

Rechtsgutachten

über die Frage:

*Sind die deutschen Universitäten kraft ihrer Anstaltsgewalt berechtigt,
den Studierenden die Austragung von Bestimmungsmensuren zu
verbieten und sie im Falle der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot
zu bestrafen?*

Erstattet von

Professor Dr. Herbert Krüger

in Hamburg

Januar 1953

Druck: Buch- und Zeitungs-Druckerei H. Köllen, Bonn

Vorwort

Die Beantwortung der Rechtsfrage, um deren Klärung sich dieses Gutachten bemüht, ist völlig unabhängig von dem Standpunkt, den man zur Frage der Bestimmungsmensur einnimmt. Es geht also in diesem Gutachten nicht darum, ob die Bestimmungsmensur ein wertvolles oder gar unentbehrliches Erziehungsmittel ist, oder ob man sie als Kinderei, als Überbleibsel längst vergangener Zeiten oder sonstwie negativ wertet. Denn gleich welche Auffassung vom Wert oder Unwert der Bestimmungsmensur man für die richtige hält: Man kann dieser oder jener Auffassung praktischen Ausdruck geben immer nur in dem Rahmen, den das Recht zieht. Das Recht aber gestattet, wie das Gutachten ergibt, ein Vorgehen gegen die Bestimmungsmensur mit Befehl, Zwang und Strafe nicht. Die Auseinandersetzung über die Frage der Bestimmungsmensur ist damit auf friedliche Mittel wie Diskussion, gegenseitige Überzeugung und notfalls beiderseitige Duldung der verschiedenen Standpunkte beschränkt. Dieser Begrenzung des Gutachtens auf die Rechtsfrage entspricht es, daß davon abgesehen wird, zu dem rechtlichen Ergebnis noch einmal vom Praktikabilitätsstandpunkt aus Stellung zu nehmen. Es wird also insbesondere nicht die Frage angeschnitten, ob das rechtliche Ergebnis nicht sogar vom Standpunkt der Gegner der Bestimmungsmensur zu begrüßen sei, insofern etwa, als es der Auseinandersetzung die Schärfe nimmt und verhindert, daß durch Verfolgung, Schaffung von Märtyrern u. dgl. die Einrichtung der Bestimmungsmensur neue Kraft erhält. Der Verfasser möchte sich insofern lediglich auf die Feststellung beschränken, daß es ihm dem freiheitlichen Geist der Universität besser zu Gesicht zu stehen schiene, wenn die Auseinandersetzung über die Bestimmungsmensur mit den erwähnten friedlichen Mitteln ausgetragen als daß der Weg der Gewaltanwendung beschritten würde.

Die Beschränkung des Gutachtens auf die Rechtsfrage bedeutet zugleich, daß hiermit niemand wegen seiner Auffassung über die Bestimmungsmensur angegriffen wird, geschweige denn, daß sich die Ausführungen des Gutachtens gegen eine bestimmte Hochschule richteten. Der Verfasser selbst glaubt, der materiellen Frage innerlich und äußerlich völlig frei und unbefangen gegenüberzustehen. Er hat sich lediglich von dem Gedanken leiten lassen, daß es sowohl für die Gegner wie für die Freunde der Bestimmungsmensur unerlässlich ist zu wissen, was das Recht zu dem sie beschäftigenden Problem sagt. Insofern hofft er, beiden Parteien dieser Auseinandersetzung einen Dienst erwiesen zu haben.

Das Gutachten geht davon aus, daß die Bestimmungsmensur nicht strafbar ist. Nach der Fertigstellung des Gutachtens ist diese Auffassung durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 29. Januar 1953 bestätigt worden. Die Frage der Strafbarkeit der Bestimmungsmensuren ist allerdings eine Frage für sich: Eben- sowenig wie die Strafbarkeit an und für sich ein Verbot durch die Universität ohne weiteres gerechtfertigt hätte, macht die Straffreiheit eine Untersuchung

darüber gegenstandslos, ob die Universität auf Grund ihrer Anstaltsgewalt die Bestimmungsmensur verbieten kann. Die Prüfung dieser Frage ist daher durch das Urteil des Bundesgerichtshofes nicht überflüssig geworden.

Es ist dem Verfasser niemals recht klar geworden, weshalb sich über die Frage der Bestimmungsmensur die Gemüter in einer so unverhältnismäßigen Weise haben erregen können. Es wäre zu begrüßen, wenn die Diskussion das Thema auf seine wahre Bedeutung zurückführen und hierdurch eine entsprechende Abkühlung der Auffassungen bewirken würde. Er hofft nicht zuletzt, daß eine nüchterne Betrachtung des Problems unter dem Blickwinkel des Rechts eine derartige Wirkung auf die außerrechtliche Diskussion dieser Frage ausüben wird.

Nach 1945 ist eine Reihe von deutschen Hochschulen dazu übergegangen, ihren Studierenden die Austragung von Bestimmungsmensuren zu verbieten. So heißt es zum Beispiel in der „Mitteilung des Rektors an die Studenten der Universität X. über Mensuren“ aus dem Jahre 1952: „Der Senat der Universität X. hat in seiner Sitzung vom 9. Mai 1952 folgendes beschlossen:

„Im Anschluß an die Rektorenkonferenz in Tübingen, Bonn und Marburg betont der Senat der Universität X. noch einmal seinen Standpunkt, daß er das Schlagen von Mensuren ablehnt. In der heutigen Zeit sind Mensuren nicht zu verantworten,

da sie geeignet sind, die Einheit der civitas academica zu stören,

da sie in der Bevölkerung Anstoß erregen und dazu beitragen werden, die sozialen Gegensätze zu verschärfen,

da die Wiederbelebung dieser veralteten und ihrer Tradition nach auf eine gewisse Exklusivität hinzielenden akademischen Lebensformen im demokratischen Gemeinwesen als störend empfunden wird.

In der schwierigen Lage, in der sich das deutsche Volk bei seinen Bemühungen befindet, als vollberechtigter Teilhaber in der Gemeinschaft der Völker wieder anerkannt zu werden, würde ein solches dem Ausland unverständliches Verhalten die nationalen Interessen geradezu schädigen.

Der Senat wird daher gegen Studierende, die Mensuren geschlagen haben, ein Disziplinarverfahren mit dem Ziel der Entfernung von der Universität einleiten¹⁾.“

Die Autoren derartiger „Beschlüsse“²⁾ werden dieselben sicherlich für notwendig und nützlich halten. Solche Überlegungen aber würden selbst dann, wenn sie zuträfen, nicht ausreichen, um „Beschlüssen“ dieser Art den Charakter der Rechtsverbindlichkeit zu verleihen, geschweige denn die angedrohten disziplinarischen Sanktionen zu rechtfertigen. Rechtscharakter und Rechtswirkung können derartige Maßnahmen vielmehr nur dann entfalten, wenn sie im Recht eine Stütze finden. Soweit also solche Beschlüsse allgemein rechtsverbindliche Normen sein wollen, müssen ihre Urheber über eine rechtliche Ermächtigung zur Normsetzung verfügen. Soweit es sich hingegen um Einzelakte handelt, müssen diese entsprechend dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung, in der Regel von einer allgemeinen und zwar selbstverständlich von einer rechtsgültigen Norm getragen sein³⁾.

An sich ist die Rechtsetzungsbefugnis ein Monopol des Staates. Diese Tatsache ergibt sich daraus, daß die Rechtsetzungsbefugnis ein Element der hoheitlichen Gewalt ist, und daß es entsprechend dem Wesen des modernen Staates innerhalb des Staatsgebietes nur eine einzige hoheitliche Gewalt, nämlich die Staatsgewalt, geben kann⁴⁾. Aus diesem Monismus der Staatsgewalt ergibt sich, daß jede andere hoheitliche Gewalt und damit jede andere einseitige Rechtsetzungsbefugnis eine aus der Staatsgewalt abgeleitete, eine vom Staat delegierte

1) Vgl. auch Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5. 8. 1952: „Der Senat der freien Universität Berlin hat beschlossen, daß Studenten, die Vereinigungen angehören, in denen das Prinzip der Satisfaktion mit der Waffe vertreten oder Mensuren geschlagen werden, nicht der freien Universität angehören können.“

2) Ihre Rechtsnatur braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht untersucht zu werden.

3) Von der Behandlung der Frage, welches Organ der Universität nach deren Verfassung zum Erlaß von solchen Normen und Einzelakten zuständig ist, wird hier als im gegenwärtigen Zusammenhang unerheblich abgesehen. Diese Zuständigkeit ist also bei den folgenden Darlegungen immer unterstellt.

4) Art. „Souveränität“ im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften.

sein muß. Hieraus ergibt sich weiter, daß all diese sekundären Gewalten nur innerhalb des Rahmens sich bewegen können, der ihnen durch die Staatsgewalt und ihre Äußerungen gesteckt ist.

Diese Delegation einer besonderen hoheitlichen Gewalt kann generell ⁵⁾ oder individuell ⁶⁾ erfolgen. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein. Wie aber auch immer im einzelnen die Form der Delegation aussehen mag: In jedem Falle handelt es sich um eine aus der allgemeinen Staatsgewalt abgezweigte, besondere Gewalt. In diesem Satz liegt dreierlei beschlossen:

1. Wie die Staatsgewalt, so ist auch die besondere Gewalt nicht ein Komplex von Einzelrechten, sondern sie enthält die „Fülle“ der Gewalt, d. h. sie ist bildlich gesprochen eine „Blankovollmacht“. Auch eine besondere Gewalt umfaßt daher grundsätzlich die drei „klassischen“ Gewalten: Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung.

2. Wie die Staatsgewalt selbst, so sind auch die besonderen, aus ihr abgeleiteten Gewalten nicht jeder inneren Bestimmung bar, mit der Folge, daß die durch sie gegebene „Blankovollmacht“ beliebig, womöglich sogar willkürlich gebraucht werden könnte. Es ist vielmehr in beiden Fällen der Zweck, der festlegt, wie diese Blankovollmacht ausgefüllt werden darf. Dies steht für die Staatsgewalt ganz außer Zweifel. Sehr prägnant formuliert z. B. F. C. von Gerber ⁷⁾: „Die Staatsgewalt ist zwar die höchste Gewalt im Volke, aber rechtlich besteht sie nur in der Sphäre ihrer Zweckbestimmung“. Da aber das Gemeinwohl der Staatszweck ist, so reicht die Staatsgewalt nur so weit, wie es die Verfolgung und Erreichung dieses Staatszweckes notwendig macht ⁸⁾. Da die besonderen Gewalten aus der Staatsgewalt abgeleitet sind, muß das gleiche für sie erst recht gelten.

Für die besonderen Gewalten kommt aber ein weiterer Umstand hinzu, der der Bindung der Gewalt an den Zweck gesteigerte Bedeutung verleiht. Gemäß der herrschenden Lehre gilt nämlich für die besonderen Gewalten der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht ⁹⁾. Der Träger der besonderen Gewalt kann also hier handeln, ohne eine Ermächtigung in der Form eines Gesetzes vorweisen zu müssen. Hier ist also die Bindung an den Zweck die einzige immanente Bestimmung des Handelns. Um so sorgfältiger muß also darauf geachtet werden, daß ein evidenter innerer Zusammenhang zwischen der Maßnahme der besonderen Gewalt und dem ihr gesetzten Zweck gegeben ist, wenn nicht das besondere Gewaltverhältnis eine Oase der Polizeistaatlichkeit ¹⁰⁾ werden und damit in schneidenden Gegensatz zum Rechtsstaatsgebot unserer Verfassungen treten soll.

5) So z. B. für die Gemeinden durch die §§ 1 und 2 der DGO von 1935.

