

Die Entscheidungen werden oft vor allem mit dem Hinweis auf das pädagogische Ermessen selbst dann gehalten, wenn offensichtlich Verfahrensfehler vorliegen. Festzustellen ist auch, dass sich die Rechtsprechung bisher nur sehr oberflächlich mit dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auseinandergesetzt hat. Sie scheut sich offensichtlich davor, behinderten Kindern Ansprüche und Rechte einzuräumen, die zu finanziellen Folgelasten bei den Schulverwaltungen führen könnten. Auch an einer Auseinandersetzung mit den Auswirkungen des Benachteiligungsverbots auf den Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren fehlt es bisher.

Verf.: ORR 'in Gabriele Marwege, E-Mail: g.marwege@freenet.de

Ingo Richter

## Der Übergang vom Kindergarten in die Grundschule – strukturelle und rechtliche Probleme

*Ein Psychologieprofessor der Tübinger Universität und seine Frau klagten im Jahre 1969 vor dem Staatsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg, weil das zuständige Schulamt die Aufnahme ihrer dreijährigen Tochter, die den Schulreifetest bestanden hatte, in die erste Klasse der Grundschule abgelehnt hatte, – und erhielt recht<sup>1</sup>. So jedenfalls habe ich den Fall in zahlreichen Vorträgen referiert und mich immer gefragt, was aus dem Mädchen wohl geworden sein mag. In Wirklichkeit war das Mädchen aber gar nicht drei Jahre alt, sondern fünf Jahre und fünf Monate und hatte den damaligen Stichtag des baden-württembergischen Rechts gerade mal um einen Monat verfehlt, denn mit fünf Jahren und sechs Monaten hätte sie vorzeitig eingeschult werden können. Und der Vater war auch gar kein Psychologieprofessor, sondern ein ganz normaler Mensch, der von der Möglichkeit einer vorzeitigen Einschulung Gebrauch machen wollte.*

*Ich hatte offensichtlich den Fall drastischer gestalten wollen, und die Verfälschung des Falles war mir so in Fleisch und Blut übergegangen, dass ich sie selber geglaubt hatte.*

Der Staatsgerichtshof hat nun allerdings die Regelung des Stichtages für den Beginn der Schulpflicht und der Ausnahmen für eine vorzeitige Einschulung, die das Land auf der Grundlage des Hamburger Abkommens von 1964 und der KMK-Beschlüsse vom 24.10.1967 und vom 28.3.1968 getroffen hatte<sup>2</sup>, für verfassungswidrig erklärt, und die Formulierung der Entscheidung klingt so, als ob sie auch auf Dreijährige Anwendung finden könnte. Der Staatsgerichtshof hielt die Stichtagsregelung für einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Elternrecht. Eine Ganzjahresregelung, d.h. einen Stichtag, der eine vorzeitige Einschulung von fünfjährigen Kindern erlaubt hätte, hielt der Staatsgerichtshof jedoch für verhältnismäßig. Eine schulreife Dreijährige hätte

1 „§ 43 Abs. 1 SchVOG ist mit der Landesverfassung insoweit nicht vereinbar und daher nichtig, als die vorzeitige Schulaufnahme eines Kindes, welches die für den Schulbesuch erforderliche geistige und körperliche Reife besitzt, von der Vollendung des 6. Lebensjahres bis zum 31. Dezember des laufenden Kalenderjahres abhängig gemacht wird“ Staatsgerichtshof Baden-Württemberg vom 2.8.1969 in SPE II AII S. 1

2 Baden-Württemberg hatte den Stichtag auf den 30.9. festgelegt und eine vorzeitige Einschulung von jüngeren Kindern nur zugelassen, wenn sie bis zum 31.12. des Jahres das 6. Lebensjahr vollenden, also bei der Einschulung nicht jünger als fünfthalb Jahre sind.

also auch nach der Entscheidung des Staatsgerichtshofes nicht eingeschult werden können. Die Rechtsprechung der anderen Gerichte ist jedoch der Entscheidung des Staatsgerichtshofes nicht gefolgt, sondern alle Gerichte haben die Stichtagsregelung des Hamburger Abkommens und des KMK-Beschlusses vom 28.3.1968 zur vorzeitigen Einschulung für verfassungsgemäß gehalten<sup>3</sup>.

## 1 Die Grundstrukturen

Kindertagesstätten und Grundschulen sind in Deutschland grundsätzlich institutionell getrennte Einrichtungen. Nach § 24 Abs. 1 SGB VIII hat jedes Kind vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt Anspruch auf den Besuch einer Tageseinrichtung. Der „Übergang“ vom Kindergarten in die Grundschule wird durch die auf der Schulpflicht beruhende Einschulung bestimmt. Die Einschulung bestimmt nach den Schulgesetzen der Länder wiederum die Schulpflicht, die an das Alter der Kinder gebunden ist. Strukturell kann also von einem „Übergang“ eigentlich gar keine Rede sein. Die Kindertageseinrichtung endet und die Schule beginnt, und zwar bestimmt durch die Schulpflicht. Es handelt sich um zwei institutionell unverbundene nebeneinander bestehende Strukturen.

Die Aufnahme in Kindertagesstätten besitzt die folgenden Strukturen:

1. Kinder haben nach § 24 Abs. 3 SGB VIII vom vollendeten dritten Lebensjahr an einen Rechtsanspruch auf den Besuch einer Kindertagesstätte. Auch Kinder vom vollendeten ersten Lebensjahr an haben nach dem neuen Kinderförderungsgesetz (§ 24 Abs. 2 SGB VIII) einen Rechtsanspruch auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung oder in der Kindertagespflege; durchsetzbar wird dieser Anspruch allerdings erst nach dem Ende des Ausbaus der Krippen im Jahre 2013<sup>4</sup>. Bis 2013 ist ein Ausbau der Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege für rd. 35 % dieser Kinder geplant. Für die unter Einjährigen hat der Gesetzgeber in § 24 Abs. 1 SGB VIII zwar keinen Rechtsanspruch geschaffen, wohl aber eine objektiv-rechtliche Vorsorgeverpflichtung der Träger.
2. Eine Kindergartenpflicht gibt es nicht; die Nutzung des Rechtsanspruches ist freiwillig. Da der Kindergarten von rd. 95 % aller Kinder besucht wird, würde die Einführung einer Kindergartenpflicht den relativen Kindergartenbesuch auch nicht wesentlich beeinflussen. Bis 2013 ist ein Ausbau der Kindertagespflege und der Kindertageseinrichtungen für rd. 35 % aller Kinder geplant.
3. Der Rechtsanspruch richtet sich gegen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Diese können nach § 4 Abs. 2 SGB VIII die Eltern jedoch auf die Einrichtungen der freien Träger und auf die Tagespflege verweisen. Die Planung des Ausbaus der Kindertagesstätten und der Tagespflege liegt bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe, und zwar beim Jugendhilfeausschuss (§§ 79 ff. SGB VIII), die jedoch das Subsidiaritätsprinzip zugunsten der freien Träger berücksichtigen müssen (§ 4 Abs. 2 SGB VIII).

3 So schon BVerwGE 35, 111 und die ihm folgenden Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe der Länder wie auch die späteren Entscheidungen BVerwG vom 21.9.1993, in: SPE N:F: Nr. 958, S. 7, BayVerfGH vom 2.7.1998, in: SPE N.F. Nr. 958 S. 8., ebenso Theuersbacher, in: NVwZ 1997, S. 746 m.w.N., a.A. Hobe, in: DÖV 1996, S. 190.

4 Johannes Münster vertritt in einem in Heft 1/2009 der Zeitschrift „Recht der Jugend und des Bildungswesens“ erschienenen Artikel die Auffassung, dass aus der Gesetzesformulierung trotz der objektiv-rechtlichen Formulierung auch für die Zeit bis 2013 ein Rechtsanspruch folgt.

