

# Rechtsgutachten zur Regelung des Übergangs von der Primar- zur Sekundarstufe nach Bayrischem Schulrecht

*Wolfram Cremer, Bochum*

## Gliederung

<b>A. PROBLEMAUFRISS .....</b>	<b>3</b>
<b>B. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND UND PRÜFUNGSMAßSTAB .....</b>	<b>4</b>
<b>I. Präzisierung des Untersuchungsgegenstands.....</b>	<b>4</b>
1. Grundschulordnung.....	4
2. Ermächtigungsgrundlagen.....	6
3. Schulordnung für Gymnasien .....	7
4. Ministeriale Stärkung elterlicher Übergangswünsche nach Probeunterricht (2x Note 4) .....	9
<b>II. Prüfungsmaßstab: Grundgesetz und Bayrische Verfassung .....</b>	<b>10</b>
<b>C. DAS URTEIL DES BAYVERFGH VOM 21. MAI 2014.....</b>	<b>10</b>
<b>I. Ausreichende Ermächtigungsgrundlage/Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV .....</b>	<b>11</b>
<b>II. Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 101 BV.....</b>	<b>12</b>
<b>III. Art. 128 Abs. 1 und Art. 132 BV .....</b>	<b>13</b>
<b>IV. Allgemeiner Gleichheitssatz gem. Art. 118 Abs. 1 BV .....</b>	<b>14</b>
<b>D. ZUR EINSCHLÄGIGEN BILDUNGSFORSCHUNG UND IHREM VERHÄLTNIS ZUM BILDUNGS(VERFASSUNGS)RECHT .....</b>	<b>16</b>
<b>I. Bildungsforschung und Bildungs(verfassungs)recht: Eine Verhältnisbestimmung.....</b>	<b>16</b>
<b>II. Vorliegend einschlägige (kontextualisierte) Befunde der Bildungsforschung .....</b>	<b>16</b>
1. Lernen unter Druck und in Angst – Belastung der Schüler-Eltern-Lehrer-Verhältnisse.....	17
2. Validität der Übergangentscheidung resp. der Notengebung in den relevanten Probearbeiten und bei der Endnotengebung in der Jahrgangsstufe 4 (in Bayern) .....	17
a) Zusammensetzung einer Grundschule/Jahrgangsstufe/Klasse .....	18
b) Verschiedene Aufgaben in den Probearbeiten (bei fehlenden Standards für die Notengebung) ....	19
c) Hohe Erfolgsquoten im Probeunterricht in Bayern .....	19
d) Negative schichtenbezogene sekundäre Herkunftseffekte und die Validität von verbindlichen staatlichen (strikt notenabhängigen) Übergangentscheidungen.....	20
e) Negative migrationsbezogene sekundäre Herkunftseffekte? .....	23
3. Validität des Probeunterrichts und Anzahl der freien Plätze an der jeweiligen „Probeunterrichts- Schule“ .....	23
<b>E. VEREINBARKEIT DES BAYRISCHEN ÜBERGANGSREGIMES MIT DEM GRUNDGESETZ .....</b>	<b>24</b>
<b>I. Identifizierung der einschlägigen Normen des Grundgesetzes .....</b>	<b>24</b>
1. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. den Grundrechten der Schüler/innen (Art. 12 Abs. 1 GG) .....	24
2. Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG.....	26
<b>II. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG wegen sekundärer Herkunftseffekte .....</b>	<b>26</b>
1. Empirischer Befund: Mittelbare Diskriminierung durch verbindliche Übergangsempfehlungen .....	26

2. Verfassungsrechtliche Würdigung.....	26
a) Verfassungsdogmatische Vormerkung.....	26
b) (Keine) Zurechenbarkeit der Diskriminierung.....	27
c) Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG mangels Abhilfemöglichkeiten.....	27
3. Ergebnis.....	29
<b>III. Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG .....</b>	<b>29</b>
1. Eingriff in den Schutzbereich.....	29
2. Rechtfertigung.....	30
a) Art. 7 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt der Rechtfertigungsprüfung.....	30
b) Grundsatz: Prinzipielle Gleichrangigkeit von staatlichem Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) und elterlichem Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) im Schulwesen.....	30
c) Auflösung der Gleichrangigkeit im Einzelfall: Grundlagen und der Einzelfall „Schulformwahl“ .....	31
d) Rechtfertigung der notenbasierten verbindlichen Übergangentscheidung nach bayrischem Muster .....	34
aa) Überforderung des Schülers.....	34
bb) Hemmung der Mitschüler: Rechtswissenschaft – Bildungsforschung – Beurteilungsspielraum des Normgebers.....	34
cc) Validität/Prognoseungenauigkeit der Übergangentscheidung .....	35
3. Ergebnis.....	36
<b>F. VEREINBARKEIT DES BAYERISCHEN ÜBERGANGSREGIMES MIT DER BV .....</b>	<b>36</b>
<b>I. Art. 126 Abs. 1 S. 1 BV .....</b>	<b>36</b>
<b>II. Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV.....</b>	<b>36</b>
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>37</b>
<b>G. GESAMTERGEBNIS.....</b>	<b>37</b>

## A. Problemaufriss

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist die Untersuchung der Recht- und insbesondere Verfassungsmäßigkeit der bayrischen Regelungen zum Übergang von der Primar- zur Sekundarstufe. Die Regelungen über das Übergangsregime von der Primar- in die Sekundarstufe sind in den letzten Jahrzehnten in zahlreichen Bundesländern teils mehrfach verändert worden.<sup>1</sup> Dabei finden sich sowohl Bundesländer, in denen die Übergangsempfehlung von der Verbindlichkeit in die Unverbindlichkeit wechselte wie auch umgekehrt von der Unverbindlichkeit in die Verbindlichkeit – und wieder zurück.<sup>2</sup> In der allerletzten Zeit, namentlich in den 2010er Jahren, zeigt sich indes eine eindeutige Tendenz. Die vormals verbreitete Verbindlichkeit staatlich verantworteter Grundschul-„empfehlungen“<sup>3</sup> wurde in nahezu allen Bundesländern abgeschafft. Das bayerische Schulrecht hält demgegenüber bis heute daran fest, dass bei Nichterreichen eines bestimmten Notendurchschnitts in ausgewählten Fächern – und gegebenenfalls erfolgloser Teilnahme an einem so genannten Probeunterricht – ein Besuch des Gymnasiums bzw. der Realschule für den bzw. die in Rede stehende(n) Schüler/in ausscheidet.

Um Missverständnissen (auch im Kontext der *bildungspolitischen* Diskussion) vorzubeugen: Verbindlichkeit beansprucht die staatliche Entscheidung in Bayern nur insoweit, als sie Kindern den Übergang auf eine höhere Schulform (Realschule bzw. Gymnasium) verwehrt, wenn sie die Leistungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Eine „Verbindlichkeit nach oben“ gibt es nicht; Eltern dürfen ihr Kinder auch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen und mithin etwa einer Gymnasialempfehlung in der Jahrgangstufe 5 einer Real- oder Mittelschule einschulen.

---

<sup>1</sup> Näher dazu *T. Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 44 ff.

<sup>2</sup> So wurde die Übergangsempfehlung zur Sekundarstufe etwa in NRW von der CDU-FDP-Koalition ab dem Schuljahr 2006/07 zur „verbindlichen Empfehlung“ umgestaltet, um sodann, nach Übernahme der Regierungsverantwortung durch eine Koalition von SPD-Bündnis 90/Die Grünen beginnend mit dem Schuljahr 2010/11, wieder unverbindlich zu werden.

<sup>3</sup> Dahinstehen soll hier, ob eine (Übergangs)empfehlung nach ihrer etymologischen Bedeutung überhaupt verbindlich sein kann und die verbindliche (Übergangs)empfehlung mithin als Paradoxon, die unverbindliche (Übergangs)empfehlung als tautologisch zu qualifizieren ist.

## **B. Untersuchungsgegenstand und Prüfungsmaßstab**

### **I. Präzisierung des Untersuchungsgegenstands**

Die maßgeblichen Regelungen zum Übergang von der Primarstufe in die Sekundarstufe I finden sich in einer vom Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen erlassenen Rechtsverordnung, der so genannten Schulordnung für Grundschulen in Bayern (Grundschulordnung – GrSO) vom 11.09.2008, zuletzt geändert durch die Verordnung zur Änderung von Schulordnungen zum Schuljahr 2016/17 vom 01.07.2016,<sup>4</sup> und dort insbesondere in § 6 (zuvor § 25 GrSO) sowie in § 10 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 und 3 (zuvor § 37 Abs. 1, 2 und 3 S. 3). Ergänzt werden die Aufnahmeregeln der GrSO durch die §§ 2 f. (zuvor §§ 26 f.) der Schulordnung für Gymnasien in Bayern (GSO) und die §§ 2 f. (zuvor §§ 26 f.) der Schulordnung für Realschulen in Bayern (RSO). Auf die Wiedergabe der §§ 2 f. RSO wird wegen ihrer strukturellen Vergleichbarkeit mit den §§ 2 f. GSO verzichtet.

#### **1. Grundschulordnung**

##### **§ 6 GrSO**

##### **Übertritt an ein Gymnasium oder an eine Realschule**

(1) <sup>1</sup>In den Jahrgangstufen 3 und 4 führt die Grundschule Informationsveranstaltungen zur Wahl des schulischen Bildungswegs und zum Übertrittsverfahren durch; Lehrkräfte mit Erfahrung an weiterführenden Schulen sollen zu den Informationsveranstaltungen hinzugezogen werden.<sup>2</sup>Den Erziehungsberechtigten wird außerdem eine eingehende Beratung angeboten.<sup>3</sup>Dabei werden die Erziehungsberechtigten auch umfassend über die Angebote des schulischen Bildungssystems und dessen An- und Abschlussmöglichkeiten einschließlich des beruflichen Schulwesens informiert.

(2) <sup>1</sup>Alle Schülerinnen und Schüler der Jahrgangsstufe 4 öffentlicher oder staatlich anerkannter Grundschulen erhalten am ersten Unterrichtstag des Monats Mai ein Übertrittszeugnis.<sup>2</sup>Das Übertrittszeugnis stellt fest, für welche Schulart die Schülerin oder der Schüler geeignet ist; es gilt nur für den Übertritt im jeweils folgenden Schuljahr.

(3) Das Übertrittszeugnis enthält die Jahresfortgangsnoten in allen Fächern mit zusätzlichen Erläuterungen, die Gesamtdurchschnittsnote aus den Fächern Deutsch, Mathematik und Heimat- und Sachunterricht, eine zusammenfassende Beurteilung zur Übertrittseignung, eine Bewertung des Sozial- sowie des Lern- und Arbeitsverhaltens gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 und – soweit erforderlich – einen Hinweis entsprechend § 15 Abs. 4 Satz 3.

---

<sup>4</sup> GVBl. 2016, S. 193.

(4) <sup>1</sup>Die Eignung für einen weiterführenden Bildungsweg wird in der zusammenfassenden Beurteilung festgestellt.<sup>2</sup>Die Eignung für den Bildungsweg des Gymnasiums liegt vor, wenn die Gesamtdurchschnittsnote mindestens 2,33 beträgt.<sup>3</sup>Die Eignung für den Bildungsweg der Realschule liegt vor, wenn die Gesamtdurchschnittsnote mindestens 2,66 beträgt.

(5) <sup>1</sup>Für Schülerinnen und Schüler mit nichtdeutscher Muttersprache, die nicht bereits ab Jahrgangsstufe 1 eine deutsche Grundschule besucht haben, kann auch bis zu einer Gesamtdurchschnittsnote von 3,33 die Eignung festgestellt werden, wenn dies auf Schwächen in der deutschen Sprache zurückzuführen ist, die noch behebbar erscheinen.<sup>2</sup>Die Eignung für den Bildungsweg des Gymnasiums oder der Realschule setzt für diese Schülerinnen und Schüler voraus, dass sie eine angemessene Zeit vor der Ausgabe des Übertrittszeugnisses nach Abs. 2 den Unterricht im Fach Deutsch besucht haben.

## **§ 10 GrSO**

### **Leistungsnachweise**

(1) <sup>1</sup>Die Lehrerkonferenz trifft vor Unterrichtsbeginn des Schuljahres grundsätzliche Festlegungen zur Erhebung von Leistungsnachweisen einschließlich prüfungsfreier Lernphasen.<sup>2</sup>Die Festlegungen sind den Schülerinnen und Schülern sowie ihren Erziehungsberechtigten bekannt zu geben.<sup>3</sup>In der Jahrgangsstufe 4 sollen in der Zeit vom Unterrichtsbeginn bis zum Erhalt des Übertrittszeugnisses jeweils in den Fächern Deutsch, Mathematik und Heimat- und Sachunterricht rhythmisiert mindestens vier Unterrichtswochen von bewerteten Probearbeiten freigehalten werden.

(2) <sup>1</sup>Schriftliche Leistungsnachweise müssen sich aus dem unmittelbaren Unterrichtsablauf ergeben und in der Jahrgangsstufe 4 angekündigt werden.<sup>2</sup>Der Termin eines schriftlichen Leistungsnachweises muss spätestens eine Woche vorher bekannt gegeben werden.<sup>3</sup>An einem Tag darf nur ein schriftlicher Leistungsnachweis, in der Woche sollen nicht mehr als zwei schriftliche Leistungsnachweise abgehalten werden.<sup>4</sup>Kann der Leistungsstand einer Schülerin oder eines Schülers wegen nicht zu vertretender Versäumnisse nicht hinreichend beurteilt werden, so kann die Lehrkraft das Nachholen schriftlicher Leistungsnachweise anordnen.

(3) <sup>1</sup>In der Jahrgangsstufe 1 und im ersten Halbjahr der Jahrgangsstufe 2 werden schriftliche Leistungsnachweise nicht benotet, jedoch mit Bemerkungen versehen, die den Leistungsstand der Schülerin oder des Schülers beschreiben.<sup>2</sup>In der Jahrgangsstufe 4 soll bis zum Erhalt des Übertrittszeugnisses in den Fächern Deutsch, Mathematik und Heimat- und Sachunterricht eine angemessene Zahl von Probearbeiten abgehalten werden.<sup>3</sup>Als Richtwerte gelten im Fach Deutsch zwölf, im Fach Mathematik und im Fach Heimat- und Sachunterricht je Fach fünf

bewertete Probearbeiten.<sup>4</sup>Im Fach Deutsch und im Fach Heimat- und Sachunterricht kann jeweils höchstens eine Probearbeit durch einen anderen gleichwertigen Leistungsnachweis ersetzt werden.

(4) <sup>1</sup>Schriftliche Leistungsnachweise sind innerhalb einer angemessenen Frist den Schülerinnen und Schülern zurückzugeben und zu besprechen.<sup>2</sup>Sie sind den Schülerinnen und Schülern zur Kenntnisnahme durch die Erziehungsberechtigten mit nach Hause zu geben; in begründeten Einzelfällen kann von dieser Regelung abgewichen werden.<sup>3</sup>Sie sind der Schule binnen einer Woche zurückzugeben.

