

## STANDPUNKT

Johann Peter Vogel

### „Sonderungsverbot“ und Schulgeldhöhe an Ersatzschulen

Das „Sonderungsverbot“ in Art. 7 (4) GG und damit die Schulgeldhöhe von Ersatzschulen ist in den letzten Jahren in den Focus einzelner Schulverwaltungen geraten. Seit Gründung der Bundesrepublik durfte keine Ersatzschule wegen Überschreitung des zulässigen Schulgeldes eine Auseinandersetzung mit der Schulverwaltung gehabt haben; seit einiger Zeit verlangen aber Schulverwaltungen Auskünfte zum Schulgeld, verbinden die Finanzhilfezahlung mit bestimmten Schulgeldhöhen, lassen sogar Schulgeld und Schulgeldänderung genehmigen. Eine neue Facette in der Zügelung der Ausbreitung der Schulen in freier Trägerschaft?

Es gibt wohl keine freie Schule in Deutschland, die durch hohe Schulgelder Exklusivität für Schüler bestimmter Schichten herstellen will; die Offenheit gegenüber allen Schülern gehört zur pädagogischen Überzeugung aller pädagogischen Richtungen – schon im eigenen Interesse. Die vom GG intendierte Vielfalt im Schulwesen bedeutet zwar, dass nicht jeder Schüler für eine Schule einer bestimmten Prägung geeignet ist, aber die Schule soll ohne Rücksicht auf die finanziellen Verhältnisse des Schülers besucht werden können. Die einsetzende Befassung der Schulverwaltungen mit Schulgeldhöhen könnte aber andeuten, dass mindestens bei aufwändigeren Schulen und bei Schulen in Elternträgerschaft die zur Kostendeckung erforderliche Belastung der Eltern eine kritische Höhe erreicht. Das hat etwas zu tun mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Finanzhilfe. Sie sei hier kurz zusammengefasst (1), bevor die durch sie entstandene Problematik des „Sonderungsverbots“ behandelt (2) und eine Schlussfolgerung gezogen wird.

1. Neben den Ersatzschul-Genehmigungsvoraussetzungen der Gleichwertigkeit der Lehrziele, Einrichtungen und Lehrerausbildung hat der Verfassungsgeber in Art. 7 (4) GG auch normiert, dass die Ersatzschulen im Rahmen ihrer freien Schülerwahl die Schüler nicht nach den Besitzverhältnissen der Eltern auswählen sollen. Damit sollte eine Entwicklung der Ersatzschulen in Richtung auf eine Art von „Standes- oder Plutokratenschulen“ vermieden werden.<sup>1</sup> Dieses „Sonderungsverbot“ bedeutet heute praktisch eine Begrenzung des Schulgeldes auf einen Betrag, der „grundsätzlich allen Bürgern“ erlaubt, ihre Kinder auf Ersatzschulen zu schicken.<sup>2</sup> Damit konnten aber spätestens nach 1950 die Kosten einer der staatlichen Schule gleichwertigen Schule nicht mehr gedeckt werden.<sup>3</sup> Dies war der Ausgangspunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung für eine verfassungsrechtliche Leistungspflicht des Staates, entwickelt aus der im Grundgesetz verankerten Errichtungsfreiheit Freier Schulen (Art. 7 (4) Satz 1 GG) und deren gleichzeitiger Einschränkung durch die Genehmigungsvoraussetzungen (Art. 7 (4) Sätze 3 und 4), die die Schulen aus eigener Kraft nicht mehr gleichzeitig erfüllen konnten<sup>4</sup>.

1 BVerfGE 75, 40, C II 2 b.

2 BVerfGE 75, 40, C II 2 b.

3 Schon Hans Heckel, Deutsches Privatschulrecht 1955, S. 284, begründet damit die Forderung nach einer öffentlichen Finanzhilfe.

