

ZLVR

6. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

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

Nr. 1 / 2021

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

**Parlamentarische Kontrolle im
Freistaat Thüringen, Teil 2**

Berger

Seite 1

**Zur Verleihung des Ph.D.-Grades
an deutschen Hochschulen**

Gundling

Seite 11

Rechtsprechung mit Anmerkungen

*VerfGH NRW – CoronabetreuungsVO
(Prof. Dr. Reese/RA Reiß)*

Seite 15

Seite 18

1/2021

Parlamentarische Kontrolle im Freistaat Thüringen

von Hannes Berger*

Dieser Beitrag ist der zweite Teil einer mehrteiligen Veröffentlichungsreihe¹, in der Ergebnisse eines Forschungsprojekts der Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht vorgestellt werden. Der Gegenstand dieses Forschungsprojektes ist die parlamentarische Kontrolle im Freistaat Thüringen, die ebenso wie der Thüringer Landtag seit nunmehr 30 Jahren Teil der politischen und verfassungsrechtlichen Kultur Thüringens geworden ist. Parlamentarische Kontrolle ist zugleich Gegenstand verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen; sie wird von der Verfassungsrechtswissenschaft ebenso wie von der Verfassungstheorie, von der politischen Theorie und von der politischen, empirischen Systemforschung beobachtet. Nicht zu vernachlässigen sind die Systematisierungen, die etwa das Bundesverfassungsgericht durch seine Verfassungsrechtsdogmatik zur parlamentarischen Kontrolle und zur effektiven Opposition im Deutschen Bundestag beigetragen hat.

Der vorliegende Beitrag und die nachfolgenden Abhandlungen haben hingegen das Ziel, die Grundlagen, die Formen und die Praxis der parlamentarischen Kontrolle im Freistaat Thüringen zu untersuchen. Es ist also ein Landesparlament, dessen spezifische Praxis in den Untersuchungsfokus rückt und es sind Grundlagen und Wertungen einer Landesverfassung, der Verfassung des Freistaates Thüringen, die es zu analysieren gilt.

Teil 2: Bundesverfassungsdogmatische Grundlagen

In diesem zweiten Teil sollen die Grundzüge der Dogmatik der parlamentarischen Kontrolle untersucht werden, wie sie das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des Grundgesetzes in mehreren Entscheidungen herausgearbeitet hat. Es muss die Frage geklärt werden, weshalb die bundesverfassungsrechtliche Dogmatik überhaupt von

* Der Autor, Dr. iur., ist Dozent für Recht und Politologie an der Fachschule für Wirtschaft und Soziales sowie Lehrbeauftragter an der Universität Erfurt.

¹ Teil 1 dieses Forschungsprojekts ist in ZLVR 4/2020, 113 ff. erschienen.

Bedeutung für das Thüringer Verfassungsrecht ist. Und es wird analysiert, welche Vorgänge das Bundesverfassungsgericht zur parlamentarischen Kontrolle hinzurechnet und welche Grenzen es zieht.

I. Parlamentarische Kontrolle in der Verfassungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts

Neben den unterschiedlichen politiktheoretischen Ansätzen, die teilweise bereits seit vielen Jahrzehnten und gar Jahrhunderten bestehen, übt das Bundesverfassungsgericht mit seiner durch jahrzehntelange Rechtsprechung konkretisierten Verfassungsdogmatik einen sehr konkreten Einfluss auf heutige Vorstellungen der parlamentarischen Kontrolle im demokratischen Verfassungsstaat aus. Diese Verfassungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts ist für die Ausgestaltung der parlamentarischen Kontrolle im Freistaat Thüringen von großer Bedeutung und muss als Maßstab für die Untersuchung herangezogen werden.

1. Relevanz und Übertragbarkeit der Bundesverfassungsdogmatik auf den Thüringer Landtag?

Jedoch stellt sich dabei zunächst die Frage, welche Relevanz die bundesverfassungsgerichtliche Verfassungsdogmatik über das Verhältnis zwischen Bundestag und Bundesregierung überhaupt für das Verhältnis eines Landtages zu einer Landesregierung erzeugen kann. Denn die Länder verfügen, wenn auch in reduzierter Form, über eine anerkannte Eigenstaatlichkeit.² Sie bilden grundsätzlich selbständige Verfassungsräume³ und haben das Recht, sich eigene Verfassungen zu geben, womit die Autonomie der Länder, das politische Zusammenwirken ihrer Landesverfassungsorgane und Landesgewalten selbst auszugestalten, abgeleitet wird.⁴ Diese Autonomie umfasst das Recht zur Errichtung einer eigenen Landesverfassungsgerichtsbarkeit.⁵

² BVerfGE 6, 309, 347 (Jahr 1957 – Reichskonkordat); BVerfGE 101, 158, 221 (Jahr 1999 – Finanzausgleich III).

³ Vgl. Voßkuhle, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG 2018, Art. 93, Rn. 79; BVerfGE 99, 1, 7 f. (Jahr 1998 – Bayerische Kommunalwahl); BVerfGE 90, 60, 84 (Jahr 1993 – Achte Rundfunkentscheidung).

⁴ Vgl. BVerfGE 90, 60, 84 f.; Baldus, in: Baldus/Knauff, Landesrecht Thüringen, Baden-Baden 2019, § 1, Rn. 2 ff.

⁵ Vgl. Berger, Bundesverfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen von Landesverfassungsgerichten?, ZLVR 3/2020, 87.

Das Vorhandensein einer „Verfassungsautonomie“ der Länder und des Freistaates Thüringen⁶ im Speziellen darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Länder in der Ausgestaltung ihrer politischen und verfassungsrechtlichen Ordnung an Vorgaben des Grundgesetzes gebunden sind.⁷ Insbesondere Art. 28 Abs. 1 GG enthält ein Homogenitätsgebot, das die Länder verpflichtet, bei der Ausgestaltung ihrer Verfassungsordnung den Grundsätzen von Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes zu entsprechen.⁸ Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG spricht in diesem Zusammenhang von „den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes“. Das Homogenitätsprinzip, so hat es das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont, verlangt keine Uniformität zwischen Bund und Ländern.⁹ Gefordert sei ein Mindestmaß an Homogenität, welches sich lediglich auf die wesentlichen Grundsätze etwa des Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzips beschränkt.¹⁰ Zu diesen durch die Länder in ihre Verfassungsordnung zu übernehmenden Grundsätzen zählen demzufolge auch die „essentiellen, den deutschen Parlamentarismus prägenden Grundsätze“.¹¹ Vor dem Hintergrund eines Streites um Abgeordnetenrechte im Freistaat Thüringen stellten die Karlsruher Richter heraus, dass die parlamentarischen Regelungen des Grundgesetzes und die dazu ergangene verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG den Grundsätzen der verfassungsmäßigen Ordnung in den Ländern und in Bezug auf die Landesparlamente „Konturen geben“ sollen.¹² Es deutet dieser Rechtsprechungsanalyse zufolge einiges darauf hin, dass die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Ausgestaltung der Parlamentsrechte und -funktionen relevant für den Landesparlamentarismus im Freistaat Thüringen sein können.

Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht geklärt, ob auch die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zur

parlamentarischen Kontrolle ohne Weiteres auf den Freistaat Thüringen im Rahmen des Homogenitätsprinzips des Art. 28 Abs. 1 GG übertragen werden kann, da es sich bei der parlamentarischen Kontrolle nicht nur um „Grundsätze“ des deutschen Parlamentarismus, sondern teilweise um sehr spezifische Ausformungen handelt.

Unter Einbeziehung zusätzlicher Grundrechtsvorschriften und der Rechtsprechungspraxis insbesondere von Landesverfassungsgerichten dürfte jedoch kaum ein Zweifel an der Relevanz und Übertragbarkeit der Bundesverfassungsdogmatik zur parlamentarischen Kontrolle auf den Landesparlamentarismus bestehen bleiben.¹³

Ein erster Hinweis findet sich in Art. 13 Abs. 6 S. 3 GG, der die Länder verpflichtet, „eine gleichwertige parlamentarische Kontrolle“ zu leisten, wie sie der Bundestag in Bezug auf Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung zu erfüllen hat.¹⁴ Anhand dieser Norm verdichtet sich die Vermutung, dass die Länder in jedem Fall zu einer Form parlamentarischer Kontrolle im Generellen verpflichtet sind. Da es sich bei Art. 13 Abs. 6 S. 3 GG um eine Norm der Bundesverfassung handelt, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich und für diesen Zusammenhang unproblematisch auf die parlamentarische Kontrolle der Länder zu übertragen.

Vor dem Hintergrund eines Bremer Falles hat das *Bundesverfassungsgericht* weiterhin ausgeführt, dass zu den vom Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 GG umfassten Grundsätzen auch die gegenseitige Kontrolle und Begrenzung der staatlichen Gewalten in den Ländern gehört.¹⁵ Schließlich ziehen das Bundesverwaltungsgericht und mehrere Landesverfassungsgerichte die *bundesverfassungsgerichtliche* Maßstäbe der parlamentarischen Kontrolle für die Beurteilung der Reichweite und Grenzen der Kontrollrechte von *Landesparlamenten* heran. So zog das *Bundesverwaltungsgericht* zur Beurteilung der Reichweite der Rechte eines Untersuchungsausschusses des Abgeordnetenhauses Berlin ohne Zögern die *bundesverfassungsgerichtliche* Dogmatik als Entscheidungsgrundlage

⁶ Ausdrücklich in Bezug auf den Freistaat Thüringen in BVerfGE 102, 224, 234 (Jahr 2000 – Funktionszulage).

⁷ Vgl. *Baldus* 2019, Rn. 3.

⁸ BVerfGE 90, 60, 84 f. (Jahr 1993 – Achte Rundfunkentscheidung).

⁹ BVerfGE 90, 60, 85 (Jahr 1993 – Achte Rundfunkentscheidung).

¹⁰ BVerfGE 93, 37, 66 (Jahr 1995 – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein); BVerfGE 90, 60, 85 (Jahr 1993 – Achte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 27, 44, 56 (Jahr 1969 – Parlamentarisches Regierungssystem).

¹¹ BVerfGE 102, 224, 235 ff. (Jahr 2000 – Funktionszulage).

¹² BVerfGE 102, 224, 235 (Jahr 2000 – Funktionszulage).

¹³ Vgl. *Kunig/von Lampe*, LKV 1994, 131 ff.

¹⁴ Vgl. auch *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 13 GG, Rn. 108 f.

¹⁵ BVerfGE 9, 268, 279 (Jahr 1959, Bremisches Personalvertretungsgesetz); dazu auch *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, München 91, EL, April 2020, Art. 28 GG, Rn. 56 ff.

heran.¹⁶ Gleichsam übernahm beispielsweise der *Bremische Staatsgerichtshof* die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zur parlamentarischen Kontrolle für die Bremische Bürgerschaft,¹⁷ das *Verfassungsgericht des Landes Brandenburg* übernahm die Dogmatik zur Parlamentarischen Kontrollkommission¹⁸ und der *Thüringer Verfassungsgerichtshof* übernahm die Karlsruher Dogmatik zum Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortlichkeit als Grenze für parlamentarische Fragerechte.¹⁹

Diesen Ausführungen zufolge lässt sich konstatieren, dass die Grundsätze der Bundesverfassungsdogmatik zur parlamentarischen Kontrolle auch auf die parlamentarischen Kontrollprozesse in den Ländern im Sinne des Homogenitätsgebotes übertragen werden können. Dies ist auch durch die Rechtsprechungspraxis beispielsweise des Thüringer Verfassungsgerichtshofs anerkannt.

2. Zum Unterschied von parlamentarischem Wissen und parlamentarischer Kontrolle

Nachdem geklärt wurde, dass die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts für die parlamentarische Kontrolle in den Ländern maßgeblich ist, kommt es nun darauf an, die wesentlichen Grundzüge und Dogmatiken im Einzelnen herauszuarbeiten. Hierbei zeigt sich zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht eine Unterscheidung trifft zwischen einem parlamentarischen Kenntnisstand, also der Erlangung und Verarbeitung von Informationen aus der Regierung, und dem parlamentarischen Kontrollhandeln.²⁰

Die Regierung, so das Bundesverfassungsgericht, hat im Gefüge der Verfassungsorgane des Bundes eine herausgehobene starke Stellung, die mit mangelnden Eingriffsmöglichkeiten des Parlaments einhergeht. Das Bundesverfassungsgericht legt das Prinzip der Gewaltenteilung in diesem Punkt jedoch dergestalt aus, dass das Grundgesetz eine tatsächlich wirksame parlamentarische Kontrolle der Regierung erforderlich macht.²¹ Zur Begründung wird angeführt, dass die parlamentarische Kontrolle der Regie-

rung zugleich ein wesentlicher Ausdruck des Demokratieprinzips sei, woraus sich eine Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament ableiten ließe.²² Eine effektive Kontrolle des Regierungshandelns könne jedoch ohne Zugang zu den exklusiven Wissensbeständen der Regierung nicht erfolgen.²³ Insbesondere dort, wo Rechtsverstöße oder andere Missstände der Regierungstätigkeit vorliegen, sei das Informationsinteresse des Parlaments als sehr gewichtig einzuschätzen, denn es verfolge das Ziel, solche Vorgänge aufzudecken.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet somit zwischen dem Zugang des Parlaments zu Regierungswissen und der darauffolgenden Kontrollwirkung. Das Erlangen von Informationen aus dem Exekutivbereich, so das Gericht, ist erst die Voraussetzung²⁵ für daran anschließende parlamentarische Reaktionen, seien es die öffentliche Debatte über das Regierungshandeln, schlichte Parlamentsbeschlüsse, Gesetzesänderungen, Untersuchungsausschüsse oder strengere Sanktionen. Darin erklärt sich auch die Tragweite des verfassungsrechtlich verbürgten Informationsanspruchs der Abgeordneten. Denn fehlte bereits das Recht auf Zugang zu Informationen, dann käme es gar nicht erst zu effektiven Kontrollvorgängen.

3. Zwecke parlamentarischer Kontrolle

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur parlamentarischen Kontrolle, die mittlerweile eine Fülle an Entscheidungen verzeichnet, lassen sich unterschiedliche Zwecke ablesen.

a) Informationsgewinnung und Vorbereitung parlamentarischer Entscheidungen

Auskunftsansprüche, Untersuchungsausschüsse, die Zitation von Mitgliedern der Regierung und andere Kontrollinstrumente des Parlaments dienen in erster Linie dem Informationszugang und der Informationsgewinnung. Der parlamentarische Einfluss auf das Regierungshandeln ist im Wesentlichen davon abhängig, wie groß der Zugriff auf das Regierungswissen ist, also jene gouvernementalen Informationen, über die die Exekutive durch ihre spezifischen Aufgaben und Ressourcen verfügt.²⁶ An diesem Punkt setzt die parlamentarische Kontrolle an. Versteht

¹⁶ BVerwG, NJW 2000, 160, 162. Es spricht hierbei auch schlicht vom „deutschen Parlamentsrecht“ und stellt die parlamentarische Kontrolle im Grundgesetz und in den Landesverfassungen nebeneinander.

