

*Stefan Huster/Andrea Kirsch*

## **Die verbindliche Schulformempfehlung als Rechtsproblem Eine Bestandsaufnahme anlässlich der Neuregelung in Nordrhein-Westfalen**

### **1 Aktuelle Herausforderungen der rechtsstaatlichen Verteilung von Bildungschancen**

Wenn der Eindruck nicht täuscht, ist bei vielen Schülern und ihren Eltern ein gestiegenes Bildungsinteresse zu beobachten: Mehr und mehr wird bewusst, dass Bildung und qualifizierte Bildungsabschlüsse in einer Wissens- und Informationsgesellschaft für den weiteren Lebensweg von zentraler Bedeutung sind. Gleichzeitig sehen sich die Betroffenen vielfach mit einem gegliederten Schulsystem konfrontiert, dessen untere Stufen nach verbreiteter Wahrnehmung nur noch gesellschaftliche Verlierer produzieren. Insbesondere die Hauptschule wird daher gemieden; die Attraktivität des Gymnasiums scheint dagegen – trotz „G 8“ – ungebrochen zu sein.<sup>1</sup> Diese Situation erhöht den Druck, den Zugang zur „richtigen“ Schulform zu erhalten, die höhere Bildungsabschlüsse ermöglicht. Angebot und Nachfrage klaffen dann aber häufig auseinander; die politische Absicht, das gegliederte Schulsystem und insoweit insbesondere wiederum die Hauptschule zu erhalten, verschärft die Problematik. Dadurch wird eine Knappheitssituation geschaffen, die nach rechtsstaatlichen Grundsätzen verwaltet werden muss.

Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, dass das insoweit einschlägige Schul(verwaltungs-)recht gewisse Steuerungsdefizite aufweist. Auf der einen Seite ist die Schule erst relativ spät aufgrund verfassungsgerichtlicher Vorgaben verrechtlicht worden,<sup>2</sup> und auch heute stellt sich immer wieder die Frage, ob der Schulgesetzgeber seiner Regelungsverpflichtung nachgekommen ist.<sup>3</sup> Auf der anderen Seite und durchaus gegenläufig wird über eine bereits zu weitgehende Verrechtlichung der Schule geklagt. Tatsächlich stellen die Schule einen Lebensbereich und das Verhältnis von Lehrern, Schülern und Eltern eine Sozialbeziehung dar, deren Steuerung durch Recht an sachimmanente Grenzen stößt.<sup>4</sup>

### **2 Neue Entwicklungen im Recht der Schulwahl am Beispiel Nordrhein-Westfalens**

Seit dem Regierungswechsel in Nordrhein-Westfalen im Jahre 2005 ist das Schulrecht in zentralen Punkten verändert worden. Betraf das 1. Schulrechtsänderungsgesetz noch die Sonderprob-

1 Zur aktuellen Entwicklung vgl. etwa *Schwarz-Jung*, Grundschulempfehlung und Elternwunsch: Nicht immer stimmen sie überein, Statistisches Monatsheft BaWü 5/2009, S. 3 ff.; *Arnold/Bos/Richert/Stubbe*, Schullaufbahnpräferenzen am Ende der vierten Klassenstufe, in: Bos et al. (Hrsg.), IGLU 2006. Lesekompetenzen von Grundschulkindern in Deutschland im internationalen Vergleich, 2007, S. 271 ff.

2 Vgl. insbesondere BVerfGE 47, 46, 78 ff. zum Sexualkundeunterricht.

3 Vgl. unten 3.1.2.

4 Vgl. unten 3.3.

ematik des sog. „Kopftuchverbots“,<sup>5</sup> hat das 2. Schulrechtsänderungsgesetz einige strukturelle Änderungen mit sich gebracht.<sup>6</sup> Als zentrale Regulationsintentionen hat der Gesetzgeber dabei herausgestellt, dass zum einen eine möglichst individuelle Förderung der Schüler gewährleistet werden soll und zum anderen den Schulen eine größere Unabhängigkeit und die Möglichkeit der Profilbildung eröffnet werden sollen.<sup>7</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die Neuregelungen im Bereich der Schulwahl zu würdigen.