## **2. Ermächtigungsgrundlagen**

Die Ermächtigung für die genannten Regelungen der GrSO finden sich im Bayerischen Gesetz über das Erziehung und Unterrichtswesen (BayEUG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2000, zuletzt geändert durch Art. 9 Buchst. a Abs. 18 bayerisches E-Government-Gesetz vom 22.12.2015, dort in Art. 44 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 sowie Art. 89 Abs. 1 und 2 Nr. 2, 7 und 12.

### **Art. 44 BayEUG:**

(1) <sup>1</sup>Soweit nicht Pflichtschulen zu besuchen sind, haben die Erziehungsberechtigten und die volljährigen Schülerinnen und Schüler das Recht, Schulart, Ausbildungsrichtung und Fachrichtung zu wählen.<sup>2</sup>Für die Aufnahme sind Eignung und Leistung der Schülerin bzw. des Schülers maßgebend.

(2) <sup>1</sup>Für Schulen, die nicht Pflichtschulen sind, wird das zuständige Staatsministerium ermächtigt, die Voraussetzungen der Aufnahme (einschließlich Altersgrenzen) und eine Probezeit in der Schulordnung zu regeln; dabei kann die Aufnahme von einer der Aufgabenstellung der Schule entsprechenden Leistungsfeststellung abhängig gemacht werden.

### **Art. 89 BayEUG**

(1) <sup>1</sup>Das zuständige Staatsministerium kann im Rahmen des in Art. 131 der Verfassung und in Art. 1 bestimmten Bildungs- und Erziehungsauftrags durch Rechtsverordnung Näheres zum Schulbetrieb an öffentlichen Schulen regeln.<sup>2</sup>Dabei ist der nötige erzieherische Freiraum für jede Lehrkraft zu gewährleisten.<sup>3</sup>Die Schulordnungen können insbesondere regeln:

2.

das Aufnahmeverfahren,

...

7.

die während des Schulbesuchs und, soweit keine besonderen Prüfungen stattfinden, bei dessen Abschluss zu erteilenden Zeugnisse einschließlich der zu bewertenden Fächer, der Bewertungsgrundsätze und der mit einem erfolgreichen Abschluss verbundenen Berechtigungen,

...

12.

die Abschlussprüfungen, insbesondere

a)

Zweck der Prüfung, Prüfungsgegenstände und Prüfungsanforderungen,

b)

das Prüfungsverfahren einschließlich der Zusammensetzung des Prüfungsausschusses, der Zulassungsvoraussetzungen, der Bewertungsgrundsätze und der Voraussetzungen des Bestehens der Prüfung,

c)

die Erteilung von Prüfungszeugnissen und die mit einer erfolgreichen Prüfung verbundenen Berechtigungen sowie die Folgen des Nichtbestehens der Prüfung,

### **3. Schulordnung für Gymnasien**

#### **§ 2 GSO**

##### **Aufnahme in die unterste Jahrgangsstufe**

(1) Die Schülerinnen und Schüler werden von einem Erziehungsberechtigten angemeldet.

(2) Die Aufnahme setzt voraus, dass die Schülerin oder der Schüler

1.

für den Bildungsweg des Gymnasiums geeignet ist,

2.

mindestens den Besuch der Jahrgangsstufe 4 der Grundschule (vorbehaltlich von Abs. 3 Satz 1 Nr. 3) oder – bei Eintritt in die Kurzform des Gymnasiums – der Jahrgangsstufe 6 der Mittelschule nachweisen kann und

3.

am 30. September des Schuljahres das 12. Lebensjahr, bei Eintritt in die Kurzform des Gymnasiums das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat; über Ausnahmen in besonderen Fällen entscheidet die Schulleiterin oder der Schulleiter.

(3) <sup>1</sup>Für den Bildungsweg des Gymnasiums sind geeignet

1. Schülerinnen und Schüler einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Grundschule, wenn sie im Übertrittszeugnis dieser Schule als geeignet für den Bildungsweg eines Gymnasiums bezeichnet sind,
2. Schülerinnen und Schüler, die mit Erfolg am Probeunterricht teilgenommen haben,
3. Schülerinnen und Schüler einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Grundschule, denen zum Halbjahr, d.h. zum letzten Unterrichtstag der zweiten vollen Unterrichtswoche im Februar, oder zum Ende der Jahrgangsstufe 3 das Überspringen der Jahrgangsstufe gestattet worden ist, oder
4. Schülerinnen und Schüler der Jahrgangsstufe 5 einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Mittel- oder Realschule, die im Jahreszeugnis dieser Schule als geeignet für den Bildungsweg eines Gymnasiums bezeichnet sind.

<sup>2</sup>Das Übertrittszeugnis, der mit Erfolg besuchte Probeunterricht, die Entscheidung über das Überspringen und das Zeugnis der Mittel- oder Realschule gelten hinsichtlich des Satzes 1 nur für das folgende Schuljahr.

(4) Es werden auch die Schülerinnen und Schüler aufgenommen, die ohne Erfolg am Probeunterricht teilgenommen, dabei aber in beiden Fächern die Note 4 erreicht haben und deren Erziehungsberechtigte dies beantragen.

(5) Die Aufnahme in ein Musisches Gymnasium setzt zusätzlich eine einschlägige Begabung voraus, die durch die Note im Fach Musikerziehung im Übertrittszeugnis oder auf andere Weise nachzuweisen ist.

(6) <sup>1</sup>Sind mehr Bewerberinnen und Bewerber vorhanden, als im Hinblick auf die räumlichen und personellen Verhältnisse der Schule aufgenommen werden können, so bemühen sich die staatlichen und nichtstaatlichen Schulen um einen örtlichen Ausgleich.<sup>2</sup>Gelingt dies nicht, so entscheidet die oder der Ministerialbeauftragte mit Wirkung für die öffentlichen Schulen.

(7) An öffentlichen Heimschulen kann die Aufnahme von Externen auf Schülerinnen und Schüler beschränkt werden, die ihren Wohnsitz im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Einzugsbereich der Schule haben.

(8) Die Aufnahme erfolgt zu Beginn des Schuljahres, sonst nur aus wichtigem Grund.

### § 3 GSO



## **Probeunterricht**

(1) <sup>1</sup>Für Schülerinnen und Schüler, bei denen die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder 3 nicht gegeben sind und die nicht der Jahrgangsstufe 5 einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Mittel- oder Realschule angehören, führen Gymnasien nach den Vorgaben der Ministerialbeauftragten einen dreitägigen Probeunterricht in den Fächern Deutsch und Mathematik durch.<sup>2</sup>In begründeten Ausnahmefällen kann ein Nachholtermin für den Probeunterricht eingerichtet werden.<sup>3</sup>Schülerinnen und Schüler, die ohne Erfolg am Probeunterricht der Realschule teilgenommen haben, können nicht am Probeunterricht des Gymnasiums teilnehmen.

(2) Für die Vorbereitung und Durchführung des Probeunterrichts beruft die Schulleiterin oder der Schulleiter einen Aufnahmeausschuss ein, der sich aus Lehrkräften des Gymnasiums zusammensetzt.

(3) <sup>1</sup>Im Probeunterricht sollen die Schülerinnen und Schüler in kleineren Unterrichtsgruppen zusammengefasst werden.<sup>2</sup>Für jede Unterrichtsgruppe sind mindestens zwei Mitglieder des Aufnahmeausschusses verantwortlich, die abwechselnd unterrichten und beobachten.<sup>3</sup>Dem Probeunterricht werden die Anforderungen der Jahrgangsstufe 4 unter Berücksichtigung der Aufgabe des Gymnasiums zugrunde gelegt.

(4) <sup>1</sup>Die schriftlichen Aufgaben werden landeseinheitlich gestellt und von je zwei Fachlehrkräften benotet; die Arbeiten sind zwei Jahre aufzubewahren.<sup>2</sup>Auch die mündlichen Leistungen werden benotet.

(5) <sup>1</sup>Die Teilnahme am Probeunterricht ist erfolgreich, wenn in dem einen Fach mindestens die Note 3 und in dem anderen Fach mindestens die Note 4 erreicht wurde.<sup>2</sup>Die erfolglose Teilnahme wird auf dem Übertrittszeugnis der Grundschule vermerkt.<sup>3</sup>Werden die Schülerinnen und Schüler nicht aufgenommen, erhalten die Erziehungsberechtigten das Übertrittszeugnis zurück.

## **4. Ministeriale Stärkung elterlicher Übergangswünsche nach Probeunterricht (2x Note 4)**

Jenseits der in § 3 Abs. 5 S. 1 GSO niedergelegten Voraussetzungen (mindestens die Note drei in dem einen Fach und mindestens die Note vier in dem anderen Fach) akzeptiert das bayerische Kultusministerium ausweislich seiner Ausführungen zum Übertritt am Ende der vierten Jahrgangsstufe und unter der Überschrift „Stärkung der Elternverantwortung im Probeunterricht bis zur pädagogisch vertretbaren Grenze“ einen Übertritt in die Jahrgangsstufe 5 des Gymnasiums bzw. der Realschule, soweit die Erziehungsberechtigten dies wünschen und

die Schülerinnen und Schüler im Probeunterricht mindestens in beiden Fächern die Note 4 erreicht haben.<sup>5</sup>

## **II. Prüfungsmaßstab: Grundgesetz und Bayerische Verfassung**

Das nachfolgende Gutachten untersucht die Vereinbarkeit der abgedruckten bayerischen Regelungen, namentlich der ausschließlich an den Notendurchschnitt in drei Hauptfächern anknüpfende verbindliche staatliche Übergangsentscheidung in ihrer konkreten Ausgestaltung, mit höherrangigem Recht. Dabei ist die Frage nach der Rechtmäßigkeit der geschilderten Normen der GrSO i.V.m. den §§ 2 f. der GSO/RSO jenseits der Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit den Ermächtigungsgrundlagen – welche freilich letztlich auch eine verfassungsrechtliche Dimension aufweist – auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz (GG) sowie der Bayerischen Verfassung (BV) gerichtet.

### **C. Das Urteil des BayVerfGH vom 21. Mai 2014**

Die (verfassungs)rechtlichen Stellungnahmen zum Thema „Übergang von der Primar- zur Sekundarstufe“ sind nicht sonderlich zahlreich und fallen im Ergebnis im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit verbindlicher Übergangsempfehlungen unterschiedlich aus.<sup>6</sup> Die jeweiligen Argumente werden in die nachfolgende Prüfung einbezogen.

Vor die Klammer gezogen wird hier – dem Gutachtauftrag entsprechend – indes ein Urteil des BayVerfGH vom 21.05.2014 (Az Vf. 7-VII-13). In diesem hatte sich der BayVerfGH im Rahmen einer Popularklage nach Art. 98 S. 4 BV mit der Vereinbarkeit der (damals einschlägigen) Bestimmungen der Bayerischen GrSO zum Übertritt in die Realschule und das Gymnasium, insbesondere der §§ 25 Abs. 2, 3 und 4 sowie 37 Abs. 2 und 3 GrSO a.F., mit der Bayerischen Verfassung, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV, der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 101 BV und dem Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 118 Abs. 1 BV, zu befassen. Die Antragsteller hatten des Weiteren eine Verletzung der Menschenwürde gemäß Art. 100 BV sowie der Art. 125 Abs. 1, Art. 128 Abs. 1, Art. 130 Abs. 1, Art. 131 Abs. 1 und Art. 132 BV gerügt. An dieser Stelle werden die wesentlichen Gesichtspunkte der Entscheidung des BayVerfGH, welcher die Popularklage als unbegründet zurückgewiesen hat, geschildert. Zugleich werden die Ausführungen des

<sup>5</sup> Siehe <https://www.km.bayern.de/schueler/schularten/uebertritt-schulartwechsel.html>.

<sup>6</sup> Vgl. *F. Meinel*, Lebensentscheidungen auf ungewisser Grundlage, DÖV 2007, S. 66 ff.; *H. Avenarius/B. Jeand'Heur*, Elternwille und staatliches Bestimmungsrecht bei der Wahl der Schullaufbahn, 1992, insbesondere S. 34 ff., 48; *H.-P. Füssel*, in: *H. Avenarius/H.-P. Füssel* (Hrsg.), *Schulrecht*, 8. Aufl. 2010, Tz. 18.217; *Barczak* (Fn. 1).

Verfassungsgerichtshofs unmittelbar mit (kursiv gesetzten) kritischen Fragen und Anmerkungen konfrontiert. Zweierlei sei insoweit freilich vorab kritisch angemerkt: Erstens findet der prima facie zentrale Prüfungsmaßstab des Art. 126 Abs. 1 BV<sup>7</sup> im Urteil des Verfassungsgerichtshofs keine Berücksichtigung. Zweitens werden wesentliche rechtstatsächliche Gesichtspunkte, welche aber – wie noch gezeigt wird – nach dem ausdrücklichen Petitum des Bundesverfassungsgerichts in die verfassungsrechtliche Prüfung einzubeziehen sind, gänzlich außer Acht gelassen. Insbesondere finden Aspekte mittelbarer oder gar unmittelbarer Diskriminierung vor dem Hintergrund noch zu erläuternder sog. sekundärer Herkunftseffekte in der Entscheidung des BayVerfGH keinerlei Berücksichtigung.

### **I. Ausreichende Ermächtigungsgrundlage/Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV**

Zunächst hat der Verfassungsgerichtshof erörtert, ob die angegriffenen Normen der GrSO auf einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage beruhen und sich im Rahmen dieser Ermächtigung halten, wobei er diese Prüfung am Maßstab des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV vornimmt. Im Hinblick auf die Ermächtigungsnorm hat der Verfassungsgerichtshof die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage nach Inhalt, Zweck und Ausmaß unter Hinweis darauf als erfüllt erachtet, dass der Gesetzgeber die Grundzüge der Aufnahmevoraussetzungen in Art. 44 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 BayEUG niedergelegt hat, nämlich die Orientierung am Anforderungsprofil der aufnehmenden Schule sowie an der Eignung und Leistung der Schüler/innen. Insoweit sei maßgeblich, dass das Anforderungsprofil von Realschule und Gymnasium in Art. 8 und 9 BayEUG hinreichend differenziert beschrieben sei, „sodass die Bewertung der Eignung und Leistung der Schülerinnen und Schüler im Hinblick auf den Besuch einer weiterführenden Schule mit dem der originär pädagogischen Aufgabe angemessenen Spielraum wahrgenommen werden“ könne und im Rahmen eines durchlässigen Schulsystems weitere Übertrittsmöglichkeiten bestünden (Rn. 35 f. des Urteils). Zudem hielten sich die angegriffenen Normen der GrSO im Rahmen der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ermächtigung. Insbesondere dienten die Regelungen entsprechend der Intention der Ermächtigungsgrundlage der Feststellung, ob eine Schülerin oder ein Schüler für den Besuch einer weiterführenden Schule geeignet sei (Rn. 37).

