

ZLVR

5. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

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

Nr. 1 / 2020

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

Zum Öffentlichkeitsgrundsatz bei Sitzungen von Repräsentativorganen der Hochschulen <i>Bunse/Gundling</i>	<i>Seite 1</i>
Die Performativität des Rechts und die Thüringer Verfassung <i>Berger</i>	<i>Seite 17</i>
Redaktionsteil	<i>Seite 22</i>
Rechtsprechung	<i>Seite 24</i>

1/2020

Zum Öffentlichkeitsgrundsatz bei Sitzungen von Repräsentativorganen der Hochschulen Insbesondere mit Blick auf Wahlen von Berufungskommissionen in Fakultätsräten

von Sebastian R. Bunse und Lukas C. Gundling, Erfurt*

Anwendungsbeispiele aus der Praxis und damit verbundene Problemstellungen geben regelmäßig Hinweise für die zukünftige Rechtsetzung.¹ Dieser Beitrag entstand anlässlich der Klärung der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses der Fakultätsöffentlichkeit bei einer Sitzung eines Fakultätsrats an der Universität Erfurt im Januar 2020. Diese Ausführungen haben jedoch über Thüringen hinaus Relevanz. Einerseits illustriert dieser Fall am konkreten Beispiel die Herausforderung der Anwendung von Hochschulrecht im Einzelfall und gibt gleichzeitig Anhaltspunkte für ähnlich gelagerte Sachverhalte. Er verdeutlicht, wie neben der Konkretisierung von Landeshochschulrecht durch Hochschulgesetzrecht auch die Praxis der Hochschulselbstverwaltung im Blick behalten werden muss.

I. Einleitung**

Der Öffentlichkeitsstatus von Gremien der Selbstverwaltung von Hochschulen ist in den 16 Landeshochschulgesetzen sehr unterschiedlich geregelt. Bis zur Föderalismusreform I (2006) wurde in § 40 Abs. 1 HRG a.F. bundeseinheitlich normiert, dass zumindest das Organ, das die Grundordnung erlässt, öffentlich zu tagen hat.² Für die übrigen Organe oblag die Regelung dem Landesgesetzgeber. Heute ist das Bild diverser: Überwiegend sehen die Landeshochschulgesetze zumindest für den Senat und die Fakultäts- respektive Fachbereichsräte eine Hochschulbeziehungsweise Bereichsöffentlichkeit vor.³ Manche

Länder ermöglichen weitgreifender sogar eine über die Hochschulöffentlichkeit hinausgehende allgemeine Öffentlichkeit für die Sitzungen der Selbstverwaltungsgremien.⁴ Tagen die Gremien nicht nur hochschul- oder bereichsöffentlich, ist es mitunter auch Presseberichterstat-ter_innen oder anderen Gästen möglich, den Sitzungen beizuwohnen. Mithin kann als Regelfall für die oberen Selbstverwaltungsgremien im Hochschulrecht der deutschen Ländern der Grundsatz der Öffentlichkeit attestiert werden, wenngleich einige Länder die Möglichkeit vorsehen, die Öffentlichkeit mit Beschluss des Selbstverwaltungsgremiums für einzelne Beratungsgegenstände auszuschließen.⁵ Äußere Faktoren, wie beispielsweise die Raumgröße, bilden dabei per se noch keine Ausschlussgründe.⁶

Während nur wenige Länder auf eine hochschulgesetzliche Regelung verzichten und damit die konkrete Ausgestaltung der Öffentlichkeitsfrage den Hochschulen selbst überlassen,⁷ stellt Baden-Württemberg eine Ausnahme

per Beschluss hergestellt werden); § 54 Abs. 1 LHG M-V; § 12 Abs. 2 HG NW (jedoch übrige Gremien bis auf die Hochschulwahlversammlung nichtöffentlich) § 41 Abs. 1 u. 2 HochschulG RP (für Senat, Fachbereichs- und Hochschulrat, übrige Gremien grundsätzlich nichtöffentlich); § 56 Abs. 1 SächsHSFG (Senat und Fakultätsrat, die übrigen Gremien tagen nichtöffentlich).

⁴ § 50 Abs. 1 BerlHG; § 100 Abs. 1 BremHG (Beschlüsse und Tagesordnungen jedoch nur hochschulöffentlich bereitgestellt) sowie § 16 Abs. 1 HSG SH (Sitzungen des Erweiterten Senats, des Senats und der Fachbereichskonvente; allerdings können nach Beschluss Tagesordnungspunkte hochschulöffentlich oder nichtöffentlich verhandelt werden, dann muss die Hochschulöffentlichkeit geeignet über die Beschlüsse informiert werden. Die übrigen Gremien tagen nichtöffentlich).

⁵ Bspw. § 41 Abs. 1 HochschulG RP; § 56 Abs. 1 SächsHSFG; § 54 LHG M-V, teilweise ist dieser auf den Fall von Störungen begrenzt, so in § 10 Abs. 4 LHG BW oder § 63 Abs. 1 BbgHG. § 40 Abs. 2 HRG überließ diesen Regelungsbereich ebenfalls den Ländern.

⁶ Nagel, in: Denniger, HRG, 1984, § 40, Rn. 2; der Aufwand für die Beschaffung eines größeren Raumes muss verhältnismäßig sein Hans-Joachim Schütz, in: ders./Classen (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern - Studienbuch, Baden-Baden, 3. Aufl. 2014, § 5, Rn. 170.

⁷ In Bayern ist nur in Art. 41 Abs. 1 BayHSchG eine geheime Abstimmung bei Personalangelegenheiten vorgesehen. Auch das Saarland verzichtet weitgehend auf eine Regulierung, ebenso wie Niedersachsen, das nur in § 20a S. 4 NHG die Hochschulöffentlichkeit bei Studierendeninitiativen vorsieht. Thüringen überlässt die Frage der Öffentlichkeit durch § 27 Abs. 1 ThürHG explizit den Hochschulen als Satzungsgeber. Gem. § 64 Abs. 1 HSG LSA entscheiden in Sachsen-Anhalt die Gremien selbst, ob sie generell oder im Einzelfall hochschul- oder fachbereichsöffentlich tagen, allerdings besteht gem. § 64 Abs. 4 HSG LSA eine hochschulöffentliche Informationspflicht über die

* Sebastian R. Bunse und Lukas C. Gundling sind beide wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte an der Universität Erfurt.

** Der Beitrag basiert in Teilen auf einer gutachterlichen Stellungnahme zu diesem Sachverhalt aus dem Februar 2020. Der Sachverhalt ist entsprechend für die hier zu leistende Darstellung gekürzt.

¹ Dazu bereits ein erstes Beispiel aus dem Bereich des Hochschulwahlrechts bei Lukas C. Gundling, ZLVR 2019, 58 ff.

² Öffentlichkeit meint hier im HRG die allgemeine Öffentlichkeit und nicht nur die Hochschulöffentlichkeit (Bernhard Nagel, in: Denniger (Hrsg.), HRG-Kommentar, München 1984, § 40, Rn. 2).

³ § 63 Abs. 1 BbgHG; § 98 Abs. 1 HmbHG; § 34 Abs. 1 HHG (Hessen; die darüber hinausgehende Öffentlichkeit kann jedoch

dar, indem es den Grundsatz der Nichtöffentlichkeit gesetzlich vorsieht und nur in wenigen Fällen eine Hochschulöffentlichkeit vorschreibt.⁸ Insbesondere Personal- und Prüfungsangelegenheiten sind jedoch fast in allen Ländern von der Öffentlichkeit ausgenommen.⁹

Die Ausführungen dieses Beitrags sind zwar hauptsächlich auf die Erfurter Rechtslage unter dem Thüringer Hochschulgesetz 2018¹⁰ und damit exemplarisch auf einen satzungsrechtlich statuierten Öffentlichkeitsgrundsatz bezogen,¹¹ trotzdem können sie auch auf die hochschulrechtliche Ausgestaltung in diversen anderen deutschen Ländern übertragen werden, welche die Hochschul-, Bereichs- oder umfangreiche Öffentlichkeit als den Regelfall vorsehen. Denn obwohl der Thüringer Gesetzgeber die Regelung der Öffentlichkeitsfrage den Hochschulen als Satzungsgeber überlässt, zeigt auch die Thüringer Rechtsordnung in ihrer Ausgestaltung durch die Satzungsgeber einen Grundsatz der Öffentlichkeit.¹²

Gegenstände der Sitzungen (gem. *Nagel*, in: Denniger, HRG, 1984, § 40, Rn. 4 kann diese jedoch auch ohne Regelung angenommen werden).

⁸ § 10 Abs. 4 LHG BW sieht die Hochschulöffentlichkeit nur in bestimmten Fällen oder aufgrund eines expliziten Beschlusses des Gremiums vor.

⁹ § 50 Abs. 3 BerlHG (Personalangelegenheiten, einschließlich der Berufungsangelegenheiten und der Erteilung von Lehraufträgen, sowie Entscheidungen in Prüfungssachen), § 63 Abs. 2 BbgHG, § 100 Abs. 1 Satz 1 BremHG (jedoch sind Berufungsangelegenheiten, die Erörterung der wissenschaftlichen Qualifikation eines Bewerbers oder einer Bewerberin, im Übrigen die Anhörung von Stellenbewerbern oder Stellenbewerberinnen gem. Satz 2 keine Personalangelegenheit) und ähnlich § 34 Abs. 2 HHG (Hessen) sowie § 16 Abs. 2 HSG SH; § 98 Abs. 2 HmbHG (Personalangelegenheiten, Prüfungsangelegenheiten und personenbezogene Bewertungen von Lehrveranstaltungen), § 54 Abs. 2 LHG M-V (hier nur Personalangelegenheiten); § 12 Abs. 2 HG NW (explizit inklusive Habilitationsleistungen); § 41 Abs. 3 HochschulG RP; § 56 Abs. 2 SächsHSFG; § 64 Abs. 2 HSG LSA. Bis zur Föderalismusreform I (2006) normierte dies auch § 40 Abs. 2 HRG.

¹⁰ Thüringer Hochschulgesetz vom 10.05.2018 (GVBl 2018, 149 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.12.2018 (GVBl. S. 731, 794); zum novellierten Hochschulrecht in Thüringen sh. etwa *Hermann-Josef Blanke / Sebastian Raphael Bunse*, in: Baldus/Knauff (Hrsg.), Landesrecht Thüringen – Studienbuch, Baden-Baden, 1. Aufl. 2019, § 8, Rn. 66 ff.; *Margarete Mühl-Jäckel*, ThürVBl. 2018, 73 ff.; *Lukas C. Gundling / Hannes Berger*, ThürVBl. 2017, 257 ff. und *Hendrik Jacobs*, LKV 2018, 299 ff.

¹¹ Diesen gab es auch schon vor der Reform von 2018; § 20 Abs. 6 GO UE 2019 ist gleichlautend mit § 28 Abs. 1 GO UE 2013.

¹² So tagen Senat und Fakultätsrat zumindest hochschulöffentlich nach § 5 Abs. 3 GO an der Hochschule Nordhausen (Beschl. v. 12.06.2019 und genehmigt per Erlass v. 25.06.2019), §§ 12

Da Verfahrensfragen bei Gremien, deren Entscheidungen hauptsächlich das Binnenverhältnis von Hochschulen betreffen und die für ihre routinisierten Mammutsitzungen¹³ bekannt sind, häufig eine nachgeordnete Rolle spielen, rücken gerade die Anforderungen bei Entscheidungen im Kontext von Berufungsverfahren in den Vordergrund. Denn speziell die Rechtmäßigkeit des Verfahrens stellt hier regelmäßig den Ausgangspunkt von Konkurrentenklagen im Nachgang zu Berufungsentscheidungen dar.¹⁴ Hierbei kann die Frage der Öffentlichkeit von Sitzungen zum Thema werden, herrscht gerade über die Frage der Sitzungsöffentlichkeit nicht selten Uneinigkeit. Verschärft wird die Problematik durch eine verbreitete Unkenntnis einschlägiger hochschulrechtlicher Regelungen.

