

# JURISTISCHE RUNDSCHAU

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Helwig Hassenpflug

1974

November

Heft 11, S. 445

## Prüfungsordnungen und Grundgesetz

Von Rechtsanwalt Bernhard Stüer, Wiss. Assistent, Münster

Schulische Prüfungsordnungen sind Verwaltungsvorschriften, keine Rechtsnormen. Sie bieten daher keine ausreichende Grundlage, das auf Teilhabe an staatlichen Leistungen gerichtete Grundrecht der Berufs- und Ausbildungsfreiheit des einzelnen wirksam einzuschränken. Auch im besonderen Gewaltverhältnis bedürfen Prüfungsentscheidungen einer gesetzlichen Grundlage. Für eine Übergangszeit gelten die bestehenden schulischen Prüfungsordnungen allerdings als Ersatz-Rechtsnormen fort. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, innerhalb angemessener Frist eine ausreichende normative Regelung zu schaffen.

Der gesamte Schulbereich ist durch eine nicht unerhebliche *Gesetzesferne* gekennzeichnet. Gerade hier sind die gesetzefreien Räume<sup>1</sup> besonders ausgeprägt. Die vorhandenen Schulgesetze<sup>2</sup> gehen über wenig konkrete Allgemeinaussagen nicht hinaus und bieten bei der Einzelfallbeurteilung zumeist keine hinreichende Grundlage und Entscheidungshilfe. Dies gilt in besonderer Weise für das gesamte *schulische Prüfungsverfahren*, das von gesetzlichen Vorschriften in aller Regel nicht behandelt wird<sup>3</sup>.

Bei dieser Lage mag es verständlich sein, daß die zur Entscheidung berufene Prüfungskommission auf jene untergesetzlichen Regelungen zurückgreift, die zumeist im Amtsblatt des Kultusministers als sog. „ministerielle Prüfungsordnungen“ verkündet werden<sup>4</sup>.

Diese Praxis des Zurückgreifens auf ministerielle Runderlasse ist allerdings nicht unbedenklich. Gerade das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Dienst- und Vollzugsordnung im Strafgefangenenverhältnis<sup>5</sup> sowie die Numerus-clausus-Entscheidung dieses Gerichts<sup>6</sup>

haben den Blick dafür geschärft, daß auch in Sonderrechtsverhältnissen jene Maßnahmen, die belastend in die Rechtssphäre des einzelnen eingreifen, einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Die in diesen Entscheidungen zum Ausdruck kommende *Veränderung des rechtlichen Umfeldes* gibt Anlaß, die Verfassungsmäßigkeit der Praxis von Prüfungsämtern, ihre Entscheidungen – ohne gesetzliche Grundlage – (nur) auf ministerielle Runderlasse zu stützen, neu zu überdenken.

### 1. Prüfungsordnungen als Verwaltungsvorschriften keine Rechtsnormen

Der Erörterung dieses verfassungsrechtlichen Problems soll eine Behandlung der *Rechtsnatur* schulischer Prüfungsordnungen vorausgeschickt werden.

Nicht selten werden diese ministeriellen Runderlasse herangezogen, um *Ansprüche* des Kandidaten auf Einhaltung eines bestimmten Prüfungsverfahrens oder auf Erteilung eines Prüfungszeugnisses zu begründen. Derartige Ansprüche können sich allerdings unmittelbar aus der Prüfungsordnung nur ergeben, wenn diese Vorschriften *Rechtsnormqualität* besitzen.

1.1. *Herkömmlich* wird zwischen Rechtsnormen (Gesetzen, Rechtsverordnungen und Satzungen) als Rechtsquellen und Verwaltungsvorschriften mit (nur) verwaltungsinterner Wirkung unterschieden<sup>7</sup>.

Die Abgrenzung zwischen Rechtsnorm und Verwaltungsvorschrift wird dabei zum Teil *formell*<sup>8</sup>, zum Teil

<sup>1</sup> Stüer, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, S. 314.

<sup>2</sup> Vgl. etwa für Nordrhein-Westfalen das Erste Gesetz zur Ordnung des Schulwesens im Lande NW v. 8. 4. 1952 GV NW, S. 430 – SchOG – und das Schulverwaltungsgesetz vom 3. 6. 1958 GV NW, S. 241 – SchVG –.

<sup>3</sup> Zu den Kontrollgrundsätzen der Rechtsprechung: Stüer, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DöV 1974, S. 257–264.

<sup>4</sup> In wohl allen Bundesländern bestehen diese Runderlasse; vgl. etwa für Nordrhein-Westfalen die Reifeprüfungsordnung oder die Prüfungsordnung für die Höheren Wirtschaftsfachschulen, Runderlaß des Kultusministers vom 12. 6. 1963 – II F 70 – 33 – 0/0 Nr. 1598/63 veröffentlicht im ABl. KM 1963, S. 116–119.

<sup>5</sup> BVerfG v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – DVBl. 1972, S. 385 = JZ 1972, S. 357 m. Anm. Starck = NJW 1972, S. 811 = Jus 1972, S. 339; vgl. zu dieser Entscheidung auch Müller-Dietz, Verfassung und Strafvollzugsgesetz, NJW 1972, S. 1161; Quedenfeld, Bundesverfassungsgericht und Strafvollzugsgesetzgebung, JZ 1972, S. 431; Rupprecht, Grundrechtseingriffe im Strafrecht, NJW 1972, S. 1345; Erichsen, Grundrechtseingriffe im besonderen Gewaltverhältnis, VerwArch. 1972, S. 441 ff.

<sup>6</sup> BVerfG v. 18. 7. 1972 – I BvL 32/70 und 25/71 – BVerfGE 33, S. 303 ff. = DVBl. 1972, S. 725 ff. = DöV 1972, S. 606 ff. = BayVBl. 1972, S. 469 ff. m. Anm. Maunz = NJW 1972, S. 1561 m. Anm. Plander, S. 141 ff. = JZ 1972, S. 686 ff. m. Anm. Kimminich = Jus 1972, S. 664 ff.;

Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (69 ff.) und DöV 1972, S. 729; Martens, VVDStRL 30 (1972), S. 7 (29 ff.); von Mutius, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Grundrechte als „Teilhaberrechte“ – Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des „Numerus clausus“, VerwArch. 1973, S. 183.

<sup>7</sup> Vgl. dazu insgesamt von Mutius, Rechtsnorm und Verwaltungsakt. Zu Möglichkeiten und Grenzen rechtsdogmatischer Differenzierungen im Bereich des Verwaltungshandelns, Festschrift für Hans J. Wolff (1973), S. 167 ff., mit umfangreichen weiteren Nachw.; BGH v. 14. 6. 1971 – III ZR 111/68 – DVBl. 1971, S. 824; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 84 GG Rdn. 32; Hansen, Fachliche Weisung und materielles Gesetz, S. 249, gelegentlich ist von intrapersonalem Charakter der Verwaltungsvorschriften die Rede.

<sup>8</sup> Form des Erlasses, Vorhandensein einer Rechtsgrundlage, so etwa: BVerwG v. 29. 4. 1971 – II C 20/69 – DöV 1971, S. 748; v. 25. 5. 1964 – VIII C 23/63 – BVerwGE 19, S. 48 (53) = NJW 1965, S. 414 L: „Bei der Beurteilung, ob eine Norm Rechtscharakter hat oder Verwaltungsvorschrift ist, können ihre Form und die Art ihrer Verkündung Anhaltspunkte liefern, indem sie Rückschlüsse darauf zulassen, ob die normsetzende Stelle den Willen hatte, Rechtssätze oder bloße Verwaltungsvorschriften zu erlassen“; v. 27. 9. 1955 – V C 60/55 – DöV 1956, S. 505; v. 9. 10. 1957 – VII D 52/57 – DöV 1957, S. 863; v. 27. 5. 1955 – III C 25/54 – BVerwGE 2, S. 163 = NJW 1955, S. 1570; VGH Mannheim v. 5. 4. 1950 – V 2/50 – DöV 1950, S. 314; VGH München v. 16. 10. 1957 – 146 II/56 – VerwRechtspr. 10, S. 151 (156) (Nr. 47); OVG Lüneburg AS 3, S. 158.

auch *materiell*<sup>9</sup> vorgenommen. Da viele Rechtsverordnungen Vorschriften enthalten, die nur an Amtsträger gerichtet sind, und umgekehrt zahlreiche Verwaltungsvorschriften auch den Bürger betreffen, erscheint es richtig, im Anschluß an das BVerwG<sup>10</sup> nach *formellen Gesichtspunkten* abzugrenzen. Somit liegt eine Rechtsverordnung vor, wenn sich aus Form und Verfahren bei Erlaß der Vorschrift, insbesondere aus der Bezugnahme auf eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß einer Rechtsverordnung sowie aus der Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt ergibt, daß eine Rechtsverordnung erlassen werden sollte; anderenfalls handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift.