4 BVerwGE ab 23, 347 (1966), BVerfGE ab 75, 40 (1987). Dogmatisch gestützt wurde die Rechtsprechung durch die Arbeit von Müller, F./Pieroth, B./Fohmann, L., Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, Berlin 1982;

Das BVerfG ging in seiner Grundsatzentscheidung 1987 davon aus, dass die Finanzierung der laufenden Kosten einer Ersatzschule auf zwei Säulen ruht: dem zulässigen Schulgeld als Eigenleistung des Trägers und einer öffentlichen Finanzhilfe.<sup>5</sup> Die Leistungspflicht sollte so hoch sein, dass sie zusammen mit dem Schulgeld ein „Existenzminimum“ deckt; „Existenzminimum“ meint kein Notprogramm, sondern ist die etwas missverständliche Bezeichnung für den vollen Aufwand, den die Schule zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen benötigt.

Danach allerdings wurde in der Rechtsprechung zunehmend eine dritte Säule entwickelt: eine zusätzliche, über die Schulgeldeinnahme hinausgehende Eigenleistung des Schulträgers.<sup>6</sup> Diese soll nicht nur ausgleichen, was an Schulgeld und Finanzhilfe fehlt, sondern darüber hinaus das, worin die einzelne Schule individuell die abstrakten Kostenannahmen einer „Institution Ersatzschule“ übersteigt. Denn die Leistungspflicht orientiert sich nun nicht mehr, wie in den BVerfG-Entscheidungen von 1987 und 1994, an der generalisierbaren Hilfsbedürftigkeit der einzelnen Schule, sondern an der „evidenten Gefährdung der Institution Ersatzschule“; nur deren Existenz, nicht die Existenz der Einzelschule, werde durch Art. 7 (4) GG garantiert<sup>7</sup>. Als Begründung der dritten Säule dient „das hergebrachte Bild der Privatschule“, wie es in der Kaiserzeit und während der Weimarer Republik erscheint: Der Träger der Schule verfügte über eigenes Vermögen und/oder hatte „finanzstarke Kreise“ hinter sich.<sup>8</sup> Gerade, weil dies nach 1950 nicht mehr so war und außerdem Schulehalten bei steigender Qualifikation immer höhere Kosten verursachte, hatte aber das BVerfG 1987 die generelle Hilfsbedürftigkeit der Ersatzschulen angesichts der grundgesetzlichen Forderung nach einem der staatlichen Schule gleichwertigen Unterricht bei gleichzeitiger Begrenzung des Schulgelds festgestellt und deshalb die verfassungsrechtliche Leistungspflicht des Staates entwickelt.

Insbesondere fehlt heute in der Realität das „hergebrachte Bild“ bei einer Schulträgerschaft, wie sie sich in steigendem Maß erst im Laufe der Bundesrepublik verbreitet hat: die Elternträgerschaft bei Waldorfschulen, Montessorischulen, Alternativschulen und evangelikalen Schulen. Dort fällt die Last der Eigenleistung notwendigerweise auf die Eltern und erhöht nicht unbeträchtlich die Aufwendungen für den Schulbesuch ihrer Kinder. Als Eltern haben sie das zulässige Schulgeld und darüber hinaus als Träger die dritte Säule, das „Bildungsengagement“, als Eigenleistung des Trägers aufzubringen<sup>9</sup>. Dabei ist einerseits das Schulgeld durch das Sonderungsverbot begrenzt, andererseits die Eigenleistung der Höhe nach unbestimmt; de facto ist sie so hoch wie die Differenz zwischen Schulgeld und Finanzhilfe einerseits, voller Kostendeckung des „Existenzminimums“ andererseits. Da die Mittel aus demselben Portemonnaie kommen, ist das Sonderungsverbot faktisch aufgehoben; es lebt als Etikett auf einem Teil der Gesamtbelaustung weiter. Diese Belastung kann durch Fördervereinsbeiträge oder nach Einkommen gestaffeltes Schulgeld verschleiert werden; es ist aber nicht zu vermeiden, dass bei Deckung des normalen Schulaufwands das Niveau

zum Urteil 1987 auch Müller, *F./JeandHeur, B.*, Zukunftsperspektiven der Freien Schule. Berlin 2/1996.

