

## AUFsätze

*Ingo Richter*

## Hat das Bundesverfassungsgericht in seiner sechzigjährigen Rechtsprechung ein Bundesbildungsrecht geschaffen?

### Einleitung

Das Grundgesetz selber hat im Jahre 1949 nur sehr wenige ausdrückliche Regelungen des Bildungswesens geschaffen:

- das Elternrecht in Art. 6 II,
- die Schulaufsicht in Art. 7 I,
- das Privatschulwesen in Art. 7 IV und V,
- den Religionsunterricht in Art. 7 II und III,
- die freie Wahl der Ausbildungsstätte in Art. 12 I und
- die Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 III.

Durch Verfassungsänderungen kamen später weitere Regelungen hinzu:

- die Ausbildungsförderung in Art. 74 I Nr. 11,
- die Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen in Art. 75 I Nr. 1 a. F. und
- die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in Art. 91 a und b.

Doch die letzten beiden Kompetenzen des Bundes wurden durch die Föderalismusreform I im Jahre 2006 wieder aufgegeben bzw. grundlegend umgestaltet. Der Grund für diese rudimentäre Regelung war die Tatsache, dass im Parlamentarischen Rat keine Einigung über die Regelung der Gliederung des Schulwesens (Gemeinschaftsschule oder Konfessionsschule) erzielt werden konnte, so dass diese Frage dem Landesrecht überlassen wurde.

Diese Tatsache ändert jedoch nichts daran, dass es eine Vielzahl von Bestimmungen im Grundgesetz gibt, die mittelbar für die Gestaltung des Bildungswesens Bedeutung erlangt haben, obwohl sie ausdrücklich das Bildungswesen nicht regeln. Das gilt insbesondere für die Grundrechte der Art. 1–6, für die Staatszielbestimmungen des Art. 20 I, für die Regelungen der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen, insbesondere im Bereich Wirtschaft, Arbeit und Öffentlicher Dienst sowie für die Finanzverfassung. Rechtsprechung und Lehre haben aus diesen Bestimmungen eine Vielzahl von Rechtssätzen abgeleitet, die für das Bildungswesen Bedeutung erlangt haben und die entweder Gesetzgebungsaufträge begründet haben oder die gesetzliche Regelungen bzw. die auf ihnen beruhenden Entscheidungen als verfassungswidrig erscheinen ließen.

Bei dieser Entwicklung hat insbesondere das Bundesverfassungsgericht eine große Rolle gespielt, weil das Bundesverfassungsgericht auch im Falle der Grundrechtsverletzungen durch Lan-

desrecht für die Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 I 4a GG zuständig ist und weil dieses Gericht nach Art. 100 GG das Verwerfungsmopol im Falle von Grundgesetzverletzungen durch Landesgesetze besitzt. Es kommt hinzu, dass die Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern selbstverständlich vor dem Bundesverfassungsgericht landen. Dem Landesverfassungsrecht kommt aus diesem Grunde auch in den Ländern, die ausgeprägte bildungsrechtliche Regelungen kennen, im Bildungswesen nur eine geringere Bedeutung zu.

Angesichts der beschränkten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes verwundert es nicht, dass die Zahl der bundesgesetzlichen Kodifikationen im Bildungsrecht gering ist. Zu nennen sind eigentlich nur

- das Berufsbildungsgesetz von 1969,
- das Bundesausbildungsförderungsgesetz von 1971,
- das inzwischen wieder aufgehobene Hochschulrahmengesetz von 1976 und
- die Approbationsordnung für Ärzte von 2002

jeweils mit zahlreichen Novellen und Rechtsverordnungen. Das Bildungswesen hat deshalb auch keine umfassende monographische juristische Darstellung gefunden<sup>1</sup>. Dies alles lässt die Frage entstehen, ob sich denn aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so etwas wie ein Corpus bildungsverfassungsrechtlicher Rechtssätze herausdestillieren lässt, der dem Landesrecht aller Bundesländer vorgegeben ist und insofern auf Bundesebene vereinheitlichend wirkt. Diese Frage soll nun im Zusammenhang eines Schwerpunktes dieser Zeitschrift zur Geschichte des Bildungsrechts auf der Grundlage der Entscheidungen des Bundesverfassungsrechts beantwortet werden, wobei sich die Gliederung nicht nach der Artikelfolge des Grundgesetzes, sondern nach den Sachbereichen des Bildungsrechts richtet.

## 1 Gewaltenteilung

### 1.1 Vertikale Gewaltenteilung

#### 1.1.1 Europäische Union

Über die Frage nach den Kompetenzen der EU im Bereich des Bildungswesens entscheidet der Europäische Gerichtshof und nicht das Bundesverfassungsgericht, und dessen Entscheidungen gehen denen des Bundesverfassungsgerichts vor. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht im Lissabon – Urteil Gelegenheit genommen, das Bildungswesen, und zwar insbesondere die Gliederung des Bildungswesens und die Gestaltung der Lehrpläne zu den identitätsbildenden Bereichen mitgliedstaatlicher Kompetenzen zu zählen, die der EU nicht übertragen werden dürfen, weil die im Bildungswesen vermittelten Werte Grundlage der demokratischen Selbstbestimmung sind<sup>2</sup>. Festhalten lässt sich deshalb, dass die Identität der Bundesrepublik Deutschland auf der de-

1 Die umfassende Darstellung des Kulturverwaltungsrechts von Oppermann von 1969 und meine eigene eher verfassungspolitische Analyse des Bildungsverfassungsrechts von 1973 liegen lange zurück. Für die wesentlichen Teilbereiche des Bildungsrechts, wie insbesondere das Schulrecht gibt es allerdings umfassende Darstellungen, wie z. B. Avenarius, Schulrecht, 8. Auflage, 2010.

2 BVerfGE 123, 267, 363; krit. hierzu Gräditz, Klaus Ferdinand, Die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und das Bildungsrecht – eine wegweisende Entscheidung mit offenen Fragen; und Goehrlich, Helmut/Zimmermann, Ralph, Bildung als Reservat verfassungsrechtlicher Identität – eine verfassungsprozessuale aberratio ictus? Beide in: Odendahl, Kerstin, Europäische (Bildungs)Union? 2011 S. 25 ff. und 49 ff.

mokratischen Selbstbestimmung des Volkes und diese auf den durch die im Bildungswesen vermittelten Werte beruht.

### 1.1.2 Bundesstaat

In der Öffentlichkeit ist die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern seit Bestehen der Bundesrepublik Thema, und die Politik versucht immer wieder neue Lösungen für die vielen Konflikte zwischen Bund und Ländern zu finden. Verfassungsrechtlich ist die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen dagegen nicht sonderlich streitig, weil des Bundesverfassungsgericht in nur ganz wenigen Urteilen mit wenigen Sätzen Klarheit geschaffen hat.

- Im Schulwesen schuf das Konkordatsurteil von 1957 Klarheit<sup>3</sup>, obwohl es in ihm in erster Linie um die Weitergeltung des Konkordates von 1933 ging. Das Bundesverfassungsgericht sprach den Ländern die „ausschließliche Gesetzgebungskompetenz“ im Bereich des Schulwesens zu und nannte die „Hoheit auf dem Gebiet des Schulwesens das Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder“.
- Die frühere Rahmenkompetenz des Bundes für die „allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“ nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a a. F. wurde von Bundesverfassungsgericht nicht eigentlich infrage gestellt. In der Entscheidung über den Juniorprofessor<sup>4</sup> hat das Bundesverfassungsgericht lediglich festgestellt, dass die Regelung des Juniorprofessors eine nach Art. 72 II GG nicht erforderliche und eine in einem Rahmengesetz unzulässige Vollregelung der Materie war. Da die Rahmengesetzgebung des Bundes inzwischen durch die Föderalismusreform I gänzlich aufgehoben wurde, ist auch diese Rechtsprechung insoweit obsolet.
- Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der betrieblichen Berufsausbildung nach Art. 74 I Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) zugesprochen, weil der Begriff der „Wirtschaft“ weit auszulegen sei und „das wirtschaftliche Leben“ meine und weil die praktische berufliche Ausbildung „traditionell und strukturell“ von den in der Wirtschaft tätigen Unternehmen wahrzunehmen sei.<sup>5</sup>
- Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Kindergärten leitet sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes aus Art. 74 I Nr. 7 (Öffentliche Fürsorge) her, weil Schwerpunkt des Kindergartens nach wie vor die Fürsorge sei, mit der die Bildungsaufgabe zwar untrennbar verbunden sei, hinter der sie jedoch zurückstehe, und weil eine einheitliche Zuordnung geboten sei.<sup>6</sup>

Während in den beiden ersten Fällen die Zuordnung der Gesetzgebungskompetenzen dem Bundesverfassungsgericht eindeutig erschien, bemühte das Gericht in den beiden letzten Urteilen den Gesichtspunkt des sog. Sachzusammenhangs, um die Bundeskompetenz zu rechtfertigen.<sup>7</sup>

3 BVerfGE 6, 309.

4 BVerfGE 111, 226.

5 BVerfGE 55, 274 – Berufsausbildungsabgabe.

6 BVerfGE 97, 332 – Kindergartenbeiträge.

7 Zur kritischen Analyse dieser Begründung Bothe Art. 70 Rdnr. 7 ff. in Denninger, Erhard, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage, 2001.