¹⁷ BremStGH, NVwZ 1989, 953, 954.

¹⁸ BbgVerfG, NVwZ 2016, 931, 931 f.

¹⁹ ThürVerfGH, Urteil vom 19.12.2008 – 35/07, 31; dazu allgemein auch *Baldus* 2019, Rn. 50.

²⁰ Vgl. BVerfG, NVwZ 2018, 52f, Rn. 196.

²¹ BVerfG, NVwZ 2018, 52f, Rn. 196.

²² BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 197.

²³ BVerfG, NVwZ 2018, 52f, Rn. 196.

²⁴ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 196.

²⁵ BVerfG, NVwZ 2018, 52f, Rn. 196.

²⁶ Vgl. *von Achenbach*, ZParl 2017, 491.

man Kontrolle als den Abgleich zwischen einem durch gewisse Maßstäbe definierten Soll-Zustand und einem tatsächlichen vorgefundenen Ist-Zustand,²⁷ dann wird deutlich, dass zunächst Informationen über diesen Ist-Zustand in Erfahrung gebracht werden müssen. Da die Regierung aufgrund ihrer Zuständigkeiten und die Fülle ihrer fachlichen Behörden, Abteilungen und Beamten einen immensen Informationsvorsprung²⁸ zu den gesetzgebenden Organen besitzt, bewirkt die parlamentarische Kontrolle zunächst einen Informationstransfer, der valides und fundiertes Wissen von der Exekutive auf die Legislative überträgt. Dieses zugänglich gemachte Fachwissen dient sodann den Parlamentarierinnen und Parlamentariern zur eigenen fachpolitischen Meinungsbildung und ist Grundlage für politische Auseinandersetzungen und Entscheidungen.²⁹ Diese Entscheidungen können unterschiedlich ausfallen. Je nach Informationsgehalt kann das Parlament als Gesetzgebungsorgan aktiv werden und neue Gesetzesvorhaben anstoßen, die auf die vorgefundene Informationslage reagieren. Offenbart die Information der Exekutive Missstände, Rechtsverstöße oder politisch unerwünschte Zustände, so kann das Parlament bzw. die Opposition auch dazu übergehen, weitere Sanktionsmechanismen in Gang zu setzen. Diese können wiederum von formellen Missbilligungsäußerungen bis zur Einrichtung von Untersuchungsausschüssen oder gar dem Betreiben des konstruktiven Misstrauensvotums gegen die Regierungsspitze reichen.³⁰

b) Demokratische Legitimation von Regierungshandeln

Ein besonderes Augenmerk legt das Bundesverfassungsgericht auf die Erforderlichkeit der Regierungsverantwortung gegenüber dem Parlament als Ausdruck des Demo-

kratieprinzips.³¹ Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus, wie Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG postuliert. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, so das Bundesverfassungsgericht, gestaltet dieses Ausgehen der Staatsgewalt vom Volk weiter aus, indem er bestimmt, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe des Verfassungsstaates ausgeübt wird.³² Die Handlungen dieser Organe müssen sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen.³³ Deutlich wird diese Rückführbarkeit des staatlichen Handelns zum Willen des Volkes durch die direkte Wahl des Bundestages, durch die Bindung der Exekutive an die vom Bundestag beschlossenen Gesetze und durch die Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung.³⁴ Der Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Machtausübung wird zudem, so das Gericht, auch durch einen Einfluss des Parlaments auf die Politik der Regierung hergestellt. Durch die Bindung der Regierung an parlamentarische Gesetze und Weisungen entfalte sich eine Legitimationswirkung für das Regierungshandeln. Denn dieses bleibe stets in Verantwortung gegenüber der Volksvertretung. Erst die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament stellt demzufolge den Zusammenhang zwischen dem Willen des Volkes und dem Handeln der Regierung her und legitimiert dieses Handeln. Indem die parlamentarische Kontrolle ebendiese Verantwortlichkeit der Regierung erzwingt, stattet sie die Regierung auch mit Legitimation für ihr Handeln aus.³⁵

c) Öffentlichkeit

Der Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlichem Handeln, den das Bundesverfassungsgericht aus dem Demokratieprinzip und der Norm des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG entnimmt, erklärt auch, warum die parlamentarische Kontrolle der Regierung grundsätzlich im Licht der Öffentlichkeit zu erfolgen hat.³⁶ Der Informationsanspruch des Parlaments legt es darauf an, dass die gestellten Fragen von der Regierung in der Öffentlichkeit beantwortet werden.³⁷ Erst die öffentliche Beantwortung der Fragen

²⁷ Vgl. *Stefan Machura*, Politik und Verwaltung, 2005, 57; *Jens Singer*, Kontrollgremiumgesetz. Kommentar, 2016, § 1, Rn. 21; *Georg Kirschniok-Schmidt*, Das Informationsrecht des Abgeordneten nach der brandenburgischen Verfassung, 2009, 149.

²⁸ Diesen Aspekt hat bereits Max Weber hervorgehoben, vgl. *Max Weber*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland [1918], abgedr. in: Max Weber, Gesammelte Politische Schriften (GPS), 5. Aufl., Tübingen 1988, 306, 352; weiterhin *Schwanengel*, JURA 2018, 463; *Ino Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, Tübingen 2014, 41f; *Peter-Tobias Stoll*, Wissensarbeit als staatliche Aufgabe, in: Indra Spiecker, gen. Döhmman/Peter Collin (Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, Tübingen 2008, 40.

²⁹ Vgl. *von Achenbach*, ZParl 2017, 493.

³⁰ Vgl. *von Achenbach*, ZParl 2017, 493; *Pascale Cancik*, ZParl 2017, 517; BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 210.

³¹ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 197.

³² BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 197.

³³ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 197.

³⁴ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 197; vgl. weiterhin *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 24, Rn. 11-25.

³⁵ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 198.

³⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 199f.

³⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 200; BVerfG, NVwZ 2009, 1095 (Fragerecht in Bezug auf Nachrichtendienste); BVerfGE 130, 318,

und die öffentliche Debatte über das Regierungshandeln befähigt schließlich die Bürgerin und den Bürger, das von ihnen abgeleitete staatliche Handeln zu kontrollieren. Über den Weg der Öffentlichkeit wird nicht nur die Regierung ihrer Verantwortung gegenüber dem Parlament, sondern auch das Parlament seiner Verantwortung gegenüber den Bürgern gerecht.³⁸

Das Bundesverfassungsgericht geht im Regelfall davon aus, dass das Parlament in seiner Gesamtheit der Mitglieder tagt und debattiert und auf diese Weise seine Repräsentationsfunktion ausführt.³⁹ Es erkennt jedoch an, dass das Parlament aufgrund seines Selbstorganisationsrechts eigene Ausschüsse und Untergremien bilden darf, die bestimmte Parlamentsaufgaben plenarersetzend ausführen.⁴⁰ Bestimmte Vorgänge der parlamentarischen Kontrolle erfolgen auf diese Weise nicht parlamentsöffentlich, sondern in nicht-öffentlich oder auch geheim tagenden Gremien.⁴¹ Die damit verbundene Einschränkung des Abgeordnetenrechts derjenigen, die nicht an diesen Gremien beteiligt werden können, soll so gering wie möglich gehalten werden, kann aber aufgrund anderer verfassungsrechtlicher Güter wie der Funktionsfähigkeit des Parlaments, dem Staatswohl oder Geheimhaltungsinteressen der Regierung gerechtfertigt sein.⁴²

4. Die Oppositionstheorie des BVerfG

Im Allgemeinen weist das Bundesverfassungsgericht die parlamentarische Kontrolle dem gesamten Parlament als Aufgabe und Anspruch zu.⁴³ Insbesondere das Frage- und Informationsrecht sei ein Anspruch, „an dem die einzelnen Abgeordneten und die Fraktionen als Zusammenschlüsse von Abgeordneten nach Maßgabe der Ausgestaltung in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages

teilhaben“.⁴⁴ Das Bundesverfassungsgericht versteht ein demokratisches und parlamentarisches Gemeinwesen jedoch nicht nur als die Einhaltung formeller demokratischer Formen. Vielmehr betonte es etwa in seiner Lissabonentscheidung, dass Demokratie besonders von einer öffentlichen Meinungsdebatte im Widerstreit von Regierung und Opposition⁴⁵ lebe.⁴⁶ Erst dieser öffentliche Wettbewerb mache die politischen Alternativen sichtbar und gebe dem Wähler die Möglichkeit zur Meinungsbildung.⁴⁷

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat einen „allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition“ konkretisiert.⁴⁸ Dieser Grundsatz wurzele im Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG.⁴⁹ Aus einer ganzen Reihe weiterer Grundgesetznormen⁵⁰ in Verbindung zum Mehrheitsprinzip gemäß Art. 42 Abs. 2 GG liest das Bundesverfassungsgericht den „Respekt vor der Sachentscheidung der parlamentarischen Mehrheit und die Gewährleistung einer realistischen Chance der parlamentarischen Minderheit, zur Mehrheit zu werden“ heraus.⁵¹ Um diese Chance zu verwirklichen, stünde das Recht auf Bildung und Ausübung einer organisierten Opposition zur Verfügung.⁵² Der

344 (Jahr 2012 – Stabilisierungsmechanismusgesetz); BVerfG, NJW 1986, 908 (Parlamentarische Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste).

³⁸ BVerfGE 130, 318, 344; BVerfG, NVwZ 2018, 53, Rn. 201; ausdrücklich auch BVerfGE 125, 104, 124 (Jahr 2009 – Personenbeförderungsgesetz, Auszubildendentarif); ferner BVerfGE 40, 237, 249 (Jahr 1975 – Justizverwaltungsakt).

³⁹ BVerfG, NVwZ 2018, 54, Rn. 204.

⁴⁰ BVerfG, NVwZ 2018, 54, Rn. 205; BVerfG, NVwZ 2012, 495, 501, Rn. 143; BVerfGE 90, 286, 388 (Jahr 1994 – wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt).

⁴¹ Dazu weiter unten.

⁴² BVerfGE, NVwZ 2018, 54, 205; BVerfG, NVwZ 2012, 501, Rn. 141 f.; BVerfGE 70, 324, 358.

⁴³ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195.

⁴⁴ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195.

⁴⁵ Ob es eine greifbare Theorie der Opposition des Bundesverfassungsgerichts gibt, wird bestritten. Das Gericht verwendet den Oppositionsbegriff unterschiedlich, mal als parlamentarische Minderheit, mal als Fraktionen, dann wieder als Institution des Verfassungslebens; vgl. *Daniel Mundil*, Die Opposition, 2014, 60; besonders kritisch *Uwe Volkmann*, ZParl 2017, 473, 480.

⁴⁶ BVerfGE 123, 267, 358 (Jahr 2009 – Lissabonentscheidung)

⁴⁷ BVerfGE 123, 267, 358.

⁴⁸ BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 85ff = BVerfGE 142, 25 (Jahr 2016 – Oppositionsrechte).

⁴⁹ BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 86. Auffällig ist hierbei, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung für den Grundsatz effektiver Opposition auf das *Demokratieprinzip* rekurriert, wie es das auch für die parlamentarischen Informationsrechte in anderen Entscheidungen macht, jedoch für dieses Prinzip unterschiedliche Fundstellen in der Verfassung angibt, nämlich für die effektive Opposition Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, für das Informationsrecht jedoch Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

⁵⁰ Art. 23 Abs. 1 lit. a S. 2 (Subsidiaritätsklage), Art. 39 Abs. 3 S. 3 (Antrag Einberufung des Bundestages), Art. 44 Abs. 1 S. 1 (Antrag auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses), Art. 45a Abs. 2 S. 2 (Verteidigungsausschuss als Untersuchungsausschuss) und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (abstrakte Normenkontrolle).

⁵¹ BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 86.

⁵² BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 86; mit Verweis auf die Lissabonentscheidung BVerfGE 123, 267, 367 sowie interessanterweise auf die beiden Parteiverbotsentscheidungen BVerfGE 2, 1, 13

Grundsatz der effektiven Opposition verlangt eine Auslegung der Minderheitenrechte, die zu einer tatsächlichen Wirksamkeit führen soll.⁵³ Die Opposition könne nicht auf das Wohlwollen der Parlamentsmehrheit angewiesen sein, um ihre Rechte auszuüben, weshalb etwa Untersuchungsausschüsse auch von der Minderheit erzwungen werden können.⁵⁴ Schließlich bestünden die Oppositionsrechte nicht um der Opposition selbst willen, sondern, so das Gericht, zugleich auch zur öffentlichen Kontrolle der Regierung und ihrer Exekutivvorgänge.⁵⁵

In der politischen Realität, so das Gericht, sei insbesondere das Fragerecht vornehmlich ein Mittel der Opposition.⁵⁶ Anders als die die Regierung stützende Mehrheit des Parlaments sei die parlamentarische Minderheit jedoch ganz wesentlich auf die Öffentlichkeit angewiesen, damit die oppositionelle Regierungskontrolle wirksam werde.⁵⁷ Während die parlamentarische Mehrheit die Regierung ebenfalls kontrolliert, dabei aber auch ohne Öffentlichkeit auskommt,⁵⁸ ist die Parlamentsminderheit auf eben jenes Öffentlichkeitselement zur wahrnehmbaren Kontrolle angewiesen.⁵⁹ In Fällen, in denen die Opposition auf politische oder Rechtskontrolle des Regierungshandelns aus sei, so das Bundesverfassungsgericht, entziele jede Sanktionsmöglichkeit, wenn die Informationserteilung nichtöffentlich stattfindet.⁶⁰ Insbesondere in Verfahren, in denen die Informationserteilung aus Geheimhaltungsinteressen in nichtöffentlichen Gremien des Parlaments stattfindet, wird zwar der Verantwortungszusammenhang zwischen der Regierung und dem Parlament gewährleistet. Der Verantwortungszusammenhang zwischen Parlament und Volk wird jedoch insoweit unterbrochen, da eine öffentliche Erörterung gerade nicht stattfindet.⁶¹ Zugleich schwächt die Nichtöffentlichkeit die Kontroll- und Sanktionsfähigkeit der Opposition.⁶²

(Jahr 1952 – SRP-Verbot) und BVerfGE 5, 85, 199 (Jahr 1956 – KPD-Verbot).

⁵³ BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 90; BVerfGE 67, 100, 130 (Jahr 1984 – Flick-Untersuchungsausschuss).

⁵⁴ BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 90.

⁵⁵ BVerfG, NVwZ 2016, 923, Rn. 90; *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 38, Rn. 37; *Sachs*, JuS 2016, 764, 765.

⁵⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 210.

⁵⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 210.

⁵⁸ Vgl. *Cancik*, ZParl 2017, 517.

⁵⁹ BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 210; *Sachs*, JuS 2018, 308; *Hillgruber*, JA 2018, 238, 240.