4. Die Kindertageseinrichtungen der freien Träger und die Angebote der Tagespflege bedürfen nach §§ 43 ff. SGB VIII der Erlaubnis durch das Jugendamt.
5. Der Rechtsanspruch auf den Besuch einer Kindertagesstätte beinhaltet – trotz des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 SGB VIII – nicht das Recht auf den Besuch einer bestimmten örtlich oder pädagogisch definierten Kindertagesstätte, und schon gar nicht das Recht auf den Besuch einer Ganztagskindertagesstätte bzw. einer Kindertagesstätte mit bestimmten Öffnungszeiten. Hier jedoch liegen die eigentlichen Probleme der Aufnahme in eine Kindertagesstätte.
6. Bei der Aufnahme in eine Kindertagesstätte, insbesondere in eine Krippe haben die Kinder von Erwerbstägigen, Auszubildenden, Schülern und Studenten sowie Arbeitslosen Vorrang. Dies gilt insbesondere in der Zeit des Ausbaus der Kindertagesstätten und der Tagespflege.
7. Der Besuch einer Kindertageseinrichtung oder die Inanspruchnahme der Tagespflege sind nach § 90 SGB VIII beitragspflichtig. Nach Maßgabe des Landesrechts sind die Beiträge sozial gestaffelt und können unter bestimmten Voraussetzungen ganz wegfallen.
8. Der Auftrag der Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege bezieht sich nach § 22 Abs. 3 SGB VIII heute auf Betreuung, Erziehung und Bildung. Sie sollen auch auf den Übergang in die Grundschule vorbereiten.
9. Das organisatorische und pädagogische Konzept der Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege bestimmen diese selber; dies gilt insbesondere für die freien Träger. Steuerung und Qualitätssicherung durch die Träger der öffentlichen Jungenshilfe spielen jedoch zunehmend eine große Rolle<sup>5</sup>.
10. Die Träger der Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege sollen mit den Grundschulen zusammen arbeiten.

Die Einschulung in die Grundschule besitzt nach Maßgabe des Landesrechts die folgenden Strukturen:

1. Die Schulpflicht beginnt mit einem bestimmten Alter, in der Regel mit der Vollendung des sechsten Lebensjahrs bzw. einige Monate vor der Vollendung des sechsten Lebensjahrs. Die Länder haben unterschiedliche Regelungen für die Vorverlegung der Schulpflicht getroffen und die Sache befindet sich im Fluss<sup>6</sup>. Der Grundschulbesuch ist beitragsfrei; die Lernmittelfreiheit und die Beförderungsfreiheit regelt das Landesrecht unterschiedlich. (Ausnahmen von der Schulpflicht werden nur unter ganz besonderen Bedingungen zugelassen, so dass das Homeschooling in Deutschland im Unterschied zu anderen Ländern kaum verbreitet ist)
2. Die Schulpflicht beginnt früher, wenn Eltern die vorzeitige Einschulung beantragen und die Schule eine entsprechende Entscheidung fällt, wobei einige Länder hierfür einen Zeitrahmen festlegen (Berlin), während andere Länder eine Feststellung der Schulfähigkeit verlangen (NRW).

5 Diskowski, Die Qualitäts- und Bildungsdebatte in der Kindertagesbetreuung, RdJB 2009, S. 94.

6 S. die Übersicht von Van den Hövel, in: RdJB 2009, S. 115.

3. Schulpflichtige Kinder können um ein Jahr zurückgestellt werden, wenn die Eltern dies beantragen, wenn sie aus Entwicklungsgründen noch nicht schulfähig sind oder wenn sie die erforderliche Sprachkompetenz nicht besitzen. Die Länderregelungen sind auch hier sehr unterschiedlich.
4. Die Schulpflicht ist grundsätzlich in der Grundschule zu erfüllen, es sei denn dass ein sonderpädagogischer Förderungsbedarf festgestellt worden ist, der in einer Sonderschule erfüllt werden soll. Grundschulen können Halbtags- oder Ganztagschulen sein.
5. In den meisten Ländern ist die Schulpflicht in der Grundschule des Schuleinzugsbezirks zu erfüllen (sog. Sprengelpflicht); einige Länder haben die Wahlfreiheit auch für Grundschulen eingeführt.
6. Die Träger von Grundschulen, d.h. die Gemeinden oder Gemeindeverbände, sind verpflichtet, wohnortnahe Grundschulen in ausreichender Zahl vorzuhalten (Versorgungsgebot).
7. Bei Über- oder Unterauslastung von Grundschulen können die Schulen Schülerinnen und Schüler auch an andere Schulen verweisen.
8. Die ersten beiden Klassen der Grundschule können als Eingangsstufe organisiert sein.
9. Die Grundschulen sollen bei der Gestaltung des Unterrichts und des Schullebens die Vorerfahrungen der Kinder berücksichtigen. Dazu gehören neben den familiären Verhältnissen vor allem die Vorerfahrungen in Kindertagesstätten. Dabei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass nicht alle Kinder den Kindergarten besuchen.
10. Deshalb sollen die Grundschulen beim Übergang aus dem Kindergarten mit den Kindergarten zusammenarbeiten.

## 2 Rechtliche Grundlagen

Die rechtliche Stellung der Beteiligten baut auf den folgenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen auf:

- Das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG bezieht sich nicht nur auf die familiäre Pflege und Erziehung, sondern auf Betreuung, Erziehung und Bildung in den Kindertagesstätten und in den Schulen. Kern dieses Elternrechts ist die Auswahl der Einrichtung, d.h. der Kindertagesstätte, der Tagespflegeperson und der Schule<sup>7</sup>. Dieses Elternrecht umfasst auch die Entscheidung in örtlicher und zeitlicher Hinsicht: Welche KITA oder Schule wann?
- Auch Kinder haben Rechte, und zwar Grundrechte nach der Verfassung, z.B. nach Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG sowie Rechtsansprüche nach dem einfachen Gesetz, z.B. nach § 1 SGB VIII (Recht auf Förderung, Entwicklung und Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit). Das Elternrecht umfasst nach § 1629 BGB jedoch auch das Recht zur Vertretung ihrer Kinder und d.h. dass die Eltern die Kinderrechte für diese wahrnehmen, solange diese minderjährig sind. Die Eltern sollen dabei nach § 1627 BGB das

7 Grundlegend BVerfGE 35, 165 – Förderstufe.

Wohl des Kindes berücksichtigen, und nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG wacht die staatliche Gemeinschaft über die Ausübung des Elternrechtes. Zwischen dem Elternrecht und dem Kindesrecht können durchaus Spannungen und Gegensätze auftauchen, die jedoch hier nicht Thema sind (s. z.B. § 1626 Abs. 2 BGB). Aus diesem Grunde ist in diesem Zusammenhang stets nur vom Elternrecht und nicht vom Recht des Kindes die Rede.

- Die Kindertagesstätten und Schulen sind in aller Regel unselbständige Einrichtungen ihrer Träger, mögen diese nun privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert sein, d.h. die Bildungseinrichtungen sind keine selbständigen Rechtspersönlichkeiten und können deshalb rechtlich nicht selbständig handeln. Auch wenn ihnen im Rahmen der neueren Gesetzgebung eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt worden ist, bleibt die Entscheidungsmacht des Trägers erhalten.
- Die Privatschulen können sich auf die grundrechtlich geschützte Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 GG berufen; für Grundschulen gilt dies nach Art. 7 Abs. 5 GG jedoch nur, wenn sie die dortigen Genehmigungsbedingungen erfüllen.
- Die rechtlichen Grundlagen für die Stellung der freien Träger sind unterschiedlich: Die Kirchen können sich auf die Religionsfreiheit und auf die Freiheit der Religionsausübung nach Art. 4 Abs. 2 GG berufen, die auch für die von ihnen geschaffenen Wohlfahrtsorganisationen gilt. Eine weit verstandene Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG schützt auch die Arbeit gewerkschaftlich organisierter freier Träger. Soweit solche spezifischen grundrechtlichen Positionen nicht eingreifen, schützt Art. 9 Abs. 1 GG die Arbeit der gemeinnützigen freien Träger oder eine kollektive Wahrnehmung der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 19 Abs. 3 GG.
- Die kommerziellen Träger von Kindertageseinrichtungen und Privatschulen können sich auf die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen.
- Die Rechtsgrundlagen der Kommunen liegen im kommunalen Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 GG, das sowohl für die Trägerschaft der Kindertageseinrichtungen wie der Grundschulen von Bedeutung ist, weil es den Kommunen das Recht gibt, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ zu regeln.
- Art. 7 Abs. 1 GG schließlich überträgt dem Staat die Aufgabe der Schulaufsicht und das heißt die „Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens“<sup>8</sup>.

Unter diesen rechtlichen Voraussetzungen sind nun die Probleme zu lösen, die sich aus den strukturellen Fragen des Übergangs von den Kindertagesstätten in die Grundschulen ergeben.

