

ZLVR

3. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

Die allgemeine Zeitschrift für das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht aller sechzehn deutschen Länder

Nr. 2 / 2018

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

Zur politischen Neutralitätspflicht der Studierendenschaft

Gundling

Seite 39

Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen im Schulrecht

Berger

Seite 46

Rechtsprechung

VG Berlin

OVG Sachsen

Seite 56

Redaktionsteil

Seite 63

2/2018

Zur politischen Neutralitätspflicht der Studierendenschaft*

von Lukas C. Gundling, Erfurt**

Kein Jahr ist es her, dass im Rahmen einer universitären Veranstaltung an der Universität Erfurt die Frage der Neutralitätspflicht aufkam. Während damals unstreitig war, dass die Hochschule und ihre Untergliederungen der Neutralitätspflicht unterlagen, ist erneut nach einer Veranstaltung die Frage nach der politischen Neutralitätspflicht zu stellen. Im Fokus stehen nun die verfassten Studierendenschaften und ihre Untergliederungen. Neben generellen Aussagen zu deren Verpflichtung wird die Veranstaltung auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft.

I. Neutralitätspflicht

Das Grundgesetz sieht vor, dass der Staat und seine Untergliederungen nicht die Chancengleichheit der Parteien beeinflussen darf. Dies ergibt sich in erster Linie aus Art. 21 Abs. 1 GG, fließt zugleich auch aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 GG.¹ Der Staat und seine Untergliederungen muss jeder nicht verbotenen², politischen Partei neutral gegenüberreten, darf sie also weder bevorzugen noch benachteiligen, selbst dann, wenn diese gegen das GG und die freiheitlich-demokratische Grundordnung stehen.³ Parteien verfügen also unter dem GG – soweit sie nicht durch eine Feststellung des BVerfG explizit verboten sind⁴ – das Programm betreffend über eine gewisse *Carte Blanche*.⁵

* Dieser Beitrag ist als notwendige Ergänzung zu Lukas C. Gundling, Die Neutralitätspflicht an Hochschulen, 2017 zu betrachten.

** Lukas C. Gundling ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte an der Universität Erfurt. Der Autor möchte mit aller Vehemenz feststellen, dass er in keinerlei Verbindung zur Partei Alternative für Deutschland steht.

¹ Siehe u.a. BVerfGE 1, 208 (255); 44, 125 (141); 47, 130 (139); 107 (362) oder jüngst BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 - 2 BvE 1/16, bspw. Rn. 58f. Zum Zusammenspiel von Art. 21 und Art. 20 GG siehe Frederik Ferreau, DÖV 2017, 497f.; Mehrdad Payandeh, Der Staat 55 (2016), 539 (allerding ist er kritisch gegenüber dem Neutralitätsgebot, siehe S. 549f.).

² Ein Vorgriff eines möglichen Parteiverbots ist nicht statthaft und dem Art. 21 GG entgegenlaufend (so u.a. ThürVerfGH, Urt. v. 3.12.2014, VerfGH 2/14, S. 19f.; Urt. v. 6.7.2016, VerfGH 38/15, S. 15f.).

³ BVerfGE 5, 85 (5. LS.); BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 586; Arnd Uhle, NVwZ 2017, 584 u. 590.

⁴ Bloße Feststellungsentscheidung ohne Gestaltungsspielraum, siehe z.B. v. Coelln in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG, 52. EL 2017, § 46, Rn. 31. Die Wirkung tritt paradoxerweise erst mit der

Während staatliche Hochschulen unzweifelhaft als Teil des Staates der Neutralitätspflicht gegenüber politischen Parteien unterliegen, zeigt der folgende Beitrag, dass diese Pflicht auch für die verfasste Studierendenschaft, als eine Untergliederung der Hochschule, gilt.⁶ Illustriert wird dies entlang einer kürzlich an der Universität Erfurt abgehaltenen Podiumsdiskussion. Sie ist ein Beispiel dafür, wie die Neutralitätspflicht verletzt werden kann.

II. Die Veranstaltung

Die Veranstaltung „Podiumsdiskussion anlässlich der OB-Wahl“⁷ fand am 10. April 2018 im Hörsaal 5 der Erfurter Universität statt. Der Untertitel auf dem Plakat lautete:

„Podiumsdiskussion mit den Kandidat*innen Marion Walsmann, Karola Stange, Marko Enke, Andreas Bausewein, Alexander Thumfart, Sebastian Perdelwitz und Daniel Stassny.“

Zumindest ein Kandidat fehlte in dieser Aufzählung und in der Folge ebenso auf dem Podium, nämlich der Kandidat der Alternative für Deutschland (AfD), Stefan Möller. Auf diesen Mangel wurde im Rahmen der Facebook-Veranstaltungsdiskussion durch Nutzer aufmerksam gemacht. Darauf antwortete der Studierendenrat (StuRa) per Post auf der Seite der zugehörigen Facebook-Veranstaltung:

„Wir möchten hiermit verdeutlichen, dass uns wichtig ist, dass wir eine konstruktive und sachliche Debatte zu Gunsten der Studierenden führen. Aufgrund ihrer jüngeren Geschichte und als Hochschule in der Thüringer Landeshauptstadt weiß sich die Universität und der Studierendenrat auf ihren besonderen gesellschaftlichen und kulturellen Auftrag verpflichtet. Wir verstehen uns als weltoffene Universität. Diese Grundwerte sind für den Studierendenrat unverzichtbar. Aufgrund der Erfahrungen und der Inhalte des jetzigen Wahlkampfes haben wir uns deshalb zu der Einladung eben dieser Kandidat*innen entschlossen, welche zur Diskussion eingeladen wurden.“⁸

Feststellung (also nicht rückwirkend) ein (Waldhoff, in BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald 4. Ed. 2017, § 46, Rn. 2), das erzeugt indes den notwendigen Schutz für die Parteien (s.o. Fn. 2 u. Gundling, Neutralitätspflicht an Hochschulen, 2017, S. 25f.).

⁵ So bezeichnet bei Jan Philipp Schaefer, AöR 141 (2016), 602.

⁶ Siehe zur Neutralitätspflicht von Hochschulen und ihren Organen Patrick Christian Otto, WissR 49 (2016), S. 144ff., Gundling, Neutralitätspflicht an Hochschulen, 2017, S. 27ff.

⁷ So der Titel der Facebook-Veranstaltung zugehörigen (<https://www.facebook.com/events/198985110715530/210210462926328/>)

⁸ <https://www.facebook.com/events/198985110715530/210210462926328/>; Post von „StuRa Uni Erfurt“ vom 9. April 2018 um 16:22 Uhr. Am Beginn der Veranstaltung am 10. April 2018 wurde dies nochmals bekräftigt (siehe <https://youtu.be/SPuy1iigCB0>; abgerufen am 17. April 2018).

Diese Aussage verdeutlicht, dass der AfD-Kandidat nicht selbst (also freiwillig) auf eine Teilnahme verzichtete, sondern gar nicht durch den Veranstalter eingeladen und damit ausgeschlossen war. Ganz offensichtlich handelte es sich um eine Veranstaltung mit Wahlkampfbezug. Dies wird aus dem Veranstaltungsbeschreibung auf Facebook deutlich:

„Wir freuen uns auf ein spannendes Forum mit Marion Walsmann, Karola Stange, Marko Enke, Andreas Bausewein, Alexander Thumfart, Sebastian Perdelwitz und Daniel Stassny. | Moderation: Henryk Balkow (Feuerköpfe - die Marke der Medienmacher.) | Die OB-Kandidat*innen verlassen den politischen Alltag und stellen sich unseren Problemen: Ist die Uni Erfurt hoffnungslos auf sich allein gestellt? Können Studierende in Erfurt in Zukunft auf eine breitere Unterstützung und einen Ausbau des kulturellen studentischen Lebens hoffen? Kann man auf Unterstützung hoffen beim Vorhaben, vernünftige Bedingungen für die Lehre auf dem Campus zu schaffen? Oder müssen wir weiter durch die Stadt pilgern und uns Regenschirme für die Vorlesungen anschaffen? | In der großen Runde erfahren wir, wie die Kandidat*innen zur Oberbürgermeister*in-Wahl dazu Position beziehen und welche Ansätze sie dahingehend verfolgen werden. | Im Anschluss an die Diskussion laden wir alle Diskutant*innen und Besucher*innen zur Vertiefung der Gespräche zu einem Glas Sekt zum Selbstkostenpreis ein. | Einlass ist ab 18.00 Uhr, Beginn der Veranstaltung ist um 18.30 Uhr. | Ort: Hörsaal 5, Lehrgebäude 2 auf dem Uni-Campus | Die Veranstaltung ist öffentlich.“⁹

Erstellt wurde die Veranstaltung vom Account „StuRa Uni Erfurt“; aus der Darstellung auf der entsprechenden „Info“-Seite des Accounts schließend, ist dieser der offizielle Account des Studierendenrats der Universität Erfurt. Es ist neben deren Telefonnummer und Anschrift, den E-Mailadressen des Vorstandes sowie des Referates Öffentlichkeitsarbeit sowie der Internetadresse der offiziellen Unterseite auf der Universitätshomepage (<https://www.uni-erfurt.de/studierendenrat>) auch das Logo des Studierendenrates zu finden (dazu s.u. III.2.c.).¹⁰ Auf der Homepage des Studierendenrates wird überdies auf den in Rede stehenden Facebook-Account verwiesen.¹¹

Es kann also unzweifelhaft davon ausgegangen werden, dass es sich um eine Veranstaltung der Studierendenschaft der Universität Erfurt handelte, organisiert durch deren Organ, dem Studierendenrat.

⁹ Siehe <https://www.facebook.com/events/198985110715530/>, abgerufen am 10. April 2018.

¹⁰ <https://www.facebook.com/pg/StuRaUniErfurt/about/>, abgerufen am 10. April 2018.

¹¹ <https://www.uni-erfurt.de/studierendenrat/>; abgerufen am 10. April 2018.

III. Die verfasste Studierendenschaft als Neutralitätsverpflichtete

Zunächst ist die Frage zu beantworten, inwieweit es sich bei den verfassten Studierendenschaften um einen Teil des Staates handelt. Anschließend ist es möglich die Neutralitätspflicht näher einzugrenzen.

1. Die Studierendenschaft als Teil des Staates

In § 72 Abs. 1 ThürHG (entsprechend § 79 Abs. 1 ThürHG-E¹²) wird normiert, dass die immatrikulierten Studierenden einer Hochschule die Studierendenschaft bilden und diese eine *rechtsfähige Teilkörperschaft der Hochschule* darstellt. Diese Stellung wird – mit Ausnahme von Bayern¹³ – so oder so ähnlich auch in allen anderen deutschen Ländern konstituiert.¹⁴ Als Teil- oder wie andere Gesetzgeber es benannt haben, Gliedkörperschaft der Hochschule, die in den überwiegenden Fällen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, sind die Studierendenschaften öffentlich-rechtliche Zwangsgemeinschaften, in denen die Studierenden als ihre Mitglieder organisiert sind.¹⁵ Grundsätzlich bewirkt die Unterordnung als Teilkörperschaft der Hochschule, dass ihr Aufgabenspektrum im Aufgabenspektrum der Mutterkörperschaft, also der Hochschule, umfasst sein muss.¹⁶ Was nicht Aufgabe der Hochschule ist, kann auch nicht Aufgabe der Studierendenschaft sein. Diese Aufgaben nimmt die Studierendenschaft als Selbstverwaltungsaufgaben wahr, wobei ihr dabei weitgehende Freiheiten zukommen.¹⁷

¹² Siehe Regierungsentwurf vom 12.09.2017, S. 68. Als dieser Aufsatz abgefasst wurde, war noch nicht abzusehen, ob und wann das Hochschulgesetz entsprechend dieses Entwurfes novelliert wird.

¹³ Bayern schaffte 1972 die verfassten Studierendenschaften ab (Andreas Reich, *WissR* 29 (1996), 170).

¹⁴ Siehe § 65 Abs. 1 LHG BW; § 18 Abs. 1 BerLHG; § 16 Abs. 1 S. 1 BbgHG; § 45 Abs. 1 BremHG; § 102 Abs. 1 HmbHG; § 24 Abs. 1 LHG M-V; § 20 Abs. 1 S. 3 NHG; § 53 Abs. 1 HG NRW; § 83 Abs. 1 S. 1 SHSG; § 65 Abs. 1 S. 2 HSG LSA; § 74 Abs. 1 SächsHG (hier „Studentenschaft“); § 72 Abs. 1 HSG SH (Teilkörperschaft; an der Universität zu Lübeck als K.ö.R. Glied der Hochschule). Als eigenständige K.ö.R. in Rheinland-Pfalz, siehe § 108 Abs. 2 HochSchG; als rechtsfähige K.ö.R. Glied der Hochschule in Hessen siehe § 76 Abs. 1 HHG. Nicht in Bayern.

¹⁵ Siehe dazu ausführlich Marco Penz, *DÖV* 2016, 906f. und Christian von Coelln, *Grundfragen der Hochschulorganisation*, in: Hdb. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Rn. 10. Siehe dazu auch Herbert Krüger, *Hdb. WissR*, 1996, S. 580ff. (dort wird auch auf die mögliche Verfassungswidrigkeit der Studierendenschaften eingegangen).

¹⁶ Krüger, *Hdb. WissR*, 1996, S. 585.

¹⁷ So Werner Thieme, *Dt. HochschulR*, 3. Aufl., 2004, Rn. 201, 941, 970.

Ihre Legitimität als eine solche Zwangsgemeinschaft erhalten Studierendenschaften in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wobei die unzulängliche Erfüllung oder gar Nichterfüllung dieser Aufgaben die Legitimität zunächst nicht entfallen lässt.¹⁸ Die öffentlichen Aufgaben werden ihnen per Gesetz zugewiesen und sind abschließend geregelt.¹⁹ Es wird ihnen dafür materielle Hoheitsgewalt übertragen.²⁰ Wer für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Teil-/Gliederkörperschaft tätig ist, übernimmt somit eine Aufgabe in der mittelbaren Staatsverwaltung.²¹ Er wird dementsprechend zu einem Amtsträger und unterliegt somit einer besonderen Pflichtenbindung. Mithin handelt es sich bei den Studierendenschaften nicht um eine grundrechtsberechtigte Vereinigung i.S.d. Art. 9 Abs. 1 GG, sondern um einen grundrechtsverpflichteten Verband. Als öffentlich-rechtliche Körperschaft ist die Studierendenschaft i.S.d. Art. 1 Abs. 3; 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden.²² Sie unterliegt über die Gesetzen und Verordnungen hinausgehend, auch den Satzungen der Mutterkörperschaft, also der Hochschule.²³

Dennoch ist die Position der Studierendenschaft in der Staatsverwaltung nicht unangreifbar. Kommt die Studierendenschaft über längere Zeiträume der Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgaben nicht oder nicht ausreichend nach – und werden Bedenken dahingehend regelmäßig laut²⁴ –, gerät die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs durch die Zwangsmitgliedschaft und entsprechend die Legitimität dieser Figur der Körperschaft des öffentlichen Rechts in Gefahr.²⁵ Denn: „Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des einzelnen durch die Errichtung eines Zwangsverbandes muss zwar zur Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles erforderlich sein, das Ziel darf also nicht auf eine andere, den Einzelnen weniger belastende Weise ebensogut erreicht

¹⁸ Penz, DÖV 2016, 906f.

¹⁹ So bspw. Krüger, Hdb. WissR, 1996, S. 580 f., Andreas Reich, NJW 1987, 1316.

²⁰ Reich, WissR 29 (1996), 168.

²¹ Thieme, Dt. Hochschulrecht, 2004, Rn. 964.

²² Thieme, Dt. Hochschulrecht, 2004, Rn. 943; Penz, DÖV 2016, 907f.; Hermann-Josef Blanke/Isabelle Oberthür, Thüringen, in: Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, 46. AL 2016, Rn. 213f. Siehe bspw. auch BbgVerfG, Beschl. v. 19.6.2013 – VfGBbg 5/13 EA=NVwZ 2013, 1050 (1051).

²³ Thieme, Dt. Hochschulrecht, 2004, Rn. 941.

²⁴ Solche Bedenken bei Blanke/Oberthür 2016, Rn. 214; Thieme, Dt. Hochschulrecht, 2004, Rn. 967f. oder auch bereits Thomas Oppermann/Armin Dittmann, JZ 1977, 593.

²⁵ Siehe dazu Reich, WissR 29 (1996), S. 164ff.; Blanke/Oberthür 2016, Rn. 214; Krüger, Hdb. WissR 1996, S. 581f.

werden können.“²⁶ Beispielsweise sind auch freiwillige, privatrechtliche Studierendenschaften (z.B. als e.V.), etwa mit öffentlicher Beleihung denkbar.²⁷

2. Die Neutralitätspflicht des Einzelnen und der Studierendenschaft als Organ

Es ist also aus dem in II.1 Dargelegten festzustellen, dass es sich auch bei der Studierendenschaft und ihren entsprechenden Organen (bspw. AStA; StuRa) um Teile des Staates handelt, die wie die Hochschulen die Chancengleichheit von politischen Parteien nicht beeinträchtigen dürfen.²⁸

a) Der Rahmen des Politischen der Studierendenschaft – Äußerungskompetenz

Die Verpflichtung zur Achtung der Chancengleichheit der Parteien bedeutet zugleich *nicht*, dass die Studierendenschaften nicht politisch sein darf. Vielmehr fehlt es – entsprechend der ständigen Rechtsprechung der Fachgerichte und der ganz h.M. in der Literatur – der Studierendenschaft an einem allgemeinen politischen Mandat, also der Aufgabe sich zu allgemeinen politischen Themen zu benehmen.²⁹ Es bedarf einer Rechtsgrundlage für amtliche Äußerungen.³⁰

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts hat die Studierendenschaft konkret per Gesetz zugewiesene Aufgaben. Das sind in Thüringen gem. § 73 Abs. 1 ThürHG oder gleichlautend § 80 Abs. 1 ThürHG-E³¹ (1) die Vertretung der Gesamtheit der Studierenden der Hochschule im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse, (2) die Wahrnehmung hochschulpolitischer Belange der Studierenden, (3) die Wahrnehmung der fachlichen, sozialen und kulturellen Belange der Studierenden, (4) die Förderung der politischen Bildung und des staatsbürgerlichen Verantwortungsbewusstseins der Studierenden, (5) die Förderung des freiwilligen Studierendensports, soweit

²⁶ BVerwG, Urt. v. 12.05.1999 – 6 C 14/98=NVwZ 2000, 318 (319). Die Entscheidung obliegt indes dem Gesetzgeber (a.a.O.).

²⁷ Oppermann/Dittmann, JZ 1977, 593ff.; auch Reich, WissR 29 (1996), 165.

²⁸ Auch Selbstverwaltungskörperschaften, die aus der direkten, hierarchischen Staatsverwaltung herausgenommen sind, wie Kommunen (siehe bspw. Thorsten Siegel/Sebastian Hartwig, NVwZ 2017, 596f. oder auch VGH Mannheim, Beschl. v. 16.10.2014 – 1 S 1855/14=NVwZ-RR 2015, 148 (149)) unterliegen der Neutralitätsverpflichtung, so eben auch Hochschulen.

²⁹ Blanke/Oberthür 2016, Rn. 213; Penz, DÖV 2016, 908 m.w.N. in der Rspr.; siehe auch Krüger, Hdb. WissR 1996, 587ff.