⁶⁰ BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 210.

⁶¹ BVerfGE 137, 185, 264 (Jahr 2014 – Rüstungsexporte).

⁶² BVerfGE 137, 185, 264 f.

II. Einzelaspekte des parlamentarischen Kontrollhandelns gemäß der Verfassungsrechtsdogmatik

Das Bundesverfassungsgericht hat keine in sich geschlossene und umfassende Verfassungsrechtsprechung zur parlamentarischen Kontrolle entwickelt. Zwar hat es die verfassungsrechtliche Funktion der parlamentarischen Kontrolle explizit bestimmt, indem es erst im Jahr 2017 ausführte:

„Die parlamentarische Kontrolle von Regierung und Verwaltung verwirklicht den Grundsatz der Gewaltenteilung, der für das Grundgesetz ein tragendes Funktions- und Organisationsprinzip darstellt. Der Gewaltenteilungsgrundsatz zielt dabei nicht auf eine vollständige Trennung der Funktionen der Staatsgewalt, sondern auf die politische Machtverteilung, das Ineinandergreifen der drei Gewalten und die daraus resultierende gegenseitige Kontrolle und Begrenzung mit der Folge der Mäßigung der Staatsgewalt“⁶³.

Sie soll also den Gewaltenteilungsgrundsatz verwirklichen und dadurch die staatliche Herrschaft disziplinieren. Die konkreten Ausformungen der parlamentarischen Kontrolle behandelt das Gericht jedoch nicht in holistischen Betrachtungen. Stattdessen bildete das Bundesverfassungsgericht zu verschiedenen Aspekten parlamentarischen Kontrollhandelns eigene ständige Rechtsprechungslinien.

Ein großer Bereich, mit dem das Bundesverfassungsgericht in den vergangenen Jahren besonders eingängig befasst war, ist das parlamentarische Frage- und Informationsrecht, das mit einer Auskunftspflicht der Regierung korrespondiert. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich im Wesentlichen auf die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zum parlamentarischen Frage- und Informationsrecht sowohl des einzelnen Abgeordneten als auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen.

1. Reichweite parlamentarischer Informationsrechte

Die Reichweite aber auch die Grenzen des parlamentarischen Frage- und Informationsanspruchs hat das Bundes-

⁶³ BVerfGE 147, 50, 126 (Jahr 2017 – Parlamentarisches Auskunftsrecht) = NVwZ 2018, 52, Rn. 196.

verfassungsgericht mittlerweile in ständiger Rechtsprechung entwickelt und ausformuliert.

a) Inhalt des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts

Das Bundesverfassungsgericht leitet für den Verfassungsraum des Bundes ein Frage- und Informationsrecht des Bundestages gegenüber der Bundesregierung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 und Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ab.⁶⁴ Dieses Recht kann sowohl durch die einzelne Abgeordnete wie auch durch Fraktionen des Parlaments ausgeübt werden.⁶⁵ Zu diesem Informationsanspruch „korrespondiert“ eine Antwortpflicht der Regierung und ihrer Mitglieder; sie habe der Rechtsprechung zufolge „die Verpflichtung, auf Fragen Rede und Antwort zu stehen“.⁶⁶

Den Zweck des parlamentarischen Informationsrechts sieht das Bundesverfassungsgericht darin, den Abgeordneten in Reaktion auf ihre schriftlichen und mündlichen Anfragen rasch und zuverlässig die für ihre parlamentarische Tätigkeit notwendigen Informationen zu verschaffen.⁶⁷ Dies, so das Gericht, sei die Voraussetzung für eine sachgerechte Parlamentstätigkeit.⁶⁸

b) Angelegenheiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Regierung

Der Anspruch des Parlaments auf Informationserteilung durch die Regierung ist nach der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts jedoch von vornherein festgelegt auf Daten und Informationen, die den Angelegenheiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Regierung zugeordnet werden können.⁶⁹ Denn nur bezüglich dieser Angelegenheiten bestünde eine Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament. Für Angelegenheiten außerhalb der Zuständigkeit der Regierung könne diese auch nicht Verantwortung tragen⁷⁰ und dürfte im Zweifel auch nicht die betreffenden Informationen besitzen. Zum Ver-

antwortungsbereich der Regierung zählt das Gericht die unmittelbare Regierungstätigkeit („Regierungshandeln im engeren Sinn“) sowie die Tätigkeiten der ihr unmittelbar nachgeordneten Behörden einschließlich solcher Daten, die diesen Behörden von Dritten⁷¹ für deren Aufgabenerfüllung zur Verfügung gestellt wurden.⁷² Zu diesen nachgeordneten Behörden der Regierung zählt das Bundesverfassungsgericht auch explizit die Sicherheitsbehörden wie das Bundesamt für Verfassungsschutz und die Bundespolizei.⁷³

2. Grenzen parlamentarischer Informationsrechte

Dem verfassungsrechtlich aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Informationsanspruch von Parlament, Opposition und Abgeordneten stehen jedoch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang entgegen, deren Schutz den Informationsanspruch einschränken kann. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht eine differenzierte Dogmatik entwickelt, deren Grundzüge folgend skizziert werden.

a) Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung

Im gewaltenteiligen Verhältnis zwischen Parlament und Regierung endet der Informationsanspruch des Parlaments zunächst am sogenannten *Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung*, den das Bundesverfassungsgericht in einer ständigen Rechtsprechung entwickelt hat.⁷⁴ Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung wird als ein „grundsätzlich nicht ausforschbare[r] Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich“⁷⁵ der Regierung beschrieben und wird vom Bundesverfassungsgericht im Lichte des Gewaltenteilungsgrundsatzes als eine Bereichsabgrenzung zwischen Regierung und Parlament interpretiert.⁷⁶ Zu

⁶⁴ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195.

⁶⁵ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195.

⁶⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195; *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 38, Rn. 42.

⁶⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195.

⁶⁸ BVerfG, NVwZ 2018, 52, Rn. 195; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 38, Rn. 144f.

⁶⁹ BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 214; BVerfGE 124, 161, 196 (Jahr 2009 – Überwachung von Bundestagsabgeordneten); BVerfG, NVwZ 2014, 1652, Rn. 135f.

⁷⁰ BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 214; BVerfGE 124, 161, 196.

⁷¹ Hierzu können beispielsweise auch Informationen von Landesverfassungsschutzämtern zählen, die auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 BVerfSchG dem Bundesamt für Verfassungsschutz zugänglich sind, vgl. BVerfGE 124, 161, 196.

⁷² BVerfG, NVwZ 2018, 55, Rn. 215.

⁷³ BVerfG, NVwZ 2018, 55, 215; BVerfGE 124, 161, 196; BVerfGE 139, 194, 225 ff. (Jahr 2015 – Informationsanspruch bei Einsätzen der Bundespolizei).

⁷⁴ BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 229; BVerfGE 143, 101, 137 (Jahr 2016 – NSA-Untersuchungsausschuss); BVerfGE 137, 185, 234; BVerfGE 124, 78, 120 (Jahr 2009 – Untersuchungsausschuss Geheimgefängnisse); BVerfGE 110, 199, 214 (Jahr 2004 – Aktenvorlage II); BVerfGE 67, 100, 139 (Jahr 1984 – Flick Untersuchungsausschuss).

⁷⁵ BVerfGE, NVwZ 2018, 57, Rn. 229 st. Rspr.

⁷⁶ Vgl. *Pascale Cancik*, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, ZParl 2014, 885, 886; kritisch zur Raummetapher auf Seite 890.

diesem dem parlamentarischen Informationsanspruch entzogenen Bereich gehören laut Rechtsprechung die internen Willensbildungsprozesse der Regierung, die Erörterungen und Debatten im Kabinett wie auch die Vorbereitungen der Regierungs- und Ressortentscheidungen in entsprechenden Abstimmungsprozessen in und zwischen den Ressorts.⁷⁷ Indem der Gewaltenteilungsgrundsatz aufgabenspezifische hoheitliche Befugnisse zu unterschiedlichen Trägern öffentlicher Gewalt zuordnet, ist er zugleich Grund und Grenze des parlamentarischen Informationsrechts gegenüber der Regierung.⁷⁸ Abstimmungen, Erörterungen und Entwicklungen im Innenleben der Regierung, die im Vorfeld einer konkreten Regierungsentcheidung stattfinden, sollen nicht in die Reichweite des Informationsanspruchs fallen, da sonst ein Mitregieren des Parlaments befürchtet würde.⁷⁹ Eine permanente, begleitende und beeinflussende Kontrolle durch das Parlament, die Inhalt oder Zeitpunkt der Regierungsentcheidung beeinflusst, führte zu einem solchen Mitregieren, welches dem Parlament jedoch durch den Gewaltenteilungsgrundsatz nicht zustünde.⁸⁰ Daraus schließt Karlsruhe, dass die Kontrollkompetenz des Parlaments sich im Grundsatz nur auf bereits abgeschlossene Vorgänge der Regierung beziehen darf.⁸¹ Die bundesverfassungsrechtliche Dogmatik geht gar soweit, dass sie auch Fälle anerkennt, in denen inzwischen *abgeschlossene* Vorgänge aus dem internen Willensbildungsprozess der Regierung nicht gegenüber dem Parlament offenbart werden müssen. Abgeschlossene Vorgänge genießen zunächst einen deutlich schwächeren Schutz vor dem Informationsanspruch, da bei bereits getroffenen Entscheidungen ein Mitregieren des Parlaments ausgeschlossen ist. Ein schrankenloser Informationsanspruch auf abgeschlossene Vorgänge aus dem regierungsinternen Bereich würde jedoch „durch seine einengenden Vorwirkungen die Regierung in der selbstständigen Funktion beeinträchtigen“⁸² Wann ein solcher Fall vorliege und die Regierung auch abgeschlossene Vorgänge der exekutiven Entscheidungsfindung

geheim halten darf, könne jedoch nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände entschieden werden.⁸³

b) Grundrechte

Des Weiteren wird das Fragerecht von Abgeordneten dadurch begrenzt, dass der Bundestag als Verfassungsorgan öffentliche Gewalt ausübt und deshalb über Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist und diese zu achten hat.⁸⁴ Die Schutzbereiche der Grundrechte vermögen es im Einzelnen, die Informationsrechte des Parlaments zu begrenzen. Dahingehend spricht das Gericht regelmäßig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an, beispielsweise in Bezug auf verdeckte Ermittler.⁸⁵ Das die Persönlichkeit schützende Grundrecht begrenzt regelmäßig Informationsanfragen, die auf solche Personen Bezug nehmen. Verdeckten Ermittlern und V-Personen komme zudem das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG zugute, das besonders dann gefährdet würde, wenn aufgrund einer parlamentarischen Anfrage die Identität der V-Person aufgedeckt wird und von den beobachteten Personen und Organisationen eine gefährdende Reaktion zu erwarten ist.⁸⁶ Weiterhin können durch parlamentarische Kontrollvorgänge Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, wodurch der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt wird.⁸⁷ Vor dem Hintergrund einer Entscheidung über staatliche beherrschte Unternehmen⁸⁸ hat das Bundesverfassungsgericht jedoch auch betont, dass die Begrenzung des parlamentarischen Informationsrechts gerade nicht für inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts oder juristische Personen des Privatrechts in staatlicher Beherrschung herangezogen werden kann.⁸⁹ Auch bei der parlamentarischen Kontrolle kann die Exekutive keine Flucht ins Privatrecht vornehmen. Lediglich solche juristischen Personen des öffentlichen Recht, die unmit-

⁷⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 229; Unger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., 2018, Art. 44, Rn. 44.

⁷⁸ BVerfGE 143, 101, 136 f.

⁷⁹ BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 229; Unger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., 2018, Art. 44, Rn. 44; BVerfGE 137, 185, 234.

⁸⁰ BVerfGE 110, 199, 214 (Jahr 2004 – Parlamentarisches Informationsrecht in Schleswig-Holstein) hier übrigens in Anwendung des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung als Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes auf Landesebene zwischen Landtag und Landesregierung.

⁸¹ BVerfGE 143, 101, 137.

⁸² BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 231.

⁸³ BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 231; BVerfGE 137, 185, 250; vermittelnde Position bei *Cancik*, ZParl 2014, 896 f.

⁸⁴ Bereits in der Entscheidung zum Flick-Untersuchungsausschuss herausgearbeitet, BVerfGE 67, 100, 142; zuletzt BVerfGE, NVwZ 2017, 1364, Rn. 100, BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 233.

⁸⁵ BVerfG, NVwZ 2017, 1367, Rn. 102; *Peters*, NVwZ 2020, 1550, 1555.

⁸⁶ BVerfG, NVwZ 2017, 1367, Rn. 101.

⁸⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 57, Rn. 234.

⁸⁸ Deutsche Bahn AG, Hypo Real Estate und IKB, vgl. BVerfG, NVwZ 2018, 65, Rn. 305-311.

