

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 239

Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis

Von

Bernd Löhning



Duncker & Humblot · Berlin

BERND LÖHNING

Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 239

Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis

Von

Dr. Bernd Löhning



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03145 8

Meiner Frau

Vorwort

Diese Arbeit hat als Dissertation dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin vorgelegen. Das Manuskript ist am 1. Dezember 1972 abgeschlossen worden. Nur vereinzelt konnten später ergangene Entscheidungen in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Quaritsch für die Betreuung der Arbeit und Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann für ihre Aufnahme in seine Schriftenreihe.

Berlin, 1. Dezember 1973

Bernd Löhning

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einleitung 13

§ 1 Umschreibung des Themas	13
§ 2 Der Vorbehalt des Gesetzes	15
I. Begriff	15
II. Eigenständigkeit	16
III. Reichweite	17

Zweites Kapitel

Das Schulverhältnis 19

§ 3 Umfang und Inhalt des Schulverhältnisses	19
I. Der Umfang des Schulverhältnisses	19
II. Der Inhalt des Schulverhältnisses	20
§ 4 Darstellung der das Schulverhältnis regelnden Rechtssätze	21
I. Die Vorrang-Wirkung des Gesetzes	21
II. Die Länderkompetenz im Schulwesen	22
III. Die Ausgestaltung in den einzelnen Bundesländern	23
§ 5 Auswertung der das Schulverhältnis regelnden Rechtssätze	36
I. Auswertung nach Ländern	36
II. Auswertung nach Materien	37
III. Ergebnis	38
§ 6 Die Kategorie des besonderen Gewaltverhältnisses	39
§ 7 Geschichtliche Voraussetzungen der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis	43
I. Die konstitutionelle Monarchie	43
II. Der Gesetzesbegriff	44
III. Der Anstaltsbegriff	46
IV. Kritische Würdigung	48
§ 8 Die Ausgliederung des Schulverhältnisses	52

I. Die Begründung der Ausgliederung	52
II. Die Durchführung der Ausgliederung	57
§ 9 Der Zweck des Schulverhältnisses	65
I. Die Zweckhaftigkeit	65
II. Die Natur der Sache	65
III. Die Konkretisierung des Schulzweckes	72
§ 10 Normierbarkeit des Schulverhältnisses	77

Drittes Kapitel

Das Schulverhältnis als Rechtsverhältnis	84
§ 11 Die Grundrechte im Schulverhältnis	84
I. Die Geltung der Grundrechte	84
II. Die Einschränkung der Grundrechte	85
III. Das Ausmaß der Einschränkung	92
IV. Die Abwägung von Grundrechten und Schulverhältnis im einzelnen	95
V. Ergebnis	104
§ 12 Der Rechtsschutz im Schulverhältnis	105
I. Die Reichweite des Art. 19 Abs. 4 GG	105
II. Der Rechtsschutz im Grundverhältnis	108
III. Der Rechtsschutz im Betriebsverhältnis	115
IV. Ergebnis	126
§ 13 Die Rechtsnatur der Allgemeinregelungen im Schulverhältnis	126
I. Die traditionelle Lehre	127
II. Differenzierung der Verwaltungsvorschriften	127
III. Die Qualifizierung als Rechtssätze	130
IV. Unterscheidung von Rechtsnatur und Wirksamkeit	135
V. Außenwirkung durch Selbstbindung	137
VI. Ergebnis	138
§ 14 Zwischenergebnis	139

Viertes Kapitel

Ermächtigungsgrundlagen für Sonderverordnungen im Schulverhältnis	141
§ 15 Die Unterwerfung als Legitimationsgrundlage	141
I. Die Lehre von der Unterwerfung unter die Schul-Anstaltsgewalt	141

II. Kritische Würdigung	142
§ 16 Die Schulaufsicht des Art. 7 Abs. 1 GG als Legitimationsgrundlage ..	146
I. Der Begriff „Aufsicht“ in Art. 7 Abs. 1 GG	147
II. Der Begriff „Staat“ in Art. 7 Abs. 1 GG	149
III. Die Schulhoheit des Staates	150
§ 17 Das Gewohnheitsrecht als Legitimationsgrundlage	152
I. Die Lehre von der gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung	152
II. Kritische Würdigung	153
§ 18 Zwischenergebnis	156

Fünftes Kapitel

Die Reichweite des Vorbehaltsgrundsatzes	158
§ 19 Der Lösungsgang zur Bestimmung der Reichweite	158
I. Erweiterung des Vorbehaltsbereichs	158
II. Leistungsverwaltung	160
III. Abhängigkeit der Reichweite von der Verfassungsstruktur	162
IV. Kriterien zur Bestimmung des Vorbehaltsbereichs	163
§ 20 Das Gewaltenteilungsprinzip	166
I. Die Eigenständigkeit der Verwaltung	166
II. Die Abhängigkeit der Verwaltung	169
§ 21 Das Sozialstaatsprinzip	170
§ 22 Das Demokratieprinzip	172
I. Das Demokratieprinzip als Rechtfertigung eines Totalvorbehaltes	172
II. Das Demokratieprinzip als Rechtfertigung der Eigenständigkeit der Verwaltung	174
III. Das Demokratieprinzip als „politische“ Komponente des Vorbe- haltsgrundsatzes	175
IV. Die Form der Erteilung der parlamentarischen Legitimation	179
§ 23 Das Rechtsstaatsprinzip	181
I. Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips	181
II. Grundrechte	182
III. Rechtsschutz	184
IV. Die Reichweite eines erweiterten Vorbehaltsgrundsatzes inner- halb des Schulverhältnisses	185
§ 24 Ergebnis	186
I. Die Reichweite des Vorbehaltsgrundsatzes	186