5 BVerfGE 75, 40, C II 2 b: „Die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung durch die Erhebung annähernd kostendeckender Schulgelder ist den ... Ersatzschulen praktisch genommen ...“

6 So schon BVerwGE 70, 290 (1984); das BVerfG entwickelt die dritte Säule im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Wartezeit (90, 101; 1994): ein „Bildungsengagement“, das ergänzend zum Schulgeld anstelle der vorenthaltenen Finanzhilfe hinzukommt. Dieses emanzipiert sich dann im Kammerbeschluss 1997 (SPE n. F. 236, S. 133 ff.) als dauerhafte Eigenleistung bis hin zu der Feststellung in BVerwG v. 21.12.2011 (SPE 3.Folge, 236, S. 261 ff. (1 b cc)), dass „die Annahme ..., über die Schulgeldeinnahmen hinaus könnten keine weiteren Eigenleistungen ... erwartet werden, mit Art. 7 (4) GG nicht vereinbar ist“.

7 Kritisch dazu Hufn, *F./Vogel, J. P.*, Keine Zukunftsperspektiven für Schulen in freier Trägerschaft?, Berlin 2006.

8 BVerfGE 90, 107(1994) B I 3 a; und Kammerbeschluss 1997 a. a. O.

9 BVerfGE 90, 107 (B I 3 d bb).

der Belastung über der Zulässigkeitsgrenze des Schulgeldes liegt, und dass der Sinn des Sonderungsverbots, eine Zugänglichkeit der Schule für „grundsätzlich alle Bürger“, verfehlt wird.

2. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Rechtsprechung zur Finanzhilfe sich auf dem dargestellten Niveau verfestigt hat.<sup>10</sup> Ersatzschulen sind mithin darauf angewiesen, mehr als das zulässige Schulgeld als Eigenleistung aufzubringen, um die für die Aufrechterhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen notwendigen Schulkosten zu decken. Sind Eltern Träger ihrer Kinder, müssen diese über das Schulgeld hinaus zusätzliche Mittel aufbringen, mit denen das Sonderungsverbot im Zweifel überschritten wird. Die dem „hergebrachten Bild“ nicht entsprechenden Schulen in Elternträgerschaft müssten wegen Überschreitung des Sonderungsverbots geschlossen werden. Diese Möglichkeit ist keine Chimäre: einzelne Länder legen Schulgeldhöhen fest oder machen sie sogar genehmigungspflichtig. Was geschieht, wenn eine leistungsfähige, gut besuchte Schule sich nicht in der Lage sieht, mit dem genehmigten Schulgeld auszukommen? Wird ihr dann die Genehmigung entzogen? Will diese Art Schulpolitik nur Schulen mit reichen Trägern? Das wäre mit unserem heutigen Verständnis der demokratischen Bürgerbeteiligung an öffentlichen Aufgaben<sup>11</sup> kaum vereinbar.

Es ist anzunehmen, dass weder die Ersatzschulen noch die Schulverwaltungen eine solche Entwicklung wollen. Einerseits setzt die Schulverwaltung das zulässige Schulgeld großzügig an (Bayern z. B. auf € 300,–), andererseits können sich die Schulen an die Rechtsprechung halten und den Beitrag der Eltern in ein Schulgeld zulässiger Höhe und eine der Höhe nach unbegrenzte Träger-eigenleistung<sup>12</sup> splitten. Das Sonderungsverbot wird zum Schein aufrecht erhalten. Die Schulverwaltung muss diese Praxis als von der Rechtsprechung gestützt gegen sich gelten lassen. In der Summe ist es dann gleichgültig, ob das Schulgeld mit € 70,– oder mit € 300,– von der Schulverwaltung angesetzt wird.