⁸⁹ BVerfG, NVwZ 2018, 58, Rn. 238.

telbar einem von den Grundrechten geschützten Lebensbereich zugeordnet sind, können sich auch auf materielle Grundrechtsgehalte stützen. Hier nennt das Gericht klassische Beispiele wie die Rundfunkanstalten, die Universitäten und Fakultäten sowie die Kirchen.⁹⁰

c) Wohl des Bundes und der Länder (Staatswohl)

Schließlich kann das parlamentarische Informationsrecht auch durch das Staatswohl begrenzt werden, wenn das Bekanntwerden geheimhaltungsbedürftiger Umstände das Wohl des Bundes oder der Länder gefährdete.⁹¹ Das Bundesverfassungsgericht stellt hierzu regelmäßig die Erwägung an, dass der Schutz des Staatswohls nicht allein die Aufgabe der Regierung, sondern ebenso auch die des Parlaments sei.⁹² Insofern könne sich die Regierung oder der einzelne Minister bei einer parlamentarischen Auskunft nicht auf eine Geheimhaltung wegen einer Gefährdung des Staatswohls berufen, wenn zugleich auch der Bundestag durch eigene Parlamentsvorschriften einen hinreichenden Geheimschutz gewährt.⁹³ Erst dann, wenn der Bundestag den von der Bundesregierung für notwendig gehaltenen Geheimschutz nicht gewährleistet, ist die Regierung nicht mehr verpflichtet, solche Verschlussachen mitzuteilen.⁹⁴ Dies hat auf das Informationsrecht des Parlaments und des einzelnen Abgeordneten wie auch auf parlamentarische Untersuchungsausschüsse bedeutende Auswirkungen. So kann etwa der Zugang eines Großteils der Abgeordneten zu den Informationen verhindert werden und das Parlament kann durch eigens gesetzte Vorschriften die Kontrolle von geheimschutzbedürftigen Vorgängen sehr kleinen und vertraulich tagenden Parlamentsgremien übertragen.⁹⁵

Was genau unter dem Staatswohl zu verstehen ist, bleibt ungewiss. Das Bundesverfassungsgericht beschreibt das Staatswohl als „das Wohl des Bundes oder eines Lan-

des“,⁹⁶ was jedoch kaum zur Erhellung beiträgt.⁹⁷ Unbestritten ist, dass es sich beim Staatswohl um Interessen des Bundes oder eines Landes handeln muss, die den Rang eines verfassungsrechtlichen Rechtsguts haben müssen, denn sonst könnten diese Interessen das Informationsrecht des Parlaments und den Status des Abgeordneten gar nicht beschränken.⁹⁸ Die Gefährdung des Staatswohls müsse, so die Literatur, qualitativ einer Beeinträchtigung der inneren oder äußeren Sicherheit des Staates gleichkommen, als erhebliche Störung der öffentlichen Ordnung oder als existenzielle Beeinträchtigung des Bestandes beziehungsweise der Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Institutionen auftreten.⁹⁹ Anerkannt als Gefährdung des Staatswohls ist beispielsweise¹⁰⁰ die Offenbarung geheimhaltungsbedürftiger Informationen der Nachrichten- und Sicherheitsbehörden, „wenn bei Bekanntgabe des Akteninhalts die künftige Erfüllung der Aufgaben der Sicherheitsbehörden einschließlich deren Zusammenarbeit mit anderen Behörden [...] erschwert würden.“¹⁰¹ Denn hierdurch könnten sich Rückschlüsse auf die Methodik und Verfahren der Behörden ableiten lassen.¹⁰² Ein anderer anerkannter Grund für die Weigerung von Informationserteilungen ist die Funktionsfähigkeit der Regierung oder der Verwaltung, die durch einen unverhältnismäßigen Aufwand, der durch eine Informationsanfrage entsteht, beeinträchtigt würde.¹⁰³ Dabei führt nicht jeder gesteigerte Aufwand des Zusammentragens und Aufbereitens von Informationen und Unterlagen in der Regierung oder in der nachgeordneten Verwaltung sogleich zu einer Funktionsunfähigkeit der gesamten Einrichtung. Vielmehr entsteht eine ernsthafte Gefährdung der Funktionsfähigkeit einer Regierungs- oder Verwaltungsstelle, die qualifiziert ist, eine Gefährdung des Staatswohls auszulösen und damit eine Begrenzung des parlamentarischen Informationsrechts zu rechtfertigen,

⁹⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 59, Rn. 248.

⁹⁷ So auch *Glawe*, Der Geheimrat, NVwZ 2014, 1634.

⁹⁸ BVerfGE 130, 318, 353; BVerfGE 70, 324, 358 f.

⁹⁹ *Heinrich Lang*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., 2018, § 99 VwGO, Rn. 22.

¹⁰⁰ Bei *Glawe*, NVwZ 2014, 1634: außenpolitische und sicherheitspolitische Aspekte sowie der Schutz nationaler Außenhandelsinteressen.

¹⁰¹ BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 2016, BeckRS 2016, 111721, Rn. 7; BVerwG, NVwZ 2013, 1287.

¹⁰² BVerwG, Beschluss vom 23.07.2010, BeckRS 2010, 52443.

¹⁰³ Das Bundesverfassungsgericht hat dies einmal den „Vorbehalt der Zumutbarkeit“ genannt und rekurierte auch auf das Problem einer fristgerechten Beantwortung von Fragen, die einen erhöhten Rekonstruktionsaufwand über vergangene und weit zurückliegende Vorgänge erfordern, vgl. BVerfG, NVwZ 2018, 60, Rn. 249 f.; weiterhin BVerwG, NVwZ 2016, 1014 ff.

⁹⁰ BVerfG, NVwZ 2018, 58, Rn. 240.

⁹¹ BVerfGE 67, 100, 136; BVerfGE 124, 78, 123; BVerfG, NVwZ 2018, 59, Rn. 246ff.

⁹² Vgl. *Peters*, NVwZ 2020, 1550, 1554.

⁹³ BVerfG, NVwZ 2018, 59f, Rn. 247; BVerfGE 124, 78, 124. Siehe auch die strafrechtliche Sanktion des § 353 b Abs. 2 Nr. 1 StGB für jene Fälle der Verletzung einer Geheimhaltungspflicht aufgrund eines Beschlusses eines Gesetzgebungsorganes des Bundes oder eines Landes oder eines Ausschusses.

⁹⁴ BVerfG, NVwZ 2018, 60, Rn. 248; BVerfGE 137, 185, 241; BVerfGE 67, 100, 137.

⁹⁵ Vgl. beispielsweise §§ 1, 2, 10 PKGrG; Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, Anlage 3: Geheimschutzordnung; BVerfGE 70, 324, 359f; BVerfGE 130, 318, 359.

erst dann, wenn die informationspflichtige Stelle von institutioneller Überforderung bedroht ist. Dies wäre dem Bundesverwaltungsgericht zufolge dann der Fall, wenn der Regierungs- oder Behördenaufwand an Sach- und Personaleinsatz völlig außer Verhältnis zum Informationsinteresse stünde.¹⁰⁴

3. Begründungspflicht der Bundesregierung

Dem Verantwortungszusammenhang zwischen Regierung und Parlament entnimmt das Bundesverfassungsgericht schließlich die Pflicht der Regierung, Gründe darzulegen, warum sie die angeforderten Informationen verweigert oder lediglich in nicht öffentlicher Weise dem Parlament zur Verfügung stellt.¹⁰⁵ Das Parlament ist in die Lage zu versetzen, seine Aufgaben effektiv auszuüben, wozu auch gehört, dass es einzuschätzen vermag, ob die vorgebrachte Begründung der Informationsverweigerung dem Parlament genügt und es diese akzeptiert, oder ob es sich gegen die Informationsverweigerung wendet und weitere Schritte zur Durchsetzung seines Anspruches einleiten wird.¹⁰⁶ Um diese Einschätzung vorzunehmen, müsse das Parlament jedoch die Begründung der Regierung hinsichtlich der Plausibilität und Nachvollziehbarkeit überprüfen können. Die Begründung darf keineswegs pauschal erfolgen, sondern muss substantiiert vorgetragen werden und so ausführlich und plausibel sein, wie es das Geheimhaltungsbedürfnis ermöglicht.¹⁰⁷

Nur in Fällen evidenter Geheimhaltungsbedürftigkeit, so

das Gericht, sei eine Begründung der Informationsverweigerung durch die Regierung entbehrlich.¹⁰⁸ Dies mag verwundern. Einerseits, weil das Bundesverfassungsgericht diese Aussage in seinen Entscheidungen lediglich jeweils knapp feststellt, ohne Beispielsfälle zu nennen. Andererseits ist fraglich, ob sich in der Praxis ebenjene postulierte „evidente“ Geheimhaltungsbedürftigkeit stets zweifelsfrei zu erkennen gibt, oder ob es eben doch Unklarheiten über die Geheimhaltungsbedürftigkeit gibt. Doch schon in dem Moment, in dem diese Zweifel oder Unklarheiten im Parlament auftreten, bedarf das Parlament doch einer genaueren Begründung, warum die Information zurückgehalten wird, um die Verweigerung der Regierung auf Plausibilität und Nachvollziehbarkeit zu überprüfen.

III. Schlussbetrachtung

In den vergangenen Jahrzehnten hat das Bundesverfassungsgericht eine umfangreiche Verfassungsrechtsprechung zur parlamentarischen Kontrolle der Regierung durch das Parlament entwickelt, die an dieser Stelle nur ansatzweise und nicht abschließend dargestellt wurde. Diese Dogmatik über das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung muss im Hinterkopf behalten werden, wenn im Fortgang die Geschichte, Strukturen und Praktiken der parlamentarischen Kontrolle im Freistaat Thüringen genauer untersucht werden. Denn, dies hat der Beitrag gezeigt, die Karlsruher Dogmatik über die parlamentarische Kontrolle gilt über das hineinwirkende Bundesverfassungsrecht auch in Erfurt.

¹⁰⁴ BVerwG, NVwZ 2016, 1016, Rn. 24; siehe auch *Huber*, NVwZ 2016, 1019.

¹⁰⁵ BVerfG, NVwZ 2018, 60, Rn. 253ff; BVerfGE 124, 161, 193; BVerfGE 137, 185, 244.

¹⁰⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 60, Rn. 253ff; BVerfGE 124, 161, 193; BVerfGE 137, 185, 244.

¹⁰⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 60f, Rn. 256 und 258; *Butzer*, in: *Ep-ping/Hillgruber*, BeckOK Grundgesetz, 45. Edition, Stand 15.11.2020, Art. 38, Rn. 152.

¹⁰⁸ BVerfG, NVwZ 2018, 60, Rn. 254; BVerfGE 124, 161, 193; BVerfGE 139, 194, 232.

Zur Verleihung des Ph.D.-Grades an deutschen Hochschulen

Ein kurzer Ländervergleich

von Lukas C. Gundling, Erfurt*

Weltgewandte, polyglotte Kollegen geben gerne in ihren englischsprachigen Lebensläufen an, dass sie sich einen Doctor of Philosophy (Ph.D.) erworben haben, auch wenn Sie nach einer klassischen Individualpromotion an einer deutschen Universität zum Dr. iur., Dr. rer. pol., Dr. phil. oder einen anderen der klassischen Doktorgrade promoviert wurden. Dies impliziert eine bloße Übersetzung des Doktorgrades ins Englische. Aber einige deutsche Länder sehen in ihren Hochschulgesetzen die Promotion zum Ph.D. neben der klassischen Individualpromotion explizit vor. Diese kurze Stellungnahme zeigt vergleichend die Regelungen zum Ph.D.-Grad in deutschen Ländern auf.

I. Einleitung

Die Einführung des „Doctor of Philosophy“ (Ph.D.) ist ein Ausdruck des Bedürfnisses nach Internationalisierung. Diesem trugen in Deutschland zunächst die Gesetzgeber der Länder Hamburg, Berlin, Baden-Württemberg, Sachsen und Brandenburg Rechnung.¹ Mittlerweile haben auch andere Länder den Ph.D. (in Thüringen gem. § 58 Abs. 4 ThürHG „Ph. D.“) als möglichen akademischen Grad eingeführt, der mit dem Abschluss der Promotion verliehen werden kann. Die Voraussetzungen zur Erlangung unterscheiden sich jedoch. Folgend wird ein kurzer vergleichender Überblick über die rechtliche Situation in Deutschland gegeben und die Möglichkeiten der Universitäten knapp aufgezeigt.

II. Regelung in den Ländern

Es können die Regulierung des Ph.D. betreffend drei Gruppen von deutschen Ländern ausgemacht werden. Zunächst solche, die den Ph.D. nicht explizit in ihrem Hochschulgesetz vorsehen (Bremen, Hessen, Mecklen-

burg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt²), solche, die die Verleihung an das Absolvieren eines strukturierten Promotionsstudiengangs als Voraussetzung knüpfen (Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Sachsen³), und solche, die die Verleihung alternativ zum klassischen Doktorgrad explizit vorsehen (Berlin, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Thüringen⁴). Vom bloßen Wortlaut aus betrachtet, sieht also eine knappe Hälfte der deutschen Länder weiterhin keine Verleihung des Ph.D.-Grades im Rahmen ihres Landeshochschulrechts vor; die Mehrheit normiert jedoch die Vergabe des Grades.

Soweit die Länder einen Promotionsstudiengang als Voraussetzung des Ph.D. vorsehen, also eine Form des Promotionsstudiums verpflichtend ist, bei der die Doktoranden neben ihrer Dissertation Kurse zu absolvieren haben, müssen die Universitäten Studienordnungen erarbeiten, in denen geregelt wird, welche Leistungen die Doktoranden zu erbringen haben, um den Promotionsstudiengang erfolgreich abschließen zu können. Letztlich bedarf es für diese Promotionsstudiengänge Prüfungsordnungen wie bei Bachelor- und Masterstudiengängen.⁵ Solche Studienordnungen sind allerdings erfahrungsgemäß mit einem hohen Aufwand in der Erarbeitungsphase verbunden, nicht zuletzt, weil das vorzusehende Lehrangebot mittelfristig gesichert sein muss. In den verbleibenden Fällen, in denen der klassische Doktor- und der Ph.D.-Grad gleichgestellt sind, ist es den Universitäten, respektive den Fakultäten, übertragen die Verleihung des Ph.D.-Grades zu regulieren.⁶ Hierbei können die Regelungen schlichter ausfallen und im Rahmen der Promotionsordnung vorgenommen werden. Dies schließt allerdings nicht aus, dass auch in diesen Ländern von den Fakultäten ein strukturierter Promotionsstudiengang als Voraussetzung der Ph.D.-Verleihung vorgesehen wird.

* Lukas C. Gundling ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte an der Universität Erfurt.

Anmerkung der Redaktion: Der Text entspringt einer gutachterlichen Stellungnahme zur Frage der Ph.D.-Verleihung.

¹ Riedel, in BeckOK Hochschulrecht Hessen, 16. Edition (Stand: 01.01.2020), § 24 Rn. 9.

² § 65 Abs. 1 BermHG, § 24 Abs. 5 HSchulG HE, § 9 Abs. 1 NHG, § 67 Abs. 1 HG NRW, § 66 Abs. 4 SHSG, § 18 Abs. 4 HSG LSA sprechen nur davon, dass ein Doktorgrad verliehen wird. Im LHG M-V wird dies nur aus der Systematik deutlich.

³ § 38 Abs. 2 S. 5 f. LHG BW; Art. 66 Abs. 2 S. 2 BayHschG i.V.m. Art. 64 Abs. 2 BayHschG; § 70 Abs. 4 S. 2 HmbHG i.V.m. § 70 Abs. 5 HmbHG; § 40 Abs. 10 SächsHSFG.

⁴ § 35 V BerlHG, § 31 Abs. 3 BbgHG, §§ 30 Abs. 4, 31 Abs. 1 HochSchG RLP; § 56 Abs. 1 HSG SH; § 58 Abs. 4 ThürHG.

⁵ § 38 Abs. 2 S. 5 LHG BW, Art. 64 Abs. 2 BayHschG, § 61 Abs. 4 ThürHG, aber auch bei Ländern, die dies nicht zwingend vorsehen wie § 67 Abs. 2 HG NRW.

⁶ Zum Promotionsrecht als Recht der Hochschule s.u., II.1.

III. Folgen der rechtlichen Situation

Hat das Schweigen der Hochschulgesetze zur Folge, dass es unmöglich ist, einen Ph.D.-Grad als möglichen Doktorgrad vorzusehen? Oder stellt die Nennung im Hochschulgesetz eine Einschränkung der Verleihung von Doktorgraden dar?

