere Norminterpretation etwas her. „Einige wenige Freiplätze oder Schulgeldstipendien in Ausnahmefällen ... gewährleisten die allgemeine Zugänglichkeit ... nicht“<sup>124</sup>.

Um diesen Anforderungen des Sonderungsverbots zu entsprechen und den Zugang zur Ersatzschule für jedes Kind ungeachtet der Besitzverhältnisse seiner Eltern sicherzustellen, muss *erstens* die *Auswahl der Schüler* unabhängig von der Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern erfolgen (1. Stufe)<sup>125</sup>. *Zweitens* muss ein von der Ersatzschule erhobenes Schulgeld<sup>126</sup> so gestaltet sein, dass es Eltern aller Einkommens- und Vermögenschichten tragen können (2. Stufe)<sup>127</sup>.

## 2. Teleologische und systematische Auslegung

Der grammatikalischen Auslegung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG entsprechen der Telos der Norm und sein systematischer Zusammenhang mit dem Sozialstaatsgebot. Als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG sucht das Sonderungsverbot sicherzustellen, dass „die Privatschule grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse“ offensteht<sup>128</sup>. Sie muss „von allen Eltern und Schülern ohne

---

<sup>121</sup> *Pieroth*, Tatsächliche Kosten als zusätzliche Begrenzung der Finanzhilfe für Schulen in freier Trägerschaft?, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Hufen, 2015, S. 381 (389).

<sup>122</sup> *Theuersbacher*, RdJB 1994, 497 (505).

<sup>123</sup> VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 81 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 137 (juris).

<sup>124</sup> BVerfGE 90, 107 (119); s. auch bereits BVerfGE 75, 40 (63); aus dem Schrifttum ebenso *Theuersbacher*, RdJB 1994, 497 (505); *Geis*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2016, Art. 7 Rn. 84; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 7 Abs. 4 Rn. 199.

<sup>125</sup> Näher D) III. 1.

<sup>126</sup> Zum Recht der Ersatzschulträger, Schulgeld zu erheben, unter D) IV. 1.

<sup>127</sup> Näher D) III. 2. und IV.

<sup>128</sup> BVerfGE 90, 107 (119), s. auch BVerfGE 75, 40 (65).

Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage“ „gleichberechtigt in Anspruch genommen werden“ können<sup>129</sup>. Die Ersatzschule muss „allgemein zugänglich sein, zwar nicht in dem Sinne, daß sie wie die öffentliche Schule jeden Schüler bei Erfüllung allgemeiner Voraussetzungen aufnehmen muß, wohl aber in dem Sinne, daß sie grundsätzlich ohne Rücksicht auf deren Wirtschaftslage besucht werden kann.“<sup>130</sup>

Diese Zugänglichkeit der Ersatzschule unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der Eltern ist nur sichergestellt, wenn *erstens* die *Auswahl der Schüler* unabhängig von der Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern erfolgt und *zweitens* Schulgeld so gestaltet ist, dass es Eltern aller Einkommens- und Vermögenschichten tragen können.

### 3. Historische Auslegung

Gestützt wird dieses Verständnis des Sonderungsverbots durch die historische Interpretation des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG. Bereits die Vorgängerregelung in Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV sollte die allgemeine Zugänglichkeit der Ersatzschule „ohne Rücksicht auf die Wirtschaftslage der Benutzerkreise“ sichern<sup>131</sup>. Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV suchte Standes- und Kastenschulen zu verhindern, wobei die Zugänglichkeit der Ersatzschule für „vielleicht nur einige Kinder“ nicht genügen sollte<sup>132</sup>. Ein Anspruch auf Genehmigung als Ersatzschule bestand nach Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV nur dann, wenn sie in demselben Maße wie die öffentliche Schule „die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern ausschaltet“<sup>133</sup>. Gem. Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV waren für die Aufnahme des Kindes in eine bestimmte Schule seine Anlage und Neigung, nicht hingegen die wirtschaftliche Stellung (oder

---

<sup>129</sup> BVerfGE 90, 107 (119); s. auch bereits BVerfGE 75, 40 (64).

<sup>130</sup> BVerfGE 75, 40 (64); vgl. auch BVerfGE 90, 107 (119).

<sup>131</sup> Landé, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 156; Landé, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

<sup>132</sup> Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 329, 1929, S. 2161-2163.

<sup>133</sup> Landé, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 156; Landé, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. III, 1975, Artikel 143–149 S. 67.

die gesellschaftliche Stellung oder das Religionsbekenntnis) der Eltern maßgeblich.

Entsprechend hatte der Parlamentarische Rat mit dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG vor Augen, „eine Entwicklung der privaten Ersatzschulen in Richtung auf eine Art von "Standes- oder Plutokratenschulen" (zu) vermeiden“<sup>134</sup>. Ersatzschulen sollten nicht „ein Monopol für die Kinder wirtschaftlich und sozial besser gestellter Eltern“ sein<sup>135</sup>; sie sollten nicht nur „Begüterte(n)“<sup>136</sup>, d.h. „reiche(n) Leute“<sup>137</sup> offenstehen.

Auch hieraus ergibt sich, dass die Ersatzschulen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für alle Kinder unabhängig von der wirtschaftlichen Lage ihrer Eltern zugänglich sein müssen. Dies setzt voraus, dass *erstens* die *Auswahl der Schüler* unabhängig von der Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern erfolgt und *zweitens* Schulgeld von den Eltern aller Einkommens- und Vermögensschichten getragen werden kann.

### III. Funktionen des Sonderungsverbots

Diesem Inhalt des Sonderungsverbots entsprechen verschiedene grundrechtsdogmatische Funktionen, die sich auf verschiedenen Stufen des Zugangs zur Ersatzschule entfalten. Dem Sonderungsverbot kommt zum einen eine Funktion als *Diskriminierungsverbot* zu, das den Ersatzschulen untersagt, bei der Auswahl der Schüler (1. Stufe) an die Besitzverhältnisse der Eltern anzuknüpfen (Verbot unmittelbarer Diskriminierung, 1. a). Zum anderen kommt das Sonderungsgebot als *Fördergebot* zum Tragen; in dieser Funktion verpflichtet es die Ersatzschulen, Schulgeld (2. Stufe) durch Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern so zu gestalten, dass jeder ausgewählte Schüler die Schule tatsächlich besuchen kann (2.). Ein Verbot mittelbarer Diskriminierung, das die Ersatzschulen verpflichtet, auf eine Auswahl ihrer Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung

---

<sup>134</sup> BVerfGE 75, 40 (63); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 49 (juris); zur Verhinderung von Standesschulen Parl. Rat V/2, S. 815, Parl. Rat XIV/1, S. 626 und Parl. Rat XIV/2, S. 1371, 1373.

<sup>135</sup> Parl. Rat XIV/1, S. 630.

<sup>136</sup> Parl. Rat XIV/2, S. 1355.

<sup>137</sup> Parl. Rat XIV/2, S. 1371.



zu verzichten, und ihre Schülerschaft stattdessen im Hinblick auf das Einkommen und Vermögen sowie den Bildungs- und Berufsstand der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen, beinhaltet Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht (1. b)).

## 1. Diskriminierungsverbot

Das Sonderungsverbot statuiert ein unmittelbar an die privaten Ersatzschulen als Grundrechtsträger (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) adressiertes Verbot der Diskriminierung der Schüler wegen der Besitzverhältnisse ihrer Eltern<sup>138</sup>. Als Diskriminierungsverbot untersagt Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG den Ersatzschulen, die Auswahl der Schüler (1. Stufe) nach den Besitzverhältnissen der Eltern vorzunehmen. Den Ersatzschulen ist eine Benachteiligung oder Bevorzugung von Schülern wegen der Besitzverhältnisse ihrer Eltern bei der Schülerschuleauswahl untersagt. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG markiert die Besitzverhältnisse der Eltern als absolut unzulässiges Auswahlkriterium<sup>139</sup> und schränkt damit das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Recht der privaten Schulen zur Auswahl ihrer Schüler ein<sup>140</sup>. Entsprechend der einseitigen Schutzrichtung des Sonderungsverbots, das Eliteschulen für „Begüterte“ verhindern und den Zugang zu Ersatzschulen für Schüler aus minderbemittelten Schichten sicherstellen will, gilt das Diskriminierungsverbot nicht zugunsten von Schülern und Eltern, die nach ihren Besitzverhältnissen in der Lage sind, ein kostendeckendes Schulgeld zu zahlen<sup>141</sup>. Eine Benachteiligung von Schülern aus solchen Schichten durch bevorzugte Auswahl besitzschwacher Schüler untersagt das Sonderungsverbot nicht.

---

<sup>138</sup> Interpretation des Sonderungsverbots als Diskriminierungsverbot auch bei *Müller/Pieroth/Fohmann*, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, 1982, S. 141: Schutz „vor sozialer Diskriminierung“; ebenso *Langer*, R&B 1/2009, 8 (10): „Verbot sozialer Diskriminierung“.

<sup>139</sup> Vgl. auch *Vogel*, RdJB 2014, 261.

<sup>140</sup> Ebenso *Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 285; *Hufen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterfinanzierung von Schulen in freier Trägerschaft, in: *Hufen/Vogel* (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 49 (60), der das Sonderungsverbot als verfassungsimmanente Schranke der Gründungsfreiheit bezeichnet; vgl. auch *Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 56.

<sup>141</sup> Näher D) I. 3. b).

Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG stellt insofern nicht nur eine Konkretisierung und Erstreckung des staatsgerichteten Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG auf die Ersatzschulen als grundrechtlich geschützte Rechtsträger dar, sondern auch des Verbots der Diskriminierung wegen der Herkunft gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, wenn man unter „Herkunft“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auch die aktuellen Besitzverhältnisse der Eltern versteht<sup>142</sup>.

**a) Verbot unmittelbarer Diskriminierung: Keine Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern**

Als Diskriminierungsverbot untersagt das Sonderungsverbot den Ersatzschulen – entsprechend den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG<sup>143</sup> – jede Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern bei der Schülerauswahl, die Schüler aus einkommens- und vermögensschwachen Elternhäusern gegenüber Schülern aus einkommens- und vermögensstärkeren Elternhäusern benachteiligt (*Verbot unmittelbarer Diskriminierung*). Erforderlich ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Verwendung des unzulässigen Merkmals (Besitzverhältnisse der Eltern) und der Benachteiligung<sup>144</sup>. Ob Schülern aus unteren Einkommens- und Vermö-

---

<sup>142</sup> Zweifel hieran bestehen, weil nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Herkunft i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht „die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht“ gehört, s. mit Nachweisen bei Fn. 86.

<sup>143</sup> Zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als Verbot unmittelbarer oder direkter Diskriminierung, das eine unmittelbare Anknüpfung an das verbotene Diskriminierungsmerkmal untersagt, statt aller BVerfGE 107, 257 (269); *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 34; *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 255; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 119.

<sup>144</sup> Zum Erfordernis der Kausalität bezogen auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eingehend *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 120 ff.; *Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 6; *Rebhahn/Kietaibl*, RW 2010, 373 (376 f.).

gensgruppen der Zugang zur Ersatzschule absichtlich verwehrt wird, ist irrelevant<sup>145</sup>. Auch eine versehentliche Benachteiligung besitzschwacher Schüler gegenüber besitzstarken Schülern bewirkt eine Diskriminierung<sup>146</sup>.

Eine offene Diskriminierung von Schülern wegen des Besitzstands ihrer Eltern ist ebenso unzulässig wie eine verdeckte Diskriminierung<sup>147</sup>, bei der „der wahre Diskriminierungsgrund ... verschleiert werden soll“<sup>148</sup>. Wählen Ersatzschulen ihre Schüler nach scheinbar neutralen Kriterien aus (z.B. nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung), begünstigen tatsächlich aber Schüler wegen ihrer Herkunft aus besitzstarken Elternhäusern, liegt eine verdeckte Diskriminierung vor, die das Sonderungsverbot nach seinem Schutzzweck ebenso untersagt wie eine offene Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern. Die Ersatzschulen müssen die Schülersauswahl rechtlich und faktisch unabhängig von den Besitzverhältnissen der Eltern vornehmen. Sowohl die Formulierung der Kriterien für die Schülersauswahl als auch deren tatsächliche Anwendung muss diskriminierungsfrei sein. Eine Bevorzugung von Schülern, deren Eltern nach ihren Besitzverhältnissen ein hohes Schulgeld zahlen können, und eine entsprechende Benachteiligung von Schülern, deren Eltern sich nur ein geringeres Schulgeld leisten können, ist daher unzulässig.

Ob als unzulässige verdeckte Diskriminierung auch eine Beschränkung des Zugangs zur Ersatzschule auf Schüler anzusehen ist, deren Eltern finanziell in der Lage sind, ein kostendeckendes Schulgeld zu entrichten, ist zweifelhaft. Die Zweifel rühren daher, dass die Erhebung eines kostendeckenden Entgelts aus der Sicht eines rational handelnden Unternehmers Ausdruck wirtschaftlicher Vernunft ist, da anderenfalls der Betrieb der Ein-

---

<sup>145</sup> Anderer Ansicht *Vogel*, R&B 1/2012, 23 (27).

<sup>146</sup> Zur Unerheblichkeit einer Diskriminierungsabsicht bei Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG *Richter*, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 126 Rn. 72.

<sup>147</sup> Zur verdeckten Diskriminierung als Unterfall der unmittelbaren Diskriminierung *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 3 Rn. 216; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 32 f.; im Ergebnis auch *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 125.

<sup>148</sup> Formulierung von *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 3 Rn. 216.

richtung gefährdet ist. Letztlich kann dies dahinstehen, da den Ersatzschulen die Beschränkung des Schulbesuchs auf Kinder, deren Eltern finanziell in der Lage sind, ein kostendeckendes Schulgeld zu entrichten, jedenfalls aufgrund des Fördergebots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verboten ist<sup>149</sup>.

Entsprechend dem Schutzzweck des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG<sup>150</sup> ist dagegen eine (offene oder verdeckte) Benachteiligung von Schülern, deren Eltern nach ihren Besitzverhältnissen in der Lage sind, ein kostendeckendes Schulgeld zu zahlen, gegenüber finanziell leistungsschwächeren Schülern erlaubt. Gegen Ersatzschulen, die nur Empfängern staatlicher Sozialleistungen oder ausschließlich Kindern von Eltern mit geringem Einkommen und Vermögen offenstehen, erhebt das Sonderungsverbot keine Einwände. Insofern ist ausnahmsweise bei der Schülersauswahl eine Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern erlaubt, weil dadurch der Zugang besitzschwacher Schüler zur Schule sichergestellt werden soll.

Eine Auswahl der Schüler nach besitzfremden Kriterien wie zum Beispiel ihrer Eignung für das Schulprofil oder ihrer Befähigung und fachlichen Leistung verbietet Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG als Verbot unmittelbarer Diskriminierung nicht. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG untersagt ausschließlich die Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern bei der Schülersauswahl, lässt die Wahl anderer Auswahlkriterien hingegen unberührt. Welche besitzfremden Kriterien die Ersatzschulen der Schülersauswahl zugrunde legen, überantwortet Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ihrer Gestaltungsfreiheit. Die Anknüpfung einer Bekennnis- oder Weltanschauungsschule an die Religion bzw. Weltanschauung der Schüler ist ebenso zulässig wie die Auswahl der Schüler unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung für ein reformpädagogisches Profil der Ersatzschule oder die Auswahl nach fachlicher Leistungsfähigkeit. Auch die Beschränkung des Zugangs zu einer Ersatzschule auf leistungsschwache Kinder, die fachlich besonderen Unterstützungsbedarf haben, ist mangels Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern erlaubt.

Um sicherzustellen, dass die Ersatzschulen dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot als Diskriminierungsverbot bei der Schülersauswahl

---

<sup>149</sup> D) III. 2. und IV.

<sup>150</sup> Näher mit Nachweisen bei Fn. 75.

rechtlich und tatsächlich nachkommen, wird es verfahrensrechtlich durch Transparenzpflichten der Ersatzschulen flankiert. Gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG stehen die privaten Ersatzschulen in der Verpflichtung, die Einhaltung des Sonderungsverbots als Voraussetzung der Ersatzschulgenehmigung sicherzustellen. Damit jedes Kind unabhängig von den Besitzverhältnissen seiner Eltern Zugang zur Ersatzschule hat, müssen die Eltern vor der Bewerbung an der Schule erkennen können, dass die Auswahl der Schüler unabhängig von den Besitzverhältnissen erfolgt. Ist dies für Eltern nicht erkennbar, kann sie das von einer Bewerbung abhalten. „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann,“ dass die Schülersauswahl unabhängig von dem Besitz der Eltern erfolgt, „kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“<sup>151</sup> Wer damit rechnet, dass der Besuch einer Ersatzschule an seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen scheitert, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner Grundrechte verzichten<sup>152</sup>. Dadurch liefe das Sonderungsverbot faktisch leer. Das Sonderungsverbot ist daher verletzt, wenn die Ersatzschulen nicht für Transparenz über die Besitzunabhängigkeit der Schülersauswahl sorgen.

**b) Verbot mittelbarer Diskriminierung: Verbot der Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zugunsten einer spiegelbildlichen sozialen Zusammensetzung privater und öffentlicher Schulen?**

Eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung untersagt das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG den Ersatzschulen auch dann nicht, wenn man ihm auch ein *Verbot mittelbarer Diskriminierung* entnimmt. Von einem solchen Gehalt des Sonderungsverbots als Verbot mittelbarer Diskriminierung gehen wohl – unausgesprochen – *Wrase/Helbig*<sup>153</sup> aus. *Wrase/Helbig* leiten ihre Kernthese einer systematischen Missachtung des Sonderungsverbots durch die Ersatzschulen, Landesgesetzgeber und Schulbehörden aus dem empirischen Befund ab, dass Kinder

---

<sup>151</sup> Formulierung aus BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>152</sup> Vgl. bezogen auf die Datenerhebung nach dem Volkszählungsgesetz BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>153</sup> NVwZ 2016, 1591 ff.

von Eltern mit hohem Einkommen und Kinder von Eltern mit hohem Bildungs- und Berufsstatus Privatschulen häufiger besuchten als Kinder von Eltern mit mittlerem oder niedrigem Einkommen und als Kinder von Eltern mit geringerem Bildungs- und Berufsstatus<sup>154</sup>. Exemplarisch verweisen *Wrase/Helbig* darauf, dass in Berlin der Anteil von Schülern mit Lernmittelbeihilfe an Privatschulen niedriger sei als an öffentlichen Schulen. Um dem Sonderungsverbot gerecht zu werden, muss nach Ansicht von *Wrase/Helbig* „eine regelmäßige Kontrolle der Einhaltung des Sonderungsverbots in Bezug auf die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft im Vergleich mit den öffentlichen Schulen“ stattfinden. *Wrase/Helbig* leiten damit aus dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot letztlich die Verpflichtung der Ersatzschulen ab, ihre Schüler im Hinblick auf die Einkommensverhältnisse sowie den Bildungs- und Berufsstand der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen<sup>155</sup>.

In der Konsequenz dieser These von *Wrase/Helbig* wäre den Ersatzschulen eine Auswahl ihrer Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung untersagt. Sie müssten ihre Schüler eignungs- und leistungsunabhängig so auswählen, dass die Zusammensetzung ihrer Schülerschaft der Schülerschaft öffentlicher Schulen nach Einkommen und Vermögen sowie Bildungs- und Berufsstand der Eltern entspricht.

#### aa) Mängel der These von *Wrase/Helbig*

Diese These von *Wrase/Helbig* leidet bereits daran, dass sie lediglich auf die Einkommensverhältnisse und nicht auch auf die Vermögensverhältnisse der Eltern abstellen, womit sie die „Besitzverhältnisse“ nach Art. 7 Abs. 4

---

<sup>154</sup> In der Tendenz ebenso *Eisinger/Warndorf/Falterbaum/Feldt*, Bildungsfinanzierung. Studie zu Finanzierungsmodellen für das deutsche Schulsystem, 2010, S. 29, denen zufolge daraus, dass private Schulen überproportional von Schülern aus sozial besser gestellten Familien besucht werden, eine widerlegliche Vermutung folgen könne, dass die privaten Schulen gegen das Sonderungsverbot verstoßen; s. auch *Langer*, R&B 1/2009, 8 (10 f.).

<sup>155</sup> Näher A).

Satz 3 GG verengen<sup>156</sup>. Außerdem beziehen sie den Bildungs- und Berufsstand der Eltern ein, ohne zu erörtern, ob dies den verfassungsrechtlichen Begriff „Besitzverhältnisse“ überstrapaziert<sup>157</sup>.

Zweifel bestehen auch an der Validität der Erhebungen von *Wrase/Helbig* zum Anteil der Schüler mit Lernmittelbefreiung an privaten und öffentlichen Schulen in Berlin. Es ist unklar, ob sich die Erhebung auf sämtliche privaten Schulen oder nur auf private Ersatzschulen bezieht, für die allein das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gilt. Im Übrigen lässt sich nicht nachvollziehen, ob die Erhebungen repräsentativ sind. *Wrase/Helbig* haben hierfür nach eigenen Angaben „auf Daten zu allen Schülern im Land Berlin zurückgreifen (können), für die angegeben war, ob sie Lernmittelbeihilfe erhalten.“<sup>158</sup> Die vorliegenden Daten zur Lernmittelbefreiung (Lmb-Daten) sind aber nur von begrenzter Aussagekraft, weil nicht alle Berliner Privatschulen Lmb-Daten erheben<sup>159</sup>.

Vor allem aber fehlt jedwede Begründung der These, dass die „soziale“ Zusammensetzung der Schülerschaft von Ersatzschulen und öffentlichen Schulen im Hinblick auf das Einkommen sowie den Bildungs- und Berufsstand der Eltern gleich sein müsse. *Wrase/Helbig* unternehmen nicht einmal den Versuch, diese weitreichende These (verfassungs-)rechtlich abzusichern, sondern schließen schlicht aus ihren empirischen Beobachtungen der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft öffentlicher und privater Schulen auf den Inhalt des Sonderungsverbots – ein dogmatisch mehr als zweifelhaftes Vorgehen.

bb) Eigener Ansatz: Grundsätzliche Bedenken gegen ein Verbot mittelbarer Diskriminierung in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG

Versucht man die These von *Wrase/Helbig* zur spiegelbildlichen Zusammensetzung der Schülerschaft privater und öffentlicher Schulen argumentativ einzuordnen, lässt sie sich dogmatisch nur untermauern, wenn man

---

<sup>156</sup> Vgl. oben D) I. 1. a).

<sup>157</sup> Vgl. oben D) I. 1. b).

<sup>158</sup> *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1596).

<sup>159</sup> Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/11656, S. 1 f.

das Sonderungsverbot als Verbot mittelbarer Diskriminierung deutet. Als Verbot mittelbarer Diskriminierung könnte Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die Anwendung besitzunabhängiger, durch das Sonderungsverbot nicht verbotener sachlicher Kriterien für die Schülersauswahl untersagen, die wegen der gesellschaftlichen Wirklichkeit ganz oder überwiegend Schüler aus einkommens- und vermögensschwachen Schichten treffen und sie gegenüber Schülern aus einkommens- und vermögensstarken Schichten faktisch benachteiligen<sup>160</sup>. Anders als das Verbot unmittelbarer Diskriminierung untersagte ein Verbot mittelbarer Diskriminierung nicht eine direkte Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern als unzulässiges Diskriminierungsmerkmal, sondern ginge darüber hinaus und verwehrte den Ersatzschulen, besitzneutrale Kriterien oder Verfahren bei der Schülersauswahl anzuwenden, die wegen der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit dazu führen, dass ausschließlich oder überwiegend besitzstarke Schüler Zugang zur Ersatzschule erhalten.

Eine solche faktische Benachteiligung von Schülern einkommens- und vermögensschwacher Schichten könnte von einer Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausgehen, weil soziologische Untersuchungen darauf hindeuten, dass Kinder aus sozial benachteiligten Familien deutlich schlechtere schulische Leistungen erzielen und erheblich geringere Chancen auf einen höheren Bildungsabschluss haben als Schüler aus sozial begünstigten Elternhäusern<sup>161</sup>. Das Gleiche gilt für Schüler mit Migrationshintergrund im Verhältnis zu Schülern ohne Migrationshintergrund<sup>162</sup>. Die Herkunft und die soziale Lage entscheiden in Deutschland auch noch

---

<sup>160</sup> Zum Inhalt eines Verbots mittelbarer Diskriminierung D) III. 1. b) cc).

<sup>161</sup> Bertelsmann Stiftung/Institut für Schulentwicklungsforschung der Technischen Universität Dortmund/Institut für Erziehungswissenschaft der Friedrich-Schiller-Universität Jena (Hrsg.), Chancenspiegel 2014. Regionale Disparitäten in der Chancengerechtigkeit und Leistungsfähigkeit der deutschen Schulsysteme, Zusammenfassung zentraler Befunde, 2014, S. 30 ff.; zur Abhängigkeit der Bildungschancen eines Kindes von dem sozialen Status seiner Eltern auch Langenfeld, Die Verwaltung 40 (2007), 347 (350). Zum negativen Zusammenhang zwischen sozialer Herkunft und Bildungschancen bereits in der Weimarer Republik Lucas, R&B 3/2010, 14 (15).

<sup>162</sup> Autorengruppe Bildungsberichterstattung (Hrsg.), Bildung in Deutschland 2014. Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zur Bildung von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 40 f., 88 f.; Solga/Dombrowski, Soziale Ungleichheiten in schulischer und außerschulischer Bildung, in: Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), Arbeitspapier 171, S. 1 (16 ff.).



im 21. Jahrhundert maßgeblich über die Bildungs- und Entwicklungschancen<sup>163</sup>. Wenn aber Kinder aus sozial benachteiligten Elternhäusern schlechtere Bildungs- und Entwicklungschancen haben als Kinder aus sozial begünstigten Elternhäusern, könnte eine Auswahl der Schüler nach Befähigung und fachlicher Leistung dazu führen, dass mehr Kinder aus sozial begünstigten Schichten Zugang zu Ersatzschulen erhalten. Eine Auswahl nach den besitzneutralen Kriterien Befähigung und fachliche Leistung könnte wegen der sozialen Undurchlässigkeit des Bildungssystems in Deutschland faktisch Kinder aus sozial benachteiligten Verhältnissen bei dem Zugang zur Ersatzschule benachteiligen.