## 2.1 Die Aufhebung der Schulbezirke

Dabei hat der nordrhein-westfälische Gesetzgeber zum einen die Schulbezirke aufgehoben und damit den Eltern und Schülern die Wahl der Grundschule (und der Berufsschule) freigestellt. Die Regelung des § 46 Abs. 3 SchulG NW sieht nun vor, dass jedes Kind einen Anspruch auf Aufnahme in die wohnortnächste Grundschule seiner Gemeinde hat, aber auch – im Rahmen der zur Verfügung stehenden Kapazitäten – eine andere Schule wählen kann. Die Wahlfreiheit der Eltern wird damit also gestärkt.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass diese Regelung Gefahr läuft, die soziale Differenzierung zwischen den Schulen, die bisher schon in Folge der Zuweisung nach Wohnortnähe bestand, noch zu verschärfen, weil vornehmlich die höheren Schichten die Aufmerksamkeit und die Ressourcen einsetzen werden können, um ihren Kindern den Besuch nicht der nächstbesten, sondern der besten Schule zu ermöglichen. Auch die vom Gesetzgeber geförderte Profilbildung der Schulen und die entsprechenden Aufnahmekriterien könnten diese Entwicklung befördern. Wie heikel die Lage insoweit ist, zeigt die aktuelle Diskussion in Berlin, wo nun an weiterführenden Schulen, die stark nachgefragt werden, zu einem bestimmten Prozentsatz das Los über die Zulassung entscheiden soll, um Prozessen der sozialen Differenzierung entgegenzuwirken.<sup>8</sup> In Nordrhein-Westfalen ist das Losverfahren gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 Ausbildungs- und Prüfungsordnung Sekundarstufe I (APO-S I) eines von sieben Kriterien, die der Schulleiter bei der Entscheidung über die Aufnahme in die Schule heranzieht, wenn die Zahl der Anmeldungen die Aufnahmekapazität der Schule übersteigt. Bei einer Aufnahmeentscheidung müssen nicht alle sieben Kriterien angewandt werden, die Beschränkung auf „eines oder mehrere“ sieht die Vorschrift ausdrücklich vor.<sup>9</sup> Für eine ordnungsgemäße Durchführung des Losverfahrens reicht es aus, dass der Schulleiter dieses alleine in seinem Dienstzimmer ohne eine besondere Dokumentation vornimmt.<sup>10</sup> Das Losverfahren wird auch in den Ländern, in denen es nicht gesetzlich als Aufnahmekriterium geregelt ist, als zulässig anerkannt, da durch das Zufallsprinzip Chancengleichheit hergestellt wird und keine sachfremden Erwägungen in die Entscheidung einfließen können.<sup>11</sup>

5 Vgl. 1. Schulrechtsänderungsgesetz vom 13.06.2006, GVBl.NW 2006, S. 270.

6 Vgl. 2. Schulrechtsänderungsgesetz vom 27.06.2006, GVBl.NW 2006, S. 278.

7 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung in Landtag NRW, Drks. 14/1572. Einige Neuerungen werfen dabei verfassungsrechtliche Fragen auf; dies gilt etwa für § 61 SchulG NW, der die Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz vorsieht; vgl. dazu *Pechstein*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz als Beamter auf Zeit gemäß § 61 2. SchulRÄndGE-NW, ZBR 2006, S. 159 ff.

8 Grundsätzliche Überlegungen zum Losverfahren bei *Depenheuer*, Zufall als Rechtsprinzip?, JZ 1993, S. 171 ff.

9 Vgl. auch VG Düsseldorf, Urt. v. 05.11.2008, Az. 18 K 3662/08. Die nun gesetzlich geregelten Aufnahmekriterien wurden vor Inkrafttreten der APO-S I bereits von der Rechtsprechung als zulässige Kriterien im Rahmen von § 5 Abs. 2 S. 1 ASchO NW anerkannt, vgl. hierzu *Bülter*, Das Aufnahmeverfahren gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 ASchO auf der Grundlage der Rechtsprechung des OVG NRW, NWVBl 2003, S. 449, 452 ff.

10 VG Düsseldorf, Urt. v. 05.11.2008, Az. 18 K 3662/08.

11 OVG Bautzen, Beschl. v. 08.12.2008, 2 B 316/08; VG Dresden, Beschl. v. 20.08.2008, Az. 5 L 366/08; VG Hannover, Beschl. v. 06.08.2008, Az. 6 B 3368/08; VG Berlin, Beschl. v. 15.07.2008, Az. 9 A 147/08; VG Braunschweig,

## 2.2 Die verbindliche Schulformempfehlung

Zu unterscheiden davon ist die Wahl der Schulform, also die Entscheidung, ob nach der Grundschule die Hauptschule, die Realschule, das Gymnasium oder – soweit verfügbar – die Gesamtschule besucht wird. Dazu finden sich in den Bundesländern zwei unterschiedliche Grundmodelle:

- In einigen Bundesländern gibt die Grundschule eine Empfehlung über die geeignete Schulform ab, das Letztentscheidungsrecht haben aber die Eltern, deren Wille sich auch gegen die Empfehlung durchsetzt. Dies war auch in Nordrhein-Westfalen die bisherige Rechtslage.
- In anderen Bundesländern stellt eine entsprechende Empfehlung der Grundschule dagegen die Voraussetzung für die Anmeldung an einer Realschule oder an einem Gymnasium dar. Sind die Eltern mit der Empfehlung nicht einverstanden, hat der Schüler die Möglichkeit, eine Aufnahmeprüfung zu absolvieren bzw. an einem Probeunterricht teilzunehmen, auf dessen Grundlage dann die Schulbehörde über die Zugangsberechtigung entscheidet. Insbesondere in Bayern und Baden-Württemberg sind dabei – neben einer positiven Bildungsprognose – verbindliche Notenvoraussetzungen in den Hauptfächern für die einzelnen Schulformen vorgesehen, die in der Grundschule bzw. in Aufnahmeprüfung oder Probeunterricht erreicht werden müssen.<sup>12</sup> Die Entscheidung über die Schulform liegt in diesen Ländern also letztlich bei der empfehlenden Schule bzw. bei der Schulbehörde.