1. Das Promotionsrecht

Das „ius promovendi“ (auch „ius doctorandi“)⁷ wurde ursprünglich vom Papst, nach der Reformation vom Kaiser und schließlich nach dem Ende des Heiligen Römischen Reichs von den jeweiligen Landesherren an die Hochschulen verliehen. Das ist bis heute so. Nicht der Bund, sondern die Länder verleihen das Promotionsrecht an Hochschulen.⁸ Dabei ist das Promotionsrecht kein Recht, das dem Staat zukommt, sondern ein originäres Recht der Hochschulen (i.d.R. der Universitäten), das unter dem Vorbehalt der staatlichen Erlaubnis steht. Den Hochschulen muss es also vom Landesherrn übertragen sein, Promotionen vorzunehmen.⁹ Das gilt für staatliche wie private Hochschulen.¹⁰ Gerade bei nichtstaatlichen Hochschulen kann dafür eine positive Akkreditierung durch Institutionen, wie der Wissenschaftsrat vorausgesetzt werden.¹¹

Letztlich ist die Promotion ein konstitutives Element der Universität. Sie dient zum Nachweis der Befähigung zu vertiefter, über das allgemeine Studienziel hinausreichender wissenschaftlicher Arbeit und ist somit zentrales Element zur Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses, zur Aufrechterhaltung des Wissenschaftssystems.¹²

⁷ Bei *Hartmer*, Hdb. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 5, Rn. 7 als „ius promovendi“ benannt, bei *Thieme*, Dt. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 421 als „ius doctorandi“.

⁸ *Thieme*, Dt. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 421.

⁹ *Hartmer*, Hdb. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 5, Rn. 6 ff.

¹⁰ Bspw. *Aulehner*, in , von Coelln/Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 19. Edition (Stand: 01.11.2020), Art. 64, Rn. 4 ff. Siehe bspw. auch § 70 Abs. 7 LHG BW.

¹¹ Siehe zur Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat Wissenschaftsrat-Drs. 4395- 15 v. 30.01.2015, S. 13 f.

¹² § 38 Abs. 2 LHG BW; Art. 64 Abs. 1 BayHschG; § 35 Abs. 1 BerIHG, § 65 Abs. 1 BremHG; § 31 Abs. 2 BbgHG; § 24 Abs. 1 HSchIG HE; § 43 Abs. 1 LHG MV; § 9 Abs. 1 NHG; § 67 Abs. 1 HG NRW; § 34 Abs. 1 HochSchG RLP; § 69 Abs. 1 SHSG; § 54 Abs. 1 HSG SH; § 61 Abs. 2 ThürHG. Abweichend wird in Sachsen definiert, dass die Promotion eine selbständig erstellte, schriftliche wissenschaftliche Arbeit, die das Wissenschaftsgebiet weiterentwickelt, voraussetzt (§ 40 Abs. 6 SächsHSG). Sachsen-

Die Regeln für Promotionen werden im Rahmen der Gesetze von der promotionsberechtigten Hochschule gesetzt, wobei einerseits dem Gesetzgeber in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG (und ggf. landesverfassungsrechtlicher Bestimmungen¹³) ein weiter Spielraum der Regelungsintensität überlassen wird, andererseits sind die Hochschulen wiederum frei im Rahmen dieser Gesetze und der verfassungsrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit ihr Promotionsrecht zu regeln.¹⁴

Die Grenzen der Verfassung und damit der Wissenschaftsfreiheit sind nicht starr. Der Gesetzgeber ist – wie das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner hochschulrechtlichen Entscheidungen wiederholt herausstellte – frei, das Recht den sich möglicherweise verändernden gesellschaftlichen und wissenschaftssoziologischen Gegebenheiten anzupassen.¹⁵ Das impliziert zugleich, dass die Hochschulen auch ihre Satzungen, mithin auch die Promotionsordnungen, im Rahmen der Gesetze anpassen und damit sich verändernden Rahmenbedingungen im genuin internationalen Wissenschaftsbetrieb Rechnung tragen können.

Das Recht der Promotion kommt innerhalb der Hochschulen klassischerweise der Teilkörperschaft Fakultät zu, wobei entweder die Fakultäten oder die Senate der Hochschulen auf Vorschlag der Fakultäten die Promotionsordnungen erlassen. Wenn Musterpromotionsordnungen durch die Senate erlassen werden, so muss die zentrale Ebene den dem jeweiligen Fach entspringenden Erwägungen zur Durchführung einer Promotion gerecht werden.¹⁶ Die Musterpromotionsordnungen müssen also soweit Freiräume anbieten, dass der Nachweis der Befähigung zu vertiefter, über das allgemeine Studienziel hinausreichender wissenschaftlicher Arbeit in jedem Fachbereich der Hochschule so normiert werden kann, dass dieser effektiv möglich ist.

Anhalt fordert in § 18 Abs. 4 lediglich eine schriftliche wissenschaftliche Arbeit mit öffentlicher Verteidigung, die nach Maßgabe der Promotionsordnung durch eine mündliche Prüfung ergänzt werden kann (§ 18 Abs. 4 HSG LSA).

¹³ Siehe bspw. Art. 27 f. ThürVerf.

¹⁴ Dazu u.a. *Hartmer*, Hdb. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 5, Rn. 8.

¹⁵ Siehe dazu BVerfGE 35, 79 (116, 120) und aus jüngere Zeit BVerfGE 139, 148 (181 f., Rn. 65).

¹⁶ *Thieme*, Dt. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 421; *Hartmer*, Hdb. Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 5, Rn. 14.

2. Die Ausgestaltung des Promotionsrechts

Dieser allgemeine Rahmen lässt die Frage offen, welche Möglichkeiten den Hochschulen letztlich überlassen bleiben. Zumindest in denen Ländern, in denen Ph.D. mit einem Promotionsstudium verbunden ist und in den Ländern, in denen der Ph.D. offiziell vorgesehen ist, bleibt der Spielraum für die Hochschulen und in der Folge für die Fakultäten eher gering, trotzdem die Bedingungen für den Ph.D. weitgehend klar sind: Der Gesetzgeber gibt in diesen Fällen vor, dass der Ph.D.-Grad verliehen werden darf, mitunter mit Voraussetzungen.

Allerdings gibt es auch die in II. genannten Länder, die keine Regelung zur Ph.D.-Verleihung getroffen haben und in denen es dennoch möglich erscheint, dass der Ph.D.-Grad verliehen wird. So sprechen einige Hochschulgesetze lediglich ganz allgemein davon, dass der Doktorgrad verliehen wird. Als solcher ist der Ph.D. ebenfalls aufzufassen, soweit dieser nicht näher definiert wird (Hessen, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt¹⁷). In diesen Ländern kann sogar weitergegangen werden, denn auch andere sich derzeit etablierende, von der Kultusministerkonferenz als dem Doktorgrad gleichwertig anerkannte Grade wie der „Doctor of Business Administration“ („DBA“),¹⁸ sowie neue noch zu etablierende Doktorgrade sind in diesen Ländern auch denkbar.¹⁹

Die Hochschulgesetze der verbleibenden Länder schreiben zwar auch keine Graduierung vor, kennen jedoch eine fachliche Kennzeichnung der Dokortitel, die beim Ph.D. klassischerweise nicht möglich ist, soweit es sich nicht ausdrücklich um eine Promotion im Fachbereich der Philosophie handelt (Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen).²⁰ In diesen Fällen scheint die Verleihung des Ph.D., abgesehen von der Philosophie, per bloßer Einfüh-

rung durch die Hochschulen im Rahmen der Promotionsordnung nicht möglich.²¹ Allerdings steht aber auch in diesen Ländern anderen Doktorgraden mit klarer fachlicher Bezeichnung nichts entgegen.

Sicherlich wittern mit dem Hochschulbereich vertraute eine Sprachverwirrung babylonischen Ausmaßes. Auch die Gefahr einer unübersichtlichen Situation bei den Doktorgraden ist ebenso nicht von der Hand zu weisen. Eines muss den Kritikern der Ph.D.-Einführung trotzdem klar sein: Es kann letztlich – schon aus der Tradition der Hochschulen – nicht lediglich an der Sprache festgemacht werden, ob ein Doktorgrad zulässig ist, so verleihen manche Universitäten auch noch lateinisch formulierte Dokortitel.²² Warum diese gegenüber englischsprachigen Titeln privilegiert werden sollten, kann zumindest an keinem Rechtsgrund festgemacht werden.

IV. Ergebnis

Abschließend bleibt zu konstatieren: Die Verleihung eines Ph.D.-Grades ist in den meisten deutschen Ländern unproblematisch möglich. In vielen Fällen obliegt es den Fakultäten zu entscheiden, ob ein klassischer Doktorgrad, oder ein Ph.D.-Grad verliehen wird. Auch die Einführung weiterer Doktorgrade ist nicht unmöglich. Die Sprache ist jedenfalls keine starre Grenze bei der Einführung neuer Doktorgrade.

Den Fakultäten und Hochschulen bleiben in den meisten Ländern viele Freiheiten in der Gestaltung ihrer Promotionsordnungen, soweit sie – und das stellt eine starre Grenze dar – die Anforderungen an eine klassische Promotion wahren und damit die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses bezweckt wird. Und dieser wissenschaftliche Nachwuchs muss in einem traditionell international ausgerichteten Wissenschaftssystem auch wettbewerbsfähig sein. Letzteres erreicht man allerdings nicht bloß durch die Einführung neuer Titel, sondern insbesondere durch die Schaffung fruchtbarer Rahmenbedingungen, z.B. durch die vielfach in deutschen Hoch-

¹⁷ § 65 Abs. 1 BremHG, § 24 Abs. 5 HSchulG HE, § 67 Abs. 1 HG NRW, § 66 Abs. 4 SHSG, § 18 Abs. 3 HSG LSA.

¹⁸ Zunächst noch abgelehnt (siehe VGH München (5. Senat), Beschluss vom 09.12.2014 - 5 ZB 13.1937, BeckRS 2014, 59720), allerdings dann durch die KMK anerkannt (dazu *Christian Demmer*, DBA und Doktor Gleichwertig, in *Süddeutsche Zeitung* vom 8. Juni 2016

(<https://www.sueddeutsche.de/karriere/ersehnte-entscheidung-dba-und-doktor-gleichwertig-1.3018469>)

¹⁹ Schon bei den klassischen Doktorgraden gibt es heute bereits eine große Vielfalt, die eine Grenzziehung als schwierig erscheinen lassen (vgl. hierzu

[https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_akademischer_Grade_\(Deutschland\)#Doktorgrad](https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_akademischer_Grade_(Deutschland)#Doktorgrad); zuletzt abgerufen am 15. Januar 2021).

²⁰ § 43 Abs. 6 LHG M-V, § 9 Abs. 1 S. 3 NHG

²¹ Allerdings werden an der Bauhaus-Universität Weimar die Grade „Ph. D. Freie Kunst“ oder „Ph. D. Medienkunst“ verliehen.

²² Bspw. PromO d. Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der TU Chemnitz vom 22. März 2011, Amtl. Bekanntmachungen 10/2011 v. 1 April 2011, S. 616 ff. (Doctor iuris) oder PromO der Theologischen Fakultät der Universität Leipzig vom 5. April 2018 (doctor theologiae und doctor philosophiae).

schulgesetzen vorgesehenen Doktorandenkollegs, respektive Promotionsstudiengänge.²³

Jetzt ist es an den Hochschulen, die Möglichkeiten zu nutzen. Sollte es zu einer chaotischen, unübersichtlichen

Regelungsvielfalt kommen, die vom Wissenschaftssystem nur schwerlich bewältigt werden kann, sind die Hochschulgesetzgeber am Zug, für das notwendige Maß an Struktur und Übersicht zu sorgen.

²³ Bspw. § 38 Abs. 2 S. 5 LHG BW; Art. 64 Abs. 2 BayHschG; § 70 Abs. 5 HmbHG; § 67 Abs. 2 HG NRW; § 61 Abs. 4 ThürHG.

Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 29.01.2021

Az. VerFGH 19/21.VB-1

Verfassungsbeschwerde / Coronabetreuungsverordnung / Schule / Pandemie / erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Aus den Gründen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin ist Schülerin der 2. Klasse einer Grundschule in Düsseldorf. Sie wendet sich gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 7. Januar 2021 (GV. NRW. S. 19b). § 1 CoronaBetrVO lautet auszugsweise:

„(1) ¹Zur Verringerung von Infektionsrisiken bezogen auf das SARSCoV-2-Virus sind die schulische und – nach Zulassung durch den Schulträger – die außerschulische Nutzung von öffentlichen Schulen, Ersatzschulen und Ergänzungsschulen im Sinne des Schulgesetzes NRW nur nach Maßgabe der folgenden Absätze zulässig. ²Eine darüber hinausgehende Nutzung der Schulgebäude ist unzulässig und das Betreten der Schulgebäude insoweit untersagt.

(2) Als schulische Nutzung gelten insbesondere

1. die mit dem Unterricht, vergleichbaren Schulveranstaltungen und der Betreuung von Schülerinnen und Schülern (z.B. Ganztagsbetreuung, Schulbegleitung gemäß § 112 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und § 35a des Achten Buches Sozialgesetzbuch),
2. mit der Schulmitwirkung,
3. im Zusammenhang mit der Aus- und Fortbildung sowie der Einstellung von Lehr- und Betreuungspersonen sowie
4. zur Aufrechterhaltung des Schulbetriebs (Sekretariat, Instandhaltung und Gebäudereinigung) verbundenen Tätigkeiten.

[...]

(10) ¹Zulässig ist auch die Vor-Ort-Betreuung (Notbetreuung) von Schülerinnen und Schülern der jeweiligen Schule, wenn wegen einer Kindeswohlgefährdung die Aufnahme in die Vor-Ort-Betreuung als Folge einer familiengerichtlichen Entscheidung oder im Rahmen von Maßnahmen oder Schutzplänen nach § 8a des Achten Buches Sozialgesetzbuch erforderlich ist. ²Die Aufnahme in die Vor-Ort-Betreuung kann auch erforderlich sein, wenn die Schülerin oder der Schüler im regelhaften Schulbetrieb als Folge einer Entscheidung nach den §§ 27 ff. des Achten Buches Sozialgesetzbuch am Offenen Ganztage teilnimmt. ³Das Jugendamt hat vorrangig zu prüfen, ob das Kindeswohl auch mit anderen verfügbaren Maßnahmen gewährleistet werden kann. ⁴Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Aufnahme in die Vor-Ort-Betreuung ist von der Jugendamtsleitung oder einer von ihr benannten Person zu treffen und zu dokumentieren; die Not-

wendigkeit der Aufnahme ist der Schulleitung schriftlich zu bestätigen. ⁵Die Schulleitung kann die Aufnahme nur ablehnen, wenn andernfalls die Durchführung der Vor-Ort-Betreuung insgesamt gefährdet wäre; sie beteiligt das Jugendamt und die Schulaufsicht.

