

Recht der Jugend und des Bildungswesens

Zeitschrift für Schule,
Berufsbildung und Jugenderziehung

26. Jahrgang

Herausgegeben von Prof. Dr. Ingo Richter
und Holger Knudsen
unter Mitwirkung von Ass. Dieter Barth,
Prof. Dr. h. c. Hellmut Becker, Beigeord-
neter Otto Fichtner, MinDir. a. D. Kurt
Frey, MinDirig. a. D. Prof. Dr. Hans
Heckel, Prof. Dr. Walter Hornstein,
MinR. Dr. Christian Jülich, Prof. Dr.
Günter Kaiser, Prof. Dr. Manfred Mar-
kefka, Dr. Paul Seipp, Oberstadtdirektor
Dr. Raimund Wimmer, Prof. Dr. Wolf-
Dietrich Winterhager

RdJB Heft 1, Januar/Februar 1978

An die Leser

In diesem Heft – dem ersten des zweiten Jahrgangs seit der Umgestaltung der Zeitschrift – bildet das Thema den Schwerpunkt, das seit einigen Jahren die Diskussion beherrscht: der Gesetzesvorbehalt im Schulwesen oder die »Verrechtlichung« des Schulverhältnisses. Wir haben versucht, durch eine Umfrage zu klären, wie die Kultusministerien zu dieser Frage stehen und welche Pläne sie in dieser Beziehung haben. Die äußerst mageren Ergebnisse – zwei Ministerien haben überhaupt nicht geantwortet – sind in den Bericht von *Laaser* in diesem Heft eingegangen. Es ist bedauerlich, daß diese Kommunikationschance – auch der Ministerien untereinander – bei dieser Gelegenheit nicht ergriffen wurde. Die im Schwerpunkt angesiedelten Artikel dieses Heftes beginnen mit der Auseinandersetzung von *Martin Stock* mit dem Gutachten, das *Oppermann* dem 51. Deutschen Juristentag 1976 vorgelegt hat. *Bernhard Stüer* berichtet über den Deutschen Verwaltungsrichtertag 1977, auf dem mit einem Referat von *Ossenbühl* die Diskussion des Juristentages fortgesetzt wurde. Daß die »eigentlichen Probleme« erst sichtbar werden, wenn man darangeht, den Gesetzesvorbehalt zu motivieren, zeigen auch die Beiträge von *Friedhelm Hufen* und *Eckhard Klügel*, die aus verfassungstheoretischer Sicht einerseits und aus gesetzgebungspraktischer Sicht andererseits das Schwerpunktthema aufgreifen. Die neueste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Themenbereich (Hessische Oberstufenreform) drucken wir jetzt ebenfalls ab.

Für die nächsten Hefte haben wir die folgenden Schwerpunkte vorgesehen: Jugendhilferecht, Kulturföderalismus, Berufsausbildung, Verwaltungsreform.

- 63 Diese »zweite Seite« des § 113 VwGO wird oft verkannt. Es geht nicht nur um die rechtliche Überprüfung als solche, sondern auch darum, ob der einzelne in seinen Rechten verletzt ist. Letztere Voraussetzung dürfte durch Lehrinhalte sehr schwer zu erfüllen sein.
- 64 *Schimanke*, a. a. O. (Anm. 51), S. 364.
- 65 Dieser Begriff findet sich in fast allen, die Reichweite des Gesetzesvorbehalts ausdehnenden Entscheidungen des BVerfG. Vgl. den Überblick bei *Hufen*, a. a. O. (Anm. 3), S. 74. Zum Problem auch *Pieroth*, a. a. O. (Anm. 3), S. 219 f.
- 66 Vgl. die Nachweise in Anm. 37.
- 67 Zu diesen Begriffen vgl. *Hufen*, a. a. O. (Anm. 39), S. 110; *Steinberg*, a. a. O. (Anm. 16), S. 188, jeweils m. w. N.
- 68 Im Ergebnis ebenso *Dietze*, a. a. O. (Anm. 55), S. 391 f.
- 69 S. hierzu einführend *W. Klose*, in: DIE ZEIT 38 v. 12. 9. 1975; *W. Perschel*, Verfassungsrechtliche Probleme der Normenbücher, ZfPäd. 1977, S. 83 ff.
- 70 Zum Gesichtspunkt der »Systemgerechtigkeit« vgl. etwa *Hufen*, a. a. O. (Anm. 39), S. 92 ff.
- 71 Unter dieser Verwechslung von Lernziel und Lernerfolg scheint insbesondere die Diskussion um »Schule und Toleranzgebot« zu leiden (Nachweise hierzu oben, Anm. 2).
- 72 Speziell zum Schulbereich s. etwa: *Dietze*, a. a. O. (Anm. 38), S. 211 ff., *D. Knab*, Partizipation im Bildungswesen zwischen programmatischem Anspruch und Realisierungsproblemen ZfPäd. 1977, S. 123 ff. *L.-R. Reuter*, Curriculare Partizipation im Schulsystem, RdJB 1976, S. 248 ff.; *Oppermann*, a. a. O. (Anm. 15), S. C 28 f.
- 73 Im deutschsprachigen Raum bisher vor allem *H. U. Derlien*, Die Erfolgskontrolle staatlicher Planung (1976); *Schimanke*, a. a. O. (Anm. 51) und *Steinberg*, a. a. O. (Anm. 16).
- 74 Zu diesen Schwierigkeiten *Steinberg*, a. a. O. (Anm. 16), S. 207 ff.

Bernhard Stürer

Schule im Rechtsstaat – Zum 5. Deutschen Verwaltungsrichtertag in Mannheim 1977

Die kaum übersehbare Fülle ständig neuer Ministerialerlasse, die lange Regale in Lehrerzimmern und Konferenzräumen füllen, zeigt eine Misere, die sich unter dem Deckmantel des sogenannten »besonderen Gewaltverhältnisses«¹ im gesamten Schul- und Bildungsbereich breitgemacht hat².

Amtsstuben der Ministerialbürokratie bildeten den Schauplatz für jene Entscheidungen, die in anderen Lebensbereichen unter Beteiligung aller politisch wirksamen Kräfte mit öffentlicher Transparenz in den Parlamenten getroffen werden. Dieser unter demokratischen und rechtsstaatlichen Aspekten geradezu anachronistisch-desolate Zustand³ ist durch neuere Entscheidungen des BVerfG⁴ und des BVerwG⁵ beendet worden. Auch die Beschlüsse des 51. Deutschen Juristentages in Stuttgart⁶ haben dazu beigetragen, die Forderung nach einer gesetzlichen Normierung der politischen Leitentscheidungen des Schulrechts zum Allgemeingut werden zu lassen. Danach sind auch im Schul- und Ausbildungsbereich die grundlegenden Entscheidungen durch den Gesetzgeber selbst zu treffen, der diesen Verantwortungsbereich nicht in Bausch und Bogen auf die Verwaltung übertragen darf.

Was bisher unter dem Begriff »Sonderverordnung«⁷ als Domäne der Ministerialverwaltung galt⁸, soll nunmehr aus der Idylle eines gesetzesfernen Zoodaseins⁹ herausgeführt und allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen angepaßt werden. Dabei sind nicht nur erste Schneisen in das Dickicht des besonderen Gewaltverhältnisses geschlagen¹⁰, es bahnt sich vielmehr ein grundlegender Wandel im Verständnis der staatlichen Gesetzgebung an. Die fossile Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses¹¹, die über lange Jahre nicht nur in Deutschland¹² eine große Faszination ausgeübt hat,

kann heute – wenngleich in Einzeltatbeständen zählebig – als im Kern überwunden gelten.