Der Beitrag wird zunächst allgemeine Erwägungen zu einem verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz und seinen Konkretisierungen im Kommunalrecht als Referenzgebiet anstellen (II.), bevor der in Rede stehende Sachverhalt vorgestellt (III.) und dieser sodann rechtlich eingeordnet wird (IV.). Ferner werden knapp die Rechtsfolgen eines Öffentlichkeitsverstößes anhand des beispielhaften Sachverhaltes in den Blick genommen (V.), bevor der Beitrag mit wenigen resümierenden Bemerkungen abschließt (VI.).

II. Verfassungsrechtlicher Öffentlichkeitsgrundsatz und seine Ausprägungen

Dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) ist der allgemeine Grundsatz demokratischer Öffentlichkeit inhärent, da ein demokratisches Regierungssystem eine freie, offene Willensbildung der Bürger voraussetzt. Eine offene und freie Willensbildung bedarf freilich grundsätzlich der Öff-

Abs. 5, 20 Abs. 5 GO an der TU Ilmenau (vgl. Thüringer Staatsanzeiger, Nr. 13/2019, S. 91 ff.), §§ 16 Abs. 5, 25 Abs. 5 GO an der FSU Jena (vgl. ThStAnz, 11/2019, S. 560 ff.); §§ 14 Abs. 6, 19 Abs. 6 GO der Hochschule für Musik Franz Liszt Weimar (Beschl. v. 10.05.2019, genehmigt per Erlass v. 13.05.2019), oder der Senat tagt hochschul-, der Fakultätsrat fakultätsöffentlich nach § 46 Abs. 1 GO an der FH Erfurt (Beschl. v. 01.03.2019, genehmigt per Erlass v. 11.03.2019), § 6 Abs. 6 GO an der HS Schmalkalden (vgl. ThStAnz, Nr. 18/2019, S. 807 ff.). An der DH Gera-Eisenach gibt es als äquivalentes Gremium nur den Senat (dazu *Hannes Berger / Lukas C. Gundling*, ThürVBl 2016, 293 ff.). Dieser tagt gem. § 5 Abs. 5 GO DHGE hochschulöffentlich (Beschluss v. 27.02.2019, genehmigt per Erlass v. 19.03.2019

¹³ *Max-Emanuel Geis*, WissR 37 (2004), 2 (10).

¹⁴ Dazu *Max-Emanuel Geis*, OdW 2020, S. 23 ff.; zu Konkurrentenklagen im Hochschulbereich siehe *Hubert Detmer*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hdb. Hochschulrecht, Heidelberg, 3. Aufl. 2017, Kap. IV, Rn. 103.

fentlichkeit und Transparenz staatlichen Handelns.¹⁵ Obgleich das Bundesverfassungsgericht einen „gewaltenübergreifenden“ verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz anerkannt hat,¹⁶ finden sich positiv-rechtliche Verankerungen lediglich in den Bestimmungen zur Öffentlichkeit der Verhandlungen gewählter Repräsentativorgane,¹⁷ so dass dem allgemeinen Verfassungsprinzip konkrete und rechtlich verbindliche Maßstäbe nur in höchst unterschiedlichem Ausmaß entnommen werden können.¹⁸ Gleichwohl ist für einen effektiven Rechtsschutz die Öffentlichkeit staatlichen Handelns konstitutiv.¹⁹ Es gilt: „Öffentlichkeit ist prozeduralisierte Volkssouveränität.“²⁰

1. Öffentlichkeit von Repräsentativorganen

Das Öffentlichkeitsprinzip als Ausprägung des *allgemeinen* Verfassungsprinzips demokratischer Öffentlichkeit²¹ kann als tragender Grundsatz der Arbeit demokratisch verfasseter Repräsentativkörperschaften bezeichnet werden.²² So verhandelt etwa der Bundestag grundsätzlich öffentlich (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG).²³ Ähnliche Vorschriften finden sich in sämtlichen Landesverfassungen hinsichtlich der Landesparlamente²⁴ und in kommunalrechtlichen Geset-

zesnormen für die kommunalen Vertretungsorgane.²⁵ So bildet die öffentliche „Verhandlung“ etwa des Bundestages die für den Parlamentarismus schlechthin konstitutiven Prinzipien der Öffentlichkeit und Debatte ab²⁶ und vermittelt den Bürger_innen zugleich Verständnis für die Abläufe parlamentarischer Arbeit.²⁷ Gleichsam ermöglicht die Sitzungsöffentlichkeit demokratischer Repräsentativkörperschaften den wahlberechtigten Bürger_innen die Kontrolle ihrer Mandatsträger_innen sowie (bei Parlamenten) mittelbar der parlamentarisch gestützten und verantwortlichen Regierung.²⁸

Demokratische Öffentlichkeit weist auch insoweit gewisse Bezüge zum Rechtsstaatsprinzip auf, als sie die Kontrolle darüber ermöglicht, ob die gewählten Mandatsträger_innen ihren Auftrag innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung wahrnehmen (Art. 20 Abs. 3 GG).²⁹ Relevanz gewinnt der Bezug zum Rechtsstaatsprinzip im Hinblick auf die einfachgesetzlich angeordnete³⁰ Gerichtsöffentlichkeit,³¹ der teilweise jedoch auch eine Schutzfunktion mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) zugeschrieben wird,³² soweit eine staatliche Ein-

¹⁵ Michael Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Hdb. d. Staatsrechts, Bd. III, Heidelberg, 3. Aufl. 2005, § 42, Rn. 53; Hannes Berger, Öffentliche Archive und staatliches Wissen, Baden-Baden 2019, S. 45 ff.; zur „Öffentlichkeit der Verwaltung“ Arno Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, Baden-Baden 2000, passim.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 14.01.1986, 2 BvE 14/83 u.a., Rn. 135 (juris) hinsichtlich der Legislative; BVerfG, Urt. v. 24.01.2004, 1 BvR 2623/95 u.a., Rn. 66 f. (juris) hinsichtlich der Judikative.

¹⁷ Jürgen Kühling, DVBl. 2008, 1098 (1099).

¹⁸ Bernd Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 88. EL 2019, Art. 20, Rn. 21.

¹⁹ Berger, Öffentliche Archive, 2019, S. 44. Transparenz als moderne Forderung des Rechtsstaatsprinzips: Marion Albers, in: Sokol (Hrsg.), Informationsfreiheit, Düsseldorf 2004, S. 45 f.

²⁰ Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 294.

²¹ BVerfG, Urt. v. 14.01.1986, 2 BvE 14/83 u.a., Rn. 135 (juris). Zum Verfassungstheoretischen Matthias Jestaedt, in: Depenheuer (Hrsg.), Öffentlichkeit und Vertraulichkeit, Wiesbaden 2001, S. 67 ff.

²² BVerfG, Urt. v. 05.11.1975, 2 BvR 193/74, Rn. 61 (juris).

²³ Die historischen Vorläufer der Norm finden sich in §§ 98, 111 PKV 1849, Art. 22 Satz 1 RV 1871 und Art. 29 WRV; zur historischen Entwicklung s. etwa Thomas Krebs, Der kommunalrechtliche Öffentlichkeitsgrundsatz, Stuttgart 2016, S. 55 ff.; der Bundesrat verhandelt gem. Art. 52 Abs. 3 Satz 3 GG ebenfalls grundsätzlich (vgl. Satz 4) öffentlich.

²⁴ Vgl. Art. 33 VerfBW; Art. 22, 23 BayVerf; Art. 42 Abs. 3, 4; 43; 44 Abs. 1; 52 BlnVerf; Art. 64 Abs. 2, 3; 65 BbgVerf; Art. 90, 91, 93 BremVerf; Art. 16, 19, 21 HbgVerf; Art. 88, 89, 90 HessVerf.; Art. 31, 32, 33 Abs. 3 MVVerf.; Art. 21 Abs. 4, 22 NdsVerf.; Art. 42, 43, 44 NRWVerf; Art. 86, 87, 88 RHPfVerf; Art. 72, 73, 74

SaarVerf; Art. 48, 52 Abs. 2 SächsVerf; Art. 50, 51 LSAVerf.; Art. 15, 16, 17 Abs. 3 SHVerf; Art. 60, 61 Abs. 2, 62 Abs. 2 ThürVerf.

²⁵ Dazu s.u. II.2.

²⁶ Zu diesem Idealbild Carl Schmitt, Verfassungslehre, 11. Aufl. Berlin 2017 [1928], S. 316 f.

²⁷ Stefan Schnöckel, DÖV 2007, 676 (677 m.w.N.).

²⁸ Leo Kissler, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 2011 [1989], § 36 Rn. 19; Berger, Öffentliche Archive, 2019, S. 45 f.

²⁹ Krebs, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 39 m.w.N.; Nachw. für die ablehnende Haltung finden sich bei Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 20, Rn. 34; die Kontrollfunktion ist aufgrund der im Verhältnis zur Exekutive weniger ausgeprägten demokratischen Verantwortlichkeit und Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt gleichwohl nicht ohne Bedeutung, Christoph Degenhart, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 3. Aufl. 2005, § 115, Rn. 41.

³⁰ Vgl. §§ 169 ff. GVG, die jedoch weitreichende Einschränkungen etwa in Bezug auf Bild- und Tonaufnahmen aufstellen. Die Gerichtsöffentlichkeit der mündlichen Verhandlung wurde vom schon früh BGH als „grundlegende Einrichtung des Rechtsstaats“ anerkannt, vgl. BGH, Urt. v. 23.05.1956, 6 StR 14/56 u.a., NJW 1956, 1646 ff.; auch das BVerfG anerkennt einen Verfassungsgrundsatz der Öffentlichkeit im gerichtlichen Kontext, vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.2004, 1 BvR 2623/95 u.a., Rn. 66 f. (juris), das gleichwohl Grenzen in den Persönlichkeitsrechten des bzw. der Angeklagten findet, BVerfG, Beschl. v. 10.06.2009, 1 BvR 1107/09 (juris).

³¹ Hierzu Degenhart, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2005, § 115, Rn. 41 ff.