Diese Überlegung verfängt jedoch aus mehreren Gründen nicht. Es ist bereits zweifelhaft, ob Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG überhaupt ein Verbot mittelbarer Diskriminierung begründet. Die Frage ist zwar bei Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht einmal ansatzweise untersucht, wird aber bei den speziellen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG lebhaft diskutiert. Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts beinhaltet Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bezogen auf das Merkmal des Geschlechts nicht nur ein Verbot unmittelbarer Diskriminierung, das Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern durch direkte Anknüpfung an das Geschlecht untersagt. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG untersagt auch geschlechtsneutral formulierte Regelungen, wenn sie überwiegend Frauen treffen und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist (Verbot mittelbarer Diskriminierung)<sup>164</sup>. Die Anknüpfung an durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht verbotene Kriterien, die in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für ein Geschlecht zutreffen oder sich weitgehend nur auf ein Geschlecht im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirken, ist unzulässig<sup>165</sup>. Ergänzend verweist das Bundesverfassungsgericht auf Art. 3 Abs. 2 GG, der auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse

---

<sup>163</sup> S. nur *Autorengruppe Bildungsberichterstattung* (Hrsg.), *Bildung in Deutschland 2014*. Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zur Bildung von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 40 f., 88 f.; *Solga/Dombrowski*, *Soziale Ungleichheiten in schulischer und außerschulischer Bildung*, in: Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), *Arbeitspapier 171*, S. 1 (13 ff.).

<sup>164</sup> BVerfGE 121, 241 (254 f.); 104, 373 (393); 97, 35 (43 f.).

<sup>165</sup> BVerfGE 121, 241 (254 f.).

von Frauen und Männern zielt und durch Erstreckung des Gleichberechtigungsggebots auf die gesellschaftliche Wirklichkeit ebenfalls Schutz vor faktischen Benachteiligungen bietet<sup>166</sup>.

Ob die übrigen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ebenfalls eine mittelbare Diskriminierung untersagen, hat das Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschieden. Im Schrifttum werden hierzu unterschiedliche Positionen eingenommen. Zum Teil wird vertreten, dass auch die anderen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, namentlich das Verbot der Diskriminierung wegen der Herkunft, nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Benachteiligungen und oder Bevorzugungen untersagen<sup>167</sup>. Zur Begründung wird auf den Gedanken der Effektivität des Schutzes vor Diskriminierung<sup>168</sup>, auf den Telos der Norm, Ausgrenzung zu verhindern<sup>169</sup>, oder auf das Gebot einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung<sup>170</sup> verwiesen.

Nach anderer Ansicht ist die Einbeziehung der mittelbaren Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auf das Merkmal des Geschlechts (und das Merkmal der Behinderung) beschränkt<sup>171</sup>. Für die anderen in Art. 3 Abs. 3

---

<sup>166</sup> BVerfGE 109, 64 (89); 113, 1 (15 f.).

<sup>167</sup> So etwa *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 119; *Osterloh/Nußberger*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 255 ff.; *Richter*, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 126 Rn. 75; *Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 13 ff.; *Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 287 f.; *Baer/Wrase*, *KritV* 4 (2006), 401 (405).

<sup>168</sup> *Richter*, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 126 Rn. 75; ähnlich *Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 288, der auf das „Interpretationsprinzip der optimalen Wirksamkeit“ verweist.

<sup>169</sup> *Baer/Wrase*, *KritV* 4 (2006), 401 (405).

<sup>170</sup> *Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 288.

<sup>171</sup> *Langenfeld*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 38; in der Tendenz auch *Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 125, der die generelle Einbeziehung eines Verbots mittelbarer Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG für „höchst problematisch“ hält.

Satz 1 GG genannten Merkmale gelte lediglich ein Verbot unmittelbarer Diskriminierung<sup>172</sup>. Bei faktischen Benachteiligungen einer Gruppe durch Anknüpfung an Kriterien, die Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht verbietet, fehle der notwendige Kausalzusammenhang zwischen der Verwendung eines unzulässigen Merkmals und der Benachteiligung und liege daher keine Benachteiligung „wegen“ (s. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) des Merkmals vor<sup>173</sup>. Verfassungstextliche Anhaltspunkte für ein Verbot mittelbarer Diskriminierung im Sinne der Herstellung faktischer Gleichheit in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit existierten nur für das Merkmal des Geschlechts (s. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) und das Merkmal der Behinderung (s. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG)<sup>174</sup>.

Übertragen auf das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ließe sich mit Blick auf den Schutzzweck der Norm vertreten, dass mittelbare Diskriminierungen zwar nicht unbedingt in ihrer Zielsetzung, aber in ihren Wirkungen unmittelbaren Diskriminierungen gleichkommen können. Insofern mag auch die Parallele zu der Dimension der Grundrechte als Abwehrrechte (*status negativus*), die nicht nur durch unmittelbar-finale Eingriffe, sondern auch durch mittelbar-faktische Beschränkungen betroffen sein kann<sup>175</sup>, für die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sprechen. Allerdings fehlt bei mittelbaren Diskriminierungen ohne eine Anknüpfung an das unzulässige Diskriminierungsmerkmal regelmäßig ein Kausalzusammenhang zwischen der Verwendung des Merkmals und der Benachteiligung, sodass es an einer Benachteiligung „nach“ den Besitzverhältnissen der Eltern i.S.d. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG fehlen könnte. Insofern hinkt auch die Parallele zu mittelbar-faktischen Einwirkungen auf die Grundrechte, weil diese einen Grundrechtseingriff wohl nur bewirken,

---

<sup>172</sup> *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 38; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 29.

<sup>173</sup> *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 29.

<sup>174</sup> *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 38; vgl. auch *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 125.

<sup>175</sup> Näher statt vieler mit weiteren Nachweisen *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorn. Rn. 125 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 29.

wenn sie nicht allein in ihren Wirkungen, sondern auch in ihrer Zielsetzung unmittelbar-finalen Eingriffen entsprechen<sup>176</sup>.

Letztlich kann und soll die Frage, ob Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG mittelbare Diskriminierungen untersagt, dahinstehen. Denn selbst sofern man das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot als Verbot mittelbarer Diskriminierung interpretierte, stünde es einer Auswahl der Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung nicht entgegen. Es verpflichtete die Ersatzschulen nicht, ihre Schüler eignungs- und leistungsunabhängig so auszuwählen, dass die Zusammensetzung ihrer Schülerschaft der Schülerschaft öffentlicher Schulen nach dem Einkommen und Vermögen sowie dem Bildungs- und Berufsstand der Eltern entspricht (s. sogleich).

cc) Inhalt eines Verbots mittelbarer Diskriminierung in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG

Entnähme man Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ein Verbot mittelbarer Diskriminierung, wäre eine spiegelbildliche Zusammensetzung der Schülerschaft von Ersatzschulen und öffentlichen Schulen im Hinblick auf das Einkommen und Vermögen sowie den Bildungs- und Berufsstand der Eltern nicht geboten. Aus dem Sonderungsverbot als Verbot mittelbarer Diskriminierung folgte keine Verpflichtung der Ersatzschulen, auf eine Auswahl der Schüler nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu verzichten. Das gilt auch, wenn eine solche Auswahl wegen der gesellschaftlichen Wirklichkeit dazu führt, dass faktisch mehr Schüler aus besitzstarken als Schüler aus besitzschwachen Elternhäusern aufgenommen werden.

Ebenso wie Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG setzt auch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG bei einer Interpretation als Verbot mittelbarer Diskriminierung *erstens* tatbestandlich voraus, dass die Anwendung merkmalsneutraler, durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht verbotener Kriterien (hier: besitzunabhängiger Kriterien) ganz oder überwiegend Angehörige der Gruppe trifft, die das unzulässige Merkmal (hier: Herkunft aus einkommens- und vermögensschwachem Elternhaus) verbindet, und sie gegenüber Angehörigen der Gruppe

---

<sup>176</sup> Mit weiteren Nachweisen Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 29.

ohne das Merkmal (hier: Herkunft aus einkommens- und vermögenstarkem Elternhaus) benachteiligt. *Zweitens* muss die Benachteiligung auf gesellschaftliche Unterschiede zwischen den beiden Gruppen zurückzuführen sein. *Drittens* darf die faktische Benachteiligung der merkmalsaffinen Gruppe nicht durch sachliche Gründe objektiv gerechtfertigt sein<sup>177</sup>.

Welche Anforderungen an eine überproportionale Betroffenheit von Schülern einkommens- und vermögensschwacher Eltern bei einer Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu stellen und ob diese Voraussetzungen statistisch nachweisbar erfüllt sind (1. Voraussetzung)<sup>178</sup>, soll hier dahinstehen. Die von *Wrase/Helbig* genannten Zahlen, dass Kinder von Eltern mit einem Einkommen von mehr als 150% des Medianeinkommens Ersatzschulen 1,6-mal so häufig besuchen wie Kinder von Eltern, die weniger als 75% des Medianeinkommens besitzen<sup>179</sup>, dürften prima facie angesichts der in der Rechtsprechung und im Schrifttum genannten Anforderungen an die überproportionale Betroffenheit einer Gruppe<sup>180</sup> nicht annähernd genügen. Das Gleiche gilt für die von *Wrase/Helbig* exemplarisch genannte Erhebung zum höheren Anteil von Schülern mit Lernmittelbeihilfe in Berlin, der zum Beispiel bei privaten Grundschulen 3,3-mal und bei privaten Gymnasien beginnend mit der 7. Klasse 1,8 mal so hoch sei wie an entsprechenden öffentlichen Schulen<sup>181</sup>. Nach statistischen Erhebungen des DIW Berlin hat weniger das Haushaltseinkommen als der Bildungs- und

---

<sup>177</sup> Zu diesen Voraussetzungen des Verbots mittelbarer Diskriminierung bezogen auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG insgesamt BVerfGE 97, 35 (43); 104, 373 (393); 121, 241 (254 f.); *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 39 ff.; *Richter*, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 126 Rn. 81.

<sup>178</sup> Zu den Anforderungen an eine überproportionale Betroffenheit einer Gruppe bezogen auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eingehend *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 39 ff.

<sup>179</sup> NVwZ 2016, 1591 (1596).

<sup>180</sup> S. etwa *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 40: Betroffenheit von 75% der einen Gruppe und 10% der anderen Gruppe genügt (ebenso BVerfGE 112, 241 [254 f.]), nicht aber Betroffenheit von 77,5% der einen Gruppe und 68,9% der anderen Gruppe; nach *Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 288 muss eine Gruppe deutlich unterrepräsentiert und die andere Gruppe erheblich überrepräsentiert sein.

<sup>181</sup> NVwZ 2016, 1591 (1597).

Berufsstatus der Eltern Einfluss auf den Privatschulbesuch der Kinder<sup>182</sup>. Aber auch der Haushaltstypus (z.B. alleinerziehend oder Elternpaar), die Religionszugehörigkeit der Mütter, die (Nicht-)Erwerbstätigkeit der Mütter und sogar das Geschlecht der Kinder (Mädchen oder Junge) sowie die Gemeindegröße beeinflussen, ob Kinder öffentliche oder private Schulen besuchen<sup>183</sup>.

Es kann auch dahinstehen, ob eine (unterstellt) überproportionale Betroffenheit von Schülern einkommens- und vermögensschwacher Eltern gegenüber Schülern einkommens- und vermögensstarker Eltern bei einer Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auf gesellschaftliche Unterschiede zwischen den beiden Gruppen zurückzuführen ist (2. Voraussetzung). Um dies zu beantworten, wäre es erforderlich, die Ursachen dafür zu kennen, dass Kinder aus sozial benachteiligten Familien bei einer Leistungsauswahl schlechter abschneiden als Kinder aus sozial begünstigten Familien<sup>184</sup>. Wenn Kinder einkommens- und vermögensschwacher Eltern Privatschulen seltener besuchen als Kinder einkommens- und vermögensstarker Eltern, muss dies seinen Grund nicht (allein) in gesellschaftlich ungleichen Bildungsbedingungen oder Vorurteilen gegenüber sozial benachteiligten Kindern haben<sup>185</sup>. Es kann auch darauf zurückzuführen sein, dass private Ersatzschulen im Gegensatz zu öffentlichen Schulen nicht „jeden Schüler bei Erfüllung allgemeiner Voraussetzungen aufnehmen“ müssen<sup>186</sup>. Verantwortlich sein könnte alternativ eine bewusste Schuwahlentscheidung der Eltern<sup>187</sup>, die bei Eltern aus unteren Einkommens-

---

<sup>182</sup> Lohmann/Spieß/Feldhaus, Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 38/2009, 640 (640 ff.).

<sup>183</sup> Lohmann/Spieß/Feldhaus, Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 38/2009, 640 (642 ff.); zum Einfluss der Gemeindegröße auf den Schulbesuch auch *Autorengruppe Bildungsberichterstattung* (Hrsg.), *Bildung in Deutschland 2016. Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zu Bildung und Migration*, 2016, S. 79, 260.

<sup>184</sup> Erklärungsversuche bei Becker, Bildungseffekte vorschulischer Erziehung und Elementarbildung – Bessere Bildungschancen für Arbeiter- und Migrantenkinder?, in: Becker/Lauterbach (Hrsg.), *Bildung als Privileg*, 2. Aufl. 2007, S. 145 (157); Zimmermann/Spangler, *ZfP* 2001, 461.

<sup>185</sup> Zu gesellschaftlichen Vorurteilen als Gründen für eine ungleiche Gruppenbetroffenheit Langenfeld, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 43.

<sup>186</sup> BVerfGE 75, 40 (64); vgl. auch BVerfGE 90, 107 (119); näher bei Fn. 130.

<sup>187</sup> Langer, *R&B* 1/2009, 8 (10).

und Vermögensschichten anders ausfallen könnte als bei Eltern mit besserem finanziellen Hintergrund.

Letztlich liegt eine unzulässige mittelbare Diskriminierung bei einer Schülersauswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung jedenfalls deswegen nicht vor, weil sie durch sachliche Gründe objektiv gerechtfertigt ist (3. Voraussetzung).

(1) Dass eine Auswahl der Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zulässig ist, ergibt sich schon aus der historischen Auslegung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG. Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV bestimmte bezogen auf das öffentliche Schulwesen (s. Art. 146 Abs. 1 Satz 1 und 2 WRV), dass „für die Aufnahme eines Kindes in eine bestimmte Schule ... seine Anlage und Neigung, nicht die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung oder das Religionsbekenntnis seiner Eltern maßgebend“ sind. Als Kriterien für die Schülersauswahl waren mithin nur die finanzielle und gesellschaftliche Stellung sowie das Religionsbekenntnis der Eltern (s. aber Art. 146 Abs. 2 WRV) ausgeschlossen, nicht aber die „Anlage und Neigung“ des Kindes, also seine Eignung, Befähigung und fachliche Leistung. Hierdurch sollte „jede... Art von Standes- oder Gesellschaftsklassenschulen“ ausgeschlossen werden<sup>188</sup>. Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV beinhaltete damit eine Art Sonderungsverbot für das öffentliche Schulwesen, das dem Staat die Auswahl der Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausdrücklich erlaubte. Das Sonderungsverbot für private Ersatzschulen in Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV sollte sicherstellen, dass die Ersatzschule „in demselben Maße wie die öffentliche (Schule) die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern ausschaltet“<sup>189</sup>; mehr als öffentlichen Schule zu leisten, war Ersatzschulen nicht zuzumuten<sup>190</sup>. Da öffentlichen Schulen eine Auswahl ihrer Schüler nach „Anlage und Neigung“ gem. Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV erlaubt war, galt dies auch für private Ersatzschulen gem. Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV.

---

<sup>188</sup> *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs, 1960, Art. 146 S. 679.

<sup>189</sup> *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 156. Für einen „Vergleich mit dem öffentlichen Schulwesen“ sub specie des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auch BVerfGE 75, 40 (63 f.).

<sup>190</sup> Etwas vorsichtiger *Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, Kommentar, 1929, S. 156: „nicht wohl zumuten können“.

Die Zulässigkeit der Schülersauswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung folgt historisch außerdem aus Art. 146 Abs. 3 WRV, wonach „für den Zugang Minderbemittelter zu den mittleren und höheren Schulen ... durch Reich, Länder und Gemeinden öffentliche Mittel bereitzustellen (sind), insbesondere Erziehungsbeihilfen für die Eltern von Kindern, die zur Ausbildung auf mittleren und höheren Schulen für geeignet erachtet werden, bis zur Beendigung ihrer Ausbildung.“ Auch hieraus ergibt sich, dass der Staat den Zugang zu (mittleren und höheren) öffentlichen Schulen nach Maßgabe der Eignung der Schüler für die Schulausbildung gestalten durfte („die zur Ausbildung auf mittleren und höheren Schulen für geeignet erachtet werden“) und nur für geeignete Schüler den Schulbesuch durch finanzielle Unterstützung ermöglichen musste. Zu jener Zeit waren lediglich der Unterricht und die Lernmittel in den Volksschulen und Fortbildungsschulen, nicht hingegen in den mittleren und höheren Schulen unentgeltlich (Art. 145 Satz 3 WRV). Da der Staat die Auswahl der Schüler für die (mittleren und höheren) öffentlichen Schulen gem. Art. 147 Abs. 3 WRV nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gestalten durfte, galt für die privaten Ersatzschulen gem. Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV nichts Anderes. Auch insoweit gilt: mehr als öffentliche Schulen zu leisten, war Ersatzschulen nicht zuzumuten.

(2) Eine Auswahl der Schüler nach Maßgabe ihrer Eignung (z.B. Weltanschauung, Religion oder Reformpädagogik) oder ihrer Befähigung und fachlichen Leistung ist zudem durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG legitimiert. Das Privatschulgrundrecht gewährt privaten Schulen das Recht, ihr Schulprofil eigenverantwortlich festzulegen und die Schüler dem gewählten Profil entsprechend auszuwählen<sup>191</sup>. Dieser Kern des Grundrechts der Privatschulfreiheit liefe leer, wenn man dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die Verpflichtung entnehme, die Schülerschaft der Ersatzschulen unabhängig von Eignung und Leistung unter sozialen Gesichtspunkten spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen. Damit würden private Ersatzschulen mit eigener Prägung und entsprechendem Profil wie zum Beispiel Religions- oder Welt-

---

<sup>191</sup> Näher mit Nachweisen bei Fn. 23 und Fn. 214.



anschauungsschulen oder reformpädagogische Schulen praktisch unmöglich. Zugleich würde der mit der Garantie privater Schulen durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verfolgte Pluralismus der Bildungs- und Erziehungsziele sowie -inhalte<sup>192</sup> nicht erreicht. Entsprechend liefe das Ziel des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, Eltern die Möglichkeit zu bieten, einen „eigenverantwortlich geprägte(n) und gestaltete(n) Unterricht ... im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte“ zu realisieren<sup>193</sup>, und somit der Schutz des Erziehungsrechts der Eltern (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie des Persönlichkeitsgrundrechts des Kindes (Art. 2 Abs. 1 i.S.d. Art. 1 Abs. 1 GG)<sup>194</sup>, leer.

(3) Deutete man Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG – wie augenscheinlich *Wrase/Helbig*<sup>195</sup> – als Verbot mittelbarer Diskriminierung, das die Ersatzschulen verpflichtet, ihre Schüler unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung schematisch nach der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen, müsste man auch die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG entsprechend interpretieren. Eine solche Deutung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG führte dazu, dass die verfassungsrechtliche Garantie des Leistungsprinzips für den öffentlichen Dienst in Art. 33 Abs. 2 GG leerliefe. Das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Bestenauslese, nach dem jeder (Deutsche) nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte hat, würde durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausgehöhlt, müsste eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung unterbleiben, wenn dadurch faktisch weniger Angehörige mit einer bestimmten Abstammung, Heimat oder religiösen Anschauung Zugang zum öffentlichen Dienst erhielten als Angehörige anderer Abstammung, Heimat oder religiöser Anschauung. Wären in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit Angehörige einer Religion schlechter gebildet als Angehörige einer

---

<sup>192</sup> Zu diesem Zweck des Privatschulgrundrechts vgl. BVerfGE 90, 107 (116); näher Tillmanns, Die Freiheit der Privatschulen nach dem Grundgesetz, 2006, S. 11; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 103.

<sup>193</sup> BVerfGE 90, 107 (114); vgl. auch BVerfGE 27, 195 (200 f.); 88, 40 (46 f.).

<sup>194</sup> BVerfGE 88, 40 (46 f.); näher *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 103.

<sup>195</sup> Näher oben A).

anderen Religion oder wären Personen mit einer bestimmten örtlichen Herkunft für einen Beruf zum Beispiel wegen schlechterer Ausbildungsmöglichkeiten in ihrer Heimat weniger geeignet als Personen mit anderer örtlicher Herkunft, müsste der Staat sie bei dem Zugang zum öffentlichen Dienst unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung nominal gleich behandeln. Damit liefen der Regelungsinhalt des Art. 33 Abs. 2 GG sowie das ihm zugrunde liegende Ziel, das fachliche Niveau, die Funktionsfähigkeit, die Effektivität und die rechtliche Integrität des Staates sowie die Grundlagen rechtsstaatlichen Handelns der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) zu sichern<sup>196</sup>, leer.

Entsprechendes gälte für Privatpersonen, etwa private Arbeitgeber, die an die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zwar nicht unmittelbar<sup>197</sup>, aber wegen der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht mittelbar gebunden sind<sup>198</sup>. Auch sie wären verpflichtet, den Zugang zu privaten Einrichtungen wie die Auswahl und Einstellung von Arbeitskräften schematisch nach einem Proporz zwischen den Angehörigen der in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Gruppen unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Die grundrechtliche Freiheit Privater (insbesondere Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) würde faktisch aufgehoben.

Dies ist wohl auch der Grund dafür, dass – soweit ersichtlich – bislang noch niemand vertreten hat, die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verpflichteten den Staat oder gar Privatpersonen, den Zugang zum öffentlichen Dienst bzw. zu privaten Unternehmen unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber so vorzunehmen, dass Bewerber verschiedener Abstammung, Heimat oder Herkunft oder verschiedenen Glaubens nominal gleich berücksichtigt werden.

---

<sup>196</sup> Näher mit Nachweisen *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 35.

<sup>197</sup> Statt fast aller *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 79.

<sup>198</sup> Statt vieler *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 133; anderer Ansicht *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 3 Rn. 81 ff.

(4) Gegen ein in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verortetes Verbot, Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auszuwählen, spricht außerdem, dass ein solcher Regelungsgehalt nicht einmal Grundrechten zukommt, die eine Funktion als Fördergebot aufweisen wie Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Den Staat trifft damit die verbindliche Pflichtaufgabe, faktische Nachteile, die typischerweise ein Geschlecht betreffen, durch begünstigende Maßnahmen auszugleichen<sup>199</sup>. Als Mittel zum Abbau faktischer Nachteile für ein Geschlecht ist in den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch eine „umgekehrte“ rechtliche Diskriminierung des nicht benachteiligten Geschlechts erlaubt<sup>200</sup>. Dieser Verfassungsauftrag legitimiert aber keine Bevorzugung eines Geschlechts gegenüber dem anderen ungeachtet der Leistung. Dies ist höchstrichterlich für gesetzliche Geschlechterquoten im öffentlichen Dienst entschieden, die nur unter der Voraussetzung gleicher Eignung von Mann und Frau für die betreffende Stelle zulässig sind<sup>201</sup>.

Nicht einmal das Fördergebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, dem mit der Verpflichtung des Staates zum aktiven Handeln ein über die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 GG hinausgehender Gehalt zukommt<sup>202</sup>, gestattet – geschweige denn gebietet – mithin eine Bevorzugung von Angehörigen der gesellschaftlich benachteiligten Gruppe unabhängig von ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gegen-

---

<sup>199</sup> Vgl. BVerfGE 74, 163 (180); 85, 191 (208); 92, 91 (109).

<sup>200</sup> Jarass, in: Jarass/Piero, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 97; Osterloh/Nußberger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 264 ff.; Vollmer, Das Ehegattensplitting, 1998, S. 121 f.; vgl. auch BVerfGE 92, 91 (112).

<sup>201</sup> Bezogen auf die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Unionsrecht EuGH, Rs. C-158/97, Slg. 2000, S. I-1919 Rn. 23 und S. I-1923 Rn. 38 (*Badeck u.a.*); EuGH, Rs. C-407/98, Slg. 2000, S. I-5585 Rn. 62 (*Abrahamsson und Anderson*); EuGH, Rs. C-409/95, Slg. 1997, S. I-6393 Rn. 35 (*Marschall*); aus dem Schrifttum statt vieler Jarass, in: Jarass/Piero, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 106; Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 3 Rn. 200, 202.

<sup>202</sup> Vgl. Langenfeld, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 20.

über Angehörigen der gesellschaftlich begünstigten Gruppe. Für ein Diskriminierungsverbot, das den Staat nur zu einem Unterlassen und nicht wie das Fördergebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zu aktivem Handeln verpflichtet<sup>203</sup>, kann nichts Anderes gelten. Selbst wenn man Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG als Verbot mittelbarer Diskriminierung deutete, verpflichtete es die Ersatzschulen daher nicht zur Schülerschaft unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Ein Gebot, die Schülerschaft an Ersatzschulen im Hinblick auf die Besitzverhältnisse der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen, lässt sich Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht entnehmen.