Hier wird bereits die Problematik der Festsetzung von Höchstgrenzen für Schulgeld durch die Schulverwaltung oder gar den Gesetzgeber deutlich. Selbstverständlich darf die Schulverwaltung die Einhaltung des Sonderungsverbotes wie die aller Genehmigungsvoraussetzungen überprüfen. Ob dafür aber die Festlegung von Schulgeldhöhen sinnvoll ist, darf angesichts der Finanzhilfrechtsprechung bezweifelt werden. Belastbare Kriterien für die Kosten des Existenzminimums und, damit verbunden, eines zur Kostendeckung erforderlichen Schulgeldes gibt es offenbar nicht, denn der Fächer der Schulgeldbeträge in Gutachten, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis spannt sich von € 70,– bis € 300,–. Außerdem gibt es außer den üblichen, auch schon unterschiedlich kostenträchtigen Schularten pädagogisch aufwändigere Schulformen wie Förderschulen, Internatschulen und Internationale Schulen, die mit kleineren Klassen, sowie bestimmte Berufsfach- und Fachschulen, die mit teuren Einrichtungen und Lehrmitteln arbeiten müssen, die diesen Fächer noch deutlich überschreiten. Das ist legitim, denn das Sonderungsverbot richtet sich gegen den Ausschluss nicht vermögender Kinder durch prohibitive Schulgelder, soll aber nicht die Schulträger auf Billigangebote oder weniger kostenträchtige Schularten begrenzen. Ein Verbot, aufwändige Schularten zu betreiben, lässt sich aus Art. 7 (4) GG nicht entnehmen. Das dort enthal-

10 Seit 1994 sind alle Klagen auf Verbesserung der Finanzhilfe gescheitert, zuletzt BVerwG vom 21.12.2011. Einen Silberstreif am Horizont bietet das Urteil des Sächs. VfGH vom 15.11.2013 – Az. Vf. 25-II-12 –, dessen Auswirkungen auf die Praxis der Gesetzgebung erst noch abzuwarten sind.

11 Siehe z.B. *Jach, F.-R.*, Schulverfassung und Bürgergesellschaft in Europa. Berlin 1999.

12 Eine solche Praxis fand sich schon immer bei Waldorfschulen: Das Schulgeld wurde an den Schulträger gezahlt, ein zusätzlicher Betrag als Mitgliedsbeitrag an den Förderverein der Schule. Beide Beträge sind nötig, um das Existenzminimum zu decken.

tene Bekenntnis zur Schulvielfalt<sup>13</sup> im Rahmen der Gleichwertigkeit bliebe Stückwerk, wenn es den Schulträgern verboten wäre, die ihrer pädagogischen Intention und der spezifischen Schularbeit entsprechenden notwendigen Kosten zu decken. Es gibt also kein Schulgeld der „Institution Ersatzschule“, sondern es richtet sich nach den Notwendigkeiten des individuellen konzeptionellen Schulbedarfs und nach der Höhe der staatlichen Finanzhilfe. So ist z. B. schon während der Wartefrist ohne Finanzhilfe ein höheres Schulgeld zwangsläufig und vom BVerfG ja auch im Wege des zusätzlichen Bildungsengagements zugelassen.

Im Übrigen: Die Trennung zwischen Schulgeld und Trägereigenleistung hat für Eltern an Elternschulen auch noch andere (falsche) Konsequenzen: Finanzämter berücksichtigen bei der Berechnung der Einkommensteuer zwar die von den Schulen bescheinigten Schulgelder, aber nicht die zusätzlichen laufenden Beiträge, weil diese angeblich nicht der Finanzierung des notwendigen Schulaufwandes dienen. Ein solcher Fehlschluss kann nur vermieden werden, wenn der Schulträger bescheinigt, dass auch diese Zahlungen zur Deckung der notwendigen Schulkosten erforderlich sind. Bei höheren Elternleistungen erwägt die Finanzverwaltung dann wieder, ob eine Schule mit solchen Schulgeldern noch gemeinnützig ist, weil sie nicht mehr dem „Sonderungsverbot“ entspricht und nicht mehr grundsätzlich jedem zugänglich ist.