### 3 Schulpflicht

Der Europäische Gerichtshof, das Bundesverfassungsgericht sowie verschiedene Verfassungs- und Verwaltungsgerichte der Länder haben vielfach entschieden, dass die Schulpflicht weder gegen Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention noch ge-

8 BVerwGE 6, 101, 104.

gen Art. 6 Abs. 2 GG verstößt<sup>9</sup>. Die Einführung der Schulpflicht ist als solche ein Eingriff in das Elternrecht und bedarf deshalb der gesetzlichen Regelung (Gesetzesvorbehalt), die in allen Ländern der Bundesrepublik vorliegt. Die gesetzliche Regelung muss jedoch vor dem Verhältnismäßigkeitsprinzip standhalten, d.h. die Schulpflicht muss ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels sein; sie muss in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen und sie muss zumutbar sein.

Da die Schulpflicht in Deutschland seit gut 300 Jahren existiert und lange Zeit zu den gesellschaftlichen Selbstverständlichkeiten gehörte, so wie die Wehrpflicht und die Steuerpflicht (die drei Grundpflichten der Staatsbürger), haben sich die deutschen Gerichte bisher kaum die Mühe einer gründlichen Begründung gemacht. Angesichts der Erfolge des Homeschooling in vielen Ländern der Welt, angesichts von Pluralisierung und Globalisierung, angesichts der Finanzierungsprobleme im öffentlichen Schulwesen und angesichts der beträchtlichen Mobilisierungserfolge der Anhänger einer bloßen Unterrichtspflicht sollte man sich in Zukunft die Mühe einer gründlichen Begründung machen. Schließlich galt auch in Deutschland die bloße Unterrichtspflicht bis 1919.

Ziel der Schulpflicht kann nicht die Bildung des einzelnen Menschen sein, sondern es muss sich um ein Staatsziel handeln. Das Menschenbild des Grundgesetzes geht davon aus, dass es sich um eine „eigenverantwortliche Persönlichkeit“ handelt, „die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet“<sup>10</sup>, d.h. die auch für ihre Bildung grundsätzlich selbst verantwortlich ist. Bildung als Staatsaufgabe setzt deshalb stets einen entsprechenden staatlichen Zweck voraus<sup>11</sup>. Dieser Staatszweck kann nur die Allgemeine Bildung des Menschen sein, mag man sie nun mit Humboldt klassisch oder mit PISA modern als Kompetenz formulieren<sup>12</sup>. Die Schulpflicht ist zur Erreichung dieses Ziels geeignet, und zwar auch dann wenn sie in Privatschulen erfüllt wird, die nach dem Konnexitätsprinzip eng an das öffentliche Schulwesen gebunden sind. Die Schulpflicht ist geeignet, weil sie bewirkt, dass die Allgemeine Bildung oder die Grundbildung – welcher Konzeption man auch immer folgen will – alle Menschen erreicht. Sie ist aber nicht nur geeignet, sondern sogar notwendig für die Erreichung dieses Ziels, denn nur durch die Schulpflicht werden wirklich alle Menschen erreicht. Im Prinzip ist die Schulpflicht auch angemessen, denn das Homeschooling ist kein „milderes Mittel“ zur Erreichung desselben Ziels. Freilich wird man in absehbarer Zeit in Diskussionen über das zeitliche Ausmaß der Schulpflicht eintreten müssen, und zwar sowohl was ihre Dauer im Lebenslauf angeht als insbesondere auch was die Wochenstundenzahl des schulischen Unterrichts betrifft. Zumutbar ist die Schulpflicht den Eltern auch. Man muss in Deutschland dringend dem Gerede entgegentreten, dass die Zustände des öffentlichen Schulwesens unzumutbar seien und dass allenfalls Privatschulen bildungswilligen Schülern und Eltern zugemutet werden können.

9 BVerfG, in: RdJB 1993, 113; BVerfG, in: DVBI 2002, 971; EuGHMR vom 7.12.1976, in: SPE a.F. S. IAI/1001 – Kjeldsen.

10 BVerfGE 32, 98, 107 f.

11 Richter, Art. 7, in: Denninger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage 2001, Rn. 18 mit einer entsprechenden Auslegung des Schulaufsichtsbegriffes.

12 Jeismann, Zur Bedeutung der „Bildung“ im 19.Jahrhundert, in: ders./Lundgreen, Handbuch der deutschen Bildungsgeschichte, Band III, 1987 S. 4 f.; Baumert et al., PISA 2000: Untersuchungsgegenstand, theoretische Grundlagen und Durchführung der Studie, in: Deutsches PISA-Konsortium (Hrsg.), PISA 2000. 2001, S. 19 f.

## 4 Das Elternrecht als Zugangsrecht

Dieses Recht ist unbestritten, obwohl es nirgendwo ausdrücklich steht. Es ist die Konsequenz aus der Erstreckung des Elternrechts auf die Schule<sup>13</sup>. Wenn die Schulpflicht einen Eingriff in das Elternrecht darstellt (s.o.), dann bedarf nicht nur die Einführung der Schulpflicht selber der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern einer solchen Rechtfertigung bedürfen alle Einzelheiten der Durchführung, weil auch sie Eingriffe in das Elternrecht darstellen, denn das Elternrecht umfasst die Wahl einer Schule an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit.

### 4.1 Schulreife, Schulfähigkeit oder Integrierter Schulanfang für alle.

Wenn der Gesetzgeber das Lebensalter als Kriterium der Schulfähigkeit wählt, dann muss das Alter ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Zweckes der Schulpflicht sein, und als Zweck der allgemeinen Schulpflicht dient das Staatsinteresse an der allgemeinen Bildung der Bürgerinnen und Bürger (s.o.). Das Lebensalter besitzt nun diese Eignung als Kriterium zur Feststellung der Schulfähigkeit allenfalls annäherungsweise. Wie wir alle aus der Erfahrung wissen und wie es in zahllosen Studien nachgewiesen wurde, gibt es beträchtliche geschlechtsspezifische und herkunftsbezogene Unterschiede bei der Schulfähigkeit der Kinder; es bestehen außerdem starke individuelle, familiäre und regionale Unterschiede<sup>14</sup>. Und wissen wir überhaupt, was Schulfähigkeit ist? Den Ausdruck „Schulreife“ dürfen wir schon gar nicht mehr benutzen, weil wir wissen, dass es sich nicht um rein interne psychische Vorgänge handelt, sondern um einen komplexen Zusammenhang von inneren und äußeren Entwicklungen, und dass deshalb Entwicklungsprozesse unterschiedlich ablaufen<sup>15</sup>. Aber gilt das nicht auch für den Erwerb der Schulfähigkeit? Um welche Fähigkeiten geht es eigentlich? um kognitive und soziale Kompetenz? um Sprachkompetenz, die besonders in den vergangenen Jahren in den Mittelpunkt der Diskussion gestellt wurde? Die Feststellung von „Schulfähigkeit“ setzt ein prognostisches Urteil voraus<sup>16</sup>. Erlaubt das Lebensalter eine solche Prognose? Und überhaupt: Ist es nicht gerade die Aufgabe der Schule, Kompetenz zu vermitteln<sup>17</sup>? Wie kann man denn dann Kompetenz zur Zugangsvoraussetzung machen? Dies gilt insbesondere von der Sprachkompetenz. Das Lebensalter allein erlaubt keine Prognose der Kompetenz; deshalb ist der Festlegung der Einschulung auf einen festen Stichtag unzulässig.

Genau aus diesen Gründen haben die Gesetzgeber auch auf die Festlegung eines fixen Stichtages verzichtet, sondern einen gewissen Spielraum für die Einschulung eröffnet, einen integrierten Schulanfang für alle. Die Hälfte der Länder legt die Schulpflicht nach wie vor auf die Vollendung des sechsten Lebensjahres fest, erlaubt aber die vorzeitige Einschulung (s.u.)<sup>18</sup>; die anderen lassen die Schulpflicht um bis zu einem halben Jahr früher eintreten, wobei einige eine schrittweise Vorverlegung vorsehen. Diese Eröffnung eines Zeitrahmens für die Einschulung macht die oben gestellten kritischen Fragen an die Eignung des Kriteriums „Lebensalter“ für den Eintritt der

13 Erstmals grundsätzlich BVerfGE 35, 165 – Förderstufe.

14 Zusammenfassend jetzt Dollase, Das Schuleintrittsalter: Konfusionen und Paradoxien, in diesem Heft S. 262.

15 Rauer, Schulfähigkeit, in: Lenzen (Hrsg.), Enzyklopädie Erziehungswissenschaft, Band 7, 1985 S. 455.

16 Rossbach, Vorschulische Erziehung, in: Cortina et al. (Hrsg.), Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2008, S. 317.

