

# Beiträge Die Gründungs- und Betätigungsfreiheit von Ersatzschulen im Kontext ihrer verfassungsfundierten sozialstaatlichen Imprägnierung

PROF. DR. WOLFRAM Cremer, RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM<sup>1</sup>

## I. Erläuterung und Kontextualisierung des Untersuchungsgegenstandes

Sie mögen sich fragen, was sich inhaltlich bzw. gegenständlich hinter dem zugegebenermaßen etwas kryptisch anmutenden Titel meines Vortrags verbirgt und warum ich ihn in dieser Weise formuliert habe. Primärer Gegenstand meines Vortrags sind die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben bezüglich der Finanzierung von privaten Ersatzschulen.

Und bereits im Titel meines Vortrags sollte zum Ausdruck kommen, dass die Existenz und auch gewisse Parameter der Ausgestaltung von Finanzierungsansprüchen privater Ersatzschulen durch die grundgesetzlich vorgegebene sozialstaatliche und – das ist hinzuzufügen – qualitative Imprägnierung der Freiheit zur Gründung und zum Betrieb von Ersatzschulen in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG vorgegeben sind. Mithin adressiert mein Vortrag zwar letztlich nicht primär die jüngst heftig aufgeflammete Debatte um das Sonderungsverbot.<sup>2</sup> Indessen setzt die Auseinandersetzung mit der Existenz bzw. den Konturen eines grundgesetzlich fundierten Finanzierungsanspruchs privater Ersatzschulen voraus, sich mit dem Inhalt des sog. Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG wie auch mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an private Ersatzschulen aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 erster Halbsatz sowie Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG auseinander zu setzen.<sup>3</sup>

Angestoßen wurde die Behandlung des Themas durch eine bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu verfassungsfundierten Finanzierungsansprüchen von privaten Ersatzschulen, welche aus meiner Sicht nicht gänzlich eindeutige bzw. miteinander konfligierende Aussagen unverbunden bzw. unvermittelt nebeneinander stellt. Damit eng verbunden macht die sukzessive restriktivere Rechtsprechung nicht immer deutlich, welche Positionen aus vorangegangenen Judikaten aufgegeben werden (und welche nicht). Der Vortrag analysiert mithin die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und entwickelt in Auseinandersetzung mit dieser ein eigenes, freilich noch ausbau- und präzisierungsbedürftiges Modell<sup>4</sup> bundesverfassungsrechtlich geschuldeter Ersatzschulfinanzierung. Landesverfassungsrechtliche Besonderheiten, welche in jüngerer Zeit Gegenstand mehrerer landesverfassungsgerichtlicher Judikate waren,<sup>5</sup> kann ich hier schon aus Zeitgründen nicht behandeln.

1 Der Beitrag basiert auf dem Vortrag, den der Verfasser am 5. Juli 2018 auf dem 5. Deutschen Schulrechtstag in Berlin gehalten hat. Der Vortragsstil wurde überwiegend beibehalten.

2 Dazu WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 ff.; BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 ff.; WEGRICHT, R&B 2015, 3 ff. Vgl. auch VOGEL, RdJB 2014, 261 ff.

3 Dabei kann ich bezüglich der letztgenannten beiden Voraussetzungen freilich schon aus Zeitgründen nicht in die Tiefe gehen. Ich werde aber ohnehin zeigen, dass die diesbezüglichen Anforderungen – und letztlich gilt dies auch für das Sonderungsverbot, jedenfalls soweit man daraus kein Ergebnisgebot relativ gleicher sozialer Zusammensetzung der Schülerschaft ableitet – bezüglich der Begründung der *Existenz* eines grundgesetzlich fundierten Förderungsanspruchs der einzelnen Ersatzschule vernachlässigt werden können und folglich lediglich den *Umfang* der verfassungsrechtlich geschuldeten Förderung beeinflussen. Die Feinjustierung der sozialstaatlichen resp. bildungspolitischen Vorgaben aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und Satz 4 GG beeinflusst den verfassungsfundierten Förderungsanspruch also lediglich graduell bzw. quantitativ, nicht aber kategorial bzw. qualitativ.

4 Verfasser beabsichtigt sukzessive gereifere Versionen seines Modells zu erarbeiten und zu präsentieren.

5 ThürVerfGH, Urteil vom 21.05.2014 – VerfGH 13/11; SächsVerfGH, Urteil vom 15.11.2013 – Vf. 25-II-12; BbgVerfG, Beschluss vom 12.12.2014 – VfGBbg, 50/12.

## II. Imprägnierungen der Gründungs- und Betätigungsfreiheit

### 1. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG: Sonderungsverbot

Im Hinblick auf die Frage, inwieweit die in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Gründungs- und Betätigungsfreiheit der privaten Ersatzschulen durch die Vorgaben in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG präformiert ist, werde ich – wie angekündigt – zunächst das Sonderungsverbot betrachten.

#### a) Imprägnierung

Bekanntlich sind die Anforderungen, die das Sonderungsverbot an private Ersatzschulen stellt, alles andere als konsentiert. Und ohne hier jede Detailfrage ansprechen zu können und im Hinblick auf den an den Staat gerichteten Finanzierungsanspruch (oder jedenfalls seine grundlegenden Konturen) der Ersatzschulen zu müssen, ist es doch erforderlich, zu den tatsächlich praktizierten sowie in der politischen Diskussion angedachten bzw. favorisierten Modellen der Schulgelderhebung und -gestaltung aus der verfassungsrechtlichen Perspektive des Sonderungsverbots Stellung zu nehmen.

Denn unter Zugrundelegung der (später noch zu belegenden) Prämisse einer sozialstaatlichen Imprägnierung des Finanzierungsanspruchs ist dieser inhaltlich eben in gewissem Umfang vom Inhalt der sozialstaatlichen Vorgaben, nicht zuletzt des Sonderungsverbots, abhängig. Anstelle von Imprägnierung mag man gar von Akzessorietät oder Präformierung sprechen.

#### b) Begrifflich-inhaltlicher Inkurs: Sonderungsverbot oder Sonderungsförderungsverbot

Ich verwende hier den tradierten<sup>1</sup> und (nahezu) allgemein verwandten Begriff des Sonderungsverbots, obwohl der Begriff des Sonderungsförderungsverbots den Verbotscharakter zutreffender beschreibt.<sup>2</sup> Dies verdient insbesondere im vorliegenden Zusammenhang, wie noch näher zu zeigen sein wird, Beachtung, weil der Begriff „Sonderungsverbot“ implizieren mag, dass eine Sonderung im Ergebnis vermieden werden muss, während Sonderungsförderungsverbot sprachlich nicht das Ergebnis in Bezug nimmt, sondern die Bedingungen des Zugangs adressiert.

#### c) Grundsatz 1: Kein Verbot der Schulgelderhebung

Soweit ersichtlich ist zu Recht unbestritten, dass das Grundgesetz die Erhebung von Schulgeld nicht grundsätzlich verbietet.<sup>3</sup>

#### d) Grundsatz 2: Wahlrecht der Ersatzschulen im Rahmen des verfassungsrechtlich Erlaubten

Ganz überwiegend wird zudem angenommen, dass den Ersatzschulen das Recht zusteht, die Schulgelderhebung nach eigenem Gutdünken auszugestalten, soweit die Ausgestaltung den Anforderungen des Sonderungsverbots genügt. Diese herrschende Meinung verdient Zustimmung. Sie kann sich auf die weitgehend konsentierte und durch Wortlaut und Systematik unterfütterte Position stützen, dass die (grundlegenden) Bedingungen für das Betreiben einer privaten Ersatzschule in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 abschließend nieder-

1 Vgl. nur BVerfGE 90, 107 (127, Rdnr. 44); 112, 74 (90, Rdnr. 28).

2 So auch VOGEL, R&B 4/2017, 2 (2); VOGEL, RdJB 2014, 261 (264).

3 BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 (766): „Mit dem Sonderungsverbot sind verschiedene Schulgeldmodelle vereinbar“.

gelegt sind.<sup>1</sup> Ob dieses Wahlrecht unter dem Vorbehalt einer Überlastung bzw. Überforderung der Schulaufsicht im Falle zahlloser divergierender Schulgeldmodelle der Ersatzschulen steht, muss hier nicht vertieft werden, denn es handelt sich insoweit bis zum Beweis des Gegenteils durch die Realität, um eine theoretische Frage. Demnach sind landesrechtliche Vorschriften zur Schulgelderhebung nur in dem Umfang zulässig, als sie Gesichtspunkte festschreiben, die verfassungsrechtlich zwingend vorgeschrieben sind.