³² Vgl. VG Freiburg, 11.10.1973, VS III 88/72, NJW 1974, 762 (763); Wolfgang Martens, Öffentlichkeit als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. 1969, S. 74 f.

flussnahme droht.³³ Die Gerichtsöffentlichkeit kann die Richtigkeit beziehungsweise Rechtmäßigkeit des judikativen Handelns indes kaum bewirken, sondern auf Dauer über die politischen Mechanismen der *Akzeptanz-* und *Integrations*(be)wirkung die Voraussetzungen funktionierender Rechtspflege sicherstellen.³⁴

Die Sitzungsöffentlichkeit des deutschen Bundestages gewährleistet im Einzelnen die freie Zugänglichkeit für einen unbestimmten Personenkreis³⁵ und umfasst die gesamte Tätigkeit des Plenums von der Beratung bis zur Beschlussfassung,³⁶ wobei eine Abstimmung und Wahlen mit verdeckten Stimmzetteln hiervon nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden.³⁷ Öffentlichkeit für Ausschüsse wird ausdrücklich nur für die Beweisaufnahme von Untersuchungsausschüssen angeordnet,³⁸ wobei eine Ausweitung auf die Tätigkeit sonstiger Ausschüsse der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages unterfällt.³⁹ Als Ausdruck zentraler Prinzipien des Parlamentarismus und aufgrund seines Charakters als Konkretisierung des Demokratieprinzips hat der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit des Bundestages über jenes Anteil an den verfassungsänderungsfesten Kerngehalten nach Art. 79 Abs. 3 GG.⁴⁰

Der Ausschluss der Öffentlichkeit auf Antrag eines Zehntels seiner Mitglieder⁴¹ oder der Bundesregierung erfordert die hohe Hürde von zwei Drittel der Stimmen der

abstimmenden Mitglieder⁴² des Bundestages (Art. 42 Abs. 1 Satz 2 GG) und ist in der Staatspraxis bisher noch nicht erfolgt.⁴³

Die deswegen bisher auf Bundesebene nicht praktisch relevant gewordene Frage der Fehlerfolgen bei Verstößen gegen das parlamentarische Öffentlichkeitsprinzip wird z.T. unterschiedlich beantwortet: Zum einen sollen dieselben Maßstäbe wie für sonstige Verstöße gegen Verfahrensvorschriften gelten, die sich i.d.R. nicht auf die Wirksamkeit des Beschlusses auswirken sollen;⁴⁴ andererseits soll die sich unmittelbar aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Folge die Nichtigkeit gefasster Beschlüsse sein.⁴⁵ Für letztgenannte Ansicht spricht der untrennbare funktionale Zusammenhang des parlamentarischen Öffentlichkeitsgrundsatzes zum Demokratieprinzip.⁴⁶ Das Vorhandensein der Ausnahmvorschrift ändert dem Bundesverfassungsgericht zufolge indes nichts an der grundsätzlichen Unverzichtbarkeit öffentlicher Beratung und Entscheidungsfindung im Parlament.⁴⁷

2. Insbesondere: Kommunalrechtlicher Öffentlichkeitsgrundsatz als Referenzpunkt

Sämtliche deutsche Kommunalverfassungen verbürgen den Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit dem Grunde nach auch für die kommunale Ebene.⁴⁸ Allgemein verhand-

³³ Krebs, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 41.

³⁴ Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 60.

³⁵ Dies schließt auch die Medienöffentlichkeit ein, wobei die Zulassung von Medienvertretern nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Zugänglichkeit für die allgemeine Öffentlichkeit führen darf, Lars Brocker, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, 42. Ed. 2019, Art. 42 Rn. 4; Martin Morlok, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, Tübingen, 3. Aufl. 2015, Art. 42, Rn. 27.

³⁶ Brocker, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Ed. 2019, Art. 42, Rn. 3 f.

³⁷ Brocker, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Ed. 2019, Art. 42, Rn. 6, 8.

³⁸ Vgl. Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG; für die Landtage sh. exemplarisch etwa Art. 64 Abs. 3 ThürVerf.

³⁹ Ralf Müller-Terpitz, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner-Kommentar zum GG, 198. EL 2019, Art. 42, Rn. 57.

⁴⁰ Morlok, in: Dreier, GG II, 2015, Art. 42, Rn. 20; Hans H. Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 88. EL 2019, Art. 42, Rn. 20; für die ThürVerf sh. Joachim Linck, in: Baldus/ders. et al. (Hrsg.), ThürVerf-Handkommentar, Baden-Baden 2013, Art. 60 Rn. 2.

⁴¹ Die Antragsbefugnis unterscheidet sich in den LVerf, teilweise sind etwa Fraktionen befugt (vgl. Art. 86 Satz 2 RhpVerf; Art. 60 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf).

⁴² Nicht der anwesenden Abgeordneten i.S.v. Art. 121 GG oder der gesetzlichen Mitgliederzahl (etwa nach Art. 79 Abs. 2 GG erforderlich), Schliesky, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, München, 7. Aufl. 2018, Art. 42, Rn. 42 m.w.N.

⁴³ Schliesky, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 2018, Art. 42, Rn. 37.

⁴⁴ So Brocker, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Ed. 2019, Art. 42 Rn. 9; Claudia Cornmeier, DÖV 2010, 676 (680).

⁴⁵ Brocker, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Ed. 2019, Art. 42, Rn. 9 m.w.N.; Wirksamkeitsvoraussetzung: Müller-Terpitz, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, 198. EL 2019, Art. 42, Rn. 85.

⁴⁶ Brocker, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Ed. 2019, Art. 42, Rn. 9.; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 42, Rn. 55 unter Verweis auf die Rspr. des BVerfG, die die Nichtigkeit von Normen wegen Verfahrensfehlern im Gesetzgebungsverfahren unter den Vorbehalt ihrer Evidenz stellt, vgl. BVerfG, Ur. v. 26.07.1972, 2 BvF 1/71, Rn. 58 (juris); kritisch Michael Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, München, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 95 m.w.N.

⁴⁷ BVerfG, Ur. v. 07.11.2017, 2 BvE 2/11, Rn. 208 (juris).

⁴⁸ Robert Horn, ZJS 2012, 340 (342); Übersicht auch bei Max-Emanuel Geis, Kommunalrecht, München, 4. Aufl. 2016, § 11, Rn. 125 ff. Dazu auch Alexander Suslin, NVwZ 2020, 200.

delt bspw. der Gemeinderat⁴⁹ in öffentlicher Sitzung,⁵⁰ wobei eine „Sitzung“ im Sinne der einschlägigen Vorschriften erst vorliegt, sofern der Rat⁵¹ nach ordnungsgemäßer Einberufung durch den/die Bürgermeister_in zusammengekommen ist und letztere_r seine bzw. ihre Leitungsbefugnis ausübt.⁵² Der kommunalrechtliche Öffentlichkeitsgrundsatz⁵³ gebietet die ortsübliche Bekanntmachung der Sitzung,⁵⁴ die allgemeine Zugänglichkeit des Sitzungssaals⁵⁵ sowie die Öffentlichkeit der Sitzung selbst, wobei hier in der Regel die Saalöffentlichkeit erfasst wird. Der Saalöffentlichkeit ist entsprochen, wenn nach dem Prioritätsprinzip jedermann grundsätzlich Zugang zur Sitzung hat.⁵⁶ Die Regelungen zur rechtzeitigen⁵⁷

⁴⁹ Der Einfachheit halber beschränken sich die Ausführungen auf das Hauptorgan der Gemeinde, das gemeinhin in den einschlägigen Regelungen der kommunalrechtlichen Landesgesetze als Gemeinderat bezeichnet wird; die Regelungen zu übergeordneten kommunalen Körperschaften sind weitgehend kongruent (vgl. *Martin Burgi*, Kommunalrecht, München, 6. Aufl 2019, § 20, Rn. 8).

⁵⁰ Vgl. etwa § 35 BW GemO; Art. 52 BayGO; § 48 Abs. 2 NW GO; § 37 SächsGO; § 40 Abs. 1 ThürKO. So auch *Burgi*, KommunalR, 2019, § 12, Rn. 28.

⁵¹ Die Sitzungen beratender Ausschüsse sind überwiegend nicht-öffentlich, vgl. etwa § 41 Abs. 3 i.V.m. § 39 Abs. 5 Satz 2 BW GemO; § 43 Abs. 1 Satz 2 ThürKO; *Krebs*, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 220 ff.

⁵² Ein Umlaufverfahren bzw. schriftliches Beschlussverfahren scheidet damit aus, *Anna Leisner-Egensperger*, in: Baldus/Knauff, LandesR Thüringen, 2019, § 5 Rn. 284 unter Verweis auf die Praxis nach der Geschäftsordnung der Bundesregierung (§ 20 Abs. 2 GOBReg).

⁵³ Hierzu *Krebs*, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, passim.

⁵⁴ Vgl. etwa § 34 Abs. 1 BW GemO; Art. 52 Abs. 1 BayGO; § 48 Abs. 1 NW GO; § 36 Abs. 4 SächsGO; dies schließt auch die Tagesordnung für den öffentlichen Teil ein; z.T. wird die Pflicht zur Bekanntmachung der Tagesordnung auch auf den nicht-öffentlichen Teil erstreckt, sofern dadurch der Zweck der Nicht-Öffentlichkeit nicht unterlaufen wird, vgl. § 29 Abs. 6 Satz 2 KV MV; § 35 Abs. 6 Satz 2 ThürKO.

⁵⁵ Vgl. Art. 52 Abs. 4 BayGO; es genügt jedoch, wenn die Gemeinde so viele Plätze zur Verfügung stellt, wie es dem typischen Interesse an einer Ratssitzung entspricht, *Geis*, KommunalR, 2016, § 11, Rn. 127.

⁵⁶ *Horn*, ZJS 2012, 340 (342); weitere Nachweise zu Fragen der Medienöffentlichkeit, etwa via Live-Übertragung im Internet bei *Leisner-Egensperger*, in: Baldus/Knauff, LandesR Thüringen, 2019, § 5, Rn. 287; *Geis*, KommunalR, 2016, Rn. 129; die grundsätzliche Beschränkung auf die Saalöffentlichkeit soll auch die Funktionsfähigkeit des Gremiums schützen, etwa in der Form, dass seine Mitglieder unbefangen von ihrem Rederecht Gebrauch machen können, hierzu *Horn*, ZJS 2012, 340 ff.

⁵⁷ Rechtzeitig erfolgt dies dann, wenn es den Mitgliedern der Körperschaft unter normalen Umständen möglich ist, daran teilzunehmen (sh. *Schütz*, in: ders./Classen, LandesR Mecklenburg-Vorpommern, 2014, § 5, Rn. 173). Hier ist etwa die Frist einer Woche anzunehmen, indes scheinen auch vier Kalendertage ausreichend (§ 35 Abs. 2 ThürKO).

Bekanntmachung der Tagesordnung im Vorfeld der Sitzung stellen essentielle Voraussetzungen der Wahrung der Sitzungsöffentlichkeit dar, so dass Verstöße gegen sie zugleich das Öffentlichkeitsprinzip verletzen.⁵⁸ Auch erfasst wird die Einsichtnahmemöglichkeit interessierter Gemeindebürger_innen in die Niederschriften aus öffentlichen Sitzungen.⁵⁹ Die Sitzungsöffentlichkeit vermittelt jedoch nicht das Rederecht der anwesenden Gemeindebürger_innen.⁶⁰

Die verfassungsrechtliche Grundlage des kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatzes ist ebenfalls im Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG aufzufinden, welches aus dem grundgesetzlichen Homogenitätsprinzip auch für die Gemeinden und Gemeindeverbände verbindlich wird (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG).⁶¹ Als tragender Grundsatz des gemeindeutschen Kommunalverfassungsrechts⁶² verfolgt er die Förderung des Partizipationsinteresses der Gemeindebürger_innen hinsichtlich der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG). Der Öffentlichkeitsgrundsatz ermöglicht ihnen die Kontrolle der Gemeindeverwaltung und gewährt ihnen Einblick in die Sacharbeit des Rates, welche dem Entstehen von Fehldeutungen einzelner Entscheidungen vorbeugen kann.⁶³ Somit werden für die Ausübung des Kommunalwahlrechts relevante Informationen generiert,⁶⁴ was zudem bestehende Informationsasymmetrien zwischen Gemeindebürger_innen und ihren Vertreter_innen reduziert.⁶⁵

Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist nach den einschlägigen Normen, welche durch die Geschäftsordnungen der Gemeinderäte konkretisierbar sind,⁶⁶ meist zum Schutz

⁵⁸ Zu § 35 Abs. 6 ThürKO: *Gerhard Oehler/ Michael Pahlke*, in: Wachsmuth/Oehler (Hrsg.), ThürKO-Kommentar, 32. EL 2019, § 35, Erl. 4.2; allgemein *Geis*, KommunalR, 2016, Rn. 158; vgl. auch OVG Schleswig, Beschl. v. 23.05.2003, 1 MR 10/03, 2. und 3. OS (juris).

