

### Grenzenlose Freiheit oder sozialstaatliche Bindung? Zum Verbot der Sonderung der Schülerinnen und Schüler an privaten Ersatzschulen

Hanschmann, Felix; Wrase, Michael

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

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

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Hanschmann, F., & Wrase, M. (2017). Grenzenlose Freiheit oder sozialstaatliche Bindung? Zum Verbot der Sonderung der Schülerinnen und Schüler an privaten Ersatzschulen. *Recht und Bildung (R&B)*, 14(4), 5-16. <https://hdl.handle.net/10419/195046>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Hanschmann, Felix; Wrase, Michael

**Article — Accepted Manuscript (Postprint)**

## Grenzenlose Freiheit oder sozialstaatliche Bindung? – Zum Verbot der Sonderung der Schülerinnen und Schüler an privaten Ersatzschulen

R&B – Recht und Bildung

**Provided in Cooperation with:**  
WZB Berlin Social Science Center

Suggested Citation: Hanschmann, Felix; Wrase, Michael (2017) : Grenzenlose Freiheit oder sozialstaatliche Bindung? – Zum Verbot der Sonderung der Schülerinnen und Schüler an privaten Ersatzschulen, R&B – Recht und Bildung, ISSN 1614-8134, Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V., Hannover, Vol. 14, Iss. 4, pp. 5-16, [https://institut-ifbb.de/wp-content/uploads/2018/05/RuB\\_04-17-Internet.pdf](https://institut-ifbb.de/wp-content/uploads/2018/05/RuB_04-17-Internet.pdf)

This Version is available at:  
<http://hdl.handle.net/10419/195046>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

Der Beitrag ist ursprünglich im Dezember 2017 in  
**R&B – Recht und Bildung 14 (2017), H. 4, S. 5–16** erschienen.

## **Grenzenlose Freiheit oder sozialstaatliche Bindung? – Zum Verbot der Sonderung der Schülerinnen und Schüler an privaten Ersatzschulen<sup>1</sup>**

PROF. DR. FELIX HANSCHMANN, HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN;  
PROF. DR. MICHAEL WRASE, STIFTUNG UNIVERSITÄT HILDESHEIM UND WISSENSCHAFTSZENTRUM  
BERLIN FÜR SOZIALFORSCHUNG (WZB)

### **I. Das Grundrecht der Privatschulfreiheit: Zwischen Freiheit und Bindung**

Grundgesetzliche garantierte Freiheitsrechte begründen in der Regel keine originären Leistungsansprüche gegen den Staat. Mit Recht ist das Bundesverfassungsgericht bei der Herleitung verfassungsunmittelbarer Förderansprüche – anders als bei den sozialen Teilhaberechten – zurückhaltend. Wenn solche bejaht werden, geschieht dies aufgrund der elementaren Bedeutung für die individuellen und sozialen Bedingungen des Freiheitsgebrauchs, und fast immer in enger Verknüpfung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>2</sup>

#### **1. Gewährleistungsgehalt der Privatschulfreiheit**

Die Freiheit zur Gründung von Privatschulen in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG ist zweifellos ein Freiheitsrecht.<sup>3</sup> In engem Zusammenhang stehend mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie der Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) schützt es die Errichtung und den Betrieb von Privatschulen und spricht sich damit zur Befriedigung von in der Gesellschaft vorhandenen Partialinteressen gegen ein staatliches Schulmonopol aus.<sup>4</sup> Geschützt ist in den durch die Verfassung vorgegebenen Grenzen die Verfolgung eigener Bildungs- und Erziehungsziele und eine hieran orientierte eigenverantwortliche Prägung und Gestaltung der Unterrichtsinhalte und -methoden. Daraus folgt, dass der Privatschulträger auch diejenigen Lehrkräfte sowie Schülerinnen und Schüler auswählen darf, die sich mit der genuinen Ausrichtung seiner Schule identifizieren, weil anders das spezifische pädagogische Profil im Schulalltag nur schwer zu realisieren ist.<sup>5</sup> Einen Anspruch auf eine bestimmte staatliche Finanzierung begründet das Grundrecht der Privatschulfreiheit im Einklang mit dem internationalen Recht<sup>6</sup> zunächst einmal nicht.<sup>7</sup> Ebenso wie derjenige, der eine private Rundfunkanstalt oder ein Filmunternehmen gründet, aus Art. 5 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf staatliche Unterstützung ableiten kann, können auch private Schulträger mit Blick auf ihre grundrechtlich garantierte Freiheit keine staatliche Unterstützung einfordern. Entsprechend haben Ergänzungsschulen in privater Trägerschaft nach allgemeiner Ansicht keinen Förderanspruch gegen den Staat.<sup>8</sup>

**Art. 7 (4) Satz 1 GG  
ein Freiheitsrecht**

<sup>1</sup> Der Beitrag ist in einer früheren Kurzfassung am 31.8.2017 auf dem Verfassungsblog erschienen, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/grenzenlose-freiheit-staatlich-gefordert-zum-verbot-der-sonderung-der-schuelerinnen-und-schueler-an-privaten-ersatzschulen> (letzter Zugriff: 13.10.2017).

<sup>2</sup> Siehe nur: BVerfGE 132, 134 (159 ff.); 125, 175 (222 ff.); 99, 216 (233 f.); 82, 60 (85 f.); V. EPPING, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rdnr. 16 und 597; ausführlich: H. BUTZER, in: J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 74 Rdnr. 38 ff.

<sup>3</sup> Siehe: BVerfGE 27, 195 (200): „Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG will die Freiheit im Schulwesen verwirklichen; er gewährleistet jedermann das Grundrecht, Privatschulen zu errichten.“

<sup>4</sup> BVerfGE 27, 195 (201); 75, 40 (61); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83); st. Rspr.

<sup>5</sup> Vgl. H. WIßMANN, in: W. KAHL/C. WALDHOFF/C. WALTER (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (172 Lfg. Mai 2015), Art. 7 – III, Rdnr. 216.

<sup>6</sup> Zu Art. 13 Abs. 4 IPwskR, siehe: K. D. BEITER, The Protection of the Right to Education by International Law, 2006, S. 563 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 4 GG: BVerfGE 75, 40 (56 ff.). Zu den begrenzten „Schutz- und Förderpflichten“ des Staates gegenüber der Privatschule als Institution: M. KOTZUR, in: K. STERN/F. BECKER (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rdnr. 51.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 75, 40 (62); 90, 107 (121); siehe auch M. JESTAEDT, in: J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rdnr. 63.

Ursprünglich erschienen in:

**R&B – Recht und Bildung 14 (2017), H. 4, S. 5**

## 2. Grenzen der Privatschulfreiheit

Anders ist dies zu Recht für Ersatzschulen, d.h. Schulen, die ihrer Funktion nach an die Stelle öffentlicher Schulen treten und an denen daher die Schulpflicht erfüllt werden kann. Diese unterliegen nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 und Abs. 5 GG einem besonderen Rechtsregime. Sie bedürfen der staatlichen Genehmigung, die nur erteilt werden darf, wenn die im Grundgesetz abschließend aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind.