Auch der Arbeitskreis IV des 5. Deutschen Verwaltungsrichtertags, der sich am 22. September 1977 mit der Thematik »Schule im Rechtsstaat« beschäftigte, war bemüht, zu einer grundlegenden Neuorientierung beizutragen und die Konsequenzen, die sich aus der Verabschiedung des besonderen Gewaltverhältnisses für Gesetzgeber, Ministerialverwaltung, Rechtsprechung, Schüler, Eltern und Lehrer ergeben, aufzuzeigen. Über diese Tagung soll nachfolgend berichtet werden.

Nach einem oft provokanten, beeindruckenden Eingangsreferat von Prof. Dr. *Fritz Ossenbühl* (Bonn) erörterten die Teilnehmer unter Leitung von Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. *Norbert Niehues* (Berlin) die zentralen Fragen des Gesetzesvorbehalts, des Elternrechts und der gerichtlichen Kontrolle von Prüfungsentscheidungen¹³.

1. Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis

Der Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis hat notwendigerweise eine grundlegende Neuorientierung im Schulbereich mit sich gebracht und dabei gewiß mehr Probleme neu geschaffen als gelöst.

1.1 Gründe für den Gesetzesvorbehalt

Am Anfang steht die Frage, weshalb schulische Regelungen nicht – wie bisher – der Ministerialbürokratie überlassen werden können. Für eine Verlagerung der politischen Leitentscheidungen auf die Parlamente wurden vom Referenten und von den Diskussionsteilnehmern drei Gründe genannt:

Das erste – besonders umstrittene – Argument betrifft die Qualität der Entscheidung. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers verbessere die schulischen Entscheidungen. Darauf wies Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. *Horst Sandler* (Berlin) hin.

Während bisher überwiegend Ministerialreferenten Lernziele, Bildungsinhalte und Stundenpläne festlegten und ihnen geeignet erscheinende Schulbücher für den Unterricht freigaben, sollen die wesentlichen Grundzüge schulischer Regelungen nunmehr von den Parlamenten verabschiedet werden. Dabei könne der Fachverstand der zuständigen Landtagsausschüsse wirksam werden, die sich ihrerseits fachkundig beraten lassen könnten. Diesen Überlegungen wird vielfach eine Überforderung der Parlamente entgegengehalten, die eintreten könne, wenn die Abgeordneten etwa eine Auswahl unter 200 verschiedenen Lehrbüchern treffen sollten. Diesen Gesichtspunkt brachte der Landtagsabgeordnete Dr. *Bernd Petermann* (Düsseldorf) ein.

Die Kompetenzverlagerung auf die Parlamente betrifft zweitens eine Grundvorstellung unseres Staatsaufbaus und der Entscheidungsprozesse in unserem Gemeinwesen. Die Frage des Gesetzesvorbehalts ist nicht zuletzt eine Frage nach der Qualität des Entscheidungsverfahrens im demokratischen Rechtsstaat¹⁴. Die wesentlichen die schulische Bildung und damit den Lebensweg des Kindes ausschlaggebend prägenden Entscheidungen sollen nicht auf der Grundlage von Ministerialerlassen, sondern durch den dazu legitimierten Gesetzgeber getroffen werden, der dafür die politische Verantwortung trägt. Dies stellte Prof. Dr. *Ossenbühl* in den Vordergrund.

Mit diesem Legitimationsgesichtspunkt hängt die Forderung nach Publizität der wesentlichen Schulentscheidungen eng zusammen. Die Öffentlichkeit hat einen Anspruch darauf, daß die grundlegenden Regelungen nicht hinter verschlossenen Türen, sondern im Parlament »in aller Öffentlichkeit« beraten und verabschiedet werden. Auch dies kann zu einer Verbesserung der Entscheidungsqualität beitragen (Prof. Dr. *Sandler*).

Die praktisch wichtigere und schwierigere Frage bezieht sich darauf, welche Regelungen »wesentlich« sind, also dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben und welche Entscheidungsfelder dem Ministerium und dem Lehrer zur eigenverantwortlichen Regelung offenstehen. Diese Frage nahm auf dem 51. Deutschen Juristentag den breitesten Raum ein¹⁵. Da die Parlamente sich auf die grundlegenden Leitlinien zu beschränken haben, gehört die Entscheidung von Einzelfällen nicht in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers. Wenngleich die Rechtsprechung dazu bereits erste Markierungen angebracht hat, bedarf es noch weiterer Arbeit an Einzelfällen, um die Abgrenzung zu leisten.

So bestand auch zwischen den Diskussionsteilnehmern des Verwaltungsrichtertags bei der Erörterung von Einzelfällen weitgehend keine Einigkeit. Während Vertreter der Kultusverwaltungen die Parlamente bei der Auswahl von Schulbüchern für überfordert hielten, setzte der Referent sich für eine Entscheidungskompetenz der Parlamente bei der Schulbuchwahl ein. Die Frage, nach welchem Schulbuch unterrichtet werde, sei weit wichtiger als die Festlegung von Bildungszielen und Curricula, an denen der Lehrer – schon wegen ihrer oft unbestimmten, weiten Formulierung – bei der Unterrichtsgestaltung ungleich eher vorbeigehen könne als an einem vorgeschriebenen Lehrbuch. Schule und pädagogische Freiheit werde durch das Schulbuch vorgeformt. Es eröffne wie kein anderes Mittel die Möglichkeit der Indoktrination, Ideologisierung und einseitigen Beeinflussung.

1.3 Realisierung des Gesetzesvorbehalts

Neben der Abschtung der dem Gesetzgeber vorbehaltenen wesentlichen Schulrechtsentscheidungen trat im Eingangsreferat von Prof. *Ossenbühl* die Frage in den Vordergrund, wie der nunmehr allgemein anerkannte Gesetzesvorbehalt auch tatsächlich realisiert werden kann¹⁶. Der Abschied von der weitgehend alleinigen Regelungskompetenz der Ministerialbürokratie und die Forderung nach einem verstärkten Tätigwerden des Gesetzgebers läßt für eine Übergangszeit eine Regelungslücke entstehen, bei der die bisher gültigen Anordnungen der Kultusverwaltung außer Kraft treten, neue gesetzliche Regelungen jedoch noch nicht verabschiedet sind. Die hier von der Rechtsprechung der Verwaltung für eine Übergangszeit eingeräumte Notkompetenz sollte – so der Referent – auf das unbedingt erforderliche Mindestmaß begrenzt werden¹⁷.

Ebenso groß wie die übermäßige Ausdehnung der Übergangskompetenz der Verwaltung ist die Gefahr der sogenannten »passiven Resistenz« des Gesetzgebers, wie *Ossenbühl* dies zutreffend bezeichnet hat. Darunter ist das Bestreben des Gesetzgebers zu verstehen, durch möglichst pauschale Globalermächtigungen die materielle Regelungskompetenz an die Kultusverwaltung zurückzugeben. Es wäre wenig gewonnen, wenn durch diesen Formenvertausch in der Sache alles beim alten bliebe und die grundlegenden Entscheidungen nicht von dem dafür allein legitimierten Gesetzgeber getroffen würden.