### e) Grundsatz 3: Keine Exklusion von Transferleistungsempfängern oder gleiche Freiheit für Kinder aller sozialer Schichten bei der Ersatzschulwahl

Im Unterschied zu einer in Rechtsprechung und Literatur mindestens implizit durchaus verbreiteten Auffassung<sup>2</sup> folgt aus dem Sonderungsverbot, dass sämtliche Eltern unter Einschluss von Transferleistungsempfängern die Möglichkeit haben müssen, ihre Kinder ungeachtet ihrer wirtschaftlichen und sozialen Situation an Ersatzschulen anmelden zu können.<sup>3</sup> Sie müssen unter Ausblendung ihrer wirtschaftlichen Situation die gleiche Möglichkeit wie andere Eltern haben, ihr Kind an jeder Ersatzschule anzumelden. Geschuldet ist mithin eine von den wirtschaftlichen Möglichkeiten unabhängige Chancengleichheit für alle Eltern und Kinder im Hinblick auf die Wahl einer Privatschule als Ersatz für eine staatliche Schule.<sup>4</sup>

**Auch „Ärmste der Armen“ müssen die Möglichkeit zum Besuch einer Ersatzschule haben**

Nun mag der unbefangene Leser von Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG sich vielleicht fragen, warum dieser Grundsatz hier so betont wird, ist der Norm doch kein (erkennbarer) Ansatzpunkt dafür zu entnehmen, dass die Förderung einer Sonderung zulasten „der Ärmsten der Armen“ von der Norm nicht adressiert wäre. Und auch eine systematische, an weiteren Normen resp. Aussagen des Grundgesetzes ausgerichtete Interpretation des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG gibt der These von einer Exklusion „der Ärmsten der Armen“ aus dem Sonderungsverbot keinerlei Nahrung; ganz im Gegenteil weisen insbesondere das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG sowie Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 Var. 6 (Herkunft) GG in die entgegengesetzte Richtung. Vor diesem Hintergrund muss es überraschen, dass sich gerade die Rechtsprechung dieser Einsicht oftmals verschließt. Zwar wird nicht ausdrücklich formuliert, dass das Sonderungsverbot nicht auch den Schutz „der Ärmsten der Armen“ bezwecke; stattdessen findet sich oftmals eine Vorgehensweise, welche Fragmente der höchstrichterlichen (bundesverfassungsgerichtlichen und/oder bundesverwaltungsgerichtlichen) Rechtsprechung mehr oder weniger unverbunden nebeneinander stellt und mit unbewiesenen Hypothesen bzw. empirisch fragwürdigem Nichtwissen kombiniert.

1 Siehe dazu BADURA, in MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7 GG, 84. EL August 2018, Rdnr. 117 ff.; WRASE/HELBIG, Übersicht über die Vorgaben zur Einhaltung des Sonderungsverbot in den Bundesländern: Aktualisierte und ergänzte Fassung auf der Grundlage der in NVwZ 2016, 15 entwickelten Kriterien, <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2017/p17-004.pdf>; BROSIUS-GERSDORF, Das missverständliche Sonderungsverbot für private Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG), Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, 2017, 65, [https://www.freiheit.org/sites/default/files/uploads/2017/08/01/gutachten\\_sonderungsverbot\\_fuer\\_privatschulen.pdf](https://www.freiheit.org/sites/default/files/uploads/2017/08/01/gutachten_sonderungsverbot_fuer_privatschulen.pdf).

2 HEINIG/VOGEL, LKV 2012, 337 (340); Zumindest implizit J.P. VOGEL, R&B 4/2017, 2 (2); Verband Deutscher Privatschulverbände, Vorbringen in VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris, Rdnr. 5.

3 So auch BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 (762 f.); HARDORP, R&B 1/2017, 5 (17); WIBMANN, in: KAHL/WALDHOFF/WALTER, Bonner Kommentar zum GG IV, 172. EL 05/2015, Art. 7 Rdnr. 252.

4 Und daran anschließend gilt bezogen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Grundsatz gleicher Freiheit für alle Kinder bei Wahl der Schule – egal ob staatliche Schule oder Privatschule. Und es ist hinzuzufügen – und insoweit besteht wohl Einigkeit –, dass das Sonderungsverbot sämtliche Entgelte zu berücksichtigen hat, welche im Zusammenhang mit dem Zugang respektive der Zulassung zu einer Ersatzschule von Bedeutung sind. Angesprochen sind neben schulischen Angeboten im engeren Sinne auch sämtliche kostenpflichtigen und obligatorischen nichtschulischen Angebote, s. auch BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 (768 f.).

Widersprüchliche  
Rechtsprechung

Stellvertretend sei hier ein Urteil des VGH Mannheim vom 11.4.2013<sup>1</sup> skizziert. Dort wird in Anknüpfung an das Bundesverfassungsgericht zunächst ausgeführt, dass eine bloß selektive Gewährung von Schulgeldstipendien nicht ausreiche, um dem Sonderungsverbot zu genügen. Dagegen sei eine allgemeine Staffelung der Schulgelder nach den Einkommensverhältnissen der Eltern aber nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern könne gerade dazu beitragen, die Zugänglichkeit der Schule offenzuhalten. Sodann wird freilich eingeräumt, dass eine solche Staffelung keineswegs gewährleiste, dass das zur Schulfinanzierung notwendige und angepeilte durchschnittliche Schulgeld erzielt werde, sich insbesondere zu wenige Eltern finden mögen, welche bereit und in der Lage wären, ein überdurchschnittliches Schulgeld zu bezahlen. Im Hinblick auf ein sodann unter Bezugnahme auf eine vorgängige Rechtsprechung als Referenz eingeführtes maximal zulässiges Schulgeld von 70 € (bzw. 94,77 €/89,64 €) je Kind und Monat wird dann aber nicht etwa gefragt, ob jedenfalls ein Schulgeld von mehr als 70 € monatlich die Sonderung fördere – was auf der Hand liegt –, sondern schlicht folgende Behauptung in die Welt gesetzt: “Es ist nicht ausgeschlossen, dass bei Berücksichtigung der gesamten Einkommensbreite, wie sie in der Elternschaft vertreten ist, um einen Beitrag dieser Größenordnung herum eine Staffelung nach den Einkommensverhältnissen möglich ist, die das Verbot der Sonderung einhält.”<sup>2</sup> Sodann wird darauf verwiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof bezogen auf das Jahr 2000 gar ein Schulgeld von 120 € monatlich für unbedenklich gehalten habe, dass Ersatzschulen Schulgelder in derartiger Höhe (durchschnittlich) tatsächlich erhoben hätten, der Verwaltungsgerichtshof aber nicht habe feststellen können und dies auch von niemandem behauptet worden sei, dass diese Aufnahmepraxis zu einer Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern geführt habe.<sup>3</sup> Demgegenüber ist einzuwenden, dass bereits im Klägervorbringen selbst eine mindestens implizite diesbezügliche Behauptung liegt.<sup>4</sup> Zudem muss man fragen, ob der VGH Mannheim nicht doch eine tatsächliche Sonderung hätte feststellen können, wenn er dem unter Heranziehung der Ergebnisse der Bildungsforschung nachgegangen wäre. Denn es kommt für die Förderung einer Sonderung im Sinne von Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG – wie noch näher begründet wird – nicht darauf an, ob an einer Ersatzschule oder den Ersatzschulen insgesamt tatsächlich eine Sonderung eingetreten ist, sondern darauf, ob die Erhebung eines entsprechenden Schulgeldes eine Sonderung fördert. Und dies ist, was jedem einleuchten sollte, bereits dann der Fall, wenn eine bestimmte soziale Gruppe durch die konkrete Ausgestaltung des Schulgeldes aufgrund der damit verbundenen ökonomischen Belastung in *relativ* stärkerem Maße an dem Besuch der Ersatzschule gehindert wird als eine andere vermögendere soziale Gruppe. Genau diese Frage hat der VGH Mannheim letztlich aber gar nicht adressiert.