### Genehmigung als Freiheitsbegrenzung

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.“ Gemäß Satz 4 der Norm ist die Genehmigung zu versagen, „wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.“ Diese Voraussetzungen bilden verfassungsunmittelbare Grenzen der Privatschulfreiheit.<sup>1</sup> Sie müssen nicht nur zum Zeitpunkt der Genehmigung vorliegen, sondern auch nach der Genehmigung fortlaufend erfüllt werden und unterliegen hinsichtlich ihrer Einhaltung der Überprüfung durch die staatliche Schulaufsicht. Umgekehrt besteht, wie der Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG („ist zu erteilen“) deutlich macht, ein notfalls gerichtlich durchsetzbarer subjektiver Anspruch des Privatschulträgers auf die Genehmigung, wenn und solange die Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>2</sup> Ob aus der Perspektive der Aufsichtsbehörde ein Bedürfnis an der Errichtung und dem Betrieb der Privatschule besteht, ist irrelevant.<sup>3</sup>

### Sozialstaatlicher Gehalt

In den Genehmigungsvoraussetzungen spiegelt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der „sozialstaatliche Gehalt“<sup>4</sup> des Art. 7 Abs. 4 GG wider – und genau dieser „sozialstaatliche Gehalt“ ist der eigentliche Grund für den Anspruch auf staatliche Förderung. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung zur Privatschulfinanzierung ausgeführt hat, liegt die Rechtfertigung für die Förderung „nicht in einer Art Aufwändungsersatz für die Wahrnehmung staatlicher (hoheitlicher) Aufgaben durch Private, sondern in der Förderung eigenverantwortlicher Miterfüllung der [...] allgemeinen (öffentlichen) Bildungsaufgaben“.<sup>5</sup> Dabei kommt dem sogenannten Sonderungsverbot in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG eine maßgebliche Bedeutung zu. Denn dafür, dass die Privatschulen allen Kindern unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ihrer Eltern gleichermaßen offen stehen müssen, erhalten diese vom Staat Fördergelder, da ansonsten ein kostendeckender Betrieb angesichts der anspruchsvollen, an den Standards staatlichen Schulen orientierten Genehmigungsvoraussetzungen nicht möglich wäre.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Statt vieler F. BROSIUS-GERSDORF, in: H. DREIER (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rdnr. 113.

<sup>2</sup> Siehe m.w.N. nur: P. BADURA, in: T. MAUNZ/G. DÜRIG u.a. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2 (74 Lfg. Mai 2015), Art. 7 Rdnr. 111 ff.

<sup>3</sup> Solche Bedürfnisprüfungen waren in exekutiven Regelungen des deutschen Privatschulrechts selbst noch unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung, die in Art. 147 Abs. 1 Satz 2 schon einen Rechtsanspruch auf die Genehmigung einer Ersatzschule vorsah, enthalten. Siehe CHR. GUSY, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 332. für die h.M. zur grundgesetzlichen Regelung, siehe nur: M. WEIß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2011, S. 15; TH. MAUNZ, Kirchen als Schulträger, in: E. FRIESENHAHN/U. SCHEUNER (Hrsg.), HStKR, Bd. 2, 1975, S. 547 (565).

<sup>4</sup> BVerfGE 75, 40 (63); vgl. auch P. Badura, in: T. Maunz/G. Dürig u.a. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2 (74 Lfg. Mai 2015), Art. 7 Rdnr. 130 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> BVerfGE 75, 40 (66).

<sup>6</sup> Grdl. BVerfGE 75, 40 (63 f.).

## II. Staatliche Förderung von Privatschulen

Je nach Bundesland liegt die staatliche Förderung in Deutschland zwischen 60–90 % der Vollkosten einer öffentlichen Schule je Schülerin bzw. Schüler.<sup>1</sup> Dieser Staatsanteil ist als verhältnismäßig hoch einzustufen, wenn man bedenkt, dass Ersatzschulen gegenüber öffentlichen Schulen große Frei(heits)räume, insbesondere bei der bereits hervorgehobenen Auswahl ihrer Schülerinnen und Schüler, der Verwirklichung eigener pädagogischer Konzepte sowie bei der Auswahl des Lehrpersonals, genießen. Diese Freiheit beruht, wie das Verfassungsgericht formuliert hat, auf „privatem Engagement“ im Bildungsbereich und muss daher von den Schulträgern auch durch eigene Leistungen (mit-)finanziert werden.<sup>2</sup>

Die Entwicklung der komplexen und von Unklarheiten nicht immer freien Rechtsprechung zum Förderanspruch soll an dieser Stelle nicht im Detail nachgezeichnet werden; sie ist andernorts gut dokumentiert und analysiert.<sup>3</sup>

### Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts

Hier reicht der Hinweis darauf, dass das Bundesverfassungsgericht den jeweiligen Landesgesetzgebern einen überaus weiten Gestaltungsspielraum bezüglich der einzelnen Voraussetzungen, des Umfangs und der Höhe einer finanziellen Förderung der privaten Ersatzschulen zugestanden hat.<sup>4</sup> Ein Anspruch auf Förderung in vergleichbarer Höhe wie bei den öffentlichen Schulen besteht jedenfalls nicht.<sup>5</sup> Eine verfassungsrechtliche Grenze, so das Gericht, sei erst dann erreicht, wenn andernfalls die Existenz des Ersatzschulwesens als Institution, d.h. „als von der Verfassung anerkannte und geforderte Einrichtung in seinem Bestand eindeutig nicht mehr gesichert wäre“<sup>6</sup>. Aus dieser Judikatur ist in der verfassungsrechtlichen Literatur vereinzelt bereits gefolgert worden, das Bundesverfassungsgericht sei dabei, den verfassungsrechtlichen Förderanspruch weitgehend aufzugeben und in das reine Ermessen des Gesetzgebers zu stellen.<sup>7</sup> Die jüngere landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist dem zu Recht nicht gefolgt, hat aber den Zusammenhang zwischen dem staatlichen Förderanspruch und den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG, insbesondere dem Sonderungsverbot, wieder in den Vordergrund gerückt und dafür klare und „transparente“ gesetzliche Regelungen gefordert.<sup>8</sup>

Die skizzierte verfassungsrechtliche Konzeption, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf den Förderanspruch fortentwickelt worden ist, steht im Einklang mit der Rechtslage in anderen europäischen Staaten. Dort, wo private Schulen überwiegend staatlich gefördert werden, unterliegen sie – teilweise sehr weitgehenden – rechtlichen Bin-

<sup>1</sup> Siehe Übersicht über die Finanzierung der Privatschulen in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland. Zusammenstellung des Sekretariats der Kultusministerkonferenz (Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 12.03.2004 i.d.F. vom 25.2.2016), abrufbar unter [https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2004/2004\\_03\\_12\\_Privatschulfinanzierung.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen_beschluesse/2004/2004_03_12_Privatschulfinanzierung.pdf) (letzter Zugriff: 10.10.2017).