Da die Prüfungsordnungen in aller Regel nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung Bezug nehmen und auch nicht im Gesetz- und Verordnungsblatt des jeweiligen Landes verkündet, sondern zumeist im Amtsblatt des Kultusministers veröffentlicht worden sind, haben sie den Charakter einer Verwaltungsvorschrift und kommen daher als *herkömmliche Rechtsquelle, aus der Ansprüche abgeleitet werden können, nicht in Betracht*.

1.2. Es sind verschiedentlich Versuche unternommen worden, das Verhältnis zwischen Rechtsnorm und Verwaltungsvorschrift *neu zu bestimmen*<sup>11</sup>.

So werden etwa in neuerer Zeit außenwirkende Verwaltungsvorschriften in Bereichen, in denen entsprechende gesetzliche Vorschriften fehlen, als „Ersatz-Rechtsnormen“ qualifiziert<sup>12</sup>. Teilweise wird der Unterschied zwischen Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften gänzlich aufgegeben<sup>13</sup> und auch *Verwaltungsvorschriften Rechtssatzqualität* zuerkannt<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Wendet sich die Vorschrift ihrem Inhalt nach lediglich an Amtsträger oder (auch) an den Bürger, so etwa OVG Münster v. 30. 4. 1963 DVBl. 1963, S. 860 (861); v. 8. 9. 1966 – V A 1639/64 – OVG 22, S. 267 = NJW 1967, S. 949; ablehnend Selmer, NJW 1957, S. 1435 in einer Anm. zu diesem Urteil; ähnlich ablehnend Oldiges, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 616; vgl. auch OVG Münster v. 22. 2. 1965 – V A 532/64 – (unveröffentlicht); v. 28. 6. 1965 – V A 1531/64 – (unveröffentlicht); v. 23. 4. 1965 – V A 1652/64 – (unveröffentlicht).

<sup>10</sup> V. 25. 6. 1964 – VIII C 23/63 – BVerwGE 19, S. 48 (53); v. 29. 4. 1971 – II C 20/69 – DÖV 1971, S. 748 und die vorstehend aufgeführten Nachweise vgl. Fn. 8.

<sup>11</sup> Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Festgabe für Smend, S. 211, der zwischen „Rechtswert“ und „Verwaltungswert“ unterscheidet und auf dieser Grundlage Rechtssätze als Normen bezeichnet, „die dem Frieden zu dienen bestimmt und nach dem Maßstab der Gerechtigkeit gebildet sind“, während er unter Verwaltungsgrundsätzen Normen versteht, „welche die Wohlfahrt fördern sollen und nach dem Maßstab der Zweckmäßigkeit gestaltet werden“ – Formulierungen, die für eine Abgrenzung zwischen Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften wenig griffig erscheinen; vgl. zu neueren Versuchen auch Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II c 2; W. Schmidt, AöR 96 (1971), S. 321 (339); ders., Jus 1971, S. 187 (188); Brohm, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238; Ossenbühl, Ministerialerlasse als Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle, DVBl. 1969, S. 537; weitere Nachweise bei Ossenbühl, AöR 92 (1967), S. 6 Anm. 19; vgl. BGH v. 12. 10. 1971 – VI ZR 87/69 – BGHZ 57, S. 133.

<sup>12</sup> Wolff (Verwaltungsrecht I, § 24 III c 2 u. d) begreift etwa darunter „Organisationsverordnungen, sowie veröffentlichte Richtlinien und andere Verwaltungsverordnungen, welche nach Funktion und Inhalt sonstige Rechtsquellen ersetzen“; vgl. W. Schmidt, AöR 96 (1971), S. 321 (339); ders., Jus 1971, S. 187 (188); Brohm, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238 ff.; Ossenbühl, AöR 92 (1967), S. 6; ders., Ministerialerlasse als Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle, DVBl. 1969, S. 529: „Originäres, d. h. verfassungsmittelbares Administrativrecht sui generis, das in seinem Wesen erst noch gründlicher Erforschung bedarf“.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Brohm, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238; ähnlich Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 181, 567 u. Selmer, Anm. zu OVG v. 8. 9. 1966 – V A 1639/64 – NJW 1967, S. 1435.

<sup>14</sup> Damit fehlt es aber an einem brauchbaren Anhaltspunkt dafür, welche dieser Rechtssätze Rechtsquellen sind, deren Eigenart durch die abstrakt-generelle Regelung mit Außenwirkung auf den Bürger gekennzeichnet ist (vgl. dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II c 2). Andererseits können von diesen echten Rechtsquellen die rein verwaltungsintern wirkenden, ausschließlich das dienstliche Verhalten steuernden Regelungen nicht abgeschiedet werden. Zudem verleiht die Aufgabe der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Verwaltungsakten dazu,

Für den Sonderfall des *besonderen Gewaltverhältnisses* hat Wolff<sup>15</sup> die Rechtsfigur der Sonderverordnung entwickelt<sup>16</sup>. Wer sich – wie etwa ein Schüler – in ein besonderes Gewaltverhältnis begeben, bleibe Rechtssubjekt und als solches werde er durch die Verwaltungsvorschrift direkt und unmittelbar in seiner Rechtsstellung betroffen: Damit komme diesen Vorschriften aber die für die Rechtsnorm charakteristische Außenwirkung zu<sup>17</sup>.

All diese Versuche, die herkömmliche Unterscheidung zwischen Rechtsnormen als Rechtsquellen und nur verwaltungsintern wirkenden Verwaltungsvorschriften – zumindest in Teilbereichen – aufzugeben und die Verwaltung zu ermächtigen, ohne besondere gesetzliche Grundlage Recht zu schaffen, müssen im Blick auf den *Regelungszusammenhang in Art. 80 GG*, der in besonderer Weise die Bindung der nur in Ausnahmefällen zur Rechtssetzung berechtigten Verwaltung an den gesetzgeberischen Willen unterstreicht, erfolglos bleiben. Vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes<sup>18</sup> wird die Befugnis der Verwaltung, Recht zu setzen und damit in gesetzgeberische Entscheidungsbereiche vorzudringen, eng begrenzt: Nach der bindenden Anweisung des Art. 80 GG hat der Gesetzgeber Art und Ausmaß der Ermächtigung *selbst* festzulegen, den Rahmen der Rechtssetzung durch die Verwaltung *selbst* abzustecken und damit den Inhalt des durch die Verwaltung gesetzten Rechts in den Grundzügen *selbst* zu fixieren und vorhersehbar zu machen<sup>19</sup>.

Wollte man die außenwirkenden Verwaltungsvorschriften daher als Rechtsnormen behandeln, so wären sie mangels gesetzlicher Ermächtigung, die der Verwaltung über Inhalt, Zweck und Ausmaß der Regelungsmöglichkeit eine bindende Anweisung erteilt, nichtig. Damit würde aber das angestrebte Ziel, insbesondere die Bereiche der traditionell nicht gesetzlich geregelten Sonderrechtsverhältnisse mit einem Geflecht von materiell-regelnden Verwaltungsnormen zu durchziehen, in sein Gegenteil verkehrt<sup>20</sup>.

Sind die Prüfungsordnungen danach nur Verwaltungsvorschriften und damit keine Rechtsquellen, so finden Ansprüche auf eine bestimmte verfahrensrechtliche Behandlung oder auf Erteilung eines Prüfungszeugnisses in der Prüfungsordnung keine unmittelbare Grundlage.

die Verwaltung als zur Rechtssetzung befugt anzusehen – eine Folge, die dem in Art. 80 GG zum Ausdruck kommenden Zweck einer engen Bindung der Verwaltung an den gesetzgeberischen Willen widerspricht; Bedenken deshalb bei Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 118 ff. (122); Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, S. 79; vgl. auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 530.

<sup>15</sup> Verwaltungsrecht I, § 25 VIII.