Im Sinne dieses zweiten Grundmodells sieht nun auch § 11 Abs. 4 SchulG NW eine verbindliche Schulformempfehlung mit einem nachgeschalteten dreitägigen sog. Prognoseunterricht vor. Das Verfahren ist im Einzelnen geregelt in § 8 der Ausbildungsordnung Grundschule (AO-GS):<sup>13</sup> Danach informiert die Grundschule im ersten Schulhalbjahr der Klasse 4 über die Bildungsgänge in den weiterführenden Schulen (Abs. 1); zudem führt der Klassenlehrer mit den Eltern ein Gespräch über die weitere schulische Laufbahn des Kindes (Abs. 2). Im Halbjahreszeugnis der 4. Klasse gibt die Grundschule durch die Klassenkonferenz als Versetzungskonferenz (also die in der Klasse unterrichtenden Lehrer) eine zu begründende Empfehlung ab, in der die Eignung oder die eingeschränkte Eignung für eine bestimmte Schulform ausgewiesen wird (Abs. 3). Auf dieser Grundlage können die Eltern dann ihr Kind an einer Schule der empfohlenen Schulform anmelden (Abs. 4); soweit die Eignung des Kindes nur mit Einschränkungen bescheinigt worden ist, wird an der weiterführenden Schule ein Beratungsgespräch durchgeführt (Abs. 5). Sind die Eltern mit der Schulformempfehlung nicht einverstanden, kann das Kind seine Eignung in einem dreitägigen Prognoseunterricht nachweisen (Abs. 6), der von einem Schulaufsichtsbeamten geleitet und von jeweils einem Lehrer einer Grundschule und einer weiterführenden Schule erteilt wird (Abs. 7). Nach diesem Prognoseunterricht trifft das Schulamt die abschließende Eignungsentscheidung; dabei wird der Schüler nur dann nicht zum Besuch der begehrten Schulform zugelassen, wenn die drei am Prognoseunterricht beteiligten Personen überzeugt sind, dass dessen Eignung für die gewählte Schulform offensichtlich ausgeschlossen ist (Abs. 8).

NVwZ-RR 2007, S. 324; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2003, S. 258 f.; *Niehues/Rux*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1: Schulrecht, 4. Aufl., 2006, Rn. 627, sehen das Losverfahren sogar als allein zulässiges Kriterium an, wenn gesetzlich keine Kriterien vorgegeben sind.

12 Vgl. etwa § 29 Abs. 4 Bayer. Volksschulordnung; § 4 Aufnahmeverordnung BaWü.

13 Verordnung über den Bildungsgang in der Grundschule vom 23. März 2005, zuletzt geändert durch Verordnung vom 5. November 2008, GVBl.NW 2008, S. 674.

Die Neuregelung der Wahl der Schulformempfehlung in Nordrhein-Westfalen hat die Verbindlichkeit der Schulformempfehlung gestärkt und stellt somit – im Vergleich zur früheren Rechtslage – eine empfindliche Schwächung des Elternrechts dar. Auffällig an der Neuregelung ist zudem, dass – im Unterschied zur Rechtslage in anderen Bundesländern – weder für die Empfehlung der Grundschule noch für Entscheidung des Schulamts nach dem Prognoseunterricht klare Kriterien (etwa in Form von bestimmten Notenvorgaben) benannt werden. Dass es sich bei dem Prognoseunterricht um eine Aufnahmeprüfung handelt, wird vom nordrhein-westfälischen Schulministerium in informatorischen Verlautbarungen sogar ausdrücklich bestritten; es handele sich um „normalen Unterricht“.<sup>14</sup> Zweck dieser Zurückhaltung dürfte es sein, den Druck von Eltern und Schülern zu nehmen und das Entstehen einer entsprechenden Unterstützungsindustrie zu verhindern, die es in anderen Bundesländern, die eine Aufnahmeprüfung mit eindeutigen Notenvorgaben kennen, schon zu geben scheint.

### 3 Rechtsprobleme der verbindlichen Schulformempfehlung

#### 3.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben: Elternrecht und staatliche Schulaufsicht

##### 3.1.1 *Positiv- und Negativauslese*

Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht dagegen, dass der Zugang zu bestimmten Schulformen von der Eignung des Kindes abhängig gemacht wird. Zwar enthalten das Recht des Kindes auf Erziehung und Bildung (Art. 8 Abs. 1 S. 1 LVerf NW, Art. 2 Abs. 1, 12 GG) und das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) nach der Verfassungsrechtsprechung auch die Befugnis, über den schulischen Bildungsweg des Kindes zu bestimmen. In diesem Sinne bestimmt auch Art. 8 Abs. 1 S. 2 LVerf NW, dass das elterliche Erziehungsrecht die Grundlage des Erziehungs- und Schulwesens bildet. Allerdings wird dieses Recht durch die staatliche Schulaufsicht (Art. 7 Abs. 1 GG) begrenzt, die auch die Befugnis zur Organisation des Schulwesens umfasst. Das Bundesverfassungsgericht hat daher keine Einwände dagegen erhoben, dass in diesem Spannungsverhältnis von Elternrecht und Schulaufsicht die Aufnahme des Kindes in die verschiedenen Bildungswege an Zulassungsvoraussetzungen geknüpft wird.<sup>15</sup>

Allerdings muss sich der Staat dabei von einer „Bewirtschaftung des Begabungspotentials“ fernhalten.<sup>16</sup> Schulverwaltungsrechtlich gewendet bedeutet dies, dass die Eignungsprüfung keine Positivauslese darstellen darf, in der nur die am besten geeigneten Schüler zugelassen werden, sondern dass es sich um eine Negativauslese handeln muss, die lediglich für die jeweilige Schulform ungeeignete Kandidaten ausschließt.<sup>17</sup> Eine derartige Negativauslese liegt im Interesse der potentiellen Mitschüler, deren Lernfortschritt sonst behindert werden könnte, aber auch des betroffenen Schülers selbst, der vor einem deprimierenden „Abstieg“ in eine andere Schulform bewahrt werden soll.