<sup>2</sup> GrdL. BVerfGE 75, 40 (68): „Da die Schutzpflicht ihren Grund in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Privatschulwesens findet, also in der Förderung individueller Freiheit, ist es auch selbstverständlich, daß jeder Ersatzschulträger eine angemessene Eigenleistung erbringen muß und nicht etwa vom allgemeinen unternehmerischen Risiko, insbesondere im Wettbewerb mit anderen privaten Schulen und auch mit vergleichbar ausgestatteten öffentlichen Schulen, freizustellen ist.“

<sup>3</sup> Statt vieler, in: I. VON MÜNCH/P. KUNIG (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 7, Rdnr. 90 ff.; P. BADURA, in: T. MAUNZ/G. DÜRIG u.a. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2 (74 Lfg. Mai 2015), Art. 7 Rdnr. 130 ff.; M. JESTAEDT, in: J. ISENSEE/P. KIRCHHOFF (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rdnr. 61.

<sup>4</sup> BVerfGE 75, 40 (66 f.); 112, 74 (84); BVerfG-Kammer, Beschluss v. 04.03.1997 – 1 BvL 26/96, juris.

<sup>5</sup> BVerfGE 90, 107 (119 f.); BVerfG-Kammer, Beschluss v. 04.03.1997 – 1 BvL 26/96, juris, Rdnr. 29; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18/10, juris, Rdnr. 37.

<sup>6</sup> BVerfGE 112, 74 (84).

<sup>7</sup> So etwa S. BOYSEN, in: I. VON MÜNCH/P. KUNIG (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 7 Rdnr. 93, die vermutet, dass eine dahingehende Korrektur der Rechtsprechung „in Zukunft zu erwarten“ sei.

<sup>8</sup> Insb. SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92); StGH BW, Urteil v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13, juris, Rdnr. 169 ff.

dungen in Bezug auf die Lernerhalte, die Qualifikation und Entlohnung der Lehrkräfte und ihre allgemeine Zugänglichkeit.<sup>1</sup> Dementsprechend geht beispielsweise in den Niederlanden und in Schweden eine vollständige Staatsfinanzierung von Schulen in privater Trägerschaft mit einer weitgehenden Bindung an die für öffentliche Schulen geltenden Vorgaben einher, wobei die staatlich gesetzten Bedingungen von den zuständigen Behörden regelmäßig kontrolliert werden.<sup>2</sup>

### III. Legislative Lücken und administrative Kontrolldefizite

So gesehen sind die durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG vorgesehenen sozialstaatlichen Bindungen privater Schulen im internationalen Vergleich keine Besonderheit. Nimmt man jedoch die erforderliche Regulierung und schulaufsichtliche Kontrolle der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen seitens privater Ersatzschulen im Allgemeinen und dem Sonderungsverbot im Besonderen etwas genauer in den Blick, zeigen sich in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland teilweise erhebliche Defizite, welche Anlass zur Besorgnis geben. Nicht wenige Ersatzschulen erheben trotz des Sonderungsverbots Elternbeiträge, die sich viele Familien nicht leisten können. Entsprechend gering ist der Anteil von Kindern aus einkommensschwachen Haushalten.<sup>3</sup> Da die Schulen die eingenommenen Elternbeiträge in den meisten Bundesländern nahezu unbegrenzt auf den staatlichen Förderanspruch aufschlagen können, setzt sich eine Spirale sozialer Sonderung in Gang: Wer hohe Elternbeiträge erhebt, kann seine Schule besser ausstatten und damit ein attraktives Bildungsangebot machen, das sich spezifisch an Besserverdienende richtet. Gerade in sozialen Ballungsräumen kommt es – anders als offenbar an Ersatzschulen in kleineren Städten und ländlichen Regionen – zu der sozialen Sonderung, die das Grundgesetz gerade verhindern will.<sup>4</sup> Die Intention des verfassungsrechtlichen Förderanspruchs wird so in der Realität in ihr Gegenteil verkehrt.

### IV. Gesetzliche Neuregelungen in Baden-Württemberg und verfassungsrechtliche Bewertung

Ausdrücklich um diese „Fehlentwicklung“ (so die Ministerin)<sup>5</sup> zu korrigieren, hat die von den Grünen und der CDU getragene baden-württembergische Landesregierung unter Federführung der Kultusministerin Eisenmann (CDU) einen Gesetzentwurf in den Landtag eingebracht, der klare Vorgaben zur Erfüllung des Sonderungsverbots enthält und entsprechende staatliche Aufsichtsbefugnisse vorsieht.<sup>6</sup> Das Gesetz wurde im Landtag von einer parteiübergreifenden Mehrheit der Fraktionen von CDU, Grünen und SPD (d.h. aller Landtagsfraktionen mit Ausnahme der FDP) im September 2017 beschlossen und ist nach seiner Verkündung rückwirkend zum 1. August 2017 in

<sup>1</sup> Vgl. R. NIKOLAI/M. WRASE, Freiheit und Verantwortung von Privatschulen, böll.brief Teilhabegesellschaft #4, September 2017, S. 5 ff.

<sup>2</sup> Für Schweden siehe etwa A. WEST, Private Schools in Sweden: Policy Development, Inequalities and Emerging Issues, in: T. KOINZER/R. NIKOLAI/F. WALDOW (Hrsg.): Private Schools and School Choice in Compulsory Education. Global Change and National Challenge, 2017, S. 70 ff.

<sup>3</sup> Vgl. M. WRASE/M. HELBIG, NVwZ 2016, S. 1591 (1596 ff.); zur Situation in Berlin und Hessen siehe auch M. WRASE/L. JUNG/M. HELBIG, Defizite der Regulierung und Aufsicht von privaten Ersatzschulen in Bezug auf das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG. Rechtliche und empirische Analyse der Regelungen in den Bundesländern Berlin und Hessen unter Berücksichtigung des aktuellen Gesetzentwurfs der Landesregierung in Baden-Württemberg, WZB Discussion Paper 2017-003, Juli 2017.

<sup>4</sup> Vgl. Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland. Ein indikatorengeprägter Bericht mit einer Analyse zu Bildung und Migration, 2016, S. 99.

<sup>5</sup> Siehe J.-M. WIARDA, „Nichts für arme Leute“, Die Zeit No 29, 13.07.2017, S. 63.

<sup>6</sup> Gesetzentwurf der Landesregierung, Gesetz zur Änderung des Privatschulgesetzes und dessen Vollzugsverordnung, 11.07.2017, LT-Drucks. 16/2333.

Kraft getreten.<sup>1</sup> Mit etwas Optimismus kann man von einem Paradigmenwechsel sprechen: So ist in Nr. 5 VollzugsVO n.F. als Regelvermutung eine Begrenzung des durchschnittlichen Schulgeldes auf 160 € pro Monat pro Schülerin bzw. Schüler vorgesehen. Zudem haben alle Eltern das Recht, eine Bemessung des Schulgeldes anhand ihres Haushaltsnettoeinkommens zu verlangen, wobei der angebotene Prozentsatz 5 Prozent nicht übersteigen darf. Die Schule ist verpflichtet, dies den Eltern nachweislich anzubieten, ebenso wie sie die Eltern in einem Beratungsgespräch auf alle von der Schule angebotenen Möglichkeiten zur Vermeidung einer finanziellen Überforderung hinzuweisen hat. Gleichzeitig sind in § 18a Abs. 17 PSchG n.F. weitreichende Auskunfts- und Kontrollrechte der Schulaufsichtsbehörden gesetzlich verankert worden.