<sup>16</sup> Er versteht darunter „abstrakt-generelle Anordnungen staatlicher oder kommunaler Stellen zur Regelung verwaltungsrechtlicher Sonderrechtsverhältnisse“; ausführlich auch Böckenförde-Grawert, AöR 95 (1970), S. 1 ff., 16 ff.; Brohm, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238; vgl. auch OLG Hamm B. v. 14. 11. 1960 – 1 Verw. S. 1/60 – NJW 1961, S. 693 m. w. Nachw.

<sup>17</sup> Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII: Durch die das besondere Gewaltverhältnis regelnde „Verwaltungsverordnung“ werde eben nicht nur „die dienstliche Tätigkeit von Schülern oder Beamten betroffen“, sie erfasse vielmehr „den in das Sonderrechtsverhältnis eingebundenen Bürger in seiner Rechtsstellung“.

<sup>18</sup> Stüer, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, S. 314.

<sup>19</sup> Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 GG Rdn. 81; von Mangoldt-Klein, GG, Bd. 1, S. 599, vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII b; Obermayer, Anm. zu BVerwG v. 23. 2. 1961 – II C 75/58 – JZ 1962, S. 62 (65); Oldiges, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, S. 611 (618); vgl. auch Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, S. 180 f.

<sup>20</sup> Vgl. dazu sehr ausführlich Wimmer, Sind die deutschen Unterrichtsverwaltungen rechtsstaatlich?, DVBl. 1966, S. 846 ff.; Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, S. 180 f.; Oldiges, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (618); vgl. auch Wimmer, Über Rechtsnatur und Justiziabilität öffentlicher Bildungspläne, DVBl. 1970, S. 305 (306).

1.3. Die in den Prüfungsordnungen zumeist enthaltenen *Zuständigkeitsregelungen* sind allerdings gleichwohl wirksam. Zwar können rechtlich verbindliche Regelungen – in Sonderheit wenn sie belastend in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen – grundsätzlich nur in Rechtsnormen<sup>21</sup>, nicht jedoch in behördeninternen Verwaltungsvorschriften getroffen werden<sup>22</sup>. Eine Ausnahme gilt jedoch für die Regelung der *Behördenzuständigkeit*, die nicht dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt unterliegt<sup>23</sup> und daher gerade im Interesse des rechtsuchenden Bürgers auch durch Verwaltungsvorschriften begründet werden kann<sup>24</sup>. So gehen auch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen davon aus, daß Zuständigkeitsregelungen in Verwaltungsvorschriften getroffen werden können<sup>25</sup>.

## 2. Rechtsstellung des Prüfungskandidaten

Sind die Prüfungsordnungen daher keine Rechtsnormen, so erscheint es um so bedenklicher, daß die schulischen Prüfungskommissionen Prüfungsverfahren und abschließende Prüfungsentscheidung ohne gesetzliche Grundlage auf diese ministeriellen Richtlinien stützen. Die Zulässigkeit dieser Praxis hängt aus verfassungsrechtlicher Sicht von dem *Umfang der grundrechtlich gesicherten Rechtssphäre* des einzelnen ab.

Greift das Prüfungsverfahren und die abschließende Prüfungsentscheidung belastend in die Rechtsstellung des Kandidaten ein, so bedarf es dazu regelmäßig einer gesetzlichen Grundlage. Maßnahmen, die ohne Vorhandensein gesetzlicher Vorschriften die grundrechtlich gesicherte Rechtssphäre des einzelnen begrenzen, sind jedenfalls im allgemeinen Gewaltverhältnis verfassungsrechtlich unzulässig.

2.1. Die Rechtsstellung des einzelnen wird nun in erster Linie durch das Grundrecht der *Berufs- und Ausbildungsfreiheit* in Art. 12 Abs. 1 GG umschrieben, da die schulischen Prüfungszeugnisse zumeist einen bestimmten Qualifikationsnachweis für einen weiterführenden Berufs- oder Ausbildungsabschnitt erbringen sollen.

Im Blick auf den einzelnen enthält dieses Grundrecht in erster Linie ein *Abwehrrecht gegen Freiheitsbeschränkungen* im Berufs- und Ausbildungswesen. Es sichert die freie Wahl des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte und eröffnet die Möglichkeit der freien Wahl zwischen verschiedenen Schulen, Universitäten und anderen Berufs- und Ausbildungsstätten, um eine weitgefächerte möglichst umfangreiche Ausbildung und berufliche Betätigung des Bürgers sicherzustellen<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Also Gesetzen, Rechtsverordnungen und Satzungen.

<sup>22</sup> Es gilt das sog. Prinzip des Gesetzesvorbehaltes, vgl. dazu *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 30 III a; auch *Selmer*, *JUS* 1968, S. 489; *ders.*, *JA* 1971, ÖR S. 1.

<sup>23</sup> *Köttgen*, Die Organisationsgewalt, *VVDStRL* 16 (1958), S. 170 Fn. 63, 177; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 406; *Fleck* bei Geller-Kleinrahm-Fleck, Die Verfassung des Landes NRW, zu Art. 77 (S. 505); ausführlich *Blickelhaupt*, Die Praxis der Organisationsbestimmung im deutschen Recht, Diss. 1958 (maschinenschriftlich), S. 71 ff. (75); *Weber*, *VVDStRL* 16 (1958), S. 244 (Diskussionsbeitrag); *Bachof*, ebenda, S. 264 (Diskussionsbeitrag); *Ossenbühl*, Ministerialerlasse als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, *DVBl.* 1969, S. 526 (528) m. w. Nachw. Fn. 19.

<sup>24</sup> *BVerfG* v. 6. 5. 1958 – 2 BvL 37/56 u. 11/57 – *BVerfGE* 8, S. 155; *BVerwG* v. 22. 1. 1971 – IV C 83/67 – *DÖV* 1971, S. 422 (424); v. 25. 8. 1971 – IV C 22/69 – *DÖV* 1972, S. 130; *Ossenbühl*, Ministerialerlasse als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, *DVBl.* 1969, S. 526 (528); *Peters*, *VVDStRL* 16 (1958), S. 250; anders *Jesch*, Anm. zu *BVerwG* v. 28. 9. 1961 – II C 168/60 – *JZ* 1963, S. 366 (367).

<sup>25</sup> Zum Beispiel § 20 *LaVerwG* SchlH; § 22 *LOG NW*; § 2 Abs. 2 *BezirksverwaltungsG Hamburg*: „Der Senat kann . . . bestimmen, daß einzelne Aufgaben mehrerer Bezirksamter durch ein Bezirksamt wahrgenommen werden.“

<sup>26</sup> Vgl. den Überblick über die Rechtsprechung bei *Schmitt*, Die Rechtsprechung zur Zulassungsbefreiung an den Hochschulen, *DVBl.* 1972, S. 382 und bei *Wunsch*, *WissR Bd. 5* (1972), S. 16 ff.

Das Grundrecht der Berufs- und Ausbildungsfreiheit hat daneben allerdings auch einen *objektiven Gehalt*, der im Verein mit den übrigen Grundrechten eine objektive Wertordnung auf Verfassungsebene verkörpert, „in der eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt“ und die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung hat<sup>27</sup>.

Eine solche *Wertentscheidung* enthält auch Art. 12 Abs. 1 GG. Sie beruht auf der besonderen Bedeutung, die dem Beruf und der Ausbildung sowohl für die Selbstverwirklichung des einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt. Diese Wertentscheidung kann nun für den grundrechtlich geschützten Bereich des einzelnen nicht ohne Auswirkungen bleiben. „Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat *grundrechtlicher Freiheitsicherung vor dem Staat* die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der *Teilhabe an staatlichen Leistungen*“<sup>28</sup>.

Vor dem Hintergrund eines von dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates determinierten Grundrechtsverständnisses<sup>29</sup> werden die Grundrechte daher über ihre klassisch einseitig defensive Funktion als bloße Abwehrrechte hinaus<sup>30</sup> mehr und mehr auch zu *positiven Gewährleistungsprinzipien*, die den Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichten, die reale Freiheitsbetätigung durch aktive Förderung und Unterstützung zu sichern, ja sogar erst zu ermöglichen. Diese Entwicklung bleibt gerade im Bereich der Berufs- und Ausbildungsfreiheit nicht ohne Auswirkungen für die Rechte des einzelnen. Hier zielt das Grundrecht gerade im Bereich des weitgehend bestehenden staatlichen Bildungsmonopols seiner Natur nach auf *freien Zugang* zu den Ausbildungsstätten<sup>31</sup>.