6) So z. B. durch Verleihung des Status einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechtes.

7) Staatsrecht 3. A. 1880, S. 31, Anm. 1.

8) Vgl. Verfassung von Rheinland-Pfalz, Art. 1 (3): „Die Rechte und Pflichten der öffentlichen Gewalt werden durch die naturrechtlich bestimmten Erfordernisse des Gemeinwohls begründet und begrenzt“.

9) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. A. 1924, S. 101 ff.; II S. 284 ff.

W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. A. 1931, Neudruck 1948, S. 122.

E. Forsthooff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 2. A. 1952, 105, 377, 385.

R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts II (1932), S. 224.

Es muß als sehr zweifelhaft bezeichnet werden, ob diese Auffassung noch aufrecht zu erhalten ist, nachdem das Grundgesetz den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ohne jede Einschränkung zum Verfassungssatz erhoben hat (Art. 20 Abs. 3; Die vollziehende Gewalt ist an Gesetz und Recht gebunden). Ebenso Landessatzung für Schleswig-Holstein. Vgl. ferner Art. 2 (4) der Verfassung für Württemberg-Baden; Art. 2 (2) der Verfassung des Landes Hessen; Verfassung für Rheinland-Pfalz Art. 2; Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen Art. 3 (3). — Das BVG rechnet die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu den grundlegenden Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung: Das Urteil des BVG vom 23. Oktober 1952 betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Sozialistischen Reichspartei S. 17.

10) Nach Freudenberger, Annalen des Deutschen Reiches 1931, S. 188, ist in der Anstaltsgewalt ein Stück Polizeistaat erhalten geblieben. — Vgl. hierzu auch: H. Gerber, Hochschulrecht in der modernen Demokratie, in: Die Öffentliche Verwaltung 1953, S. 34: „Die Hochschulen sind nicht geneigt, in ihrem Raum einem Stück Absolutismus Dauerbestand zu geben!“

3. Da die besonderen Gewalten innerhalb eines Staates oder (im Bundesstaat) sogar innerhalb mehrerer Staaten bestehen, tritt hier zu der inneren Bestimmung durch den Zweck die äußere Begrenzung durch den Staat, seine Verfassung und seine Gesetze hinzu. M. a. W.: Wenn auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die besonderen Gewalten nicht gilt, so ist damit doch keineswegs gesagt, daß diese besonderen Gewalten der Verfassung und den Gesetzen nicht unterworfen seien. Diese Normen sind vielmehr für die Träger der besonderen Gewalten genau so verbindlich wie für jeden Staatsbürger.

Von der Seite dieses Staatsbürgers aus gesehen, wirkt sich das Bestehen einer Staatsgewalt und von besonderen Gewalten dahin aus, daß er in einem sog. „allgemeinen Gewaltverhältnis“¹¹⁾ zum Staat und gegebenenfalls in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ zur besonderen Gewalt steht. Doch reicht die Unterwerfung unter diese Gewalten niemals weiter als deren Zweck es rechtfertigt. „Nur für den Zweck des Staates ist der Staatsbürger Untertan“¹²⁾. Nichts anderes gilt für die besonderen Gewaltverhältnisse: Nur soweit es der Zweck dieser besonderen Verhältnisse verlangt, sind der Beamte, der Anstaltsbenutzer u. dgl. „Untertanen“.

11) So P. Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 5. A. 1911, S. 433 ff.

12) C. Cucumius, Lehrbuch des Staatsrechts der konstitutionellen Monarchie Bayerns 1825, S. 131.

I. Anstaltsgewalt

Persönlicher Umfang und sachliche Bestimmung

Einer Stellungnahme zu der Streitfrage, ob die Universität rechtlich als Anstalt¹³⁾ oder als Körperschaft¹⁴⁾ zu begreifen ist, bedarf es im gegenwärtigen Zusammenhang nicht. Denn gleich ob Anstalt oder Körperschaft: Die Gewalt der Universität kann einmal wie jede andere Gewalt einschließlich der Staatsgewalt nur denjenigen Personen gegenüber ausgeübt werden, die ihr unterworfen sind, und zweitens kann auch diese Gewalt, die ebenso wie jede andere, und zwar auch die Staatsgewalt, lediglich Mittel zum Zweck ist, folgerichtig nur insoweit ausgeübt werden, wie es zur Verfolgung des Zweckes erforderlich ist. Unter beiden Gesichtspunkten bedarf die Anstaltsgewalt¹⁵⁾ der Universität im vorliegenden Fall der Untersuchung.

1. Der persönliche Umfang der Anstaltsgewalt

Die Unterwerfung unter die Staatsgewalt wird, wie für alle Gebietskörperschaften, durch den Aufenthalt auf dem Staatsgebiet begründet. Der Gewalt der öffentlichen Anstalt unterwirft man sich durch den Realakt des Eintritts. Wenn auch die Anstalt ein eigentliches „Gebiet“ nicht hat und wenn daher auch der „Eintritt“ in die Anstalt nicht im gleichen Sinne räumlich zu verstehen ist wie der Aufenthalt auf dem Staatsgebiet, so tritt doch in beiden Fällen die verwandte Frage auf, ob und inwieweit die Gewalt über den ihr zugeordneten räumlichen Bereich hinausgreift. Diese Frage stellt sich um so mehr, wenn man die Anstaltsgewalt aus dem Hausrecht ableitet¹⁶⁾ und sie etwa mit H. Peters¹⁷⁾ als „eine durch den öffentlichen Zweck der Anstalt erweiterte Hausgewalt“ auffaßt. Bekanntlich reicht die Staatsgewalt nur bis zu den Staatsgrenzen. Außerhalb der Grenzen sind die Äußerungen der Staatsgewalt ohne Wirkung¹⁸⁾. Für die als Hausgewalt verstandene Anstaltsgewalt würde dies bedeuten, daß die Anstalt die ihr unterworfenen Personen nur insoweit erfaßte, als es sich um deren Verhalten auf dem Boden der Anstalt, — „innerhalb des Hauses“ — handelte, während das Verhalten außerhalb des „Hauses“ auch außerhalb des Bereiches der Anstaltsgewalt läge¹⁹⁾.

13) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 2. A. 1952, S. 372.

W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. A. 1931, Neudruck 1948, S. 521.

H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung 1949, S. 115.

—, Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II (1932), S. 264 ff., S. 273.

O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 3. A. 1924 II, S. 338 f.

C. Anschütz, die Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat. Vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar . . . 1912, S. 375.

—, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt . . . 2. A. 1901, S. 71 f.

14) So vor allem A. Köttgen, Deutsches Universitätsrecht 1933, S. 44 ff.

15) Da, wenn überhaupt, nicht die Studentenschaft, sondern der Lehrkörper das körperschaftliche Element der Universität darstellt, kann für das folgende füglich von Anstaltsgewalt die Rede sein.

16) Vgl. F. W. Jerusalem, Das Verwaltungsrecht und der neue Staat in: Festschrift für R. Hübner 1935, S. 124 ff., S. 139.

17) Lehrbuch . . . S. 114.

18) Dies hat die Judikatur aus Anlaß der Ostzonenenteignungen neuerdings immer wieder ausgesprochen.

19) Vgl. hierzu R. Nebinger, Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil, 2. A. 1949, S. 145.

Vom Standpunkt eines reinen Territorialitätsprinzips ist dies die gebotene Folgerung. Nun wird aber im staatlichen Leben das Territorialitätsprinzip für die Staatsbürger durch das Personalitätsprinzip ergänzt: Das Treueverhältnis, in dem der Bürger zu seinem Staat steht, bleibt bestehen und entfaltet Wirkungen auch dann, wenn der Bürger sich außerhalb des Staatsgebietes aufhält²⁰⁾. Das entsprechende gilt für das besondere Gewaltverhältnis, in dem der Beamte zu seinem Dienstherrn steht: Die Dienstgewalt, die dem Dienstherrn in diesem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zusteht, ist nicht auf das Verhalten in den Diensträumen oder im Amte beschränkt, sondern umfaßt auch das Verhalten außer dem Amte. Was die öffentlichen Anstalten und ihre Benutzer anbetrifft, so kann von einem derartigen Übergreifen der Anstaltsgewalt über die räumlichen Grenzen des „Hauses“ hinaus jedenfalls nicht überall die Rede sein. W. Jellinek²¹⁾ unterscheidet zwischen Anstalten, deren Gewalt endet, sobald der Benutzer den Bereich der Anstalt verlassen hat, und solchen Anstalten, deren Gewalt das Leben des Anstaltsunterworfenen auch außerhalb des räumlichen Anstaltsbereiches erfaßt. Zu der ersten Gruppe rechnet W. Jellinek etwa die Museen, die Präsenzbibliotheken, die Badeanstalten, die Gefängnisse, während zu der zweiten Gruppe vor allem die Schulen und die Universitäten gehören sollen. Leider unterläßt dieser Autor zweierlei zu sagen: Auf welchem Prinzip diese Unterscheidung beruht und wie es zu rechtfertigen ist, daß für die zweite Gruppe von einer übergreifenden Disziplinargewalt die Rede sein kann.

Das gemeinsame Merkmal aller derjenigen Verhältnisse, deren Gewalt die an sich gegebene räumliche Begrenzung überspringt, besteht offenbar darin, daß es sich um Treueverhältnisse handelt. Eine Treuepflicht ist in der Tat unteilbar und allgegenwärtig. Man würde daher für das Anstaltsverhältnis etwas entsprechendes nur dann annehmen können, wenn es sich neben dem Benutzungsverhältnis auch als ein Treueverhältnis darstellt. Etwas derartiges kommt aber jedenfalls in vielen, wenn nicht sogar in den meisten Fällen schon auf den ersten Blick nicht in Betracht: Es wäre völlig absurd, wenn man die Fälle der ersten von W. Jellinek gebildeten Gruppen als Treueverhältnisse kennzeichnen wollte. Ob aber nicht wenigstens für die Universitäten etwas derartiges zutrifft, bedarf zum mindestens eingehenderer Untersuchung. Man könnte als positive Indizien für das Bestehen eines solchen Treueverhältnisses auf Immatrikulation und Gelöbnis sowie auf Wendungen wie „akademischer Bürger“, „alma mater“ u. dgl. verweisen. Aber von rechtlicher Relevanz könnten allenfalls die beiden ersten Momente sein. Gerade diese entbehren aber der Beweiskraft, weil sie ein *petitio principii* darstellen: Es ist ja gerade die Frage, ob die Universität durch die Begründung eines Treueverhältnisses die Anstaltsgewalt über die Grenzen des „Hauses“ hinaus erweitern, ob sie also den eintretenden Studierenden die entsprechenden Gelöbnisse abfordern kann. Es mag zugegeben werden, daß es einer gesetzlichen Grundlage hierfür nicht bedarf. In diesem Falle muß aber aus dem Wesen des in Frage stehenden Anstaltstypes etwas derartiges abgeleitet werden können. Es ist aber als fraglich anzusehen, ob nicht bereits die Subsumtion der Universität unter den Oberbegriff der Anstalt einer solchen Deduktion entgegensteht. „Eine Anstalt hat nicht Mitglieder, sondern Benutzer“²²⁾. Es widerstrebt aber schon dem Sprachgefühl, ein Benutzungsverhältnis mit dem Begriff der Treue zu verknüpfen. Einem Benutzungsverhältnis fehlt aber vor allem der sittliche Gehalt, der das Staatsbürger- und das Beamtenverhältnis kennzeichnet und der es rechtfertigt, vom Bürger äußerstenfalls das Opfer des Lebens, vom Beamten volle Hingabe an den Dienst, Eintreten inner- und außerhalb des Dienstes für den Dienstherrn u. a. m. zu verlangen²³⁾. Nicht das Wesen dieses Verhältnisses, sondern allenfalls der Zweck der Anstalt „Universität“ könnte es daher rechtlich möglich machen, den Bereich der Anstaltsgewalt über die Grenzen des „Hauses“ hinaus auszudehnen. Hiervon wird besonders die Rede sein²⁴⁾.