*Anmerkung: Die strikte Orientierung der Übergangsempfehlung an der Leistung in Gestalt einer Gesamtdurchschnittsnote (aus den Noten in den Fächern Deutsch, Mathematik sowie*

---

<sup>7</sup> Er lautet: Die Eltern haben das natürliche Recht und die oberste Pflicht, ihre Kinder zur leiblichen, geistigen und seelischen Tüchtigkeit zu erziehen. Sie sind darin durch Staat und Gemeinden zu unterstützen. In persönlichen Erziehungsfragen gibt der Wille der Eltern den Ausschlag.

*Sach- und Heimatkunde) bzw. im Probeunterricht an zwei Noten harmoniert nicht recht mit Art. 44 Abs. 1 S. 2 BayEUG, der ein Abstellen auf „Eignung und Leistung“ verlangt.*

## **II. Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 101 BV**

Im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV hat der Verfassungsgerichtshof zunächst eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Regelungen in § 25 Abs. 2, 3 und 4 GrSO a.F. insoweit bejaht, als die Eignung für den Übertritt an ein Gymnasium bzw. eine Realschule an eine Mindestgesamtdurchschnittsnote aus den Fächern Deutsch, Mathematik sowie Heimat- und Sachunterricht geknüpft wird (Rn. 42). Diese Einschränkung sei jedoch gerechtfertigt. Denn auf diese Weise werde der Übertritt zu den in Rede stehenden weiterführenden Schulen nur den leistungsfähigen und leistungswilligen Schülerinnen und Schülern der vierten Jahrgangsstufe eröffnet. Demgemäß komme der Staat seiner Verpflichtung nach, das Schulwesen so zu organisieren, dass es in Übereinstimmung mit seinen Zielvorstellungen funktionieren könne. Es solle nämlich sichergestellt werden, dass das differenzierte Bildungssystem entsprechend den individuellen Begabungen, Fähigkeiten und Leistungen der Schülerinnen und Schüler in Anspruch genommen und auf diese Weise sowohl eine Über- als auch eine Unterforderung vermieden werde (Rn. 43). Und weiter heißt es, dass die angegriffenen Regeln, namentlich das alleinige Abstellen auf die Gesamtdurchschnittsnote in den drei Hauptfächern, auch geeignet seien, diesen „erstrebten Zweck“ zu erreichen. Dabei wird wesentlich die zentrale Bedeutung der genannten Fächer sowie die Tatsache betont, dass in den Leistungsbewertungen der drei Fächer auch die Teilkompetenzen des Sozial-, Lern- und Arbeitsverhaltens zum Tragen kämen. *(Anmerkung: Insoweit wird nicht deutlich, inwieweit und nicht einmal inwiefern die genannten Teilkompetenzen in die Notengebung einfließen.)* Zudem wird gerade im Hinblick auf die Außerachtlassung weiterer Fächer der Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers betont (Rn. 44 f.). *(Anmerkung: Ob und inwieweit ein solcher Gestaltungsspielraum auch dem Verordnungsgeber zukommen kann, muss im Hinblick auf einen – insoweit vom Verfassungsgerichtshof unterstellten – Regelungsverzicht des Gesetzgebers an dieser Stelle mit einem Fragezeichen versehen werden. Denn der Spielraum kollidiert mit dem Gebot der Wesentlichkeitstheorie, wonach Wesentliches durch das Parlament zu entscheiden ist. Im Übrigen wird insoweit nochmals ein Konflikt mit 44 Abs. 1 S. 2 BayEUG<sup>8</sup> offenbar, der bzgl. der staatlichen Übergangentscheidung eben neben dem Abstellen auf die „Leistung“ ein Abstellen auf die „Eignung“ der Schülerin resp. des Schülers einfordert.)* Des Weiteren wird zur Rechtfertigung des Abstellens auf die

---

<sup>8</sup> Diesbezüglich unterscheiden sich die heute gültige und die damals geltende Fassung der Norm nicht.

Gesamtdurchschnittsnoten in der Jahrgangsstufe 4 betont, dass damit keine abschließende Entscheidung über die weitere schulische Laufbahn und den Schulabschluss des Kindes getroffen sei. Neben der Möglichkeit eines Probeunterrichts existierten Übertrittsmöglichkeiten im Anschluss an die Jahrgangsstufen 5 und 6, ferner in höheren Jahrgangsstufen.

Sodann führt der BayVerfGH aus, dass das in § 37 Abs. 2 und 3 S. 3 GrSO a.F. gestaltete Verfahren der schriftlichen Leistungsfeststellung unter Einschluss der dort normierten Pflichten zur Abhaltung einer bestimmten Richtzahl angekündigter Probearbeiten mit Art. 101 BV im Einklang stehe (Rn. 47 ff.). Insbesondere sei das in den angegriffenen Normen niedergelegte Verfahren zur Zielerreichung geeignet, binde es doch die „Eignungsfeststellung an leistungsbezogene und damit objektiv messbare Kriterien“ (Rn. 49).

*Anmerkung: Hier mag dahinstehen, ob das in pädagogischer Hinsicht und im Hinblick auf die Persönlichkeitsentfaltung und -entwicklung der Kinder fragwürdige „Massentestverfahren“ (vgl. § 10 Abs. 3 S. 3 GrSO bzw. § 37 Abs. 3 S. 3 GRISO a.F.) aus eben diesem Grunde durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt; in verfassungsrechtlicher Perspektive (noch) fragwürdiger ist die apodiktische – der Verfassungsgerichtshof konstatiert, wie geschildert (Rn. 49), ohne weitere Begründung, die Eignungsfeststellung beruhe auf leistungsbezogenen und damit objektiv messbaren Kriterien – Feststellung, das Verfahren bilde eine tragfähige Grundlage für die Beurteilung der Eignung zum Übergang auf eine Realschule bzw. ein Gymnasium. Denn die Ergebnisse der Bildungsforschung lassen – wie noch gezeigt wird – an der Validität solcher (notenbasierten) Eignungsprognosen am Ende der Primarstufe zweifeln. Insbesondere wird mit keinem Wort auf das in der Bildungsforschung breit und belastbar befundene Phänomen der sog. sekundären Herkunftseffekte auf Grundschulempfehlungen resp. staatliche Übergangentscheidungen sowie auf die vorgelagerte Notengebung in der Jahrgangsstufe 4 eingegangen.*

### **III. Art. 128 Abs. 1 und Art. 132 BV**

Gem. Art. 128 Abs. 1 BV hat jeder Bewohner Bayerns Anspruch darauf, eine seinen erkennbaren Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten. Der den Aufbau des Schulwesens regelnde Art. 132 BV konkretisiert die in Art. 128 Abs. 1 BV angesprochenen Kriterien und verdeutlicht, dass die Aufnahme eines Kindes in eine Schule ungeachtet der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Stellung der Eltern zu erfolgen hat. Die bayerischen Übertrittsregelungen würden diesen Anforderungen nach dem bayerischen

Verfassungsgerichtshof insbesondere deshalb gerecht, weil neben der Bildung einer Gesamtdurchschnittsnote auch eine zusammenfassende Beurteilung zur Übertrittseignung sowie eine Bewertung des Sozial-, Lern- und Arbeitsverhaltens Bestandteil des Zeugnisses sei. Mit dieser von der jeweiligen Lehrkraft in pädagogischer Verantwortung (im Sinne von Art. 52 Abs. 3 S. 2 BayEUG) abgegebenen Einschätzung würden die Anlagen und Neigungen der Schülerinnen und Schüler gewürdigt. Obschon letztlich die Gesamtdurchschnittsnote aus den Fächern Deutsch, Mathematik sowie Heimat- und Sachunterricht für die Beurteilung der Übertrittseignung maßgeblich sei, flößen in diese doch Aspekte ein, die die Anlagen und Neigungen der Schülerinnen und Schüler betreffen (Rn. 54). *(Anmerkung: Diese Ausführungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs erscheinen kaum verständlich. Zunächst wird die Bewertung des Sozialverhaltens, des Lernverhaltens und des Arbeitsverhaltens neben die Gesamtdurchschnittsnote in den drei Hauptfächern gestellt, um sodann die Anlagen und Neigungen der Schülerinnen und Schüler in die Gesamtdurchschnittsnote einfließen zu lassen. Insoweit ist zunächst nicht nachvollziehbar, inwieweit Anlagen, Neigungen sowie Lern- und Sozialverhalten in die Einzelnoten einfließen sollen und können; noch weniger verständlich ist aber, wenn der BayVerfGH behauptet, die Gesichtspunkte flößen in die Gesamtdurchschnittsnote ein. Wie sollen Neigungen in die mathematische Aufgabe der Bildung einer Durchschnittsnote einfließen? Und diese Kritik am BayVerfGH ist nicht etwa bloße Wortklauberei; der Gerichtshof erklärt vielmehr in keiner Weise, inwieweit in die Eignungsfeststellung Aspekte jenseits der Einzelnoten in den Hauptfächern einfließen können. Und es ist auch nicht erkennbar, wie diese Gesichtspunkte de lege lata in die Übertrittsentscheidung integrierbar sind.)*

Freilich scheint der Verfassungsgerichtshofs die Angreifbarkeit seiner Argumentation bzw. Gedankenführung selbst erkannt haben, wenn er anschließend formuliert: „Im Übrigen kann – gemeint ist wohl „darf“, der Verf. – der Normgeber den Übertritt in weiterführende Schulen von messbaren Mindestleistungen abhängig machen (Rn. 54). *(Anmerkung: Man mag dies aus verfassungsrechtlicher Perspektive im Sinne eines Gestaltungs- und Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers akzeptieren können, der Ordnungsgeber ist freilich an die Vorgaben des Gesetzes gebunden und dort heißt es eben – wie bereits hervorgehoben – „Eignung und Leistung“.)*

#### **IV. Allgemeiner Gleichheitssatz gem. Art. 118 Abs. 1 BV**

Schließlich bejaht der Verfassungsgerichtshof eine Vereinbarkeit der angegriffenen Regeln mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 118 Abs. 1 BV (Rn. 62 ff.). Der allgemeine

Gleichheitssatz habe in solchen Regelungsbereichen eine besondere Ausprägung gefunden, in denen die Ausübung eines Rechts von einer Prüfung oder von sonstigen Leistungsnachweisen abhängig gemacht werde. Dieses Gebot der Chancengleichheit fordere als verfahrensrechtlicher Grundsatz, dass für vergleichbare Leistungsnachweise soweit als möglich vergleichbare Bedingungen und Bewertungskriterien gälten. Nicht aber werde der Normgeber durch das Grundrecht auf Gleichbehandlung dazu verpflichtet, für faktische Gleichheit im Sinne einer vollen Startgleichheit für jedermann zu sorgen. Allerdings – und darauf wird zurückzukommen sein – betont der Verfassungsgerichtshofs Folgendes: “Ergibt sich aus der praktischen Auswirkung einer Norm aber eine sachlich nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichheit und ist die ungleiche Auswirkung gerade auf die rechtliche Gestaltung der Norm zurückzuführen, so widerspricht diese dem Gleichheitssatz“ (Rn. 63). Vor diesem Hintergrund verneint der BayVerfGH eine Verletzung des Gleichheitssatzes, obschon er dem Vorbringen der Antragsteller, wonach „durch die Ankündigung der Probearbeiten in Verbindung mit kommerziellen Angeboten und der Initiative bestimmter Elternkreise (...) eine parallele Lernwelt entstanden“ sei, nicht widerspricht. Denn insoweit sei keine rechtliche Ungleichbehandlung geltend gemacht; der kritisierte Informationsvorsprung allein durch das Vorhandensein privater Angebote zur Prüfungsvorbereitung sei lediglich eine mittelbare Folge der angegriffenen Regelung und in einer freien Gesellschaft dem staatlichen Einfluss weitgehend entzogen. Chancengleichheit sei durch „eine Vielzahl tatsächlich bestehender Unterschiede, wie z.B. das häusliche und soziale Umfeld, Besonderheiten der besuchten Schule, Qualitätsunterschiede bei den einzelnen Lehrern und dergleichen mehr, relativiert“. Art. 118 Abs. 1 BV verlange über die Rechtsgleichheit hinaus jedenfalls nicht, die tatsächlichen Unterschiede einzuebnen (Rn. 67). *(Anmerkung: Man mag anschließend an diese Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs mindestens rechtspolitische Zweifel bzgl. der Hinzufügung einer weiteren tatsächlichen Benachteiligung der ohnehin in tatsächlicher Hinsicht bereits Benachteiligten durch eine rechtliche Regelung anmelden; aber auch verfassungsrechtlich ist eine Regelung mit solcher Wirkung keinesfalls allen Zweifeln im Hinblick auf Art. 118 Abs. 1 BV bzw. Art. 3 Abs. 1 resp. Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG entzogen.)*

Schließlich (Rn. 68) verneint der Verfassungsgerichtshof einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz auch insoweit, als der Normgeber „keinen einheitlichen Notenschlüssel“ vorgegeben habe. Vielmehr übertrügen die bestehenden Regelungen zur Leistungsbewertung die Gleichbehandlung der Schülerinnen und Schüler der pädagogischen Verantwortung der jeweiligen Lehrkraft. Die Leistungen könnten so daran gemessen werden, inwieweit sie den

Anforderungen entsprechen, wie sie im Unterricht in Umsetzung des Lehrplans von der Lehrkraft vermittelt worden sein. Wegen dieser Komplexität und der zu beachtenden Flexibilität der pädagogischen Aufgabe wäre der Normgeber überfordert, hätte er die Bewertung schulischer Leistungen selbst im Detail zu regeln. *(Anmerkung: Die damit implizierte Dichotomie eines „Alles (zu regeln) oder Nichts (zu regeln)“ resp. ein „tertium non datur“ überzeugt nicht. Jenseits gesetzlicher Bewertungsvorgaben im Detail lässt sich die Bewertung der für den Übertritt in die weiterführende Schule entscheidenden Probearbeiten durchaus durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber anleiten; zumal im Fach Mathematik.)*

## **D. Zur einschlägigen Bildungsforschung und ihrem Verhältnis zum Bildungs(verfassungs)recht**

### **I. Bildungsforschung und Bildungs(verfassungs)recht: Eine Verhältnisbestimmung**

Den Zusammenhang zwischen Bildungsforschung und Bildungs(verfassungs)recht und vor allem das verfassungsrechtliche Gebotensein einer Einbeziehung der Ergebnisse der Bildungsforschung bei der Ausformung des Bildungsrechts hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Urteil zur Hessischen Förderstufe aus dem Jahre 1972<sup>9</sup> pointiert zum Ausdruck gebracht: „Seine (Des Staates, der Verf.) Aufgabe ist es, auf der Grundlage der Ergebnisse der Bildungsforschung bildungspolitische Entscheidungen zu treffen.“ Mit anderen Worten: Das Bildungs- und Schulrecht ist nach Maßgabe der Erkenntnisse der Bildungsforschung zu gestalten. Und diese vom BVerfG postulierte und primär an die Legislative(n) gerichtete Aufgabe ist nicht lediglich politischer Natur, sondern – entsprechend der dem Bundesverfassungsgericht gestellten Aufgabe – verfassungsrechtlich fundierte Pflicht. Verfehlt der oder besser ein (Landes)Gesetzgeber diese Verfassungspflicht, trifft sein Handeln (oder Unterlassen) im Grundsatz das Verdikt der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit.