(11) ¹In der Zeit vom 11. bis 31. Januar 2021 sind schulische Nutzungen im Sinne von Absatz 2 Nummer 1 und 3 untersagt. ²Dies gilt nicht

1. für ein schulisches Betreuungsangebot im Sinne von § 3 Absatz 7 der Zweiten Verordnung zur befristeten Änderung der Ausbildungs- und Prüfungsordnungen gemäß § 52 SchulG vom 2. Oktober 2020 (GV. NRW. S. 975) in Schulen der Primarstufe und in den Klassen 5 und 6 der weiterführenden Schulen,
2. für ein schulisches Betreuungsangebot für Schülerinnen und Schüler mit Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung, bei denen zugleich ein besonders stark ausgeprägter Bedarf an schulischer Betreuung besteht.

³Das Betreuungsangebot nach Satz 2 ist für alle Schülerinnen und Schüler bestimmt, die nach Erklärung ihrer Eltern nicht zuhause betreut werden können; im Übrigen nimmt eine Schülerin oder ein Schüler auch dann am Betreuungsangebot teil, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 10 erfüllt sind. ⁴Die Entscheidung trifft die Schulleiterin oder der Schulleiter.

⁵Die Absätze 3 bis 5 gelten entsprechend. ⁶Die oberen Schulaufsichtsbehörden können im Einzelfall Ausnahmen von Satz 1 insbesondere für Abschlussklassen oder für die Erbringung von Leistungsnachweisen zulassen.“

§ 1 CoronaBetrVO sollte ursprünglich mit Ablauf des 31. Januar 2021 außer Kraft treten. Inzwischen hat der Verordnungsgeber seine Geltungsdauer bis zum Ablauf des 14. Februar 2021 erweitert. Die hier streitige Bestimmung des § 1 Abs. 11 CoronaBetrVO sowie die Absätze 12 und 13 gelten dabei ab dem 30. Januar 2021 mit folgender Fassung:

„(11) ¹In der Zeit vom 30. Januar bis 14. Februar 2021 sind schulische Nutzungen im Sinne von Absatz 2 Nummer 1 und 3 untersagt.

²Dies gilt nicht für

1. schulische Betreuungsangebote im Sinne von § 3 Absatz 7 der Zweiten Verordnung zur befristeten Änderung der Ausbildungs- und Prüfungsordnungen gemäß § 52 SchulG vom 2. Oktober 2020 (GV. NRW. S. 975),
2. Auswahlgespräche von Schulen im Lehrereinstellungsverfahren, soweit sie zur Sicherung der Unterrichtsversorgung unabdingbar sind, und
3. unterrichtspraktische Prüfungen im Rahmen der Lehrerausbildung.

(12) Betreuungsangebote nach Absatz 11 Satz 2 Nummer 1 sind bestimmt für die Schülerinnen und Schüler

1. der Primarstufe und der Klassen 5 und 6 der weiterführenden Schulen, die nach Erklärung ihrer Eltern nicht zuhause betreut werden können,
2. aller Klassen und Jahrgangsstufen mit Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung, bei denen zugleich ein besonders stark ausgeprägter Bedarf an schulischer Betreuung besteht, 3. aller Klassen und Jahrgangsstufen, die nach Einschätzung der Schulleitung zuhause oder im Ausbildungsbetrieb nicht mit Erfolg am Distanzunterricht teilnehmen können, sowie

4. in den Fällen des Absatzes 10.

(13) ¹Die Entscheidung in den Fällen des Absatzes 12 trifft die Schulleiterin oder der Schulleiter, im Fall von Nummer 3 mit Zustimmung der Eltern und im Berufskolleg auch der Mitverantwortlichen für die Berufserziehung. ²Die Absätze 3 bis 5 gelten entsprechend. ³Die oberen Schulaufsichtsbehörden können im Einzelfall Ausnahmen von Absatz 11 Satz 1 insbesondere für Abschlussklassen oder für die Erbringung von Leistungsnachweisen zulassen.“

2. Einen Antrag der Beschwerdeführerin auf vorläufige Aussetzung des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO lehnte das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 22. Januar 2021 – 13 B 53/21.NE – ab. Der in der Hauptsache noch zu erhebende Normenkontrollantrag sei nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung nicht offensichtlich begründet. Die deswegen anzustellende Folgenabwägung falle zu Lasten der Beschwerdeführerin aus.

3. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde und ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beanstandet die Beschwerdeführerin einen Eingriff in ihre Grundrechte durch die Untersagung von Präsenzunterricht. Dieser Eingriff könne nicht mit dem angestrebten Schutz vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Insbesondere sei die angegriffene Regelung nicht verhältnismäßig.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg. Er ist zulässig (dazu 1.), aber unbegründet (dazu 2.).

Nach § 27 Abs. 1 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (VerfGHG) vom 14. Dezember 1989 (GV. NRW. S. 708, ber. 1993 S. 588), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfassungsgerichtshofgesetzes vom 21. Juli 2018 (GV. NRW. S. 400), kann der Verfassungsgerichtshof eine einstweilige Anordnung treffen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

1. Der Antrag ist zulässig. Insbesondere steht ihm nicht die Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes gegenüber dem fachgerichtlichen Eilrechtsschutz entgegen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt nur in Betracht, wenn der Antragsteller bestehende Möglichkeiten, fachgerichtlichen Eilrechts-

schutz zu erlangen, ausgeschöpft hat (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1, juris, Rn. 20, m. w. N.). Dies ist hier der Fall. Das Oberverwaltungsgericht hat den Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die hier angegriffene Regelung des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO in der ursprünglich bis zum 31. Januar 2021 geltenden Fassung abgelehnt. Anhaltspunkte für ein Rechtswahrnehmungsdefizit im fachgerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes sind nicht ersichtlich.

Die Beschwerdeführerin ist auch nicht mit Blick darauf erneut auf die Inanspruchnahme fachgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes zu verweisen, dass der Verordnungsgeber die Geltungsdauer des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO verlängert und gleichzeitig die bestehenden Ausnahmebestimmungen modifiziert hat. Gestützt auf § 54 Satz 2 VerfGHG und die darüber hinaus entwickelten Ausnahmen vom Gebot der vorherigen Rechtswegerschöpfung erachtet der Verfassungsgerichtshof einen erneuten Verweis der Beschwerdeführerin auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz mit Blick auf die hier in Rede stehenden besonderen Umstände als unzumutbar. Die Beschwerdeführerin hat das Oberverwaltungsgericht bereits um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ersucht. Dieses hat erst kürzlich mit Beschluss vom 22. Januar 2021 ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Deshalb und in Ansehung der Entscheidungsgründe ist eine für die Beschwerdeführerin günstigere Entscheidung bei erneuter Befassung des Oberverwaltungsgerichts zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu erwarten. Zudem ist das Verfahren beim Verfassungsgerichtshof bereits anhängig. Im Fall eines erneuten Verweises der Beschwerdeführerin auf einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch das Oberverwaltungsgericht wäre innerhalb der verbleibenden Geltungsdauer des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO ein effektiver Rechtsschutz durch den Verfassungsgerichtshof für sie voraussichtlich unerreichbar.

2. Der Antrag ist unbegründet.

a) Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 VerfGHG für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erfüllt sind, ist wegen der meist weitreichenden Folgen einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung ein strenger Maßstab anzulegen. Die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsaktes vorgetragen werden, haben grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, das in der Hauptsache zu verfolgende Begeh-

ren wäre unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Zudem sind erkennbare Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn ein Abwarten bis zum Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens den Grundrechtsschutz mit hoher Wahrscheinlichkeit endgültig vereitelte. Ergibt in einem solchen Fall die Prüfung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, dass die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet wäre, läge in der Nichtgewährung von Rechtsschutz der schwere Nachteil für das gemeine Wohl im Sinne des § 27 Abs. 1 VerfGHG (vgl. zum Ganzen VerfGH NRW, Beschluss vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1, juris, Rn. 27, m. w. N.).

b) Ausgehend davon kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht in Betracht. Dahingestellt bleiben kann, ob die in der Hauptsache erhobene Verfassungsbeschwerde den sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG ergebenden Begründungsanforderungen genügt. Sie ist weder offensichtlich begründet noch offensichtlich unbegründet. Eine Folgenabwägung geht jedenfalls zu Lasten der Beschwerdeführerin aus.

aa) Wird ihr die einstweilige Anordnung versagt und hätte die Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren Erfolg, weil die angegriffene Rechtsnorm die Beschwerdeführerin in ihren in der Landesverfassung enthaltenen Rechten verletzt, wäre der Präsenzunterricht zu Unrecht untersagt worden. Die Beschwerdeführerin hätte die von ihr geschilderten Einschränkungen ihrer schulischen Ausbildung und ihrer persönlichen Entwicklung ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung hinnehmen müssen.

bb) Erginge die begehrte einstweilige Anordnung und bliebe der Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren aber der Erfolg versagt, würde mit der Wiedereinführung des Präsenzunterrichts zu Unrecht in das Schutzkonzept des Ordnungsgebers eingegriffen, mit dem er nach der amtlichen Begründung zur Coronabetreuungsverordnung die Ausbreitung des Coronavirus weiterhin so einzudämmen versucht, dass sich Gefahren für das Leben und die Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems nicht realisieren. Dieses Ziel wird ersichtlich – auch wenn die amtliche Begründung für die Änderung der Verordnung noch nicht veröffentlicht worden ist – bis zum 14. Februar 2021 weiterhin verfolgt. Ein Außervollzugsetzen des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO hätte – jedenfalls nach den dem Konzept des Verord-

nungsgebers zugrundeliegenden Annahmen – ernsthafte Gefahren für Leib und Leben Dritter zur Folge.

cc) Vor dem Hintergrund der insoweit bestehenden Einschätzungsprärogative des Ordnungsgebers muss das Interesse der Beschwerdeführerin an einer unverzüglichen Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts – derzeit – hinter dem Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Vollzug des zumindest nicht offensichtlich fehlsamen Konzepts des Ordnungsgebers, mit dem er seinen – auch derzeit dringlichen – verfassungsrechtlichen Auftrag zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit gemäß Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1, juris, Rn. 47; BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 2020 – 1 BvR 1630/20, juris, Rn. 25, m. w. N.) zu erfüllen sucht, zurücktreten.

Das berechtigte Interesse der Beschwerdeführerin an einem störungsfreien, den staatlichen Bildungsauftrag konsequent und effizient erfüllenden Schulunterricht wird durch die Untersagung des Präsenzunterrichts empfindlich beeinträchtigt. Dies gilt umso mehr, als bereits im Frühjahr 2020 über einen längeren Zeitraum Präsenzunterricht nicht erteilt wurde. Der erneute Ausfall von Präsenzunterricht kann zum Teil gravierende soziale, psychische und auch ökonomische Folgen für Schüler und Eltern haben.

Eingegrenzt werden diese nachteiligen Auswirkungen indes zunächst durch die noch hinnehmbare Geltungsdauer des Verbots bis zum 14. Februar 2021. Hinzu kommen die Ausnahmeregelungen in § 1 Abs. 10 und Abs. 11 Satz 2 bis 6 CoronaBetrVO bzw. die neuen zur weiteren Abfederung von besonderen Härten ab dem 30. Januar 2021 neu eingefügten Vorschriften. Außerdem hat sich die Landesregierung in § 5 Abs. 3 CoronaBetrVO verpflichtet, die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelungen fortlaufend zu überprüfen und sie insbesondere dem aktuellen Infektionsgeschehen und den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Verlauf der Covid-19-Pandemie anzupassen. Der Ordnungsgeber muss bei Umsetzung der von der Bundeskanzlerin und den Ministerpräsidentinnen und -präsidenten der Länder ohne rechtliche Verbindlichkeit beschlossenen Maßnahmen den konkreten tatsächlichen Verhältnissen im Land Nordrhein-Westfalen hinreichend Rechnung tragen. Hierzu gehören nicht nur die Feststellung und Bewertung der aktuellen Entwicklung der Pandemie in den maßgeblichen Gebieten und die Auswertung aktueller Erkenntnisse über die Ursa-

chen ihrer weiteren Verbreitung. Die Abwägungsentscheidung des Ordnungsgebers muss insbesondere auch erkennbar und plausibel vom Prinzip der größtmöglichen Schonung der Grundrechte der von den Freiheits- und Teilhabebeeinträchtigungen Betroffenen geleitet sein. Unsicherheiten über die Ursachen der Ausbreitung des Coronavirus dürfen nicht ohne Weiteres „im Zweifel“ zu Lasten der Freiheits- und Teilhaberechte aufgelöst werden. Die Zumutung konkreter Einschränkungen bedarf umso mehr der grundrechtssensiblen Rechtfertigung, je unklarer der Beitrag der untersagten Tätigkeit zur Verbreitung des Coronavirus ist und je länger diese Einschränkung dauert. Gerade auf unsicherer Tatsachengrundlage darf der Ordnungsgeber sich nicht stets für das vermeintlich wirksamste Mittel entscheiden, sondern muss auch geringfügig weniger wirksame, aber erheblich schonendere Maßnahmen prüfen und erkennbar in seine Abwägung einbeziehen.

In Bezug auf die Untersagung von Präsenzunterricht muss der Ordnungsgeber dabei auch im Blick behalten, dass damit hohe Belastungen im sensiblen Bereich der schulischen Bildung und der kindlichen und jugendlichen Entwicklung der Betroffenen einhergehen, die – namentlich für jüngere Schülerinnen und Schüler – auch durch Distanzunterricht allenfalls unvollständig und nicht ohne soziale Verwerfungen kompensiert werden können. Das grundrechtlich geschützte Interesse der Beschwerdeführerin an der Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts wiegt damit zwar schwer. In Anbetracht des gebotenen strengen Maßstabes, der für den ausnahmsweisen Erlass einer einstweiligen Anordnung anzuwenden ist, und unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums des Ordnungsgebers überwiegt es das Interesse am Schutz von Leben und Gesundheit durch die vorliegend angegriffenen befristeten Maßnahmen jedoch hier noch nicht.

Wende zum Besseren in Sicht?

Anmerkungen zu dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29.01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1 sowie dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen vom 22.01.2021 – 13 B 53/21. NE¹ zur Aussetzung des Präsenzunterrichts²

von **Nicole Reese (Bielefeld)** und **Christian Reiß (München)***

Vier Grundschüler aus Nordrhein-Westfalen haben die derzeitige Aussetzung des Präsenzunterrichts an den Schulen im Land Nordrhein-Westfalen zunächst vor dem Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) und anschließend vor dem Landesverfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (VerfGH) angegriffen. Zwar blieben sie im Ergebnis erfolglos. Aber während die Begründung des OVG NRW lediglich bereits bekannte Begründungsmuster für die Rechtmäßigkeit von Corona-Maßnahmen wiederholt, lässt der Beschluss des VerfGH aufhorchen. Er gibt eine klare Marschrichtung für künftige Corona-Schutzmaßnahmen vor. Die Begründung hat nicht nur Niederschlag in der Presse gefunden³, sondern wird auch vom stellvertretenden Ministerpräsidenten Dr. Joachim Stamp in seinem „Entwurf für einen NRW-Plan

* *Christian Reiß*, LL.M. (Auckland) ist Rechtsanwalt und Prof. Dr. jur. *Nicole Reese* ist Professorin für Arbeits-, Beamten- und Öffentliches Dienstrecht sowie Verwaltungsrecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen.