(5) Schließlich spricht gegen eine Deutung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG als Verbot mittelbarer Diskriminierung, das den Ersatzschulen eine faktische Benachteiligung von Schülern aus einkommens- und vermögensschwachen Schichten gegenüber Schülern aus einkommens- und vermögensstarken Schichten durch Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung untersagt, dass eine solche Benachteiligung auch bei dem Zugang zu öffentlichen Schulen besteht. Wollte man Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG – wie *Wrase/Helbig* – ein Gebot entnehmen, die Schülerschaft von Ersatzschulen in sozialer Hinsicht an der Schülerschaft öffentlicher Schulen auszurichten, würde den Ersatzschulen mehr zugemutet als dem Staat. Das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nimmt jeden einzelnen Ersatzschulträger in die Pflicht, nicht das Ersatzschulwesen als Institution<sup>204</sup>. Eine Deutung des Sonderungsverbots als Verbot mittelbarer Diskriminierung in dem Sinne von *Wrase/Helbig* führte daher dazu, dass jede einzelne Ersatzschule ihre Schülerschaft nach Maßgabe der sozialen Struktur der Schülerschaft der öffentlichen Schulen im Land auswählen müsste. Der Staat sorgt aber bezogen auf die einzelnen öffentlichen Schulen nicht für einen Proporz bei der Zusammensetzung der Schülerschaft entsprechend der sozialen Zusammensetzung der Gesellschaft. So führen die in den meisten Bundesländern für die Grundschulen und teilweise für die Sekun-

---

<sup>203</sup> *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 79. EL Dezember 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 59.

<sup>204</sup> Näher C) I.

darschulen sowie die Berufsschulen geltenden Regelungen zum Schulsprengel<sup>205</sup> dazu, dass die soziale Zusammensetzung der Schüler an den öffentlichen Schulen der sozialen Zusammensetzung des jeweiligen Schulbezirks entspricht. Der Staat benachteiligt durch Schulsprengel Kinder aus besitzarmen Verhältnissen nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar durch eine entsprechende Segregation an den öffentlichen Schulen<sup>206</sup>. Wollte man den Ersatzschulen eine Auswahl ihrer Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung wegen faktischer Nachteile für besitzschwache Schüler untersagen, nähme man sie stärker in die Pflicht als den Staat. Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot soll aber nur sicherstellen, dass die Ersatzschulen in gleichem Maße wie die öffentlichen Schulen die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern ausschalten; mehr als öffentliche Schulen zu leisten, ist den Ersatzschulen nicht zumutbar<sup>207</sup>. An die Zugänglichkeit privater Ersatzschulen dürfen von Verfassung wegen keine höheren Anforderungen gestellt werden als an die Zugänglichkeit entsprechender öffentlicher Schulen.

(6) Im Ergebnis steht damit fest, dass das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG selbst dann, wenn man ihm ein Verbot mittelbarer Diskriminierung entnehme, die Ersatzschulen nicht verpflichtet, ihre Schülerschaft im Hinblick auf die Besitzverhältnisse der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen zusammenzusetzen. Ein Gebot, die Schüler unabhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung nach Maßgabe der sozialen Schichtung öffentlicher Schulen auszuwählen, lässt sich Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht entnehmen. Das gilt auch, wenn die Aus-

---

<sup>205</sup> Schulsprengel für Grundschulen z.B. gem. § 41 Abs. 1 Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt und gem. § 23 Abs. 1 S. 1 Niedersächsisches Schulgesetz. Schulsprengel für Sekundarschulen z.B. gem. § 41 Abs. 1 Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt und gem. § 14 Abs. 1 Thüringer Schulgesetz. Schulsprengel für Berufsschulen z.B. gem. Art. 42 Abs. 3 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen und gem. § 24 Abs. 3 Schleswig-Holsteinisches Schulgesetz.

<sup>206</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat den Erlass einer einstweiligen Anordnung, eine Grundschülerin in einer anderen Grundschule als jener einzuschulen, in deren Schulsprengel sie wohnt, 2009 abgelehnt, s. BVerfG, 1 BvQ 37/09 vom 26.8.2009.

<sup>207</sup> Vgl. bereits bei Fn. 190.

wahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung wegen der gesellschaftlichen Wirklichkeit dazu führt, dass faktisch mehr Schüler aus besitzstarken als aus besitzschwachen Elternhäusern aufgenommen werden.

Aus denselben Gründen lässt sich aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, wenn man unter die „Besitzverhältnisse“ auch den Bildungs- und Berufsstand der Eltern fasst<sup>208</sup>, keine Verpflichtung der Ersatzschulen herleiten, ihre Schüler im Hinblick auf den Bildungs- und Berufsstatus der Eltern spiegelbildlich zur Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen. Auch insoweit errichtet das Sonderungsverbot keine Sperre für eine Auswahl der Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, selbst wenn dies dazu führt, dass faktisch mehr Schüler von Eltern mit hohem Bildungs- und Berufsstatus als Schüler von Eltern mit niedrigerem Bildungs- und Berufsstatus aufgenommen werden.

Dem entspricht es, dass nach nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum das Sonderungsverbot einer Auswahl nach Begabung<sup>209</sup> und Leistungsfähigkeit<sup>210</sup> oder nach dem Bekenntnis<sup>211</sup> oder der Weltanschauung<sup>212</sup> (bei einer Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule) nicht entgegensteht<sup>213</sup>. In

---

<sup>208</sup> Dazu D) I. 1. b).

<sup>209</sup> *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 253; *Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 56; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 124.

<sup>210</sup> *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 124.

<sup>211</sup> *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 253; *Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 56; *Reich*, Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz, 1998, Art. 7 Rn. 8.

<sup>212</sup> *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 253.

<sup>213</sup> Pointiert *Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 285: Das Sonderungsverbot „schränkt die *Freiheit der Schüleraufnahme* nur von der wirtschaftlichen Seite ein. Weitere Beschränkungen der Freiheit der Schülerwahl bestehen nicht“; ebenso *Müller/Pieroth/Fohmann*, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, 1982, S. 156; VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 29 (juris). Anderer Ansicht *Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 288 f., der bei einer Schülerauswahl „anhand scheinbar merkmalsneutraler Kriterien“ wie der Eignung

solchen Auswahlkriterien „kommt vielmehr die Privatschulfreiheit gerade zum Ausdruck.“<sup>214</sup> Andere Auswahlkriterien als die einkommens- und vermögensrechtliche Situation der Eltern dürfen den Zugang zur Ersatzschule verschließen<sup>215</sup>.

Und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat im Jahr 2007 in der Rechtssache *D.H. u.a. ./ Tschechien*<sup>216</sup> eine mittelbare Diskriminierung i.S.v. Art 14 EMRK i.V.m. Art. 2 des Zusatzprotokolls (Recht auf Bildung) zwar in einem Fall bejaht, in dem erheblich mehr Roma-Kinder in Sonderschulen aufgenommen wurden als andere Kinder und als Roma-Kinder Regelschulen besuchten. Diese Diskriminierung hatte ihren Grund aber nicht darin, dass Roma-Kinder wegen sozialer Nachteile bei einer Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung faktisch benachteiligt wurden. Vielmehr hat der EGMR eine mittelbare Diskriminierung angenommen, weil die im tschechischen Schulsystem verwendeten Leistungstests Mängel aufwiesen, sodass Roma-Kinder trotz durchschnittlicher oder überdurchschnittlicher Intelligenz Sonderschulen zugewiesen wurden.

Der Ausgleich von Bildungsunterschieden zwischen Kindern aus verschiedenen Einkommens- und Vermögensschichten obliegt dem Staat, nicht den privaten Ersatzschulen. Der Staat muss für soziale Durchlässigkeit des (öffentlichen und privaten) Schulsystems sorgen, etwa indem er konsequent für frühkindliche Bildung für Kinder aus sozial benachteiligten Schichten sorgt<sup>217</sup>. Es spricht viel dafür, aus dem Persönlichkeitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht der Ausbildungs- und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung des Staates abzuleiten, für tatsächlich gleiche Chancenbedingungen bei dem Zugang zu und der Entwicklung in der

---

bzw. Nichteignung eine unzulässige mittelbare Diskriminierung annimmt, wenn die Auswahl statistisch nachweisbar dazu führt, „dass das Nichteignungsverdikt typischerweise Kinder aus sozial deprivierten Gesellschaftsschichten betrifft“.

<sup>214</sup> So explizit *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 253.

<sup>215</sup> *Reich*, Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz, 1998, Art. 7 Rn. 8.

<sup>216</sup> EGMR, NVwZ 2008, 533 (536).

<sup>217</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, Kindeswohl zwischen Selbstbestimmungsrecht, Elternrecht und Wächteramt des Staates, in: Heimbach-Steins/Riedl (Hrsg.), Kindeswohl zwischen Anspruch und Wirklichkeit, 2017, S. 73 (82 f.); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 12.

Schule zu sorgen<sup>218</sup>. Staatliche Quotenregelungen für den Schulbesuch, die Kindern aus unteren Einkommens- und Vermögenschichten Zugang zur Schule ungeachtet ihrer Eignung und Leistungsfähigkeit gewähren, scheiden aber auch insoweit aus.

## 2. Fördergebot: Verpflichtung zur besitzabhängigen Gestaltung des Schulgelds

Neben dem Verbot unmittelbarer Diskriminierung für die Schüleraushwahl (1. Stufe) enthält Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ein *Fördergebot* zugunsten besitzschwacher Kinder bei der Gestaltung des *Schulgelds* (2. Stufe).

Um die Zugänglichkeit der Ersatzschulen für Kinder aus allen Einkommens- und Vermögenschichten zu gewährleisten, muss nicht nur die Auswahl der Schüler unabhängig von den Besitzverhältnissen der Eltern erfolgen (Diskriminierungsverbot), sondern auch ein von der Ersatzschule erhobenes Schulgeld so gestaltet sein, dass es von allen Eltern ungeachtet ihrer Besitzverhältnisse getragen werden kann (Fördergebot). Es darf „keinem Schüler und keiner Schülerin aus wirtschaftlichen Gründen verwehrt sein ..., eine Schule in freier Trägerschaft zu besuchen.“<sup>219</sup> Zwar steht den Ersatzschulen von Verfassung wegen (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) das Recht zu, Schulgeld zu erheben<sup>220</sup>. Das Sonderungsverbot verpflichtet sie aber, die Höhe des Schulgelds nach den Besitzverhältnissen der Eltern so festzusetzen, dass es von allen Eltern gezahlt werden kann, deren Kinder nach besitzunabhängigen Kriterien zur Schule zugelassen wurden. Dadurch ist den Ersatzschulen „die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung durch die Erhebung

---

<sup>218</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, Freiheit und Gleichheit – Freiheit durch Gleichheit?, in: Wittreck (Hrsg.), Grundlagen des Grundgesetzes. Festgabe für Horst Dreier aus Anlass seines 60. Geburtstages, 2017, i.E. Zum Unterschied zwischen Chancengleichheit „i.S. von Startgleichheit“ und einer „Garantie gleicher Erfolgsverwirklichung“ *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (880); zur Chancengleichheit als „Startgleichheit, also gleiche Ausgangsbedingungen“ auch *Starck*, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, 1982, S. 51 (70).

<sup>219</sup> VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 26 (juris); ebenso *Hufen*, in: Hufen/Vogel (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, 2006, S. 49 (61).

<sup>220</sup> Näher D) IV. 1.



annähernd kostendeckender Schulgelder ... praktisch genommen“<sup>221</sup>. Anders als als Diskriminierungsverbot bei der Schülersauswahl, das den Ersatzschulen eine Differenzierung zwischen den Schülern durch Anknüpfung an die Besitzverhältnisse der Eltern untersagt (1. Stufe), gebietet das Sonderungsverbot beim Schulgeld eine besitzbezogene Differenzierung. Es verpflichtet die Ersatzschulen, Kinder aus besitzschwachen Verhältnissen durch Reduzierung des Schulgelds unter die Grenze der Kostendeckung gegenüber Kindern aus besitzstarken Verhältnissen zu begünstigen, und entfaltet sich insofern als eine Art sozialstaatlich motiviertes Fördergebot. Bei der Erhebung von Schulgeld ist daher eine Anknüpfung an die Besitzverhältnisse nicht nur zulässig, sondern regelmäßig geboten, weil gerade dadurch sichergestellt wird, dass sich Schüler aus allen Einkommens- und Vermögensschichten die Ersatzschule „leisten können“<sup>222</sup>.

#### IV. Konsequenzen für die Erhebung von Schulgeld

Aus der Funktion des Sonderungsverbots als Fördergebot ergeben sich konkrete Konsequenzen für die Erhebung von Schulgeld durch Ersatzschulen. Den Ersatzschulen steht zwar von Verfassung wegen das Recht zu, Schulgeld zu erheben (1.). Dieses Recht ist aber durch das Sonderungsverbot insofern eingeschränkt, als das Schulgeld der Höhe nach so gestaltet sein muss, dass es sich alle Eltern ungeachtet ihrer Besitzverhältnisse leisten können. Dies lässt verschiedene Schulgeldmodelle zu und schließt andere aus (2.). Eine Verpflichtung aller Eltern, deren Kind eine Ersatzschule besucht, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenzulegen, ist verfassungswidrig (3.). Das Sonderungsverbot gilt für sämtliche Entgelte der Eltern, von denen die Ersatzschule den Schulbesuch des Kindes

---

<sup>221</sup> BVerfGE 75, 40 (63). Anderer Ansicht *Vogel*, R&B 1/2012, 23 (27), der in der Erhebung von Schulgeld, das die objektiv notwendigen Kosten einer Schulart deckt, keinen Verstoß gegen das Sonderungsverbot sieht. Nur „überhöhte Schulgelder für Luxusbedürfnisse, überzogene Gehälter oder Gewinnabschöpfungen durch den Träger“ verletzen das Sonderungsverbot; mit Blick auf den Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zustimmend *Wegricht*, R&B 1/2015, 3 (4).

<sup>222</sup> Zur Zulässigkeit einer Anknüpfung des Schulgelds an die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern auch BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 32 (juris): „Das Sonderungsverbot verbietet nicht, an die Einkommensverhältnisse der Eltern anzuknüpfen, wenn gerade dadurch die Zugänglichkeit der Schule offen gehalten wird.“; vgl. auch *Brockmann*, in: *Brockmann/Littmann/Schippmann* (Hrsg.), *Niedersächsisches Schulgesetz*, Kommentar, Stand: Juni 2016, § 144 Ziff. 2.2.

abhängig macht (4.). Der Spielraum des Gesetzgebers und der (Schul-)Verwaltung bei der Konkretisierung des Sonderungsverbots im Landesschulrecht ist begrenzt (5.).

## 1. Recht der Ersatzschulen zur Erhebung von Schulgeld

Privaten Ersatzschulen steht gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG das Recht zu, ihre Finanzierung durch Erhebung von Schulgeld sicherzustellen. Ohne die Möglichkeit, die Kosten für die personelle und sächliche Ausstattung, die Unterhaltung und den Betrieb der Schule durch Aufbringung der hierfür notwendigen finanziellen Mittel zu decken, wären die Gründung und der Betrieb einer privaten Schule nicht möglich und liefe die durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Gründungs- und Betriebsfreiheit privater Schulen<sup>223</sup> leer. Ergänzend lässt sich das Recht zur Finanzierung der Ersatzschulen durch Schulgeld aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ableiten, das für private Schulträger neben dem Grundrecht der Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) zur Anwendung kommt.

Das Sonderungsverbot lässt dieses grundrechtlich verbürgte Recht der Ersatzschulen zur Erhebung von Schulgeld dem Grunde nach unberührt<sup>224</sup>. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG reguliert nur die Höhe des Schulgelds zugunsten von Kindern aus einkommens- und vermögensschwächeren Schichten, hebt aber das Recht der Schulträger, Schulgeld zu erheben, nicht auf. Die

---

<sup>223</sup> Zur Gründungs- und Betriebsfreiheit gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG oben B) I.

<sup>224</sup> So im Ergebnis die einhellige Rechtsprechung und Literaturmeinung, s. nur BayVerfGH, Vf. 14-VII-06 vom 9.10.2007, Rn. 23 (juris); OVG Bautzen, 2 A 47/09 vom 2.3.2011, Rn. 32 (juris); *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 74. EL Mai 2015, Art. 7 Rn. 121; *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 252; *Thiel*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 70; *Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 56; *Heinig/Vogel*, LKV 2012, 337 (340); *Sydow/Dietzel*, RdJB 2014, 239 (246); *Faber/Werner*, BayVBl. 2009, 198 (199 Fn. 38); *Vogel*, RdJB 2014, 261 (264); *Keller/Hesse/Krampen*, in: Keller/Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 6. Kap. Rn. 30; implizit auch BVerfGE 75, 40 (63 ff.); 90, 107 (115); BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 17, 29 ff. (juris).

Belastung mit Schulgeld mag zwar wegen der Einkommens- und Vermögensunterschiede in der Gesellschaft eine Sonderung begründen<sup>225</sup>. Diese Besitzunterschiede werden aber durch Schulgeld bei besitzangemessener Staffelung nicht vertieft, was Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG mit dem Verbot, eine Sonderung zu fördern, untersagt<sup>226</sup>. Lediglich in Fällen, in denen die Besitzverhältnisse der Eltern überhaupt kein Schulgeld zulassen (Empfänger staatlicher Sozialleistungen), steht das Sonderungsverbot einer Belastung dieser Eltern mit Schulgeld insgesamt entgegen<sup>227</sup>. Unberührt bleibt aber auch in diesem Fall das Recht, den Schulgeldausfall durch ein entsprechend höheres Schulgeld für besitzstarke Eltern zu kompensieren<sup>228</sup>.

Das Recht der Ersatzschulen, Schulgeld zu erheben, ergibt sich auch aus der historischen Interpretation des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG. Nach der Weimarer Reichsverfassung waren trotz der Geltung eines Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG entsprechenden Sonderungsverbots für die Ersatzschulen (Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV) und den Staat (s. Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV: Verbot, die Aufnahme eines Kindes in eine bestimmte Schule nach der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Stellung der Eltern vorzunehmen; Art. 146 Abs. 3 WRV: Verpflichtung von Reich, Länder und Gemeinden, für den Zugang Minderbemittelter zu den mittleren und höheren Schulen öffentliche Mittel bereitzustellen), nur der Unterricht und die Lernmittel in den Volks- und Fortbildungsschulen unentgeltlich (Art. 145 Satz 3 WRV). Für mittlere und höhere Schulen galt kein Schulgeldverbot. Die Erhebung von Schulgeld war mithin trotz Geltung eines Sonderungsverbots für die Ersatzschulen (Art. 147 Abs. 1 Satz 2 WRV) und den Staat (Art. 146 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 WRV) zulässig; es bestand nur eine Pflicht zur Bereitstellung öffentlicher Mittel für Minderbemittelte (Art. 146 Abs. 3 WRV).

Ein Schulgeldverbot ergibt sich auch nicht aus Art. 14 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), wonach das in Art. 14 Abs. 1

---

<sup>225</sup> So *Umbach*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. I, 2002, Art. 7 Rn. 188; *Vogel*, *RdJB* 2014, 261 (264); *Woltering/Bräth*, *Niedersächsisches Schulgesetz, Handkommentar*, 4. Aufl. 1998, § 144 Ziff. 3; *VGH Baden-Württemberg*, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 48 (juris).

<sup>226</sup> Näher D) II. 1.

<sup>227</sup> Näher bei Fn. 264.

<sup>228</sup> Näher D) IV. 2. a).

GRC gewährleistete Recht jeder Person auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung die Möglichkeit umfasst, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. Folgte aus Art. 14 Abs. 2 GRC für private Ersatzschulen ein Verbot, Schulgeld für Pflichtschulunterricht zu erheben, käme Art. 14 Abs. 2 GRC verfassungsrechtlich (Art. 23 Abs. 1 GG) und unionsrechtlich (Art. 4 Abs. 3 EUV) Anwendungsvorrang zu gegenüber dem nationalen Recht<sup>229</sup> einschließlich dem nationalen Verfassungsrecht<sup>230</sup>. Bei Auslegungsspielräumen ist das nationale (Verfassungs-)Recht (hier: Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) unionsrechtskonform auszulegen<sup>231</sup>.

Allerdings gilt das Recht auf unentgeltlichen Pflichtschulunterricht nach Art. 14 Abs. 2 GRC (ebenso wie die übrigen Gewährleistungen der Charta) für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC), d.h., insbesondere bei der Anwendung von EU-Verordnungen, der Umsetzung von EU-Richtlinien und der Beschränkung von Grundfreiheiten<sup>232</sup>. Ungeachtet dessen lässt sich aus Art. 14 Abs. 2 GRC inhaltlich kein Verbot für Ersatzschulen ableiten, Schulgeld zu erheben. Dies ergibt sich aus den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, wonach der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Pflichtschulunterrichts lediglich besagt, „dass in Bezug auf den Pflichtschulunterricht jedes Kind die Möglichkeit haben muss, eine schulische Einrichtung zu besuchen, die unentgeltlichen Unterricht erteilt. Er besagt nicht, dass alle — und insbesondere auch die privaten — schulischen Einrichtungen, die den betreffenden Unterricht oder berufliche Ausbildung und Weiterbildung anbieten, dies unentgeltlich tun müssen.“<sup>233</sup> Art. 14 Abs. 2 GRC garantiert mithin nur das Recht, an irgendeiner Schule unentgeltlich Pflichtschulunterricht zu besuchen, statuiert aber nicht die Unentgeltlichkeit des Pflichtschulunterrichts an allen öffentlichen oder gar privaten Schulen. Solange und soweit sichergestellt ist, dass jedes schulpflichtige Kind den Pflichtschulunterricht

---

<sup>229</sup> S. nur EuGH, NJW 2013, 1215 (1219); EuGH, NJW 1964, 2371; BVerfG, NJW 2016, 1149 (1150); BVerfGE 73, 339 (374 f.).

<sup>230</sup> EuGH, NJW 2013, 1215 (1219); EuGH, NJW 1971, 343; BVerfGE 129, 78 (100).

<sup>231</sup> Vgl. zu dem Gebot unionsrechtskonformer Auslegung etwa BVerfG, 1 BvR 1631/08 vom 30.8.2010, Rn. 54; BVerfG, 2 BvR 2236/09 vom 28.10.2009, Rn. 34.

<sup>232</sup> Näher mit weiteren Nachweisen *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 21 ff.

<sup>233</sup> ABI. C 303/02 vom 14.12.2007, S. 22.

an *einer* öffentlichen Schule unentgeltlich besuchen kann, ist Art. 14 Abs. 2 GRC entsprochen. Weitere öffentliche Schulen oder gar die privaten Ersatzschulen müssen dann nicht unentgeltlich sein. Eine Verpflichtung zu unentgeltlichem Pflichtschulunterricht kann sich daher für eine private Ersatzschule aus Art. 14 Abs. 2 GRC nur ausnahmsweise in Situationen ergeben, in denen sie die einzige Schule im Einzugsgebiet schulpflichtiger Kinder ist (systemrelevante Versorgungsschule). In einem solchen Fall ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 GRC – sofern der Anwendungsbereich der Charta gem. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC eröffnet ist – das Recht des Kindes, den Pflichtschulunterricht an der Ersatzschule unentgeltlich zu besuchen. Den entsprechenden Schulgeldausfall muss der Staat durch erhöhte Finanzhilfe kompensieren<sup>234</sup>.

Mit Blick auf das grundgesetzliche Recht der Ersatzschulen, Schulgeld zu erheben, ist bei landesgesetzlichen Regelungen, die die Finanzhilfe des Staates für (anerkannte) Ersatzschulen an die Voraussetzung knüpfen, dass die Schulen kein Schulgeld oder sonstige Entgelte erheben, Folgendes zu beachten: Die Ersatzschulen sind auf Finanzhilfe existenziell angewiesen, sodass solche Regelungen faktisch einem Verbot, Schulgeld zu erheben, gleichkommen. Da das Recht zur Erhebung von Schulgeld verfassungsrechtlich durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesichert ist, um die Gründung und den Betrieb der Ersatzschulen sicherzustellen, ist ein landesgesetzliches Verbot von Schulgeld allenfalls zulässig, wenn das Land den Schulgeldausfall vollständig durch Finanzhilfe kompensiert. Nur dann, wenn das Land seine Finanzhilfe um den Betrag erhöht, den die jeweilige Ersatzschule durch Schulgeld unter Wahrung des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG hätte erwirtschaften können<sup>235</sup>, mag eine gesetzliche Regelung, die Finanzhilfe an einen Schulgeldverzicht bindet, mit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar sein. Bleibt die Finanzhilfe hinter einer vollständigen Kompensation des Schulgeldausfalls zurück, ist eine gesetzliche Regelung,

---

<sup>234</sup> Vgl. E) II. 2.

<sup>235</sup> Für eine Begrenzung der Ausgleichspflicht des Landes auf das Schulgeld, das nach dem Sonderungsverbot zulässig gewesen wäre, bezogen auf Art. 14 Abs. 2 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg auch BaWüStGH, 1 VB 130/13 vom 6.7.2015, Rn. 163, 169 (juris).

die Finanzhilfe des Staates an die Voraussetzung knüpft, dass Ersatzschulen kein Schulgeld erheben, verfassungswidrig. Den Ersatzschulen fehlen in diesem Fall die notwendigen finanziellen Mittel, um ihre Gründung und ihren Betrieb sicherzustellen, sodass das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG leerläuft.

## **2. Gebot einkommens- und vermögensbezogener Gestaltung des Schulgelds**

Das Recht zur Erhebung von Schulgeld (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) ist durch das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG insofern eingeschränkt, als es die Ersatzschulen verpflichtet, das Schulgeld der Höhe nach so zu gestalten, dass es sich alle Eltern unabhängig von ihren Besitzverhältnissen leisten können (Fördergebot). Es muss sichergestellt sein, dass sämtlichen Kindern, die nach besitzunabhängigen Kriterien von der Ersatzschule ausgewählt wurden, der Besuch der Schule ungeachtet der Besitzverhältnisse ihrer Eltern möglich ist. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, sind verschiedene Schulgeldmodelle zulässig (a)) und andere Schulgeldmodelle unzulässig (b)).

### **a) Zulässige Schulgeldmodelle**

(1) Den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots wird ein einheitliches Schulgeld für alle Schüler gerecht, das auf Antrag<sup>236</sup> von Eltern, die das Schulgeld nach ihrem Einkommen und Vermögen nicht entrichten können, vollständig erlassen wird (*einheitliches Schulgeld mit Schulgelderlass*). Das Schulgeld muss in diesem Fall für *sämtliche* Schüler erlassen werden, deren Eltern es sich nach ihren Besitzverhältnissen nicht leisten können. „Einige wenige Freiplätze oder Schulgeldstipendien in Ausnahmefällen für ... besonders arme Kinder gewährleisten die allgemeine Zugänglichkeit ... nicht“<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Näher D) IV. 3.