### **II. Vorliegend einschlägige (kontextualisierte) Befunde der Bildungsforschung**

Aber was sind *die* Ergebnisse der Bildungsforschung? Oder besser: Was sind die Ergebnisse, die im Kontext der jeweiligen Rechtsfrage, also vorliegend der strikt notenabhängigen verbindlichen staatlichen Übergangentscheidung, zu reflektieren und in die Prüfung einzubeziehen sind?

---

<sup>9</sup> BVerfGE 34, 165 (184).



## **1. Lernen unter Druck und in Angst – Belastung der Schüler-Eltern-Lehrer-Verhältnisse**

Die Konsequenzen eines Übergangsrechts nach bayrischem Muster mit einer strikten Kopplung der Übergangentscheidung an die Gesamtdurchschnittsnote aus den drei Hauptfächern und einer Vielzahl notenrelevanter Probearbeiten in eben diesen Fächern für die Lebens- und Lernsituation der jungen Schüler/innen und Eltern (und letztlich auch Lehrer/innen) sind in der Bildungsforschung beschrieben,<sup>10</sup> liegen aber auch auf der Hand. Der mit einem solchen Übergangsregime erzeugte Erfolgsdruck und ein (weitgehend prüfungsorientiertes) „Lernen in Angst“ bleibt nicht ohne Einfluss auf die Persönlichkeitsentfaltung resp. -wicklung der Kinder, das Eltern-Kind-Verhältnis, aber auch das Lehrer-Eltern-Verhältnis und nicht zuletzt das Schüler-Lehrer-Verhältnis. (Bildungsaffine) Eltern üben (Noten)druck auf die Lehrer/innen aus und letztlich begegnen die Schüler/innen (zumindest im Einzelfall) auch Lehrerinnen und Lehrern in einer solchen Atmosphäre nicht mehr unbefangen, neugierig resp. fragend, mögen (und müssen) sie doch negative Auswirkungen auf ihre Note befürchten.

Der Bayrische Verfassungsgerichtshof hat diese (tatsächlichen) Konsequenzen des bayrischen Übergangsregimes insbesondere im Hinblick auf die Persönlichkeitsentfaltung der Kinder eher am Rande (Rn. 51, ferner 57 f.) behandelt und daraus jedenfalls keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen gezogen, etwa im Hinblick auf eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts resp. Grundrechts auf Persönlichkeitsentfaltung der Kinder. Ohne die skizzierten negativen Auswirkungen des bayrischen Übergangsregimes kleinreden zu wollen, ist *insoweit* wohl zu konstatieren, dass eine Änderung nicht durch die Verfassung vorgegeben ist, sondern letztlich dem Bereich der politischen Auseinandersetzung um die besseren Konzepte zuzuordnen ist.

## **2. Validität der Übergangentscheidung resp. der Notengebung in den relevanten Probearbeiten und bei der Endnotengebung in der Jahrgangstufe 4 (in Bayern)**

Vom bayrischen Verfassungsgerichtshof gar nicht in den Blick genommen wurde – wie bereits angedeutet –, ob die staatlichen Beurteilungen durch Lehrkräfte und insbesondere die Notengebung in der Jahrgangstufe 4 als Grundlage verbindlicher Schullaufbahneempfehlungen generell als valide qualifiziert werden können und insbesondere keine Diskriminierung nach der (sozialen) Herkunft erfolgt. Der nachfolgenden Darstellung der einschlägigen Befunde der Bildungsforschung im Hinblick auf die Validität übergangsrelevanter Notengebung (in der

---

<sup>10</sup> H. Reinders u.a., Stressfaktoren bei Eltern und Schülern am Übergang zur Sekundarstufe, Abschlussbericht über die Elternbefragung in Hessen und Bayern, 2014, <http://www.jugendforschung.de/pdf/SEB-33.pdf>.

Jahrgangsstufe 4) sei vorausgeschickt, dass insbesondere der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe I nach wie vor – und trotz der zunehmenden Entkopplung von Schulform und Schulabschluss – sehr häufig über den späteren Bildungsabschluss und damit auch die sozioökonomische Position als Erwachsener entscheidet.<sup>11</sup>

Die Bildungsforschung untersucht seit Jahrzehnten, inwieweit bei (verbindlichen) Schullaufbahneempfehlungen sowie bei der Notengebung als (ausschließlicher) Grundlage einer (verbindlichen) Schullaufbahneempfehlung beim Übergang von der Primarstufe zur Sekundarstufe nichtleistungsbezogene Faktoren einfließen. Dabei liegt der Fokus der Bildungsforschung vor allem (und zu Recht) auf herkunftsbezogenen Faktoren, sog. sekundären Herkunftseffekten; die Validität der (notenabhängigen) (Eignungs)Prognosen und (verbindlichen) Schullaufbahneempfehlungen ist aber auch auf Grund anderer (nichtherkunftsbezogener) leistungsfremder Faktoren und Befunde substantziellen Zweifeln unterworfen.

#### **a) Zusammensetzung einer Grundschule/Jahrgangsstufe/Klasse**

Als leistungsfremder Faktor wirkt sich zunächst die Zusammensetzung der Schülerschaft in einer Grundschule/Jahrgangsstufe/Klasse aus. Denn die Leistungen des einzelnen Schülers/der einzelnen Schülerin werden erfahrungsgemäß auch in Abhängigkeit von resp. im Vergleich mit den Leistungen der Mitschüler/innen benotet – im Übrigen handelt es sich insoweit grundsätzlich um ein prüfungsrechtlich akzeptiertes Bewertungskriterium. Der einzelne Lehrer kann aber nur die in der Klasse/Jahrgangsstufe seiner Schule erbrachten Leistungen/Probearbeiten miteinander vergleichen. Dies führt angesichts einer landeseinheitlichen Notenvorgabe (2,33 bzw. 2,66 als Gesamtdurchschnittsnote aus den 3 Hauptfächern) für die verbindliche Übergangsentscheidung, kein Gymnasium bzw. keine Realschule besuchen zu dürfen, indes zu umfeldabhängig unterschiedlichen Chancen des Einzelnen zur Erreichung der notwendigen Gesamtdurchschnittsnote. In leistungsschwachen Schulen/Jahrgangsstufen/Klassen ist die Chance auf eine Gymnasialempfehlung und gute Noten größer als in leistungsstarken Klassen/Schulen.<sup>12</sup> Das Umfeld wirkt insoweit als leistungsfremder Faktor auf die Übergangsentscheidung resp. Eignungsprognose ein.<sup>13</sup> Dies gilt

---

<sup>11</sup> Vgl. nur *H. Dumont/K. Maaz/M. Neumann/M. Becker*, Soziale Ungleichheiten beim Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe I: Theorie, Forschungsstand, Interventions- und Fördermöglichkeiten, in: *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft, Sonderheft 24*, 2014, Seite 141 (142).

<sup>12</sup> *Dumont/Maaz/Neumann/Becker* (Fn. 11), S. 152 m.w.N..

<sup>13</sup> Das räumen auch Anhänger verbindlicher und an Noten zu orientierender Übergangsempfehlungen ein, so *H.-P. Meidinger*, Der Übertritt auf eine weiterführende Schule – konkret und grundsätzlich, in: *Lin-Klitzing/Di Fuccia/Müller-Freric* (Hrsg.), *Übergänge im Schulwesen*, 2010, S. 19 (25).

erst recht, wenn, wie bei den Probearbeiten in Bayern, die Notengebung nicht (durch Standards) angeleitet wird. Abschließend ist noch hervorzuheben, dass dem Argument der Leistungsverzerrung durch heterogene Leistungsumfelder in der Grundschule insofern besonderes Gewicht zukommt, als die Heterogenität dort deutlich ausgeprägter ist als auf den (aufgrund vorheriger Selektion) leistungshomogeneren weiterführenden Schulen.

### **b) Verschiedene Aufgaben in den Probearbeiten (bei fehlenden Standards für die Notengebung)**

Das Fehlen zentraler Prüfungsaufgaben für die Probearbeiten führt insbesondere angesichts des Fehlens einheitlicher Standards für die Notenvergabe zu leistungsverzerrender Notengebung und mithin ebenfalls zu unterschiedlichen Chancen des einzelnen Kindes zur Erreichung der landesweit gültigen Mindest-Gesamtdurchschnittsnote.<sup>14</sup> Dazu kommt, dass Lehrer/innen unabhängig von den variierenden Aufgabenstellungen individuell verschiedene Benotungsmaßstäbe anlegen.

### **c) Hohe Erfolgsquoten im Probeunterricht in Bayern**

Weder von der Bildungsforschung noch von der (Verfassungs)rechtswissenschaft wurde bisher in den Blick genommen, dass jedenfalls in Bayern die hohen Erfolgsquoten im Probeunterricht die Validität der (gesamtnotenbasierten) Übergangsempfehlung nachhaltig in Frage stellen. Während die Erfolgsquote im Probeunterricht zum Übertritt an die Realschule in den letzten vier Jahren zwischen ca. 20 % (2013/14<sup>15</sup> und 2014/15<sup>16</sup>) und ca. 30 % (2012/13) lag – 2015/16 waren 1679 (davon 1082 zweimal Note 4) von 5755 Teilnehmern<sup>17</sup> erfolgreich –, lag die Erfolgsquote im Probeunterricht zum Übergang an das Gymnasium in den letzten vier Jahren einmal bei knapp unter 50 % (2012/13: 1.013 von 2.088) und in den anderen drei Jahren (teils

<sup>14</sup> Auch das räumt *Meidinger* (Fn. 13), S. 25, ein.

<sup>15</sup> Von den 6.306 Teilnehmern waren 173 ohne gültiges Übergangszeugnis, siehe dazu und zu den nachfolgenden Nachweisen: Antwort des Staatsministeriums für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 19. Juli 2016 auf die Anfrage des Abg. Güll, SPD, „Wieviele der in den letzten drei Schuljahren am Probeunterricht an Realschulen und Gymnasien Teilnehmenden hatten ein gültiges Übergangszeugnis und wieviele nicht“? Die jeweilige Erfolgsquote der Teilnehmer mit und ohne gültiges Übergangszeugnis wird nicht erhoben.

<sup>16</sup> Von den 6.059 Teilnehmern waren 203 ohne gültiges Übergangszeugnis. Die jeweilige Erfolgsquote der Teilnehmer mit und ohne gültiges Übergangszeugnis wird nicht erhoben.

<sup>17</sup> Davon 194 ohne gültiges Übergangszeugnis. Die jeweilige Erfolgsquote der Teilnehmer mit und ohne gültiges Übergangszeugnis wird nicht erhoben.

deutlich) darüber. In der Spitze (2015/16) waren 1.184 (davon 247 zweimal Note 4) von 1.834 Teilnehmern<sup>18</sup> erfolgreich, in 2013/14 1.054 von 2.055<sup>19</sup> und 2014/15 1.103 von 1.893<sup>20,21</sup>

Dass die notenabhängige Übergangsentscheidung angesichts dieser Erfolgszahlen im Probeunterricht offenbar auf keiner validen Eignungsprognose beruht, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Und dieser Befund ist auch in rechtlicher Perspektive umso gravierender, als nur ein sehr kleiner Teil der Schüler/innen (zumal aus sozial schwachen und bildungsfernen Schichten) ohne Realschul- bzw. Gymnasialempfehlung am Probeunterricht teilnimmt, weil der Großteil der Eltern dieser Schüler/innen eben keinen entsprechenden Antrag stellt.

#### **d) Negative schichtenbezogene sekundäre Herkunftseffekte und die Validität von verbindlichen staatlichen (strikt notenabhängigen) Übergangsentscheidungen**

Wenngleich die Zusammensetzung der Schülerschaft nach ihrer sozialen Herkunft an den Gymnasien in den letzten Jahrzehnten deutlich heterogener geworden ist, finden sich Schülerinnen und Schüler aus oberen sozialen Schichten dort nach wie vor deutlich über- und aus sozial benachteiligten Schichten unterrepräsentiert. Der kehrseitige Befund ergibt sich für die Zusammensetzung der Schülerschaft an Hauptschulen.<sup>22</sup>

Nun könnte dies schlicht daran liegen, dass zwischen den beiden Gruppen von Schülerinnen und Schülern aus sozial unterschiedlichen Schichten entsprechend korrelierende Leistungsunterschiede bestehen. Eine Vielzahl von Studien zeigt indes, dass die Wahrscheinlichkeit ein Gymnasium zu besuchen, auch bei gleicher Schulleistung für Kinder aus sozial privilegierten Familien höher ist als für Kinder aus sozial weniger begünstigten Familien.<sup>23</sup> Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass im Falle fehlender oder lediglich

<sup>18</sup> Davon 615 ohne gültiges Übergangszeugnis. Die jeweilige Erfolgsquote der Teilnehmer mit und ohne gültiges Übergangszeugnis wird nicht erhoben.

<sup>19</sup> Davon 667 ohne gültiges Übergangszeugnis. Die jeweilige Erfolgsquote der Teilnehmer mit und ohne gültiges Übergangszeugnis wird nicht erhoben.

<sup>20</sup> Davon 679 ohne gültiges Übergangszeugnis. Die jeweilige Erfolgsquote der Teilnehmer mit und ohne gültiges Übergangszeugnis wird nicht erhoben.

<sup>21</sup> Vgl. zum Ganzen Bayerischer Landtag, 17/6782, Antwort des Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 28.05.2015 sowie Bayerisches Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, Antwort vom 01.06.2016 auf die schriftliche Anfrage des Abgeordneten Martin Güll vom 04.05.2016 „Teilnahme am Probeunterricht in Bayern“, unveröffentlicht (Az. II.4 – BS4302 – 6a.057537).

<sup>22</sup> Vgl. nur *Dumont/Maaz/Neumann/Becker* (Fn. 11), S. 143.