³⁰ Statt vielen Kuch, JZ 2018, 409.

³¹ Siehe Regierungsentwurf vom 12.09.2017, S. 69.

nicht die Hochschule dafür zuständig ist und (6) die Pflege der überregionalen und internationalen Studierendenbeziehungen. In diesen Bereichen sind die Studierendenschaften unstreitig befugt sich politisch zu äußern und zu betätigen – hier besitzt sie eine *Äußerungskompetenz*.

Das allgemeine politische Mandat, also eine politische Betätigung darüber hinaus, ist mit dem Verbandszweck und der damit verbundenen Pflichtmitgliedschaft unvereinbar.³² Das Aufgabenportefeuille muss einen Bezug zum genuinen³³ Aufgabenspektrum der Hochschule haben.³⁴ Dennoch muss es der Studierendenschaft möglich sein, im Rahmen ihrer Aufgabe zur politischen Bildung, politische Veranstaltungen anzubieten, wobei sie auch dabei auf eine inhaltliche Ausgeglichenheit achten muss, die der Heterogenität der Studierendenschaft Rechnung trägt.³⁵ Hier trifft sie bereits eine Neutralitätspflicht.³⁶ Zudem muss auch sie bei der Aufgabenerfüllung beachten, dass sich die politische Willensbildung vom Volk zum Staat zu vollziehen hat.³⁷ *Frederik Ferreau* macht treffend einen Vorrang der freien und gleichen Bürger vor staatlichen Akteuren im politischen Diskurs aus.³⁸

b) Allumfassende Neutralitätspflicht

Eine besondere Neutralitätspflicht besteht aus Art. 21 Abs. 1 GG gegenüber den politischen Parteien. Die äußert sich insbesondere in zwei Ausprägungen. Einerseits darf das Organ Studierendenschaft keine politische Partei benachteiligen oder bevorzugen, andererseits hat *jeder einzelne Amtsträger* der Studierendenschaft die Chancengleichheit der politischen Parteien zu achten, darf diese nicht durch sein Handeln und Sprechen als Amtsträger beeinträchtigen.

Hans Klein hat das kurz allgemein zusammengefasst: Der Geltungsbereich der Chancengleichheit „...erstreckt sich

³² So u.a. NWVerfGH, Urt. v. 25.1.2000 - VerfGH 2/98= NVwZ-RR 2000, 594; OVG Berlin, Beschl. v. 15.1.2004 - 8 S 133/03= NVwZ-RR 2004, 348 oder *Reich*, WissR 29 (1996), 176f.

³³ Zu den genuinen Aufgaben gehört nicht nur Forschung und Lehre, sondern darüber hinaus die ermöglichenden Grundlagen wie Freiheiten aber auch Allgemeinwohlaufgaben (siehe u.a. *Reinhardt* JZ 1965, 85f.; *Gundling/Berger*, ThürVBl 2017, 264f.).

³⁴ *Reinhardt*, JZ 1965, 385; *Thieme*, Dt. HochschulR, 2004, Rn. 949.

³⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.2.2015 – 2 ME 274/14=NVwZ-RR 2015, 460.

³⁶ *Thieme*, Dt. HochschulR, 2004, Rn. 964.

³⁷ So z.B. jüngst BVerwG, Urt. v. 13.09.2017 – 10 C 6.16=NVwZ 2018, 433 (435). Dazu *Waldhoff*, JuS 2018, 406.

³⁸ *Ferreau*, JZ 2018, 361 mit Blick auf die Art. 5, 8, 20 Abs. 1 u. 2 GG und BVerwG, Urt. v. 13.09.2017 – 10 C 6.16.

[...] auf die Tätigkeit der Parteien schlechthin, die – unbeschadet spezifischer Wahlkampfaktivitäten und der formalen Teilnahme an Wahlen als besonders verdichteter Formen dieser Tätigkeit – ‚außerhalb von Wahlen und während derselben die gleiche‘ ist. Zu jedem Zeitpunkt ist eine Einflussnahme des Staates auf den gesamten Prozess der politischen Willensbildung grundsätzlich untersagt.“³⁹ D.h. diese Neutralitätspflicht gilt nicht nur in Zeiten des Wahlkampfes⁴⁰ – hierin hat die jüngere Rechtsprechung des ThürVerfGH in der Wanka-Entscheidung des BVerfG vor Kurzem Bestätigung gefunden.⁴¹ In den Zeiten des Wahlkampfes tritt jedoch das Gebot äußerster Zurückhaltung hinzu.⁴² Ähnliches gilt gegenüber kommunalen Wählervereinigungen oder Einzelkandidaten.⁴³

Mit Äußerungen tätig werden können die Studierendenschaft und ihre Amtsträger also nur im Bereich des Aufgabenspektrums (s.o. III.2.a.). Hierin liegt sowohl die hochschulgesetzlich zugewiesene Äußerungskompetenz als auch die Inhaltsschranke. Eine zusätzliche Inhaltsschranke – als Ausfluss der Chancengleichheit gewährenden Neutralitätspflicht – stellt die Unzulässigkeit von Äußerungen dar, die diffamierend oder diskriminierend gegenüber politischen Parteien oder einer Wählervereinigung sind, insbesondere ist die Figur der Schmähkritik unzulässig.⁴⁴ Die Verlautbarungen von Stellen des Staates oder Amtsträgern müssen sich auf sachlich-objektivem Boden bewegen und müssen entsprechend belegbar sein – Spekulationen und Mutmaßungen sind daher nicht erlaubt.⁴⁵ Auch kann kein Recht zum Gegenschlag auf diffamierenden Angriffen von anderer Seite

³⁹ *Klein* in Maunz/Dürig GG, 81. EL. (2017), Art. 21, Rn. 297.

⁴⁰ Erstmals klar in ThürVerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – VerfGH 25/15, S. 15; ThürVerfGH, Urt. v. 06.07.2016 – VerfGH 38/15, S. 9. Dazu *Gundling*, ZLVR 2017, 14ff.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 - 2 BvE 1/16, 1. Ls.; Rn. 46. Die zuvor vom ThürVerfGH so formulierte Reichweite (s.o.) war zunächst auf Kritik gestoßen (siehe dazu *Gundling*, ZLVR 2017, 18). Eine a.A. vertrat auch der SaarVerfGH, Urt. v. 08.07.2014 – Lv 5/14, S. 7f.

⁴² ThürVerfGH, Urt. v. 03.12.2014 – VerfGH 2/14, S. 14 m.w.N.; VerfGH RP, Beschl. v. 4. April 2014 – VG A 15/14, VG A 17/14, S. 20. Hierzu wollte das BVerfG in der Wanka-Entscheidung explizit keine Ausführungen machen (BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 - 2 BvE 1/16, Rn. 46).

⁴³ *Ferreau*, JZ 2018, 360 m.w.N. Dazu auch BVerwG, Urt. v. 13.09.2017 – 10 C 6.16=NVwZ 2018, 433.

⁴⁴ *Barczak*, NVwZ 2015, 1017f.; *Gröpl/Zembruski*, jura 2016, 274ff. Eine Differenzierung zwischen Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot mahnt *Waldhoff*, JuS 2018, 408 an. Dazu auch *Kuch*, JZ 2018, 410.

⁴⁵ Jüngst u.a. BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 - 2 BvE 1/16, Rn. 59 m.w.N. oder für Thüringen ThürVerfGH, Urt. v. 06.07.2016 – VerfGH 38/15, S. 15f.

bei der Studierendenschaft oder anderen staatlichen Stellen angenommen werden.⁴⁶

Eine solche Unzulässigkeit ist selbstverständlich auch gegenüber anderen studentischen Gruppierungen (auch konfessionelle Gruppierungen, Studentenverbindungen etc.) anzunehmen.⁴⁷ Aus der Neutralitätspflicht des Art. 21 GG fließt diese jedoch nur dann, wenn die Gruppierungen auch an Wahlen teilnehmen, andernfalls hat sie ihre Quelle nur im Sachlichkeitsgebot.⁴⁸ Anders ist der Fall gelagert, wenn deren Konstitution und Auftreten eine bevorstehende Teilnahme an Wahlen und damit am Willensbildungsprozess nahelegt.⁴⁹

c) Die Studierenden zwischen Amtsträger und Privatperson

Während das Handeln und Wirken eines Organs festzustellen ist – entweder ist ein Teil des Staates tätig gewesen oder eben nicht⁵⁰ – ist es schwieriger zu bewerten, ob ein Amtsträger in dieser Eigenschaft eine Äußerung getätigt hat oder in seiner Eigenschaft als Privatperson.⁵¹ Der Rahmen in dem sich ein Amtsträger öffentlich als Privatperson äußern kann, reduziert sich mit der Übernahme eines öffentlichen Amtes keinesfalls auf null – das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, respektive aus den Landesgrundrechten (für den aktuellen Fall in Thüringen Art. 11 Abs. 1 ThürLV) bleibt ihnen als Privatperson grundsätzlich erhalten.⁵²

Auch Amtsträger in der Studierendenschaft müssen sich stets bewusst machen, ob sie eine private oder eine öffentliche, mit ihrem Amt verbundene Äußerung tätigen

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 - 2 BvE 1/16, Rn. 60. Zwischen Parteien wird dies indes gebilligt (BVerfGE 61, 1 (11ff.); 69, 257 (270)).

⁴⁷ OVG Bremen, Beschl. v. 8.7.1999 - 1 B 143/99=NVwZ 2000, 342; OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.2.2015 - 2 ME 274/14VG=NVwZ-RR 2015, 460 (465); VG Hannover Beschl. v. 5.5.2006 - 6 B 2834/06 oder jüngst BVerwG, Urt. v. 13.09.2017 - 10 C 6.16=NVwZ 2018, 433 (2. Ls.).

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 13.09.2017 - 10 C 6.16=NVwZ 2018, 433 (435; Rn. 25). Zustimmung auch *Ferreau*, JZ 2018, 360f.; a.A. *Wahnschaffe*, NVwZ 2016, 1771. Das alles Staatshandeln dem Sachlichkeitsgebot unterliegt stellte zuletzt BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 - 2 BvE 1/16, Rn. 59 fest.

⁴⁹ *Ferreau* NVwZ 2017, 1262; *Ferreau*, JZ 2018, 361.

⁵⁰ *Gundling*, Neutralitätspflicht an Hochschulen, 2017, S. 37ff., 62ff.

⁵¹ Als Problem bei *Barczak*, NVwZ 2015, 1015; *Gröpl/Zembruski*, jura 2016, 271; *Muckel*, JA 2015, 717 oder *Mandelartz*, DÖV 2015, 327 bezeichnet.

⁵² BVerfGE 44, 125 (141), ThürVerfGH, Urt. v. 03.12.2014 - VerfGH 2/14, S. 14; *Otto*, WissR 49 (2016), 137.

(werden). Dazu sind – bestenfalls im Vorfeld – in etwa drei Punkte zu prüfen:

- (1) Handelt es sich um eine offizielle Verlautbarung der entsprechenden Stelle des Staates, wie bspw. eine Pressemitteilung, Äußerungen auf der Homepage der Stelle (bspw. im hiesigen Fall www.uni-erfurt.de/studierendenrat) oder über die offiziellen Konten/Kanäle der Stelle in sozialen Netzwerken (bspw. der Facebook-Account „StuRa Uni Erfurt“)? Dann ist die Zuordnung klar zur Amtsperson.
- (2) Ebenso klar ist die Zuordnung, wenn ausdrückliche auf das Amt Bezug genommen wird (Mitglied des Studierendenrats, Vorstand des Studierendenrats, Referent etc.) oder die Äußerung lediglich ein Vorhaben der Stelle oder des Amtsträgers im Rahmen seines Geschäftsbereiches zum Inhalt hat.
- (3) Auch die äußeren Umstände können den Eindruck vermitteln, es sei eine amtliche Äußerung. So durch die Verwendung von Staats- und Dienstsymbolen oder Hoheitszeichen, jedoch auch durch eine anders geartete Indienstnahme von Ressourcen, die nur dem Amtsträger als solchem oder der Stelle zur Verfügung stehen.⁵³ Hierunter können bspw. auch schon die Kopiergeräte der Studierendenschaft fallen oder deren Räumlichkeiten.

Zwar sehen sich die Kriterien der Abgrenzung in der juristischen Fachliteratur der Kritik ausgesetzt, indes werden sie regelmäßig durch die Rechtsprechung bestätigt.⁵⁴ Ein Verstoß ist mit Blick auf das – durch Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Befassung – gestiegene Bewusstsein über die politische Neutralität des Staates wenig verantwortungsvoll,⁵⁵ gerade mit Blick auf die in letzter Zeit zunehmende Polarisierung.⁵⁶

Zu (3) sei weiterhin angemerkt: Der StuRa verfügt nicht über klassische Staatssymbole oder Hoheitszeichen – die

⁵³ *Gröpl/Zembruski*, jura 2016, 273f.; *Gundling*, ZLVR 2017, 20.

⁵⁴ Bspw. als praxisfern *Gröpl/Zembruski*, jura 2016, 273; *Krüper*, JZ 2015, 417 oder *Mandelartz*, DÖV 2015, 329. Autorität fluktuieren nicht (*Krüper*, JZ 2015, 415) oder der Perzeption werde damit nicht entsprochen (*Gundling*, ZLVR 2017, 19, ähnlich bei *Tanneberger/Nemeczek*, NVwZ 2015, 216; *Putzer*, DÖV 2015, 422f. oder *Mandelartz*, DÖV 2015, 329.). Übertriebene Konsitutionalisierung (*Kuch*, JZ 2018, 411 m.w.N.).

⁵⁵ Zur Konjunktur und Bedeutung *Krüper*, JZ 2015, 414; *Muckel*, JA 2015, 717; *Kuch*, AöR 142 (2017), 526.

⁵⁶ *Kuch*, JZ 2018, 411; *Ferreau*, JZ 2018, 360; *Schönberger/Schönberger*, JZ 2018, 105, siehe auch *Putzer*, DÖV 2015, 417; *Barczak*, NVwZ 2015, 1015.

Satzung sieht nichts Entsprechendes vor. Indes ist zu fragen, inwieweit es sich beim Logo des Studierendenrates um ein den unter (3) erwähnten Typus des Wiedererkennungszeichens handelt. Wirft man einen Blick auf den Erfurter Fall ist dies zu bejahen. Im Logo ist eindeutig lesbar „StuRa Universität Erfurt“ ausgeschrieben und das offizielle Logo der Universität Erfurt wurde in das Logo des Studierendenrates miteingebunden. Auch ist es auf der Satzung im Verkündungsblatt der Universität Erfurt abgebildet.⁵⁷ Entsprechend ist es unter die Merkmale der (3) zu subsumieren.

Ebenso ist Vorsicht geboten, wenn Studierendenschaften und ihre Organe Facebook, Twitter oder andere soziale Netzwerke verwenden. Über solche Verbreitungswege generieren Beiträge und Äußerungen, die zunächst nicht im staatlichen Kontext durch einen Amtsträger emittiert und obwohl ihnen im Rahmen der Verbreitung über die sozialen Netzwerke kein neuer Inhalt hinzugefügt wurde, von einer privaten zu einer amtlichen Äußerung. Diese muss mithin der Neutralitätspflicht genügen und darf nicht die Chancengleichheit der politischen Parteien beeinträchtigen.⁵⁸

d) Fachschaften

Neben den zentralen Organen der Studierendenschaft gibt es häufig weitere Organe auf Fachbereichsebene. Die Landesgesetzgeber haben unterschiedliche Regelungen zur Untergliederung der Studierendenschaft in ihren Hochschulgesetzen vorgesehen. So gibt es Gesetzgeber, die den Studierendenschaften freistellen, Fachschaften zu gründen,⁵⁹ welche, die pflichtig Fachschaften vorsehen,⁶⁰ darunter solche, die wiederum freistellen ein Organ auf dieser Ebene zu wählen⁶¹ oder die Gründung von

der Größe der Studierendenschaft abhängig machen⁶² und solche die keine Regelungen dazu getroffen haben.⁶³ Bei der Letzteren ist indes nicht ausgeschlossen, dass sich die Studierendenschaften in Fachschaften mit eigenen Vertretungsorganen untergliedern – so ist es derzeit in Thüringen der Fall.⁶⁴

Wie Verhält es sich mit der Neutralitätsverpflichtung der Fachschaften? Sind sie ebenso wie die Studierendenschaften als Teil des Staates der Wahrung der Chancengleichheit gegenüber politischen Parteien verpflichtet? Für Schleswig-Holstein ist der Status bereits explizit im Gesetz geregelt. Dort handelt es sich wie bei den Studierendenschaften um Körperschaften des öffentlichen Rechts – sie unterliegen unstrittig denselben Pflichten.⁶⁵ In den Fällen, in denen die Fachschaften durch Gesetz als Untergliederung der Studierendenschaft konstituiert werden, oder in denen die Studierendenschaft diese per Satzung einrichten, kann gerade aus diesem Grund dieselbe Verpflichtung zur Neutralität angenommen werden, mithin sind sie Teil der Studierendenschaft und somit Teil einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie bestehen unter dem Dach der Studierendenschaft.

Es kann also festgehalten werden, dass auch die Fachschaften in der Regel der Neutralitätspflicht unterliegen und entsprechend ihre Veranstaltungen und Verlautbarungen auf die Einhaltung der Neutralität prüfen müssen. Anderes gilt für Hochschulgruppen und studentische Vereinigungen, sie unterliegen dieser als freiwillige, nicht unmittelbar in die Hochschulorganisation eingebundene Zusammenschlüsse nicht.⁶⁶

IV. Die Diskussionsveranstaltung in Erfurt im Lichte der Neutralitätspflicht

Welche rechtliche Einordnung ergibt sich nun aus den Darlegungen für die in II. erwähnte Veranstaltung? Es handelte sich unzweifelhaft um eine nach außen, also an

⁵⁷ Satzung-Studierendenschaft Universität Erfurt, VerkBI-UE RegNr.: 9.1-4.; aml. Veröffentl. am 16.12.2015. Gleiches gilt für die Finanzordnung der Studierendenschaft (VerkBI-UE RegNr.: 9.3-1; aml. Veröffentl. am 16.12.2015).

⁵⁸ ThürVerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – VerfGH 25/15, S. 19f. *Gundling*, ZLVR 2017, 19.

⁵⁹ § 19 Abs. 1 S. 2 BerlHG; geplant auch in Thüringen in § 80 Abs. 4 ThürHG-E (siehe Regierungsentwurf vom 12.09.2017, S. 69). § 25 Abs. 4 LHG M-V stellt die Bildung ebenfalls frei, sieht indes in fachlichen Belangen keine Bindung an Weisungen anderer Organe der Studierendenschaft vor. Ebenso § 72 Abs. 4 HSG SH.

⁶⁰ § 65 Abs. 2 S. 2 HSG LSA; § 83 Abs. 2 SHSG [Saarland]; § 78 Abs. 3 HHG [Hessen]. Die Fachschaft in Hessen und dem Saarland hat an diversen Stellen im Gesetz Mitwirkungsrechte.

⁶¹ § 102 Abs. 4 HmbHG. Ein Organ kann gebildet werden. Ebenso § 65a Abs. 4 LHG BW. Hier allerdings mit klarer Aufgabenzuweisung für die Fachschaft.

⁶² § 75 Abs. 1 SächsHG. Es sind Fachschaften zu bilden, allerdings kann unter einer Größe von 2.000 Studierenden davon abgesehen werden.