### 1.1.3 Kommunale Selbstverwaltung

Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahre 1969 die Schulträgerschaft, d.h. die Zuständigkeit für die sog. äußeren Schulangelegenheiten (insbes. Standortplanung, Schulbau, Schulunterhaltung) aus historischen Gründen zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne von Art. 28 II GG gerechnet, die den Kommunen nur aus Gemeinwohlgründen, insbesondere aus pädagogischen Gründen entzogen werden darf und in die auch nur aus eben diesen Gründen eingegriffen werden darf.<sup>8</sup> Das Gericht hat diese Entscheidung seither nicht revidiert, wenn es ihr auch – in einem anderen Gegenstandsbereich – eine funktionale Begründung gegeben hat. Danach sollen die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ im Sinne von Art. 28 II GG nicht gegenständlich bestimmt werden, sondern gegeben sein, wenn es um das Zusammenleben der Gemeindebewohner geht<sup>9</sup>. Danach kann die Kommunale Schulträgerschaft wohl als verfassungsrechtlich gesichert gelten, obwohl die ihr zugrundeliegende Trennung der inneren und der äußeren Schulangelegenheiten seit mehr als hundert Jahren in der Kritik steht<sup>10</sup>.

## 1.2 Horizontale Gewaltenteilung

### 1.2.1 Gesetzesvorbehalt

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte der Lehrenden, der Lernenden und ihrer Eltern in seiner Rechtsprechung anerkannt hat ( 3 und 6.4.), waren der Untergang des sog. „besonderen Gewaltverhältnisses“ und die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf das Bildungswesen nur noch eine Frage der Zeit. In den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts hat das Bundesverfassungsgericht deshalb entschieden, dass das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber verpflichten, die wesentlichen Fragen im Schulwesen selbst zu regeln und nicht der Schulverwaltung zu überlassen (Parlamentsvorbehalt), und als „wesentlich“ in diesem Sinne gelten alle Fragen, die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich sind<sup>11</sup>. Danach bedürfen der gesetzlichen Regelung: die Erziehungs- und Bildungsziele, die Schulstruktur, die Fächerstruktur, die äußere und innere Schulstruktur, die Schulpflicht und das Schulverhältnis einschließlich von Zugang, Abschluss und Ausschluss sowie der Hochschulzugang einer Regelung durch den Gesetzgeber. Wenn es sich nicht um in diesem Sinne wesentliche Regelungen handelt, kann der Gesetzgeber die Regierung zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, die freilich den Anforderungen von Art. 80 GG entsprechen müssen. Er kann sich auf Generalklauseln beschränken oder Raum für die Regelung durch Verwaltungsvorschriften geben. Das Bundesverfassungsgericht hat durch diese Rechtsprechung weitgehend Rechtssicherheit geschaffen<sup>12</sup> und jedenfalls mittelbar die Entwicklung des (Landes)Bildungsrechts gesteuert.

Im Hochschulwesen gestaltete sich die Durchsetzung des Gesetzesvorbehalts wesentlich einfacher, weil es sich bei der Beschränkung des Hochschulzugangs und der Konkretisierung der

8 BVerfGE 26, 228 – Schulzweckverband.

9 BVerfGE 79, 127 – Abfallwirtschaft.

10 Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage 1933 Art. 143 Anm. 2; Deutscher Juristentag, Schule im Rechtsstaat, Band I, Entwurf für ein Landesschulgesetz, 1981, S. 360.

11 BVerfGE 33, 303 – Numerus clausus, 34, 165 – Förderstufe, 41, 251 – Speyer, 45, 400 – Oberstufe, 47, 46 – Sexualkunde, 58, 257 – Versetzung.

12 Zusammenfassend s. Oppermann, Thomas, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag, 1976; Sitzungsbericht mit den Referaten von Richter und Niehues; Kommission Schulrecht, Schule im Rechtsstaat, Band I, 1981 sowie Staube, Jürgen, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986.

Wissenschaftsfreiheit zweifellos um Regelungen der Grundrechte der Lernenden und der Lehrenden handelt<sup>13</sup>.

### 1.2.2 Rechtsschutz

Im Grunde hätte es seit 1949 klar sein müssen, dass die Gerichte Rechtsschutz gegen das Handeln der Bildungsverwaltung gewähren müssen, denn diese üben öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 19 IV GG aus. Dennoch setzte sich der Rechtsschutz der Lernenden und ihrer Eltern gegen das Handeln der Schulen und Hochschulen erst nach und nach durch, denn das Verhältnis zwischen Schülern und Schule wurde nicht als Rechtsverhältnis, sondern als sog. Besonderes Gewaltverhältnis angesehen, – so etwas wie das Verhältnis zwischen dem Gefängnis und den Gefangenen. Es bedurfte einer gewissen rechtsstaatlichen Gewöhnung, um pädagogisches Handeln als Verwaltungshandeln zu qualifizieren. Die Verwaltungsgerichte gewährten den pädagogisch Handelnden lange Zeit bei ihren pädagogischen Entscheidungen, und zwar insbesondere bei den Leistungsbewertungen im Bildungswesen einen sog. Beurteilungsspielraum, der nur im Falle der Verletzung allgemeiner Bewertungsgrundsätze, des Vorliegens sachfremder Erwägungen und der Annahme falscher tatsächlicher Voraussetzungen eingeschränkt wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat aus verfassungsrechtlichen Gründen diesen Beurteilungsspielraum auf prüfungsspezifische Wertungen begrenzt und auch unterschiedliche Problemlösungen zugelassen, wenn sie denn begründbar sind<sup>14</sup>.

## 2 Bildungssystem

### 2.1 Pädagogische Differenzierung

Die organisatorische Gestaltung des öffentlichen Bildungssystems obliegt in den Grenzen des Grundgesetzes dem Staat, und das Grundgesetz verlangt kein bestimmtes Bildungssystem, sondern ist gegenüber den unterschiedlichen bildungspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten grundsätzlich offen<sup>15</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat also insoweit keine Bundesbildungsrecht geschaffen. Allerdings hat das Gericht entschieden, dass es dem Staat verwehrt ist, „die Kinder übermäßig lange in einer Schule mit undifferenziertem Unterricht festzuhalten“<sup>16</sup>. Unter dieser Voraussetzung hat das Bundesverfassungsgericht die Förderstufe und die Gymnasiale Oberstufe für verfassungsgemäß gehalten, so dass man davon ausgehen kann, dass nach diesem Ansatz der Rechtsprechung sowohl ein drei- oder zweigliedriges Sekundarschulwesen als auch ein hinlänglich differenziertes Gesamtschulwesen grundsätzlich verfassungskonform sind.

Den Grundsatz der Offenheit gegenüber den verschiedenen bildungspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten hat das Bundesverfassungsgericht auch in Bezug auf die Kinder mit sonderpädagogischem Förderungsbedarf aufrechterhalten, indem es sowohl einen Anspruch behinderter Kinder auf den Besuch von Sonderschulen als auch auf Integration in die allgemeinen Schulen verneinte, ihnen jedoch insbesondere aufgrund des Benachteiligungsverbotes des Art. 3 III 2 GG ein Recht

13 BVerfGE 33, 303 – Numerus Clausus, 35, 79 – Nds. Hochschulgesetz.

14 BVerfGE 84, 34 und 84,59 – Multiple Choice.

15 BVerfGE 34, 165 – Förderstufe.

16 BVerfGE 34, 165, 187.

auf eine begabungs- und sachgerechte Erziehung und Bildung zuerkannte und eine gewissen Vorrang von integrativen Modellen erkennen ließ<sup>17</sup>.