<sup>237</sup> BVerfGE 90, 107 (119); vgl. auch bereits BVerfGE 75, 40 (63); näher mit weiteren Nachweisen bei Fn. 124.

(2) Ebenfalls zulässig ist ein einheitliches Schulgeld ohne Ermäßigungsmöglichkeit, wenn es so niedrig bemessen ist, dass es von allen Eltern ungeachtet ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse getragen werden kann (*einheitliches Schulgeld ohne Schulgelderlass*)<sup>238</sup>.

(3) Alternativ wird dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot auch ein Modell gerecht, das Schulgeld nach Maßgabe der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern staffelt (*Staffelung des Schulgelds*)<sup>239</sup>. Die Ersatzschulen können Einkommens- und Vermögensgruppen bilden und die Höhe des Schulgelds nach diesen Gruppen staffeln. Nach welchen Grundsätzen und Kriterien Einkommens- und Vermögensgruppen zu bilden und die Höhe des Schulgelds jeweils festzulegen ist, kann und soll hier nicht geklärt werden. Lediglich einige Eck- und Problempunkte seien benannt:

(a) Bei der Festlegung der Einkommens- und Vermögensgruppen und der jeweiligen Schulgeldhöhe steht dem Gesetzgeber bzw. der Verwaltung – und bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung den Ersatzschulen –<sup>240</sup> ein Einschätzungsspielraum zu<sup>241</sup>. Denn der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Sonderungsverbots, das Schulgeld so zu gestalten, dass es sich alle Eltern unabhängig von ihren Besitzverhältnissen leisten können<sup>242</sup>, lassen

---

<sup>238</sup> Vgl. VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 27 (juris), das aber darauf abstellt, ob ein einheitliches Schulgeld „auch von Familien mit sehr niedrigen Einkommen geleistet werden kann.“

<sup>239</sup> Zu der Möglichkeit einer einkommensbezogenen Staffelung zur Wahrung des Sonderungsverbots explizit BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 32 (juris); im Anschluss an das BVerwG auch VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 114 (juris); VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 27 (juris); aus dem Schrifttum statt vieler *Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 56; *Niehues/Rux*, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 1177; *Brockmann*, in: Brockmann/Littmann/Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: Juni 2016, § 144 Ziff. 2.2. Anderer Ansicht *Heinig/Vogel*, LKV 2012, 337 (340).

<sup>240</sup> Ob und inwieweit der Gesetzgeber oder die Verwaltung das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot in den Schulgesetzen oder -verordnungen konkretisieren muss, ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

<sup>241</sup> Zum Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung der Finanzhilfe für Ersatzschulen ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 134 ff. (juris).

<sup>242</sup> Näher D) I bis III.

sich weder feststehende Kriterien für Einkommens- und Vermögensgruppen noch eine absolut gültige Grenze des maximal zulässigen Schulgelds entnehmen<sup>243</sup>.

Die Grenzen dieses Gestaltungsspielraums ergeben sich in Anlehnung an die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die für die Ermittlung der Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz sowie für die Ermittlung der Finanzhilfe für Ersatzschulen höchstrichterlich entwickelt wurden, aus den Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) immanenten Verfahrenspflichten des Gesetzgebers bzw. der Verwaltung<sup>244</sup>. Der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung ist gehalten, sowohl die Einkommens- und Vermögensgruppen als auch die Höhe des Schulgelds folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren festzulegen<sup>245</sup>. Die gesetzliche Regelung muss erkennen lassen, nach welcher Systematik und Methode und welchen plausiblen Kriterien sich die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern und die Höhe des Schulgelds bestimmt<sup>246</sup>. Außerdem muss der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung die Auswirkungen der Schulgeldregelung auf die Praxis fortlaufend dahingehend beobachten, ob sich seine Annahmen als zutreffend erweisen<sup>247</sup>. Zeigen

---

<sup>243</sup> Vgl. SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 127 (juris); vgl. auch VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 118, wonach die Beurteilung der sondernden Wirkung von Schulgeld „von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, deren jeweiliges Gewicht schwer abschätzbar ist und sich auch mit Hilfe von wissenschaftlichen Untersuchungen nicht sicher erschließt“. Die Entscheidung darüber, ab welcher Schulgeldhöhe eine Sonderung eintritt, stelle „eine teilweise willkürliche Grenzziehung dar“; aus dem Schrifttum *Wißmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 252 mit der Feststellung, dass sich die Grenze, ab der eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern gefördert wird, „nicht starr beziffern“ lasse.

<sup>244</sup> Vgl. bezogen auf die Finanzhilfe für Ersatzschulen ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 139 (juris).

<sup>245</sup> Vgl. bezogen auf die Finanzhilfe für Ersatzschulen SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 133 (juris); vgl. bezogen auf existenzsichernde Leistungen des Staates BVerfGE 66, 214 (223); 68, 143 (153); 82, 60 (88); 99, 246 (260); 112, 268 (280); 120, 125 (155); 125, 175 (225).

<sup>246</sup> Vgl. bezogen auf die Finanzhilfe für Ersatzschulen SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 134 (juris).

<sup>247</sup> Vgl. bezogen auf die Finanzhilfe für Ersatzschulen SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 135 (juris); vgl. bezogen auf existenzsichernde Leistungen des Staates BVerfGE 125, 175 (225).



sich den Anforderungen des Sonderungsverbots zuwiderlaufende Entwicklungen, ist nachzubessern<sup>248</sup>.

(b) Bei der Bildung von Einkommens- und Vermögensgruppen ist das gesamte Einkommen und Vermögen der Eltern zu berücksichtigen. Zum *Einkommen* zählen die laufenden und einmaligen Einnahmen in Geld und Geldeswert, die den Eltern während des Schulbesuchs des Kindes zufließen (vgl. § 11 SGB II). Ob und inwieweit Unterhaltszahlungen Dritter sowie Familienleistungen des Staates (z.B. Mutterschaftsgeld, Kindergeld, Elterngeld) zum Einkommen der Eltern zu rechnen sind, ist anhand des Zwecks der jeweiligen Leistung zu entscheiden. Als *Vermögen* sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen (vgl. § 12 Abs. 1 SGB II). Wie das Vermögen der Eltern berücksichtigt werden kann, ist ungeklärt. Eine Orientierung bietet die Vorschrift des § 12 SGB II.

(c) Für die Bemessung, in welcher Höhe Schulgeld von den Eltern aus ihrem Einkommen und Vermögen getragen werden kann, darf nur auf den Teil des Einkommens und Vermögens der Eltern abgestellt werden, der ihnen nach Abzug sämtlicher Mittel verbleibt, die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums für alle Familienmitglieder gem. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG erforderlich sind<sup>249</sup>. Der Anspruch auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums ist „dem Grunde nach unverfügbar“ und muss daher bei der Betrachtung des Einkommens und Vermögens der Eltern außer Betracht bleiben<sup>250</sup>. Von dem Brutto-Einkommen und Vermögen der Eltern sind daher die gesetzlich zu entrichtenden Steuern, Gebühren und Beiträge<sup>251</sup> und die notwendigen Ausgaben für die physische Existenz des Menschen<sup>252</sup> sowie für die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu

---

<sup>248</sup> Vgl. bezogen auf die Finanzhilfe für Ersatzschulen SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 135 (juris); vgl. bezogen auf existenzsichernde Leistungen des Staates BVerfGE 125, 175 (225).

<sup>249</sup> Zum Inhalt des menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG näher BVerfGE 125, 175 (223) – std. Rspr.

<sup>250</sup> BVerfGE 125, 175 (222 ff.) – std. Rspr.

<sup>251</sup> BVerfGE 82, 60 (86 ff.); 120, 125 (143 ff.) – std. Rspr.

<sup>252</sup> BVerfGE 125, 175 (223) – std. Rspr.

einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben<sup>253</sup> abzuziehen. Die Fähigkeit der Eltern, auf Konsumgüter zu verzichten, darf allenfalls außerhalb des existenzsichernden Mindestbedarfs i.S.d. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG berücksichtigt werden<sup>254</sup>. Einkommens- und vermögenssteigernd sind steuerliche Vorteile zu berücksichtigen wie z.B. die Absetzbarkeit eines Teils des Schulgelds (30%, max. 5.000 €) als Sonderausgaben gem. § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG<sup>255</sup>.

(d) Ob und inwieweit die in der jüngeren Vergangenheit im Schrifttum entwickelten Methoden zur Bemessung der Schulgeldhöhe tauglich und sachgerecht sind, muss hier dahinstehen. Gegen den Ansatz von *Kleimann*, der die Höhe des Schulgelds danach bestimmt, ob die Armutsgefährdung des betreffenden Haushalts steigt<sup>256</sup>, spricht prima facie, dass nach dieser Methode lediglich die Auswirkungen des Schulgelds auf die Einkommenssituation der Eltern erfasst werden und ihre Vermögenssituation außer Betracht bleibt. Außerdem bleiben Empfänger staatlicher Sozialleistungen in seiner

---

<sup>253</sup> BVerfGE 125, 175 (223) – std. Rspr.

<sup>254</sup> Zu dem Zusammenhang zwischen dem Sonderungsverbot und der Bereitschaft der Eltern, zugunsten der Bildung ihres Kindes finanzielle Einschränkungen in der übrigen Lebensführung hinzunehmen, SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, 127 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 145 (juris).

<sup>255</sup> Ebenso VGH Baden-Württemberg, 9 S 47/03 vom 19.7.2005, Rn. 45 (juris); *Brockmann*, in: *Brockmann/Littmann/Schippmann* (Hrsg.), *Niedersächsisches Schulgesetz*, Kommentar, Stand: Juni 2016, § 144 Ziff. 2.2.

<sup>256</sup> So z.B. der Ansatz von *Kleimann*, Die Einkommenssituation von Schülerhaushalten in Baden-Württemberg und ihre Belastung durch Schulgeld, IAW Analytic Reports 8/2016, der als unzulässige Sonderung nach den Besitzverhältnissen die „materielle Unterversorgung im Vergleich zum Wohlstand der jeweiligen Gesellschaft“ versteht (S. 5) und einen Verstoß gegen das Sonderungsverbot annimmt, wenn das Schulgeld die Armutsgefährdungsquote des jeweiligen Haushaltstyps deutlich erhöht, wobei das Nettoäquivalenzeinkommen zugrunde gelegt wird und verschiedene Schulgeldmodelle untersucht werden (S. 5 ff.); Zustimmung zu diesem Ansatz von VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 123 ff. und 134 ff. S. auch den weiteren Ansatz zur Ermittlung der Belastbarkeit von Eltern mit Schulgeld von *Eisinger/Warndorf/Falterbaum/Feldt*, *Bildungsfinanzierung. Studie zu Finanzierungsmodellen für das deutsche Schulsystem*, 2010, die ebenfalls – wenngleich im Detail vielfach anders als *Kleimann* – auf die Auswirkungen des Schulgelds auf die Armutsrisikoquote der Haushalte abstellen und dabei Nettoäquivalenzeinkommen zugrunde legen; ablehnend gegenüber diesem Ansatz VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 127 ff. und 134 ff. u.a. wegen Nichtberücksichtigung der Auswirkungen eines gestaffelten Schulgelds. S. ferner *Eisinger/Warndorf/Falterbaum/Feldt*, *Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vor dem Hintergrund des Sonderungsverbotes nach Art. 7 GG. Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg*, 2007.

Betrachtung außen vor<sup>257</sup>, obgleich Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG die Allgemein-  
zugänglichkeit privater Ersatzschulen gerade für Kinder aus den ärmsten  
Gesellschaftsschichten fordert<sup>258</sup>.

(e) Innerhalb der Grenzen des Gestaltungsspielraums liegt es, wenn zur  
Bildung der Einkommens- und Vermögensgruppen sowie der Festlegung  
der maximalen Schulgeldhöhe Durchschnittswerte zugrunde gelegt und Ty-  
pierungen vorgenommen werden<sup>259</sup>. Der Gesetzgeber darf generalisier-  
end und typisierend einschätzen, wie viel Schulgeld sich Eltern nach ihren  
Besitzverhältnissen leisten können<sup>260</sup>. Zwar bestimmt sich die Tragbarkeit  
des Schulgelds nach den individuellen Einkommens- und Vermögensver-  
hältnissen der jeweiligen Eltern, deren Kind eine Ersatzschule besuchen  
will<sup>261</sup>. Nur dann, wenn das Schulgeld für alle Eltern tragbar ist, ist dem Son-  
derungsverbot entsprochen. Jedoch darf der Gesetzgeber hierfür auf die  
Einkommens- und Vermögensgruppen in der Gesamtgesellschaft abstellen  
und die jeweilige maximale Schulgeldhöhe für die einzelnen Einkommens-  
und Vermögensgruppen typisierend festlegen, weil (und soweit) dadurch ty-  
pischerweise sämtliche Besitzverhältnisse abgebildet werden<sup>262</sup>. Es ist da-  
her zulässig, dass der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung die maximale  
Höhe des Schulgelds je Einkommens- und Vermögensgruppe landesweit  
festsetzt<sup>263</sup>.

(f) Eine Berechtigung und Verpflichtung, innerhalb der Einkommens- und  
Vermögensgruppen nach Haushalts- und Familientypen zu differenzieren,

---

<sup>257</sup> *Kleimann*, Die Einkommenssituation von Schülerhaushalten in Baden-Württemberg und  
ihre Belastung durch Schulgeld, IAW Analytic Reports 8/2016, S. 7; ebenso VGH Baden-  
Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 53 (juris).

<sup>258</sup> Näher D). I. 3. a).

<sup>259</sup> SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 138 (juris).

<sup>260</sup> Vgl. SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 138 (juris).

<sup>261</sup> Missverständnis SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 138 (juris).

<sup>262</sup> So ist letztlich auch VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 116  
(juris) zu verstehen, wonach für das Schulgeld „nicht die konkrete Zusammensetzung der  
jeweiligen Ersatzschule oder des jeweiligen Ersatzschultyps, sondern diejenige der Ge-  
samtgesellschaft“ maßgebend sei, da die soziale Zusammensetzung der Ersatzschulen in  
ihrer Relation der sozialen Zusammensetzung der Gesamtgesellschaft entspricht.“

<sup>263</sup> Anderer Ansicht *Avenarius*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch  
private Schulen, in: *Avenarius – Pieroth/Barczak*, Die Herausforderung des öffentlichen  
Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 9 (52).

besteht nur insofern, als berücksichtigt werden muss, dass mit einem größeren Haushalt und einer größeren Familie höhere Ausgaben der Eltern (einkommens- und vermögensmindernd) verbunden sind. Sub specie des Sonderungsverbots ist nicht entscheidend, ob das Kind einen Elternteil oder zwei Elternteile und ob und wie viele Geschwister es hat, sondern wie viel Einkommen und Vermögen seinen Eltern nach Abzug der notwendigen Lebenshaltungskosten sowie der gesetzlichen Steuern, Gebühren und Beiträge verbleibt. Eine generelle Verpflichtung der Ersatzschulen, das Schulgeld nach der Haushaltsgröße bzw. Kinderzahl zu staffeln, besteht nicht. Schulgeldermäßigung ist nur geboten, wenn wegen der Haushaltsgröße oder der Kinderzahl die finanziellen Möglichkeiten der Eltern zur Zahlung des Schulgelds nicht genügen. Für einkommens- und vermögensstarke Eltern, die sich trotz mehrerer Kinder ein kostendeckendes Schulgeld leisten können, muss das Schulgeld nicht ermäßigt werden.

(4) Ungeachtet des gewählten Schulgeldmodells erscheint für Empfänger sozialstaatlicher Leistungen regelmäßig ein vollständiger Erlass des Schulgelds geboten<sup>264</sup>. Sozialleistungen des Staates erhalten Personen nur dann, wenn sie hilfebedürftig sind, d.h., ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht (ausreichend) aus eigenen Kräften, insbesondere aus ihrem Einkommen und Vermögen sichern können (vgl. etwa § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, § 9 Abs. 1 SGB II; § 19 SGB XII). Reicht das Einkommen und Vermögen nicht aus, um den eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten, dürfte die Zahlung eines noch so geringen Schulgelds kaum möglich sein. Staatliche Grundversicherungsleistungen oder Sozialhilfe umfassen nach der Rechtsprechung nicht das Schulgeld für eine private Ersatzschule<sup>265</sup>.

(5) Damit jedes Kind unabhängig von den Besitzverhältnissen seiner Eltern Zugang zur Ersatzschule hat, müssen die Eltern vor der Schulwahlentscheidung erkennen können, in welcher Höhe Ersatzschulen Schulgeld erheben. Ist für die Eltern nicht erkennbar, welche Kosten mit dem Schulbesuch verbunden sind und welche Ermäßigungstatbestände bestehen, kann

---

<sup>264</sup> Ebenso *Bader*, R&B 3/2006, 3 (5 f.). Anderer Ansicht *Keller/Hesse/Krampen*, in: *Keller/Krampen* (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft, Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2014, 6. Kap. Rn. 32, die ein Mindestschulgeld für zulässig halten.

<sup>265</sup> Näher bei Fn. 103.

sie dies von einer Bewerbung abhalten. „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann,“ welche Kosten mit dem Besuch einer Ersatzschule tatsächlich für ihn verbunden sind, „kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“<sup>266</sup> Wer damit rechnet, dass er sich den Besuch einer Ersatzschule finanziell nicht leisten kann, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte verzichten<sup>267</sup>. Dadurch liefe das Sonderungsverbot faktisch leer. Das Sonderungsverbot ist daher verletzt, wenn die Ersatzschulen nicht für Transparenz über die Kosten für den Schulbesuch einschließlich Ermäßigungsmöglichkeiten sorgen.

## b) Unzulässige Schulgeldmodelle

Unzulässig ist von Verfassung wegen ein Schulgeldmodell, das die maximale durchschnittliche Schulgeldhöhe an einer Ersatzschule festlegt (aa)]. Die Erhebung eines fixen Prozentsatzes des Elterneinkommens als Schulgeld kann, wenn die Ersatzschulen dies von sich aus vorsehen, zulässig sein; ein solches Schulgeldmodell darf aber nicht durch den Gesetzgeber oder die Verwaltung vorgeschrieben werden (bb]).

### aa) Höhe des durchschnittlichen Schulgelds

Bei einem Schulgeldmodell, das den Betrag festlegt, den das Schulgeld einer Ersatzschule im Durchschnitt nicht übersteigen darf, haben die Ersatzschulen die Möglichkeit, das Schulgeld für einige Eltern zu ermäßigen und von anderen Eltern ein höheres als durchschnittliches Schulgeld zu erheben, solange nur im Durchschnitt das Schulgeld den festgesetzten Betrag nicht überschreitet<sup>268</sup>. Ein solches Schulgeldmodell halten *Wrase/Helbig* für zulässig und wohl sogar geboten. Sie leiten aus dem Sonderungsverbot be-

---

<sup>266</sup> Formulierung aus BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>267</sup> Vgl. bezogen auf die Datenerhebung nach dem Volkszählungsgesetz BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>268</sup> Zu diesem Schulgeldmodell näher statt vieler *Eisinger/Warndorf/Falterbaum/Feldt*, Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld vor dem Hintergrund des Sonderungsverbot nach Art. 7 GG. Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, 2007, S. 22 ff.

zogen auf das Jahr 2016 ab, dass das Schulgeld mit einkommensbezogener Staffelung bzw. Ermäßigungen und Befreiungen für gering verdienende Eltern (und für Eltern mit mehreren Kindern) maximal 160 €/Monat im Durchschnitt für alle einkommensabhängig zahlenden Eltern betrage dürfe, wobei dieser Betrag einer „unmittelbar an den Vorgaben des *BVerfG* entwickelte(n) Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte“ entspreche, die „konsolidiert“ sei<sup>269</sup>.

Eine Festlegung des maximal zulässigen durchschnittlichen Schulgelds je Ersatzschule ist nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht nur nicht gefordert, sondern ein solches Modell ist zur Wahrung des Sonderungsverbots aus mehreren Gründen ungeeignet und daher unzulässig. *Erstens*: Zur Erfüllung des Sonderungsverbots allein erforderlich und ausreichend ist es, dass die Ersatzschulen ihr Schulgeld einkommens- und vermögensangemessen so gestalten, dass es sich alle Eltern leisten können. In welcher Höhe die einzelne Ersatzschule Schulgeld tatsächlich durchschnittlich erheben darf, lässt sich dem Sonderungsverbot nicht entnehmen. Der maximal zulässige Durchschnittsbetrag des Schulgelds lässt sich abstrakt nicht vorgeben<sup>270</sup>. Er ergibt sich vielmehr in jedem Einzelfall aus dem Mittelwert der von den Eltern nach Maßgabe des Sonderungsverbots tatsächlich erhobenen Entgelte, die je nach Einzugsbereich der Schule und den entsprechenden Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern hoch oder niedrig sein können.

Die durchschnittliche Höhe des Schulgelds lässt sich auf der abstrakten Ebene allenfalls aus einer vorgesehenen Staffelung des Schulgelds nach Einkommens- und Vermögensgruppen der Eltern errechnen<sup>271</sup>. Ein solcher Schulgelddurchschnitt ist aber als Größe für das Sonderungsverbot irrelevant und vermag das Schulgeld der einzelnen Ersatzschule nicht zu begrenzen.

---

<sup>269</sup> NVwZ 2016, 1591 (1592 f.).

<sup>270</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 28 (juris).

<sup>271</sup> Zu dieser Möglichkeit D) IV. 2. a).

*Zweitens* scheidet die Festlegung eines Betrags, den das Schulgeld einer Ersatzschule im Durchschnitt nicht übersteigen darf, sub specie des Sonderungsverbots deswegen aus, weil damit keine Verpflichtung der Ersatzschulen zur Ermäßigung des Schulgelds für Eltern verbunden ist, die sich das durchschnittliche (oder ein geringeres) Schulgeld nicht leisten können<sup>272</sup>.

*Drittens* darf nach dem Sonderungsverbot von Eltern mit hohem Einkommen und Vermögen ein hohes Schulgeld erhoben werden; das Sonderungsverbot errichtet keine „Obergrenze“ für Schulgeld<sup>273</sup>. An Ersatzschulen, die entsprechend ihrem Einzugsgebiet (z.B. gut situierter Stadtteil) einen hohen Anteil von Schülern aus sehr guten Einkommens- und Vermögensverhältnissen haben, kann der Mittelwert des zulässigerweise erhobenen Schulgelds daher hoch ausfallen. Die Möglichkeiten der Ersatzschulen zur Erhebung von Schulgeld sind sub specie des Sonderungsverbots je nach finanzieller Leistungskraft der Eltern unterschiedlich, sodass sich ein Betrag, den das Schulgeld im Durchschnitt nicht übersteigen darf, nicht für alle Ersatzschulen gleichermaßen abstrakt festlegen lässt. Da die konkret zulässige Höhe des Schulgelds weder für die Ersatzschulen noch für den Staat vorhersehbar und steuerbar ist, lässt sich das maximal zulässige durchschnittliche Schulgeld nicht im Vorhinein fixieren<sup>274</sup>.

*Viertens* schränkte eine Begrenzung des Schulgelds der Ersatzschulen auf einen maximal zulässigen Durchschnittsbetrag die durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesicherte Autonomie der Schulen, ihre Schüler nach selbst gewählten besitzfremden Kriterien wie Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auszuwählen<sup>275</sup>, faktisch unzulässig ein. Dürfte das Schulgeld von Ersatzschulen einen bestimmten Höchstbetrag im Durchschnitt nicht übersteigen, müssten sie die Schüler primär nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern auswählen und könnten sie nicht von nach ihrer Eignung

---

<sup>272</sup> Ebenso VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 28 (juris).

<sup>273</sup> Näher D) III. 2.

<sup>274</sup> Im Ergebnis ebenso *Hardorp*, R&B 1/2017, 5 (16).

<sup>275</sup> Oben D) III. 1. b) cc).

für das Schulprofil oder Gesichtspunkten wie Begabung und Leistungsfähigkeit aufnehmen<sup>276</sup>.

*Fünftens* setzte ein solches Schulgeldmodell voraus, dass die Ersatzschulen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse aller Eltern kennen, was eine entsprechende Offenlegung der Finanzverhältnisse durch die Eltern erforderte. Eine Verpflichtung von Eltern zur Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse ist aber verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie eine Ermäßigung des Schulgelds beantragen. Eltern, die nach ihren finanziellen Verhältnissen bereit und in der Lage sind, den Schulgeldhöchstbetrag zu zahlen, können zur Offenlegung ihrer finanziellen Verhältnisse nicht verpflichtet werden<sup>277</sup>.

Etwas Anderes folgt nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang nur in wenigen Judikaten überhaupt mit der Schulgeldhöhe von Ersatzschulen beschäftigt. In seinem Urteil vom 8. April 1987 hat es in der kostendeckenden Erhebung von Schulgeld „in der Größenordnung von mehreren Hundert Mark monatlich pro Kind“ einen Verstoß gegen das Sonderungsverbot gesehen, weil nur „finanziell besser ausgestattete Bevölkerungskreise in der Lage oder auch nur bereit (wären), derartige Summen aufzubringen“<sup>278</sup>. Diese Feststellung bezog sich aber auf ein einheitliches Schulgeld für alle Eltern in dieser Höhe, ohne dass Ermäßigungen für finanziell schlechter gestellte Eltern vorgesehen waren. Aussagen zur Zulässigkeit eines durchschnittlichen Schulgelds mit Ermäßigung hat das Bundesverfassungsgericht nicht getroffen<sup>279</sup>. Das Gleiche gilt für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. März 1994, wonach „Beträge in der Größenordnung von monatlich 170 bis 190 DM ... nicht von allen Eltern gezahlt werden können.“<sup>280</sup> Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung die Höhe des Schulgelds nur als rechnerische Größe zur Berechnung

---

<sup>276</sup> Ebenso VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 29 (juris).