<sup>23</sup> Siehe nur *R. Becker*, Klassenlage und Bildungsentscheidungen: Eine empirische Anwendung der Wert-Erwartungstheorie, *Kölner Schriften für Soziologie und Sozialpsychologie*, 52 (3), 450-474; *ders.* Educational expansion and persistent inequalities of education, *European Sociological Review* 19 (1), 1-24; *H. Ditton/J. Krüsken/M. Schauenberg*, Bildungsungleichheit – der Beitrag von Familie und Schule, *ZfE* 8 (2005), 285-304; *K.H. Arnold/W. Bos/P. Richert, T.C. Stubbe*, Schullaufbahnpräferenzen am Ende der vierten Klassenstufe, in: *W. Bos et al.* (Hrsg.), *IGLU 2006, Lesekompetenzen von Grundschulkindern in Deutschland im internationalen Vergleich*, S. 271-297; *M. Pietsch*, Schulformwahl in Hamburger Schülerfamilien und die Konsequenzen für die

unverbindlicher Übergangsempfehlungen Eltern aus bildungsnahen bzw. sozialprivilegierten Schichten ihr Kind bei gleicher Leistung häufiger an einem Gymnasium anmelden als Eltern aus bildungsfernen und sozial weniger begünstigten Schichten.<sup>24</sup> Freilich ist dies Ausdruck des insbesondere in Art. 6 GG niedergelegten Erziehungsrechts und Erziehungsprimats der Eltern und verfassungsrechtlich (von Extremsituationen grober Vernachlässigung abgesehen) ohne Alternative.<sup>25</sup> Gleichzeitig hat die Bildungsforschung seit Jahrzehnten zahlreich untersucht, inwieweit der Übergang von der Primarstufe zur Sekundarstufe durch staatlich verantwortete sekundäre Herkunftseffekte beeinflusst wird. Dabei lassen sich (besonders zahlreich vorliegende) Studien über sekundäre Herkunftseffekte auf die Vergabe von Schullaufbahneempfehlungen und solche über sekundäre Herkunftseffekte auf die Notenvergabe unterscheiden. Die Untersuchungen zu sekundären Herkunftseffekten auf die Vergabe der Schullaufbahneempfehlung zeigen, dass Kinder aus sozial schwächeren Familien deutschlandweit bei gleichen Schulnoten (und gleichen Testleistungen) eine (signifikant) geringere Chance haben, eine gymnasiale Empfehlung zu bekommen als Kinder aus bildungsnahen respektive sozial starken Familien.<sup>26</sup> Exemplarisch sind etwa die Ergebnisse der IGLU-Studie 2006: Danach ist bei einer Lesekompetenz von 580 Punkten aufwärts die Wahrscheinlichkeit einer schulseitigen Gymnasialpräferenz größer als 50 Prozent. Schüler aus der „oberen Dienstklasse“ hatten indes bereits bei mehr als 548 Punkten gute Aussichten für das Gymnasium empfohlen zu werden, Arbeiterkinder hätten hingegen erst ab einem Wert von 614 Leistungspunkten vergleichbare Chancen.<sup>27</sup>

---

Sekundarstufe I, in: W. Bos/C. Gröhlich/M. Pietsch (Hrsg.), KESS 4 – Lehr- und Lernbedingungen in Hamburger Grundschulen, 2007, S. 127-165; T.C. Stubbe/W. Bos/B. Euen, Der Übergang von der Primar- in die Sekundarstufe, in: W. Bos et al. (Hrsg.), IGLU 2011, Lesekompetenzen von Grundschulkindern in Deutschland im internationalen Vergleich, S. 209-226.

<sup>24</sup> Vgl. dazu m.w.N. *Dumont/Maaz/Neumann/Becker* (Fn. 11), S. 150.

<sup>25</sup> Näher dazu mit Nachweisen *W. Cremer*, Die verbindliche Übergangsempfehlung zur Sekundarstufe, in: *Selektion und Gerechtigkeit in der Schule*, 2012, S. 79 (98 ff.).

<sup>26</sup> *W. Bos et al.*, Schullaufbahneempfehlungen von Lehrkräften für Kinder am Ende der vierten Jahrgangsstufe, in: *W. Bos et al.*, Einige Länder der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich, 2004, S. 191-228; *K.H. Arnold/W. Bos/P. Richert, T.C. Stubbe*, Schullaufbahnpräferenzen am Ende der vierten Klassenstufe, in: *W. Bos et al.* (Hrsg.), IGLU 2006, Lesekompetenzen von Grundschulkindern in Deutschland im internationalen Vergleich, S. 271-297; *T.C. Stubbe/W. Bos*, Schullaufbahneempfehlung von Lehrkräften und Schullaufbahnentscheidungen von Eltern am Ende der vierten Jahrgangsstufe, *Empirische Pädagogik*, 22 (2008), S. 49-63; *K. Maaz/G. Nagy*, Der Übergang von der Grundschule in die weiterführenden Schulen des Sekundarschulsystems: Definition, Spezifikation und Quantifizierung primärer und sekundärer Herkunftseffekte, in: *J. Baumert/K. Maaz/U. Trautwein* (Hrsg.), *Bildungsentscheidungen*, Zeitschrift für Erziehungswissenschaft, Sonderheft 12, 2009, S. 153-182.

<sup>27</sup> Vgl. *K.-H. Arnold/W. Bos/P. Richert/ T. C. Stubbe*, in: *W. Bos et al.* (Hrsg.), IGLU 2006, Lesekompetenz von Grundschulkindern im internationalen Vergleich, S. 271 (286 ff.). Freilich werden diese Ergebnisse der Bildungsforschung auch von hochrangigen Befürwortern verbindlicher Übergangsempfehlungen teils schlicht ignoriert oder im Sinne einer Alltagstheorie negiert, wenn es etwa heißt, dass insoweit eine bewusste Benachteiligung dieser Schüler durch die Lehrkräfte sicher ausscheide und vielmehr auf fehlende elterliche Unterstützung bzw. unzureichende Sprachkenntnisse von den Klassenlehrern bei der Übertrittsempfehlung mit in

Dabei finden sich verschiedene (kumulativ wirkende) Gründe zur Erklärung dieses Befundes. So gaben Lehrkräfte in einer Interview-Studie<sup>28</sup> an, dass die von ihnen antizipierten elterlichen Unterstützungsmöglichkeiten die Vergabe der Übergangsempfehlung beeinflussen. In der Erziehungswissenschaft wird teils spekuliert, ob es gerechtfertigt oder gar rational sei, einem Kind aus einem bildungsnahen Elternhaus eher eine gymnasiale Empfehlung zu erteilen als einem im Hinblick auf die Leistungen vergleichbaren Kind aus einem bildungsfernen Elternhaus in der Jahrgangsstufe 4, da die Erfolgsaussichten aufgrund der zu erwartenden elterlichen Unterstützung regelmäßig höher seien. Ich vermisse in der Diskussion die Auseinandersetzung mit der Frage, ob diese geringere bzw. größere Unterstützung seitens des Elternhauses sich nicht bereits in der Grundschule ausgewirkt haben müsste. Dies liegt umso näher, als Kinder mit fortschreitendem Alter oft besser in der Lage sind, ihr Lernverhalten selbst zu organisieren. Man mag dem entgegenhalten, dass die Bildungsferne der Eltern sich aufgrund der auf dem Gymnasium gegenüber der Grundschule höheren Anforderungen erst dort auswirke. Dem wird man indes wiederum entgegenhalten müssen, dass es maßgeblich auf die Bildungsaspiration der Eltern ankommt und insoweit maßgeblich ist, ob sich Eltern von Anfang an um den Bildungserfolg des Kindes kümmern und es dementsprechend unterstützen. Wenn es an dieser Unterstützung – wie bei bildungsfernen Schichten häufig gegeben – von Anfang an fehlt, das Kind aber dennoch die Grundschule mit guten Leistungen bewältigt, gilt das zuvor Gesagte, nämlich dass das Kind mutmaßlich auch weiter ohne Unterstützung in der Schule und eben auf dem Gymnasium zurechtkommt.

Des Weiteren gaben Lehrkräfte in Interviews im Rahmen der BIKS-Studie an – von besonderem Interesse im Hinblick auf das Übergangsregime in Bayern –, dass sie potentiellen Konfliktsituationen und Auseinandersetzungen mit Eltern über eine bevorstehende Übergangsempfehlung dadurch ausweichen, dass sie im Vorhinein eine entsprechende Anpassung der Noten vornehmen.<sup>29</sup>

In eben diese Richtung weisen auch die Befunde empirischer Studien, welche unmittelbar sekundäre Herkunftseffekte auf die Notenvergabe untersucht haben. So haben etwa die IGLU-

---

Rechnung gestellt werden, vgl. etwa *Meininger*, Der Übertritt auf eine weiterführende Schule – konkret und grundsätzlich, in: Lin-Klitzing/Di Fuccia/Müller-Frerich (Hrsg.), *Übergänge im Schulwesen*, 2010, S. 19 (25).

<sup>28</sup> *I. Nölle/T. Höstermann/S. Krolak-Schwerdt/C. Gräsel*, Relevante diagnostische Informationen bei der Übergangsempfehlung – die Perspektive der Lehrkräfte, *Unterrichtswissenschaft* 37 (2009), S. 294-319.

<sup>29</sup> *S. Pohlmann-Rother*, Die Herausbildung der Übergangsempfehlung am Ende der Grundschulzeit, *Zeitschrift für Grundschulforschung*, 3 (2010/2), S. 136-148.

Studie<sup>30</sup> wie auch die Übergangs-Studie<sup>31</sup> auf der Basis von national repräsentativen Stichproben herausgefunden, dass Kinder aus sozioökonomisch starken Familien bei gleichen Testergebnissen im Vergleich zu Kindern aus sozioökonomisch schwachen Familien besser benotet worden sind.<sup>32</sup>

#### e) Negative migrationsbezogene sekundäre Herkunftseffekte?

Obschon in Bayern wohl im Vergleich mit den 15 anderen Bundesländern die relativ wenigsten Migrantenkinder Gymnasien besuchen, gibt die Bildungsforschung keinen (belastbaren) Hinweis auf migrationsbezogene *negative* sekundäre Herkunftseffekte. Jüngere Forschungen deuten sogar eher in die Gegenrichtung.<sup>33</sup> Eine Verzerrung der Eignungsprognose resp. notenbasierten Übergangentscheidung durch migrationsbezogene *positive* sekundäre Herkunftseffekte ist aber durch die Bildungsforschung auch nicht hinreichend valide belegt und liegt angesichts der genannten Statistik jedenfalls in Bayern alles andere als nahe.

### 3. Validität des Probeunterrichts und Anzahl der freien Plätze an der jeweiligen „Probeunterrichts-Schule“

Ohne dass insoweit wohl ein valider empirischer Befund existierte, wird verschiedentlich („unter vorgehaltener Hand“) berichtet, dass die Existenz resp. Anzahl freier Plätze an einer bestimmten Schule Auswirkungen auf die Beurteilung der Leistungen der Schüler/innen im Probeunterricht hat. Eine solche Annahme ist angesichts eines zunehmenden Wettbewerbs zwischen den Schulen – vor dem Hintergrund zunehmender Auslobungen unter dem Motto „gute oder beste Schule“, vor allem aber eines zunehmenden Verdrängungswettbewerbs angesichts sinkender Schülerzahlen, insbesondere in ländlichen Gebieten – auch äußerst plausibel und unterstreicht die Schwächen des bayrischen Modells. Der Probeunterricht ist jenseits seiner bereits oben ausgewiesenen fragwürdig hohen Erfolgsquoten mithin in

<sup>30</sup> Siehe K.H. Arnold/W. Bos/P. Richert, T.C. Stubbe, Schullaufbahnpräferenzen am Ende der vierten Klassenstufe, in: W. Bos et al. (Hrsg.), IGLU 2006, Lesekompetenzen von Grundschulkindern in Deutschland im internationalen Vergleich, S. 271-297.

<sup>31</sup> Siehe K. Maaz/G. Nagy, Der Übergang von der Grundschule in die weiterführenden Schulen des Sekundarschulsystems: Definition, Spezifikation und Quantifizierung primärer und sekundärer Herkunftseffekte, in: J. Baumert/K. Maaz/U. Trautwein (Hrsg.), Bildungsentscheidungen, Zeitschrift für Erziehungswissenschaft, Sonderheft 12, 2009, S. 153-182.

<sup>32</sup> Vgl. auch T.C. Stubbe/W. Bos, Schullaufbahneempfehlung von Lehrkräften und Schullaufbahnentscheidungen von Eltern am Ende der vierten Jahrgangsstufe, Empirische Pädagogik, 22 (2008), S. 49-63; ferner H. Ditton, Kompetenzaufbau und Laufbahnen im Schulsystem: Ergebnisse einer Längsschnittuntersuchung an Grundschulen, 2007, der für die KOALA-S-Studie freilich nur von vergleichsweise kleinen Effekten berichten kann.

<sup>33</sup> Vgl. dazu Dumont/Maaz/Neumann/Becker (Fn. 11, S. 151 f. m.w.N.).

besondere Weise anfällig für leistungsfremde Eigeninteressen der den Probeunterricht abhaltenden Schule.

## **E. Vereinbarkeit des bayrischen Übergangsregimes mit dem Grundgesetz**

Vor dem Hintergrund dieser Befunde wird nun zuerst geprüft, ob das bayrische Übergangsregime mit dem GG vereinbar ist.

### **I. Identifizierung der einschlägigen Normen des Grundgesetzes**

Insofern gilt es zunächst die potentiell verletzten Verfassungsnormen zu identifizieren.

#### **1. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. den Grundrechten der Schüler/innen (Art. 12 Abs. 1 GG)**

In Betracht kommt im Falle eines Nichtübereinstimmens von verbindlicher notenbasierter Übergangsentscheidung und Elternwunsch eine Verletzung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wonach „Pflege und Erziehung der Kinder (...) das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht“ sind. Insofern sei im Sinne eines Inkurses nochmals angemerkt, dass dieses vorliegend zentrale Grundrecht in Art. 126 Abs. 1 BV seine Entsprechung findet und dennoch vom bayrischen Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil aus dem Jahre 2014 nicht in den Blick genommen wurde.

Verstärkt wird das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG durch verschiedene Grundrechtspositionen des betroffenen Schülers;<sup>34</sup> jedenfalls soweit der Schülerwunsch mit dem Elternwunsch übereinstimmt. Zu nennen ist vor allem Art. 12 Abs. 1 GG<sup>35</sup> – primär in

---

<sup>34</sup> Dazu *P. Tettinger*, Zukunftssicherung durch Bildung der Kinder, NWVBl. 2005, S. 332 (333); *K. Rennert*, Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Schulrecht, DVBl 2001, S. 504 (508).