17 Einsiedler et al., Die Grundschule zwischen Heterogenität und gemeinsamer Bildung, in: Cortina et al. (Hrsg.), Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2008, S. 336 ff.

18 S. die Übersicht von Van den Hövel in diesem Heft S. 260.

Schulpflicht zwar nicht überflüssig, aber – verbunden mit der Möglichkeit einer vorzeitigen Einschulung und einer Zurückstellung, wird man dem Kriterium Lebensalter die Verfassungsmäßigkeit grundsätzlich nicht absprechen können.

Gilt dies auch für die Ergänzung des Kriteriums „Lebensalter“ durch die Feststellung der Sprachkompetenz, wie sie z.B. die Neuregelung des § 36 Abs. 3 Schulgesetz NRW vorsieht:

*„Bei der Anmeldung zur Grundschule stellt die Schule fest, ob die Kinder die deutsche Sprache hinreichend beherrschen, um im Unterricht mitarbeiten zu können. Die Schule soll Kinder ohne die erforderlichen Sprachkenntnisse zum Besuch eines vorschulischen Sprachförderkurses verpflichten, soweit sie nicht bereits in einer Tageseinrichtung für Kinder entsprechend gefördert werden“*

Soll dies heißen, dass die Kinder, die die geforderte Kompetenz nicht besitzen, – wie in Bayern – zurückgestellt werden oder dass sie den Sprachförderkurs während des ersten Grundschuljahres besuchen sollen?

Ich halte die Ergänzung des Kriteriums „Lebensalter“ durch die Forderung nach einer hinreichenden Sprachkompetenz für einen zulässigen Eingriff in das Elternrecht, wenn die Voraussetzung für die Zurückstellung oder die Verpflichtung zur Teilnahme an einem Sprachförderkurs strikt ausgelegt und nicht zur Abschiebung angeblich nicht schulfähiger Kinder benutzt wird. Der Text des Schulgesetzes NRW ist sehr klar: „...um am Unterricht mitarbeiten zu können“. D.h. eine Mitarbeit im Unterricht muss aus Gründen mangelnder Sprachkompetenz ausgeschlossen sein. Es wird also ein zweites Ziel für die altersmäßige Bestimmung der Schulpflicht „nachgereicht“, die Arbeitsfähigkeit der Schule. Bei einer strikten Auslegung wird diese Voraussetzung nur in Extremfällen vorliegen. Solange eine Förderung im Unterricht, z.B. durch innere Differenzierung, zusätzliche Sprachförderung, Nachhilfe in der Schule u.a.m. möglich ist, darf das Kind nicht zurückgestellt werden<sup>19</sup>. Die Schule kann sich ihrer Verpflichtung zur Sprachförderung nicht durch die Abschiebung der Kinder in die Kindertagesstätten entledigen. Man muss sich schließlich einmal fragen, ob der „Sprachkurs in der KITA“ wirklich die geeignetere Alternative zur Sprachförderung in der Schule ist. Trotz dieser Bedenken dürfte aber das Kompetenzkriterium „Sprache“ im Prinzip verfassungsfest sein, weil es eine verhältnismäßige Grenze des Elternrechts bezeichnet.

Wenn sich aber ein Gesetzgeber entschließen würde, den Elternwunsch zur Voraussetzung für die Einschulung zu machen und nur die Kompetenz als Schranke vorsehen würde, wenn also die berühmte schulreife Dreijährige auf Elternwunsch hin eingeschult werden müsste, dann stellen sich alle die oben formulierten Zweifel an der Eignung der Kompetenzfeststellung für die Begrenzung des Elternrechts wieder ein. Oben wurde der Zweifel an der Kompetenzfeststellung im Zusammenhang der Frage erörtert, ob das Lebensalter ein geeignetes Kriterium für die Schulfähigkeit ist; hier ginge es um die Eignung einer Kompetenzfeststellung durch ein besonderes Verfahren, meist in Form von Tests<sup>20</sup>. Vorbehaltlich einer fachlich begründeten Rechtfertigung der Schulfähigkeitsfeststellungsverfahren dürfte deshalb eine Gründung der Einschulung ausschließlich auf die Feststellung der Schulfähigkeit unzulässig sein.

19 S. Einsiedler et al. a.a.O., S. 337.

20 S. Einsiedler et al. a.a.O., S. 337.

#### 4.2. Die vorzeitige Einschulung

Eine vorzeitige Einschulung ist in allen Ländern an die Feststellung der Schulfähigkeit gebunden. Die Mehrzahl der Länder kennt hierfür keine zeitliche Begrenzung, d.h. theoretisch wäre eine Einschulung nach der Geburt möglich, – an der Schulfähigkeit des Säuglings würde sie allerdings scheitern. Aber eine vorzeitige Einschulung von einzelnen Drei- oder Vierjährigen wäre in diesen Ländern durchaus denkbar. Der Verfassungsrechtslage nach handelt es sich um einen Eingriff in das Elternrecht, wenn die Schule die beantragte vorzeitige Einschulung mit Hinweis auf die mangelnde Schulfähigkeit verweigert. Hier läge dann der soeben erörterte Fall vor, dass die Verweigerung des Elternwunsches nach Einschulung allein auf die Kompetenz gestützt würde. Wenn das aber so ist, dann muss das Kompetenzfeststellungsverfahren allen Anforderungen an die Eignung entsprechen. Dies ist eine Fachfrage, die ich nicht beantworten kann und will.

Da es aber begründete Zweifel an der Eignung von Schulfähigkeitstests gibt<sup>21</sup>, meine ich, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen die Verweigerung der vorzeitigen Einschulung nicht allein auf einen Test gestützt werden kann. Man wird mit guten Gründen eine Mehrzahl von Feststellungen zur Voraussetzung für die Verweigerung der Einschulung machen müssen, und zwar insbesondere ein Gutachten der Kindertagesstätte, die das entsprechende Kind besucht hat, z.B. die Beurteilungsbögen für Erzieherinnen zur Diagnose der Schulfähigkeit (BEDS)<sup>22</sup>. Hier stellt sich nun allerdings das Problem, dass nicht alle Kinder eine KITA besucht haben werden. Wie soll bei ihnen die Schulfähigkeitsfeststellung vorgenommen werden? Man könnte z.B. auch an eine probeweise Einschulung denken, und zwar nicht nur in diesen Fällen, – auch wenn die mit dem Scheitern einer probeweisen Einschulung verbundenen Misserfolgerlebnisse und negativen Stigmatisierungen dagegen sprechen. Auch ein Einschulungsgespräch mit einer Grundschullehrerin oder einer Schulpsychologin ist denkbar und wird auch praktiziert. Man sollte sich auch von allen möglichen Gerüchten über Schnürbandtests und ähnliches nicht von diesem Gedanken abhalten lassen. Festzuhalten bleibt, dass eine Verweigerung der vorzeitigen Einschulung, die allein auf einen Schulfähigkeitstest gestützt wird, an dessen Validität begründete Zweifel bestehen, ein verfassungswidriger Eingriff in das Elternrecht wäre.

#### 4.3 Zurückstellung vom Schulbesuch

Zwölf Länder sehen die Möglichkeit vor, schulpflichtige Kinder bei fehlender Schulfähigkeit um ein Jahr vom Schulbesuch zurückzustellen; zwei Bundesländer kennen überhaupt keine Zurückstellung; zwei Länder beschränken die Zurückstellung auf den Fall gesundheitlicher Gründe<sup>23</sup>. Aus Rechtsgründen kommt es bei der Zurückstellung darauf an, ob diese auf Antrag der Eltern erfolgt oder allein aufgrund einer Entscheidung der Schule, die den Eltern – eventuell nach vorheriger Anhörung – nur mitgeteilt wird. Die Rechtslage ist in dieser Beziehung in den Ländern unterschiedlich.

Beantragen die Eltern die Zurückstellung, ohne dafür Gründe zu benennen, die die Schulfähigkeit ihres Kindes infrage stellen, so ist die Schule berechtigt, die Zurückstellung abzulehnen und die Schulpflicht durchzusetzen, denn die Schulpflicht an sich ist verfassungsgemäß. Nennen sie aber Gründe, die die Schulfähigkeit infrage stellen, dann sind die Eltern darlegungspflichtig, d.h.