20) A. Verdross, Völkerrecht 2. A. 1950, S. 218 f.

21) a. a. O., S. 515/516.

22) Peters, Lehrbuch, S. 113.

23) Ähnliche Überlegungen rechtfertigen es, daß die Disziplinargewalt über die Abgeordneten in einigen Ländern auch deren außerparlamentarisches Verhalten umgreift. Vgl. G. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation 1929, S. 172. Vgl. hierzu auch Art. 61 (3) der Verfassung des Freistaates Bayern.

24) vgl. S. 11 ff.

Aber selbst wenn man unterstellen würde, der Student sei der Universität zur Treue verpflichtet, so bliebe doch die Frage offen, inwiefern eine solche Treupflicht die Unterlassung der Bestimmungsmensur geböte. Wollte man annehmen, daß Treue hier in erster Linie Gehorsam bedeute, so käme man nicht weiter. Denn Gehorsam gegenüber einem Verbot der Bestimmungsmensur kann nur dann verlangt werden, wenn dieses Verbot im Recht eine Stütze findet. Die Beantwortung dieser Frage setzt aber wiederum voraus, daß die Anstaltsgewalt auch das Verhalten außerhalb des „Hauses“ erfaßt. Die Treuepflicht könnte in diesem Zusammenhang also nur abgesehen von der Gehorsampflicht in Betracht kommen. So verstanden, könnte es die Treue etwa fordern, eine ernsthafte Schädigung des Rufes oder des Ansehens der Universität zu vermeiden. Es ist wesentlich Tatfrage, ob das Austragen von Bestimmungsmensuren derartige Wirkungen nach sich zieht. Zur Beurteilung dieser Tatfrage werden später²⁵⁾ noch einige Bemerkungen zu machen sein. An dieser Stelle bedarf nur ein Gesichtspunkt der Hervorhebung: Die „totale“ Erfassung des Menschen für irgendein Gesamtgebilde begegnet steigender Abneigung. Das gilt einmal für die Statusverhältnisse, insbesondere für die Staatsbürgerschaft: Hier ist es vor allem der Sinn der Grundrechte, dem Individuum einen möglichst weiten Bereich zu schaffen, in dem es nicht Bürger, sondern Mensch ist. Trifft dies aber für die Statusverhältnisse zu, dann muß es erst recht für Benutzungsverhältnisse gelten: Hier kann noch weniger der Mensch im Anstaltsbenutzer aufgehen²⁶⁾, hier muß die private Sphäre noch ausgedehnter sein. Hier ist daher mit besonderem Nachdruck daran festzuhalten, daß „im Zweifel“ die Anstaltsgewalt an den Grenzen des „Hauses“ endet und daß die Vermutung auch hier für die Freiheit streitet. Man wird daher ein Übergreifen über die Grenzen des Hauses hinaus in den Bereich der Freiheit nur dann als zulässig anerkennen können, wenn es um der Erreichung des Zweckes der Anstalt willen unerlässlich ist.

2. Die sachliche Bestimmung der Anstaltsgewalt

Da der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in den besonderen Gewaltverhältnissen nicht gilt, kann es nicht das Gesetz sein, das die sachlichen Grenzen der Anstaltsgewalt festlegt. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Anstaltsgewalt an sich unbegrenzt sei. Ganz abgesehen davon, daß eine grenzenlose Gewalt ein Widerspruch in sich wäre²⁷⁾, wäre eine solche Grenzenlosigkeit hier auch deswegen ausgeschlossen, weil andernfalls eine Einordnung der Anstalt in den Gesamtzusammenhang des Staates undenkbar wäre. Da jede öffentliche Gewalt sich als Mittel darstellt, und da ferner der Zweck die Mittel zwar gibt, aber auch bestimmt, so ergibt sich, daß die Anstaltsgewalt ihre innere Bestimmung vom Anstaltszweck her empfängt, — genau so wie die Staatsgewalt als Mittel zur Erreichung des Staatszweckes von diesem Zweck, dem Gemeinwohl, beinhaltet wird. Diese Bestimmung der Anstaltsgewalt durch den Anstaltszweck ist allgemein anerkannt²⁸⁾. Besonders knapp und klar formuliert E. Forsthoff²⁹⁾ diesen

25) vgl. S. 17.

26) Etwas derartiges wird auch dadurch ausgeschlossen, daß der Mensch zwar nur einmal Bürger oder Beamter ist, aber durchweg mehrfacher, wenn nicht sogar vielfacher Anstaltsbenutzer. Wie soll da eine mehr- oder sogar vielfache „totale“ Erfassung möglich sein?

27) H. K. J. Ridder, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 10 (1952), S. 136.
C. Schmitt, Verfassungslehre 1929, S. 131: Im Rechtsstaat ist eine Kompetenz niemals prinzipiell unbegrenzt.

28) W. Jellinek, a. a. O., S. 516.
H. Peters, a. a. O., S. 114.
O. Bachof, Rechtsnatur, zulässiger Inhalt und gerichtliche Anfechtung von Friedhofsordnungen in: Arch. öff. R. 78 (1952), S. 82 ff., S. 85, 87.
Klüber, Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht in: Verwaltungsarchiv 40 (1935), S. 113 ff., S. 128: Das Anstaltsverhältnis unterwirft den Menschen nur, wo er zu der Anstalt und dem Anstaltszweck in Verbindung steht, und befaßt sich mit seiner sonstigen Lebensgestaltung nur insoweit, als sie Rückwirkungen auf seine Stellung und seinen Verkehr in der Anstalt zu zeitigen geeignet ist. Aus der Rechtsprechung: OLG Stuttgart vom 7. Mai 1952, MDR 52, 490.

29) a. a. O., S. 387. — Über die entsprechenden Grenzen der Gemeindegewalt vgl. H. Peters, Die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926, S. 55.

Gedanken: „Die Anstalt darf nur befehlen und fordern, was durch den Zweck der Anstalt selbst geboten ist“!

a) Den Zweck der deutschen Universitäten pflegt man durch die Begriffe „Forschung“ und „Lehre“ zu kennzeichnen³⁰⁾. Es bedarf keiner Ausführung, daß die Belange der Forschung in keinerlei Zusammenhang mit dem Ausfechten von Bestimmungsmensuren stehen, weil die Studierenden mit der Forschung nichts zu tun haben. Selbst wenn man auf die den deutschen Hochschulen charakteristische Verbindung von Forschung und Lehre hinweisen würde, so wäre hiermit lediglich gesagt, daß ein Lehrer, der Ergebnisse vorträgt, die er selbst gefunden hat, in der Regel ein besserer Lehrer sein wird als ein solcher, der lediglich fremde Erkenntnisse mehr oder weniger mechanisch reproduziert³¹⁾. Naturgemäß werden jedoch die Mitglieder des Lehrkörpers in der Möglichkeit, in dieser wirksameren Weise zu lehren, nicht dadurch beeinträchtigt, daß Studenten Bestimmungsmensuren austragen.

Es bleibt also in der Erörterung lediglich der Lehrzweck. Stellt man es hier ausschließlich auf das Lehren und das Lernen ab, so ergibt sich wiederum ohne weiteres, daß die Verwirklichung dieses Zweckes einerseits und die Bestimmungsmensur andererseits außer jedem Zusammenhang stehen, so daß es einer Heranziehung des Gesichtspunktes der akademischen Lernfreiheit nicht einmal bedarf. Es kann sich hiernach nur darum handeln, ob der Lehrzweck im Sinne eines allgemeinen Erziehungszweckes zu verstehen ist. Eine Bejahung dieser Frage würde, wenn man etwa an den eingangs erwähnten Beschluß des Senates der Universität X. denkt, im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß die deutschen Universitäten ihre Studierenden zu erziehen hätten zu: Vermeidung der Erregung von Anstoß in der Bevölkerung und einer Verschärfung der sozialen Gegensätze, Unterlassung einer Störung der Empfindungen der Mitbürger durch Übung exklusiver Lebensformen, Rücksichtnahme auf die nationalen Interessen gegenüber dem Ausland usw. Die Frage, ob den deutschen Universitäten eine derartige Erziehungsaufgabe obliegt, ist jedoch entschieden zu verneinen³²⁾. Zwar betrachtet sich auch die deutsche Universität als eine Erziehungsanstalt höchsten Ranges insofern, als nach der ihr zugrundeliegenden idealistischen Auffassung die Beschäftigung mit den Wissenschaften als solche eine veredelnde Wirkung ausübt —, eine Beschäftigung, die im übrigen gerade diese Wirkung nur haben kann, wenn sie in völliger Freiheit ausgeübt wird. Weitergehende Erziehungsziele schreibt sich jedoch die deutsche Universität nicht zu, geschweige denn daß es mit ihrem Wesen verträglich wäre, zur Erreichung derartiger Ziele (die ja anders gar nicht erreicht werden könnten), die unfreiheitlichen Mittel von Geboten, Verboten und Strafen einzusetzen. Diese bewußte Beschränkung auf die Lehre als Erziehungsmittel und die Wirkung, die man von der freien An-

30) Köttgen a. a. O., S. 22 bezeichnet es als die traditionelle Aufgabe der deutschen Universität, der wissenschaftlichen Erkenntnis in Forschung und Lehre zu dienen.

§ 1 der Satzung der Universität Kiel von 1923:

„Die Universität Kiel, gegründet im Jahre 1665, hat die Aufgabe, in innerer Verbundenheit mit den lebendigen Kräften der inneren Heimat die ihrer Obhut anvertrauten Wissenschaften in Forschung und Lehre zu fördern. Den höchsten Zielen der Menschheit zugewandt, hat sie die studierende Jugend zum Eintritt in die verschiedenen Zweige des höheren Staatsdienstes sowie für andere Berufsarten, zu denen eine wissenschaftliche Bildung erforderlich oder nützlich ist, vorzubereiten.

Als Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden, die durch den Geist der Wahrheit und den Geist der Forschung verbunden sind, sucht sie den sittlichen Charakter der akademischen Jugend zu entfalten und diese zu verantwortungsvoller Mitarbeit an Staat und Kultur zum Wohle des Volksganzen heranzubilden.

So erwächst ihren Lehrern die Pflicht, das ihnen anvertraute Fach würdig zu vertreten und darüber hinaus dem im Wesen der Universität begründeten Ideal einer Einheit von Wissenschaft und Bildung zu dienen.“ (Vgl. E. Wende, Grundlagen des Preussischen Hochschulrechtes 1930, S. 54.)

Vgl. auch § 1 II 12 ALR: „Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staates, welche den Unterricht der Jugend in nützlichen Kenntnissen und Wissenschaften zur Absicht haben“.

31) Vgl. F. W. Schelling, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums 1803, in: Schellings Werke, Münchener Jubiläumsdruck 1927 III, S. 229 ff., S. 256: „Dies ist der wahre Vorzug der lebendigen Lehrart, daß der Lehrer nicht Resultate hinstellt, wie es der Schriftsteller pflegt, sondern daß er, in allen höheren Scienzen wenigstens, die Art zu ihnen zu gelangen selbst darstellt und in jedem Falle das Ganze der Wissenschaft erst vor den Augen des Lehrlings entstehen läßt“.