1 VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris.

2 VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris, Rdnr. 50.

3 VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris, Rdnr. 51.

4 So wird etwa vorgetragen (VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris, Rdnr. 17), dass 36 % der Eltern in Baden-Württemberg ihre Kinder lieber auf eine Privatschule schicken würden, der Anteil aber nur 7 % betrage, was an den zu hohen Schulgeldern liege und folglich stünden Privatschulen vorwiegend wohlhabenden Kindern offen.

f) **Grundsatz 4: Kein Verfassungsgebot der Ergebnisgleichheit bzgl. der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft privater Ersatzschulen**

aa) **Verfassungsgebot der Ergebnisgleichheit nach Wrase und Helbig**

**Zusammensetzung  
der Schülerschaft  
entsprechend  
der sozialen  
Zusammensetzung der  
Bevölkerung?**

Jenseits der Inklusion aller Kinder in dessen Schutzbereich hat in der jüngeren Kontroverse um das Sonderungsverbot ein namentlich MICHAEL WRASE und MARCEL HELBIG propagiertes – und von diesen offenbar als allein verfassungskonform qualifiziertes – Modell, welches die Ersatzschulen verpflichtet, ihre Schülerschaft nach Maßgabe der sozialen Zusammensetzung der Umgebungsschülerschaft auszuwählen,<sup>1</sup> Aufmerksamkeit erfahren.<sup>2</sup> Jedenfalls sehen diese eine behördliche Kontrolle als verfassungsrechtlich geschuldet an, welche überprüft, ob „durch die Aufnahmepraxis einer jeden Ersatzschule eine Sonderung der Schüler im Vergleich zur sozialen Zusammensetzung der im Einzugsbereich der Schule liegenden Bevölkerung mit schulpflichtigen Kindern signifikant gefördert wird.“<sup>3</sup> Und weiter heißt es: „Eine formale, lediglich an der Höhe (und Staffelung) des Schulgeldes orientierte Betrachtung entspricht weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Art. 7 IV 3 GG.“<sup>4</sup> „Nur wenn die Zulassung in der Praxis unabhängig vom Einkommen der Eltern erfolgt, wird eine Sonderung der Kinder durch die Genehmigung der Ersatzschule nicht gefördert.“<sup>5</sup> Die von WRASE und HELBIG vorgetragene Wortlautargumentation geht dahin, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht darauf abstelle, dass durch die Erhebung des Schulgeldes, sondern durch die Genehmigung eine Sonderung nicht gefördert wird. Entscheidend sei mithin die „tatsächliche Aufnahmepraxis!“<sup>6</sup>

**Widerspruch**

So bestechend die zitierte Wortlautinterpretation prima vista erscheinen mag, negiert sie doch, dass es in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht heißt, dass durch die Genehmigung tatsächlich keine Sonderung eintreten darf, sondern durch die Genehmigung eine Sonderung nicht „gefördert“ wird und also nicht gefördert werden darf. Zudem muss eine sinnvolle (Wortlaut)auslegung einstellen, dass die Genehmigung dem Aufnahmeverfahren vorangeht und mithin im Zeitpunkt der Genehmigung darauf zu schauen ist, ob das von der jeweiligen Ersatzschule beabsichtigte Aufnahmeverfahren eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen fördert. Es handelt sich mithin um eine Prognoseentscheidung; bereits dieser Befund löst nachhaltige Zweifel an dem Gebot der Ergebnisidentität im Sinne der These von WRASE und HELBIG aus. Vor allem aber hat eine Wortlautauslegung zu fragen, was „fördern“ in diesem Zusammenhang heißt bzw. nur heißen kann. Erkennbar ist das Verb „fördern“ darauf ausgerichtet, Strukturen zu unterbinden, welche begüterten Eltern in ökonomischer Hinsicht geringere Hürden auferlegen eine Ersatzschule anzuwählen als armen Eltern. Soweit die beiden Gruppen indessen trotz gleicher Hindernis- bzw. Anreizstruktur gruppenspezifisch unterschiedliche Entscheidungen im Hinblick auf die Anwahl einer Ersatzschule treffen, ist aus diesem tatsächlichen Befund aber eben nicht automatisch abzuleiten, dass die Zulassungsregeln und das Zulassungsverfahren der jeweiligen Ersatzschule dieses Ergebnis gefördert hat.

1 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1598).

2 Vgl. insbesondere die Reaktion von BROSIUS-GERDORF in NVwZ 2018, 761 (767).

3 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1593).

4 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1593).

5 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1593). Auch wenn insbesondere die letztgenannte Formulierung auch so gedeutet werden könnte, dass bei jeder einzelnen Zulassungsentscheidung das Einkommen der Eltern ausgeblendet werden muss und folglich für die Auswahlentscheidung im Einzelfall irrelevant bleiben muss, zeigt der Gesamtkontext und vor allem die postulierte behördliche Pflicht, die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft einer jeden Ersatzschule mit der im Einzugsgebiet angesiedelten Bevölkerung zu vergleichen, dass diese ein Verfassungsgebot der Ergebnisidentität propagieren.

6 WRASE/HELBIG, NVwZ, 2016, 1591 (1593).

**bb) Ergebnisgleichheit als Verfassungsgebot zur Vermeidung mittelbarer Diskriminierung?**

Jenseits der WRASE und HELBIG selbst vorgetragenen Begründung hat FRAUKE BROSIUS-GERSDORF gefragt, ob deren Forderung nach Ergebnisgleichheit sich evt. aus einem im Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG verankerten Verbot mittelbarer Diskriminierung ableiten lasse – diesen Ansatz aber letztlich verworfen.

**(1) Kein Verbot mittelbarer Diskriminierung aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG (BROSIUS-GERSDORF)?**

Zur Begründung führt BROSIUS-GERSDORF im Kern aus, dass die grundgesetzlich verankerte Privatschulfreiheit den Ersatzschulen im Grundsatz das Recht gäbe, ihre Schüler/innen nach Schulprofil, religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen sowie nach Leistung, Eignung und Anlage sowie anderen subjektiv gefärbten Merkmalen auszuwählen.<sup>1</sup> Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Das Gebot der Chancengleichheit oder gleicher Freiheit bezieht sich anerkanntermaßen nur auf die Ausblendung der wirtschaftlichen Verhältnisse von Kind und Eltern.<sup>2</sup> Anders als staatliche Schulen<sup>3</sup> dürfen private Ersatzschulen die Schülerinnen und Schüler, regelmäßig ausgehend von ihrem wie auch immer gestalteten und/oder motivierten Schulprofil, durchaus nach den Neigungen, Anlagen, Fähigkeiten und Fertigkeiten der Kinder sowie der religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen der Kinder (bzw. der Eltern) auswählen – und dies mag vor dem Hintergrund ihrer weltanschaulichen bzw. pädagogischen Anliegen sogar konsequent, wenn nicht allein konsistent erscheinen.