21 Einsiedler et al. a.a.O., S. 337.

22 Rossbach a.a.O., S. 314 ff.

23 Van den Hövel a.a.O.

sie müssen die Tatsachen vortragen und belegen, die nach ihrer Meinung die mangelnde Schulfähigkeit begründen. Sie werden sich dabei in aller Regel auf psychologische Gutachten und/oder auf Aussagen der Erzieherinnen des Kindergartens stützen. Wenn die Schule die vorgebrachten Begründungen widerlegen kann, dann kann sie die Zurückstellung ablehnen. Auch hier wird man von der Schule verlangen können, dass sie ein Gutachten des Kindergartens hinzuzieht. Wenn man sich aber die Situation vor Augen hält: Die Eltern wollen, dass ihr Kind noch ein weiteres Jahr in den Kindergarten geht oder zu Hause bleibt und legen dafür Gutachten von Kindergartenrinnen und/oder Psychologen vor, ist es dann wirklich angezeigt, dass die Schule zur Durchsetzung der Schulpflicht Gegengutachten einholt? Wenn kein Anlass zu der Vermutung besteht, dass die Eltern ihr Kind zu Hause „ausbeuten“, es z.B. zur Bewachung von Babys einsetzen, dann sollte die Schule – trotz der derzeit vorherrschenden Tendenz zur Früheinschulung – tunlichst dem Elternwillen Raum geben.

Wenn die Schule aber die Zurückstellung anordnet, ohne dass ein entsprechender Antrag der Eltern vorliegt, dann stellen sich verschiedene Rechtsfragen. Zunächst muss man die Frage stellen, woher die Schule überhaupt die Information über mögliche Gründe für eine mangelnde Schulfähigkeit hat. Es wäre unzulässig, alle Kinder einem Schulfähigkeitstest zu unterwerfen, nur um herauszufinden, ob es möglicherweise einzelne schulunfähige Kinder gibt. Das wäre eine „Vorratsdatenspeicherung“, wie sie das Bundesverfassungsgericht jetzt in anderen Lebensbereichen (Online-Durchsuchungen von Computern und AutokennzeichenSpeicherung) für verfassungswidrig erklärt hat. Würde der Schulfähigkeitstest im Kindergarten durchgeführt, dann wäre § 67a SGB X einschlägig, der eine solche Datenerhebung untersagt, weil die allgemeine Feststellung der Schulfähigkeit nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Kindergartens gehört. Würde der Schulfähigkeitstest bei allen Kindern in der Schule durchgeführt, so fehlt es dafür ebenfalls an einer gesetzlichen Grundlage, die nach § 4 Bundesdatenschutzgesetz erforderlich ist. Es kommt hinzu, dass die empirische Forschung Aussagen über eine Förderung der Schulfähigkeit durch Zurückstellung überhaupt nicht zulässt<sup>24</sup>.

Aus diesem Grunde ist auch eine Sprachstandserhebung unzulässig, die einzig und allein dem Zweck dient, schulunfähige Kinder herauszufiltern. Etwas anderes gilt, wenn Sprachstandserhebungen curricularen und didaktischen Gründen dienen, d.h. wenn sie die Bildungsvoraussetzungen der Kinder für Unterrichtszwecke feststellen sollen oder wenn sie der Evaluation des Unterrichts dienen. Es ist mir bewusst, dass es sich hierbei häufig um eine Einschätzungsfrage handeln wird.

Eine Feststellung der Schulfähigkeit durch die Schule ist deshalb nur zulässig, wenn es im Einzelfall einen begründeten Anlass für ein solches Feststellungsverfahren gibt. Einen solchen Anlass kann eigentlich nur der Kindergarten geben, wenn er nämlich vor der Einschulungsentscheidung der Schule Zweifel an der Schulfähigkeit mitteilt. Was aber mit den Kindern, die gar keinen Kindergarten besuchen? Dürfen sie sämtlich ohne Anlass einem Schulfähigkeitstest unterworfen werden? Nein, es bedarf auch hier eines Anlasses, der in einem Einschulungsgespräch gesetzt werden könnte.

Gibt es einen Anlass, die Schulfähigkeit eines Kindes infrage zu stellen, muss die Schule die Eltern von der Möglichkeit einer Zurückstellung in Kenntnis setzen, sie gegebenenfalls den Eltern empfehlen. Die Schule muss in jedem Fall die Eltern auf Wunsch anhören, wobei den Eltern die Möglichkeit gegeben werden muss, Informationen und Gutachten einzuholen. Erst dann darf

24 *Dollase, a.a.O.*

die Schule die Zurückstellung entscheiden. Auch für diese Entscheidung gelten die Ausführungen über die Zweifel an der Validität der Schulfähigkeitstests und die Grundsätze für die mehrfache Begründung der Entscheidungen über die Schulfähigkeit. Man kann davon ausgehen, dass solche Entscheidungen aufgrund der allgemeinen Tendenz zur Vorverlegung der Einschulung heute nicht mehr so häufig gefällt werden wie früher. Es gibt deshalb auch bereits vier Länder, die auf die Zurückstellung aus allgemeinen Gründen der Schulunfähigkeit verzichten.

#### 4.4 Einschulungskorridor und Elternwille

Kinder können nach heutigem Recht bei der Einschulung zwischen fünf und sieben Jahre alt sein; in den Ländern ohne Mindestalter bei der vorzeitigen Einschulung ist die Spanne sogar noch wesentlich größer. Die großen Spanne kommt jedoch nur durch Entscheidungen zustande, die in sehr komplizierten und zweifelhaften Verfahren fallen, aufgrund von Anträgen, Gutachten, Untersuchungen, Tests, Informationen und Anhörungen usw. Könnte man sich dieses ganze zweifelhafte Verfahren nicht sparen, wenn man die Eltern innerhalb einer gewissen Spanne definitiv entscheiden ließe? Die Länder könnten sich darauf verständigen, dass der Beginn der Schulpflicht zwischen der Vollendung des fünften und des siebenten Lebensjahres liegt. Innerhalb dieser Spanne entscheiden die Eltern über die Anmeldung zur Schule. Es wäre die Aufgabe der Schule, alle Kinder, die von ihren Eltern für schulreif gehalten werden, zu unterrichten. Dies wäre dann der integrierte Schulanfang für alle<sup>25</sup>.

Es gibt auf dem Markt heutzutage eine Fülle von Ratgebern, die interessierte Eltern erwerben können. Es gibt ganze Testbatterien, die die Eltern nutzen könnten. Die Schule könnte freiwillige Tests anbieten, auch Informations- und Beratungsgespräche. Auch private Agenturen würden einen Markt finden. Die Schule könnte nach einem Beratungsgespräch einen Test verbindlich machen, ohne dass die Eltern freilich an das Ergebnis gebunden wären. Wir leben nicht mehr in einer unaufgeklärten autoritären, sondern in einer offenen kundenorientierten Marktgemeinschaft. Welche Gefahren wären mit einem solchen Verfahren verbunden? Ehrgeizige Eltern könnten nicht schulreife Kinder zu früh anmelden; – vielleicht werden die Kinder aber durch die Schule schulreif. Erwerbstätige Eltern könnten eine Betreuung für ihre Kinder suchen; – da wären sie mit einem Ganztagskindergarten besser bedient, müssten allerdings etwas zahlen. Protektive Eltern könnten die Kinder so lange wie möglich vor der Schule bewahren wollen; – das ist ihr gutes Recht. Egoistische Eltern könnten die Kinder zur Betreuung der kleineren Geschwister einsetzen wollen; – das wird man nie feststellen können.

Es ist keine Frage, dass dieses Verfahren dem verfassungsrechtlichen Elternrecht am meisten entspricht. Wir sollten bei solchen Lösungen nicht immer vom möglichen Missbrauch her denken!

#### 4.5 Sprengelpflicht

In den meisten Ländern muss die Schulpflicht in der örtlich zuständigen Grundschule erfüllt werden. NRW hat diese sog. Sprengelpflicht abgeschafft (s. § 39 a.F. Schulgesetz NRW). Vor allem in größeren Städten, in denen die Eltern Wahlmöglichkeiten haben, spielt die Sprengelpflicht eine große Rolle, während sie in dünn besiedelten Gebieten mangels Wahlmöglichkeiten faktisch unbedeutend ist. Dennoch wird die praktische Bedeutung der Sprengelpflicht überschätzt. Es gibt

25 Einsiedler et al., a.a.O., S. 341.

wohl kaum eine gesetzliche Regelung, die so leicht umgangen werden kann und die so häufig umgangen wird, obwohl wir über keine Zahlen verfügen und auf Vermutungen angewiesen sind. Erfahrene Schulleute sagen aber nicht nur hinter vorgehaltener Hand, dass Eltern, die ihr Kind außerhalb des Sprengels zur Schule schicken wollen, dies ohne große Mühe bewerkstelligen können. Wenn das so wäre, dann hätten wir faktisch die freie Schulwahl durch die Eltern.