3. Das zwingt dazu, noch einmal grundsätzlicher über das „Sonderungsverbot“ nachzudenken. Das GG geht in Art. 7 (4) davon aus, dass die Ersatzschulen, da sie gezwungen sind, Schulgeld zu erheben, die Schüler stets nach ihren Besitzverhältnissen sondern. Insofern ist eine Sonderung nicht verboten, sondern zulässig. Diese Sonderung sollen sie aber nicht auch noch fördern, in dem Sinne, dass sie durch erhöhte Preise eine Exklusivität auf bestimmte Bevölkerungskreise oder -schichten herstellen.<sup>14</sup> In der Weimarer Verfassung, aber auch im GG haben die Verfassungsgeber keinen finanziellen Ausgleich für die Begrenzung des Schulgeldes vorgesehen, obwohl mindestens zum GG entsprechende Anträge vorlagen<sup>15</sup>. Sie gingen vom „hergebrachten Bild der Privatschule“ aus, in dem die notwendigen Kosten eines gleichwertigen Schulbetriebs mit einem mäßigen Schulgeld (neben vom damaligen Verfassungsgeber erwarteten Einnahmen aus Schulvermögen und von dritter Seite, z. B. Kirchen oder Mäzenen = „hergebrachtes Bild“) gedeckt werden konnten. Aufwändigeren Schulen (Internatsschulen, Internationale Schulen), zu deren Kosten mangels Differenzierung der Finanzhilferegelungen der Staat nicht genügend beiträgt, sowie die heute verbreiteten Schulen in Elternträgerschaft – das „neue Bild“ der Ersatzschule – können dies nicht. Die Eltern müssen – soweit die Finanzhilfe nicht reicht – die restlichen Mittel zur Kostendeckung selbst aufbringen. Hier wird keine Sonderung beabsichtigt oder gar gefördert, sondern es werden zwangsläufig die notwendigen Kosten gedeckt.

Nach dem herkömmlichen Verständnis des „Sonderungsverbotes“ müsste jede Ersatzschule geschlossen werden, an der eine wie immer berechnete oder „gefühlt“ Elternbeteiligung überschritten wird. BVerfG und BVerwG haben diese Klippe elegant durch das Splitting in Schulgeld und Trägerbeitrag umschifft. Die Frage stellt sich aber, ob das „Sonderungsverbot“ sich implizit auch gegen die Errichtung von Schulen durch Schulträger ohne großes Vermögen richtet (ein gewisses Vermögen ist bei Elternträgerschaft zwar immer gegeben, es wird allerdings in der Anlaufphase während der Wartefrist und für Investitionen weitgehend aufgezehrt). Eine solche Richtung wird

13 BVerfGE 75, 40 (C II 2 a).

14 Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.7, Rn. 23 (2).

15 Dazu BVerfGE 75, 40 (C I 2).

in Literatur und Rechtsprechung nirgends behauptet und wäre wohl auch eine verfassungsrechtlich zweifelhafte Ausweitung des Normbereichs dieser Genehmigungsvoraussetzung.