<sup>35</sup> Vgl. dazu instruktiv BVerfGE 58, 257 (273 ff.) bzgl. der Entlassung vom Gymnasium; ferner OVG Münster NJW 1976, S. 725 (726), bzgl. einer zwangsweisen Entlassung eines Schülers vom Gymnasium; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, S. 246 (246 ff.); *B. Pieroth*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl 1994, S. 949 (957); *Rennert* (Fn. 34), S. 508; *P. Glotz/K. Faber*, in: E. Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 28, Rn. 10 f.; *T. Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1. Aufl. 1969, S. 267; *J. Rux*, Die pädagogische Freiheit des Lehrers, 2002, S. 37; a.A. und lediglich Art. 2 Abs. 1 GG als einschlägig ansehend *G. Beaucamp*, Neues zum Rechtsschutz gegen verbindliche Schulwahlempfehlungen, NVwZ 2009, S. 280 (281). Ebenfalls Art. 12 I GG für den Bereich allgemeinbildender Schulen insgesamt als nicht einschlägig erachtend *Gerrit Manssen*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rn. 62, nach dem mangels unmittelbaren Bezugs zur späteren Berufstätigkeit und damit im „Vorfeld des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG“ allein Art. 2 Abs. 1 GG Prüfungsmaßstab für Nichtversetzungen in eine höhere Klasse oder den Verweis von einer allgemeinbildenden Schule sei. *H. D. Jarass*, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, S. 674 (677), leitet aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG ein „allgemeines Verfassungsrecht auf schulische Bildung und Ausbildung“ ab, welches auch Teilhabegehalte aufweise. Vor diesem Hintergrund spreche vieles dafür weiterbildende Schulen (soweit sie überwiegend allgemeine Bildungsinhalte vermitteln) nicht dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen.



seiner abwehrrechtlichen, ggf.<sup>36</sup> auch in seiner teilhaberechtlichen Dimension.<sup>37</sup> Letztlich kommt dem Schülerwunsch und den korrespondierenden Grundrechtspositionen angesichts des Zeitpunktes der Übergangsentscheidung in Bayern – die Kinder sind beim Übergang in die Sekundarstufe zuallermeist zwischen 9 und 11 Jahren alt – freilich neben dem Elternrecht regelmäßig keine entscheidende verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Ungeachtet des Charakters von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als dienendes Grundrecht im Interesse des Kindeswohls,<sup>38</sup> kommt den Eltern prinzipiell<sup>39</sup> und nicht nur gegenüber dem Staat,<sup>40</sup> sondern auch gegenüber ihren noch nicht grundrechtsmündigen Kindern ein Interpretationsprimat zur Bestimmung des Wohls eben dieser, ihrer Kinder, zu<sup>41</sup> – ohne dass der Wille der Kinder von Verfassungs wegen in diesem Konflikt gänzlich unberücksichtigt bleiben dürfte.<sup>42</sup> Jedenfalls ist das Wohl des Kindes lediglich mittelbares Schutzgut des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 S. 2 GG; unmittelbar

<sup>36</sup> Insbesondere soweit man (trotz Schulpflicht) wegen des Leistungscharakters von Schule die Einschlägigkeit der abwehrrechtlichen Funktion ablehnt.

<sup>37</sup> Bzgl. Letzterem bedarf es freilich der Verknüpfung mit Art. 3 Abs. 1 GG, näher dazu *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 362 f.

<sup>38</sup> Siehe schon BVerfGE 24, 119 (143) unter Bezugnahme auf BVerfGE 10, 59 (67, 76 ff.) und *E. Stein*, Die rechtsphilosophischen und positivrechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in: E. Stein/W. Joest/H. Dombois (Hrsg.), Elternrecht, 1958, S. 5 ff. (10): „In Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Recht und Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses ‚Elternrechts‘, das insoweit treffender als ‚Elternverantwortung‘ bezeichnet werden kann.“ Den Begriff „Elternverantwortung“ verwenden auch BVerfGE 37, 217 (252); 60, 79 (88). Der Begriff „dienendes Grundrecht“ findet sich in BVerfGE 59, 360 (377); ferner BVerfGE 61, 358 (372); 99,145 (156) zuvor bei *P. Saladin*, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: FS für H. Hinderling, 1976, S. 175 (199 f.); *T. Oppermann*, Gutachten C zum 51. DJT 1976, C 100; *F. Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, 801 ff.; vgl. zudem *C v. Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 6, Rn. 53; *G. Robbers*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Abs. 2, Rn. 145; *J. Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Aufl. 2011, § 191, Rn. 39 f.; *Alexander Lüderitz*, Elterliche Sorge als privates Recht, AcP 178 (1978), S. 263 (266 ff.), wobei dieser betont, dass es sich bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht um ein Recht handelt, das allein im Interesse des Kindes besteht. Vgl. auch *E.-W. Böckenförde*, Elternrecht, Recht des Kindes, Recht des Staates, in: J. Krautscheidt/H. Marré (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, 1980, S. 67 ff.; *A. Schmitt-Kammler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S. 20 (28).

<sup>39</sup> Modifikationen im Schulbereich und insbesondere bei der Schul(form)wahl werden nachfolgend noch vertiefter erörtert.

<sup>40</sup> BVerfGE 4, 52 (56); 24, 119 (135, 138, 143, 145); 31, 194 (204 f.); 33, 236 (238); 47, 46 (70); 56, 363 (381); 60, 79 (88, 94); BayVGHE 7, 9 (13) bzgl. des Elternrechts gem. Art. 126 Abs. 1 S. 1 BV; OVG Hamburg, DVBl. 1960, S. 742 (743). Zur Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Elternrecht gem. Art. 120 WRVerf und Art. 6 Abs. 2 GG: *Stein*, (Fn. 38), S. 5 (39 ff., 55 f.); *Ossenbühl*, (Fn. 38), S. 801 (806 ff.); *Robbers*, (Fn. 38), Rn. 211; *Isensee*, (Fn. 38), § 191, Rn. 40 f.

<sup>41</sup> *W. Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 141; Zur Reichweite des „Vorrangs“ der Eltern bei der Erziehung gegenüber dem Kind, *W. Schmitt Glaeser*, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, 1980, S. 55 f. A.A. *wohl M. Roell*, Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, 1984, S. 51 f. Siehe auch *Barczak*, (Fn. 1), S. 205 f.: „Ein Wohl des Kindes gegen seinen Willen kann es nicht geben. Dem urteilsfähigen Kind ist daher aufgrund der erheblichen Folgen für seine künftige Lebensplanung und gestützt auf das Gebot der Rücksichtnahme gem. 1626 Abs. 2 S. 1 BGB ein eigenes *Vetorecht* gegen die Schulwahl seiner Eltern zuzugestehen.“ Da hier auf die Urteilsfähigkeit abgestellt wird, geht wohl auch *Barczak* bei grundrechtsunmündigen Kindern von einem Entscheidungsprimat der Eltern aus.

<sup>42</sup> Dazu *P. Hölbling*, Wieviel Staat vertragen Eltern?, 2010, S. 146 ff. Vorliegend ist insbesondere an eine elterliche Pflicht zur (diskursiven) Auseinandersetzung mit einem entgegenstehenden Kinderwunsch zu denken; zumal wenn der Kinderwunsch der Übergangsempfehlung entspricht. Näher zum Ganzen *Barczak*, (Fn. 1), S. 167 f. und 201 ff.

gewährleistet ist die treuhänderisch gebundene Freiheit der Eltern (zu Pflege und Erziehung ihrer Kinder).

## **2. Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG**

Des Weiteren kommt angesichts der geschilderten sekundären Herkunftseffekte bei der notenbasierten Übergangentscheidung eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG in Betracht.

## **II. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG wegen sekundärer Herkunftseffekte**

### **1. Empirischer Befund: Mittelbare Diskriminierung durch verbindliche Übergangsempfehlungen**

Oben (D. II. 2 d) wurde gezeigt, dass Kinder aus sozial schwachen und bildungsfernen Elternhäusern häufig erst bei signifikant höheren Leistungswerten eine Gymnasialempfehlung erhalten als Kinder aus bildungsnahen Elternhäusern und das dies auch gilt, wenn die Übergangentscheidung, wie in Bayern, strikt notenabhängig ist.

### **2. Verfassungsrechtliche Würdigung**

#### **a) Verfassungsdogmatische Vormerkung**

Diese „soziale Schieflage“ der Prognosen und Empfehlungen begründet eine mittelbare Diskriminierung, die, vorbehaltlich der sogleich zu behandelnden Zurechnungsfrage, verfassungsrechtlich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG als Diskriminierung<sup>43</sup> nach der Herkunft<sup>44</sup> eingefangen und vorbehaltlich einer Rechtfertigung als verfassungswidrig zu qualifizieren ist. Versteht man den Herkunftsbegriff enger, läge gegenüber dem betroffenen Kreis von Kindern resp. den nicht von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG erfassten Kindern eine ebenfalls rechtfertigungsbedürftige mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG vor. Insoweit sei angemerkt, dass sich in diesem Falle die weitere Gedankenführung und das Ergebnis der Prüfung nicht unterscheiden.

---

<sup>43</sup> Vgl. zur Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen in Art. 3 Abs. 3 S. 1 (6. Alt.) BVerfGE 97, 35 (43); 104 373 (Rn. 69); 121, 141 (Rn. 43 ff.); *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 117 m.w.N.; a.A. und damit gegen die Annahme Art. 3 Abs. 3 enthalte auch ein Verbot mittelbarer Diskriminierungen *W. Riefner*, Die mittelbare Diskriminierung und die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, in: FS Friauf, 1996, S. 331 (333 ff.).

<sup>44</sup> Das Gruppenmerkmal der „Herkunft“ ist als soziale, sozial-ökonomische, schichtenspezifische oder ständische Verwurzelung zu verstehen, vgl. nur *Heun* (Fn. 43), Rn. 132 m.w.N.

### **b) (Keine) Zurechenbarkeit der Diskriminierung**

Der These einer Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG durch die (unstreitige) Schlechterbehandlung der Kinder aus bildungsfernen Elternhäusern durch die Übergangsempfehlungen wird entgegen gehalten, dass die durch Übergangsempfehlungen gegenüber Kindern aus bildungsfernen Elternhäusern regelmäßig bewirkten mittelbaren Diskriminierungen dem Gesetzgeber nicht zurechenbar seien. Zurechenbar seien nur solche Benachteiligungen, die ihre Ursache in der gesetzlichen Regelung oder in vom Gesetzgeber bewusst hingenommenen Vorschriften hätten; die gesetzlich bedingte Benachteiligung müsse für den Gesetzgeber offensichtlich gewesen sein. Dies sei bei den schulgesetzlichen Regelungen der Bundesländer mit verbindlichen Übergangsempfehlungen indes nicht der Fall. Vielmehr trügen diese „die Gewähr ihrer gleichmäßigen Vollziehung in ausreichender Weise in sich“ und seien in Normenkomplexe eingebettet, die eine solche Vollziehung fördern.<sup>45</sup> Wie sich diese „Behauptungen“ angesichts der geschilderten Ergebnisse der Bildungsforschung legitimieren können, ist nicht erkennbar. Vielmehr sind dem Normgeber durch eigene Normsetzung bewirkte und angesichts jahrzehntelanger Bildungsforschung seit Langem bekannte Vollzugsdefizite, welche im Sinne von Art. 3 Abs. 3 6. Alt. GG diskriminierend wirken, zurechenbar. Und dieses Ergebnis ergibt sich auch, legt man den vom Bayrischen Verfassungsgerichtshof im Urteil von 21.05.2014 propagierten Maßstab zu Grunde, wenn es dort (Rn. 63) heißt: „Ergibt sich aus der praktischen Auswirkung einer Norm aber eine sachlich nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichheit und ist die ungleiche Auswirkung gerade auf die rechtliche Gestaltung der Norm zurückzuführen, so widerspricht diese dem Gleichheitssatz“.

Und diese sekundären Herkunftseffekte sind (psychologisch bedingt) zumindest partiell wohl auch vollzugsstruktureller Natur. Dies wird auch dadurch nahe gelegt, dass in verschiedenen Bundesländern durchgeführte Lehrerschulungen zur Verbesserung der Diagnostik bei der Eignungsprognose keine substanzielle Absenkung der sekundären Herkunftseffekte bewirkt haben.

### **c) Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG mangels Abhilfemöglichkeiten**

Des Weiteren wird gegen eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG durch verbindliche Übergangsempfehlungen eingewandt, dass keine gegenüber der spezifischen und strukturellen Benachteiligung von Schülerinnen und Schülern aus bildungsfernen Elternhäusern durch verbindliche Übergangsempfehlungen überlegene Abhilfemöglichkeit im Hinblick auf die

---

<sup>45</sup> Barczak, (Fn. 1), S. 321 ff.

Ausräumung oder jedenfalls Abmilderung eben dieser Benachteiligung bestünde.<sup>46</sup> Das gelte auch für die Alternative einer unverbindlichen Empfehlung und mithin ein Elternwahlrecht, denn bei Freigabe des Elternwillens gestalte sich der Übertritt von der Primar- in die Sekundarstufe infolge der sozialschichtspezifischen Bildungserwartungen der Eltern ebenfalls sozial selektiv – mit entsprechend negativen Folgen für das Kindeswohl.

Die Überzeugungskraft dieses Arguments ruht auf zwei Annahmen, einer tatsächlichen und einer rechtlichen. In tatsächlicher Hinsicht ist zu Grunde gelegt, dass bildungsferne Eltern bei freier (nur durch Empfehlungen angeleiteter) Übergangswahl mindestens genauso häufig wie bei (nach oben) verbindlichen Übergangsempfehlungen eine Schulform „wählen“, die unterhalb des Begabungs- und Eignungsniveaus ihrer Kinder liegt. Die oben dokumentierten Ergebnisse der Bildungsforschung mögen dies prima facie nahe legen; indes ist ein „Abweichen nach oben“ im Falle verbindlicher (unzutreffender) staatlicher Eignungsprognosen gänzlich ausgeschlossen, bei Unverbindlichkeit dagegen rechtlich zulässig, mögen bildungsferne Eltern auch äußerst selten für ein solches „Abweichen nach oben“ optieren. Aber selbst wenn man einmal annimmt, dass bildungsferne Eltern nie nach oben abweichen, bleibt in (verfassungs)rechtlicher Perspektive die Frage, ob die geschilderte und dem Staat zurechenbare Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG unter Bezugnahme auf eine Ergebnisgleichheit im Falle diskriminierungsfreier privatautonomer Entscheidungsgewalt gerechtfertigt werden kann. Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, dass die Antwort nur „Nein“ lauten kann. Eine staatlicherseits zu verantwortende, rechtsverbindliche Maßnahme kann nicht unter Hinweis darauf gerechtfertigt werden, dass grundrechtsfundierte privatautonome Entscheidungen (der Eltern) *im statistischen Durchschnitt* zu den gleichen Ergebnissen führen. Dass die Zahl der für den Besuch eines Gymnasiums hinreichend begabten Kinder aus bildungsfernen Schichten wegen sog. herkunftsdeterminierter Bildungsaspirationen im Ganzen (weitgehend) ergebnisneutral ist, vermag eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG nicht zu rechtfertigen. Wegen der eng begrenzten Rechtfertigungsmöglichkeiten im Kontext der speziellen Diskriminierungsverbote nach Art. 3 Abs. 3 GG vermittelt auch die im Kontext von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG noch näher zu erörternde Hemmungshypothese keine ausreichende Rechtfertigung.