Die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der Sprengelpflicht ist eine schulpolitische Entscheidung. Die Länder sind aus Rechtsgründen nicht verpflichtet, die Sprengelpflicht aufrecht zu erhalten. Die Sprengelpflicht ist auch nicht verfassungswidrig, – wie ich früher einmal behauptet habe<sup>26</sup>. Das Elterrecht gibt allerdings das Recht der freien Schulwahl. Doch dieses Recht kann durch Gesetz im öffentlichen Interesse eingeschränkt werden, wobei das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten ist. Der Gesetzgeber kann die soziale Integration aller Kinder in der Grundschule zu einem Ziel machen. Dieses Ziel steht auch nicht im Widerspruch zur Verfassung. Die Sprengelpflicht ist auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Andere ebenso geeignete Regelungen zur Erreichung dieses Ziels drängen sich nicht auf. Die Sprengelpflicht ist den Eltern auch zumutbar. Ja, es ist den „feinen“ Eltern zumutbar, dass ihre Kinder mit den „Schmuddelkindern“ zusammen in die Schule gehen, dass deutsche Bildungsbürgerkinder mit türkischen Straßenfegerkindern die Schulbank drücken, – angesichts der durch die Wohnverhältnisse bedingten faktischen sozialen Segregation lässt sich ein solches schulpolitisches Ziel vermutlich sowieso nicht durchsetzen. Ja, die Durchsetzung eines solchen Ziels wirkt vermutlich sogar kontraproduktiv, da sie viele Eltern zum Umzug veranlasst.

Das Bundesverfassungsgericht hat einmal entschieden, dass eine Steuerpflicht, die faktisch nicht durchgesetzt wird bzw. aufgrund von Durchsetzungsdefiziten zu ungleichen Belastungen der Bürger führt, verfassungswidrig ist<sup>27</sup>. Deshalb ist auch eine Sprengelpflicht, die faktisch nicht durchgesetzt wird, verfassungswidrig, – weil sie unverhältnismäßig ist. Es ist den Eltern nämlich nicht zuzumuten, „sprengeltreu“ zu sein, wenn der Staat gegen eine massenhafte Umgehung der Sprengelpflicht nichts unternimmt.

#### 4.6 Ganztagschule

Auch Grundschulen können als Ganztagschulen eingerichtet werden, als gebundene Ganztagschulen, in denen alle Kinder am Ganztagsbetrieb teilnehmen, oder als offene Ganztagschulen, bei denen die Eltern entscheiden, ob und welche Ganztagsangebote sie annehmen wollen. Ganztagschulen sehen in aller Regel eine Unterrichtszeit bis 16.00 unter Einschluss des Mittagsessens vor. Ganztagschulen sollen den Unterricht im engeren Sinne und die Freizeitangebote über den ganzen Tag verteilen, es zeigt sich jedoch, dass viele Ganztagschulen den Unterricht im engeren Sinne am Vormittag konzentrieren und die Freizeitangebote in den Nachmittag legen.

Das Elterrecht gibt keinen Anspruch auf einen bestimmten Umfang des schulischen Unterrichts, also auch keinen Rechtsanspruch auf eine Ganztagschule. Eltern können aufgrund des Elternerights die Einrichtung von obligatorischen Ganztagschulen für alle aber auch nicht verhindern, jedenfalls dann nicht, wenn die Schulbesuchszeit um 16.00 endet. Rechtliche Probleme entstehen nun allerdings, wenn nicht alle, sondern nur einige Grundschulen Ganztagschulen

26 Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln? Referat auf dem 51. Deutschen Juristentag, 1976 S. 13 ff.

27 In Falle der Zinsbesteuerung BVerfGE 84, 239, 272.

sind, – was während der Ausbauhase, in der wir uns befinden, unvermeidlich ist<sup>28</sup>. Das elterliche Recht zur Wahl einer Schule für ihre Kinder geht der Sprengelpflicht vor, d.h. Eltern können sich für eine Ganztagschule entscheiden, wenn ihre zuständige Schule eine Halbtagschule ist und Eltern können sich für eine Halbtagschule außerhalb ihres Sprengels entscheiden, wenn ihre Sprengelschule eine gebundene Ganztagschule ist<sup>29</sup>.

Das Elternrecht geht jedoch nicht so weit, dass die Eltern die Einrichtung einer gebundenen Ganztagschule in ihrem Sprengel verhindern können, wenn ihnen eine Halbtagschule außerhalb des Sprengels aus Entfernungegründen nicht zugemutet werden kann. Sie können ihr Interesse nicht gegen das Interesse der anderen Eltern durchsetzen. Können sie aber nicht verlangen, dass die Sprengelschule als offene Ganztagschule eingerichtet wird, in der es bei den Eltern liegt, ob sie die Ganztagsangebote annehmen wollen oder nicht. Ich meine, dass eine gebundene Ganztagschule nicht gegen den Willen einer größeren Gruppe von Eltern durchgesetzt werden kann, wenn eine Halbtagschule als Alternative nicht in zumutbarer Entfernung zur Verfügung steht.

In der offenen Ganztagschule stellt sich das Problem, ob die Eltern, die von den Ganztagsangeboten keinen Gebrauch machen wollen, die zeitliche Zusammenlegung der obligatorischen Unterrichtsteile verlangen können, damit der Schulalltag ihrer Kinder aus einem zusammenhängenden Bock besteht. Ich will diese Frage offen lassen, weil es sich nicht eigentlich um ein Problem des Übergangs, sondern um ein Problem der Ganztagschulorganisation im Allgemeinen handelt<sup>30</sup>.

#### 4.7 Sonderschule

Ich will mich im Zusammenhang dieses Textes nicht mit der Frage: Integration oder Sonderung beschäftigen und auch nicht mit den Problemen der Überweisung an eine Sonderschule bzw. der Rücküberweisung. Beide Fragen sind rechtlich hinreichend geklärt<sup>31</sup> und betreffen nicht eigentlich oder jedenfalls nicht nur den Übergang aus dem Elementarbereich in die Grundschule.

Übergangsrelevant können dagegen frühdiagnostische Untersuchungen werden, die in Kindertagesstätten vorgenommen werden. Die Entwicklung der psychologischen Diagnostik hat es mit sich gebracht, dass immer bessere Methoden zur Früherkennung von Entwicklungsproblemen immer früher eingesetzt werden können. Ohne viel Phantasie kann man sich vorstellen, dass Hirnforschung und diagnostische Psychologie bereits im Krippenalter und sicherlich auch noch davor wichtige Erkenntnisse über Entwicklungsstörungen bei Kindern gewinnen können. Solange solche Untersuchungen für die Therapie des einzelnen Kindes genutzt werden oder für seine Betreuung, Erziehung und Bildung sind sie rechtlich unproblematisch, wenn sie mit Zustimmung der Eltern vorgenommen werden. Unproblematisch sind sie auch, wenn sie – selbst ohne Zustimmung der Eltern – in Kindertagesstätten zum Zwecke der Verbesserung der Pädagogik in den Kindertagesstätten eingesetzt werden.

28 Zur quantitativen Entwicklung und Verbreitung s. *Wissenschaftlicher Beirat für Familienfragen*, Ganztagschule, 2006, S. 37 ff.

29 Richter, Rechtsfragen der Ganztagschule, in: Coelen/Otto (Hrsg.), Grundbegriffe Ganztagsbildung, 2008, S. 585 ff.

30 Prüß, Didaktische Konzepte von Ganztagschulen, in: Coelen und Otto (Hrsg.), Grundbegriffe Ganztagsbildung, 2008, S. 538 ff.

31 BVerfGE 96, 288.

Was ist aber, wenn solche Verfahren – ähnlich wie die Sprachstandsmessungen – ausgesprochen zum Zwecke der Selektion eingesetzt werden? Es soll möglichst früh festgestellt werden, ob bestimmte Kinder einer sonderpädagogischen Förderung bedürfen, damit diese zu Maßnahmen der Frühförderung noch in der Kindertagesstätte führen kann und die Entscheidung über eine sonderpädagogische Förderung nach der Einschulung erleichtert. Dabei ist die frühpädagogische Förderung nicht das Problem. Es gibt sogar ein Recht auf eine solche frühe Förderung. Auch die Frühdiagnosen können nicht das Problem sein, denn sie können zu einer sonderpädagogischen Förderung in der Grundschule oder in der Sonderschule führen. Ein Problem werden sie erst dann, wenn sie bei einer gegen den Willen der Eltern angeordneten Zuweisung an eine Sonderschule Entscheidungsgrundlage werden. Hier wird man sich wohl für ein Verwertungsverbot entscheiden müssen. Doch davon sogleich mehr!