1.4 Kulturhoheit der Länder und Vereinheitlichungstendenzen

Durch die Forderung nach einem Gesetzesvorbehalt im Schulrecht gerät zwar die Kulturhoheit der Länder nicht unmittelbar in Gefahr, da für die grundlegenden Entscheidungen im Bildungsbereich die Landesparlamente zuständig sind. Gleichwohl läßt sich nicht verkennen, daß durch die stärkere rechtliche Durchforstung der Schule eine Tendenz zur Vereinheitlichung naheliegt, die von den einzelnen Kultusverwaltungen der Länder skeptisch beurteilt wird, wie in der Diskussion hervorgehoben wurde. So ist die Arbeit der Kommission »Deutsches Schulrecht«, deren Aufgabe darin bestand, Materialien und alternative Entwürfe für ein verfassungskonformes Bildungsrecht vorzulegen und die durch die Beschlüsse des 51. Deutschen Juristentages mitinitiiert

worden ist¹⁸, bei der Kultusministerkonferenz auf Widerstand gestoßen, worüber Oberstadtdirektor Dr. *Raimund Wimmer* (Osnabrück) berichtete. Für alle Bundesländer einheitliche Mustergesentwürfe wurden von der Kultusministerkonferenz nicht akzeptiert, um die Kulturhoheit der Länder nicht durch zu große Zentralisierungsbestrebungen zu gefährden. Es stellt sich allerdings die Frage – so *Wimmer* –, wer die Rolle der Vereinheitlichung des Schulrechts, die bisher in gewissem Umfang von der Rechtsprechung wahrgenommen wurde, in Zukunft wird übernehmen können.

1.5 Pädagogische Freiheit des Lehrers

Einen breiten Raum in der Diskussion des Verwaltungsrichtertags nahm die Frage ein, ob der pädagogischen Freiheit des Lehrers genügend Raum bleibe¹⁹. Schulehalten sei ein primär autonomer Vorgang, eine Auseinandersetzung zwischen Lehrer und Schüler, eine Form der personalen Begegnung, die sich einer rechtlichen Fixierung weitgehend entziehe und sich wesentlich von den gesetzessubsumtiven Tätigkeiten des Verwaltungsbeamten unterscheidet. In diesem Bereich habe ich die pädagogische Freiheit, verstanden als die situationsangepaßte Umsetzung des Wissens und der Bildung, ihre eigenständige Berechtigung. Darauf wies besonders Regierungsdirektor Dr. *Frank Hennecke* (Mainz) hin. Prof. Dr. *Ossenbühl* sagte, daß aus der Sicht des Lehrers dabei die Frage im Vordergrund stehe, ob die mit dem Begriff pädagogische Freiheit umschriebene Forderung nach einem Freibleiben von staatlichen Einflüssen durch das Grundrecht in Art. 5 Abs. 3 GG substantiell aufgefüllt werde und der Lehrer sich auf die Lehrfreiheit berufen könne. Dieser Problembereich ist noch weitgehend ungelöst.

Dabei hob der Referent besonders hervor, daß die pädagogische Freiheit weniger mit dem Elternrecht in Kollision treten könne, weil die Einflußnahme der Eltern auf die pädagogische Einzelausgestaltung des Unterrichts schon tatsächlich nicht möglich sei, und auch nicht gegen den Gesetzesvorbehalt gerichtet sei, da die grundlegenden Entscheidungen auch bisher – allerdings von der dazu unzuständigen Kultusverwaltung – getroffen worden seien. Auch bei Prüfungsentscheidungen habe der Begriff pädagogische Freiheit keinen Platz, da der Prüfer bei der Beurteilung der Prüfungsleistung eine freie Wahlmöglichkeit zwischen gleichberechtigt nebeneinanderstehenden Alternativen nicht habe, sondern darauf verpflichtet sei, eine »gerechte« Beurteilung abzugeben. Die pädagogische Freiheit entfalte ihre Abwehrwirkung vielmehr gegenüber der Schulaufsichtsbehörde, die gelegentlich durch eine Vielzahl zu stark reglementierender Einzelweisungen den Entscheidungsrahmen des Lehrers ohne Not einschränken würde.

2. Schulische Erziehung und Elternrecht

Die grundlegende Umgestaltung der Schulorganisation, der Lehrmethoden, Bildungsziele und Curricula sowie eine stärkere rechtliche Durchnormierung der Schule ruft verstärkt die Erziehungsberechtigten auf den Plan, die durch Individualklagen oder kollektive Zusammenschlüsse versuchen, auf diese Veränderungen Einfluß zu nehmen. Damit rückt die Frage nach der Rechtsstellung der Eltern und Erziehungsberechtigten in den Vordergrund²⁰.

Daß der Lehrer eine Position in der Schule hat, war seit jeher klar. Nachdem in den letzten Jahren die Rechtsstellung des Schülers sehr stark herausgearbeitet worden ist, steht es nunmehr an, die Rechtsposition der Eltern in der Schule zu klären. Darauf wies Richter am OVG *Ernst Pottmeyer* (Münster) eingehend hin. So war es auch das besondere Anliegen des Referenten *Ossenbühl*, das im Rückstand befindliche Elternrecht in die zentrale Stellung zu bringen²¹. Wenngleich dabei noch keine fertigen Konzepte angeboten werden konnten, mit denen Einzelfälle des Schulalltags zielsicher gelöst werden können, so sind in den Ausführungen von *Ossenbühl* doch mehr als nur erste Grundpositionen erkennbar geworden, welche die weitere Diskussion bestimmen werden.

Zentrale Bedeutung kommt zunächst dem Verhältnis zwischen Elternrecht und staatlichem Erziehungsauftrag zu. Der Referent vertrat dazu folgende Ansichten:

Nach Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Damit räumt das Grundgesetz dem Elternrecht die Kraft eines subjektiven öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Bindungswirkung ein. Teilweise anknüpfend an die Verfassungstradition der Weimarer Zeit (Art. 120 WRV), bringt es zum Ausdruck, daß es das Elternrecht in seinen Grundlagen als ein vom Staat vorgefundenes »natürliches« Recht ansieht, daß es zugleich in die staatliche Rechtsordnung einbezieht²². Die herrschende Meinung geht dabei von einer sog. »Dreibereichs-Lehre« aus: Neben die häusliche Erziehung, die den Eltern vorbehalten ist, und die auf reine Wissensvermittlung beschränkte dem Staat zukommende Schulerziehung tritt ein Überschneidungsbereich, in dem sich staatlicher und elterlicher Erziehungsanspruch überlagern. In diesem Überschneidungsbereich ging *Ossenbühl* im Anschluß an eine Wortinterpretation des Grundgesetzes von einem Erziehungsprimat der Eltern aus. Dies folge daraus, daß die Pflege und Erziehung der Kinder »zuvörderst« den Eltern obliege und »das natürliche Recht der Eltern« darstelle. Aus dieser grundgesetzlichen Aussage folge ein Interpretationsprimat der Eltern, der zu einer letztverbindlichen Bestimmung des Kindeswohls legitimiere. Der Staat sei demgegenüber auf ein Wächteramt beschränkt, das nicht zu dirigierenden Eingriffen in das elterliche Erziehungsrecht ermächtige, sondern lediglich der Verhinderung von Mißbrauch der elterlichen Personensorge diene²³. Der rechtliche Primat der Eltern werde jedoch vielfach durch den faktischen Primat der staatlichen Erziehung unterlaufen.

