

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

Wrased, Michael; Jung, Laura; Helbig, Marcel

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

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

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Wrased, M., Jung, L., & Helbig, M. (2017). *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*. (Discussion Papers / Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, P 2017-003). Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung gGmbH. <https://hdl.handle.net/10419/167658>

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.

Wrase, Michael; Jung, Laura; Helbig, Marcel

Working Paper

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, No. P 2017-003

Provided in Cooperation with:

WZB Berlin Social Science Center

Suggested Citation: Wrase, Michael; Jung, Laura; Helbig, Marcel (2017) : 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, No. P 2017-003, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Berlin

This Version is available at:

<http://hdl.handle.net/10419/167658>

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.



Michael Wrase, Laura Jung, Marcel 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 Berück-
sichtigung des aktuellen Gesetzentwurfs der Landes-
regierung in Baden-Württemberg

Discussion Paper

P 2017-003

Juli 2017

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung

Projektgruppe der Präsidentin

Discussion Papers des WZB dienen der Verbreitung von Forschungsergebnissen aus laufenden Arbeiten im Vorfeld einer späteren Publikation. Sie sollen den Ideenaustausch und die akademische Debatte befördern. Die Zugänglichmachung von Forschungsergebnissen in einem WZB Discussion Paper ist nicht gleichzusetzen mit deren endgültiger Veröffentlichung und steht der Publikation an anderem Ort und in anderer Form ausdrücklich nicht entgegen.

Discussion Papers, die vom WZB herausgegeben werden, geben die Ansichten der jeweiligen Autoren wieder und nicht die der gesamten Institution WZB.

Michael Wrase, Laura Jung und Marcel 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

Discussion Paper P 2017–003

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (2017)

Alle Discussion Papers sind online abrufbar:

<http://www.wzb.eu/de/publikationen/discussion-paper/...>

Inhaltsverzeichnis

I. Privatschulfreiheit und Sonderungsverbot im Grundgesetz.....	3
II. (Nicht-)Konkretisierung des Sonderungsverbots in den Bundesländern.....	7
III. Rechtliche (Nicht-)Umsetzung in Berlin und Hessen.....	11
1. Kriterien für die Einhaltung des Sonderungsverbots im Land Berlin.....	11
a. Vorgaben der Senatsverwaltung für Bildung.....	11
b. Äußerungen zur Einhaltung und Kontrolle der Vorgaben.....	13
c. Rechtliche Bewertung der Senatsvorgaben.....	14
2. Kriterien für die Einhaltung des Sonderungsverbots in Hessen.....	19
a. Vorgaben nach Auskunft der Hessischen Landesregierung.....	19
b. Rechtliche Bewertung der Vorgaben des Hessischen Kultusministeriums.....	20
IV. Empirische Befunde.....	23
1. Berlin – Erhebung der Schulgeldordnungen der privaten Schulen und soziale Verteilung der Schüler.....	23
2. (Nicht-)Kontrolle der privaten Ersatzschulen in Hessen.....	30
V. Erfordernis gesetzlicher Regulierung zur Umsetzung des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG.....	37
1. Materiell-gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich geboten.....	38
2. Regelungen zur Sicherstellung der Allgemein zugänglichkeit der privaten Ersatzschulen – Baden-Württembergs Gesetzentwurf als vorbildliche Regulierung?.....	39
VI. Sonderungsverbot und Förderanspruch.....	47
1. Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.....	47
2. Modelle der Umsetzung und selektive Effekte der Finanzierungssysteme in Berlin und Hessen.....	49
3. Sonderungsverbot und auskömmliche Finanzierung der Ersatzschulen.....	54
VII. Fazit.....	56
VIII. Quellenverzeichnis.....	58

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Anteil von Kindern mit Lernmittel(eigenanteil)befreiung an Berliner Schulen, in denen es die Klassen 1–4 gibt, nach Schulgeldstatus (Schuljahr 2016/17), gemessen an allen Schülern der Klassen1–4.....	27
Tabelle 2: Anteil von Kindern mit Lernmittelbefreiung an Berliner Schulen, in denen es die Klassen 7–10 gibt, nach Schulgeldstatus (Schuljahr 2016/17), gemessen an allen Schülern der Klassen7–10.....	29
Tabelle 3: Schulgeld und Gebühren an den privaten Ersatzschulen in Hessen.....	34
Tabelle 4: Bruttohaushaltseinkommen, Nettohaushaltseinkommen und durchschnittlich verfügbares Einkommen nach Einkommenskategorien	43

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Ökonomischer Fehlanreiz des gegenwärtigen Fördersystems in Berlin (ohne Festsetzung und Kontrolle des höchstzulässigen durchschnittlichen Schulgeldes)	53
---	----

I. Privatschulfreiheit und Sonderungsverbot im Grundgesetz

Das Grundgesetz der Bundesrepublik schützt in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 die Freiheit zur Errichtung und Unterhaltung privater Schulen.¹ Damit verbunden ist die Absage an ein staatliches Schulmonopol.² Bezweckt wird ein Pluralismus der Bildungs- und Erziehungsziele und -inhalte.³ Gleichzeitig stellt das Grundgesetz private Ersatzschulen, d.h. solche, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann, nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG unter einen verfassungsunmittelbaren⁴ Erlaubnisvorbehalt. Eine Genehmigung ist nur 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 nicht gefördert wird“. Zudem ist die Genehmigung zu versagen, „wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist“. Nach herrschender Meinung und Praxis sind diese Voraussetzungen auch nach der Genehmigungserteilung fortlaufend einzuhalten und von der Schulaufsicht zu kontrollieren. Im Fall der dauerhaften Nichterfüllung ist die einmal erteilte Genehmigung zurückzunehmen bzw. nach dem § 49 II VwVfG entsprechenden Landesrecht zu widerrufen.⁵

Das sogenannte Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG hat dabei eine besondere Funktion. Es statuiert eine verfassungsunmittelbare Schranke der freien Schülersauswahl durch die Ersatzschulen.⁶ Es soll die Entstehung von sozial abgeschotteten Eliten- oder Standesschulen unterbinden und ist in diesem Sinne – wie das Bundesverfassungsgericht betont – „strikt“ zu beachten.⁷ Dabei gibt es eine klare höchstrichterliche Rechtsprechung und einen weitgehenden Konsens über das grundsätzliche Verständnis des Sonderungsverbots.

¹ Entsprechend der Terminologie in den Schulgesetzen sprechen wir im Folgenden von „Privatschulen“ bzw. „Schulen in freier Trägerschaft“; vgl. Rux/Niehues (2013), Rn. 1123.

² BVerfGE 27, 195 (201); 75, 40 (61); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83); st. Rspr.

³ Vgl. BVerfGE 27, 195 (201); 90, 107 (116); Brosius-Gersdorf (2013), Rn. 103; Badura (2015), Rn. 92; Uhle (2013), Rn.72.

⁴ Vgl. Brosius-Gersdorf (2013), Rn. 113: „verfassungsunmittelbare Schranke“ der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG.

⁵ So unmissverständlich BVerfGE 75, 40 (64); vgl. auch BVerfGE 88, 40 (55): „Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ..., der als verbindliche Verfassungsnorm dazu zwingt, die Ersatzschulgenehmigung zu versagen oder aufzuheben, wenn überhöhte Schulgelder eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern auch nur fördern würden.“

⁶ Jestaedt (2009), Rn. 56; Brosius-Gersdorf (2013), Rn. 113.

⁷ BVerfGE 88, 40 (55) – Private Grundschule.

Private Ersatzschulen müssen in den Worten des Bundesverfassungsgerichts „allgemein zugänglich sein“, und zwar in dem Sinne, dass sie von allen Kindern „grundsätzlich ohne Rücksicht auf deren Wirtschaftslage besucht werden“ können.⁸ An anderer Stelle fasst das Gericht seine ständige Rechtsprechung wie folgt zusammen: Die „Privatschule [muss] grundsätzlich allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse offenstehen; insoweit muß sie von allen Eltern und Schülern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage in Anspruch genommen werden können. Einige wenige Freiplätze oder Schulgeldstipendien in Ausnahmefällen [...] gewährleisten die allgemeine Zugänglichkeit in diesem Sinne nicht.“⁹ Die juristische Literatur folgt dem Gericht nahezu einhellig.¹⁰ Auch führende Vertreter der Privatschulverbände haben betont, dass die „Allgemeinzugänglichkeit der Privatschulen [...] besonders wichtig ist“.¹¹

Ausgehend von diesem juristisch konsentierten Verständnis des Sonderungsverbots stellt sich die Frage nach den konkreten Anforderungen, die von den privaten Ersatzschulen zu erfüllen sind, um die Allgemeinzugänglichkeit für jedes Kind unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern zu gewährleisten.¹² In unserer vorausgegangenen Studie¹³ haben wir gezeigt, dass es in nahezu allen Bundesländern an einer Konkretisierung des Sonderungsverbots auf gesetzlicher Ebene fehlt und dass die von den Ministerien und Schulaufsichtsbehörden angewendeten Kriterien sehr weit differieren, wenn sie nicht gänzlich fehlen.¹⁴ Die von den Ministerien festgelegten Vorgaben werden zudem in der Praxis selten wirksam kontrolliert. So kommt es – entgegen der klaren Intention des Grundgesetzes – vor allem in sozialen Ballungsräumen, insbesondere den Großstädten, zu einem sozial hochselektiven Zugang an einigen Privatschulen.¹⁵ Die sozialen (Handlungs-)Mechanismen, die aufgrund des Fehlens von staatlicher Regulierung und Aufsicht auf der

⁸ Grundlegend BVerfGE 75, 40 (64) – Privatschulfinanzierung I.

⁹ BVerfGE 90, 107 (119) – Waldorfschule in Bestätigung der in BVerfGE 75, 40 (63 ff) aufgestellten Grundsätze.

¹⁰ Statt vieler Brosius-Gersdorf (2013), Rn. 124; Badura (2015), Rn. 120; Hofmann (2014), Rn. 52; Uhle (2013), Rn. 85 jew. unter zust. Bezugnahme auf die Rspr.

¹¹ So der Vorsitzende des Verbandes Deutscher Privatschulen (VDP), Klaus Voigt, in Reaktion auf die WZB-Studie Wrase/Helbig (2016) gegenüber der Presse; Pressemitteilung des VDP Nr. 20/16 vom 23. November 2016.

¹² Hier setzt die Kritik von Hardorp (2017) an, auf die wir weiter unten genauer eingehen.

¹³ Wrase/Helbig (2016).

¹⁴ Die Ergebnisse der Umfrage finden sich bei Helbig/Wrase (2016).

¹⁵ Helbig/Nikolai/Wrase (i.E.)

Angebots- und Nachfrageseite zu dieser sozialen Segregation an Privatschulen führen, haben wir in einer weiteren Studie vertieft dargestellt und analysiert.¹⁶

Im vorliegenden Beitrag befassen wir uns mit der Rechtslage und Praxis in den Bundesländern Berlin und Hessen als Beispiele für zwei Regulierungsgruppen: Während Berlin standardisierte Vorgaben für die Einhaltung des Sonderungsverbots auf Ebene der Verwaltung macht, etwa durch gleichlautende Konkretisierungen im Genehmigungsbescheid, gibt es in Hessen keinerlei allgemeine Standards; diese werden vielmehr bezogen auf den Einzelfall festgelegt. Wir werden zeigen, dass der Berliner Senat Kriterien für die Einhaltung des Sonderungsverbots entwickelt hat, die auf rechtlich ungesicherter Grundlage beruhen und in der Praxis weder von der Mehrzahl der Schulen beachtet noch von der Senatsverwaltung effektiv kontrolliert werden. Damit im Zusammenhang steht eine soziale Entmischung an den privaten Ersatzschulen. In Bezug auf das Bundesland Hessen werden wir darlegen, dass das vollständige Fehlen einheitlicher Kriterien zur Einhaltung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zu einer faktischen Nicht-Kontrolle des Verfassungsgebots führt.¹⁷

Auf Grundlage unserer Forschungsergebnisse können wir andererseits bestimmte rechtliche Vorgaben und Regulierungsmöglichkeiten aufzeigen, mit denen dem Sonderungsverbot – unter Wahrung der Rechte der Privatschulen – wieder Geltung verschafft und die soziale Sonderung an den privaten Ersatzschulen eingedämmt werden kann. In diesem Zusammenhang werden wir auch die im jetzt vorliegenden Gesetzentwurf der Landesregierung von Baden-Württemberg vom Mai 2017 enthaltenen Regelungen zum Sonderungsverbot betrachten (im Folgenden: E-PSchG bzw. E-VollzugsVO).¹⁸ Im Anschluss werden wir, soweit mit Blick auf das Sonderungsverbot erforderlich, auch die Frage des staatlichen Förderanspruchs behandeln.¹⁹ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG als Genehmigungsvoraussetzung *nicht* an die Höhe einer staatlichen Förderung gekoppelt ist, wie dies vonseiten der Privatschulen teilweise behauptet wird.²⁰ Vielmehr ist es so, dass das Bundesverfassungsgericht den für ein Frei-

¹⁶ Helbig/Nikolai/Wrase (i.E.).

¹⁷ In Hessen fehlt es an einer Datengrundlage, um den Zusammenhang mit der sozialen Entmischung an den Privatschulen zu analysieren; dazu Wrase/Helbig (2016), S. 1597.

¹⁸ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017).

¹⁹ Dass dies in unserer vorausgegangenen Studie nicht in ausreichendem Maße geschehen sei, wurde von Har-dorp (2017) und Vogel (2017) kritisiert.

²⁰ So etwa auch Vogel (2017).

heitsrecht außergewöhnlichen staatlichen Förderanspruch gerade daraus abgeleitet hat, dass die privaten Ersatzschulen die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG, und hier insbesondere das Sonderungsverbot, zu beachten haben.²¹ Unsere Befunde geben folglich eher Anlass zu Zweifeln, ob die Voraussetzungen für eine staatliche Förderung der privaten Ersatzschulen gegenwärtig überhaupt (noch) vorliegen, wenn an vielen privaten Ersatzschulen die vom Grundgesetz geforderte soziale Allgemeinzugänglichkeit, für deren Gewährleistung sie die Förderung erhalten, faktisch nicht gegeben ist bzw. die Allgemeinzugänglichkeit durch Politik und Verwaltung nicht überwacht wird.²²

Entgegen weitergehender Stimmen in der juristischen Literatur²³ halten wir den Anspruch der Privatschulen auf staatliche Förderung jedoch, wie wir erläutern werden, im Grundsatz für unabdingbar, um dem Sonderungsverbot entsprechen zu können und zugleich eine vielfältige Privatschullandschaft zu erhalten. Maßstab für unsere nachfolgenden Analysen und Überlegungen ist demgemäß auf der rechtlichen Seite die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und – ihm folgend – der Landesverfassungsgerichte, an deren überzeugenden dogmatischen Grundsätzen wir festhalten.

²¹ Grundlegend BVerfGE 75, 40 (63 ff.), fortgeführt von BVerfGE 90, 107; 112, 74; ausführlich zur Rechtsprechung Badura (2015), Rn. 130 ff.: Finanzielle Einstandspflicht ergibt sich nur für die Ersatzschulen als Ausgleich für die „sozialstaatlichen“ Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG; ebenso Jestaedt (2009), Rn. 61. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung, die sich allerdings explizit in Abgrenzung zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sieht (explizit Brosius-Gersdorf 2016a, 10), ergibt sich nach der herrschenden Meinung aus der Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG *allein* kein Leistungsrecht der Privatschulen (Langenfeld 2013, Rn. 29 m. w. Nachw.). Dies steht auch im Einklang mit der Auslegung des Art. 13 Abs. 4 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966; BGBl. 1976 II, S. 428), der die Gründung privater Bildungseinrichtungen als Menschenrecht völkerrechtlich gewährleistet. So haben die zuständigen UN-Ausschüsse ebenso wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Anspruch von Eltern bzw. privaten Schulen auf staatliche Unterstützung abgelehnt; ausführlich Beiter (2006), S. 563 ff.

²² Dazu Wrase (2016b).

²³ Instruktiv Boysen (2012), Rn. 92 f.: Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG in eine „Alimentationsgarantie umzubiegen“, stelle „ihren Sinn geradezu auf den Kopf“.

II. (Nicht-)Konkretisierung des Sonderungsverbots in den Bundesländern

Dass die Umsetzung des Sonderungsverbots in den sechzehn Bundesländern höchst unterschiedlich und aus Sicht eines rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzugs prekär ist, haben wir an anderer Stelle ausführlich dargelegt.²⁴ In allen Ländern gibt es allerdings bestimmte Konkretisierungen, die aber in der Regel nicht auf einer materiell-gesetzlichen Grundlage beruhen, sondern von den Verwaltungen festgelegt werden. Dabei lassen sich bestimmte Ländergruppen unterteilen.²⁵

Eine Gruppe (Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Thüringen) gibt an, im Einzelfall zu entscheiden, ob eine soziale Staffelung der Schulgebühren vorgesehen ist, die eine Allgemein zugänglichkeit der Schulen für alle Schüler unabhängig von der Einkommenssituation der Eltern gewährleistet. Stellvertretend sei die Praxis in Thüringen genannt, wo in „jedem Einzelfall“ geprüft werden soll, ob die von der Privatschule vorgelegte „Methode geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach dem Einkommen der Eltern zu vermeiden“. Wie diese höchst anspruchsvolle Aufgabe allerdings rechtsstaatlich objektiv – d.h. unabhängig vom individuellen Gutdünken einzelner Sachbearbeiter – und unter Wahrung des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG erfüllt wird, bleibt unklar. Weder die methodische Grundlage der Ermittlung noch das von der Verwaltung angewendete Verfahren sind nach den Angaben der zuständigen Landesbehörden transparent und nachvollziehbar. Damit ist auch für die Privatschulen (in Gründung) im Vorhinein nicht erkennbar, welche Schulgelder sie erheben und welche Einnahmen sie erwarten können. Ebenso ist kein gleichheitsgemäßer Gesetzesvollzug gewährleistet, auf den sich andere Schulen in freier Trägerschaft berufen können. Auch die Schüler und deren Eltern, die einen einkommensabhängigen Zugang zu einer Privatschule erreichen oder sich gegen überhöhte Gebühren an ihrer Schule zur Wehr setzen wollen, haben keine konkrete Regelung, auf die sie sich im Zweifel beziehen können und die ihnen eindeutige subjektive Rechte verleiht. Insofern erscheint es wohlfeil, wenn von einzelnen Ländern vorgetragen wird, es lägen keine Elternbeschwerden vor, weshalb es anscheinend keinen Handlungsbedarf gäbe. Es ist durch viele rechtssoziologische Studien

²⁴ Wrase/Helbig (2016), S. 1593 ff.; Helbig/Wrase (i.E.).

²⁵ Basierend auf den Auskünften der zuständigen Landesministerien Helbig/Wrase (2016); eine Aktualisierung ist in Bearbeitung.

belegt, dass die Einforderung von Recht(en) insbesondere von der Klarheit und Nachvollziehbarkeit der Regelungen und der Informiertheit der betroffenen Rechteinhaber abhängt.²⁶

Vor diesem Hintergrund haben sowohl der Sächsische als auch der Baden-Württembergische Verfassungsgerichtshof mittlerweile ausdrücklich verlangt, dass der jeweilige Landesgesetzgeber die zulässigen Schul- und Lernmittelgelder entweder

„selbst auf transparenter Grundlage ausweisen oder aber der Verwaltung aufgeben [muss], 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“.²⁷

Den Anforderungen des Gesetzmäßigkeitsprinzips in diesem Sinn wird auch eine zweite Gruppe von Bundesländern (Bayern, Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen und Schleswig-Holstein)²⁸ nicht gerecht, in denen ebenfalls keine ausdrückliche Gesetzesregelung für die Ermittlung und Festlegung der zulässigen Schulgelder existiert, die aber zumindest auf Verwaltungsebene konkrete Vorgaben für das Schulgeld machen, insbesondere durch einheitliche Festlegungen für das behördliche Vorgehen.²⁹ Diese Bundesländer halten eine gesetzliche Regelung für nicht erforderlich; sie stützen sich für ihre Vorgaben unmittelbar auf Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und die zum Sonderungsverbot „ergangene Rechtsprechung“. Dabei wird die in Bezug genommene Rechtsprechung allerdings höchst unterschiedlich interpretiert. So gelangt Berlin zu einem aktuell zulässigen Schulgeld auf der niedrigsten Stufe von 100 Euro/Monat bei einer Einkommensgruppe bis maximal 29.420 Euro (brutto) jährlich. Das Schulgeld kann dann einkommensabhängig progressiv gesteigert werden; eine Begrenzung nach oben gibt es nicht.³⁰ Niedersachsen hingegen gibt keine Untergrenze vor, legt aber „ausgehend von der vorhandenen Rechtsprechung in anderen Bundesländern [...] ein durchschnittliches monatliches Schulgeld von 200 Euro zu-

²⁶ Ausführlich Blankenburg (1995); Rottleuthner (1987), S. 78 ff.

²⁷ SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92); ebenso StGH BW, Urt. v. 6.7.2015, 1 VB 130/13, juris, Rn. 169 ff.

²⁸ Auf Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg gehen wir später noch ein. Das Saarland haben wir keiner der beiden Gruppen zugerechnet, da es hier zumindest Vorgaben zur Staffelung der Schulgelder gibt.