<sup>277</sup> Näher D) IV. 3.

<sup>278</sup> BVerfGE 75, 40 (64 f.).

<sup>279</sup> Ebenso die Würdigung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts bei VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 119 (juris).

<sup>280</sup> BVerfGE 90, 107 (119).



der Finanzhilfe des Staates betrachtet und sich nicht mit der Schulgeldhöhe als Voraussetzung für die Ersatzschulgenehmigung beschäftigt<sup>281</sup>.

All dies verkennen *Wrase/Helbig*, wenn sie aus dem Sonderungsverbot (für das Jahr 2016) ein maximal zulässiges Schulgeld von 160 €/Monat im Durchschnitt ableiten<sup>282</sup>, ganz abgesehen davon, dass dem mitnichten eine „unmittelbar an den Vorgaben des *BVerfG* entwickelte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte“ zugrunde liegt, die „konsolidiert“ ist<sup>283</sup>. Entsprechend lässt sich aus der durchschnittlichen Höhe des von einzelnen oder allen Ersatzschulen eines Landes tatsächlich erhobenen Schulgelds nicht auf eine Verletzung des Sonderungsverbots schließen<sup>284</sup>.

Das Gleiche gilt, soweit sich in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>285</sup> und im Schrifttum<sup>286</sup> Aussagen zur Höhe des maximal zulässigen monatlichen Schulgelds finden<sup>287</sup>. Auch sie bewegen sich – wie *Wrase/Helbig* – nicht auf dem Boden des Grundgesetzes. Sie verkennen das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot.

---

<sup>281</sup> Näher VG Potsdam, 12 K 2304/13 vom 16.5.2014, Rn. 32 (juris).

<sup>282</sup> NVwZ 2016, 1591 (1592 f.). Wie hier für die Verfassungswidrigkeit der Festlegung eines maximalen durchschnittlichen Schulgelds *Hardorp*, R&B 1/2017, 5 (16) zugleich mit gründlicher Kritik an der Analyse der Rechtsprechung durch *Wrase/Helbig* (7 ff.); *Schröder*, R&B 3/2011, 3 (7); ebenso wohl *Keller/Hesse/Krampen*, in: Keller/Krampen (Hrsg.), Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 6. Kap. Rn. 37: keine Obergrenze für zu erhebendes Schulgeld; *Avenarius*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, in: Avenarius – Pieroth/Barczak, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 9 (52): keine Festsetzung eines landes- oder gar bundesweit geltenden Betrags.

<sup>283</sup> So aber *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1593).

<sup>284</sup> So aber *Wrase/Helbig*, NVwZ 2016, 1591 (1595 f.), die aus ihrer Beobachtung, dass eine Reihe von Ersatzschulen Beiträge oberhalb des maximal zulässigen durchschnittlichen Monatsbetrags von 160 € erheben, auf eine Verletzung des Sonderungsverbots schließen.

<sup>285</sup> Soweit ersichtlich aus der Rechtsprechung nur VG Stuttgart, 13 K 3238/09 vom 2.2.2010, Rn. 22: „obere Grenze des - durchschnittlichen - monatlichen Schulgelds in Höhe von ca. 150,00 EUR im Zeitraum 2008/ 2009“; s. auch Rn. 23: höchstzulässiges durchschnittliches Schulgeld von ca. 150 €.

<sup>286</sup> *Brockmann*, in: Brockmann/Littmann/Schippmann (Hrsg.), Niedersächsisches Schulgesetz, Kommentar, Stand: Juni 2016, § 144 Ziff. 2.2: „Maßgebend ist das durchschnittlich zu zahlende Schulgeld.“; *Niehues/Rux*, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 1175: Maximal 150 € im Monat, wobei unklar ist, ob ein einheitliches Schulgeld für alle Eltern oder die maximale Höhe des durchschnittlichen Schulgelds gemeint ist.

<sup>287</sup> Relevant sind im gegebenen Zusammenhang nur Aussagen, die sich mit der Schulgeldhöhe im Kontext des Sonderungsverbots befassen, und nicht solche, die das Schulgeld als

Verfassungsrechtlich unzulässig ist auch die aktuell in Baden-Württemberg geplante gesetzliche Neuregelung des Schulgelds. Der Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Privatschulgesetzes und anderer Vorschriften vom 23. Mai 2017 sieht eine Änderung der Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz vor, nach der künftig „vermutet (wird), dass ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich über 160 Euro grundsätzlich geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern. Die Schule kann diese Vermutung im Einzelfall widerlegen, wenn sie der oberen Schulaufsichtsbehörde nachweist, dass in einem angemessenen Umfang für finanzschwache Schüler wirksame wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgeldes und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule stehenden Kosten angeboten und gewährt werden.“<sup>288</sup> Diese Regelung eines maximal zulässigen durchschnittlichen Schulgelds ist aus den genannten Gründen verfassungswidrig.

---

Größe zur Berechnung der Finanzhilfe kalkulieren. Zum maximal zulässigen Schulgeld als rechnerische Größe für die Finanzhilfe etwa VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 112 ff., insbes. 117 (juris), das als Rechengröße für die Finanzhilfe bezogen auf das Jahr 2003 ein durchschnittliches Schulgeld von 90 bis 95 € kalkuliert, welches nach den Einkommensverhältnissen der Eltern gestaffelt erhoben wird; s. auch Rn. 121: das zur Schließung der Deckungslücke erforderliche durchschnittliche Schulgeld in Höhe von rund 95 € ist verfassungsrechtlich unbedenklich; VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 48 ff. (juris): 70 € bezogen auf das Jahr 2003; VGH Baden-Württemberg, 9 S 47/03 vom 19.7.2005, Rn. 45 (juris): durchschnittliches monatliches Schulgeld von etwa 120 € bezogen auf das Jahr 2005; VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 81 (juris): Durchschnittliches Schulgeld von 130 DM pro Monat bezogen auf 1986 als „Grenze des Hinnehmbaren“; OVG Bautzen, 2 A 47/09 vom 2.3.2011, Rn. 33 (juris): Schulgeld von 120 €/Monat als Rechengröße für Finanzhilfe zulässig.

<sup>288</sup> Nach dem Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Privatschulgesetzes und anderer Vorschriften vom 23. Mai 2017 ([https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/KM/Dokumente/170523\\_Gesetzentwurf-zur-Aenderung-des-Privatschulgesetzes.pdf](https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/KM/Dokumente/170523_Gesetzentwurf-zur-Aenderung-des-Privatschulgesetzes.pdf)) wird Nr. 5 der Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz wie folgt geändert: „5. Schulgeld: Es wird vermutet, dass ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich über 160 Euro grundsätzlich geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern. Die Schule kann diese Vermutung im Einzelfall widerlegen, wenn sie der oberen Schulaufsichtsbehörde nachweist, dass in einem angemessenen Umfang für finanzschwache Schüler wirksame wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgelds und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule stehenden Kosten angeboten und gewährt werden. In jedem Fall hat die Schule nachweislich sowohl allgemein und als auch konkret gegenüber den jeweiligen Eltern anzubieten, auch ein nach einem prozentualen Anteil am Haushaltsnettoeinkommen berechnetes Schulgeld zu zahlen, wobei der angebotene Prozentsatz 5% nicht übersteigen darf. Die Schule ist darüber hinaus verpflichtet, die Eltern in einem Beratungsgespräch auf alle von ihr angebotenen Möglichkeiten zur Vermeidung einer finanziellen Überforderung hinzuweisen und diesen Hinweis schriftlich zu dokumentieren.“

Daran ändert die Möglichkeit der Ersatzschulen nichts, im Einzelfall nachzuweisen, dass von einem durchschnittlichen Schulgeld über 160 €/Monat wegen ausreichender Ermäßigungen für Schüler aus finanzschwachen Elternhäusern keine Sonderungswirkung ausgeht. Denn die Ersatzschulen sind trotz der Möglichkeit, die Vermutung der Sonderungswirkung des durchschnittlichen Schulgelds im Einzelfall zu widerlegen, an das Modell des durchschnittlichen Schulgelds gebunden. Dies verstößt sowohl gegen das Grundrecht der Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG als auch gegen die Grundrechte der Eltern, weil mit einem solchen Schulgeldmodell eine Verpflichtung aller Eltern zur Offenlegung ihrer Einkommensverhältnisse verbunden ist<sup>289</sup>.

#### bb) Fester Prozentsatz des Elterneinkommens

Ebenfalls nicht geboten ist nach dem Sonderungsverbot ein Schulgeldmodell, das die Höhe des Schulgelds als fixen Prozentsatz des Einkommens der Eltern ausweist. Eine solche Schulgeldregelung kann zwar, wenn die Ersatzschulen sie autonom vorsehen, bei einem niedrigen Prozentsatz, der auch für Eltern mit niedrigem Einkommen und Vermögen tragbar ist, und bei Schulgeldfreiheit für Empfänger staatlicher Sozialleistungen mit dem Sonderungsverbot *vereinbar* sein. *Geboten* ist sie aber *erstens* deswegen nicht, weil für Eltern mit hohem Einkommen und Vermögen ein höherer Prozentsatz des Einkommens als Schulgeld tragbar sein kann als für Eltern mit niedrigem Einkommen und Vermögen. Ein für alle Eltern gleich hoher Einkommensprozentsatz als Schulgeld müsste sehr niedrig sein, damit sich alle Eltern das Schulgeld leisten können. Damit würde die Möglichkeit der Ersatzschulen eingeschränkt, von finanziell besser gestellten Eltern ein prozentual höheres Schulgeld zu erheben, was das Sonderungsverbot

---

<sup>289</sup> Näher bei Fn. 277. Entsprechend sieht der Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Privatschulgesetzes und anderer Vorschriften vom 23. Mai 2017 (Fn. 288) als weitere Änderung des § 18a Abs. 17 Privatschulgesetz vor, dass der oberen Schulaufsichtsbehörde, soweit dies zur Prüfung erforderlich ist, ob eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern gefördert wird, „auf Anforderung sämtliche oder ausgewählte im Zusammenhang mit der Schulgeldberechnung und Schulgelderhebung stehenden Dokumente der Schule und des Trägers sowie die bei der Schule und dem Träger befindlichen Dokumente zu den jeweiligen Einkommensverhältnissen der Eltern in anonymisierter Form vorzulegen“ sind und der oberen Schulaufsichtsbehörde Einsicht in diesbezügliche Dokumente zu gewähren ist.

gestattet. Eine gesetzliche Regelung, die als Schulgeld einen fixen Prozentsatz des Elterneinkommens vorsieht, verstieße daher gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG.

*Zweitens* setzt ein solches Schulgeldmodell ebenso wie die Einhaltung eines bestimmten Schulgelddurchschnitts voraus, dass die Ersatzschulen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern kennen. Hierzu müssten sämtliche Eltern ihre Finanzverhältnisse offenlegen, wozu sie jedoch verfassungsrechtlich nicht verpflichtet werden können. Eine Verpflichtung zur Offenlegung der wirtschaftlichen Situation ist verfassungsrechtlich nur für Eltern zulässig, die eine Ermäßigung des Schulgelds beantragen. Eltern, die nach ihren finanziellen Verhältnissen bereit und in der Lage sind, den Schulgeldhöchstbetrag zu zahlen, können zur Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht verpflichtet werden<sup>290</sup>. Abgesehen davon ist *drittens* nicht nur das Einkommen, sondern auch das Vermögen der Eltern maßgeblich dafür, ob Schulgeld eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördert<sup>291</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist die im baden-württembergischen Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Privatschulgesetzes und anderer Vorschriften vom 23. Mai 2017 vorgesehene Änderung der Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz verfassungswidrig. Sie verpflichtet die Ersatzschulen, „in jedem Fall ... nachweislich sowohl allgemein und als auch konkret gegenüber den jeweiligen Eltern anzubieten, auch ein nach einem prozentualen Anteil am Haushaltsnettoeinkommen berechnetes Schulgeld zu zahlen, wobei der angebotene Prozentsatz 5% nicht übersteigen darf“<sup>292</sup>.

### **3. Offenlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern nur bei Antrag auf Schulgeldermäßigung**

Verfassungswidrig ist eine gesetzliche Regelung, die sämtliche Eltern, deren Kind eine Ersatzschule besucht, verpflichtet, ihre Einkommens- und

---

<sup>290</sup> Näher D) IV. 3.

<sup>291</sup> Näher D) I. 1. a).

<sup>292</sup> Nachweis in Fn. 288.

Vermögensverhältnisse gegenüber der Ersatzschule und ggf. der Schulbehörde zum Zwecke der Schulgeldberechnung und -erhebung offenzulegen. Entsprechend unzulässig ist eine gesetzliche Verpflichtung der Ersatzschulen, von den Eltern die Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu verlangen und die entsprechenden Einkommens- und Vermögensdaten (anonymisiert) der Schulbehörde zur Verfügung zu stellen.

Eine solche Verpflichtung von Eltern zur Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögenssituation bewirkt einen Eingriff in ihr Allgemeines Persönlichkeitsgrundrecht bzw. in ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)<sup>293</sup>. Der Grundrechtseingriff ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn er dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügt<sup>294</sup>. Eine Verpflichtung sämtlicher Eltern, ihre Einkommens- und Vermögenssituation offenzulegen, ist zur Wahrung des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG indes nicht erforderlich und verletzt daher das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Dem Sonderungsverbot ist entsprochen, wenn das Schulgeld der Höhe nach so gestaltet ist, dass es sich alle Eltern unabhängig von ihren Besitzverhältnissen leisten können. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, ist es ausreichend, wenn die Ersatzschulen Eltern, die nach ihren finanziellen Verhältnissen kein kostendeckendes Schulgeld tragen können, auf Antrag Schulgeldermäßigung gewähren oder einen Freiplatz zur Verfügung stellen<sup>295</sup>. Bei Eltern, die nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen bereit und in der Lage sind, den Maximalbetrag des (kostendeckenden) Schulgelds zu zahlen, ist eine Kenntnis ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse von Seiten der Ersatzschulen oder Schulbehörden nicht erforderlich, um dem Sonderungsverbot zu genügen. Das Sonderungsverbot drängt in diesem Fall nicht auf Verwirklichung, sodass eine Verpflichtung solcher finanzstarken Eltern

---

<sup>293</sup> Zum Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsgrundrechts und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie ihrer Abgrenzung statt vieler *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 69, 79 ff.

<sup>294</sup> Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Schranke für Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsgrundrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie ihrer Abgrenzung statt aller BVerfGE 32, 273 (279); 65, 1 (44); 78, 77 (85 ff.); 89, 69 (82 f.).

<sup>295</sup> Insoweit sind verschiedene Schulgeldmodelle zulässig, s. D) IV. 2. a).

zur Offenlegung ihrer Finanzsituation nicht erforderlich und mithin unverhältnismäßig ist. Eine Verpflichtung von Eltern zur Offenlegung ihrer Finanzsituation ohne Antrag auf Schulgeldreduzierung ist verfassungswidrig.

Dem entspricht es, dass auch im Kontext anderer Gebühren- und Beitragsermäßigungen, namentlich der Kostenbeiträge für die Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (s. § 90 SGB VIII), die Einkommens- und Vermögensverhältnisse nur von Personen offenzulegen sind, die eine Beitragsermäßigung beantragen<sup>296</sup>. Das Gleiche gilt für die Inanspruchnahme staatlicher Sozialleistungen nach dem SGB II und SGB XII.

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben wird der baden-württembergische Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Privatschulgesetzes und anderer Vorschriften vom 23. Mai 2017 nicht gerecht. Danach soll § 18a Abs. 17 des Privatschulgesetzes so gefasst werden, dass der oberen Schulaufsichtsbehörde „auf Anforderung ... die bei der Schule und dem Träger befindlichen Dokumente zu den jeweiligen Einkommensverhältnissen der Eltern in anonymisierter Form vorzulegen“ sind und der oberen Schulaufsichtsbehörde „Einsicht in diesbezügliche Dokumente zu gewähren“ ist, soweit dies zur Prüfung, ob eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern gefördert wird, erforderlich ist<sup>297</sup>. „Erforderlich ist nach dem im Gesetzentwurf vorgesehenen Schulgeldmodell (durchschnittliches Schulgeld)<sup>298</sup> die Offenbarung der Einkommensverhältnisse sämtlicher Eltern, was aus den genannten Gründen verfassungswidrig ist.

#### **4. Sub specie des Sonderungsverbots relevante Entgelte**

Welche Entgelte dem Sonderungsverbot unterfallen, also gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für alle Eltern ungeachtet ihrer Besitzverhältnisse tragbar

---

<sup>296</sup> Vgl. nur VG Hannover, NVwZ-RR 1996, 351 (355).

<sup>297</sup> Nachweis in Fn. 289.

<sup>298</sup> Nachweis in Fn. 289.

sein müssen, ist nicht geklärt<sup>299</sup>. Neben Entgelten für Unterricht und Lernmittel als Schulgeld im engeren Sinne kommen weitere Entgelte in Betracht, die Eltern an Ersatzschulen leisten. Zu nennen sind zum Beispiel Aufnahmebeiträge, Vereins- und Förderbeiträge sowie Spenden oder Entgelte für außerunterrichtliche Angebote (z.B. Sonder- und Profilleistungen) wie Mittagessen, Hausaufgabenbetreuung und Nachhilfeunterricht im Rahmen von Ganztagschulen. In Betracht kommen auch Entgelte für die Heimunterbringung in Internaten.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird überwiegend vertreten, dass nur Entgelte für Unterricht und Lernmittel dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG unterfallen<sup>300</sup>. Nur das Schulgeld im engeren Sinne (für Unterricht und Lernmittel) müsse so gestaltet sein, dass eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Entgelte für Sonder- und Profilleistungen der Ersatzschulen sowie weitere Geldleistungen der Eltern (z.B. Spenden, Förderbeiträge) sollen dem Sonderungsverbot nicht entsprechen müssen<sup>301</sup>. Durch Erhebung solcher Entgelte könnten die Ersatzschulen daher ohne Bindung an das Sonderungsverbot die sog. Eigenleistung erwirtschaften, die nach der Rechtsprechung neben Schulgeld für Unterricht und Lernmittel (in den Grenzen des Sonderungsverbots) sowie der Finanzhilfe des Staates eine der drei Säulen der Ersatzschulfinanzierung ausmacht<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> Ob und inwieweit geldwerte Leistungen der Eltern wie z.B. die Mitarbeit in der Schule (Nachmittagsbetreuung, Begleitung von Schulausflügen und Klassenfahrten, Schulraumanerung etc.) dem Sonderungsverbot unterfallen, bleibt außen vor.

<sup>300</sup> Zur Geltung des Sonderungsverbots für Unterrichts- und Lernmittelentgelte statt aller StGH BaWü, 1 VB 130/13 vom 6.7.2015, Rn. 169 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 70 (juris); bezogen auf Beiträge, die von den Eltern zur Abgeltung des Unterrichts verlangt werden, auch VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 52 (juris); ebenso *Sydow/Dietzel*, RdJB 2014, 239 (246); *von Pollern*, DÖV 2011, 680 (685); *Keller/Hesse/Krampen*, in: *Keller/Krampen* (Hrsg.), *Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft*, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 6. Kap. Rn. 31.

<sup>301</sup> S. etwa VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 52 (juris), der beispielhaft Leistungen wie Verpflegung, Ganztagsbetreuung oder Internatsunterbringung nennt; ebenso *von Pollern*, DÖV 2011, 680 (685); *Sydow/Dietzel*, RdJB 2014, 239 (246); bezogen auf den Ausgleichsanspruch nach Art. 14 Abs. 2 Satz 3 Verfassung des Landes Baden-Württemberg auch StGH BaWü, 1 VB 130/13 vom 6.7.2015, Rn. 166: „Kosten für Sonder- oder Profilleistungen sind in den Ausgleich nicht einzubeziehen.“

<sup>302</sup> Näher E) II. 1.

Diametral hierzu vertreten *Wrase/Helbig*, dass „nicht nur das Schulgeld, sondern die Gesamtheit aller von den Eltern zu leistenden Beiträge“ dem Geltungsbereich des Sonderungsverbots unterfallen<sup>303</sup>.

Keine der beiden Standpunkte überzeugt. Für den Geltungsbereich des Sonderungsverbots ist nicht entscheidend, ob Ersatzschulen Entgelte für Unterricht und Lernmittel oder Entgelte für andere Angebote erheben (Rechtsprechung) oder dass Eltern überhaupt Beiträge an Ersatzschulen leisten (*Wrase/Helbig*). Maßgeblich ist vielmehr, ob die Ersatzschulen den Zugang eines Kindes zum Schulangebot (insbesondere: zum Unterricht) von einer Entgeltleistung der Eltern abhängig machen, ob also die Inanspruchnahme des schulischen Angebots der Ersatzschule mit der Entgeltleistung „steht und fällt“.

#### **a) Entgelte der Eltern für Unterricht und Lernmittel**

Das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verpflichtet die Ersatzschulen sicherzustellen, dass jedes Kind ungeachtet der finanziellen Verhältnisse seiner Eltern Zugang zur Schule hat. Der Zugang zur Ersatzschule kann durch jedes Entgelt versperrt werden, das mit dem Schulbesuch obligatorisch verbunden ist. Soweit die Ersatzschule für den Zugang zur Schule ein verbindliches Entgelt erhebt, muss es so gestaltet sein, dass es von allen Eltern ungeachtet ihrer finanziellen Verhältnisse gezahlt werden kann.

Zu dem Bereich der Ersatzschulen, zu denen Kinder nach dem Sonderungsverbot besitzunabhängig Zugang haben müssen, gehören nur Veranstaltungen, die den Schulbegriff des Art. 7 Abs. 1 GG erfüllen<sup>304</sup>. Das Sonderungsverbot ist systematisch auf den Begriff der (Ersatz-)Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG bezogen und beschränkt. Was zum Begriff der Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG gehört, ist derzeit im Fluss. Nach herrschender Auffassung, die den Begriff der Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG in

---

<sup>303</sup> Näher A).

<sup>304</sup> *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 105.



Anlehnung an *Heckel* organisatorisch-formal definiert<sup>305</sup>, ist zumindest der gesamte herkömmliche Unterricht durch Lehrer Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG<sup>306</sup>. Aus diesem Grund unterfallen dem Sonderungsverbot alle Entgelte, die die Ersatzschule für die Teilnahme am (Pflichtschul-)Unterricht und die Lernmittel erhebt<sup>307</sup>.

## **b) Entgelte der Eltern für außerunterrichtliche Angebote**

### **aa) Schulische Angebote**

Ob auch Entgelte für außerunterrichtliche Angebote wie Sonder- und Profilleistungen der Ersatzschulen von dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG erfasst sind, liegt nicht vergleichbar klar auf der Hand. Soweit solche Angebote Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sind, sind auch sie dem Sonderungsverbot unterworfen. Allerdings ist nicht geklärt, ob und welche außerunterrichtlichen Angebote von (öffentlichen oder privaten) Bildungseinrichtungen als Schule im Verfassungssinne zu qualifizieren

---

<sup>305</sup> Nach *Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 218 ist Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG „eine auf gewisse Dauer berechnete, an fester Stätte unabhängig vom Wechsel der Lehrer und Schüler in überlieferten Formen organisierte Einrichtung der Erziehung und des Unterrichts, die durch planmäßige und methodische Unterweisung eines größeren Personenkreises in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer bestimmte Bildungs- und Erziehungsziele zu verwirklichen bestrebt ist“; in Anlehnung an *Heckel* ebenso oder ähnlich statt vieler *Guckelberger*, RdJB 2012, 5 (13); *Stern*, Staatsrecht IV/2, 2011, S. 484 f.; Bezug nehmend auf die Schuldefinition von *Heckel* auch BVerfGE 75, 40 (77); BayVGh, NVwZ-RR 1995, 38 (39); VGHBW, NVwZ-RR 2003, 561 (562).

<sup>306</sup> Statt aller mit weiteren Nachweisen *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 32.

<sup>307</sup> So im Ergebnis die allgemeine Auffassung, Nachweise oben bei Fn. 300.

sind. Auf der Grundlage des herrschenden organisatorisch-formalen Schulbegriffs – der allerdings kritikwürdig ist<sup>308</sup> – werden zum Beispiel Nachhilfeunterricht<sup>309</sup> sowie Arbeitsgemeinschaften und Arbeitskreise<sup>310</sup> wohl überwiegend nicht als Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG angesehen. Dagegen sollen schulergänzende Veranstaltungen wie Schulspeisungen, -musik, -werkstätten, -reisen, -feste, -theater und -ausflüge nach wohl überwiegender Ansicht verfassungsrechtlich Schule sein<sup>311</sup>. Ob das Nachmittagsangebot von Ganztagschulen Schule im Verfassungssinne ist, ist ebenso ungeklärt<sup>312</sup> wie die Zugehörigkeit der Heimunterbringung in Internaten zum Schulbereich.

Im Rahmen dieses Gutachtens kann nicht geklärt werden, ob der herrschende Schulbegriff Zustimmung verdient und welche außerunterrichtlichen Angebote von (privaten oder öffentlichen) Bildungseinrichtungen Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sind. Insbesondere kann nicht untersucht werden, ob außerunterrichtliche Angebote „unter dem Dach“ der Schule und unter der Aufsicht von Schulpersonal, die im Kern Erziehungs- und nicht Bildungszwecken dienen, dem verfassungsrechtlichen Schulbegriff unterfallen. Feststeht: *Soweit* außerunterrichtliche Angebote Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sind, kommt das Sonderungsverbot für sie zur Anwendung.

---

<sup>308</sup> Eingehend *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 34.

<sup>309</sup> *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 7 Rn. 8; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 7 Rn. 2; *Geis*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2016, Art. 7 Rn. 13; anderer Ansicht *Bader*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, 2002, Art. 7 Rn. 21 Fn. 69.

<sup>310</sup> *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 7 Rn. 8 mit weiteren Nachweisen.

