

Hinnerk Wißmann

## Rechtsgrundlage und Zustimmungsbedürftigkeit bei schulischen Kompetenztests – Zu den Fragen von Eingriff und Gesetzesvorbehalt im Sonderstatusverhältnis

Ist die Durchführung verpflichtender »Kompetenztests« in der Schule von der Zustimmung der Eltern und dem Einverständnis der Schüler abhängig?

### 1 Einleitung

Anspruch und Wirklichkeit der Schule beschäftigen beständig Öffentlichkeit und Politik. Durch die PISA-Studie<sup>1</sup> ist dabei eine Grundkategorie des Gesprächs über Schule, die des Vergleichs, aus der deutschen Binnenperspektive herausgelöst worden. Der Veränderungsdruck hat durch die Ergebnisse deutlich zugenommen. Unter diesem Druck scheint eine größere Einigkeit über verbindliche Parameter des Vergleichs zu bestehen als bisher. PISA und ähnliche Kompetenztests stellen die Frage, ob und in welchem Umfang die vorhandenen Bildungsmöglichkeiten zum Erwerb von kulturellen und kognitiven Basiskompetenzen führen; sie gehen dabei vom einzelnen Schüler und dessen Können aus und entfernen sich schon in diesem Grundansatz von weitergehenden Betrachtungen über die wünschenswerten Effekte des Schulwesens. Darin liegt zweifelsohne zugleich eine Verkürzung: Wenn nun droht, dass sich das Schulwesen nur noch um solche Kompetenzen und nicht mehr um Erziehung in einem anspruchsvollen Sinn kümmert, geht einer der entscheidenden Integrationsfaktoren verloren, der in einer pluralistisch-heterogenen Gesellschaft bleibt.<sup>2</sup> Die Sicherstellung von Basiskompetenzen ist jedoch unverzichtbare Grundaufgabe jeden Schulwesens, soll Freiheit und Chancengleichheit in einer wissensorientierten Welt tatsächlich gelebt werden können. Daher werden zurecht die von der einzelnen Schülerin, vom einzelnen Schüler erworbenen Fähigkeiten gemessen. Von ihnen aus soll auf die Leistungsfähigkeit des gesamten Systems rückgeschlossen werden. Damit aber stellt sich sofort die Frage, ob sie – anders als bisher<sup>3</sup> – zur Mitwirkung auch verpflichtet werden können. Denn natürlich ist eine verlässliche Aussage nur möglich, wenn sie auf einen statistisch ausreichenden Stamm an Daten zurückgeht. Und wenn eine solche Beteiligung als Pflicht wünschenswert erscheint, was sind dann ihre rechtlichen Voraussetzungen? Können, allgemein formuliert, Schüler und Eltern in den Dienst der Schulreform gestellt werden? Der juristische Kernpunkt dabei ist: Welcher Maßstab gilt für das Beispiel des Schulwesens bei Eingriff und Gesetzesvorbehalt im Sonderstatusverhältnis?

- 1 C. Artelt u. a. (Hrsg.), PISA 2000 – Programme for international student assessment, Zusammenfassung zentraler Befunde, Berlin 2001. Das PISA-Programm der OECD wurde im Jahr 2000 im Hauptbereich »Lesekompetenz« durchgeführt, »Mathematische Grundbildung« und »Naturwissenschaftliche Grundbildung« wurden nur als globale Leistungsprofile erfasst. Sie sollen als Hauptbereiche bei den Folgeuntersuchungen 2003 bzw. 2006 im Mittelpunkt stehen.
- 2 M. Bothe und A. Dittmann, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1994), Berlin 1995, S. 7 ff., S. 47 ff. Skeptisch dagegen T. Oppermann, Öffentlicher Erziehungsauftrag – eine Wiederbesichtigung nach der deutschen Einheit, Essener Gespräche 32 (1997), Münster 1998, S. 7 ff.
- 3 C. Artelt u. a. (Fn. 1), S. 7: Freigestellte Teilnahme, Zulassung nur bei schriftlicher Einverständniserklärung der Eltern.

Um diese Fragen beantworten zu können, sind zunächst die Organisationsprinzipien des öffentlichen Schulwesens knapp zu skizzieren, wie sie sich als Schulverfassung unter dem Grundgesetz herausgebildet haben. Die verpflichtenden Kompetenztests können danach als Handlungsform der Verwaltung näher bestimmt werden (II.). Daraus ergeben sich im Einzelnen die Rechtmäßigkeitsanforderungen (III.). Zusammenfassend: Eingriffsintensität und gesetzliche Befugnis sind auch für verpflichtende Kompetenztests die verbindlichen rechtlichen Parameter; von ihnen ausgehend sind diese auszugestalten (IV.).

## 2 Die Organisationsprinzipien im öffentlichen Schulwesen

### 2.1 Grundrechtsgeltung, Gesetzesvorbehalt, Rechtsschutz

Rechte und Pflichten im Schulwesen sind öffentlich-rechtlich geordnet. Damit sind nicht Privatautonomie und Vertrag, sondern Schulpflicht und die Formen des Verwaltungshandelns das Muster, nach dem auch die Frage einer Pflichtteilnahme an Kompetenztests beantwortet werden muss.

Die öffentliche Schule und das zugehörige Schulrecht sind eine deutliche Absage an einen veräußerlichten Ordnungsstaat. Selbst die wenigen Privatschulen sind in die staatlichen Vorgaben für Unterricht und Erziehung und deren Kontrolle unmittelbar mit einbezogen.<sup>4</sup> In der Schule liegen gesellschaftliche Offenheit und verwaltungsmäßige Organisation so eng zusammen wie kaum sonst irgendwo. Demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Grundrechtsbindung sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben, unter deren Geltung die Weitergabe verbindlichen Wissens und die Entfaltung der freien Persönlichkeit miteinander in Beziehung gesetzt werden müssen. Konkret hat sich das in der Erstreckung des Gesetzesvorbehalts und des Rechtsschutzes auf das Schulwesen durchgesetzt.<sup>5</sup> Entscheidender Innovationsschub war dabei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Grundrechte in den bis dahin so bezeichneten besonderen Gewaltverhältnissen gelten,<sup>6</sup> also auch in der Schule.<sup>7</sup> Die Wesentlichkeitstheorie erweiterte das noch: Da das Schulverhältnis grundsätzlich anders konstruiert ist als die – mindestens theoretisch – nur punktuelle Berührung zwischen Staat und Bürger im Allgemeinen, werden einerseits nicht alle Verpflichtungen nach der üblichen Rechtsformenlehre bestimmt und dem jeweilig folgenden Gesetzesvorbehalt unterworfen.<sup>8</sup> Zum Ausgleich muss dafür auch jenseits der klassischen Eingriffe eine ausreichende gesetzliche Legitimation bestehen.<sup>9</sup>

Auch wenn Gesetzgeber und Rechtsprechung so in ganz neuer Qualität in das Schulrecht eingerückt sind, bleiben der einzelne Lehrer, die einzelne Schule, und mit Abstrichen die Schulverwaltung und die politische Leitung des Ressorts die bestimmende Größe für den

4 Art. 7 Abs. 4 und 5 GG.

5 Zum Gesetzesvorbehalt Mangoldt/Klein/Starck-G. *Robbers*, GG, 4. Aufl., München 1999, Art. 7, Rn. 23 ff.; *Dreier-R. Gröschner*, GG, Tübingen 1996, Art. 7, Rn. 50; Wolff/Bachof/R. *Stober*, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl., München 1999, § 32, Rn. 28 ff. Zum Rechtsschutz grundsätzlich W. *Loschelder*, Grundrechte im Sonderstatus, HdbStR V, § 123, Rn. 62 ff.