⁵⁹ Zur Einsichtnahme in die Niederschriften nicht-öffentlicher Sitzungen auf Grundlage baden-württembergischen Kommunal- und Informationsfreiheitsrechts sh. jüngst *Felix Hornfischer / Andreas Schubert*, VBIBW. 2020, 51 ff.

⁶⁰ *Alfred Scheidler / Constanze Schmucker*, VR 2017, 52 (ebd.).

⁶¹ *Krebs*, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 45.

⁶² Vgl. NW VerfGH, Beschl. v. 09.04.1976, VerfGH 58/75, NJW 1976, 1931.

⁶³ OVG Münster, Urt. v. 21.07.1989, NVwZ 1990, 186 (186 f.); *Krebs*, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 44 m.w.N.

⁶⁴ *Erwin Ruff*, KommJur 2009, 201 (202).

⁶⁵ *Krebs*, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 44.

⁶⁶ Siehe etwa §§ 1 Abs. 6 Satz 2, 3 der Geschäftsordnung für den Stadtrat der Landeshauptstadt Erfurt und seiner Ausschüsse v.

von Gemeinwohlinteressen und „berechtigten Interessen Dritter“⁶⁷ möglich.⁶⁸ Dazu wird eine Abwägung im Einzelfall⁶⁹ erforderlich, bei der das Informationsinteresse der Gemeindeöffentlichkeit gegen die in Rede stehenden Geheimhaltungsinteressen sorgfältig, d.h. nicht nur formelhaft, abzuwägen ist.⁷⁰ Solche Belange liegen etwa in kommunalen Grundstücksangelegenheiten vor, wenn Spekulationen vermieden werden sollen,⁷¹ die Öffentlichkeit die kommunale Verhandlungsposition schwächen würde oder im Verlauf der Sitzung persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse Einzelner zur Sprache kommen könnten, an deren Kenntnisnahme kein berechtigtes Interesse der Allgemeinheit besteht und deren Bekanntgabe für ihn bzw. sie nachteilig sein kann.⁷² Gegebenenfalls sind Tagesordnungspunkte in Beratung und Beschlussfassung mit unterschiedlichem Öffentlichkeitsstatus aufzuspalten, wobei angesichts der prinzipiellen Unvorhersehbarkeit einzelner Wortbeiträge keine „atomisierende“, sondern eine ganzheitlich themenbezogene Betrachtung genügt.⁷³

Gegen Störer_innen hat sich dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zufolge vor Ausschluss der Öffentlichkeit ein individueller, auf das Hausrecht des bzw. der Vorsitzenden gestützter Ausschluss zu richten;⁷⁴ geht die Störung des Sitzungsverlaufs von Ratsmitgliedern aus, hat der bzw. die Vorsitzende die Maßnahme auf seine bzw. ihre Ordnungs-

gewalt zu stützen.⁷⁵ Dabei ist – wie o.g. – zu berücksichtigen, dass dem kommunalen Öffentlichkeitsprinzip in der Kommunalverfassung eine herausgehobene Stellung zukommt,⁷⁶ da es sich als Ausdruck des Demokratieprinzips darstellt.⁷⁷

Verstöße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz führen grundsätzlich zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse, da es sich bei den Öffentlichkeitsvorschriften nicht um bloße Ordnungsvorschriften handelt.⁷⁸ Dies gilt auch für die rechtzeitige und ortsübliche Bekanntmachung der Tagesordnung als für die Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips elementare Verfahrensanforderung.⁷⁹ Die Nichtigkeit kann auch eine aus dem Beschluss hervorgehende Satzung erfassen.⁸⁰

3. Übertragbarkeit der Grundsätze aus dem Kommunalrecht auf das Hochschulrecht?

Die verfassungsrechtliche Verbürgung der Hochschulselbstverwaltung ist im Grundgesetz nicht wörtlich zu finden, wird jedoch überwiegend aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG abgeleitet.⁸¹ Indes haben elf von sechzehn Länder – wie Thüringen in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 ThürVerf – das

2.10.2019 (Beschl.Nr. 1702/19 - 1.413), hier findet sich konkret-einzelfallbezogene und generalklauselartige Regelungen gleichermaßen.

⁶⁷ Vgl. etwa § 35 Abs. 1 Satz 3 BW GemO; Art. 52 Abs. 2 BayGO; § 48 Abs. 2 NW GO; § 35 Abs. 1 Satz 1 RP GemO; § 37 Abs. 1 SächsGO; § 40 Abs. 1 Satz 1 ThürKO.

⁶⁸ Zu den Unterschieden der Regelungsmodelle der Länder sh. *Suslin*, NVwZ 2020, 200 ff.

⁶⁹ *Michael Spitz*, JuS 2017, 31 (31 f.).

⁷⁰ *Spitz*, JuS 2017, 31 (32 f.) zu § 48 Abs. 2 NW GO, der vergleichsweise offen gefasst ist; der Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit ist i.d.R. unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu beraten, vgl. § 48 Abs. 2 NW GO.

⁷¹ *Spitz*, JuS 2017, 31 (32 f.); *Ruff*, KommJur 2009, 201 (203 f.); kritisch hierzu indes *Geis*, Kommunalrecht, 2016, § 11, Rn. 131.

⁷² VGH Mannheim, Urt v. 18.06.1980, III 503/79, Rn. 23 (juris); vgl. zur Preisgabe personenbezogener Daten § 48 Abs. 3 NW GO; dazu *Martin Zilkens / Günter Elschner*, DVBl. 2002, 163 ff.; *Klaus Lange*, Kommunalrecht, in: Hermes/Reimer (Hrsg.), Landesrecht Hessen – Studienbuch, Baden-Baden, 8. Aufl. 2014, § 4, Rn. 59.

⁷³ VGH München, Besch. v. 20.04.2015, 4 CS 15.381, Rn. 17 (juris); OVG Münster, Urt. v. 02.05.2006, 15 A 817/04, Rn. 75 (juris).

⁷⁴ Vgl. etwa § 36 BW GemO; Art. 53 BayGO; § 51 NW GO; § 38 Abs. 1 Satz 2 SächsGO; § 41 Satz 1 ThürKO. Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Maßnahmen in Form von Verwaltungsakten, *Geis*, Kommunalrecht, 2016, § 11, Rn. 135.

⁷⁵ *Geis*, Kommunalrecht, 2016, § 11, Rn. 135; vgl. etwa § 38 RP GemO.

⁷⁶ *Geis*, KommunalR, 2016, § 11, Rn. 125.

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 14.01.1986, 2 BvE 14/83 u.a., Rn. 135 (juris); *Kühling*, DVBl. 2008, 1098 ff.

⁷⁸ VGH München, Urt. v. 26.01.2009, 2 N 08.124, Rn. 8 (juris); ob die Nichtigkeit die Verstoßfolge ist, wird unterschiedlich betrachtet und z.T. differenzierend beantwortet *Scheidler / Schmucker*, VR 2017, 52 (53 ff.); gegen Differenzierungen *Michael Pahlke*, BayVBl. 2010, 357 ff.; *Geis*, Kommunalrecht, 2016, § 11, Rn. 125; für die Nichtigkeit als Ausnahme (analog § 44 Abs. 1 VwVfG) und unter Differenzierung nach der Rechtsnatur des jew. Beschlusses etwa *Krebs*, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 190 ff.; sh. auch die Nachw. unten V., insb. Fn. 162.

⁷⁹ *Gerhard Oehler / Michael Pahlke*, in: Wachsmuth/Oehler (Hrsg.), ThürKO, 32. EL 2019, § 35 Erl. 4.2; *Michael Pahlke*, a.a.O., § 40 Erl. 1; VGH Mannheim, Urt. v. 04.08.2010, 9 S 2315/09, Rn. 28 ff (juris) im hochschulrechtlichen Kontext, dazu IV. 1.

⁸⁰ *Markus Winkler*, Kommunalrecht, in: Hendl/Hufen/Jutzi (Hrsg.), Landesrecht Rheinland-Pfalz – Studienbuch, 7. Aufl. 2014, § 3, Rn. 132 in Bezug auf § 24 Abs. 6 Satz 2 Nr. 6 GemO RP.

⁸¹ Dazu *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 74.; ähnlich *Gabriele Britz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft), Rn. 88, Fn. 339. Das BVerfG hat dies indes weitgehend offengelassen sh. *Klaus Ferdinand Gärditz*, WissR 49 (2016), 349 (368, dort in. Fn. 107 m.w.N. für h.M.).

Selbstverwaltungsrecht explizit verbürgt.⁸² Ähnlich wie bei Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG wird aber teilweise auch aus Landesverfassungen, die die explizite Garantie des Selbstverwaltungsrechts nicht aufweisen, eine solche abgeleitet.⁸³ Dagegen findet die kommunale Selbstverwaltung ihre Verankerung in Art. 28 Abs. 2 GG.⁸⁴ Diese und die Hochschulselbstverwaltung lassen sich keinesfalls gleichsetzen.⁸⁵ Trotz aller Differenzen sind dennoch Ähnlichkeiten nicht bestreitbar.⁸⁶

a) Differenzen

Doch schon bei der *Zugehörigkeit* offenbaren sich fundamentale Unterschiede: Bei der kommunalen Selbstverwaltung handelt es sich um eine Selbstverwaltung der Bürger_innen einer Gebietskörperschaft, weshalb sich die Mitgliedschaft per *territorialer* Zuordnung der ansässigen Staatsbürger_innen bedingt. Dagegen handelt es sich bei der Hochschulselbstverwaltung um eine *funktionale* Selbstverwaltung, wobei sich die Zuordnung der Mitglieder auf der Aufgabe und Funktion der Körperschaft beruht.⁸⁷

Noch tiefgreifender sind diese Differenzen mit Blick auf die *Stellung der Mitglieder*: Die kommunale Selbstverwaltung hat das Gemeinde- respektive Kreisvolk als Legitimationssubjekt, wobei allen Mitgliedern gem. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die gleiche Möglichkeit der Mitwirkung garantiert wird

– die kommunale Selbstverwaltung beruht somit auf der Egalität des Demokratieprinzips.⁸⁸ Dahingegen dient die Hochschulverwaltung der Grundrechtsverwirklichung im Umfeld⁸⁹ der freien Wissenschaft. Merkmal der funktionalen Selbstverwaltung ist damit die Betroffenenpartizipation,⁹⁰ wobei sich die „Betroffenheit“ grundrechtlich konstituiert.⁹¹ Die der Freiheitsverwirklichung ihrer Mitglieder dienende Funktion⁹² bedingt damit an wissenschaftlichen Hochschulen eine Differenzierung zwischen diesen – angesichts der grundrechtlichen Fundierung der Selbstverwaltung.⁹³ Letztlich muss den Wissenschaftler_innen in Angelegenheiten, die die Wissenschaftsfreiheit betreffen, ein ausschlaggebender beziehungsweise maßgeblicher Einfluss auf Entscheidungen von Kollegialorganen eingeräumt werden.⁹⁴

Das *Legitimationssubjekt* des Selbstverwaltungsträgers „Gemeinde“ ist demgegenüber eine von partikulären Gruppeninteressen losgelöste, territorial eingegrenzte Menge der Staatsbürger_innen in ihrer Allgemeinheit,⁹⁵ während es bei der nach funktionsbezogenen Kriterien zusammengesetzten Mitgliedschaft der funktionalen Selbstverwaltung in der Hochschule die Strukturverwandtschaft zum Gesamtvolk gerade fehlt.⁹⁶ Eine demokratisch-egalitäre Entscheidungsteilhabe („one man – one vote“) kommt damit von vornherein nicht in Betracht.⁹⁷

⁸² Art. 20 Abs. 2 VerfBW; Art. 138 Abs. 2 BayVerf; Art. 32 Abs. 1 BbgVerf; Art. 60 Abs. 1 HessVerf; Art. 5 Abs. 3 NdsVerf; Art. 16 Abs. 1 NRWVerf; Art. 39 Abs. 1 RhPfVerf; Art. 33 Abs. 2 SaarVerf; Art. 197 Abs. 2 SächsVerf; Art. 31 Abs. 2 LSAVerf, hierzu instruktiv Jörg-Detlef Kühne, DÖV 1997, 1 ff.; Wolfgang Löwer, in: Jochum et al. (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Eigentum – FS Wendt 70, Berlin 2015, S. 285 ff.

