

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

1.4. Grundrechte/Droits fondamentaux

1.4.2. Gleichheit vor dem Gesetz/ Égalité devant la loi

BGer 2C_391/2020: Gleichbehandlung von Schülerinnen und Schülern aus Privatschulen und aus öffentlichen Schulen bei der Aufnahme ins Gymnasium?

Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_391/2020 vom 28. Dezember 2020, Verband Zürcher Privatschulen, A. und B. gegen Kanton Zürich vertreten durch die Bildungsdirektion, Aufnahme in die Maturitätsschulen (abstrakte Normenkontrolle).



SENTA COTTINELLI*



GABRIEL SCHAUB**

I. Sachverhalt

Am 3. April 2019 beschloss der Regierungsrat des Kantons Zürich eine Neuregelung der Aufnahmebedingungen ins Kurz- und Langgymnasium. Diese sehen unter anderem vor, dass bei Schülerinnen und Schülern¹ aus öffentlichen Schulen für den Übertritt ins Langgymnasium die Zeugnisnoten als Erfahrungsnote berücksichtigt werden. Damit die Schüler aus öffentlichen Schulen aufgenommen werden, muss deren Durchschnitt aus der Prüfungsnote und der Erfahrungsnote mindestens der Note 4.75 entsprechen. Bei den Kandidaten aus einer Privatschule ist nur die Prüfungsnote massgebend. Diese haben die Aufnahmeprüfung bestanden, wenn die Prüfungsnote mindestens der Note 4.5 entspricht.

Die gleiche Regelung für die Schüler aus Privatschulen und aus öffentlichen Schulen findet sich auch in den Anforderungen fürs Kurzgymnasium. Auch bei der Aufnahme ins

Kurzgymnasium wird den Schülern aus öffentlichen Schulen die Erfahrungsnote angerechnet, wobei sie eine höhere Prüfungsnote als die Schüler aus Privatschulen erzielen müssen.

Der Verband Zürcher Privatschulen sowie A. und B. erhoben gegen diese Regelungen Beschwerde beim Verwaltungsgericht, welches ihre Beschwerde abwies.² Gegen den Beschwerdeentscheid wurde beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben.

II. Kernerwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte im vorliegenden Fall im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle über die Frage zu entscheiden, ob die unterschiedlichen Aufnahmeregelungen für Schüler aus öffentlichen Schulen und Schüler aus Privatschulen gegen das verfassungsmässige Gleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verstossen (E. 3).

Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Es ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn der Erlass Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Gestaltungsspielraum (E. 4.2).

Um eine allfällige Ungleichheit zwischen den Schülern aus öffentlichen Schulen und Privatschülern beurteilen zu können, sei den Schülern aus Privatschulen eine fiktive Erfahrungsnote von 5.0 anzurechnen, so die Vorinstanz. Dies, weil bei den Privatschülern, anders als bei den Schülern aus öffentlichen Schulen, die Erfahrungsnote nicht berücksichtigt werde. Die fiktive Erfahrungsnote von 5.0 ergebe sich dabei aus dem notwendigen Prüfungsnotenschnitt der Privatschüler und dem erforderlichen Notenschnitt zum Bestehen von 4.75, der sich aus der Prüfungsnote und der Erfahrungsnote ergebe (E. 4.4). Das Bundesgericht hatte in zwei früheren Verfahren³ bereits festgehalten, dass die Unterschiede zwischen Volks- und Privatschulen grundsätzlich

* SENTA COTTINELLI, Rechtsanwältin/Partnerin Cottinelli Advokatur & Notariat GmbH, St. Gallen, eidg. dipl. Informatikerin, BA FH Int. Management.

** GABRIEL SCHAUB, Jurist, Mitarbeiter bei Cottinelli Advokatur & Notariat GmbH, St. Gallen.

¹ Nachfolgend wird jeweils nur die männliche Form gewählt, wobei die weibliche selbstverständlich auch gemeint ist.