¹ In beiden Verfahren gab es je vier Entscheidungen, da jeweils vier Schulkinder aus Düsseldorf, Köln, Lage und Leopoldshöhe geklagt haben. Die Autoren gehen davon aus, dass die zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch unveröffentlichten Entscheidungen im Wesentlichen identisch sind, beziehen sich in diesem Beitrag aber nur auf die Beschlüsse des VerfGH NRW vom 29.01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1 und des OVG NRW v. 22.01.2021 – 13 B 53/21. NE [der Abdruck ist für das kommende Heft geplant, *Anm. d. Red.*].

² Die Verfasser bedanken sich bei den Herausgebern, auch in diesem Heft einen „eher essayistisch gehaltenen Beitrag“ (siehe Editorial ZLVR 2/2020) zugelassen zu haben, da es ihnen vorrangig um einen „zugespitzt artikulierten“ Beitrag zu der von den Herausgebern konstatierten „neuen juristischen Diskurskultur“ geht.

³ Siehe etwa - allerdings ohne die Tragweite zutreffend zu erfassen – WDR Liveticker vom 29.01.2021, 19:36 Uhr (<https://www1.wdr.de/nachrichten/themen/coronavirus/ticker-corona-virus-nrw-810.html>).

für verantwortungsvolle Weiterentwicklung der Pandemiebekämpfung“ vom 5. Februar 2021 als Beleg für die Notwendigkeit der Weiterentwicklung der derzeitigen Corona-Politik herangezogen.

I. Die Einordnung der Beschlüsse in den Kontext der nordrhein-westfälischen Corona-Rechtsprechung im Winter 2020/21

Während zu Beginn des „Lockdown“-Winters das OVG NRW, aber auch der VerFGH fast alle Anträge gegen Corona-Maßnahmen mit ähnlicher Begründung abwies, lässt die Beschlussbegründung des VerFGH diesmal nicht nur eine andere Tonalität erkennen, sondern auch einen anderen inhaltlichen Bezugspunkt als den bislang gewählten:

In seinen bisherigen Entscheidungen folgte der VerFGH der Argumentationslinie des Bundesverfassungsgerichts, welches das am 28. Oktober 2020 von den Regierungschefinnen und -chefs von Bund und Ländern beschlossene Gesamtkonzept⁴ unbeanstandet gelassen hatte. Dabei maß das BVerfG bei der Prüfung der Angemessenheit von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit der Kompensation der erlittenen Nachteile durch „außerordentliche Wirtschaftshilfe“ des Bundes große Bedeutung bei.⁵ Dem folgend hob der VerFGH etwa hinsichtlich der Untersagung von Sportkursen zur körperlichen Ertüchtigung⁶ und des Betriebs von Tattoo-Studios⁷ zur Rechtfertigung von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Interessen hervor, dass einerseits die staatlicherseits zur Verfügung gestellten Hilfen die Nachteile weitgehend aufzufangen geeignet und andererseits die Gefahren der Covid-19-Pandemie weiterhin von sehr hohem Gewicht seien, da die Ursache für den Anstieg der Infektionen diffus und die genaue Infektionsquelle in den meisten Fällen nicht bekannt sei, sodass sämtliche Maßnahmen, die dem Gesamtkonzept

der Kontaktvermeidung dienten, von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgeber gedeckt seien.

Dagegen erinnert der Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 29. Januar 2021 daran, dass in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat „Unsicherheiten über die Ursachen der Ausbreitung des Coronavirus nicht ohne Weiteres „im Zweifel“ zu Lasten der Freiheits- und Teilhaberechte aufgelöst werden [dürfen]“ und „die Zumutung konkreter Einschränkungen umso mehr der grundrechtssensiblen Rechtfertigung [bedürfe]“, je unklarer der Beitrag der untersagten Tätigkeit zur Verbreitung des Coronavirus sei. Hierin ist dem VerFGH uneingeschränkt zuzustimmen - eine „Beweislastumkehr“ zulasten der Grundrechtsträger, die ihre Freiheitsrechte ausüben wollen, kann es unter dem Grundgesetz nicht geben: „Freiheit, die ihre Ungefährlichkeit beweisen muss, ist abgeschafft.“⁸

Angesprochen fühlen darf sich von diesem Hinweis vor allem das OVG NRW, das in der hier angesprochenen „Präsenzunterrichtsentscheidung“ nur die Leitlinien aus seiner „Golfplatzentscheidung“⁹ anwandte. In dieser billigte das OVG NRW „angesichts der Diffusität des derzeitigen Infektionsgeschehens“ dem Verordnungsgeber eine derart uferlose „generalisierende, typisierende und pauschalierende“ Betrachtungsweise zu, dass dem Verordnungsgeber jede Maßnahme – wie etwa das Verbot von Individualsport auf Sportanlagen von regelmäßig 60 bis 80 ha Fläche¹⁰ – unabhängig von einem konkret belegbaren Beitrag zur Pandemiebekämpfung bereits als erforderlich scheinen darf, solange sich diese nur „schlüssig einfüge“ in das von der Exekutive verfolgte Schutzkonzept des „Herunterfahrens“ des öffentlichen Lebens. Auf eine konkrete Infektionsgefahr oder die tatsächliche Anzahl und Gefahr „infektionsbegünstigender Kontakte“ solle es angesichts verbleibender Unsicherheiten über Infektionsketten nicht vorrangig ankommen müssen.

In der „Golfplatzentscheidung“ treibt das OVG NRW diese Rechtsprechung auf die Spitze und geht davon aus, dass selbst bei extrem weitläufigen Sportanlagen nicht auszuschließen sei, dass diese auch noch im Winter Anreize

⁴ Beschl. der Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28. 10.2020, Ziffer 11 und 12 (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/videokonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-28-oktober-2020-1805248>).

⁵ Vgl. etwa BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 11. 11. 2020, Az. 1 BvR 2530/20 (juris), Rn. 16.

⁶ VerFGH NRW, Beschl. v. 23.11.2021, Az. VerFGH 179/20.VB-1 (<https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/index.php>).

⁷ VerFGH NRW, Beschl. v. 30.11.2021, Az. VerFGH 185/20.VB-1 (<https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/index.php>).

⁸ So zutreffend *Hinnerk Wißmann*, „Verfassungsbruch? Schlimmer: Ein Fehler“, in: Verfassungsblog v. 06.02.2021, (<https://verfassungsblog.de/verfassungsbruch-schlimmer-ein-fehler/>).

⁹ OVG NRW, Beschl. v. 23.12.2020, Az. 13 B 1983/20.NE (http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2020/13_B_1983_20_NE_Beschluss_20201223.html).

¹⁰ Das ist der Flächenbedarf eines 18-Loch Golfplatzes.

bzw. Gelegenheit zu Kontakten böten: „Eine solche Begegnung kann – weil sich viele Mitglieder eines Vereins oder Clubs auch kennen dürften – den Anreiz bieten, zu einem Gespräch zu verweilen. In Bezug auf Golferscheinen etwa Kontakte auf dem Platz und in der Umgebung des Platzes und daraus resultierende Infektionsrisiken nicht ausgeschlossen (...)“.

Auf die Einhaltung eines Hygienekonzepts – etwa die Einhaltung von Abstandsregeln und/oder Mund-Nasen-Bedeckung – müsse sich der Verordnungsgeber nicht verlassen: Kontaktmöglichkeiten könnten nur durch ein umfassendes Nutzungsverbot kontrollierbar gestaltet werden, weil eine Verhaltenskontrolle auf einem Golfplatz nicht möglich sei.

Wohlgemerkt, nicht die Gefahr einer Infektion, bereits die bloße Möglichkeit einer Verschaffung von Kontaktgelegenheiten soll nach Ansicht des OVG NRW die vollständige Entziehung grundrechtlich geschützter Freiheitsrechte rechtfertigen können. Ein – überdies lediglich behauptetes – Kontrolldefizit wird dabei ohne Begründung zulasten der Beschwerden in die Abwägung eingestellt.

Auch die gegen die Untersagung des Präsenzunterrichts gerichteten Normenkontrollanträge und Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen nach § 47 VwGO zum OVG NRW blieben – wenig überraschend – ohne Erfolg. In der „Präsenzunterricht-Entscheidung“ knüpft das OVG NRW an die „Golfplatzentscheidung“ an und vertritt, dass es hinreichend sei, dass Schulschließungen einen Beitrag zum verfolgten Gesamtkonzept der Kontaktreduzierung leisten; wie hoch dieser sei, spiele hingegen keine Rolle, solange die Maßnahme nur nicht gänzlich ungeeignet sei. Das Nutzungsverbot für Schulen führe dazu, dass die typischen zwischenmenschlichen Kontakte vermieden werden. Wie hoch der Nutzen der Schulschließungen dabei sei, sei zwar streitig und ungewiss, spiele aber eben keine Rolle, solange nur Kontakte vermieden würden.

Landesweite, komplette Schulschließungen dürfe der Verordnungsgeber – und zwar ohne vorherige Erprobung eines Stufen- oder Wechselmodells oder einer Differenzierung nach Jahrgängen als milderes Mittel – solange für zur Eindämmung der Pandemie geeignet und erforderlich halten, wie die Frage des Infektionsgeschehen an Schulen in der Wissenschaft umstritten sei, und zwar selbst dann, wenn die Studien, die eine Effizienz von Schulschließungen nahelegen, selbst auf Unsicherheiten und Interpretationsspielräume hinweisen.

Zur Begründung verweist das OVG NRW einmal mehr auf die „Fragilität der Lage“. Eine landesweite Schulschließung für alle Schülerinnen und Schüler dürfe der Verordnungsgeber bereits dann für erforderlich halten, soweit und solange sich nicht andere Maßnahmen als gleich geeignet und weniger belastend darstellen, wobei angesichts einer „dynamischen Entwicklung“ und „erheblicher Unsicherheiten“ – überspitzt gesagt – jede Einschätzung des Verordnungsgebers nicht zu beanstanden sein dürfte.

Bemerkenswert ist schließlich, dass das OVG NRW die Angemessenheit der Untersagung des Präsenzunterrichts u.a. mit der Verdoppelung der Anzahl der den Eltern zustehenden Kinderkrankentage bejaht. Beschwerdeführer sind allerdings die Schüler, in deren Recht auf Bildung aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW eingegriffen wird. Demgegenüber wollte der Gesetzgeber bei der Verdoppelung des Kinderkrankengelds sicherstellen, dass den Eltern Gelegenheit zur Betreuung ihres Kindes – auch unabhängig davon, ob sie ihre Tätigkeit im Homeoffice erbringen könnten – gegeben wird.¹¹ *Ratio legis* ist also nicht, das Recht auf Bildung sicherzustellen, sondern den Eltern den Spagat zwischen Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit zu erleichtern. Allerdings bleibt sich das OVG NRW auch mit dieser Argumentationslinie treu, da es bereits Golfspieler auf die dem Golfplatzbetreiber zustehende November- bzw. Dezemberhilfe verwiesen hatte.¹² Diese ist zweifellos geeignet, die wirtschaftlichen Nachteile der Betreiber auszugleichen, aber nicht die Beeinträchtigungen der in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG berührten Nutzer der geschlossenen Betriebe. Eine verfassungsrechtliche Begründung, warum der staatliche Versuch des Nachteilsausgleichs zugunsten eines Grundrechtsträgers auch Nachteile eines anderen, in einem anderen Grundrecht betroffenen Grundrechtsträgers kompensieren können soll, bleibt das OVG NRW schuldig.

Obwohl das OVG NRW Individualsportarten erklärtermaßen nicht als in hohem Maße infektionsbegünstigend ansieht und Schulen nicht für „Treiber der Pandemie“ hält, vertritt es die Rechtsauffassung, dass alles, was nicht erwiesenermaßen „gänzlich unbedenklich“ ist oder auch nur Anreize zu Kontakten schaffen könnte, vom Verordnungsgeber untersagt bzw. geschlossen werden dürfe.

¹¹ BT-Drucksache 19/25868, Zu Artikel 8 (Weitere Änderungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch), S. 124.

¹² So OVG NRW, Beschl. v. 22.01.2021, Az.13 B 53/21 NE - Antragsteller war ein Golfspieler!

Eine Landesregierung, die ein mit Blick auf Einschränkungen der Freiheits- und Teilhaberechte der Normunterworfenen derart schrankenlos großzügiges Oberverwaltungsgericht hinter sich weiß, durfte sich im Januar 2021 ermutigt fühlen, auch von den 630.000 Kindern, die in Nordrhein-Westfalen die Grundschule besuchen, einen „Beitrag zur allgemeinen Kontaktreduzierung“ einzufordern,¹³ obwohl erklärtes Ziel des „Lockdown light“ ausweislich des Beschlusses vom 28. Oktober 2020 war „die Infektiodynamik [zu] unterbrechen, damit (...) Schulen und Kindergärten verlässlich geöffnet bleiben können (...)“¹⁴

Entsprechend wurde Anfang Januar 2021 der Präsenzunterricht an allen Schulen in NRW, insbesondere auch an den Grundschulen, zunächst bis zum 31. Januar 2021 ausgesetzt und dies mittlerweile bis zum 14. Februar 2021 verlängert, obwohl – was Bildungsforscher, Kinderärzte und Eltern wissen und nun auch das Verfassungsgericht zu Recht betont – mit dem Distanzunterricht „hohe Belastungen im sensiblen Bereich der schulischen Bildung und der kindlichen und jugendlichen Entwicklung“ einhergehen, die gerade für jüngere Schülerinnen und Schüler „allenfalls unvollständig und nicht ohne soziale Verwerfungen kompensiert werden können.“¹⁵

Anders als bei Gewerbebetrieben, deren Existenzgefährdung (möglicherweise) durch die beschlossene „außerordentliche Wirtschaftshilfe“ abgewendet werden kann,¹⁶ lassen sich die vom VerfGH erkannten, „gravierenden sozialen und psychischen Folgen“ des Ausfalls von Präsenzunterricht für Kinder nicht durch Wirtschaftshilfe kompensieren, und sei diese noch so „außerordentlich“.

Bereits aus diesem Grund fügt sich die am 6. Januar 2021 beschlossene Einbeziehung des Bildungs- und Betreuungsbereichs in das seit dem November 2020 verfolgte Gesamtkonzept der allgemeinen Kontaktreduzierung im Freizeit-, Sport- und Vergnügungsbereich gerade nicht

„schlüssig ein“, da die hohen Belastungen und Nachteile bei Kindern und Jugendlichen nicht durch wirtschaftliche Corona-Hilfen der öffentlichen Hand kompensiert werden können – Kinderkrankentage ersetzen keine Bildung.