²⁹ Derartige Vorgaben haben in der Regel keine rechtliche Außenwirkung, wie wir am Beispiel Berlin im Einzelnen zeigen werden.

³⁰ SenBJW (2016); Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783).

grunde“.³¹ Im Gegensatz dazu wiederum setzt Hamburg diese Grenze nicht bei einem durchschnittlichen Schulgeld pro Kind an, sondern sieht sie als Höchstgrenze, wobei eine soziale Staffelung nur bedingt vorgesehen ist.³² Es bleibt bei all diesen Vorgaben unklar, woher sie kommen und wie sich aus der Rechtsprechung dermaßen unterschiedliche Grenzen und Kriterien ableiten lassen, die – ohne Rechtsnorm – unmittelbar geltendes Recht sein sollen.

In unserer vorangegangenen Studie haben wir die Rechtsprechung der Gerichte in Baden-Württemberg relativ eingehend dargestellt und sind von einer „konsolidierten“ Schulgeldhöhe von durchschnittlich etwa 160 Euro ausgegangen.³³ Hiergegen ist vonseiten der Privatschulen Kritik erhoben worden, da die genannte Rechtsprechung nicht als „konsolidiert“ und für andere Bundesländer gültig angesehen werden könne.³⁴ Unterdessen ist die von uns aus der Rechtsprechung der baden-württembergischen Verwaltungsgerichte abgeleitete Grenze des durchschnittlichen Schulgeldes von 160 Euro im Entwurf der Landesregierung auf der Grundlage eines wissenschaftlichen Gutachtens bestätigt worden.³⁵ Der baden-württembergische Gesetzgeber hat sie entsprechend in Nr. 5 E-VollzugsVO als regelmäßige, im Einzelfall widerlegbare Grenze des höchstzulässigen durchschnittlichen Schulgeldes festgesetzt.³⁶ Inwiefern diese Grenze auf die Einkommenssituation in anderen Bundesländern übertragbar ist, werden wir in Abschnitt V erörtern.

Demgegenüber ist letztlich jede Festlegung von Vorgaben durch die Aufsichtsbehörden ohne gesetzliche Grundlage für ein nicht sonderndes Schulgeld juristisch angreifbar; das gilt aber noch viel mehr, wenn die Feststellung der (Nicht-)Einhaltung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, wie in den meisten anderen Bundesländern, rein auf einer behördlichen Einzelfallentscheidung beruht. Gerade aus diesem Grund schafft der Gesetzgeber in Baden-Württemberg nunmehr in Umsetzung der Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs³⁷ die erforderliche Rechtsgrundlage für das höchstzulässige durchschnittliche Schulgeld. Das

³¹ Bei Helbig/Wrase (2016), S. 6 f.; siehe auch Helbig/Wrase (i.E.)

³² Bei Helbig/Wrase (i.E.), zur Diskussion der Hamburger Regelung.

³³ Wrase/Helbig (2016), S. 1592 f. unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urt. v. 19.7.2005, 9 S 47/03, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 14.7.2010, 9 S 2207/09, BeckRS 2010, 50833; BVerwG, Urt. v. 21.12.2011, 6 C 18/10, BeckRS 2012, 46370; VGH Mannheim, Urt. v. 11.4.2013, 9 S 233/12, juris; VG Stuttgart, Urt. v. 2.2.2010, 13 K 3238/09, BeckRS 2010, 47313; OVG Bautzen, Urt. v. 2.3.2011, 2 A 47/09, BeckRS 2011, 49425.

³⁴ So Hardorp (2017), S. 8 ff.

³⁵ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 15, 20; IAW (2016).

³⁶ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 7 f., 20.

³⁷ StGH BW, Urt. v. 6.7.2015, 1 VB 130/13, juris.

Erfordernis einer solchen Rechtsgrundlage lässt sich entweder aus einem in Art. 7 Abs. 3 Satz 2 GG verankerten Regelungsauftrag an die Landesgesetzgeber ableiten³⁸ oder aus dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes, der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei einer Grundrechtsbetroffenheit angenommen wird – oder aus beidem.³⁹ Von einer Wesentlichkeit der Regelung ist hier sowohl mit Blick auf die Freiheit der Privatschulen und ihr Recht auf Schulgelderhebung als auch in Bezug auf die Rechte der betroffenen Eltern und Schüler auszugehen, für die ein einkommensgerechter Zugang zu (und Verbleib auf) Schulen in freier Trägerschaft gewährleistet sein muss.⁴⁰ Somit ist zumindest ein Gesetz im materiellen Sinne erforderlich, das Bestimmtheit, Gleichmäßigkeit und Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns gewährleistet.⁴¹ Wie die Landesverfassungsgerichte jeweils hervorgehoben haben, lässt sich im Übrigen nur durch eine gesetzliche Festlegung der zulässigen Schulgelder und der sonstigen Beiträge ermitteln, wie hoch im Verhältnis der staatliche Förderungsanspruch anzusetzen ist und ob er den verfassungsrechtlichen (Mindest-)Vorgaben genügt.⁴²

³⁸ So überzeugend u.a. Wißmann (2015), Rn. 239; Richter (2001), Rn. 59; Badura (2015), Rn. 112; Jarass (2016), Rn. 32.

³⁹ Vgl. Wißmann (2015), Rn. 239; Badura (2015), Rn. 105.

⁴⁰ Vgl. Wrase/Helbig (2016), S. 1593 f.

⁴¹ Zum abgestuften Gesetzesvorbehalt durch Regelungen auf gesetzlicher und verordnungsrechtlicher Ebene siehe Sachs (2014), Rn. 118 m. w. Nachw. zur Rspr.

⁴² SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92); StGH BW, Urt. v. 6.7.2015, 1 VB 130/13, juris, Rn. 169 ff.

III. Rechtliche (Nicht-)Umsetzung in Berlin und Hessen

Im Folgenden werden wir die konkretisierenden Verwaltungsregeln in Berlin und Hessen genauer betrachten und unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts bewerten. Berlin nimmt eine Konkretisierung hauptsächlich auf der Verwaltungsebene vor, wobei man sich zusätzlich auf eine Rechtsverordnung von 1959 stützt, deren Ermächtigungsgrundlage, das Privatschulgesetz von 1954, mittlerweile aber aufgehoben ist. Hessen hingegen ist der Gruppe von Bundesländern zuzuordnen, die auf der Basis reiner Einzelfallentscheidungen agiert.

1. Kriterien für die Einhaltung des Sonderungsverbots im Land Berlin

a. Vorgaben der Senatsverwaltung für Bildung

Die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie des Landes Berlin hat ihre Kriterien zur Überprüfung der Einhaltung des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sowohl in einem Informationsblatt⁴³ als auch gegenüber dem Abgeordnetenhaus von Berlin⁴⁴ dargelegt. Nach Ansicht der Senatsverwaltung handelt es sich bei den aufgestellten Kriterien zum zulässigen Schulgeld um aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 93 Abs. 3 Nr. 4 SchG abgeleitetes „unmittelbar geltendes Recht, das keiner Umsetzung durch Verwaltungsakt bedarf“.⁴⁵ So begründet die Senatsverwaltung mit der Rechtsprechung ein „aktuell zulässiges Schulgeld, das eine Sonderung nach Besitzverhältnissen vermeidet, von 100 Euro/Monat“. Da dieses unabhängig von einer sozialen Staffelung erhoben werden könne, bilde es sozusagen die unterste Stufe einer möglichen Progression. Im Einzelnen heißt es:

„Eine Sonderung nach Besitzverhältnissen kann hiernach nur vermieden werden, wenn das Einstiegsschulgeld für die erste Einkommensgruppe nicht höher als 100 Euro im Monat liegt. Das Schulgeld kann dann einkommensabhängig progressiv schrittweise gesteigert werden. Einzelstipendienplätze entbinden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht von der Verpflichtung, Schulgelder zu erheben, die eine Sonderung nach Besitzverhältnissen vermeiden.“

⁴³ SenBJW (2016).

⁴⁴ Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783).

⁴⁵ SenBJW (2016).

Die unterste Einkommensgruppe in einer Schulgeldregelung muss mindestens den Personenkreis umfassen, der nach § 50 Abs. 4 Schulgesetz und der Lernmittelverordnung vom 16.12.2010 (GVBl. S. 662), zuletzt geändert durch Art. I Erste ÄndVO vom 02.11.2012 (GVBl. S.382) als unterstützungsbedürftig bei der Zahlung eines Eigenanteils zur Beschaffung von Lernmitteln gilt, d.h. Personen, deren jährliches Familieneinkommen bei max. 29.420 Euro (brutto) liegt. In der Regel ist das Einkommen der Unterhaltsverpflichteten (Eltern) maßgebend.⁴⁶

Nach Angaben der Senatsverwaltung wird diese Grenze des geringsten Eingangsschulgeldes im Genehmigungsschreiben selbst festgelegt, wobei allerdings nicht erkennbar ist, welche juristische Bedeutung und Wirksamkeit dieser „Festlegung“ zukommen soll.⁴⁷ Da es sich bei der Genehmigung als Ersatzschule um einen gebundenen Verwaltungsakt handelt, auf dessen Erlass der Träger bei Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG einen Anspruch hat,⁴⁸ kommt allein eine Nebenbestimmung nach § 36 Abs. 1, 2. Alt. VwVfG in Betracht, die sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt sind. Dies ließe sich mit Blick auf das Sondernungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, dessen Einhaltung die Voraussetzung für die Genehmigungserteilung ist, gegebenenfalls noch begründen.⁴⁹

Die genannte Voraussetzung des Einstiegsschulgeldes wird nach Ansicht der Senatsverwaltung darüber hinaus durch die

„2. Durchführungsverordnung zum Privatschulgesetz (VO vom 9.12.1959, GVBl. S 1223, in der Fassung vom 11.7.1974, GVBl. 1537, 1550) dahingehend ergänzt, dass 10 % des Schulgeldaufkommens verwendet werden muss, um Freiplätze und Schulgeldermäßigungen für Kinder sozial schwacher Eltern zu finanzieren. Beide rechtlichen Anforderungen stehen nebeneinander und sind unabhängig voneinander zu erfüllen.“⁵⁰

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ Vgl. Abgeordnetenhaus von Berlin (2017–Drs. 18/10 783), zu 4. und 5.

⁴⁸ Statt vieler Robbers (2010), Rn. 188; Boysen (2012) Rn. 94.

⁴⁹ Die Möglichkeit der Nebenbestimmung nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG dient eigentlich der Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts, die „zum Zeitpunkt des Erlasses des VA noch nicht zweifelsfrei vorliegen oder vollständig nachgewiesen werden können“; siehe Stelkens (2014), Rn. 120; Ramsauer (2016), Rn. 14. Allerdings könnte und müsste die Behörde eigentlich im Genehmigungsverfahren die Schulgeldordnung der beantragten Ersatzschule prüfen.

⁵⁰ SenBJW (2016).

Unter die genannte Vorschrift der 2. Durchführungsverordnung, die nach Auffassung des Senats „weiterhin in Kraft ist“,⁵¹ sollen insbesondere Leistungsberechtigte nach dem SGB II und SGB XII fallen.⁵²

Bei der Berechnung der zulässigen Schulgelder sind auch Beiträge zu berücksichtigen, die obligatorisch (also nicht freiwillig) sind und damit ein „verdecktes Schulgeld darstellen“. „Bei obligatorischen Beiträgen ist zu berücksichtigen, ob vergleichbare Beiträge an öffentlichen Schulen erhoben werden.“⁵³

b. Äußerungen zur Einhaltung und Kontrolle der Vorgaben

Die Veröffentlichungen und Äußerungen der Senatsverwaltung lassen keinen Zweifel daran, dass die genannten Vorgaben als unmittelbar rechtsverbindlich erachtet werden und im Rahmen der Kontrolle der Genehmigungs- und Anerkennungsvoraussetzungen gem. § 95 Abs. 2 SchulG überprüft werden sollen.⁵⁴ Dies bestätigte der Senatssprecher gegenüber der Presse: Man wolle „genau wissen“, ob die Einrichtungen „ein zu hohes Schulgeld verlangen“, das gegen die Senatskriterien verstößt.⁵⁵ Die Überprüfung der dauerhaften Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen erfolgt nach Auskunft des Senats zudem regelmäßig „durch die zentrale Schulaufsicht für Schulen in freier Trägerschaft im Rahmen von Schul- und Unterrichtsbesuchen“.⁵⁶

Ebenfalls hat die Senatsverwaltung

„betont, Voraussetzung für die Genehmigung von Privatschulen sei in Berlin, dass diese eine Schulgeldordnung vorlegen. Diese müsse ‚transparent zugänglich‘ gemacht werden, also etwa auf den Internetseiten der Schule zu finden sein. Die Schulgeldregelungen würden auch im Rahmen von Schulhospitationen überprüft.“⁵⁷

Allerdings sind auch diese Vorgaben nicht im Schulgesetz oder in einer darauf beruhenden Verordnung verankert, sondern werden ebenfalls allein im Genehmigungsbescheid (als Nebenbestimmung) festgelegt. Ob die Schulaufsicht die Einhaltung der eigenen Krite-

⁵¹ Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 1.

⁵² Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 11.

⁵³ Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 9.

⁵⁴ Vgl. Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 6.

⁵⁵ Berliner Zeitung vom 23.11.2016, S. 12: „Senat überprüft Privatschulen“.

⁵⁶ Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 3.

⁵⁷ Der Tagesspiegel vom 22.11.2016, S. 24: „Soziale Entmischung an Privatschulen“.

rien tatsächlich effektiv überprüft, werden wir im empirischen Abschnitt 0 genauer untersuchen. Zuvor wenden wir uns jedoch der Frage zu, wie die Senatskriterien im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 GG rechtlich zu bewerten sind.

c. Rechtliche Bewertung der Senatsvorgaben

Es verwundert, dass die Senatsverwaltung in Berlin aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg eine Grenze für ein Einstiegsschulgeld in Höhe von 100 Euro entnimmt, das es in dieser Form in keinem anderen Bundesland, insbesondere aber nicht in Baden-Württemberg, gibt.⁵⁸ Schon ein kurzer Blick in die zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs⁵⁹ zeigt, dass die Rezeption der Rechtsprechung durch den Senat offensichtlich fehlerhaft ist. Denn in dem genannten Urteil ging es nicht um eine untere Grenze der Schulgelderhebung, sondern um das verfassungsgemäße „durchschnittliche“ monatliche Schulgeld je Schüler bei einer regelmäßigen sozialen Staffelung. Dabei befand das Gericht für das Jahr 2005 einen Betrag von 120 Euro pro Schüler für verfassungsgemäß.⁶⁰ Unter Auseinandersetzung mit gutachterlichen Stellungnahmen setzte derselbe Senat des Verwaltungsgerichtshof im Jahr 2010 sogar einen Betrag von nur 70 Euro als Obergrenze an, wobei das Gericht hier nicht mehr von einem durchschnittlichen Elternbeitrag, sondern von einem nicht gestaffelten Schulgeld für „den Normalbürger“ ausging.⁶¹ Diese Entscheidung wurde allerdings vom Bundesverwaltungsgericht 2011 zu Recht aufgehoben, weil der Verwaltungsgerichtshof bei seiner Festlegung der Obergrenze eine soziale Staffelung nach den Einkommensverhältnissen der Eltern gerade nicht berücksichtigt hatte.⁶² Für die Festlegung einer *unteren Grenze* der Einkommensstaffelung geben die genannten Entscheidungen indessen nichts her.

Die 100-Euro-Vorgabe des Senats für Familien mit einem Einkommen bis 29.420 Euro (brutto) sind folglich eigene Festlegungen ohne verlässliche Grundlage in der Rechtsprechung. Umso problematischer ist die Konkretisierung im Rahmen des Genehmigungsschreibens. Denn eines wird in allen Gerichtsentscheidungen, die zur Schulgeldhöhe ergangen sind, unzweifelhaft vorausgesetzt: Die zulässige Höhe der Elternbeiträge muss regelmäßig der Entwicklung von Kaufkraft und Einkommen angepasst werden, muss also

⁵⁸ Vgl. Helbig/Wrase (2016).

⁵⁹ SenBJW (2016) unter Verweis auf VGH Mannheim, Urteil vom 19.7.2005 – 9 S 47/03, juris.

⁶⁰ VGH Mannheim, Urteil vom 19.7.2005 – 9 S 47/03, juris, Rn. 45.

⁶¹ VGH Mannheim, Urteil vom 14.7.2010 – 9 S 2207/09, BeckRS 2010, 50833, unter 5.

⁶² BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18/10, juris, Rn. 32 ff.

dynamisch ausgestaltet sein.⁶³ Entsprechend geht auch der E-PSchG der baden-württembergischen Landesregierung davon aus, dass der Betrag „regelmäßig zu aktualisieren“ ist.⁶⁴ Eine solche Dynamisierung sieht der Genehmigungsbescheid der Senatsverwaltung jedoch nicht vor; er geht von einer festen 100-Euro-Grenze für den genannten Personenkreis aus, die insoweit für die betreffende Schule, soweit kein (Teil-)Änderungsbescheid ergeht, auch in fünf oder zehn Jahren noch gelten müsste (wenn man sie nicht lediglich auf den Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung bezieht). Da die Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG einheitlich und fortlaufend angewendet werden müssen, darf es aber nicht darauf ankommen, in welchem Jahr und mit welchem konkretisierenden Inhalt die jeweilige Schule ihre Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG erhalten hat. Schon aus diesem Grund ist die genannte Nebenbestimmung, wenn sie als solche interpretiert werden soll(te), nach § 36 Abs. 1 2. Alt. VwVfG rechtswidrig, da sie gerade nicht „sicherstellen“ kann, dass „die gesetzlichen Voraussetzungen“ des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG fortlaufend „erfüllt werden“.⁶⁵

Die 100-Euro-Grenze für Familien mit einem Bruttojahreseinkommen von 29.420 Euro und darunter entspricht auch materiell nicht den dargestellten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Zugang zu Ersatzschulen für alle Kinder unabhängig von deren wirtschaftlichen Verhältnissen sichergestellt sein muss (Allgemeinzugänglichkeit). Denn es ist offensichtlich, dass sich viele Familien und Alleinerziehende mit einem geringen Einkommen Schulgelder von 100 Euro pro Monat und Kind (selbst bei Geschwisterermäßigungen) nicht leisten können. Offensichtlich ist dies für Empfänger von Grundsicherungsleistungen nach SGB II, SGB XII und dem AsylbLG. Denn sie können ihr verfassungsrechtlich geschütztes Existenzminimum nur dann einsetzen, wenn die entsprechenden Ausgaben in den Bedarfssätzen berücksichtigt sind.⁶⁶ Der Ansatz für Bildungsausgaben im

⁶³ Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 19.7.2005, 9 S 47/03, juris, Rn. 45; VGH Mannheim, Urt. v. 14.7.2010, 9 S 2207/09, BeckRS 2010, 50833, unter 5.; VGH Mannheim, Urt. v. 11.4.2013, 9 S 233/12, juris, Rn. 119 ff; OVG Bautzen, Urt. v. 2.3.2011, 2 A 47/09, BeckRS 2011, 49425.

⁶⁴ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 15.

⁶⁵ Nach herrschender Meinung ermächtigt § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVG nur zu solchen Nebenbestimmungen, die sicherstellen sollen, dass die Anspruchsvoraussetzungen einmalig (d.h. im Zeitpunkt der Genehmigung) erfüllt werden, jedoch von vornherein **nicht** zu solchen Nebenbestimmungen, die gewährleisten sollen, dass die Anspruchsvoraussetzungen auch in Zukunft **erfüllt bleiben**; so Stelkens (2014), Rn. 122; vgl. auch Ramsauer (2016), Rn. 42, jew. mit umfangreichen Nachw. auch zur Rspr.

⁶⁶ Grundlegend BVerfGE 125, 175 – Grundsicherung; BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz.

Bedarfsregelsatz aber beträgt zurzeit 1,54 Euro pro Monat.⁶⁷ Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom August 1992 eine Übernahme von Schulgeldern im Rahmen der damaligen Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BSHG abgelehnt, da die Tochter der Klägerin statt der gewünschten Waldorfschule eine kostenfreie öffentliche Grundschule besuchen konnte.⁶⁸ Jedoch handelte es sich dabei um eine rein sozialrechtliche Entscheidung, in der nur indirekt auf Art. 7 Abs. 4 GG Bezug genommen worden ist. Hätte das Gericht die Übernahme der Kosten durch den Sozialhilfeträger aufgrund der damaligen Rechtslage bejaht, wäre damit quasi über die Hintertür des Sozialhilferechts eine indirekte Subventionierung der Schulgelder für Kinder von Sozialhilfeempfängern eingeführt worden. So richtig daher im Ergebnis die Verneinung eines Anspruchs aus § 11 Abs. 1 BSHG gewesen ist, so falsch wäre es, aus der genannten Entscheidung abzuleiten, dass sich die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „Allgemein zugänglichkeit“ der Privatschulen nicht auch auf diesen Personenkreis erstrecken würde.⁶⁹ Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts sind klar und eindeutig („grundsätzlich *allen* Bürgern ohne Rücksicht auf ihre finanziellen Verhältnisse offenstehen; insoweit muß sie von *allen* Eltern und Schülern ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Lage in Anspruch genommen werden können“⁷⁰; Hervorhebungen von den Verf.) und lassen keine diesbezüglichen Einschränkungen zu. Es wäre auch nachgerade zynisch, eine soziale Allgemein zugänglichkeit zu fordern, im gleichen Atemzug jedoch die insoweit besonders auf staatliche Förderung angewiesenen Kinder von Sozialleistungsempfängern nach SGB II, SGB XII und AsylbLG davon auszunehmen.⁷¹

Wie eklatant mit der 100-Euro-Grenze die Forderung des Bundesverfassungsgerichts in der Realität verfehlt wird, die Allgemein zugänglichkeit der privaten Ersatzschulen sicherzustellen, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die SGB II-Quote bei den unter 15-Jährigen in Berlin bei rund 30 Prozent liegt;⁷² zumindest für dieses Drittel der

⁶⁷ Zudem sind Ausgaben für Schulgeld darin ebenso nicht berücksichtigt wie in den Leistungen für Bildung und Teilhabe nach §§ 28 ff. SGB II, §§ 34 ff. SGB XII, § 6b BKGG sowie § 3 Abs. 3 AsylbLG.

⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 13.8.1992 – 5 C 70.88, juris, Rn. 8 ff.

⁶⁹ In diese Richtung aber wohl VGH Mannheim, Urt. v. 14.7.2010, 9 S 2207/09, BeckRS 2010, 50833, unter 5.

⁷⁰ BVerfGE 90, 107 (119).

⁷¹ Zumal das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Existenzminimum gerade die grundlegende Bedeutung von Bildung und sozialer Teilhabe für Kinder hervorhebt; siehe BVerfGE 125, 175 (insb. 240 ff.); 132, 134 (162, 173).

⁷² SenGesSoz (2014), S. 140.

Berliner Schüler ist die Zugänglichkeit der freien Schulen durch die vom Senat aufgestellten Vorgaben derzeit nicht gewährleistet.

Diesem Einwand wird vonseiten der Senatsverwaltung durch den Verweis auf § 3 lit. a der Zweiten Durchführungsverordnung zum Privatschulgesetz aus dem Jahr 1959 begegnet,⁷³ die „weiterhin in Kraft“ sei.⁷⁴ Dort wird zur Umsetzung des Sonderungsverbots die Maßgabe aufgestellt, dass von den Privatschulen „ein Zehntel des Schulgeldsolls zum vollen oder teilweisen Schulgelderlaß für Minderbemittelte zur Verfügung gestellt“ werden muss. Das frühere Privatschulgesetz des Landes Berlin, auf dem die Verordnung beruhte, wurde allerdings mit Einführung des neuen Schulgesetzes im Jahr 2004⁷⁵ nach § 130 Nr. 3 SchulG aufgehoben. Ebenso wurde nach § 130 Nr. 9 SchulG die Erste Durchführungsverordnung zum Privatschulgesetz aufgehoben. Was bedeutet dies nun für die Fortgeltung der Zweiten Durchführungsverordnung?

Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die sich allerdings vor allem auf vorkonstitutionelles Recht bezogen hat, sollen Rechtsverordnungen trotz ihrer Abhängigkeit von dem zu ermächtigenden Gesetz nicht automatisch außer Kraft treten, wenn – wie hier – die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage wegfällt.⁷⁶ Diese Judikatur ist allerdings schon bislang von erheblichen Stimmen in der Literatur bestritten worden.⁷⁷ Das wird auch für Art. 64 der Berliner Verfassung vertreten.⁷⁸ Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hingegen akzentuiert die rechtsstaatliche Bedeutung des Zitiergebots und damit auch der Akzessorietät der Verordnung von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage deutlich schärfer als die ältere Rechtsprechung, auf die sich die Senatsverwaltung stützt.⁷⁹

In der Literatur besteht daher weitgehende Einigkeit, dass eine Fortgeltung einer Rechtsverordnung bei Aufhebung des ermächtigenden Gesetzes höchstens dann in Betracht kommt, wenn die Verordnung dann noch eine sinnvolle Regelung und nicht lediglich eine

⁷³ Zweite Durchführungsverordnung zum Gesetz über Privatschulen und den Privatunterricht (Privatschulgesetz) vom 9.12.1959 (GVBl. S. 1223) in der Fassung vom 22.10.1965 (GVBl. S. 1663) und vom 11.7.1974 (GVBl. S. 1537, 1550).

⁷⁴ Abgeordnetenhaus von Berlin (2017–Drs. 18/10 783), zu 1, zu 11.

⁷⁵ Schulgesetz für das Land Berlin (Schulgesetz – SchulG) vom 26.1.2004 (GVBl. 2004, 26).

⁷⁶ BVerfGE 9, 3 (12); 44, 216 (226); 78, 179 (198).

⁷⁷ Statt vieler Pieroth (2016), Rn. 21 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁸ Neumann (2000), Rn. 19 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁹ Grundlegend BVerfGE 101, 1 (41 f.); 136, 69 (113).

„Durchführungsverordnung“ darstellt und zudem nicht der neuen Gesetzeslage widerspricht.⁸⁰

Vor diesem Hintergrund bestehen durchgreifende Bedenken gegen die rechtliche Fortgeltung der Zweiten Durchführungsverordnung. Eigentliche Rechtsgrundlage für eine das Sonderungsverbot konkretisierende Rechtsverordnung wäre nach heutiger Rechtslage § 98 Abs. 11 Nr. 1 SchulG. Die von der Zweiten Durchführungsverordnung zitierte Ermächtigungsgrundlage des § 4 Abs. 2 lit. c Privatschulgesetz 1954 existiert nicht mehr. Die Vorgaben der Durchführungsverordnung entsprechen weder der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der Landesverfassungsgerichte und der fachgerichtlichen Rechtsprechung seit Mitte der 1980er Jahre⁸¹ noch der sich gewandelten tatsächlichen Situation in Berlin in Bezug auf die Zahl von privaten Ersatzschulen⁸² und sozial bedürftigen Kindern (s.o.). Die Regelung von 1959 war eine auf die damalige Situation zugeschnittene „Durchführungsverordnung“, trifft also genau den Fall, in welchem von der herrschenden Meinung eine Fortgeltung verneint wird.

Dass die Vorgaben des § 3 der Zweiten Durchführungsverordnung den heutigen Anforderungen an die Konkretisierung des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, § 93 Abs. 3 Nr. 4 SchG nicht (mehr) standhalten, ist auch der Senatsverwaltung ersichtlich, weshalb sie die von ihr entwickelte 100-Euro-Grenze „neben“ der Zweiten Durchführungsverordnung für anwendbar hält.⁸³ Wie es jedoch gehen soll, eine veraltete „Durchführungsverordnung“ von 1959 als fortgeltend zu betrachten, während deren Regelungsgehalt durch eine – wenn auch fehlerhaft (s.o.) – aus der Rechtsprechung abgeleitete weitere Regelung zum Sonderungsverbot „ergänzt“ werden soll, um der heutigen Rechtsprechung zu genügen, ist juristisch kaum begründbar. Denn § 3 der Zweiten Durchführungsverordnung war zu jener Zeit nach seinem klaren Wortlaut („die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 Buchst. c des Gesetzes sind erfüllt, wenn ...“) als abschließende Konkretisierung des

⁸⁰ Vgl. Brenner (2010), Rn. 76; Bauer (2015), Rn. 57; Wallrabenstein (2012), Rn. 12.

⁸¹ Insbesondere BVerfGE 75, 40; 88, 40; 90, 107.

⁸² 1950 besuchten lediglich 3 Prozent der Berliner Schüler eine allgemeinbildende Privatschule, mit großer Wahrscheinlichkeit hauptsächlich in kirchlicher Trägerschaft. In Westberlin blieb der Anteil bis 1992 bei 3 bis 4 Prozent weitgehend stabil. Nach der Wiedervereinigung kam es bis 2005 zu einem moderaten Anstieg auf für Gesamtberlin 6 Prozent, der vor allem dem Nachholbedarf in Ostberlin geschuldet gewesen sein dürfte; vgl. Köhler/Lundgreen (2014), S. 66, Tab. 8. Seit 2005 hat sich die Zahl der Schüler an allgemeinbildenden Ersatzschulen in Berlin hingegen nahezu verdoppelt auf über 11 Prozent; siehe SenBJF (2017), S. 20.

⁸³ SenBJW (2016): Rechtliche Voraussetzungen „stehen nebeneinander und sind unabhängig voneinander zu erfüllen“.

Sonderungsverbots im Privatschulgesetz gedacht. Zweifellos handelt es sich bei der nunmehrigen „Ergänzung“ um einen Umgehungsversuch, mit dem die Senatsverwaltung eine eigentlich nicht mehr anwendbare Durchführungsverordnung über die Zeit retten möchte, ohne eine Neuregelung zu treffen – was rechtsstaatlich in diesem Fall erforderlich wäre⁸⁴ und wofür die Senatsverwaltung seit 2004 durch das Schulgesetz (SchulG)⁸⁵ ausdrücklich ermächtigt wurde.

Es spricht demnach alles dafür, dass die vom Senat aufgestellten Kriterien einer rechtlichen Prüfung durch die Gerichte nicht standhalten würden. Ohne ausreichende Rechtsgrundlage sind sie rechtswidrig und somit auch nicht durchsetzbar. Die Entscheidung der Senatsverwaltung, die aktuelle Verordnungsermächtigung in § 98 Abs. 11 Nr. 1 SchulG ungenutzt zu lassen, dafür aber die Zweite Durchführungsverordnung als fortgeltend zu betrachten und „ergänzend“ unmittelbar aus dem Grundgesetz weitere Anforderungen zur Einhaltung des Sonderungsverbot abzuleiten, ist nicht zuletzt mit Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht betonte rechtsstaatliche Transparenz- und Begrenzungsfunktion der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage⁸⁶ unhaltbar.

2. Kriterien für die Einhaltung des Sonderungsverbots in Hessen

a. Vorgaben nach Auskunft der Hessischen Landesregierung

Von den Vorgaben der Genehmigungsbehörden zur Einhaltung des Sonderungsverbots in Hessen wissen wir nur über eine Große Anfrage der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag aus dem Jahr 2015.⁸⁷ Hessen trifft in seinem Schulgesetz (HSchG) keine über den Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG hinausgehenden Konkretisierungen; § 171 Abs. 3 HSchG wiederholt lediglich das Grundgesetz.

Nach Auskunft der Landesregierung bzw. des zuständigen Hessischen Kultusministeriums werden sowohl im Genehmigungsverfahren als auch bei der späteren anlassbezogenen Überprüfung der Voraussetzungen folgende Kriterien einzelfallbezogen angewendet:

⁸⁴ Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass Verordnungen, deren Ermächtigungsgrundlage entfallen ist, lediglich „bis auf weiteres“ fortgelten; BVerwGE 104, 331 (333). Wird eine „wesentliche“ Änderung erforderlich, muss eine Neuregelung erfolgen, andernfalls würde der Schutzzweck des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG – bzw. Art. 64 Abs. 1 Satz 2 Berliner Verfassung – ausgehebelt; vgl. BVerfGE 78, 179 (198 f.).

⁸⁵ Schulgesetz für das Land Berlin (Schulgesetz – SchulG) vom 26.6.2004 (GVBl. S. 26), zuletzt geändert durch Artikel 3 Nr. 3 des Gesetzes vom 7.7.2016 (GVBl. S. 430).

⁸⁶ BVerfGE 101, 1 (41 f.); 136, 69 (113).

⁸⁷ Hess. LT-Drs. 19/1632.

„Vergleiche mit anderen bestehenden Ersatzschulen gleicher Prägung und ähnlichem Einzugsgebiet und wie viel eine Familie im Einzugsgebiet der Schule mit mittlerem Einkommen für die Ausbildung ihrer Kinder objektiv ausgeben könnte. Zunehmend werden von den Schulen selbst für die Beiträge Staffellungen nach den Einkommensverhältnissen der Eltern angeboten oder von den Staatlichen Schulämtern als Regelung vorgeschlagen. Bei der Beurteilung der Schulgeldhöhe wird von den Staatlichen Schulämtern auch berücksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 75, 40 < 63 ff. >) einige Freiplätze oder Schulgeldstipendien für besonders begabte oder besonders arme Kinder alleine nicht die Voraussetzung des Sonderungsverbot es erfüllen. Die Höhe des Schulgeldes für den Pflichtschulbetrieb ist maßgeblich.“⁸⁸

Wesentliche Kriterien sollen demnach der Vergleich mit anderen Ersatzschulen mit gleicher oder ähnlicher Prägung und Einzugsgebiet sein sowie die Familien mit mittleren Einkommen im Einzugsgebiet der Schule. Eine einkommensbezogene Staffelung wird offensichtlich nicht vorgeschrieben. Es wird vielmehr erwähnt, dass eine solche häufig von den Schulen selbst „vorgeschlagen“ oder von den Schulämtern „angeregt“ werde. Außerdem werden nur Beiträge für den Pflichtschulbetrieb berücksichtigt.

b. Rechtliche Bewertung der Vorgaben des Hessischen Kultusministeriums

Die vom Hessischen Kultusministerium genannten Vorgaben für die Einzelfallprüfung stehen – unabhängig von der mangelnden Rechtsgrundlage – mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Widerspruch. Der Vergleich mit anderen Ersatzschulen mit ähnlicher Prägung und vergleichbarem Einzugsbereich stellt die Allgemeinzugänglichkeit nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht sicher. Im Gegenteil, vergleicht man eine Ersatzschule z.B. mit einer sozial-elitären Prägung, die gegen das Sonderungsverbot verstößt, mit einer Schule „ähnlicher Prägung“, wird der Verstoß gegen das Grundgesetz weiter vertieft. Nach dem Bundesverfassungsgericht kommt es vielmehr „entscheidend auf einen Vergleich mit dem öffentlichen Schulwesen an“.⁸⁹ Schon an dieser Stelle wird erkennbar, dass das Hessische Kultusministerium die bestehende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung offenbar nicht richtig umsetzt. Auch die Orientierung am mittleren Einkommen der Eltern im Ein-

⁸⁸ Hessischer Landtag (2005-Drs. 19/1632), Frage 14 (und Frage 15).

⁸⁹ BVerfGE 75, 40 (63 f.).

zugsgebiet der Schule ist – ganz unabhängig von den tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung – rechtlich überaus problematisch, wenn nicht gleichzeitig Ermäßigungen bzw. eine soziale Staffelung vorgeschrieben sind, da Eltern mit geringem Einkommen ansonsten ökonomisch ausgeschlossen werden.⁹⁰ Die wachswichtige Formulierung, wonach Schulen in freier Trägerschaft einkommensabhängige Schulgelder selbst „vorschlagen“ oder die Schulämter dieses „vorschlagen“ würden, deutet nicht auf die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „strenge“ Einhaltung und Kontrolle des Sonderungsverbots hin.⁹¹

Vom Grundgedanken her mag die Orientierung des Schulgeldes an dem, was Familien mit mittleren Einkommen für die Ausbildung ihrer Kinder objektiv im jeweiligen Einzugsgebiet ausgeben können, ein Kriterium sein, das mit den Vorgaben von Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Einklang steht.⁹² Allerdings ist unglaublich, dass es die Schulämter tatsächlich bewerkstelligen, diesen Betrag rechtsicher zu ermitteln. Über das, was Familien objektiv für die Ausbildung ihre Kinder ausgeben können, wird seit Jahren vor den obersten Landes- und Bundesgerichten gestritten. Hierfür werden z.B. Gutachten herangezogen, die auf der Einkommens- und Verbraucherstichprobe beruhen.⁹³ Die in regelmäßigen Abständen durchgeführten Studien können aufgrund der Fallzahl (rund 60.000) dazu genutzt werden, objektiv verfügbares Einkommen von Familien in größeren Bundesländern (wie auch in Hessen) zu messen. Auf Ebene der hessischen Schulamtsbezirke ist diese Datenquelle jedoch ungeeignet. Weitere Quellen, über die man sich dem objektiv verfügbaren Einkommen von Familien in hessischen Schulamtsbezirken nähern könnte, sind die Daten der Steuerbehörden. Dass diese von den hessischen Beamten in den Schulämtern genutzt werden, ist sehr unwahrscheinlich und wäre im Übrigen – mangels gesetzlicher Ermächtigung – datenschutzrechtlich unzulässig.⁹⁴

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 90, 107 (119) bemerkt, dass Beträge von 170 bis 190 DM pro Monat, die 1994 in etwa den Möglichkeiten von Familien mit mittleren Einkommen entsprochen haben dürften, „nicht von allen Eltern gezahlt werden können“; zur einkommensabhängigen Staffelung siehe auch BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18/10, juris.

⁹¹ BVerfGE 88, 40 (55); vgl. auch BVerfGE 75, 40 (64).

⁹² Hessischer Landtag (2005-Drs. 19/1632), S. 3. Siehe auch Hessisches Kultusministerium (2008): Leitfaden Privatschulen. Wiesbaden, S. 12 f.

⁹³ Siehe etwa IAW (2016); Eisinger u.a. (2007).

⁹⁴ Eine Verwendung der bei den Steuerbehörden befindlichen Daten ist vom Zweckbindungsgrundsatz nicht gedeckt und würde eine entsprechende Rechtsgrundlage erfordern; vgl. Wolff (2013), Rn. 11 ff. m. w. Nachw.

Es ist wohl davon auszugehen, dass die angeblich einzugsgebietsgenaue Ermittlung von einkommensabhängigen Schulgeldhöhen nicht der Realität entspricht. Darauf deutet auch die Antwort auf eine Große Anfrage der Fraktion „Die Linke“ aus dem Jahr 2016 hin. Hier wird seitens der Landesregierung eingeräumt, dass sie sich nicht imstande sieht zu beantworten, „welche Höhe von monatlichen Elternbeiträgen [...] als noch vertretbar erachtet [werden], um keine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern“.⁹⁵ Und dies, obwohl die Schulgelder in Hessen angeblich einzugsgebietsgenau und objektiv ermittelt werden.

Insgesamt sind die Vorgaben der Hessischen Landesregierung aus rechtlichen und praktischen Gründen offensichtlich nicht geeignet, das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angemessen umzusetzen und zu kontrollieren.

⁹⁵ Hessischer Landtag (2005-Drs. 19/1632), S 3 f.

IV. Empirische Befunde

1. Berlin – Erhebung der Schulgeldordnungen der privaten Schulen und soziale Verteilung der Schüler

In diesem Abschnitt wollen wir zwei Aspekte des Sonderungsverbots empirisch untersuchen. Erstens analysieren wir, ob die oben dargestellten Vorgaben der Berliner Senatsverwaltung zur Einhaltung des Sonderungsverbots auf Ebene der Schulen tatsächlich beachtet werden. Zweitens untersuchen wir, wie stark sich die soziale Zusammensetzung von öffentlichen und privaten Schulen in Berlin unterscheidet und ob die Einhaltung der Senatsregeln einen Einfluss auf die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft hat.

Die Beitragsordnungen und Ermäßigungsregelungen der einzelnen Schulen haben wir hauptsächlich auf den Webseiten der Schulen in der Zeit von Februar bis April 2017 für das laufende Schuljahr 2016/17 recherchiert; damit war weitestgehend sichergestellt, dass es sich um die aktuellen Beitragsordnungen handelte, nach denen die Eltern ihre Verträge mit den Schulträgern abgeschlossen hatten.⁹⁶ Fanden sich auf den Webseiten nur vage Angaben zum Schulgeld oder fehlten diese Angaben komplett, wurde die Schule mindestens einmal angerufen, in vielen Fällen auch häufiger. Ferner wurden alle Schulen, die unvollständige Informationen zum Schulgeld auf ihren Webseiten aufführen, mindestens einmal per E-Mail kontaktiert. Die Schulgeldordnungen wurden dahingehend kodiert, ob sie die Senatsregelung einhalten, nicht einhalten oder eklatant dagegen verstoßen. Alle Schulen, die fehlende oder keine aussagekräftigen Angaben zum Schulgeld oder zu den Befreiungstatbeständen für Geringverdiener gemacht hatten, haben wir als „nicht kodierbar“ eingeordnet.⁹⁷

Die „Senatsregelung wird eingehalten“, wenn die Schulen zwei Kriterien erfüllen:

- a) Das reale Nettoschulgeld⁹⁸ für Familien mit einem Jahresbruttoeinkommen von 29.420 Euro überschreitet 100 Euro pro Monat nicht.

⁹⁶ Die Daten wurden von uns gespeichert. In Einzelfällen haben Schulen ihre Beitragsordnungen für das laufende Schuljahr nach Durchführung der Recherche auf ihren Webseiten geändert.

⁹⁷ In einem Fall wurde eine Schule dieser Kategorie zugeordnet, weil die Schule ihre Beitragsordnung nach Veröffentlichung der Studie von Wrase und Helbig (2016) im November 2016 geändert hat und unklar war, welche Beiträge im laufenden Jahr von Eltern gezahlt werden.

⁹⁸ D.h. Schulgeld zuzüglich verpflichtende monatliche Beiträge, die es an öffentlichen Schulen nicht gibt; Hort- oder Essensbeiträge wurden zu dieser Summe nicht dazugerechnet.

- b) Für Geringverdiener gibt es eine regelmäßige Schulgeldermäßigung der -befreiung nach § 3 lit. a der Zweiten Durchführungsverordnung. Diese muss aus den übrigen Schulgeldeinnahmen finanziert werden⁹⁹ und mindestens 10 Prozent der Schulgeldeinnahmen umfassen („ein Zehntel des Schulgeldsolls zum vollen oder teilweisen Schulgelderlaß für Minderbemittelte zur Verfügung gestellt wird“).