Zu fragen ist, unter welchen Voraussetzungen das aus der objektiven Wertordnung der Grundrechte und dem sozialstaatlichen Verfassungsauftrag fließende „Teilhaberecht“ sich zu einem einklagbaren Individualanspruch des Staatsbürgers verdichten kann. Dabei ist von der

<sup>27</sup> *BVerfG* v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 – *BVerfGE* 7, S. 198 (205) – Luth, und die ständige Rechtsprechung des *BVerfG*, vgl. *BVerfG* B v. 17. 1. 1957 – 1 BvL 4/54 – *BVerfGE* 6, S. 55 (72); B. v. 7. 5. 1957 – 1 BvR 289/56 – *BVerfGE* 6, S. 386 (388) – Zusammenveranlagung der Ehegatten; v. 29. 7. 1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 357/58, 1 BvL 27, 100/58 – *BVerfGE* 10, S. 69 (81) – Stichentscheid; v. 28. 2. 1961 – 2 BvR 1, 2/60 – *BVerfGE* 12, S. 205 (259) – Fernsehen; v. 5. 8. 1966 – 1 BvR 586/62, 610/63 u. 512/64 – *BVerfGE* 20, S. 162 (175) – Spiegel; B. v. 2. 5. 1967 – 1 BvR 578/63 – *BVerfGE* 21, S. 362 (371 f.) – § 1542 RVO; v. 18. 12. 1968 – 1 BvR 638, 673/64 u. 200, 238, 249/65 – *BVerfGE* 24, S. 367 (389) – Hamburger Deich; B. v. 26. 2. 1969 – 1 BvR 619/63 – *BVerfGE* 25, S. 256 (263) – Blinkfuer; B. v. 24. 2. 1971 – 1 BvR 435/68 – *BVerfGE* 30, S. 173 (188 ff.) – Mephisto; v. 18. 7. 1972 – BvL 32/70 u. 25/71 – *BVerfGE* 33, S. 303 (330 f.) – Numerus clausus; v. 29. 5. 1973 – 1 BvR 424/71 u. 1 BvR 325/72 – *DVBl.* 1973, S. 536 (538 f.) – Nieders. HochSchG.

<sup>28</sup> Numerus-clausus-Urteil des *BVerfG* v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – *BVerfGE* 33, S. 303 – *DVBl.* 1972, S. 725 ff. = *DÖV* 1972, S. 606 = *NJW* 1972, S. 1561, vgl. im übrigen die unter Fn. 6 aufgeführten weiteren Fundstellen, insbesondere auch *von Mutius*, Grundrechte als „Teilhaberechte“ – zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des numerus clausus, *VerwArch.* 1973, S. 183 ff.; vgl. auch *BVerfG* v. 29. 5. 1973 – 1 BvR 424/71 u. 1 BvR 325/72 – *DVBl.* 1973, S. 536 (538 f.) – Nieders. HochSchG.

<sup>29</sup> *Fröhler*, Die verfassungsrechtliche Grundlegung des sozialen Rechtsstaates in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Österreich, S. 52; *Häberle*, *VVDStRL* 30 (1972), S. 43 (92 ff.); weitere Nachweise bei *von Mutius*, *VerwArch.* 1973, S. 183 (185) Fn. 32.

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Martens*, *VVDStRL* 30 (1972), S. 7 (21) Fn. 68; *Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 16 (Fn. 12).

<sup>31</sup> *BVerfG* v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – *BVerfGE* 33, S. 303 ff. = *NJW* 1972, S. 1561 (1564) – numerus clausus: „Das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos.“

durch *Martens*<sup>32</sup> zutreffend betonten Differenzierung zwischen „*derivativen*“ Teilhabeanprüchen als Reaktion auf vorgängiges staatliches Handeln und der Einräumung davon unabhängiger, also gleichsam *originärer* grundrechtlicher Leistungsansprüche auszugehen<sup>33</sup>.

Begreift man das Grundrecht der Ausbildungsfreiheit in diesem Sinne als *derivatives Teilhaberecht*, hält man also grundsätzlich daran fest, daß es auch im modernen Sozialstaat der grundsätzlich nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibt, ob und inwieweit er im Rahmen der darreichenden Verwaltung Teilhaberechte gewähren will, so kann doch das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungs- und Berufsstätte in einen einklagbaren Anspruch auf Teilhabe an den staatlichen Einrichtungen umschlagen, *wenn* und *soweit* der Staat Ausbildungseinrichtungen *geschaffen* und *angeboten* hat. Insoweit stellen sich die teilhabefordernden Ansprüche noch als *Reaktion* auf vorhergehendes staatliches Handeln dar<sup>34</sup>.

Da der Gesetzgeber gerade im schulischen und universitären Bereich allen Bevölkerungskreisen ein breitgefächertes Bildungsangebot unterbreitet hat, gewährt das Grundrecht der Ausbildungsfreiheit neben dem bloßen Abwehrrecht ein auf Zulassung zu den Bildungseinrichtungen gerichtetes *Teilhaberecht*, das sich unter besonderer Berücksichtigung der in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Wertentscheidung zu einem *Anspruch* auf Erteilung eines für die Aufnahme in diese Bildungseinrichtungen erforderlichen Zeugnisses verdichten kann.

Allerdings ist dieses Teilhaberecht auf Zulassung zu den Bildungseinrichtungen und auf Erteilung des dazu erforderlichen Prüfungszeugnisses nicht *schrankenlos* gewährleistet. So kann insbesondere der Besuch einer weiterführenden Schule oder einer Hochschule von *subjektiven Zulassungsbedingungen* abhängig gemacht werden. Auch der aus dem Teilhaberecht fließende Zulassungsanspruch eines Prüfungskandidaten steht unter diesem Vorbehalt.

2.2. Einschränkungen des Zulassungsrechts sind jedoch nur *durch* Gesetz oder *aufgrund* eines Gesetzes<sup>35</sup> verfassungsrechtlich statthaft, wie aus dem sich inhaltlich auch auf die Wahl der Ausbildungsstätte beziehenden<sup>36</sup> Regelungsvorhalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG hervorgeht.

<sup>32</sup> VVDStRL 30 (1972), S. 7 (21).

<sup>33</sup> Zu den originären Teilhaberechten dürfte das aus Art. 7 GG abzuleitende Recht des Trägers einer genehmigten Ersatzschule auf staatliche Hilfe gehören, vgl. dazu BVerwG v. 11. 3. 1966 – VII C 194/64 – BVerwGE 23, S. 347; v. 22. 9. 1967 – VII C 71/66 – BVerwGE 27, S. 360 = JZ 1968, S. 787; dazu *Link*, Privatschulfinanzierung und Verfassung, JZ 1973, S. 1; kritisch *Weber*, „Subventionierungspflicht des Staates zu Gunsten privater Schulen“, NJW 1966, S. 1799 (1800); *Menger*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 1966, S. 377; *Barion*, Gleich und Ungleich in der Schulfinanzierung, DÖV 1967, S. 516 (519).

<sup>34</sup> BVerfG v. 18. 7. 1972, BVerfGE 33, S. 303 (331) (weitere Fundstellen Fn. 6) – numerus clausus: „es können sich, *wenn der Staat gewisse Ausbildungseinrichtungen geschaffen hat*, aus dem *Gleichheitssatz* in Verbindung mit Art. 12 GG und dem *Sozialstaatsprinzip* Ansprüche auf Zutritt zu diesen Einrichtungen ergeben. Das gilt besonders, . . . wo – wie im Bereich der Ausbildung zu akademischen Berufen – die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist. Hier folgt daraus, daß der Staat *Leistungen* anbietet, ein *Recht* jedes hochschulreifen Staatsbürgers, an der damit gebotenen Lebenschance prinzipiell gleichberechtigt beteiligt zu werden.“

<sup>35</sup> So die heutige Fassung durch das 17. ErgGes. zum GG (v. 24. 6. 1968 – BGBl. I, S. 709), die allerdings keine sachliche Änderung bedeutet, vgl. BVerfG B. v. 18. 10. 1966 – 2 BvR 386, 478/63 – BVerfGE 20, S. 283 (295); B. v. 21. 12. 1966 – 1 BvR 339/66 – BVerfGE 21, S. 72; B. v. 9. 5. 1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 – NJW 1972, S. 1504 (1505) – Facharzt-Urteil.

<sup>36</sup> Dazu BVerfG B. v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – NJW 1972, S. 1561 (1565); *Schmidt-Bleibtreu-Klein*, Art. 12 GG, Rdn. 9; kritisch *Schimanke*, JR 1973, S. 45 ff.