## 2.2 Konfessionelle Differenzierung

Angesichts der Tatsache, dass das Grundgesetz die Frage der konfessionellen Differenzierung des Schulwesens aufgrund von grundlegenden Meinungsverschiedenheiten im Parlamentarischen Rat offen gelassen und damit den Ländern zur Regelung überlassen hatte, war die Frage „Gemeinschaftsschule oder Konfessions/Bekenntnisschule“ in den Ländern lange Zeit heftig umstritten und unterschiedlich geregelt worden, bis das Bundesverfassungsgericht 1975 in drei grundlegenden Entscheidungen dauernden Rechtsfrieden schaffen konnte<sup>18</sup>. Nach diesen Entscheidungen ist sowohl die (christliche) Gemeinschaftsschule wie auch die Konfessionsschule grundsätzlich bundesverfassungsrechtlich möglich. Die Gemeinschaftsschule muss jedoch – schon wegen des nach Art. 7 III GG vorzusehenden Religionsunterrichtes – den Glaubensbekenntnissen Raum gewähren; sie soll jedoch vom Geist der Toleranz geprägt sein, der zwischen den verschiedenen Glaubensrichtungen herrschen sollte. Die Konfessionsschule kann dagegen, und zwar auch außerhalb des Religionsunterrichtes, vom Glauben der entsprechenden Konfession geprägt sein, was allerdings nicht ausschließt, dass sie auch von Schülerinnen und Schülern anderer Bekenntnisse und Religionen besucht werden kann.

## 2.3 Bildungsziele und Lehrplan der Schule, Wissenschaftsfreiheit der Hochschule

Im Schulwesen hat der Staat einen eigenen Erziehungs- und Bildungsauftrag, der eigenständig und gleichberechtigt neben dem Erziehungs- und Bildungsauftrag der Eltern nach Art. 6 II GG steht, und das Elternrecht gibt den Eltern ebenso wie das Recht auf Bildung der Schüler den Eltern wie den Schülerinnen und Schülern ein Beteiligungsrecht auch innerhalb der Schule. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates aus Art. 7 I GG abgeleitet, obwohl Art. 7 I GG nur von der Schulaufsicht des Staates spricht<sup>19</sup>. Das Bundesverfassungsgericht versteht den Begriff der Schulaufsicht – dem Bundesverwaltungsgericht insoweit folgend – als die „Gesamtheit der staatliche Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens“<sup>20</sup>. Nach dieser Definition kann und muss der Staat dem Schulwesen Erziehungs- und Bildungsziele vorgeben, die jedoch nicht im Sinne einer geschlossenen Gesellschaftsordnung zu verstehen sind, denn das Grundgesetz gibt der Gesellschaftsordnung der Bundesrepublik kein bestimmtes Modell vor, sondern ist – in den Grenzen der Grundrechte – für unterschiedliche Gesellschaftsmodelle offen<sup>21</sup>. Die Erziehungs- und Bildungsziele sowie der Lehrplan müssen vielmehr freiheitlich und gesellschaftspolitisch offen und durch die Prinzipien der Pluralität, Toleranz und Sozialität bestimmt sein<sup>22</sup>.

Im Rahmen dieser staatlich festgelegten Bildungs- und Erziehungsziele können die einzelnen Schulen Schwerpunkte bilden, soweit ihnen durch den Gesetzgeber Selbständigkeit eingeräumt

17 BVerfGE 96, 288. Ob und inwiefern sich aus der von der Bundesrepublik unterzeichneten und ratifizierten UN-Behindertenkonvention von 2006 etwas anderes ergibt, ist einstweilen offen.

18 BVerfGE 41, 29, 65, 88.

19 BVerfGE 34, 165 – Förderstufe, 47, 46 – Sexualkunde.

20 BVerwGE 6, 101, 104; BVerfGE 59, 360 – Behinderte Eltern.

21 BVerfGE 5, 85 – KPD.

22 BVerfGE 34, 165 – Förderstufe, 41, 29 – Gemeinschaftsschule, 47, 46 – Sexualkunde, 52, 223 – Schulgebet.

worden ist und insoweit können auch Lehrer, Eltern und Schüler an der Ausgestaltung und Umsetzung des Lehrplans beteiligt werden (s. u. 6.2.). Soweit die Gesetze den Lehrern „pädagogische Freiheit“ einräumen, so kann es sich ebenfalls nur um eine Freiheit im Rahmen dieser Erziehungs- und Bildungsziele sowie des Lehrplans sein; „pädagogische Freiheit“ kann niemals eine Handlungsfreiheit im Sinne von Art. 2 I GG sowie der sonstigen Grundrechte sein, sondern bleibt ein Funktionsprinzip der Schule (s. u. 6.4.).

Die Wissenschaftsfreiheit, die nach Art. 5 III GG den Hochschulen und den Hochschullehrern gewährt ist, geht über diese „pädagogische Freiheit“ hinaus; sie ist ein Funktionsprinzip des Hochschulwesens<sup>23</sup>. Bildung gehört auch zu den Aufgaben der Hochschulen, und zwar Bildung durch Wissenschaft. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht durch seine Auslegung des Art. 5 III GG auch einen Beitrag zum Bildungsrecht des Bundes geleistet. Zwar schließt die Wissenschaftsfreiheit nicht aus, dass Staat und Hochschule Studien- und Prüfungsordnungen schaffen, an die die Hochschulen gebunden sind. Im Rahmen dieser Studien- und Prüfungsordnungen sind die Lehrenden jedoch frei in der Gestaltung der Lehre und die Lernenden frei in der Gestaltung des Studiums, – solange es sich um „Wissenschaft“ handelt, und Wissenschaft ist „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“<sup>24</sup>. Die Wissenschaftsfreiheit untersagt es dem Staat, über die Wahrheit von Wissenschaft zu entscheiden und die Lehrenden dazu zu verpflichten, bestimmte „Wahrheiten“ zu lehren, und erst recht bestimmte gesellschaftspolitische Vorstellungen zu vertreten; andererseits verpflichtet die „Treueklausele“ des Art. 5 III 2 GG die Lehrenden zur Loyalität gegenüber der freiheitlich demokratischen Grundordnung, was die Durchsetzung des sog. Radikalenerlasses in den Hochschulen rechtfertigt<sup>25</sup>.

### 3 Bildungsbiographien

#### 3.1 Zugang zum Bildungswesen und Bildungslaufbahnen

Der Zugang zum Bildungswesen beruht – sieht man vom Elementarbereich ab – auf der Schulpflicht. Aus dem Elternrecht ergibt sich kein Recht auf „Homeschooling“; das Bundesverfassungsgericht hat die Schulpflicht vielmehr als verhältnismäßigen Eingriff in das Elternrecht mit der Begründung gerechtfertigt, dass der staatliche Erziehungsauftrag nicht nur der Wissensvermittlung, sondern auch der persönlichen, sozialen und politischen Bildung und Erziehung diene, und zwar unabhängig davon, ob sich die Eltern auf religiöse oder pädagogische Gründe berufen<sup>26</sup>. Da es sich um eine Kammerentscheidung handelt, die Grundsatzfragen nicht behandeln kann, ist in dieser Frage möglicherweise das letzte Wort noch nicht gesprochen.

Im Zentrum der politischen und juristischen Auseinandersetzungen um die Bildungslaufbahnen stand und steht die Wahl der Sekundarschule. Aufgrund des Elternrechts nach Art. 6 II GG haben die Eltern das Recht, die Sekundarschule zu wählen<sup>27</sup>. Das Wahlrecht setzt freilich voraus, dass das Schulwesen hinreichend differenziert ist, um eine Wahl überhaupt zu ermöglichen, denn es wäre mit Art. 6 II GG nicht vereinbar, dass „das Wahl- und Bestimmungsrecht der Eltern ange-

23 BVerfGE 35, 79 – Nds. Hochschulurteil.

24 BVerfGE 35, 79, 113 – Nds. Hochschulurteil.

25 BVerfGE 39, 347 – Radikalenerurteil.

26 BVerfGK I, 14.

27 BVerfGE 34, 165 – Förderstufe.

sichts nur noch einer einzigen vorhandenen obligatorischen Schulform mit einem vom Staat einseitig festgelegten Bildungsziel obsolet wird und leerläuft.<sup>28</sup> Der Staat kann das Elternwahlrecht einschränken, allerdings nur, wenn die Rechte anderer, insbesondere das Recht auf Bildung anderer Kinder dem entgegensteht (sog. negative Auslese); eine positive Auslese, die das Elternwahlrecht beseitigt, ist dem Staat versagt<sup>29</sup>.