Dieses Kriterium ist ohne Kenntnis der Schulgeldeinnahmen der jeweiligen Schule nicht einfach zu operationalisieren, sodass wir hier sehr vorsichtig *zugunsten* der Privatschulen vorgegangen sind. Wir sind von einer Einhaltung der Vorschrift bereits dann ausgegangen, wenn das monatliche Schulgeld für Familien mit einem Jahresbruttoeinkommen unter 20.000 Euro nicht höher als 80 Euro pro Monat liegt, also ein „teilweiser Schulgelderlass“ von mindestens 20 Prozent auf die unterste Stufe von 100 Euro gewährt wird. Diese Information muss entweder in einer Schulgeldtabelle oder einem Hinweis auf die Ermäßigung/Befreiung mitgeteilt werden (z.B. „Inhaber eines Sozialpasses und SGB II-Empfänger zahlen einen ermäßigten Schulgeldsatz [von 80EUR/Monat]“). Entscheidend ist, ob die Schule eine klare und transparente Regelung für den teilweisen oder vollständigen Schulgelderlass vorweisen kann. Eine Kann- bzw. Einzelfallregelung oder Hinweise auf „einzelne“ Stipendien für Geringverdiener reichen nach den Vorgaben der Senatsverwaltung nicht aus.¹⁰⁰

Die „Senatsregelung wird nicht eingehalten“, wenn die Schulen ein Mindestschulgeld von netto 101 bis 200 pro Monat erheben. Schulen, die zwar ein reales Nettoschulgeld von höchstens 100 Euro verlangen, jedoch keine Schulgeldermäßigung oder -befreiung nach den oben beschriebenen Kriterien für Geringverdiener gewähren, werden auch zu dieser Kategorie gerechnet.

Als „eklatanten Verstoß gegen die Senatsregelung“ haben wir Schulen mit einem realen Mindestnettoschulgeld von über 200 Euro im Monat kodiert.

⁹⁹ Elternfonds zugunsten sozial schwacher Familien reichen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 lit. a Zweite Durchführungsverordnung nicht aus; die Ermäßigung/Befreiung muss aus den Schulgeldeinnahmen der Ersatzschule geleistet werden.

¹⁰⁰ SenBJW (2016) im Anschluss an BVerfGE 75, 40 (63 f.); 90, 107 (119).

Die Information über die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft entnehmen wir einer Datenlieferung der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft für das Schuljahr 2016/17. Hierbei handelt es sich um Daten, mit denen schulgenau festgehalten werden kann, wie sich die soziale Zusammensetzung der Schüler mit Blick auf die Lernmittelunterstützung darstellt. Bei den Kindern, die nach § 7 LernmittelVO¹⁰¹ von der Zahlung für Lernmitteln befreit (LMB) sind, handelt es sich in Berlin um diejenigen Schüler bzw. deren Erziehungsberechtigte, die Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII (Sozialhilfe), Leistungen nach dem SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende), Wohngeld, BAföG-Leistungen oder Leistungen nach dem AsylbLG beziehen. Auch Schüler, die sich in Vollzeitpflege, Heimerziehung oder sonstiger betreuter Wohnform befinden, müssen keinen Eigenanteil zu Lernmitteln zahlen. Über den Anteil von LMB-Schülern kann man schulgenau den Anteil sozial benachteiligter Schüler messen und somit auch darstellen, inwiefern der Besuch von privaten und öffentlichen Schulen nach den Besitzverhältnissen der Eltern selektiv ist.

In beiden Analysen, die wir in den Tabellen 1 und 2 festgehalten haben, unterscheiden wir zudem, ob die Schulen einen religiös-weltanschaulichen Träger haben oder nicht. Zu diesen Trägern fassen wir neben evangelischen und katholischen (Groß-)Kirchen auch islamische, jüdische und freikirchliche Schulen, da es uns um die religiös-weltanschauliche Zwecksetzung und nicht um die Größe des Trägers geht. Diese Informationen haben wir ebenfalls auf den Webseiten der Schulen recherchiert. Bei unseren Analysen unterscheiden wir Schulen im Grundschulbereich, d.h. alle Schulen, welche die Schulklassen 1 bis 4 umfassen, und Schulen im Sekundarbereich, d.h. alle Schulen, welche die Schulklassen 7 bis 10 beherbergen. Die Schulklassen 5 und 6 werden hier nicht analysiert, da diese teilweise zum Grundschulbereich und teilweise zum Sekundarbereich gehören (z.B. die grundständigen Gymnasien).

In Tabelle 1 sind die Ergebnisse für den Grundschulbereich festgehalten. Es zeigt sich hierbei, dass von den 94 privaten Ersatzschulen 51 die Vorgaben des Berliner Senats zur Einhaltung des Sonderungsverbots nicht einhalten. Zählt man noch jene Schulen hinzu, die wir als nicht kodierbar bezeichnen, dann steigt der Anteil von Privatschulen, die die

¹⁰¹ Lernmittelverordnung vom 16.12.2010 (GVBl. S. 662), zuletzt geändert durch Art. I Erste ÄndVO vom 02.11.2012 (GVBl. S.382).

Vorgaben der Senatsverwaltung nicht einhalten, von rund 54 Prozent auf rund 68 Prozent. Von einer Überwachung der eigenen Regeln zum Sonderungsverbot kann in Berlin mit Blick auf die Grundschulen eindeutig nicht gesprochen werden. Auffällig ist weiterhin, dass die Regelungen des Senats fast ausschließlich von weltanschaulich-religiösen Trägern beachtet werden. Unter den nicht religiös-weltanschaulich orientierten Schulen befinden sich nur zwei Grundschulen, die die Vorgaben des Senats umsetzen. Von den nicht-religiösen Schulen halten somit bis auf die genannten zwei Ausnahmen sämtliche die Senatsvorgaben nicht ein. Elf Schulen verstoßen sogar eklatant gegen die Vorgaben des Senats.

Gibt es nun einen Zusammenhang zwischen der Einhaltung der Schulgeldregeln der Senatsverwaltung und dem Anteil von Schülern mit LMB an diesen Schulen? Die öffentlichen Schulen im Grundschulbereich haben im Schuljahr 2016/17 einen Anteil lernmittel(eigenanteil)befreiter Schüler von 36,4 Prozent. An privaten Ersatzschulen liegt der Anteil lernmittelbefreiter Schüler im Durchschnitt gerade einmal bei 7 Prozent. Damit ist der LMB-Anteil an öffentlichen Schulen im Grundschulbereich unter den 1. bis 4. Klassen mehr als 5-mal so hoch als an privaten. Dies ist im Vergleich zu den in unserer früheren Studie¹⁰² zugrunde gelegten Daten des Schuljahrs 2014/15 noch einmal eine deutliche Steigerung der sozialen Schere zwischen öffentlichen und privaten Schulen in Berlin. Dort stellten wir für die 3. Klassen 2014/15 einen „lediglich“ um 3,3-mal höheren LMB-Anteil an öffentlichen Schulen fest.

Im Hinblick auf die Frage, wie sich die Erhebung von Schulgeldern auf die LMB-Anteile auswirkt, zeigt sich zunächst eine eindeutige Korrelation zwischen der Einhaltung der Senatskriterien und dem LMB-Anteil. Die Grundschulen, welche die Senatskriterien einhalten, haben einen LMB-Anteil von knapp 10 Prozent. Die Schulen, die gegen die Vorgaben des Senats verstoßen, weisen hingegen einen LMB-Anteil von nur rund 6 Prozent auf, und jene, die eklatant gegen die Vorgaben verstoßen, einen LMB-Anteil von lediglich (gerundet) 1,7 Prozent.

Betrachtet man die Daten aber getrennt nach Schulen in religiös-weltanschaulicher und anderer Trägerschaft, zeigt sich, dass der Zusammenhang zwischen Einhaltung der Se-

¹⁰² Wrase/Helbig (2016).

natskriterien und LMB-Anteil zumindest teilweise mit dieser Einteilung in Verbindung steht. Für die nicht-religiösen Träger ergibt sich darüber hinaus das Bild, dass die nicht kodierbaren Schulen einen LMB-Anteil von 8 Prozent haben, die Schulen, die gegen die Senatskriterien verstoßen, von 4,5 Prozent, und die, die eklatant dagegen verstoßen, von 1,7 Prozent. Allerdings beträgt auch bei den zwei nicht-religiös-weltanschaulichen Schulen, die die Senatsvorgaben einhalten, der LMB-Anteil nur 4,12 Prozent.¹⁰³

Insgesamt ist also für die privaten Ersatzschulen im Grundschulbereich festzustellen, dass die Senatsvorgaben zum Sonderungsverbot von den meisten Schulen nicht eingehalten werden. Weiterhin zeigt sich, dass der LMB-Anteil an den privaten Schulen im Vergleich zu den öffentlichen Schulen verschwindend gering ist. Darüber hinaus ist zumindest bei den nicht-religiös-weltanschaulichen Privatschulen der LMB-Anteil umso geringer, je stärker gegen die Senatsvorgaben verstoßen wird. Besonders niedrig ist der LMB-Anteil in den Schulen, die eklatant gegen die Senatsvorgaben verstoßen.

Tabelle 1: Anteil von Kindern mit Lernmittel(eigenanteil)befreiung an Berliner Schulen, in denen es die Klassen 1–4 gibt, nach Schulgeldstatus (Schuljahr 2016/17), gemessen an allen Schülern der Klassen 1–4.

	Gesamt		Religiös-weltanschaulich		Nicht-religiös-weltanschaulich	
	Anteil in Prozent	Fallzahl Schulen	Anteil in Prozent	Fallzahl Schulen	Anteil in Prozent	Fallzahl Schulen
Öffentliche Schule	36,43	391			36,43	391
Private Ersatzschulen (gesamt)	7,03	94	10,95	31	4,14	63
Nicht kodierbar	7,73	13	0	1	8,07	12
Hält Vorgaben des Senats ein	9,92	30	10,03	28	4,12	2
Hält Vorgaben des Senats nicht ein	5,99	40	45,22	2	4,49	38
Verstößt eklatant gegen die Senatsvorgaben	1,66	11		0	1,66	11

Quelle: Daten der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft, eigene Berechnungen.¹⁰⁴

¹⁰³ Eine differenzierte Darstellung für die kirchlichen Schulen ist an dieser Stelle nicht sinnvoll, da nur eine Schule nicht kodierbar ist und nur zwei gegen die Auflagen des Senats verstoßen.

¹⁰⁴ Anmerkungen:

Bei den Schulen im Sekundarbereich ist der LMB-Anteil an öffentlichen Schulen 4,2-mal so hoch wie an den Privatschulen (Tabelle 2). Auch an den Schulen der Sekundarstufe werden die Senatsregelungen zur Einhaltung des Sonderungsverbots nur von rund 31 Prozent der Schulen in freier Trägerschaft befolgt (nicht kodierbar für 11,9 Prozent der Ersatzschulen, Verstöße bei 56,7 Prozent). Insgesamt deuten auch hier die Ergebnisse darauf hin, dass der LMB-Anteil an den Schulen mit der Umsetzung der Senatsvorgaben in Zusammenhang steht. In Schulen, in denen die Senatsvorgaben eingehalten werden, liegt der LMB-Anteil bei 10,18 Prozent, bei denen, die dagegen verstoßen, bei 5,21 Prozent, und bei denen, die eklatant gegen die Vorgaben verstoßen, bei nur 4,14 Prozent. Betrachtet man jedoch die LMB-Anteile getrennt nach religiösen und nicht-religiös-weltanschaulichen Schulen, ist das Bild weniger eindeutig. Auch hier zeigt sich zunächst, dass die Vorgaben des Senats bis auf drei Ausnahmen (bei denen eine Schule einen extrem hohen LMB-Anteil hat) nur von Schulen in religiös-weltanschaulicher Trägerschaft eingehalten werden. Bei den religiös-weltanschaulichen Schulen ist nur jeweils eine Schule nicht kodierbar und lediglich eine verstößt gegen die Vorgaben des Senats.

1) Wir haben die Ergebnisse in Tabelle 1 auch multivariat berechnet. Die abhängige Variable ist dabei der LMB-Anteil auf Schulebene. Zu den hier gezeigten Merkmalen haben wir zusätzlich auf die Schulform (Grundschule, Waldorfschule, Gemeinschaftsschule) und die Bezirke (alte Bezirksstruktur) kontrolliert, ob andere strukturelle Merkmale die hier gefundenen Ergebnisse beeinflussen. Dies ist nicht der Fall (nicht gezeigt). Eine gleichzeitige Kontrolle der Variable „religiös-weltanschaulicher Träger“ und das Ausmaß des Verstoßes gegen die Senatsvorgaben konnte dabei nicht parallel geschätzt werden, da nur wenige nicht-religiös-weltanschauliche Schulen die Senatsvorgaben einhalten bzw. nur wenige der religiös-weltanschaulichen Schulen die Senatsvorgaben verletzen.

2) Bei der Erfassung der Kinder mit LMB werden bei der Meldung vom Senat keine Nachweise zur statistischen Erfassung verlangt. Unter Umständen könnte es sein, dass vor allem einige Privatschulen Kinder mit LMB gar nicht melden. Um auszuschließen, dass die Ergebnisse durch solche Nicht-Meldungen verzerrt werden, haben wir die Ergebnisse aus Tabelle 1 noch einmal berechnet und die Schulen außen vor gelassen, die keine Schüler mit LMB und auch keine Schüler mit nichtdeutscher Herkunftssprache gemeldet haben. Dieses Vorgehen dient uns an dieser Stelle als *robustness check*. Es zeigt sich, dass es auch nach diesem Vorgehen eine niedrige LMB-Quote an den privaten Schulen im Grundschulbereich von 7,5 (statt 7,0) Prozent gibt. Auch in den anderen Zellen ergaben sich nur minimale Abweichungen zu Tabelle 1 (nicht gezeigt).

Tabelle 2: Anteil von Kindern mit Lernmittelbefreiung an Berliner Schulen, in denen es die Klassen 7–10 gibt, nach Schulgeldstatus (Schuljahr 2016/17), gemessen an allen Schülern der Klassen 7–10.

	Gesamt		Religiös-weltanschaulich		Nicht-religiös-weltanschaulich	
	Anteil in Prozent	Fallzahl Schulen	Anteil in Prozent	Fallzahl Schulen	Anteil in Prozent	Fallzahl Schulen
Öffentliche Schule	32,31	223			32,31	223
Private Ersatzschulen (gesamt)	7,67	67	8,99	20	6,28	47
Nicht kodierbar	4,67	8	0	1	4,92	7
Hält Vorgaben des Senats ein	10,18	21	9,11	18	41,14	3
Hält Vorgaben des Senats nicht ein	5,21	31	0	1	5,26	30
Verstößt eklatant gegen die Senatsvorgaben	4,14	7			4,14	7

Quelle: Daten der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft, eigene Berechnungen.¹⁰⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die nach unserer juristischen Analyse ohnehin rechtswidrigen und damit unverbindlichen (s.o.) Regelungen der Berliner Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft zum Sonderungsverbot durch die Privatschulen zum überwiegenden Teil nicht eingehalten werden. Obwohl die Senatsverwaltung vorgibt, ihre eigenen Regeln, die sie für rechtsverbindlich erachtet, durchzusetzen, haben wir in unserer Recherche bereits nach der Untersuchung der öffentlich zugänglichen Schulgeldordnungen festgestellt, dass mehr als die Hälfte der Schulen im Primar- und Sekundarschulbereich mit ihren Gebührenordnungen diese Vorgaben nicht einhalten. Bei

¹⁰⁵ Anmerkungen:

1) Wir haben die Ergebnisse in Tabelle 2 auch multivariat berechnet. Die abhängige Variable ist dabei der LMB-Anteil auf Schulebene. Zu den hier gezeigten Merkmalen haben wir zusätzlich auf die Schulform (Waldorfschule, Integrierte Sekundarschule, Gymnasium und Gemeinschaftsschule), ob eine gymnasiale Oberstufe vorhanden ist, ab Klasse 5 beschult wird und die Bezirke (alte Bezirksstruktur) kontrolliert, ob andere strukturelle Merkmale die hier gefundenen Ergebnisse beeinflussen. Dies ist nicht der Fall (nicht gezeigt). Eine gleichzeitige Kontrolle der Variable „religiös-weltanschaulicher Träger“ und das Ausmaß des Verstoßes gegen die Senatsvorgaben konnten dabei nicht parallel geschätzt werden, da fast nur die religiös-weltanschaulichen Schulen die Senatsvorgaben einhalten.

2) Auch hier haben wir bei der Berechnung der LMB-Anteile an den Schulen als *robustness check* jene Schulen außen vor gelassen, die 0 Kinder mit LMB und 0 Kinder mit nichtdeutscher Herkunftssprache gemeldet haben. Es zeigt sich, dass es auch nach diesem Vorgehen eine sehr niedrige LMB-Quote an den privaten Schulen im Sekundarbereich von 8,7 (statt 7,7) Prozent gibt. Auch in den anderen Zellen ergaben sich nur minimale Abweichungen zu Tabelle 2 (nicht gezeigt).

weiteren jeweils 12 bis 14 Prozent ist nicht ersichtlich, ob die Vorgaben eingehalten werden. Wir haben es in diesem Fall also mit einem Kontrollversagen seitens der Berliner Senatsverwaltung zu tun. Dies führt zumindest bei den nicht-kirchlichen Schulen im Grundschulbereich anscheinend dazu, dass die Schulen, die eklatant gegen die Senatsregelungen verstoßen, fast keine Kinder der unteren Schichten mehr beschulen und damit eindeutig gegen das Sonderungsverbot des Grundgesetzes verstoßen. Aber auch die kirchlichen Schulen, die die Senatsregelungen zum Sonderungsverbot einhalten, beschulen bei Weitem nicht den gleichen Teil sozial benachteiligter Schüler wie die öffentlichen Schulen.

2. (Nicht-)Kontrolle der privaten Ersatzschulen in Hessen

Die Umsetzung (grund-)rechtlicher Vorgaben ist in unserem Rechtsstaat Aufgabe von Regierung und Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG). Als unmittelbar vom Volk legitimierte Vertretung kontrolliert das Parlament die Tätigkeit von Regierung und Verwaltung. Die Landesparlamente können ihre Kontrollfunktion über Kleine und Große Anfragen an die Landesregierungen wahrnehmen. Oftmals sind diese Anfragen die einzigen Mittel, um zu prüfen, auf welcher Grundlage die Verwaltung das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG überhaupt durchzusetzen versucht. Zudem bieten diese Anfragen die Möglichkeit, ein Bild darüber zu erhalten, ob die Ersatzschulen eines Landes gegen die Einhaltung dieser Regelungen verstoßen.

Im Jahr 2008 stellte der heutige Bildungssenator der Stadt Hamburg, Ties Rabe, als Abgeordneter der Hamburgischen Bürgerschaft eine solche Anfrage in Hamburg.¹⁰⁶ In der Folge wurden 13 Privatschulen (28 Prozent aller damaligen Privatschulen in Hamburg) abgemahnt; ihnen wurde mit dem Entzug der Ersatzschulgenehmigung gedroht.¹⁰⁷ Dies war nur möglich, da Hamburg zur Gruppe derjenigen Bundesländer gehört, die zumindest auf der Verwaltungsebene Regelungen über das zulässige Schulgeld festgelegt haben. Die Vorgaben in Hamburg sehen vor, dass ein Schulgeld bis maximal 200 Euro erhoben werden darf. Zudem ist nach damaliger Aussage die Staffelung von Schulgeldern nach dem Einkommen der Eltern vorgeschrieben und ein kleiner Teil von Freiplätzen verpflicht-

¹⁰⁶ Bürgerschaft der Freien Hansestadt Hamburg (2008-Drs.19/598).

¹⁰⁷ Die Welt (2009).

tend.¹⁰⁸ Auch die Regelungen in Hamburg stehen allerdings mangels ausreichender Rechtsgrundlage rechtsstaatlich auf „tönernen Füßen“.¹⁰⁹

Dass eine inhaltlich treffende Große Anfrage im Sande verlaufen kann, wenn keine gesetzlichen Regelungen zur Einhaltung des Sonderungsverbots existieren, zeigt eine Anfrage der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag aus dem Jahr 2015.¹¹⁰ Hierin wurde von der Hessischen Landesregierung verlangt, für alle privaten Ersatzschulen in Hessen unter anderem folgende Angaben vorzulegen:

- durchschnittliches, höchstes und niedrigstes Schulgeld und wie viel Prozent der Schüler die jeweilige Höhe des Schulgeldes zahlen;
- ob es eine vollständige Schulgeldermäßigung gibt und wie viel Prozent der Schülerschaft diese erhalten;
- ob das Schulgeld nach dem Einkommen der Eltern gestaffelt wird;
- ob es weitere Zuschüsse der Eltern gibt, die verlangt werden, gegliedert in: Aufnahmegebühr, Darlehen, Fördervereinsbeiträge.¹¹¹

Interessant ist dabei, dass die Kriterien, nach denen sich die SPD-Fraktion in der Großen Anfrage erkundigte, einen hohen Deckungsgrad mit den Kriterien haben, die wir unabhängig davon zur Einhaltung des Sonderungsverbots formuliert haben.¹¹² Ferner ist anzumerken, dass diese Angaben nicht bei der Landesregierung oder den nachgeordneten Schulbehörden verfügbar waren, sondern bei jeder einzelnen Schule erfragt werden mussten. Dies verwundert insoweit nicht, als dass sich die Behörden in Hessen bei der Kontrolle des Sonderungsverbots, wie gezeigt, nicht an festen Kriterien zu durchschnittli-

¹⁰⁸ Wrase/Helbig (2016), S. 1593 f.; Helbig/Wrase (i.E.).