Zwar ist in Schul- und Hochschulgesetzen nicht selten davon die Rede, daß bestimmte Ausbildungsabschnitte nur bei Vorliegen besonderer durch Prüfungszeugnisse nachzuweisender Qualifikationen begonnen werden können. So setzt etwa die Einschreibung nach den Hochschul- und Universitätsgesetzen ein Reifezeugnis oder einen ähnlichen Qualifikationsnachweis voraus<sup>37</sup>. Insofern enthalten diese Gesetze also subjektive Zulassungsregelungen, die darauf abzielen, das Grundrecht der Berufs- und Ausbildungsfreiheit einzuschränken.

Die *Voraussetzungen*, unter denen ein Prüfungszeugnis zu erteilen ist, werden in diesen Vorschriften jedoch nicht behandelt. Die gesetzlichen Regelungen sind daher *unvollständig*. Man könnte sie als „*ausfüllungsbedürftige Normhülsen*“ bezeichnen.

Es ist zu fragen, ob die bisherige Praxis der Prüfungsämter, diese gesetzlich nicht erfaßten *Freiräume* mit Prüfungsordnungen des Kultusministers auszufüllen, dem Prinzip einer Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entspricht. Da die Prüfungsordnungen keine Rechtsnormqualität besitzen, kommen sie jedenfalls im *allgemeinen Gewaltverhältnis* als einschränkende gesetzliche Grundlagen nicht in Betracht.

### 3. Das besondere Gewaltverhältnis

Allerdings ist zu bedenken, daß die vom Kandidaten beehrte Berechtigung auf der Grundlage eines Schulverhältnisses – also eines *besonderen Gewaltverhältnisses*<sup>38</sup> – erteilt wird.

3.1. *Herkömmlich* ging man davon aus, daß in diesen Sonderstatusverhältnissen der im allgemeinen Gewaltverhältnis für grundrechtseinschränkende Maßnahmen geltende Gesetzesvorbehalt nicht Platz greife<sup>39</sup>. Diese auch heute noch weitgehend vertretene Auffassung hält die Verwaltung auch *ohne ausdrückliche Legitimation* in besonderen Gewaltverhältnissen für berechtigt, die Ausübung der Grundrechte durch Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsakte zu beschränken, soweit der *Zweck* des besonderen Gewaltverhältnisses diese Einschränkung erfordert und der *Wesensgehalt* des Grundrechts nicht angetastet wird (Art. 19 Abs. 4 GG)<sup>40</sup>.

Speziell für den Schulbereich ergebe sich die Zulässigkeit grundrechtsbeschränkender Regelungen durch die Exekutive unmittelbar aus dem in Art. 7 GG verankerten Verwaltungsauftrag der Schule, aus der Organisations- und Anstaltsgewalt oder schließlich aus dem Gewohnheitsrecht. Dabei sei in enger Verknüpfung mit dem historisch auszulegenden Begriff der Schulaufsicht in Art. 7 GG von den verfassungsmäßigen Gegebenheiten auszugehen und daraus eine originäre, autonome und

<sup>37</sup> So zum Beispiel § 42 f ba-wü HochSchG; § 30 bln UniversitätsG; §§ 13 f. hmb UniversitätsG; § 15 nw HochSchG; § 37 f sa UniversitätsG; vgl. für Begabtensonderprüfungen Art. 128 Abs. 2 bay Verf.; Art. 59 he Verf.; Art. 39 Abs. 5 rh-pf Verf.; Art. 33 Abs. 2 S. 2 sa Verf.; im einzelnen *Wolff*, Verwaltungsrecht II, § 93 III d 2 a, § 101 III d 1–3.

<sup>38</sup> Dazu *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 32 IV c 3; *ders.*, Verwaltungsrecht II, § 101 V c; *Forsthoff*, § 7 A 1; vgl. auch *Podlech*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, S. 151 ff.; vgl. *Otto Mayer*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (1924), S. 101 ff.; *Anschtütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 123 Anm. 49.

<sup>39</sup> Vgl. dazu *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 134 ff. unter Hinweis auf den sog. Grundsatz der „praktischen Konkordanz“; zum Strafvollzugsverhältnis: *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang (1969), S. 87 f.

<sup>40</sup> *Wolff*, Verwaltungsrecht II, § 90 IV d 3; BVerwG v. 31. 1. 1964 – VII C 24/62 – BVerwGE 18, S. 34 ff.; *Forsthoff*, § 7 A 1; vgl. dazu auch *Podlech*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, S. 151 ff., §§ 20, 21.

von der Verfassung gewollte Rechtssetzungsbefugnis der Exekutive zu entwickeln<sup>41</sup>.

Demgegenüber wird in *neuerer Zeit* aus Art. 80 GG sowie dem sozialen, rechtsstaatlichen und demokratischen Prinzip abgeleitet, daß auch die Regelung des Schulverhältnisses unter dem *Gesetzesvorbehalt* stehe<sup>42</sup>.

3.2. Die Lösung der Frage nach der Geltung eines Gesetzesvorbehalts auch im Schulrecht hat von der in Art. 20 GG zum Ausdruck kommenden engen Bindung der Verwaltung an den Gesetzgeber auszugehen, der seinerseits durch die Handlungsmaximen in Art. 1 Abs. 3 GG in besonderer Weise die Grundrechte des einzelnen und die sich in ihnen verkörpernde Wertentscheidung zu beachten hat<sup>43</sup>.

Auf der Grundlage einer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsstruktur ordnet das Grundgesetz die *Leitungskompetenz*<sup>44</sup> zur inhaltlichen Fixierung und Begrenzung der Grundrechte dem Parlament zu. Der umfassenden Bindung staatlicher Gewalt widerspricht es aber, wenn das Grundrecht der Ausbildungsfreiheit und die aus ihm fließenden Teilhaberechte des einzelnen ohne gesetzliche Grundlage beliebig oder nach freiem Verwaltungsermessen eingeschränkt werden könnten. Ein Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich ist vielmehr nur verfassungsgemäß, wenn er in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen, also *durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes* geschieht<sup>45</sup>.

Für die aus der objektiven Wertordnung der Grundrechte fließenden *Teilhaberechte* gilt dies in besonderem Maße. Wo immer das Grundgesetz die Teilnahme an einer staatlichen Einrichtung gewährt, hat der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen über die Zugangsvoraussetzungen *selbst* zu treffen<sup>46</sup>. Soweit die Befugnis zu derartigen Einschränkungen aus dem *Regelungsvorbehalt* in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG herzuleiten ist, folgt dieses formelle Erfordernis bereits unmittelbar aus dieser Grundgesetzbestimmung<sup>47</sup>.

Auch das Schulverhältnis als Form eines besonderen Gewaltverhältnisses kann von diesem in allen Bereichen staatlichen Eingreifens geltenden Gesetzesvorbehalt nicht

ausgenommen werden<sup>48</sup>. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Prinzip der Gewaltenteilung, das die Exekutive – jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung – auf die Ausführung der Gesetze beschränkt, gebietet, daß der Gesetzgeber in allen Bereichen der Grundrechtsausübung die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Verwaltung überläßt<sup>49</sup>.

Rechtsstaatliche und demokratische Aspekte fordern vielmehr auch für das Schulwesen, daß der Gesetzgeber diesen Bereich mit (gesetzlichen) Regelungen durchzieht, die das Verhältnis des Schülers zur Schule jedenfalls in den *Grundzügen*<sup>50</sup> ausgestalten, weil Grundfragen, die im Rahmen von Schulentscheidungen für den Lebensweg des Schülers von Bedeutung sind und deshalb eine erhebliche individuelle und soziale Intensität haben, auf die Stellung des Bürgers entscheidend einwirken<sup>51</sup>.

Hält es der Gesetzgeber daher für erforderlich, die Zulassung zu Beruf oder Ausbildung von dem Besitz eines Prüfungszeugnisses abhängig zu machen, so muß sich aus einer gesetzlichen Vorschrift im schulrechtlichen oder hochschulrechtlichen Bereich ergeben, unter welchen Voraussetzungen das Reifezeugnis erteilt wird und aus welchen Gründen es zu versagen ist<sup>52</sup>. Die den Zugang zu Beruf oder Ausbildung regelnden Prüfungsvorschriften über die Erteilung eines Prüfungszeugnisses bedürfen daher einer gesetzlichen Regelung.