Diese im Referat im einzelnen ausgebreiteten und begründeten Thesen blieben bei einigen Diskussionsrednern nicht ohne Widerspruch. Unter Hinweis auf das Förderstufen-Urteil des BVerfG²⁴ wurde ein grundsätzlicher Vorrang des staatlichen oder elterlichen Erziehungsrechts in Abrede gestellt. Gerade für den Überschneidungsbereich müsse nach der Verfassungslage gelten, daß staatliches und elterliches Erziehungsrecht sich auf einer Ebene gleichgeordnet trafen und im Einzelfall abwägend zum Ausgleich gebracht werden müßten. Je stärker man das Elternrecht hervorhebe – so Richter am OVG *Pottmeyer* –, desto größer werde die Gefahr, daß es bei verbalen Bekenntnissen bleibe. Gerade die Schullaufbahnenentscheidung, die weitgehend vom Lehrer durch die Zensurengebung mitbeeinflusst werde, zeige, daß im Überschneidungsbereich von einem generellen Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts nicht die Rede sein könne. Ein Elternprimat rechtfertige sich auch nicht im Blick auf die möglicherweise als »staatliche Zwangserziehung« empfundene Schulpflicht oder darauf, daß der einzelne Lehrer vielleicht pädagogisch nicht befähigt sei. Dieses Problem könne – so Richter am OVG *Pottmeyer* – auch bei anderen Staatsdienern auftreten.

Ossenbühl wies demgegenüber darauf hin, daß dem Staat durch die Schulerziehung – wie wohl in keinem anderen Lebensbereich – die Möglichkeit eröffnet sei, für viele Stunden des Tages auf den Schüler einzuwirken und damit dessen »Persönlichkeit zu verwalten«. Dies unterscheide die Tätigkeit des Schulehaltens von der gesetzessubsumtiven Verwaltung – einer Tätigkeit, bei der es weitgehend vom einzelnen selbst abhängt, ob er mit ihr in Berührung komme. Gerade die Schullaufbahnenentscheidung sei ein gutes Beispiel für den auch tatsächlich praktizierten Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts, da die Wahl der Schulform in erster Linie Sache der Eltern sei. Der Staat dürfe hier nur durch eine negative Auslese diejenigen Schüler aussondern, die für den gewählten Weg nicht geeignet seien. Dies ergebe sich aus dem Wächteramt des Staates, das darauf gerichtet und beschränkt sei, Mißbräuchen des elterlichen Erziehungsrechts entgegenzuwirken. Vor diesem Hintergrund sei andererseits eine zu starke staatliche Einflußnahme auf die Schullaufbahn des Kindes durch Leistungskurse und ständige Zwischenprüfungen verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.

Einen breiten Raum in der Diskussion nahm die Frage ein, ob Eltern durch eine Kompetenzerweiterung nicht überfordert sind. Aus Gerichtsverfahren, in denen sich Eltern gegen die Sonderschuleinweisung ihrer Kinder oder gegen eine Nichtversetzungsentscheidung zur Wehr setzten – so berichtete der Präsident des Verfassungsgerichtshofes für das Land Nordrhein-Westfalen und des Oberverwaltungsgerichts Münster Dr. *Diether Bischoff* –, werde erkennbar, daß die Eltern vielfach nicht dem Wohl der Kinder entsprächen. Auch seien die Eltern vielfach intellektuell, von ihrer Herkunft und ihrer sozialen Lage überfordert, sich mit den staatlichen Erziehungsmaßnahmen sachgerecht und kritisch auseinanderzusetzen. Dies gehe auch aus Erfahrungen mit Schulpflegschaften hervor²⁵. Deshalb bestehe die Gefahr der Unterwanderung von Elternvertretungen durch andere Organisationen, die dem Staat gegenüber als Verhandlungspartner aufträten. Diese vielleicht aus Einzelfällen resultierenden Erfahrungen dürfen – so der Referent – jedoch nicht überbewertet werden. Von einer durchgängigen Überforderung der Eltern könne keine Rede sein. Auch dürfte es nicht unserem Demokratieverständnis entsprechen, die in politischen Wahlen, Anhörungen sowie Mitwirkungs- und Entscheidungsrechten zum Ausdruck kommenden Partizipationsrechte der Betroffenen, die etwa im Planungsrecht gerade durch die Novelle zum BBauG eine breitere gesetzliche Grundlage erhalten haben, mit dem Hinweis auf mangelnde intellektuelle Fähigkeiten und fehlenden Sachverstand der Eltern abzutun. Es wird allerdings auch bei der schulischen Erziehung – ebenso wie im Planungsrecht – vermehrter Anstrengungen der Verwaltung und der Interessenvertretungen bedürfen, die Betroffenen für die ihnen zufallenden Entscheidungs- und Mitwirkungsrechte mündig und sachverständig zu machen.

2.2 Elternrecht und Demokratieprinzip

Damit wird eine wesentliche Komponente des Elternrechts deutlich: Das elterliche Erziehungsrecht dient tendenziell der Verwirklichung von Demokratie in der Schule und damit der Erziehung zur Demokratie überhaupt. Es zwingt – worauf der Referent mit Nachdruck hinwies – zur Konsensfindung und wird damit zur Leitlinie dessen, was Gesetzgeber und Kultusverwaltung bei Schulformen zu beachten haben. Die staatliche Schulerziehung muß nach *Ossenbühl* so angelegt sein, daß sie in größtmöglichem Maße dem Willen der größtmöglichen Zahl der Eltern entspricht. Das demokratische Mehrheitsprinzip werde insoweit durch das grundrechtliche Erziehungsprinzip überhöht²⁶. Ob neben einem Gebot der politischen Ethik daraus auch rechtliche Entscheidungsmaßstäbe für die Konfliktlösung in Einzelfällen folgen, sei allerdings noch weitgehend ungeklärt. Auch sei noch offen, wer die Konsensbildung feststellt und mit welchen Mitteln dies geschieht.

Da durch die schulische Erziehung fundamental in den persönlichen Lebensbereich des Schülers und auch der Eltern eingegriffen wird, ist das im Elternrecht angelegte demokratische Mehrheitsprinzip nach Aussage des Referenten mit einem weitgehenden Minderheitenschutz auszustatten, um den Freiheitsraum und eigenverantwortlichen Entscheidungsbereich des einzelnen zu sichern. Wieweit dieses Gebot zur Toleranz und Rücksichtnahme auf überstimmte Minderheiten im einzelnen reicht, ist noch ungeklärt.

2.3 Individuelles und kollektives Elternrecht

Überhaupt sind für die Kollisionen zwischen individuellem und kollektivem Elternrecht, von der die Frage des Minderheitenschutzes ein Teilproblem darstellt, feste Grundsätze noch nicht entwickelt²⁷, wie in der Diskussion deutlich wurde. Die kollektive Mitwirkung gliedert sich in organschaftliche Elternvertretung (Klassen- und Schulpflegschaften) und freiorganisierte Elternmitwirkung (Elternräte). Daneben tritt das individuelle Elternrecht, das davon losgelöst auch rechtlich einen eigenen Stellenwert hat. Kollektive Entscheidungen sind etwa bei der Stundenplangestaltung, bei der

52 Schulbuchwahl oder bei der Frage angebracht, wie viele Bücher der Schüler täglich zum Schulunterricht mitzubringen hat. Andere Fragen – wie etwa der Religionsunterricht oder die Einführung des Fachs Sexualkunde – weisen stärker individualrechtliche Komponenten auf, die eine für alle verbindliche Entscheidung durch die Mehrheit der Eltern nicht zulassen²⁸. Dies hob der Referent deutlich hervor.