32) So auch W. Jellinek a. a. O., S. 516.

eignung und Verarbeitung der Lehre durch die Studierenden erhofft, als Erziehungsziel kennzeichnet die Eigenart der deutschen Universitäten. Hierdurch unterscheiden sie sich von der Schule. Hierin liegt aber auch ihr Gegensatz zu dem angelsächsischen College-System, das durch gemeinsames Wohnen und Leben unter Aufsicht eine umfassende Fremderziehung anstrebt. Die deutsche Universität überläßt diese Dinge bewußt der Selbsterziehung^{33) 34)}.

b) Durch den Zweck der Universität läßt sich also das Verbot der Bestimmungsmensur nicht rechtfertigen. Es bleibt hiernach lediglich die Frage, ob nicht die besondere Gewalt auch durch die Mittel bestimmt wird, die zur Verfolgung der ihr aufgegebenen Zwecke unerlässlich sind.

aa) Geht man einmal davon aus, daß dies richtig sei, dann würde als erstes Mittel dieser Art die Selbsterhaltung zu nennen sein: Ebenso wie man dem Staat das Recht der Selbsterhaltung zuspricht, würde mutatis mutandis auch von einem Selbsterhaltungsrecht der Universitäten gesprochen werden können. Zu diesem Selbsterhaltungsrecht würde dann auch gehören die Wahrung der Würde und des Ansehens der Universität in der Öffentlichkeit.

Dieser Gedankengang hat in einer Art des besonderen Gewaltverhältnisses, dem Beamtenverhältnis, eine besonders weitgehende Ausprägung erfahren: So hat sich gemäß § 3 (3) des Deutschen Beamtengesetzes³⁵⁾ der Beamte durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung und des Vertrauens, die seinem Berufe entgegengebracht werden, würdig zu zeigen. Hier handelt es sich darum, daß der Beamte den Bürgern als Verwalter hoheitlicher Gewalt gegenübertritt und daß sowohl die sachgerechte Ausübung dieser Gewalt wie das Vertrauen des Bürgers in eine solche Sachgerechtigkeit ernsthaft gefährdet würden, wenn die Lebensführung des Beamten anstößig wäre. Hier liegt in der Tat ein existentielles Interesse des Staates. Wiederum um etwas anderes dreht es sich, wenn etwa eine Wehrmacht Disziplinarstrafen wegen Schädigung ihres Ansehens verhängt: Hier ist ein Standinteresse im Spiel, das als in Mitleidenschaft gezogen angesehen wird, wenn sich ein Uniformträger in der Öffentlichkeit „vorbeibenimmt“. Derartige Dinge lassen sich jedoch auf die Studentenschaften der Universitäten nicht übertragen. Da die Studierende der Bevölkerung gegenüber irgendwelche Funktionen nicht hat, so kann es der Bevölkerung völlig gleichgültig sein, welche Lebensführung der einzelne Studierende als die richtige ansieht. Die Wahrung eines Standesinteresses gegenüber der Öffentlichkeit kommt ebensowenig in Betracht, da die Studierenden ja gerade keinen besonderen Stand, geschweige denn eine „exklusive Kaste“ bilden sollen.

bb) Zu den Mitteln, die so wesentlich mit dem Anstaltszweck verknüpft sind, daß ihre Erhaltung und die dazu erforderlichen Maßnahmen vom Anstaltszweck gerechtfertigt werden, gehört auch die Ordnung in der Anstalt. Wie also die Anstalt Angriffe auf ihre Existenz durch die Anstaltsbenutzer abwehren kann, so ist sie auch berechtigt, Störungen ihrer Ordnung durch die Anstaltsbenutzer mit ihren Mitteln entgegenzutreten. Selbstverständlich kann es sich bei dieser Ordnung immer nur um die legitime Ordnung handeln. Die Tatsache allein, daß bestimmte Normen gesetzt oder „Beschlüsse“ gefaßt sind, und daß solchen Normen oder Beschlüssen zuwidergehandelt wurde, rechtfertigt daher ein Eingreifen der Anstaltsgewalt noch nicht. Es ist vielmehr erforderlich, daß die wie immer geartete Ordnung objektiv ein unabdingbares Mittel zur Erreichung des Anstaltszweckes ist.

Es liegt auf der Hand, daß die Anstaltsordnung einer Universität gegenständlich und räumlich sehr viel enger verstanden werden muß, als etwa die Anstaltsordnung einer Schule. Einer Schule wird z. B. unangefochten das Recht zugesprochen, den Schülern den Besuch von Gaststätten oder den Genuß von

33) Vgl. zu alledem die großartige Sechste Vorlesung „Über die akademische Freiheit“ aus I. G. Fichtes Erlanger Vorlesungen „Über das Wesen des Gelehrten und seine Erscheinungen im Gebiete der Freiheit“ 1805 in: Fichtes Werke, herausgegeben von F. Medicus V, S. 1 ff., S. 55 ff., S. 57, 63/64, 65.

34) In engstem Zusammenhang hiermit steht das deutsche Verbindungswesen. Es beruht wesentlich auf der Absicht, diese Aufgabe der Selbsterziehung durch freie Gemeinschaften von um das gleiche Ziel Bemühten autonom zu lösen.

35) in der Bundesfassung vom 30. Juni 1950 (BGBl. S. 279 ff.).

Alkohol zu verbieten. Für die Universität ist etwas derartiges weder vom Anstaltszweck noch von der Ordnung her gefordert. Die Notwendigkeit einer Aufrechterhaltung der Ordnung beschränkt sich hier auf den eigentlichen Lehr- und Lernbetrieb. So darf etwa der Lehrvortrag nicht durch Lärmen gestört werden, die Benutzung der Seminare und Institute muß nach bestimmten Regeln vor sich gehen usw. usw. Der Natur der Sache nach beschränken sich daher die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Ordnung auf das „Haus“ und die technische Seite des Lehr- und Lernbetriebes.

Es ist undenkbar, daß eine solche, vom Anstaltszweck her begriffene Ordnung der Anstalt „Universität“ durch die Austragung von Bestimmungsmensuren sollte gestört werden können. Selbstverständlich werden diese Mensuren nicht innerhalb der Universitätsgebäude, sondern an ganz anderer Stelle gefochten. Der Besuch einer Vorlesung durch einen Studierenden, der offensichtlich an einer Mensur teilgenommen hat, ist den Vorlesungsbetrieb ebensowenig zu stören geeignet wie dies für einen Studierenden zutrifft, der eine andere Sportverletzung, etwa ein blaues Auge nach einem Boxkampf, aufweist. Da schließlich die Ordnung immer nur so weit gehen kann, wie es die Lernfreiheit erlaubt, wäre es auch unerheblich, wenn Studierende wegen der Mensuren den Vorlesungen fernblieben oder sich etwa hierdurch außer Stand setzten, den Vorlesungen mit der an sich erwünschten Aufmerksamkeit zu folgen.

cc) Die Übertragung derartiger Gedankengänge in den Bereich der Universität läuft darauf hinaus, daß man die einigermaßen sichere Bestimmung, die man der Anstaltsgewalt durch die Bindung an den Anstaltszweck gegeben hat, wieder preisgibt: Die Einbeziehung der Mittel als Gesichtspunkt, der der Anstaltsgewalt ihren Inhalt verleiht, beschwört die Gefahr herauf, daß die Anstaltsgewalt sich zu einer ungemessenen Gewalt entwickelt und damit in Widerspruch zu dem rechtsstaatlichen Grundsatz tritt, daß jede öffentliche Gewalt eine begrenzte sein müsse. Dieser Gefahr läßt sich nur dadurch begegnen, daß man der dergestalt erweiterten Anstaltsgewalt enge und genaue Rechtsschranken auferlegt. Da die Anstalt in der Sache als Polizei tätig wird, wenn sie ihre Existenz oder ihre Ordnung schützt, so erweist es sich als unerläßlich, dieses ihr Handeln an die gleichen Rechtsregeln zu binden, wie sie für die Polizei im allgemeinen maßgebend sind: Es wäre untragbar, wenn eine Anstalt ihre Polizei nach Gutdünken ausüben und sich auf diese Weise eine Art von Polizei schaffen würde, die in vollem Gegensatz zu der allgemeinen Polizei stehen würde. Hieraus ergibt sich:

I. Die Anstalt darf polizeilich nur zum Schutze ihrer Sicherheit und Ordnung tätig werden. Es ist nicht zweifelhaft, daß hierzu die Erhaltung der Existenz gehört³⁶⁾ Zu dieser Existenz gehört jedoch nicht die Einheit der civitas academica. Sie kommt daher als Schutzgut eines polizeilichen Vorgehens der Universität nicht in Betracht.

II. Selbst wenn ein solches Schutzgut im Spiele ist, ist ein Eingreifen doch nur dann gerechtfertigt, wenn es sich um die Abwehr von Gefahren handelt. Hiermit ist gesagt, daß nicht bereits gegen solche Faktoren vorgegangen werden kann, die sich vielleicht einmal zu einer Bedrohung der Existenz der Anstalt oder ihrer Ordnung entwickeln könnten. Es muß vielmehr eine solche Bedrohung in ihrer Gewichtigkeit konkrete Gestalt angenommen haben und, in der Kausalitätskette gesehen, unmittelbar bevorstehen. Legt man diesen Maßstab an die Bestimmungsmensur an, so kann von einer derartigen Gefahr keine Rede sein. Selbst wenn die Bestimmungsmensur im In- und Ausland einhellig und scharf verurteilt würde, was nicht der Fall ist, würde doch von einer sich abzeichnenden Gefahr für die Existenz der Universität allenfalls erst dann gesprochen werden können, wenn sich aus dieser Verurteilung eine ernst zu nehmende Bewegung für eine Abschaffung oder Umbildung der Universitäten entwickeln würde. Irgendwelche Anzeichen für eine derartige Entwicklung sind aber weit und breit nicht zu entdecken. Von einer „Gefahr“ für die Ordnung der Universität kann ebenso wenig die Rede sein.

dd) Selbst wenn aber eine solche Entwicklung eingetreten wäre, so wäre damit noch keineswegs ausgemacht, daß deswegen gegen die Studenten vor-

³⁶⁾ Vgl. B. Drews, Allgemeines Polizeirecht 6. A. 1952, neubearbeitet von G. Wacke, S. 21, 23.

gegangen werden könnte, die Bestimmungsmensuren austragen. Nimmt nämlich eine Gruppe von Menschen Anstoß an dem Verhalten einer anderen Gruppe von Menschen und droht es, hierüber zu einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu kommen, so ist nicht ohne weiteres die anstoßgebende Gruppe als Störer im Sinne des Polizeirechtes anzusehen³⁷⁾. Es kommt vielmehr darauf an, ob die anstoßnehmende Gruppe mit Recht Anstoß genommen hat oder nicht. Erregt sich z. B. ein Teil der Bevölkerung über die Veranstaltung von Damenringkämpfen, so kann die Polizei nicht sogleich gegen die „Damen“, den Veranstalter oder das für derartige Ringkämpfe begeisterte Publikum vorgehen, sondern sie muß vorher prüfen, ob die Veranstaltung von Damenringkämpfen mit Recht Anstoß erregt hat. Hierbei ist es nicht auf die Auffassung dieser oder jener Kreise, sondern auf die „herrschen den Anschauungen“ abzustellen³⁸⁾. Diese „herrschen den Anschauungen“ sind aber nicht wegen Geschmacks-, sondern lediglich wegen Sittlichkeitsfragen zu erforschen. Der Württembergisch-Badische Verwaltungsgerichtshof hat es in seinem Urteil vom 15. September 1949³⁹⁾ daher mit Recht als nicht entscheidend angesehen, daß die herrschenden Anschauungen die Damenringkämpfe als geschmacklos ansehen, sondern es auf seine Feststellung abgehoben, daß diese Anschauungen Damenringkämpfe nicht als unsittlich ansehen. Aus dieser Feststellung ergab sich, daß für das Vorgehen der Polizei nicht „Damen“, Veranstalter oder positiv eingestellte Zuschauer als „Störer“ in Betracht kämen, sondern lediglich diejenige Gruppe, die, wie sich ergeben hat, zu Unrecht an dieser Darbietung Anstoß genommen hatte.