Ob man daraus freilich mit BROSIUS-GERSDORF ableiten kann, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG kein Verbot mittelbarer Diskriminierung zu entnehmen ist, ist weniger deutlich und von ihr jedenfalls nicht (hinreichend) begründet.<sup>4</sup> Und die Forderung von WRASE und HELBIG geht auch nicht dahin, die von BROSIUS-GERSDORF genannten Kriterien (Eignung, Leistung etc.) als Auswahlkriterien zu eliminieren, sondern die Anknüpfung an durch das grundgesetzliche Sonderungsverbot verpönte soziale Merkmale bzw. ein „sozial schiefes“ Ergebnis zu verwerfen. Jenseits dieser sozialen Anknüpfung wird eine Anknüpfung an die vorgenannten Merkmale von WRASE und HELBIG nicht als verfassungsrechtlich unzulässig behauptet.

**(2) Keine mittelbare Diskriminierung bei „bloß“ fehlender sozialer Ergebnisgleichheit**

Dessen unbeschadet lässt sich das Modell von WRASE und HELBIG nicht auf ein Verbot mittelbarer Diskriminierung aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG stützen und zwar aus nachfolgenden Gründen. Den Ausgangspunkt für die These von der mittelbaren Diskriminierung bildet der (wohl unbestrittene) empirische Befund, dass an privaten Ersatzschulen relativ weniger

1 BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 (765).

2 Vgl. nur BVerwG, NVwZ 1993, 691 (692).

3 Die Zugrundelegung von Leistungskriterien, soweit diese objektiviert sind (insbesondere durch Zeugnisse), ist staatlichen Schulen – anders als insbesondere das Abstellen auf religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen – bei der Auswahl von Schülerinnen und Schülern, soweit eine Schule überbucht ist, jedenfalls im Grundsatz nicht verwehrt. Ob dies auch dann zulässig ist, wenn das Landesrecht Übergangsempfehlungen von der Grundschule zu weiterführenden Schulen als nicht verbindlich qualifiziert, sei hier nur als Frage aufgeworfen.

4 BROSIUS-GERSDORF, NVwZ 2018, 761 (765 f.) selbst spricht bezeichnenderweise dann auch selbst mehrfach davon, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG kein Verbot mittelbarer Diskriminierung nach der Eignung, Begabung und Leistungsfähigkeit enthalte.

### Diskurs zur Diskriminierung von Schülern aus geringer vertretenen Schichten

Schülerinnen und Schüler aus sozial schwachen Schichten ihre Schulpflicht erfüllen als an staatlichen Schulen. Dies allein legitimiert freilich noch nicht die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung von Kindern aus sozial schwachen Schichten. Denn eine mittelbare Diskriminierung liegt nur dann vor, wenn Schülerinnen und Schüler aus sozial schwachen Schichten gegenüber Schülerinnen und Schülern aus sozial starken Schichten im Auswahlverfahren bzw. wegen einer bestimmten Ausgestaltung desselben dergestalt benachteiligt werden, dass ohne unmittelbare rechtliche Anknüpfung an das verpönte Kriterium auf ein anderes Kriterium abgestellt wird, welches regelmäßig oder typischerweise von den sozialschwachen Schichten nicht oder schlechter erfüllt werden kann. Dabei kann ein solches Kriterium eine mittelbare Diskriminierung sowohl begründen, wenn es zwingende Zugangsvoraussetzung ist oder diesem im Rahmen des Auswahlverfahrens Gewicht zukommt. Ein Beispiel für eine mittelbare Diskriminierung nach den Besitzverhältnissen der Eltern wäre etwa das Erfordernis – resp. die Berücksichtigung des Kriteriums bei der Auswahlentscheidung – eines Wohnsitzes in Stadtteilen, die überdurchschnittlich hohe Mietspiegel aufweisen. WRASE und HELBIG haben im Anschluss an verschiedene Forschungsergebnisse aus der empirischen Bildungswissenschaft aber „nur“ das Ergebnis präsentiert, wonach in privaten Ersatzschulen der Anteil der Kinder vermögender Eltern relativ größer ist als in staatlichen Schulen und umgekehrt. Das Ergebnis allein zeigt aber eben nicht, dass die Zulassungs- und/oder Verfahrensregeln die Kinder weniger vermögender Eltern benachteiligen. Die bloße Befundung des Ergebnisses allein vermag eine mittelbare Diskriminierung nicht zu begründen. Andernfalls müsste man etwa schon dann stets eine mittelbare Diskriminierung sozial Schwacher in einem beliebigen beruflichen Kontext annehmen; wenn die Einstellungs- und Beschäftigungsquote reicher Menschen relativ höher ist als ihre Präsenz in der Gesamtgesellschaft, eben auch dann, wenn sich gar kein armer Mensch beworben hat.

#### cc) Weitere Anfragen an ein Gebot der Ergebnisgleichheit bzgl. der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft privater Ersatzschulen

Ich muss vorausschicken, dass die nachfolgenden (teils herzlos anmutenden) Anfragen keineswegs das von WRASE und HELBIG verfolgte Grundanliegen der Inklusion aller Kinder aus allen sozialen Schichten in den Anwendungsbereich des Sonderungsverbots diskreditieren sollen und wollen; dies wird hier, wie bereits ausgeführt, vielmehr nachdrücklich unterstützt. Aber meine Fragen zum propagierten Modell der Ergebnisgleichheit erscheinen mir unabweisbar. Was soll gelten, wenn die Zahl der Anmeldungen von sozial schwachen Schülern unterhalb der Quote bleibt? Darf die Schule dann nicht betrieben werden? In welchen Zeitabständen müssen die Quoten angepasst werden mit der Konsequenz, dass die Ersatzschulen jeweils – typischerweise in jedem Schuljahr – mit neuen Quoten arbeiten müssen? Wer führt die (jährlich) notwendigen empirischen Erhebungen durch und wer soll diese bezahlen? Und was gilt, wenn die Quoten im fortlaufenden Betrieb nicht mehr erreicht werden, weil sich keine ausreichende Zahl „sozial geeigneter“ Schülerinnen und Schüler mehr beworben hat? Genießt die Schule dann Bestandsschutz oder muss sie schließen oder darf sie nur noch die vorhandenen Jahrgänge zu Ende führen? Und ist die soziale Schichtung auf die jeweilige Jahrgangsstufe bezogen oder auf die gesamte Schule?

#### dd) Schlussbemerkung: Verfassungsrecht und (empirische) Bildungsforschung – oder zum Selbststand der Rechtsdogmatik als hermeneutische Wissenschaft

Soweit das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG und nicht ein bildungspolitisches Vorverständnis den Ausgangspunkt

der verfassungsrechtlichen Interpretation bildet, ist es nicht nur legitim, sondern durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sogar gefordert, die Ergebnisse der (empirischen) Bildungsforschung in die Interpretation des Verfassungsrechts einzubeziehen – aber selbstverständlich nach Maßgabe des verfassungsrechtlichen Ausgangspunktes. Der juristische Diskurs unterscheidet sich namentlich im Anschluss an HANS GEORG GADAMER und JOSEF ESSER vom allgemeinen (fachlichen bzw. politischen) Diskurs dadurch, dass er durch die Vorgaben des gesetzten Rechts, sei es durch den demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber oder wie hier durch den Verfassungsgeber, restringiert ist. Der juristische Diskurs ist ein hermeneutischer Prozess, der (jedenfalls im Grundansatz) anders als der gestaltende und für den allgemeinen Diskurs offene Prozess der Gesetzes- und Rechtsetzung darauf gerichtet ist, den gesetzten Normtext zu verstehen; dies erfordert regelmäßig eine Interpretation, welche dann im Rahmen des gesetzlich vorgegebenen oder erlaubten auch Erkenntnisse der Nachbarwissenschaft einbeziehen darf und gegebenenfalls (insbesondere im Rahmen teleologischer Auslegung) einbeziehen muss. WRASE und HELBIG sind den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Forderung nach einer sozial ausgerichteten Ergebnisquote indessen schuldig geblieben. Die vorgetragene Anknüpfung an den Wortlaut wurde bereits als nicht überzeugend zurückgewiesen und die behauptete Anknüpfung an „Sinn und Zweck“<sup>1</sup> bleibt ohne jede substantielle Unterfütterung.