2.4 Elternrecht und Grundrechtsmündigkeit des Schülers

Das Elternrecht – so *Ossenbühl* – diene dem Kindesrecht. Es wird durch das Grundrecht des Kindes substantiell aufgefüllt und angereichert. Beide Rechtsbereiche überlagern sich. Mit wachsender Grundrechtsmündigkeit schwinde das Elternrecht. Die Übergänge seien fließend. Die Abgrenzung zwischen Eltern- und Kindesrecht mag im Einzelfall schwierig sein, worauf in der Diskussion hingewiesen wurde. Hier liegen jedoch regelmäßig nicht die Konfliktsfälle, da der Wille der Eltern und der Schüler in Abwehr gegenüber der staatlichen Einflußnahme vielfach übereinstimmen. Doch scheint sich auch hier ein gewisser Wandel im Grundrechtsverständnis anzubahnen, was in der Forderung nach einer politischen Meinungsäußerungsfreiheit des Schülers seinen Ausdruck findet und bis zu der Forderung nach einem allgemeinpolitischen Mandat der Schülervertretungen reicht, worauf in der Diskussion hingewiesen wurde.

2.5 Verfassungskonformität der Ganztags- und Gesamtschule?

Im Mittelpunkt der heftiger werdenden Diskussion stand sodann die Frage der Verfassungskonformität der Ganztags- und Gesamtschule. *Ossenbühl* hatte dazu die These vertreten, daß eine Ganztagschule, die das Kind den überwiegenden Teil der Wachzeit dem Einfluß der Eltern gegen deren Willen entzieht, als Zwangsschule verfassungswidrig sei²⁹. Die persönlichkeitsprägende Wirkung der elterlichen Erziehung müsse gegenüber dem staatlichen Erziehungsauftrag den Vorrang behalten. Die elterliche Ausstrahlungskraft dürfe durch die Schule nicht gebrochen werden. Die Kontaktaufnahme der Eltern mit dem Kind dürfe sich nicht gegen ihren Willen auf Wochenendausflüge oder Ferienaufenthalte beschränken. Die Eltern könnten nicht darauf verwiesen werden, ihr Kind abends müde ins Bett zu bringen und damit gleichsam wie eine vollgeschriebene Karteikarte abzulegen.

In diesem allgemeinen Ausgangspunkt waren sich die Diskussionsteilnehmer mit *Ossenbühl* weitgehend einig. Umstritten war jedoch, wann die persönlichkeitsprägende Wirkung der schulischen Erziehung überhandnimmt und ob die sich aus dem Elternrecht ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen bei konkreten Modellvorstellungen zur Einführung einer Ganztagschule bereits überschritten sind. Während *Ossenbühl* davon ausging, daß die geplante Ganztagschule das Kind den größten Teil der Wachzeit dem elterlichen Einfluß entziehe, schilderten Diskussionsteilnehmer das Modell einer Ganztagschule, bei dem die Schüler am späten Nachmittag und an den Wochenenden unbelastet von Hausaufgaben in die Obhut der Eltern gegeben werden. Die schulische Einflußmöglichkeit dürfe im übrigen nicht überschätzt werden. Empirische Untersuchungen in den USA (*James-Report*) hätten ergeben, daß die entscheidende Weichenstellung bereits vor Beginn der schulischen Erziehung im Elternhaus erfolge. Der mit der Ganztagschule verbundene Nachmittagsunterricht führe auch vielfach nicht zu einer weiteren Trennung und Entfremdung der Kinder von ihren Eltern, weil zunehmend beide Elternteile einem ganztägigen Erwerb nachgingen. In diesen Fällen seien die Kinder in der Schule sogar weit besser aufgehoben als im Elternhaus. Die ganztägige Beschäftigung beider Elternteile am Arbeitsplatz – so entgegnete *Ossenbühl* – möge zwar einem weit verbreiteten soziologischen Befund entsprechen, die Einflußnahme und Entscheidungsmöglichkeit der Eltern dürfe jedoch nicht mit dem Hinweis auf derartige Verhältnisse in anderen Familien eingeengt werden.

An die These von Präsident Dr. *Bischoff*, man solle sich davor hüten, in der Bundesrepublik Deutschland Dinge für verfassungswidrig zu erklären, die unsere westlichen Nachbarn nicht für verfassungswidrig hielten, schloß sich der Gegenhinweis an, daß die Schulsysteme der verschiedenen Länder nicht vergleichbar seien. Solange – wie in unseren Nachbarländern – durch eine ausgeprägte Privatschulorganisation eine breitgefächerte Wahlmöglichkeit bestehe und die Ganztagschule nur als »echte Angebotsschule« eingeführt werde, bestünden verfassungsrechtliche Einwände natürlich nicht. Anders sei es jedoch, wenn eine zumutbare Alternative zur Ganztagschule nicht offenstehe.

Mit ähnlichen Argumenten verlief die Diskussion zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Gesamtschule. Auch hier bestand über die allgemeine verfassungsrechtliche Ausgangslage, wie sie *Ossenbühl* kennzeichnete, weitgehend Einigkeit: Die individuellen Anlagen und Talente des Kindes dürfen nicht zugunsten einer allgemeinen Nivellierung negiert werden. Das staatliche Bildungsangebot hat deshalb ein Mindestmaß an Differenzierung und Wahlmöglichkeit bereitzustellen, um dem Schüler Entfaltungshilfe für eine Persönlichkeitsentwicklung zu leisten, die seinen Kenntnissen, Fähigkeiten und Neigungen bestmöglich entspricht. Deshalb ist eine undifferenzierte Einheitsschule, die keine Möglichkeiten einer kindgerechten Entwicklung läßt und keine der Veranlagung und den Interessen entsprechende Auswahl bietet, verfassungswidrig. Jedes Schulsystem hat daher der Variationsbreite der Begabungen Rechnung zu tragen und zu gewährleisten, daß sowohl die talentierten als auch die schwachen Schüler nicht von vornherein benachteiligt werden, was der Referent unter dem Beifall der Teilnehmer hervorhob.

Unterschiedlich beurteilt wurde allerdings die Frage, wieweit diese Differenzierungspflicht des Staates reicht und ob konkrete Gesamtschulmodelle den verfassungsrechtlichen Grundsätzen genügen. Dabei spielte – wie bei der Ganztagschulfrage – auch hier eine Rolle, ob die Gesamtschule als Angebots- oder Zwangsschule eingeführt wird. In der Diskussion wurde ferner die Meinung vertreten, daß die Anforderungen zur Differenzierung des Schulsystems nicht überspannt werden dürften, wie die Verhältnisse in der Grundschule zeigten. Hier bestehe – so Prof. Dr. *Sendler* – eine Wahlmöglichkeit des Schülers zwischen verschiedenen Schulformen nicht, was von der Verfassung nicht nur toleriert, sondern – durch die Abschaffung der Vorschulen früherer Prägung – ausdrücklich gefordert werde. Es sei fraglich, ob angesichts dieser Sachlage die Einführung der Gesamtschule und damit eine gewisse Beschneidung des Wahlrechts in den Sekundarstufen verfassungswidrig sein könne.