Mit den genannten Begrenzungen in Bezug auf das Schulgeld ist zugleich eine auskömmliche Finanzierung aller Schulen in freier Trägerschaft sichergestellt: diese können allein durch das Schulgeld eine Finanzierung von bis zu 110 % der Vollkosten einer vergleichbaren öffentlichen Schule erwirtschaften.<sup>2</sup> Entscheiden sie sich für den Verzicht auf Schulgeld, erhalten sie nach § 17 Abs. 2 und Abs. 4 PSchG n.F. einen staatlichen Ausgleich auf bis zu 90 Prozent der Vollkosten. Die Gesamtförderung der privaten Schulen in Baden-Württemberg liegt damit bei fast einer Milliarde Euro.<sup>3</sup>

## 1. Das Rechtsgutachten der Friedrich-Naumann-Stiftung

Höchstmögliche  
Förderung bei geringst-  
möglicher staatlicher  
Regulierung?

Die genannten Regelungen, die nunmehr Gesetz geworden sind, werden in einem von der FDP-nahen Friedrich-Naumann-Stiftung in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten der Verfassungsrechtlerin F. BROSIUS-GERSDORF scharf kritisiert. Dabei lässt die rigorose Ablehnung staatlicher Vorgaben zum Sonderungsverbot staunen: In dem Gutachten wird sowohl die Festlegung eines durchschnittlichen Höchstschulgeldes – vom Baden-Württembergischen Verfassungsgerichtshof relativ deutlich gefordert<sup>4</sup> – als auch die vorgesehene Einkommensstaffelung kurzerhand für „verfassungswidrig“ erklärt.<sup>5</sup> Betont wird in dem Gutachten hingegen der Anspruch von Schulen in in freier Trägerschaft auf staatliche Finanzierung. Überspitzt zusammengefasst lässt sich das Gutachten im Ergebnis auf den Punkt bringen: Höchstmögliche Förderung bei geringstmöglicher staatlicher Regulierung.

### a) Grundlage der Förderung von Privatschulen

Überzeugen die verfassungsrechtlichen Einwendungen? Bereits in ihrer dogmatischen Fundierung basieren sie auf einem Verständnis des Fördereranspruchs, der in Beziehung zur Verfassungsjudikatur wenig konsistent erscheint. So hat BROSIUS-GERSDORF jedenfalls in früheren Veröffentlichungen in dieser Zeitschrift deutlich gemacht, dass sie den Förderanspruch – anders als die Rechtsprechung – nicht im „sozialstaatlichen Gehalt“ der

<sup>1</sup> Siehe Art. 3 Gesetz zur Änderung des Privatschulgesetzes und dessen Vollzugsverordnung.

<sup>2</sup> Vgl. M. WRASE/L. JUNG/M. HELBIG, WZB Discussion Paper 2017-003, Juli 2017, S. 53.

<sup>3</sup> Siehe „Erste Lesung: Novelle Privatschulgesetz“, bildungsklick vom 20.07.2017, abrufbar unter <https://bildungsklick.de/schule/meldung/erste-lesung-novelle-privatschulgesetz> (letzter Zugriff: 10.10.2017).

<sup>4</sup> VerfGHBW, Urteil vom 06.07.2015 – 1 VB 130/13, Rdnr. 169; explizit auch SächsVerfGH, SächsVBl. 2014, 83 (92): Schon mit Blick auf die Berechnung des verfassungsrechtlich geschützten staatlichen Förderanspruchs müsse der Landesgesetzgeber die zulässigen Schul- und Lernmittelgelder entweder „selbst auf transparenter Grundlage ausweisen oder aber der Verwaltung aufgeben, den entsprechenden Wert nach bestimmten, ebenfalls transparent auszugestaltenden Verfahren zu bemessen. Diese Grenze muss den zuständigen Behörden zugleich als Orientierungspunkt für die Frage dienen, ob einer Ersatzschule die Genehmigung zu versagen oder zu entziehen ist, weil sie gegen das Sonderungsverbot ... verstößt“.

<sup>5</sup> F. BROSIUS-GERSDORF, Das missverständliche 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 Hannover, Juli 2017, S. 77 ff.

Genehmigungsvoraussetzungen begründet sieht, sondern darin, dass private Ersatzschulen „dem Staat eigene finanzielle Aufwendungen für entsprechende öffentliche Schulen ersparen und auf diese Weise die öffentlichen Haushalte entlasten“.<sup>1</sup> Diese Entkopplung von sozialstaatlichen Anforderungen würde dafür sprechen, einer Durchsetzung der Genehmigungsvoraussetzungen, insbesondere des in dieser Hinsicht besonders einschlägigen Sonderungsverbot, geringeres Gewicht beizumessen. In dem Gutachten für die Naumann- Stiftung bezieht sie sich jedoch explizit auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die – wie beschrieben – den Förderanspruch aus der Erfüllung der mit sozialstaatlichen Gehalten aufgeladenen Genehmigungsvoraussetzungen ableitet.<sup>2</sup>

#### Entkopplung des Förderanspruchs von den Genehmigungsvoraussetzungen?

Insofern sei klargestellt: Ein Ansatz, der den Förderanspruch von den Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG zu entkoppeln sucht, ist sowohl grundrechtstheoretisch als auch dogmatisch nicht haltbar. Denn um den „Haushalt“ tatsächlich zu entlasten, müssen die privaten Ersatzschulen auch in qualitativer Hinsicht bestimmte Mindestbedingungen erfüllen – und diese sind eben genau in den Genehmigungsvoraussetzungen verfassungsrechtlich verankert: Gewährleistet die Ersatzschule nicht die Gleichwertigkeit der Lehrziele, werden Lehrkräfte nicht angemessen entlohnt oder bleibt ihre Qualifikation fragwürdig bzw. steht die Schule nicht allen Schülerinnen und Schülern unabhängig von den finanziellen Verhältnissen ihres Elternhauses offen, gerät die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrag des Art. 7 Abs. 1 GG in Gefahr. Faktisch handelt es sich dann um eine „Fehlinvestition“ und nicht um eine „Ersparnis“.