Auch die Überweisung eines Kindes in eine Sonderschule stellt einen Eingriff in das Elternrecht dar, der aufgrund der staatlichen Erziehungsverantwortung dann verhältnismäßig und damit gerechtfertigt ist, wenn die Überweisung die nach psychologisch-pädagogischen Erkenntnissen die richtige Fördermaßnahme ist, die unter dieser Voraussetzung auch keine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 III 2 GG darstellt<sup>30</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Entscheidung nicht nur auf das Elternrecht, sondern auch auf das Recht der Schüler auf eine begabungsgerechte Bildung nach Art. 2 I GG gestützt, das neben dem Elternrecht durch eine Überweisung in eine Sonderschule ebenfalls verletzt sein könnte.

Das Recht auf Bildung der Schüler spielt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts neben dem Elternrecht insbesondere bei der Regelung der Bildungslaufbahnen durch die Schulgesetze und ihre Umsetzung in der Schule eine Rolle. Es liegt den Entscheidungen über die Versetzung zugrunde<sup>31</sup>, wie auch den Entscheidungen über den Zugang zur Gymnasialen Oberstufe<sup>32</sup>. Wenn solche Entscheidungen nicht nur die Bildungslaufbahn innerhalb des Schulwesens betreffen, sondern auch den Zugang zum Ausbildungs- und Beschäftigungssystem, wie z. B. bei der Entlassung aus der Schule wegen zweimaliger Nichtversetzung oder beim Ausschluss aus dem Zweiten Bildungsweg, dann tritt neben Begründung aus Art. 2 I außerdem die aus Art. 12 I GG<sup>33</sup>.

Wenn es um den Zugang zur Hochschule geht, stellen alle Begrenzungen und Regelungen Eingriffe in das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte nach Art. 12 I GG dar, denn das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 12 I GG ein Recht auf den freien Hochschulzugang entwickelt und jede Form des Numerus Clausus deshalb einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen<sup>34</sup>. In diesem grundlegenden Numerus Clausus – Urteil von 1972 hat das Gericht nun Formulierungen gewählt, die die Annahme eines darüber hinausgehenden originären Leistungsrechtes nahelegen, denn „Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgebot gewährleistet ein Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl“<sup>35</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings nur einmal eine eventuell hieraus folgende Verpflichtung des Staates zur Erweiterung des Studienplatzangebotes in Erwägung gezogen, denn der hypothetische Anspruch auf Kapazitätserweiterung stehe „unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann“<sup>36</sup>.

Objektive wie subjektive Zulassungsbeschränkungen sind also zulässig, unterliegen aber der vollen gerichtlichen Kontrolle. Die Verwaltungsgerichte und das Bundesverfassungsgericht haben

28 BVerfGE 45, 400, 416 – Oberstufe.

29 BVerfGE 34, 165 – Förderstufe.

30 BVerfGE 96, 288 – Sonderschule.

31 BVerfGE 58, 257.

32 BVerfGE 45, 400.

33 BVerfGE 41, 251 und 58, 257.

34 BVerfGE 33, 303.

35 BVerfGE 33, 303, 332.

36 BVerfGE 33, 303, 315 f.

deshalb immer wieder, die Kapazitätsverordnungen für die Universitäten überprüft und auf diese Art und Weise zusätzliche Kapazitäten bei den Hochschulen festgestellt<sup>37</sup>. Wenn sich inzwischen bei der subjektiven Zulassungsbeschränkung, der Bewerberauswahl, eine Kombination von Abiturnotendurchschnitt, Wartezeit, Testverfahren, Losverfahren und Aufnahmegespräch – mit zahlreichen Ausnahmen und Abweichungen – durchgesetzt hat, so liegt dies vor allem an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, denn das Bemühen um „Chancenoffenheit“ müsse dahin gehen, „einerseits den prinzipiellen Ausschluss ganzer Gruppen geeigneter Bewerber durch starre und durch eigenes Zutun nicht mehr korrigierbare Grenzziehungen mit unvertretbar hohen Schwellen zu vermeiden und andererseits für angemessene Auswahlmöglichkeiten Sorge zu tragen“<sup>38</sup>. Es wäre unzulässig, nur ein einziges Kriterium anzuwenden; es ist stets ein Mischsystem geboten, und zwar auch dann, wenn es nicht mehr um eine bundesweite zentrale Zulassungsregelung geht, sondern um die Zulassung durch die einzelnen Hochschulen, die sich inzwischen durchgesetzt hat.

### 3.2 Leistungsbewertungen, Versetzungen, Prüfungen, Berechtigungen

Die Entscheidungen von Schulen und Hochschulen über die Bildungswege, die Abschlüsse und Berechtigungen sind Verwaltungsakte, weil es sich um Regelungen handelt, die in die Rechte der Schülerinnen und Schüler eingreifen, und zwar geht es letztlich um das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 I GG und die freie Wahl der Ausbildungsstätte nach Art. 12 I GG. Ob es sich bei den Entscheidungen um Verwaltungsakte oder sonstige hoheitliche Handlungen handelt, ist zwar letztlich nur für die Klageart und das Vorverfahren bedeutsam, der Grundrechtseingriff rechtfertigt jedoch in jedem Falle die verfassungsgerichtliche Prüfung, ob er nämlich erstens eine ausreichende gesetzliche Grundlage hat (s. o. 1.2.1.) und ob er vor dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Bestand hat<sup>39</sup>.

Die im Verwaltungsverfahren geregelten Beteiligungsrechte der Betroffenen und die Nebenpflichten der Verwaltung, insbesondere die Informations- und Beratungspflichten, die Anhörungs- und Beteiligungsrechte, das Akteneinsichtsrecht und der Datenschutz finden letztlich auch ihre Grundlage in den Persönlichkeitsrechten des Art. 2 I GG sowie in den Verfahrensrechten nach Art. 103 I GG, dem Grundrecht auf rechtliches Gehör<sup>40</sup>. Das gesamte Prüfungsverfahren wird durch die Grundsätze bestimmt, die sich aus dem Prinzip der Chancengleichheit ergeben. Das gilt für die äußeren Bedingungen der Prüfung, für die Prüfungsvorbereitung, für die Aufgabenstellungen, für den Prüfungsablauf und schließlich auch für die Leistungsbewertung. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat in einer äußerst umfangreichen Rechtsprechung die rechtlichen Maßstäbe herausgearbeitet, die für das Prüfungswesen gelten<sup>41</sup>, die unter verfassungsgerichtlichen Gesichtspunkten nicht kritikwürdig geworden sind. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Wesentlichen darauf beschränkt, den Beurteilungsspielraum der Schulen und Hochschulen zugunsten einer erweiterten gerichtlichen Nachprüfung zu beschränken (s. o. 1.2.)

37 BVerfGE 33, 303, 338; 54, 173, 191 ff.; 85, 36 ff.

38 BVerfGE 43, 291, 317 f.

39 BVerfGE 58, 257.

40 BVerfGE 47, 46 – Sexualkunde.

41 Mit ausführlichen Rechtsprechungsnachweisen Niehues, Norbert, Schul- und Prüfungsrecht, Band 2, Prüfungsrecht, 5. Auflage, 2010.

#### 4 Persönlichkeitsrechte des Kindes

Die Persönlichkeitsrechte des Kindes nach Art. 2 I GG gelten auch in der Schule. In der Schule steht jedoch auch den Eltern nach Art. 6 II GG ein Mitwirkungsrecht zu. Beide Grundrechte können jedoch nur insoweit ausgeübt werden als ihnen nicht der in Art. 7 I GG vorausgesetzte Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates (s. o. 2.3.) entgegensteht. Aus diesem Grunde hat das Bundesverfassungsgericht den Persönlichkeitsrechten des Kindes in der Schule im Ergebnis nur geringe Wirkungsmöglichkeiten eingeräumt.

Da grundsätzlich das Persönlichkeitsrecht des Kindes auch die Bildung in der Schule umfasst, also den Erwerb von Wissen, Verhalten, Fähigkeiten und Fertigkeiten, handelt es sich bei den durch die Rechtschreibreform in der Schule eingeführten orthographischen Regeln um eine Einschränkung des Persönlichkeitsrechts des Kindes, die aber durch den Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule gedeckt ist, denn es gehört gerade zu den Aufgaben der Schule, den Kindern den richtigen Gebrauch der Sprache zu vermitteln<sup>42</sup>. Auch die sog. politischen Grundrechte, die Meinungs-, Presse-, Versammlungs- und Vereinsfreiheit gelten als besondere Ausprägungen der Persönlichkeitsrechte ebenso wie diese selber auch in der Schule, wiederum begrenzt durch den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag. So hat das Bundesverfassungsgericht implizit eine faire – wenn auch anonyme – Schülerkritik an den Lehrern im Internet als Ausdruck der Meinungsfreiheit der Schüler angesehen, indem es eine Verfassungsbeschwerde gegen eine entsprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Entscheidung nicht angenommen hat<sup>43</sup>.