⁸³ Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 36.

⁸⁴ Art. 28 Abs. 2 GG als idealtypische Umschreibung gemeindlicher Selbstverwaltung Veith Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 28 Abs. 2, Rn. 38.

⁸⁵ Bernhard Kempfen, in: Hartmer/Detmer, Hdb. HochschulR, 2017, Kap. I, Rn. 117; Werner Thieme, Hochschulrecht, Köln/Berlin/München, 3. Aufl. 2004, Rn. 200; Michael Fehling, DV 35 (2002), 399 (401).

⁸⁶ Thieme, HochschulR, 2004, Rn. 196. Deutlich wird dies auch bei Carsten Lund / Cornelia Jäger, NWVBl. 2010, 301 ff. Die Verwandtschaft wird auch bspw. in § 57 Abs. 1 NdsVerf deutlich, die Differenz zugleich durch Art. 57 Abs. 2 u. 3 NdsVerf. Zu Differenzen und Ähnlichkeit sh. auch Franz-Ludwig Knemeyer, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Hdb. Wissenschaftsrecht, Bd. I, Berlin, 2. Aufl. 1996, S. 242 ff.; Thomas Oppermann, in: Flämig/Kimminich Hdb. WissR I, 1996, S. 1020.

⁸⁷ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 20, Rn. 173.

⁸⁸ Mehde, in: Maunz/Dürig GG, 88. EL 2019, Art. 28. Abs. 2 Rn. 11 f.; Grzeszick, in: Maunz/Dürig GG, 88. EL 2019, Art. 20, Rn. 171; Fehling, DV 35 (2002), 399 (402).

⁸⁹ Silvia Pernice-Warnke, RW 2017, 227 (228); hier steht zwar Art. 5 Abs. 3 GG im Zentrum, allerdings dürfen auch die Ausbildungsaspekte des Art. 12 Abs. 1 GG nicht vernachlässigt werden, Fehling, DV 35 (2002), 399 (403).

⁹⁰ Reinhard Hender, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 143, Rn. 27 ff.; Daniel Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012, S. 162 f.

⁹¹ Hender, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 2008, § 143, Rn. 47 ff.

⁹² In Bezug auf die akademische Selbstverwaltung: Max-Emanuel Geis, in: Merten/Papier (Hrsg.), Hdb. d. Grundrechte, Bd. IV, Heidelberg 2011, § 100 Rn. 47.

⁹³ Fehling, DV 35 (2002), 399 (402). Zur dienenden Funktion in Abgrenzung von der demokratischen Kommunalselbstverwaltung auch Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 275 f.

⁹⁴ Seit BVerfG, Urt. v. 29.05.1973, 1 BvR 424/71, Rn. Ls. 8a, 8b, 129 ff. (juris), seitdem stRspr. Dazu auch Lukas C. Gundling, LKV 2016, 301 ff.

⁹⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 31.

⁹⁶ Böckenförde, a.a.O., Rn. 33.

⁹⁷ Löwer, in: Jochum et al., FS Wendt 70, 2015, S. 285 (297), Zu den Differenzen der demokratischen Legitimation nach dem herkömmlichen Kettenmodell siehe auch BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, 2 BvL 5/98, Rn. 129 ff. (juris).

Des Weiteren zeigen sich Unterschiede im *Umfang* der Selbstverwaltungskompetenz. Während nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden grundsätzlich zugesprochen wird, alle Angelegenheiten der Gemeinschaft selbst zu regeln und einzelne Aufgaben der Gemeinde, unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,⁹⁸ per Gesetz entzogen werden können, ist die Hochschulselbstverwaltung bereits von vorneherein gegenständlich begrenzt.⁹⁹

b) Vergleichbarkeit

Obwohl die aufgezeigten Differenzen weitreichend und tiefgreifend sind, kann das Kommunalrecht für die hier in Rede stehenden Fragen fruchtbar gemacht werden. Bei beiden Typen der Selbstverwaltung handelt es sich um die *eigenverantwortliche Verwaltung von Teilen des Staates*¹⁰⁰ durch von der Hoheitsausübung Betroffene im Rahmen der Gesetze.¹⁰¹ Sowohl bei den Vertretungsorganen auf kommunaler Ebene (Kreistag und Gemeinderat) als auch bei den Vertretungsorganen an Hochschulen (Senat und Fakultätsrat) handelt es sich um gewählte Exekutivorgane, also nicht um Parlamente, denen gleichwohl eine gewisse Repräsentationsfunktion inhärent ist.¹⁰² Dies schließt zwar direkte Analogien zum Öffentlichkeitsgrundsatz von Parlamenten¹⁰³ aus,¹⁰⁴ erlaubt es jedoch, Grundsätze, die sich

aus der Verwaltung eines Teil des Staates durch Kollegialorgane¹⁰⁵ ergeben, zu übernehmen.¹⁰⁶

Unter demokratisch-rechtstaatlichen¹⁰⁷ Gesichtspunkten kann somit auch für Vertretungsorgane an Hochschulen¹⁰⁸ ein sowohl Transparenz als auch Kontrolle ermöglichender Öffentlichkeitsgrundsatz bejaht werden,¹⁰⁹ der jedoch der Konkretisierung durch den Landesgesetzgeber und hochschulischen Satzungsgeber bedarf.¹¹⁰

III. Zum Sachverhalt

Im Rahmen einer Sitzung eines Fakultätsrats an der Universität Erfurt im Januar 2020 wurden die Mitglieder für mehrere Berufungskommissionen gewählt. Der entsprechende Tagungsordnungspunkt war bei der fristgemäßen Ladung noch nicht als nichtöffentlich gekennzeichnet. Dass der Ort der Fakultätsratssitzung sowie die Tagesordnung fakultätsöffentlich bekanntgemacht wurden, ist nicht ersichtlich.

Die zu Beginn der Sitzung ausgelegte Tagesordnung enthielt den Hinweis, dass die Wahlen der Berufungskommissionen und die Beratung darüber, als nicht fakultätsöffentlich behandelt würden. Auf eine explizite Nachfrage konnte durch die Sitzungsleitung jedoch keine Norm genannt werden, die diese Nichtöffentlichkeit rechtfertigt, sondern es wurde vielmehr auf die Praxis in anderen Gremien der Universität verwiesen. Trotzdem wurde durch den Dekan – als Vorsitzenden – die Nichtöffentlichkeit durchgesetzt

⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014, 2 BvL 2/13, Rn. 55 m.w.N. (juris); stRspr.; *Mehde*, in: Maunz/Dürig GG, 88. EL 2019, Art. 28 Abs. 1, Rn. 118 ff.

⁹⁹ *Fehling*, DV 35 (2002), 399 (401 f.); *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 87. EL 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 138, 162. Jedoch werden den Hochschulen nach einigen Hochschulgesetzen (weitere) staatliche Aufgaben zur Verwaltung übertragen werden.

¹⁰⁰ Hochschulen als Teil des Staates, sh. *Lukas C. Gundling*, Die Neutralitätspflicht an Hochschulen, Erfurt 2017, S. 27 ff. m.w.N. Auch *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (302). Entsprechend gelten die Ausführungen nicht für private Hochschulen, vgl. auch *Alexander Kübler-Kreß*, OdW 2019, 111 ff.

¹⁰¹ *Knemeyer*, in: Flämig/Kimminich, Hdb. WissR I, 1996, S. 242.

¹⁰² Kommunal: *Burgi*, KommunalR, 2019, § 12, Rn. 1; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 28 Abs. 1, Rn. 84 ff., 95; Hochschule: *Britz*, in: Dreier, GG I, 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft), Rn. 98 ff.; *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (303).

¹⁰³ Dazu s.o. II.1.

¹⁰⁴ *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (302) und *Schütz*, in: ders./Classen, LandesR Mecklenburg-Vorpommern, 2014, § 5, Rn. 136, m.w.N. für a.A. in Fn. 271. Für Kommunen schließt auch *Dreier*, in: ders., GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 28, Rn. 76 die Analogie zu Parlamenten nicht vollständig aus; vgl. auch *Suslin*, NVwZ 2020, 200 (203).

¹⁰⁵ Kommunal: *Burgi*, KommunalR, 2019, § 12, Rn. 5; Hochschule: *Thomas Groß*, DÖV 2016, 449 ff.

¹⁰⁶ Dazu s.o. II.2.

¹⁰⁷ Dazu auch *Jestaedt*, in: Depenheuer, Öffentlichkeit und Vertraulichkeit, 2001, S. 83 ff.

¹⁰⁸ Zur Bestandsnotwendigkeit der hochschulischen Vertretungsorgane (hier des Fakultätsrates) *Josef Franz Lindner*, WissR 40 (2007), 273 (279). Soweit diese zur Satzungsgebung befugt sind, müssen sie den Eigenheiten der entsprechenden Selbstverwaltungseinheit entsprechend demokratisch gewählt sein (vgl. bspw. *Hartmut Maurer / Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 19. Aufl. 2017, § 4, Rn. 26).

¹⁰⁹ *Klaus-Dieter Haase*, in: Epping/Leuze (Hrsg.), HG NW-Kommentar, 4. EL 2007, § 12, Rn. 13 (in Bezug auf § 12 HG NW a.F.); *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (302 f.); *Albers*, in: Sokol, Informationsfreiheit, Düsseldorf 2004, S. 41 ff. Die Erfüllung der Kontrollfunktion zumindest für Wissenschaftler bejaht auch *Britz*, in: Dreier, GG I, 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft), Rn. 98; die Transparenzfunktion wird vorausgesetzt bei *Geis*, WissR 37 (2004), 2 (10 f.).

¹¹⁰ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL 2019, Art. 20, Rn. 173 ff.; siehe dazu auch BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, 2 BvL 5/98, Rn. 144 ff. (juris).

und auch nach einer weiteren Intervention aufrechterhalten.

Fraglich bleibt mithin, ob es eine Rechtfertigung für den Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit zu den Tagesordnungspunkten der Wahlen der Berufungskommissionen gab oder ob dieser Ausschluss als rechtswidrig zu qualifizieren ist.

IV. Öffentlichkeitsgrundsatz im konkreten Fall

1. Grundlagen zur Fakultätsöffentlichkeit und deren Ausschluss

Zu klären gilt es, ob der Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit bei Tagesordnungspunkten zur Wahl der Mitglieder von Berufungskommissionen im Fakultätsrat gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Grundordnung der Universität Erfurt (GO UE)¹¹¹ mit geltendem Hochschulrecht vereinbar ist.