6 BVerfGE 33, 1.

7 Inzident BVerfGE 34, 165 (192 f.); 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 f.); W. *Loschelder* (Fn. 5), Rn. 6.

8 Vgl. dazu im einzelnen unten bei S. 181 ff.

9 Zusammenfassend BVerfGE 47, 46 (78 f.). Zur »Verrechtlichungsintensität« knappe theoretische Fundierung in Hinblick auf die Wirksamkeit der Verrechtlichung bei E. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsdee, Berlin 1998, S. 52 f.

Schulalltag. Das ist vom Ziel des schülerorientierten Unterrichts her auch richtig, der abstrakte Festlegungen nur hinsichtlich der Ziele, aber nicht hinsichtlich der konkreten Durchführung erlaubt.<sup>10</sup> Für die Ordnung des Unterrichts und des sonstigen Schulbetriebs gelten grundsätzlich die Formen und Verfahrensregeln der Verwaltung. Die Schule ist rechtlich unselbständiges Glied einer hierarchisch geordneten Verwaltung, unabhängig von der eingeräumten pädagogischen Autonomie.<sup>11</sup> Das bedeutet zum einen, dass der Raum zur eigenen Gestaltung sich aus Sachnotwendigkeiten begründet, nicht aus einer autonomen Legitimation. Zum anderen sind die Anforderungen an staatliches Handeln in Bezug auf Transparenz, Betroffenenbeteiligung und Verhältnismäßigkeit hier nicht nur pädagogisch geboten, sondern rechtlich verbindlich. Unterricht, pädagogisches Vorbild und Ordnungsmaßnahmen bleiben also nie bei sich selbst, sondern sind als informales Verwaltungshandeln oder als Verwaltungsakt in juristische Bewertung eingebunden.<sup>12</sup>

## 2.2 Das Schulverhältnis als gegenseitiges Verhältnis

Die Frage der Mitwirkung an der PISA-Studie oder ähnlichen Kompetenztests verdeutlicht jedoch eine Eigenart des Schulrechts, an der sich die einfachen Formvorstellungen von Eingriffs- oder Leistungsverwaltung brechen: Schule gelingt nur im Miteinander der Beteiligten. Die Erziehungsaufgabe kommt Eltern und Schule gemeinsam zu.<sup>13</sup> Unterricht kann auf Dauer nicht exekutiert werden; die Vorstellungen einer einseitigen Anordnung bzw. die einer einseitigen Leistung der staatlichen Verwaltung reichen nicht aus.<sup>14</sup> Das muss auf der einen Seite Einfluss darauf haben, wie Inhalte und Formen von der Schule vorgegeben werden. Ungeachtet aller demokratischen Bestimmungsmacht muss genug Offenheit bestehen, in der konkreten Unterrichtssituation die Basis einer gemeinsamen Arbeit herzustellen.<sup>15</sup>

Auf der anderen Seite legt die strukturelle Vorgabe des Miteinander auch den Eltern und Schülern Mitwirkungspflichten auf. Auch insoweit bleibt die Formensprache des klassischen Verwaltungsrechts oberflächlich, weil sie sich wiederum auf die Annahme einer bloß punktuellen Berührung von Staat und Bürger stützt. In dieser gegenseitigen Verpflichtung liegt die Besonderheit des Schulverhältnisses, die durch die Kategorisierungen »Sonderstatusverhältnis«<sup>16</sup> und »Grund-/Betriebsverhältnis«<sup>17</sup> bezeichnet werden soll. Sie ist verfassungsrechtlich durch Art. 7 Abs. 1 GG abgesichert, verlangt jedoch schon wegen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nach einer gesetzlichen Umsetzung durch die Schulgesetze. Die Frage, in welchem Maß solche Pflichten durch spezielle Regelungen ausdrücklich auferlegt werden

10 Vgl. H. Wißmann, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, Baden-Baden 2002, S. 116 ff.

11 Daran ändert auch die Beklagtenfähigkeit nichts, die den Schulen entsprechend § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nach Landesrecht, etwa in Niedersachsen, zukommt. Die Schulen als Behörden werden hier nur in Prozessstandschaft für den hinter ihnen stehenden Rechtsträger tätig, vgl. allgemein Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., München 2003, § 78, Rn. 10, Fn. 12.

12 Das wird auch von der Kategorie des »Handlungsmittel des geistigen Einflusses« nicht geleugnet, vgl. dazu P. Kirchhof, Mittel staatlichen Handelns, HdbStR III, § 59, Rn. 175.

13 BVerfGE 98, 218 (244 f.) m. w. N.

14 Die Rechtsverhältnislehre nimmt die Wechselseitigkeit der Beziehungen stärker auf, da sie nicht eindimensional von staatlichen Entscheidungen aus konstruiert ist, vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 255 ff.

15 Schulrechtlich stellt sich damit die Frage nach der »pädagogischen Freiheit«: Vgl. dazu aktuell H. Wißmann (Fn. 10); J. Rux, Die pädagogische Freiheit des Lehrers, Berlin 2002.

16 Mangoldt/Klein/Ch. Starck, GG, 4. Aufl., München 1999, Art. 1, Rn. 258. Begriffsbildend K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg 1993, Rn. 321 ff.

17 Für das Schulrecht wird diese Unterteilung Ules fortgeführt von G. Püttner/J. Rux, Schulrecht, § 14, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Bes. Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Heidelberg 2000, Rn. 94.

müssen, die über die Konstitution des Schulverhältnisses hinausgehen, führt zur Frage verpflichtender Kompetenztests zurück.

## 2.3 Kompetenztests als Handlung der Verwaltung

### 2.3.1 *Freiwillige Kompetenztests*

Die Durchführung von Kompetenztests in der Schule ist ohne weiteres möglich, wenn darüber Einverständnis zwischen den Beteiligten besteht, wie es etwa im Fall der PISA-Erhebung 2000 der Fall war. Es ist dann keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage notwendig. Denn nach allgemeiner Auffassung ist staatliches (Verwaltungs-) Handeln nicht generell von einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung abhängig, sondern nur dann, wenn es einseitig Rechtsentscheidungen setzen will.<sup>18</sup> Allerdings muss auch hier die Einhaltung der immer geltenden Anforderungen an staatliches Handeln in formeller und materieller Hinsicht beachtet werden, insbesondere die vertikale und horizontale Kompetenzordnung.<sup>19</sup>

### 2.3.2 *Verpflichtende Kompetenztests*

Staatliches Handeln, dass einzelne zu einem bestimmten Handeln verpflichtet, ist als Eingriff in die grundrechtliche Freiheit zu werten.<sup>20</sup> Das gilt unabhängig von der sonstigen formalrechtlichen Qualität der Maßnahme.<sup>21</sup> Nur mit dieser einfachen Regel wirkt die freiheitssichernde Funktion der Grundrechte. Die neueste BVerfG-Rechtsprechung zu den Anforderungen für die Rechtmäßigkeit staatlicher Warnungen,<sup>22</sup> die begriffliche Unklarheiten zu begründen droht, trägt für den vorliegenden Fall nichts aus, da es hier um einseitige Anordnungen geht. Für diesen Bereich wird weiter streng zwischen Eingriff und Rechtfertigung zu unterscheiden sein, während das Gericht im Bereich der nicht-befehlenden (und diese auch nicht ersetzende) Handlungen<sup>23</sup> scheinbar eine Gesamtbeurteilung der »Beeinträchtigung« vorschlägt, für die bereits aus der Aufgabe auf die Befugnis geschlossen werden kann.<sup>24</sup>

Die Regel »Verpflichtung gleich Eingriff« gilt auch für Sonderstatusverhältnisse.<sup>25</sup> Deren besondere Gestalt ergibt sich allein daraus, dass die Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung von Befugnisnormen sachbezogen und damit im Ergebnis abgesenkt sind.