### g) Resümee und Konsequenzen für verfassungsrechtlich zulässige Schulgeldmodelle

Nach allem muss die Ausgestaltung der Zugangsregeln im Hinblick auf das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG so beschaffen sein, dass allen Kindern ein im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Situation resp. die wirtschaftliche Situation der Sorgeberechtigten gleicher Zugang zu einer Privatschule möglich ist. Ein einheitliches Schulgeld vermag dieser Anforderung jenseits einer Bagatellgrenze nicht zu genügen, wobei die Bagatellgrenze deutlich unterhalb der – soweit ersichtlich – bislang als unterste Untergrenze genannten 70 € monatlich anzusiedeln ist. Das illustriert nicht zuletzt das im genannten Urteil des VGH Mannheim zitierte Gutachten, wonach ca. 15 % der relevanten Haushalte bei einem Schulgeld von 70 € monatlich unter die Armutsgrenze rutschen würden.<sup>2</sup> Des Weiteren sei darauf hingewiesen, dass nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz [RBEG] als Bildungsausgaben für Kinder im Alter von 7–14 Jahren 0,50 € und nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 RBEG für Jugendliche im Alter von 15–18 Jahren lediglich 0,22 € ausgewiesen sind.<sup>3</sup> Da das Sonderungsverbot also die Erhebung eines einheitlichen Schulgeldes (jenseits eines Bagatellbetrages) verbietet, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Staffelung der Schulgelderhebung nach Maßgabe des Einkommens und gegebenenfalls des Vermögens der Eltern (und des Kindes). Eine solche Staffelung genügt prima facie dem Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG, soweit die Schulgeldbelastung die Einkommens- und Vermögensunterschiede im Sinne einer relativen Belastungsgleichheit adäquat abbildet. Allerdings basieren die

1 WRASE/HELBIG, NVwZ 2016, 1591 (1593).

2 VGH Mannheim, Urteil vom 11.04.2013 – 9 S 233/12, juris, Rdnr. 12.

3 Als Referenzhaushalte dienen nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 RBEG bei den Familienhaushalten die unteren 20 Prozent der Haushalte. Nach § 28 Abs. 3 SGB II erhalten Transferleistungsbezieher zusätzlich für die Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf Einmalzahlungen in Höhe von 70 € zum 1. August und 30 € zum 1. Februar eines jeden Jahres. Zusätzlich können nach § 28 Abs. 4–6 SGB II ggfs. Aufwendungen für Schülerbeförderung, Lernförderung und Mittagsverpflegung berücksichtigt werden.

### Soziale Staffelung des Schulgeldbedarfs der vollen Kompensation durch den Staat

Staffelungsmodelle typischerweise auf der Zugrundelegung eines von der jeweiligen Ersatzschule angepeilten Durchschnittsschulgeldes mit der Konsequenz, dass die Zahl der Minderzahler im Verhältnis zur Zahl der Mehrzahler nicht zu hoch ausfallen darf. Und selbst wenn eine Ersatzschule programmatisch ein bestimmtes Durchschnittsschulgeld anpeilt, besteht dessen ungeachtet ein Anreiz, überdurchschnittlich zahlende Schüler aufzunehmen, soweit und solange ein über dem Durchschnitt liegendes Gesamtschulgeld nicht – wohin auch immer – abgeführt werden muss resp. gegenkompensiert wird, insbesondere durch eine Kürzung staatlicher Zuwendungen. Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, dass ein gestaffeltes Schulgeld regelmäßig insofern eine Sonderung nach den Besitzverhältnissen fördert, als ein solches Modell der jeweiligen Ersatzschule den Anreiz gibt oder sie unter Zugrundelegung ihres Finanzplans sogar dazu „zwingt“, vermögende Kinder gegenüber armen Kindern zu bevorzugen. Demzufolge sind allein solche Staffelmodelle zulässig, in welchen durch die wirtschaftliche Situation des Kindes und der Sorgeberechtigten bedingte „Schulgeldausfälle“ staatlicherseits vollumfänglich ausgeglichen werden (Grundsatz der vollständigen Kompensation). Daraus folgt, dass vom Recht der Ersatzschulen, zwischen allen verfassungsmäßigen Schulgeldmodellen auszuwählen, wenig bleibt. Denn jenseits des Schulgeldverzichts sind Schulgeldmodelle nur verfassungsgemäß, wenn ökonomisch bedingte Kürzungen des Höchstschulgeldes vom Staat vollständig kompensiert werden.

### 2. Art. 7 Abs. 4 Satz 3 erster Halbsatz und Satz 4 GG

### Genehmigungsvoraussetzungen lassen keine Kostenreduzierung zu

Jenseits des Sonderungsverbots erfährt die Gründungs- und Betätigungsfreiheit privater Ersatzschulen in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 erster Halbsatz sowie Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG weitere Vorgaben bzw. Imprägnierungen – insoweit bildungspolitischer Natur. Die diesbezüglichen Ausführungen müssen hier freilich schon aus Zeitgründen kursorisch bleiben. Nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 erster Halbsatz darf die Genehmigung nur erteilt werden, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen. Ohne dass dies hier breiter entfaltet werden könnte, verschließt dieses „Gebot des Nichtzurückstehens“ insoweit ein (relevantes) Kostenreduzierungspotential, als die privaten Ersatzschulen die Anforderungen an ihre Einrichtungen sowie die wissenschaftliche Ausbildung ihrer Lehrkräfte im Vergleich zu staatlichen Schulen nicht signifikant absenken dürfen. Ähnliches gilt für Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG, wonach die Genehmigung zu versagen ist, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist. Allerdings gebietet das „Verbot nicht genügender Sicherung“ keine gänzliche Gleichstellung der Lehrkräfte in wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht und mag in verfassungsrechtlicher Perspektive mithin gewisse Qualitätsabstriche eröffnen. Ob die staatliche Finanzierung die erlaubten Qualitätsabstriche iSv Abschlügen freilich gezielt einstellen darf, ist damit noch nicht beantwortet. Nähme man dies gleichwohl an, fiele der verfassungsrechtliche Spielraum ob des „Gebots genügender Sicherung“ jedenfalls eher klein aus und eröffnete mithin keine signifikanten Einsparpotenziale. Ob eine staatlich geplante bzw. im Rahmen der Ersatzschulfinanzierung eingeplante Absenkung der Bezahlung der Lehrkräfte im Übrigen eine rechtspolitisch sinnvolle Option darstellt, mag jeder für sich beantworten.