## 5 Datenübermittlung

Der Datenschutz in den Kindertagesstätten und in den Schulen ist ein Problem des allgemeinen Datenschutzes und dementsprechend im SGB I, VIII und X sowie in den Schulgesetzen der Länder geregelt. Ein Problem des Übergangs vom Kindergarten in die Grundschule ist jedoch die Frage, ob die im Kindergarten erhobenen und gespeicherten Daten beim Übergang in die Schule „mitwandern“ bzw. ob die Kindertagesstätten gezielten Anforderungen der Grundschule nach Daten über die Schülerinnen und Schüler stattgeben müssen.

Zunächst müssen zwei datenschutzrechtliche Grundsätze erwähnt werden: 1. Unzulässig erhobene Daten dürfen nicht an die Schule übermittelt werden, wobei an dieser Stelle die Zulässigkeit der Datenerhebung in den Kindertagesstätten nicht in allen Einzelheiten erörtert werden kann. 2. Es gilt der Grundsatz der Zweckbindung nach § 64 Abs. 1 SGB VIII, d.h. Daten, die für einen bestimmten Zweck erhoben worden sind, dürfen nur für die Erfüllung dieses Zweckes einer anderen Stelle übermittelt werden. Um dies zu verdeutlichen: Feststellungen über eine Verhaltensstörung eines Kindes dürfen vom Kindergarten an die Grundschule nicht automatisch weitergegeben werden. Ist die Verhaltensstörung im Kindergarten behandelt und behoben worden, ist die Übermittlung unzulässig. Tritt in der Grundschule eine Verhaltensstörung auf und stellt die Grundschule eine Anforderung zur Übermittlung von Daten über diese Verhaltensstörung an den Kindergarten, dann darf, ja dann muss die Übermittlung erfolgen.

Sowohl die jugendrechtliche wie die schulrechtliche Literatur drückt sich sehr verschwommen zur Datenübermittlung von der Kindertagesstätte an die Grundschule aus. Wiesner schreibt z.B. dass der Sozialdatenschutz in der pädagogischen Arbeit „weniger das klassische datenschutzrechtliche Postulat informationeller Abschottung als vielmehr die individuelle Steuerungsmöglichkeit für Kommunikation“ meint<sup>32</sup>. Soll das heißen, dass Daten nicht zurückgehalten, sondern zum Zwecke der Steuerung weitergegeben werden sollen? Und Rux, der das Verhältnis von Kindergarten und Grundschule in datenschutzrechtlicher Hinsicht ausdrücklich behandelt, verlangt eine gesetzliche Grundlage für die Kooperation zwischen Kindergarten und Grundschule, die die Datenübermittlung gestattet. Besteht diese nicht, so „handeln die Beteiligten in einer rechtlichen Grauzone“, – was vermutlich die derzeitige Rechtslage zutreffend beschreibt<sup>33</sup>.

32 SGB VIII Kommentar 3. Aufl., 2006, Vor § 61 Anm. 25.

33 Schul- und Prüfungsrecht, Band 1, 4. Auflage, 2006, S. 133.

Angesichts einer solchen Grauzone ist es zweckdienlich, sich noch einmal die Grundsätze des Datenschutzes ins Gedächtnis zu rufen:

1. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet hat, macht die Erhebung und Übermittlung von personenbezogenen Daten grundsätzlich von der Zustimmung des Betroffenen abhängig, so dass es entweder seines Einverständnisses oder einer spezifischen gesetzlichen Grundlage bedarf, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht<sup>34</sup>.
2. Das Grundrecht auf den Schutz der Privatsphäre untersagt die sog. Vorratsdatenspeicherung, d.h. eine Datenerhebung und Sammlung, für die es einen konkreten Anlass nicht gibt<sup>35</sup>.
3. Der „gläserne Mensch“ steht im Widerspruch zur Verfassung<sup>36</sup>. Eine Herstellung sog. Persönlichkeitsprofile bleibt auf konkrete Zwecke beschränkt.
4. Personenbezogene Daten dürfen nach § 69 SGB X nur erhoben und weiterverwendet werden, wenn dies für die Aufgabenerfüllung der erhebenden Stelle erforderlich ist.
5. Daten müssen nach § 67 a Abs. 2 SGB X grundsätzlich beim Betroffenen erhoben werden.
6. Der Datenschutz verlangt die strikte Zweckbindung gesammelter Daten, d.h. dass zulässig erhobene Daten nach § 67 c Abs. 4 SGB X sowohl von der erhebenden Stelle wie von allen anderen Stellen an die sie zulässigerweise weitergegeben worden sind, nur für den Erhebungszweck verwendet werden dürfen.

Wendet man diese Grundsätze auf die Beantwortung der Frage an, welche Daten von Kindertagesstätten an Grundschulen übermittelt werden dürfen, dann kommt man zu restriktiven Aussagen, wie z.B.

1. Es darf kein Persönlichkeitsprofil des Kindes geben, das das Kind vom Eintritt in eine Kindertagesstätte bis zum Ausscheiden aus dem Bildungswesen, also – wenn man so will – bis zum Tode begleitet.
2. Umfassende nicht-anonymisierte Erhebungen über die Eigenschaften und das Verhalten der Kinder, über ihre Leistungen und Stärken, über ihre Defizite und Misserfolge „auf Vorrat“ sind unzulässig und entsprechende Erkenntnisse dürfen nicht an die Grundschulen weitergegeben werden.
3. Die Evaluation der Arbeit von Kindertagesstätten muss durch die Zwecksetzung, d.h. die Verbesserung der Arbeit, gerechtfertigt sein; Vorratserhebungen, denen der konkrete Innovationsbezug fehlt, sind unzulässig. Die Ergebnisse müssen anonymisiert werden. Eine Übermittlung an die Grundschulen ist unzulässig.

34 Grundlegend BVerfGE 65, 1 – Volkszählung.

35 Das Bundesverfassungsgericht hat jedenfalls in zwei einstweiligen Anordnungen die staatliche Vorratsdatenspeicherung stark eingeschränkt, s. Beschlüsse vom 19.3. und 1.9.2008.

36 BVerfGE 65, 1.

4. Leistungsfeststellungen in Kindertagesstätten sind nur zulässig, soweit die Gegenstandsbereiche der Leistungsfeststellungen zu den gesetzlichen Aufgaben der Kindertagesstätten gehören.
5. Die Ergebnisse solcher Leistungsfeststellungen dürfen nur mit Einwilligung der Eltern an die Grundschule weitergegeben werden, da es an einer spezifischen Rechtsgrundlage fehlt.
6. Wenn eine spezifische gesetzliche Grundlage dafür geschaffen wird, ist es zulässig, dass bestimmte personenbezogene Daten in der Kindertagesstätte erhoben und an die Grundschule weitergegeben werden. Es dürfen jedoch nur solche Daten erhoben werden, die für die Arbeit der Kindertagesstätte erforderlich sind, und sie dürfen an die Grundschule nur übermittelt werden, wenn sie für deren Arbeit erforderlich sind. Dazu gehören: Name und Wohnort, Betreuungsort und -person außerhalb der Institution, Bildungsabschluss und Beruf der Eltern (?), Gesundheitszustand, insbesondere Untersuchungsergebnisse, Verhaltensauffälligkeiten (?), Sozialverhalten in der Kindertagesstätte (?), Leistungen, soweit Leistungen verlangt werden, Sprachkompetenz, Beurteilung der Schulfähigkeit. Nicht dazu gehören: Häusliche Lebensverhältnisse, Freundschaftsbeziehungen, die sog. Sekundartugenden.

Gerade der letzte Punkt macht die ganze Ambivalenz von Datenschutz und Pädagogik deutlich: Gehören die sog. Sekundartugenden nicht zur Erziehung in der Kindertagesstätte? – aber soll eine Stigmatisierung das Kind in die Schule begleiten? Geben nicht die häuslichen Lebensverhältnisse die beste Auskunft über die Erziehungschancen in der Kindertagesstätte? – aber sollen Urteile und Vorurteile über die Eltern die Erziehung der Kinder steuern? Sagen nicht Freundschaften viel aus über Lust und Leid am Lernen? – aber haben die Kinder nicht auch ein Recht auf ihre Privatsphäre? – Solche Fragen offenbaren das ganze „Drama der Erziehung“; das Recht wird sie nicht definitiv beantworten können.