Entsprechend benötigen verpflichtende Anordnungen auch im Sonderstatusverhältnis stets eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Auch im Schulverhältnis gilt selbstverständlich, dass nicht von einer Aufgabenbestimmung für die staatliche Verwaltung auf die entsprechende Befugnis geschlossen werden darf, Schüler und Eltern zur Mitwirkung daran zu verpflichten.<sup>26</sup>

18 Zur »Eigenständigkeit« der Verwaltung E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 174 ff.

19 Vgl. zum informalen und konsensualen Verwaltungshandeln und den dort geltenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 264 ff., 269 ff.

20 Zur Terminologie und zu den verschiedenen Formen von Eingriffen B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 18. Aufl., Heidelberg 2002, Rn. 207 ff., insb. 238 ff.

21 Mangoldt/Klein/Starck-K. P. Sommermann, GG, 4. Aufl., München 2000, Art. 20, Rn. 267.

22 BVerfGE 105, 252 und 279.

23 BVerfGE 105, 252 (273): »funktionales Äquivalent«.

24 Ausdrücklich BVerfGE 105, 252 (268). Zur Unterscheidung solcher »Beeinträchtigungen« von »Eingriffen« auch ebenda, S. 273; ebenso BVerfGE 105, 279 (303), wo noch deutlicher zwischen »mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen« und »Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinn« unterschieden wird. Die Abgrenzung dieser Beeinträchtigungen zur hier zu prüfenden direkten Anordnung (ohne VA-Qualität) ebenda, S. 304 (»staatlicherseits gefordertes Verhalten des Normadressaten«).

25 Mangoldt/Klein/Starck-K. P. Sommermann (Fn. 21), Rn. 267; E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 165.

26 Statt aller: Wolff/Bachof/R. Stober (Fn.); 30, Rn. 18.

Der Grundsatz der ausreichenden gesetzlichen Grundlage gilt unabhängig davon, ob die Verpflichtung als »Regelung« mit »Rechtswirkung nach außen« anzusehen ist, also ein Verwaltungsakt (VA) gemäß § 35 VwVfG vorliegt.<sup>27</sup> Die Anforderungen an die Ermächtigung sind von der Intensität der Einwirkung abhängig.<sup>28</sup>

Im Umkehrschluss gilt also: Eltern und Schüler können sich nicht gegen verpflichtende Kompetenztests wehren, wenn diese über eine ausreichende Ermächtigung verfügen. Es gibt keinen grundsätzlichen Ausschluss staatlichen Handelns auf dem Feld von Erziehung und Bildung.<sup>29</sup> Erst recht gilt das dort, wo eine Vermutung für die vorrangige staatliche Sachkompetenz besteht.<sup>30</sup> Das trifft für Leistungsmessung generell zu, sei sie auf die Schüler, sei sie auf die Schule bezogen.<sup>31</sup> In welcher Form und mit welcher Bestimmtheit die Ermächtigung notwendig ist, hängt davon ab, welche rechtliche Qualität die Kompetenztests haben.

### 2.3.2.1 Verwaltungsakt

Die formale Qualität des staatlichen Handelns kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Es ist weiterhin allgemein anerkannt, dass wegen des dauernden Kontakts im Sonderverhältnis nicht jede Anordnung VA ist.<sup>32</sup> Die entscheidende Wirkung der so getroffenen Abschichtung ist der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs; dies ist in Hinblick auf die verfassungsrechtlich abgesicherte Vorgabe eines funktionsfähigen Schulwesens grundsätzlich gerechtfertigt, aber nur in engen Grenzen.<sup>33</sup>

Ein Verwaltungsakt kann zum einen ergehen, weil die Behörde gerade die Form des Verwaltungsaktes wählt.<sup>34</sup> Eine solche Entscheidung wird durch die Verwendung des Begriffs, einer Rechtsbehelfsbelehrung oder allgemeiner der Bescheidtechnik überhaupt indiziert.<sup>35</sup> Fehlt es an einer solchen Entscheidung, liegt ein Verwaltungsakt nur dann vor, wenn die Voraussetzungen des § 35 VwVfG gegeben sind. Anordnungen im Schulverhältnis sind nur dann als Verwaltungsakte zu betrachten, wenn ihnen (die Bedeutung einer) Außenwirkung zu-

27 Die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzte für das »besondere Gewaltverhältnis« Rechtsbeeinträchtigung und Verwaltungsakt gleich, was im Ergebnis qualifizierte Klageanforderungen bedeutete, vgl. BVerwGE 14, 84 (87). Später wurde auch für diesen Sachbereich die Klagemöglichkeit unterhalb der VA-Schwelle anerkannt, BVerwGE 60, 144 (150). Vgl. zum Ganzen *H. Faber*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1995, S. 236.

28 BVerfGE 58, 257 (274); 98, 218 (252). Das stellt letztlich BVerfGE 105, 279 (303) auch für »mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen« im Bereich nicht-anordnenden Staatshandeln infrage, wenn und soweit diese Beeinträchtigungen in ihrer »Wirkung« als Ersatz für einen »Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinn« dienen.

29 Zum Verhältnis von elterlichem und schulischem Erziehungsauftrag zuletzt zusammenfassend *Maunz/Dürig u. a. – P. Badura*, GG, Art. 6, Rn. 130 ff. (2002).

30 BVerfGE 98, 218 (246 ff.).

31 Das gleiche Ergebnis folgt auch bei einer Bewertung aus der Perspektive des Datenschutzes. Wenn der Staat Daten erheben will, benötigt er dafür eine ausreichende gesetzliche Grundlage, BVerfGE 65, 1.

32 Statt aller: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner-J. Pietzcker, VwGO (2002), § 42 Abs. 1, Rn. 51.

33 Aus Art. 19 IV GG folgt das Gebot, dass hoheitliche Eingriffe grundsätzlich nicht so kurzfristig angeordnet und durchgeführt werden dürfen, dass die Betroffenen Rechtsschutz nicht oder nicht rechtzeitig in Anspruch nehmen können, vgl. BVerfGE, NVwZ 1987, S. 881; BVerwGE 16, 289.

34 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl., München 2000, § 35, Rn. 14. Es kommt nicht auf die äußere Form als solche an, sondern auf die mit ihr getroffene Regelung. Die Rechtmäßigkeit der gewählten Form ist demgegenüber gerade kein Kriterium.

35 *Kopp/Ramsauer* (Fn. 34), § 35, Rn. 16.

kommt. Dieses Kriterium kann die Besonderheiten des Schulrechts aufnehmen, ohne zu bestreiten, dass eine rechtliche Regelung besteht.<sup>36</sup>

Verwaltungsakte sind danach zum einen Ordnungsmaßnahmen, die durch ihre Intensität den erzieherisch geprägten Binnenprozess in der Schule übersteigen.<sup>37</sup> Das sind vor allem die disziplinarisch veranlasste Schulentlassung<sup>38</sup>, die abgesehen vom Sanktionscharakter strukturell damit verwandte Entscheidung über die Aufnahme in eine Schule<sup>39</sup> und die Überweisung in eine andere Klasse<sup>40</sup> oder an eine andere Schule.<sup>41</sup> Dazu zählen dürfte auch bereits der Ausschluss von einer Klassenfahrt.<sup>42</sup> Zum anderen gehören hierzu jene Beurteilungen von Schülern, die sich außerhalb der Schule selbst auswirken (und damit in den Gewährleistungsbereich der Berufsfreiheit gelangen).<sup>43</sup> Hierzu gehören Versetzungszeugnisse<sup>44</sup> und Abschlusszeugnisse.<sup>45</sup>

Neben diesen Entscheidungen, die individuell auf den einzelnen Schüler zugeschnitten sind, gelten auch grundlegende Strukturmaßnahmen wie die Schließung<sup>46</sup> oder Umwandlung<sup>47</sup> einer Schule als Regelung mit Außenwirkung.