II. Die Kategorie des besonderen Gewaltverhältnisses	187
III. Die Kategorie der Sonderverordnung	189

Sechstes Kapitel

Wirksamkeitsvoraussetzungen schulischer Ermächtigungen	191
§ 25 Das Bestimmtheitsgebot	192
I. Anwendbarkeit des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG im Landesrecht	192
II. Anwendbarkeit des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG auf schulische Sonderverordnungsermächtigungen	195
III. Der Inhalt des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG	196
§ 26 Das Zitiergebot	198
§ 27 Das Verkündungsgebot	199

Siebentes Kapitel

Ausblick	201
§ 28 Die Rechtslage	201
§ 29 Die Rechtswirklichkeit	203

Literaturverzeichnis	207
-----------------------------	-----

Abkürzungen

Die Abkürzungen der Schulgesetze der einzelnen Bundesländer werden bei der ersten Verwendung erläutert. Im übrigen werden die üblichen Abkürzungen verwendet.

Erstes Kapitel

Einleitung

§ 1 Umschreibung des Themas

Mit dem Thema „Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis“ wird nur einer von drei Gesichtspunkten angesprochen, die das als besonderes Gewaltverhältnis verstandene Schulverhältnis unter verfassungsrechtlichem, insbesondere rechtsstaatlichem Blickwinkel aufwirft¹:

1. Gelten die *Grundrechte*?
2. Wird *Rechtsschutz* gewährt?
3. Greift der *Vorbehalt des Gesetzes* ein?

Heute ist weitgehend anerkannt, daß Grundrechtsgeltung und Rechtsschutzgarantie auch das Schulverhältnis erfassen. Demgegenüber nimmt die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur auch heute noch das besondere Gewaltverhältnis vom Vorbehalt des Gesetzes aus. Wegen des engen Zusammenhanges von Grundrechtsgeltung, Rechtsschutzgewährung und dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ist diese „Lücke des Rechtsstaats“² einigermaßen verblüffend. Eigentlich wäre das genaue Gegenteil zu vermuten, das deshalb dieser Arbeit als *These* zugrunde gelegt werden soll: *Der Vorbehalt des Gesetzes gilt auch im Schulverhältnis.*

Das Anliegen dieser These besteht in der Klärung der Frage, wer der Herr der Normgebung im Schulverhältnis ist. Dagegen richtet es seine Aufmerksamkeit nicht auf deren Inhalt. Ob das Parlament dem Schulverhältnis einen die Bildungsanforderungen der Gegenwart besser gerecht werdenden Gehalt verschaffen kann als die Schulverwaltung mit ihrer Erlaßpraxis, mag dahinstehen. Es geht allein darum, ob unter der Geltung des Grundgesetzes eine wie immer auch geartete inhaltliche Ausgestaltung des Schulverhältnisses dem Parlament vorbehalten bleibt und

¹ *Krüger*, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 1953, S. 1369. Vgl. auch *Thieme*, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DöV 1956, S. 523; *Tilch*, Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte im Schulverhältnis (1961), S. 50; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung (2. Auflage 1968), S. 212; *Abelein*, Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis, ZfP N.F. XIV (1967), S. 317; *Hansen*, Fachliche Weisung und materielles Gesetz (1971), S. 42.

² *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (10. Auflage 1973), S. 130.

die Schulverwaltung an präzise Ermächtigungen gebunden wird oder ob diese von sich aus den Hunger nach Rechtsnormen auch im Schulbereich weiterhin durch bloße Verwaltungsvorschriften stillen darf.

Zur Klärung dieser Frage soll diese — von der h. M. mit der Kategorie des besonderen Gewaltverhältnisses gerechtfertigte — Befugnis der Schulverwaltung konfrontiert werden mit den grundgesetzlichen Fundamentalnormen Demokratie, Gewaltenteilung, Rechtsstaat und Sozialstaat. Es versteht sich von selbst, daß die Exegese dieser Leitbilder nicht erschöpfend sein kann. Der Ehrgeiz der vorliegenden Arbeit besteht allein darin, diesen Prinzipien für eine Ausdehnung des Vorbehaltsbereichs an einer überschaubaren Stelle, dem Schulverhältnis, Anhaltspunkte zu entlocken.