In der schulpolitischen Wirklichkeit mögen diese beiden Formen nicht ohne Weiteres auseinanderzuhalten sein; so drängt sich der Verdacht auf, dass die Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen zu den weiterführenden Schulen in NRW auch den Zweck gehabt haben könnte, die

14 Vgl. Ministerium für Schule und Weiterbildung des Landes NRW, Übergang von der Grundschule in die weiterführende Schule und Prognoseunterricht. Ein Leitaden für die Schulaufsicht, Februar 2007, S. 6.

15 BVerfGE 34, 165, 182 ff.

16 BVerfGE 34, 165, 182 ff.

17 Vgl. dazu *Niehues/Rux* (Anm. 11), Rn. 583 ff.

Hauptschule als Schulform zu stabilisieren; wäre dies der Fall, läge darin doch ein Moment der „Bewirtschaftung“, da dann nicht allein die Nachfrage das schulische Angebot bestimmte. Auf der Ebene der Normtexte kommt die Beschränkung auf eine Negativauslese allerdings durchaus zum Ausdruck, wenn in § 11 Abs. 4 SchulG NW auf die „offensichtliche Nichteignung“ abgestellt wird und in § 8 Abs. 8 AO-GS verlangt wird, dass von dieser Nichteignung alle am Prognoseunterricht beteiligten Personen überzeugt sein müssen.

### 3.1.2 *Erforderlichkeit einer Konkretisierung der Eignungskriterien?*

Verfassungsrechtlich problematisch könnte der Eingriff in das Elternrecht allerdings unter dem Aspekt des Vorbehalts des Gesetzes sein, weil das nordrhein-westfälische Recht keine näheren inhaltlichen Vorgaben für die Eignungsentscheidung enthält.<sup>18</sup> Die Formulierung des § 11 Abs. 4 S. 1 SchulG NW, dass die Schulempfehlung „auf der Grundlage des Leistungsstands, der Lernentwicklung und der Fähigkeiten der Schülerin oder des Schülers“ zu erstellen ist, enthält insoweit eine Selbstverständlichkeit, die keinen Anhaltspunkt dafür gibt, wann eine Empfehlung für eine bestimmte Schulform auszusprechen ist. Auch die einschlägige Verordnung enthält sich insoweit einer Stellungnahme; es wird lediglich vorgegeben, dass dem Prognoseunterricht „die in den Lehrplänen der Grundschule bestimmten verbindlichen Anforderungen der Klasse 4 zu Grunde“ gelegt werden und dass das Ministerium Teile des Prognoseunterrichts vorgeben kann (§ 8 Abs. 7 S. 2 und 3 AO-GS). Die vorgegebenen Materialien bestehen aus Leseaufgaben und mathematischen und naturkundlichen Aufgaben, die den Lehrkräften zusammen mit Referenzangaben über den Anteil der realschul- und gymnasialempfohlenen Schüler, die die Aufgaben bisher richtig gelöst haben, vorliegen.<sup>19</sup> Die Antworten sollen jedoch nur in ein qualitatives Gesamturteil einfließen und nicht nach richtigen und falschen Lösungen ausgezählt werden.<sup>20</sup>

Kompensiert werden kann diese Unbestimmtheit der rechtlichen Vorgaben allenfalls durch den Verweis auf die gesetzlichen Bildungsziele der einzelnen Schulformen in den §§ 14 ff. SchulG NW, an denen sich die Empfehlung orientieren kann.<sup>21</sup> Auch dies bleibt aber letztlich sehr vage, wenn dort lediglich zwischen grundlegender (Hauptschule), erweiterter (Realschule) und vertiefter allgemeiner Bildung (Gymnasium) unterschieden wird.

Das Problem dieser Situation besteht nicht zuletzt darin, dass Schulformempfehlungen ohne eindeutige Kriterien vermutlich sehr anfällig für soziale Vorurteile und Differenzierungen sind. Empirische Untersuchungen zeigen, dass Schüler aus bildungsfernen Schichten bessere Leistungen erbringen müssen, um die gewünschte Empfehlung für eine weiterführende Schule zu erhalten.<sup>22</sup> Ein Kind, das einer oberen sozialen Schicht entstammt, hat in Deutschland die 4,15-fach

18 Vgl. dazu bereits oben 2.2. Sehr wohlwollende Erläuterung dazu bei Ullrich, in: Jülich (Hrsg.), *Schulrechtshandbuch Nordrhein-Westfalen*, R 357: „Dabei lassen die in § 11 Abs. 4 SchulG aufgezählten Kriterien bewusst einen pädagogischen Beurteilungsspielraum zu. Formale Beurteilungskriterien existieren nicht.“

19 Bos/Lintorf, Hintergrund und Durchführung des Prognoseunterrichts, *Schule NRW* 03/07, S. 133 ff.

20 Bos/Lintorf (Anm. 19).

21 So dann tatsächlich auch OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 539 ff. Sehr viel kritischer dagegen VG Berlin, NVwZ 2001, S. 948 ff.