### III. Grundgesetzlich fundierte Finanzierungsansprüche von Privatschulen

#### 1. Rekonstruktion der Rechtsprechung des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat sich vor allem in seinem Grundsatzurteil vom 08.04.1987<sup>1</sup> sowie in den Beschlüssen vom 09.03.1994<sup>2</sup>, vom 04.03.1997<sup>3</sup> und vom 23.11.2004<sup>4</sup> zu den Grundlagen und Maßgaben einer verfassungsrechtlichen Förderungspflicht privater Ersatzschulen geäußert. Bereits 1957 und 1969 hat es freilich statuiert, dass in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG neben der Gründungsfreiheit zugleich eine Garantie der Privatschule als Institution verankert sei.<sup>5</sup>

#### a) Institutionelle Garantie/Institutsgarantie sowie Beistands-/Förderpflicht

In dem wegweisenden Urteil vom 08.04.1987<sup>6</sup> formte es den Gehalt des Art. 7 Abs. 4 dann im Hinblick auch auf die Förderung der Ersatzschulen aus. Unbeschadet der entstehungsgeschichtlichen Analyse der Norm, wonach Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG als ein „besonderes Freiheitsrecht“<sup>7</sup> unter Absage an ein staatliches Schulmonopol verstanden wurde, ohne aber einen Subventionsanspruch zu umfassen,<sup>8</sup> sei die Norm mit der Anerkennung der Gründungsfreiheit und der institutionellen Garantie der Privatschule nicht vollständig erfasst.

Das Grundrecht lege den für die Schulgesetzgebung ausschließlich zuständigen Ländern darüber hinaus die Pflicht auf, das private Ersatzschulwesen neben dem öffentlichen Schulwesen zu fördern und in seinem Bestand zu schützen.<sup>9</sup> Eine solche sozialstaatliche Einstandspflicht gebe es nur für Ersatzschulen, nicht aber für die übrigen Privatschulen (Ergänzungsschulen), weil für sie die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG nicht gälten.<sup>10</sup> Das generelle Bestehen dieser Förderungspflicht wird vor allem mit der Bedeutung der Gewährleistung sowie der besonderen Ausgestaltung in Art. 7 Abs. 4 Satz 2–4 GG begründet, mit der das Grundgesetz Voraussetzungen normiere, ohne deren Erfüllung vom Grundrecht der Gründungsfreiheit kein Gebrauch gemacht werden könne. Ohne staatlichen Beistand bliebe das Grundrecht unter diesen von der Verfassung vorgegebenen Bedingungen inhaltslos und verkümmere zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie.<sup>11</sup> Zur Begründung wird ausgeführt, dass die privaten Schulträger nicht in der Lage seien, sämtliche in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen gleichzeitig und auf Dauer ohne staatliche Unterstützung zu erfüllen, da ihnen die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung durch Erhebung annähernd kosten-

1 BVerfGE 75, 40.

2 BVerfGE 90, 107; 90, 128.

3 BVerfG, Kammerbeschluss vom 04.03.1997 – 1 BvL 26, 27/96.

4 BVerfGE 112, 74.

5 BVerfGE 6, 309 (355); 27, 195 (201 f.).

6 BVerfGE 75, 40.

7 BVerfGE 75, 40.

8 BVerfGE 27, 195 (201 f.); 75, 40 (61).

9 BVerfGE 75, 40 (62).

10 BVerfGE 75, 40 (62) Maßgebliche Kriterien für das Bestehen einer Ersatzschule in Abgrenzung zu sog. Ergänzungsschulen seien folgende: Erstens müsse es sich in Abgrenzung zu Kursen, Lehrgängen und ähnlichen Unterrichtsveranstaltungen um eine echte „Schule“ handeln. Dabei komme es weder auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer Schulpflicht noch komme ganz allgemein dem Lebensalter der Schüler eine Bedeutung zu. Zweitens müsse eine solche Schule nach dem jeweiligen Landesrecht als öffentliche Schule bestehen oder mindestens als solche grundsätzlich vorgesehen sein. BVerfGE 75, 40 (77).

11 BVerfGE 75, 40 (65).

deckender Schulgelder durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 zweiter Halbsatz GG genommen werde.<sup>1</sup>

### b) Schutzpflicht

Die daran anschließend propagierte den Staat treffende Schutzpflicht löse indes erst dann eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht aus, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre.<sup>2</sup> Verwiesen wird zur Begründung dieser Begrenzung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs bezüglich der Feststellung Schutz- und Handlungspflichten auf die Schutzpflichtrechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 GG, namentlich das Fluglärmurteil.<sup>3</sup> Die generelle Hilfsbedürftigkeit als Grundvoraussetzung einer Förderungspflicht sei allerdings ein empirisch gesicherter Befund.<sup>4</sup> Da die Förderung sicherstellen solle, dass die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auf Dauer erfüllt werden, könne der Staat aber nur verpflichtet sein, einen Beitrag bis zur Höhe dieses Existenzminimums der Institution zu leisten.<sup>5</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Schutzpflicht ihren Grund in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Privatschulwesens finde, also in der Förderung individueller Freiheit, sei es selbstverständlich, dass jeder Ersatzschulträger eine angemessene Eigenleistung, wozu auch Anfangsfinanzierung und Investitionskosten gehörten, erbringen müsse und nicht etwa vom allgemeinen unternehmerischen Risiko – insbesondere im Wettbewerb mit anderen privaten Schulen und auch mit vergleichbar ausgestatteten öffentlichen Schulen – freizustellen sei.<sup>6</sup> Der Staat könne nur verpflichtet sein, einen Beitrag zu den Kosten zu leisten.<sup>7</sup> Dabei sei es zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, selbst eine Bewertung der Kostensituation vorzunehmen und seine Hilfe danach auszurichten.<sup>8</sup>

### c) Abwägung mit anderen Gemeinschaftsbelangen/gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht/Vorbehalt des Möglichen

Im Übrigen schreibe das Grundgesetz dem insofern ausschließlich zuständigen Landesgesetzgeber nicht vor, in welcher Weise er seiner Schutzpflicht nachkommen solle. Die Förderungspflicht steht unter dem Vorbehalt einer Abwägung mit anderen Gemeinschaftsbelangen und den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG).<sup>9</sup> Darüber hinaus stehe die Förderungspflicht wie bei allen aus Freiheitsrechten abgeleiteten Leistungsrechten von vornherein unter dem Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden könne, worüber in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung auch anderer Gemeinschaftsbelange und der Erfordernisse des ge-

1 BVerfGE 75, 40 (63 ff.) Offen lässt das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf eine vorgängige Argumentationslinie des Bundesverwaltungsgerichts, ob zu berücksichtigen sei, dass die privaten Ersatzschulen durch ihre in Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG vorausgesetzte „Ersatz“-Funktion dem Staat eigene (finanzielle) Aufwendungen erspare und so die öffentlichen Haushalte entlaste. Jedenfalls finde die staatliche Schutzpflicht privater Ersatzschulen ihre Rechtfertigung nicht vorrangig in einer Art Aufwendungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher (hoheitlicher) Aufgaben durch Private, sondern in der Förderung eigenverantwortlicher Miterfüllung der durch Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gerade auch der Privatinitiative überlassene allgemeine (öffentlichen) Bildungsaufgaben, vgl. BVerfGE 75, 40 (65 f.).

2 BVerfGE 75, 40 (67).

3 BVerfGE 75, 40 (67) unter Verweis auf BVerfGE 56, 54 (81).

4 BVerfGE 75, 40 (67).

5 BVerfGE 75, 40 (68).

6 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (118).

7 BVerfGE 75, 40 (68); BVerfG, NVwZ 1994, 886 (887).

8 BVerfGE 75, 40 (68); 90, 107 (116).

9 BVerfGE 75, 40 (68).

samtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu befinden habe.<sup>1</sup> Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers demnach umfasse im Interesse des Gemeinwohls auch die Befugnis, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel für andere wichtige Gemeinschaftsbelange einzusetzen. So dürfe er etwa bei notwendigen allgemeinen Kürzungen den Gesamtetat für das öffentliche und private Schulwesen herabsetzen und damit auch die Basis für den Einsatz öffentlicher Finanzmittel im staatlichen und privaten Bildungsbereich verändern.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber dürfe auch sinkenden Schülerzahlen als Folge des Geburtenrückganges Rechnung tragen und sei nicht etwa verpflichtet, ohne Rücksicht darauf das private Ersatzschulwesen zu bevorzugen.<sup>3</sup>

**d) Zur (endgültigen) Entsubstanziellisierung und Entsubjektivierung der Schutz- und Förderpflicht**

Im vorgeblichen Anschluss an das Urteil vom 08.04.1987 führt das BVerfG sodann in seinem Beschluss vom 09.03.1994 zunächst aus, es könne unerörtert bleiben, ob und welche Rechte sich aus der Garantie der Privatschule als Institution für den einzelnen Träger des Grundrechts aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ergeben. Jedenfalls müsse der Staat dagegen Vorsorge treffen, dass das Grundrecht als subjektives Recht wegen der seinem Träger durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3, 4 GG auferlegten Bindungen praktisch kaum noch wahrgenommen werden könne. Insofern könne sich aus Art. 7 Abs. 4 GG über dessen Abwehrcharakter hinaus ein Anspruch auf staatliche Förderung ergeben. Aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG folge aber kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Gewährung staatlicher Finanzhilfe und schon gar nicht in bestimmter Höhe. Der grundrechtliche Schutzanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers sei nur darauf gerichtet, dass der Gesetzgeber diejenigen Grenzen und Bindungen beachte, die seinem politischen Handlungsspielraum durch die Schutz- und Förderpflicht gesetzt seien. Der gerichtliche Rechtsschutz beziehe sich unter diesen Umständen auf die Prüfung und Feststellung, ob Verfassungswidrigkeit einer Regelung infolge einer Untätigkeit, einer groben Vernachlässigung und eines ersatzlosen Abbaus getroffener Maßnahmen bestehe. Das könne allenfalls zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der bestehenden gesetzlichen Regelung führen. Wie einem Verfassungsverstoß abzuhelpen ist, habe der Gesetzgeber zu entscheiden. Der konkrete Leistungsanspruch des einzelnen Ersatzschulträgers werde durch das Gesetz bestimmt.<sup>4</sup>

Diese Ausführungen werden dann im Beschluss vom 23.11.2004 (nochmals) dahingehend „konkretisiert“, dass die einzelne Ersatzschule keinen Bestandsschutz genieße und ein solcher insbesondere nicht aus der Schutz- und Förderpflicht gem. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG herzuleiten sei, welche erst eine Handlungspflicht auslöse, wenn der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet sei.<sup>5</sup>

1 BVerfGE 75, 40 (68) unter Verweis auf BVerfGE 33, 303 (333); BVerfGE 90, 107 (116).

2 BVerfGE 75, 40 (68 f.).

3 BVerfGE 75, 40 (69) BVerfGE 90, 107 (117).

4 BVerfGE 90, 107 (117).

5 BVerfGE 112, 74 (84). Weiter heißt es, ebenda, in Konsequenz dessen könne ein Ersatzschulträger nicht verlangen, vom Staat auch dann noch gefördert zu werden, wenn sich die Bedingungen für den Betrieb der Schule seit deren Gründung geändert haben und die Schule nicht mehr lebensfähig ist, weil sie von der Bevölkerung – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr angenommen wird. Auch das Freiheitsrecht des Art. 7 Abs. 4 GG schütze nur gegen Eingriffe des Staates in die Betätigungsfreiheit der durch das Grundrecht Begünstigten, gebe diesen aber keinen subjektiven Anspruch auf Gewährung finanzieller Leistungen für Errichtung und Betrieb der einzelnen Schule durch den Staat.

### 2. Kritik am BVerfG und Grundzüge eines Alternativkonzepts

Wie bereits eingangs angedeutet ist hier nicht der Raum, um sich vollumfänglich mit der Komplexität (und der schwer überschaubaren Literatur) zu verfassungsfundierten Ansprüchen von privaten Ersatzschulen auf Förderung auseinanderzusetzen. Ich will mich vorliegend deshalb auf zwei Grundfragen konzentrieren. Zunächst wird es um die Frage gehen, ob die einzelne private Ersatzschule bzw. der einzelne Schulträger einen subjektiv rechtlich bewehrten Anspruch auf Förderung innehat. Zweitens wird es um die Frage gehen, ob dieser Anspruch der Höhe nach auf eine bestimmte Ausstattung im Sinne eines nichtunterschreitbaren Anspruchsumfangs gerichtet ist.

#### a) Subjektives Recht auf Förderung

Im Hinblick auf die Frage nach einem subjektiven Recht des einzelnen Schulträgers auf Förderung ist voranzustellen, dass dem Recht und namentlich dem öffentlichen Recht die Vorstellung einer objektivrechtlichen Verpflichtung ohne korrespondierende subjektivrechtliche Berechtigung keineswegs fremd ist.<sup>1</sup> Und in der Tat ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – in Übereinstimmung mit einer verbreiteten Auffassung – wohl dahingehend zu deuten, dass der Träger einer privaten Ersatzschule aus Art. 7 Abs. 4 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf staatliche Finanzhilfe aus der Verfassung ableiten kann und die Verfassungsgarantie lediglich eine objektivrechtliche Schutz- und Förderungspflicht des Landesgesetzgebers dahingehend begründet, dass die Voraussetzungen für die Förderung und deren Umfang festzulegen ist, soweit das zur Existenzsicherung des Ersatzschulwesens erforderlich ist, ohne eine solche Förderung also der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre. Ein verfassungsunmittelbarer subjektiver Förderanspruch besteht danach folglich nicht.<sup>2</sup>

Aber wie gelangt das Bundesverfassungsgericht zu einer solchen Position, anerkennt es doch erstens ein verfassungsfundiertes Gründungs- und Betätigungsrecht freier Schulen, zweitens eine institutionelle Garantie bzw. eine Institutsgarantie, drittens eine Förderungs- und Bestandspflicht und schließlich viertens eine Schutzpflicht? Das Bundesverfassungsgericht kombiniert bzw. vermischt die verschiedenen Prinzipien bzw. grundrechtsbezogenen Positionen der privaten Ersatzschulen in einer Art und Weise, welche nicht darauf gerichtet ist, dass sich die verschiedenen Prinzipien und Positionen gegenseitig verstärken, sondern vielmehr in ihrer Verquickung an Kraft und insbesondere an subjektiver Bewehrung verlieren.<sup>3</sup> So mögen Institutsgarantie bzw. institutionelle Garantie zwar begrifflich noch nahelegen, dass ihre grundrechtliche Fundierung nicht unmittelbar in eine subjektivrechtliche Bewehrung führt; dies entspricht aber weder ihrer historischen Ableitung zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung (Institutsgarantie) noch ihrem verbreiteten Verständnis unter der Geltung des Grundgesetzes. Jedenfalls überzeugt es nicht, wenn das Bundesverfassungsgericht suggeriert, dass die Existenz des Förder- und Beistandsanspruchs nicht subjektivrechtlich verstanden werden kann, weil die verfassungsrechtliche Garantie aus Art. 7 GG allein auf die Erhaltung der Institution der Ersatzschule gerichtet ist. Wenn die

**Kein subjektiver  
Anspruch auf  
Finanzhilfe?**

1 Vgl. nur JEAND'HEUR, in: MÜLLER/JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996, S. 47 (83 f.).

2 Vgl. dazu BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG, GG-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG, Rdnr. 131, 132; BOYSEN, in: VON MÜNCH/KUNIG, GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 7 Rdnr. 90; JACH, DÖV 1990, 506 (507); DERS., DÖV 1995, 925 (926 f.); LANGER, NJ 2009, 187 (188 ff.); WINKLER, JA 2005, 578 (579)..