⁶³ Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und aktuell noch Thüringen. Der Bayerische Fachschaftenrat Art. 52 Abs. 2 S. 2 BayHSchG kann nicht unter die hier behandelte Figur subsumiert werden.

⁶⁴ Bspw. Thüringen, siehe § 20 – 23 Satzung der Studierendenschaft der Universität Erfurt (VerkBI-UE RegNr.: 9.1-4.; aml. Veröffentl. am 16.12.2015).

⁶⁵ Siehe § 72 Abs. 4 HSG SH. Diese werden per Verwaltungsakt errichtet.

⁶⁶ Dazu *Krüger*, Hdb WissR 1996, S. 594f.; *Waldhoff*, JuS 2018, 408; *Gundling*, Neutralitätspflicht an Hochschulen, 2017, S. 62ff.

die Öffentlichkeit gerichtete Veranstaltung, bei der die Studierenden die Neutralitätspflicht zu achten hatten.⁶⁷ Dies wird auch dadurch unterstrichen, dass eine Video- und Tonaufnahme davon in fünf Teilen im Internet abrufbar ist.⁶⁸

Der Kandidat der AfD war jedoch explizit, aus einer bewussten Entscheidung heraus nicht geladen (s.o. II.). Damit erodierte die Studierendenschaft offensichtlich die Chancengleichheit der politischen Parteien. Während alle anderen Parteien geladen waren, konnte die AfD ihre Positionen nicht darlegen, nicht am Meinungskampf und damit nicht an der politischen Willensbildung teilnehmen. Es wurde von staatlicher Seite in die Willensbildung eingegriffen. Dies könnte gerechtfertigt sein. Dafür bedarf es allerdings eines *zwingenden* Grundes.⁶⁹

Grundsätzlich dürften zwingende Gründe eine Beschränkung rechtfertigen. Kapazitätsgrenzen könnten eine legitime Beschränkung darstellen.⁷⁰ Die Begründung, dass nicht ausreichend Platz am Veranstaltungsort zur Verfügung stand, kann in diesem Fall nicht zur Rechtfertigung dienen. Es wäre im konkreten Raum – respektive darüber hinaus im Bereich der Hochschulgebäude, die zur Nutzung zur Verfügung standen – ausreichend Platz gewesen, um auch einen weiteren Kandidaten vorzustellen.⁷¹

Neben der Kapazität könnte der Grundsatz der wehrhaften Demokratie als zwingender Grund herangezogen werden.⁷² Der Studierendenrat machte den Grund der Nichteinladung explizit in der Programmatik und dem Auftreten der AfD fest.⁷³ Für eine Diskriminierung einer

⁶⁷ In der Veranstaltungseinladung hieß es explizit „Die Veranstaltung ist öffentlich“ Siehe <https://www.facebook.com/events/198985110715530/>, abgerufen am 10.04.2018.

⁶⁸ Teil 1: <https://youtu.be/SPuy1iigCB0> (abgerufen am 18.04.2018); Teil 2: <https://youtu.be/koKXwx05QOQ> (abgerufen am 18.04.2018); Teil 3: <https://youtu.be/u3baYnJOVSw> (abgerufen am 18.04.2018); Teil 4: <https://youtu.be/DmW7kmhae4k> (abgerufen am 18.04.2018); Teil 5: <https://youtu.be/N5lcOPENAgl> (abgerufen am 18.04.2018).

Es ist dabei unerheblich, dass der Account privat ist, er wird vom Moderator der Veranstaltung Henryk Balkow betrieben (siehe <https://www.youtube.com/channel/UCZElixlzUF68UPGeRnhPVhw/a>); abgerufen am 17.04.2018).

⁶⁹ BVerfGE 34, 160 (163); 44, 125 (146) oder 14, 121 (133 m.w.N.).

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 14, 121 (134f.); *Ferreau*, DÖV 2017, 495.

⁷¹ Der Autor war Beobachter der Veranstaltung. Ein weiterer Kandidat hätte Platz gefunden. Siehe dazu auch <https://youtu.be/SPuy1iigCB0>.

⁷² So u.a. ThürVerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – VerfGH 25/15, S. 25ff.

⁷³ Siehe <https://youtu.be/SPuy1iigCB0>; abgerufen am 17.04.2018; <https://www.facebook.com/events/198985110715530/2102104>

Partei in dieser Reichweite bedarf es allerdings einer Verbotsentscheidung durch das BVerfG⁷⁴ oder möglicherweise der Feststellung seitens des Gerichts, dass die Partei als verfassungsfeindliche Partei zu qualifizieren ist.⁷⁵ Beide Voraussetzungen sind bei der AfD nicht gegeben, insoweit kann abschließend festgestellt werden, dass das Vorgehen des Studierendenrats, der als Veranstalter der in Rede stehenden Diskussionsveranstaltung auftrat, *rechtswidrig* war.

V. Schlussbemerkungen

„Man hat sehr oft an der Universität das Gefühl, dass sich Mitglieder und Angehöriger dieser speziellen gesellschaftlichen Verantwortung nicht bewusst sind, ja kein Verständnis für ihre besondere Stellung mit- und aufbringen – die Stellung als staatliches Organ und die Hochschule als kollektives Singular, das vielfältig mit der Gesellschaft direkt verbunden ist und bisweilen eine gewisse Autorität in die Gesellschaft ausstrahlt.“⁷⁶ So schätzte ich bereits vor knapp einem Jahr die Lage an den Hochschulen ein. Auch die vorgestellte Veranstaltung unterstreicht diese Einschätzung.

Es gilt in Zukunft Wege zu finden, wie man diesem Mangel begegnen kann und wie man ihn möglicherweise zu beheben vermag. Der aktuelle Zustand ist jedenfalls unbefriedigend. Ein erster Schritt mag sein, wenn die Universitätsleitung vermehrt auf die Rechte und vor allem auch auf die Pflicht hinweist⁷⁷ und entsprechend pflichtwidriges Verhalten ahndet.⁷⁸

Dennoch: Solche Veranstaltungen, wie sie in diesem Fall vom Studierendenrat der Universität Erfurt organisiert wurde, sind grundsätzlich zu begrüßen, wünschenswert wäre, wenn sie sich im Rahmen von Recht und Gesetz bewegen würden.

62926328/; Post von „StuRa Uni Erfurt“ vom 9. April 2018 um 16:22 Uhr.

⁷⁴ ThürVerfGH, Urt. v. 06.07.2016 – VerfGH 38/15, S. 16.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 634 bewertet die NPd als verfassungsfeindlich, trotzdem wurde sie nicht verboten.

⁷⁶ *Gundling*, Neutralitätspflicht an Hochschulen, 2017, S. 92.

⁷⁷ So könnte die Hochschule Leitlinien zum Umgang mit politischen Parteien sowie für andere sensible Tatbestände ventillieren.

⁷⁸ Die Rechtsaufsicht über Hochschulen in Thüringen liegt nach § 72 Abs. 2 ThürHG beim Leiter der Hochschule.

Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen im Schulrecht

von Hannes Berger, Leipzig/Erfurt*

Eine aktuelle Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin befasst sich mit der Frage, ob eine erzieherische Schulmaßnahme wie der Entzug eines Mobiltelefons eines Schülers über den schulischen Rahmen hinaus einen Grundrechtseingriff darstellt.

Dieser Beitrag spürt dem verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Rahmen der Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen nach und zieht sodann kritische Rückschlüsse auf die Rechtsprechung.

I. Der verfassungsrechtliche Bildungs- und Erziehungsauftrag

Unabhängig von vorherrschenden Bildungsidealen und von der politischen Verfasstheit eines Gemeinwesens: Jede Gesellschaft ist darauf angewiesen, ihr über Generationen erlangtes Wissen, ihre Kultur, ihre Werte und ihre Funktionsweisen an die nachfolgenden Generationen weiterzugeben, wenn sie ihren Fortbestand sichern will.

In einem demokratischen Verfassungsstaat wie der Bundesrepublik Deutschland ist es das öffentliche Gemeinwesen, die *res publica*, die allgemeinverbindlich festlegt, wie diese Weitergabe von Wissen und Werten an die jüngere Bevölkerung stattfinden soll. Es ist die sich selbst regierende Gesellschaft, die mittels ihrer Instrumente des parlamentarisch gesetzten Rechts und der staatlichen Umsetzung garantiert, dass jedes Kind und jeder Jugendliche den selben Zugang zu Bildung und das selbe leistungsfähige Schulsystem zur Verfügung gestellt bekommt.

Das Recht auf Bildung ist ein in mehreren Kodifikationen gesichertes Menschenrecht.¹ Durch dieses allgemeine

* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften sowie Lehrbeauftragter an der Universität Erfurt.

¹ Beispielsweise Art. 2 Zusatzprotokoll der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK); Art. 14 Europäische Grundrechte-Charta (GRCh); Art. 27 Abs. 1 Landesverfassung Bremen; Art. 11 Abs. 1 Landesverfassung Baden-Württemberg; Art. 4 Abs. 1 Landesverfassung Niedersachsen; Art. 20 Thüringer Verfassung; Art. 102 Abs. 1 Sächsische Verfassung.

Recht auf (Schul-)Bildung² soll gewährleistet werden, dass einerseits niemand vom Zugang zu Bildung ausgeschlossen wird³, was sich vor allem in dem Aspekt verdeutlicht, dass der Schul- und Bildungszugang frei und unentgeltlich eröffnet werden muss.⁴ Andererseits muss der Zugang zu Bildung auch entsprechend der individuellen Person der Schülerin oder des Schülers erfolgen, das heißt sozial Benachteiligte müssen ebenso besonders und zielgerichtet gefördert werden wie Menschen mit Behinderung oder aber besonders begabte Personen.⁵

Das Recht auf Bildung hat demzufolge – in demokratischen Rechtsstaaten – einen starken Gerechtigkeits hintergrund, der zum einen jeder Person unabhängig ihrer Situation den gleichen Anspruch gewährt (Gleichheit des Rechtsanspruchs) und zum anderen eine individuelle Beschulung fordert (Gerechtigkeit in der Umsetzung).⁶

Will man diese Rechte und ein chancengleiches Bildungssystem in modernen Massengesellschaften in die Realität umsetzen, dann bedarf es eines übergreifenden Ordnungsrahmens, der sicherstellt, dass diese menschenrechtlichen Positionen im Grundsatz überall gleich verwirklicht werden. An dieser Stelle ist es sodann das öffentliche Gemeinwesen, das ein allgemeinverbindliches Schulwesen institutionalisiert. In der Bundesrepublik Deutschland kommt hier den Ländern der Kompetenzschwerpunkt zu.⁷ Durch verfassungsrechtliche und parlamentsgesetzliche Regelung wird die Ordnung und Organisation eines staatlichen Schulwesens eingerichtet. Dabei ist immer zu beachten, dass dieses öffentliche und allgemeine Schulwesen, in das sich grundsätzlich alle jungen Menschen in der Bundesrepublik Deutschland einfügen müssen⁸, nicht um seiner selbst willen oder zum Zwecke der staatlichen Kontrolle der Jugend eingerichtet wird. Die staatliche Organisation des Schulwe-

² Subjektives Recht und nicht nur Staatsziel, vgl. *Hasso Lieber/Steffen Johann Iwers/Martina Ernst*, Verfassung des Landes Brandenburg, Wiesbaden 2012, Art. 29, S. 246.

³ So das Hauptanliegen des Art. 2 Zusatzprotokoll der EMRK. Auch Art. 11 Abs. 1 Landesverfassung Baden-Württemberg betont, dass das Recht auf Bildung „ohne Rücksicht auf Herkunft oder wirtschaftliche Lage“ besteht.

⁴ Art. 14 Abs. 2 GRCh.

⁵ Beispielsweise Art. 20 S. 3 Thüringer Verfassung.

⁶ Vgl. auch *Michael Brenner*, Schulrecht, in: Peter M. Huber (Hrsg.), Thüringer Staats- und Verwaltungsrecht, Stuttgart 2000, S. 563-588, 569.

⁷ Vgl. *Walter Schmidt*, Verfassungsrecht, in: Hans Meyer/Michael Stolleis (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht für Hessen, 4. Aufl., Baden-Baden 1996, S. 35-70, 47.

⁸ Vgl. BVerfG, NJW 2015, S. 44-48, 46 und 48; *Brenner*, in: Huber 2000, S. 583;

sens dient allein der gleichen und gerechten *Verwirklichung des Menschenrechts auf Bildung* in all seinen Ausprägungen.

Insofern handelt es sich bei der Organisation des Schulwesens und der Einrichtung der allgemeinen Schulpflicht⁹ um die Umsetzung eines klaren *Verfassungsauftrages*.

Ein Bildungsauftrag von Verfassungsrang in einem demokratischen Rechtsstaat orientiert sich dabei selbstverständlich an den gesellschaftlichen und politischen Grundwerten, die das verfasste Gemeinwesen als seine Überzeugungen vertritt.¹⁰

Beispielhaft lautet der verfassungsrechtliche Bildungsauftrag nach Art. 22 Abs. 1 Thüringer Verfassung: „Erziehung und Bildung haben die Aufgabe, selbständiges Denken und Handeln, Achtung vor der Würde des Menschen und Toleranz gegenüber der Überzeugung anderer, Anerkennung der Demokratie und Freiheit, den Willen zu sozialer Gerechtigkeit, die Friedfertigkeit im Zusammenleben der Kulturen und Völker und die Verantwortung für die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen und die Umwelt zu fördern.“

Auch das Grundgesetz, dass sich aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in Art. 70 ff GG in Fragen des Schulrechts direkt an die Landesgewalt richtet, geht in seinem Art. 7 von einem öffentlich organisierten und beaufsichtigten Schulwesen aus. Aus Art. 7 GG wird zugleich ersichtlich, dass, wie auch in europäischen Grundrechtskodifikationen so vorgesehen, ein gewisser Pluralismus des Schulwesens anerkannt und gewährleistet sein muss.¹¹ Zwar ist die öffentliche Schule unter Aufsicht des Staates der Regelfall, es besteht jedoch das Grundrecht darauf, freie und private Schulen „unter Achtung der demokratischen Grundsätze“¹² zu gründen; auch konfessionelle Schulen oder Gemeinschaftsschulen sind neben dem öffentlichen Schulwesen zulässig und verfassungsrechtlich vorgesehen.¹³ Das

⁹ Art. 4 Abs. 2 Landesverfassung Niedersachsen; Art. 102 Abs. 1 S. 2 Sächsische Verfassung.

¹⁰ Zu den ethischen und politischen Bildungszielen des selbständigen Denkens, der Achtung vor der Würde, der Anerkennung der Demokratie und Freiheit, der sozialen Gerechtigkeit und der Verantwortung für die Natur als rechtlich bindende Sätze siehe *Lieber/Iwers/Ernst* 2012, Art. 28, S. 245.

¹¹ Art. 14 Abs. 3 GRCh.

¹² Art. 14 Abs. 3 GRCh.

¹³ Vgl. *Axel Freiherr v. Campenhausen*, *Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft*, Göttingen 1967, S. 20.

Recht, freie Schulen zu Gründen ist nach Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG ein Freiheitsrecht und enthält zudem die *institutionelle Garantie eines parallelen privaten Schulwesens*.¹⁴ Gleichwohl hat das öffentliche Gemeinwesen in beiden Schulformen sicherzustellen, das Recht und Gesetz einzuhalten sind, weshalb über das private Schulwesen die Rechtsaufsicht, über das öffentliche Schulwesen darüber hinaus die Fachaufsicht, durch den Staat ausgeübt wird.¹⁵

Im Hinblick auf den staatlichen Erziehungsauftrag, der hauptsächlich durch die öffentlichen Schulen ausgeführt wird, umfasst die staatliche Aufsicht zunächst die gesetzliche und rechtliche Ordnung und Organisation des Schulwesens, die Fachaufsicht über die Erziehungsarbeit der Schulen oder die Dienstaufsicht über die Lehrer.¹⁶

Ein zentrales rechtliches Instrument hierbei sind die Schulgesetze der Länder, die, neben weiteren, solche Bereiche wie den inneren Aufbau der Schulen („Schulverfassung“)¹⁷, die äußere Gliederung des Schulwesens¹⁸, die Schulpflicht junger Menschen¹⁹, Unterrichtsinhalte²⁰ oder das rechtliche Schulverhältnis²¹ regeln.

II. Das Schulrechtsverhältnis

Mit der Aufnahme einer Schülerin oder eines Schülers in eine öffentliche Schule entsteht ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, das sogenannte Schulrechtsverhältnis.²² Durch dieses erhalten alle Beteiligten eine Reihe an Rechten und Pflichten.²³

¹⁴ Vgl. *Helge Sodan*, in: Helge Sodan (Hrsg.), *Grundgesetz*, München 2009, Art. 7, Rn. 13; *Brenner* in: Huber 2000, S. 586f.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 27, 195, 200f; *Sodan* 2009, Art. 7, Rn. 13.

¹⁶ Vgl. *v. Campenhausen* 1967, S. 20.

¹⁷ § 62 ff SchulG NRW zur Mitwirkung verschiedener Gruppen in der Bildungs- und Erziehungsarbeit in der Schule und in der Eigenverwaltung der Schule.

¹⁸ Art. 6 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG).

¹⁹ Bspw. § 26ff SächsSchulG.

²⁰ Bspw. § 5-10 SchulG MV.

²¹ Bspw. § 44 BbgSchulG.

²² Art. 56 BayEUG; § 42 SchulG NRW; § 32 Abs. 1 S. 2 SächsSchulG; § 52f SchulG MV; § 44 BbgSchulG; § 23 Abs. 1 S. 2 SchulG BW; § 51 SchulG Rlp; § 69 HSchG; § 58ff NSchG; § 46 SchulG Berlin; § 11 SchulG SH; § 28 HmbSG.

²³ Vgl. *Hermann Avenarius*, *Schulrechtskunde*, 7. Aufl., Neuwied 2000, S. 429.

1. Rechte und Pflichten der Schülerinnen und Schüler

Mit der Aufnahme von Schülern in eine öffentliche Schule erwächst der betreffenden Schule zunächst die gesamte Verantwortung dafür, den Schüler bis zum Ausscheiden aus dem Schulsystem oder zum Wechsel zu einer anderen Stammschule zu begleiten und für seine schulische Ausbildung zu sorgen.²⁴ Der pflichtige Schulbesuch öffentlicher Schulen ist kosten- und gebührenfrei.²⁵ Die Schulen haben weiterhin die Pflicht gegenüber den Schülern, die wesentlichen Lernmaterialien, wie Lehrbücher, Druckkopien oder Schutzkleidung für den Unterricht²⁶, zu erwerben und den Schülern leihweise für das Unterrichtsjahr auszugeben.²⁷

Schüler haben, ebenso wie ihre Erziehungsberechtigten, das Recht, über alle schulischen Angelegenheiten hinreichend informiert zu werden.²⁸ Ebenso können Schüler jederzeit verlangen, über ihren schulischen Leistungsstand informiert zu werden.²⁹ Ihnen stehen „Ferien in pädagogisch sinnvollen Abständen zu.“³⁰

Schülerinnen und Schüler haben überdies den Anspruch darauf, „an der Gestaltung der Bildungs- und Erziehungsarbeit der Schule mitzuwirken und ihre Interessen wahrzunehmen“³¹. Die Schülermitwirkung eröffnet somit Möglichkeiten, am Leben und am Unterricht der eigenen Schule teilzuhaben und sie mitzugestalten.³² Konkret wird dies umgesetzt, indem die Schülermitwirkung das Vorschlagsrecht, das Vermittlungsrecht oder das Beschwerderecht ausübt. Das Vorschlagsrecht erlaubt es, Wünsche und Anregungen gegenüber Lehrern und Schulleitung und Elternvertretungen zu äußern.³³ Das Vermittlungsrecht bietet auf Antrag einem betroffenen Schüler Rückhalt, Hilfe und Unterstützung in Fällen,

²⁴ Bspw. § 28 Abs. 1 S. 2 HmbSG.

²⁵ Vgl. *Lieber/Iwers/Ernst* 2012, Art. 30, S. 254.

²⁶ § 54 Abs. 2 SchulG MV. Die Schutzkleidung zu tragen, beispielsweise im Chemieunterricht, kann auch eine Pflicht der Schüler werden, immer dann, wenn dies zur Vorbeugung von Gefahren dient, vgl. *Norbert Niehues/Johannes Rux*, *Schulrecht*, 5. Aufl., München 2013, S. 109.

²⁷ § 1 Sächsische Lernmittelverordnung.

²⁸ Zu diesen Angelegenheiten zählen etwa Aufbau und Gliederung der Bildungsgänge, die Studententafeln, Kriterien der Leistungsbewertung, Abschlüsse und Zugangsvoraussetzungen zu Berufen, Möglichkeiten der Mitwirkung von Schülern und Eltern in schulischen Belangen, oder auch Ergebnisse der Schulinspektion, vgl. § 32 HmbSG.

²⁹ Art. 56 Abs. 2 Nr. 4 BayEUG; § 25 ThürSchulG.

³⁰ § 69 Abs. 2 S. 2 HSchG.

³¹ § 42 Abs. 2 SchulG NRW.

³² § 51 Abs. 1 SächsSchulG.

³³ § 51 Abs. 1 Nr. 2 SächsSchulG.

in denen der einzelne Schüler vorbringt, ihm sei Unrecht geschehen.³⁴ Und das Beschwerderecht bietet die Kompetenz der Schülermitwirkung, allgemeine Beschwerden und Missstände bei Lehrern, Schulleitung und Schulkonferenz anzubringen.³⁵

Diese Mitwirkungsrechte werden durch die gewählten Klassensprecher, Schülersprecher und Schülerräte ausgeübt.³⁶

Insbesondere enthält das Schulrecht eigene Ausführungen zur Meinungsfreiheit der Schüler. Diese steht ihnen ohnehin nach Art. 5 Abs. 1 GG zu, so auch speziell im schulischen Kontext. Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet die Meinungsfreiheit ihre Schranken in allgemeinen Gesetzen, im Jugendschutz und im Recht der persönlichen Ehre. Die Schulgesetze als allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG normieren hinsichtlich des besonderen Schulrechtsverhältnisses genauere *Reichweiten und Schranken* der Meinungsfreiheit der Schüler. So wird einerseits die besondere Freiheit betont, wonach Schülerinnen und Schüler im öffentlichen Schulraum eigene Schülerzeitungen erstellen und veröffentlichen dürfen. Solche Zeitungen dürfen auf dem Schulgelände verbreitet werden, was keiner vorherigen Genehmigungspflicht oder Zensur durch die Schule unterworfen werden darf.³⁷

Andererseits muss das Recht auf freie Meinungsäußerung im Kontext des Unterrichts und hinsichtlich der Gewährleistung des Bildungsauftrages der Schule gegenüber der Gesamtheit der Schüler, etwa in einer Klasse, insoweit eingeschränkt werden, dass sich *im Unterrichtsgeschehen die geäußerten Meinungen sachlich auf den gerade behandelten Stoff beziehen*. Außerdem kann eine Meinungsäußerung dann durch den Lehrer eingeschränkt werden, wenn sie dazu geeignet ist, den Bildungsauftrag der Schule zu gefährden.³⁸ Unterbricht eine Meinungsäußerung eines Schülers beispielsweise durch ihren konkreten *Zeitpunkt*, durch die *Dauer* ihrer Ausführung oder durch ihren *Gegenstand* den gerade stattfindenden Unterricht, dann kann der Lehrer diese Äußerung für den Moment des Unterrichts untersagen und einen Meinungs Austausch in der Klasse darüber beispielsweise auf einen späteren Zeitpunkt während

³⁴ § 51 Abs. 1 Nr. 3 SächsSchulG.

³⁵ § 51 Abs. 1 Nr. 4 SächsSchulG; Art. 56 Abs. 2 Nr. 5 BayEUG.

³⁶ § 51 Abs. 2 SächsSchulG.

³⁷ § 45 Abs. 3 SchulG NRW; § 57 SächsSchulG; § 36 SchulG Rlp.

³⁸ § 26 ThürSchulG.

der Stunde oder auf eine spätere Unterrichtsstunde verschieben.

Die wesentlichen Pflichten der Schülerinnen und Schüler bestehen darin, regelmäßig und aktiv am Unterricht und an verpflichtenden Veranstaltungen außerhalb der Unterrichtszeit teilzunehmen, die erforderlichen Arbeiten anzufertigen und die Hausaufgaben zu erledigen.³⁹ Sie haben weiterhin den Anweisungen des Lehrpersonals nachzukommen, soweit diese zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages der Schule dienen.⁴⁰

2. Rechtsstellung des Lehrpersonals

Lehrerin oder Lehrer im Sinne des Schulrechts ist, wer an einer Schule selbständig Unterricht gibt.⁴¹ Im Klassenraum einer öffentlichen Schule tritt das Lehrpersonal als staatlich bedienstete Person auf. Aus diesem Grund unterliegen Lehrerinnen und Lehrer der besonderen Neutralitätspflicht, wie sie auch für alle anderen Amtsträger und staatlichen Stellen gilt.⁴² Dies muss umso mehr gelten, da Schüler in einem Alter sind, in dem sie wesentlich beeinflussbarer sind und die Schule gerade darauf angelegt ist, die Persönlichkeitsentwicklung der Schüler zu fördern.

Insofern dürfen Lehrer „in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnlichen äußeren Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt.“⁴³

Das Lehrpersonal hat weiterhin, unabhängig des Rechts auf freie Meinungsäußerung aller Beteiligten, in ihrem

Unterricht darauf hinzuwirken, dass auch andere und entgegenstehende Meinungen vertreten und diskutiert werden können, damit ein möglichst breit gefächertes Spektrum an Auffassungen und Unterrichtsgegenständen vermittelt wird.⁴⁴ „Jede einseitige Unterrichtung und Information ist unzulässig.“⁴⁵

Grundsätzlich müssen Lehrerinnen und Lehrer ihren Unterricht sorgfältig vorbereiten und nachbereiten⁴⁶ und sich regelmäßig fort- und weiterbilden, um einen angemessenen Unterricht geben zu können.⁴⁷

Das Lehrpersonal unterrichtet und erzieht die ihm anvertrauten Schülerinnen und Schüler in eigener pädagogischer Verantwortung.⁴⁸ Die Unterrichtung, Erziehung, Betreuung und Beratung der ihnen anvertrauten Schüler muss immer im Rahmen des verfassungsrechtlichen Bildungsauftrages stattfinden und muss in Zusammenarbeit mit Schülervertretungen, Eltern und anderen Lehrkräften umgesetzt werden.⁴⁹

Zielt der in den Verfassungskodifikationen verbürgte Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates auf die Förderung der Persönlichkeitsentwicklung der Schüler, deren selbständiges Denken und Handeln sowie die Achtung der Würde und der Umwelt, dann verwirklicht sich dieser Auftrag auch in den einzelnen Pflichten der Lehrer, beispielsweise in der Aufsichtspflicht. Lehrerinnen und Lehrer haben die ihnen anvertrauten Schüler einerseits durch Anwesenheit und Aufsicht vor Schäden zu bewahren und andererseits dafür zu sorgen, dass Schüler selbst nicht gegenüber Dritten Schäden verursachen. Bei dieser Aufsichtspflicht des Lehrers ist jedoch stets Maß zu halten. „Mit einer Erziehung zu Freiheit, Selbstständigkeit und Selbstverantwortung verträgt es sich nicht, daß der Schüler als hilfloses oder gefährliches Wesen erachtet wird, das ständig beschützt oder bewacht werden muß.“⁵⁰

Alle Maßnahmen der Unterrichtung, Erziehung und Beaufsichtigung des Lehrers gegenüber dem Schüler müssen nach alledem grundsätzlich im Einklang mit dem

³⁹ Vgl. *Niehues/Rux* 2013, S. 107.

⁴⁰ § 53 Abs. 2 SchulG MV; § 42 Abs. 3 SchulG NRW; Art. 56 Abs. 4 BayEUG; § 44 Abs. 3 BbgSchulG; § 69 Abs. 4 HSchG; § 58 Abs. 2 NSchG; § 46 Abs. 2 SchulG Berlin; § 11 Abs. 2 SchulG SH; § 28 Abs. 2 HmbSG.

⁴¹ § 67 Abs. 1 S. 1 BbgSchulG; § 67 Abs. 1 S. 1 SchulG Berlin; § 88 HmbSchulG.

⁴² Vgl. *Lukas C. Gundling*, Der enge Rahmen des Neutralitätsgebotes, ZLVR 2017, S. 12-23.

⁴³ § 38 Abs. 2 SchulG BW.

⁴⁴ § 25 S. 3 SchulG Rlp; ebenso § 34 Abs. 2 S. 4 ThürSchulG.

⁴⁵ § 25 S. 4 SchulG Rlp.

⁴⁶ Vgl. *Avenarius* 2000, S. 373f.

⁴⁷ § 51 Abs. 2 NSchG; § 57 Abs. 3 SchulG NRW; § 25 Abs. 9 SchulG Rlp: „Kontakt mit dem Entwicklungsstand der Wissenschaft und der für die Unterrichtstätigkeit wesentlichen Fachpraxis“.

⁴⁸ § 34 Abs. 2 ThürSchulG; § 86 Abs. 2 HSchG; § 59 Abs. 1 BremSchulG; § 67 Abs. 2 BbgSchulG.

⁴⁹ § 40 Abs. 2 SächsSchulG, weiterhin *Avenarius* 2000, S. 375.

⁵⁰ *Avenarius* 2000, S. 385.

Bildungs- und Erziehungsauftrag stehen, müssen neutral und maßvoll sei. Das Ziel ist nicht die Kontrolle über die Schüler, sondern die Befähigung der Schüler, eine selbstverantwortliche Persönlichkeit zu entwickeln. Es ist demzufolge die Pflicht der Schule, das Recht der Schülerinnen und Schüler auf Persönlichkeitsentwicklung zu verwirklichen. Im Gegenzug kann die Schule von den Schülern verlangen, aktiv und unterstützend im Schulalltag mitzuarbeiten.⁵¹

III. Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen

Für besondere Konfliktsituationen in der Schule sieht das Schulrecht die sogenannten Erziehungsmaßnahmen und die Ordnungsmaßnahmen vor.⁵² Die Vorschriften lauten in vergleichbarer Weise:

„Zur Sicherung des Erziehungs- und Bildungsauftrags oder zum Schutz von Personen und Sachen können nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ordnungsmaßnahmen gegenüber Schülern getroffen werden, soweit andere Erziehungsmaßnahmen nicht ausreichen.“⁵³

Zunächst geht daraus hervor, dass sich Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen in der Schule auf zwei Zwecke beziehen. Zum einen die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages, also die Verwirklichung des Rechts auf Bildung aller jungen Menschen und die Förderung der Entwicklung einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit. Zum anderen zum Schutz von Personen und Sachen, also einer Art schulischer Gefahrenprävention.⁵⁴

Eingreifende Maßnahmen gegenüber Schülern, die Zwecke außerhalb dieses Maßstabes verfolgen, kennt und erlaubt das Schulrecht nicht. Auch an dieser Stelle wird das Anliegen des Schulrechts deutlich, wonach solche Maßnahmen nicht zur Kontrolle und Aufsicht über die Schüler herhalten sollen, sondern, dass sie sich ausschließlich „angemessen und unmittelbar auf das Fehl-

verhalten einer Schülerin oder eines Schülers in der Schule“⁵⁵ beziehen dürfen.

1. Erzieherische Maßnahmen

Grundsätzlich besteht zwischen Erziehungsmaßnahmen und formellen Ordnungsmaßnahmen ein *Subsidiaritätsverhältnis*.⁵⁶ Erst dann, wenn erzieherische Maßnahmen nicht mehr greifen, um ein bedeutendes Fehlverhalten eines Schülers erfolgreich korrigieren zu können oder, wenn der Bildungsauftrag der Schule nicht mehr anders erreicht werden kann, sind formelle Ordnungsmaßnahmen überhaupt zulässig.⁵⁷

Zu den erzieherischen Maßnahmen, die bei Konflikt- oder Störungssituationen im Unterricht eingesetzt werden können, zählen insbesondere das erzieherische Gespräch mit den betreffenden Schülern, Lob und Tadel, das Treffen von gemeinsamen Absprachen, Gruppengespräche mit den Eltern, ein Eintrag in das Klassenbuch, der kurzzeitige Ausschluss vom Unterricht sowie das Nachholen des Unterrichts („Nachsitzen“), die Wiedergutmachung eines angerichteten Schadens oder die vorübergehende Einziehung von Gegenständen des Schülers.⁵⁸

Eine zugrundeliegende Funktionsweise von Erziehungsmaßnahmen in der Schule darf dabei nie übersehen werden. Alle von den Lehrern oder der Schulleitung ergriffenen Maßnahmen sind stets vor dem Hintergrund zu sehen, dass sie es dem Schüler ermöglichen sollen, *sein Fehlverhalten zu erkennen* und in Zukunft abzulegen.⁵⁹ Beispielsweise kann eine erzieherische Maßnahme gegenüber einem störenden Schüler sein, ihn mit einer zusätzlichen Aufgabe zu beauftragen, etwa das Schreiben eines Aufsatzes. Diese Aufgabe muss aber dergestalt formuliert werden, dass sie es dem Schüler tatsächlich ermöglicht, sich mit seinem Verhalten auseinanderzusetzen und sich selbst zu reflektieren. Das stupide hundertfache Abschreiben des Satzes „Ich darf nicht stehlen“ beinhaltet demgegenüber keinen erzieherischen Effekt und wäre gänzlich unzulässig.

⁵¹ Vgl. Avenarius 2000, S. 429.

⁵² § 63 BbgSchulG; § 90 SchulG BW; Art. 86 BayEUG; §§ 62 und 63 SchulG Berlin; § 46ff BremSchulG; § 49 HmbSchulG; § 82 HSchG; §§ 60 und 60a SchulG MV; § 61 NSchG; § 53 SchulG NRW; § 44 SchulG LSA; § 25 SchulG SH; § 51 ThürSchulG.

⁵³ § 39 Abs. 1 SächsSchulG.

⁵⁴ So konkretisiert etwa § 90 SchulG BW, dass sich solche Maßnahmen auf die Erfüllung des Schulbesuchs, zur Einhaltung der Schulordnung oder zum Schutz von Personen und Sachen *in der Schule* dienen.

⁵⁵ § 63 Abs. 1 S. 2 BbgSchulG.

⁵⁶ § 63 Abs. 2 BbgSchulG; § 51 Abs. 1 S. 2 ThürSchulG; § 25 Abs. 1 S. 1 und 2 SchulG SH.

⁵⁷ § 51 Abs. 1 S. 1 ThürSchulG; § 39 Abs. 1 SächsSchulG; § 64 Abs. 1 BbgSchulG: wenn sich eine „Erziehungsmaßnahme sich als wirkungslos erwiesen hat oder nicht geeignet ist“.

⁵⁸ § 62 Abs. 2 SchulG Berlin; § 49 Abs. 2 HmbSchulG; § 82 HSchG.

⁵⁹ § 82 Abs. 1 S. 1 HSchG; § 60 Abs. 1 S. 2 SchulG MV:

„Erziehungsmaßnahmen müssen geeignet sein, Einsicht zu dem Fehlverhalten herzustellen“.

Gleiches gilt etwa auch für das Nachsitzen, das durch den Lehrer oder den Schulleiter angeordnet werden kann.⁶⁰ Das Nachsitzen darf nicht als eine Form des Freiheitsentziehenden Arrests des Schülers eingesetzt werden, sondern es muss klar erkennbar eine pädagogische Ausrichtung aufweisen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Schüler eine spezielle auf seine Situation passende reflektierende Aufgabe erhält; oder bei Maßnahmen, die es vermögen, einen von dem Schüler angerichteten Schaden an einer Sache in der Schule wieder gut zu machen. Zu denken wäre hier an eine dem verursachten Schaden entsprechende Hilfstätigkeit in Zusammenarbeit mit dem Hausmeister der Schule.⁶¹

Hinsichtlich der Verwaltungsaktnatur der Erziehungsmaßnahmen muss nach dem Regelungscharakter gefragt werden. Gespräche mit Schülern, Lob oder auch Eintragungen in das Klassenbuch werden hier unproblematisch noch keine rechtliche Regelungswirkung für den Schüler entfalten. Anderes ist aber im Ausschluss vom Unterricht, im Nachsitzen oder im Einziehen von Gegenständen der Schüler zu erkennen. Diese Erziehungsmaßnahmen entfalten sehr wohl rechtliche Wirkungen für den Schüler, etwa grundrechtliche Beeinträchtigungen.⁶² Das bedeutet aber auch, dass sich Schüler bzw. deren Eltern gegen solche Erziehungsmaßnahmen im Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO wehren können, mit dem vorläufigen Ergebnis, dass der Widerspruch gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO aufschiebende Wirkung hat. Dadurch ließe sich also eine erzieherische Maßnahme zunächst verhindern. Zwar könnte die Schule nun wiederum die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO anordnen, die die aufschiebende Wirkung aufhebt. Diese sofortige Vollziehung müsste jedoch nach § 80 Abs. 3 VwGO schriftlich begründet werden,⁶³ was in den meisten Fällen im Schulgeschehen kaum geleistet werden kann.

2. Formelle Ordnungsmaßnahmen

Während die weniger strengen und weniger eingriffsinintensiven Erziehungsmaßnahmen ausschließlich auf eine

pädagogische Zielrichtung abstellen, um auf das Fehlverhalten eines Schülers einzugehen und auf ein Erkennen und Überdenken dieses Fehlverhaltens hinzuwirken, verfolgen die formellen Ordnungsmaßnahmen weiterreichende Zwecke.⁶⁴ Auch Ordnungsmaßnahmen sollen immer erzieherisch wirken, weshalb bei ihrer Anwendung stets die Auswirkungen auf die Entwicklung des Schülers zu beachten ist. Anders als die Erziehungsmaßnahmen sollen die formellen Ordnungsmaßnahmen jedoch dann eingesetzt werden, wenn das Verhalten eines Schülers eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt und es die Lehr- und Erziehungsarbeit der Schule in einem besonders hohem Maße beeinträchtigt.⁶⁵

Ein solches schwerwiegendes Fehlverhalten liegt beispielsweise vor, wenn ein Schüler wiederholt gegen die Hausordnung verstößt⁶⁶, wenn er rechtsextrems Verhalten an den Tag legt⁶⁷, Rauschmittel auf dem Schulgelände vertreibt⁶⁸, scherzhaft einen Amoklauf ankündigt⁶⁹, oder generell Beleidigungen in besonderem Maße von sich gibt⁷⁰.

Soweit die schulische Bildungs- und Erziehungsaufgabe nur in geringerem Maße beeinträchtigt wird, etwa weil ein Schüler keine Hausaufgaben macht oder zu spät kommt, rechtfertigt dieses Verhalten keine formellen Ordnungsmaßnahmen.⁷¹

Die Schulgesetze ermöglichen überwiegend vergleichbare formelle Ordnungsmaßnahmen, beispielsweise den Ausschluss von einer Schul- oder Klassenfahrt, die (zeitweise) Umsetzung in eine Parallelklasse, die Überweisung in eine andere Schule in zumutbarer Entfernung, der Ausschluss vom Unterricht für den Rest des Tages, vorübergehender Ausschluss vom Unterricht für bis zu zwei Wochen, Schulverweis.⁷²

⁶⁴ § 64 Abs. 1 BbgSchulG; § 63 SchulG Berlin; Art. 86 BayEUG; § 90 Abs. 2 SchulG BW; § 39 Abs. 1 SächsSchulG; § 51 Abs. 2 ThürSchulG; § 25 Abs. 2 SchulG SH; § 44 Abs. 2 SchulG LSA; § 53 Abs. 1 SchulG NRW; § 61 Abs. NSchG; § 60a SchulG MV; § 82 Abs. 2 HSchG; § 49 HmbSchulG; §§ 46 und 47 BremSchulG.

⁶⁵ Vgl. *Ludwig Niebes et al.*, Schulgesetz und Schulordnungen im Freistaat Sachsen, 3. Aufl., Stuttgart 2001, § 39, Rn. 1; *Avenarius* 2000, S. 560.

⁶⁶ VGH München, NVwZ-RR 1999, S. 378-379, 379.

⁶⁷ VG Braunschweig, NVwZ-RR 1998, S. 754-755.

⁶⁸ VGH München, BayVBl. 2002, S. 671-673, 672.

⁶⁹ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2010, S. 394-396, 395.

⁷⁰ VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, S. 764-765.

⁷¹ Vgl. *Niehues/Rux* 2013, S. 120.

⁷² § 39 Abs. 2 SächsSchulG; § 49 Abs. 3 und 4 BremSchulG; § 83 Abs. 2 HmbSchulG.

⁶⁰ Jedoch einzig in § 90 Abs. 3 Nr. 1 und 2 lit a SchulG BW geregelt, die anderen Schulgesetze enthalten keine Vorschriften über das Nachsitzen.

⁶¹ Vgl. *Niehues/Rux* 2013, S. 115.

⁶² Vgl. *Niehues/Rux* 2013, S. 118f.

⁶³ Die Ausnahme zur schriftlichen Begründung in § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO betrifft nur die extremen Fälle der Notstandsmaßnahmen, in denen Gefahr im Verzug für Leben, Gesundheit oder Eigentum besteht, was im schulischen Kontext zumindest den absolut seltenen Sonderfall darstellt.

All diese Maßnahmen dienen verstärkt dazu, die Bildungs- und Erziehungsaufgabe der Schule, also konkreter das Recht auf Bildung aller Schüler, z.B. einer Klasse, aufrechtzuerhalten und den Schülern die Förderung ihrer Persönlichkeitsentwicklung zu gewährleisten. Die Schule und im Einzelfall der betreffende Lehrer oder Schulleiter steht daher vor einem grundrechtlichen Konfliktfall. Denn einerseits hat er Würde, Handlungsfreiheit, Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit des „störenden“ Schülers zu achten und bestmöglich zur Entfaltung zu bringen. Andererseits muss er aber das Recht auf Bildung aller anderen Schüler ebenfalls bestmöglich gewährleisten und den Schulauftrag zur Persönlichkeitsförderung der anderen Schüler durchsetzen. Beeinträchtigt nun also eine Schülerin oder ein Schüler durch krasses Fehlverhalten das Bildungsrecht der Klassen- oder Schulkameraden, dann wiegt das Interesse des störenden Schülers weniger als das Interesse der übrigen Schulgemeinschaft an Bildung und geordnetem Unterricht. Diese Interessensabwägung muss die Schule und im Einzelfall der betreffende Lehrer oder Schulleiter⁷³ vornehmen und sodann die angemessene Ordnungsmaßnahme treffen.

Die eingesetzten Ordnungsmaßnahmen haben, das wird aus dieser Abwägung deutlich, das Ziel, *für die Zukunft* die Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule wieder zu gewährleisten und das Bildungsrecht aller Schüler zu verwirklichen.⁷⁴ Formelle Ordnungsmaßnahmen sind deshalb alles andere als Strafmaßnahmen gegenüber dem störenden Schüler und dürfen auch als solche nicht eingesetzt werden.⁷⁵ Ordnungsmaßnahmen müssen beim störenden Schüler auf einen solchen erzieherischen Effekt abzielen, dass dieser nicht bestraft wird, sondern sein krasses Fehlverhalten für die Zukunft ablegt.⁷⁶

Eine formelle Ordnungsmaßnahme einer Schule stellt einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG dar, da die Maßnahmen insbesondere rechtliche Regelungen im Einzelfall des Schülers treffen, genauer: belastende rechtliche Folgen auslösen. Sie greifen durch ihre Auswirkungen auf den Schulbesuch im Einzelnen in die

Rechtssphäre von Schülern und Eltern ein.⁷⁷ Das Schulrecht schreibt für die Ordnungsmaßnahmen förmliche Verfahrensschritte vor. So sind im Vorfeld die betreffenden Schülerinnen oder Schüler sowie deren Sorgeberechtigte anzuhören.⁷⁸ Dabei können sie sich zudem durch andere Schüler oder einen Vertrauenslehrer unterstützen lassen.⁷⁹

Wie auch bei der Erziehungsmaßnahme kann der Widerspruch eines Schülers gemäß §§ 68, 80 Abs. 1 VwGO zunächst eine aufschiebende Wirkung gegen die Ordnungsmaßnahme entfalten. Deshalb wird die Schule für formelle Ordnungsmaßnahmen auch die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO anordnen, die mit einem besonderen Interesse der übrigen Schüler begründet werden kann.⁸⁰ In einigen Ländern ist zudem bereits in den Schulgesetzen festgelegt, dass der Widerspruch gegen formelle Ordnungsmaßnahmen keine aufschiebende Wirkung hat.⁸¹

3. Verfassungsrechtliche Grenzen der Maßnahmen

Die Einwirkung des öffentlichen Schulwesens auf die Grundrechtspositionen der Schülerinnen und Schüler ist in einem demokratischen Verfassungsstaat notwendigerweise begrenzt.

a) Grundrechte der Schüler und der Eltern

Es sind hauptsächlich die Grundrechtspositionen der Schülerinnen und Schüler, die allen hoheitlichen Maßnahmen der Schule Grenzen setzen. Unbenommen, wie eigenwillig oder unreif ein einzelner Schüler sein mag, er bleibt Träger der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG, was den *Ausschluss jeglicher menschenverachtender oder entwürdigender Behandlungen* bedingt.⁸² Ganz im Gegenteil hat jeder Schüler den *Anspruch auf Anerkennung und Respekt* von Seiten der Schule und des Schulpersonals.⁸³ Weiterhin besitzen Schüler das Grundrecht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Um diesem Grundrechtsgehalt gerecht zu werden, verfolgt die Schule eben jenen auf Selbständigkeit, Ei-

⁷³ Vgl. *Andreas Runck et al.*, Sächsisches Schulgesetz. Kommentar, 7. Aufl., Köln 2013, § 39, S. 134.

⁷⁴ Vgl. *Runck et al.* 2013, § 39, S. 133.

⁷⁵ Vgl. *Avenarius* 2000, S. 561, *Niehues/Rux* 2013, S. 120.

⁷⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, openJur 2011, 79706, Rn. 13: „Die Ordnungsmaßnahme hat insofern das Ziel, die Einsicht und Besserung des betroffenen Schülers zu bewirken und seine Mitschüler davon abzuhalten, die gleichen Ordnungsverstöße zu begehen.“

⁷⁷ Vgl. *Avenarius* 2000, S. 563.

⁷⁸ § 49 Abs. 5 HmbSchulG; § 61 Abs. 6 NSchG.

⁷⁹ § 61 Abs. 6 NSchG; § 25 Abs. 4 SchulG SH.

⁸⁰ Vgl. *Niehues/Rux* 2013, S. 122.

⁸¹ § 39 Abs. 7 SächsSchulG; § 90 Abs. 3 S. 3 SchulG BW; § 63 Abs. 6 S. 3 SchulG Berlin.

⁸² Vgl. *Avenarius* 2000, S. 431.

⁸³ Klar auch § 44 Abs. 2 S. 2 SchulG LSA: „Die Würde der Schülerin oder des Schülers darf durch Ordnungsmaßnahmen nicht verletzt werden.“

genverantwortung und Verantwortung für andere und die Umwelt ausgerichteten verfassungsrechtlichen Bildungsauftrag. Gleichsam ist jede Form der *indoktrinierenden Unterrichtung* oder der *einseitigen Lehre* unvereinbar mit diesem Grundrechtsschutz.⁸⁴ Weiterhin ist es Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der Schüler sichert, weshalb jede *körperliche Bestrafung* oder *anderweitige physische Züchtigung* eines Schülers durch das Lehrpersonal absolut untersagt ist.⁸⁵

Neben den Grundrechten der Schülerinnen und Schüler steht weiterhin auch das Grundrecht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder aus Art. 6 Abs. 2 GG.⁸⁶ Demzufolge haben die Eltern eines Kindes das freie Recht darüber zu bestimmen, auf welche Art und Weise sie ihre Kinder erziehen.⁸⁷ Dazu gehört auch ein Abwehranspruch gegen den Staat, der sich zu tief in die Erziehung der Kinder einmischet.⁸⁸ Zwischen Elternrecht und verfassungsrechtlichem Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates muss deshalb regelmäßig eine Abwägung stattfinden.⁸⁹ Die Eltern haben einerseits das freie Recht auf Erziehung ihrer Kinder, andererseits auch die Pflicht, ihre Kinder nicht *rechtsuntreu* zu erziehen.⁹⁰ Der Staat andererseits muss im Sinne des Wächteramtes bei schwerwiegendem elterlichen Versagen und Gefährdungen des Kindes eingreifen und überdies muss er durch den Bildungsauftrag darauf hinwirken, dass die Schüler sich zu freien und eigenverantwortlichen Personen entwickeln können.⁹¹ Insofern wird beispielsweise das Elternrecht durch die allgemeine Schulpflicht eingeschränkt.⁹²

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Jede formelle Ordnungsmaßnahme muss verhältnismäßig sein.⁹³ Die Ordnungsmaßnahme muss deshalb über-

haupt geeignet sein, den erzieherischen Effekt beim störenden Schüler und die Gewährleistung des Bildungsrechts der anderen Schüler zu erreichen.⁹⁴ „An dieser Voraussetzung fehlt es beispielsweise, wenn die Schule einen Schüler, der dem Unterricht immer wieder unentschuldig fernbleibt, zeitweilig vom Unterricht ausschließt.“⁹⁵ Die Ordnungsmaßnahme muss außerdem erforderlich sein, das heißt, die Schule hat die Maßnahme zu ergreifen, die den Zweck erreicht, aber zugleich die mildeste und geringste Eingriffsintensität gegenüber dem Schüler mit sich bringt.⁹⁶ Schließlich muss die Ordnungsmaßnahme angemessen sein. Sie muss also in einem angemessenen Verhältnis zum Fehlverhalten des Schülers stehen.⁹⁷ Die Schule muss hierbei die Art und die Schwere sowie auch die Erstmaligkeit oder das wiederholte Auftreten des Fehlverhaltens berücksichtigen. Wer nur einmal bislang störend auffiel, muss mildere Ordnungsmaßnahmen erhalten als derjenige, der regelmäßig störend auftritt.⁹⁸ Das Übermaßverbot wird durch eine Maßnahme beispielsweise dann verletzt, wenn einem Schüler, der ein ausgeliehenes Buch noch nicht zurückgegeben hat, das Abschlusszeugnis verweigert wird, da dies unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit eingreift.⁹⁹

c) Absolute Verbote

Nach alledem kann zusammengefasst werden, dass verschiedene schulische Maßnahmen stets unzulässig sind. Dazu gehören jegliche entwürdigenden oder schikanösen Maßnahmen, etwa die öffentliche Verlautbarung schlechter Noten in Anwesenheit der gesamten Klasse¹⁰⁰ oder das Einsperren eines Schülers als „Nachsitzen“ ohne reflektierende Aufgabe.¹⁰¹ Weiterhin sind das mechanische Abschreiben von Regeln, das zur Strafe in der Ecke Stehen oder gar Liegestütze oder Kniebeugen als Strafen unzulässig.¹⁰²

Darüber hinaus ist eine Verhängung von Ordnungsmaßnahmen gegen ganze Gruppen von Schülern oder eine

⁸⁴ § 38 Abs. 2 SchulG BW; § 25 S. 3 SchulG Rlp; § 34 Abs. 2 S. 4 ThürSchulG; Avenarius 2000, S. 432.

⁸⁵ Stellvertretend: § 25 Abs. 3 S. 2 SchulG SH: „Körperliche Gewalt und andere entwürdigende Maßnahmen sind verboten.“ Ebenso § 39 Abs. 2 S. 2 SächsSchulG.

⁸⁶ Vgl. Brenner, in: Huber 2000, S. 581.

⁸⁷ BVerfGE 31, 194, 204.

⁸⁸ Der Staat hat nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG das sogenannte Wächteramt über die elterliche Erziehung inne, vgl. BVerfGE 24, 119, 144.

⁸⁹ Vgl. Niehues/Rux 2013, S. 107.

⁹⁰ BVerfGE 99, 145, 156f.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 34, 165, 183; Avenarius 2000, S. 436f; Sodan, in: Sodan 2009, Art. 6, Rn. 17ff.

⁹² Vgl. BVerfG, NJW 1987, S. 180.

⁹³ § 49 Abs. 1 S. 3 HmbSchulG: „Jede Maßnahme muss in einem angemessenen Verhältnis zum Fehlverhalten der Schülerin oder des

Schülers stehen.“ § 53 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW; § 25 Abs. 4 S. 1 SchulG SH; § 39 Abs. 1 SächsSchulG; § 51 Abs. 2 S. 1 ThürSchulG.

⁹⁴ Vgl. Niebes et al. 2001, § 39, Rn. 3.

⁹⁵ Avenarius 2000, S. 563.

⁹⁶ Insofern ist immer zuerst zu prüfen, ob nicht eine wesentlich mildere Erziehungsmaßnahme ausreichend ist.

⁹⁷ Vgl. Runck et al. 2013, § 39, S. 133.

⁹⁸ Vgl. Avenarius 2000, S. 563f.

⁹⁹ Vgl. Niebes et al. 2001, § 39, Rn. 3.

¹⁰⁰ Vgl. Niehues/Rux 2013, S. 107.

¹⁰¹ Vgl. Niebes et al. 2001, § 39, Rn. 4.

¹⁰² Vgl. Niehues/Rux 2013, S. 118.

ganze Schulklasse unzulässig. Ordnungsmaßnahmen müssen immer individuell und auf erzieherische Besserung ausgerichtet sein. Ebenso können sich Ordnungsmaßnahmen nicht auf das Verhalten einer Schülerin oder eines Schülers beziehen, das *außerhalb der Schule* stattfindet und keinen Bezug zur Schule hat.¹⁰³ Erst dann, wenn es die Belange der Schule beeinträchtigt¹⁰⁴, darf eine Maßnahme ergriffen werden – denn Ordnungsmaßnahmen haben allein das Ziel, den verfassungsrechtlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule zu sichern. Sie sind keine bestrafenden Sanktionen für das Verhalten des Schülers.

IV. Aktuelle Rechtsprechung des VG Berlin

Mit der weiten Verbreitung neuer sozialer Medien und der Verfügbarkeit von Smartphones unter Schülerinnen und Schülern kommt es auch zu neuen Konfliktsituationen und Unterrichtsstörungen im Schulbereich. Ein Beispiel findet sich in der aktuellen Rechtsprechung des VG Berlin.¹⁰⁵ Dort hatte ein Schüler während des Unterrichts an einem Freitag sein Smartphone benutzt, welches daraufhin von der Schule eingezogen und über das Wochenende einbehalten blieb und erst am Montag in den Besitz des Schülers zurückgegeben wurde. Nach § 62 Abs. 2 Nr. 6 SchulG Berlin ist die „vorübergehende Einziehung von Gegenständen“ bei Erziehungskonflikten und Unterrichtsstörungen zulässig.¹⁰⁶ Üblicherweise erfolgt die Rückgabe der eingezogenen Gegenstände am Ende des Unterrichtstages, also hier der Freitag. Dies ist im vorliegenden Fall aber nicht geschehen. Stattdessen wurde das Mobiltelefon über den Schulrahmen hinaus auch für die die Privatsphäre betreffende Zeit des Wochenendes eingezogen.

Der Schüler und dessen Eltern erhoben dagegen Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vor dem VG Berlin.¹⁰⁷ Das Gericht befand die Klage als unzulässig aus verschiedenen Gründen.¹⁰⁸

Zunächst lässt das VG Berlin selbst offen, ob es sich bei der Einbehaltung des Mobiltelefons als eine schulrechtli-

che Erziehungsmaßnahme um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG handelt.¹⁰⁹ Zwar kann für verschiedene Erziehungsmaßnahmen, etwa das Gespräch mit Schüler und Eltern oder die mündliche Verwarnung, verständlicherweise bezweifelt werden, ob es sich insbesondere um eine „Regelung“, also eine rechtliche Auswirkung auf den Betroffenen handelt. Solche Erziehungsmaßnahmen sind also kaum als Verwaltungsakt zu bezeichnen. Jedoch dürfte für die Erziehungsmaßnahmen wie jene des § 62 Abs. 2 Nr. 6 SchulG Berlin, die eine vorübergehende eigentumsrechtliche Disposition gegenüber einem Schüler treffen, zweifelsohne eine rechtliche Auswirkung, nämlich eine Nutzungseinschränkung des Eigentums, vorliegen, und damit ein Verwaltungsakt.¹¹⁰

Dessen unbenommen prüfte das VG anschließend, ob die Kläger ein berechtigtes Klarstellungsinteresse an der gerichtlichen Klärung der Rechtmäßigkeit des Handyentzuges über das Wochenende haben.¹¹¹ Ein solches Klarstellungsinteresse muss der Kläger vorbringen, um darzulegen, warum er eine gerichtliche Klärung des Vorgangs begehrt.¹¹² Ein Feststellungsinteresse kann sich beispielsweise durch eine Wiederholungsgefahr oder durch einen Grundrechtseingriff ergeben.¹¹³

Zutreffend geht das Gericht davon aus, dass eine Wiederholungsgefahr zur Begründung des Feststellungsinteresses nicht besteht. Denn der Schüler hatte in der Zwischenzeit Schule und Schulträger gewechselt, so dass der über das Wochenende andauernde Entzug des Mobiltelefons durch die selbe Schulleitung sich nicht wiederholtzutragen kann.¹¹⁴

Problematischer ist hingegen die Ansicht des Gerichts, dass in dem Entzug des Mobiltelefons über das Wochenende gar kein Grundrechtseingriff zu sehen sei, der dann auch kein Feststellungsinteresse auslösen könne.¹¹⁵ Das Gericht stellt fest: „Ein darüber hinaus gehen-

¹⁰³ Art. 86 Abs. 3 Nr. 2 und 5 BayEUG.

¹⁰⁴ Das ist etwa beim Cybermobbing im Internet der Fall, bei dem Mitschüler gedemütigt oder angegriffen werden, vgl. *Runck et al.* 2013, § 39, S. 138.

¹⁰⁵ VG Berlin, Urteil vom 4. April 2017, 3 K 797.15 = ZLVR 2018, S. 56-58.

¹⁰⁶ Auch § 51 Abs. 6 S. 2 ThürSchulG.

¹⁰⁷ VG Berlin, ZLRV 2018, S. 56, Rn. 16.

¹⁰⁸ VG Berlin, ZLRV 2018, S. 56, Rn. 16.

¹⁰⁹ VG Berlin, ZLRV 2018, S. 56, Rn. 16.

¹¹⁰ Vgl. *Runck et al.* 2013, § 39, S. 134; *Niehues/Rux* 2013, S. 118: Auch Erziehungsmaßnahmen finden nicht im „Innenbereich“ der Schulverwaltung statt, sondern zwischen Verwaltung (Schule) und Bürger (Schüler) und können durchaus auch rechtliche Regelungen, z. B. auch beim Nachsitzen oder der Anordnung von Strafarbeiten für den Schüler entfalten.

¹¹¹ VG Berlin, ZLRV 2018, S. 56f, Rn. 18ff.

¹¹² Vgl. *Ferdinand Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Aufl., München 2012, § 43, Rn. 23.

¹¹³ Vgl. *Kopp/Schenke* 2012, § 43, Rn. 23.

¹¹⁴ VG Berlin, ZLRV 2018, S. 56f, Rn. 18.

¹¹⁵ VG Berlin, ZLRV 2018, S. 57f, Rn. 20.

der Grundrechtseingriff, der ein Feststellungsinteresse begründen könnte, liegt hier ebenfalls nicht vor¹¹⁶, obwohl es selbst anerkennt, dass es zu einer vorübergehenden Nutzungsunterbindung über den Schulrahmen hinaus kam. „Dem Kläger zu 3. war der Gebrauch seines Handys nach Schulschluss an einem Freitag, an dem darauf folgenden Wochenende und am nächsten Montagmorgen nicht möglich. Auch wenn sich die Einziehung des Handys insoweit auf den außerschulischen Privatbereich des Klägers zu 3. auswirkte, so war die fehlende Gebrauchsmöglichkeit über das Wochenende doch von vornherein vorhersehbar zeitlich beschränkt.“

Auch erzieherische Maßnahmen können Grundrechtseingriffe darstellen.¹¹⁷ Es ist hinreichend geklärt, dass auch Nutzungseinschränkungen des Eigentums als Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und damit als Eigentumseingriffe gelten können, wenn sie durch eine Norm oder aufgrund einer Norm die Nutzung einer Eigentumsposition behindern oder subjektive Rechte mindern.¹¹⁸

Entgegen der Ansicht des VG Berlin ist im vorliegenden Fall von einer solchen Einschränkung auszugehen. Die Einbehaltung des Mobiltelefons über den schulischen Rahmen hinaus von Freitag bis zum darauffolgenden Montag ist als eine die Eigentumsnutzung am Mobiltelefon einschränkende Maßnahme der Schulleitung zu qualifizieren. Zudem ist zusätzlich zu bedenken, dass die Nutzungseinschränkung von Eigentum zugleich auch Auswirkungen auf damit verbundene Freiheitsrechte haben kann, die bei der Eingriffswirkung mitbedacht werden müssen.¹¹⁹

Im vorliegenden Fall kann die Entziehung des Mobiltelefons des Schülers über die Zeit des Wochenendes hinaus auch Auswirkungen auf dessen allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und dessen Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 GG gehabt haben, was in der kombinierten Wirkung auf die Grundrechte ein Feststellungsinteresse des Klägers durchaus hätte begründen können.¹²⁰

¹¹⁶ VG Berlin, ZLVR 2018, S. 57, Rn. 20.

¹¹⁷ Vgl. *Niehues/Rux* 2013, S. 114.

¹¹⁸ Vgl. *Rudolf Wendt*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl., München 2018, Art. 14, Rn. 52, 60f, 70f; *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, GG. Kommentar, 14. Aufl., München 2016, Art. 14, Rn. 25; *Friedhelm Hufen*, *Staatsrecht II*, 4. Aufl., München 2014, S. 689; BVerfGE 53, 257, 292; BVerfGE 52, 1, 27f.

¹¹⁹ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* 2016, Art. 14, Rn. 4 und 25.

¹²⁰ Die Rechtsprechung hat ein Feststellungsinteresse regelmäßig aufgrund von Grundrechtsbeeinträchtigungen anerkannt, vgl. m.w.N.

Die eben getroffenen Feststellungen bedeuten indes nicht, dass die Einbehaltung des Mobiltelefons nicht doch eine gerechtfertigte Nutzungsbeschränkung gewesen sein könnte, die als verhältnismäßige und pädagogische Maßnahme der Schulleitung im Sinne des § 62 Abs. 3 SchulG Berlin zu qualifizieren sein könnte.

Doch eben diese Frage hätte das VG Berlin materiell prüfen müssen, anstatt mehr behauptend als begründend zu urteilen, ein Grundrechtseingriff läge von vornherein nicht vor.¹²¹ Das VG Berlin hätte also durchaus zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich des Feststellungsinteresses (§ 43 Abs. 2 VwGO) der Kläger kommen können, und zumindest die Zulässigkeit der Klage anerkennen können, um dann materiell die Verhältnismäßigkeit des Entzuges des Mobiltelefons zu beurteilen.

V. Fazit

Schulrechtliche Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen dienen stets der Verwirklichung des Rechts jedes einzelnen Schülers auf gerechten Zugang zu Bildung und Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Bildungsauftrages. Selbstverantwortlichkeit, eigenständiges Denken, Respekt vor der Würde der Menschen, Demokratie und Umwelt sind die festgeschriebenen Ziele und Zwecke des öffentlichen Schulwesens. Notwendigerweise muss die Schule zur Umsetzung dieser Ziele ein Instrumentarium besitzen, um die vielen konfligierenden Grundrechtspositionen von Schülern und Eltern und den Pflichten der Schule in Ausgleich zu bringen.

Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen sind dabei stets verhältnismäßig anzuwenden und dürfen niemals als Strafe oder Vergeltung gegen störende Schüler eingesetzt werden, sondern immer im Hinblick auf die Einsicht des Schülers in das eigene Fehlverhalten und das Reflektieren des Verhaltens für die Zukunft.

Verfassungs- und Verwaltungsrechtlich bleiben die schulischen Maßnahmen spannende Gegenstände, da ihr mitunter weitreichender Regelungscharakter immer in Einklang mit Grundrechtspositionen gebracht werden muss. Durch die neuen Medien wird es zukünftig auch zu ganz neuen schulischen Konfliktsituationen kommen.

Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Aufl., München 2016, S. 337.

¹²¹ VG Berlin, ZLVR 2018, S. 57f, Rn. 20.

Verwaltungsgericht Berlin

Urteil vom 4. April 2017
3 K 797.15

Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Schulmaßnahme: vorübergehender Entzug des Mobiltelefons

Das VG Berlin hatte über die Feststellungsklage eines Schülers und dessen Eltern über die Rechtswidrigkeit des Entzuges des Mobiltelefons durch die Schule, die er besuchte, zu befinden.

Das Gericht tenorierte, dass die Klage abgewiesen wird, da es bereits an der Zulässigkeit der Klage fehle.

Aus dem Tatbestand:

1

Die Kläger zu 1. und 2. sind die Eltern des mittlerweile 17jährigen Klägers zu 3. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Einziehung des Handys des Klägers zu 3. durch seinen Klassenlehrer, die darauf folgende Übergabe des Handys an den stellvertretenden Schulleiter der Schule „G...“ sowie der anschließende dreitägige Verbleib des Handys in der Schule und überdies die Einbeziehung der Kläger zu 1. und 2. in die Rückgabe des Handys rechtswidrig waren.

2

Der Kläger zu 3. besuchte im Schuljahr 2014/2015 die neunte Klasse der Schule „G...“. Am 29. Mai 2015, einem Freitag, ließ sich der Klassenlehrer, Herr P..., im Schulunterricht in der letzten Unterrichtsstunde vom Kläger zu 3. dessen Handy aushändigen. Nach dem Vortrag des Beklagten verlangte der Lehrer das Handy vom Kläger zu 3. deshalb heraus, weil dieser im Unterricht während des Vortrags von Mitschülern seine Aufmerksamkeit auf sein unter der Bank befindliches Handy gerichtet hatte. Der Kläger zu 3. bestreitet dies und behauptet, der Lehrer habe das Handy herausverlangt, weil dieses in der Hosentasche des Klägers zu 3. vibriert habe.

3

Nach Unterrichtsschluss am selben Tage bat der Kläger zu 3. den Klassenlehrer um Rückgabe seines Handys, auch weil er es am bevorstehenden Wochenende benötige. Herr P... übergab stattdessen das Handy an den stellvertretenden Schulleiter, Herrn N.... Als der Kläger zu 3. diesen bat, ihm sein Handy zurückzugeben, erwiderte dieser, eine Herausgabe komme nur an die Eltern des Klägers zu 3. in Frage. Über das Wochenende (30. und 31. Mai 2015) verblieb das Handy im Schulgebäude. Am 1. Juni 2015 händigte eine Mitarbeiterin der Schule

im Schulsekretariat der Klägerin zu 1. das Handy des Klägers zu 3. aus.

[...]

Aus den Gründen:

15

Die Entscheidung ergeht durch die Berichterstatterin als Einzelrichterin. Ihr hat die Kammer den Rechtsstreit gemäß § 6 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – mit Beschluss vom 11. August 2016 zur Entscheidung übertragen. Mit Blick auf das jeweils erklärte Einverständnis der Beteiligten kann gemäß § 101 Abs. 2 VwGO ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.

16

Die Klage hat keinen Erfolg. Die Klage ist unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung als allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO oder als Fortsetzungsfeststellungsklage im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in analoger Anwendung unzulässig. Die Kläger haben kein Feststellungsinteresse. Ein solches ist Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage, und zwar unabhängig davon, ob die dem Rechtsstreit zu Grunde liegenden Maßnahmen als Realakte oder als Verwaltungsakte im Sinne des § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz anzusehen sind. Sowohl für eine auf die Feststellung, dass die konkreten Realakte in der vorgenommenen Form nicht ergehen durften gerichtete Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO als auch für eine auf Feststellung der Rechtswidrigkeit erledigter Verwaltungsakte gerichtete Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in analoger Anwendung muss ein Feststellungsinteresse vorliegen (s. nur BVerwG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 6 C 7.98 – juris Rn. 22ff.). Dieses muss im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bestehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 1967 – IV C 19.67 – juris Rn. 12). Es genügt jedes nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1996 – 8 C 19.94 – juris Rn. 20).

17

Daran fehlt es hier.

18

Insbesondere fehlt es an einer Wiederholungsgefahr. Diese kann nur angenommen werden, wenn eine hinreichende Gefahr dafür vorliegt, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen eine gleichartige Maßnahme ergehen wird (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 – 8 C 14.12 – juris Rn. 21). Das ist hier nicht der Fall. Zum einen han-

delte es sich bei der vorübergehenden Einziehung des Handys um ein erzieherisches Mittel, das eine Störung der Unterrichts- und/oder der Erziehungsarbeit unterbinden sollte, § 62 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 6 des Schulgesetzes für das Land Berlin. Insoweit ist es unerheblich, ob der Klassenlehrer das Handy einforderte, weil dieses während des Unterrichts in der Hosentasche des Klägers zu 3. vibrierte oder weil der Kläger zu 3. während des Referates seiner Mitschüler im Unterricht seine Aufmerksamkeit dem Handy widmete. Der Verbleib des Handys über das Wochenende in der Schule war nicht selbst Gegenstand der erzieherischen Maßnahme, sondern folgte aus dem Umstand, dass die Einziehung an einem Freitag in der letzten Unterrichtsstunde stattfand und die Abholung durch einen Erziehungsberechtigten erst am darauf folgenden Montag erfolgte. Der Einsatz des konkreten erzieherischen Mittels war jedenfalls auf eine aktuelle, tatsächliche Situation im Schulunterricht zugeschnitten. Eine künftige erzieherische Maßnahme müsste sich ebenfalls wiederum an den aktuellen tatsächlichen Verhältnissen und Vorkommnissen des Einzelfalles zu dem Zeitpunkt orientieren, zu dem über ihre Verhängung zu entscheiden wäre. Schon allein deswegen ist von einer Wiederholung unter unveränderten tatsächlichen Umständen nicht auszugehen (vgl. auch VG Berlin, Urteil vom 20. März 2015 – 3 K 1043.12 –). Abgesehen davon hat der Kläger zu 3. die Schule „G...“ zum zweiten Halbjahr des Schuljahres 2015/2016 verlassen. Infolgedessen sind die Kläger den Lehrkräften dieser Schule, dem Personal der Schulleitung und der Schulordnung nicht mehr ausgesetzt. Für die Annahme einer Wiederholungsfahrer reicht es nicht aus, dass der Kläger zu 3. derzeit eine Schule in der Trägerschaft des Beklagten besucht. Das konkrete erzieherische Mittel verhängt nämlich nicht der Beklagte, sondern die jeweilige verantwortliche Lehrkraft in einer konkreten Unterrichts- oder Erziehungssituation.

19

Darüber hinaus liegt auch kein Rehabilitationsinteresse vor, das ein Feststellungsinteresse begründen könnte. Ein solches kann vorliegen, wenn eine (erledigte) behördliche Maßnahme bei objektiver und vernünftiger Betrachtungsweise und Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalles diskriminierenden Charakter hatte und zudem abträgliche Nachwirkungen der Maßnahme fortbestehen, denen durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit wirksam begegnet werden kann. Folglich reicht es für ein Rehabilitationsinteresse nicht aus, dass ein Betroffener die von ihm beanstandete Maßnahme als diskriminierend empfindet (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013, a.a.O., juris Rn. 25).

Hat ein von einer erledigten schulischen Maßnahme betroffen gewesener Schüler seine Laufbahn an der betreffenden Schule bereits beendet und keine konkreten Tatsachen zum gegenwärtigen Stand seiner schulischen oder beruflichen Laufbahn mitgeteilt, welche die Prognose zulassen, dass er durch die erledigte Maßnahme noch schulische oder berufliche Nachteile erleiden kann, so fehlt ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme (vgl. BayVGH, Urteil vom 28. November 2006 – 21 B 04.3400 – juris Rn. 36; sowie OVG Münster, Beschluss vom 11. September 2012 – 19 A 928/10 – juris, Rn. 26 ff. m. w. N.). Von einer Fortwirkung etwaiger diskriminierender Maßnahmen kann hier nicht ausgegangen werden. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die erledigten Maßnahmen noch schulische oder berufliche Nachteile für die Kläger nach sich ziehen könnten. Die Kläger bewegen sich nämlich aufgrund des Schulwechsels des Klägers zu 3. seit dem zweiten Schulhalbjahr 2015/2016 nicht mehr in der Klassengemeinschaft und in dem Kreis der Lehrkräfte, des Schulleitungspersonals und weiterer Schulangestellter, die von der Einziehung des Handys und dem weiteren Geschehen Kenntnis gehabt haben (ebenso VG Osnabrück, Urteil vom 27. Januar 2015 – 1 A 209/14 – juris Rn. 20). Dass die Kläger eine Stigmatisierung erfahren hätten, die sie gegenüber einem weiteren als dem hier in Bezug genommenen Personenkreis hätten erdulden müssen, haben sie selbst nicht vorgetragen.

20

Ein darüber hinaus gehender Grundrechtseingriff, der ein Feststellungsinteresse begründen könnte, liegt hier ebenfalls nicht vor. Ein schwerwiegender Grundrechtseingriff kann zwar ein Feststellungsinteresse begründen, wenn sich die aus dem angegriffenen Hoheitsakt ergebende direkte Belastung nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Tiefgreifende Grundrechtseingriffe in diesem Sinne kommen vor allem bei Anordnungen in Betracht, die das Grundgesetz – wie in den Fällen des Art. 13 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 2 und 3 – vorbeugend dem Richter vorbehalten hat; ebenso verhält es sich bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. April 1997 – 2 BvR 817/90 u.a. – juris Rn. 49 ff. [Wohnungsdurchsuchung]; Beschluss vom 7. Dezember 1998 – 1 BvR 831/89 – juris Rn. 25 [Wasserwerfereinsatz]). Ein solcher Eingriff, der aus sich heraus unabhängig von den Umständen des Einzelfalles eine mit Eingriffen in die Unverletzlichkeit der Wohnung

oder in die körperliche Unversehrtheit vergleichbare Intensität aufweist, ist hier indes weder dargetan noch ersichtlich. Die Kläger selbst gehen davon aus, dass die Einziehung des Handys durch den Klassenlehrer im Unterricht noch keinen allzu schweren Eingriff in die Rechte des Klägers zu 3. darstellte (Seite 8 der Klageschrift). Darüber hinaus dringen die Kläger mit ihrem Vortrag nicht durch, wonach der Verbleib des Handys im Schulgebäude über das Wochenende sie schwerwiegend in ihren Grundrechten verletzt habe. Dem Kläger zu 3. war der Gebrauch seines Handys nach Schulschluss an einem Freitag, an dem darauf folgenden Wochenende und am nächsten Montagmorgen nicht möglich. Auch wenn sich die Einziehung des Handys insoweit auf den außerschulischen Privatbereich des Klägers zu 3. auswirkte, so war die fehlende Gebrauchsmöglichkeit über das Wochenende doch von vornherein vorhersehbar zeitlich beschränkt. Es ist zudem weder dargetan noch erkennbar, dass der geschilderte vorübergehende Gebrauchsentzug die Kläger an dem besagten Wochenende vor erhebliche Probleme gestellt oder in unzumutbarer Weise beeinträchtigt hätte. Allein dass der Kläger zu 3. Kontaktsprachen nicht tätigen konnte und „plötzlich unerreichbar“ war, reicht hierfür nicht aus. Ein tiefer Eingriff, etwa in das Eigentumsrecht des Klägers zu 3. aus Art. 14 Abs. 1 GG, ist darin jedenfalls nicht zu sehen. Ebenso wenig ist ein schwerwiegender Eingriff in das Erziehungsrecht der Kläger zu 1. und 2. aus Art. 6 Abs. 1 GG zu erkennen, ein solcher ist auch nicht dargetan. Schließlich ist weder dargelegt noch ersichtlich, inwieweit in der – aus Sicht der Kläger erzwungenen – Abholung des Handys eine schwerwiegende Grundrechtsverletzung liegen soll. Darin, dass die Klägerin zu 1. für die Abholung des Handys ihres Sohnes im Schulsekretariat Kfz-Kosten und zeitlichen Aufwand aufbringen musste, kann ein solcher Eingriff jedenfalls nicht liegen.

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

Beschluss vom 15. März 2018

3 B 82/18

in der Normenkontrollsache nach § 47 VwGO der ver.di Vereinte Dienstleistungsgesellschaft gegen die Stadt Leipzig.