22 Vgl. Stubbe/Bos, Schullaufbahneempfehlungen von Lehrkräften und Schullaufbahnentscheidungen von Eltern am Ende der vierten Jahrgangsstufe, *Empirische Pädagogik* 22 (2008), S. 49 ff. Dies gilt in noch verstärktem Maße für Kinder mit Migrationshintergrund, vgl. dazu Frein et al., Schulformwechsel von Migranten und Nicht-Migranten, *SchVw NRW* 3/2007, S. 92 ff.

höhere Chance, eine Gymnasialempfehlung zu bekommen, als ein Kind aus unteren Schichten.<sup>23</sup> Selbst bei gleicher Intelligenz und gleicher Kompetenz hat das Kind aus unteren Schichten eine 2,63-fach geringere Chance.<sup>24</sup> Grundschullehrer berichten, dass sie bei ihren Empfehlungen auch sehr stark Unterstützungsfähigkeit und -willen der Eltern (die sie mindestens aus den Beratungsgesprächen nach § 8 Abs. 2 AO-GS kennen) berücksichtigen. Auch dürfte die Elternpräsenz an der Grundschule (etwa die Mitwirkung an Schulfesten, Klassenfahrten usw.) in manchen Fällen nicht ohne Einfluss auf die Empfehlungsentscheidung bleiben. Dies alles ist umso problematischer, als Art. 10 Abs. 1 S. 2 LVerf NW die wirtschaftliche Lage und die gesellschaftliche Stellung der Eltern als schulische Auswahlkriterien ausdrücklich verbietet.

### 3.2 Rechtsschutz gegen die Schulformempfehlung?

Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der Tatsache, dass Eltern aus höheren sozialen Schichten für ihre Kinder überproportional oft eine höhere Schulform anstreben, als die Empfehlung der Grundschule vorsieht,<sup>25</sup> gewinnen Fragen der gerichtlichen Kontrolle der Schulempfehlung besondere Bedeutung. Eine gewisse Aufmerksamkeit hat insoweit eine Entscheidung des OVG Münster aus dem Jahre 2007 erlangt, nach der die Schulformempfehlung der Grundschule isoliert gerichtlich angegriffen werden kann.

Die Verwaltungsgerichte in den Bundesländern, die nach negativer Grundschulempfehlung eine Aufnahmeprüfung vorsehen, waren bisher davon ausgegangen, dass Empfehlung und anschließende Aufnahmeprüfung (bzw. die darauf bezogene Entscheidung der Schulbehörde) in einem Stufenverhältnis zueinander stehen.<sup>26</sup> Für Widerspruch oder Klage gegen die Empfehlung fehle das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, weil der Schüler sein Ziel zunächst durch die (erfolgreiche) Ablegung der Aufnahmeprüfung in einem objektivierten Verfahren der Verwaltung erreichen könne; sei über deren Ergebnis entschieden, verliere die Empfehlung aber ihre rechtlich selbstständige Bedeutung – sowohl bei Bestehen als auch bei Nichtbestehen der Prüfung. Dies ließ auch den vorläufigen Rechtsschutz – in dem nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO eine Regelungsanordnung beantragt werden muss, da der Beschwerdeführer eine Erweiterung seines Rechtskreises erstrebt, so dass ihm allein der Widerspruch gegen die Empfehlung und dessen aufschiebende Wirkung nichts hilft – ins Leere gehen.

Nachdem diese Entscheidungen in der Literatur bereits gelegentlich kritisiert worden waren,<sup>27</sup> hat nun auch das OVG Münster im Jahr 2007 erstmals die rechtliche Eigenständigkeit der Empfehlung betont.<sup>28</sup> Dafür sprechen die folgenden Gründe:

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage in Nordrhein-Westfalen hat die Empfehlung – und zwar unabhängig davon, ob man sie als VA qualifiziert – einen eigenständigen Regelungsgehalt, da sie

23 Bos/Lintorf (Anm. 19); vgl. auch die Studie „Ungleiche Bildungschancen: Welche Rolle spielen *Underachievement* und Persönlichkeitsstruktur?“ vom Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2009, S. 18 f.

24 Bos/Lintorf (Anm. 19).

25 Arnold/Bos/Richert/Stubbe (Anm. 1), S. 277.

26 Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, S. 246 ff.; insoweit fast wortgleich OVG Bautzen, LKV 1994, S. 450 ff. Nach Ansicht von Wallrabenstein, Rechtsschutz gegen Grundschulempfehlungen, DVBl 2010, S. 147, 150, handelt es sich um zwei eigenständige Zugangswege und nicht um ein einheitliches Verfahren.

27 Vgl. Birnbaum, Bildungsempfehlung für das Gymnasium in Sachsen, LKV 2002, S. 503 ff.; Niehues/Rux (Anm. 11), Rn. 589 ff.; Scheffer, Die Bildungsempfehlung, SächsVBl. 2002, S. 105 ff.