Da der Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates nach Art. 7 I GG eigenständig und gleichrangig neben dem Elternrecht steht (s. o. 3.1.) und neben der Wissensvermittlung auch die Persönlichkeitsbildung des Kindes umfasst, gehört zum schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag nicht nur die Vermittlung von Wissen über die Sexualität des Menschen, sondern auch die Sexualerziehung<sup>44</sup>. Das Menschenbild des Grundgesetzes besagt freilich, dass es in erster Linie die Menschen selber sind, die nach Art. 2 I GG ihr Verhältnis zur Sexualität selber einrichten und die Grundsätze und Verhaltensweisen bestimmen können, nach denen sie leben wollen. Das gilt auch für Kinder und Jugendliche, und das gilt auch in der Schule, und zwar mit zunehmendem Alter in immer stärkerem Maße. Wenn der Staat in der Schule also seinen Auftrag zur Sexualerziehung wahrnimmt, dann darf er nie ein bestimmtes Sexualverhalten nahelegen, sondern muss gegenüber den unterschiedlichen sexuellen Verhaltensweisen offen sein, und er muss berücksichtigen, dass die Sexualerziehung in der Schule in einem Spannungsverhältnis zwischen den Persönlichkeitsrechten des Kindes aus Art. 2 I GG, dem Elternrecht nach Art. 6 II GG und dem in Art. 7 I GG vorausgesetzten Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates steht. Hieraus folgt, dass der Staat sowohl bei der Vermittlung von Wissen über Sexualität wie bei der Sexualerziehung äußerste Zurückhaltung üben und die Privat- und Intimsphäre der Schüler und Eltern beachten muss. Der Staat muss deshalb die Schülerinnen und Schüler nicht nur vor sexuellem Missbrauch in der Schule selber schützen, sondern er muss die Kinder auch vor sexuellen Gefahren außerhalb der Schule bewahren, er muss über solche Gefahren aufklären und vor ihnen warnen.

Zu den Grundrechten der Kinder, die auch innerhalb der Schule gelten, gehört auch das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>45</sup>. Dieses Recht

42 BVerfGE 108, 355 – Rechtschreibreform.

43 BVerfG 1 BvR 1750/09 nach BGHZ 181, 328 – Spickmich.

44 BVerfGE 47, 46, 71 ff.

45 BVerfGE 65, 1.

umfasst grundsätzlich auch den Schutz vor der Offenbarung von Informationen über den Drogengebrauch von Schülern und Schülerinnen einschließlich von Beratung und Therapie innerhalb der Schule<sup>46</sup>, und dieser Schutz gilt auch gegenüber den Eltern, obwohl gerade die Eltern aufgrund ihres Elternrechtes einen Informationsanspruch gegenüber der Schule haben, der sich auch auf Verhaltensweisen wie den Drogengebrauch bezieht. Das Bundesverfassungsgericht hat dennoch eine Schweigepflicht gegenüber den Eltern angenommen, wenn die Information über den Drogengebrauch dem Wohl des Kindes schaden kann, wie z. B. wenn eine tiefgreifende Störung des Eltern-Kind-Verhältnisses besteht<sup>47</sup>.

## 5 Religionsfreiheit

Die Bedeutung der Religionsfreiheit des Art. 4 GG für die Gliederung des Bildungssystems hat das Bundesverfassungsgericht ausführlich gewürdigt, indem es die konfessionelle Differenzierung des Schulwesens unter bestimmten Voraussetzungen für verfassungsmäßig erklärte, aber dennoch Gemeinschaftsschulen – wiederum unter bestimmten Voraussetzungen – nicht ausschloss (s. o. 2.2.).

Obwohl nach Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 I Weimarer Verfassung in der Bundesrepublik eine Staatskirche nicht besteht, gibt es dennoch in Deutschland im Unterschied zu Frankreich und den Vereinigten Staaten keine strikte Trennung von Kirche und Staat. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ein freiwilliges Schulgebet, das die religiösen Gefühle von Schülerinnen und Schülern nicht verletzt, in den bekenntnisfreien öffentlichen Schulen für verfassungsgemäß erklärt<sup>48</sup>. Nur wenn die Freiwilligkeit nicht wirklich gewährleistet ist, – wenn z. B. die Schüler, die nicht mitbeten wollen, dem Schulgebet in zumutbarer Weise nicht ausweichen können – nur in einem solchen Falle ist es unzulässig<sup>49</sup>.

In einem gewissen Widerspruch zu dieser grundsätzlichen Zulässigkeit einer religiösen Prägung auch der öffentlichen Schulen steht die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht die Ausstattung der Klassenzimmer öffentlicher Schulen mit Kruzifixen grundsätzlich untersagt hat<sup>50</sup>. Im Unterschied zu den Konfessionsschulen, deren Unterricht dem Toleranzgebot verpflichtet ist, und im Unterschied zum Schulgebet, dem man sich entziehen kann, geht von der Existenz des Kruzifixes im Klassenzimmer eine Wirkung auf die Schülerinnen und Schüler aus, denen diese sich nicht entziehen können<sup>51</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat den Landesgesetzgebern jedoch ein „Schlupfloch“ gelassen, indem eine Verständigung zwischen Eltern und Schule über die Belassung des Kreuzes im Klassenzimmer für zulässig gehalten wird, was zur Folge hatte, dass das Kreuz z. B. in bayrischen Schulen in aller Regel hängen blieb.

Ähnlich wie das Kreuz im Klassenzimmer können auch Kleidungsstücke und Schmuck, den Lehrerinnen und Lehrer tragen, wie z. B. ein christliches Kreuz am Halsband, die jüdische Kippa auf dem Kopf oder das islamische Kopftuch, die Situation im Klassenzimmer und den Unterricht prägen. Das Bundesverfassungsgericht, das über das Kopftuch zu entscheiden hatte und das – der

---

46 BVerfGE 59, 360.

47 BVerfGE a. a. O.

48 BVerfGE 52, 223.

49 BVerfGE a. a. O.

50 BVerfGE 93, 1.

51 BVerfGE a. a. O.

Entscheidung über das Kreuz entsprechend – religiöse Symbole dieser Art hätte untersagen müssen, vermied jedoch eine Aussage in der Sache und beschränkte sich auf die Feststellung, dass aus Gründen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts (s. o. 1.2.) eine gesetzliche Regelung durch das jeweilige Landesrecht erforderlich sei<sup>52</sup>. Dementsprechend haben die Länder – äußerst unterschiedliche – Regelungen geschaffen, die wiederum das Bundesverfassungsgericht bisher noch nicht abschließend zu beurteilen hatte.

Art. 7 II und III GG sehen den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen als ordentliches Lehrfach vor und regeln ihn durch bestimmte Grundsätze. Dieser Unterricht wird grundsätzlich nach Konfessionen getrennt von Lehrerinnen und Lehrern der jeweiligen Konfession nach den Grundsätzen der jeweiligen Religionsgemeinschaft erteilt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Teilnahme von Schülerinnen und Schülern anderer Konfessionen am Religionsunterricht einer Konfession jedoch dann für zulässig erklärt, wenn dies mit den Grundsätzen dieser Konfession übereinstimmt und wenn die jeweilige Religionsgemeinschaft zustimmt<sup>53</sup>. Zur Begründung führte das Gericht an, dass der Religionsunterricht nicht irgendein Sachfach ist, sondern als Form der Religionsausübung im Sinne von Art. 4 II GG verfassungsrechtlich besonders geschützt sei. Ein solcher Religionsunterricht muss deshalb grundsätzlich von einem nicht religionsgebundenen Ethikunterricht unterschieden werden, der im Rahmen des allgemeinen Lehrplans für alle Schülerinnen und Schüler obligatorisch ist. Das Bundesverfassungsgericht hat einen solchen allgemeinen Ethikunterricht, von dem man sich nicht abmelden kann, für verfassungsgemäß erklärt<sup>54</sup>.