Die insoweit unerläßliche gesetzliche Normierung ist auch weder im Hinblick auf das Aufsichtsrecht in Art. 7 Abs. 1 GG oder ein Gewohnheitsrecht, jene Materie durch Verwaltungsvorschriften zu regeln, noch allgemein wegen der Organisationsgewalt des Kultusministers oder der Anstaltsgewalt der Schule entbehrlich.

Diese Auffassung scheint auch in der Rechtsprechung mehr und mehr an Boden zu gewinnen<sup>53</sup>.

<sup>41</sup> Vgl. dazu BVerfG v. 11. 12. 1964 – VII ER 435/63 – DÖV 1965, S. 638; VGH Mannheim v. 5. 5. 1961 – I 263/60 – DVBl. 1961, S. 523; Peters, VVDStRL 23, S. 252; Hering, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schulrecht, DÖV 1968, S. 94 (98); Ehmke, VVDStRL 23, S. 257; Gross, Zur originären Rechtssetzung der Exekutive, DÖV 1971, S. 186 ff.; Sellschopp, Das Schulverhältnis und der Gesetzesvorbehalt, DÖV 1971, S. 413; Böckenförde-Grauert, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95 (1970), S. 1 ff.

<sup>42</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 41 ff.; ders., Aussprache: Verwaltung und Schule, VVDStRL 23, S. 274 (276); Maunz-Dürig, Art. 7 GG Rdn. 26; Fuss, Verwaltung und Schule, VVDStRL 23, S. 199 ff.; Hennecke, Staat und Unterricht, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 179; vgl. auch Evers, Verwaltung und Schule, VVDStRL Bd. 23, S. 159 m. w. Nachw.

<sup>43</sup> BVerfG Bd. v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – DVBl. 1972, S. 385 = JZ 1972, S. 357 m. Anm. Starck = NJW 1972, S. 811 = JuS 1972, S. 339 – Strafgefangenen-DVollzO; vgl. zu dieser Entscheidung auch Müller-Dietz, Verfassung und Strafvollzugsgesetz, NJW 1972, S. 1161; Quedenfeld, Bundesverfassungsgericht und Strafvollzugsgesetzgebung, JZ 1972, S. 431; Rupprecht, Grundrechtseingriffe im Strafrecht, NJW 1972, S. 1345; Erichsen, Grundrechtseingriffe im besonderen Gewaltverhältnis, VerwArch. 1972, S. 441 ff.

<sup>44</sup> Vgl. dazu OVG Lüneburg v. 19. 12. 1972 – II A 105/72 – DVBl. 1973, S. 280 (282) – Schulstrafe.

<sup>45</sup> BVerfG B. v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – NJW 1972, S. 811 (812) – Strafgefangenen-DVollzO.

<sup>46</sup> Vgl. dazu Thieme, Zum Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung, JZ 1973, S. 692 (693), der als Leitsatz formuliert: „Garantiert das Grundrecht die Teilnahme an einer staatlichen Einrichtung, so gilt in diesem Bereich der Gesetzesvorbehalt in der Weise, daß der (formelle) Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen über die Zugangsvoraussetzungen selbst treffen muß.“

<sup>47</sup> BVerfG v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – NJW 1972, S. 1561 (1565) – numerus clausus.

<sup>48</sup> BVerfG v. 6. 12. 1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 – NJW 1973, S. 133 ff. = Recht der Jugend und des Bildungswesens 1973, S. 175 ff. m. Anm. Dietze, u. Anm. Falckenberg (a. a. O., S. 314) (Hess. SchulVG – Förderstufe); Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 206 (211), der aus der gewandelten Verfassungsstruktur einen Totalvorbehalt herleitet und damit auch zur Geltung des Gesetzesvorbehalts im besonderen Gewaltverhältnis kommt; vgl. ferner Mallmann, VVDStRL 19 (1960), S. 165 (181 f.); Fuss, Verwaltung und Schule, VVDStRL 23 (1966), S. 199 (214 f.); auch wird der Gesetzesvorbehalt aus dem Prinzip des Eingriffsvorbehalts abgeleitet, so Ipsen, Verwaltung und Schule, VVDStRL 23 (1966), S. 269; vgl. ferner Hans H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 77; Krüger, VVDStRL 15 (1957), S. 109 (118 f.); Bachof, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, DÖV 1953, S. 416 (422).

<sup>49</sup> BVerfG v. 5. 8. 1966 – 1 BvF 1/61 – NJW 1966, S. 1651 (1652), mit umfangreichen weiteren Nachweisen; vgl. auch v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – NJW 1972, S. 1561 (1565) – numerus clausus.

<sup>50</sup> Dazu BVerfG B. v. 9. 5. 1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 – NJW 1972, S. 1504 (1507) – Facharzt-Urteil: erforderlich ist zumindest die gesetzliche Regelung der „statusbildenden“ Normen; vgl. auch OVG Berlin v. 7. 12. 1972 – V B 37/71 – JZ 1973, S. 551 (554) m. Anm. Evers, S. 555; BVerfG v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – NJW 1972, S. 1561 (1566) – numerus clausus.

<sup>51</sup> OVG Berlin v. 7. 12. 1972 – V B 37/71 – JZ 1973, S. 551 (554); Evers, Verwaltung und Schule, VVDStRL Bd. 23, S. 159 m. w. Nachw.; Ipsen, Verwaltung und Schule, VVDStRL Bd. 23, S. 269; Thieme, Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 1964, S. 81 (83); vgl. auch Bettermann, Verwaltung und Schule, VVDStRL Bd. 23, S. 272.

<sup>52</sup> Vgl. dazu grundsätzlich BVerfG v. 5. 8. 1966 – 1 BvF 1/61 – NJW 1966, S. 1651 (1652) m. w. Nachw.; v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – NJW 1972, S. 1561 (1565) numerus clausus; v. 6. 12. 1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 – NJW 1973, S. 133 (134) – HessSchVG – Förderstufe; vgl. auch BayVGH v. 27. 2. 1961 – 120 I 57 – BayVBl. 1961, S. 186 = Seipp-Knudsen, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen (Schulrecht), Abt. I A III, S. 1: „Seit dem Inkrafttreten der BayVerf. können materielle Bestimmungen in Schulordnungen nur durch Gesetz oder durch eine auf besonderer gesetzlicher Ermächtigung beruhende Rechtsvorschrift geschaffen werden.“

<sup>53</sup> BVerfG B. v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – NJW 1972, S. 811 – Strafgefangenen-DVollzO; OVG Lüneburg v. 19. 12. 1972 – II A 105/72 – DVBl. 1973, S. 280 (282); OVG Koblenz v. 9. 5. 1973 – 2 A 74/72 – NJW 1973, S. 1663 L: „Eine schulordnungsrechtliche Maßnahme, die unmittelbar in den persönlichen Status des Betroffenen eingreift, unterliegt dem Gesetzesvorbehalt.“

#### 4. Folgen der unvollständigen gesetzlichen Regelung

Es ist zu fragen, welche *Auswirkungen* es für die *Rechtsstellung* des Prüfungskandidaten hat, daß eine gesetzliche Regelung über die Voraussetzungen für die Erteilung eines Prüfungszeugnisses fehlt.

Man könnte daran denken, aus dem Grundrecht des Art. 12 GG einen – nicht durch ausreichende gesetzliche Regelung begrenzten – *uneingeschränkten Anspruch* auf Erteilung eines für die Zulassung zu Beruf oder Ausbildung erforderlichen Prüfungszeugnisses abzuleiten. Dabei bliebe allerdings unberücksichtigt, daß die als Reaktionsrecht verstandenen (nur) derivativen (latenten) Teilhaberechte<sup>54</sup> ein vorgängiges staatliches (gesetzgeberisches) Handeln voraussetzen<sup>55</sup>. Fordert man auf der anderen Seite eine *gesetzgeberische Regelung*, in der die auf Beteiligung gerichteten Leistungsansprüche inhaltlich konkretisiert sind, so würde das Teilhaberecht in jenen Bereichen, in denen es an einer gesetzlichen Normierung fehlt, weitgehend leerlaufen.

4.1. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in diesen Fällen Verwaltungsvorschriften oder andere ohne ausreichende Ermächtigung bestehende untergesetzliche Regelungen für eine Übergangszeit als eine „*Art Rechtsnorm*“<sup>56</sup> fortgelten lassen und dem Gesetzgeber Gelegenheit gegeben, innerhalb einer vom Gericht festzusetzenden *angemessenen Frist* den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen<sup>57</sup>. Der Verfassungsgeber habe bei Erlaß des Grundgesetzes das überkommene Bild des besonderen Gewaltverhältnisses vor Augen gehabt. Daher stelle die durch das Grundgesetz geschaffene Wertordnung den Gesetzgeber nur vor die Verpflichtung, diesen Bereich „*innerhalb einer angemessenen Frist*“ mit gesetzlichen Regelungen zu durchdringen. Als Frist komme das Ende der laufenden Legislaturperiode in Betracht<sup>58</sup>.