Nach § 20 Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 GO UE verhandelt der Fakultätsrat fakultätsöffentlich. Das bedeutet, Mitglieder der Fakultät i.S.d. § 11 Abs. 4 GO UE¹¹² sind grundsätzlich berechtigt, den Sitzungen des Organs beizuwohnen, sofern kein Ausnahmetatbestand einschlägig ist oder ein expliziter Beschluss des Fakultätsrates über die Nichtöffentlichkeit ergeht.¹¹³ Erfasst wird lediglich die Saalöffentlichkeit.¹¹⁴ Ihre Grenzen können sich nach allgemeinen Grundsätzen auch aus der räumlich-kapazitären Auslas-

tung ergeben.¹¹⁵ Der satzungsrechtliche Öffentlichkeitsgrundsatz erfordert zudem, dass Ort und Zeit gemeinsam mit der Tagesordnung der Fakultätsratsitzung rechtzeitig fakultätsöffentlich bekannt zu machen sind¹¹⁶ – unabhängig, ob dies in entsprechenden hochschulgesetzlichen Normen festgeschrieben ist.¹¹⁷

Zunächst sind die maßgeblichen Regelungen des Thüringer Hochschulgesetzes (ThürHG) in den Blick zu nehmen. Gemäß § 25 Abs. 2 ThürHG ergehen Entscheidungen über Personalangelegenheiten in geheimer Abstimmung. Die angeordnete Rechtsfolge bezieht sich indes lediglich auf die Geheimheit der *Stimmabgabe*,¹¹⁸ so dass hieraus keine Folgerungen für die Frage der Geheimheit des Sitzungsganges bis zu diesem Akt gezogen werden können. Dies geht aus der Zusammenschau der Bestimmung mit § 27 Abs. 1 ThürHG hervor, wonach in der Grundordnung der Hochschule Art und Umfang der Öffentlichkeit von Sitzungen der Organe und Gremien zu regeln sind. Grundsätzlich obliegt es den Hochschulen, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, die Details der Gremienarbeit per Satzungsrecht (bspw. per Geschäftsordnung¹¹⁹) zu regeln.¹²⁰

¹¹¹ Amtl. Veröffentlichung im Thüringer Staatsanzeiger am 01.04.2019, Heft 13/2019, S. 609–618 = VerkBl UE RegNr.: 2.1.5. Die Bezüge zur GO UE 2013 beziehen sich auf die Fassung mit amtll. Veröffentlichung vom 27.03.2013 im Amtsblatt des TMBWK, Heft 3/2013, S. 47–58 = VerkBl UE RegNr.: 2.1.4 (Die aktuelle GO UE kann unter https://www.uni-erfurt.de/fileadmin/public-docs/Hochschulrecht/Satzungsrecht_UE/Grundordnung/Grundordnung_UE_2019-03-06_19_opt.pdf abgerufen werden; Stand: 9. Februar 2020).

¹¹² § 11 Abs. 4 ThürHG: „Mitglieder einer Fakultät sind die Mitglieder der Universität, die in dieser Fakultät hauptberuflich tätig sind und die Studierenden, wenn sie für einen Studiengang der Fakultät immatrikuliert sind.“

¹¹³ S.u. IV.4.; vgl. OVG Weimar, Beschl. v. 05.06.2014, 1 EO 106/14, Rn. 57 (juris) zu einer korrespondierenden Satzungsregelung der Fachhochschule Erfurt.

¹¹⁴ Eine „Berichterstattung“ einzelner Gremienmitglieder, etwa auf Facebook, ist unzulässig, da sie die Begrenzung auf die Hochschul- bzw. Fakultätsöffentlichkeit unterläuft und gegen die korrespondierenden Verschwiegenheitspflichten verstößt, vgl. VG Frankfurt, Urt. v. 06.11.2017, 4 K 4884/16.F, Rn. 20 (juris).

¹¹⁵ Wilhelm Achelpöhler, in: v. Coelln/Schemmer (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 13. Ed. 2019, § 12 HG, Rn. 14.

¹¹⁶ Ansonsten würde das Öffentlichkeitsprinzip faktisch vollends leerlaufen, vgl. Achelpöhler, in: v. Coelln/Schemmer, BeckOK HochschulR Nordrhein-Westfalen, 13. Ed. 2019, § 12 HG, Rn. 14; zum Kommunalrecht II.2. Vorliegend ist die ordnungsgemäße Bekanntmachung als vom „erforderlichen Umfang“ der Unterrichtspflicht der Gremien und Organe der Hochschule nach § 20 Abs. 9 GO UE eingeschlossen zu sehen.

¹¹⁷ Krebs, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 77; Nagel, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 3 (bei Ländern in denen über die Fakultäts- respektive Hochschulöffentlichkeit hinaus die allgemeine Öffentlichkeit zugelassen ist, genügt dennoch die hochschulöffentliche Bekanntmachung). § 100 Abs. 3 BremHG regelt dies nochmal explizit, jedoch auch deshalb, da die Sitzungen gem. § 100 Abs. 1 BremHG sogar öffentlich sind. Gem. § 64 Abs. 4 HSG LSA muss auch bei nichtöffentlichen Sitzungen die Hochschulöffentlichkeit über die wesentlichen Beratungsgegenstände informiert werden.

¹¹⁸ In Abweichung zu § 92 Abs. 1 ThürVwVfG.

¹¹⁹ Grundsätzlich sind Geschäftsordnungen Innenrechtssätze *sui generis*, denen das verabschiedende Organ die Qualität einer Satzung verleihen kann (Leisner-Egensperger, in: Baldus/Knauff, LandesR Thüringen, 2019, § 5, Rn. 278; Engels, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen, 10. Ed. 2019, § 60, HGO, Rn. 4). Werden indes Dinge geregelt, die über das bloße Innenverhältnis hinausgehen und z.B. Mitglieder der Körperschaft betreffen (Öffentlichkeitsfragen) oder Sanktionen darin bestimmt, dann sind diese zwingend als Satzungen zu erlassen (Schütz, in: ders./Classen, LandesR Mecklenburg-Vorpommern, 2014, § 5, Rn. 162; Engels, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK KommunalR Hessen, 10. Ed. (2019), § 60 HGO, Rn. 4 f.).

Daher sind die Regelungen der GO UE zur Beurteilung der Frage zu konsultieren, die weitergehend durch Geschäftsordnungsrecht konkretisiert werden können.¹²¹ Zunächst kommt § 19 Abs. 3 Satz 2 GO UE als Grundlage des Ausschlusses der Fakultätsöffentlichkeit in Betracht. Demnach ergehen Entscheidungen in Personalangelegenheiten und Wahlen stets in geheimer Abstimmung. Die Satzungsbestimmung bezieht sich ersichtlich, wie auch der o.g. § 25 Abs. 2 ThürHG, lediglich auf die Geheimheit des Abstimmungsvorgangs, also die Form der Stimmabgabe. Die Frage der Öffentlichkeit des Sitzungsganges selbst wird in einer gesonderten Vorschrift behandelt. Zudem gehört es zu den allgemeinen Grundsätzen, dass Abstimmungen, die zu nichtöffentlich verhandelten Sitzungsteilen vorgenommen werden, sitzungsoffentlich zu erfolgen haben, sofern es sich nicht um Personalangelegenheiten handelt.¹²² Möglicherweise folgt der Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit aus § 20 Abs. 6 GO UE, der eine unmittelbare Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips enthält.¹²³

2. Die Wahl zu Berufungskommissionen als Personalangelegenheit?

Es gilt zu fragen ist, ob in der Wahl der Mitglieder der Berufungskommissionen die „Erörterung einer Personalangelegenheit“ i.S.v. § 20 Abs. 6 Satz 2 GO UE zu sehen ist.

¹²⁰ Dazu *Christian v. Coelln*, in: Hartmer/Detmer, Hdb. HochschulR, 2017, Kap. VII, Rn. 65 ff.

¹²¹ Künftig zu treffende Regelungen der Geschäftsordnungen (GeschO) der jeweiligen Organe und Gremien müssen sich dabei im durch die GO UE vorgezeichneten Rahmen halten (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 45 ThürVerf); es gilt zu beachten, dass sich die Konkretisierungsermächtigung nach § 20 Abs. 5 GO UE der systematischen Stellung nach *nicht* auf die Regelung der Hochschul- bzw. Fakultätsöffentlichkeit bezieht und hier auch keine zusätzlichen (generell-abstrakten) Ausschlussstatbestände normiert werden können. Eine Regelung in den GeschO, wonach in Fällen, die *nicht* unter § 20 Abs. 6 Satz 3 GO UE fallen, gleichwohl Anträge nach Satz 2 (s.u. IV.4.) zwingend zu stellen sein sollen, dürften als Umgehung der satzungrechtlichen Grundentscheidung unzulässig sein.

¹²² Dazu v. *Coelln*, in: Hartmer/Detmer, Hdb. HochschulR, 2017, Kap. VII, Rn. 68.

¹²³ S.u. IV.2 f.; § 20 Abs. 6 GO UE lautet „Der Senat tagt hochschulöffentlich; der Fakultäts- und der Kollegrat verhandeln fakultäts- beziehungsweise kollegöffentlich. Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden; der Antrag wird in nichtöffentlicher Sitzung verhandelt. Bei Erörterung von Personalangelegenheiten und bei Entscheidungen in Prüfungssachen ist die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Wird wegen Störung einer Sitzung eine weitere Sitzung dieses Organs erforderlich, kann die/der Vorsitzende bereits in der Einladung den Ausschluss der Öffentlichkeit vorsehen.“

Der Begriff der Personalangelegenheit umfasst zum einen Angelegenheiten, welche ein Hochschulmitglied oder einen Hochschulangehörigen in seiner beziehungsweise ihrer Privatsphäre berühren und aus diesem Grund der Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen.¹²⁴ Somit werden neben „klassischen“ Personalangelegenheiten von Angestellten und Beamt_innen der Hochschule, also sämtliche auf das jeweilige Arbeits- beziehungsweise Beamtenverhältnis bezogenen Maßnahmen der Dienststelle (d.h. alle Maßnahmen mit Auswirkungen auf die arbeits- beziehungsweise dienstrechtliche Stellung einer Person, insbesondere Einstellung, Entlassung, Beförderung, Versetzung oder Abordnung) auch die Angelegenheiten von einzelnen Studierenden¹²⁵ sowie Entscheidungen, die die Aberkennung von Hochschulgraden betreffen, erfasst.¹²⁶ Gleichwohl kann nicht schlechthin jede Angelegenheit, die Personen betrifft, also Personalangelegenheit gewertet werden.¹²⁷ Nicht zu den Personalangelegenheiten zählen nach einhelliger Meinung Wahlen;¹²⁸ dies wird mit Blick auf die GO UE schon in der getrennten Nennung der Entscheidungen über Personalangelegenheiten und der Wahlen in § 19 Abs. 3 Satz 2 deutlich, welcher jedoch lediglich die Geheimheit der Stimmabgabe betrifft.¹²⁹

Die unterschiedliche Behandlung von Personalangelegenheiten einerseits und Wahlen andererseits rechtfertigt sich daraus, dass bei Ersteren in der Regel eine persönliche Angelegenheit unter Erörterung einzelner schutzwürdiger persönlicher Daten in Rede steht, während bei Letzteren im Rahmen eines Akts des körperschaftlichen Ver-

¹²⁴ VG Münster, Beschl. v. 07.11.2008, 1 K 1277/08, Rn. 32 f. (juris) m.w.N.