Beschluss:

Auf den Antrag der Antragstellerin wird § 1 der Verordnung der Antragsgegnerin über das Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonntagen im Jahr 2018 aus besonderem Anlass des Lesefestivals „Leipzig liest“ der Leipziger Buchmesse vom 28. Februar 2018 bis zur Entscheidung im Normenkontrollverfahren 3 C 3/18 außer Vollzug gesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Verordnung über das Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonntagen. Die Antragstellerin ist eine bundesweit tätige Gewerkschaft. Ihr Tätigkeitsbereich erstreckt sich u. a. auf den Einzelhandel. Sie hat im Freistaat Sachsen mehrere tausend Mitglieder, von denen ein Großteil im Einzelhandel beschäftigt ist.

Die Antragsgegnerin ist eine kreisfreie Stadt mit rund 580.000 Einwohnern und einer Fläche von 300 qkm. Insgesamt verfügt die Stadt über eine Einzelhandelsfläche von 840.000 qm. Davon entfallen rund 192.000 qm Verkaufsfläche auf den Ortsteil Zentrum.

Gegenstand des Eilverfahrens ist die vom Stadtrat der Antragsgegnerin auf Grundlage der Beschlussvorlage Nr. VI-DS-04951 am 28. Februar 2018 beschlossene *„Verordnung der Stadt Leipzig über das Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonntagen im Jahr 2018 aus besonderem Anlass des Lesefestivals `Leipzig liest` der Leipziger Buchmesse“*, die am 10. März im Leipziger Amtsblatt Nr. 5 veröffentlicht wurde. Sie enthält folgende Regelungen:

„§ 1 Verkaufsoffene Sonntage

Verkaufsstellen im Gebiet der Stadt Leipzig dürfen aus besonderem Anlass am folgendem Sonntag in der Zeit von 12:00 Uhr bis 18:00 Uhr geöffnet sein: Anlass: Lesefestival „Leipzig liest“ der Leipziger Buchmesse Datum: 18.3.2018, Gebiet: Ortsteil Zentrum (...) § 4 Inkrafttre-

ten. Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft."

Zur Begründung der sonntäglichen Ladenöffnung wies die Antragsgegnerin in ihrer Beschlussvorlage auf die überregionale Bedeutung der Anlassveranstaltung "Leipzig liest" hin und führte zur Prognose der zu erwartenden Besucherströme und des Käuferaufkommens aus, im Jahr 2017 seien auf einen Sonntag der Leipziger Buchmesse 41.000 Besucher des Messegeländes und der dort abgehaltenen Veranstaltungen entfallen. Die Gesamtbesucherzahl der dezentralen Veranstaltungen des Lesefestivals "Leipzig liest" habe sich auf 79.000 Besucher belaufen. Es sei davon auszugehen, dass der Anteil der hiervon auf den Sonntag entfallenden Besucher bei 40 % liege, also von 31.600 Besuchern der dezentralen 33 Veranstaltungen im Stadtgebiet auszugehen sei.

Diese Zahl sei um die 41.000 Besucher zu erhöhen, die am Sonntag das Messegelände besucht hätten. Die sich daraus ergebende Gesamtbesucherzahl von 72.600 sei wegen der alljährlichen Zunahme der Besucherzahlen wiederum um 10 % höher anzusetzen, weswegen von insgesamt 79.860 Besuchern auszugehen sei. Von den auf das gesamte Stadtgebiet entfallenden 33 Veranstaltungen des Lesefestivals "Leipzig liest" seien 16 auf den Ortsteil Zentrum entfallen. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass beim diesjährigen Lesefestival "Leipzig liest" weitere Veranstaltungen (Autorenrunden, Lesungen und Buchvorstellungen) im Stadtzentrum stattfinden werden. Ausgehend von 79.860 Besuchern bei 33 Veranstaltungen sei bei 16 Veranstaltungen im Ortsteil Zentrum mit 38.720 Besuchern zu rechnen. Eine Beschränkung der Ladenöffnungszeiten sei nicht veranlasst, da allen Beschäftigten eine Teilnahme an den sonntäglichen Gottesdiensten möglich sei und Störungen der religiösen Veranstaltungen, da die Ladenöffnung auf den Nachmittag falle, nicht zu besorgen seien.

Die Antragstellerin hat bereits am 6. März 2018, also vor Verkündung der streitgegenständlichen Verordnung im Verfahren 3 B 74/18 einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Dieses Verfahren wurde vom Senat mit Beschluss vom 8. März 2018 eingestellt. Nach Inkrafttreten der Verordnung hat sie am 12. März 2018 im vorliegenden Verfahren erneut einstweiligen Rechtsschutz beantragt.

Zur Begründung ihres Antrags trägt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin gehe zu Unrecht davon aus, dass bei einem Besucheraufkommen des Lesefests in der Innenstadt von Leipzig i. H. v. 39.000 Besuchern von

dessen prägender Wirkung ausgegangen werden könne. So habe eine Untersuchung des Unternehmens Engel & Völkers Commercial im Jahr 2017 an einem Samstag im April in der im Ortsteil Zentrum gelegenen Petersstraße ein Besucherstrom von 7.159 Einwohnern pro Stunde ergeben. In der Grimmaischen Straße seien es 5.913 Passanten gewesen. Die Höfe am Brühl würden täglich von ca. 50.000 Menschen besucht. Die Ergebnisse seien auf einen Sonntag übertragbar. Ausgehend von der Zählung in der Petersstraße sei bezogen auf die in der Verordnung geregelte Ladenöffnungszeit von 12:00 Uhr bis 18:00 Uhr von 42.000 Passanten auszugehen, wodurch die im Ortsteil Zentrum von der Antragsgegnerin erwartete Anzahl von 38.720 Besuchern bereits überschritten werde. Die Berechnung der Antragsgegnerin in der Begründung ihrer Beschlussvorlage sei im Übrigen fehlerhaft. Es erschließe sich nicht, wieso sie zu den von ihr errechneten 31.600 Besuchern, die an einem Sonntag die dezentralen Veranstaltungen der Anlassveranstaltung besucht hätten, die 41.000 Besucher hinzuzählen sollen, welche die Veranstaltungen im Messegelände besuchen würden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seien auch die Flächenverhältnisse zu berücksichtigen, weswegen hier nicht von einer prägenden Wirkung der Anlassveranstaltung ausgegangen werden könne. Innerhalb des Stadtzentrums, also innerhalb des Innenstadtrings, befänden sich 192.000 qm Verkaufsfläche. Es sei völlig undenkbar, dass die Flächen der auf die Anlassveranstaltung entfallenden Veranstaltungsorte diese Fläche übersteigen könnten.

Dies würde voraussetzen, dass pro Veranstaltungsort 5.500 qm zu rechnen wäre. Auch wenn konkrete Angaben fehlten, sei davon auszugehen, dass die Flächen der Anlassveranstaltung wesentlich geringer seien als die im Ortsteil Zentrum insgesamt gelegenen Verkaufsflächen. Die Verordnung sei ermessensfehlerhaft zustande gekommen, weil die Antragsgegnerin keine Eingrenzung im Hinblick auf einen thematischen Bezug vorgenommen habe, wie dies § 8 Abs. 1 Satz 4 SächsLadÖffG ausdrücklich vorsehe. Auch sei die Ratsvorlage, die nach der Rechtsprechung des Senats für die Prognose der Stadträte maßgeblich sei, mangelhaft. Zunächst gehe die Antragsgegnerin ohne Beachtung der Zahl der Veranstaltungen davon aus, dass 40 % der Besucher des Lesefestes auf den Sonntag, also den letzten Tag des Festes entfallen würden.

Beachte man, dass in diesem Jahr von den geplanten 3.600 Veranstaltungen insgesamt 568 Veranstaltungen, also 16 %, am betreffenden Sonntag stattfänden, sei

schon diese Annahme offensichtlich aus der Luft gegriffen. Im Übrigen liste das offizielle Programm der Veranstaltung "Leipzig liest" für den Sonntag insgesamt 568 Veranstaltungen auf, von denen 58 außerhalb des Messegeländes stattfänden. Angesichts der Tatsache, dass die weit überwiegende Zahl der Veranstaltungen auf dem Gebiet der Leipziger Messe stattfänden, sei die Annahme der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar, dass sich die Hälfte aller für diesen Sonntag ermittelten Veranstaltungsbesucher am Nachmittag des 18. März 2018 in der Innenstadt aufhalten werden. Die von der Antragsgegnerin ermittelten Zahlen stünden daher offensichtlich im Widerspruch zu den Angaben im Programmheft. Im Übrigen sei auch nicht nachvollziehbar, dass zu den Veranstaltungen am Nachmittag in der Innenstadt jeweils generell mit 2.400 Besuchern zu rechnen sei.

Die Ratsvorlage sei auch deswegen keine geeignete Prognosegrundlage für die Stadträte gewesen, weil sie jegliche Angaben zu den Besucherströmen sowie zu den Flächenverhältnissen vermissen lasse. Darüber hinaus sei nach der Rechtsprechung bei einer Gewichtung der Sachgründe für eine Ausnahme vom grundsätzlichen Öffnungsverbot von Sonntagen und damit bei der Entscheidung über eine Öffnung an Sonntagen die sonstigen Öffnungsmöglichkeiten und das Ausmaß der Sonderöffnungen zu berücksichtigen. Diese Vorgaben habe die Antragsgegnerin ebenfalls nicht berücksichtigt. Nach dem Sächsischen Ladenöffnungsgesetz sei es möglich, die Geschäfte von montags bis sonnabends von 6:00 Uhr bis 22:00 Uhr zu öffnen.

Ein Grund für eine weitere Öffnungsmöglichkeit an Sonntagen könne daher nur gegeben sein, wenn diese Öffnungszeiten zur Befriedigung der dem hinreichenden Sachgrund zugrunde liegenden konkreten Bedürfnisse nicht ausreichen würden oder wenn diese Bedürfnisse ausschließlich an den konkreten Sonntagen aufträten. Gründe, die eine solche Annahme unterstützen könnten, seien in der Beschlussvorlage nicht genannt und auch nicht ersichtlich. Es bestehe auch kein besonderes Versorgungsinteresse an diesem Sonntag.

[...]

II.

Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist zulässig. Die Antragstellerin ist insbesondere im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Sie kann unabhängig von

der Frage, ob ihre für Sonntag, den 18. März 2018 geplante Veranstaltung vorgeschoben ist, geltend machen, durch die zur Prüfung gestellte Norm in ihren Rechten derzeit oder in absehbarer Zeit verletzt zu sein. Hierfür genügt nämlich bereits ihr Vortrag, die angegriffene Rechtsverordnung sei mit der Ermächtigungsgrundlage des § 8 Abs. 1 SächsLadÖffG unvereinbar. Die Ausgestaltung des Sonntagsschutzes in § 8 SächsLadÖffG dient auch dem Schutz des Interesses von Vereinigungen und Gewerkschaften am Erhalt günstiger Rahmenbedingungen für gemeinschaftliches Tun und ist in diesem Sinne drittbeschützend. Obgleich die Antragstellerin nicht unmittelbar Adressatin der durch die Rechtsverordnung gestatteten Ladenöffnung ist, ist sie als Gewerkschaft somit durch die angegriffene Rechtsverordnung in ihrem Tätigkeitsbereich betroffen und kann sich folglich darauf berufen, die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 SächsLadÖffG hätten nicht vorgelegen (SächsOVG, NK-Urt. v. 31. August 2017 - 3 C 9/17 -, juris Rn. 23 ff. m. w. N.).

Der Normenkontrollantrag ist auch begründet.

Gemäß § 47 Abs. 6 VwGO kann das Oberverwaltungsgericht die Anwendung der Verordnung der Antragsgegnerin vorübergehend außer Vollzug setzen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Da sich der Wortlaut der Vorschrift an § 32 BVerfGG anlehnt, sind die vom Bundesverfassungsgericht hierzu entwickelten Grundsätze (BVerfG, Beschl. v. 8. November 1985, BVerfGE 71, 158 [161]; BVerfG, Beschl. v. 8. November 1994, BVerfGE 91, 252 [257 f.]; st. Rspr.) auch bei § 47 Abs. 6 VwGO heranzuziehen. Bei der Prüfung, ob die vorläufige Aussetzung einer bereits in Kraft gesetzten Norm dringend geboten ist, muss deshalb ein besonders strenger Maßstab angelegt werden (SächsOVG, Beschl. v. 7. März 2018 - 3 B 386/17 -, zur Veröffentlichung in juris vorgesehen; Beschl. v. 31. August 2017 - 3 B 119/17-, n. v.; VGH BW, Beschl. v. 18. Dezember 2000 - 1 S 1763/00 -, juris Rn. 6). Als Entscheidungsmaßstab dienen die Erfolgsaussichten eines anhängigen oder möglicherweise nachfolgenden Hauptsacheverfahrens. Erweisen sich diese als offen, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, eine Hauptsache aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, einem anhängigen oder möglicherweise nachfolgenden Normenkontrollantrag aber der Erfolg zu versagen wäre (SächsOVG, Beschl. v. 7. März 2018 a. a.

O. Rn. 6; Beschl. v. 9. November 2009 - 3 B 455/09 -, juris Rn. 32).

Im vorliegenden Fall erweist sich die Hauptsache als offensichtlich begründet, weshalb es keiner Folgenabwägung mehr bedarf. Die Verordnung erfüllt nicht die Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 SächsLadÖffG. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SächsLadÖffG werden die Gemeinden ermächtigt, abweichend von § 3 Abs. 2 SächsLadÖffG die Öffnung von Verkaufsstellen in ihrem Gemeindegebiet an jährlich bis zu vier Sonntagen zwischen 12 und 18 Uhr aus besonderem Anlass durch Rechtsverordnung zu gestatten. Gemäß § 3 Abs. 2 SächsLadÖffG ist die Öffnung von Verkaufsstellen und das gewerbliche Anbieten von Waren außerhalb von Verkaufsstellen zum Verkauf an jedermann an Sonn- und Feiertagen verboten. Die Freigabe kann nach § 8 Abs. 1 Satz 4 SächsLadÖffG auf bestimmte Ortsteile und Handelszweige beschränkt werden.

Das Tatbestandsmerkmal „aus besonderem Anlass“ in § 8 Abs. 1 Satz 1 SächsLadÖffG ist erfüllt, wenn eine Veranstaltung, die selbst einen beträchtlichen Besucherstrom anzieht, Anlass für die Gestattung der Öffnung von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen ist. Die öffentliche Wirkung dieser Anlassveranstaltung muss gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftigkeit der Öffnung von Verkaufsstellen im Vordergrund stehen. Letztere darf den gesamten Umständen nach nur als bloßer Annex zur anlassgebenden Veranstaltung erscheinen. Daher können nur Veranstaltungen, die selbst einen beträchtlichen Besucherstrom anziehen, Anlass für die Gestattung der Öffnung von Verkaufsstellen an einem Sonntag sein. Weder das bloße wirtschaftliche Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber noch das alltägliche Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potenzieller Kunden kann einen solchen Anlass darstellen. Der Ordnungsgeber hat über die Wirkungen der Anlassveranstaltung und der Sonntagsöffnung eine Prognose anzustellen. Hierbei sind sowohl die zu erwartenden Besucherströme von Bedeutung, die durch die Anlassveranstaltung ausgelöst werden, also auch diejenigen, die mit der Öffnung von Verkaufsstellen verbunden wären. Maßgeblich sind diejenigen Prognosegrundlagen, die dem beschließenden Organ im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorliegen.

Der Ordnungsgeber wird den verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen an die Öffnung von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen daher grundsätzlich nur gerecht, wenn er sich im Vorfeld des Normerlasses vergewissert hat, wie sich die von ihm zugelassene Öffnung von Verkaufsstellen auf den Charakter der hiervon betroffenen Sonntage auswirken wird. Dabei darf sich der Ordnungsgeber nicht in Spekulationen verlieren. Es bleibt grundsätzlich dem Ordnungsgeber überlassen, worauf sie die von ihr anzustellende Prognose stützt. Hierbei sind sowohl die zu erwartenden Besucherströme von Bedeutung, die durch die Anlassveranstaltung ausgelöst werden, als auch diejenigen, die mit der Öffnung von Verkaufsstellen verbunden wären. Zur Abschätzung kann der Ordnungsgeber etwa auf Befragungen oder auf Erfahrungswerte der Ladeninhaber zu den an Werktagen üblichen Besucherzahlen zurückgreifen.

Zum Beispiel könnten an Sonntagen, an denen keine Anlassveranstaltungen durchgeführt werden, in der Innenstadt unter Passanten Erhebungen über Besucherströme durchgeführt werden (zu allem: SächsOVG, NK-Urt. v. 31. August 2017 a. a. O. Rn. 34 ff. m. w. N.).

Dem Stadtrat der Antragsgegnerin lagen ausweislich der Begründung der der Stadtverwaltung erstellten Beschlussvorlage keine Angaben zu den anlässlich der Ladenöffnung zu erwartenden Besucherströme vor. Die Antragsgegnerin hat im Vorfeld keine solchen - von der Rechtsprechung vorausgesetzten - Untersuchungen angestellt, um sich selbst zu vergewissern, ob der prägende Charakter der Anlassveranstaltung im Fall der Öffnung von Verkaufsstellen erhalten bleibt und der Öffnung der Verkaufsstellen von der Öffentlichkeit deswegen lediglich Annexcharakter zukommt. Zur Begründung beruft sich die Antragsgegnerin vielmehr im Wesentlichen auf die Bedeutung der Leipziger Buchmesse und des parallel durchgeführten Festivals "Leipzig liest" sowie auf die dadurch ausgelösten Besucherströme.

Fehlt es an geeigneten Untersuchungen im Vorfeld des Erlasses einer Verordnung über das Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonntagen, kann das Gericht solche Untersuchungen nicht nachholen, da ihm eine eigene Prognose verwehrt ist. In einem solchen Fall hat sich die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle darauf zu beschränken, ob sich die vom Stadtrat vorgenommene Prognose offensichtlich als schlüssig und noch vertretbar erweist (SächsOVG a. a. O. Rn. 50). Dies ist der Fall, wenn angesichts der dem Stadtrat aus der gegebenen Begründung oder sonst bekannten Tatsachen offensichtlich davon auszugehen ist, dass der Besucherstrom, der durch die Anlassveranstaltung ausgelöst wird, denjeni-

gen übersteigen wird, der durch die Ladenöffnung angezogen wird. Diese Offensichtlichkeit, die der Senat in dem genannten Normenkontrollurteil beschränkt auf den Bereich des Ortsteils Zentrum für den Fall bejaht hatte, dass prognostisch mit mindestens 75.000 Besuchern der Anlassveranstaltung zu rechnen ist (SächsOVG a. a. O. Rn. 58), ist im Fall des Lesefestivals „Leipzig liest“ nicht gegeben. Die von der Antragsgegnerin in ihrer Beschlussvorlage angegebene Zahl von geschätzt 38.720 Besuchern, die auf die im Ortsteil Zentrum geplanten 16 Veranstaltungen des Lesefestivals "Leipzig liest" entfallen sollen, ist nicht geeignet, offensichtlich zu belegen, dass durch die Ladenöffnung nicht mehr Besucher angezogen werden.

Zweifel daran, dass die Anlassveranstaltung "Leipzig liest" mehr Besucher anziehen wird als die sonntägliche Ladenöffnung, sind schon angesichts der von der Antragstellerin angeführten und der Antragsgegnerin bekannten Frequenzählungen des Unternehmens Engel & Völkers Commercial veranlasst. Allerdings ist der Antragsgegnerin darin zuzustimmen, dass die an einem Samstag im April 2017 gemessenen Passantenströme in der Petersstraße von stündlich durchschnittlich 7.158 Passanten und eines sich hieraus für die Zeit von 12 Uhr bis 18 Uhr ergebenden Passantenstroms von 42.948 Passanten allein noch keinen direkten Schluss darauf zulassen, dass diese Passanten von den geöffneten Läden angezogen wurden. Hierzu fehlt es an Erhebungen zur Motivationslage. Andererseits lässt sich mangels entsprechender Erhebungen eben nur darüber spekulieren, welcher Anteil hiervon anlässlich der geöffneten Geschäfte unterwegs war. Anders als bei der vom Senat bei "mindestens 75.000" Besuchern der Anlassveranstaltung angenommenen Offensichtlichkeit kann bei diesen Vergleichsgrößen nicht davon ausgegangen werden, dass die Besucherzahlen der Anlassveranstaltung "Leipzig liest" die durch die Ladenöffnung ausgelösten Besucherströme offensichtlich übersteigen werden.

Hinzu kommt, dass die von der Antragsgegnerin angegebene Zahl von geschätzt 38.720 Besuchern der im Ortsteil Zentrum geplanten Veranstaltungen im Rahmen des Lesefestivals "Leipzig liest" keine taugliche Prognosegrundlage darstellt und schon deswegen nicht geeignet ist, diese Offensichtlichkeit zu belegen. Prognosegrundlagen sind nur dann geeignet, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 SächsLadÖffG zu belegen, wenn sie in sich schlüssig und nachvollziehbar sind und nicht im Widerspruch zu sonstigen offenkundigen Tatsachen stehen. Die von der Antragsgegnerin er-

rechnete Zahl von geschätzt 38.720 Besuchern ist jedoch nicht nachvollziehbar. Sie basiert auf einer falschen Annahme. Indem sie zu der von ihr errechneten Zahl von 31.600 Besuchern, die basierend auf den Erfahrungen des vergangenen Jahres an einem Sonntag die dezentralen, also außerhalb des Messegeländes gelegenen Veranstaltungen besuchen sollen, die 41.000 Besucher des Messegeländes addiert, verzerrt sie das Bild. Denn es ist schon fraglich, ob diese Besucher tatsächlich auch alle zusätzlichen Veranstaltungen des Lesefestivals "Leipzig liest" im Ortsteil Zentrum besuchen werden, wie die Antragsgegnerin ohne Begründung annimmt. Kommen sie aus anderen, zum Beispiel touristischen Gründen, in die Innenstadt, dürfen sie nicht berücksichtigt werden. Jedenfalls aber führt diese Berechnung dazu, dass Besucher des Lesefestivals "Leipzig liest", die an einem Sonntag Veranstaltungen sowohl auf dem Messegelände als auch im Ortsteil Zentrum besucht haben, bei den zu erwartenden Besuchern der Anlassveranstaltung im Ortsteil Zentrum doppelt berücksichtigt werden und das Bild verzerren. Ausgehend von den an einem Sonntag für 33 dezentrale Veranstaltungen im Stadtgebiet errechneten 31.600 Besuchern hätte die Antragsgegnerin folglich nur von 15.321 Besuchern der 16 Veranstaltungen des Lesefestivals "Leipzig liest" im Stadtteil Zentrum ausgehen dürfen. Angesichts von 192.000 m² Verkaufsflächen im Ortsteil Zentrum und der Ergebnisse der Frequenzählungen des Unternehmens Engel & Völkers Commercial ist bei diesem Besucheraufkommen naheliegend anzunehmen, dass die durch die Ladenöffnung mehr Menschen angezogen werden als durch die Anlassveranstaltung "Leipzig liest".

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verordnung sind im Übrigen auch veranlasst, weil nicht ersichtlich ist, dass der Stadtrat der Antragsgegnerin von seinem nach § 8 Abs. 1 Satz 4 SächsLadÖffG zwingend auszuübenden Ermessen hinsichtlich der Beschränkung der Ladenöffnung auf bestimmte Handelszweige Gebrauch gemacht hat. Es mag gute Gründe geben, dass die Antragsgegnerin von einer solchen Beschränkung abgesehen hat. Da - anders als hinsichtlich der nach § 8 Abs. 1 Satz 4 SächsLadÖffG eröffneten Möglichkeit zur zeitlichen Beschränkung des in § 8 Abs. 1 Satz 1 SächsLadÖffG vorgesehenen Zeitrahmens - in der Begründung der Antragsgegnerin zur Beschlussvorlage keinerlei Ausführungen zu einer Beschränkung der Ladenöffnung auf bestimmte Handelszweige enthalten sind, bestehen Zweifel, ob der Stadtrat dieses durch § 8 Abs. 1 Satz 4 SächsLadÖffG eröffnete Ermessen überhaupt ausgeübt hat.

Sicherheit als das Supergrundrecht? Zu den Bayerischen Gesetzesvorhaben im Sicherheitsbereich – ein Kommentar.

Nach einer Sondersitzung des Parlamentarischen Kontrollgremiums (PKGr) des Bundestages sagte Anfang der 10er-Jahre der damalige CSU-Bundesminister des Inneren, *Hans-Peter Friedrich*, Sicherheit sei ein *Supergrundrecht*.¹

Was ist ein Supergrundrecht? Juristen werden diesen Begriff nicht aus ihrer Grundrechtvorlesung oder überhaupt aus ihrem Fachstudium kennen. Erst recht nicht in Verbindung mit Sicherheit. Es gibt weitreichende Rechte, die den Menschen als Lebewesen und sein Bestehen direkt betreffen, wie das Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit, aber auch sicherheitsrelevante Rechte wie den Schutz des Eigentums etc. Mit den Grundrechten wollten die Mütter und Väter des Grundgesetzes tatsächlich Schutz und Sicherheit schaffen, aber in erster Linie als Freiheiten gegenüber dem Staat. Grundrechte sind vor allem anderen Abwehrrechte gegenüber der staatlichen Gewalt. Sie wurde mit Blick auf die Zeit des Nationalsozialismus und ebenso mit Blick auf die Praxis in der Sowjetunion und anderen Staaten unter sozialistischer Regierung formuliert.²

Was nun der damalige Innenminister Friedrich mit seiner Aussage zur Sicherheit als Supergrundrecht impliziert, unterminiert das Telos der Grundrechte. Sicherheit soll als Rechtfertigung für die Beschneidung der Freiheit durch die Organe der Staatsgewalt dienen. Das Freiheiten für ein funktionierendes Zusammenleben notwendig ihre Schranken finden müssen, steht nicht in Zweifel. Nur durch Freiheitsschranken können wir gemeinsam unsere Freiheit weitest möglich verwirklichen. Allerdings muss jederzeit ein effektiver Schutz vor willkürlichen, ideologiegetriebenen oder unangemessenen Eingriffen der Staatsgewalt garantiert werden. Dafür sind stets *die fatalsten, denkbaren Folgen* von gesetzlichen Grundrechtsschranken in den Blick zunehmen. Wessen Freiheit

¹ *Manuel Bewarder, Thorsten Jungholt*: Friedrich erklärt Sicherheit zum „Supergrundrecht“ vom 16.07.2013 auf welt.de (abgerufen am 19. April 2018). Zwar merkte Friedrich auch an, dass Freiheit grundsätzlich erhalten bleiben muss, indes war den Zuhörern die Motivation offensichtlich.

² Siehe dazu *Manfred Baldus*, Kämpfe um die Menschenwürde, 2016, S. 21ff.; *Lukas C. Gundling*, Naturrechtsdiskussion im Parlamentarischen Rat, 2016, S. 34, 84f.

gerät durch was wie sehr in Gefahr? Wird der Wesensgehalt eines Grundrechtes durch eine mögliche neue Schranke bedroht? Das Ausruhen auf der Annahme „Ich habe ja nichts zu befürchten“ oder „Unsere politische Lage ist stabil“ ist hierbei eine zumindest kurzfristige Mutmaßung, sind Gesetze nicht lediglich zur kurzfristigen Ordnung der Gesellschaft und des Staates vorgesehen.

In seinem Heimatbundesland – dem Freistaat Bayern – scheint man sich derzeit an das Postulat Friedrichs zurückzubedenken und passte die Gesetzeslage mit einem „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ im Juli 2017 an.³ So wurde damit der Polizei ein Gesetz an die Hand gegeben, das ihr sehr weitreichende Eingriffsbefugnisse einräumt. Es wurde beispielsweise der eingriffsermöglichende Gefahrenbegriff um eine neue Gefahrenkategorie ergänzt: in Art. 11 Abs. 3 PAG wurde die *drohende Gefahr* eingeführt, womit die *mögliche Entstehung einer Gefahr* für ein bedeutendes Rechtsgut gemeint ist, also wenn im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die *konkrete Wahrscheinlichkeit* begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (siehe Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG). Diese drohende Gefahr wurde schließlich auch in die spezielleren Folgeartikel, so bspw. in die Art. 13 (Identitätsfeststellung) oder 14 (erkennungsdienstliche Maßnahmen) PAG eingeführt.

Entgegen diverser Kommentatoren ist der Begriff der drohenden Gefahr damit nicht neu, er ist nicht Produkt des aktuellen Diskurses. Vielmehr ist er bereits im Juli letzten Jahres in das Gesetz eingegangen und somit bereits heute rechtliche Realität.⁴ Auch schon in dieser Polizeirechtsanpassung Mitte 2017 wurde die – nun wieder in Rede stehende – Eingriffsschwelle für die präventive Ingewahrsamnahme durch den Tausch der Begriffe in Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG herabgesetzt.⁵ Ebenso wurde das Kontaktverbot und die Aufenthaltsanordnung in Art. 16 PAG oder die elektronische Aufenthaltsüberwachung in Art. 32a PAG – und auch bereits bei drohender Gefahr – eingeführt. Dies sind lediglich Beispiele, die verdeutlichen, dass Bayern seit fast einem Jahr ein sehr

³ Änderung vom 24. Juli 2017, GVBl. S. 388. Siehe dazu auch LT Drs. 17/16299.

⁴ GVBl. S. 388.

⁵ LT Drs. 17/16299, S. 6.

weitreichendes PAG besitzt. Schon bei den damals geschaffenen Möglichkeiten handelt es sich unstreitig um *massive Grundrechtseingriffe*, deren Verhältnismäßigkeit bisher prominent noch keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen wurde.

Das Gesetz von 2017 sollte das präventivpolizeiliche Befugnisinstrumentarium unverzüglich der aktuellen Bedrohungslage anpassen. Ohne Frage haben wir eine solche – zumindest abstrakte – Bedrohungslage. Aber: Vorgesehen ist, dass Personen nun auch dann für „gefährlich“ befunden werden können, wenn ihnen noch keine konkreten Straftaten einschließlich strafbarer Vortaten nachgewiesen werden können. Die Gesetzesbegründung zielt zwar auf die Verhinderung von Terrorismus ab, dennoch wurde diese Schlagrichtung nicht als Eingriffsschranke in das Gesetz mitaufgenommen. Die Eingriffsbefugnisse sind sämtlich allgemein gehalten.⁶ Die bloße Möglichkeit einer geringfügigen Verletzung der Rechtsregeln (=Ordnungswidrigkeit) kann eine Person als gefährlich klassifizieren. Fährt man Auto, besteht zu jeder Zeit die drohende Gefahr, dass die zulässige Höchstgeschwindigkeit übertreten wird, bewegt man sich im urbanen Bereich, könnte man immer rechtswidrig die Straße überqueren etc. Wann sind solche Ordnungswidrigkeiten, die sich ja durch ihre Geringfügigkeit auszeichnen, von Bedeutung, wann liegt also eine drohende Gefahr für ein erhebliches Rechtsgut vor? Durch überhöhte Geschwindigkeit oder nicht ordnungsgemäßes Queren von Straßen kommt es bspw. regelmäßig zu tödlichen Unfällen – und die drohende Gefahr für das Leben ist ein erhebliches Rechtsgut (siehe Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG). Ohne den Bayerischen Ermittlungsbehörden zu unterstellen, sie würden dieses Instrumentarium für willkürliche, vorurteilsgeleitete Eingriffe nutzen wollen, sollte man doch Bedenken was ein solches Gesetz in extremen Fällen ermöglicht.

Nun soll durch den aktuellen „Entwurf für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts“ die bereits erweiterten Rechte *nochmals* deutlich ausgeweitet werden. So sieht das neue PAG im Bereich der Erkennungsdienstlichen Maßnahmen in Art. 14 Abs. 3 – 5 PAG-E die *DNA-Untersuchung* als Erkennungsdienstliche Maßnahme vor, zudem wird in Art. 15 Abs. 3 PAG-E die Zwangsdurchsetzung einer *polizeilichen Vorladung bei drohender Gefahr* möglich oder in Art. 16 PAG-E die Anordnung der *regelmäßigen Meldung bei der Polizei* – eine erneute

Ausweitung der erst vergangenen Jahres eingefügten Aufenthaltsanordnung (s.o.).⁷

Auch kann die Polizei nun bereits Sachen (Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG-E) oder darüber hinaus Daten (Art. 25 Abs. 3, 30ff. PAG-E) bei *nur drohender Gefahr* sicherstellen, verarbeiten und den Zugriff darauf verhindern.⁸ Es ist sich nochmals zu vergegenwärtigen, dass eine drohende Gefahr sich dadurch auszeichnet, dass die Gefährdungslage eben noch nicht besteht oder unmittelbar bevorsteht, sondern lediglich auf einer Wahrscheinlichkeitsabschätzung beruht.

Weiter soll es der Polizei auch möglich werden, *Postsendungen bei Postdienstleistern sicherzustellen*, wenn dies zur Abwehr drohender Gefahren geeignet ist. Die Sicherstellung kann ebenfalls unbegrenzt um jeweils drei Monate verlängert werden und im Fall von Gefahr in Verzug durch den Leiter des Landeskriminalamtes oder eines Landespolizeipräsidiums angeordnet werden (Art. 35f. PAG-E).

Ebenso ist die *Aufzeichnung der Telekommunikation* gemäß Art. 42 PAG-E auch bei drohender Gefahr zulässig sowie durch Art. 45 PAG-E die *Überwachung informativstechnischer Systeme*. Dazu darf die Polizei nach Art. 47 PAG-E nunmehr *unbemannte Drohnen* einsetzen, also um Wohnungen, Telekommunikations- oder IT-Systeme zu überwachen.⁹ Soweit nur vielfältige Beispiele aus dem Entwurf, die die Reichweite der vorgesehenen Freiheits-schranken illustrieren. Eine Vielzahl von Grundrechten (nicht nur Art. 10, 13, 14 GG) finden durch ihn eine starke Begrenzung.

Daneben ist der Gesetzentwurf der bayerischen Staatsregierung für ein Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfegesetz bekannt geworden. Darin ist in Art. 33 eine sogenannte Unterbringungsdatei geplant.¹⁰ Eine solche Datei ist per se zunächst nicht anzugreifen. Kritisch eingeschätzt wird mitunter die mögliche Speicherdauer von fünf Jahren (Art. 33 Abs. 2 S. 2), die Vielzahl an Informationen, wie beispielsweise auch der ärztliche Befund (Art. 33 Abs. 1 Nr. 9), sowie der umfangreiche Zugriff durch andere Behörden auf diese Daten (Art. 33 Abs. 2 S. 1).

Für sich genommen mögen viele der angedachten und bereits im letzten Jahr vollzogenen Änderungen der

⁷ LT Drs. 17/20425, S. 8.

⁸ LT Drs. 17/20425, S. 10f.

⁹ LT Drs. 17/20425, S. 13ff.

¹⁰ LT Drs. 17/21573, S. 17f.

⁶ LT Drs. 17/16299, S. 1f.

bayerischen Rechtsordnung zunächst unproblematisch erscheinen. Beachtenswert werden die Änderungen in der Zusammensicht. Die Vielzahl an Daten die zu unterschiedlichen Anlässen auf unterschiedliche Weise erhoben werden können und die neuen Möglichkeiten der Verknüpfung, lassen das Ausmaß eines möglichen Eingriffs bei holistischer Betrachtung gewaltiger erscheinen – eine effektive Überwachung soll durch die Gesetze erreicht werden, doch trifft diese tatsächlich und gesichert nur die gefährlichen Straftäter? Wird durch diese umfangreiche Erweiterung der Überwachungsmöglichkeiten nicht das Fundament einer schleichenden Ausweitung der tatsächlichen Überwachung von Bürgern gesetzt, mitunter nur als Nebenprodukt oder in der Vorstufe, noch einzubringender, weiterer Anpassungen?

Den Ermittlungsbehörden wird ein sehr tiefgreifendes Eingriffs- insbesondere Überwachungsinstrumentarium an die Hand gegeben, ein Instrumentarium das in dieser Reichweite unter dem Grundgesetz wohl noch zu keiner Zeit bestanden hat. Insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass es früher Institutionen wie die Staatssicherheit in der DDR bedurfte, um diese zu bündeln, heute dagegen nur das bestehen solcher Datenreservoirs und deren anschließende – bisweilen nur anlassbezogene – Vernetzung ausreicht. Das Ausmaß an Möglichkeiten des Staates ist aus Überlegungen einer optimalen Verwirklichung der Grundrechte zumindest bedenklich.

Die Redaktion

Aktuelle Neuerscheinung:

Sächsisches Archivgesetz. Kommentar

von Hannes Berger

Die öffentlichen Archive spielen im modernen Informationsstaat eine wichtige Rolle. Anstatt nur der Speicher alter und vergessener Akten zu bleiben, entwickeln sie sich immer mehr zu vernetzten Informationsdienstleistern für Staat, Forschung und Gesellschaft. In Zeiten des E-Governments, der elektronischen Aktenführung und der Informationsfreiheit des Bürgers kommt den rechtlichen Grundlagen des Archivwesens eine große Bedeutung zu. Dieser Gesetzeskommentar zum Sächsischen Archivgesetz bespricht detailliert diese Rechtsgrundlagen für den Freistaat Sachsen und arbeitet alle relevanten Rahmenbedingungen ein. Elektronische Archivierung und das europäische Datenschutzrecht werden ebenso behandelt wie der Grundrechtsschutz und der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz. Neben der Kommentierung des Sächsischen Archivgesetzes werden zudem die wichtigsten Vorschriften der archivischen Berufsausbildung und der Benutzungs- und Gebührenordnung erörtert.

Zur Verlagsseite:

<https://www.verlagdrkovac.de/978-3-339-10056-6.htm>

ISBN: 978-3-339-10056-6

Impressum

Herausgeber und Verantwortliche für die Ausgabe:

Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht GbR

Postfach 80 07 06

99033 Erfurt

Homepage: zlv.de

Email: redaktion@zlv.de

Verantwortliche Herausgeber: Hannes Berger, Lukas C. Gundling.

Die Zeitschrift erscheint quartalsweise im Selbstverlag und ist im Sinne einer freien Wissenschaft kostenlos und jederzeit online zugänglich.

Eine Printversion der Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht ist ausschließlich gegen Spende bestellbar.

Spende je Einzelheft: 10,--€

Spende je Jahrgang: 38,50€

Bestellungen sind unter www.zlv.de oder postalisch möglich.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

Autor_innen senden Manuskripte unter redaktion@zlv.de ein. Manuskripte müssen den Anforderungen der Autorenhinweise entsprechen.