#### b) Kritik der Kritik

Aber auch die explizit im Gutachten von BROSIUS-GERSDORF vorgebrachten Einwendungen gegen die Regelungen in Baden-Württemberg zum Schulgeld halten einer genaueren Analyse nicht stand. Das gilt zunächst für den Einwand, die Festlegung eines maximal durchschnittlichen Schulgeldes, wie es nunmehr in Nr. 5 Satz 1 VollzugsVO n.F. vorgesehen ist, sei zur Wahrung des Sonderungsverbot „nicht nur nicht gefordert, sondern ein solches Modell ist zur Wahrung des Sonderungsverbot aus mehreren Gründen ungeeignet und daher unzulässig.“<sup>3</sup> Denn erstens lasse sich der maximal zulässige Durchschnittsbetrag des Schulgeldes nicht abstrakt vorgeben. Er ergebe sich vielmehr in jedem Einzelfall aus dem Mittelwert der von den Eltern nach Maßgabe des Sonderungsverbot tatsächlich erhobenen Entgelte, die je nach Einzugsbereich der Schule und den entsprechenden Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern hoch oder niedrig sein können.<sup>4</sup> Zweitens scheide die Festlegung eines durchschnittlichen Schulgeldes zur Wahrung des Sonderungsverbot schon deswegen aus, weil damit keine Verpflichtung zur einkommensabhängigen Staffelung oder Ermäßigung verbunden sei.<sup>5</sup> Drittens dürfe nach dem Sonderungsverbot von Eltern mit hohem Einkommen und Vermögen ein hohes Schulgeld erhoben werden; das Sonderungsverbot errichte insofern keine „Obergrenze“ für Schulgeld.<sup>6</sup> Viertens tens beschränke die Begrenzung des Schulgeldes der Ersatzschulen deren

#### Festlegung einer Schulgeldobergrenze?

<sup>1</sup> F. BROSIUS-GERSDORF, R&B 2016, S. 10. So auch schon: W. GEIGER, Kirchen und staatliches Schulsystem, in: E. FRIESENHAHN/U. SCHEUNER (Hrsg.), HStKR, Bd. 2, Berlin 1975, S. 483 (491).

<sup>2</sup> F. BROSIUS-GERSDORF, Das missverständene Sonderungsverbot, 2017, S. 96 ff.

<sup>3</sup> Ebd., S. 78.

<sup>4</sup> Ebd., S. 78.

<sup>5</sup> Ebd., S. 79.

<sup>6</sup> Ebd., S. 79.



Autonomie, ihre Schüler nach selbst gewählten besitzfremden Kriterien wie „Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“ auszuwählen.<sup>1</sup> Und fünftens setze ein solches Schulgeldmodell schließlich voraus, dass die Ersatzschulen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern kennen würden, was eine unzulässige Offenlegung der Finanzverhältnisse durch die Eltern erfordere.<sup>2</sup>

**Schulgeldbegrenzung  
geeignet und  
erforderlich**

Die Einwendungen von BROSIUS-GERSDORF stehen zunächst ein wenig unverbunden im Raum, da sie den genauen Maßstab der Prüfung nicht auf Anhieb klar erkennen lassen. Wenn wir davon ausgehen, dass es sich bei Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG um eine verfassungsunmittelbare Schranke der Privatschulfreiheit nach Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG handelt, dann kommt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Anwendung.<sup>3</sup> Unabhängig davon, ob man aus Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG einen ausdrücklichen Regelungsauftrag ableitet,<sup>4</sup> dienen Regelungen zur Umsetzung der Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG fraglos einem legitimen, verfassungsrechtlich geforderten Ziel. Die Begrenzung des durchschnittlichen Schulgeldes auf einen Höchstbetrag ist entgegen der Ansicht von BROSIUS-GERSDORF auch geeignet und erforderlich, einer einkommensabhängigen Sonderung entgegenzuwirken. Denn sie setzt den ökonomischen Mechanismus außer Kraft, dass sich Schulen vor allem an Kinder Besserverdienender wenden, um damit (noch) höhere Einnahmen zu erzielen. Das zulässige Schulgeld kann auch durch eine heterogene Schülerschaft erzielt werden, wodurch ein wesentlicher ökonomischer Fehlanreiz im System entfällt, durch eine bevorzugte Akquirierung von Kindern aus einkommensstarken Elternhäusern die eigenen Einnahmen zu steigern. Die Behauptung, dass auf der anderen Seite Schülerinnen und Schüler trotz „Eignung, Leistung und Befähigung“ – eine aus dem deutschen Beamtenrecht (Art. 33 Abs. 2 GG) entlehnte Begrifflichkeit, deren Anwendung auf die Privatschulfreiheit nicht unmittelbar einleuchtet – abgelehnt werden müssten, weil ihre Eltern zu viel verdienten, ist gleichermaßen wenig überzeugend. Bei einer Überschreitung der Durchschnittsgrenze sieht die baden-württembergische Regelung sogar ausdrücklich vor, dass die Vermutung einer einkommensabhängigen Sonderung durch den Schulträger im Einzelfall widerlegt werden kann, wenn sie 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“ (Nr. 5 Satz 2 Halbs. 2 VollzugsVO n.F.). Insofern ist zweifellos auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn gewahrt. Für zukünftige Schuljahre kann problemlos eine entsprechende Anpassung der Schulgeldordnung vorgenommen werden.

**Auseinandersetzung mit  
BROSIUS-GERSDORF**

Auch an einer öffentlichen Schule kann sich ein Fußballprofi – ein von BROSIUS-GERSDORF in Vorträgen gern bemühtes Beispiel, obgleich man mit Blick auf den Boom hochpreisiger Privatschulen etwa in Frankfurt/M., Düsseldorf oder München vielleicht passender auch von gutverdienenden Managern oder Rechtsanwälten sprechen könnte - für sein Kind kein besseres Bildungsangebot einkaufen, indem er hohes Schulgeld bezahlt. Denn die Formel ‚Bildung gegen Geld‘ will Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG gerade ausschließen.

---

<sup>1</sup> Ebd., S. 79 f.

<sup>2</sup> Ebd., S. 80.

<sup>3</sup> Vgl. H. D. JARASS, in: H.D. JARASS/B. PIEROTH (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 14. Aufl. 2016, Rdnr. 45 ff.

<sup>4</sup> So überzeugend statt vieler H. WISMANN, in: W. KAHL/C. WALDHOFF/C. WALTER (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (172 Lfg. Mai 2015), Art. 7 – III, Rdnr. 239 m.w.N.

Ebenso wenig überzeugend sind die Einwendungen gegen die einkommensabhängige Festsetzung des Schulgeldes in Höhe von maximal fünf Prozent des Haushaltsnettoeinkommens. Denn den Eltern muss diese gemäß Nr. 5 Satz 3 VollzugsVO nur nachweislich „angeboten“ werden, sie können sie also auch ablehnen; eine verpflichtende Offenlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse, wie im Gutachten behauptet, ist damit gerade nicht verbunden. Gerade das zwingende<sup>1</sup> Zusammenspiel der beiden Komponenten des Nr. 5 VollzugsVO n.F. entkräftet auch das letzte vorgebrachte Gegenargument im Gutachten, dass nämlich die Festlegung der Obergrenze des durchschnittlichen Schulgeldes eine Einkommensstaffelung nicht ersetze. Denn diese Funktion wird nicht durch Nr. 5 Satz 1, sondern durch Nr. 5 Satz 3 VollzugsVO erfüllt. Man kann die erste Regelung aber nicht an einem Zweck messen, der durch eine andere, nämlich die letztgenannte Regelung erfüllt wird.