28 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109 f.; a.A. Wallrabenstein, DVBl 2010 (Anm. 26), S. 151. Vgl. dazu auch Beaucamp, Neues zum Rechtsschutz gegen die verbindliche Schulwahlempfehlung, NVWZ 2009, S. 280 ff.

im befürwortenden Fall für die aufnehmende Schule verbindlich ist und im Fall der Ablehnung die Verpflichtung des Schülers enthält, am Prognoseunterricht teilzunehmen.<sup>29</sup> Sie ist besondere Aufnahmevoraussetzung im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 2 SchulG NW. Über den Regelungsgehalt hinaus kommt der Empfehlung aber außerdem Außenwirkung zu,<sup>30</sup> da sie nicht nur den innerbetrieblichen Ablauf der Schule regelt, sondern eben für die aufnehmende Schule, also eine andere Behörde, verbindlich ist, und außerdem den Schüler in seiner persönlichen Rechtsstellung betrifft, so dass sie einen Verwaltungsakt darstellt.

Die beiden Entscheidungen werden darüber hinaus von unterschiedlichen Stellen getroffen: die Empfehlung von der Klassenkonferenz der Grundschule und die Entscheidung nach dem Prognoseunterricht vom Schulamt. Das Prognoseverfahren ist jedoch kein förmliches Rechtsbehelfsverfahren, das die Schulempfehlung auf Verstöße gegen Rechtsvorschriften überprüft, sondern stellt ein Überprüfungsverfahren (bezogen auf die Eignung) eigener Art dar.<sup>31</sup> Im Gegensatz zur Aufnahmeprüfung in anderen Bundesländern<sup>32</sup> ersetzt die Zulassungsentscheidung des Schulamtes aufgrund des Prognoseunterrichts die Empfehlung der Grundschule gem. § 8 Abs. 8 S. 2 AO-GS nur dann, wenn die Entscheidung des Schulamtes positiv von der Empfehlung der Grundschule abweicht.<sup>33</sup> Die Grundschulempfehlung erledigt sich deswegen nicht im Sinne des § 43 Abs. 2 VwVfG NW, wenn das Schulamt die Nichteignung feststellt.<sup>34</sup>

Hinzu kommt, dass die Entscheidungen auf unterschiedlichen Tatsachengrundlagen beruhen.<sup>35</sup> Der Empfehlung der Grundschule gehen 3,5 Jahre Unterricht voraus, das Schulamt trifft seine Entscheidung auf der Grundlage eines dreitägigen Prognoseunterrichts.

Außerdem können die Entscheidungen unterschiedliche Inhalte haben: So kann sich die Grundschulempfehlung im Nachhinein als fehlerhaft herausstellen, weil z.B. die Noten des Schülers falsch zusammengerechnet worden sind. Auch wenn der Schüler dann bereits den Prognoseunterricht absolviert, diesen aber nicht „bestanden“ hat, ist dies kein Grund, in der fehlerhaften Grundschulempfehlung nicht eine selbstständige Beschwerde zu sehen. Das „Versagen“ im Prognoseunterricht zeigt nur, dass der Schüler *hier* seine Eignung nicht nachweisen konnte. Wäre die Schulempfehlung korrekt gewesen, wäre der Prognoseunterricht gar nicht mehr erforderlich gewesen. Allein durch die Verfahrensgestaltung, die den Prognoseunterricht nach der negativen Grundschulempfehlung vorsieht, kann aber der Rechtsschutz gegen die Grundschulempfehlung nicht abgeschnitten werden.<sup>36</sup>

Aus diesen Gründen besteht zwischen den zwei Entscheidungsverfahren kein Stufenverhältnis im engeren Sinne. Die zwei Wege zur positiven Empfehlung – entweder positive Grundschulempfehlung oder negative Empfehlung mit anschließendem positiv verlaufendem Prognoseunterricht – stellen vielmehr zwei Alternativen dar, die Eignung für die gewünschte Schulform nachzuweisen. Beide Wege müssen daher auch jeweils gerichtlich überprüfbar sein. Dass der

29 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109. Anstelle von Verpflichtung wäre aber der Begriff der Obliegenheit passender, da es keine Rechtspflicht gibt, am Prognoseunterricht teilzunehmen.

30 So auch Frey, Rechtsschutz beim Übergang von der Grundschule zur weiterführenden Schule in Nordrhein-Westfalen, NWVB 2007, S. 142, 143.

31 Frey, NWVB 2007 (Anm. 30), S. 143.

32 Vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, S. 246 ff.

33 A.A. Wallrabenstein, DVBl 2010 (Anm. 26), S. 152.

34 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109, 110.

35 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109, 110; ungenau insoweit Frey, NWVB 2007 (Anm. 30), S. 143, die die Kriterien für die beiden Bewertungen als identisch bezeichnet.

36 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109, 110.

Prognoseunterricht nur dann notwendig wird, wenn die Grundschulempfehlung negativ ausfällt, ändert hieran nichts.

### 3.3 Verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte

Das eigentliche Problem des Rechtsschutzes besteht allerdings darin, dass Angriffe gegen die Schulformempfehlung der Grundschule und die Entscheidungen des Schulamtes nur äußerst geringe Erfolgsaussichten besitzen.