¹⁰⁹ Wie rechtsstaatlich prekär dies ist, lässt sich am Beispiel Hamburg gut beobachten. In der genannten Kleinen Anfrage aus dem Jahr 2008 war in Hamburg noch die Rede davon, dass Privatschulen eine Staffelung von Schulgeldern vorsehen müssen **und** einen Anteil von Freiplätzen, d.h., die Voraussetzungen mussten *kumulativ* erfüllt sein. Dass dies gängige Verwaltungspraxis in Hamburg sei, bekamen wir im Sommer 2016 von der Hamburger Senatsverwaltung noch mitgeteilt (siehe Helbig/Wrase (i.E.), S. 4 f.). Allerdings gab es bereits eine „Handreichung über das Verfahren zur staatlichen Genehmigung von Ersatzschulen“ aus dem Jahr 2013 (BSB 2013), aus der hervorgeht, dass sich die Verwaltungspraxis hin zu einer vorgeschriebenen Staffelung der Schulgelder **oder** dem Vorhalten von Freiplätzen verändert hatte, die Bedingungen damit *alternativ* angewendet wurden. Dies wurde durch eine Anfrage an den Hamburger Senat (2017-Drs. 21/7629, S. 1) als geltende Verwaltungspraxis bestätigt. Wann und durch wen die Hamburger Regelungen zur Einhaltung des Sonderungsverbots aufgeweicht wurden, ist unklar.

Eine weitere Erkenntnis ergibt sich aus der aktuellen Anfrage zum Sonderungsverbot an den Hamburger Senat: Die maximale Schulgeldhöhe von 200 Euro wird von keiner Privatschule in Hamburg überschritten. Wenn man also klare und transparente Regeln zum Schulgeld einführt und diese unter Androhung von Sanktionen überwacht, dann werden diese Regeln auch befolgt.

¹¹⁰ Hessischer Landtag (2015-Drs. 19/1632).

¹¹¹ Hessischer Landtag (2015-Drs. 19/1632).

¹¹² Wrase/Helbig 2016.

cher Schulgeldhöhe, Staffelung der Beiträge und Schulgeldermäßigung orientieren, sondern „Einzelfallentscheidungen“ vornehmen. Im Gegensatz zu einer kürzlich erfolgten Anfrage in Berlin, in der die Senatsverwaltung von fast der Hälfte der privaten Träger keine Antwort erhielt,¹¹³ konnten die fehlenden Angaben durch das Hessische Kultusministerium allerdings weitgehend vollständig beschafft werden, um die Anfrage der dortigen SPD-Fraktion umfassend zu beantworten.

Kommen wir zu dem, was die parlamentarische Anfrage der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag 2015 für die Gebührenordnungen der privaten Ersatzschulen in Hessen ergeben hat. In Tabelle 3 haben wir die Ergebnisse der Großen Anfrage zusammengefasst. Wir haben uns dabei ausschließlich auf die allgemeinbildenden Schulen (ohne private Förderschulen) konzentriert. Es zeigt sich über alle privaten Ersatzschulen in Hessen, dass im Mittel 312,31 Euro durchschnittliches Schulgeld erhoben werden. Man könnte gegebenenfalls argumentieren, dass die 160 Euro durchschnittliches Schulgeld, die wir mit Blick auf die Rechtsprechung der Gerichte in Baden-Württemberg angesetzt haben¹¹⁴ und die nunmehr auf Grundlage des IAW-Gutachtens in Nr. 5 VollzugsVO verankert werden sollen,¹¹⁵ in Hessen etwas höher liegen könnten, worauf wir später genauer eingehen. In Hamburg und Niedersachsen werden z.B. 200 Euro angesetzt, dabei in Hamburg jedoch nicht als durchschnittliches Schulgeld, sondern als Höchstgrenze, in Sachsen 120 Euro und in Schleswig-Holstein 170 (halbtags) und 225 (ganztags) Euro.¹¹⁶ Bereits der hessische Durchschnittswert würde in den anderen Bundesländern, die sich zur Festsetzung einer durchschnittlichen Schulgeldhöhe durchringen konnten, diese weit überschreiten. Betrachtet man die Verteilung der Schulen auf einzelne durchschnittliche Schulgeldhöhen, zeigt sich, dass 46,05 Prozent aller hessischen privaten Ersatzschulen mehr als 200 Euro durchschnittliches Schulgeld nehmen. Das heißt, knapp die Hälfte aller hessischen Schulen würde nach den Kriterien, die in im Hamburg und Niedersachsen angelegt werden, gegen Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG verstoßen. Nach der Regelung in Sachsen würde dies sogar auf 62,5 Prozent aller hessischen Schulen zutreffen, nach den schleswig-holsteinischen Kriterien auf 42,76 (ganztags) bis 53,29 (halbtags) Prozent.

¹¹³ Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/11 128).

¹¹⁴ Wrase/Helbig 2016, S. 1592 f.

¹¹⁵ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017).

¹¹⁶ Helbig/Wrase 2016.

In Hessen gibt es aber, entgegen der behaupteten Festsetzung der Schulgelder am Maßstab dessen, was eine Familie im Einzugsgebiet der Schule mit mittlerem Einkommen für die Ausbildung ihrer Kinder objektiv ausgeben kann, gar keine Begrenzung der durchschnittlichen Schulgelddhöhe. Somit werden weder die 46 Prozent der Schulen beanstandet, die über 200 Euro durchschnittliches Schulgeld im Monat nehmen, noch die 26 Prozent, die über 300 Euro verlangen, noch die 15 Prozent, die über 400 Euro fordern. Selbst bei den Schulen, die über 600 Euro durchschnittliches Schulgeld im Monat vereinnahmen (fast 8 Prozent) oder bei jenen, die über 1000 Euro (knapp 5 Prozent) verlangen, gibt es keine Beanstandungen. Von den hessischen Schulen würden sogar 42,76 Prozent aller privaten Ersatzschulen gegen die Berliner Regelung verstoßen, nach der höchstens ein Mindestschulgeld für Geringverdiener von 100 Euro genommen werden darf.

Eine weitere Vorgabe zur Sicherung eines nicht-sondernden, allgemeinen Zugangs zu den Schulen in freier Trägerschaft ist die weitgehende Ermäßigung bzw. Befreiung von Beiträgen für Geringverdiener oder Hilfeempfänger nach SGB II, XII (siehe oben Abschnitt III.1.c). Es ist ja offensichtlich, dass sich Familien, die Sozialleistungen nach dem SGB II, SGB XII oder AsylbLG beziehen, den Besuch einer Privatschule für ihre Kinder nicht leisten können, wenn ihnen das Schulgeld nicht vollständig oder zumindest weitestgehend erlassen wird. Allerdings gewähren gerade einmal 46,71 Prozent aller hessischen privaten Ersatzschulen eine vollständige Ermäßigung des Schulgeldes. Von dieser Ermäßigung profitieren gerade einmal 6 Prozent der Schüler an jenen Privatschulen, die eine vollständige Ermäßigung des Schulgeldes vorsehen. Betrachtet man hier den Median statt des arithmetischen Mittels, zeigt sich nur noch ein Wert von 2,3 Prozent. Das bedeutet, dass es wenige Privatschulen in Hessen gibt, die relativ vielen Kindern eine vollständige Ermäßigung des Schulgeldes gewähren und eine Vielzahl von Privatschulen, die dies nur einem sehr kleinen Teil der Kinder ermöglichen. Dass dies nicht ausreicht, damit Kinder aus den unteren sozialen Schichten in Hessen die gleichen Zugangschancen zu den Privatschulen haben, wird offensichtlich, wenn man allein den Anteil von SGB-II-Empfängern unter 18 Jahren in Hessen betrachtet. Dieser liegt bei 13,9 Prozent (Stand Juni 2016).¹¹⁷

¹¹⁷ BA (2016): Tabelle 4.1.

Tabelle 3: Schulgeld und Gebühren an den privaten Ersatzschulen in Hessen

Indikator	Verteilung
Durchschnittliches Schulgeld (N = 152)¹¹⁸	312,31 Euro (Mittelwert) ¹¹⁹
mehr als 200 Euro durchschnittliches Schulgeld	46,05 %
mehr als 300 Euro durchschnittliches Schulgeld	25,66 %
mehr als 400 Euro durchschnittliches Schulgeld	14,47 %
mehr als 600 Euro durchschnittliches Schulgeld	7,89 %
mehr als 1000 Euro durchschnittliches Schulgeld	4,61 %
kein Schulgeld ¹²⁰	18,42 %
höchstens 100 Euro durchschnittliches Schulgeld	34,21 %
Mindestschulgeld von über 100 Euro (Berliner Regelung)	42,76 %
Vollständige Ermäßigung des Schulgeldes möglich (N = 152)	46,71 %
Anteil der Schüler, die vollständige Ermäßigung erhalten (nur Schulen, wo dies gewährt wird)	6,0 % (Mittel) 2,3 % (Median) ¹²¹
Sonstige Gebühren (N = 160)	
Schulen mit Aufnahmegebühr	49,38 %
bei Schulen mit Aufnahmegebühr durchschnittliche Aufnahmegebühr	rund 500 Euro
Schulen mit Aufnahmegebühr über 1.000 Euro	15,19 %
Schulen mit Aufnahmegebühr unter 100 Euro	15,19 %
Schul-Darlehen oder Bürgschaften	15,63 %
davon Schulen mit über 1.000 Euro	96 %
davon Schulen mit über 3.000 Euro	28 %
Verpflichtender Beitrag für den Förderverein¹²²	16,88 %
durchschnittlicher verpflichtender Beitrag für den Förderverein an diesen Schulen	125 Euro (Mittelwert)
davon Schulen mit Beiträgen von über 300 Euro	18,52 %

Aus der Rechtsprechung zum Sonderungsverbot kann man des Weiteren ableiten, dass auch verdeckte Kosten, die neben dem Schulgeld erhoben werden, den selektiven Privat-

¹¹⁸ Ohne Förder- und Berufsschulen.

¹¹⁹ Der Median des Schulgeldes liegt bei 180 Euro.

¹²⁰ Teilweise nicht ersichtlich, ob kein Schulgeld erhoben wird oder keine Meldung an das Ministerium erfolgte.

¹²¹ Bei 13 von 71 Schulen mit vollständiger Schulgeldermäßigung trifft dies nur auf unter 1 Prozent aller Schüler zu.

¹²² Auch als „Zulage zum Schulmaterial“ oder „Bauzulage“ bezeichnet.

schulbesuch nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern (können).¹²³ Allerdings erhebt eine Vielzahl von Schulen in Hessen Aufnahmegebühren (49,38 Prozent aller Schulen), Darlehen und Bürgschaften (15,19 Prozent aller Schulen) und verpflichtende Beiträge zum Schulförderverein (16,88 Prozent aller Schulen). Die Höhe der Aufnahmegebühren liegt dabei im Schnitt bei rund 500 Euro. 15 Prozent der Schulen mit Aufnahmegebühren erheben solche (einmaligen) Gebühren in einer Höhe von über 1.000 Euro. Bei den Schulen, die Darlehen oder Bürgschaften verlangen, werden von 96 Prozent dieser Schulen über 1.000 Euro eingefordert und von 28 Prozent dieser Schulen 3.000 Euro und mehr. Die verpflichtenden Beiträge zu Fördervereinen liegen durchschnittlich bei 125 Euro, wobei 18,5 Prozent aller Schulen, die diese Beiträge erheben, über 300 Euro verlangen.

Nach der Darstellung der Gebührenordnung hätte die Sache in Hessen, wie zuvor in Hamburg, relativ eindeutig sein müssen. Rund 50 Prozent aller hessischen Schulen hätten wegen ihrer nicht verfassungskonformen durchschnittlichen Schulgelder abgemahnt werden müssen. Mehr als 50 Prozent aller Schulen hätten abgemahnt werden müssen, weil sie keine vollständige Ermäßigung der Schulgelder vorsehen. Und bei rund 50 Prozent der Schulen hätte es Beanstandungen wegen der versteckten Zusatzgebühren geben müssen. Geschehen ist aber offensichtlich nichts dergleichen.

Selbst in der Plenarsitzung, bei der diese Große Anfrage besprochen wurde, waren die Einschätzungen sehr zurückhaltend.¹²⁴ Den bildungspolitischen Sprecher der SPD, Christoph Degen, machten die eben präsentierten Zahlen „nachdenklich“,¹²⁵ und der Grünen-Abgeordnete, Daniel May, stellte zwar die Wichtigkeit der Einhaltung des Sonderungsverbots fest, sprach sich dann aber auch ebenso klar gegen eine pauschale Höchstgrenze der Schulgelder aus.¹²⁶ Die Vertreterin der CDU, Bettina Wiesmann, behauptete sogar, dass „zum einen [...] die [...] Genehmigungsverfahren von Ersatzschulen zugrunde liegenden Kriterien [...] aus unserer Sicht in Ordnung“ sind und zum anderen, „dass beim Schulgeld kein

¹²³ Von einem „verdeckten Schulgeld“ wird allgemein ausgegangen, wenn es sich (1.) um eine auch faktisch nicht-verpflichtende Leistung handelt (etwa für kostenpflichtige Zusatzangebote, welche die Eltern wahrnehmen können oder auch nicht, oder freiwillige Spenden an den Förderverein) und (2.) diese Beiträge an den öffentlichen Schulen nicht oder nicht in der entsprechenden Höhe erhoben werden; so übereinstimmend die Berliner Senatsverwaltung, Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 9, und das Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 16.

¹²⁴ Hessischer Landtag (2015-Plenarprotokoll 19/47), S. 3204-3212.

¹²⁵ Hessischer Landtag (2015-Drs. 19/1632), S. 3205.

¹²⁶ Hessischer Landtag (2015-Drs. 19/1632), S. 3205ff.

signifikantes Problem vorliegt“.¹²⁷ Einzig die Vertreterin der Linken, Barbara Cárdenas, mahnte an, dass viele der hessischen Privatschulen gegen das Sonderungsverbot verstoßen, „bewusst und unter wohlwollendem, zumindest aber tolerierendem Blick der Landesregierung“.¹²⁸ Der Staatssekretär des Kultusministeriums, Manuel Lösel, formulierte abschließend erneut, dass die staatlichen Schulämter angeblich eine Regelung zur „Begrenzung der Schulgeldforderung“ finden müssten, die sich an den regionalen Gegebenheiten orientiere. Allerdings wird weder in der Antwort auf die Große Anfrage der SPD noch in der Plenarsitzung noch in der Antwort auf eine Anfrage der Fraktion „Die Linken“ ein Jahr später transparent gemacht, welche „Begrenzung der Schulgeldforderung“ die einzelnen Schulämter getroffen haben (und auf welcher Grundlage). Durch diese Intransparenz und die fehlende Festsetzung eines durchschnittlichen Schulgeldes – ob nun landesweit oder regionalspezifisch –, ist die Debatte um die hessischen Privatschulen im Sande verlaufen. Nur eine transparente Festlegung von Regeln zur Einhaltung des Sonderungsverbots kann auch rechtliche Folgen haben, wenn das Kontrollversagen einer Landesregierung bzw. Verwaltung so offensichtlich wird wie im hessischen Fall.

¹²⁷ Hessischer Landtag (2015–Drs. 19/1632), S. 3209.

¹²⁸ Hessischer Landtag (2015–Drs. 19/1632), S. 3210.

V. Erfordernis gesetzlicher Regulierung zur Umsetzung des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG

Unsere rechtliche und empirische Untersuchung zeigt eines in aller Deutlichkeit: Ohne eine hinreichend bestimmte und rechtsstaatlich einwandfreie Regulierung auf landesgesetzlicher bzw. verordnungsrechtlicher Grundlage kann das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot nicht effektiv umgesetzt werden. Fehlt es, wie in Hessen, bereits an einem allgemeinen Maßstab, der eine Kontrolle überhaupt möglich macht, so können am Ende sogar sozial hochselektive und eindeutig gegen die verfassungsgerichtlichen Vorgaben verstoßende Schulgeldregelungen als „unproblematisch“ durchgewunken werden. In Berlin hingegen sehen wir den Fall, dass die Senatsverwaltung als zuständige Aufsichtsbehörde geradezu einen verwaltungsrechtlichen Torso aus unterschiedlichen Maßnahmen und Kriterien produziert, der dann in der Praxis von den betroffenen Schulen verständlicherweise nicht (mehr) ernst genommen wird.

In beiden Fällen kann aus unserer Sicht in erster Linie kein Vorwurf an die Ersatzschulträger gerichtet werden. Wie wir an anderer Stelle eingehend unter Auswertung empirischen Materials zu den Bundesländern Rheinland-Pfalz und Berlin sowie auch theoretisch nachgewiesen haben, entspricht es den Handlungsrationalitäten der privaten Schulträger, sich verstärkt an einkommensstarke soziale Schichten zu wenden, die höhere Elternbeiträge, also eine bessere ökonomische Situation der Schule, sowie höheres Sozialprestige und Bildungskapital garantieren. Auf der anderen Seite ist es den Eltern, die über das entsprechende Einkommen verfügen, nicht zu verdenken, dass sie ihren Kindern eine möglichst gute Schulbildung ermöglichen wollen und dafür bereit sind, verfügbare finanzielle Mittel zu investieren.¹²⁹ Problematisch ist die hieraus resultierende soziale Sonderung, die nicht zuletzt eine Verletzung des Chancengleichheitsprinzips bedeutet, also des verfassungsrechtlich verbrieften Anspruchs unseres Schulsystems, allen Kindern unabhängig von ihrer Herkunft gleiche Bildungschancen zu eröffnen.¹³⁰ Dem kann nur begegnet werden, wenn das Allgemeininteresse an der gleichen sozialen Zugänglichkeit der Schulen in freier Trägerschaft durch staatliche Regulierung und Aufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG, der

¹²⁹ Ausführlich Helbig/Nikolai/Wrase (i.E.).

¹³⁰ Grundlegend BVerfGE 59, 360 (377) – Förderstufe.

auch für die Privatschulen nach Art. 7 Abs. 4 GG gilt,¹³¹ gesichert wird. Die durch selektiven Zugang zu Privatschulen entstehenden „sozialen Parallelwelten“ wollten die Väter und Mütter unseres Grundgesetzes durch die Genehmigungsvoraussetzung des Sondereignungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG unterbinden.¹³² Dass wir nunmehr eine Entwicklung hoher Selektivität beobachten, verkehrt auch den staatlichen Förderanspruch, den das Bundesverfassungsgericht aus dem „sozialstaatlichen Gehalt des Art. 7 Abs. 4 GG“, der in den Genehmigungsvoraussetzungen der Sätze 2 bis 4 seinen Ausdruck findet, abgeleitet hat,¹³³ geradezu in sein Gegenteil.

1. Materiell-gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich geboten

Das Erfordernis einer materiell-gesetzlichen Grundlage für die Umsetzung des Sondereignungsverbots wurde bereits ausführlich dargelegt.¹³⁴ Nur so kann auch ein gleichmäßiger rechtsstaatlicher Verwaltungsvollzug sichergestellt werden, der von den Gerichten als Organe der Judikative überprüft werden kann.¹³⁵ Zudem geht es um den Schutz der betroffenen Grundrechtsträger vor staatlichen Eingriffen, die sich nicht ausreichend vorhersehbar auf eine allgemein geltende gesetzliche Grundlage stützen lassen.¹³⁶ Darüber hinaus müssen auch die Eltern der Schulkinder erkennen können, welche finanziellen Beiträge ihnen an den Privatschulen rechtmäßig abverlangt werden dürfen und welche Begrenzungen es gibt, damit der Zugang für alle Bürger ohne Ansehen der finanziellen Verhältnisse gewährleistet ist. Daraus resultieren zugleich Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen.¹³⁷

Wie dargelegt, haben mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Ausgleichsanspruch in Sachsen und Baden-Württemberg der Sächsische und der Baden-Württembergische Verfassungsgerichtshof unter Anwendung der Wesentlichkeitstheorie eine konkretisierende landesgesetzliche Regelung über die zulässigen Schulgelder, die eine Ersatzschule erheben darf, für erforderlich gehalten.¹³⁸ Zwar bezieht sich diese Rechtsprechung explizit darauf,

¹³¹ BVerfGE 27, 195 (201) – Anerkannte Privatschulen; Robbers (2010), Rn. 184.

¹³² BVerfGE 75, 40 (63); 88, 40 (55); zur Diskussion im parlamentarischen Rat siehe Lemper (1989), S. 45.

¹³³ BVerfGE 75, 40 (65); siehe auch ebd., 62: „Eine vergleichbare sozialstaatliche Einstandspflicht gibt es für die übrigen Privatschulen (Ergänzungsschulen) nicht, weil für sie die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Sätze 3 und 4 GG nicht gelten.“

¹³⁴ Vgl. Wrase/Helbig (2016), S. 1593 f.; siehe oben unter II.

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 110, 33 (54f.); BVerfGE 114, 1 (53f.); st. Rspr.