Für die Auseinandersetzungen, die die ungewöhnliche Regelung des Religions- bzw. Ethikunterrichts des Landes Brandenburg hervorgerufen hatte, fand das Bundesverfassungsgericht eine ungewöhnliche Lösung, indem es die Sache nicht entschied, sondern einen Vergleichsvorschlag unterbreitete, den die Prozessparteien annahmen und umsetzten<sup>55</sup>. Das Land Brandenburg hatte weder einen Religionsunterricht im Sinne von Art. 7 III GG vorgesehen, zu dem es sich aufgrund von Art. 141 GG nicht verpflichtet fühlte, noch einen nicht religionsbezogenen allgemeinen Ethikunterricht eingeführt, sondern ein Fach namens „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ (LER). Ein freiwilliger Religionsunterricht außerhalb des Lehrplans konnte von den Religionsgemeinschaften angeboten werden. Der Vergleichsvorschlag des Bundesverfassungsgerichts sah vor, dass LER eingeführt werden konnte, dass eine Abmeldung von LER jedoch ermöglicht werden sollte. Der freiwillige Religionsunterricht der Religionsgemeinschaften sollte so organisiert werden, dass er in den Lehrplan weitgehend integriert werden sollte, so dass er sich im Ergebnis von einem Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach im Sinne von Art. 7 III GG nicht mehr wesentlich unterschied. Es ist schade, dass es zu einer Sachentscheidung nicht mehr gekommen ist, weil diese auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung eines islamischen Religionsunterrichts hätte bedeutsam werden können.

## 6 Organisation und Personal

Grundsätzlich ist die innere Organisation von öffentlichen Bildungseinrichtungen eine Angelegenheit des Trägers der Einrichtungen, soweit nicht Staatsorganisationsprinzipien oder Grundrechte der Beteiligten betroffen sind. Das Demokratieprinzip kann nach der Rechtsprechung des Bun-

52 BVerfGE 108, 282.

53 BVerfGE 74, 244.

54 BVerfG vom 14.7.2006 – 1BvR1017/06 – Kammerentscheidung.

55 BVerfGE 104, 305.

desverfassungsgerichts durch die Gewährung von Autonomie an Schulen betroffen sein, und zwar dann wenn durch die Gewährung von Autonomie die ununterbrochene Verantwortungskette zwischen der demokratisch legitimierten Regierung und den verselbständigten Einrichtungen nicht mehr gewährleistet ist<sup>56</sup>. Ein solcher ununterbrochener demokratischer Legitimationszusammenhang ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn der Gesetzgeber im Rahmen einer funktionellen Selbstverwaltung aus Gründen einer wirksamen Aufgabenwahrnehmung den Einrichtungen Eigenverantwortung überträgt, wie dies z. B. im Wasserverbandsrecht vom Bundesverfassungsgericht angenommen wurde<sup>57</sup>, was jedoch vom Bundesverfassungsgericht bisher nicht auf das Schulrecht übertragen wurde.

Die Grundrechte der Beteiligten, und zwar die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 III GG werden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betroffen, wenn der Gesetzgeber Mitbestimmungsregelungen schafft, die nicht sicherstellen, dass die Professoren an Universitäten bei Forschungs- und Berufungsentscheidungen die Mehrheit und bei allen anderen Entscheidungen mindestens die Hälfte der Stimmen haben, wie dies bei der sog. Drittelparität nach dem niedersächsischen Hochschulgesetz der Fall war<sup>58</sup>, eine Rechtsprechung, die das Gericht in einer Vielzahl von Urteilen seither fortgesetzt und verfeinert hat.

Die Personalstruktur der Bildungseinrichtungen ist als solche nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geworden<sup>59</sup>, wohl aber die Besoldungsstruktur. Das Bundesverfassungsgericht hat kürzlich die W2-Besoldung des Landes Hessen wegen eines Verstoßes gegen das sog. Alimentationsprinzip, das ein „hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums“ im Sinne von Art. 33 V GG ist, für verfassungswidrig erklärt<sup>60</sup>. Die Aufgaben und die Verantwortung eines Hochschullehrers sowie seine Stellung in der Öffentlichkeit verlangen, dass der durch das Beamtengehalt zu sichernde Lebensstandard über dem der Regierungsräte und der Studienräte liegen muss. Die hessische W2-Besoldung befand sich in einem krassen Missverhältnis zur Besoldung dieser Vergleichsgruppen und war deshalb verfassungswidrig<sup>61</sup>.

Durch den sog. Radikalenerlaß von 1972 wurde die beamtenrechtliche Treuepflicht, die nach Art. 33 V GG ebenfalls ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist, durch die Bundesregierung konkretisiert und auch für die Länder verbindlich, was im Falle eines Rechtsreferendars zu der berühmten Radikalenentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes führte, die aber vor allem für Lehrer und Hochschullehrer bedeutsam wurde<sup>62</sup>. Danach können die Länder von den Lehrern und Hochschullehrern verlangen, dass sie sich durch ihren Amtseid nicht nur zum Grundgesetz bekennen, sondern dass sie sich mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik identifizieren: „Die politische Treuepflicht – Staats- und Verfassungstreue – fordert mehr als nur eine formal korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten insbesondere dass er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren. Vom

56 BVerfGE 9, 268 – Bremer Personalvertretung; 93, 37 – Schleswig-Holsteinische Personalvertretung.

57 BVerfGE 107, 59 – Erftverband.

58 BVerfGE 35, 79.

59 Die Einführung der Juniorprofessur durch den Bundesgesetzgeber wurde vom Bundesverfassungsgericht zwar für verfassungswidrig erklärt, jedoch nur, weil der Bundesgesetzgeber die – inzwischen aufgehobene – Rahmengesetzgebungskompetenz nach Art. 74a a. F. GG durch eine zu detaillierte Regelung überschritten hatte, BVerfGE 111, 226.

60 BVerfG 2BvL4/10 vom 14.2.2012.

61 BVerfG a. a. O.

62 BVerfGE 39, 334.

Beamten wird erwartet, dass er diesen Staat und seine Verfassung als einen hohen positiven Wert erkennt und anerkennt, für den einzutreten sich lohnt.“<sup>63</sup>

## 7 Bildungswesen und Gesellschaft

### 7.1 Das Bildungswesen und die Freie Wohlfahrtspflege

Kindertageseinrichtungen (Krippen, Kindergärten und Kinderhorte) werden in Deutschland einerseits durch die Kommunen, aber andererseits in großem Umfang durch die Träger der Freien Wohlfahrtspflege unterhalten, und diese KITAs werden zunehmend nicht nur als Betreuungs-, sondern auch als Bildungseinrichtungen angesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat sie dennoch als Einrichtungen der „öffentlichen Fürsorge“ im Sinne von Art. 74 Nr. 7 GG betrachtet und demgemäß die Gesetzgebungskompetenz des Bundes angenommen<sup>64</sup>. Die Wahrnehmung von Aufgaben der Wohlfahrtspflege bzw. der Sozialen Arbeit, wie man heute sagen würde, durch Freie Träger entspricht dem Subsidiaritätsprinzip. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass das Subsidiaritätsprinzip zwar kein Verfassungsprinzip im Sinne des Grundgesetzes ist, dass der Gesetzgeber sich jedoch für eine Ordnung der Wohlfahrtspflege nach dem Subsidiaritätsprinzip entscheiden könne, so wie er es im früheren Jugendwohlfahrtsgesetz – und heute im Kinder- und Jugendhilfegesetz – getan hat, ohne damit gegen die Verfassung zu verstoßen<sup>65</sup>. Eine Beteiligung der Eltern an den Kosten der Kindertagesbetreuung durch die Erhebung von „Beiträgen“ und deren Staffelung nach dem Einkommen der Eltern verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes<sup>66</sup>.

### 7.2 Betriebliche Berufsausbildung

Ebenso wie bei der Kindertagesbetreuung hat sich das Bundesverfassungsgericht auch bei der betrieblichen Berufsausbildung durch eine weite Auslegung des Begriffes „Recht der Wirtschaft“ in Art. 74 Nr. 11 GG für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes entschieden<sup>67</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung die Berufsausbildung durch die Inhaber von Wirtschaftsunternehmen als Berufsausübung im Sinne von Art. 12 I GG angesehen und damit in den Schutzbereich der Berufsfreiheit einbezogen, – allerdings unter der Voraussetzung, dass die Wirtschaft für diesen Zweck hinreichend Plätze zur Verfügung stellt, was in der Geschichte der Berufsausbildung nicht immer der Fall ist. Die vom Bundesgesetzgeber geplante Berufsausbildungsabgabe, die der Schaffung einer hinreichenden Zahl von Ausbildungsplätzen dienen sollte und die letztlich an der fehlenden Zustimmung des Bundesrates gescheitert ist, hat das Bundesverfassungsgericht nicht als Steuer, sondern als sog. Sonderabgabe verfassungsrechtlich gerechtfertigt und sie letztlich damit begründet, dass die betriebliche Berufsausbildung den Interessen der Wirtschaft diene, dass deshalb eine Sachnähe zwischen den abgabepflichtigen Personen und dem Abgabe-

63 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in den neunziger Jahren von diesen sehr weit gehenden Anforderungen an die politische Treuepflicht distanziert (EGMR in NJW 1996, 375, 377 – Vogt/Deutschland), – vielleicht auch angesichts der Tatsache, dass nach der deutschen Wiedervereinigung zahllose Bürger der DDR in das Beamtenverhältnis nach dem GG übernommen wurden, die zuvor dem Staat der DDR Treue geschworen hatten.