### c) Gemeinsamkeiten der verfassungsrechtlichen Bewertung

Es gibt aber auch eine Reihe von Gemeinsamkeiten zwischen unserer und der verfassungsrechtlichen Bewertung im Gutachten,<sup>2</sup> wobei an dieser Stelle nur auf eine besonders wichtige hingewiesen werden soll. So wird in der baden-württembergischen Regelung in Nr. 5 VollzugsVO, jedenfalls nach dessen Wortlaut, der Abzug der existenznotwendigen und verfassungsrechtlich nach Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Sozialstaatsprinzip geschützten Einkommensbestandteile nicht ausreichend umgesetzt.<sup>3</sup> Gegebenenfalls kann dies aber durch eine verfassungskonforme Interpretation und Handhabung durch die Behörden geheilt werden. So führt BROSIUS-GERSDORF überzeugend aus:

*„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. 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. Von dem Brutto-Einkommen und Vermögen der Eltern sind daher die gesetzlich zu entrichtenden Steuern, Gebühren und Beiträge und die notwendigen Ausgaben für die physische Existenz des Menschen sowie für die Sicherung der Möglichkeit für die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben abzuziehen.“<sup>4</sup>*

## V. Boom der Privatschulen und soziale Segregationsprozesse

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass ungeachtet der zum Teil noch erheblichen Forschungsdesiderata in diesem Bereich und der Vorsicht, die gegenüber pauschalen Urteilen angesichts der Heterogenität und Pluralität der Privatschullandschaft und der sehr unterschiedlichen Privatschulträger angebracht ist, der seit Jahren zu beobachtende

Zunahme der  
Privatschulen und der  
Selektion

<sup>1</sup> Siehe bereits M. WRASE/M. HELBIG, NVwZ 2016, S. 1591 (1592 f.): „Die Erhebung des Schulgeldes setzt eine entsprechende Einkommensstaffelung ‚nach unten‘ bzw. Ermäßigungen und Befreiungen für geringer verdienende Eltern sowie für Eltern mit mehreren Kindern zwingend voraus. Eine absolute Grenze nach ‚oben‘ ist nicht erforderlich.

<sup>2</sup> Etwa zur Frage, welche Elternbeiträge als Schulgeld zu berücksichtigen sind, instruktiv F. BROSIUS-GERSDORF, Das missverständene Sonderungsverbot, 2017, S. 86 ff.: Sub specie des Sonderungsverbots relevante Entgelte.

<sup>3</sup> Ebenso M. WRASE/L. JUNG/M. HELBIG, WZB Discussion Paper 2017-003, Juli 2017, S. 45 f.

<sup>4</sup> F. BROSIUS-GERSDORF, Das missverständene Sonderungsverbot, 2017, S. 73 f.

**Privatschulen:  
Selektion,  
Differenzierung und  
Monokultur**

Boom der Privatschulen an sozioökonomisch schwachen Familien vorbeigeht.<sup>1</sup> Umgekehrt bedeutet dies, dass es gerade Kinder aus Familien mit einem sozioökonomisch höheren Status sind, die das staatliche Schulwesen zugunsten von Privatschulen verlassen. Das gilt schulartübergreifend vor allem für städtische Regionen, in denen ein relativ dichtes Netz an Schulen mit verschiedenen Bildungsangeboten besteht.<sup>2</sup> Nimmt man den Anteil von Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund oder aus Arbeiterhaushalten an deutschen Privatschulen in den Blick, wird deutlich, dass etliche private Schulen durch die von ihnen praktizierte Zugangsselektion ein vergleichsweise homogenes Milieu rekurrieren und sich der integrativen Funktion, die Schulen erfüllen sollen, weitgehend entziehen.<sup>3</sup> Signifikant zugenommen hat in den vergangenen Jahren daher nicht nur die Anzahl der Privatschulen und der Schülerinnen und Schüler, die eine Privatschule besuchen, sondern auch die selektionsbedingte soziale und ethnische Segregation, und zwar in einem Maße, dass der Bildungsökonom MANFRED WEIß vom Deutschen Institut für Internationale Pädagogische Forschung diesbezüglich von „fast schon als konstitutiv zu bezeichnende[n] Begleiterscheinungen eines parallel zum staatlichen Schulsystem existierenden Privatschulwesens“ spricht.<sup>4</sup>

Dass das staatliche Schulwesen alles andere als frei ist von strukturellen Benachteiligungen entlang sozioökonomischer und ethnischer Kriterien und ebenfalls seinem Integrationsauftrag offensichtlich nur sehr eingeschränkt nachkommt, ist nur ein schwaches Gegenargument. Es will schon nicht recht überzeugen, sich für die von den Privatschulen selbst mitverantworteten Segregationsleistungen unter Verweis auf das in dieser Hinsicht gleichermaßen kritikwürdige staatliche Schulsystem zu exkulpieren, sind Ersatzschulen als funktionale Äquivalente staatlicher Schulen doch nicht weniger auf die Integrationsaufgabe verpflichtet. Übersehen wird aber vor allem, dass Privatschulen infolge von Selektionsentscheidungen sowohl auf Seiten der Eltern als auch der Schulen einen verstärkenden Differenzierungseffekt erzeugen, der seinen gesellschaftlichen Hintergrund in wachsenden Milieuenterschieden findet. Diese manifestieren sich auf der Seite der Eltern – im Anschluss an die Terminologie des französischen Soziologen PIERRE BOURDIEU<sup>5</sup> – in einem divergenten kulturellen und sozialen Kapital sowie in damit in einem engen Zusammenhang stehenden differenten Bildungsaspirationen und Schulwahlentscheidungen.<sup>6</sup> Aus der Sicht der Privatschulen macht die Auswahl der der Schülerinnen und Schüler unter besonderer Berücksichtigung sozialer und

<sup>1</sup> H. LOHMANN/C. K. SPIEB/CHR. FELDHAUS, Der Trend zur Privatschule geht an bildungsfernen Eltern vorbei, Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 38/2009, S. 640.

<sup>2</sup> C. KANN/K. ROTHE, Mythos Chancengleichheit in der Grundschule? Strukturelle Entwicklungen im Privatschulwesen, Berlin 2016, S. 18, abrufbar unter: <https://www.boell.de/de/2016/08/05/mythos-chancengleichheit-der-grundschule> (letzter Zugriff: 10.10.2017).

<sup>3</sup> Zusammenfassungen der verfügbarer Statistiken finden sich bei: M. WEIß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2011, S. 36 ff.

<sup>4</sup> M. WEIß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2011, S. 51. Siehe auch: U. PREUSS-LAUSITZ, Soziale Ungleichheit, Integration und Schulentwicklung, Zeitschrift für Pädagogik 43 (1997), S. 583 (593), der bereits vor zehn Jahren feststellte, „dass sich das private Schulwesen in Deutschland der integrativen und ausgleichenden Aufgabe weitgehend entzieht“.

<sup>5</sup> P. BOURDIEU/J. C. PASSERON, Die Illusion der Chancengleichheit, 1971; DIES., Grundlagen einer Theorie der symbolischen Gewalt, 1973, S. 7 ff.; P. BOURDIEU, Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: U. BAUER/U. H. BITTLINGMAYER/A. SCHERR (Hrsg.), Handbuch Bildungs- und Erziehungssoziologie, 2012, S. 292; siehe auch: J. S. COLEMAN, Social Capital in the Creation of Human Capital, The American Journal of Sociology 94 (Supplement 1988), S. 95.