Nun sollte gewiß das, was den Damenringkämpfern recht ist, den Bestimmungsmensuren billig sein, zumal die letzteren unter völligem Ausschluß der Öffentlichkeit ausgetragen werden. Auch wird niemand behaupten wollen, daß durch das Fechten von Bestimmungsmensuren „lebensnotwendige Grundlagen“ der studentischen oder akademischen Gemeinschaft bedroht werden. Sollte es daher wirklich ob der Bestimmungsmensuren zu Unruhen in der Universität kommen, dann wären nicht die Anstoß gebenden, sondern die Anstoß nehmenden Studierenden als Störer anzusehen. Nur gegen sie könnte sich daher ein polizeiliches Vorgehen der Universität richten. Sollte jedoch die Bevölkerung es sein, die Anstoß nimmt, so darf die Universität die Unmöglichkeit, diesen Kreisen polizeilich entgegenzutreten zu können, nicht zum Anlaß nehmen, gegen die in Frage kommenden Studenten vorzugehen, obwohl sie nicht Störer sind. Ein polizeiliches Vorgehen gegen den Nicht-Störer ist nur unter den Voraussetzungen des sogenannten polizeilichen Notstandes denkbar. Daß diese Voraussetzungen aber in derartigen Fällen gegeben sein könnten, erscheint ausgeschlossen.

Die bisherigen Ausführungen bestätigen die Feststellung Forsthoffs⁴⁰⁾, daß die wissenschaftliche Behandlung der „Besonderen Gewaltverhältnisse“ bisher vernachlässigt worden ist. Diese Kritik trifft insbesondere darin zu, daß man sich über die rechtsstaatliche Ausgestaltung dieser besonderen Gewaltverhältnisse recht wenig Gedanken gemacht hat. Man hat sich allzu schnell damit zufriedengegeben, daß in den besonderen Gewaltverhältnissen der Vorbehalt des Gesetzes nicht gelte, ja man hat sich sogar zu der Behauptung verstiegen, daß besondere Gewaltverhältnis sei als Innenverhältnis ein rechtsleerer Raum, in dem es weder Rechtssätze noch Rechtsakte geben könne⁴¹⁾. Das theoretische Ergebnis derartiger Auffassungen ist z. B., daß ein so angesehener Gelehrter wie

37) vgl. ProVG 103, 141: „Tritt die Störung erst dadurch ein, daß eine zweite Person durch ein Verhalten einer ersten Person zu Handlungen veranlaßt worden ist, die eine polizeiliche Gefahr hervorrufen, so ist der Störer lediglich die zweite Person“.

38) vgl. ProVG 91, 139; 99, 99; Bayer. Verf.GH. vom 13. 10. 1951 Verw.Rspr. IV, 685.

39) Verw.-Rspr. II S. 71 ff. = DOV 49, 476 = NJW 49, 919 = DV 50, 26. Vgl. auch LVG Rheinland-Pfalz vom 29. 5. 1952 DOV 52, 667: „... Störung der öffentlichen Ordnung, wenn Anschauungskomplexe verletzt werden, die nach der Überzeugung des überwiegenden Teiles der Bevölkerung in dem betreffenden Gebiet und zu der betreffenden Zeit als lebensnotwendige Grundlagen der Gemeinschaft angesehen werden.“

40) a. a. O., S. 47.

41) vgl. hierzu: H. Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung in: Festschrift für R. Smend 1952, S. 211 ff.
O. Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung in: Festschrift für W. Laforet 1952, S. 285 ff.

W. Jellinek kurzerhand von einer Disziplinargewalt der Universität spricht, ohne ihre Existenz zu rechtfertigen und ihre Wirksamkeit fest zu begrenzen⁴²⁾. In der Praxis hat diese Abstinenz der Theorie das Anstaltsverhältnis zu einer Stätte des Weiterwirkens vor-rechtsstaatlicher Auffassungen gemacht. So wird z. B. die Anstaltsgewalt nach wie vor als eine Hausgewalt verstanden, die die Benutzer dieses Hauses total erfaßt und die Verwalter dieser Gewalt ohne weiteres ermächtigt über die „Würdigkeit“ der Studenten zu wachen und Verletzungen der „Ehre“ der Universität durch unwürdiges Verhalten mit Relegation zu ahnden⁴³⁾. Es liegt auf der Hand, daß auch das Anstaltsverhältnis einer rechtsstaatlichen Durchbildung unterzogen werden muß. Vor allem aber kann es nicht länger anerkannt werden, daß man durch den Eintritt in eine Anstalt auf die Grundrechte verzichtet. Da jedoch heute diese Auffassung immer noch vertreten wird, erweist es sich als notwendig, sich nunmehr mit ihr auseinanderzusetzen.

42) vgl. z. B. den von ihm a. a. O., S. 516 behandelten Fall.

43) vgl. W. Jellinek, a. a. O.

II. Die äußere Begrenzung der Anstaltsgewalt

Die bisherige Untersuchung galt der immanenten Bestimmtheit der Anstaltsgewalt. Mit der Durchführung dieser Untersuchung ist jedoch erst eine Hälfte dieses Thema behandelt. Die immanente Bestimmtheit umschreibt nämlich die äußersten Grenzen der Anstaltsgewalt. Da jedoch Anstalt und Anstaltsgewalt nicht letzte und oberste Größen, sondern dem Staat und der Staatsgewalt ein- und untergeordnet sind, so werden die eben erwähnten äußersten Grenzen vielfach und tief zurückgedrängt⁴⁴⁾. Eine solche einschränkende Wirkung geht von der staatlichen Rechtsordnung im allgemeinen und von der Staatsverfassung im besonderen aus. Hiervon muß nunmehr die Rede sein.

1. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis.

a) Nach Art. 2 des GG, zu dem sich alle anderen Grundrechte als Konkretisierung verhalten⁴⁵⁾, hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Wie die Fassung dieses Artikels ergibt, streitet hier die Vermutung für die Freiheit. „Im Zweifel“ verstößt daher ein Akt der Entfaltung der Persönlichkeit nicht gegen die drei, von Art. 2 gezogenen Grenzen. Sieht man von der Anstaltsgewalt der Universität zunächst einmal ab, so würde die Austragung von Bestimmungsmensuren im allgemeinen Gewaltverhältnis nur dann verboten sein können, wenn das Verhalten der Paukanten die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstieße.

aa) Was die „Rechte anderer“ angeht, so kann es sich hier nur um das Recht des anderen Teiles auf körperliche Unversehrtheit handeln. Auf dieses Recht aber kann verzichtet werden, soweit ein derartiger Verzicht nicht wiederum gegen das Sittengesetz verstößt. Durch die Teilnahme an der Bestimmungsmensur wird ein solcher Verzicht zweifelsfrei erklärt.

bb) Die zweite Schranke, die der Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit gezogen ist, ist die „verfassungsmäßige Ordnung“. Über die Auslegung dieses Begriffes besteht keine Einigkeit⁴⁶⁾. Einerseits wird die Auffassung vertreten, unter diesen Begriff falle auch jedes ordnungsgemäß, d. h. nach den Vorschriften der Verfassung ergangene Gesetz⁴⁷⁾. Nach der anderen Meinung ist unter „ver-

44) Vgl. hierzu Hess. VGH vom 13. 10. 1950, Verw.Rspr. IV, 144: Der Anstaltsbenutzer hat ein Recht darauf, in seiner Rechtsbeziehung zur Anstalt nach den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts und der insbesondere geltenden Anstaltsordnung behandelt zu werden.

45) v. Mangoldt, Jahrbuch des öffentlichen Rechtes N. F. 1, S. 59, 75. 144. Kleinrahm, DV 49. 540.
BVG vom 30. 4. 52 E 1. 274 = DOV 52. 633.
OVG Lüneburg vom 9. 2. 51, Verw.Rspr. IV 238.
Bad. VGH vom 5. 7. 51 DOV 52. 638.
Württ.-Bad. VGH vom 13. 12. 51 DOV 52. 670.
LVG Rhld.-Pfalz vom 29. 5. 52, Verw.Rspr. IV, 739.

46) vgl. H. Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz in: DVBl. 1950, S. 625 ff., S. 627.

47) So v. Mangoldt, Kommentar S. 47. Ferner außer den bei Krüger a. a. O., Anm. 16 gegebenen Belegen:
Sieg, Deutsche Verwaltung 1950, S. 199;
Wernicke im Bonner Kommentar zu Art. 2;
Würdinger, Kommentar zum HGB, S. 26;
VG Wiesbaden DOV 52. 187.

fassungsmäßiger Ordnung" das zu verstehen, was Art. 98 als die Grundsätze des Grundgesetzes bezeichnet⁴⁸⁾. Es ist auch nicht möglich, diesen Begriff für die verschiedenen Stellen, an denen er verwendet wird, verschieden zu begreifen⁴⁹⁾. Selbst wenn aber ein differenzierendes Verständnis zulässig wäre, könnte die „verfassungsmäßige Ordnung“ des Art. 2 jedenfalls nichts anderes bedeuten als die Grundsätze des Grundgesetzes. Würde man nämlich hier diesen Begriff mit der gesamten, bestehenden und noch zu schaffenden Rechtsordnung gleichsetzen, dann würden sich die Grundrechte des GG in den bloßen Vorbehalt des Gesetzes auflösen. Gerade diese Folge aber wäre, wie noch genauer gezeigt werden wird, mit dem hohen Wert, den das Grundgesetz den Grundrechten beimißt, insbesondere aber auch mit Art. 1 (3) GG, nicht zu vereinbaren.

Neben den bereits an anderer Stelle niedergelegten Überlegungen gibt das letzte Argument den Ausschlag dafür, daß mit der „verfassungsmäßigen Ordnung“ des Grundgesetzes und insbesondere des Art. 2 nur die Grundsätze dieser Verfassung gemeint sein können. Es bedarf keiner Ausführung, daß Grundsätze dieser Art, die der Austragung von Bestimmungsmensuren entgegenstünden, nicht ersichtlich sind.

cc) Es bleibt daher nur noch die Frage, ob eine derartige Gestalt der Entfaltung der Persönlichkeit gegen das Sittengesetz verstößt. Es bedarf hier keiner Erörterung darüber, welche Art das Sittengesetz ist, von dem hier die Rede ist. Denn es kommt lediglich darauf an, ob das in Frage stehende Gebot oder Verbot des Sittengesetzes allgemein anerkannt ist. Wäre es anders, dann würde die Freiheit der Person im allgemeinen, die Meinungsfreiheit im besonderen so sehr ausgehöhlt werden, daß die Freiheit nur noch auf dem Papier stünde. Bei den Verstößen gegen das Sittengesetz, an die Art. 2 denkt, kann es sich also nur um ein eklatantes Zuwiderhandeln gegen selbstverständliche Gebote oder Verbote der allgemein anerkannten Sittlichkeit handeln⁵⁰⁾. Es reicht daher nicht aus, daß von bestimmter kirchlicher Seite die Bestimmungsmensur verurteilt worden ist⁵¹⁾. Es müßte sich vielmehr um ein einhelliges Verdikt aller gerecht und sittlich Denkenden handeln. Hiervon kann jedoch, wie bereits angedeutet wurde⁵²⁾, keine Rede sein. Zwar gibt es sicherlich Gegner der Bestimmungsmensur. Aber diese Gegnerschaft beruft sich selbst nicht, wie der anfangs wiedergegebene Beschluß des Senats der Universität X. zeigt, auf die Unsittlichkeit der Bestimmungsmensur. Diesen Gegnern steht ein nicht geringer zu achtender Kreis von Befürwortern gegenüber. Man tritt aber gewiß niemand zu nahe mit der Feststellung, daß beide Gruppen nur einen ganz geringen Bruchteil der Bevölkerung ausmachen und daß deren weitaus überwiegende Mehrheit überhaupt keine Meinung von der Angelegenheit hat, weil sie dieselbe entweder überhaupt nicht kennt oder ihr keinerlei Interesse entgegenbringt. Beides ist bezeichnend genug dafür, daß Bestimmungsmensur von einem Verstoß gegen das Sittengesetz weit entfernt ist⁵³⁾.

48) Krüger a. a. O.

Ferner E. Friesenhahn, Staatsrechtslehrer und Verfassung, Rede 1950, S. 27.

Hamann, DOV 52. 133 mit weiteren Belegen.

Nipperdey in: Der Betriebsberater 51. 594.

K. A. Bettermann, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten 1952, S. 7.

J. Kratzer, Art. 142 des GG und der Grundrechte der Bayerischen Verfassung in: Festschrift für W. Laforet 1952, S. 107 ff., S. 120/121.

Bad. VGH vom 5. 7. 51 in: DVBl. 51. 636 = DOV 52. 638.

OVG Münster DVBl. 51. 379.

49) So v. Mangoldt, Kommentar S. 533 — Der Betriebsberater 51. 622.

O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen 1951, S. 46.

Hiergegen auch OVG Münster a. a. O.

50) vgl. Wernicke im Bonner Kommentar Art. 2 II 1b: „... ebenfalls ein Begriff mit keineswegs unveränderlichem Inhalt, für den die jeweils herrschenden Anschauungen über sittliche Freiheit und Gebundenheit des Individuums maßgebend sind.“

51) vgl. die Nachweise bei J. Nagler in: Der Gerichtssaal Bd. 94 (1927), S. 81 Anm. 1. — Die neueste Auslegung des kanonischen Rechtes hält jedoch an der grundsätzlichen Verurteilung der Bestimmungsmensur nicht mehr fest. Vgl. Schauf, Einführung in das kirchliche Strafrecht 1952, S. 196 f.

52) oben S. 14.

53) vgl. auch die Bewertung der Mensur durch den Philosophen Paulsen, Die Deutschen Universitäten und das Universitätsstudium 1902, S. 484 f.

b) Der Gesetzgeber des allgemeinen Gewaltverhältnisses würde sich also durch Art. 2 gehindert sehen, die Bestimmungsmensur zu verbieten und eine Verletzung dieses Verbotes Rechtsfolgen auslösen zu lassen. Ein unbefangener Beurteiler würde hieraus den Schluß ziehen, daß das, was für den Gesetzgeber des allgemeinen Gewaltverhältnisses gelte, erst recht für die Gesetzgeber in den besonderen Gewaltverhältnissen gelten müsse. Dieser Beurteiler würde sich jedoch von einer noch heute vertretenen Theorie darüber belehren lassen müssen, daß sein Schluß falsch sei. Von der positivistischen Schule des deutschen Staatsrechts wird nämlich behauptet, daß in den besonderer Gewaltverhältnissen eine Berufung auf die Grundrechte nicht möglich sei⁵⁴⁾.

Diese Meinung steht in Zusammenhang mit der oben⁵⁵⁾ bereits erwähnten Auffassung, daß der Vorbehalt des Gesetzes die besonderen Gewaltverhältnisse nicht beherrsche. Wenn man daher derjenigen Lehre folgt, die die einzelnen Grundrechte in das allgemeine Grundrecht von gesetzwidrigem Zwang auflöst und damit dieses Grundrecht mit dem Vorbehalt des Gesetzes identifiziert⁵⁶⁾, dann scheint der Schluß unausweichlich: Da im besonderen Gewaltverhältnis der Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt, kann es dort auch keine Grundrechte geben.

Die Widerlegung dieser Auffassung muß daher damit beginnen, daß sie die Auflösung der einzelnen Grundrechte in das allgemeine Grundrecht auf Freiheit von gesetzwidrigem Zwang und die Identifikation dieses Grundrechtes mit dem Vorbehalt des Gesetzes als verfehlt erweist. Es braucht hier nicht erörtert zu werden, ob die in dieser Auffassung bezogene Einschätzung der Grundrechte für die Zeit der Weimarer Republik zutraf oder nicht. Für das Grundgesetz kann sie jedenfalls Anspruch auf Geltung nicht mehr erheben. Denn Art. 1 Abs. 3 des GG bestimmt in völlig eindeutiger Fassung: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“. Derselbe Gedanke ist noch einmal in Art. 20 Abs. 3 ausgesprochen, wenn er die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung bindet, von der die Grundrechte einen wesentlichen Bestandteil ausmachen⁵⁷⁾. Aus beiden ergibt sich: Bestimmten früher die Gesetze den Inhalt der Grundrechte, so bestimmen heute die Grundrechte den Inhalt der Gesetze, oder anders ausgedrückt: Früher galten die Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze, heute gelten die Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte.

Dies ist allein die Auffassung, die der heutigen hohen Wertung der Grundrechte entspricht. Die juristische Staatslehre hatte mit ihnen nicht recht etwas anzufangen gewußt, da die Grundrechte nach ihrer Auffassung der rechtlichen Relevanz ermangelten⁵⁸⁾. Das Reichsgericht hat schon früh ein sehr viel besseres Verständnis für Wesen und Bedeutung der Grundrechte bekundet, indem es sie als Heiligtum des Deutschen Volkes bezeichnete⁵⁹⁾. Das wirkliche Verständnis für

54) R. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt in: Festgabe für das PrVOG 1925, S. 183 ff., S. 206/207.

Derselbe in: Nipperdèy, Die Grundrechte und Grundpflichten I (1929), S. 24.

H. v. Mangoldt, Kommentar S. 36, 37.

E. Friesenhahn, DV 49. 489.

55) S. 6, Anm. 9.

56) G. Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. 1. 1850. Ein Kommentar . . . 1912, S. 96, 101.

G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. A. 1905, S. 103

P. Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 5. A. 1911, S. 152, Anm.

R. Thoma, Festgabe für PrVOG, S. 185, 195.

—, Grundrechte und Grundpflichten I, S. 7, 15/16;

—, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II (1932), S. 607 ff, S. 619.

O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte 1914, S. 87.

F. Klein, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer VIII (1950), S. 84.

H. v. Mangoldt, Kommentar S. 47.

Hiergegen bereits:

R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung in: VVDStL IV (1928), S. 44 ff., S. 73:

Die Lehrfreiheit kein Anwendungsfall des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

C. Schmitt, Handbuch des Deutschen Staatsrechtes II 1932), S. 585.

57) LVG Rhld.-Pfalz vom 29. 5. 1952, VerwRSpr IV, 740.

58) vgl. meine Kritik an der Sterilität dieser Auffassung: NJW 50, 161 ff.

59) RGZ 102, 165. — Hierzu C. Schmitt, Handbuch des Deutschen Strafrechtes II, S. 575.

die hohe rechtliche Wichtigkeit der Grundrechte hat jedoch erst R. Smend erschlossen⁶⁰⁾. Er hat dargelegt, daß die Grundrechte „ein einzelnes politisches Gut aufstellen, in dessen Zeichen das deutsche Volk von Verfassungswegen einig sein will“⁶¹⁾. Diese Erkenntnis ist in dem Hauptwerk dieses Autors, Verfassung und Verfassungsrecht⁶²⁾ zur Vollendung gebracht. Um hieraus nur eine Formulierung hervorzuheben: Die Grundrechte proklamieren ein bestimmtes Kultur-, ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll⁶³⁾. Diese Würdigung der Grundrechte hat sich heute im In- und Ausland⁶⁴⁾ durchgesetzt. Sie ist aber nicht allein das Ergebnis eines Fortschrittes in der wissenschaftlichen Erkenntnis. Die Erfahrungen mit einem nicht nur allmächtigen, sondern auch zu allem entschlossenen Gesetzgeber haben gezeigt, daß die Freiheit durch den Vorbehalt des Gesetzes allein nicht zu wahren ist. Der Gesetzgeber selbst ist es vielmehr, der nach diesen Erfahrungen der Schranken bedarf, und solche Schranken sind ihm vornehmlich in Gestalt der Grundrechte gesetzt worden. Hierdurch ist es zu dem gekommen, was man als „Aufwertung der Freiheitsrechte“ bezeichnet hat⁶⁵⁾. Diese Aufwertung beschränkt sich, nicht darauf, die Grundrechte an die erste Stelle der Verfassungen zu setzen, sie führt dazu, den Grundrechten vor- und übergesetzlichen Charakter zuzuschreiben⁶⁶⁾.

Diese überragende Bedeutung der Grundrechte für das Gemeinschaftsleben schließt die Möglichkeit aus, die besonderen Gewaltverhältnisse als grundrechtsfreie Räume zu behandeln. Es wäre völlig unbegreiflich, wenn ein Gut wie die Freiheit im staatlichen Bereich als Heiligtum oder als Wert angesehen, jedoch in den besonderen Gewaltverhältnissen für nichts geachtet würde. In derartigen Widersprüchen kann keine menschliche Gemeinschaft existieren. Es muß daher zwischen dem weiteren und dem engeren Verband ein Mindestmaß von struktureller Homogenität herrschen⁶⁷⁾. Wenn daher eine Staatsverfassung wie das Grundgesetz sich zu Freiheitlichkeit und Rechtsstaatlichkeit bekennt, dann kann es in einem solchen Staat nicht Verhältnisse geben, die unfreiheitlich und unrechtsstaatlich geordnet sind. Es kommt ein weiteres hinzu. Niemand zweifelt daran, daß die staatliche Rechtsordnung auch in den besonderen Gewaltverhältnissen gilt. Es handelt sich daher bei der Anwendung z. B. des Strafrechts hier lediglich darum, ob dem besonderen Gewaltverhältnis nicht spezifische Rechtfertigungsgründe entspringen, wie etwa das Zuchtigungsrecht des Lehrers. Wenn aber die staatliche Rechtsordnung grundsätzlich auch in den besonderen Gewaltverhältnissen herrscht, dann ist nicht einzusehen, inwiefern für das Fundament dieser Rechtsordnung die Grundrechte, etwas anderes sollte gelten können⁶⁸⁾. Wäre es anders, dann hätte es die Exekutive zudem in der Hand, durch eine

60) vgl. jedoch schon R. Gneist, Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preußische Dreiklassenwahlrecht, 1894, S. 115, 184, der die Grundrechte als die „Glaubensartikel der heutigen Gesellschaft“ kennzeichnet.

61) VVDStL IV (1928), S. 46.

62) München 1928.

63) a. a. O., S. 164.

64) vgl. für die Schweiz z. B. Fleiner-Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht 1949. Hier (S. 241, 365, 394) werden die Freiheitsrechte als (liberales) „Wertsystem“ charakterisiert.

65) W. Kaegi, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung. Zürich 1948, S. 53 ff., S. 55.
F. Klein, VVDStL VIII (1950), S. 88, spricht von einer „beträchtlichen Gewichtszunahme der Grundrechte“.