In Bezug auf das Kriterium der Außenwirkung ist eine salvatorische Klausel, dass die laufenden, weniger bedeutsamen Regelungen des Schulbetriebs in einen VA umschlagen, wenn sie erheblich vom Üblichen abweichen oder aufgrund besonderer Umstände gesteigertes Gewicht erhalten,<sup>48</sup> wenig glücklich. Denn ihre Rechtmäßigkeit kann auch dann dynamisch nach den Kriterien der Wesentlichkeitstheorie beurteilt werden, wenn daran festgehalten wird, dass Außenwirkung auch in solchen Fällen in rechtlicher Betrachtung nicht erzeugt wird.

Entscheidendes Kriterium für das Vorliegen eines Verwaltungsakts ist danach nur, ob für den einzelnen Schüler eine Regelung getroffen wird, die nach außen Wirkung entfaltet bzw. (nach h. M.) wegen besonderer Umstände ein gleiches Gewicht entfaltet. Ein verpflichtender Kompetenztest ist in Anwendung dieser Maßstäbe dann als VA zu betrachten, wenn er an die Stelle einer aus dem Unterricht hervorgegangenen Abschluss- oder Versetzungsentscheidung treten würde, sein Ergebnis also nach außen wirkend Einfluss auf die weitere Schullaufbahn haben sollte. Das ist in keinem Fall vorgesehen; auch im Fall der Verpflichtung zur Mitwirkung soll nach den bisherigen Planungen ein Test nur parallel zum eigentlichen Unterrichtsgeschehen und dessen Bewertung laufen. Nur dann ist ein solcher Test auch sinnvoll: Denn wenn es – wie bei zentralen Abschlussprüfungen – nur darum ginge, im Unterricht möglichst

36 »Regelung« ist nach BVerwGE 77, 268 (271) eine Maßnahme der Behörde, die darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen, d. h. wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden. Das ist aber mit Anordnungen nach hier vertretenen Ansicht immer verbunden. Aus dem Ausschluss der VA-Qualität folgt angesichts der Generalklausel des § 40 I VwGO keine Begrenzung des Rechtsschutzes. Anderer Ansatz bei G. Püttner/J. Rux (Fn. 17), Rn. 94, die generell die Außenwirkung bejahen und ggfs. den Regelungscharakter bestreiten.

37 G. Püttner/J. Rux (Fn. 17), Rn. 110, Fn. 170.

38 OVG Koblenz, NJW 1996, S. 1690.

39 BVerwGE 5, 153.

40 OVG Koblenz, NVwZ-RR 1993, S. 480 (481).

41 Kopp/Schenke (Fn. 11), Anhang zu § 42, Rn. 71.

42 Kopp/Schenke (Fn. 11), aaO.

43 Vgl. Fn. 66.

44 BVerwG, DVBl. 1978, S. 918.

45 Kopp/Schenke (Fn. 11), Anhang zu § 42, Rn. 71.

46 BVerwGE 18, 40 (41).

47 OVG Hamburg, DVBl. 1981, S. 51 (53).

48 Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-J. Pietzcker (Fn. 32), § 42 Abs. 1, Rn. 52.

genau die Testaufgaben vorzubereiten, ist der Messfaktor unbrauchbar, der das Bildungswesen gerade über die Bewältigung der konkreten Aufgaben hinaus bewerten will. Die Einführung verpflichtender Tests kann auch nicht als organisatorische Grundentscheidung betrachtet werden, solange sich für die Schulform und die Unterrichtsgestaltung nichts ändert.

### 2.3.2.2 Anordnung durch schlichtes Verwaltungshandeln

Wenn Maßnahmen zum regulären Schulbetrieb zählen und weniger bedeutsam sind, fehlt es ihnen an der Außenwirkung.<sup>49</sup> Mit diesem Ausschluss der VA-Qualität ist nicht verbunden, dass ein Kompetenztest in einem außerrechtlich-pädagogischen Raum stattfindet.<sup>50</sup> Schon die frühere Konstruktion eines besonderen Gewaltverhältnisses betrachtete die Schule nicht als außerrechtlich. Es sollten bloß statt der Rechtssätze des Außenrechts diejenigen des Innenrechts gelten,<sup>51</sup> was zu einem weithin kategorischen Ausschluss des Rechtsschutzes führte. Die Durchsetzung der Grundrechtsgeltung hat diese prinzipielle Trennung zugunsten einer flexiblen Beurteilung der Maßnahmen abgelöst. Wie schon zuvor gelten sie jedoch selbstverständlich als Rechtsmaßnahmen. Sie gehören zur großen Gruppe des schlichten Verwaltungshandelns.<sup>52</sup> Systematisch gesprochen liegt hier die »notwendige Flexibilitätsreserve des Verwaltungshandelns«, das »rechtlich eingegrenzt, aber nicht in die kompakten Strukturen der Rechtsformenlehre eingespannt« ist.<sup>53</sup>

Gezählt hierzu werden im Schulverhältnis die einzelne Notengebung, die Festlegung des Stundenplans und der Hausaufgaben sowie Ordnungsanweisungen, die ohne weitere Auswirkung sofort befolgt werden können.<sup>54</sup> Auch der Unterricht selbst ist schlichtes Verwaltungshandeln, ohne dass damit der Anspruch weitreichenden Einflusses aufgegeben wäre.<sup>55</sup>

## 3 Rechtmäßigkeitsanforderungen für verpflichtende Kompetenztests

### 3.1 Der Vorbehalt des Gesetzes im Sonderstatusverhältnis: Ausgestaltung der Ermächtigung nach Eingriffsintensität

Die Rechtsgrundlage für einseitige Verpflichtungen im Sonderstatusverhältnis setzt eine Antwort auf die Frage voraus, welche Funktion der Gesetzgeber im Sonderstatusverhältnis hat. Für das Schulverhältnis ist durch Art. 7 Abs. 1 GG abgesichert, dass es als Sonderverhältnis

49 Kopp/Schenke (Fn. 11), Anhang zu § 42, Rn. 72.

50 Zur rechtlichen Qualität des Unterrichts H. Wißmann (Fn. 10), S. 126 ff.

51 Zu dieser Unterscheidung und ihren Hintergründen knapp H. Faber (Fn. 27), S. 18.

52 Zum Begriff und dogmatischer Strukturierung G. Robbers, DÖV 1987, S. 272 ff. Wegen der fehlenden Außenwirkung und gleichwohl bestehender rechtlicher Verbindlichkeit kann von schlicht-hoheitlichem Handeln gesprochen werden, vgl. kritisch E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München 1973, S. 368, in Bezug auf die Leistungsverwaltung, Wolff/Bachof/R. Stober (Fn. 5), § 23, Rn. 39 f., und zuletzt M. Hochhuth, NVwZ 2003, S. 30 ff., S. 33 f., alle in Auseinandersetzung mit der Begriffsprägung bei W. Jellinek. Die allgemeine verwaltungsrechtliche Diskussion zur Einordnung des Verwaltungshandelns ist, wie sich an diesem Beispiel zeigen lässt, unterkomplex, da sie sich weitgehend auf die Frage der Regelung als Gegensatz zu konsensuellem bzw. nicht-verbindlichem Handeln beschränkt. Damit werden die weiteren Voraussetzungen des VA nach § 35 VwVfG unterschätzt. Zur »Heterogenität des schlichthoheitlichen Verwaltungshandelns als Grenze weiterer prinzipieller Aussagen« auch Hochhuth, ebenda.