Und ein Weiteres kommt dazu: Eltern können durch eine staatliche Übergangsempfehlung nach ganz h.M. von Verfassungs wegen nicht gezwungen werden, ihre Kinder auf einer Schule einer

---

<sup>46</sup> Vgl. Barczak, (Fn. 1), S. 325 ff.

höheren Schulform anzumelden, als von ihnen gewünscht und dies ist (und war) folgerichtig auch in keinem Landesschulrecht vorgesehen, eben auch nicht in Bayern. Eine sog. staatliche Positivkorrektur der elterlichen Schulformentscheidung wäre verfassungswidrig.<sup>47</sup> Der Verbindlichkeit staatlicher Schulformentscheidungen fehlt es mithin von vorne herein und gänzlich an der (dennoch immer wieder suggerierten) Eignung, begabte Schüler/innen vor ihren bildungsfernen Eltern zu schützen. Insoweit hilft keine, weil eben verfassungswidrige verbindliche Empfehlung, sondern lediglich die (frühzeitige) Beratung und Aufklärung durch Lehrer/innen und andere Expertinnen und Experten.

### 3. Ergebnis

Das bayrische Übergangsregime einer strikt notenbasierten verbindlichen Übergangsentscheidung im Sinne einer Negativkorrektur des Elternwillens verletzt ob seiner negativen sekundären Herkunftseffekte Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG.

### III. Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG begründet im Anschluss an die Dogmatik der Freiheitsgrundrechte als Abwehrrechte – ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG liegt unstreitig vor - nach Maßgabe der Elfes-Doktrin<sup>48</sup> zugleich eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und ggf. der korrespondierenden Grundrechte der Kinder. Nachfolgend wird untersucht, ob Art. 6 Abs. 2 S.1 GG durch das bayrische Übergangsregime einer strikt notenbasierten verbindlichen Übergangsentscheidung im Sinne einer Negativkorrektur des Elternwillens unabhängig von dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG verletzt wird.

#### 1. Eingriff in den Schutzbereich

Es wurde gezeigt, dass die verbindliche notenbasierte Übergangsentscheidung den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG berührt; sie greift nach all. Meinung auch in dieses Grundrecht ein.

---

<sup>47</sup> Dazu näher *W. Cremer*, Die verbindliche Übergangsempfehlung zur Sekundarstufe, in: IfBB (Hrsg.), Selektion und Gerechtigkeit in der Schule, 2012, S. 79 (98 ff.).

<sup>48</sup> Aus der sog. Elfes-Doktrin (BVerfGE 6, 32 ff.) geht der umfassende Abwehrgehalt der Freiheitsgrundrechte und damit die Forderung hervor, dass ein grundrechtseinschränkendes Gesetz in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sein muss. Die Forderung nach formeller und materieller Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes wurde von Art. 2 Abs. 1 GG auf die anderen Freiheitsrechte übertragen. Näher dazu *J. Frotz*, Die Reichweite des grundrechtlichen Abwehrenspruchs, 2006, S. 45 ff. Ein verfassungswidriges Gesetz, kann demnach nicht als rechtmäßige Schrankenbestimmung fungieren. Die Regelung der Schulwahlempfehlung verletzt Art. 3 Abs. 3 6. Alt. GG und kann somit keine verfassungsmäßige Schranke des Art. 6 Abs. 2 GG darstellen, auch dieser wird daher durch die Regelung verletzt. Vgl. auch BVerfGE 109, 64 (84): „Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld ist zwar grundsätzlich mit der Berufsfreiheit vereinbar. In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung leistet sie jedoch im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 GG einer Diskriminierung von Frauen im Arbeitsleben Vorschub und stellt deshalb keine verfassungsmäßige Beschränkung der Berufsfreiheit dar.“

## 2. Rechtfertigung

Bleibt die Frage, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist.

### a) Art. 7 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt der Rechtfertigungsprüfung

Generell findet das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG erst in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG und dem dort statuierten staatlichen Wächteramt seine Grenze.<sup>49</sup> Für den Schulbereich gilt zumindest partiell anderes, denn in Art. 7 Abs. 1 GG heißt es: „Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates“. Daraus leiten BVerfG und ganz h.M. zunächst einmal ganz grundsätzlich eine Befugnis (und Pflicht) des Staates zur Organisation, Leitung und Planung des Schulwesens ab.<sup>50</sup> Daraus folgt z.B., dass Eltern (und Kinder) das landesrechtliche Angebot an Schulformen – soweit es nicht grob interessenwidrig ausgestaltet ist, etwa (so das BVerfG)<sup>51</sup> jegliche Differenzierung bis zum Ende der Schullaufbahn vermissen lässt – akzeptieren müssen. Welche Bedeutung und welcher Rang dieser Befugnis im Widerstreit mit Eltern- und Schülergrundrechten im Kontext des Übergangsregimes zur Sekundarstufe I zukommt, ist dagegen weniger geklärt und deutlich und gilt es demgemäß im Folgenden zunächst zu bestimmen.

### b) Grundsatz: Prinzipielle Gleichrangigkeit von staatlichem Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) und elterlichem Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) im Schulwesen

Es besteht weitgehende Übereinstimmung, Art. 7 Abs. 1 GG nicht etwa als bereichsspezifische *lex specialis* zu Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zu qualifizieren;<sup>52</sup> vielmehr gehen BVerfG und h.L. für das Schulwesen prinzipiell von einer Gleichordnung und -rangigkeit von staatlichem Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) und elterlichem Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) aus.<sup>53</sup> Weder bildet „Schule“ unter dem Grundgesetz eine allein staatlich bestimmte

<sup>49</sup> Grundlegend zum Wächteramt *B. Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 GG, 1993.

<sup>50</sup> BVerwGE 6, 101 (104); 18, 38 (39); 21, 289 (290); 47, 201 (204); BVerfGE 26, 228 (238); 34, 165 (182); 47, 46 (71, 80); 59, 360 (377); BayVGh, DVBl 95, S. 419 (bzgl. Art. 130 Abs. 1 BV); *Robbers*, (Fn. 38), Rn. 61; *K. Stern*, in: *Der Verwaltungsstaat im Wandel*, FS für F. Knöpfler, 1996, S. 339 f. Kritisch: *E.-W. Fuß*, *Verwaltung und Schule*, VVDStRL 23 (1966), S. 215 ff.

<sup>51</sup> So mindestens implizit BVerfGE 45, 400 (415 f.) „Zwar darf [...] das Wahlrecht der Eltern zwischen den vom Staat zur Verfügung gestellten Schulformen nicht mehr als zulässig begrenzt werden. Daraus kann jedoch kein Recht der Eltern abgeleitet werden, daß der Staat eine bestimmte, an den Wünschen der Eltern orientierte Schulform zur Verfügung stellen muss. [...] Allerdings kann die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen dort liegen, wo das Wahlrecht und Bestimmungsrecht der Eltern angesichts nur noch einer einzigen vorhandenen obligatorischen Schulform mit einem vom Staat einseitig festgelegten Bildungsziel obsolet wird und leerläuft.“

<sup>52</sup> Vgl. *Barczak*, (Fn. 1.), S. 164 unter Hinweis und mit Nachweis zur abweichenden herrschenden Staatsrechtslehre in Weimar.

<sup>53</sup> BVerfGE 34, 165 (183); 41, 29 (44); 47, 46 (72); 52, 223 (236); 98, 218 (244); 108, 282 (301); dem folgend VGh Kassel, NVwZ 1988, S. 949 (949); VGh Mannheim NVwZ-RR 2003, S. 561 (564); *Böckenförde*, (Fn. 38), S. 82 ff.; *Pieroth*, (Fn. 35), S. 949 (956); *M. Jestaedt*, Staatliche Rolle in der Eltern-Kind-Beziehung, DVBl 1997, S. 693 (695); *Hölbling*, (Fn. 34), S. 137; *Barczak*, (Fn. 1), S. 165.. A.A. und für einen „grundsätzlichen Primat“ der Elternverantwortung auch gegenüber schulischer Erziehung *Robbers*, (Fn. 40), Rn. 219; vgl. auch *Ossenbühl*,

Erziehungsenklave, noch gilt der namentlich gegenüber dem sog. Weimarer Schulkompromiss vorgebrachte Satz der katholischen Soziallehre „Elternrecht bricht Staatsrecht“<sup>54</sup> in seiner Kardinal Faulhaber zugeordneten Variante „Elternrecht bricht Schulrecht“.<sup>55</sup>

### **c) Auflösung der Gleichrangigkeit im Einzelfall: Grundlagen und der Einzelfall „Schulformwahl“**

Freilich ist mit dem Befund der Gleichrangigkeit in Konfliktfällen wenig gewonnen. Das gilt zumal, als dem Gesetzgeber anknüpfend an Art. 7 Abs. 1 GG zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht etwa eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen wäre; dazu taugt Art. 7 Abs. 1 GG schon angesichts seines Befugnisnormcharakters nicht. Vor diesem Hintergrund stellt sich erst recht die Frage, was nun aus der prinzipiellen Gleichrangigkeit von Elternrecht und staatlicher Befugnis für die verfassungsgeleitete Konfliktbewältigung im Einzelfall folgt. Obschon eine in der Literatur frühzeitig nach Inkrafttreten des Grundgesetzes vorgeschlagene bereichsbezogene Typisierung, namentlich eine Dreigliederung in ein „Elternreservat“, ein „Staatsreservat“ und einen „Integrationsbereich“,<sup>56</sup> mittlerweile kaum mehr Anhänger findet, wird doch unter Berufung auf Art. 7 Abs. 1 GG zu Recht – und ohne dass dies hier nochmals begründet werden müsste – angenommen, dass dem Staat im Schulbereich ausschnittsweise ein Regelungsprimat zukommt. Das gilt namentlich – wie bereits erwähnt –<sup>57</sup> für die staatliche Befugnis (und Pflicht) zur Organisation, Leitung und Planung des Schulwesens. Ein diesbezüglicher Primat erscheint schon deshalb akzeptabel und gar weitgehend ohne Alternative, als die Eltern (und Kinder) je einzeln die Schule, jedenfalls jenseits privater Schulen, nicht organisieren, leiten und planen können und wollen. In verfassungsrechtlicher Perspektive kommt m.E. hinzu, dass der Organisations-, Leitungs- und Planungsprimat gerade nicht als Korrektiv der einzelnen Elternentscheidung daher kommt, sondern als *conditio sine qua non* der Existenz eines (staatlichen) Schulwesens überhaupt. Damit fehlt es insoweit von vorneherein und strukturell an einer nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 2 GG zu lösenden Konfliktlage.<sup>58</sup> Was folgt daraus aber nun für den von Art. 7 Abs. 1 GG überlagerten Schulbereich und das Verhältnis von Staat und

---

(Fn. 38), S. 801 ff. Dagegen für einen „gewissen Vorrang“ des staatlichen Mandats *J. Ennuschat*, Völker-, europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Schulpflicht, RdJB 2007, S. 271 (279).

<sup>54</sup> Dazu und zu den Reaktionen prägnant *I. Richter*, *Bildungsverfassungsrecht*, 1973, S. 44.

<sup>55</sup> Vgl. zu Letzterem mit Nachweisen *Barczak* (Fn. 1), S. 164 f.

<sup>56</sup> Vgl. dazu nur *Richter* (Fn. 54), S. 45 m.w.N. Zur Kritik *Ossenbühl*, (Fn. 38), S. 107 ff.

<sup>57</sup> Dazu bereits soeben mit Fn. 50.

<sup>58</sup> Dort, wo es nicht um einen mehr oder weniger unmittelbaren Konflikt zwischen Staat und Individuum resp. vieler Individuen geht, ist Art. 6 Abs. 2 GG auch außerhalb des Schulbereichs nicht einschlägig. So steht die Planung eines Jugendheims oder einer Jugendberatungsstelle selbstverständlich nicht unter dem Vorbehalt, dass im jeweiligen Einzelfall eine Nachweisführung nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG gelingt.

Eltern? Art. 6 Abs. 2 GG lässt sich im Wege systematisch-teleologischer Auslegung entnehmen, dass der Staat dort, wo er im Schulwesen jenseits der Konfliktlösung im Einzelfall tätig wird, also etwa und insbesondere in Organisation, Leitung und Planung, gegenläufigen Organisations-, Leitungs- und Planungswünschen von Eltern grundsätzlich allein unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 GG entgegen treten kann.<sup>59</sup> Solche staatlichen Entscheidungen finden in Art. 7 Abs. 1 GG m.a.W. regelmäßig ein hinreichendes Fundament; zur Überwindung dieses Primats des Staates bedarf es seitens der Eltern der Anführung besonderer und eben jenseits eines allgemeinen (in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fundierten) Erziehungsrechts liegender Gründe – etwa dergestalt, dass die staatliche Organisation oder Planung begabten Schülern kein auch nur irgendwie angemessenes Angebot macht.

Umgekehrt lässt sich Art. 6 Abs. 2 GG der auch im Schulbereich wirksame Gedanke entnehmen, dass der Staat dort, wo er die elterliche Entscheidung im Einzelfall korrigiert bzw. substituiert, einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Es gilt angesichts von Art. 7 Abs. 1 GG zwar nicht die hohe Interventionsschwelle des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG,<sup>60</sup> wohl aber vermag Art. 7 Abs. 1 GG allein den Grundrechtseingriff in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht zu legitimieren. Es bedarf m.a.W. weiterer und (unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten) hinreichender Gründe zur verfassungsgemäßen Überwindung des durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten elterlichen Willens. In diesen Kontext gehört auch die Schulformwahl. Die Schul(form)wahl betrifft – eben anders als bei der Organisation, Planung und Leitung im Schulwesen – das Einzelschicksal des jeweiligen Kindes. Und über dieses Schicksal zu bestimmen, ist das *prima facie*-Recht der Eltern.

Man mag daran anschließend von einem prinzipiellen „Vorrang des Elternwillens“ im Rahmen des bestehenden Angebots sprechen; jedenfalls ist die Durchbrechung des Elternwillens rechtfertigungs- und begründungsbedürftig und kann eben vor allem nicht allein auf Art. 7 Abs. 1 GG gestützt werden.<sup>61</sup> Dies hat das BVerfG frühzeitig deutlich gemacht, wenn es ausführt,

<sup>59</sup> Vgl. nur BVerfGE 34, 165 (182).