66) vgl. den Großen Zivilsenat des BGH (E. 6. S. 275): „Das Bonner Grundgesetz erkennt den übergesetzlichen, Verwaltung, Rechtsprechung und Gesetzgebung bindenden Charakter der Grundrechte . . . ausdrücklich an (Art. 1 Abs. 2 und 3).“
Vgl. auch den Leitsatz aus der Entscheidung des Bayer. Verf. GH. vom 10. 6. 1949, Verw.-Rspr. II, S. 3: „Der Bayerische Verfassungsgeber faßt die elementaren Grundrechte als dem positiven Recht vorausliegende allen Menschen zustehende natürliche Rechte auf, die die Staatsgewalt beschränken und für sie eine unübersteigbare Schranke bilden“.

67) vgl. Art. 28 GG.

68) vgl. W. Weber, Die Rechtsstellung des Deutschen Hochschullehrers 1952, S. 29: „So bedeuten die Verfassungsgrundsätze der Freiheit von Lehre und Forschung und der körperschaftlichen Autonomie der Hochschulen auch für den (beamtenrechtlichen) Status des Hochschullehrers Festlegungen, über die sich kein Gesetzgeber und keine Regierung hinwegsetzen kann.“

Verlagerung ihrer Tätigkeit in den Rahmen von Anstaltsverhältnissen, sich der Bindung an die Grundrechte zu entziehen, — ein Ergebnis, das deswegen doppelt unerträglich wäre, weil in den besonderen Gewaltverhältnissen die Exekutive die Rolle des Gesetzgebers übernimmt. Es wäre ein seltsames Bild, wenn die Gesetzgebung der Volksvertretung an die Grundrechte gebunden wäre, die gesetzgebende Exekutive hingegen frei schalten und walten könnte.

2. Die Einschränkung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis.

Haben hiernach die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis genau so ihre Stätte wie im allgemeinen Gewaltverhältnis, so müssen sie dort genau so ernst genommen werden wie hier. Dieser Notwendigkeit ist durch jene Lehren nicht genügend Rechnung getragen, die zwar die Geltung der Grundrechte auch für das besondere Gewaltverhältnis anerkennen, dann aber alsbald erklären, diese Grundrechte müßten sich die durch das Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses geforderten Einschränkungen gefallen lassen ⁶⁹⁾, oder subjektiv gewendet, durch den Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis verzichte man mehr oder weniger auf seine Grundrechte ⁷⁰⁾. Mit solch allgemeinen Feststellungen kann man es angesichts der hohen Bedeutung der Grundrechte nicht bewenden lassen ⁷¹⁾. Hervorzuheben ist jedoch, daß das PrOVG ⁷²⁾ seinerzeit große Mühe darauf verwandt hat, für das Beamtenverhältnis eine zutreffende Abwägung zwischen den Notwendigkeiten des Dienstes und den allgemeinen Grundrechten zu finden. Auf diesem Wege gilt es heute, angesichts der „Aufwertung“ der Grundrechte, erst recht weiterzuschreiten.

a) Zulässigkeit und Form der Einschränkung.

aa) Nach Art. 19(1) GG kann ein Grundrecht nur dann eingeschränkt werden, wenn das Grundgesetz eine Einschränkung zugelassen hat. Eine solche Zulassung kann ausdrücklich ausgesprochen sein. Aber auch da, wo dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus der Tatsache, daß alle speziellen Grundrechte Konkretisierungen des allgemeinen Grundrechtes des Art. 2 sind ⁷³⁾, die Folgerung, daß auch solche Grundrechte im Rahmen des Art. 2 einschränkbar sind ⁷⁴⁾.

Ist die Einschränkung hiernach zulässig, so kann sie doch nur durch ein allgemeines Gesetz erfolgen. Diese Auffassung ist schon früher vertreten ⁷⁵⁾ und nunmehr zum Verfassungssatz erhoben worden.

69) W. Jellinek a. a. O., S. 370: Die Grundrechte geben dem Beamten keinen Freibrief für alle möglichen Dienstwidrigkeiten.

W. Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Kommentar 1952, S. 280.

U. Scheuner, Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Grundgesetz. Rechtsgutachten 1952, S. 74 f.

Kalisch, DVBl. 52, 623.

Bayer. Verf. GH. vom 10. 3. 1951, DOV 51, 669.

LVG Rheinland-Pfalz vom 11. 12. 1951, DVBl. 52, 599.

OLG Schleswig DVBl. 51, 708 Nr. 232.

70) v. Mangoldt, Kommentar S. 489: „Denn ähnlich wie der einzelne, wenn er in ein besonderes Gewaltverhältnis eintritt, sich gewisser verfassungsmäßiger Rechte begeben kann . . .“

71) vgl. BGHZ vom 24. 4. 1952 IV, S. 12, wo es ohne weiteres als zulässig angesehen wird, daß dem Beamten privatrechtliche Schadensersatzansprüche, die ihm nach allgemeinem Recht zustehen, kraft des besonderen Gewaltverhältnisses genommen werden.

72) Pr. OVG 77, 994; 78, 455.

73) vgl. oben S. 16, Anm. 45.

74) H. Krüger DVBl. 50, 626.

OVG Hamburg MDR 51, 376.

OVG Münster MDR 51, 378.

Vgl. jedoch E. Forsthoff, Lehrbuch S. 106, der den Einbruch in ein unbeschränkbar gewährleistetes Grundrecht auch im Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses unter allen Umständen für unzulässig hält.

75) vgl. R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts II (1932) S. 150. — C. Schmitt ebenda, S. 592.

Schließlich verlangt Art. 19(1) in formeller Hinsicht für die Einschränkung von Grundrechten, daß das einschränkende Gesetz das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennt.

Es fragt sich nunmehr, ob dies alles auch für die Einschränkung von Grundrechten innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses gilt.

bb) Der Begriff des Gesetzes in Art. 19 (1) ist in formellem Sinne zu verstehen⁷⁶⁾. Alle Gewaltträger, die außerstande sind, Gesetze im formellen Sinne zu erlassen, sind daher nicht in der Lage, Grundrechte einzuschränken. Man hat sich aus dieser Schwierigkeit dadurch herauszuretten versucht, daß man das Erfordernis des formellen Gesetzes als nicht gegeben bezeichnet hat, wo es sich um die Aktualisierung immanenter Schranken der Grundrechte handele⁷⁷⁾. Da man gerade zugunsten der besonderen Gewaltverhältnisse die Grundrechte mit solchen „immanenten Schranken“ zu belasten pflegt⁷⁸⁾, so würde aus der vom OVG Hamburg vertretenen Auffassung, daß in derartigen Fällen Art. 19 (1) keine Anwendung findet, der Schluß gezogen werden können, daß für die besonderen Gewaltverhältnisse Art. 19 (1) nicht in Betracht käme. Dieser Auffassung des OVG Hamburg kann jedoch nicht gefolgt werden. Gewiß ist wortwörtlich gesehen die Einschränkung des Eigentums etwas anderes als die Bestimmung seines Inhaltes⁷⁹⁾. Aber das betroffene Grundrecht kann in dem einen Falle nicht minder hoch eingeschätzt werden als in dem anderen. Da aber die Formerfordernisse des Art. 19 (1) ein Ausfluß dieser Hochschätzung sind, müssen sie notwendigerweise auf beide Fälle Anwendung finden. Dies ist offenbar auch der Wille des Verfassungsgebers, da gemäß Art. 14 Abs. I Satz 2 Inhalt und Schranken des Eigentums und des Erbrechtes durch die Gesetze bestimmt werden. Als Weg, anderen Normsetzern als dem Gesetzgeber die Fähigkeit zur Einschränkung von Grundrechten zu verleihen, bleibt daher nur eine Ermächtigung des zweiten an den ersten denkbar. Es handelt sich hier wohlgerne nicht darum, daß der Gesetzgeber den Inhalt eines Gesetzes sehr unbestimmt faßt, so daß die Exekutive eine weitgehende Freiheit der Entscheidung hinsichtlich der Eingriffe in Grundrechte erhält, — hier soll vielmehr das Gesetzgebungsrecht selbst auf einen anderen Gewaltträger delegiert werden. Schon das erste aber hat die Rechtsprechung als mit Art. 19 (1) unverträglich bezeichnet. In einem Urteil vom 31. 8. 1950 hat⁸⁰⁾ der Württembergisch-Badische VGH ausgeführt, ein Grundrecht könne nur durch Normativbestimmungen, nicht aber kraft behördlicher Ermessensentscheidung beschränkt werden. Diese Auffassung hat in der Rechtsprechung allgemeine Anerkennung gefunden⁸¹⁾. Da man dieser Meinung nur beipflichten kann, muß es erst recht als mit Art. 19 (1) unvereinbar bezeichnet werden, daß der Gesetzgeber die ihm durch Art. 19 (1) aufgetragene Aufgabe, die Grundrechte einzuschränken, anderen Gewalten vollständig überläßt. Von den allgemeinen Bedenken, die einer derartigen Überlassung entgegenstünden, soll daher hier gar nicht erst die Rede sein. Selbst wenn man hier aber eine grundsätzlich andere Meinung verträte, so würde doch auch für den Gesetzgeber gelten, daß er nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst innehat. Jede andere normsetzende Gewalt würde daher Grundrechte nicht anders (und nicht weiter!) einschränken können als dies dem Bundese Gesetzgeber selbst möglich ist. Wenn daher Art. 19 (1) auch für die Grundrechte einschränkende Gesetzgebung der Länder gilt⁸²⁾, so muß er erst recht für die Normsetzung anderer Gewalten gelten, —

76) v. Mangoldt, Kommentar S. 120.

77) OVG. Hamburg MDR 50, 761.

78) vgl. Scheuner, Rechtsgutachten a. a. O.

79) ganz abgesehen davon, daß das erste Entschädigungspflicht auslöst, das zweite jedoch nicht

80) DOV 50 627 = DVBl. 50, 754 = Verw.Rspr. III, 374; vgl. auch W.-B. VGH vom 18. 2. 1952 DVBl. 52, 217.

81) OVG Hamburg vom 13. 10. 1950 MDR 51,376; LVG Rheinland-Pfalz vom 29. 5. 1952 DOV 52,665; vgl. auch OVG Hamburg vom 30. 3. 1951 Verw.Rspr. III 736; Neumann DVBl. 50,758; Hamann BB 51,343;

Wichtig für die gleichlaufende Auffassung der Staatspraxis: DVBl. 51,12.

82) J. Kratzer, Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: Festschrift für W. Laforet 1952 S. 107 ff. S. 117.

mit Ausnahme des von diesen nicht erfüllbaren Erfordernisses des formellen Gesetzes.

Gibt man aber auch zu — obwohl es sowohl dem Wortlaut wie dem Sinn des Art. 19 (1) widerspricht —, daß Grundrechte auch von Nicht-Gesetzgebern und damit durch andere Normen als durch Gesetze eingeschränkt werden können, so ist es jedoch keineswegs gerechtfertigt, in derartigen Fällen auf die übrigen Formerfordernisse des Art. 19 (1) zu verzichten. Als erstes muß man unter diesem Blickwinkel von einer solchen Norm verlangen, daß sie ein gewisses Maß von Solennität aufweist. Völlig formlose, etwa weder schriftlich niedergelegte noch unterzeichnete noch förmlich verkündete Beschlüsse selbst zuständiger Instanzen sind kein Äquivalent für ein Gesetz im formellen Sinne. Zweitens muß auch eine derartige Norm sowohl hinsichtlich des angesprochenen Personenkreises wie des gesetzten Inhaltes abstrakt-generell gefaßt sein. Schließlich muß auch von einer solchen Norm verlangt werden, daß sie das durch sie eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels benennt.