53 E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 269.

54 Beseitigung von Unordnung, vgl. OVG Schleswig, NJW 1993, S. 952.

55 H. Wißmann (Fn. 10), S. 46 ff.; G. Robbers (Fn. 52), S. 279 f., mit der Beschreibung als »aufgabengeprägtem Handeln«.

zu behandeln ist.<sup>56</sup> Das ersetzt nicht eine gesetzliche Regelung.<sup>57</sup> Vielmehr kommt dem Gesetzgeber die Strukturierung des Sonderverhältnisses zu.<sup>58</sup> Das darf freilich nicht damit gleichgesetzt werden, dass hier außerhalb des üblichen Freiheits-Eingriffs-Schemas schon die Substanz der grundrechtlichen Freiheiten Sache des Gesetzgebers ist.<sup>59</sup> Vielmehr hat er auch hier vom (verfassungsrechtlich zugesprochenen) Gehalt der grundrechtlichen Freiheit bereits auszugehen. Allerdings bestehen aus der Sachstruktur der Aufgaben Grenzen der Normierbarkeit. Deshalb gilt, dass nicht für alle Eingriffe eine speziell ausgeformte Grundlage erforderlich ist, sondern der Bezug auf eine Generalklausel ausreichen kann,<sup>60</sup> ebenso die weitgehende Ermächtigung der Verwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Muster des Art. 80 Abs. 1 GG.<sup>61</sup> Dagegen können originär exekutive »Sonderverordnungen« nicht als Rechtsquellen im Sonderstatusverhältnis anerkannt werden, da sie gerade keine gesetzliche Grundlage darstellen oder ersetzen.<sup>62</sup>

Die Anforderung an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage ist nach der Intensität des Eingriffs zu bemessen;<sup>63</sup> es kommt also nicht allein auf die Bedeutung des betroffenen Rechtsgutes, sondern auch auf den Grad der Betroffenheit des Rechtsgutes an:<sup>64</sup> Die Wesentlichkeitstheorie stellt insoweit Maßgaben nicht nur für die Aufgabenverteilung zwischen Parlament und Verwaltung, sondern auch für die inhaltliche Gestaltung der gesetzlichen Regelung auf.<sup>65</sup> Die unterschiedlichen Anforderungen sind nicht nach der äußeren Form des Verwaltungshandelns zu bemessen. Für alle verbindlichen Anordnungen gilt der Gesetzesvorbehalt. Auch für Verwaltungsakte reicht dabei jedoch eine ganz unbestimmte Ermächtigung der Verwaltung zur weiteren Konkretisierung aus, wenn die Regelung nicht intensiv in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreift.<sup>66</sup> Nichts anderes kann auch für die unmittelbare Anwendung weitgefaster gesetzlicher Regelungen durch Schule und Lehrer selbst gelten.

56 BVerfGE 34, 165 (181 f.); 47, 46 (71 f.); Wolff/Bachof/R. Stober (Fn. 5), § 32, Rn. 26; K. Hesse (Fn. 16), Rn. 321 ff. Daher kann dahinstehen, ob ein solches Sonderverhältnis einem verfassungsrechtlichen Numerus clausus unterliegt (dagegen W. Loschelder (Fn. 5), Rn. 28).

57 So aber BVerwG, NVwZ 1996, S. 474 (Wehrverhältnis). Dagegen zurecht G. Schmitt-Bremme, NVwZ 1996, S. 455 ff.

58 W. Loschelder (Fn. 5), Rn. 52.

59 So Loschelder aaO.

60 So schon BVerfGE 33, 1 (11), allerdings mit skeptischer Grundtendenz.

61 Zur Rolle der Rechtsverordnung im Schulwesen vgl. H. Faber (Fn. 27), S. 71; vgl. BVerwG, DVBl. 1987, S. 918 (919).

62 Die Befürworter der »Sonderverordnung« weisen auf die Unzulänglichkeit hin, dass Verwaltungsvorschriften nicht die Legitimation haben, abstrakt-generelle Anordnungen für Rechtsverhältnisse wie etwa das Schulverhältnis zu schaffen, vgl. Wolff/Bachof/R. Stober (Fn. 5), § 25, Rn. 43 f. Sie kommt der Verwaltung aber nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zu, das gilt auch außerhalb des Bereichs »wesentlicher« Entscheidungen, a. A. Wolff/Bachof/R. Stober, aaO. Wie hier H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München 1997, § 8, Rn. 31 (Sonderverordnung nur als Rechtsverordnung).

63 BVerfGE 58, 257 (274).

64 Mangoldt/Klein/Starck-K. P. Sommermann (Fn. 21), Art. 20, Rn. 269. Das ist schon in BVerfGE 58, 257 angelegt, wo gleiche Rechtsgüter durch formal gleiche Regelungen in unterschiedlicher Stärke betroffen waren.

65 Eindeutig schon BVerfGE 47, 46 (79): »Ob eine Maßnahme wesentlich ist und damit dem Parlament vorbehalten bleiben muss oder zumindest nur aufgrund einer inhaltlich bestimmten parlamentarischen Ermächtigung ergehen darf (...).«

66 BVerfGE 58, 257 (272 ff.) mit der Unterscheidung einer Versetzung und des leistungsbedingten Schulausschlusses. Auch die Versetzung ist unzweifelhaft VA. Dennoch reicht es aus, dass im Schulgesetz lediglich die Befugnis zur Regelung der Versetzung durch die Exekutive ohne jede weitere inhaltliche Vorgabe ausgesprochen wird, BVerfGE 58, 257 (275 ff.). Dagegen verlangt der gleichfalls als VA zu behandelnde Ausschluss von der Schule wegen der höheren Grundrechtsintensität eine dichtere parlamentarische Regelung, a. a. O. Zur Frage, ob hier ein



### 3.2 Die Rechtsgrundlage für verpflichtende Kompetenztests

#### 3.2.1 *Regelungsziel: Evaluation der Schule*

Die Landesschulgesetze müssen die Rechtsgrundlage für verpflichtende Kompetenztests ergeben. Eine spezielle Ermächtigung dazu ist in keinem Schulgesetz vorgesehen und nach dem bisher Gesagten auch nicht grundsätzlich notwendig, selbst dann nicht, wenn ausnahmsweise die Anordnung zur Teilnahme durch die bewusst gewählte Handlungsform des Verwaltungsaktes erfolgen sollte. Auch in diesem Fall ist es nicht erforderlich, dass die gesetzliche Ermächtigung gerade zum Handeln durch Verwaltungsakt ermächtigt.<sup>67</sup>

Von den beiden Ausgangspunkten aus – Ermächtigung bei verpflichtenden Anordnungen erforderlich, aber keine ausdrückliche Einzelermächtigung – sind die vorhandenen landesgesetzlichen Bestimmungen zur Struktur des Schulbetriebs ausreichende Rechtsgrundlagen für die Anordnung verpflichtender Kompetenztests, wenn diese im Ergebnis lediglich zur Evaluation der Schule eingesetzt werden. Zum ersten ermächtigt schon die Festlegung der Bildungs- und Erziehungsziele in den Schulgesetzen die Schulverwaltung, deren Verwirklichung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften oder einzelne Anweisungen zu gestalten und sicherzustellen.<sup>68</sup> Da der Unterricht, durch den das geschieht, immer auf Gegenseitigkeit angelegt ist, liegt schon in der Festlegung der Erziehungsziele sachbedingt die auf die Schüler bezogene Anforderung zur Mitarbeit.<sup>69</sup> Auch wenn die Erziehungsziele oftmals weit über die in der PISA-Evaluation fokussierten Basiskompetenzen hinausgehen, setzen sie die Basiskompetenzen denknötwendig voraus.<sup>70</sup>

Zum zweiten kennen die Schulgesetze eine generalklauselartige Bestimmung der Mitwirkungspflichten der Schüler.<sup>71</sup> Sie konkretisieren nochmals das Schulverhältnis als gegenseitiges Verhältnis und konstituieren damit eine generelle Pflicht zur Mitarbeit der Schüler an einer gelingenden Schule. Damit wird verdeutlicht, dass Schüler (und mittelbar die Eltern) nicht dazu verpflichtet sind, passiv Schule hinzunehmen, sozusagen Unterricht an sich exekutieren

---

Eingriff in Art. 2 I GG oder Art. 12 GG vorliegt, vgl. Mangoldt/Klein/Ch. Starck, GG, 4. Aufl., München 1999, Art. 2 Abs. 1, Rn. 75.