3 Vgl. auch EISELT, DÖV 1987, 557 (560).

(frühzeitige) verfassungskräftige Anerkennung der Ersatzschule als Institution in den frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ohne nähere Begründung (allein!?) dazu genutzt wird, die unter Rekurs auf Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG begründete Förder- und Beistandspflicht durch die Einbindung der Institutsgarantie in den Förderanspruch zu schwächen, ist dies Ausdruck eines Konstruktivismus, dem es schon im Ansatz an inhaltlicher Unterfütterung mangelt. Das gilt erst recht, wenn man die Ausführungen zur Schutzpflicht mit einbezieht. Der Rekurs auf die Schutzpflichtrechtsprechung und namentlich das Fluglärmurteil mögen zwar im Sinne eines Verweises dazu geeignet sein, den weiten Spielraum des Gesetzgebers im Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten auf den Förderanspruch der Ersatzschulen zu übertragen, darauf wird noch zurückzukommen sein –, keineswegs aber – wie es das Bundesverfassungsgericht suggeriert – lässt sich insoweit auch nur im Ansatz begründen, wieso es dem Förderanspruch an einer Subjektivierung mangelt. Die grundrechtlichen Schutzpflichten sind nach mittlerweile ganz herrschender Meinung unter Einschluss des Bundesverfassungsgerichts subjektivrechtlich bewehrt.<sup>1</sup>

**Grundrechtliche  
Schutzpflichten sind  
subjektiv-rechtlich  
bewehrt**

Vor diesem Hintergrund mag dies schlicht darauf verweisen, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinem Verweis auf die grundrechtlichen Schutzpflichten selbst den Weg zur Anerkennung eines verfassungskräftigen subjektiven Rechts auf Finanzierung seitens der privaten Ersatzschulen freigemacht hat. Möchte man es sich weniger einfach machen, dann ergibt sich das auch weitgehend unproblematisch aus der Verbindung der in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG verankerten Gründung und Betätigungsfreiheit in Verbindung mit den diese Freiheiten belastenden Vorgaben aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG. Insoweit ist zuvörderst das Sonderungsverbot zu nennen. Danach beruht die Förderpflicht – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „auf der mangelnden tatsächlichen Wahrnehmungsmöglichkeit des Freiheitsrechts unter gleichzeitiger Erfüllung aller Genehmigungsbedingungen, also im wesentlichen auf der Unmöglichkeit einer Selbstfinanzierung privater Ersatzschulen“<sup>2</sup>. Soweit das Bundesverfassungsgericht dem, wie geschildert, entgegenhält, vom Staat könne nicht erwartet werden, nicht mehr lebensfähige, weil nicht mehr angewählte Ersatzschulen zu fördern, zündet das Gericht insoweit eine zweifache Nebelkerze. Erstens ist unstrittig, dass nicht lebensfähige Ersatzschulen nicht anspruchsberechtigt sind und zweitens fehlt es insoweit an einem argumentativen Zusammenhang zum subjektiven Recht. Insbesondere ist damit in keiner Weise dargetan, warum hinreichend angewählte Ersatzschulen nicht anspruchsberechtigt sein sollen. Auch ist es eher eine *petitio principii* als eine Begründung, wenn es beim Bundesverfassungsgericht heißt: „Auch das Freiheitsrecht des Art. 7 Abs. 4 GG schütze nur gegen Eingriffe des Staates in die Betätigungsfreiheit der durch das Grundrecht Begünstigten, gebe diesen aber keinen subjektiven Anspruch auf Gewährung finanzieller Leistungen für Errichtung und Betrieb der einzelnen Schule durch den Staat.“

1 BVerfGE 6, 386 (387); BVerfGE 50, 290 (337); CREMER, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 243; HUBER, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 174; GRABITZ, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 3; GALLWAS, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 127 f.; PIETZCKER, „Grundrechtsbetroffenheit“ in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: PÜTTNER (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, S. 131 (139); HERDEGEN, in: MAUNZ/DÜRIG, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 3 GG, 84. EL August 2018, Rdnr. 13.

2 BVerfG, NJW 1987, 2359 (2361).

### Zu einer Vollförderung abzüglich Schulgeld

#### b) Umfang der Förderung

Abschließend soll der Umfang des Förderanspruchs in aller Kürze entfaltet werden. Insoweit verhält es sich im Grundsatz denkbar einfach. Wenn und soweit das Freiheitsrecht mit verbindlichen staatlichen Vorgaben belastet ist, ist der Förder- oder besser Ausgleichsanspruch eben genau darauf gerichtet, die mit den Belastungen verbundenen finanziellen Lasten zu kompensieren. Soweit das Bundesverfassungsgericht das Freiheitsrecht insoweit vorgeblich immanent unter den Gesichtspunkten der angemessenen Eigenleistung und des Unternehmerrisikos als präformiert qualifiziert, fehlt es daran jedenfalls jenseits der Gründungsphase an substanziellen Argumenten. Vielmehr gilt unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen, dass unter Abzug der verfassungsrechtlich zulässigen Erwirtschaftung von Schulgeld und eventuell eines Abschlags im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschuldete Besoldung der Lehrkräfte im Grundsatz eine Vollförderung geschuldet ist. Nochmals: Denn andernfalls scheidet eine Beachtung des Sonderungsverbot aus, was aber eben mit einer Verletzung von Verfassungsrecht verbunden wäre und den sozial Schwachen eben den Weg zu den privaten Ersatzschulen versperrte. Abschließend bleibt nur zu bemerken, dass das skizzierte Modell nicht zuletzt im Hinblick auf eine prozessuale und insbesondere verfassungsprozessuale Umsetzung noch der Entfaltung bedarf.<sup>1</sup>



## Die Geltung des Sonderungsförderungsverbots für Ergänzungsschulen und internationale Schulen

PROF. DR. WINFRIED KLUTH, MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG<sup>2</sup>

### I. Aktualität und Bedeutung der Thematik

Im Schatten der Diskussionen über die Finanzierung und das Sonderungsförderungsverbot bei den Ersatzschulen haben die Ergänzungsschulen, auch in ihrer Erscheinungsform als internationale Schulen, bislang deutlich weniger Aufmerksamkeit erfahren. Das hängt auch damit zusammen, dass ihnen im Bereich der allgemeinbildenden Schulen bislang nur eine geringe Bedeutung zukommt. Vor dem Hintergrund deutlich gewachsener Migrationsströme sowie einer höheren Aufmerksamkeit für die Integrationsfunktion des Schulbesuchs ist hier aber ein Wandel zu erwarten.<sup>3</sup> Der Umgang mit der Thematik wird dabei durch eine sehr uneinheitliche Gesetzgebung sowie eine geringe wissenschaftliche Durchdringung der Thematik erschwert.<sup>4</sup>

Da der Schwerpunkt der Untersuchung auf der *Geltung des Sonderungsförderungsverbots für Ergänzungsschulen* liegt, dieses aber unterschiedlich verstanden wird<sup>5</sup>, soll die eigene Sicht auf die Thematik zunächst klargestellt werden.

Einerseits wird von einem weiten Verständnis ausgegangen, das von einer absoluten Obergrenze für das Schulgeld in Höhe von ca. 160 € ausgeht und

---

1 Interessante Anregungen finden sich bei MÜLLER/JEAND'HEUR, in: MÜLLER/JEAND'HEUR, Zukunftsperspektiven der Freien Schule, 2. Aufl. 1996.

2 Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Die Nachweise zum Landesschulrecht beschränken sich auf ausgewählte, für den jeweiligen thematischen Aspekt typische Regelungen.

3 Näher KLUTH, RdJB 2018, 222 ff.

4 Siehe aber POSCHER/NEUPERT, RdJB 2005, 244 ff.

5 Kritisch zur Einordnung als Genehmigungsvoraussetzungen im Abschluss an BVerfGE 75, 40 (62 ff.) mit ausführlicher Argumentation SACHS, NWVBZ. 2018, 441 ff. Darauf kann an dieser Stelle nicht vertiefend eingegangen werden.