II. Die Bedeutung und Reichweite des in der Landesverfassung verankerten Rechts auf Bildung

Die Verfassungsbeschwerden¹⁷ rügten u.a. die Verletzung des in Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW garantierten Rechts auf Bildung. Die Frage, ob ein Recht auf (schulische) Bildung auch aus dem Grundgesetz folgt, ist umstritten; das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bisher offengelassen.¹⁸ Auch wenn die Landesverfassung Nordrhein-Westfalens das Recht auf Bildung grundsätzlich anerkennt, stellt sich die Frage nach dessen Reichweite und Ausgestaltung.

Da Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 LV NRW die Grundschule in NRW institutionalisiert und mithin das Land sich damit selbst verpflichtet hat, dort eine grundständige soziale Integration zu gewährleisten sowie eine elementare Wissens- und Wertevermittlung vor dem Hintergrund der allgemeinen Staatsziele anzubieten, erscheint es folgerichtig, hieraus einen Teilhabeanspruch abzuleiten.¹⁹ Dieser Teilhabeanspruch kann – anders als das OVG NRW meint – indes nur durch Präsenzunterricht erfüllt werden, denn dieses Recht wird in Art. 8 Abs. 2 LV NRW durch eine Schul(besuchs)pflcht ergänzt.²⁰ Wenn von Schülerinnen und Schülern erwartet wird, am Unterricht in der Schule teilzunehmen, um gleiche Bildungschancen für alle zu schaffen,²¹ muss dies konsequenterweise auch umgekehrt gelten, denn ohne die Interaktion im Unterricht mit Lehrkräften sowie Mitschülerinnen und Mitschülern und die Anleitung durch pädagogisch ausgebildetes Personal, bleibt von der Chancengerechtigkeit für viele Kinder gerade nicht mehr das geforderte Minimum übrig.

¹³ <https://www.land.nrw/de/pressemitteilung/ministerin-gebauer-auch-unsere-schulen-muessen-einen-beitrag-zur-eindaemmung-der>.

¹⁴ Beschl. der Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28.10.2020, 2. Absatz (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/videokonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-28-oktober-2020-1805248>).

¹⁵ VerfGH, Beschl. v. 29. 01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1

¹⁶ So auch die Begründung des VerfGH NRW, siehe etwa Beschl. v. 30.11.2020, Az. VerfGH 185/20.VB-1 (<https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/entscheidungen/index.php>)

¹⁷ Seit dem 01.01.2019 kann in Nordrhein-Westfalen jeder Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof erheben. Neben der Verletzung von Landesgrundrechten kann dabei auch die Verletzung der durch Art. 4 Abs. 1 der Landesverfassung inkorporierten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte des Grundgesetzes gerügt werden.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 27. 11.2017, Az. 1 BvR 1555/14 (juris), Rn. 25.

¹⁹ Grawert, Rolf, Kommentar zur Landesverfassung NRW, 4. Auflage, Wiesbaden 2020, Art. 10 LV, S. 117.

²⁰ So auch BVerfG, Beschl. v. 15.10.2009, Az. 6 B 27/09 (juris).

²¹ Manuel Kamp in: Heusch, Andreas/Schönenbroicher, Klaus, Kommentar zur Landesverfassung NRW, 2. Auflage, Düsseldorf 2019, Art. 8 LV Rn. 36.

Dagegen sollen nach Auffassung des OVG NRW sowohl das jedem Kind gewährte Recht auf Bildung und Erziehung aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW und Art. 2 Abs. 1 GG, als auch das elterliche Recht auf Erziehung und Bildung ihrer Kinder in der Schule aus Art. 8 Abs. 1 S. 2 LV NRW und Art. 4 Abs. 1 LV NRW in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 GG lediglich einen Anspruch auf Teilhabe an den vorhandenen öffentlichen Bildungseinrichtungen und -angeboten bzw. auf Zugang zu diesen unter zumutbaren Bedingungen gewähren und stehen – so das OVG NRW – unter dem „Vorbehalt des Möglichen, also dessen was der Einzelne vernünftiger Weise von der Gesellschaft verlangen kann. Zu einem Verschaffungsanspruch könnten diese Rechte nur erstarken, wenn es selbst an dem zur Erhaltung des Teilhaberechts auf Bildung notwendigen Minimum fehle.“²²

Gerade das Fehlen des zur Erhaltung des Teilhaberechts auf Bildung notwendigen Minimums liegt – anders als das OVG NRW annimmt – aber bei der Aussetzung des Präsenzunterrichts an Grundschulen auf der Hand, da die Teilhabemöglichkeit insbesondere bei kleinen Kindern von weiteren Voraussetzungen abhängt, wie der Möglichkeit der Betreuung durch die Eltern, deren didaktischer wie Sprach- und Bildungskompetenz und der räumlichen und technischen Ausstattung des Elternhauses.

Wenn Kinder im Spannungsverhältnis zwischen Elternrecht und staatlichem Wächteramt bereits dann einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf den Schutz des Staates haben, wenn seine Eltern ihm nicht den Schutz und die Hilfe bieten können, die es benötigt, „um gesund aufzuwachsen und sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln zu können“,²³ so fragt sich, wie sich der Staat auf einen „Vorbehalt des Möglichen“ zurückziehen können sollte bei einem Teilbereich der Erziehungsaufgabe, den er durch die allgemeine Schulpflicht selbst an sich gezogen hat.²⁴

Im Hauptsacheverfahren wird das OVG NRW jedenfalls nicht umhin können, sich mit der Bildungsrealität in Nordrhein-Westfalen auseinanderzusetzen.

Immerhin räumt das OVG NRW ein, dass eine dauerhafte Umstellung auf Distanzunterricht – auch durch die Kumulation mit dem bereits erheblichen Ausfall im Frühjahr 2020 – gravierende Folgen für Kinder und Eltern haben kann. Einen Verschaffungsanspruch auf Präsenzunterricht begründeten diese Nachteile jedoch nicht – und selbst wenn, so käme es für das OVG NRW im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes darauf nicht an, da das Recht auf Bildung jedenfalls dem vom Ordnungsgeber verfolgten Gesamtkonzept des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung unterzuordnen sei.

Der VerfGH musste sich in seinem Beschluss zwar nicht umfassend zu Inhalt und Reichweite des Rechts auf Bildung aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW äußern, erkennt aber ausdrücklich das „berechtigte Interesse der Beschwerdeführerin an einem störungsfreien, den staatlichen Bildungsauftrag konsequent und effizient erfüllenden Schulunterricht“ an und konstatiert, dass „durch die Untersagung des Präsenzunterrichts [dieser Bildungsauftrag] empfindlich beeinträchtigt wird.“²⁵ Ob das Gericht damit Grundschulkindern in Nordrhein-Westfalen einen Verschaffungsanspruch auf „Präsenzunterricht“ einräumt, bleibt vorerst offen. Allerdings erscheint es angesichts der bisherigen Erfahrungen als sehr fraglich, ob sich empirisch beweisen lassen wird, dass Distanzunterricht in Grundschulen den staatlichen Bildungsauftrag „konsequent und effizient“ zu erfüllen geeignet ist.

III. Eine Kehrtwende des Verfassungsgerichtshofs?

Entscheidungen wie die pauschale Untersagung von Präsenzunterricht oder auch von Individualsport machen die nunmehrige Mahnung des Verfassungsgerichts verständlich, dass „gerade auf unsicherer Tatsachengrundlage der Verordnungsgeber sich nicht stets für das vermeintlich wirksamste Mittel entscheiden [darf], sondern auch geringfügig weniger wirksame, aber erheblich schonendere Maßnahmen prüfen und erkennbar in seine Abwägung einbeziehen [muss].“²⁶

Vielmehr müssten „Abwägungsentscheidung des Verordnungsgebers insbesondere auch erkennbar und plausibel vom Prinzip der größtmöglichen Schonung der Grundrechte der von den Freiheits- und Teilhabeeinschränkungen Betroffenen geleitet sein.“²⁷

²² OVG NRW, Beschl. v. 22.01.2021 – 13 B 53/21. NE.

²³ BVerfG, Beschl. v. 03.02.2017, 1 BvR 2569/16, Rn. 40.

²⁴ Art. 8 Abs. 1 S. 2 LV NRW: „Die staatliche Gemeinschaft hat Sorge zu tragen, dass das Schulwesen den kulturellen und sozialen Bedürfnissen des Landes entspricht.“ Abs. 3 lautet: „Land und Gemeinden haben die Pflicht, Schulen zu errichten und zu fördern.“

²⁵ VerfGH, Beschl. v. 29. 01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1.

²⁶ VerfGH, Beschl. v. 29. 01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1.

²⁷ VerfGH, Beschl. v. 29. 01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1.

Verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten, die zu betonen der VerfGH im Corona-Winter 2020/21 allen Anlass hatte. Anknüpfungspunkt des Beschlusses vom 29. Januar 2021 ist dabei ersichtlich der vorösterliche Beschluss des BVerfG zum Recht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht sah vor den Osterfeiertagen 2020 den mit Gottesdienstverboten einhergehenden, überaus schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensfreiheit zum Schutz von Gesundheit und Leben aufgrund der Befristung auf die Dauer eines Monats als noch vertretbar an. Aus eben diesem Grund, der Eingrenzung nachteiliger Auswirkungen durch die „noch hinzunehmende Geltungsdauer des Verbots bis zum 14. Februar 2021“, muss nach Auffassung des VerfGH das Interesse an einer unverzüglichen Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts – derzeit noch – hinter dem Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Vollzug des „zumindest nicht offensichtlich fehlsamen Konzepts des Ordnungsgebers“ (sic!) zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit zurücktreten. Außerdem habe sich die Landesregierung in § 5 Abs. 3 CoronaBetrVO NRW verpflichtet, die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelungen fortlaufend zu überprüfen und sie insbesondere dem aktuellen Infektionsgeschehen und den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Verlauf der Covid-19-Pandemie anzupassen.

Es bleibt zu hoffen, dass diese Entscheidung sorgfältig gelesen wird. So wie das ursprünglich pauschale Verbot von Gottesdiensten vor jeder weiteren Fortschreibung streng auf die Verhältnismäßigkeit zu prüfen und unter – gegebenenfalls strengen – Auflagen möglicherweise auch regional begrenzt zu lockern war,²⁹ so wird auch ein landesweites Verbot des Präsenzunterrichts spätestens vor einer Verlängerung über den 14. Februar 2021 hinaus streng auf seine Verhältnismäßigkeit zu prüfen sein. Dies gilt insbesondere für den nicht unwahrscheinlichen Fall, dass demnächst weitere Kreise und kreisfreie Städte unter dem ostentativen Zielwert der gegenwärtigen Maßnahmen von 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen liegen. Zwar ließe die – fragwürdige - Regelung in § 28a Abs. 3 S. 11 IfSG selbst dann noch die Aufrechterhaltung von Schutzmaßnahmen zu; impliziert aber die Überschreitung definierter Schwellenwerte die Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen, so

²⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 10.04.2020, Az.1 BvQ 28/20 (juris), Rn. 1-16.

²⁹ BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 10.04.2020, Az. 1 BvQ 28/20 (juris), Rn. 14.

muss umgekehrt auch dem Unterschreiten des Schwellenwertes Indizwirkung zukommen (gegenüber der sogenannten Inzidenz ist die Auslastung der Intensivstationen bzw. die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems ein nachlaufender Indikator). Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer weiteren landesweiten Aussetzung des Präsenzunterrichts wird insbesondere zu beachten sein, dass die Gefahr von „Ausweichbewegungen“ im Schulbereich anders als im Freizeit-, Sport- und Vergnügungsbereich nicht besteht und daher der regional begrenzten Wiederaufnahme in den Kreisen und kreisfreien Städten, die bereits unter dem Schwellenwert liegen, auch nicht entgegensteht.

Wenn Unsicherheiten über die Ursachen der Ausbreitung des Coronavirus nach den Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes „nicht mehr ohne weiteres zu Lasten der Freiheits- und Teilhaberechte aufgelöst werden“ dürfen, so wird der Ordnungsgeber – wenn der Schulbetrieb kein Pandemietreiber ist³⁰ – sorgfältig prüfen müssen, ob das Maß der Belastung der Kinder und Jugendlichen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht, und ob nicht zumindest Wechselunterricht bei reduzierten Klassenstärken und unter Einhaltung der Mindestabstände nicht stets das mildere Mittel gegenüber einer landesweiten Aussetzung des Präsenzunterrichts ist. Die vorzunehmende Abwägungsentscheidung wird „erkennbar und plausibel vom Prinzip der größtmöglichen Schonung der Grundrechte der von den Freiheits- und Teilhabeeinschränkungen Betroffenen geleitet sein“³¹ müssen, wobei die Zumutung konkreter Einschränkungen umso mehr der grundrechtssensiblen Rechtfertigung bedürfen wird, „je unklarer der Beitrag der untersagten Tätigkeit zur Verbreitung des Coronavirus ist und je länger diese Einschränkung dauert“.³²

Im Ergebnis wird mit dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes den „Essentialia grundrechtlichen Denkens“ wie sie Oliver Lepsius in einem Verfassungsblog-Beitrag,³³ nannte, wieder Geltung verschafft und der

³⁰ So etwa die Deutsche Gesellschaft für Krankenhaushygiene und die Deutsche Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (<https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-kinder-in-der-covid-19-pandemie-2020-02-05/>) unter Verweis auf die Erklärungen der wichtigsten internationalen Institutionen wie WHO, ECDC und CDC.

³¹ VerfGH, Beschl. v. 29. 01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1.

³² VerfGH, Beschl. v. 29. 01.2021 – VerfGH 19/21.VB-1.

³³ Oliver Lepsius, „Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie“ in: Verfassungsblog v.

„Gleiche-Unfreiheit-für-alle-Strategie“³⁴ eine Absage erteilt.

Wenn die Ministerpräsidentinnen und -präsidenten der Länder am 10. Februar 2021 wieder einmal mit der Bundeskanzlerin über eine weitere Verlängerung der Maßnahmen beraten, hat der Vertreter Nordrhein-Westfalens von seinem Verfassungsgericht die Mahnung mit auf den

Weg bekommen, dass den dort gefassten Beschlüssen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt und „*beschlossene Maßnahmen stets den konkreten tatsächlichen Verhältnissen im Land Nordrhein-Westfalen hinreichend Rechnung tragen müssen*“. Eine landesweite Aussetzung des Präsenzunterrichts „auf Verdacht“ über den 15. Februar 2021 hinaus dürfte jedenfalls vor dem Verfassungsgericht kaum mehr Bestand haben können.

06.04.2020, (<https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>).

³⁴ So Franz Josef Lindner in seinem Gastbeitrag „Justiz auf Linie“ vom 28.01.2021 in der ZEIT.

Impressum

Herausgeber und Verantwortliche für die Ausgabe:

Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht GbR

**Postfach 80 07 06
99033 Erfurt**

Homepage: zlv.de

Email: redaktion@zlv.de

Verantwortliche Herausgeber: Hannes Berger, Lukas C. Gundling.

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

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

Spende je Einzelheft: 10,--€

Spende je Jahrgang: 38,50€

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

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

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