67 H. M., vgl. H. Maurer (Fn. 62), § 10, Rn. 5, m. w. N.

68 BVerfGE 98, 218 (250 ff.).

69 Das ist kein unzulässiger Schluss von der staatlichen Aufgabe auf eine freiheitsverkürzende staatliche Befugnis, da diese ordnungsrechtliche Gegenüberstellung den Sachgegebenheiten des Schulverhältnisses, das strukturell auf ein Miteinander angelegt ist, nicht gerecht wird. Die Inhaltsbestimmung des Schulverhältnisses ist daher auch als Befugnis zur Umsetzung auszulegen.

70 Dazu treffend J. Kaube, F.A.Z. vom 20.2.2003, S. 35: »Wenn von Bildungsstandards die Rede ist, kommt hierzulande leicht ein Missverständnis auf. Der unübersetzbare Begriff der Bildung legt nahe, es handle sich dabei um einen Zustand, der, ganz ernstgenommen, allenfalls von höheren Schulen verwirklicht werden kann. Diese Meinung eint ansonsten getrennte Lager. Sowohl konservative Schulleute wie Reformpädagogen entnehmen ihre Bildungsvorstellungen oft einem idealisierten gymnasialen Lehrplan. (...) Bildungsstandards (sollen (hinzuzufügen:) zunächst) Mindeststandards sein. Definiert werden muss, was zu können ist, um die jeweilige Schule ohne Ausreden zu bestehen und sich später mit Hilfe des Gelernten leidlich zurechtzufinden. Wachheit weniger für letzte Fragen als für Antworten auf erste ist zu wecken. Denn alarmierend war an den Pisa-Befunden nicht, dass Fünfzehnjährige immer weniger Hofmannsthal lesen, sondern dass viele von ihnen nicht einmal in der Lage waren, in Diagrammen eine gesuchte Zahl zu entdecken (...).«

71 Vgl. Art. 56 Abs. 4 BayEUG: »Alle Schüler haben sich so zu verhalten, dass die Aufgabe der Schule erfüllt und das Bildungsziel erreicht werden kann. Sie haben insbesondere die Pflicht, am Unterricht regelmäßig teilzunehmen und die sonstigen verbindlichen Schulveranstaltungen zu besuchen. Die Schüler haben alles zu unterlassen, was den Schulbetrieb oder die Ordnung der von ihnen besuchten Schule oder einer anderen Schule stören könnte.«

zu lassen. Vielmehr gehen die Anforderungen noch darüber hinaus, indem sie auf Mitarbeit zielen.

### 3.2.2 *Regelungsziel: Leistungskontrolle der Schüler*

Wenn verpflichtende Kompetenztests hingegen auf Individualisierbarkeit der Schülerleistung hin gestaltet sind, besteht eine deutliche Parallele zur Leistungserfassung und Notengebung. Zunächst ist schon für den Unterricht, auf den diese Bezug nehmen, stets eine gesonderte Regelung mit Ermächtigungen des zuständigen Ministeriums zur weiteren Steuerung festzustellen.<sup>72</sup> Es wird also nicht nur allgemein auf die Erziehungsziele oder die Mitwirkung der Schüler Bezug genommen. Für die Bewertung der Leistungen besteht wegen der höheren Intensität der Einwirkung eine noch weitergehende gesetzliche Regelung.<sup>73</sup> Auf diese könnte sich ein Kompetenztest jedoch gerade nicht stützen. Denn ihm fehlt der Zusammenhang zum Unterricht, auf den sich die Ermächtigung zur Notengebung sonst bezieht.<sup>74</sup> Wenn ein Kompetenztest in seinen Ergebnissen also individualisierbar ist, müsste hierfür eine eigene Befugnis geschaffen werden. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob eine solche Individualisierung unmittelbar geschaffen wird, indem diese Tests bestimmte unterrichtsbezogene Prüfungen ersetzen, oder ob sie mittelbar hingenommen wird, indem Einzelergebnisse den Lehrern zur Kenntnis gegeben werden. Auch im zweiten Fall gilt der datenschutzrechtliche Grundsatz der Spezialität der Datenerhebung, die nur für den jeweiligen Zweck genutzt werden darf.<sup>75</sup> Und dieser Zweck ist bei Kompetenztests nach Art der Pisa-Studie die Evaluation der Schule und des Schulsystems, bei Zensuren hingegen davon verschieden die Feststellung der vom Schüler erbrachten Leistung in Bezug auf den erteilten Unterricht.

### 3.2.3 *Formelle Rechtmäßigkeit*

Rechtmäßiges Verwaltungshandeln ist an formelle und materielle Voraussetzungen gebunden. Die formellen Voraussetzungen ergeben sich für Verwaltungsakte aus dem VwVfG, vgl. § 9. Der Gehalt dieser spezialgesetzlichen Regelung gilt aber zum großen Teil als Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip auch für das schlichte Verwaltungshandeln. Daraus ergeben sich Vorgaben hinsichtlich Zuständigkeit, Verfahren und Form.

#### 3.2.3.1 *Zuständigkeit*

Die Anordnung eines verpflichtenden Kompetenztests darf nur von der zuständigen Stelle erlassen werden.<sup>76</sup> Für die föderale Zuständigkeitsverteilung ergibt sich gemäß Art. 70 Abs. 1 GG, dass jedenfalls für verpflichtende Kompetenztests ausschließlich die Länder zuständig sind. Eine nationale Bildungszuständigkeit gibt es nicht, eine so bezeichnete nationale Bildungsverantwortung müssen die Länder im Weg der freiwilligen Selbstkoordinierung wahrnehmen. Art. 91 b GG kann dies erleichtern, indem der Bund in die Koordinierung einbezo-

<sup>72</sup> Vgl. etwa Art. 45 ff. BayEUG

<sup>73</sup> Vgl. Art. 52 ff. BayEUG.

<sup>74</sup> Für die Unterscheidung zwischen Evaluation der Schule und Leistungskontrollen der Schüler auch G. Püttner/J. Rux (Fn. 17), Rn. 135.

<sup>75</sup> Vgl. nur § 14 Abs. 1 BDSG als Ausformung verfassungsrechtlicher Anforderungen, vgl. BVerfGE 65, 1.

<sup>76</sup> Die Zuständigkeitsordnung schafft eine immer geltende Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, vgl. für Realakte H. Maurer (Fn. 62), § 15, Rn. 5, für Verwaltungsakte ebenda, § 10, Rn. 10.

gen wird;<sup>77</sup> Kompetenztests nach Art der Pisa-Studie sind Bildungsplanung im Sinn dieser Vorschrift. Der Bund kann jedoch keinesfalls eine Regelung schaffen, die zu grundrechtsrelevanten Eingriffen im Schulwesen berechtigt.