<sup>60</sup> BVerfGE 34, 165 (183): „Der Staat ist in der Schule nicht auf das ihm durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zugewiesene Wächteramt beschränkt“ und namentlich zur Schulwahl, ebenda, S. 184: „Dieses Recht der Eltern ist aber (...) nicht allein durch das Wächteramt des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG (...) begrenzt.“

<sup>61</sup> Vgl. auch *Meinel* (Fn. 6), S. 68 ff. Nach BVerfGE 34, 165 (182), ergibt sich zwar aus Art. 7 Abs. 1 GG das Recht des Staates, die Voraussetzungen für den Zugang zur Schule, den Übergang von einem Bildungsweg zum anderen und die Versetzung innerhalb eines Bildungsweges zu bestimmen, einschließlich der Befugnis zur Entscheidung darüber, ob und wie weit das Lernziel vom Schüler erreicht worden ist; jedoch darf das „Wahlrecht der Eltern zwischen den vom Staat zur Verfügung gestellten Schulformen [...] nicht mehr als notwendig begrenzt werden, ebenda, S. 185. Nach *A. Schmitt-Kammler/M. Thiel*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 7, Rn. 38, sei Art. 7 Abs. 1 GG von der Wahl der Schulform „für das Kind gem. dem elterlichen ‚Gesamtplan‘ für die Erziehung“ nicht berührt. Art. 7 Abs. 1 GG komme demnach als Rechtfertigung für einen staatlichen



dass der Staat zwar die Aufgabe hat, „im Rahmen seiner finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten ein Schulsystem bereitzustellen, das den verschiedenen Begabungsrichtungen Raum zur Entfaltung lässt, sich aber von jeder Bewirtschaftung des Begabungspotentials freihält.“<sup>62</sup> Und weiter: „Die Entscheidung über den weiteren Bildungsweg des Kindes hat das Grundgesetz zunächst den Eltern als den natürlichen Sachwaltern für die Erziehung des Kindes belassen. Damit wird jedenfalls dem Grundsatz nach berücksichtigt, daß sich das Leben des Kindes nicht nur nach seiner ohnehin von den Umweltfaktoren weitgehend geprägten Bildungsfähigkeit und seinen Leistungsmöglichkeiten gestaltet, sondern daß hierfür auch die Interessen und Sozialvorstellungen der Familie von großer Bedeutung sind. Diese primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, daß die Interessen des Kindes am besten von den Eltern wahrgenommen werden. Dabei wird sogar die Möglichkeit in Kauf genommen, daß das Kind durch einen Entschluß der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben betriebenen Begabtenauslese vielleicht vermieden werden könnten. Dieses Bestimmungsrecht der Eltern umfaßt auch die Befugnis, den von ihrem Kind einzuschlagenden Bildungsweg in der Schule frei zu wählen.“

Demgemäß lässt sich abschließend resümieren, dass im Schulbereich von Verfassungs wegen zwar keine hermetisch abgeriegelten Eltern- und Staatsreservate anzuerkennen sind, dass aber unter Orientierung an den soeben entwickelten Maßstäben bereichs- oder jedenfalls einzelfallbezogen zwischen solchen Fallkonstellationen unterschieden werden kann, die prima facie elterlicher und solchen die prima facie staatlicher Entscheidungsgewalt zuzuordnen sind. Entsprechend der konsentierten abwehrrechtlichen Grundrechtsdogmatik können diese prima facie-Rechte/Befugnisse freilich überwunden werden, soweit im jeweiligen Einzelfall ausreichende Gründe angeführt werden können. Die Wahl der Schulform beim Übergang in die Sekundarstufe I wurde dabei als prima facie-Recht der Eltern qualifiziert. Demgemäß gilt es nachfolgend der Frage nachzugehen, ob sich für eine Durchbrechung des Elternwillens durch eine verbindliche Übergangsempfehlung nach bayrischem Modell hinreichende Gründe finden.

---

Eingriff in das elterliche Wahlrecht nicht einmal ergänzend in Betracht. Vgl. auch schon *Schmitt-Kammler*, (Fn. 38), S. 32 f., der es ablehnt, aus der staatlichen Organisationsbefugnis gem. Art. 7 Abs. 1 GG auch eine Befugnis zu der Entscheidung, *welche* Schule besucht werden soll, abzuleiten; insoweit handele es sich um „eine dem familiären Erziehungsrecht unterfallenden Entscheidung“ die auch nur den dementsprechenden Grenzen unterliege.

<sup>62</sup> BVerfGE 34, 165 (184); dem folgend BbgVerfG, Beschluss vom 25. 2.1999 – VfGBbg 41/98, NVwZ 2001, S. 91 sowie vorgängig BVerwGE 5, 153 (157 f.) 5, 164 (165); 18, 40 (42). Vgl. auch BVerfGE 60, 79 (94); 72, 122 (139 f.).

## **d) Rechtfertigung der notenbasierten verbindlichen Übergangentscheidung nach bayrischem Muster**

### **aa) Überforderung des Schülers**

Eine Rechtfertigung der Substituierung der elterlichen Schulformwahlentscheidung könnte unter Rekurs auf die Vermeidung einer Überforderung der Schülerin/des Schülers verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Freilich gilt insoweit im Anschluss an die soeben zitierten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ein weitreichender Primat des Elternwillens, der von Verfassungs wegen im Interesse des Kindeswohls allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen staatlicherseits überwindbar ist.

### **bb) Hemmung der Mitschüler: Rechtswissenschaft – Bildungsforschung – Beurteilungsspielraum des Normgebers**

Als grundsätzlich tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Rechtfertigung verbindlicher notenbasierter Übergangentscheidungen kommt dagegen der Rekurs auf die Interessen und Grundrechtspositionen der Mitschüler in Betracht. Und in der Rechtswissenschaft wird dies in der Tat unter Hinweis darauf angenommen, dass (offensichtlich) ungeeignete/schwache Schüler ihre Mitschüler (empfindlich) hemmen und in ihrem Lernerfolg behindern. Zur Vermeidung dessen sei eine Korrektur des Elternwunsches verfassungsrechtlich gerechtfertigt.<sup>63</sup>

Indes finden sich in der Bildungsforschung keine Belege für die Hemmungs- und Behinderungsthese; es fehlt insoweit – soweit ersichtlich – überhaupt an belastbaren empirischen Untersuchungen.<sup>64</sup> Diese dürften freilich auch nicht leicht durchzuführen sein. Erstens mag man davor zurückschrecken, die Schüler zu „Versuchskaninchen“ zu machen und zweitens wird es nicht leicht fallen, den Erfolg der Mitschüler ohne die (mutmaßliche) Hemmung und Behinderung durch ungeeignete Schüler zu simulieren.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Grundlegend *Avenarius/Jeand’Heur* (Fn. 6), S. 45; siehe auch *S. Huster/A. Kirsch*, Die verbindliche Schullempfehlung als Rechtsproblem, RdJB, 2010, S. 212 (215); *Beaucamp*, (Fn. 35), S. 281. Auch nach *Barczak* (Fn. 1), S. 177, setzt der schulische Bildungsauftrag „regelmäßig eine einheitliche Zusammensetzung der Schülerstruktur voraus, damit der schulartspezifische Unterricht in geordneter und effektiver Art und Weise ablaufen kann.“

<sup>64</sup> Dazu auch *J. Orth*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Schulstruktur, NVwZ 2011, S. 14 (17).

<sup>65</sup> Vgl. aber *G. Bellenberg*, Bildungserfolg und Auslese im deutschen Schulsystem, in: C. Lehmann (Hrsg.), *Zukunftsfähige Schule*, FS für H.-G. Babke, S. 10, die einen frühen Übergang in unterschiedlich anspruchsvolle Bildungsgänge als nicht/kaum leistungssteigernd bewertet und dies mit empirischen Hinweisen aus der Berliner Längsschnittstudie ELEMENT belegt. Bei dieser Untersuchung wurde festgestellt, dass Kinder die nach der vierten Klasse an einem Gymnasium (das ausschließlich die 7% leistungsstärksten Schüler des Jahrgangs aufnahm) unterrichtet wurden gegenüber Schülern, die bis zur Klasse 6 in der (leistungsbezogen heterogenen) Grundschule gemeinsam lernten, keine substantziellen Lernvorteile erzielten.

Was folgt aber nun aus dem Befund dieser (schwerlich aufklärbaren) Ungewissheit? Man mag gegen die staatliche Befugnis zur Negativkorrektur einwenden, dass die Hemmungs- und Behinderungsthese schon deshalb nicht plausibel sein kann, weil bekanntlich ohnehin schon viele Schülerinnen und Schüler, deren Kompetenzen unterhalb des Gymnasialniveaus liegen, ein Gymnasium besuchen. Indes unterläge man insoweit wohl einem Zirkelschluss, weil gezeigt werden müsste, dass diese weniger begabten Schüler ihre begabteren Mitschüler nicht hemmen und behindern – wozu es eben wohl auch an belastbaren Belegen fehlt. Außerdem mag gerade ein „unkontrollierter und massenhafter“ Zugang nicht ausreichend Begabter zum Gymnasium „das Fass zu Überlaufen bringen“ und Quantität in Qualität umschlagen, soll heißen: Erst der Gymnasialbesuch (zu) vieler nicht hinreichend Begabter hemmt und behindert die Begabten. Letztlich wird man angesichts all dieser Ungewissheit – wie im abwehrrechtlichen Kontext auch sonst üblich – eine Einschätzungsprärogative des Normgebers akzeptieren müssen, welche vorliegend dazu führt, unter Bezugnahme auf Hemmungsthese die Geeignetheit und letztlich auch die Verhältnismäßigkeit einer Negativkorrektur, jedenfalls soweit den Betroffenen hinreichende Möglichkeiten zum Gegenbeweis eröffnet sind, zu bejahen.

### **cc) Validität/Prognoseungenaugigkeit der Übergangentscheidung**

Jenseits der Einschätzungsprärogative im Hinblick auf die These einer Leistungshemmung leistungstarker Schüler/innen durch leistungsschwache Schüler/innen liegt indes die (logisch vorgelagerte) Frage, ob das bayrische Modell der notenbasierten verbindlichen Übergangsempfehlung leistungsstarke von leistungsschwachen Schülerinnen und Schülern belastbar zu unterscheiden und zu trennen vermag oder genauer – konzentriert auf den Übertritt zum Gymnasium – solche mit einer Eignung für das Gymnasium von solchen ohne ein solche Eignung. Diese Frage lässt sich schon angesichts der oben geschilderten leistungsverzerrenden Faktoren (siehe D. II. 2 a, b und d) bei der Notengebung nicht bejahen; das bayrische System der notenbasierten Eignungsprognosen und daran anschließenden Übergangentscheidungen führt sich aber selbst ad absurdum, wenn sich im Rahmen der Korrekturoption „Probeunterricht“ – wie oben gezeigt – ergibt, dass ein Großteil dieser Eignungsprognosen und staatlichen Übergangentscheidungen als „falsch“ erweisen und zu revidieren sind. Eine genaue Zahl kann nicht angegeben werden, da die Statistik nicht erfasst, wieviel Prozent derjenigen mit bzw. ohne gültiges Übertrittszeugnis den Probeunterricht (nicht) erfolgreich absolviert. Für 2015/16 etwa liegt die Zahl derjenigen die mit gültigem Übertrittszeugnis ohne Gymnasialberechtigung (insgesamt 1219) erfolgreich am Probeunterricht teilgenommen haben

jedenfalls zwischen 569<sup>66</sup> und 1.184<sup>67</sup>, also zwischen 44,8 % und 97,1 %. Vor diesem Hintergrund bricht die Rechtfertigung des bayrischen Modells der Negativkorrektur der elterlichen Entscheidung unter Berufung auf die Interessen und Grundrechte der Mitschüler in sich zusammen, kann sie ihre notwendige Prämisse, nämlich ihre Fähigkeit, die Geeigneten von den Ungeeigneten zu unterscheiden und entsprechend zuzuordnen, doch nicht hinreichend garantieren.

### 3. Ergebnis

Das bayrische Übergangsregime einer strikt notenbasierten staatlichen Negativkorrektur des Elternwillens verletzt (auch) Art. 6 Abs. 1 S. 2 GG.

## F. Vereinbarkeit des bayerischen Übergangsregimes mit der BV

### I. Art. 126 Abs. 1 S. 1 BV

Das in Art. 126 Abs. 1 BV verbürgte Elternrecht ist zwar nicht wortgleich mit Art. 6 Abs. 2 GG gewährleistet; die später entstandene Norm des Grundgesetzes bringt das Verhältnis von Gewährleistung und ihren Grenzen mit seinem „Wächteramt“ vielmehr (anerkanntermaßen) treffender zum Ausdruck.<sup>68</sup> Art. 126 Abs. 1 BV gilt jedenfalls neben Art. 6 Abs. 2 GG und sein Schutz ist im Kern nach Struktur und Inhalt parallel gewährt.<sup>69</sup> So gewährleistet Art. 126 Abs. 1 S. 1 BV insbesondere den Eltern das Recht, den Bildungsweg ihres Kindes zu bestimmen und räumt ihnen ein Wahlrecht zwischen den vom Staat zur Verfügung gestellten oder zugelassenen Schulformen ein, welches nicht mehr als notwendig begrenzt werden darf. Dies wird nicht zuletzt vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof anerkannt.<sup>70</sup> Vor diesem Hintergrund liegt aus den genannten Gründen nicht nur eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG durch das bayrische Übergangsregime einer strikt notenbasierten verbindlichen Übergangsentscheidung im Sinne einer Negativkorrektur des Elternwillens vor, sondern ebenso eine Verletzung von Art. 126 Abs. 1 BV.

### II. Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV

Parallel zu Art. 3 Abs. 1 GG verbürgt Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV einen allgemeinen Gleichheitssatz. Angesichts des Fehlens spezieller Diskriminierungsverbote nach dem Vorbild

<sup>66</sup> Wenn alle (insgesamt 615) ohne gültiges Übertrittszeugnis erfolgreich waren.

<sup>67</sup> Wenn keiner (insgesamt 615) ohne gültiges Übertrittszeugnis erfolgreich war.

<sup>68</sup> Vgl. nur *H. A. Wolff*, in: J. F. Lindner/M. Möstl/H.A. Wolff, *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2009, Art. 126, Rn. 4.

<sup>69</sup> Vgl. nochmal *Wolff* (Fn. 68), Art. 126 Rn. 4.

<sup>70</sup> VerfGH 39, 87 ff; *Wolff* (Fn. 68), Art. 126 BV, Rn. 17.

von Art. 3 Abs. 3 GG, insbesondere dem Verbot einer Diskriminierung nach der Herkunft, werden entsprechende Diskriminierungen nach der bayerischen Verfassung durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV eingefangen. Gleichzeitig wird angenommen, dass das Schutzniveau bezüglich dieses verpönten Diskriminierungsmerkmals nach der bayerischen Verfassung nicht niedriger ausfällt als nach der grundgesetzlichen Norm des Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG.<sup>71</sup> Jedenfalls lässt sich die geschilderte Diskriminierung unter dem Gesichtspunkt sog. sekundärer Herkunftseffekte im Kontext des bayerischen Übergangsregimes auch im Sinne von Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV nicht rechtfertigen. Die Norm ist mithin ebenfalls verletzt.

### **III. Ergebnis**

Das bayrische Übergangsregime einer strikt notenbasierten verbindlichen Übergangsentscheidung im Sinne einer Negativkorrektur des Elternwillens verletzt Art. 126 Abs. 1 BV sowie Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV.

### **G. Gesamtergebnis**

Das bayrische Übergangsregime einer strikt notenbasierten verbindlichen Übergangsentscheidung im Sinne einer Negativkorrektur des Elternwillens verletzt Art. 3 Abs. 3 S. 1 6. Alt. GG, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sowie Art. 126 Abs. 1 BV sowie Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV.

---

<sup>71</sup> J. F. Lindner, in: ders./M. Möstl/H.A. Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 118, Rn. 16.