¹²⁵ *Haase*, in: Epping/Leuze, HG NW, 4. EL 2007, § 12, Rn. 18.

¹²⁶ Ähnlich *Josef Franz Lindner*, in: v. Coelln/ders. (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 6.2.

¹²⁷ Dazu *Daniela Schweitzer*, in: v. Coelln/Haug (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Baden-Württemberg, 14. Ed. 2019, § 10 LHG, Rn. 66; anders *Lindner*, in: v. Coelln/ders., BeckOK HochschulR Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 6.2 „im Sinne einer unbeeinflussten und freien Entscheidung der Mitglieder des Gremiums.“

¹²⁸ Allgemein vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.05.2012, 2 ME 300/11, Rn. 28 (juris); OVG Münster, Beschluss vom 28.10.2010, 15 A 3225/08, Rn. 14 ff. (juris) m.w.N.; *Achelpöhler*, in: v. Coelln/Schemmer, BeckOK HochschulR Nordrhein-Westfalen, 13. Ed. 2019, § 12 HG, Rn. 17; *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (304); *Haase*, in: Epping/Leuze, HG NW, 4. EL 2007, § 12, Rn. 18; *Nagel*, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 11.

¹²⁹ Mit Blick auf die Rechtslage in Baden-Württemberg sh. *Schweitzer*, in: v. Coelln/Haug, BeckOK HochschulR Baden-Württemberg, 14. Ed. 2019, § 10 LHG, Rn. 66 f.

fassungslebens ein Amt nach demokratischen Verfahrensgrundsätzen zu besetzen ist, was lediglich die Gesamtbewertung einer Person erforderlich macht,¹³⁰ so dass bei einer typisierenden Gesamtbetrachtung das Schutzinteresse der betroffenen Person hinsichtlich ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Regel nicht überwiegt.¹³¹ Eine andere Bewertung kann angezeigt sein, wenn das zu besetzende Amt seinem Gepräge nach wesentlich auf die Persönlichkeit der Bewerber_innen bezogen ist.¹³²

3. Aussprache zur Wahl der Mitglieder der Berufungskommission als Personalangelegenheit?

a) Relevante personenbezogene Eigenschaften

Bei der Aussprache zur Wahl der Vertreter_innen im Sinne einer „Erörterung“ stehen weniger allgemeine persönliche Eigenschaften, persönliche Daten oder konkrete Ereignisse in Rede, als auf die konkrete Tätigkeit in der jeweiligen Berufungskommission bezogene Eigenschaften, namentlich die fachliche Nähe zur jeweils zu besetzenden Professur, Zugehörigkeit zu einer Statusgruppe nach § 21 Abs. 2 ThürHG, mit Blick auf die Vorgaben aus § 22 Abs. 6 ThürHG, § 19 Abs. 2 GO UE, und – in Anbetracht der Vorgabe zum Geschlechterproporz nach § 85 Abs. 9 Satz 1 ThürHG – das Geschlecht.¹³³ Hochgradig praxisrelevant – insbesondere an kleineren Hochschulen und Fakultäten – ist weiterhin der bisherige Grad an Auslastung einzelner Wahlvorschläge mit Selbstverwaltungsaufgaben. Hierin liegen keine schutzwürdigen Daten persönlicher Art, deren fakultätsöffentliche Erörterung in die Privatsphäre der betroffenen Personen und damit ihr Persönlichkeitsrecht eingreift, sondern in engem sachlichem Zusammenhang mit der Wahlentscheidung stehende Eigenschaften, welche der Fakultätsöffentlichkeit ohnehin ohne Weiteres zugänglich beziehungsweise schon selbstersichtlich sind. Die Erörterung dieser mit Blick auf die Tätigkeit in einer Berufungskommission relevanten und damit ausschlaggebenden Eigenschaften betreffen mithin ein Amt der funktionalen Selbstverwaltung der Hochschule und nicht den

persönlichen Lebensbereich der zum Wahlvorschlag stehenden Personen.¹³⁴

Eine abweichende Bewertung mag jedoch für den bzw. die gem. § 85 Abs. 9 Satz 1 ThürHG („Soll-Vorschrift“) aus Gründen der „Qualitätssicherung“¹³⁵ zu bestellende_n hochschulexterne_n Hochschullehrer_in gelten – jedenfalls in der Sonderkonstellation, dass die Beratung sich auf die *Vorauswahl* erst künftig anzufragender Personen (etwa nach Art eines „Rankings“¹³⁶ im Falle der Ablehnung des Ersuchens der bzw. des Erstplatzierten) bezieht, da sich die Auswahl hier aufgrund des nicht auf die Hochschullehrer_innen der Hochschule beschränkten Optionspools eine Auswahl nach (Hilfs-¹³⁷)Kriterien wie Renommee und fachlicher Expertise auf dem einschlägigen Fachgebiet richten muss und insofern auch Aspekte der wissenschaftlichen Qualifikation¹³⁸ umfassen wird. Diesem Aspekt kann in der Praxis in Ansehung der Öffentlichkeit als Grundentscheidung dadurch begegnet werden, dass nur für den Teil der Aussprache, der die hochschulexternen Vorschläge betrifft, die Fakultätsöffentlichkeit ausgeschlossen wird.¹³⁹

b) Telos des Öffentlichkeitsprinzips streitet gegen Aufspaltung von Aussprache und Wahl

Ungeachtet der angesprochenen Ausnahmekonstellation läge in der Annahme, die Wahl als solche sei keine Personalangelegenheit, die Aussprache über diese aber schon, ein schwer auszuräumender Widerspruch.¹⁴⁰

Auch spricht das Telos des satzungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips gegen eine derartige Auslegung des Begriffs der „Erörterung von Personalangelegenheiten“. Würde lediglich der äußere Vorgang der – gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 GO UE geheimen – Stimmabgabe der Fakultätsöffent-

¹³⁰ OVG Münster, Beschl. v. 28.10.2010, 15 A 3225/08, Rn. 18 (juris).

¹³¹ *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (304), zu den notwendigen Differenzierungen aber sogleich s.u. IV.6.

¹³² Sh. *Lindner*, in: v. Coelln/ders., BeckOK HochschulR Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 6.1 f. und s.u. IV.6.

¹³³ Diese Bestimmung zur Förderung der Gleichstellung der Wissenschaft wurde im Zuge der Novelle von 2018 aufgenommen, vgl. LT-Drs. 6/4467, S. 206 (Regierungsentwurf).

¹³⁴ In diese Richtung auch *Nagel*, in: Denninger, HRG-Kommentar, 1984, § 40, Rn. 9

¹³⁵ Vgl. LT-Drs. 6/4467, S. 206 (Regierungsentwurf ThürHG 2018).

¹³⁶ Etwa nach Art der Reihenfolge, die bei der Erstellung von Vorschlagslisten für Berufungen üblich sind.

¹³⁷ Zu den im Rahmen der Besetzung von Berufungskommissionen primär relevanten Kriterien s.o. IV.3.a.

¹³⁸ Allerdings nehmen § 100 Abs. 1 BremHG, § 34 Abs. 2 HHG und § 16 Abs. 2 HSG SH die Erörterung der wissenschaftlichen Qualifikation aus dem Bereich der Personalangelegenheit aus.

¹³⁹ Hierin liegt keine „atomisierende“ Betrachtung i.S.d. VGH München v. 20.04.2015 (oben Fn. 72), da der Grund für die Aufspaltung im Vorfeld ersichtlich ist und nicht durch die Spontaneität der Redebeiträge im Laufe der Sitzung entsteht.

¹⁴⁰ A.A. VGH Mannheim, Beschl. v. 26.02.2016, 9 S 2445/15, Rn. 42 (juris).

lichkeit zugänglich gemacht, erwiese sich die integrativ wirkende sowie Transparenz und Kontrolle ermöglichende Funktion der Sitzungsöffentlichkeit¹⁴¹ mit Blick auf den Prozess der Willensbildung der beteiligten Vertreter_innen weitgehend als entwertet. Mit dem Zweck, eine ordnungsgemäße und sachgerechte Arbeit zu ermöglichen und Missdeutungen der Willensbildung und Beschlussfassung zu vermeiden, dient der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit damit dem öffentlichen Interesse an sachlich-inhaltlicher Legitimation und mitgliederschaftlicher Begleitung und Kontrolle¹⁴² – mithin dem Interesse der Allgemeinheit;¹⁴³ dies insbesondere, da die ins Gremium gewählten Vertreter_innen der jeweiligen Gruppe zwar diese repräsentieren sollen, aber nicht über ein imperatives Mandat an die Gruppe rückgebunden sind.¹⁴⁴

Die Sitzungsöffentlichkeit stellt sicher, dass die betroffenen Körperschaftsmitglieder Einblick in die Tätigkeit des Vertretungsorgans und seiner einzelnen Mitglieder¹⁴⁵ erhalten und sich dadurch eine auf eigener Kenntnis und Beurteilung beruhende Grundlage für eine sachgerechte Kritik verschaffen können.¹⁴⁶ Insbesondere kann ohne die Wahrung der Sitzungsöffentlichkeit nicht festgestellt werden, ob die Beschlussfassung in der jeweiligen Sitzung ordnungsgemäß abgelaufen ist. Dies wiegt umso schwerer, wenn angefertigte Protokolle der Fakultätsöffentlichkeit (oder gar sämtlichen gewählten Mitgliedern des Gremiums) im Nachgang nicht verfügbar gemacht werden. Die Öffentlichkeit des Beratungs- und Entscheidungsvorgangs ist damit notwendige Voraussetzungen einer selbstbestimmten Wahlentscheidung gem. § 23 Abs. 1 ThürHG mit Blick auf die Selbstverwaltungsorgane- und

Gremien im Rahmen der verfassungsrechtlich nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 ThürVerf garantierten Hochschulselbstverwaltung,¹⁴⁷ was dem satzungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzip einen Stellenwert in der Hochschulverfassung zuweist, der bei der Auslegung der einschlägigen Satzungsbestimmungen zu berücksichtigen ist.

An der Sinnhaftigkeit der „Öffentlichkeit“, die sich auf den bloßen Moment der (geheimen) Stimmabgabe beschränkt, bestehen angesichts des Telos des satzungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips Zweifel.¹⁴⁸ Ausgehend von der Kontrollfunktion des Öffentlichkeitsprinzips und seiner Relevanz für die Willensbildung der Körperschaftsmitglieder ist es indes umso mehr geboten, das Zustandekommen einer – inhaltlich dann nicht mehr überprüfbar – (Einsetzungs- und Wahl-)Entscheidung in einer Weise transparent zu machen, die allen (Teil-)Körperschaftsmitgliedern Gelegenheit bietet, davon, und zwar gerade vom Vorgang der zum Wahlakt führenden Entscheidung, Kenntnis zu nehmen. Wird im Satzungsrecht das Öffentlichkeitsprinzip als Grundsatz angeordnet, ist daher hiervon über die Vorgänge der Abstimmung und der Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses hinaus auch die vorangehende Beratung über dieses Thema erfasst.¹⁴⁹

4. Ausschluss per Beschluss des Fakultätsrates sowie Sitzungsausschluss nach Störungen

Gleichwohl ist im Einzelfall ein Beschluss des Fakultätsrates zum Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit nach § 20 Abs. 6 Satz 2 GO UE möglich, der von einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der anwesenden Mitglieder gefasst wird (Absatz 8). Der Antrag ist unter Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit zu beraten und zu beschließen, wodurch dem Schutz der Vertraulichkeit unterliegen-

¹⁴¹ Diese Funktion der Öffentlichkeit u.a. bei Nagel, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 2; Geis, WissR 37 (2004), 2 (10 f.); für die kommunale Selbstverwaltung OVG Schleswig, Beschl. v. 23.05.2003, 1 MR 10/03, 2. und 3. OS (juris).