<sup>311</sup> BVerfG, NJW 2009, 3151 (3152): Schul-Theaterprojekt und Schul-Karnevalsveranstaltung; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 2: „alle mit dem Zweck der Schule unmittelbar zusammenhängenden Unternehmungen“; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Edition, Stand: 1.6.2017, Art. 7 Rn. 10.

<sup>312</sup> Dafür *Bumke*, NVwZ 2005, 519 ff.; in der Tendenz ähnlich *Geis*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2016, Art. 7 Rn. 38; dagegen *Broosch*, Ganztagschule und Grundgesetz, 2007, S. 22 ff.; *Schmahl*, DÖV 2006, 885 (892); *Tettinger*, NWVBl. 2005, 332 (334).

## bb) Nichtschulische Angebote mit Teilnahmepflicht

Soweit außerunterrichtliche Angebote von Ersatzschulen nicht zum Bereich der Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG zu zählen sind, kommt das Sonderungsverbot für sie grundsätzlich nicht zum Tragen. Etwas Anderes gilt nach seinem Schutzzweck aber dann, wenn die Ersatzschule den Zugang zum schulischen Angebot (v.a. Unterricht) an die Voraussetzung knüpft, dass auch das nichtschulische Angebot in Anspruch genommen wird. Sieht die Ersatzschule für das nichtschulische Angebot eine Teilnahmepflicht vor, unterliegen Entgelte für dieses Angebot dem Sonderungsverbot. Das Sonderungsverbot will sicherstellen, dass jedes Kind ungeachtet der finanziellen Leistungsfähigkeit seiner Eltern Zugang zum Unterricht (Schule im Verfassungssinne) der Ersatzschulen hat. Diese Allgemeinzugänglichkeit des Unterrichts wäre nicht sichergestellt, wenn zwar Entgelte für den Unterricht und Lernmittel dem Sonderungsverbot genügen müssten, Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote mit Teilnahmepflicht dagegen außen vor blieben. Sofern der Zugang zum Unterricht der Ersatzschule die Inanspruchnahme außerunterrichtlicher Angebote wie zum Beispiel Nachmittagsbetreuung voraussetzt, unterfallen Entgelte hierfür dem Sonderungsverbot. Da Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote nicht von Eltern aller Besitzschichten geleistet werden können, kann durch solche Entgelte der Zugang zum Unterricht der Ersatzschule ebenso versperrt werden wie durch Entgelte für den Unterricht selbst. Kosten für pflichtige nichtschulische Angebote einer Ersatzschule können die allgemeine Zugänglichkeit des Schulunterrichts ebenso behindern wie Kosten für den Unterricht selbst. Um zu verhindern, dass das Sonderungsverbot für den Schulunterricht faktisch leerläuft und um die Zugänglichkeit des Unterrichts für Kinder aller Einkommens- und Vermögenschichten zu gewährleisten, muss das Sonderungsverbot auch für Entgelte zum Tragen kommen, die von der Ersatzschule für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote mit Teilnahmepflicht erhoben werden<sup>313</sup>.

---

<sup>313</sup> Für eine Geltung des Sonderungsverbots für von den Eltern erhobene obligatorische Entgelte wohl OVG Bautzen, 2 A 47/09 vom 2.3.2011, Rn. 33 (juris), das zur Berechnung der Finanzhilfe neben einem monatlichen Schulgeld auch einen Vereinsbeitrag, einen Förderbeitrag und Arbeitsleistungen der Eltern an dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot misst; in diese Richtung deuten auch *Keller/Krampen*, Das Recht der Schulen in

Irrelevant ist, ob die Teilnahmepflicht für entgeltliche nichtschulische Angebote aufgrund einer gesetzlichen Regelung oder aufgrund des Schulvertrags der Ersatzschule besteht. In beiden Fällen kann der Zugang zum Unterricht der Ersatzschule für Schüler aus besitzschwachen Elternhäusern faktisch versperrt werden, sodass das Sonderungsverbot sinnfällig wird.

Bei der Bestimmung der Besitzangemessenheit des Entgelts für (schulische und nichtschulische) außerunterrichtliche Angebote sind Ersparnisse für eigene Aufwendungen der Eltern (z.B. für Mittagessen) zu berücksichtigen<sup>314</sup>.

Etwas Anderes kann nur für (schulische und nichtschulische) außerunterrichtliche Angebote gelten, die auch an vergleichbaren öffentlichen Schulen entgeltlich sind. Das Sonderungsverbot für private Ersatzschulen soll sicherstellen, dass die Ersatzschulen „in demselben Maße wie die öffentliche (Schule) die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern ausschaltet“; mehr als den öffentlichen Schulen ist den Ersatzschulen historisch<sup>315</sup> und aus Gründen der gebotenen Gleichbehandlung nicht zumutbar. Soweit allerdings die öffentlichen Schulen für entgeltliche Angebote außerhalb des Schulunterrichts Ermäßigungen für Schüler aus einkommens- und vermögensschwachen Verhältnissen vorsehen<sup>316</sup>, ist dies nach dem Sonderungsverbot auch von den Ersatzschulen zu verlangen.

#### cc) Nichtschulische Angebote ohne Teilnahmepflicht

Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote der Ersatzschulen ohne Teilnahmepflicht unterfallen dem Sonderungsverbot nicht. Solche Angebote versperren die Teilnahme am Schulunterricht auch dann

---

freier Trägerschaft, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 2014, 6. Kap. Rn. 31 mit Fn. 36.

<sup>314</sup> Vgl. etwa im Kontext der Grundsicherungsleistungen § 28 Abs. 6 Satz 1 SGB II: Berücksichtigung der „entstehenden Mehraufwendungen“.

<sup>315</sup> Näher mit Nachweisen bei Fn. 190.

<sup>316</sup> S. für Empfänger staatlicher Sozialleistungen etwa § 28 SGB II, wonach die Aufwendungen für Schulausflüge, mehrtägige Klassenfahrten, Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf, Mittagsverpflegung, Schülerbeförderung und ergänzende angemessene Lernförderung als Bildungsbedarf anerkannt sind; s. auch § 27a Abs. 1 Satz 3 SGB XII, wonach der notwendige Lebensunterhalt für Schüler auch die erforderlichen Hilfen für den Schulbesuch umfasst.

nicht, wenn sie nicht in Anspruch genommen werden. Ein Entgelt für solche Angebote berührt daher, auch wenn es sich nicht alle Eltern leisten können, die Zugänglichkeit des schulischen Bereichs der Ersatzschule, auf den das Sonderungsverbot systematisch bezogen und beschränkt ist, nicht.

Etwas Anderes kann nur gelten, wenn mit der Nichtinanspruchnahme des nichtschulischen außerunterrichtlichen Angebots trotz Freiwilligkeit eine soziale Abstempelung verbunden ist, etwa weil typischerweise (nur) besitzarme Schüler nicht hieran teilnehmen. In diesem Fall könnte ein Entgelt für ein freiwilliges nichtschulisches Angebot faktisch den Zugang zum Unterricht versperren. Besitzschwache Schüler könnten dem Unterricht fernbleiben, weil sie sich das nichtschulische Angebot nicht leisten können. In solchen Fällen käme das Sonderungsverbot nach seinem Schutzzweck auch für Entgelte für freiwillige nichtschulische Angebote zum Tragen.

Diese Grundsätze gelten auch für andere Geldleistungen der Eltern wie zum Beispiel Spenden und Förderbeiträge. Auch sie unterfallen dem Sonderungsverbot sowohl, wenn sie von der Ersatzschule für den Zugang zu schulischen Angeboten gefordert werden, als auch, wenn sie für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote mit Teilnahmepflicht anfallen. Für Spenden und Förderbeiträge für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote ohne Teilnahmepflicht gilt das Sonderungsverbot dagegen nicht.

## **5. Konsequenzen für den Gesetzgeber und die (Schul-)Verwaltung**

Der durch das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gezogene verfassungsrechtliche Rahmen für die Schülersauswahl und das Schulgeld der Ersatzschulen hat Konsequenzen für den Gesetzgeber und die Schulverwaltung, wenn sie das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot im Landesschulrecht konkretisieren<sup>317</sup>.

(1) Der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung darf die *Schülersauswahl* durch Ersatzschulen insoweit regeln, als eine Auswahl nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern untersagt werden darf. Dem

---

<sup>317</sup> Ob und inwieweit der Gesetzgeber oder die Verwaltung das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot in den Schulgesetzen oder -verordnungen konkretisieren muss, ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

Schutzzweck des Sonderungsverbots entsprechend darf nur die Benachteiligung von Schülern aus schlechteren Einkommens- und Vermögensverhältnissen gegenüber Schülern aus besseren Einkommens- und Vermögensverhältnissen verboten werden. Ersatzschulen, die ausschließlich einkommens- und vermögensschwachen Schülern offenstehen, darf der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung nicht unterbinden.

(2) Nach welchen einkommens- und vermögensfremden Kriterien die Ersatzschulen ihre Schüler auswählen, darf gesetzlich nicht festgelegt werden. Die Bestimmung dieser Auswahlkriterien liegt gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG in der Gestaltungsfreiheit der Ersatzschulen.

(3) Der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung darf die Ersatzschulen verpflichten, die Kriterien für die Schülersauswahl zu veröffentlichen (Transparenzgebot), damit die Eltern vor der Schulwahlentscheidung erkennen können, dass die Zulassung zur Schule besitzunabhängig erfolgt.

(4) Ob der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung den Ersatzschulen untersagen darf, *Schulgeld* zu erheben, ist zweifelhaft, weil Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG den privaten Schulen das Recht gewährt, ihre Finanzierung durch Erhebung von Schulgeld sicherzustellen. Ein Schulgeldverbot ist allenfalls zulässig, wenn das Land die dadurch entstehenden Mindereinnahmen vollständig durch Finanzhilfe ausgleicht.

(5) Es darf gesetzlich festgeschrieben werden, dass dem Sonderungsverbot neben Entgelten für Unterricht und Lernmittel sowie weitere schulische Angebote auch Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote mit Teilnahmepflicht genügen müssen.

(6) Die gesetzliche Festschreibung eines einheitlichen Schulgelds für alle Schüler (*einheitliches Schulgeld*) ist ebenso unzulässig wie die Festlegung eines Betrags, den das Schulgeld im Durchschnitt nicht übersteigen darf (*durchschnittliches Schulgeld*). Das Gleiche gilt für die Begrenzung des Schulgelds auf einen bestimmten *Prozentsatz des Einkommens der Eltern*.

(7) Der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung darf zwar festlegen, in welcher Höhe Schulgeld von Eltern mit niedrigem oder mittlerem Einkommen maxi-

mal erhoben werden darf. Eine Differenzierung nach Haushalts- und Familientypen ist dabei nur zulässig, wenn Eltern wegen der Haushalts- und Familiengröße ein kostendeckendes Schulgeld nicht tragen können. Für Empfänger staatlicher Sozialleistungen darf der Staat einen vollständigen Schulgelderlass vorsehen.

Die Ersatzschulen dürfen aber nicht verpflichtet werden, das Schulgeld gestaffelt nach dem Einkommen und Vermögen der Eltern zu erheben. Auf welche Weise die Ersatzschulen sicherstellen, dass Eltern nicht mehr als den (gesetzlich fixierten) Höchstbetrag des Schulgelds leisten, liegt in ihrer Gestaltungsfreiheit. Anstelle eines *einkommens- und vermögensbezogen gestaffelten Schulgelds* ist zum Beispiel ein einheitliches Schulgeld für alle Schüler zulässig, das auf Antrag von Eltern, die das Schulgeld nach ihrem Einkommen und Vermögen nicht entrichten können, vollständig erlassen wird (*einheitliches Schulgeld mit Schulgelderlass*).

(8) Eine Verpflichtung sämtlicher Eltern, deren Kind eine Ersatzschule besucht, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse gegenüber der Ersatzschule und/oder der Schulbehörde offenzulegen, ist verfassungswidrig. Das Gleiche gilt für eine Verpflichtung der Ersatzschulen, von den Eltern die Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu verlangen und die entsprechenden Einkommens- und Vermögensdaten (anonymisiert) der Schulbehörde zur Verfügung zu stellen. Die Offenlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse ist nur eine Obliegenheit derjenigen Eltern, die wegen ihrer Besitzverhältnisse eine Ermäßigung des Schulgelds beantragen.

(9) Zulässig ist eine gesetzliche Regelung, die die Ersatzschulen verpflichtet zu veröffentlichen, in welcher Höhe Schulgeld erhoben wird und welche Ermäßigungstatbestände bestehen.

(10) Da der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung den Ersatzschulen kein bestimmtes Schulgeldmodell vorgeben darf, sondern es der Autonomie der Ersatzschulen obliegt zu entscheiden, auf welche Weise sie dem Sonderungsverbot nachkommen, bleibt es der Schulbehörde vorbehalten, im Rahmen der Schulaufsicht bezogen auf das individuelle Schulgeldmodell der jeweiligen Ersatzschule und die konkreten Besitzverhältnisse der Eltern zu

ermitteln, ob das von der Ersatzschule geforderte Schulgeld dem Sonderungsverbot entspricht<sup>318</sup>.

## **E) Auswirkungen des Sonderungsverbots auf die Finanzhilfe der Bundesländer**

Aus dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot – und den weiteren Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG – folgt die Verpflichtung der Länder, die Ersatzschulen durch Finanzhilfe zu finanzieren (I.) und ergibt sich zugleich die Höhe der Finanzhilfepflicht (II.). Diese Konsequenzen des Sonderungsverbots für die Finanzhilfepflicht der Länder werden im Folgenden skizziert.

### **I. Finanzhilfepflicht der Bundesländer**

Das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 GG beinhaltet nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein an die Länder adressiertes Gebot, Ersatzschulen i.S.d. Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG zu fördern<sup>319</sup>. Der Grund für dieses Fördergebot sind nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die hohen Genehmigungshürden, die das Grundgesetz für Ersatzschulen errichtet. Die verfassungsrechtliche Förderpflicht hat „ihren Grund im regelmäßig bestehenden Unvermögen der privaten Schulträger, aus eigener Kraft sämtliche Anforderungen des Grundgesetzes (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG) für die Genehmigung der Schule

---

<sup>318</sup> Ebenso *Avenarius*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen, in: *Avenarius – Pieroth/Barczak*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 9 (53 f.).

<sup>319</sup> BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (115); 112, 74 (83); BVerfG, 1 BvL 26/96 u.a. vom 4.3.1997, Rn. 29 (juris) – std. Rspr.; s. auch BVerwGE 79, 154 (155 f.); VerfG Bbg, 31/12 vom 12.12.2014, Rn. 112 (juris); aus dem Schrifttum statt aller *Pieroth/Barczak*, Die Freien Schulen in der Standortkonkurrenz, in: *Avenarius – Pieroth/Barczak*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, S. 71 (94 ff.); *Vogel*, Zwischen „struktureller Unmöglichkeit“ und „Gefährdung der Institution Ersatzschulwesen“, in: *Hufen/Vogel* (Hrsg.), Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft? Rechtsprechung und Realität im Schutzbereich eines bedrohten Grundrechts, 2006, S. 17 (17 ff.); *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 108.



gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen.“<sup>320</sup> Die 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>321</sup>. Damit Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG „nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen“ verkümmert<sup>322</sup> und die Privatschulfreiheit leerläuft, „schuldet der Staat ... einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden.“<sup>323</sup> Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot ist gemeinsam mit den übrigen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 3 GG der Grund für die Finanzhilfepflicht des Staates.

Ob ein weiterer Grund für die staatliche Finanzhilfepflicht darin liegt, dass den Ersatzschulen eine „Ersatz-Funktion“ gegenüber öffentlichen Schulen zukommt und sie dem Staat finanzielle Aufwendungen für öffentliche Schulen ersparen, ist nicht geklärt<sup>324</sup>.

Diesem objektiven Fördergebot aus Art. 7 Abs. 4 GG soll zwar nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich kein verfassungsunmittelbarer Anspruch der Ersatzschulen auf Förderung korrespondieren<sup>325</sup> – wohl deswegen, weil die Förderpflicht „dem Ersatzschulwesen als Institution geschuldet“ sei<sup>326</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat dies aber vor dem Hintergrund entschieden, dass die einzelne Ersatzschule keinen Bestandsschutz genießt und ihr Träger nicht verlangen könne, „vom Staat

---

<sup>320</sup> BVerfGE 90, 128 (138); vgl. auch BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (115); vgl. auch Sächs-VerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 93 (juris); VerfG Meckl.-Vorp., 1/00 vom 18.9.2001, Rn. 59 (juris).

<sup>321</sup> BVerfGE 75, 40 (67).

<sup>322</sup> BVerfGE 75, 40 (65).

<sup>323</sup> BVerfGE 90, 107 (115).

<sup>324</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, R&B 1/2016, 2 (10).

<sup>325</sup> BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 90, 107 (117); ebenso BVerwG, 6 C 18/10 vom 21.12.2011, Rn. 14 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 233/12 vom 11.4.2013, Rn. 36 (juris). Kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung statt vieler *Vogel*, R&B 1/2015, 15 (15 ff.); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 109.

<sup>326</sup> BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116). Aus diesem Grund soll ein verfassungsunmittelbarer Förderanspruch der Ersatzschulträger ausnahmsweise bestehen, „wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre“, BVerfGE 112, 74 (84); vgl. BVerfGE 75, 40 (67); 90, 107 (117).

auch dann noch gefördert zu werden, wenn ... die Schule nicht mehr lebensfähig ist, weil sie von der Bevölkerung ... nicht mehr angenommen wird“<sup>327</sup>. Es ist daher unklar, ob das Bundesverfassungsgericht einen verfassungsunmittelbaren Förderanspruch auch für den Fall ausschließen wollte, dass die einzelne Ersatzschule nach ihren individuellen Gründungs- und Betriebsbedingungen Aussicht auf dauerhaften Bestand hat.

Ein verfassungsunmittelbarer Förderanspruch der Ersatzschulen folgt letztlich 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 entsprechenden Förderanspruch der einzelnen Ersatzschule das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht zur Gründung und zum Betrieb privater (Ersatz-)Schulen leer<sup>328</sup>.

## II. Höhe der Finanzhilfe

Aus dem Sonderungsverbot und den übrigen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG ergibt sich zugleich die Höhe der vom Staat zu leistenden Finanzhilfe. Das hierzu in der Rechtsprechung und im Schrifttum entwickelte Drei-Säulen-Modell wird allerdings dem verfassungsrechtlichen Rahmen für die Ersatzschulen nicht gerecht (s. 1.). Es bedarf der Fortentwicklung, um dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zu entsprechen (s. 2.).

### 1. Herkömmliches Drei-Säulen-Modell zur Berechnung der Finanzhilfe

Hinsichtlich der Höhe der Finanzhilfe für die Ersatzschulen ist der Staat nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gem. Art. 7 Abs. 4 GG „nur

---

<sup>327</sup> BVerfGE 112, 74 (84).

<sup>328</sup> Für einen verfassungsunmittelbaren Förderanspruch der Ersatzschulen im Ergebnis auch *Loschelder*, Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV/1, 2011, § 110 Rn. 78.

verpflichtet, einen Beitrag bis zur Höhe des Existenzminimums der Institution Ersatzschulwesen zu leisten<sup>329</sup>. Im Lichte der ratio des Fördergebots, das dazu dient, den Ersatzschulen durch Finanzhilfe die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen zu ermöglichen, muss diese Rechtsprechung 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 GG benötigt<sup>330</sup>. Da das grundgesetzliche Fördergebot dem Unvermögen privater Schulen geschuldet ist, die Anforderungen an die Genehmigung als Ersatzschule aus eigener Kraft zu erfüllen, müssen die Länder die Ersatzschulen in dem Maße fördern, wie es zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erforderlich ist.

Entsprechend dem Zweck der Finanzhilfepflicht der Länder, den Ersatzschulen die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu ermöglichen, was die Gleichwertigkeit der Ersatzschule mit entsprechenden öffentlichen Schulen erfordert<sup>331</sup>, gestattet die Rechtsprechung den Ländern, sich hinsichtlich der Höhe des Finanzhilfebedarfs der Ersatzschulen an den Kosten des öffentlichen Schulwesens zu orientieren<sup>332</sup>. Die Ersatzschulen könnten nicht beanspruchen, „eine bessere Ausstattung als vergleichbare öffentliche Schulen zu erhalten.“<sup>333</sup>

Dieser Finanzhilfebedarf müsse nicht allein aus staatlichen Mitteln gedeckt werden, sondern die Länder dürften bei der Festlegung des Niveaus

---

<sup>329</sup> BVerfGE 75, 40 (68); BVerfG, 1 BvL 26/96 u.a. vom 4.3.1997, Rn. 29 (juris).

<sup>330</sup> 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), vgl. auch *Eisinger/Warnsdorf/Falterbaum/Feldt*, *Bildungsfinanzierung*, 2010, S. 23: Erforderlichkeit einer kostendeckenden Finanzierung privater Ersatzschulen.

<sup>331</sup> 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*, *Freiräume der Schulen in freier Trägerschaft*, 1998, S. 12 f.

<sup>332</sup> 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*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 231.

<sup>333</sup> BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 90, 128 (139); VerfG Meckl.-Vorp., 1/00 vom 18.9.2001, Rn. 62 (juris).

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 sowie zumindest während der „Gründungsphase“ der Ersatzschule eine von ihr zu erbringende sog. Eigenleistung<sup>334</sup>. Diese Eigenleistung, die im Gegensatz zum Schulgeld für Unterricht und Lernmittel nicht dem Sonderungsverbot unterliege<sup>335</sup>, könne insbesondere durch Nutzung eigenen Vermögens, aus Einnahmen kostenpflichtiger Zusatzangebote (Sonder- und Profilleistungen wie Mittagessen, Hausaufgabenbetreuung und Nachhilfe), durch Fördervereine, Stiftungen und Spenden<sup>336</sup> sowie zumindest vorübergehend auch durch Aufnahme von Krediten<sup>337</sup> erwirtschaftet werden. Zur Finanzierung der Eigenleistung kämen sowohl finanzstarke Dritte als auch Eltern in Betracht<sup>338</sup>. Außerdem könne die

---

<sup>334</sup> 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 Berücksichtigung einer Eigenleistung der Ersatzschulen 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); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 60 ff. (juris) unter ausdrücklicher Beschränkung auf die Gründungsphase; 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 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar*, 14. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 29; *Wißmann*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 228; *Wolff*, in: *Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar*, 11. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 15.

<sup>335</sup> BVerfGE 90, 107 (120); zu dieser Rechtsprechung näher *Vogel*, RdJB 2005, 255 (259 f.).

<sup>336</sup> 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); VGH Baden-Württemberg, 9 S 47/03 vom 19.7.2005, Rn. 50 (juris).

<sup>337</sup> 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); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 66 (juris).

<sup>338</sup> Explizit BVerfGE 90, 107 (119 f.); ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 136 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 60 ff. (juris), dabei ausdrücklich auf die Gründungsphase der Ersatzschule beschränkt („Gründungseltern“, nicht „Nutzungseltern“); *Wißmann*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 183. Aktualisierung März 2017, Art. 7 Rn. 228.

Eigenleistung durch Einsparungen der Ersatzschulen im Schulbetrieb generiert werden<sup>339</sup>. Damit die drei Säulen insgesamt eine auskömmliche Finanzierung der Ersatzschulen ergeben, habe der Gesetzgeber zu ermitteln, in welchem Umfang Schul- und Lernmittelgeld im Rahmen des Sonderungsverbots erhoben werden darf<sup>340</sup> und welche Eigenleistung den Schulen möglich und zumutbar ist<sup>341</sup>. Dabei stehe dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu<sup>342</sup>. Ob die einzelne Schule das vom Gesetzgeber ermittelte Schulgeld und die angenommene Eigenleistung tatsächlich erwirtschaften kann, sei ohne Belang<sup>343</sup>.

## 2. Kritik am herkömmlichen Drei-Säulen-Modell und Weiterentwicklung

Dieses Drei-Säulen-Modell, das für die Höhe der Finanzhilfe für Ersatzschulen auf die Kosten öffentlicher Schulen abstellt und auf die Finanzhilfe ein nach Maßgabe des Sonderungsverbots mögliches Unterrichts- und Lernmittelentgelt sowie eine Eigenleistung anrechnet, wird dem Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG mehrfach nicht gerecht. Aus der Privatschulfreiheit und den besonderen Genehmigungsbedingungen für Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG) folgt, dass die Finanzhilfe sämtliche mit der Gründung und dem Betrieb der jeweiligen Ersatzschule verbundenen Kosten tragen muss, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung anfallen. Schulgeld und eine (weitere) Eigenleistung der Ersatzschulen dürfen nur unter engen Voraussetzungen finanzhilfemindernd berücksichtigt werden.

---

<sup>339</sup> 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; gleichsinnig VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 64; VGH Baden-Württemberg, 9 S 47/03 vom 19.7.2005, Rn. 49 ff. (juris).

<sup>340</sup> 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.

<sup>341</sup> 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).

<sup>342</sup> ThürVerfGH, VerfGH 13/11 vom 21.5.2014, Rn. 137 (juris); SächsVerfGH, Vf. 25-II-12 vom 15.11.2013, Rn. 127 (juris).

<sup>343</sup> Explizit VGH Baden-Württemberg, 9 S 47/03 vom 19.7.2005, Rn. 48 (juris); näher *Thiel*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 64.

**a) Höhe der Finanzhilfe: Deckung der notwendigen Kosten der jeweiligen Ersatzschule**

Eine Beschränkung der Höhe der Finanzhilfe für Ersatzschulen auf die Höhe der Kosten entsprechender öffentlicher Schulen legt zwar der Zweck des Fördergebots aus Art. 7 Abs. 4 GG nahe. Das Fördergebot soll die Ersatzschulen in die Lage versetzen, die Genehmigungsbedingungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu erfüllen, was Gleichwertigkeit mit öffentlichen Schulen erfordert<sup>344</sup>. Auch dann, wenn man den Zweck der Finanzhilfe darin sähe, dass Ersatzschulen dem Staat finanzielle Aufwendungen für eigene (öffentliche) Schulen ersparen<sup>345</sup>, wäre Finanzhilfe nur in dem Umfang der Kosten öffentlicher Schulen geboten.