2.6 Funktion der Rechtsprechung

Einen breiten Raum in der Diskussion nahmen auch die Fragen nach der Funktion der Rechtsprechung in dem Beziehungsgeflecht zwischen Gesetzgebung, Kultusverwaltung und Individualrechten des Schülers und der Eltern ein. Hier reichten die Standpunkte von der Rechtsprechung als »Ersatzgesetzgeber« bis hin zu der Aussage, gerade im schulischen Bereich hätten sich die Richter allergrößte Zurückhaltung aufzuerlegen.

So wurde einerseits – von Herrn Dr. *Wimmer* – die Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt gelobt, durch die der Gesetzgeber zum Tätigwerden aufgerufen worden sei. Die Gerichte hätten durch diese Kompetenzverlagerung ein gutes Stück rechtspolitischer Gestaltung betrieben und zudem durch Schaffung von Übergangsrecht die Lücke geschlossen, die durch das für nichtig erklärte ministerielle Recht entstanden sei.

Von anderen Diskussionsteilnehmern – insbesondere von Präs. Dr. *Bischoff* – wurde demgegenüber die Notwendigkeit zu richterlicher Zurückhaltung betont. Es sei den Richtern gerade in den letzten Jahren von der Öffentlichkeit besonders anerzogen worden, selbstkritisch zu sein, was ihre soziale Position angehe. Die Reaktion, die der Richter als Erziehungsberechtigter auf Schulreformen und die Gestaltung der Schule habe, könne er von dem, was er als Richter zu tun habe, vielfach nur schwer trennen.

Deshalb müsse er bei der richterlichen Beurteilung schulischer Reformen besonders vorsichtig zu Werke gehen. Im übrigen müsse man sehr behutsam und zurückhaltend sein in der Annahme, man könne als Eltern Dinge besser machen als die Schule.

Auch wurde der Unterschied zwischen verfassungspolitisch Wünschbarem und verfassungsrechtlich Gebotenem hervorgehoben. Darauf wies Professor Dr. *Sendler* hin. Nicht alles, was den verfassungspolitischen Zielvorstellungen des einzelnen nicht entspreche, sei damit bereits verfassungswidrig. So könne etwa die Beibehaltung des bestehenden dreigliedrigen Schulsystems als verfassungspolitisch durchaus wünschbar bezeichnet werden. Daraus folge jedoch noch nicht ohne weiteres, daß andere Schulformen, wie etwa die Gesamtschule verfassungswidrig seien.

Die deutliche Zurückhaltung der Rechtsprechung bei einer verfassungsrechtlichen Beurteilung von Schulreformen darf allerdings nicht dazu führen, daß richterliche Aussagen zu verfassungsrechtlichen Geboten, Barrieren und Leitentscheidungen ganz unterbleiben. Dem Richter kommt hier ein Wächteramt zu, das neben der Entscheidung des konkreten Einzelfalles seine heilsame Kraft gerade auch in dem Aufzeigen von Leitlinien für die Behandlung künftiger parlamentarischer und ministerieller Vorhaben entfaltet. So gesehen kann die Rechtsprechung durch Auslegung von Verfassungsrecht einen Beitrag dazu leisten, den Freiheitsraum des einzelnen gegenüber einer immer stärker werdenden staatlichen Einflußnahme zu sichern.

3. Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen

Zu einem juristischen »Dauerbrenner« hat sich die Frage des Rechtsschutzes in der Schule entwickelt³⁰. Die richterliche Kontrolle von schulorganisatorischen Akten sowie Prüfungs- und Versetzungsentscheidungen wurde daher auch vom Arbeitskreis des Verwaltungsrichtertags behandelt.

Die Rechtsprechung zur Kontrolle von Prüfungs- und Versetzungsentscheidungen bietet nach wie vor kein einheitliches Bild. Mit Recht wies *Ossenbühl* in seinem Eingangsreferat darauf hin, daß sich bei der Frage der Kontrolldichte zwei denkbare gegensätzliche Kontrollkonzeptionen gegenüberstehen: Auf der einen Seite eine strenge Verfahrensprüfung kombiniert mit einer ausgeprägten Zurückhaltung in der Sachentscheidung, auf der anderen Seite eine gewisse Vernachlässigung von Verfahrensfehlern, aber ein tiefes Eindringen in die Sachentscheidung bis hin zur »Zweitkorrektur« von Prüfungsarbeiten durch das Gericht.

Ossenbühl selbst sprach sich für eine strikte gerichtliche Verfahrenskontrolle im formellen Teil und eine Willkürkontrolle im materiellen Teil der Prüfungsentscheidung aus. Das Gebot der Zurückhaltung bei der Überprüfung der pädagogischen Wertungen, Erwägungen und Beurteilungen folge aus der Erkenntnis, daß Prüfungs- und Versetzungsentscheidungen »persönlichkeitsbedingte Werturteile« darstellen, die nur partiell nachvollziehbar und nach dem Maße ihres Rationalitätsdefizits einer Drittkontrolle entzogen sind³¹.

In der Diskussion wurde vor einem zu starken Rückzug der gerichtlichen Kontrolle auf eine reine verfahrensmäßige Überprüfung gewarnt. Auch die pädagogisch-wissenschaftlichen Bewertungen, die den Prüfungsentscheidungen zugrunde lägen, müßten der Gerichtskontrolle zugeführt werden. Dies kann allerdings nur gelingen, wenn Maßstäbe und Verfahrensgrundsätze für Leistungsbewertungen aufgestellt werden, an denen sich die richterliche Kontrolle orientieren kann. Die gerichtliche Überprüfung darf sich nicht auf die Zusammensetzung der Prüfungskommission, die Zulässigkeit von Gruppen- oder Einzelprüfungen, die Chancengleichheit, die Voreingenommenheit sowie die Bevorzugung und Benachteiligung von einzelnen Schülern im Prüfungsverfahren beschränken, so wichtig diese verfahrensmäßigen Fragen sind. Die gerichtliche Kontrolle hat vielmehr die Einhaltung von pädagogischen Bewertungsgrundsätzen mit einzubeziehen. Dabei ist ein Katalog von Bildungszielen und Prüfungs- und Bewertungsmaßstäben in gesetzlichen Regelungen festzulegen, die jedenfalls ein Grobraster

nur eine gerichtliche Kontrolle an die Hand geben. Offensichtlich Richtiges darf im übrigen nicht als falsch bewertet werden, eindeutig zur Lösung Gehöriges darf der Prüfer nicht als abwegig bezeichnen. In diesem Rahmen ist auch eine Hinzuziehung von Sachverständigen im Gerichtsverfahren denkbar.

Ossenbühl schloß sich dem überwiegend an, wies jedoch darauf hin, daß die fachlichen Bewertungen vom Gericht schon tatsächlich nur schwer überprüft werden könnten. Deshalb sei besonders wichtig, daß sich die Prüfer untereinander kontrollieren und daß jeder Prüfer, der eine Zensur zu geben hat, sie zu rechtfertigen hat vor den anderen Mitgliedern und sich nicht etwa mit einem flauen »einverstanden« anschließt, ohne die Arbeit näher nachgesehen zu haben. Dadurch könnten in das Prüfungsverfahren Sicherungen eingebaut werden, die im ganzen wirkungsvoller seien als die gerichtliche Vollkontrolle der pädagogisch-wissenschaftlichen Bewertung.