Als wichtigster Bundesgenosse in diesem Bemühen ist das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung³ vom 14. März 1972 anzusehen. Aus der in Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommenden umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt schließt es, daß die Grundrechte nur in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen, d. h. durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden dürften⁴. Obwohl diese Entscheidung zum Strafgefangenenverhältnis ergangen ist, läßt doch die Begründung mit Art. 1 Abs. 3 GG keinen Zweifel daran, daß damit der gesamten Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis die Daseinsberechtigung abgesprochen wird. Implizit ist damit auch das Schulverhältnis angesprochen. Die traditionelle Ausgestaltung auch des Schulverhältnisses als eines besonderen Gewaltverhältnisses ermöglicht, die Grundrechte des Schülers und seiner Eltern in gleich unerträglicher Unbestimmtheit zu relativieren, wie es im Strafgefangenenverhältnis durch eben diese Rechtsfigur geschieht⁵.

Auffallend an dieser Entscheidung ist die Selbstverständlichkeit, mit der das Bundesverfassungsgericht die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis — die es nur noch im Imperfekt erwähnt — beiseite schiebt, indem sie ihr allein die Funktion zuspricht, während einer Übergangszeit zur Entlastung des nach Erlaß des Grundgesetzes anderweitig beschäftigten Gesetzgebers als rechtsstaatliches Feigenblatt gedient zu haben. Dieser Beurteilung kann die vorliegende Arbeit nicht widersprechen. Da sie aber anders als eine gerichtliche Entscheidung nicht dem Zwang zur Kürze unterliegt, kann sie die auch daran gemessen recht knapp geratene

³ BVerfGE 33, 1 ff.

⁴ BVerfGE 33, 1 (11).

⁵ In der Entscheidung BVerfGE 34, 165 ff. vom 6. Dezember 1972 läßt das Bundesverfassungsgericht jedoch unerörtert, welche Forderungen sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die organisatorische Regelung des Schulwesens im einzelnen ergeben, weil es das Vorliegen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage bejaht (193).

Begründung des Bundesverfassungsgerichts ergänzen und vertiefen, um das als besonderes Gewaltverhältnis verstandene Schulverhältnis endgültig zu verabschieden.

§ 2 Der Vorbehalt des Gesetzes

I. Begriff

Den Begriff *Vorbehalt des Gesetzes* hat *Otto Mayer* geprägt⁶. Er bezeichnete damit die Abhängigkeit der Verwaltungstätigkeit auf bestimmten Gebieten vom Bestehen eines Gesetzes⁷. Gewisse unter dem Gesetz stehende Staatsakte bestimmten Inhalts sind nur rechtmäßig, wenn sie auf Grund eines Gesetzes ergehen⁸. Muß sich auf diesen Gebieten jede Verwaltungsmaßnahme auf ein Gesetz zurückführen lassen, ist das Gesetz hier nicht nur Schranke, sondern Grundlage der Verwaltungstätigkeit⁹. Der Vorbehalt des Gesetzes dient also dazu, „auf das ganze weite Gebiet der Verwaltung, das er umfaßt, einen mächtigen Druck auszuüben im Sinne der Verwirklichung der Forderungen des Rechtsstaates“¹⁰.

Die Umschreibung des Bereiches, in dem der Erlaß eines Gesetzes Bedingung der Verwaltungsaktivität ist, spielt sich ab im Verhältnis von Parlament und Verwaltung und damit im Herzen der Verfassung. Die Lage der Nahtlinie zwischen Gesetzgeber und Verwaltung hat unmittelbaren Einfluß auf die gesamte Verfassungsstruktur¹¹. So ist nur allzu verständlich, daß dieses Problem immer wieder Anlaß zur Diskussion bietet¹², zumal das Grundgesetz seinem Wortlaut nach diese Abgrenzung in der Schwebe läßt. Das „traditionsgeladene Schweigen der gegenwärtigen Verfassungsordnung zum Gesetzesvorbehalt“¹³ kann daher nur im Wege der Verfassungsinterpretation gebrochen werden.

Der Vorbehalt des Gesetzes wird mittelbar angesprochen in Art. 2 Abs. 1 GG¹⁴; er wird vorausgesetzt in Art. 80 Abs. 1 GG¹⁵. Der an sich ein-

⁶ Deutsches Verwaltungsrecht (3. Auflage 1924), Bd. I, S. 70. Kritik an dieser Terminologie übt *Hansen*, Fachliche Weisung, S. 57 und 60.

⁷ *O. Mayer*, Bd. I, S. 69 und 72.

⁸ *Jesch*, Gesetz, S. 30.

⁹ *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes (1970), S. 273. So schon PrOVGE 9, 353 (363 und 376) im Kreuzberg-Urteil.

¹⁰ *O. Mayer*, Bd. I, S. 73.

¹¹ *Jesch*, Gesetz, S. 73; *Vogel*, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966), S. 148.

¹² „Gesetzgeber und Verwaltung“ war das Tagungsthema der Staatsrechtslehrervereinigung 1965; vgl. die Berichte von *Herzog* und *Vogel*, VVDStRL 24 (1966), S. 180 ff. und 125 ff.

¹³ *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (1965), S. 132 Fußn. 76.

¹⁴ BVerfGE 6, 32 (36); *Thieme*, Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewalt-