

Datum 11. April 2018

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP

für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes

LT-Drs. 19/5955

I. Übersicht und Gesamtwürdigung

Der vorliegende Gesetzentwurf zielt auf eine präzisere und erweiternde Regelung der Mitwirkungspflichten von Schülerinnen und Schülern in den öffentlichen Schulen des Bundeslandes Hessen. Dazu soll durch die Einfügung eines neuen Abs. 5 in § 69 des Hessischen Schulgesetzes (HessSchulG) das Verbot eingeführt werden, durch „Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens (...) in besonderer Weise zu erschweren.“ Die geplante Neuregelung nimmt Bezug auf eine entsprechende Gesetzesänderung in Niedersachsen im Jahr 2017, die auf das Gutachten des Unterzeichners zurückgeht.

Die in Aussicht genommene Regelung ist in ihrem sachlichen Gehalt untadelig, allerdings verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten. Denn im Unterschied zur damaligen Gesetzeslage in Niedersachsen regelt das Landesrecht in Hessen bereits jetzt in § 69 Abs. 4 S. 2 HessSchG in hinreichend bestimmter Weise Mitwirkungspflichten, mit denen auch einschlägige kommunikative Grundpflichten abgedeckt sind. Daher ist die Abwägung, ob eine Veränderung der gesetzlichen Lage herbeigeführt werden soll, genuin politisch.

II. Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Lage

1. Ausgangspunkt

a) Das HessSchG regelt in § 69 die Rechte und Pflichten aus dem Schulverhältnis. Hier wird in Abs. 4 gegenwärtig bestimmt:

(4) Die Schülerinnen und Schüler sind insbesondere verpflichtet, regelmäßig am Unterricht und den pflichtmäßigen Schulveranstaltungen sowie an den gewählten Ganztagsangeboten teilzunehmen, die erforderlichen Arbeiten anzufertigen und die Hausaufgaben zu erledigen. Sie haben die Weisungen der Lehrkräfte und des Personals, das Betreuungsangebote oder ganztägige Angebote durchführt, zu befolgen, die dazu bestimmt sind, das Bildungs- und Erziehungsziel der Schule zu erreichen und die Ordnung in der Schule aufrechtzuerhalten. Bei minderjährigen Schülerinnen und Schülern sind neben diesen auch die Eltern dafür verantwortlich; die Pflichten der Auszubildenden und Arbeitgeber bei Berufsschülerinnen und -schülern bleiben unberührt.

Die Regelung ist damit strukturell so aufgebaut, dass sie zunächst spezielle Pflichten regelt (Anwesenheit, Teilnahme an Prüfungen) und dann eine allgemeine Weisungsfolgepflicht anschließt, die inhaltlich an den Erziehungsauftrag der Schule gebunden ist („induktives Modell“).

b) Inhalt und Form der gesetzlichen Regelung unterscheiden sich damit sowohl von der vormaligen als auch in geringerem Umfang von der neuen Rechtslage in Niedersachsen, auf die im Gesetzgebungsverfahren Bezug genommen wurde.

Hier war in § 58 des Niedersächsischen Schulgesetzes in der Fassung vom 3. März 1998 (Nds. GVBl. S. 137) bis zur Neuregelung 2017 nur bestimmt:

Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht teilzunehmen und die geforderten Leistungsnachweise zu erbringen.

Die knappe Fassung in Niedersachsen ging auf die Änderung des Schulgesetzes von 1993 zurück, mit der das bis dahin formal noch bestehende Anstaltsschulrecht beseitigt wurde. Aus dem vormaligen § 42 wurde Abs. 1 gestrichen („Die Rechte und Pflichten des Schülers in der Schule bestimmen sich nach den Grundsätzen des Anstaltsrechts, soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt“), die bis dahin beispielhaft in Abs. 2 hervorgehobenen („insbesondere“) Pflichten des Unterrichtsbesuchs und der Teilnahme an Leistungsnachweisen bildeten nunmehr die Pflichtenstellung abschließend ab.

Durch die Neuregelung 2017 ist in Niedersachsen nunmehr eine Mitwirkungspflicht an den Anfang gestellt, von der aus kaskadenartig bestimmte Einzelpflichten (Anwesenheit, Teilnahme an Prüfung, Kleidung) angeschlossen werden. § 58 lautet in seiner neuen Fassung:

(1) Schülerinnen und Schüler haben das Recht und die Pflicht, an der Erfüllung des Bildungsauftrags der Schule mitzuwirken.