Dem sind die *Verwaltungsgerichte* weitgehend gefolgt<sup>59</sup>. Ein Eingriff in die Grundrechte müsse für eine *Übergangszeit* noch hingenommen werden, um nicht die Funktionsfähigkeit der Universitäten und Lehranstalten als Voraussetzung für die Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen schulischen oder universitären Betriebes in Frage zu stellen<sup>60</sup>.

4.2. Eine solche Handhabung der Verwaltungsgerichte ist rechtlich *nicht unbedenklich*. Das Setzen von Über-

<sup>54</sup> Dazu von *Mutius*, Grundrechte als Teilhaberechte? VerwArch. 1973, S. 183 (187); *Martens*, VVDStRL 30 (1972), S. 7 (21).

<sup>55</sup> Dazu *Martens*, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (21); BVerfG v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – NJW 1972, S. 1561 (1567 f.) (weitere Fundstellen Fn. 6) – numerus clausus.

<sup>56</sup> Vgl. dazu auch BVerwG v. 22. 6. 1973 – VII C 7/71 – NJW 1973, S. 1812 (1813): Aufrechterhaltung von Zulassungsrichtlinien als „quasi normative“ Regelungen.

<sup>57</sup> BVerfG B. v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – NJW 1972, S. 811 (812) – Strafgefängenen-DVollzO; v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – BVerfGE 33, S. 303 (347) = NJW 1972, S. 1568 – numerus clausus: „Es erscheint deshalb geboten und ausreichend, dem Gesetzgeber innerhalb einer angemessenen Frist die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes zu ermöglichen.“

<sup>58</sup> So BVerfG für den Bereich des Strafgefängenenverhältnisses B. v. 14. 3. 1972 – 2 BvR 41/71 – NJW 1972, S. 811 (812) – Strafgefängenen-DVollzO; zur Frist: BVerfG v. 20. 3. 1963 – 1 BvR 505/59 – BVerfG 15, S. 337 (352) = NJW 1963, S. 947; v. 29. 1. 1969 – 1 BvR 26/66 – BVerfGE 25, S. 167 (185 f.) = NJW 1969, S. 597.

<sup>59</sup> BVerwG v. 22. 6. 1973 – VII C 7/71 – NJW 1973, S. 1812 L b: „Beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung über die Zulassungsbeschränkung gelten verfassungskonform anzuwendende Zulassungsrichtlinien der Universität zunächst weiter; sie binden Verwaltung und Gerichte“; OVG Koblenz v. 9. 5. 1973 – 2 A 74/72 – NJW 1973, S. 1663 L: „Für eine Übergangszeit ist es jedoch im Interesse der Funktionsfähigkeit der Lehranstalten unerlässlich, auf eine grundsätzlich zu fordernde rechtsförmige Ausgestaltung des Disziplinar- und Ordnungsrechts noch zu verzichten“; im Bereich der Anpassung einer Satzung an die geänderte Rechtsauffassung des Gerichts OVG Münster v. 14. 5. 1969 – II A 68767 – DVBl. 1970, S. 295 m. ablehnender Anm. *Hoppe*.

<sup>60</sup> BVerwG v. 22. 6. 1973 – VII C 7/71 – NJW 1973, S. 1812.

gangsregelungen und Übergangsfristen gehört materiell in den Bereich der Gesetzgebung und setzt eine *Regelungszuständigkeit* voraus, die den Verwaltungsgerichten im Rahmen eines Antrages nach § 113 Abs. 4 VwGO regelmäßig fehlt. Bei Begründetheit und Spruchreife der Verpflichtungsklage, die auf Erteilung eines Prüfungszeugnisses gerichtet ist, hat sich das Gericht in aller Regel darauf zu beschränken, die Verwaltungsbehörde zur Vornahme der unterlassenen Amtshandlung zu verpflichten. Eine darüber hinausgehende *Gestaltungsbefugnis* kommt dem Verwaltungsgericht grundsätzlich nicht zu<sup>61</sup>.

Der Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Festsetzung von Übergangsregelungen ist nicht uneingeschränkt tragfähig, da die Regelungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zur Ausübung gesetzgeberischer Befugnisse auf den besonderen Funktionen beruht, die das Gericht als Organ der *Verfassungssicherung*<sup>62</sup> zu erfüllen hat und auch auf die Überlegung gestützt wird, daß es nicht Aufgabe des Verfassungsgerichts sein könne, den „Staat zugrunde“ zu richten<sup>63</sup>.

Hinzu kommt, daß die Rechtskontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die nach § 31 Abs. 2 BVerfGG<sup>64</sup> formell in Gesetzeskraft erwachsen, auch materiell *Gesetzgebung* sind<sup>65</sup>. Nicht zuletzt hierin ist ein nicht unerheblicher Unterschied begründet zwischen den Regelungszuständigkeiten des Verfassungsgerichts als einer Art „*fleet in being*“<sup>66</sup> im weitgehend politisch determinierten Handlungsbereich des Gesetzgebers und den Verwaltungsgerichten, die in ihrem Ausspruch regelmäßig auf die vorgezeichneten Möglichkeiten der VwGO verwiesen sind.

4.3. Allerdings würde die gesetzlich nicht eingeschränkte Möglichkeit, Beruf und Ausbildungsstätte ohne Qualifikationsnachweis nach Belieben frei wählen zu können, die *Funktionsfähigkeit* dieser Institutionen in Frage stellen. Gerade die weiterführenden Schulen und Universitäten des Landes, aber auch bestimmten Berufszweige, die oft ein nicht geringes Maß an Eignungen und Fähigkeiten des Bewerbers voraussetzen, sind auf *Befähigungsnachweise* angewiesen, um ihren spezifischen Aufgaben und Zielsetzungen gerecht zu werden. Wäre der gegenwärtigen Praxis der schulischen Prüfungsämter, Abschluszeugnisse unter den Voraussetzungen der Prüfungsordnung zu erteilen, die Grundlage entzogen, so würde ein Zustand geschaffen, der einer verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der jetzige<sup>67</sup>.

Es ist daher nach einem Weg zu suchen, der einerseits zwar den Prüfling nicht der Willkür einer rechtlich *ungebundenen Prüfungsentscheidung* aussetzt, bei der das aus Art. 12 Abs. 1 GG fließende Teilhaberecht weit-

<sup>61</sup> Vgl. dazu *Hoppe*, Anm. zu OVG Münster, v. 14. 5. 1968 – II A 676/67 – DVBl. 1970, S. 296.

<sup>62</sup> Vgl. dazu *Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze (1966), S. 138.

<sup>63</sup> *Wittig*, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 1969, S. 137 (149).

<sup>64</sup> Gesetz über das BVerfG v. 12. 3. 1951 BGBl. I, S. 243, nunmehr in der Neufassung der Bekanntmachung v. 3. 2. 1971 BGBl. I, S. 105.

<sup>65</sup> Vgl. dazu *Hoppe*, DVBl. 1970, S. 296 mit Hinweis auf *Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, S. 67.

<sup>66</sup> Als zu berücksichtigender Faktor auch im politischen Entscheidungsprozeß, vgl. dazu *Hoppe*, Die Urteile des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen zum Aachen-Gesetz – Eine Analyse –, Städte- und Gemeinderat 1972, S. 257 (262); der Ausdruck stammt aus dem englischen Seekriegsrecht und bezeichnet eine an sich schwächere Flotte, die allein durch ihr Vorhandensein den Gegner hält und ihn bindet.

<sup>67</sup> BVerfG v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 – BVerfGE 33, S. 303 = NJW 1972, S. 1561 (1568); BVerwG v. 22. 6. 1973 – VII C 7/71 – NJW 1973, S. 1812.

gehend leerlaufen würde, der aber andererseits auch nicht das *Interesse der Berufs- und Ausbildungseinrichtungen* unberücksichtigt läßt, zur Wahrung eines geordneten Arbeitsablaufs die Erteilung des Prüfungszeugnisses von bestimmten Fähigkeiten und Eignungen des Bewerbers abhängig zu machen.