Die Erörterungen des Arbeitskreises »Schule im Rechtsstaat« boten insgesamt eine reiche Fülle von Fragestellungen und Lösungsmöglichkeiten, die den aktuellen Stand der Auseinandersetzungen auf dem Gebiet des Schulrechts widerspiegeln. Besonders fruchtbar war die heterogene Zusammensetzung des Diskussionsforums. Die Beteiligung von Vertretern der Rechtsprechung, Gesetzgebung, Ministerialverwaltung, von Lehrern und der Elternschaft sicherte, daß die unterschiedlichen Meinungen in der Diskussion oft hart aufeinanderprallten. Daß es in den Erörterungen – bei allen gegensätzlichen Standpunkten – gleichwohl gelungen ist, den vorrechtsstaatlichen Urwald des besonderen Gewaltverhältnisses Schule unter die Kultur des Rechts zu nehmen und eine gemeinsame Diskussionsgrundlage zu finden, ist nicht zuletzt das Verdienst des Referenten und des Diskussionsleiters.

Anmerkungen

- 1 *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 32 IV c 3; *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1975, § 101 V c; *Erichsen*, Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, Rückschau und Ausblick, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für *Wolff*, 1973, S. 219–246; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Karlsruhe 1973, S. 135 f.; *Evers*, Das besondere Gewaltverhältnis, 1972, S. 22 ff.; *Fuß*, Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, DÖV 1972, S. 765; *Säcker*, Zur gesetzlichen Regelung von Schulversuchen, DVBl. 1972, S. 315; *Freitag-Meyer*, Öffentliches Recht, Die Laufbahnprüfung, JuS 1975, S. 314–319; *Martens*, Das besondere Gewaltverhältnis im demokratischen Rechtsstaat, ZBR 1970, S. 197.
- 2 Vgl. dazu *Stüer*, Prüfungsordnungen und Grundgesetz, JR 1974, S. 445–451; *Feindt*, Die Rechtsnatur beamtenrechtlicher Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, DÖV 1973, S. 768–777 mit Hinweis auf die unterschiedliche Rechtslage in Bund und Ländern; *Sellschopp*, Das Schulverhältnis und der Gesetzesvorbehalt, DÖV 1971, S. 413.
- 3 *Groß*, Zur originären Rechtssetzung der Exekutive, DÖV 1971, S. 186 (188).
- 4 BVerfG v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – DVBl. 1972, S. 385 = JZ 1972, S. 357 m. Anm. *Starck* = NJW 1972, S. 811 = JuS 1972, S. 339 (Dienst- und Vollzugsordnung im Strafgefangenenverhältnis); v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 – BVerfGE 33, S. 303 = DVBl. 1972, S. 725 = DÖV 1972, S. 606 = BayVBl. 1972, S. 469 m. Anm. *Mauz* = NJW 1972, S. 1561 m. Anm. *Plander*, S. 141 = JZ 1972, S. 686 m. Anm. *Kimminich* = JuS 1972, S. 664 (Numerus-clausus-Entscheidung); BVerfG v. 6. 12. 1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 – RdJB 1973, S. 175 m. Anm. *Dietze* u. *Falkenberg* (S. 314) = BVerfGE 34, S. 165 = DÖV 1973, S. 50 = NJW 1973, S. 133 (Förderstufe); BVerfG v. 27. 1. 1976 – 1 BvR 2325/73 – NJW 1976, S. 1309 (Zweiter Bildungsweg); vgl. auch BVerfG v. 9. 5. 1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 – BVerfGE 33, S. 125 (157) (Facharzt-Entscheidung).
- 5 Vgl. dazu insbesondere BVerwG v. 15. 11. 1974 – VII C 8/73 – BVerwGE 47, S. 194 = NJW 1975, S. 1180 = DÖV 1975, S. 347 = DVBl. 1975, S. 421 (Sexualkunde); v. 15. 11. 1974 – VII C 12/74 – BVerwGE 47 S. 201 = NJW 1975, S. 1182 = DÖV 1975, S. 349 = DVBl. 1975, S. 423 (Fünf-Tage-Woche).
- 6 Sitzungsbericht M zum 51. Deutschen Juristentag 1976, S. 230–232; vgl. zur Vorbereitung des Juristentages das Gutachten von *Oppermann*, Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, sowie die Referate von *Richter* und *Niehues*, Sitzungsbericht M zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, S. 10 u. 40; *Alberts*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Beurteilungsspielraums bei Prüfungsentscheidungen, DVBl. 1976, S. 622; *Dietze*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? – Anmerkung zum Thema des 51. Deutschen Juristentages –,