Eine solche Begrenzung des Finanzhilfeumfangs wird aber dem Grundrecht der Privatschulfreiheit nicht gerecht. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährt ein Grundrecht zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen<sup>346</sup>, was die Freiheit der Gestaltung der Privatschule einschließt<sup>347</sup>. „Die Privatschule ist dadurch gekennzeichnet, daß in ihr ein eigenverantwortlich geprägter und gestalteter Unterricht erteilt wird insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte.“<sup>348</sup> Es gehört daher zum Kern der Privatschulfreiheit, von den öffentlichen Schulen abweichende Schulprofile und -konzepte zu verwirklichen, solange nur die Gleichwertigkeit des Bildungserfolgs gewährleistet ist<sup>349</sup>. Mit dieser Absage an ein Schulmonopol des Staates<sup>350</sup> und dem entsprechenden „Wettbewerb“ öffentlicher und privater Schulen um Konzepte sucht Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG für Pluralismus im Bildungs- und Erziehungswesen

---

<sup>344</sup> Oben bei Fn. 331.

<sup>345</sup> Näher bei Fn. 324.

<sup>346</sup> Statt aller BVerfGE 112, 74 (83).

<sup>347</sup> Statt aller *Vogel*, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 3. Aufl. 1997, S. 17, 24.

<sup>348</sup> BVerfGE 88, 40 (46 f.); 90, 107 (114).

<sup>349</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 106.

<sup>350</sup> BVerfGE 27, 195 (201); 34, 165 (197); 75, 40 (62); 90, 107 (114).

zu sorgen<sup>351</sup> und der Innovationsfreudigkeit der Privatschulen Rechnung zu tragen<sup>352</sup>.

Diese Autonomie der Privatschulen und die Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zugrunde liegenden Ziele können leerlaufen, wenn die Ersatzschulen nur über diejenigen finanziellen Mittel verfügen, die auch öffentlichen Schulen zur Verfügung stehen. Wenn für das autonom gewählte Konzept einer Ersatzschule (bei wirtschaftlicher Betriebsführung) höhere Kosten als für öffentlichen Schulen anfallen, muss gewährleistet sein, dass die Ersatzschule über die zur Deckung dieser Kosten notwendigen finanziellen Mittel verfügt. Anderenfalls könnten Ersatzschulen keine von öffentlichen Schulen abweichenden Schulprofile und -konzepte entwickeln, wenn hiermit bei wirtschaftlicher Betriebsführung höhere Kosten verbunden sind, was aber das Grundrecht der Privatschulfreiheit garantiert. Der von Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG intendierte Pluralismus im Bildungs- und Erziehungswesen würde nicht erreicht. Die Ersatzschulen können daher durchaus beanspruchen, „eine bessere Ausstattung als vergleichbare öffentliche Schulen zu erhalten“<sup>353</sup>, wenn dies zur Finanzierung ihres Schulprofils erforderlich ist<sup>354</sup>.

Da die Ersatzschulen die mit ihrem individuell gewählten Schulkonzept verbundenen Kosten wegen der hohen Genehmigungshürden des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht aus eigener Kraft erbringen können, müssen die Kosten durch Finanzhilfe des Staates gedeckt werden. Es mag daher zwar zulässig sein, dass sich der Staat hinsichtlich der Höhe des Finanzhilfebetrags der Ersatzschulen an den Kosten des öffentlichen Schulwesens orientiert; gehen aber die Kosten der Ersatzschulen über die Kosten öffentlicher Schulen hinaus, muss die Deckungslücke durch staatliche Mittel geschlossen werden. Umlagefähig sind dabei nur die Kosten der wirtschaftlichen Betriebsführung. Ob die Ersatzschulen nach Art. 7 Abs. 4, Art. 12

---

<sup>351</sup> Vgl. BVerfGE 90, 107 (116); näher *Tillmanns*, Die Freiheit der Privatschulen nach dem Grundgesetz, 2006, S. 11.

<sup>352</sup> *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 103 mit weiteren Nachweisen.

<sup>353</sup> Formulierung aus BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116); 90, 128 (139).

<sup>354</sup> Im Ergebnis ebenso *Vogel*, R&B 1/2017, 2 (3).

Abs. 1 GG auch Anspruch auf einen angemessenen Gewinn haben, sei dahingestellt.

aa) Kosten für Unterricht und Lernmittel und schulische außerunterrichtliche Angebote

In die durch Finanzhilfe zu deckenden Kosten der Ersatzschulen sind dabei die Kosten für sämtliche schulischen Leistungen einzubeziehen, weil für sie das Sonderungsverbot zur Anwendung kommt, sodass die Erhebung kostendeckender Schulgelder und damit eine Selbstfinanzierung praktisch ausgeschlossen ist. Zu berücksichtigen sind daher die Kosten für Unterricht und Lernmittel sowie die Kosten für außerunterrichtliche Angebote, soweit sie die Voraussetzungen von Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG erfüllen<sup>355</sup>.

bb) Kosten für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote

Fraglich ist, ob eine Finanzgewährleistungspflicht des Staates auch für die Kosten für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote gilt.

Soweit für solche Angebote *keine* (gesetzliche oder schulvertragliche) *Teilnahmepflicht* besteht, muss der Staat die Kosten nicht durch Finanzhilfe ersetzen. Entgelte für nichtschulische Angebote ohne Teilnahmepflicht unterliegen nicht dem Sonderungsverbot<sup>356</sup> und können daher von den Ersatzschulen durch Erhebung kostendeckender Entgelte selbst finanziert werden.

Eine andere Beurteilung könnte geboten sein, wenn die Ersatzschulen für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote eine *Teilnahmepflicht* vorsehen. Entgelte für solche Angebote unterliegen dem Sonderungsverbot<sup>357</sup>. Da die Finanzhilfe die Kehrseite der verfassungsrechtlichen Regulierung, namentlich des Sonderungsverbots des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ist, könnte für die mit solchen Angeboten verbundenen Kosten eine Finanzhilfepflicht

---

<sup>355</sup> Hierzu oben D) IV. 4. b) aa).

<sup>356</sup> Oben D) IV. 4. b) cc).

<sup>357</sup> Oben D) IV. 4. b) bb).



des Staates bestehen. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass die Ersatzschulen die Teilnahme an außerunterrichtlichen Angeboten, die nicht Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG sind<sup>358</sup>, nicht zur Pflicht erheben müssen. Sie können den Eltern die Wahl lassen, ob sie das entsprechende Angebot in Anspruch nehmen. Mit Blick hierauf erscheint es zweifelhaft, dem Staat die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote aufzuerlegen, wenn die Ersatzschule freiwillig eine Teilnahmepflicht vorsieht, sodass sie ihre Möglichkeiten zur Erhebung von Schulgeld durch das Sonderungsverbot begrenzt. Die Ersatzschule „unterwirft“ sich gleichsam freiwillig dem Sonderungsverbot.

Insoweit wird man wohl differenzieren müssen: Das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG erstreckt sich nur auf Angebote, die Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG sind. Den Ersatzschulen steht dabei gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG das Recht zu, über die Verteilung des Schulunterrichts über den Tag autonom zu befinden. Sieht die Ersatzschule den Unterricht als Block am Vormittag vor und beschränkt sie das Nachmittagsangebot im Wesentlichen auf nichtschulische Inhalte, lassen sich diese beiden Blöcke organisatorisch voneinander trennen (additives Modell). Die Ersatzschulen müssen in diesem Fall keine Teilnahmepflicht für das nichtschulische Nachmittagsangebot vorsehen, sondern können den Eltern die Wahl lassen, ob sie es Anspruch nehmen. Da für freiwillige nichtschulische Angebote das Sonderungsverbot nicht gilt<sup>359</sup>, können die Ersatzschulen diese Angebote selbst durch kostendeckende Entgelte finanzieren. Eine Finanzgewährleistungspflicht des Staates besteht insoweit nicht. Das gilt auch, wenn Ersatzschulen für das nichtschulische Angebot eine Teilnahmepflicht vorsehen, obwohl dies nach ihrem Schulkonzept organisatorisch nicht notwendig ist. Sie unterwerfen sich dadurch freiwillig dem Sonderungsverbot, was nicht zu Lasten des öffentlichen Haushalts gehen kann.

Das Unterrichtskonzept der Ersatzschule kann aber auch vorsehen, dass die schulischen (Unterricht) und nichtschulischen Angebote nicht als Blöcke nebeneinander stehen, sondern zeitlich, personell und sächlich eng miteinander verknüpft sind, zum Beispiel unterrichtliche und außerunterrichtliche

---

<sup>358</sup> Näher bei Fn. 312.

<sup>359</sup> Oben D) IV. 4. b) cc).

Inhalte im ständigen Wechsel folgen (integratives Modell). In diesem Fall kann organisatorisch eine Teilnahme an den nichtschulischen Elementen erforderlich sein, damit das Unterrichtskonzept verwirklicht werden kann. Die schulischen und nichtschulischen Elemente können ein einheitliches Schulkonzept bilden, das Ausfluss der Autonomie des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ist. Bei einem solchen Schulkonzept dürfte die Ersatzschule berechtigt sein, auch für die außerunterrichtlichen Angebote eine Teilnahmepflicht vorzusehen. In der Konsequenz gilt das Sonderungsverbot auch für die nichtschulischen Elemente, sodass die Ersatzschulen diese Angebote nicht selbst durch kostendeckende Entgelte finanzieren können. Eine Finanzgewährleistungspflicht des Staates dürfte daher in diesem Fall auch für die Kosten der nichtschulischen Angebote bestehen.

Allerdings muss grundsätzlich vorab geklärt werden, ob und inwieweit außerunterrichtliche Angebote zur Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG gehören, sodass für sie das Sonderungsverbot unmittelbar zur Anwendung kommt und damit auch eine Finanzgewährleistungspflicht des Staates besteht. Dies ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens<sup>360</sup>.

## **b) Berücksichtigung von Schulgeld**

Dieser Finanzhilfebedarf muss nicht allein aus staatlichen Mitteln gedeckt werden, sondern die Länder dürfen bei der Festlegung des Niveaus der Finanzhilfe in Rechnung stellen, dass die Finanzierung der Ersatzschulen neben staatlichen Mitteln auch auf Schulgeld sowie ggf. einer Eigenleistung beruhen kann (Drei-Säulen-Modell). Für die Berücksichtigung von Schulgeld und einer Eigenleistung der Ersatzschulen bei der Berechnung des Finanzhilfebedarfs gelten aber enge Voraussetzungen.

### **aa) Unterschiedliche Möglichkeiten der Ersatzschulen zur Erhebung von Schulgeld**

*Entgelte für Unterricht und Lernmittel* darf der Staat auf die Finanzhilfe allenfalls in dem Maße anrechnen, in dem es die jeweilige Ersatzschule un-

---

<sup>360</sup> S. bereits oben D) IV. 4. b) aa).

ter Wahrung des Sonderungsverbots tatsächlich erheben kann. Die Ersatzschulen haben jeweils unterschiedliche Möglichkeiten, Schulgeld für Unterricht und Lernmittel zu erheben. Wegen des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots hängt die Höhe des zulässigen Schulgelds von dem jeweiligen Einzugsgebiet der Schule und den Besitzverhältnissen der Eltern ab. Würde man – mit der Rechtsprechung – für die Berechnung der Finanzhilfe des Staates ein durchschnittliches Schulgeld zugrunde legen, blieben die unterschiedlichen Möglichkeiten der Ersatzschulen zur Schulgelderhebung unbeachtet und würden die Kosten von Ersatzschulen, die nur ein geringes Schulgeld erwirtschaften können, teilweise ungedeckt.

Das Gleiche gilt für Entgelte für *außerunterrichtliche Angebote, die Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sind*, sodass für sie das Sonderungsverbot ebenso gilt wie für Entgelte für Unterricht und Lernmittel. Solche Entgelte darf der Staat auf die Finanzhilfe nur anrechnen, soweit sie die Ersatzschule nach Maßgabe des Sonderungsverbots tatsächlich erheben kann.

Und auch Entgelte für *nichtschulische außerunterrichtliche Angebote*, für die Ersatzschulen wegen des Schulkonzepts eine *Teilnahmepflicht* vorsehen dürfen, darf der Staat bei der Berechnung des Finanzhilfebedarfs nur berücksichtigen, soweit die Ersatzschule solche Entgelte unter Wahrung des Sonderungsverbots erheben kann.

#### bb) Verzicht der Ersatzschulen auf Schulgeld

##### (1) Entgelte für Unterricht und Lernmittel

Es sprechen gute Argumente dafür, dass *Schulgeld für Unterricht und Lernmittel* bei der Berechnung der Finanzhilfe außerdem nur berücksichtigt werden darf, wenn die Ersatzschule es tatsächlich erhebt. Es genügt nicht, dass eine Ersatzschule die Möglichkeit hat, Entgelte für Unterricht und Lernmittel (unter Wahrung des Sonderungsverbots) zu erheben, sondern sie muss von dieser Erhebungsmöglichkeit auch Gebrauch machen. Verzichtet die Ersatzschule auf Schulgeld für Unterricht und Lernmittel, darf der Staat das verfassungsrechtlich mögliche – fiktive – Schulgeld nicht finanzhilfemindernd berücksichtigen. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Schule insgesamt auf Schulgeld für Unterricht und Lernmittel verzichtet, als auch, wenn

sie Schulgeld in geringerem Maße erhebt, als das Sonderungsverbot gestattet. So kann sie zum Beispiel auf eine Kompensation der Verluste durch Schulgeld für besitzschwache Eltern durch stärkere Belastung besitzstarker Eltern verzichten.

Dass ein Verzicht von Ersatzschulen auf Schulgeld die Finanzhilfe des Staates nicht mindern darf, legt das Grundrecht der Privatschulfreiheit nahe. Die Freiheit zur Errichtung und zum Betrieb privater Schulen gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG umfasst das Recht, über das innere Konzept der Schule autonom zu befinden<sup>361</sup>.

(1) Hiervon umfasst ist ein Konzept einer Ersatzschule, das sich speziell an Schüler aus finanziell benachteiligten Schichten wendet<sup>362</sup>. Bei einem solchen Schulprofil sind bereits nach dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot kaum Schulgeldeinnahmen möglich, sodass nur das geringe Schulgeld auf die Finanzhilfe des Staates angerechnet werden darf.

(2) Entsprechend ist ein Konzept der Ersatzschule durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG legitimiert, das auf die Erhebung von Schulgeld ungeachtet dessen verzichtet, ob dies nach dem Sonderungsverbot in Anbetracht der Schüler- und Elternschaft notwendig ist; insoweit ist die „entgeltfreie Schule“ Schulkonzept. Von Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ist die Entscheidung des Schulträgers umfasst, auf eine „Kommerzialisierung“ der Schule durch Erhebung von Schulgeld für Unterricht und Lernmittel zu verzichten. Ersatzschulen sind gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 und 3 GG zur Erhebung von Schulgeld zwar berechtigt<sup>363</sup>, aber nicht verpflichtet. Bei einem solchen autonom gewählten Konzept darf die Finanzhilfe des Staates zumindest dann nicht um die (unter Wahrung des Sonderungsverbots) *möglichen* Schulgeldeinnahmen gemindert werden, wenn und soweit das Land für öffentliche Schulen mit *entsprechendem Schulkonzept* (und vergleichbaren Kosten) ebenfalls Schulgeldfreiheit gewährt. Auf Schulgeld für den Unterricht an öffentlichen Schu-

---

<sup>361</sup> Näher B) I.

<sup>362</sup> Näher D) III. 1. a).

<sup>363</sup> D) IV. 1.

len und für Lernmittel für minderbemittelte Schüler verzichten die öffentlichen Schulen regelmäßig<sup>364</sup>, sodass das Land die Kosten des Schulunterrichts selbst trägt. Es findet auch keine Kompensation des Schulgeldausfalls für Schüler aus finanziell benachteiligten Schichten durch Erhebung eines (hohen) Schulgelds von Schülern aus finanzstarken Schichten (Umverteilung) statt. Entsprechend müssen die Ersatzschulen mit vergleichbarem Schulkonzept auf Schulgeld für Unterricht und Lernmittel verzichten können, ohne dass dies die Finanzhilfe mindert. Dies ergibt sich schon aus der aus Art. 7 Abs. 4 GG folgenden Notwendigkeit einer Gleichbehandlung von öffentlichen Schulen und privaten Ersatzschulen. Bei ungleichen Finanzierungsbedingungen für öffentliche Schulen und Ersatzschulen entstünden ungleiche Bedingungen zwischen dem Staat und dem privaten Schulträger. Der von Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG intendierte „Wettbewerb der Konzepte“<sup>365</sup> würde verzerrt; er würde zugunsten des Staates und zulasten der Ersatzschulen beeinflusst, wenn der Staat für öffentliche Schulen Schulgeldfreiheit gewähren dürfte und die Ersatzschulen für das gleiche (Schul-)Angebot Schulgeld erheben müssten. Auch insoweit gilt: mehr als den öffentlichen Schulen ist den Ersatzschulen nicht zuzumuten<sup>366</sup>.

(3) Der Verzicht von Ersatzschulen auf Schulgeld dürfte aber ohne finanzielle Abstriche bei der Finanzhilfe auch zulässig sein, wenn die Ersatzschulen ein Schulkonzept wählen, das von dem Konzept öffentlicher Schulen abweicht, etwa weil es einen innovativen Ansatz bei der Vermittlung des Lernstoffs verfolgt oder einen besonderen inhaltlichen Schwerpunkt setzt und deshalb mit erhöhten Kosten verbunden ist. In diesem Fall würde der „Wettbewerb der Konzepte“ nicht unmöglich gemacht, aber wesentlich erschwert, wenn der Staat einen Verzicht der Ersatzschulen auf Schulgeld finanzhilfemindernd berücksichtigen dürfte. Müssten die Ersatzschulen von dem Bildungs- und Erziehungskonzept öffentlicher Schulen abweichende, innovative Schulkonzepte durch Schulgeld finanzieren, während der Staat für die öffentlichen Schulen Schulgeldfreiheit vorsieht, wäre die Realisie-

---

<sup>364</sup> Näher *Avenarius*, in: *Avenarius/Füssel*, *Schulrecht*, 8. Aufl. 2010, S. 505 f.

<sup>365</sup> S. bereits bei Fn. 350.

<sup>366</sup> Näher bei Fn. 190.

rung des besonderen Schulkonzepts der Ersatzschule und damit von Innovationen im Schulwesen wesentlich gehemmt. Damit liefe das Anliegen des Grundrechts der Privatschulfreiheit, durch von öffentlichen Schulen abweichende Schulprofile und -konzepte und entsprechenden „Wettbewerb“ zwischen öffentlichen und privaten Schulen für Innovation und Pluralismus bei der schulischen Bildung und Erziehung zu sorgen<sup>367</sup>, ein Stück weit leer.

Das gilt umso mehr, als die Länder in ihren öffentlichen Schulen gem. Art. 7 Abs.1 GG selbstverständlich neue, innovative Schulkonzepte einführen und hierfür Schulgeldfreiheit vorsehen dürfen. In diesem Fall sind auch die privaten Ersatzschulen berechtigt, für entsprechende Schulkonzepte auf Schulgeld zu verzichten, weil anderenfalls der verfassungsrechtlich intendierte „Wettbewerb der Konzepte“ zugunsten des Staates verzerrt würde<sup>368</sup>. Umgekehrt muss es auch den privaten Ersatzschulen gestattet sein, von sich aus Innovationen im Schulwesen zu verwirklichen und hierfür Schulgeldfreiheit vorzusehen, ohne dass ihnen dadurch bei der Finanzhilfe Nachteile erwachsen. Anderenfalls würden Innovationen durch öffentliche Schulen gegenüber solchen durch private Schulen begünstigt und damit der Wettbewerb im Schulwesen eingeschränkt, was dem Zweck des Privatschulgrundrechts aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG zuwiderliefe.

Diese Gründe sprechen dafür, dass die Finanzhilfe des Staates nicht subsidiär ist gegenüber der Möglichkeit der Ersatzschulen, Schulgeld für Unterricht und Lernmittel zu erheben. Die Länder müssen die durch einen Verzicht auf Schulgeld entstehenden Mindereinnahmen der Ersatzschulen vollständig kompensieren, soweit dies zur Deckung der Kosten der Ersatzschule notwendig ist<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> Näher bei Fn. 352.

<sup>368</sup> Oben bei Fn. 365.

<sup>369</sup> Ebenso bezogen auf Schulgeld allgemein *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 32 Rn. 32: „Gewähren die Schulen Schulgeldfreiheit ..., haben sie Anspruch auf einen entsprechenden Ausgleich.“

## (2) Entgelte für außerunterrichtliche Angebote

Nichts Anderes gilt für die Finanzierung *außerunterrichtlicher Angebote* der Ersatzschulen, die als *Schule* i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG zu qualifizieren sind. Ein Verzicht einer Ersatzschule auf Entgelte für solche Angebote ist durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG legitimiert, sodass der Staat ebenso wie bei Entgelten für Unterricht und Lernmittel verpflichtet ist, die entsprechenden Mindereinnahmen durch Finanzhilfe auszugleichen<sup>370</sup>.

Das Gleiche dürfte für *nichtschulische außerunterrichtliche Angebote* gelten, für die die Ersatzschulen nach ihrem Schulkonzept eine Teilnahmepflicht vorsehen dürfen (integratives Modell)<sup>371</sup>. Ein Verzicht auf Entgelte für solche Angebote dürfte wegen der engen Verknüpfung mit dem Unterricht ebenfalls von der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG umfasst und nicht „nur“ durch das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützt sein. Der Staat dürfte daher wohl ebenso wie bei den Entgelten für Unterricht und Lernmittel verpflichtet sein, bei einem Verzicht der Ersatzschulen auf Entgelte die Mindereinnahmen zu kompensieren<sup>372</sup>.

Die Kosten für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote, für die die Ersatzschulen nach ihrem Schulkonzept keine Teilnahmepflicht vorsehen müssen (additives Modell)<sup>373</sup>, bleiben bei der Berechnung des Finanzhilfebedarfs von vornherein außen vor<sup>374</sup>.

### **c) Berücksichtigung einer weiteren Eigenleistung der Ersatzschulen**

Neben Schulgeld darf der Staat eine weitere Eigenleistung von den Ersatzschulen zur Deckung ihrer Kosten nur in engen Grenzen erwarten und entsprechend bei der Berechnung des Finanzhilfebedarfs berücksichtigen.

---

<sup>370</sup> Vgl. die Gründe unter E) II. 2. b) bb) (1).

<sup>371</sup> Näher E) II. 2. a) bb).

<sup>372</sup> Vgl. die Gründe unter E) II. 2. b) bb) (1).

<sup>373</sup> Näher E) II. 2. a) bb).

<sup>374</sup> Näher E) II. 2. a).

aa) Soweit nach der Rechtsprechung die sog. Eigenleistung aus Einnahmen für außerunterrichtliche Angebote erbracht werden soll<sup>375</sup>, verkennt sie, dass Entgelte für schulische außerunterrichtliche Angeboten und Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote, für die Ersatzschulen nach ihrem Schulkonzept eine Teilnahmepflicht vorsehen dürfen<sup>376</sup>, dem verfassungsrechtlichen Sonderungsverbot unterliegen. Die Einnahmefähigkeiten der Ersatzschulen sind insoweit je nach Einzugsgebiet und Elternschaft begrenzt. Einnahmen aus solchen Angeboten dürfen daher auf die Finanzhilfe allenfalls in dem Maße angerechnet werden, wie sie von der jeweiligen Ersatzschule unter Beachtung des Sonderungsverbots erzielt werden können. Dies verkennt die Rechtsprechung, die Einnahmen aus außerunterrichtlichen Angeboten als *weitere* Eigenleistung neben Schulgeld berücksichtigt und sie von den Bindungen des Sonderungsverbots freizeichnet<sup>377</sup>.

bb) Als weitere Eigenleistungen neben Schulgeld, die dem Sonderungsverbot nicht unterliegen, kommen daher von vornherein nur Einnahmen aus nichtschulischen außerunterrichtlichen Angeboten in Betracht, für die die Ersatzschulen nach ihrem Schulkonzept keine Teilnahmepflicht vorsehen dürfen, sowie (weitere) freiwillige Geldleistungen der Eltern und Dritter<sup>378</sup>.

Eine solche Eigenleistung kann die Finanzhilfe der Länder allenfalls insoweit mindern, als sie von der jeweiligen Ersatzschule tatsächlich erwirtschaftet werden kann. Die Möglichkeiten der Ersatzschulen, solche Eigenleistungen aufzubringen, sind unterschiedlich, was die Rechtsprechung verkennt. Ob und inwieweit die Ersatzschulen von den Eltern oder Dritten Förderbeiträge, Spenden, Stiftungseinlagen oder sonstige Geldleistungen „einwerben“ können, hängt maßgeblich von dem Profil der Schule und ihrer Attraktivität für Dritte (wie z.B. private Unternehmen) sowie von den Besitzverhältnissen der Eltern ab, deren Kinder die Ersatzschule besuchen.

---

<sup>375</sup> Oben E) II. 1.

<sup>376</sup> Oben E) II. 2. a) bb).

<sup>377</sup> Oben E) II. 1.

<sup>378</sup> Oben D) IV. 4.



Auswirkungen auf die Höhe der realistisch zu erwartenden Eigenleistung dürfte auch die Art der Schulträgerschaft haben. Von Schulen in Elternträgerschaft sind schon deswegen geringere Eigenleistungen zu erwarten, weil die „Gründungseltern“ regelmäßig mit den „Nutzungseltern“ identisch sind. Die meisten Eltern dürften finanziell kaum in der Lage sein, für die Gründung und erst recht den laufenden Betrieb der Schule neben Schulgeld weitere (Eigen-)Geldleistungen aufzubringen<sup>379</sup>. Ersatzschulen in kirchlicher Trägerschaft oder Ersatzschulen in der Trägerschaft von Unternehmen mögen eine höhere Eigenleistung erbringen können<sup>380</sup>. Hinzu kommt, dass Einnahmen von Dritten oder Eltern erheblichen Schwankungen unterliegen dürften<sup>381</sup>.