² VGer ZH, AN.2019.00003, 26.2.2020.

³ BGer, 2C_1018/2019, 16.7.2020; 2C_1137/2018, 14.5.2019.

eine unterschiedliche Behandlung der Schüler rechtfertigen würden. Dies gelte selbst dann, wenn in einem Jahr der Durchschnitt der Erfahrungsnoten wesentlich höher als die fiktive Erfahrungsnote von 5.0 sei. Lediglich wenn sich im langjährigen Mittel ergeben sollte, dass die durchschnittliche Erfahrungsnote ausnahmslos wesentlich über- oder unterhalb einer Note von 5.0 liege, müsse der Regierungsrat eine Änderung des Aufnahmereglements zur Gewährleistung der Gleichberechtigung prüfen (E. 4.5).

Gemäss Entscheid der Vorinstanz werde von den Beschwerdeführern übersehen, dass bei Schülern aus öffentlichen Schulen bereits eine Vorselektion stattfindet und deshalb die durchschnittlichen Erfahrungsnoten nicht relevant seien (E. 4.6). Dem stimmte das Bundesgericht insofern zu, als dass die Durchschnittsnoten der Kandidierenden nicht repräsentativ und damit nicht allein relevant für die Beurteilung der Rechtsgleichheit seien (E. 4.7). Es sei davon auszugehen, dass sich vornehmlich Schüler zur Prüfung anmelden, die einen Notendurchschnitt von 5.25 und mehr haben, was Ausdruck einer Vorselektion sei. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, dass die Erfahrungsnoten seit 2009 stetig gestiegen seien und im Jahr 2019 die Note 5.365 erreichten, womit die Erfahrungsnoten wesentlich über 5.0 lägen und damit eine Ungleichbehandlung vorliege, sei damit unbegründet (E. 4.8).

Gemäss Bundesgericht beurteilt sich eine allfällige Ungleichbehandlung der Privatschüler gegenüber Schülern aus öffentlichen Schulen anhand der Prüfungsdurchschnitte der zugelassenen Schüler der jeweiligen Schülerkategorie. Sollte sich im langjährigen Mittel zeigen, dass die Prüfungsnoten einer Schülerkategorie (mit oder ohne Erfahrungsnote) wesentlich über- oder unterhalb derjenigen der anderen Kategorie liegen, bestünde Anlass zur Überprüfung der reglementarischen Bestimmungen (E. 4.9). Dem Bundesgericht lagen zum Entscheidzeitpunkt die entsprechenden Daten nicht vor, weshalb es die Beschwerde abwies.

III. Anmerkungen

A. Würdigung der Rechtsprechung

Gemäss dem vorliegenden Urteil beurteilt sich die Ungleichbehandlung der beiden Schülerkategorien anhand des Prüfungsdurchschnitts derjenigen Schüler, welche bestanden haben. Gleichbehandlung besteht, wenn die durchschnittlichen Prüfungsnoten gleich sind bzw. im langjährigen Mittel nicht wesentlich voneinander abweichen. Das Bundesgericht unterlässt es jedoch, zu konkretisieren, welcher Zeitraum mit «langjährigem Mittel» gemeint ist. Sobald die Berücksichtigung von Erfahrungsnoten dazu führt, dass Schüler aus öffentlichen Schulen insgesamt mit einem

tieferen Prüfungsschnitt die Aufnahmeprüfung bestehen, liegt eine Ungleichbehandlung vor. Gleiches gilt selbstverständlich in dem Fall, in dem die Schüler aus öffentlichen Schulen aufgrund ihrer Erfahrungsnoten einen höheren Prüfungsdurchschnitt erreichen müssten.