- DVBl. 1976, S. 593; *Heckel*, Schulrecht 1976 – Bilanz und Vorblick, DÖV 1976, S. 511; *Roellecke*, Die Exekutionsmacht des Lehrers und ihre Rechtfertigung, DÖV 1976, S. 525; *Starck*, Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1375; *Stober*, Zum Gesetzesvorbehalt beim Schulversuch, DÖV 1976, S. 518; vgl. auch *Pieske*, Der Weg des deutschen Schulrechts nach dem 51. Deutschen Juristentag in Stuttgart im September 1976, DVBl. 1977, S. 613 und insgesamt sehr eingehend und gründlich *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Schriftenreihe der NJW, Heft 27, 1976 m. umfangr. w. Nachw.
- 7 *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 25 VIII, sie verstehen darunter »abstrakt-generelle Anordnungen staatlicher oder kommunaler Stellen zur Regelung verwaltungsrechtlicher Sonderverhältnisse«. *Böckenförde/Grawert*, Sonderverordnung zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AÖR Bd. 95 (1970), S. 1 ff.; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 160 ff.; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 135; *Brohm*, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238.
 - 8 *Groß*, Zur originären Rechtssetzung der Exekutive, DÖV 1971, S. 186.
 - 9 Vgl. dazu *Stüer*, Prüfungsordnungen und Grundgesetz, JR 1974, S. 445 (451).
 - 10 So aber *Martens*, Das besondere Gewaltverhältnis im demokratischen Rechtsstaat, ZBR 1970, S. 197.
 - 11 *Rinken*, Verfassungsrechtliche Aspekte zum Status des Studenten, JuS 1968, S. 257 (258); vgl. auch *Fuß*, Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, DÖV 1972, S. 765.
 - 12 *Ipser*, 50 Jahre Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Teil II, AÖR Bd. 97 (1972), S. 375 (416).
 - 13 Schriftführerin war Frau Richter am Verwaltungsgericht Dr. *Schauer*.
 - 14 Vgl. dazu und zu allem weiteren sehr eingehend *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, Referat im Arbeitskreis IV des Deutschen Verwaltungsrichtertags 1977, DÖV 1977, S. 801 sowie *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Schriftenreihe der NJW, Heft 27, 1976 m. umfangr. w. Nachw.
 - 15 Vgl. dazu die Referate von *Richter* und *Niehues* sowie die Diskussion, Sitzungsbericht M zum 51. Deutschen Juristentag über die Verhandlungen der Abteilung Schule im Rechtsstaat am 15. und 16. September 1976, S. 10, 40, 66 ff.
 - 16 Vgl. dazu *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 803; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, S. 49 m. w. Nachw.
 - 17 So *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 803.
 - 18 Vgl. Sitzungsbericht M, S. 230, 232; *Richter*, Referat zum 51. DJT, Sitzungsbericht M, S. 10, 39; *Wimmer*, Sitzungsbericht M zum 51. DJT, S. 127 f.
 - 19 *Ossenbühl*, AÖR Bd. 98 (1973), S. 381 m. umfangr. Angaben aus der Rechtsprechung; *Starck*, Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1375 (1378); *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, S. 155 m. umfangr. w. Nachw.
 - 20 Vgl. dazu insbesondere *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, S. 20 ff. m. umfangr. w. Nachw.; *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 805; *Richter*, Bildungsverfassungsrecht – Studien zum Verfassungswandel im Bildungswesen –, Stuttgart 1973, S. 44; *Wimmer*, Das pädagogische Elternrecht, DVBl. 1967, S. 809; *Schwitzke*, Verfassungsrechtliche Fragen des Elternrechts im Schulwesen, RdJB 1974, S. 97; *Mickel*, Das Elternrecht im Schulwesen der Bundesrepublik, RdJB 1974, S. 363; *Reuter*, Partizipation als Prinzip demokratischer Schulverfassung, Analyse und Kritik der Gesetzentwürfe und Gesetzgebung zur »Demokratisierung der Schule«, Beilage zur Wochenzeitung »Das Parlament« (B 2/75 v. 11. I. 1975; zur Mitwirkung der Eltern bei der Einführung der Fünf-Tage-Woche vgl. BVerwG v. 15. 11. 1974 – VII C 12/74 – BVerwGE 47, S. 201 = NJW 1975, S. 1182 = DVBl. 1975, S. 423 = DÖV 1975, S. 349 m. Anm. *Bosse*.
 - 21 *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 805.
 - 22 *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, S. 21 mit Hinweis auf *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 6 Rdn. 22 und Art. 7 Rdn. 37 sowie *Liske*, Elternrecht und staatliches Schulerziehungsrecht, Diss. Münster 1966; vgl. zu diesen Fragen auch *Hill*, Das natürliche Elternrecht aus verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht, RdJB 1972, S. 136 (137); *Wimmer*, Das pädagogische Elternrecht, DVBl. 1967, S. 809; *von Campenhausen*, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, 1967, S. 31; *Stein*, Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in: *Stein/Joest/Dombois*, Elternrecht, 1958.
 - 23 *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 807; vgl. zu dieser Problematik auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, S. 21 ff.
 - 24 BVerfG v. 6. 12. 1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 – BVerfGE 34, S. 165 (w. Nachw. Fußnote 4).
 - 25 Vgl. zu diesem Fragenkreis *Nevermann*, Reform der Schulverfassung, RdJB 1975, S. 200; *Reuter*, Partizipation als Prinzip demokratischer Schulverfassung – Analyse und Kritik der Gesetzentwürfe und Gesetzgebung zur »Demokratisierung der Schule«, Beilage zur Wochenzeitung »Das Parlament« (B 2/75) v. 11. I. 1975, S. 12 ff.; *Mickel*, Das Elternrecht im Schulwesen der Bundesrepublik, RdJB 1974, S. 363.
 - 26 *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 807.
 - 27 Vgl. zu diesem Fragenkreis *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 806.
 - 28 Vgl. zu diesem Problemkreis auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, S. 29 ff.
 - 29 *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 809; *ders.*, Verfassungsrechtliche Probleme der kooperativen Schule, 1977.
 - 30 *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 809; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, 1976, S. 182; *Wimmer*, Sind die deutschen Unterrichtsverwaltungen rechtsstaatlich?, DVBl. 1970, S. 305; *Stüer*, Prü-

fungsordnungen und Grundgesetz, JR 1974, S. 445; *ders.*, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, S. 257; *Karl*, Die Bewertung von Prüfungsleistungen in rechtlicher Sicht, DÖV 1976, S. 122; *Czermak*, Schul- und Prüfungsentscheidungen vor den Verwaltungsgerichten, DÖV 1962, S. 921; *Holland*, Verwaltungsrechtsschutz im Schulverhältnis, DVBl. 1968, S. 245; *Semler*, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1774; *Oldiges*, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, Jur. Analysen 1970, S. 611; *Hummel*, Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen, 1969; *Pietzcker*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen, 1975; *Neufelder*, Prüfungsentscheidungen und prüfungähnliche Entscheidungen im Schul- und Hochschulrecht, BayVBl. 1973, S. 113; *Alberts*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Beurteilungsspielraums bei Prüfungsentscheidungen, DVBl. 1976, S. 622; *Schramm*, Beurteilungen im Prüfungs-, Schul- und Beamtenrecht, 1975.

31 So *Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 811.

Andreas Laaser

Der Gesetzgeber im Zugzwang – Übersicht über die gesetzliche Verrechtlichung des Schulwesens in Reaktion zur Forderung der Rechtsprechung

1. Die Verrechtlichung des Schulverhältnisses, die Beurteilung schulischer Maßnahmen unter rechtlichen Gesichtspunkten ist nicht neu. Erstmals hatte das BVerwG am 10. 12. 1954 entschieden, daß pädagogische Maßnahmen auch rechtlicher Beurteilung zugänglich seien¹. Seitdem haben die Gerichte durch eine umfangreiche Rechtsprechung, insbesondere zu Prüfungs- und Versetzungsentscheidungen² das Schulverhältnis weitgehend verrechtlicht. Der Bereich schulischen Geschehens, der ursprünglich mit Hilfe der Konstruktion des besonderen Gewaltverhältnisses als rechtsfrei und gerichtlicher Überprüfung nicht zugänglich verstanden wurde, ist im Laufe der beiden letzten Jahrzehnte immer stärker zurückgedrängt worden. Auf diese Weise übernahm die Rechtsprechung einen Teil der ursprünglich von der Exekutive im wesentlichen monopol wahrgenommenen Kompetenzen im Schulwesen. Soweit der parlamentarische Gesetzgeber Regelungen nicht anbot, entschied die Rechtsprechung nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere mit Hilfe des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 GG, und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Schulrecht war so in weiten Teilen und von Land zu Land unterschiedlich der jeweilige Stand des Dialogs zwischen Exekutive und Rechtsprechung. Zwar sind inzwischen weite Bereiche des Schulwesens durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Rechtsverordnung geregelt³. Gleichwohl erscheint dies eher punktuell und zufällig. Trotz zunehmender Forderungen in der Literatur, die Geltung des Gesetzesvorbehalts für das Schulverhältnis grundsätzlich zu bejahen⁴, hielt die Rechtsprechung bis in die siebziger Jahre daran fest, daß Art. 7 Abs. 1 GG und die entsprechenden Landesvorschriften die Exekutive zur selbständigen Regelung des Schulverhältnisses ermächtige bzw. Globalermächtigungen durch den Gesetzgeber an die Exekutive erlaube. Das Fehlen gesetzlicher Grundlagen bzw. zu unbestimmte gesetzliche Ermächtigungen wurde nicht zum Anlaß der gerichtlichen Aufhebung schulischer Regelungen oder Maßnahmen.

Erst mit der Strafgefangenenentscheidung⁵, der Facharztentscheidung⁶ und dem Förderstufenurteil⁷ des BVerfG wurde eine grundlegende Veränderung der funktionell-rechtlichen Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung deutlich, der sich der Gesetzgeber im Bereich des Schulwesens nicht entziehen konnte. Obwohl die stärkere Verpflichtung des Gesetzgebers zur Regelung des Schulwesens im folgenden,