Auch die von den Gerichten postulierte Möglichkeit, zur Finanzierung der Schule vorübergehend Kredite aufzunehmen, besteht in der Realität nur eingeschränkt. Denn zum einen werden Kredite nicht an jedermann ausgereicht; zum anderen müssen die Kredite nebst Zinsen zurückgezahlt werden, wofür namentlich Eltern die finanziellen Mittel fehlen können.

Als Eigenleistung kommen auch nicht „Einsparmöglichkeiten“ der Ersatzschulen im Schulbetrieb infrage. Umlagefähig auf den Staat sind von vornherein nur die Kosten der Ersatzschulen bei wirtschaftlicher Betriebsführung, was Ineffizienzen ausschließt. Die Frage weiterer „Einsparmöglichkeiten“ stellt sich nicht.

---

<sup>379</sup> Vgl. *Hufen*, R&B 1/2008, 11 (18); *Vogel*, Die Privatschulförderung vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung, in: Müller/Jeand Heur (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Freien Schule*, 2. Aufl. 1996, S. 167 (185); *Vogel*, RdJB 2014, 261 (262 f.); ebenso bezogen auf Eigenleistungen der Eltern zur Finanzierung des laufenden Betriebs der Ersatzschule VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 60, 64 (juris); vgl. auch VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 103 ff. (juris).

<sup>380</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 64 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 104 (juris).

<sup>381</sup> *Jach*, Die Existenzsicherung der Institution Ersatzschulwesen in Zeiten knapper Haushaltsmittel, in: *Jach/Jenkner* (Hrsg.), *Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen*, Festschrift für *Vogel*, 1998, S. 75 (83); bezogen auf Eigenleistungen zur Finanzierung des laufenden Betriebs der Ersatzschule ebenso VGH Baden-Württemberg, 9 S 2207/09 vom 14.7.2010, Rn. 64 (juris); VGH Baden-Württemberg, 9 S 317/98 vom 12.1.2000, Rn. 105 (juris).

Eine Eigenleistung kann die Finanzhilfe daher allenfalls in dem Umfang verringern, der von der jeweiligen Ersatzschule bei realitätsgerechter Betrachtung erwartet werden kann.

Im Übrigen spricht gegen eine Verpflichtung der Ersatzschulen, überhaupt Eigenleistungen aufzubringen, das verfassungsrechtliche Recht der Schulträger, auf eine „Kommerzialisierung“ der Schule durch Einwerbung von Spenden oder Förderbeiträgen oder durch Erhebung von Entgelten für außerschulische Angebote zu verzichten (Art. 7 Abs. 4 Satz 1, Art. 12 Abs. 1 GG). Dieses Recht zum Verzicht auf eine „Kommerzialisierung“ der Schule liefe leer, wenn der Staat eine (bei realitätsgerechter Betrachtung mögliche) Eigenleistung unabhängig davon finanzhilfemindernd berücksichtigen dürfte, ob die Ersatzschule die Eigenleistung tatsächlich erwirtschaftet.

Nur am Rande sei bemerkt, dass die Rechtsprechung zur Erforderlichkeit einer Eigenleistung der Ersatzschulen in erkennbarem Widerspruch zu den landesschulgesetzlichen Verpflichtungen der Ersatzschulen zur Gemeinnützigkeit steht<sup>382</sup>. Verpflichtet man die Ersatzschulen, eine Eigenleistung aufzubringen und damit zu unternehmerischem Handeln, erscheint die gleichzeitige Verpflichtung zur Gemeinnützigkeit paradox.

Auch die schulgesetzlichen Wartefristen für die Finanzhilfe lassen sich nicht mit der Möglichkeit der Ersatzschulen rechtfertigen, die Kosten der Gründung und des Betriebs der Schule während der (mehrjährigen) Wartezeit durch Schulgeld und weitere Eigenleistungen zu decken<sup>383</sup>. Denn die Möglichkeiten der Ersatzschulen, ihre Finanzierung ausschließlich durch Schulgeld und weitere Eigenleistungen sicherzustellen, sind wegen des Sonderungsverbots, des Rechts der Schulträger, auf eine „Kommerzialisierung“ der Ersatzschulen zu verzichten, und der individuell unterschiedlichen Möglichkeiten, Eigenleistungen aufzubringen, begrenzt.

---

<sup>382</sup> S. nur § 28 Abs. 2 Privatschulgesetz des Landes Rheinland-Pfalz; § 18 Abs. 3 Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt; § 20 Abs. 1 Privatschulgesetz Bremen; § 149 Abs. 4 Niedersächsisches Schulgesetz.

<sup>383</sup> So aber BVerfGE 90, 128 (140 f.); 90, 107 (119 ff.); BVerfG, 1 BvL 26/96 vom 4.3.1997, Rn. 26 (juris).

### III. Ergebnis zur Finanzhilfepflicht der Bundesländer

Im Ergebnis gilt daher für die Finanzhilfepflicht des Staates: Die Finanzhilfe muss die gesamten Kosten decken, die mit der Gründung und dem Betrieb der jeweiligen Ersatzschule verbunden sind. Umlagefähig sind nur die Kosten der wirtschaftlichen Betriebsführung. Hierfür dürfen sich die Länder zwar an den Kosten entsprechender öffentlicher Schulen orientieren. Erfordert aber das Konzept der Ersatzschule höhere Kosten als öffentliche Schulen, muss der Staat auch die Deckungslücke zwischen den Kosten öffentlicher Schulen und den Kosten der Ersatzschule durch Finanzhilfe schließen. In die durch Finanzhilfe zu deckenden Kosten sind sämtliche Kosten für das Schulangebot der Ersatzschulen einzubeziehen, also die Kosten für Unterricht und Lernmittel und für schulische außerunterrichtliche Angebote. Kosten für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote dürften bei der Berechnung des Finanzhilfebedarfs nur zu berücksichtigen sein, wenn die Ersatzschule für sie nach ihrem Schulkonzept eine Teilnahmepflicht vorsehen darf, sodass das Sonderungsverbot notwendig gilt.

Auf diese Finanzhilfe der Länder darf Schulgeld für Unterricht und Lernmittel nur angerechnet werden, soweit es die jeweilige Ersatzschule nach Maßgabe des Sonderungsverbots tatsächlich erhebt. Die Anrechnung eines für alle Ersatzschulen gleichen (durchschnittlichen) Schulgelds ungeachtet dessen, ob die Ersatzschule Schulgeld erhebt, ist unzulässig.

Das Gleiche gilt für Entgelte für außerunterrichtliche Angebote, die Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG sind, sowie für Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote, für die die Ersatzschulen wegen des Schulkonzepts eine Teilnahmepflicht vorsehen dürfen.

Eine weitere Eigenleistung darf der Staat auf die Finanzhilfe allenfalls anrechnen, soweit sie von der Ersatzschule nach ihrem Profil, ihrem Träger und der Elternschaft bei realitätsgerechter Betrachtung erwartet werden kann.

Die Finanzhilfe der Länder darf daher nicht für jede Ersatzschule gleichermaßen kalkuliert sein, sondern muss sich nach den konkreten Kosten der jeweiligen Ersatzschule sowie deren Möglichkeiten (und Willen) richten, Schulgeld und Eigenleistungen zu erwirtschaften.

## **F) Ergebnisse des Rechtsgutachtens**

### **I. Das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot als Voraussetzung der Ersatzschulgenehmigung**

- (1) Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet ein Grundrecht zur Gründung und zum Betrieb privater Schulen. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen (Ersatzschulen) bedürfen der Genehmigung des Staates (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG). Die Erteilung der Genehmigung setzt voraus, dass das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gewahrt ist<sup>384</sup>.
- (2) Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung als Ersatzschule. Bleibt die Schule hinter den Anforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zurück, ist die Genehmigung zu versagen bzw. aufzuheben. Vor einer Aufhebung der Genehmigung muss die Schulbehörde der Ersatzschule die Möglichkeit der Mängelbeseitigung geben (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)<sup>385</sup>.
- (3) Die Länder trifft eine (Schutz- und) Förderpflicht, durch auskömmliche Finanzhilfe für Ersatzschulen sicherzustellen, dass sie die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG erfüllen können. Die Ersatzschulen sind an das Sonderungsverbot auch bei unzureichender Finanzhilfe des Landes gebunden<sup>386</sup>.

### **II. Adressat des Sonderungsverbots**

- (4) Adressat des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 (und 4) GG sind die privaten Schulträger, wobei das Sonderungsverbot für jeden einzelnen Ersatzschulträger gilt, nicht (nur) für das Ersatzschulwesen als Institution<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> B) I. 1.

<sup>385</sup> B) II. 1 und 2.

<sup>386</sup> B) II. 3.

<sup>387</sup> C).

### III. Inhalt und Funktionen des Sonderungsverbots

#### 1. Besitzverhältnisse der Eltern

- (5) „Besitzverhältnisse“ i.S.d. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern. Ob auch die Bildungs- und Berufsverhältnisse der Eltern umfasst sind, ist zweifelhaft. Dagegen sprechen der Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und der systematische Zusammenhang der Norm mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Dafür sprechen die historische Norminterpretation sowie die systematische Beziehung zwischen Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, der Diskriminierungen wegen der sozialen Herkunft untersagt<sup>388</sup>.
- (6) Der Begriff „Eltern“ in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG entspricht dem Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Der verfassungsrechtliche Elternbegriff wird durch §§ 1591 ff. BGB näher ausgestaltet<sup>389</sup>.
- (7) Das Sonderungsverbot gilt auch für Empfänger staatlicher Sozialleistungen. Ein Ausschluss der Ärmsten der Gesellschaft aus dem Anwendungsbereich des Sonderungsverbots läuft seinem Schutzzweck zuwider<sup>390</sup>.
- (8) Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gilt nicht für Schüler, deren Eltern sich nach ihren Besitzverhältnissen ein kostendeckendes Schulgeld leisten können. Sie sind aus eigener Kraft in der Lage, sich Zugang zu Ersatzschulen zu verschaffen, sodass das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot nach seinem Schutzzweck, die Zugänglichkeit von Ersatzschulen für Kinder sicherzustellen, deren Eltern sich die Schulkosten aufgrund ihrer Besitzverhältnisse nicht leisten können, nicht zum Tragen kommt<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> D) I. 1.

<sup>389</sup> D) I. 2.

<sup>390</sup> D) I. 3.

<sup>391</sup> D) I. 3.

## 2. Keine Förderung der Sonderung der Schüler

- (9) Das Postulat des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, eine Sonderung der Schüler nicht zu fördern, verpflichtet die Ersatzschulen, Kindern den Zugang zur Schule unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern zu gewähren. Kinder aus einkommens- und vermögensarmen Schichten dürfen nicht wegen der Besitzverhältnisse ihrer Eltern schlechteren Zugang zur Ersatzschule haben als Kinder aus einkommens- und vermögensstarken Elternhäusern. Die Ersatzschulen müssen „grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse“ offenstehen (BVerfG). Sie müssen „von allen Eltern und Schülern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage“ „gleichberechtigt in Anspruch genommen werden“ können (BVerfG). In diesem Sinne müssen die Ersatzschulen „allgemein zugänglich“ sein (BVerfG)<sup>392</sup>.
- (10) Um diesen Anforderungen des Sonderungsverbots gerecht zu werden, muss *erstens* die *Auswahl der Schüler* unabhängig von der Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern erfolgen. *Zweitens* muss ein von der Ersatzschule erhobenes Schulgeld so gestaltet sein, dass es sich Eltern aller Einkommens- und Vermögensschichten leisten können<sup>393</sup>.

### a) Konsequenzen für die Schülersauswahl (1. Stufe)

- (11) Dem Inhalt des Sonderungsverbots entsprechen verschiedene grundrechtsdogmatische Funktionen, die sich auf unterschiedlichen Stufen des Zugangs zur Ersatzschule entfalten. Dem Sonderungsverbot kommt *erstens* eine Funktion als *Diskriminierungsverbot* zu, das den Ersatzschulen untersagt, bei der Auswahl der Schüler (1. Stufe) an die Besitzverhältnisse der Eltern anzuknüpfen (*Verbot unmittelbarer Diskriminierung*). Schüler dürfen nicht wegen der Besitzverhältnisse ihrer Eltern bei dem Zugang zur Ersatzschule benachteiligt oder bevorzugt werden. Eine offene Diskriminierung ist ebenso unzulässig wie eine

---

<sup>392</sup> D) II.

<sup>393</sup> D) II.

verdeckte Diskriminierung. Eine Bevorzugung von Schülern, deren Eltern ein hohes Schulgeld zahlen können, und eine Benachteiligung von Schülern, deren Eltern sich nur ein geringeres Schulgeld leisten können, ist verfassungswidrig. Ebenso unzulässig ist eine Beschränkung des Ersatzschulzugangs auf Schüler, deren Eltern finanziell in der Lage sind, ein kostendeckendes Schulgeld zu entrichten. Zulässig ist dagegen eine Beschränkung von Ersatzschulen auf Kinder aus einkommens- und vermögensschwachen Elternhäusern<sup>394</sup>.

- (12) Eine Auswahl der Schüler nach besitzfremden Kriterien wie Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verbietet Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht. Das gilt auch dann, wenn dies wegen der sozialen Undurchlässigkeit des Bildungssystems in Deutschland dazu führt, dass faktisch mehr Kinder aus sozial begünstigten Schichten als Kinder aus sozial benachteiligten Schichten Ersatzschulen besuchen. Die Ersatzschulen sind nicht verpflichtet, ihre Schüler eignungs- und leistungsunabhängig so auszuwählen, dass die Zusammensetzung ihrer Schülerschaft der Schülerschaft öffentlicher Schulen nach Einkommen und Vermögen oder Bildungs- und Berufsstand der Eltern entspricht (so aber *Wrase/Helbig*<sup>395, 396</sup>).
- (13) Eine solche Verpflichtung lässt sich Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG auch dann nicht entnehmen, wenn man ihm über das Verbot unmittelbarer Diskriminierung hinaus ein *Verbot mittelbarer Diskriminierung* entnähme. Ein solches Verbot mittelbarer Diskriminierung verpflichtete die Ersatzschulen nicht, ihre Schüler ohne Rücksicht auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung nach der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen. Eine solche Interpretation des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verkannte *erstens* die historische Dimension der Norm (vgl. Art. 146 Abs. 1 Satz 3 WRV: Aufnahme des Kindes nach „Anlage und Neigung“). *Zweitens* liefe das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG leer, das den pri-

---

<sup>394</sup> D) III. 1. a)

<sup>395</sup> NVwZ 2016, 1591 ff.

<sup>396</sup> D) III. 1. a).

vaten Schulen das Recht gewährt, ihr Profil eigenverantwortlich festzulegen und die Schüler entsprechend dem gewählten Profil autonom auszuwählen. *Drittens* müsste man den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ein entsprechendes Verbot der Leistungsauswahl entnehmen, was dazu führte, dass das Leistungsprinzip für den öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 2 GG) und die grundrechtliche Freiheit privater Arbeitgeber, ihre Arbeitnehmer nach Eignung und Leistung auszuwählen (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG), entleert würden. *Viertens* gestatten – geschweige denn gebieten – nicht einmal grundrechtliche Fördergebote wie Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dem Staat, faktische Nachteile für eine bestimmte Gruppe in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit durch eignungs- und leistungsunabhängige Begünstigungen abzubauen. *Fünftens* würde den Ersatzschulen mehr zugemutet als dem Staat, wenn man sie verpflichtete, ihre Schülerschaft eignungs- und leistungsunabhängig nach Maßgabe der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft öffentlicher Schulen auszuwählen. Öffentliche Schulen sind vielfach kein Abbild der sozialen Zusammensetzung der Gesellschaft, sondern benachteiligen faktisch Kinder aus besitz- und bildungsschwachen Schichten, etwa durch Regelungen zum Schulsprengel<sup>397</sup>.

## **b) Konsequenzen für Schulgeld (2. Stufe)**

- (14) Dem Sonderungsverbot kommt *zweitens* eine Funktion als *Fördergebot* zu. Als Fördergebot verpflichtet es die Ersatzschulen, das Schulgeld (2. Stufe) besitzbezogen so zu gestalten, dass es sich Eltern aller Einkommens- und Vermögenschichten leisten können. Das Recht der Ersatzschulen, Schulgeld zu erheben (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG), ist durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG der Höhe nach eingeschränkt<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> D) III. 1. b).

<sup>398</sup> D) III. 2. und D) IV. 1.



## aa) Zulässige Schulgeldmodelle

- (15) Diesen Anforderungen des Sonderungsverbots als Fördergebot wird ein einheitliches Schulgeld für alle Schüler gerecht, das auf Antrag von Eltern, die sich das Schulgeld nach ihrem Einkommen und Vermögen nicht leisten können, vollständig erlassen wird (*einheitliches Schulgeld mit Schulgelderlass*)<sup>399</sup>.
- (16) Zulässig ist auch ein einheitliches Schulgeld ohne Ermäßigung, das so niedrig bemessen ist, dass es von allen Eltern ungeachtet ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse getragen werden kann (*einheitliches Schulgeld ohne Schulgelderlass*)<sup>400</sup>.
- (17) Alternativ wird dem Sonderungsverbot ein Modell gerecht, das Schulgeld nach Maßgabe der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern staffelt (*Staffelung des Schulgelds*). Eine Berechtigung und Verpflichtung, innerhalb verschiedener Einkommens- und Vermögensgruppen nach Haushalts- und Familientypen zu differenzieren, besteht nur, wenn wegen der Haushaltsgröße und der Kinderzahl die finanziellen Möglichkeiten der Eltern zur Zahlung des (kostendeckenden) Schulgelds nicht ausreichen. Für Empfänger sozialstaatlicher Leistungen erscheint ein vollständiger Erlass des Schulgelds notwendig<sup>401</sup>.
- (18) Der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung darf den Ersatzschulen kein bestimmtes Schulgeldmodell vorgeben.

## bb) Unzulässige Schulgeldmodelle

- (19) Zur Wahrung des Sonderungsverbots ungeeignet und daher unzulässig ist die Festlegung eines Betrags, den das Schulgeld einer Ersatzschule im (Monats-)Durchschnitt nicht übersteigen darf (*durchschnittliches Schulgeld*). *Erstens* errichtet das Sonderungsverbot keine für

---

<sup>399</sup> D) IV. 2. a).

<sup>400</sup> D) IV. 2. a).

<sup>401</sup> D) IV. 2. a).

alle Ersatzschulen gleichermaßen geltende „Obergrenze“ des (durchschnittlichen) Schulgelds, sondern gebietet nur, das Schulgeld besitzangemessen zu staffeln. *Zweitens* ist ein durchschnittliches Schulgeld nicht geeignet sicherzustellen, dass die Ersatzschulen das Schulgeld für besitzschwache Eltern ermäßigen. *Drittens* müssten die Ersatzschulen ihre Schüler bei einer Begrenzung des Schulgelds auf einen maximal zulässigen Durchschnittsbetrag primär nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern auswählen. Dies verstößt gegen das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesicherte Recht der Ersatzschulen, ihre Schüler nach autonom bestimmten (besitzfremden) Kriterien wie Eignung, Befähigung und fachliche Leistung auszuwählen. *Viertens* setzte ein solches Schulgeldmodell voraus, dass sämtliche Eltern ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenlegen, wozu sie verfassungsrechtlich nur verpflichtet sind, wenn sie eine Ermäßigung des Schulgelds beantragen<sup>402</sup>.

- (20) Ein Modell, das als Schulgeld einen fixen Prozentsatz des Einkommens der Eltern festlegt, kann bei einem niedrigen Prozentsatz, der auch für Eltern mit geringem Einkommen und Vermögen tragbar ist, und bei Schulgeldfreiheit für Empfänger staatlicher Sozialleistungen mit dem Sonderungsverbot vereinbar sein. Geboten ist ein solches Schulgeldmodell nicht. Dies gilt *erstens*, weil für Eltern mit hohem Einkommen und Vermögen ein höherer Prozentsatz des Einkommens als Schulgeld tragbar sein kann als für Eltern mit niedrigem Einkommen und Vermögen. *Zweitens* müssten die Ersatzschulen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse aller Eltern kennen; die Eltern müssen ihre Finanzverhältnisse von Verfassung wegen aber nur offenlegen, wenn sie eine Ermäßigung des Schulgelds beantragen<sup>403</sup>.

---

<sup>402</sup> D) IV. 2. b) aa).

<sup>403</sup> D) IV. 2. b) bb).

- cc) Offenlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern nur bei Antrag auf Schulgeldermäßigung
- (21) Eine gesetzliche Regelung, die sämtliche Eltern, deren Kind eine Ersatzschule besucht, verpflichtet, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse (gegenüber der Schule und/oder der Schulbehörde) offenzulegen, verstößt gegen das Allgemeine Persönlichkeitsgrundrecht bzw. das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Es ist zur Wahrung des Sonderungsverbots nicht erforderlich und daher unzulässig, Eltern zur Offenlegung ihrer finanziellen Situation zu verpflichten, die nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen bereit und in der Lage sind, den Maximalbetrag des (kostendeckenden) Schulgelds zu zahlen. Nur Eltern, die eine Schulgeldermäßigung beantragen, trifft die Obliegenheit, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenzulegen<sup>404</sup>.
- dd) Sub specie des Sonderungsverbots relevante Entgelte
- (22) Das Sonderungsverbot gilt sowohl für Entgelte, die von Ersatzschulen für Unterricht und Lernmittel erhoben werden, als auch für Entgelte, die für außerunterrichtliche Angebote der Ersatzschulen (z.B. Sonder- und Profilleistungen) anfallen, wenn sie als Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG zu qualifizieren sind. Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote unterliegen dem Sonderungsverbot, wenn für sie (gesetzlich oder schulvertraglich) eine Teilnahmepflicht gilt, sodass der Unterrichtsbesuch die Inanspruchnahme des außerunterrichtlichen Angebots voraussetzt. Eine Ausnahme gilt für außerunterrichtliche Angebote, die auch an vergleichbaren öffentlichen Schulen entgeltlich sind<sup>405</sup>.
- (23) Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote der Ersatzschulen ohne Teilnahmepflicht unterfallen dem Sonderungsverbot nicht<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> D) IV. 3.

<sup>405</sup> D) IV. 4.

<sup>406</sup> D) IV. 4.

#### **IV. Auswirkungen des Sonderungsverbots auf die Finanzhilfe der Bundesländer**

##### **1. Finanzhilfepflicht der Bundesländer**

(24) Die Länder sind gem. Art. 7 Abs. 4 GG verpflichtet, die Ersatzschulen durch Finanzhilfe zu fördern. Der Grund für dieses Fördergebot sind die hohen Genehmigungshürden des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, die die privaten Schulträger aus eigener Kraft auch und gerade wegen des Sonderungsverbots nicht erfüllen können<sup>407</sup>.

##### **2. Höhe der Finanzhilfe**

(25) Das in der Rechtsprechung und im Schrifttum zur Berechnung der Höhe der Finanzhilfe entwickelte Drei-Säulen-Modell wird Art. 7 Abs. 4 GG nicht gerecht. Es bedarf der Fortentwicklung<sup>408</sup>.

(26) Die Finanzhilfe der Länder muss die gesamten Kosten decken, die mit der Gründung und dem Betrieb der jeweiligen Ersatzschule verbunden sind. Umlagefähig sind nur die Kosten der wirtschaftlichen Betriebsführung. Hierfür dürfen sich die Länder zwar an den Kosten entsprechender öffentlicher Schulen orientieren. Erfordert aber das Konzept der Ersatzschule höhere Kosten, als für öffentliche Schulen anfallen, muss der Staat auch die Deckungslücke zwischen den Kosten öffentlicher Schulen und den Kosten der Ersatzschule durch Finanzhilfe schließen. Anderenfalls liefe das durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gesicherte Recht der Privatschulen leer, von den öffentlichen Schulen abweichende Schulprofile und -konzepte zu verwirklichen<sup>409</sup>.

(27) In die durch Finanzhilfe zu deckenden Kosten der Ersatzschulen sind sowohl die Kosten für Unterricht und Lernmittel als auch die Kosten für außerunterrichtliche Angebote einzubeziehen, die Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sind. Für Kosten für nichtschulische außerun-

---

<sup>407</sup> E) I.

<sup>408</sup> E) II. 1.

<sup>409</sup> E) II. 2. a).

terrichtliche Angebote hat der Staat nur dann eine Finanzgewährleistungspflicht, wenn für die Angebote eine Teilnahmepflicht besteht und die Ersatzschulen sie nach ihrem Schulkonzept vorsehen dürfen<sup>410</sup>.

- (28) Schulgeld für Unterricht und Lernmittel darf der Staat auf den Finanzhilfebedarf der Ersatzschulen nur anrechnen, soweit es die jeweilige Ersatzschule nach dem Sonderungsverbot erheben darf und die Ersatzschule nicht freiwillig auf Schulgeld verzichtet. Führt ein Verzicht der Ersatzschulen auf Schulgeld für Unterricht und Lernmittel zu einer Minderung der Finanzhilfe, würde angesichts der Schulgeldfreiheit öffentlicher Schulen der von Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG intendierte „Wettbewerb der Konzepte“ zugunsten des Staates verzerrt<sup>411</sup>.
- (29) Das Gleiche gilt für Entgelte für außerunterrichtliche Angebote, die Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 und 4 GG sind, sowie für Entgelte für nichtschulische außerunterrichtliche Angebote, für die eine Teilnahmepflicht gilt, die die Ersatzschule nach ihrem Schulkonzept vorsehen darf<sup>412</sup>.
- (30) Eine weitere Eigenleistung der Ersatzschulen darf der Staat auf die Finanzhilfe nur anrechnen, soweit sie von den Ersatzschulen bei realitätsgerechter Betrachtung erwartet werden kann<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> E) II. 2. b) aa).

<sup>411</sup> E) II. 2. b) bb).

<sup>412</sup> E) II. 2. b) aa) und bb).

<sup>413</sup> E) II. 2. c).