## 6 Rechtsfragen im Zusammenhang von Reformen

Aus den Diskussionen um die Reform von Elementar- und Primarerziehung greife ich sechs Themen heraus, um sie auf ihre rechtliche Relevanz zu prüfen:

- die Vorverlegung der Schulpflicht,
- die Neustrukturierung von Elementar- und Primarstufe,
- die Individualisierung,
- die Desegregation und
- die Durchsetzung des Leistungsprinzips.

Noch vor relativ kurzer Zeit hatten wir faktisch ein durchschnittliches Einschulungsalter von über 6,5 Jahren. Ich gehe einmal davon aus, dass sich aufgrund der oben skizzierten Veränderungen (Absenkung des Schulpflichtalters, Nutzung der vorzeitigen Einschulung, Zurückhaltung bei der Zurückstellung) eine faktische Senkung des Einschulungsalters auf unter 6,0 Jahren ergeben wird. Eine solche mäßige Vorverlegung des Schulpflichtalters – sagen wir einmal durchschnittlich um ein Jahr – stellt mangels Erheblichkeit keinen verfassungswidrigen Eingriff in das El-

ternrecht dar. Würde man die Schulpflicht um zwei, drei oder noch mehr Jahre vorverlegen, dann müsste man über eine Grenze diskutieren, – so nicht.

Seit langer Zeit – aus den siebziger Jahren und vermutlich aus viel früherer Zeit – gibt es eine Diskussion über die Neustrukturierung von Elementar- und Primarerziehung: Vorschule, Eingangsphase, jahrgangsübergreifende Klassen, – um nur einige Stichworte zu nennen<sup>37</sup>. Es ist ja auch einiges passiert. Es gibt aber auch eine neuere Diskussion, die aus den Kognitionswissenschaften kommt<sup>38</sup>. Danach bildet das Laufen- und Sprechenlernen eine gewisse Zäsur, die im zweiten Lebensjahr liegt, und ebenso das fünfte Lebensjahr, in dem die kognitiven Prozesse beginnen. Wenn das richtig und strukturierend sein sollte, dann könnte man an die folgenden Phasen der frühen Bildung denken:

1. Phase: Bis zur Vollendung des ersten/zweiten Lebensjahres (1 bis 1 ½ Jahre)
2. Phase: Von der Vollendung des zweiten bis zur Vollendung des vierten Lebensjahres (2 bis 3 Jahre)
3. Phase: Von der Vollendung des vierten bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres (2 bis drei Jahre)

Ich kann und will nichts über die Richtigkeit der zugrunde liegenden Voraussetzungen sagen und nichts über die bildungspolitische Sinnhaftigkeit einer solchen Phasenbildung. Ich möchte nur fragen, ob so etwas oder etwas Ähnliches rechtlich zulässig wäre.

Ich gehe davon aus, dass die ersten beiden Phasen freiwillig wären, d.h. dass die Eltern entscheiden ob sie von Angeboten institutioneller Kinderbetreuung Gebrauch machen wollen. Ich meine aber, dass die dritte Phase obligatorisch sein müsste, damit alle Kinder in gleicher Weise die Chance kognitiver Bildung erhalten. Angesichts der Tatsache, dass zur Zeit 95 % dieser Altersgruppe den Kindergarten besuchen, handelt es sich faktisch nicht um eine dramatische Veränderung. Die Verpflichtung und die konzeptionelle Veränderung sind jedoch Eingriffe in das Elternrecht, die der Rechtfertigung bedürfen. Die Rechtfertigung der Schulpflicht – so sagten wir – verlangt ein Staatsinteresse an der öffentlichen Erziehung und Bildung. Dieses Staatsinteresse liegt nun nicht in der individuellen Bildungsförderung und auch nicht in der Egalisierung der Kompetenzen der Bürger, sondern in der Qualifikationsvorsorge und in der sozialen Integration. Dieses Staatsinteresse rechtfertigt m.E. auch die Einführung einer Verpflichtung zur Teilnahme an der dritten Phase<sup>39</sup>.

Ich gehe davon aus, dass der Grundsatz der Individualisierung den Zugang zu den einzelnen Phasen individualisiert und die Binnendifferenzierung aller Phasen verändert, was ich hier nicht näher erläutern will. Eine solche Individualisierung verletzt das Elternrecht nicht, ganz im Gegen teil: Die Individualisierung wird dem Elternrecht mehr gerecht als die derzeitige Strukturierung.

37 Einsiedler et al., Die Grundschule zwischen Heterogenität und gemeinsamer Bildung, in: Cortina et al. (Hrsg.), Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2008, S. 341 f.

38 S. z.B. für die Hirnforschung Braun, Lernen in der Kindheit optimiert das Gehirn, RdJB 2006, S. 408 ff. und Braun/ Stern, Neurowissenschaftliche Aspekte der Erziehung, Bildung und Betreuung von Kleinkindern, Expertisen für die Enquetekommission „Chancen für Kinder“ des Landtages von Nordrhein-Westfalen, 2008.

39 Obwohl ich z.Z. nicht für die Einführung einer Kindergartenpflicht eintrete, handelt es sich nicht um einen Positionswechsel, weil es sich bei der Dritten Phase nicht um den derzeitigen Kindergarten handelt.

In den Großstädten der Bundesrepublik findet aufgrund des Siedlungsverhaltens der Bevölkerung und aufgrund der Umgehung der Sprengelpflicht eine starke soziale Segregation statt. Es gibt in einigen Stadtteilen Grundschulklassen mit 50 bis 90 % Kinder mit Migrationshintergrund und Grundschulen mit ganz wenigen Ausländern, die dann meistens auch noch aus dem europäischen Ausland stammen. In einigen Klassen hat dies zur Folge, dass viele Kinder bereits in der Grundschule in ihren Leistungen 1–2 Jahre hinter dem Durchschnitt zurück sind, wie es die IGLU-Daten mehrfach gezeigt haben. PISA hat die Folgen bei den Fünfzehnjährigen gemessen. Dieser Zustand ist bildungs- und sozialpolitisch unerwünscht. Viele der sozialen Übel haben hier eine ihrer Wurzeln, weil die Defizite der Schülerinnen und Schüler der Risikogruppen nicht mehr beseitigt werden. Kann und darf die Einschulungspolitik die Bildung sozial desegregierter Klassen erzwingen, indem sie z.B. Quoten für Kinder mit Migrationshintergrund für alle Schulen einführt?

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwingt uns hier zu einem Offenbarungseid. Ich habe Zweifel daran, ob die Desegregationsmaßnahmen zur Erreichung der Ziele geeignet sind, aber ich will die Eignung hier einmal unterstellen. Ich habe Zweifel, ob sie angemessen sind, weil es andere Wege zur Desegregation gibt. Einen Offenbarungseid aber müssen wir leisten, wenn wir fragen, ob es Eltern zumutbar ist, auf die Schule ihrer Wahl zu verzichten, längere Wege in Kauf zu nehmen und eine vermutlich schlechtere Schule für ihre Kinder zu akzeptieren, und zwar nur um den Kindern mit Migrationshintergrund die Chance zu geben, mit ihren eignen Kindern zusammen eine Klasse zu besuchen. Ich fühle mich gar nicht wohl bei meiner Antwort, aber ich sage, dass die Voraussetzung der Zumutbarkeit nicht gegeben ist. Das Bildungswesen ist bei der Lösung der Probleme der sozialen Segregation überfordert.

Der letzte Punkt ist die Durchsetzung des Leistungsprinzips in Kindertagesstätte und Grundschule. Ich darf hier einmal übertreiben und populistische Klischees verwenden: Stellen wir uns auf der einen Seite eine vierte Klasse vor, in der die „Kuschelpädagogik“ herrscht, in der es keine Testarbeiten für den Übergang in die Sekundarstufe gibt, und einen Kindergarten, der als „Kaderschmiede“ geführt wird, in dem sich z.B. die Sitzordnung nach den Ergebnissen der Sprachstandsmessung richtet. Hier könnte die Grenze einer Verletzung des Elternrechts erreicht werden. Kindergärten und Grundschulen, in denen sowohl eine menschenfreundliche Pädagogik wie eine altersgerechte Leistungserziehung herrschen, können das Elternrecht gar nicht verletzen. Wir können uns beides ja nur wünschen!

Verf.: Prof. Dr. Ingo Richter, Jenaer Straße 19, 10717 Berlin, E-Mail: [Ingo.K.Richter@t-online.de](mailto:Ingo.K.Richter@t-online.de)