Ist aber die Errichtung auch solcher Schulen und durch solche Träger zulässig, kann angesichts der von der Rechtsprechung geforderten Eigenleistung das „Sonderungsverbot“ nicht schon bei Überschreitung eines wie immer bestimmten Höchstbetrages eintreten. Vielmehr muss die Interpretation des „Sonderungsverbotes“ die gerichtlich entschiedene und damit zulässige Belastung der Eltern mit in den Blick nehmen. Der Träger ist verpflichtet, für eine Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen und – darin eingeschlossen – für einen ausgeglichenen Haushalt zu sorgen. Es kann also von einer Förderung der Sonderung erst gesprochen werden, wenn eine Elternbelastung (die man ehrlicherweise insgesamt „Schulgeld“ nennen sollte) erhoben wird, die (zusammen mit der Finanzhilfe) die Deckung der notwendigen Kosten des „Existenzminimums“, also den Aufwand für die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen samt den dazu erforderlichen Nebenkosten, übersteigt. Das Grundrecht auf Errichtung freier Schulen würde leer laufen, wenn den genehmigten Ersatzschulen nicht gestattet würde, ihre notwendigen Kosten zu decken. Die Herstellung der vom Sonderungsverbot beabsichtigten Sozialverträglichkeit kann im Übrigen nicht allein bei den Schulträgern liegen. Mit der Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht hat es der Staat in der Hand, bei ihrer Herstellung mitzuwirken, zumal er mit den Kosten seiner Schulen auch die Kosten der Ersatzschulen mitbestimmt.

Eine sinnvolle Kontrolle einer möglichen Förderung der Sonderung muss deshalb unter Berücksichtigung der notwendigen Kosten des „Existenzminimums“ der Schule prüfen, ob das Schulgeld überhöht ist. Die Festlegung einer bestimmten Obergrenze für das Schulgeld (unabhängig von der individuellen Kostensituation bei Eltern wie Trägern) ist das falsche Mittel zum Zweck.

Ziehen wir das Fazit: Das „Sonderungsverbot“ muss heute unter dem Gesichtspunkt der herrschenden Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Leistungspflicht verstanden werden. Das GG verbietet nicht den Betrieb aufwändiger Schulformen wie Internatsschulen, Internationaler Schulen, Förderschulen und bestimmter Berufsfachschulen. Für sie wie für die Schulen in Elternträgerschaft gilt: Da die Eigenleistung des Schulträgers oft, bei Elternträgerschaft immer von der Elternschaft aufgebracht werden muss, ist es zwangsläufig, dass die Belastung der Eltern in der Regel über einem Schulgeld liegen muss, das es jedem erlaubt, sein Kind auf eine Ersatzschule zu schicken. Eine Festlegung bestimmter Beträge für ein zulässiges Schulgeld und, daraus folgend, das Verbot oder die Sanktionierung einer Überschreitung dieser Beträge, würde zur Schließung leistungsfähiger, gut besuchter Ersatzschulen führen; sie ist kein angemessenes Mittel mehr zur Wahrung des „Sonderungsverbots“. Denn das „Sonderungsverbot“ kann erst greifen, wenn die Schule die Sonderung über das Notwendige hinaus fördert, d. h. wenn das Schulgeld die Differenz zwischen Eigenleistung des Trägers und öffentlicher Finanzhilfe einerseits, der Deckung der notwendigen Schulkosten andererseits überschreitet. Solange die notwendigen Schulkosten nicht gedeckt sind, ist für das „Sonderungsverbot“ kein Raum. Eine genehmigte Ersatzschule, die lediglich ihre Schulform entsprechenden normalen, zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Kosten deckt, kann nicht gegen das „Sonderungsverbot“ des Art. 7 (4) GG verstoßen. Wenn die Rechtsprechung einen Anspruch auf ausreichende Finanzhilfe ver sagt, kann das Grundrecht auf Errichtung und Betrieb von Ersatzschulen nur gewährleistet werden, wenn der Landesgesetzgeber durch die Bemessung seiner verfassungsrechtlichen Leistungspflicht dafür sorgt, dass die Ersatzschulen allgemein zugänglich bleiben.

Verf.: Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Am Schlachtensee 2, 14163 Berlin, E-Mail: [jpvogel@gmx.net](mailto:jpvogel@gmx.net).