Die Befugnisse des Landesschulgesetzes ermächtigen die jeweilige Schule, die eine Vorgabe des zuständigen Ministeriums in Hinblick auf den einzelnen Schüler konkretisiert. Dabei ist je nach Landesrecht der Schulleiter bzw. die Schulkonferenz oder der einzelne Lehrer zuständig. Sie können dem Schüler gegenüber die Verpflichtung zu Teilnahme an einem Kompetenztest aussprechen.

### 3.2.3.2 Verfahren und Form

Grundsätzlich kann das Verfahren, dass einer Anordnung zur Teilnahme vorausgeht, im Rahmen rechtsstaatlich gebotener Mindestanforderungen frei gestaltet werden, vgl. § 10 VwVfG.<sup>78</sup> Hier gelten für verpflichtende Kompetenztests keine Besonderheiten gegenüber sonstigen Anordnungen im Schulverhältnis.

Verfassungsrechtlich abgesichertes Verfahrensrecht ist insbesondere die Pflicht zur Anhörung von Beteiligten.<sup>79</sup> Für den Fall verpflichtender Kompetenztests dürften hier keine Probleme auftreten: Eine Evaluation, die auf Verbesserung der Schule und der schulischen Leistungen zielt, wird stets Aufklärung über die Maßnahmen beinhalten. Auch wenn eine Verpflichtung zur Teilnahme besteht, ergibt die Einführung in die Tests an der einzelnen Schule stets die Möglichkeit, die Stellungnahme der Schüler dazu abzufragen. Sie ist geradezu Teil einer sinnvollen Vorbereitung solcher Tests.<sup>80</sup> Rechtliche Pflicht und effiziente Planung fallen insoweit zusammen.

Gleiches gilt auch für die Form einer Anordnung von verpflichtenden Kompetenztests. Es gelten keine verbindlichen Formvorgaben hinsichtlich Schriftlichkeit oder sonstiger Darstellung, vgl. § 37 Abs. 2 VwVfG. Allerdings muss die Anordnung hinreichend bestimmt und begründet werden, vgl. § 37 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 VwVfG.<sup>81</sup> Auch diese Vorgabe ergibt sich aber bei sinnvoller Durchführung einer auf Mitwirkung angewiesenen Evaluation bereits aus der Sache.

## 3.3 Materielle Rechtmäßigkeit

Auch das schlichte Verwaltungshandeln benötigt, soweit es wie im Fall angeordneter Kompetenztests einseitig verfügt wird, als Eingriff eine Befugnisnorm.<sup>82</sup> Für die Rechtmäßigkeit der

77 Zum Verhältnis der Selbstkoordinierung der Länder in der Kultusministerkonferenz und der Koordinierung in der Bund-Länder-Kommission nach Art. 91 b GG vgl. Mangoldt/Klein/Starck-U. Volkmann, GG, 4. Aufl., München 2001, Art. 91 b, Rn. 7.

78 Zu Stand und Perspektive eines einheitlichen Verfahrensrechts vgl. W. Kahl, Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.): Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Bd. 9, Baden-Baden 2002, S. 67 ff.

79 § 28 VwVfG. Zur verfassungsrechtlichen Begründung Kopp/Ramsauer (Fn. 34), § 28, Rn. 2; M. Hochhuth (Fn. 52) S. 33 f.

80 Im übrigen besteht nach dem Rechtsgedanken des § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG die Möglichkeit, bei einer Verpflichtung aller Schüler (einer Schule, einer Klasse) von einer individuellen Anhörung abzusehen und statt dessen etwa das informatorische Gespräch mit der Schülerversammlung zu suchen.

81 Zur entsprechenden Anwendung auch bei schlicht-hoheitlichem Handeln Kopp/Ramsauer (Fn. 34), § 37, Rn. 4; § 39, Rn. 8.

82 Statt aller: Wolff/Bachof/R. Stober (Fn. 5), § 23, Rn. 40.

Anordnung muss diese Norm verfassungsmäßig sein und verfassungsgemäß angewendet werden.

### 3.3.1 *Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage*

Als Rechtsgrundlage kommen allein die landesrechtlichen Bestimmungen über das Schulverhältnis in Betracht, insbesondere die Bestimmungen über den Erziehungsauftrag und die Mitwirkungspflichten.<sup>83</sup> Die Verfassungsmäßigkeit der Schulbestimmungen ist zwar verschiedentlich bestritten worden, insbesondere auch in Bezug auf den Anspruch des Staates auf einen eigenständigen Erziehungsauftrag.<sup>84</sup> Dem sind Rechtsprechung und Lehre jedoch zu Recht nicht gefolgt. Das Grundgesetz hat durch die Aufnahme des Art. 7 Abs. 1 GG das historisch gewachsene Recht des Staates zur Erziehung bestätigt und seine Ausgestaltung dem Ausgleich von Eltern- und Schülerrechten einerseits und dem demokratisch legitimierten Landesschulrecht andererseits überlassen.<sup>85</sup>

Eine andere Frage ist, ob die weitgefassten Formeln der Landesschulgesetze, die im Grunde natürlich nicht auf die Einführung verpflichtender Kompetenztests gemünzt sind, als Befugnisnorm bestimmt genug sind. Doch auch das ist zu bejahen: Es liegt in der Sachstruktur des Schulverhältnisses, dass der parlamentarische Gesetzgeber nur die Grundstruktur vorgeben kann. Innerhalb der so gezogenen Grenzen verdichtet sich der Normierungsgrad nur dann spezieller, wenn die folgenden Regelungen besonders intensiv wirken. Damit sind auch die Generalklauseln zu Erziehungszielen und Mitwirkungspflichten als Befugnisnormen bestimmt genug.<sup>86</sup> Es kommt allein darauf an, dass sie rechtmäßig angewandt werden und so ihre immerhin bestehende Steuerungskraft entfalten können.

### 3.3.2 *Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage*

Die Beziehung zwischen Befugnisnorm und Sachverhalt muss nicht einem »Subsumtionsideal« entsprechen.<sup>87</sup> Einzelne Anordnungen sind vielmehr auch als Konkretisierungsform gesetzlicher Gestaltungsermächtigungen anzusehen.<sup>88</sup> Dennoch bleibt die durch Auslegung nachweisbare Sachverbindung zu den vorgegebenen Tatbestandsmerkmalen der Befugnisnorm die Voraussetzung ihrer rechtmäßigen Anwendung. Verpflichtende Kompetenztests müssen daher – wie der Unterricht – als Ausgestaltung der gesetzlichen Erziehungsziele nachvollzogen werden können und sich im Rahmen der Mitwirkungspflichten halten.

Die Anforderungen der Rechtsprechung sind in dieser Hinsicht nicht sehr hoch, wie sich zuletzt daran zeigte, dass das Bundesverfassungsgericht die Einführung der Rechtschreibreform durch Verwaltungsvorschrift billigte und dabei die Erziehungsziele als ausreichende Er-

<sup>83</sup> S. o.

<sup>84</sup> Etwa E. Bärmeier, Über die Legitimität staatlichen Handelns unter dem Grundgesetz – Die Unvereinbarkeit staatlichen Schulehaltens mit den Verfassungsprinzipien der »Staatsfreiheit« und »Verhältnismäßigkeit«, Frankfurt 1992.

<sup>85</sup> Vgl. nur BVerfGE 34, 165 (181 f.); 47, 46 (71 ff.). Zum Ganzen H. Wißmann (Fn. 10), S. 37 f., 96 ff.