#### 3.3.1 Die „Offensichtlichkeit“ der Nichteignung

Auf den ersten Blick ist dies durchaus erstaunlich, weil das Kriterium der „offensichtlichen Nichteignung“ in § 11 Abs. 4 SchulG NW strenge Maßstäbe nahelegt. Der Rechtsbegriff der Offensichtlichkeit bedeutet nämlich nach allgemeinen Regeln, dass an der rechtlichen Beurteilung und den ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen vernünftigerweise keine Zweifel bestehen dürfen, sie sich geradezu aufdrängt oder offen zutage liegt.<sup>37</sup> Selbst bei sehr wohlwollender Einschätzung der Fähigkeiten des pädagogischen Personals ist es nun recht unwahrscheinlich, dass sich über die zukünftige Entwicklung eines Kindes nach nur 3,5 Jahren Schulbesuch Aussagen mit dieser Eindeutigkeit und Sicherheit treffen lassen. Untersuchungen bestätigen dann ja auch, dass bei derartigen Bildungsprognosen eine erhebliche Fehlerrate besteht.<sup>38</sup> So sollen ca. 70 % der Abiturienten an Gesamtschulen eine Real- oder Hauptschulempfehlung – also eine ihren Fähigkeiten nicht gerecht werdende Empfehlung – beim Übergang auf die weiterführende Schule bekommen haben.<sup>39</sup> Das Kriterium der Offensichtlichkeit müsste also eigentlich dazu führen, dass nur wenige Schüler als für die gewünschte Schulform ungeeignet eingestuft werden.

#### 3.3.2 Beurteilungsspielraum für Prüfungs- und Prognoseentscheidungen

Dies steht allerdings in Widerspruch dazu, dass Schüler in den Aufnahmeprüfungen oder im Prognoseunterricht nur zu einem teilweise sehr geringen Prozentsatz – in einzelnen Bundesländern und Jahren nur 1 % der Teilnehmer – die erwünschte Entscheidung erhalten<sup>40</sup> und die Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen die Empfehlungen der Schule und die Entscheidungen der Schulbehörden relativ aussichtslos ist.

Der Grund für die weitgehende Erfolglosigkeit verwaltungsgerichtlicher Klagen und Anträge liegt darin, dass die Verwaltungsgerichte den Entscheidungsträgern einen sehr weiten Beurtei-

37 Vgl. zur Auslegung des „offensichtlich unbegründeten Asylantrags“ in § 30 AsylVfG nur die Darstellung bei Marx, Kommentar zum Asylverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2009, § 30 Rn. 31 ff.; zur Auslegung der „offensichtlich unbegründeten“ Berufung bzw. Revision in §§ 313 II, 349 II StPO vgl. Meyer-Göbner, StPO, 50. Aufl., 2007, § 313 Rn. 9, § 349 Rn. 10; zur Auslegung „offensichtlich unbegründeter Anträge“ vor dem BVerfG in § 24 S. 1 BVerfGG vgl. Dollinger in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., 2005, § 24 Rn. 23.

38 Vgl. Bos/Lintorf (Anm. 19).

39 Vgl. die Presseerklärung zur Studie „Abiturientinnen und Abiturienten an Gesamtschulen 2009“ der GGV NRW & SLVGE NRW, S. 2. Zu falschen Grundschulempfehlungen siehe auch die Studie „Ungleiche Bildungschancen: Welche Rolle spielen *Underachievement* und Persönlichkeitsstruktur?“ (Anm. 23).

40 Vgl. etwa die Angaben bei Scheffer (Anm. 27), S. 109. In Nordrhein-Westfalen sind die Erfolgsquoten im Rahmen des neu eingeführten Prognoseunterrichts allerdings zur Zeit wohl noch höher; vgl. StGB NRW-Mitteilung 306/2009: Danach haben 2009 in NRW 35 % der Schüler im Prognoseunterricht nachträglich eine höhere Empfehlung erreicht.



lungsspielraum zubilligen. Dabei liegt zunächst der Rückgriff auf die anerkannten Grundsätze zur Einräumung eines Beurteilungsspielraums bei Prüfungsentscheidungen nahe. Ein Beurteilungsspielraum wird in diesen Fällen eingeräumt, weil es sich um pädagogische Bewertungen handelt, die Prüfungssituation meist nicht wiederholbar ist und für die nachträgliche gerichtliche Kontrolle im Einzelfall der Vergleich mit den Prüfungsleistungen anderer Kandidaten fehlt.<sup>41</sup> Aber auch wenn es sich – wie bei der Grundschulempfehlung in Nordrhein-Westfalen – gar nicht um eine Prüfung im engeren Sinne handelt und die Entscheidung auch nicht starr an Prüfungsergebnissen orientiert ist, nehmen die Gerichte die verwaltungsgerichtliche Kontrolle weit zurück, weil es sich um eine Prognoseentscheidung handele.<sup>42</sup> Entsprechendes gilt für den Prognoseunterricht.<sup>43</sup>