(2) 1 Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht teilzunehmen und die geforderten Leistungsnachweise zu erbringen. 2 Sie dürfen durch ihr Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens nicht in besonderer Weise erschweren. 3 Dies gilt nicht, wenn einzelne Tätigkeiten oder besondere gesundheitliche Gründe eine Ausnahme erfordern.

Diese Form der Regelung lässt sich als „deduktives Modell“ kennzeichnen.

Sowohl das induktive als auch das (bessere) deduktive Modell erfüllen im Unterschied zur früheren niedersächsischen Gesetzesbestimmung die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein eventuelles Verbot einer unterrichtsstörenden Bekleidung. Das ergibt sich aus der (im folgenden unter Rückgriff auf meine gutachterlichen Äußerungen zum Gesetzgebungsverfahren in Niedersachsen skizzierten) verfassungsrechtlichen Lage.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) Zweifellos stellt die Vorgabe einer bestimmten Kleidung (oder ihr Verbot) einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und – bei plausibler Begründung – auch einen Eingriff in das Grundrecht der Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, sowie ggfs. den Schutz des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dar. Schülerinnen und Schüler können dem wegen der strengen Schulpflicht auch regelmäßig nicht entgehen.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat die grundsätzlich allgemein-ausnahmslose Schulpflicht wiederholt gerechtfertigt,

vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21.4.1989 (1 BvR 235/89), Rn. 3 f.; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.5.2006 (2 BvR 1693/04), Rn. 9, 15 ff.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 21.7.2009, NJW 2009, 3151 (3152); BVerwGE 147, 362 (Rn. 13, zu einzelnen Unterrichtseinheiten Rn. 18 ff.).

Zugleich gilt selbstverständlich: Die öffentlichen Schulen sind Teil des Staates und damit ausnahmslos unmittelbar an die Grundrechte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG. Daher kann sich jede Schülerin und jeder Schüler in jeder öffentlichen Schule auf alle Grundrechte berufen und damit rechtswidrige Eingriffe ohne hinreichende Rechtfertigung abwehren,

BVerfGE 34, 165 (192 f.); 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417 f.); 58, 257 (268 ff.) – stdg. Rspr.; umfassend statt aller Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 26 ff.

Ein Eingriff muss also gerechtfertigt werden. Dafür ist nach allgemeinen Regeln ein hinreichender Beitrag des parlamentarischen Gesetzgebers erforderlich (formale Ebene: Parlamentsvorbehalt), der sich der Sache nach darauf stützen kann, dass durch diesen Eingriff gleichrangige Verfassungsrechtsgüter geschützt werden (materielle Ebene: praktische Konkordanz). Je spezifischer und hochrangiger das betroffene Rechtsgut ist, desto stärker muss der Gesetzgeber selbst die Verantwortung für genau diesen Grundrechtseingriff übernehmen, ganz allgemeine Ermächtigungen („Generalklauseln“) reichen dann nicht aus. Das Schulrecht zeugt davon, dass im Unterschied zum früheren Anstaltsrecht etliche Einzelfragen inzwischen einer genaueren Regelung durch das Gesetz unterliegen; regelmäßig hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zu entsprechendem Handeln anhalten müssen,

vgl. BVerfGE 47, 46 (78 ff.).

b) Dabei hat der Gesetzgeber im Schulbereich verfassungsrechtlich eine komplexe Lage zu bewältigen. Denn gerade die (strenge) Schulpflicht bedingt, dass Bildung und Erziehung die grundrechtliche Identität der Schülerinnen und Schüler achten. Paradoxiertweise fordert dann der auf die Entfaltung der Grundrechte ausgerichtete Erziehungsprozess aber auch von Eltern und Schülern mehr als nur eine äußerliche Duldung staatlicher Einwirkung. Sie sind auch verpflichtet, die notwendigen Voraussetzungen für einen solchen Unterricht zu schaffen bzw. nicht zu verhindern. Zugleich ist der Staat insbesondere in grundrechtssensiblen Bereichen zu Toleranz und Rücksichtnahme verpflichtet. Erst diese doppelte Ausrichtung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen: Die Beachtung der Maßgaben für das staatliche Handeln und die Mitwirkungspflichten der Schüler und Eltern sind immer wieder aufeinander verwiesen, um der Entwicklung der Persönlichkeit der Schüler in einem umfassenden Sinn zu genügen.

Im Einzelnen gilt: Art. 7 Abs. 1 GG legitimiert nach ständiger Rechtsprechung

„einen umfassend zu verstehenden staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag. Dieser verleiht dem Staat Befugnisse zur Planung, Organisation, Leitung und inhaltlich-didaktischen Ausgestaltung des Schulwesens, seiner Ausbildungsgänge sowie des dort erteilten Unterrichts“,

BVerwGE 147, 362 (Rn. 11) unter Rückgriff auf BVerfGE 96, 288 (303); BVerwGE 107, 75 (78). So auch die ganz herrschende Auffassung in der Literatur, im Einzelnen Thiel, Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule, 2000, insb. S. 43 ff.; Avenarius, in: Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 108 ff.; Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 140 ff.; Wißmann, in: Bonner Kommentar, Art. 7 (2015), Rn. 59 ff.; kritisch Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hg.), GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 23 ff.

Schulunterricht ist vor diesem Hintergrund nicht (nur) Anwendung von gesetzlichen Bestimmungen, sondern notwendig ein personaler, offener Prozess. Schulrecht kann und muss daher – wie jede Regulierung von Dauerverwaltungsverhältnissen – durch flexible, allgemeine Regeln geordnet werden. So können konkrete Lerninhalte (wie zum Beispiel Regelungen zur Rechtschreibung) auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Lernzielbestimmungen durch die zuständigen (exekutiven) Stellen festgelegt werden,

vgl. BVerfGE 98, 218 (251 ff.); BVerwG, Urteil vom 11.9.2013, Az. 6 C 12/12, Rn. 19.

Um (Grund-) Rechte von Schülern und Eltern und staatliche Erziehungsrechte gleichzeitig zu realisieren, bedarf es fairer Prozeduren statt eindimensionaler Vorrang-, Unterordnungs- oder Vollzugsszenarien: Einerseits ist der Unterricht darauf ausgerichtet, die durch die Grundrechte geschützte private, plurale, sich entwickelnde Identität der Schülerinnen und Schüler zu achten. Im gleichen Moment ist andererseits die Achtung des Anderen wie auch die Orientierung an demokratisch definierten Gemeinwohlzielen ständige Maßgröße des Schulehaltens und damit auch Pflicht der Schülerinnen und Schüler.

Diese Gleichzeitigkeit ist ein verfassungsrechtlich maßgeblicher Faktor für die staatliche Schule. Sie respektiert Schülerinnen und Schüler in ihrer grundständigen Verschiedenheit, und zugleich darf und muss sie ihnen zumuten, sich mit anderen als ihren eigenen Anschauungen auseinanderzusetzen und dabei auch Grenzen ihrer eigenen Rechte hinzunehmen. Die Vermeidung unerwünschter oder auch bloß unbekannter Kontakte, die der Bürgergesellschaft freisteht, ist in der Schule suspendiert. Daraus leitet sich insbesondere auch die Gestaltung des Unterrichts als wechselseitiger, offener Prozess ab.

Ziel und Inhalt des schulischen Erziehungsprozesses wirken in den Worten des Bundesverfassungsgerichts wie folgt zusammen:

„(Der staatliche Erziehungsauftrag) richtet sich nicht nur auf die Vermittlung von Wissen und die Erziehung zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit. Er richtet sich auch auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben. Soziale Kompetenz im Umgang auch mit Andersdenkenden, gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung einer von der Mehrheit abweichenden Überzeugung können effektiver eingeübt werden, wenn Kontakte mit der Gesellschaft nicht nur gelegentlich stattfinden, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch verbundenen Alltagserfahrung sind“,

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.5.2006 (2 BvR 1693/04), Rn. 16.

Die Teilnahmepflicht der Schüler richtet sich daher nicht nur auf eine äußerliche, rein eigennützig kalkulierende oder dulddende Anwesenheit, sondern auf die (viel weitergehende, dafür als solche kaum erzwingbare) Verpflichtung zur Teilnahme an Unterricht und Erziehung als geistigem Prozess. Daraus lässt sich als Vorwirkung die Pflicht ableiten, die notwendigen Voraussetzungen für einen solchen Unterricht auch auf Seiten der Schülerinnen und Schüler zu schaffen und nicht bereits durch ein äußerliches Verhalten zu verunmöglichen.