¹³⁶ Vgl. BVerfGE 56, 1 (12); BVerfGE 110, 33 (53f.); st. Rspr.

¹³⁷ Zusammenfassend zur Rspr. Jarass (2016), Art. 20 Rn. 57 ff.

¹³⁸ SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92); ebenso StGH BW, Urt. v. 6.7.2015, 1 VB 130/13, juris, Rn. 169 ff.

dass in den genannten Ländern ein Ausgleichsanspruch für die Schulgeld- und Lernmittelfreiheit für private Ersatzschulen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, ausdrücklich in den Landesverfassungen verankert ist (Art. 14 Abs. 2 S. 3 Landesverfassung Baden-Württemberg, Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf). Sie lässt sich aber für Ersatzschulen im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 bis 4 GG verallgemeinern, da die verfassungsrechtliche Untergrenze des Förderanspruchs maßgeblich davon abhängt, welche Einnahmen die Schulträger zulässigerweise erwarten können.¹³⁹ Für die privaten Schulträger müssen daher die Bedingungen und die Höhe der Beitragserhebung oder zumindest das Verfahren zu ihrer Ermittlung hinreichend transparent und vorhersehbar sein.

2. Regelungen zur Sicherstellung der Allgemeinzugänglichkeit der privaten Ersatzschulen – Baden-Württembergs Gesetzentwurf als vorbildliche Regulierung?

Zur effektiven Umsetzung des Sonderungsverbots bedarf es einer staatlichen Regulierung, die dem Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot genügt, sowie einer tatsächlichen Kontrolle der Ersatzschulen durch die Schulaufsicht im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG. Von insgesamt neun aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ableitbaren Anforderungen erfüllen, wie wir gezeigt haben, lediglich die Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz immerhin fünf.¹⁴⁰ Mittlerweile hat jedoch auch das von Susanne Eisenmann (CDU) geführte Kultusministerium in Baden-Württemberg einen Gesetzentwurf zur Novellierung des Privatschulgesetzes vorgelegt, den wir mit Blick auf die Regelungen zum Sonderungsverbot für in wesentlichen Teilen vorbildhaft ansehen. Im Folgenden werden wir die Mindestbedingungen, die Regelungen zum Sonderungsverbot für eine effektive Umsetzung des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG enthalten sollten, genauer darlegen und dabei besonders auch den nun vorliegenden Entwurf der Landesregierung in Baden-Württemberg betrachten.

- Transparente Konkretisierung des Sonderungsverbots durch rechtsverbindliche Normsetzung, Höchstgrenze des durchschnittlichen Schulgeldes

Wie auch die Landesverfassungsgerichte in Baden-Württemberg und Sachsen gefordert haben, müssen die Landesgesetzgeber bzw. die durch Landesgesetz ermächtigten Verordnungsgeber eine transparente Konkretisierung des Sonderungsverbots vornehmen. In fast allen Bundesländern ist dies bis heute nicht geschehen. Der Entwurf des Kultusministeri-

¹³⁹ Dazu weiter unten.

¹⁴⁰ Wrase/Helbig (2016), S. 1597 f.

ums in Baden-Württemberg sieht nun in Nr. 5 E-VollzugsVO eine Grenze des durchschnittlichen Schulgeldes von 160 Euro vor. Dort heißt es in Satz 1: „Es wird vermutet, dass ein monatliches Schulgeld in Höhe von durchschnittlich über 160 EUR grundsätzlich geeignet ist, eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu fördern.“¹⁴¹ Diese Bemessung beruht auf einem Gutachten des Instituts für Angewandte Wirtschaftsforschung e.V., Tübingen, aus dem Jahr 2012, das bereits der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zugrunde lag und im Hinblick auf die bevorstehende Novellierung im August 2016 aktualisiert worden ist.¹⁴² Die nunmehr bestätigte 160-Euro-Grenze des durchschnittlichen Schulgeldes hatten wir auch als „konsolidierte“ Rechtsprechung der baden-württembergischen Verwaltungsgerichte bereits ermittelt,¹⁴³ woraufhin uns allerdings vorgeworfen wurde, die Herleitung der Obergrenze sei „schlecht recherchiert“¹⁴⁴. Letzteres kommentiert sich anhand der neu vorgelegten Daten von selbst. Doch inwiefern lässt sich nun die für Baden-Württemberg ermittelte Obergrenze des durchschnittlichen Schulgeldes auf andere Bundesländer übertragen?

Natürlich lässt sich dies hier ohne genaue Berechnung nicht exakt beantworten. Allerdings gibt es Daten, welche die Einkommenssituation von Haushalten nach Bundesländern aufgeschlüsselt darstellen, und hier liegt Baden-Württemberg mit Bayern nahezu gleichauf an der Spitze des Bundesvergleichs.¹⁴⁵ Daraus folgt, dass die für Baden-Württemberg ermittelte Obergrenze des durchschnittlichen Schulgeldes in den anderen Bundesländern wie Hessen maximal ebenso hoch und in anderen sogar deutlich geringer ausfallen würde. Legt man das verfügbare durchschnittliche Haushaltsnettoeinkommen¹⁴⁶ (auch Netto-Netto-Einkommen genannt)¹⁴⁷ Baden-Württembergs zugrunde und vergleicht die geplante Höhe des durchschnittlichen Schulgeldes (160 Euro) mit diesem, so würde sich gemessen am verfügbaren durchschnittlichen Haushaltsnettoeinkommen für Berlin ein durch-

¹⁴¹ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 7.

¹⁴² Vgl. Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 15; weitergehend für das Jahr 2007 Eisinger u.a. (2007).

¹⁴³ Wrase/Helbig (2016), S. 1592 f.

¹⁴⁴ Hardorp (2017), S. 20.

¹⁴⁵ Siehe RWI (2009), S. 14 ff. Hieraus lässt sich auch die Einkommenssituation von Haushalten mit Kindern im Bundesländervergleich ableiten.

¹⁴⁶ Siehe auch Wrase/Helbig (2016).

¹⁴⁷ RWI (2009).

schnittliches Schulgeld von rund 120 Euro ergeben und für Mecklenburg-Vorpommern ein durchschnittliches Schulgeld von rund 90 Euro.¹⁴⁸

Die im baden-württembergischen Entwurf vorgesehene Grenze des durchschnittlichen Schulgeldes ist allerdings lediglich als gesetzliche Vermutung ausgestaltet, die im Einzelfall widerlegt werden kann, wenn die Schule der unteren Schulaufsichtsbehörde „nachweist, dass in einem angemessenen Umfang für finanzschwache Schüler wirksame wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgeldes und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule entstehenden Kosten angeboten und gewährt werden“.¹⁴⁹ Gerade letztere Formulierung („gewährt werden“) lässt keinen Zweifel daran, dass hier eine tatsächliche Praxis der Ermäßigungsgewährung bzw. Befreiung vom Schulgeld nachgewiesen werden muss,¹⁵⁰ welche die tatsächliche Zugänglichkeit der Schule unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern im Sinne der Verfassungsgerichtsjudikatur sicherstellt.

- Einkommensstaffelung der Beiträge zwingend vorgeschrieben

Zwar wird in den Sätzen 1 und 2 E-VollzugsVO eine einkommensbezogene Staffelung der Elternbeiträge nicht zwingend vorgegeben, eine solche muss den Eltern aber in jedem Fall nachweislich tatsächlich angeboten werden. Hierzu schreiben die folgenden Sätze 3 bis 4 E-VollzugsVO vor:

„In jedem Fall hat die Schule nachweislich sowohl allgemein und als auch konkret gegenüber den jeweiligen Eltern anzubieten, auch ein nach einem prozentualen Anteil am Haushaltsnettoeinkommen berechnetes Schulgeld zu zahlen, wobei der angebotene Prozentsatz 5 % nicht übersteigen darf. Die Schule ist darüber hinaus verpflichtet, die Eltern in einem Beratungsgespräch auf alle von ihr angebotenen Möglichkeiten zur

¹⁴⁸ Dies ergibt sich aus dem prozentualen Vergleich der durchschnittlichen (Netto-)Einkommenssituation in den Bundesländern, siehe Tabelle A3.3 in RWI (2009), S. 47. Verwendet man statt des verfügbaren Haushaltsnettoeinkommens das unbereinigte Haushaltsnettoeinkommen, dann ergibt sich für Berlin ein durchschnittliches Schulgeld von rund 140 Euro und für Mecklenburg-Vorpommern von 120 Euro.

¹⁴⁹ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 7 f.

¹⁵⁰ Das entspricht dem Wortlaut des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG, der nicht auf die formale Schulgeldregelung beschränkt ist, sondern den tatsächlichen Betrieb der Ersatzschule, also auch die Aufnahmepraxis, umfasst; ausführlich Wrase/Helbig (2016), S. 1593.

Vermeidung einer finanziellen Überforderung hinzuweisen und diesen Hinweis schriftlich zu dokumentieren.“¹⁵¹

Die vorgeschriebene einkommensabhängige Festsetzung anhand des Haushaltsnettoeinkommens ist im Normalfall tatsächlich geeignet, die verfassungsrechtlich geforderte Allgemein zugänglichkeit der Schulen in freier Trägerschaft sicherzustellen. Auch die 5-Prozent-Grenze ist auf der Grundlage der Rechtsprechung sauber begründet.¹⁵² Beim Haushaltsnettoeinkommen handelt es sich um die Summe der Einkünfte aller Haushaltsmitglieder abzüglich der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge.¹⁵³ Insgesamt ist festzuhalten, dass Baden-Württemberg mit dieser Regelung weit über die Vorgaben in den anderen Bundesländern hinausgeht und damit einen deutlich verbesserten Maßstab setzt. Die Regelung muss als Mindeststandard unbedingt beibehalten werden, auch wenn sie in ihrer gegenwärtigen Form noch Schwachpunkte aufweist, die verbessert werden sollten.

Es gibt gute Gründe, warum man bei der Berechnung des Schulgeldes nicht das unbereinigtes Haushaltsnettoeinkommen heranziehen sollte, sondern das frei verfügbare Haushaltsnettoeinkommen (auch Netto-Netto-Einkommen genannt).¹⁵⁴ Denn umso geringer das Einkommen eines Haushalts ist, desto weniger bleibt nach Abzug existenzsichernder Ausgaben zur freien Verfügung (siehe Tabelle 4). In Haushalten mit einem niedrigen Haushaltsnettoeinkommen (Kategorie unter 1.000 Euro) bleibt von den durchschnittlich 764 Euro Haushaltsnettoeinkommen kein Euro verfügbaren Haushaltsnettoeinkommens übrig. Nach der baden-württembergischen 5-Prozent-Regelung kann Haushalten in dieser Kategorie dennoch ein Schulgeld von 38 Euro abverlangt werden. Auch in der Kategorie 1.000 bis 2.000 Euro bleibt ein deutlich geringerer Teil des Haushaltsnettoeinkommens als verfügbares Einkommen übrig (32 Prozent) als im Durchschnitt aller Haushalte (49,7 Prozent). Am wenigsten wären hingegen jene Einkommen in Bezug auf ihr verfügbares Nettohaushaltseinkommen belastet, die ein sehr hohes Haushaltsnettoeinkommen haben.

¹⁵¹ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 8.

¹⁵² Vgl. Wrase/Helbig (2016), S. 1593, wobei wir dort fehlerhaft von einem Ein-Personen-Haushalt ausgegangen sind und daher von einem unzutreffenden Prozentsatz.

¹⁵³ Vgl. Statistisches Bundesamt (2014), S. 19.

¹⁵⁴ Das verfügbare Haushaltsnettoeinkommen ist das Einkommen, das nach Abzug von Steuern, von Beitragszahlungen in die Sozialversicherung und von „lebensnotwendigen“ Ausgaben zur „freien“ Verfügung steht (RWI 2009, S. 6). Zu den lebensnotwendigen Ausgaben gehören Ausgaben für Lebensmittel, Bekleidung, Wohnung/Miete, Gebrauchsgegenstände, Gesundheitspflege, Mobilität, Kommunikation, Freizeit, Unterhaltung und Kultur, Beherbergung und andere Waren und Dienstleistungen, die sich aus der Regelsatzverordnung zur sozialen Mindestsicherung ergeben (RWI 2009).

Denn sie verbrauchen deutlich weniger Geld für ihre Existenzsicherung. Dementsprechend belastet ein Schulgeld von 5 Prozent des unbereinigten Haushaltseinkommens die Haushalte in sehr ungleicher Art und Weise. Die Festsetzung der Schulgelder am verfügbaren Haushaltsnettoeinkommen ist dabei auch relativ einfach zu regeln. Im Gegensatz zu einem festen Anteil am Haushaltsnettoeinkommen müsste man das Schulgeld progressiv am Haushaltsnettoeinkommen bemessen.¹⁵⁵

Gleichfalls problematisch ist, dass der gegenwärtige Entwurf keine zwingende Geschwisterregelung vorsieht.¹⁵⁶ Es kann aber von den Eltern nicht erwartet werden, dass sie für jedes Kind 5 Prozent des Haushaltsnettoeinkommens bezahlen, da gerade für kinderreiche Familien ansonsten rasch die Belastungsgrenze überschritten ist. Auch unter Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 1 GG müssen die besonderen Belastungen, die aus der Familiengröße resultieren, angemessen berücksichtigt werden.

Tabelle 4: Bruttohaushaltseinkommen, Nettohaushaltseinkommen und durchschnittlich verfügbares Einkommen nach Einkommenskategorien

	Brutto in Euro	Netto in Euro	Verfügbares Nettohaushaltseinkommen in Euro	Anteil Netto-Netto vom Nettoeinkommen in Prozent
< = 1.000	889	764	-11	-1,4
> 1.000 bis < = 2.000	1.830	1.493	481	32,2
> 2.000 bis < = 2.500	2.809	2.251	906	40,2
> 2.500 bis < = 3.000	3.552	2.757	1.257	45,6
> 3.000 bis < = 4.000	4.597	3.459	1.764	51
> 4.000 bis < = 7.000	6.705	5.076	3.175	62,5
> 7.000	11.793	9.360	6.941	74,2
Insgesamt	3.471	2.706	1.345	49,7

Quelle: RWI 2009, S.48.

¹⁵⁵ Dabei würde man in der untersten Haushaltsnettoeinkommenskategorie kein Schulgeld zahlen. Für die zweite Kategorie wären z.B. höchstens 2 oder 3 Prozent des Haushaltneueinkommens als Schulgeld möglich, und erst ab einer mittleren Einkommenskategorie könnten maximal 5 Prozent des Haushaltsnettoeinkommens erhoben werden. Wie die jeweiligen Grenzen geschnitten werden, könnte ebenso durch ein Wirtschaftsgutachten bestimmt werden, wie dies für die Höhe des Schulgeldes geschah.

¹⁵⁶ Vgl. auch IAW (2016), S. 20 ff., insb. Abbildung 12.4.

Zudem wäre es angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Existenzminimums bedenklich, das Existenzminimum in die Berechnung des Haushaltsnettoeinkommens einzu beziehen. Vielmehr muss gerade der Betrag, der für die physische Existenzgrundlage und die soziokulturelle Teilhabe jedes Menschen nach dem SGB II, SGB XII und AsylLG garantiert wird, vom zu ermittelnden Haushaltsnettoeinkommen ausgenommen werden, da dieser nicht für den Besuch einer Privatschule eingesetzt werden kann und solches nicht von den Eltern gefordert werden darf.¹⁵⁷

Gerade mit Blick auf den vorliegenden empirischen Befund der Nichteinhaltung bestehender Schulgeldregelungen und -grenzen ist es auch unabdingbar, den Ersatzschulen entsprechende Dokumentations- und Nachweispflichten aufzuerlegen, um die praktische Wirksamkeit der Regelung zu garantieren. Damit entsteht auch kein unnötiger bürokratischer Aufwand, da das entsprechende Angebot eines einkommensgestaffelten Schulgeldes sowie die Beratung der Eltern seitens der Schule auf einem Formblatt festgehalten werden können, das den Eltern in Kopie ausgehändigt wird und von diesen zu unterzeichnen ist.¹⁵⁸ Soweit die jeweilige Schule eine Schulgeldregelung trifft und nachweislich anwendet, die sich ohnehin am Haushaltsnettoeinkommen ausrichtet und die vorgesehene 5-Prozent-Grenze einhält, könnte hingegen darüber nachgedacht werden, ob auf Einzelfallnachweise verzichtet werden kann.

Problematisch am bestehenden Entwurf ist auch, dass er keine Definition davon enthält, welche Beiträge der Eltern in die Berechnung des Schulgeldes einzubeziehen sind. Da es um die reale Zugänglichkeit der Schule geht (und nicht um die reale Gegenleistung!), müssen alle Beiträge berücksichtigt werden, die von den Eltern im Zusammenhang mit dem Schulbesuch verlangt werden und nicht – auch tatsächlich und vollständig – freiwillig sind (sogenanntes „verdecktes Schulgeld“).¹⁵⁹ Zwar geht das Kultusministerium hiervon

¹⁵⁷ Siehe grundlegend BVerfGE 87, 153 – Grundfreibetrag: Die Maßgröße für das geschützte Existenzminimum ist demnach der „im Sozialhilferecht jeweils anerkannte Mindestbedarf, der allgemein durch Hilfen zum notwendigen Lebensunterhalt an jeden Bedürftigen befriedigt wird“; aus der neueren Rechtsprechung BVerfGE 125, 175 – Hartz IV; BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz; BVerfGE 137, 34 – Existenzsichernder Regelsatz.

¹⁵⁸ Es sollte allerdings in der Verordnung auch ausdrücklich festgehalten werden, dass die Eltern auf ihr Recht, eine einkommensabhängige Festsetzung des Schulgeldes zu verlangen, gegenüber der Schule nicht verzichten können, sondern auch während des laufenden und in den folgenden Schuljahren, insbesondere bei Veränderung ihrer finanziellen Verhältnisse, die Möglichkeit haben, eine Festsetzung entsprechend der Einkommensverhältnisse zu verlangen.

¹⁵⁹ So überzeugend die SenBJF, Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783), zu 9.

aus,¹⁶⁰ eine ausdrückliche Regelung in der VollzugsVO würde aber sowohl für die betroffenen Eltern als auch die Schulen in freier Trägerschaft Rechtssicherheit schaffen.

- Hinreichende Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde, Auskunfts- und Mitteilungspflichten

Ohne effektive Kontrolle kann die Einhaltung des Sonderungsverbots in der Praxis nicht gewährleistet werden; dies zeigen die dargestellten empirischen Befunde deutlich.¹⁶¹ Der Entwurf der baden-württembergischen Landesregierung zur Änderung des Privatschulgesetzes enthält insofern in § 18a Abs. 17 E-PSchG eine vorbildliche Regelung, die auch dem durch den Eingriff in die Privatschulfreiheit ausgelösten Gesetzesvorbehalt¹⁶² sowie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung trägt. Danach kann die oberste Schulbehörde bei einer genehmigten Ersatzschule

„und bei ihrem Träger prüfen, ob eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern gefördert wird. Soweit dies zur Prüfung erforderlich ist, sind der oberen Schulaufsichtsbehörde auf Anforderung sämtliche oder ausgewählte im Zusammenhang mit der Schulgeldberechnung und Schulgelderhebung stehenden Dokumente der Schule und des Trägers sowie die bei der Schule und dem Träger befindlichen Dokumente zu den jeweiligen Einkommensverhältnissen der Eltern in anonymisierter Form vorzulegen, und ist der oberen Schulaufsichtsbehörde Einsicht in diesbezügliche Dokumente zu gewähren. Das Nähere regelt die Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz.“¹⁶³

Allerdings finden sich im gegenwärtigen E-VollzugsVO noch keine entsprechenden Ausführungsvorschriften. Wollte man die Überprüfung auf eine stichprobenartige oder anlassbezogene Kontrolle beschränken, was aber nach der herrschenden Meinung verfassungsrechtlich nicht vorgeschrieben ist,¹⁶⁴ so würde sich die gesetzliche Verankerung von

¹⁶⁰ Vgl. Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 16.

¹⁶¹ Vgl. auch Wrase/Helbig (2016); Helbig/Nikolai/Wrase (i.E.).

¹⁶² Vgl. Brosius-Gersdorf (2016b), S. 44 ff.

¹⁶³ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 7.