Dabei kann auf das aus dem *Gleichheitsgrundsatz*<sup>68</sup> oder gelegentlich aus dem *Vertrauensgrundsatz*<sup>69</sup> abgeleitete Prinzip der *Selbstbindung der Verwaltung*<sup>70</sup> nicht zurückgegriffen werden. Die als Verwaltungsvorschrift erlassene Prüfungsordnung bindet zwar die Entscheidungsfreiheit der Prüfungskommission an die tatsächliche Verwaltungspraxis, wenn daraus *Ansprüche* des Kandidaten auf Gleichbehandlung abgeleitet werden sollen. Soweit aber – wie hier – *Teilhabe fordernde Grundrechte* des Prüfungskandidaten *eingeschränkt* werden sollen, kann der Selbstbindungsgedanke nicht weiterhelfen. Eine „*Gleichbehandlung im Unrecht*“ verstanden als die Zulässigkeit von *Eingriffen in verfassungsrechtliche Rechtspositionen* ohne gesetzliche Grundlage kann es nicht geben<sup>71</sup>.

Scheidet dieser Weg somit aus und besteht auch keine Möglichkeit, das verwaltungsgerichtliche Verfahren nach Art. 100 GG bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auszusetzen<sup>72</sup>, so muß es im Interesse eines reibungslosen Arbeitsablaufs in Schulen, Hochschulen und Berufsstätten hingenommen werden, daß die bestehenden ministeriellen Prüfungsordnungen *kraft Entscheidung der Verwaltungsgerichte* für eine Übergangszeit als *Ersatz-Rechtsnormen* fortgelten und der Gesetzgeber Gelegenheit hat, innerhalb einer vom Gericht festzusetzenden angemessenen Frist den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen.

### 5. Ergebnisse

Zusammenfassend lassen sich folgende Thesen aufstellen:

Die im Amtsblatt des Kultusministers verkündeten schulischen Prüfungsordnungen sind *keine Rechtsnormen*.

<sup>68</sup> Dazu grundsätzlich *Podlech*, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 101 ff.; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 514 ff.; *ders.*, Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung, DÖV 1970, S. 264 ff.

<sup>69</sup> Als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG vgl. dazu *Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 559; *H. Klein*, Rechtsqualität und Rechtswirkung von Verwaltungsnormen, in: Festgabe für E. Forsthooff (1967), S. 179 f., der allerdings Ursache und Wirkung verkehrt, wenn er wegen des Vertrauensschutzes die Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften fordert (S. 181); vgl. auch *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961), S. 273; BVerwG v. 17. 4. 1970 – VII C 60/68 – BVerwGE 35, S. 159 (161 f.) = JZ 1971, S. 99; VGH Ba-Wü v. 21. 1. 1969 – IV 735/68 – *Seipp-Knudsen*, Ergänzbares Sammlungen schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen (Schulrecht) Abt. III F II, S. 13 ff. (13 d); vgl. auch *Randelzhoever*, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1973, S. 536 (543).

<sup>70</sup> BVerwG v. 24. 4. 1959 – VII C 146/57 – NJW 1959, S. 1843; v. 26. 10. 1962 – VII B 129/61 – DÖV 1963, S. 474: „Auch im Falle der Nichtigkeit der Verwaltungsanweisung wären die in der Praxis angewandten Grundsätze bei der Prüfung der Frage, ob der Gleichheitsgrundsatz gewahrt ist, zu Grunde zu legen“; v. 25. 6. 1964 – VIII C 23/63 – BVerwGE 19, S. 55; v. 10. 12. 1969 – VII C 104/69 – BVerwGE 34, S. 278; OVG Münster v. 8. 9. 1966 – V A 1639/64 – NJW 1967, S. 949 (952); *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 518 und die dort in Fn. 259 angegebenen Stellen; *ders.*, Die Verwaltungsvorschriften i. d. verwaltungsgerichtlichen Praxis, AöR 92 (1967), S. 1 (15); *Wallerath*, Die Selbstbindung der Verwaltung, § 15; *Kreutzer*, Selbstbindung der Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften, MDR 1970, S. 564 ff.; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 24 II d 1; *Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung; *ders.*, Die Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften – BVerwGE 34, S. 278, JuS 1971, S. 184 (185); vgl. auch *Menger*, Zur Selbstbindung der Verwaltung durch norminterpretierende Richtlinien, VerwArch. 1972, S. 213 m. w. Nachw.; kritisch *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 118 f.

<sup>71</sup> *Randelzhoever*, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1973, S. 536 (543).

<sup>72</sup> Der Vorlagebeschluß nach Art. 100 GG setzt voraus, daß ein formelles Gesetz – nicht eine Verwaltungsvorschrift – gegen das Grundgesetz verstößt.

Als bloße Verwaltungsvorschriften kommen sie als echte Rechtsquellen, aus denen unmittelbar Ansprüche abgeleitet werden können, nicht in Betracht (1.1 und 1.2). Die in den Prüfungsordnungen zumeist enthaltenen *Zuständigkeitsregelungen* sind allerdings gleichwohl wirksam (1.3).

Das Grundrecht der Berufs- und Ausbildungsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG gewährt dem einzelnen einen Anspruch auf Teilhabe an staatlichen Leistungen und Einrichtungen (2.1). Dieses *Teilhabe*recht, das die freie Wahl der Berufs- und Ausbildungsstätte umfaßt, kann auch im Schulverhältnis als einem besonderen Gewaltverhältnis (3.) nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes wirksam eingeschränkt werden (2.2).

Für den Bereich des schulischen Prüfungswesens *fehlt es* gegenwärtig *an einer (vollständigen) gesetzlichen Regelung* (3.). Der sich daraus ergebende *verfassungswidrige Zustand* muß allerdings für eine *Übergangszeit* im Interesse der Funktionsfähigkeit von Berufs- und Ausbildungseinrichtungen hingenommen werden (4.).

Der Gesetzgeber ist aufgerufen, diesen Zustand innerhalb angemessener Frist durch eine *ausreichende normative Regelung* zu beseitigen (4.3).

Die Schule ist einem bekannten Wort *Schelskys* zufolge zum „Zuteilungsapparat von Lebens- und Sozialchancen“ geworden. Nicht zuletzt diese Tatsache verlangt, daß die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mehr und mehr Eingang in den Schul- und Bildungsbereich finden. Es sollte daher ein heute noch fehlendes *System von gesetzlichen Ermächtigungsvorschriften* geschaffen werden, das in den wichtigsten Bereichen erkennen läßt, welche Tendenzen der Gesetzgeber zu verfolgen wünscht<sup>73</sup>.

Dies gilt für das schulische Prüfungsverfahren in besonderer Weise. Hier wird es zu den Aufgaben des Gesetzgebers gehören, den *gesamten Bereich in den Grundzügen gesetzlich zu normieren* und dabei Vorstellungen über Prüfungsvoraussetzungen, Zusammensetzung der Prüfungskommission, Prüfungsfächer und -abschnitte, Bewertungsmaßstäbe, Notendefinitionen sowie Wiederholungsmöglichkeiten zu entwickeln<sup>74</sup>.

Es wird gewiß noch zahlreicher Anstrengungen bedürfen, um die Schule aus der *Idylle eines gesetzefernen Zoodaseins* herauszuführen und sie allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen anzupassen. Aber die Mühe lohnt sich.

## Die sicherungsübereignete Vorbehaltssache im Konkurs des Vorbehaltkäufers

Von Wiss. Assistent Dr. Meinhard *Heinze*, Bochum

§ 15 KO hindert generell bei – schwebend unwirksamer – Sicherungsübereignung einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache im Falle des Konkurses des Vorbehaltkäufers die Erwerbsvollendung auf seiten des Dritten unabhängig davon, ob bereits das Anwartschaftsrecht auf den Dritten vor Konkurseröffnung übertragen worden ist oder ob die Sicher-

<sup>73</sup> Vgl. dazu *Schmidt*, Ist die Schulverwaltung rechtsstaatlich? In: *Beck-Schmidt*, Schulreform oder der sogenannte Fortschritt „Informationen zur Zeit“ (1970), S. 47 (51); vgl. auch *Wimmer*, Sind die deutschen Unterrichtsverwaltungen rechtsstaatlich?, DVBl. 1966, S. 846 ff.

<sup>74</sup> *Stüer*, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, S. 257 (Zum Gesichtspunkt des Rechtsschutzes), vgl. auch *Stüer*, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, S. 317.