Zwar besteht bei Prognoseentscheidungen nicht per se ein Beurteilungsspielraum; anerkannt ist aber, dass ein Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, wenn die Prognose auf persönlichen Erfahrungen und Eindrücken beruht.<sup>44</sup> So ist es nach Ansicht der Verwaltungsrechtsprechung auch hier: Bei der Grundschulempfehlung handele es sich – so das OVG Münster – „um eine Prognoseentscheidung, die wesentlich stärker als etwa schulische Benotungen von eignungs-spezifischen und pädagogischen Wertungen der Lehrer geprägt ist. Sie müssen aufgrund ihrer persönlichen Erfahrungen und Einschätzungen festlegen, welche weiterführende Schulform für die Schülerin oder den Schüler geeignet erscheint. Diese persönlichen Erfahrungen und Einschätzungen lassen sich nicht regelhaft erfassen mit der Folge, dass das Gericht auch mit sachverständiger Hilfe die komplexe Prognoseentscheidung der Lehrer nicht vollständig nachvollziehen kann.“ Überprüft werden kann dann nur noch, ob Verfahrensfehler oder Verstöße gegen anzuwendendes Recht vorliegen, ob die Lehrer von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen sind, gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen haben, sich von sachfremden Erwägungen haben leiten lassen oder sonst willkürlich gehandelt haben.<sup>45</sup> Diese Prüfung wird nach aller Erfahrung nur in den seltensten Fällen zum Urteil der Rechtswidrigkeit führen.<sup>46</sup> So ging auch das OVG Münster in dem zu entscheidenden Fall von der Rechtmäßigkeit der Grundschulempfehlung aus.<sup>47</sup>

#### 4 Fazit: Zwischen Verrechtlichung und Schulreform

Im Ergebnis beansprucht die öffentliche Gewalt nach dem neuen nordrhein-westfälischen Schulrecht die Kompetenz zu einer Letztentscheidung über die Schulformwahl, die gesetzlich kaum determiniert und die verwaltungsgerichtliche nur in sehr engen Grenzen überprüfbar ist. Angesichts der erheblichen Bedeutung der Schulformwahl für die weitere Bildungslaufbahn eines Kindes<sup>48</sup> ist es nicht erstaunlich, dass gegenüber dieser Rechtslage bereits verfassungsrechtliche

41 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 7 Rn. 43.

42 Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109, 110; VG Saarlouis, NVwZ-RR 2008, S. 791 f.

43 Vgl. VG Köln, Urt. v. 15.10.2008, Az. 10 K 4216/08; VG Münster, Urt. v. 1.7.2008, Az. 1 K 1201/08; VG Minden, Urt. v. 24.1.2008, Az. 2 K 1989/07; VG Aachen, Beschl. v. 14.8.2008, 9 L 264/08.

44 Vgl. Rennert in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl., 2006, § 114 Rn. 63, zur Fallgruppe „Prognoseentscheidungen“. Zum Schulrecht vgl. insoweit OVG Münster, NVwZ-RR 2007, S. 30; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 2: Prüfungsrecht, 4. Aufl., 2004, Rn. 642.

45 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109, 110.

46 Gewisse Erfolgchancen haben in Nordrhein-Westfalen zur Zeit noch Klagen gegen die Entscheidungen des Schulamts, da die Durchführung des Prognoseunterrichts für die Schulverwaltung eine neue Aufgabe darstellt, bei deren Bewältigung gelegentlich Verfahrensfehler zu unterlaufen scheinen; vgl. etwa VG Aachen, Beschl. v. 14.8.2008, 9 L 264/08.

47 OVG Münster, NVwZ-RR 2008, S. 109, 110.

48 Zur prägenden Bedeutung dieser Entscheidung trotz der Möglichkeiten des späteren Wechsels der Schulform vgl. nur Bos/Lintorf (Anm. 19).

Bedenken geäußert worden sind;<sup>49</sup> jedenfalls gerät diese Entscheidung unter erheblichen Legitimationsdruck. Je stärker die Schulformempfehlungen und der Elternwille aufgrund der eingangs skizzierten Entwicklung auseinanderlaufen,<sup>50</sup> desto eher wird der Gesetzgeber gezwungen sein, die Entscheidung über die Schulformneigung stärker zu verrechtlichen – etwa in Form von festen Notenvoraussetzungen für die einzelnen Schulformen oder standardisierten Aufnahmeprüfungen. Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, dass dies aus pädagogischer Sicht unangemessen sein mag und für die betroffenen Schüler und Eltern zu erheblichen Belastungen führen kann.

Eine Entschärfung des Problems wird nur zu erreichen sein, wenn Schulangebot und Elternwille sich weithin entsprechen. Dies stellt das gegliederte Schulsystem und insbesondere die „unbeliebte“ Schulform der Hauptschule fundamental in Frage. Vermutlich wird daher der von bildungsinteressierten Eltern angestrebte schulische Distinktionsgewinn ironischerweise genau die Differenzierungen ebnen, auf denen er beruht.

*Verf.: Prof. Dr. Stefan Huster, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum, GC 7/135, 44780 Bochum, Tel.: 0234-32 22239, Fax 0234-32 14271, E-Mail: stefan.huster@ruhr-uni-bochum.de*

*Andrea Kirsch, wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum, GC 7/137, 44780 Bochum, Tel.: 0234-32-26818, Fax 0234-32 14271, E-Mail: andrea.kirsch@ruhr-uni-bochum.de*

---

49 Vgl. *Meinel*, Lebensentscheidungen auf ungewisser Grundlage, DÖV 2007, S. 66 ff.

50 Vgl. oben 1.