¹⁶⁴ Andere Ansicht Brosius-Gersdorf (2016b), S. 84 f., die allerdings davon ausgeht, dass die Schulbehörde über die notwendigen Informationen verfügt, also entsprechende Mitteilungspflichten bestehen. Nur wenn Zweifel an der „Richtigkeit“ der von den Schulen gemachten Angaben vorliegen, soll eine Kontrolle beim Schulträger zulässig sein. Selbstverständlich darf es zu keiner „Gängelung“ der Privatschulen kommen. Eine Beschränkung auf anlassbezogene Prüfungen aber überspannt die Anforderungen, die – erst recht in Ansehung der Höhe von öffentlichen Geldern, die hier vom Staat verausgabt werden – aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitet werden können. Der Staat hat, wie in anderen Bereichen auch, ein berechtigtes Interesse, die ordnungsgemäße

Mitteilungspflichten anbieten. So könnte es zu einem Zustand wie in Berlin, wo der für die Überprüfung des Sonderungsverbots zuständigen Schulaufsicht die bestehende Schulgeldregelung der Ersatzschulen gar nicht bekannt sind, von vornherein nicht kommen. Angelehnt an entsprechende Regelungen im Thüringischen Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft (ThürSchfTG)¹⁶⁵ könnten die Ersatzschulen verpflichtet werden, jede Änderung ihrer Schulgeldregelungen an die zuständige Behörde zu melden und jährlich Auskunft über die durchschnittlich erhobenen Schulgelder und sonstigen Beiträge zu leisten, was ihnen zumutbar ist (vgl. § 5 Abs. 12 Satz 2 Nr. 4, Abs. 15 ThürSchfTG). Damit wäre es für die Aufsichtsbehörde auch ein Leichtes, festzustellen, ob die 160-Euro-Grenze eingehalten wird oder ob sich Anhaltspunkte ergeben, die eine genauere Überprüfung der Schule nach § 18a Abs. 17 E-PSchG erfordern. Gleichzeitig wäre es auf diese Weise möglich zu prüfen, ob das Sonderungsverbot auch im Hinblick auf die tatsächliche Schülerverteilung eingehalten wird. In einer Schule, die genau 5 Prozent des Haushaltseinkommen als Schulgeld nimmt und im Durchschnitt rund 160 Euro Schulgeld erhebt, kann man vermuten, dass sich auch die Schülerschaft in dieser Schule entsprechend der Schülerschaft in Baden-Württemberg verteilt.

Wenn Einkommensverhältnisse der Eltern an einer Schule in anonymisierter Form hingegen nicht nur anlassbezogen (s.o.), sondern standardmäßig erhoben werden würden, könnte man sogar die Einkommensverteilung der Schule mit dem Landesdurchschnitt vergleichen, wofür das bereits angesprochene IAW-Gutachten die Basis bildet. Dadurch könnte mit relativ einfachen Mitteln dem Sonderungsverbot des Grundgesetzes auch praktisch hohe Wirksamkeit verschafft werden.¹⁶⁶

Mittelverwendung und die Einhaltung der Rechtmäßigkeitsvorgaben standardmäßig zu überprüfen. Dies gilt umso mehr, als Schulen in freier Trägerschaft nicht mit einer Kommune vergleichbar sind, die der unmittelbar demokratisch legitimierten Kontrolle durch ein gewähltes Organ wie dem Gemeinderat unterliegt (vgl. Art. 28 Abs. 1 GG - Homogenitätsprinzip).

¹⁶⁵ Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft vom 20.12.2010 (GVBl. S. 522), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.9.2015 (GVBl. S. 121).

¹⁶⁶ So Wrase/Helbig (2016).

VI. Sonderungsverbot und Förderanspruch

1. Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Ein finanzieller Förderanspruch der Privatschulen gegen den Staat wurde im Grundgesetz bewusst nicht verankert, was sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 4 GG ergibt.¹⁶⁷ Dies entspricht auch den menschenrechtlichen Vorgaben.¹⁶⁸ Erst in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1987 hat das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen Förderanspruch festgeschrieben und diesen mit dem „sozialstaatlichen Gehalt des Art. 7 Abs. 4 GG“ begründet.¹⁶⁹ Private Schulträger seien „bei dem bestehenden hohen Kostenniveau heute nicht mehr in der Lage, aus eigener Kraft sämtliche in Art. 7 Abs. 4 Sätze 3 und 4 GG aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen gleichzeitig und auf Dauer zu erfüllen“, insbesondere sei ihnen die Erhebung auch nur annähernd kostendeckender Schulgelder aufgrund des Sonderungsverbots „praktisch genommen“.¹⁷⁰ Sollte unter diesen Umständen Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG „nicht zu einem wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen und zu einer nutzlosen institutionellen Garantie verkümmern“, so müsse diese Verfassungsnorm zugleich als eine Verpflichtung des Gesetzgebers verstanden werden, die privaten Ersatzschulen zu schützen und zu fördern.¹⁷¹ Noch pointierter drückte es das Gericht in einer späteren Entscheidung aus: „Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat [...] einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden.“¹⁷²

Damit ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Anknüpfungspunkt für die Förderpflicht des Staates, dass die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Sätze 2 bis 4 GG auf Dauer erfüllt werden müssen; einzelne landesverfassungsrechtliche Bestimmungen wie Art. 4 Abs. 2 Satz 2 der Niedersächsischen Verfassung

¹⁶⁷ Ausführlich zur Genese BVerfGE 75, 40 (61): „Einen Subventionsanspruch, dessen Aufnahme in die Verfassung ausdrücklich abgelehnt worden war, sollte die verfassungsrechtliche Garantie der Privatschulfreiheit nicht einschließen.“

¹⁶⁸ Siehe die Nachweise oben in Fn. 21.

¹⁶⁹ BVerfGE 75, 40 (65); siehe auch Badura (2015), Rn. 130 ff. m. w. Nachw.

¹⁷⁰ BVerfGE 75, 40 (63); siehe auch Jestaedt (2009), Rn. 61 m. w. Nachw.

¹⁷¹ BVerfGE 75, 40 (65); zur materiell-wirklichkeitsorientierten Auslegung der Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht ausführlich Wrase (2016a).

¹⁷² BVerfGE 90, 107 (115).

schreiben dies sogar ausdrücklich fest.¹⁷³ Infolgedessen erstreckt sich der Förderanspruch nach herrschender Meinung auch nur auf genehmigte Ersatzschulen, welche die besonderen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Sätze 2 bis 4 GG erfüllen müssen, und nicht etwa auch auf private Ergänzungsschulen.¹⁷⁴

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Förderanspruch soll an dieser Stelle nicht im Detail nachgezeichnet werden; sie ist andernorts gut dokumentiert und analysiert.¹⁷⁵ So hat das Bundesverfassungsgericht den jeweiligen Landesgesetzgebern einen sehr weiten Gestaltungsspielraum bezüglich der einzelnen Voraussetzungen, des Umfangs und der Höhe einer finanziellen Förderung der privaten Ersatzschulen zugestanden.¹⁷⁶ Ein Anspruch auf Förderung in vergleichbarer Höhe wie bei den öffentlichen Schulen besteht jedenfalls nicht; insbesondere dürften von den Privatschulträgern erhebliche Eigenleistungen erwartet werden.¹⁷⁷ Eine verfassungsrechtliche Grenze 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“.¹⁷⁸ Aus dieser Rechtsprechungsentwicklung ist in der Literatur bereits gefolgert worden, das Bundesverfassungsgericht sei dabei, den verfassungsrechtlichen Förderanspruch weitgehend aufzugeben und in das reine Ermessen des Gesetzgebers, das dieser unter Opportunitätsgesichtspunkten handhaben kann, zu stellen.¹⁷⁹ Die jüngere landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist dem zu Recht nicht gefolgt, hat aber den Zusammenhang zwischen staatlichem Förderanspruch und den Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Sätze 2 bis 4 GG, insbesondere dem Sonderungsverbot, wieder in den Vordergrund gerückt und dafür klare und „transparente“ gesetzliche Regelungen gefordert.¹⁸⁰ Damit spiegelt die deutsche Verfassungslage den Stand der internationalen Privatschulförderung wider: Denn dort, wo in anderen Staaten Schulen von freien Trägern

¹⁷³ Dieser lautet: „Sie haben Anspruch auf staatliche Förderung, wenn sie nach Artikel 7 Abs. 4 und 5 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland genehmigt sind und die Voraussetzungen für die Genehmigung auf Dauer erfüllen.“

¹⁷⁴ BVerfGE 75, 40 (62); BVerfGE 90, 107 (121); Jestaedt (2009), Rn. 63.

¹⁷⁵ Statt vieler Boysen (2012), Rn. 90 ff.; Badura (2015), Rn. 130 ff.; Jestaedt (2009), Rn. 61.

¹⁷⁶ BVerfGE 75, 40 (66 f.); 112, 74 (84); BVerfG-Kammer, Beschluss v. 4.3.1997 – 1 BvL 26/96, juris.

¹⁷⁷ BVerfGE 90, 107 (119 f.); BVerfG-Kammer, Beschluss v. 4.3.1997 – 1 BvL 26/96, juris, Rn. 29; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18/10, juris, Rn. 37.

¹⁷⁸ BVerfGE 112, 74 (84).

¹⁷⁹ So etwa Boysen (2012), Rn. 93, die sogar mutmaßt, dass eine dahingehende Korrektur der Rechtsprechung „in Zukunft zu erwarten“ sei.

¹⁸⁰ Insb. SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92); StGH BW, Urteil v. 6.7.2015, 1 VB 130/13, juris, Rn. 169 ff.

überwiegend oder größtenteils staatlich gefördert werden (sogenannte „government-dependent private schools“), werden diese Schulen klaren Regulierungsvorgaben und standardisierten Kontrollen unterworfen, damit sie den öffentlichen Anforderungen genügen.¹⁸¹ Erodiert hingegen, wie wir es anhand der empirischen Befunde in Bezug auf das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG sehen, aufgrund mangelnder Regulierung und Kontrolle die tatsächliche Grundlage des Förderanspruchs,¹⁸² so muss in letzter Konsequenz auch der Anspruch selbst zur Disposition gestellt werden. Ein problematisches Auseinanderfallen von Verfassungsnorm und -wirklichkeit, wie unter der Weimarer Reichsverfassung geschehen (deren Normen teilweise zu bloßen „Programmsätzen“ herabgestuft wurden), wollten die Väter und Mütter des Grundgesetzes gerade verhindern.¹⁸³

2. Modelle der Umsetzung und selektive Effekte der Finanzierungssysteme in Berlin und Hessen

Das Bundesverwaltungsgericht hat zum zulässigen Kostenmodell festgestellt:

„Soll die staatliche Förderung ihrem Umfang nach sicherstellen, dass die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG auf Dauer erfüllt werden, ist es zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, selbst eine Bewertung der Kostensituation vorzunehmen. Der Gesetzgeber kann sich an den Kosten des öffentlichen Schulwesens orientieren und seine Hilfe danach ausrichten.“¹⁸⁴

Eine Orientierung der staatlichen Zuschüsse an einem bestimmten Prozentsatz der Kosten des öffentlichen Schulwesens, aufgeschlüsselt nach Schulformen, ist danach ebenso ein Instrument, um den notwendigen Förderbedarf zu ermitteln, wie die Anknüpfung an bestimmte Besoldungsstufen für Lehrkräfte.¹⁸⁵ Das Bundesland Berlin möchte sein Förder-system in Zukunft an einem Finanzierungsmodell auf Vollkostenbasis, orientiert an den Kosten der öffentlichen Schulen, ausrichten.¹⁸⁶ Dies hat auch unmittelbare Konsequenzen für die Regelungen zum Sonderungsverbot, da die Höhe des Förderanspruchs nur dann

¹⁸¹ Nikolai/Wrase (i.E.); Koinzer et al. (i.E.).

¹⁸² In Wrase/Helbig (2016) haben wir mit Blick auf die empirischen Befunde und die mangelhafte Regulierung und Kontrolle in den Bundesländern von einer „Missachtung“ des Verfassungsgebots gesprochen.

¹⁸³ Vgl. Wrase (2016a), S. 42 ff.

¹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 21.12.2011 – 6 C 18/10, juris, Rn. 22.

¹⁸⁵ BVerwG, ebd. Rn. 23.

¹⁸⁶ Siehe Koalitionsvereinbarung (2016), Zeilen 202 ff.

angemessen ins Verhältnis zu den öffentlichen Schulen gesetzt werden kann, wenn klar ist, in welcher Höhe die Schulen Einnahmen durch Schulgelder erzielen dürfen.¹⁸⁷

Schauen wir uns zunächst die Bundesländer mit „faktischer Schulgeldfreiheit“ an. In Rheinland-Pfalz findet sich im Privatschulgesetz zwar keine über den Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG hinausgehende Konkretisierung des Sonderungsverbots. Jedoch bestimmt § 28 Abs. 2 PrivSchG R-P,¹⁸⁸ dass genehmigte staatlich anerkannte Ersatzschulen nur dann staatliche Förderung erhalten, wenn sie „kein Schulgeld oder sonstige Entgelte“ erheben.¹⁸⁹ Da der kostendeckende Betrieb einer Ersatzschule ohne staatliche Förderung in der Regel nicht möglich ist, wenn das Sonderungsverbot eingehalten werden soll, ergibt sich daraus eine tatsächliche Sperre für die Erhebung von Schulgeldern. Einen etwas anderen Weg geht Nordrhein-Westfalen. Dort ist die Erhebung von verpflichtenden Elternbeiträgen zwar nicht untersagt. Art. 9 Abs. 2 Satz 3 der Landesverfassung NRW bestimmt aber, dass Privatschulen berechtigt sind, zulasten des Staates auf die Erhebung von Schulgeld zu verzichten. Dem trägt die Finanzhilfe des Landes Rechnung, indem ein etwaiges Schulgeld im Ersatzschulhaushalt zu vereinnahmen ist und damit den Zuschuss entsprechend verringert („Anrechnungsregelung“), sodass sich die Erhebung von Schulgeld nicht lohnt.¹⁹⁰ In beiden Bundesländern wird den Privatschulen allerdings für den „Ausfall“ der Schulgeldeinnahmen keine volle Kompensation der Kosten an öffentlichen Schulen gewährt. Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung wird vielmehr in Nordrhein-Westfalen nach § 106 Abs. 5 SchulG¹⁹¹ ein Eigenanteil von 15 Prozent berücksichtigt, der u.a. durch Eigenleistungen der Schulträger (Kirchen, Stiftungen etc.), Kosteneinsparungen oder (freiwillige) Spenden zu decken ist. Die Regelung begrenzt die Einnahmen der Ersatzschulen damit auf nominell 85 Prozent der Aufwendungen für öffentliche Schulen.

¹⁸⁷ Vgl. StGH BW, Urteil v. 6.7.2015 – 1 VB 130/13, juris, Rn. 163; SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92).

¹⁸⁸ Landesgesetz über die Errichtung und Finanzierung von Schulen in freier Trägerschaft (Privatschulgesetz – PrivSchG) in der Fassung vom 4.9.1970 (GVBl. 372), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8.2.2013 (GVBl. S. 9).

¹⁸⁹ Von dieser Regelung sind die Freien Waldorfschulen in Rheinland-Pfalz ausgenommen, da sie keine „anerkannten“ Privatschulen sind (siehe Helbig/Wrase i.E.).

¹⁹⁰ Dies wird aber erst unterhalb von Gesetzen und Verordnungen auf der Ebene einer Verwaltungsvorschrift klargestellt; siehe Nr. 1.3.2 der Verwaltungsvorschriften zur Ausführung der Ersatzschulfinanzierungsverordnung (VVzFESchVO); zu den Umgehungsmöglichkeiten siehe Wrase/Helbig (2016), S. 1594 f.

¹⁹¹ Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Schulgesetz NRW – SchulG) vom 15.2.2005 (GV. NRW. S. 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. 6.2016 (GV. NRW. S. 442).

Ein Verzicht auf die Erhebung von Schulgeld und eine weitgehende Kompensation durch den Förderanspruch ist aber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht geboten. Auf der Einnahmeseite kann dieselbe Wirkung auch durch einen Mix aus staatlichem Zuschuss und einer das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG beachtenden Beitragserhebung erzielt werden. So können Ersatzschulen in Baden-Württemberg, welche die besonderen Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 2 Satz 2 der Landesverfassung¹⁹² erfüllen und auf die Erhebung von Schulgeld verzichten, zukünftig einen Ausgleichsanspruch für den Ausfall der Schulgeldeinnahmen nach § 17 Abs. 2 Satz 4 E-PSchG erhalten. Dieser Anspruch wird aber nach § 17 Abs. 2 Satz 6 E-SchG auf insgesamt 90 Prozent der entsprechenden Kosten einer öffentlichen Schule begrenzt („Kappungsgrenze“); der Rest muss durch Eigenleistungen erbracht werden.¹⁹³ Verzichteten die Ersatzschulen allerdings nicht auf die Erhebung von Schulgeld (oder erfüllen sie die besonderen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 2 Satz 2 der Landesverfassung nicht), so bleibt ihr Förderanspruch nach § 18 Abs. 2 E-PSchG auf 80 Prozent beschränkt; zusammen mit dem höchstzulässigen Schulgeld von durchschnittlichen 160 Euro nach Nr. 5 E-VollzugsVO können die Privatschulen dann Einnahmen von maximal etwa 110 Prozent der Aufwendungen für vergleichbare öffentliche Schulen erzielen.¹⁹⁴

In Berlin und Hessen gibt es derzeit keine vergleichbaren Kappungsgrenzen. Das gegenwärtige System der Privatschulförderung in diesen Bundesländern trägt damit entscheidend zur sozialen Sonderung an den privaten Ersatzschulen bei. Dies liegt daran, dass die Ersatzschulen Einnahmen, die sie mit Schulgeldern und sonstigen Elterneinnahmen erzielen, (nahezu) unbegrenzt auf die staatlichen Zuschüsse aufschlagen können. Damit sind solche Schüler für die Schulen besonders einträglich, deren Eltern ein hohes Schulgeld bezahlen können. Um es konkret zu machen: Ein Schüler, dessen Eltern 400 Euro durchschnittliches Schulgeld im Monat zahlen, bringt der Schule im Jahr – zusätzlich zu den Förderansprüchen gegen das Land – Mehreinnahmen in Höhe von 4.800 Euro, wohingegen ein Schüler, der aufgrund des geringen Einkommens seiner Eltern schulgeldbefreit ist, der Schule null Euro einbringt und damit einen ökonomischen Malus darstellt.

¹⁹² Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953 (GBl. S. 173), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.12.2015 (GBl. S. 1030).

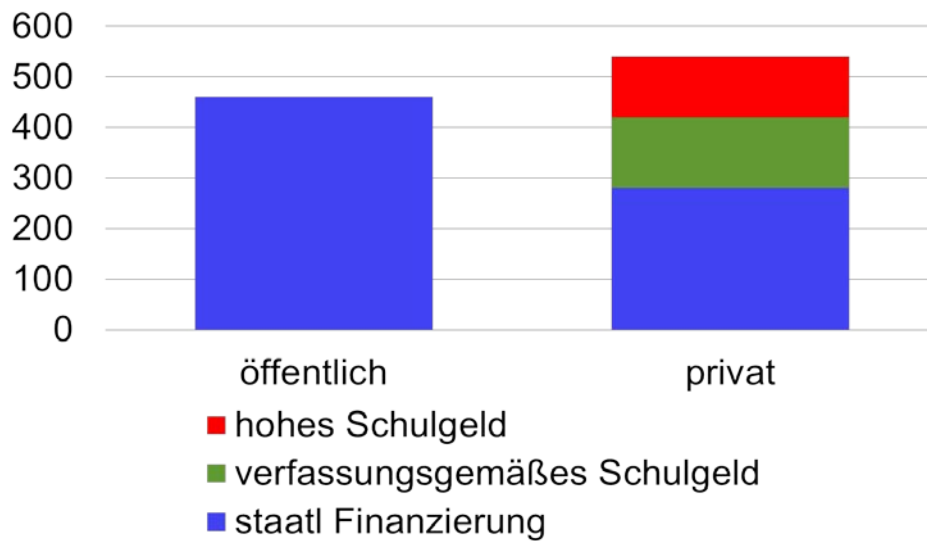
¹⁹³ Kultusministerium Baden-Württemberg (2017), S. 4, 16.

¹⁹⁴ Berechnung anhand der vorliegenden Daten des Kultusministeriums Baden-Württemberg (2017), S. 18.

Es ist ökonomisch rational, dass Schulen diesem finanziellen Anreiz folgen.¹⁹⁵ Gelingt es der Privatschule, einkommensstarke Elternhäuser anzusprechen und damit hohe Schulgeldeinnahmen zu generieren, kann das jeweilige Budget bis weit über vergleichbare öffentliche Schulen hinaus gesteigert werden. Damit können – auf Kosten sozialer Selektion, die eigentlich durch die öffentlichen Zuschüsse gerade verhindert werden soll (s.o.) – besondere Angebote ebenso wie ein überaus gutes Betreuungsverhältnis finanziert werden, die es an öffentlichen Schulen nicht gibt (dazu Abbildung 1). Das macht diese Schulen wiederum für eine einkommensstarke Klientel (noch) attraktiver. Damit setzt sich, ökonomisch angefeuert, eine Spirale sozialer Selektivität in Gang, die „nach oben hin“ nur von der Nachfrageseite dadurch begrenzt wird, was einkommensstarke Eltern in der Lage und bereit sind, für die hochwertige Bildung ihrer Kinder zu bezahlen. In der Konsequenz wird gute Bildung im (weitgehend) öffentlich finanzierten Bildungssystem „käuflich“ – ein Zustand, den der Verfassungsgeber durch das Sonderungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG gerade verhindern wollte. Der Sinn des staatlichen Förderzuschusses, der den Ersatzschulen für die soziale Allgemeinzugänglichkeit gewährt wird, verkehrt sich dadurch in sein Gegenteil.

¹⁹⁵ Ausführlich Helbig/Nikolai/Wrase (i.E.).