Die Pflicht zur Begegnung und Auseinandersetzung verlangt zugleich auch wieder vom Staat, dass die Verschiedenheit und persönliche Identität der Beteiligten in der Organisation und Durchführung des Unterrichts geachtet werden. Insbesondere dort, wo grundrechtlich stark geschützte unterschiedliche Wertvorstellungen aufeinanderprallen können, sind für den Staat Rücksichtnahmepflicht und Indoktrinationsverbot zu beachten,

BVerfGE 41, 29 (51); 47, 46 (76 f.); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.5.2006 (2 BvR 1693/04), Rn. 20 ff.; BVerwGE 147, 362 (Rn. 14).

Nur die so umrissene doppelte Ausrichtung der staatlichen Schule genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen: Die Beachtung der Maßgaben für das staatliche Handeln und die Mitwirkungspflichten der Schüler und Eltern sind unmittelbar und immer wieder erneut aufeinander verwiesen, um der Entwicklung der Persönlichkeit der Schüler in einem umfassenden Sinn zu genügen,

BVerfGE 96, 288 (303 f.); zur notwendigen Offenheit der Erziehungssituation näher Wißmann, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, 2002, S. 125 ff.

Entscheidend ist nun, dass im Kernbereich des Unterrichts eine organisatorische Schonung der Grundrechtsposition gerade nicht möglich gemacht werden muss: Um zu erziehen und zu bilden (und nicht nur Unterrichtsinhalte bekanntzugeben), ist die ständige Rückkopplung zwischen Lehrer und Schüler jedenfalls ein legitimes Kernelement. Die Achtung der Verschiedenheit führt gerade zur Pflicht gegenseitiger, kommunikativ symmetrischer Begegnung. Schülerinnen und Schüler können daher – als Kernelement der Schule im Verfassungsstaat – dazu verpflichtet werden, auch in ihrem eigenen Bereich Voraussetzungen für ein Gelingen des wechselseitigen Erziehungsprozesses zu schaffen und dies nicht durch eine bestimmte Kleidung zu unterlaufen oder zu verhindern. Daher lässt sich ein Verhüllungsverbot als Sonderpflicht in der öffentlichen Schule, gestützt auf den staatlichen Erziehungsauftrag, materiell rechtfertigen.

3. Zusammenführung

Vor diesem Hintergrund ist zu verlangen, dass der Gesetzgeber für die Schule eine Rechtslage schafft, in der kleidungsspezifische Vorgaben hinreichend klar als Pflichten abgeleitet werden können (formale Ebene) und in der Sache funktional begründet sind (materielle Ebene).

Aus einer allgemeinen Mitwirkungspflicht lassen sich verschiedene Handlungs- und Unterlassungsvorgaben bestimmen. Es hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass die Kleidung ein typischer Grenzbereich ist, in dem das Recht auf Verschiedenheit eingefordert wird. Wenn Einzelpflichten aufgezählt werden, legt sich daher durchaus nahe, dass der Gesetzgeber die Kleidung in die Aufzählung beispielhaft genannter Pflichten aufnimmt, um für einen gesellschaftlich umstrittenen Fall die Verantwortung der Entscheidung zu übernehmen. Verfassungsrechtlich entscheidend ist jedoch, dass zumindest eine allgemeine Mitwirkungspflicht generiert ist, die nicht selbstbezüglich gestaltet ist, sondern ihre Berechtigung aus dem Gelingen des Erziehungsauftrags der öffentlichen Schule speist; hierauf kann nach den vorstehenden Darlegungen direkt auch ein einschlägiges Kleidungsverbot gestützt werden (während zum Beispiel ein Kopftuch für Schülerinnen im normalen Unterricht gerade nicht gerechtfertigt wäre).

Die bisherige hessische Regelung erfüllt diese Voraussetzungen. Denn sie enthält eine allgemeine Mitwirkungspflicht für Schülerinnen und Schüler, die sich auf die Erfüllung des verfassungsrechtlich geschützten staatlichen Erziehungsauftrags ausrichtet. Insbesondere ist nicht (wie früher in Niedersachsen) notwendig, aus Einzelpflichten zunächst erst eine allgemeine Mitwirkungspflicht zu konstruieren und diese dann „über Bande“ auf neue Pflichten wie etwa Kleidungsvorgaben zurückzubeziehen. Für die Anwendungsebene lässt sich ergänzend festhalten: Jeweils darzulegen ist, dass eine bestimmte Kleidungsart dem Gelingen des Unterrichts in der konkret erfolgenden Form entgegensteht und dieser Unterricht (als Kontrollfrage) nicht nur gerade deshalb in dieser Form erteilt wird, um (eine bestimmte) Religion zu diskriminieren.

Münster, den 11. April 2018

gez. Hinnerk Wißmann