Es ist offenkundig, daß die Verbote der Bestimmungsmensur mindestens eines, meistens jedoch mehrere dieser Formerfordernisse nicht beachten. Den Rechtsfolgen dieser Mängel kann man nicht dadurch entgehen, daß man den Rechtscharakter dieser Anordnungen und damit ihre Subsumierbarkeit unter Art. 19 (1) bestreitet. Wenn nämlich diese Anordnungen Rechte der Adressaten einschränken, dann müssen sie selbst Rechtsnormen sein ⁸³⁾, da sie andernfalls für die Adressaten unbeachtlich wären, und von Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen unbeachtliche Normen konnte naturgemäß nicht die Rede sein. Es bliebe daher nur übrig, an einen Verzicht der Studierenden auf die Einhaltung der Formerfordernisse des Art. 19 (1) zu denken, — ein Verzicht, den man zudem als konkludent durch den Eintritt in die Anstalt ausgesprochen annehmen müßte. Nun hat ein solcher Verzicht naturgemäß nur dann einen Sinn, wenn er von allen Anstaltsbenutzern erklärt wird. Um diese Ausnahmslosigkeit des Verzichtes zu erreichen, wird die Anstalt ihn zur Voraussetzung des Eintritts machen. Würde man also einen solchen Verzicht zulassen, dann hätte es die Anstalt in der Hand, sich der Verfassungsbestimmung des Art. 19 (1) in jedem Falle und auf die Dauer zu entziehen. Selbst wenn es daher ein Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Art. 19 durch die Gesetzgeber gäbe, so wäre dieses Recht doch unverzichtbar. Anders ausgedrückt: Die Anstalt kann von der Pflicht zur Beachtung des Art. 19 (1) nicht durch ihre Benutzer entbunden werden.

Das Ergebnis dieser Betrachtung braucht nur auf den ersten Blick zu befremden. Nähere Überlegung sollte sehr bald zu einer anderen Beurteilung führen. In der Tat: Wenn die Verfassung glaubt, in Zukunft ⁸⁴⁾ den Bundesgesetzgeber und damit die Landesgesetzgeber der Vorschrift des Art. 19 (1) unterwerfen zu sollen, und wenn sie für diese Unterwerfung zweifellos ihre guten Gründe gehabt hat, dann ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde andere Normsetzer eine freiere Stellung einnehmen und warum die guten Gründe für den Gesetzgeber für sie nicht zutreffen sollen. Auch die Anstaltsgewalt ist daher an Art. 19 (1) gebunden. Hält sie sich nicht an diese Bindung, dann können ihre Normen Verbindlichkeit nicht beanspruchen.

b) Der Inhalt der Einschränkung

Selbstverständlich genügt nicht die Erfüllung der in Art. 19 (1) niedergelegten Formerfordernisse, um jedweden Eingriff in die Grundrechte zu rechtfertigen. Sofern vielmehr ein solcher Eingriff formell zulässig ist, muß zudem sein Inhalt eine Stütze im Grundgesetz selbst finden ⁸⁵⁾. Es wurde bereits

83) Die Streitfrage, ob Anstaltsordnungen Rechts- oder Verwaltungsverordnungen seien, braucht daher hier nicht entschieden zu werden.

84) Für vor Inkrafttreten des GG bereits gesetzte Normen gilt Art. 19 (1) nicht: BGH vom 4. 2. 1952 in: 5,54 = DOV 52,406 = VerwRspr. IV,550 = NJW 52,543; W.-B. VGH DVBl. 52,216 = DOV 52,283; OLG Braunschweig DVBl. 52,534; OLG Bremen DVBl. 52,566; LG Verden DVBl. 52,80.

85) OVG Hamburg vom 30. 3. 1951, VerwRspr. III S. 728.

nachgewiesen⁸⁶⁾, daß dies für ein Verbot der Bestimmungsmensur nicht zutrifft. Nunmehr fragt es sich daher, ob hieran dadurch etwas geändert wird, daß es sich um die Einschränkung des Grundrechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses handelt.

aa) Die Theorie scheint herkömmlicherweise geneigt, diese Frage zu bejahen. Sie pflegt den Grundrechten innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse immanente oder inhärente Schranken zuzuschreiben. Von solchen Schranken wird aber auch in anderem Zusammenhang gesprochen. Wer dem Staate ein übergesetzliches Notrecht zuspricht⁸⁷⁾, bringt damit zum Ausdruck, daß ein solches Notrecht die Grundrechte nicht nur nach Maßgabe des Grundgesetzes, sondern auch darüber hinaus einschränken kann. Eine andere immanente Schranke setzen diejenigen Autoren⁸⁸⁾, die auch abgesehen von den Art. 18 und 21 GG, eine mißbräuchliche Ausübung der Grundrechte nicht zulassen und für einen solchen Mißbrauch die Berufung auf das Grundrecht versagen. Angesichts einer solchen Häufung von immanenten Schranken muß sehr nachdrücklich die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine solche Relativierung der Grundrechte mit deren Wesen in Widerspruch steht und ob nicht Schriftsteller, die für eine derartige Relativierung eintreten, insbesondere die „Aufwertung“ verkennen, die die Grundrechte allenthalben nach 1945 erfahren haben. Wenn nämlich die Grundrechte „Heiligtümer“ oder „Werte“ höchsten Ranges sind, dann können sie nur absolute Heiligtümer oder Werte sein. Insbesondere aber können sie ihre integrierende Wirksamkeit im staatlichen Vergemeinschaftungsvorgang nur dann ausüben, wenn ihr Inhalt für jedermann ohne weiteres erkennbar, völlig eindeutig und unbedingt verlässlich ist. Immanente Schranken, deren Dasein und Verlauf sich erst von Fall zu Fall herausstellt, schließen eine derartige Wirksamkeit aus. Man wird daher sowohl Bedeutung wie Aufgabe, die das GG den Grundrechten beigelegt hat, nur dann gerecht, wenn man nicht nur für die Form, sondern auch für das Maß der Einschränkung lediglich den Rückgriff auf die geschriebene Verfassung, nicht aber auf wissenschaftliche Tradition, Natur der Sache und ähnliche dem Staatsbürger unbekannte und für ihn unberechenbare Größen zuläßt. Dies aber besagt wiederum, daß, wie die Form, so auch das Maß der Einschränkung allenthalben das gleiche sein muß: Auch in besonderen Gewaltverhältnissen kann die Einschränkung nicht tiefer dringen als im allgemeinen Gewaltverhältnis.

bb) Hiermit ist ausgesprochen, daß das Maß der Einschränkung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis nicht durch dessen Zweck bestimmt wird. Bekanntlich erhält die Staatsgewalt ihre Bestimmung durch den Staatszweck: Der Staat darf nur das tun und verlangen, was zur Verfolgung des Staatszweckes notwendig ist. Wäre es der Sinn der Grundrechte, diese Schranke zu bezeichnen und deren Einhaltung zu sichern, dann wären sie überflüssig. Das entsprechende gilt für das Anstaltsverhältnis. Auch hier wird die Anstaltsgewalt durch den Anstaltszweck bestimmt, und es bedarf daher nicht erst der Grundrechte, um diese Bestimmung zu bewirken. In beiden Fällen handelt es sich vielmehr darum, daß die erste, weiteste Schranke der Gewalten vom Zweck gezogen wird und daß dann die Grundrechte eine zweite, engere Einschränkung derselben vornehmen. Es folgt hieraus, daß die Grundrechte auf jeden Fall ein Mehr an Einschränkung der Gewalt ergeben müssen als sich ohnehin aus dem Zwecke ergibt⁸⁹⁾. Dieses Mehr bedingt ein entsprechendes Minder an Zwecksetzung und Mitteln der Zweckverfolgung. So kann der Staat den Staatszweck nur in einer Weise konkretisieren und verfolgen, die mit den Grundrechten und deren Einschränkung vereinbar ist. Die Anstalt muß ihre Zwecke, soweit sie Belastungen ihrer Benutzer bedeuten oder nach sich ziehen, dementsprechend auf die Grundrechte abstimmen.

86) oben S. 20 f.

87) vgl. U. Scheuner, Der Verfassungsschutz des Bonner Grundgesetzes, in: Festgabe für E. Kaufmann 1950 S. 313 ff. S. 318.

88) U. Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, in: Recht — Staat — Wirtschaft III (1951) S. 126 ff. S. 159/160.

89) Ein freiheitlicher Staat steht vor der Notwendigkeit, einen Ausgleich zwischen Staatszweckverfolgung und staatsbürgerlicher Freiheit zu finden. Naturgemäß kann hierbei die Freiheit nicht leer ausgehen. Für einen totalitären Staat besteht dieses Problem bekanntlich nicht.

Dieses Mehr, das die Grundrechte in jedem Falle gegenüber der Begrenzung der Staats- oder Anstaltsgewalt durch den Zweck erbringen müssen, ist in der Verfassung nicht endgültig festgelegt. Es wird vielmehr endgültig bestimmt erst durch die Gesetze, die die Grundrechte einschränken. An dieser Stelle zeigt sich die zentrale Bedeutung der Verfassungsbestimmungen über die (materielle) Einschränkung der Grundrechte durch den Gesetzgeber: Wären derartige Bestimmungen nicht vorhanden und wären sie nicht zu für den Gesetzgeber unübersteigbaren Schranken erhöht, dann läge es in der Hand des Gesetzgebers, dieses Mehr zum Verschwinden zu bringen. Das aber würde bedeuten: Der Ausgleich, den die Verfassung zwischen Freiheitlichkeit und Zweckhaftigkeit gefunden hat, wäre zu Gunsten der zweiten beseitigt und der Weg zum totalitären Staate stünde offen. Diese Überlegung nötigt zu der Feststellung, daß die erwähnten unübersteigbaren Schranken für jeden Gesetzgeber bestehen. Eine totalitäre Universitätsanstalt wäre nicht nur ein Fremdkörper in einem betont freiheitlichen Gemeinwesen, sondern sie würde auch dessen freiheitliche Komponente beeinträchtigen, und zwar nicht zuletzt dadurch, daß die zukünftigen Staatsdiener durch einen solchen Anschauungsunterricht nicht gerade zu einem freiheitlichen Verständnis ihrer Amtsführung herangebildet würden.

cc) Es folgt aus alledem: Das Maß der Einschränkung der Grundrechte kann im besonderen Gewaltverhältnis kein anderes sein als im allgemeinen Gewaltverhältnis. Dieses Maß wird hier wie dort durch Art. 2 grundsätzlich festgelegt. Es gilt auch für die besonderen Gewaltverhältnisse. Zu den Rechten anderer i. S. dieser Bestimmung gehören auch die Rechte der Anstalt, vorausgesetzt selbstverständlich, daß sie selbst, insbesondere das Recht auf Existenz, legitim sind. Es wurde bereits nachgewiesen⁹⁰⁾, daß die Bestimmungsmensur die Verletzung eines derartigen Rechtes nicht darstellt. Die verfassungsmäßige Ordnung ist hier die der Anstalt, wiederum unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß sie selbst im übrigen der Staatsverfassung und der Rechtsordnung entspricht. Ebenso wenig wie die Bestimmungsmensur einen Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung des Staates darstellt, ist sie ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Universitätsanstalt. Das Sittengesetz schließlich kann und soll hier kein anderes sein als das der Staatsgemeinschaft. In diesem Punkte ergeben sich daher keine Besonderheiten. Es erweist sich somit auch für die Universität u n - m ö g l i c h , das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch ein Verbot der Bestimmungsmensur einzuschränken. Ein derartiges Verbot ist daher als verfassungswidrig nichtig. Disziplinar Bestrafungen auf Grund eines solchen Verbotes wären von den Verwaltungsgerichten auf Anfechtungsklage der Betroffenen aufzuheben.

90) S. 12.