Abbildung 1: Ökonomischer Fehlanreiz des Fördersystems in Berlin (ohne Festsetzung und Kontrolle des höchstzulässigen durchschnittlichen Schulgeldes)



Schematische Darstellung nach den monatlichen Aufwendungen pro Grundschüler auf der Grundlage von SenBJW (2014).¹⁹⁶

Dieser ökonomische Fehlanreiz zuungunsten finanziell schwacher Familien kann durch eine Kappungsgrenze bzw. Anrechnungsregelung, vergleichbar dem nordrhein-westfälischen oder baden-württembergischen Modell, abgebaut werden. Ein Schritt in diese Richtung könnte auch die im Berliner Koalitionsvertrag vereinbarte Koppelung eines Teils der staatlichen Zuschüsse an die Anzahl der lernmittelbefreiten Schüler an einer Schule sein.¹⁹⁷ Dadurch wird zumindest teilweise die Aufnahme solcher Schüler finanziell wieder etwas „attraktiver“, die kein oder nur ein geringes Schulgeld leisten (können). Allerdings besteht aber auch die Gefahr, dass Schulen mit wenigen (oder keinen) LMB-Schülern ihre Einnahmeausfälle in diesem Modell durch eine weitere Erhöhung des Schulgeldes ausgleichen, wenn es keine wirksame Regulierung der Schulgeldeinnahmen gibt. Im schlimmsten Fall würden so auf der einen Seite Privatschulen für arme und auf der anderen Seite Privatschulen für einkommensreiche Kinder entstehen.

Die hier vorgeschlagene Anrechnungsregelung würde in etwa so aussehen, dass, wenn die Schulgeldeinnahmen eines Schulträgers zuzüglich des staatlichen Zuschusses pro Schüler

¹⁹⁶ Es wurde von einem mit Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG zu vereinbarenden durchschnittlichen Schulgeld von 140 Euro ausgegangen, wobei angenommen wurde, dass der Träger – mangels Vorgaben und Kontrolle – im Durchschnitt 260 Euro Beitragseinnahmen erzielen kann.

¹⁹⁷ Koalitionsvereinbarung (2016), Zeilen 207–210.

90 bis 100 Prozent der Vollkosten einer öffentlichen Schule übersteigen, diese auf den staatlichen Förderzuschuss angerechnet werden. Auf diesem Weg werden zwei Dinge sichergestellt: Zum einen wird eine auskömmliche Finanzierung des privaten Schulträgers garantiert. Zum anderen wird an dieser Grenze der finanzielle Anreiz außer Kraft gesetzt, durch Aufnahme einkommensstarker und Vermeidung einkommensschwacher Schüler deutlich höhere Einnahmen erzielen zu können. Eine entsprechende Kappungsgrenze würde dies verhindern.

3. Sonderungsverbot und auskömmliche Finanzierung der Ersatzschulen

Vonseiten der Privatschulen ist wiederholt vorgetragen worden, dass sie die geringe staatliche Förderung in Berlin geradezu dazu „zwingt“, gegen das Sonderungsverbot zu verstoßen. Es ergeben sich allerdings aus unseren Daten keinerlei Hinweise darauf, dass dieses gegenwärtig zutrifft. Eher weisen sie auf das Gegenteil hin. So gibt es nur sehr wenige Schulen in freier Trägerschaft mit einem sehr hohen Anteil von LMB-Schülern.¹⁹⁸ Nach dem Berliner Finanzierungssystem bedeutet dies, dass diese Schulen deutlich geringere Einnahmen durch Schulgelder erzielen. Umgekehrt sind, wie gesehen, gerade Schulen, die eklatant gegen die Vorgaben des Senats verstoßen, also hohe Schulgelder erheben und damit über erhebliche Mehreinnahmen verfügen, besonders selektiv. Es wäre demnach unrealistisch anzunehmen, dass allein durch höhere Zuschüsse an die Privatschulen deren soziale Selektivität sinkt. Vielmehr bedarf es hierfür – wie wir anhand der rechtlichen und empirischen Untersuchung dargestellt haben – klarer gesetzlicher Vorgaben, also einer Regulierung, die sicherstellt, dass die mit der staatlichen Förderung beabsichtigten Gemeinwohlziele auch erreicht und insbesondere die Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG in der Realität eingehalten werden. Dies entspricht auch im internationalen Vergleich den Anforderungen, die an staatlich finanzierte private Schulen gestellt werden.¹⁹⁹ Hierfür hat die staatliche Schulaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG in Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags nicht zuletzt eine Verantwortung gegenüber den Schul-

¹⁹⁸ Siehe etwa die acht Privatschulen mit jeweils über 50 Prozent LMB-Schülern, die am Bonusprogramm des Senats teilnehmen.

¹⁹⁹ Nikolai/Wrase (i.E., 2017).

kindern und ihren Familien, die ihr (Schul-)Wahlrecht unabhängig von ihren finanziellen Verhältnissen wahrnehmen wollen.²⁰⁰

Ein Finanzierungsmodell, das auf einem Mix aus staatlichem Zuschuss und Schulgeldeinnahmen beruht, muss aber gleichfalls sicherstellen, dass eine auskömmliche Finanzierung der Schulen in freier Trägerschaft effektiv gewährleistet ist. Da nunmehr in Berlin – ebenso wie in Baden-Württemberg – die Vollkosten in Bezug auf die öffentlichen Schulen nach Schulformen aufgeschlüsselt ermittelt wurden, kann überprüft werden, ob eine verfassungskonforme und auskömmliche Finanzierung der Ersatzschulen unter Berücksichtigung des Eigenanteils gewährleistet ist. Legt man gegenwärtig ein durchschnittliches Schulgeld von monatlich 120 Euro (d.h. jährlich 1.440 Euro) pro Schüler für den Grundschulbereich an, so liegen die Einnahmen zusammen mit den Zuschüssen des Senats bei 86 Prozent der Grundkosten an öffentlichen Grundschulen, bei 140 Euro wären es über 90 Prozent.²⁰¹ Damit ist eine Finanzierung vergleichbar dem baden-württembergischen und dem nordrhein-westfälischen Modell gewährleistet. Hierbei ist noch nicht einmal berücksichtigt, dass die Aufwendungen pro Schüler an öffentlichen Schulen in Berlin höher liegen als in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg.²⁰² Von einer Situation, die auch nur ansatzweise eine genauere verfassungsrechtliche Prüfung der Förderzuschüsse erforderlich machen würde, ist Berlin weit entfernt.

²⁰⁰ Zum staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag als Steuerungsverantwortung des Staates siehe Hanschmann (2017).

²⁰¹ Berechnung auf der Grundlage von SenBJW (2014), Anlage 1. Der staatliche Zuschuss in Berlin beträgt nach § 101 Abs. 2 SchulG 93 Prozent der Personalkosten an öffentlichen Schulen, das sind hier 3.272 Euro jährlich, damit sind 60 Prozent der Gesamt(grund)kosten von jährlich 5.468 Euro durch den Förderzuschuss abgedeckt.

²⁰² Statistisches Bundesamt (2016), S. 59, Abbildung 4.2.4.-2.

VII. Fazit

Die Privatschulfreiheit ist in Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG grundrechtlich verankert. Privatschulen haben einen Anspruch auf staatliche Anerkennung und Förderung, um pädagogische Offenheit und Vielfalt in unserem Schulsystem zu ermöglichen. Allerdings ist ebenso durch Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG vorgeschrieben, dass der Besuch der privaten Ersatzschulen nicht mit dem Geldbeutel der Eltern im Zusammenhang stehen darf. Das Sonderungsverbot stellt insofern eine verfassungsunmittelbare Begrenzung der Privatschulfreiheit in Deutschland dar. Leider entspricht die Wirklichkeit dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nicht (mehr). Den Landesgesetzgebern und zuständigen Schulaufsichtsbehörden ist dabei vielerorts geradezu eine „Missachtung“ des Grundgesetzes vorzuwerfen.²⁰³

Stellten wir dies zuletzt noch auf Ebene der rechtlichen Grundlagen und des Verwaltungshandelns fest, so können wir im vorliegenden Beitrag sehen, welche problematischen Auswirkungen mit dem Verwaltungshandeln in Berlin und Hessen als Beispiele für unterschiedliche Regulierungsgruppen einhergehen. Die rechtliche Bewertung der Senatsvorgaben zum Sonderungsverbot in Berlin hat ergeben, dass diese verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Grundanforderungen nicht genügen und daher weitgehend unwirksam sind. Zudem zeigt sich, dass die Vorgaben der Senatsverwaltung zur Einhaltung des Sonderungsverbots durch die Privatschulen überwiegend nicht ernst genommen werden. Unsere Befunde weisen folglich auf ein erhebliches Regulierungs- und Kontrolldefizit im Bereich des Ersatzschulwesens in Berlin hin.

Im Gegensatz dazu existieren in Hessen überhaupt keine konkreten Vorgaben zur Einhaltung des Sonderungsverbots, was noch weniger den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. An den Gebührenordnungen der hessischen Privatschulen wird offensichtlich, dass etliche der Schulen eklatant gegen das Sonderungsverbot verstoßen, wenn man die Kriterien der Rechtsprechung oder die Regelungen aus den anderen Bundesländern als Maßstab anlegt. Trotz horrender Gebühren einiger hessischer Privatschulen hatte dies bisher keine Konsequenzen. Dementsprechend ist auch in Hessen auf ein massives Regulierungs- und Kontrolldefizit der Schulaufsicht hinzuweisen.

²⁰³ Wrase/Helbig (2016).

Demgegenüber zeigt der nun vorliegende Entwurf des Kultusministeriums in Baden-Württemberg – trotz kritischer Punkte – deutlich auf, wie eine sinnvolle und effektive Regulierung auch im Hinblick auf das Sonderungsverbot des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG aussehen kann. Unsere Forschungsergebnisse belegen deutlich: Nur wenn klare Regulierungsvorgaben auf gesetzlicher Grundlage geschaffen und diese in der Praxis durchgesetzt und effektiv kontrolliert werden, ist sichergestellt, dass die Ersatzschulen die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 Sätze 3 und 4 GG tatsächlich beachten.

Das Wahlrecht der Eltern zwischen öffentlichen und privaten Schulträgern ist ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut. Es muss nach dem Bundesverfassungsgericht für alle Bürger unabhängig von ihren finanziellen Verhältnissen gewährleistet sein. Nur dann lässt sich auch der staatliche Förderzuschuss rechtfertigen, der von Verfassung wegen nicht für die Schaffung von „Bildungsinseln Besserverdienender“ vorgesehen ist, sondern einer solchen Entwicklung – wie wir sie nunmehr beobachten – ursprünglich entgegenwirken soll.

VIII. Quellenverzeichnis

Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/10 783): Schriftliche Anfrage des Abgeordneten Joschka Langenbrinck (SPD) vom 14. März 2017 (Eingang beim Abgeordnetenhaus am 22. März 2017) und Antwort „Privatschulen dürfen keine elitären Clubs sein: Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG (I)“, Abgeordnetenhaus-Drucksache 18/10 783.

Abgeordnetenhaus von Berlin (2017-Drs. 18/11 128): Schriftliche Anfrage des Abgeordneten Joschka Langenbrinck (SPD) vom 20. April 2017 (Eingang beim Abgeordnetenhaus am 03. Mai 2017) und Antwort „Privatschulen in Berlin: Jetzt mal Tacheles! – LMB, Schulgeld, Gebühren, Sonderungsverbot“, Abgeordnetenhaus-Drucksache 18/11 128.

Badura, Peter (2015): Kommentierung Art. 7, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/ u.a. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, München, Loseblatt Lfg. 74 (Mai 2015).

Bauer, Hartmut (2015): Kommentierung Art. 80, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. Tübingen, S. 2060–2108.

Beiter, Klaus Dieter (2006): *The Protection of the Right to Education by International Law*, Leiden/Boston.

Behörde für Schule und Berufsbildung Hamburg (BSB 2013): Handreichung über das Verfahren zur staatlichen Genehmigung von Ersatzschulen, Hamburg.

Blankenburg, Erhard (1995): *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin u.a.

Boysen, Sigrid (2012): Kommentierung Art. 7, in: von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 6. Aufl. München, S. 627–683.

Brenner, Michael (2010): Kommentierung Art. 80 Abs. 1, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. II, 6. Aufl. München, S. 2307–2340.

Brosius-Gersdorf, Frauke (2013): Kommentierung Art. 7, in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. Tübingen, S. 935–1021.

Brosius-Gersdorf, Frauke (2016a): *Schulaufsicht des Staates über freie Schulen und Privatschulautonomie – ein Spannungsverhältnis*, *Recht und Bildung*, 1/16, S. 2–16.

Brosius-Gersdorf, Frauke (2016b): *Schulaufsicht über Schulen in freier Trägerschaft in Niedersachsen*, *Rechtsgutachten im Auftrag der Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Waldorf- und Rudolf-Steiner-Schulen in Niedersachsen*, Hannover, September 2016.

Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg (2008-Drs.19/598): Schriftliche Kleine Anfrage des Abgeordneten Ties Rabe (SPD) vom 23.6.2008 und Antwort des Senats, Bürgerschafts-Drucksache 19/598.

Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg (2017-Drs. 21/7629): Schriftliche Kleine Anfrage des Abgeordneten Gerhard Lein (SPD) vom 19.1.2017 und Antwort des Senats; Bürgerschafts-Drucksache 21/7629.

Bundesagentur für Arbeit (BA 2016): Statistik der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II. Kinder in Bedarfsgemeinschaften. Nürnberg: Bundesagentur für Arbeit.

Eisinger, Bernd/Warndorf, Peter/Falterbaum, Johannes/Feldt, Jochen (2007): Grenzen der Belastbarkeit privater Haushalte mit Schulgeld. Eine Untersuchung für das Land Baden-Württemberg, Steinbeis-Transferzentrum Wirtschafts- und Sozialmanagement, Norderstedt.

Hanschmann, Felix (2017): Staatliche Bildung und Erziehung, Tübingen.

Hardorp, Detlef (2017): Die Mär von den konsolidierten Schulgelddhöhen. Zu Michael Wrase und Marcel Helbig: „Das missachtete Verfassungsgebot – Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird“ (NVwZ 22/2016, 1591 ff., in: Recht und Bildung 1/17, S. 5–20.

Helbig, Marcel/Wrase, Michael (2016): Übersicht über die Regelungen zum Sonderungsverbot bei der Genehmigung privater Ersatzschulen (Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG) in den deutschen Bundesländern, abrufbar unter https://www.wzb.eu/sites/default/files/downloads/uebersicht_sonderungsverbot.pdf (abgerufen 8.6.2017).

Helbig, Marcel/Wrase, Michael (i.E.): Übersicht über die Vorgaben zur Einhaltung des Sonderungsverbots nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG und ihre Umsetzung in den Bundesländern, WZB Discussion Paper P 2017-004.

Helbig, Marcel/Nikolai, Rita/Wrase, Michael (i.E.): Privatschulen und soziale Frage. Wirkung rechtlicher Vorgaben zum Sonderungsverbot in den Bundesländern, in: Leviathan (angenommen).

Hessischer Landtag (2015-Drs 19/1126.): Antwort der Landesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion der SPD betreffend Ersatzschulen in Hessen vom 23.02.2015, Landtags-Drucksache 19/1126.

Hessischer Landtag (2015-Plenarprotokoll 19/47): 47. Sitzung des hessischen Landtages. Wiesbaden, den 28.5.2015.

Hessischer Landtag (2016-Drs. 19/3499): Antwort der Landesregierung auf die Große Anfrage der Abg. Cárdenas (DIE LINKE) und Fraktion betreffend Verbot der Benachteiligung nach den Besitzverhältnissen der Eltern an Schulen in freier Trägerschaft. Landtags-Drucksache 19/3499.

Hofmann, Hans (2014): Kommentierung Art. 7 Schule und Religionsunterricht, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. Köln, S. 369–403.

Institut für Angewandte Wirtschaftsforschung e.V. (IAW 2016): Kleimann, Rolf, Die Einkommenssituation von Schüleraushalten in Baden-Württemberg und ihre Belastung durch Schulgeld, IAW Analytic Reports 8/2016, Tübingen.

Jastaedt, Matthias (2009): § 156 – Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. Heidelberg, S. 521–595.

Jarass, Hans D. (2016): Kommentierung zu Art. 7, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 14. Aufl. München, S. 280–294.

Koalitionsvereinbarung (2016) zwischen Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD) Landesverband Berlin und DIE LINKE Landesverband Berlin und BÜNDNIS 90/Die Grünen Landesverband Berlin für die Legislaturperiode 2016–2021, Berlin.

Köhler, Helmut/Lundgreen, Peter (2014): Datenhandbuch zur deutschen Bildungsgeschichte, Bd. VII: Allgemein bildende Schulen in der Bundesrepublik Deutschland 1949–2010, Göttingen.

Koinzer, Thomas/Nikolai, Rita/Waldow, Florian (i.E.): Private Schools and School Choice in Compulsory Education. Global Change and National Challenge, Wiesbaden (Springer VS).

Kultusministerium – Ministerium für Kultus, Jugend und Sport des Landes Baden-Württemberg (2017), Gesetzentwurf zur Änderung des Privatschulgesetzes und der Vollzugsverordnung zum Privatschulgesetz vom 23.5.2017, abrufbar unter https://beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungportal/KM/Dokumente/170523_Gesetzentwurf-zur-Aenderung-des-Privatschulgesetzes.pdf (abgerufen 8.6.2017).

Lemper, Lothar Theodor (1989): Privatschulfreiheit. Zur Genese, Praxis und Chance eines Grundrechts, Köln u.a.

Langenfeld, Christine (2013): Kapitel 23: Das Recht auf Bildung, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, hrsg. von Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo, Bd. II, 2. Aufl. Tübingen, S. 1612–1669.

Neumann, Manfred J. (2000): Kommentierung Art. 64 – Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, in: Pfennig, Gero/Neumann, Manfred J. (Hrsg.), Verfassung von Berlin Kommentar, 3. Aufl. Berlin/New York, S. 304–327.

Nikolai, Rita/Wrase, Michael (i.E.): Staatliche Förderung und Regulierung von privaten Schulen im internationalen Vergleich, Brief Bildung, Heinrich-Böll-Stiftung in Zusammenarbeit mit dem WZB, Berlin, Juli 2017.

Pieroth, Bodo (2016): Kommentierung zu Art. 80, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 14. Aufl. München, S. 929–943.

Ramsauer, Ulrich (2016): Kommentierung zu § 36, in: Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 17. Aufl. München, S. 776–810.

Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung (RWI 2009): Zur Einkommenssituation der privaten Haushalte in Deutschland, Endbericht April 2009 zum Projekt im Auftrag von AWD, Hannover, Essen.

Richter, Ingo (2001): Kommentierung zu Art. 7, in: Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. Neuwied.

Robbers, Gerhard (2010): Kommentierung zu Art. 7 Abs. 4, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. München, S. 797–808.

Rottleuthner, Hubert (1987): Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt.

Rux, Johannes/Niehues, Norbert (2013): Schulrecht, 5. Aufl. München.

Sachs, Michael (2014): Kommentierung zu Art. 20 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. München, S. 798–860.

Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft, II C 4.4 (SenBJW 2014): 0104G – Zuschüsse an Schulen in freier Trägerschaft. Neues Finanzierungsmodell Schlussbericht (Grundschulen), Schlussbericht an den Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses, Berlin.

Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft, II C 2 Fachgruppe Schulen in freier Trägerschaft (SenBJW 2016): Informationsblatt zum Schulgeld und zur Einhaltung des Sonderungsverbot, Februar 2016, Berlin.

Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie (SenBJF 2017): Blickpunkt Schule – Schuljahr 2016/17, Berlin.

Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales (SenGesSoz, 2014): Handlungsorientierter Sozialstruktur-atlas Berlin 2013. Ein Instrument der quantitativen, interregionalen und intertemporalen Sozialraumanalyse und -planung, Berlin.

Statistisches Bundesamt (2014): Destatis Fachserie 1 Reihe 3: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Haushalte und Familien – Ergebnisse des Mikrozensus 2012, Wiesbaden.

Statistisches Bundesamt (2016): Destatis Bildungsfinanzbericht 2016. Im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung und der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden

Uhle, Arnd (2013): Kommentierung GG Art. 7 Abs. 4 – 6, in: Ebbing, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. München, S. 312–321.

Vogel, Johann Peter (2017): Missachtung des Sonderungsverbots nach Art. 7 (4) Satz 3 GG?, in: Recht und Bildung 1/17, S. 1–5.

Die Welt (2009): Behörde mahnt 13 Privatschulen ab, Beitrag vom 15.9.2009, abrufbar unter <http://www.welt.de/regionales/hamburg/article4543052/Behoerde-mahnt-13-Privatschulen-ab.html> (abgerufen 8.6.2017).

Wißmann, Hinnerk (2015): Kommentierung Art. 7 – III, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt 172. Lfg. Mai 2015.

Wallrabenstein, Astrid (2012): Kommentierung Art. 80, in: von Münch, Ingo/Kunig, Philipp (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 6. Aufl. München, S. 223–252.

Wolff, Heinrich Amadeus (2013): Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz Syst. A Prinzipien des Datenschutzrechts, in: Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern – Kommentar, S. 1 – 11

Wrase, Michael/Helbig, Marcel (2016): Das missachtete Verfassungsgebot – Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 22/2016, S. 1591–1598.

Wrase, Michael (2016a): Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, Baden-Baden.

Wrase, Michael (2016b): Zwischen pädagogischer Freiheit und Selektivität: Warum die Förderung der freien Schulen verfassungsrechtlich auf dem Spiel steht, 3. Dezember 2016, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/zwischen-paedagogischer-freiheit-und->

selektivitaet-warum-die-foerderung-der-freien-schulen-verfassungsrechtlich-auf-dem-spiel-steht/ (abgerufen 8.6.2017).