

Arbeitsrecht einer gesonderten Erörterung bedürfte. Lediglich zu dem Beschluß vom 4. 6. 1985<sup>69</sup>, durch den zwei Urteile des Bundesarbeitsgerichts unter Zurückweisung aufgehoben wurden (übrigens mit 1 bzw. 2 Gegenstimmen), ist zu bemerken, daß nach Auffassung des Gerichts die zur Entscheidung über die Berechtigung einer fristlosen Kündigung berufenen Arbeitsgerichte gehalten sind, die verbindliche Bestimmung, »was »spezifisch kirchliche Aufgaben« sind, was »Nähe« zu ihnen bedeutet, welches die »wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre« sind und was als – gegebenenfalls schwerer Verstoß – gegen diese anzusehen ist«, zu beachten, insbesondere auch »die vom kirchlichen Selbstverständnis her gebotene Verpflichtung der kirchlichen Arbeitnehmer auf grundlegende Maximen kirchlichen Lebens«. Dadurch unterstünde sogar die private Lebensführung kirchlicher Kontrolle und Einflußnahme. So wären durch die kraft des kirchlichen Selbstverständnisses getroffenen Vorentscheidungen den Arbeitsgerichten die Hände weitgehend gebunden.

Gerade in Hinsicht auf die wiederholt in den Entscheidungen getroffene Feststellung, daß gegen die Verfassung die Kirchenfreiheit verletzt worden sei, ist zu betonen, daß umgekehrt die Arbeitnehmer sich auf die ihnen nach dem Grundgesetz zustehenden Grundrechte berufen können, in erster Linie auf das unverletzliche Grundrecht eines jederzeitigen Austritts, das nicht behindert und auch nicht mit Sanktionen verbunden werden darf.<sup>70</sup> Soweit indes eine Tätigkeit im spezifisch kirchlichen Bereich ausgeübt wird, steht der allgemeine Schutz der Tendenzbetriebe gemäß § 118 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz zur Verfügung. Ein weitergehender Schutz für Kirchen, der im zweiten Absatz dieser Vorschrift vorgesehen ist, ist nicht berechtigt und daher von Ruland zu Recht als verfassungswidrig bezeichnet worden.<sup>71</sup>

## Dieter Sterzel

### Versammlungsfreiheit und Anwesenheitspflicht in der Schule

#### *I. Vorbemerkung*

In den letzten Monaten kam es aus unterschiedlichen Anlässen zu öffentlichkeitswirksamen Protestaktionen von Schülern und Schülerinnen, an denen teilweise auch Eltern beteiligt waren. In Emden demonstrierten im November 1988 während der Unterrichtszeit ca. 3000 Schüler und Schülerinnen in der Innenstadt gegen die Verladung von Atommüll im Hafen<sup>1</sup>. In Wiesmoor/Ostfriesland reagierten Eltern von 10 bis 15jährigen Kindern nach dem Absturz zweier Kampfflugzeuge im Januar diesen Jahres in unmittelbarer Nähe einer Schule mit einem zweimaligen Schulboykott gegen militärische Tiefflüge.<sup>2</sup> In Lüchow-Dannenberg löste die auf Weisung der Schulaufsicht erfolgte Absetzung eines Projekttagess zum Thema »Kernenergie

<sup>69</sup> BVerfGE 72, 138.

<sup>70</sup> Goerlich (Fn. 19) S. 173.

<sup>71</sup> NJW 1980, S. 89 (98).

<sup>1</sup> Emdener Zeitung v. 15. 11. 1988.

<sup>2</sup> Nordwestzeitung v. 21. 1. 1989 und taz (Bremen) v. 11. 2. 1989.

und Atommülltransporte« einen dreistündigen Unterrichtsboykott aus<sup>3</sup>. In Stuttgart zogen mehr als 10.000 Schüler und Schülerinnen Mitte Februar diesen Jahres während der Unterrichtszeit auf die Straße, um gegen die Absicht der Landesregierung zu opponieren, die beschlossene Arbeitszeitverkürzung mit drei zusätzlichen Ferientagen abzugelten.<sup>4</sup> In Bremen solidarisierten sich Schüler und Schülerinnen einiger Schulen mit einem Demonstrationsstreik von Lehrern und Lehrerinnen, bei dem es gleichfalls um die Umsetzung der Arbeitszeitverkürzung ging.<sup>5</sup>

Die Schulbehörden verhielten sich gegenüber derartig gezielten Störungen des Schulfriedens auffallend unsicher: Teils gingen sie schweigend darüber hinweg, teils reagierten sie höchst widersprüchlich. In Emden zum Beispiel tolerierten viele Schulen das Fernbleiben der Schulkinder, während Schulleiter, Lehrer und Lehrerinnen einiger Schulen sich auf die in den Schulgesetzen normierte Teilnahmepflicht am Unterricht und die in der KMK-Erklärung »Zur Stellung des Schülers« v. 25. 5. 1973<sup>6</sup> getroffene Feststellung eines generellen Demonstrationsverbotes für Schüler beriefen. Sie wiesen die demonstrierenden Schüler und Schülerinnen auf die angebliche »Illegalität« ihres Verhaltens hin und belehrten Eltern in »blauen« Briefen über die Rechtswidrigkeit der von ihren Kindern »begangenen kollektiven Handlungen«. Vereinzelt wurden auch für den Fall der Wiederholung Disziplinarmaßnahmen in Aussicht gestellt.<sup>7</sup> Erst zwei Monate später stellte der Niedersächsische Kultusminister Horrmann (CDU) öffentlich klar, der Anlaß der Demonstration rechtfertige es, der Versammlungsfreiheit den Vorrang gegenüber der schulischen Anwesenheitspflicht zu geben.<sup>8</sup>

Die Wahrnehmung elementarer politischer Freiheitsrechte im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes ist jedoch nicht ins Belieben der staatlich Verantwortlichen gestellt. Folgt man dem verfassungsrechtlichen Gebot der Grundrechtsoptimierung, lassen sich auftretende Spannungen im Verhältnis von Versammlungsfreiheit und schulischer Anwesenheitspflicht in einer Weise zum Ausgleich bringen, daß Grundrechtsausübung und Erfüllung des staatlichen Schulauftrages miteinander im Einklang stehen.

## II. Demonstrationsrecht und Anwesenheitspflicht in der Schule

### 1. Der verfassungsrechtliche Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schule (Art. 7 Abs. 1 GG)

Für die rechtliche Beurteilung der Teilnahme von Schülern und Schülerinnen an Demonstrationen während der Schulzeit kommt dem in den einzelnen Schulgesetzen der Länder normierten Bildungsauftrag eine zentrale Bedeutung bei. Zum

<sup>3</sup> Der Informationstag war von Elternvertretern, Lehrern und Gesamtkonferenz des Kreisgymnasiums beschlossen worden; geplant waren drei Unterrichtsstunden zur Behandlung des Themas, anschließend sollten die Schüler und Schülerinnen mit Vertretern der Parteien, der Bürgerinitiative und der Gorleben-Atomanlage diskutieren. 10 Tage vor der geplanten Veranstaltung forderte die Lüneburger Bezirksregierung von allen Lehrern schriftliche Unterrichtsentwürfe, die Lehrer sahen darin einen unzulässigen Eingriff in ihre pädagogische Freiheit und verweigerten dies; Nordwestzeitung v. 23. 2. 1989.

<sup>4</sup> FAZ v. 23. 2. 1989.

<sup>5</sup> taz (Bremen) v. 24. 2. 1989.

<sup>6</sup> Erklärung der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland v. 25. 5. 1973, BAZ Nr. 123 v. 6. 7. 1973, S. 4 ff.

<sup>7</sup> In einem besonders eklatanten Fall wurde das »unentschuldigete« Fehlen einer Schülerin in einem Leistungskurs zunächst mit einer sechs quittiert, weil sie die ausgerechnet für den Tag der Demonstration angesetzte Leistung nicht erbracht habe. Erst im Widerspruchsverfahren wurde die Benotung berichtigt.

<sup>8</sup> Emdener Zeitung v. 27. 1. 1989.

Beispiel stellt § 2 Abs. 1 S. 3 des Niedersächsischen Schulgesetzes (NSchG)<sup>9</sup> der Schule die Aufgabe, die Schüler zu befähigen, »die Grundrechte für sich und jeden anderen wirksam werden zu lassen, die sich daraus ergebende staatsbürgerliche Verantwortung zu verstehen und zur demokratischen Gestaltung der Gesellschaft beizutragen«. Korrespondierend soll die Schule »Lehrern und Schülern den Erfahrungsraum und die Gestaltungsfreiheit bieten, die zur Erfüllung des Bildungsauftrags erforderlich sind.« (§ 2 Abs. 2 NSchG)<sup>10</sup> Der Schulgesetzgeber hat mit der hier vorgenommenen Konkretisierung des in Art. 7 Abs. 1 GG fundierten staatlichen Erziehungsauftrags der Schule<sup>11</sup> klargestellt, daß die Verwirklichung individueller Grundrechte der Schüler und Schülerinnen sowie die Entfaltung demokratischen Engagements und die Ermöglichung der Teilhabe am allgemeinen politischen Prozeß nicht bloß ein unverbindliches pädagogisches Konzept darstellt, sondern es sich um erzieherische Leitvorstellungen mit dem Rang eigenständig rechtlich geschützter Interessen handelt, denen bei Schulkonflikten Rechnung zu tragen ist. Dieses Schulrechtsverständnis steht im Einklang mit der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts, daß der Erziehungsauftrag und die Organisationsgewalt des Staates im Schulbereich gemäß Art. 7 Abs. 1 GG einerseits und die Persönlichkeitsrechte des Schülers und der Schülerin nach Art. 2 Abs. 1 GG und das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG andererseits gleichrangig nebeneinander stehen und aufeinander zu beziehen sind<sup>12</sup>. Die Grundrechtsorientierung des schulischen Bildungsauftrags in den Schulgesetzen der Länder nimmt Abschied von der vordemokratischen Vorstellung, daß die Lernenden als Objekte staatlich organisierter pädagogischer Bemühungen nur zur Anreicherung ihres Wissens in der Schule sind. Eine ausschließlich an der Durchsetzung schulischer Ordnungsvorstellungen orientierte Betrachtungsweise zur Lösung von Schulkonflikten widerspricht also nicht nur der objektivrechtlich vorgegebenen Zielsetzung der Schule, sie liefe auf eine Grundrechtsnegation hinaus. Die im Geiste des Grundgesetzes formulierte Zielvorgabe des schulischen Bildungsauftrags im demokratischen Staat, die von der selbstverständlichen und realitätsgerechten Prämisse ausgeht, daß die Schüler und Schülerinnen ein eigenes Lernbedürfnis haben und ihren grundrechtlichen Anspruch auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das daraus abgeleitete Recht auf Bildung<sup>13</sup> wahrnehmen wollen, kann freilich in einen Gegensatz mit denjenigen Regelungen des Schulgesetzes geraten, die die Pflichtenbindung

<sup>9</sup> Das aus dem Jahre 1974 stammende NSchG gilt nach mehrfachen Änderungen heute i. d. F. v. 6. 11. 1980 (Nds GVBl. S. 425), zuletzt geändert durch Gesetz v. 30. 7. 1985 (GVBl. S. 246).

<sup>10</sup> Ähnlich oder nahezu wortidentisch ist die Regelung der Bildungs- und Erziehungsziele in § 1 b.-w.SchG, Art. 2 bay.EUG, § 1 berl.SchulG, § 2 brem.SchulG, § 2 hamb.SchulG, § 1 hess.SchVG, § 1 nrw.SchOG, § 1 rh.-pf.SchulG, § 1 saarl.SchOG, § 4 s.-h.SchulG.

<sup>11</sup> BVerfGE 34, S. 165 ff., 182 f.

<sup>12</sup> BVerfGE 52, 236 unter Hinweis auf BVerfGE 41, S. 44 ff., 47.

<sup>13</sup> Positivrechtlich ist es z. B. in § 39 NSchG normiert. – Die verfassungsrechtliche Anbindung des Rechts auf Bildung ist umstritten, wie hier G. Frankenberg, Schulrecht, 1984, S. 28; ebenso BVerwGE 47, S. 201, 206, vgl. auch Heymann, E. Stein, Recht auf Bildung, AöR 97 (1972), S. 185 ff. Das BVerfG leitet aus Art. 2 Abs. 1 GG zwar ein Recht des einzelnen Kindes »auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit seiner Anlagen und Befähigungen« ab (E 45, S. 400, 417), neigt aber wohl dazu, darin eines von verschiedenen Elementen eines Rechts auf Bildung zu sehen (a. a. O.), vgl. auch BVerfGE 33, S. 303 ff., 329 ff. (numerus clausus). Für Dürig gehört »ein Basisrecht« auf Bildung und Ausbildung »zum (harten) egalitären Kern des Gleichheitssatzes«, Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Stand 1987, Art. 3 Abs. 1 Rz. 91. – Das Recht auf Bildung ist in einigen Landesverfassungen ausdrücklich verbrieft, vgl. Art. 11 Abs. 1 b.-w.LV, Art. 128 bay.LV, Art. 27 brem.LV, Art. 8 nrw.LV, Art. 31 r.-pf.LV. I. Richter sieht darin freilich keine Gewährleistungen i. S. eines Grundrechts auf Bildung, wie er auch im Grundgesetz keines i. S. eines an den Staat gerichteten Individualanspruches auf Bildung nach Maßgabe von Begabung und Interesse zu erkennen vermag. Im Hinblick auf die verschiedenen bildungsrechtlich relevanten Verfassungsverbürgungen (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) könne man nur von Grundrechten auf Bildung sprechen, AK-GG Art. 7 Rz. 38.

der Schüler und Schülerinnen in und gegenüber der Schule in den Vordergrund stellen. Das gilt insbesondere dann, wenn man die gesetzliche Schulpflicht als Selbstzweck der staatlichen Anstalt Schule definiert und sowohl den gesetzlich normierten Bildungsauftrag als auch den für die Schulen ebenfalls verbindlichen Geltungsanspruch der Grundrechte – als vollziehende Gewalt sind auch sie gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an »die nachfolgenden Grundrechte ... als unmittelbar geltendes Recht gebunden« – aus dem Blick verliert.

Der Gefahr einer Grundrechtsdesorientierung leisten die Schulgesetze z.T. selbst Vorschub, wenn sie sich implizit auf das vordemokratische Rechtsinstitut des besonderen Gewaltverhältnisses beziehen. § 42 Abs. 1 NSchG legt z.B. fest, daß sich »die Rechte und Pflichten des Schülers in der Schule ... nach den Grundsätzen des Anstaltsrechts« bestimmen, »soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt«. <sup>14</sup> Für diese im obrigkeitsstaatlichen Rechtsdenken verwurzelten speziellen Gewaltverhältnisse oder Anstaltsverhältnisse der Beamten, Soldaten, Strafgefangenen und eben auch der Schüler galt bekanntlich, daß der Staat anders als im »allgemeinen Gewaltverhältnis« zwischen Staat und Staatsbürger den Geltungsanspruch der Grundrechte nicht zu beachten brauchte. Die Konsequenz dieser sogar noch lange Zeit unter der Geltung des Grundgesetzes unbestrittenen Rechtsauffassung war, daß die staatliche Schulgewalt als Unterfall des besonderen Gewaltverhältnisses keiner gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedurfte und die Grundrechte der Eltern sowie der Schüler und Schülerinnen nach dem Ermessen der Schulverwaltung beliebig relativiert werden konnten. Erst die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat dieses Rechtsinstitut wirksam infrage gestellt <sup>15</sup> und das Prinzip Gehorsam zu Gunsten des demokratisch legitimierten Herrschaftsanspruchs des Rechts im Bereich der Grundrechte überwunden <sup>16</sup>. Dadurch ist inzwischen klargestellt, daß die These eines »rechtsfreien Raumes« für die Schule dem verfassungsrechtlichen Selbstverständnis des demokratischen Rechtsstaats widerspricht <sup>17</sup>. Das Gewaltverhältnis Schule ist deshalb, wie die KMK-Erklärung »Zur Stellung des Schülers« zurecht betont, als Rechtsverhältnis zu definieren <sup>18</sup>, in dem die subjektiven Rechte der Schüler und Schülerinnen und Eltern zu respektieren sind <sup>19</sup>.

Auch wenn demzufolge die Grundsätze des Anstaltsrechts die Wirksamkeit der Grundrechte im Schulverhältnis nicht mehr suspendieren können, so ist andererseits jedoch evident, daß die Freiheitsrechte in der Schule Beschränkungen unterworfen sind. Der Einzelne muß Einschränkungen seines Freiheitsbereiches insoweit hinnehmen, als sie mit der Natur des in der Schule begründeten besonderen Rechtsverhältnisses notwendiger Weise verbunden sind und als sie zur Erreichung des gemäß Art. 7 Abs. 1 GG mit Verfassungsrang ausgestatteten gemeinschaftsbezogenen Zweckes schulischer Bildung unerlässlich sind <sup>20</sup>. Hiernach erforderliche Eingriffe

<sup>14</sup> Dem seinerzeitigen Rechtsverständnis folgend konnte der Nieders. Kultusminister von Oertzen (SPD) in seiner Einbringungsrede zum Nieders. Schulgesetz noch ganz selbstverständlich darauf hinweisen, daß »die Schulen ... herkömmlich uneingeschränkt als unselbständige Anstalten« gelten, Prot. des Nds. LT, 80. Sitzung v. 24. 10. 1973, S. 8184.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 34, S. 165 ff., 41, S. 251 ff.; 45, S. 400 ff., 47, S. 46 ff.; 58, S. 257 ff. Zur Beachtung des Gesetzesvorbehaltes im Schulwesen hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz aufgestellt, daß das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber verpflichten, die wesentlichen Entscheidungen im Schulwesen selbst zu treffen und nicht der Schulverwaltung zu überlassen, vgl. Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 7 Anm. 5.

<sup>16</sup> G. Frankenberg (Fn. 13) S. 22 ff.

<sup>17</sup> H. M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. N. Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 2. Aufl. 1983, Rz. 30 ff., 33.

<sup>18</sup> (Fn. 6) Abschnitt II der Erklärung.

<sup>19</sup> Vgl. H. Heckel, H. Avenarius, Schulrechtskunde, 6. Aufl., 1986, S. 295 ff.

<sup>20</sup> BVerfGE 33, S. 1 ff., S. 11, hier in der Strafvollzugsentscheidung bezogen auf die Geltung der Grundrechte von Strafgefangenen.

müssen freilich auf gesetzlicher Grundlage erfolgen<sup>21</sup>. Grundrechtsbeeinträchtigungen in der Schule sind somit in dem Umfang in Kauf zu nehmen, wie sie durch die Schulgesetze näher bestimmt sind und soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben und Ordnungsbedürfnisse der Schule im Interesse des grundgesetzlich legitimierten schulischen Bildungsauftrages unerlässlich sind<sup>22</sup>. Deshalb lassen sich grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken weder gegen die gesetzlichen Bestimmungen zur allgemeinen Schulpflicht<sup>23</sup> noch zur prinzipiellen Verpflichtung zur Anwesenheit im Unterricht geltend machen. Die Schulpflicht setzt den grundgesetzlich legitimierten staatlichen Bildungsauftrag um, sie zielt auf die Verwirklichung des Rechts auf Bildung und dient damit der Grundrechtsrealisierung des Kindes. Da schulische Interaktion auf der wechselseitigen Kommunikation aller Beteiligten beruht, hängt im kollektiv organisierten Lernprozeß der individuelle Lernerfolg des einzelnen auch von der Lernbereitschaft und vom Wissensniveau der ganzen Klasse ab, so daß im Interesse der Gleichzeitigkeit des Wissensstandes ein hohes Maß an Präsenz aller Schüler und Schülerinnen gefordert werden kann.

Infolge der gesetzlichen Schul- und Anwesenheitspflicht müssen Schüler und Schülerinnen ihr Fernbleiben vom Unterricht begründen. Die Schule ihrerseits darf nur wegen unentschuldigtem Fehlens die in den Schulgesetzen vorgesehenen Ordnungsmaßnahmen ergreifen, die freilich nur nach pflichtgemäßem (pädagogischem) Ermessen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angewandt werden dürfen.<sup>24</sup>

## 2. Die KMK-Erklärung »Zur Stellung des Schülers«

Die KMK-Erklärung »Zur Stellung des Schülers«<sup>25</sup> vertritt nun die Auffassung, es sei zwingend geboten, »Ausnahmen von der Pflicht der Schüler zur Teilnahme am Unterricht auf die Fälle zu beschränken, die sich aus der Erkrankung von Schülern oder anderen von ihnen nicht zu vertretenden Gründen ergeben«<sup>26</sup>. Insbesondere stelle die Teilnahme an Demonstrationen während der Schulzeit in jedem Fall eine rechtswidrige Verletzung der Teilnahmepflicht dar, »weil sie die Schule an der Erfüllung ihrer Aufgabe hindert«. In dieser Feststellung liege keine unzulässige Beschränkung der Demonstrationsfreiheit. Die Teilnahme an Demonstrationen rechtfertige nicht das Fernbleiben vom Unterricht oder eine sonstige Beeinträchtigung des Unterrichts. Schließlich könne »das Demonstrationsrecht ... in der unterrichtsfreien Zeit ausgeübt werden«<sup>27</sup>. Im übrigen schließt die Erklärung die Anwendung von Disziplinarmaßnahmen »bei Teilnahme einer größeren Zahl von Schülern an kollektiven Behinderungen des Unterrichts« (darunter wird auch die

21 BVerfG ebd.

22 Niehues (Fn. 17) Rz. 34.

23 Vgl. z. B. §§ 46 ff. i. V. m. § 152 NSchG.

24 Es können »pädagogische« Ermahnungen und Belehrungen ausgesprochen werden, darüber hinaus kommen in Niedersachsen Disziplinierungen gemäß der Verordnung über die Voraussetzungen und das Verfahren für die Festsetzung bestimmter Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen v. 11. 5. 1976 (GVBl. S. 87) in Betracht; ferner läßt sich in besonders gravierenden Fällen die Verletzung der Schulpflicht gemäß § 152 NSchG als Ordnungswidrigkeit ahnden, oder es kann gemäß § 153 NSchG auch die zwangsweise Vorführung schulpflichtiger Kinder und Jugendlicher angeordnet werden.

25 Sie wurde in Niedersachsen durch den entsprechenden Erlaß »Stellung des Schülers in der Schule« (Nieders. SVBl. 1973, S. 191 ff.) zur ministeriellen Interpretationsrichtlinie der niedersächsischen Schullehrer gemacht, vgl. Durchführungsbestimmung des Nieders. Kultusministers zu den §§ 42 und 46 bis 53 (Erl. des Nds. MK v. 16. 7. 1976 -SVBl. S. 218, geändert durch Erl. v. 17. 2. 1978 -SVBl. S. 90). – Die KMK-Erklärung ist dem Erlaß des Nieders. Kultusministers »Stellung des Schülers in der Schule« als Anlage beigefügt.

26 Abschnitt III am Ende.

27 Abschnitt IX.

Teilnahme an Demonstrationen verstanden) nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht aus. Zuvor müßten jedoch die pädagogischen Möglichkeiten ausgeschöpft werden, »um ›Schülerstreiks‹ und anderen kollektiven Maßnahmen zur Behinderung des Unterrichts zu begegnen«<sup>28</sup>. Zu diesen zählt allerdings auch, daß einem Schüler, der der Leistungsaufforderung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht nachkommt, die Note »ungenügend« erteilt werden kann, weil er den Anforderungen nicht genügt<sup>29</sup>.

### 3. Nach h. M. keine Wahrnehmung des Grundrechts der Demonstrationenfreiheit im Anstaltsverhältnis der Schüler

Auch nach der in der Rechtsprechung<sup>30</sup> und in der Literatur vorherrschenden Auffassung<sup>31</sup> ist während der Schulzeit grundsätzlich kein Platz für die Wahrnehmung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit. *Herzog* vertritt die Ansicht, daß für die Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 8 GG »im Anstaltsverhältnis der Schüler und Studenten« das gleiche wie für Beamte gelten müsse und dementsprechend ein Recht auf Fernbleiben vom Unterricht aus Art. 8 GG nicht ableitbar sei<sup>32</sup>. Gleichermäßen restriktiv argumentiert im wesentlichen die schulrechtliche Literatur. Für *Niehuës* gebietet es das Recht aller übrigen Schüler an einem ordnungsgemäßen Unterrichtsablauf grundsätzlich, den Fortgang des Unterrichts nicht zur Disposition »demonstrationsfreudiger« Schüler zu stellen<sup>33</sup>. Ausnahmen von dem Grundsatz, daß Schüler außerhalb der Schulzeit von ihren Freiheitsrechten »weitläufig Gebrauch machen können«, hält er nur im Einzelfall nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Übermaßverbotes für denkbar. So könne eine »kurze und nur vereinzelt« Unterrichtsunterbrechung als zulässig angesehen werden, »wenn die Demonstration nach Beendigung des Unterrichts zu spät käme, um das mit ihr verfolgte Anliegen zu fördern (unaufschiebbare Spontandemonstration) und dieses Anliegen von allgemeiner Bedeutung und ganz besonderem Gewicht ist.« Es gelte das gleiche, wie wenn »einzelnen Schülern, z. B. wegen der Teilnahme an kirchlichen oder sportlichen Veranstaltungen oder eines auch nachmittags möglichen Arztbesuches Unterrichtsbeurlaubung gewährt wird.« Ähnlich einzelfallbezogen argumentieren *Heckel/Avenarius*, wenn sie im Rahmen der für erforderlich gehaltenen Güterabwägung doch die Ziele für bedeutsam halten, für die sich die Schüler engagieren.<sup>34</sup> Relevant seien auch die besonderen schulischen Umstände, wie »konkrete Unterrichtssituation (z. B. geplante Klassenarbeit), der Leistungsstand der Klasse insgesamt und der demonstrationswilligen Schüler insbesondere, die Zahl der beteiligten Schüler, Umfang und Häufigkeit der Absenzen«. *Hage/Staupe*<sup>35</sup> machen den Anspruch auf Beurlaubung vom Unterricht i. S. eines Ausnahmerechts vom Bezug der Demonstration zu schulischen Fragen, bei allgemeinpolitischen Fragen

28 Abschnitt IX.

29 Abschnitt VIII.

30 VGH Mannheim B. v. 11. 6. 1969 – Az IV 162/69 –, NJW 1969, S. 1791.

31 Eine Gegenposition beziehen *Perschel* Demonstrationsrecht und Schulbesuchspflicht, RdJB 1968, S. 289 ff. und *Hoffmann-Riem*, der darauf hinweist, Art. 8 wirke auf die Konkretisierung der Rechte und Pflichten in sogenannten besonderen Pflichten-(Gewalt-) Verhältnissen in der Weise ein, daß die Ausübung des Versammlungsrechts nur soweit behindert werden dürfe, als dies zur Sicherung der Zwecke des Pflichtenverhältnisses erforderlich sei, AK-GG Rz. 38.

32 *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, Grundgesetz, Art. 8 Rz. 133. Ähnlich v. Münch, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Art. 8 Rz. 30.

33 (Fn. 17) Rdz. 201, 237. Ebenso *M. Franke*, Grundrechte des Schülers und Schulverhältnis, 1974, S. 51 f.

34 (Fn. 19) S. 377. Der KMK-Erklärung halten sie freilich vor, der rechtlichen und tatsächlichen Problematik nicht gerecht zu werden.

35 *Schulrecht von A-Z*, 1985, S. 41 f.; *Hage*, Demonstrationsrecht und Schulbesuchspflicht, sm 1982, S. 4 f.

von der Bedeutung und Wichtigkeit des Demonstrationsthemas in der politischen Öffentlichkeit abhängig, wobei u. a. auch das Alter und die (politische) Einsichtsfähigkeit der Schüler eine Rolle spielen soll. Im offenkundigen Widerspruch zu den für erforderlich gehaltenen Restriktionen steht freilich ihre Forderung, daß die Entscheidung über die Beurlaubung nicht zu einer (politischen) Zensurmaßnahme der Schulbehörde werden dürfe.

4. *Zur verfassungsrechtlich notwendigen Güterabwägung von staatlichem Schulauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)*

Mit dieser extrem restriktiven Schulrechtsinterpretation fallen Kultusministerkonferenz und h. M. unverkennbar in das vordemokratisch geprägte Vorverständnis des Schulverhältnisses zurück, das vom »grundrechtsfreien Anstaltsgedanken« durchherrschte war. Die rechtliche Bewertung der durch die Wahrnehmung eines demokratischen Teilhaberechts ausgelösten Verletzung der Anwesenheitspflicht eines Schülers oder einer Schülerin steht weder mit dem gesetzlich festgelegten Bildungsauftrag der Schule im Einklang noch wird sie der besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Grundrechtes der Versammlungsfreiheit gerecht. Die hier auftretende Konkurrenz zweier grundgesetzlich geschützter Positionen – die der Schule aus Art. 7 Abs. 1 GG und die der Schüler und Schülerinnen aus Art. 8 GG – erfordert eine Güterabwägung der jeweils geschützten Rechtsgüter, um zu einem angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu gelangen.<sup>36</sup>

Hierbei sind insbesondere Konsequenzen aus der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Brokdorf-Beschluß v. 14. 5. 1985<sup>37</sup> vorgenommenen Einschätzung der Demonstrationstheorien im Rahmen der Gesamtverfassung im Fall möglicher Kollisionen mit der Schulbesuchspflicht zu ziehen. »Als Abwehrrecht, das auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugute kommt, gewährleistet Art. 8 GG den Grundrechtsträgern das *Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung und untersagt zugleich staatlichen Zwang, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fernzubleiben*. Schon in diesem Sinn gebührt dem Grundrecht in einem freiheitlichen Staatswesen ein besonderer Rang; das Recht, sich ungehindert und ohne besondere Erlaubnis mit anderen zu versammeln, galt seit jeher als Zeichen der Freiheit, Unabhängigkeit und Mündigkeit des selbstbewußten Bürgers«<sup>38</sup>. Das Recht des Bürgers, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit aktiv am politischen Meinungs- und Willensbildungsprozeß teilzunehmen, zählt das Bundesverfassungsgericht »zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens«. Diese grundlegende Bedeutung des Freiheitsrechts sei »vom Gesetzgeber beim Erlaß grundrechtsbeschränkender Vorschriften, *sowie bei deren Auslegung und Anwendung durch Behörden und Gerichte zu beachten*«<sup>39</sup>. Für die als Freiheit kollektiver Meinungskundgabe zu verstehende Versammlungsfreiheit gelte ebenso wie für die Meinungsfreiheit, daß sie »als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (ist), welches für eine freiheitliche demokratische Grundordnung konstituierend ist.«<sup>40</sup> Stellt man zwischen der hier vorgenommenen

<sup>36</sup> Vgl. Heckel/Avenarius (Fn. 19) S. 377.

<sup>37</sup> BVerfGE 69, S. 315 ff.

<sup>38</sup> Ebd. S. 343, Hervorhebung D. St.

<sup>39</sup> Leitsatz 1 der Entscheidung ebd. S. 315, Hervorhebung D. St.

<sup>40</sup> Ebd. S. 344 f.

hohen Bewertung des Grundrechtes der Versammlungsfreiheit, dem der Rang einer wertentscheidenden Grundsatznorm beizumessen ist, und dem staatlichen Schulauftrag den gebotenen Zusammenhang her, so fällt entscheidend ins Gewicht, daß die Schule durch die ihr im Grundrechtsteil des Grundgesetzes übertragene Staatsaufgabe (Art. 7 Abs. 1 GG) und deren einfachgesetzliche Konkretisierung des schulischen Bildungsauftrages<sup>41</sup> gerade der Grundrechtsverwirklichung Heranwachsender dienen soll<sup>42</sup>. Nach dem Grundsatz der Einheit der Verfassung<sup>43</sup> und im Lichte der verfassungsrechtlich gebotenen Grundrechtsorientierung staatlichen Handelns kann es deshalb unter dem Aspekt der Grundrechtsoptimierung keinem Zweifel unterliegen, daß jeder Schüler und jede Schülerin, denen auch als Minderjährigen das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit zusteht<sup>44</sup>, einen verfassungsrechtlich begründeten Anspruch auf Ausübung dieses Grundrechts auch während der Schulzeit haben<sup>45</sup>. Bezüglich der möglichen Kollision des Grundrechts auf kollektiven demonstrativen Protest mit grundrechtlich geschützten Interessen nichtdemonstrierender Schüler und Schülerinnen lassen sich die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Schulgebetsurteil<sup>46</sup> entwickelten Grundsätze zum Schutz andersdenkender Personen übertragen. Das Grundrecht der Demonstrationsfreiheit überlagert in gleicher Weise wie die Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1 GG) die allgemeine Schulpflicht<sup>47</sup>.

Im Rahmen der notwendigen Güterabwägung ist im übrigen auch nicht zu erkennen, daß der durch eine Demonstration ausgelöste Unterrichtsausfall, in der Regel wenige Stunden, allenfalls einzelne Tage bei auswärtigen Demonstrationen, »die Schule an der Erfüllung ihrer Aufgaben hindern« kann, wie die KMK-Erklärung unterstellt<sup>48</sup>. Das staatliche Interesse an der äußeren Aufrechterhaltung eines geordneten Schul- und Unterrichtsbetriebes wird durch die Inanspruchnahme des De-

41 Vgl. DJT Schule im Rechtsstaat, Bd. I, 1981, S. 143.

42 Ebd.

43 BVerfGE 52, S. 246.

44 Zur Problematik der Grundrechtsmündigkeit minderjähriger Schüler und Schülerinnen vgl. die grundsätzlich bejahende Stellungnahme bei E. Stein, Roell, Handbuch des Schulrechts, 1988, S. 50 f., sowie die überzeugende Kritik an der h. M. zu diesem im Grundgesetz nicht vorgesehenen Konstrukt von M. Roell, Grundrechtsmündigkeit – eine überflüssige Konstruktion, RdJB 1988, 381 ff. Für die h. M. in der Schulrechtsdiskussion hängt die Grundrechtsausübung Minderjähriger von deren Einsichtsfähigkeit ab, vgl. N. Niehues (Fn. 17) Rz. 28. Das Bundesverfassungsgericht stellt bezüglich der Ausübung höchstpersönlicher Rechte den Grundsatz auf, »daß der zwar noch Unmündige, aber schon Urteilsfähige die ihm um seiner Persönlichkeit zustehenden Rechte soll eigenständig ausüben können«. BVerfGE 59, S. 360 ff., S. 387 f. Dementsprechend ist die Absicht eines Schülers oder einer Schülerin, sein »höchstpersönliches« Recht der Versammlungsfreiheit auszuüben, i. d. R. als Beleg für deren diesbezügliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu werten. Auch Herzog, Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 8 Rz. 37 f., geht davon aus, daß Jugendliche Träger des Grundrechts der Versammlungsfreiheit sind, macht aber die Grundrechtsausübung von einer bestimmten geistigen Reife abhängig, wobei er freilich auf das Problem der Grenzziehung und vor allem auch, wer diese zu ziehen hat, hinweist.

45 Für die Meinungsfreiheit der Schüler und Schülerinnen in der Schule ist dies inzwischen unstreitig, vgl. H. J. Faller, Die Meinungsfreiheit der Schüler und Studenten, RdJB 1988, S. 478 ff., sowie insbesondere Bad.-Württ. VGH DVBl. 1976, S. 638 ff. (§ 218-Plakette), BayVGH DVBl. 1982, S. 457 und BayVerfGH NJW 1982, S. 1089 ff. (Stoppt-Strauß-Plakette); vgl. hierzu D. Suhr, Ein Schul-Fall zur streitbaren Meinungsfreiheit, NJW 1982, S. 1065 ff. – Für Lehrer und Lehrerinnen besteht freilich nach herkömmlichen Beamtenrechtsverständnis kein Anspruch auf Teilnahme an einer Demonstration während der Schulzeit, vgl. BVerwGE 42, S. 79 ff. Dagegen weist Hoffmann-Riem zurecht darauf hin, daß für den Fall, daß »der Versammlungszweck vom Beamten anderenfalls nicht wahrgenommen werden könnte und gewichtige dienstliche Gründe nicht entgegenstehen«, keine diesbezüglichen Bedenken bestehen, AK-GG Art. 8 Rz. 38. Vgl. auch Blanke/Sterzel, Beamtenstreikrecht, 1980, S. 101 ff. zur umstrittenen Frage sog. Demonstrationsstreiks von beamteten Lehrern. Dienstrechtlich problematisch ist die Aufforderung eines Lehrers oder einer Lehrerin an Schüler und Schülerinnen, an einer Demonstration teilzunehmen, vgl. v. Münch, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Art. 8 Rz. 30.

46 BVerfGE 52, S. 223 ff.

47 BVerfGE 52, S. 247. Ebenso Hage-Staupe, Schulrecht von A-Z (Fn. 35) 1985, S. 42.

48 IX der Erklärung.

monstrationsrechts von Schülern und Schülerinnen in der Regel nicht berührt oder gar ernsthaft infrage gestellt<sup>49</sup>. Sie haben deshalb ohne Einschränkung einen Anspruch auf Beurlaubung vom Unterricht, um an einer rechtmäßigen Demonstration teilnehmen zu können<sup>50</sup>. Wegen der Bedeutung des Rechtes »staatsfrei zu demonstrieren« darf die Schule eine »aus wichtigem (staatsbürgerlichen) Grund« beantragte Beurlaubung weder wegen des Demonstrationsthemas noch wegen des eventuell vorgesehenen Adressaten der Demonstration ablehnen bzw. den Schüler oder die Schülerin wegen der Beteiligung an einer rechtmäßigen Demonstration im nachhinein zur Rechenschaft ziehen.<sup>51</sup>

Der in der KMK-Erklärung enthaltene Hinweis auf anderweitige Demonstrationsmöglichkeiten außerhalb der Schulzeit<sup>52</sup> läuft auf eine Bevormundung grundrechtsmündiger Schüler und Schülerinnen hinaus, die dem Menschenwürdeverständnis des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1) widerspricht. Als politisch autonom handelnden Bürgern steht ihnen das selbstverständliche Recht zu, über die Beteiligung an einer Demonstration selbst zu bestimmen<sup>53</sup>, zumal im Regelfall keine Möglichkeit des Einflusses auf die Planung von Zeit und Ort der Demonstration gegeben ist<sup>54</sup>. Zusätzlich wird durch eine derartige Reglementierung politisch aktiven Verhaltens der Wesensgehalt des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in verfassungswidriger Weise angetastet (Art. 19 Abs. 2 GG)<sup>55</sup>, weil mit einem solchen Akt politischer Zensur der vom Bundesverfassungsgericht bestimmte Mindestumfang zur selbstbestimmten Wahrnehmung dieses fundamentalen außerparlamentarischen Oppositionsrechtes entscheidend relativiert wird.

### III. *Schlußbemerkung*

Das von demonstrierenden Schülern und Schülerinnen ausgehende Unruhemoment für den Schulbetrieb wiegt nicht schwerer als das hohe Maß an Belästigung und Behinderung, wie es z. B. die Verkehrsteilnehmer bei einer Straßendemonstration in Kauf nehmen müssen. Sie ist ein Wesenselement jeder Demonstration und gehört zu den notwendigen sozialen Kosten aktiv gelebter Demokratie. Die von Demonstrationen ausgelöste Störung der öffentlichen Ordnung stellt keine Negation der Rechtsordnung dar, sondern hat, wie das Bundesverfassungsgericht zurecht betont, »namentlich in Demokratien mit parlamentarischem Repräsentativsystem und geringen plebiszitären Mitwirkungsrechten ... die Bedeutung eines grundlegenden und unentbehrlichen Funktionselementes«<sup>56</sup>. Erst mit den Demonstrationen eigenen Ausdrucksformen läßt sich unabhängig von der durch politische bzw. staatliche Repräsentanten institutionalisierten und durch Medien monopolisierten Kommunikation die notwendige Gegenöffentlichkeit für ein Protestanliegen erreichen. Als Ausdruck ungebrochener Volkssouveränität stellen demonstrative Kundgebungen

49 W. Perschel (Fn. 31), S. 290.

50 Ebenso Perschel (Fn. 49) S. 293. Im Interesse eines ordnungsgemäßen Schulbetriebs sollte die Beurlaubung vorher beantragt werden. – Von dem Risiko, prüfungsrelevanten Unterrichtsstoff zu versäumen, werden demonstrierende Schüler und Schülerinnen durch Art. 8 GG selbstverständlich nicht freigestellt.

51 Es gelten mithin die Regeln für entschuldigtes Fehlen. Dies gilt auch für die kollektive Form des Protestes in Gestalt des Schulstreiks (Unterrichtsboykott), den die Rspr. (VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 28. 5. 1973 – SPE II D II, S. 31) und Literatur (vgl. Heckel, Avenarius a. a. O. S. 165; Grupp, DÖV 1974, S. 661 ff) einhellig ablehnen. Wie hier J. Berkemann, Die »politischen Rechte« des Schülers, in: K. Nevermann, J. Richter, Rechte der Lehrer, Rechte der Schüler, Rechte der Eltern, 1977, S. 119.

52 Abschnitt IX der Erklärung der KMK.

53 Vgl. BVerfGE 69, S. 343.

54 So zutreffend Heckel/Avenarius (Fn. 19) S. 377.

55 Ebenso Perschel (Fn. 49) S. 292 u. S. 293.

56 BVerfGE 69, S. 347.

durch die Unmittelbarkeit politischer Artikulation, in der die physische Präsenz der Bürger und Bürgerinnen selbst ein Stück Gegengewalt manifestiert, einen wünschenswerten Störfaktor im Modell der repräsentativ verfaßten Demokratie dar<sup>57</sup>. Demokratietheoretisch dienen sie der nie endenden Aufgabe, durch stets erneute Überprüfung im Prozeß »ständiger geistiger Auseinandersetzung, gegenseitiger Kontrolle und Kritik ... eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften« zu finden<sup>58</sup>. In diesem Sinn verweisen demonstrierende Schüler und Schülerinnen mit ihrem öffentlich artikulierten Protest auf ein politisch nicht gelöstes, aber zur Lösung anstehendes gesellschaftliches Konfliktpotential.

Der staatliche Umgang mit demonstrierenden Schülern und Schülerinnen betrifft deshalb nicht nur die rechtsdogmatische Frage der Durchsetzung des grundrechtlichen Geltungsanspruches der Versammlungsfreiheit im Verhältnis zur Schulgewalt; er betrifft – wie immer, wenn es um die Respektierung demokratischer Teilhaberechte geht – das legitimatorische Selbstverständnis staatlicher Herrschaftsmoral. Besinnt man sich auf den in den Schulgesetzen geforderten grundrechts- und demokratiebezogenen Bildungsauftrag der Schule, erscheint es selbstverständlich, daß die von Schülern und Schülerinnen beanspruchte »demokratische Verantwortung« sich nicht durch Subordination einüben läßt. Jede Reglementierung und wie auch immer geartete Disziplinierung von demonstrierenden Schülern und Schülerinnen widerspricht dem der Freiheit verpflichteten Herrschaftsverständnis des Grundgesetzes. Der Rekurs auf angeblich zwingende Schulrechtsvorschriften läuft zudem auf eine durch das Gewand des Rechts nur schlecht verhüllte unzulässige Politisierung der Schulen von oben hinaus. Ein demokratiebezogener schulischer Lernprozeß verträgt keine politische Bevormundung. Schüler und Schülerinnen brauchen statt Gängelung einen großzügig bemessenen Freiraum, um politische Phantasie und Eigensinn entwickeln zu können. Erst durch eigenständige »Geh«-versuche lernen sie, die für die eigene Zukunftsplanung und gesamtgesellschaftliche Zukunftsgestaltung relevanten Interessen gegenüber den politisch Verantwortlichen zur Geltung zu bringen.

## Bernhard Wegener Seelische Abartigkeit (§ 20 Strafgesetzbuch)

Ein schwieriger Begriff der forensischen Psychiatrie/Psychologie

### *Vorwort*

Trotz der Exposition des hier untersuchten Begriffs erstaunt es, wie wenige kritische Reflexionen in der Literatur aufzufinden sind. Dies dürfte Gründe in der Verfahrenspraxis haben, die meist so aussieht, daß ein Gutachter lediglich gefragt wird, ob die Voraussetzungen der §§ 20 oder 21 StGB gegeben sind. Setzen wir allerdings voraus, daß die beteiligten Berufsgruppen über die inhaltlichen Prämissen ihrer Handlungen informiert sind, kann dies auch als Ausweichen davor verstanden

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 69, 345; Blanke/Sterzel, Inhalt und Schranken der Demonstrationsfreiheit, Vorgänge 1983, S. 67 ff., S. 80.

<sup>58</sup> BVerfGE 69, S. 345 f. im Anschluß an BVerfGE 5, S. 85 ff., S. 197.