Wie bereits vorstehend ausgeführt, hat ein «öffentlicher» Schüler die Aufnahmeprüfung bestanden, wenn der Durchschnitt der Prüfungsnote und der Erfahrungsnote mindestens der Note 4.75 entspricht. Der Privatschüler muss die Prüfungsnote 4.5 erreichen. Damit er mit Schülern aus öffentlichen Schulen verglichen werden kann, wird ihm eine fiktive Erfahrungsnote von 5.0 angerechnet, womit er ebenfalls einen Notenschnitt von 4.75 erreichen würde (4.5 und 5.0). Somit gibt es drei Kategorien von Schülern aus öffentlichen Schulen, welche die Aufnahmeprüfung bestanden haben:⁴

- (1) Sie haben bestanden, weil ihre Prüfungsnote mindestens derjenigen entspricht, die auch ein Privatschüler aufweisen müsste, um zu bestehen (4.5). Gleichzeitig entspricht ihre Erfahrungsnote mindestens der fiktiven Note 5.0 der Privatschüler (1. Kategorie: Prüfungsnote mindestens 4.5 und Erfahrungsnote mindestens 5.0).
- (2) Sie haben bestanden, weil ihre Erfahrungsnote so gut war, dass sie dadurch eine tiefere Prüfungsnote als die Privatschüler erzielen konnten (2. Kategorie: Prüfungsnote unter 4.5 und Erfahrungsnote über 5.0).
- (3) Sie haben bestanden, weil ihre Prüfungsnote so gut war, dass sie dadurch die Erfahrungsnote kompensieren konnten, welche unter der fiktiven Erfahrungsnote der Privatschüler lag (3. Kategorie: Prüfungsnote über 4.5 und Erfahrungsnote unter 5.0).

Die erste Kategorie ist für die Beurteilung der Ungleichbehandlung irrelevant, da diese Schüler die Aufnahmeprüfung bestanden haben, unabhängig davon, ob sie auf einer Privatschule oder einer öffentlichen Schule waren. Wenn diese Schüler bei der Beurteilung der Gleichbehandlung ebenfalls berücksichtigt würden, würde das Ergebnis verwässert und allenfalls sogar verfälscht.

In der zweiten Kategorie führt die Berücksichtigung der Erfahrungsnote zu einer Bevorzugung des Schülers einer öffentlichen Schule. Diese Schüler haben nur wegen der sehr guten Erfahrungsnote bestanden. Wenn sie wie Privatschüler behandelt würden, hätten sie nicht bestanden, da ihre Prüfungsnote unter 4.5 lag. Schüler dieser Kategorie führen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dazu,

⁴ Die Schüler, die nicht bestanden haben, werden nicht berücksichtigt, weil gemäss Bundesgericht bei der Beurteilung der Gleichbehandlung der Durchschnitt der Prüfungsnoten der Schüler massgebend ist, die die Aufnahmeprüfung bestanden haben.

dass der relevante Prüfungsdurchschnitt sinkt und damit eine Ungleichbehandlung vorliegt.

Dies könnte durch Schüler aus der dritten Kategorie kompensiert werden. Diese haben die Aufnahmeprüfung trotz ihrer Erfahrungsnote bestanden, weil ihre Prüfungsnote so gut war und sie damit den Notenschnitt von 4.75 erreicht haben. Sie mussten mit ihrer Prüfungsnote die tiefe Erfahrungsnote kompensieren, damit sie die Aufnahmeprüfung bestehen. Wenn jedoch kein Gleichgewicht zwischen der zweiten und dritten Kategorie besteht, führt dies unweigerlich zur Ungleichbehandlung von Schülern privater Schulen. Denn bei einem Übergewicht der zweiten Kategorie besteht eine Bevorzugung der Schüler öffentlicher Schulen, da mehr Schüler öffentlicher Schulen die Aufnahmeprüfung nur wegen ihrer guten Erfahrungsnote bestanden haben. Dies führt also insgesamt dazu, dass die Schüler öffentlicher Schulen von der Berücksichtigung der Erfahrungsnote profitieren.

Die Berücksichtigung von Erfahrungsnoten ist aus Sicht der Autoren nur so lange rechtsgleich und zulässig, wie zwischen den Schülern der zweiten und dritten Kategorie ein Gleichgewicht besteht. Nur in diesem Fall haben gleich viele Schüler *trotz* oder *wegen* der Erfahrungsnote bestanden. Unzulässig ist, wenn die Berücksichtigung von Erfahrungsnoten dazu dienen soll, ungenügende Prüfungsnoten auszugleichen. Unerheblich ist der Durchschnitt der Prüfungsnoten der Privatschüler, da sie unter Berücksichtigung der fiktiven Erfahrungsnote der ersten Kategorie gleichgestellt sind. Unter diesen Umständen stellt sich jedoch die Frage, ob die Berücksichtigung der Erfahrungsnoten noch zweckmässig ist, wenn sie insgesamt keine Auswirkung haben darf und gleichzeitig eine erhebliche Gefahr der Ungleichbehandlung birgt.

Die Erfahrungsnote dürfte nicht mehr berücksichtigt werden. Damit würde absolute Chancengleichheit bestehen und die Resultate aller Schüler würden gleichermaßen von der Tagesform abhängen. Dies gilt insbesondere, da die materielle Überprüfung einer Leistung im Schulrecht in Rechtsmittelverfahren meist auf die Willkürprüfung beschränkt wird, weshalb die Einhaltung der Verfahrensgarantien, wie der Rechts- und Chancengleichheit, besonders genau zu prüfen ist.⁵

Es bestünde auch die Möglichkeit, dass bei beiden Kategorien die Erfahrungsnote berücksichtigt wird, also auch bei den Schülern aus Privatschulen. Erfahrungsnoten lassen sich jedoch nur beschränkt miteinander vergleichen, da sie

aufgrund des klasseninternen Bezugssystems entstehen.⁶ Da der Vergleich der Erfahrungsnoten der Schulen sowohl untereinander als auch zwischen privaten und öffentlichen Schulen sehr schwierig ist, besteht wiederum die Gefahr einer Ungleichbehandlung. Bereits die Gefahr der Ungleichbehandlung sollte verhindert werden, weshalb Erfahrungsnoten gar nicht berücksichtigt werden sollten.

B. Zur aktuellen (Un-)Gleichbehandlung

Die Berücksichtigung der Erfahrungsnoten ist beim Vergleich zwischen Schülern privater und öffentlicher Schulen im besten Fall wirkungslos und führt im schlechtesten Fall zu einer Ungleichbehandlung. Die aktuelle Regelung beinhaltet die Gefahr der Ungleichbehandlung, da mehr Schüler aus öffentlichen Schulen nur wegen ihrer sehr guten Erfahrungsnote die Aufnahmeprüfung bestehen können. Das Bundesgericht hat die Frage nach einer allfällig bestehenden Ungleichbehandlung offengelassen. Eine solche liegt wie oben beschrieben vor, wenn kein Gleichgewicht zwischen den Schülern besteht, die nur trotz respektive nur wegen der Erfahrungsnote die Aufnahmeprüfung bestanden haben.

Wie eine Erhebung aus dem Jahr 2016 für die Aufnahmeprüfung 2015 zeigt, hat ein beträchtlicher Anteil der Schüler aus öffentlichen Schulen mit sehr guten Erfahrungsnoten trotz ihrer ungenügenden Prüfungsnote die Aufnahmeprüfung zum Langgymnasium bestanden (Kategorie 2).⁷ Die Erfolgchance derjenigen Schüler, welche die Aufnahme trotz ihrer tiefen Erfahrungsnote bestanden (Kategorie 3), lag 2016 gerade einmal bei 1.2%.⁸ Es ist anzunehmen, dass der Anteil der Schüler, die von der Erfahrungsnote profitieren, in der Zwischenzeit sogar noch zugenommen hat, da die durchschnittliche Erfahrungsnote der Schüler öffentlicher Schulen von 5.289 (2015) auf 5.365 (2019) angestiegen ist und die Erfolgsquote fürs Langgymnasium zumindest seit 2017 etwa gleich geblieben ist (zwischen 50.3 und 51.6%).⁹

⁶ VGer ZH, VB.2018.00480, 7.11.2018, E. 4.2.

⁷ Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, 1002, Anfrage Regionale Chancengleichheit, KR-Nr. 237/2016, 4. So auch das Bundesgericht in BGer, 2C_1137/2018, 14.5.2019, E. 5.3.1, das davon ausgeht, dass die Kandidierenden der öffentlichen Schulen erfahrungsgemäss hohe Erfahrungsnoten haben.

⁸ Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, 1002, Anfrage Regionale Chancengleichheit, KR-Nr. 237/2016, 4.

⁹ Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 11. Juni 2020, Internet: <https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2020/06/zentrale-aufnahmepruefung-2020-und-probezeit-2019-20.html>, Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 9. Mai 2019, Internet: <https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2019/05/zentrale-aufnahmepruefung-und-probezeit.html> sowie Medienmitteilung

⁵ STEPHAN HÖRDEGEN, Chancengleichheit im Prüfungsrecht, in: Klaus Mathis/Martina Caroni/Sebastian Heselhaus/Roland Norer (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, 662 m.w.H.

Erschwerend kommt hinzu, dass die hohen Erfahrungsnoten der Schüler aus öffentlichen Schulen durch die Vorgabe eines tiefen, teilweise sogar ungenügenden Notenschnitts oder durch schwierigere Aufgabenstellungen kompensiert werden, damit die Aufnahmeprüfung ihren Selektionszweck erfüllen kann.¹⁰ Alle Schüler schreiben die gleiche Aufnahmeprüfung, aber nur die Schüler aus öffentlichen Schulen können den erhöhten Schwierigkeitsgrad durch ihre guten Erfahrungsnoten ausgleichen. Die Schüler aus Privatschulen können den erhöhten Schwierigkeitsgrad nicht durch ihre Erfahrungsnote kompensieren.

In Kombination führen die steigenden Erfahrungsnoten und die Anpassung des Schwierigkeitsgrads der Prüfung an die Erfahrungsnoten zu einer systematischen Ungleichbehandlung und Schlechterstellung der Schüler aus Privatschulen. Die Ungleichbehandlung nimmt mit steigenden Erfahrungsnoten zu, wobei die Erfahrungsnoten seit über 10 Jahren stetig steigen.¹¹ Im Übrigen hätte bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Ungleichbehandlung vorgelegen, da die durchschnittliche Erfahrungsnote seit mehr als 10 Jahren über der Note 5.222 liegt und bis 2019 stetig auf 5.365 gestiegen ist.¹² Damit lag die durchschnittliche Erfahrungsnote ausnahmslos wesentlich über der Note 5.0. Es zeigt sich somit, dass der Schwierigkeitsgrad der Prüfung aller Schüler an die in den letzten 10 Jahren immer steigenden Erfahrungsnoten der Schüler öffentlicher Schulen angepasst wird. Allerdings konnten und können nur die Schüler aus öffentlichen Schulen diesen erhöhten Schwierigkeitsgrad durch ihre immer besser werdenden Erfahrungsnoten kompensieren. Denn den Schülern aus Privatschulen wird seit Jahren die gleichbleibende fiktive Erfahrungsnote 5.0 angerechnet, womit diese den stetig ansteigenden Schwierigkeitsgrad der Prüfungen nicht ausgleichen können. Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Berücksichtigung der Erfahrungsnote zu einer mehrfachen unzulässigen Bevorzugung der Schüler aus öffentlichen Schulen führt, weshalb nach der hier vertretenen Meinung im Sinne der verfassungsmässigen Gleichberechtigung auf die Berücksichtigung von Erfahrungsnoten ganz verzichtet werden sollte. Das aktuelle System bevorzugt seit Jahren systematisch Schüler aus öffentlichen Schulen und müsste zwingend angepasst werden.

des Kantons Zürich vom 14. Mai 2018, Internet: <https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2018/05/zentrale-aufnahmepruefung-und-probezeit.html> (jeweils Abruf am 16.6.2021).

¹⁰ BGer, 2C_1137/2018, 14.5.2019, E. 4.1; VGer ZH, VB.2019.00558, 30.4.2020, E. 7.3.

¹¹ Vgl. BGer, 2C_391/2020, 28.12.2020, E. 4.8. Die jeweiligen Erfahrungsnoten der Jahre 2009 bis 2019 sind den Autoren bekannt.

¹² Vgl. BGer, 2C_1018/2019, 16.7.2020, E. 4.8; 2C_1137/2018, 14.5.2019, E. 5.3.2.

IV. Fazit

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts müsste für die Beurteilung der Rechtsgleichheit der Prüfungsdurchschnitt derjenigen Schüler der beiden Schülerkategorien verglichen werden, die bestanden haben. Nur wenn die Berücksichtigung der Erfahrungsnote die Schüler aus öffentlichen Schulen gleichermassen bevorzugt wie benachteiligt, liegt keine Ungleichbehandlung der Privatschüler vor. Eine Gleichbehandlung der Schüler aus öffentlichen und aus privaten Schulen liegt nach der hier vertretenen Meinung jedoch nur vor, wenn die Kategorien 2 und 3 in einem Gleichgewicht stehen würden und damit gleich viele Schüler *trotz* respektive *wegen* der Erfahrungsnote bestanden hätten. Wie aufgezeigt wurde, ist die Berücksichtigung der Erfahrungsnoten für die Beurteilung der Rechtsgleichheit im besten Fall wirkungslos und birgt gleichzeitig die grosse Gefahr der Ungleichbehandlung. Aufgrund der strengen formellen Anforderungen an die Chancengleichheit sowie der Aussagekraft der schriftlichen Prüfung über die Eignung fürs Gymnasium sollte nach der hier vertretenen Meinung auf die Erfahrungsnoten verzichtet werden.

Wie weiter gezeigt werden konnte, führt die Anpassung des Schwierigkeitsgrads der Aufnahmeprüfung an die seit über 10 Jahren steigenden Erfahrungsnoten dazu, dass erheblich mehr Schüler aus öffentlichen Schulen nur wegen ihrer guten Erfahrungsnote und nicht trotz ihrer guten Erfahrungsnote die Aufnahmeprüfung bestanden haben. Damit besteht seit Jahren eine systematische Bevorzugung der Schüler aus öffentlichen Schulen. Aufgrund der tatsächlichen und unzulässigen Ungleichbehandlung durch die Berücksichtigung der Erfahrungsnoten müssen die gesetzlichen Grundlagen angepasst werden, so dass die Erfahrungsnoten nicht mehr berücksichtigt werden.

Den Autoren ist bewusst, dass die Zulassungsbedingungen einen direkten Einfluss auf die Schülerzahlen haben. Somit ist diese Frage zwangsweise auch mit politischen Interessen behaftet. Die Zulassungsfrage muss jedoch gerecht nach den verfassungsmässigen Grundsätzen ausgestaltet werden und darf nicht von politischen Überlegungen fehlgeleitet werden. In diesem Sinne befürworten die Autoren ein Aufnahmeverfahren, bei dem keine Erfahrungsnoten berücksichtigt werden. Mit Sicherheit ist die zuständige Behörde nun jedoch dazu verpflichtet, die Daten gemäss Bundesgerichtsurteil zu erheben.

Abschliessend wäre es mit Blick auf die Rechtsgleichheit, Fairness und Prozessökonomie zu begrüssen, wenn die Politik dieses Problem der Ungleichbehandlung vor dem Bundesgericht lösen würde.