64 BVerfGE 97, 332; 106, 62.

65 BVerfGE 22, 180 – Offenbach; ob die Tatsache, dass das Subsidiaritätsprinzip inzwischen in Art. 5 EU-Vertrag verankert ist, diese verfassungsrechtliche Beurteilung ändert, ist einstweilen unentschieden.

66 BVerfG a. a. O.

67 BVerfGE 55, 274 – Berufsausbildungsabgabe.

zweck gegeben sei, dass die Betroffenen eine homogene Gruppe seien und dass die Durchführung der Berufsausbildung gruppennützig sei. Nur unter diesen engen Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Nr. 11 GG für ausreichend gehalten und nur unter diesen Voraussetzungen hat das Gericht die Abgabe für verfassungsgemäß erklärt.

### 7.3 Privatschulen

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Vielzahl von Entscheidungen in Konflikten zwischen Privatschulen und der Schulverwaltung entschieden, und man hat den Eindruck, dass es dem Gericht bisher nicht gelungen ist, diese Konflikte befriedigend und endgültig zu lösen. Zunächst lässt sich feststellen, dass diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überraschenderweise im wesentlichen gar nicht die sechs Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 IV GG zum Gegenstand hat, weil die Privatschulen möglicherweise gar kein Interesse an einer abschließenden Klärung dieser Voraussetzungen durch das Bundesverfassungsgericht hatten und haben. Gegenstand der Rechtsprechung ist vielmehr die Koexistenz des öffentlichen und des privaten Schulwesens als solchem. In der Literatur wird diese Koexistenz durch das schillernde Begriffspaar „gleichartig versus gleichwertig“ umschrieben, während sich der Verfassungstext mit den Begriffen „nicht zurückstehen“ und „genügend gesichert“ begnügt. Das Bundesverfassungsgericht benutzt nun zwar auch die Formulierung „gleichwertig“<sup>68</sup>; eine kriteriengeleitete „Dogmatik der Gleichwertigkeit“ hat das Gericht jedoch nicht ausgearbeitet, sodass auch insoweit in der Rechtsprechung eine Lücke klafft.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Koexistenz von öffentlichem und privatem Schulwesen geht es vielmehr fast ausschließlich um zwei Fragen, nämlich erstens um die – über die bloße Genehmigung hinausgehende – Anerkennung der Privatschulen, die die Folge der staatlichen Anerkennung der von ihnen verliehenen Berechtigungen hat, und zweitens und vor allem um die staatliche Finanzierung des Privatschulwesens. Die erste Frage hat das Gericht schon sehr früh und sehr einfach entschieden, indem es sich darauf beschränkte, festzustellen, dass das Grundgesetz einer über die Genehmigung hinausgehenden staatlichen Anerkennung nicht entgegensteht<sup>69</sup>.

In der zweiten Frage, der Staatsfinanzierung des Privatschulwesens, gibt es eine Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1987<sup>70</sup>. Der Staat ist zwar nicht dazu verpflichtet, die Wahrnehmung der Grundrechte durch die Bürger aus Steuermitteln zu finanzieren, z. B. zur Gewährleistung der Freizügigkeit Bahnfahrkarten zu bezahlen oder kostenlos Benzin zu verteilen. Im Falle der Privatschulfreiheit sei dies jedoch anders, denn die Verfassung selber formuliere für die Wahrnehmung des Grundrechts Voraussetzungen, die die Bürger, die von ihrem Grundrecht Gebrauch machen wollen, normalerweise ohne Privatkapital oder staatliche Haushaltsmittel nicht erfüllen können: „Private Schulträger sind in aller Regel nicht mehr in der Lage, aus eigener Kraft gleichzeitig und auf Dauer sämtliche Anforderungen zu erfüllen, die das Grundgesetz in Art. 7 IV/3 und 4 GG an die Genehmigung einer Ersatzschule stellt. Die generelle Hilfsbedürftigkeit privater Ersatzschulen ist heute ein empirisch gesicherter Befund.“<sup>71</sup>

68 Z.B. in BVerfGE 27, 195, 201 – Anerkennung.

69 BVerfGE a. a. O.

70 BVerfGE 75, 40 – Hamburg.

71 BVerfGE a. a. O. S. 67.

In seiner Wartezeit-Entscheidung<sup>72</sup> hat das Bundesverfassungsgericht diese Besonderheit des Grundrechts der Privatschulfreiheit nochmals eingehend begründet. Kostenträchtig seien insbesondere die Anforderungen an die „Lehrziele und Einrichtungen“ sowie an die „wissenschaftliche Ausbildung der Lehrkräfte“. Das Bundesverfassungsgericht weist an dieser Stelle auf einen merkwürdigen vorher unerkannt gebliebenen Mechanismus hin, der dem Gleichwertigkeitspostulat innewohnt. Je mehr der Staat die Qualität des öffentlichen Bildungswesens verbessert, desto höher werden die Anforderungen an das Privatschulwesen, und der Staat hat durch seine Bildungspolitik insbesondere in den siebziger und achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts – und nun nochmals nach dem sog. „PISA – Schock“ von 2001 – gewaltige Summen in die Qualitätsverbesserung seines Schulwesens investiert, – mit den unvermeidlichen Folgen für die Anforderungen an die Genehmigung und an die ständige Aufrechterhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen von Privatschulen. Man denke nur einmal an die Steigerung der Lehrerbesoldung, an die sich die Privatschulen nach Meinung des Bundesverfassungsgerichtes anpassen müssen.

Erwähnt wird auch das „Sonderungsverbot“ des Art. 7 IV/3 GG, das in der Tat – nimmt man es ernst – wegen des implizierten Umverteilungseffektes erhebliche Kosten verursachen könnte. Das Bundesverfassungsgericht verzichtet jedoch darauf, nähere Anforderungen an die Umsetzung des Sonderungsverbotens zu formulieren, sondern es stellt es den Privatschulen frei, auf welche Art und Weise sie diese Gewährleistung sicherstellen wollen, z. B. durch Schulgelderlass, durch Stipendien oder auf andere Art und Weise. Resümierend stellt das Gericht fest: „Soll die Privatschulfreiheit nicht leerlaufen, schuldet der Staat deshalb einen Ausgleich für die vom Grundgesetz errichteten Hürden.“<sup>73</sup>

Diese Aussagen hätten an sich nahe gelegt, Privatschulgründern und –trägern, die die Genehmigungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllen, einen individuellen Rechtsanspruch auf staatliche Kostenbeiträge zu geben. Einen solchen individuellen Rechtsanspruch hat das Bundesverfassungsgericht jedoch ausdrücklich verneint und eine staatliche Verpflichtung zu einer Art institutioneller Förderung des Privatschulwesens als ganzem konstruiert, wenn die Voraussetzungen dafür insgesamt vorliegen. Diese staatliche Verpflichtung hat das Bundesverfassungsgericht nun jedoch auch noch äußerst restriktiv gefasst. Der Staat sei keinesfalls zur vollen Übernahme der Kosten verpflichtet. Die Förderungsverpflichtung stehe unter dem selbstverständlichen Vorbehalt des Möglichen und dass der Einzelne nur das verlangen könne, was er vernünftigerweise von der Gesellschaft erwarten dürfe. Die Privatschulen seien zu beträchtlichen Eigenleistungen verpflichtet und können staatliche Leistungen auch erst nach einer Wartezeit in Anspruch nehmen<sup>74</sup>. Das Ergebnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Privatschulfinanzierung ist also für die Privatschulen ziemlich enttäuschend ausgefallen und für die juristische Dogmatik problematisch. Bürger, die eine Privatschule gründen und unterhalten wollen, müssen nicht nur nachweisen, dass sie selber die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllen, sondern sie müssen außerdem nachweisen, dass die finanziellen Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Privatschulwesens in der Bundesrepublik insgesamt nicht mehr gegeben sind. Sie können zwar klagen, aber keine individuellen Leistungsansprüche geltend machen.