<sup>86</sup> Entsprechend BVerfGE 98, 218.

<sup>87</sup> E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 261. Für das Schulverhältnis R. Gröschner (Fn. 5), Rn. 38. Im Bereich der Erziehungsziele ist das von H.-U. Evers normtheoretisch entwickelt worden, der zu den Kategorien von Final- und Konditionalnormen die der Dispositions- und Prozessnormen hinzufügt, und Erziehungsziele als Dispositionsnormen gekennzeichnet hat, in: Die Befugnis des Staates zur Festsetzung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, Berlin 1979, S. 120 ff.

<sup>88</sup> E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 261.

mächtigung ansah.<sup>89</sup> Dieser Linie ist in Hinblick auf verpflichtende Kompetenztests zuzustimmen. Wenn der Staat, und das ist allgemeine Überzeugung, Schule veranstalten darf, kann er auch die Voraussetzungen schaffen, damit diese Schule funktioniert. Und der Kernvorgang der Schule ist der gelingende Unterricht und der erreichte Lernerfolg. Beides aber lässt sich aber nicht durch eine äußerliche Sichtung der Input-Parameter (Lehrer-Schülerverhältnis, Investitionen in Neubauten, Lernmittelfreiheit etc.) kontrollieren, sondern nur durch die Sicht auf den einzelnen Schüler. Und diese Sicht kann wiederum nicht äußerlich stattfinden: Lernerfolg ist nur zu kontrollieren, soweit der Lernende bereit ist, sein Wissen offenzulegen. Aus einer solch dialektischen Struktur jeden Unterrichts heraus ist damit auch bereits die Evaluation zulässiger sachgemäßer Bestandteil der Ermächtigung zu Erziehung und Unterricht.

### 3.3.3 Sonstige Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale von Erziehung und Mitwirkung macht deutlich, dass nicht von einem vollzugsfähig-erzwingbaren Verwaltungshandeln gesprochen werden kann. Wie Unterricht generell nur im grundsätzlichen Miteinander (und durch die Achtung der Schülerrechte) gelingen kann, sind auch Kompetenztests zwar formell als einseitige Anordnung zu gestalten, in der Sache (für die Schule!) erfolgreich aber nur bei Einbeziehung der Schüler in Vorbereitung und Durchführung. Juristisch gesprochen ergeben sich folgende Anforderungen: »Auch dieses Handeln ist nicht rechtsfreies Handeln, denn Art. 20 Abs. 3 GG gilt für alle Tätigkeiten der Verwaltung ohne Rücksicht auf deren Formalisierungsgrad. Gesetzesvorrang, die Gebote der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung, die elementaren Verfahrensregeln der Unparteilichkeit und Neutralität und – nach Maßgabe ihres genau zu ermittelnden Belastungsgehalts – der Gesetzesvorbehalt sind auch hier beachtlich.«<sup>90</sup>

Das bedeutet, dass die Schule verpflichtende Kompetenztests nicht dazu nutzen darf, ihre eigene schulgesetzliche Verantwortung für Lernerfolge an zentrale Einheiten abzuschieben. Die Tests sind eine externe Evaluation und können nicht an die Stelle der internen Kontrollen von Lernstand und Lernerfolg treten, die pädagogisch valide Entscheidungen über Schullaufbahnen zulassen. Verboten wäre eine diskriminierende oder sanktionierende Belegung mit Testteilnahme, statt dessen muss eine neutrale, an Gleichbehandlung orientierte Auswahl erfolgen. Die Verhältnismäßigkeit erlegt schließlich Kompensationspflichten auf, die den Eingriff möglichst abmildern; das muss konkret geschehen durch Aufklärung und Transparenz des Verfahrens gegenüber Eltern und Schülern.

## 4 Zusammenfassung: Kompetenztest und Mitwirkungspflicht

Neue Handlungsformen müssen im Recht mit vorgefundenen Strukturen vereinbar sein. Eingriff und Gesetzesvorbehalt als analytische Grundkategorien des öffentlichen Rechts gelten auch dort, wo aus pädagogischer oder politischer Begründung eine innovative Veränderung verlangt wird und begründet werden kann. Die rechtliche Ordnung ist dabei flexibel genug, sachgebundene Besonderheiten aufzunehmen. Zugleich zügelt sie durch Anfragen an Zustän-

<sup>89</sup> Vgl. BVerfGE 98, 218.

<sup>90</sup> E. Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 269, zum informalen Verwaltungshandeln. Die »Sachlichkeit« als Voraussetzung allen Staatshandelns auch bei BVerfGE 57, 1 (8). Hingegen dürfte die »Richtigkeit«, die in BVerfGE 105, 252 (272 f.) für Staatshandeln verlangt wird, eher der untaugliche Versuch einer Limitierung vorher freigesetzter Staatstätigkeit sein.

digkeit und Befugnis einen nivellierenden Zugriff. Das gilt besonders im föderal geordneten Schulwesen.

Hier wie für das Sonderstatusverhältnis generell reicht für die Beurteilung staatlichen Handelns eine Unterscheidung zwischen Verwaltungsakt und sonstigem – nicht regelndem – informalem Handeln nicht aus. Auch im Sonderstatusverhältnis gilt die allgemeine Beurteilung staatlicher Maßnahmen in Hinblick auf ihre Eingriffsqualität. Wenn, wie bei verpflichtenden Kompetenztests, verbindliche Anordnungen durch staatliche Behörden getroffen werden, sind Regelungen zugleich Eingriffe.

Die Besonderheiten des Sonderstatusverhältnisses werden in der Ausgestaltung der Befugnisnormen aufgenommen. Eine bloße Aufgabenbestimmung reicht nicht hin. In den schulgesetzlichen Erziehungszielen und Mitwirkungspflichten besteht jedoch wegen geringer Eingriffsintensität eine ausreichende staatliche Ermächtigung, wenn die verpflichtenden Kompetenztests sich auf die Erhebung anonymer Daten beschränken. Aus der Struktur der öffentlichen Schule heraus besteht die Pflicht für Schüler, an entsprechenden Tests teil- und für Eltern, sie hinzunehmen. Der staatliche Erziehungsauftrag ermächtigt nicht nur die Schule zu einseitigen Anordnungen, die zu dulden und zu befolgen sind, sondern er setzt auch die Rechtspflicht zur Mitarbeit. Dieses dialektische Grundverhältnis in der Schule strahlt allerdings auf die Gestaltung einer solchen Pflicht aus. Ohne weitergehende genauere gesetzliche Ermächtigung darf sie sich nicht auf die Bewertung des einzelnen Kindes auswirken, sie dient vielmehr der Bewertung des Unterrichts. Sie muss darüber hinaus nicht nur als Rechtshandeln gemäß den formellen Voraussetzungen jeder Staatstätigkeit erfolgen. Sie setzt weitergehend die aktive Einbeziehung der Schüler und Eltern vor der Durchführung der Tests voraus – ein Gebot, dass in gleicher Weise auch aus pädagogischer Klugheit resultiert.

Eltern und Schüler haben ein Interesse und ein Recht auf die bestmögliche Schule. Der Streit, was das ist, wird nie zu einem Ende gelangen können. Schule als staatliche Pflichtveranstaltung ist jedoch zumindest darauf verpflichtet, einen Mindestgehalt an Kulturkompetenzen weiterzugeben. Ob das gelingt, kann durch Evaluation der Bildungskompetenzen ermittelt werden. Eine solche Bestandsaufnahme mag Schulreformen als dauernde Aufgabe ermöglichen.

*Verf.: Wiss. Ass. Dr. Hinnerk Wißmann, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Augsburg, 86135 Augsburg*