<sup>6</sup> J. OELKERS, Die Freiheit der Schulwahl, in: Ethikkommission der Universität Zürich (Hrsg.), Ethische Verantwortung in den Wissenschaften, 2006, S. 175 (197). Zur Bedeutung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedingungen des jeweiligen sozialräumlichen Lebensumfeldes für die Schulwahlentscheidung der Eltern: T. TERPOORTEN, Geografie der Bildungschancen, Die Deutsche Schule 99 (2007), S. 468; m.w.N. auch: BMBF (Hrsg.), Zur Konstruktion von Sozialindizes, 2010, S. 12 f.

ökonomischer Kriterien durchaus Sinn, bestimmt doch die Zusammensetzung der Eltern- und Schülerschaft nicht unwesentlich mit über die Generierung weiterer finanzieller und kultureller Ressourcen und das Image der Schule<sup>1</sup>, was wiederum den Bedürfnissen einiger Eltern nach Milieunähe und Distinktion entgegenkommt<sup>2</sup>. Die Folgen des segregativen Reproduktionszyklus sind ambivalent: Einerseits kann die Homogenisierung der Eltern und Schülerschaft eine schulische Wertegemeinschaft ausbilden, die Qualität des Schulklimas befördern und dadurch die Lern- und Entwicklungsprozesse der Schülerinnen und Schüler positiv beeinflussen. Andererseits schottet man sich ab gegenüber Schülerinnen und Schülern, die einen migrantischen Hintergrund aufweisen, aus bildungsfernen Familien und/oder unteren sozialen Schichten kommen. Ob intendiert oder nicht, begünstigt man dadurch jedenfalls faktisch die Entstehung von Monokulturen, in denen die gesellschaftliche Pluralität für die Schülerinnen und Schüler im Schulalltag praktisch kaum wahrnehmbar ist, Differenzenerfahrungen auf der Strecke bleiben, milieuübergreifende gemeinsame Erfahrungen nicht gesammelt und sich Verständnis und Einfühlungsvermögen in Bezug auf Wertvorstellungen, Lebensweisen und Probleme anderer sozialer Gruppen als wichtige Grundlage gesellschaftlicher Solidaritätspotentiale nicht entwickelt werden können.<sup>3</sup>

## **VI. Art. 7 Abs. 5 GG als Entscheidung gegen „Klassen, Stände und sonstige Schichtungen“ im (Grund-)Schulbereich**

Vor diesem Hintergrund ist es vermutlich auch kein Zufall, dass in dem von der Friedrich-Naumann-Stiftung in Auftrag gegebenen Gutachten Art. 7 Abs. 5 GG, der im Falle der Errichtung privater Grundschulen zusätzliche Genehmigungsvoraussetzungen normiert, nicht ein einziges Mal erwähnt wird. Damit bleibt nicht nur außen vor, dass in den letzten Jahren ein Boom der Privatschulen im Primarbereich insbesondere in armen Städten zu verzeichnen ist, in denen ein hoher Anteil von Kindern und Jugendlichen in Haushalten lebt, welche Sozialleistungen nach dem SGB II beziehen. So ist beispielsweise der Anteil der Schülerinnen und Schüler, die eine private Grundschule besuchen, in dem von vergleichsweise hohen Arbeitslosenzahlen geprägten Schwerin von bereits erstaunlichen 16 % im Jahr 2000 auf ganze 27 % im Jahr 2011 angestiegen.<sup>4</sup> Auch wenn belastbare Daten hierzu fehlen, ist allein schon mit Rücksicht auf die Ergebnisse der Bildungsforschung zum milieuhängigen Schulwahlverhalten der Eltern davon auszugehen, dass Eltern aus SGB II-Haushalten seltener eine aktive Schulwahl treffen und deren Kinder daher an privaten Grundschulen vermutlich stark unterrepräsentiert sind. Mit Art. 7 Abs. 5 GG wird aber vor allem jene Norm des grundgesetzlichen Privatschulregimes unterschlagen, in der die auf die schulische Zusammenfassung der Kinder aus allen sozialen Schichten zielenden

Vernachlässigung der  
Anforderungen  
des Art. 7 (5) GG

<sup>1</sup> J. GIESINGER, Freie Schulwahl und Bildungsgerechtigkeit, Zeitschrift für Erziehungswissenschaft 12 (2009), S. 170 [178]; F.-O. RADTKE, Bildungsreserve Migration, in: Arbeitsstab Forum Bildung (Hrsg.), Bildung und Qualifizierung von Migrantinnen und Migranten, Bd. 11, 2001, S. 33 [40].

<sup>2</sup> Hierzu: J. BELLMANN, Choice Policies – Selektion, Segregation und Distinktion im Rahmen von Bildungsmärkten, in: H. ULLRICH/S. STRUNK (Hrsg.), Begabtenförderung an Gymnasien. Entwicklungen, Befunde, Perspektiven, Wiesbaden 2008, S. 259; R. WERNSTEDT, Vorwort, in: M. WEIß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2011, S. 6; zurückhaltender gegenüber dem Bedürfnis der Eltern nach Milieunähe und Distinktion als leitendem Motiv für die Wahl einer Privatschule: H. BARZ, Bildungseinrichtungen in freier Trägerschaft – Eine wichtige Säule des deutschen Bildungswesens, in: KAS, Analysen und Argumente, Juni 2016, Ausgabe 207, S. 5 f.

<sup>3</sup> CHR. HENRY-HUTHMACHER, Eltern unter Druck – Die wichtigsten Ergebnisse der Studie, in: DIES./M. BORCHARD (Hrsg.), Eltern unter Druck: Selbstverständnisse, Befindlichkeiten und Bedürfnisse von Eltern in verschiedenen Lebenswelten, 2008, S. 8; M. WEIß, Allgemeinbildende Privatschulen in Deutschland, 2011, S. 52 f.

<sup>4</sup> Siehe C. KANN/K. ROTHE, Mythos Chancengleichheit in der Grundschule? Strukturelle Entwicklungen im Privatschulwesen, Heinrich-Böll-Stiftung Berlin 2016, abrufbar unter: <https://www.boell.de/de/2016/08/05/mythoschancengleichheit-der-grundschule> (letzter Zugriff: 10.10.2017).

Überlegungen, wie sie in Anknüpfung an die Einheitsschulbewegung schon der Weimarer Reichsverfassung zugrunde lagen und von den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates übernommen worden sind, besonders deutlich zum Ausdruck kommt.<sup>1</sup> Volksschulen, zu denen jedenfalls Grundschulen zählen, sind danach „nur zuzulassen, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder, auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.“

Hintergrund der Vorschrift ist der bereits aus der Weimarer Reichsverfassung (vgl. Art. 146 Abs. 1 Satz 2 WRV) überlieferte und in das Grundgesetz übernommene prinzipielle Anspruch der gemeinsamen Beschulung von Kindern aus allen gesellschaftlichen Schichten wenigstens in den ersten Schuljahren. Dahinter steht, so das Bundesverfassungsgericht, „eine sozialstaatliche und egalitär-demokratischem Gedankengut verpflichtete Absage an Klassen, Stände und sonstige Schichtungen. Dass solche Bemühungen schon wegen einseitiger sozialer Zusammensetzung der Bevölkerung der jeweiligen Schulsprengel, aber auch aus vielfältigen anderen Gründen häufig nur begrenzten Erfolg haben<sup>2</sup>], nimmt diesem Ziel nicht seine Bedeutung. Auch jüngere pädagogische, gesellschaftliche und verfassungsrechtliche Entwicklungen lassen es nicht als überholt erscheinen. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass Privatschulen ein einseitiges Bild von der Zusammensetzung der Gesellschaft widerspiegeln und den Schülern vermitteln, wenn sie nur von Kindern der Anhänger bestimmter pädagogischer, weltanschaulicher oder auch religiöser Anschauungen besucht werden. Bleiben gesellschaftliche Gruppen einander fremd, kann dies zu sozialen Reibungen führen, die zu vermeiden legitimes Ziel auch staatlicher Schulpolitik ist.“<sup>3</sup> Einer sozioökonomisch, religiös, sprachlich, kulturell, geschlechtlich oder begabungsorientiert bedingten Separierung der Schülerschaft soll durch die erhöhten Anforderungen an die Genehmigung privater Grundschulen ebenso wie durch das Sonderungsverbot also gerade entgegengewirkt und eine institutionelle Integration der Schülerinnen und Schüler sichergestellt werden. Unterschiedliche familiäre Hintergründe und divergente Sozialisationserfahrungen sollen sich in der Schule widerspiegeln und Kinder dadurch gesellschaftliche Differenzen in der Schule überhaupt erleben und als gegenseitige Bereicherung erfahren können.

## VII. Anforderungen an Gesetzgebung und Schulaufsicht

Zur Verhinderung solcher Effekte, die in ihren individuellen und gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen verheerend sein können und die nicht zuletzt das Privatschulregime des Grundgesetzes im Allgemeinen und das dort verankerte Sonderungsverbot im Besonderen zu verhindern suchen, bedarf es einer klaren staatlichen Regulierung. Diese muss transparent und fair sein,

---

<sup>1</sup> Siehe: G. ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 1965 (Nachdruck der 14. Aufl., Berlin 1933); Art. 146 Anm. 4; L. RICHTER, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996, S. 665. Zur Geschichte der Auseinandersetzungen um die allgemeine Grundschule: L. VON FRIEDEBURG, Bildungsreform in Deutschland, 1992, S. 219 ff.

<sup>2</sup> Zur Problematik von Schulsprengeln: J. RUX/N. NIEHUES, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rdnr. 741 mit Fn. 867 und Rdnr. 747; vgl. auch schon: G. PÜTTNER, Die Sprengelpflicht, RdJB 1992, S. 230 (233 f.); aus soziologischer Sicht, siehe schließlich: F.-O. RADTKE/P. STOŠIĆ, Lokale Bildungsräume, geographische revue 2009, S. 34.

<sup>3</sup> BVerfGE 88, 40 (50). Ebenso die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung (BVerwGE 75, 275 (277); BVerwG, NJW 2000, S. 1280 (1281 f. und 1283) und die rechtswissenschaftliche Literatur (CHR. LANGENFELD, Privatschule, in: W. HEUN u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 1858 (1860); R. POSCHER/M. NEUPERT, Die Rechtstellung ausländischer und internationaler Schulen unter dem Grundgesetz, RdJB 2005, S. 244 (246 und 253); I. RICHTER, Separate – but unequal?, Neue Sammlung 26 (1986), S. 181 (186 f.) J.P. VOGEL, Zulassungsvoraussetzungen für private Volksschulen, RdJB 1989, S. 299 (300, 302 und 307).

den Ersatzschulträgern eine auskömmliche Finanzierung sichern und Umgehungen, etwa in Gestalt von Aufnahmebeiträgen, Zahlungen an Fördervereine, „freiwillige“ Spenden oder Aufwendungen für außerunterrichtliche Angebote, verhindern. Da die Genehmigungsvoraussetzungen nicht nur zum Zeitpunkt der Errichtung einer Privatschule gegeben, sondern im laufenden Betrieb fortwährend eingehalten werden müssen, bedarf es darüber hinaus aber auch einer wirksamen Kontrolle seitens der Schulaufsichtsbehörden, die bis dato scheinbar nur sehr halbherzig wahrgenommen worden ist.<sup>1</sup>

**Sonderungsverbot führt  
zur Beeinträchtigung der  
freien Schülerwahl -  
verfassungskonform**

Dabei ist in Bezug auf das Sonderungsverbot gar nicht zu bestreiten, dass dessen effektive Durchsetzung zu einer – verfassungsgesetzlich allerdings gerade gewollten und erlaubten – Beeinträchtigung des Rechts der Privatschulträger auf Auswahl ihrer Schülerinnen und Schüler führt. Ebenso wie das Grundrecht der Privatschulfreiheit an sich, besteht dieses Recht jedoch von vornherein eben nur unter Berücksichtigung der in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG normierten Genehmigungsvoraussetzungen. Legt man einmal die oben bereits erwähnte, etwas schiefe, weil aus dem Beamtenrecht entnommene Formulierung aus dem Gutachten von BROSIUS-GERSDORF zugrunde, wird man von einem Eingriff in das von der Privatschulfreiheit geschützte Recht zur Auswahl der Schülerinnen und Schüler nach eigenen Kriterien höchstens dann sprechen können, wenn den Privatschulen unter Verweis auf das Sonderungsverbot untersagt würde, ihre Schülerinnen und Schüler nach Eignung, Befähigung und fachlichen Leistungen auszuwählen. Aber zum einen wird man wohl nicht sagen wollen, dass Kinder und Jugendliche aus Familien, die das Schulgeld für den Besuch einer privaten Schule nicht aufbringen können, per se weniger geeignet und befähigt sind und sie die fachlichen Leistungen nicht gleichermaßen zu erbringen in der Lage sind. Zum anderen will nicht einleuchten, dass Kinder und Jugendliche, die zu der jeweiligen religiösen, weltanschaulichen oder pädagogischen Ausrichtung einer Schule passen, nur in bildungsnahen und sozioökonomisch besser gestellten Milieus zu finden sind.

Insofern garantiert das Grundgesetz zwar das Grundrecht der Privatschulfreiheit. Es koppelt das Grundrecht aber nicht ab von gesamtgesellschaftlichen Interessen und keinesfalls garantiert es eine unbegrenzte Freiheit, die sich vom Staat auch noch fördern lässt. Vielmehr sind die Landes(schul)gesetzgeber gehalten, klare Regelungen zur Umsetzung des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 Halbs. 2 GG zu schaffen, die geeignet sein müssen, die gleiche Zugänglichkeit der Schulen unabhängig von den Einkommensverhältnissen der Eltern sicherzustellen und von den zuständigen Behörden auch regelmäßig und effektiv auf ihre Einhaltung kontrolliert werden. Für die Schaffung solcher Regelungen hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, der am Übermaßverbot eine Schranke findet. Durch die Neuregelung in Baden-Württemberg wurden wegweisende Maßstäbe gesetzt, die einer verfassungsrechtlichen Prüfung (weitestgehend) standhalten.

---

<sup>1</sup> Vgl. M. WRASE/M. HELBIG, NVwZ 2016, S. 1591 (1595 f.); M. WRASE/L. JUNG/M. HELBIG, WZB Discussion Paper 2017-003, Juli 2017, S. 25 ff.