Für „private Volksschulen“ – also nach heutigem Recht Grund- und Hauptschulen – sind die Genehmigungsvoraussetzungen schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes in Art. 7 V wesentlich höher, denn sie sind nur genehmigungsfähig, „wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonde-

72 BVerfGE 90, 107.

73 BVerfGE a. a. O. S. 115.

74 Hierzu BVerfGE 90, 107 – Wartezeit.

res pädagogisches Interesse anerkennt“<sup>75</sup>. Im Bereich der Grundschulen besteht nach der Rechtsprechung des Gerichts<sup>76</sup> deshalb ein verfassungsrechtlicher Vorrang des öffentlichen Schulwesens. Privatschulen sollen hier die Ausnahme sein und dürfen keinesfalls flächendeckend Alternativen zu den öffentlichen Grundschulen sein, die die „Schulen für alle“ seien. Zwar könne die Schulverwaltung nicht frei darüber entscheiden, in welche Richtung sich das Privatschulwesen entwickeln solle, denn das „besondere pädagogische Interesse“ sei objektiv zu beurteilen, aber ein gewisser Beurteilungsspielraum käme der Verwaltung dabei schon zu. Im Ergebnis wird man deshalb sagen können, dass die Privatschulfreiheit zwar grundsätzlich in Art. 7 IV GG gewährleistet ist, dass aber für Grund- und Hauptschulen ein begrenztes Staatsmonopol gilt.

## 8 Ein Bundesbildungsrecht nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?

Der Bund besitzt nach dem Grundgesetz und seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht in den Kernbereichen des Bildungswesens, dem Schul- und Hochschulwesen, keine Gesetzgebungskompetenzen, sondern nur in „Randbereichen“ wie dem Kindertagesstättenwesen und der betrieblichen Berufsausbildung, – und auch die lassen sich bestreiten. Die Gesetzgebung ist nach der funktionalen Gewaltenteilung auch nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, sodass sich die hier gestellte Frage eigentlich ganz schlicht verneinen lässt. Das Bundesverfassungsgericht hätte in den sechzig Jahren seiner Rechtsprechung ein Bundesbildungsrecht gar nicht schaffen können.

Doch dies ist nur die „halbe Wahrheit“. Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts ist eine Verwerfungskompetenz, d.h. das Gericht kann Gesetze, Verwaltungsakte und Gerichtsurteile für nichtig erklären bzw. aufheben. Dadurch lässt sich jedoch kein positives Recht schaffen. In den Begründungen für seine Entscheidungen kann das Gericht jedoch Grundsätze formulieren, die – auch wenn nicht „tragende Gründe“ und deshalb rechtlich nicht bindend sind – die Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit in hohem Maße bestimmen. Dies ist nun auch im Bereich des Bildungswesens in den sechzig Jahren weitgehend, wenn auch in unterschiedlichem Maße, geschehen.

Die durch die vertikale und horizontale Gewaltenteilung bestimmte Kompetenzordnung hat das Bundesverfassungsgericht eindeutig und umfassend geregelt. Von besonderer Bedeutung war hierbei die Durchsetzung des Gesetzesvorbehalts im Bildungswesen. Doch aus der Entscheidung über die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen und aus der Forderung nach (landes)gesetzlicher Regelung ergeben sich noch keine Inhalte, ergibt sich die Regelung selber noch nicht. Diese bleibt dem jeweiligen Gesetzgeber und damit der jeweiligen politischen Mehrheit überlassen. Immerhin wird man sagen können, dass das Bundesverfassungsgericht – wenn es auch selber ein Bundesbildungsrecht nicht geschaffen hat – die gesetzliche Regelung des Bildungswesens durch die Länder erzwungen hat.

Betrachtet man nun die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht der einfachen Gesetzgebung vorgegeben hat und die die Bildungsgesetzgebung prägen, dann fällt das Ergebnis recht unterschiedlich aus:

75 Von der zweiten Alternative sei hier einmal abgesehen, weil sie sich in der Verfassungswirklichkeit nicht realisiert hat.

76 BVerfGE 88, 40 – Kreuzberg.

1. Das Bildungssystem als solches wird nur sehr schwach durch bundesverfassungsrechtliche Grundsätze geprägt. Aus dem Grundgesetz ergibt sich nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts keine Entscheidung für ein bestimmtes Bildungssystem, und in der – heute nicht mehr so bedeutsamen – Frage nach der Zulässigkeit einer konfessionellen Gliederung des Schulwesens hat das Bundesverfassungsgericht alle Möglichkeiten offen gelassen. Auch die Gliederung des Hochschulsystems ist verfassungsrechtlich offen. Die Zuständigkeit der Kommunen für die sog. äußeren Schulangelegenheiten kann als verfassungsfest gelten. Den sog. „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ hat das Bundesverfassungsgericht in mehrfacher Beziehung eine prägende Bedeutung für das Bildungsrecht verliehen, insbesondere durch die Durchsetzung der Treuepflicht und des Alimentationsprinzips. Die verfassungsrechtlich vorgegebene Koexistenz öffentlicher und privater Schulen hat das Bundesverfassungsgericht durch seine Entscheidung für eine institutionelle finanzielle staatliche Förderung des Privatschulwesens zwar gefestigt, die Regelung dieser Koexistenz jedoch wenig konkretisiert. Durch die Anerkennung der Freien Träger im Kindertagesstättenbereich und die Rechtfertigung des Selbstverwaltungsrechts der Wirtschaft im Bereich der Berufsausbildung werden wesentliche gesellschaftliche Kräfte an der Gestaltung des Bildungswesens beteiligt, doch die Voraussetzungen dieser Beteiligung sind verfassungsrechtlich nur schwach ausgeprägt.
2. Auch bei den Aussagen über die Bildungsziele und – inhalte hat sich das Bundesverfassungsgericht äußerste Zurückhaltung auferlegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts prägt ein charakteristischer Unterschied die beiden großen Bereiche des Bildungswesens: Im Bereich der Schule hat der Staat einen Bildungs- und Erziehungsauftrag, der selbständig und gleichrangig neben dem Bildungs- und Erziehungsauftrag der Eltern steht. Im Bereich der Hochschulen herrscht dagegen Wissenschaftsfreiheit, die den Staat daran hindert, inhaltlich über Wissenschaft zu entscheiden, weil die Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht der Wissenschaftler ausgestaltet ist. Dies hat das Bundesverfassungsgericht dazu veranlasst, für die Binnenorganisation der Hochschulen relativ detaillierte Regelungen zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit vorzugeben.
3. Immer wenn es um die Grundrechte der Lehrenden sowie der Lernenden und ihrer Eltern geht, formuliert das Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtliche Grundsätze, die das Bildungsrecht tiefgreifend bestimmen. Bei den Persönlichkeitsrechten ist dies noch schwach ausgeprägt, weil diese – jedenfalls im Schulwesen – ihre Grenze am staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag finden. Die Religionsfreiheit dagegen findet in den vom Gericht entwickelten Grundsätzen eine umfassende Regelung. Die Rechtsprechung wird insoweit von zwei Grundsätzen geprägt, nämlich erstens vom Pluralitäts- und Toleranzgebot, das für alle öffentlichen Bildungseinrichtungen gilt, und zweitens von der Zumutbarkeitsschranke, die staatlichen Regelungen dort eine Grenze zieht, wo Beeinträchtigungen der individuellen Religionsfreiheit den Menschen nicht mehr zumutbar sind. Die ausgeprägtesten verfassungsrechtlichen Grundsätze finden sich im Bereich der Bildungsbiographien und zwar insbesondere bei den Statuspassagen. Die Zugangsrechte (Elternwahlrecht beim Sekundarschulzugang und Hochschulzugang im Falle eines Numerus Clausus), die Übergangsrechte (Sonderschulzuweisung, Versetzung) und die Abschlussrechte und Berechtigungen (Prüfungsrecht) sind vom Bundesverfassungsgericht durch eine extensive Auslegung der Grundrechte zu einem bundesweit geltenden (Teil)bundesbildungsrecht ausgestaltet worden.

*Verf.: Prof. Dr. Ingo Richter, Jenaer Straße 19, 10717 Berlin, E-Mail: Ingo.K.Richter@t-online.de*