¹⁴² Vgl. VG Arnsberg, Urt. v. 11.05.2007, 12 K 3156/06, Rn. 24 (juris).

¹⁴³ Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 04.08.2010, 9 S 2315/09, Rn. 42 (juris); VGH Mannheim, Urt. v. 24.02.1992, 1 S 2242/91, Rn. 15 (juris) für die kommunale Selbstverwaltung.

¹⁴⁴ Vgl. § 22 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 ThürHG; v. Coelln, in: Hartmer/Detmer, Hdb. HochschulR, 2017, Kap. VII, Rn. 66; Thomas Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999, S. 303 ff.

¹⁴⁵ Die direkte Kontrolle der Vertreter_innen der einzelnen Statusgruppen i.S.v. § 21 Abs. 2 ThürHG im Hochschulgremium ist dabei auf die Mitglieder der jeweiligen Gruppe beschränkt, da erstere nach § 23 Abs. 1 Satz 1 ThürHG in innerhalb der jew. Gruppen gewählt werden.

¹⁴⁶ VGH Mannheim, Urt. v. 04.08.2010, 9 S 2315/09, Rn. 30 (juris).

¹⁴⁷ Hans-Joachim Strauch, in: Linck/Baldus, ThürVerf, 2013, Art. 28, Rn. 8 ff.

¹⁴⁸ A.A., jedoch ohne Begründung bei VGH Mannheim, Urt. v. 26.02.2016, 9 S 2445/15, Rn. 42 f. (juris).

¹⁴⁹ Allg. VG Stuttgart, Beschl. v. 10.11.2015, 10 K 3628/15, Ls. 1, Rn. 37 (juris); Besonderheiten ergeben sich im baden-württembergischen Hochschulrecht dadurch, dass die öffentlich zu behandelnden Angelegenheiten der Senats- und Hochschulratssitzungen im Gesetz enumerativ aufgezählt sind, vgl. dazu mit ggü. dem VG Stuttgart abweichendem Ergebnis VGH Mannheim, Beschl. v. 26.02.2016, 9 S 2445/15, Rn. 34 ff., 42 (juris); hier war zudem das Interesse des von einem Abwahlbegehren betroffenen Rektors stärker zu gewichten, Würtemberger/Krohn, OdW 2016, 203 (206).

der Belange entsprochen wird.¹⁵⁰ Hierbei hat der Fakultätsrat die Geheimhaltungsinteressen und das Informationsinteresse der Fakultätsöffentlichkeit im Einzelfall gründlich abzuwägen.¹⁵¹ Der Ausgang der (nichtöffentlichen) Beratung und Beschlussfassung über Anträge nach § 20 Abs. 6 Satz 2 GO UE ist in geeigneter Weise gegenüber den nach § 20 Abs. 8 GO UE des Sitzungssaales auszuschließenden Personen zu verkünden, um im Fall der Ablehnung des Antrages die Rechtsfolge der Wiederherstellung der Öffentlichkeit (folgt *e contrario* untermittelbar qua Satzungsrecht) nicht zu umgehen.¹⁵²

Unberührt von dieser Möglichkeit ist das Recht, die Fakultätsöffentlichkeit zur Wahrung des ungestörten Fortgangs der Fakultätsratssitzung auszuschließen, soweit die Gäste aus der Fakultät den Fortgang unmittelbar gefährden; es ist ein Ausschluss zur Aufrechterhaltung der Ordnung. Trotzdem ist in solchen Störungsfällen der Ausschluss der gesamten Fakultätsöffentlichkeit regelmäßig unverhältnismäßig, sofern bereits der Ausschluss einzelner Störer_innen den Fortgang der Sitzung ermöglichen würde.¹⁵³ Auch ist der Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit oder einzelner Störer_innen zumeist auf einzelne, die Störung hervorrufende Tagesordnungspunkte zu beschränken.¹⁵⁴

5. Zwischenergebnis

Sofern kein Beschluss nach § 20 Abs. 6 Satz 2 GO UE gefasst oder ein Öffentlichkeitsausschluss aufgrund massiver Störungen des Sitzungsverlaufs vorgenommen wird, kann sich der Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit beim Verfahren der Einsetzung von Berufungskommissionen und der Wahl ihrer Mitglieder daher nicht auf Vorschriften des Hochschulrechts stützen.

¹⁵⁰ Haase, in: Epping/Leuze, HG NW, 4. El. 2007, § 12, Rn. 24.

¹⁵¹ Krebs, Öffentlichkeitsgrundsatz, 2016, S. 79; Haase, in: Epping/Leuze, HG NW, 4. El. 2007, § 12, Rn. 22; Nagel, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 7.

¹⁵² Andernfalls würde bereits die bloße Antragstellung faktisch die Öffentlichkeit terminieren und das Mehrheitserfordernis nach § 20 Abs. 8 GO UE effektiv unterlaufen, da bei realitätsnaher Betrachtung davon auszugehen ist, dass Zuschauer_innen, die nach Stellung eines entsprechenden Antrages den Sitzungssaal verlassen müssen, ohne entsprechende Klarstellung seitens des bzw. der Vorsitzenden nicht wieder eintreten werden; auch, wenn der Antrag im Ergebnis abgelehnt werden sollte.

¹⁵³ VG Köln, Urt. v. 06.12.2007, 6 K 4064/06, Rn. 55 (juris).

¹⁵⁴ Lund/Jäger, NWVBl. 2010, 301 (305 f.).

6. Exkurs: Abhängigkeit der Fakultäts-/Hochschulöffentlichkeit vom zu wählenden Amt

In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob bei der Aussprache zur Besetzung anderer Hochschulämter eine abweichende Bewertung nötig wird. So tritt etwa auf Zentralebene bei der Wahl der Hochschulratsmitglieder durch den Senat die Vita der hochschulexternen Kandidat_innen potenziell in weiterreichendem Ausmaß in den Vordergrund, da es sich um „mit dem Hochschulwesen vertraute Personen aus Wissenschaft, Kunst, Kultur, Wirtschaft, Politik oder Gesellschaft“ handeln soll (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 ThürHG). Wiederum dürften die betreffenden Personen mit den in Rede stehenden Qualifikationen ohnehin schon in die Sozialsphäre eingetreten sein, so dass ein Schutzinteresse auch hier fraglich wird¹⁵⁵ – jedenfalls, soweit keine eigenständige Bewertung durch das Organ vorgenommen wird.

Bei der Wahl beziehungsweise Abwahl von Präsident_innen und Kanzler_innen durch die Hochschulversammlung (§§ 30 Abs. 4, 9, 32 Abs. 2, 7, 36 Abs. 1 ThürHG) stellt sich die vorliegende Frage mit Blick auf den Ausgangssachverhalt indes nicht, da diese nicht in die Listung der nach § 20 Abs. 6 ThürHG hochschulöffentlich tagenden Organe aufgenommen wurde.¹⁵⁶ Indes handelt es sich insbesondere beim Amt des Präsidenten (bzw. der Präsidentin der Hochschule) um ein in hohem Maße personalisiertes, so dass Eigenschaften der Persönlichkeit der Bewerber_innen in höherem Maße relevant werden – dies zumal nach § 30 Abs. 7 ThürHG eine „mehrjährige verantwortliche berufliche Tätigkeit in Wissenschaft, Kunst und Kultur, Wirtschaft, Verwaltung oder Rechtspflege“ vorgelesen muss, die „erwarten lässt, dass er [oder sie, S.R.B./L.C.G] den Aufgaben des Amtes gewachsen ist.“ Das prognostische Element in Bezug auf die Wahrnehmung der Amtsaufgaben unter Würdigung der persönlichen Vita lässt persönliche Eigenschaften und Eigenarten hierbei in den Vordergrund treten (hinsichtlich der Abwahl: auch konkretes Verhalten¹⁵⁷), so dass – soweit für die Hochschulversammlung im Satzungsrecht eine Sitzungsöffentlichkeit (mit Ausnahme des Wahlaktes) ausscheiden dürf-

¹⁵⁵ So etwa OVG Münster, Beschl. v. 28.10.2010, 15 A 3225/08 Rn. 21 (juris); Lund/Jäger, NWVBl. 2010, 301 (305).

¹⁵⁶ Zur Nichtöffentlichkeit aller nicht in § 20 Abs. 6 GO UE genannten Organe siehe § 20 Abs. 7 GO UE.

¹⁵⁷ Zur Abwahl des Rektors einer Hochschule und den Folgen für die Hochschulöffentlichkeit der Senatssitzung: VGH Mannheim, Beschl. v. 26.02.2016, 9 S 2445/15, Rn. 34 ff., 42 (juris), siehe dazu Würtenerger/Krohn, OdW 2016, 203 (206).

te – auch mit Blick auf die mit der Wahl einhergehenden dienstrechtlichen Konsequenzen.¹⁵⁸ Insbesondere kann es sich bei den Bewerber_innen um Nicht-Mitglieder der Hochschule handeln, was ein erhöhtes Vertraulichkeitsinteresse indiziert.¹⁵⁹

Eine ähnliche Bewertung drängt sich mit Blick auf die Beratung vor der Wahl von Dekan_innen durch den Fakultätsrat (§ 39 Abs. 3 ThürHG) auf, da die Persönlichkeit des Amtsinhabers bzw. der -inhaberin einen vergleichsweise hohen Stellenwert einnimmt;¹⁶⁰ gleichwohl ist das Informationsinteresse der Fakultätsöffentlichkeit angesichts der herausgehobenen Stellung des Dekans (bzw. der Dekanin) tendenziell höher zu gewichten. Offenbleiben kann die Frage auch mit Blick auf die Wahl der Mitglieder etwa von Studienkommissionen und Prüfungsausschüssen, wobei hier eine ähnliche Bewertung wie hinsichtlich der Berufungskommissionen naheliegen könnte.

V. Rechtsfolgen illustriert anhand des Beispiels

Die Regelungen der GO UE über die Sitzungsöffentlichkeit können nicht als bloße Ordnungsvorschriften gewertet werden, deren Verletzung nach allgemeinen Grundsätzen keine Wirkungen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Beschlüsse zeitigt.¹⁶¹ Beschlüsse, die unter Verstoß gegen den satzungsrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz – auch aufgrund des bloßen Fehlens der öffentlichen Bekanntmachung der Sitzung¹⁶² – gefasst werden, leiden an einem beachtlichen Verfahrensfehler und sind daher formell rechtswidrig.¹⁶³ Eine Regelung, die Einwendungen gegen

Verfahrensfehler präkludiert,¹⁶⁴ besteht vorliegend mit Blick auf die Beschlüsse dezentraler (und zentraler) Selbstverwaltungseinheiten weder nach dem ThürHG, noch nach dem konkret untersuchten Satzungsrecht.

Grundsätzlich gilt, dass Fakultätsrats- oder Senatsbeschlüsse, die rechtswidrig in einer nichtöffentlichen Sitzung gefasst werden, dann nichtig sind, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die fehlende Öffentlichkeit auf den Beschluss ausgewirkt hat.¹⁶⁵ Für die Frage ihrer Gültigkeit kommt es mithin nicht auf den Nachweis der Kausalität im Einzelfall an, da die Verletzung von Verfahrensvorschriften sonst sanktionslos gestellt würde. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass sich der fehlerhafte Öffentlichkeitsstatus auf den Gang der Erörterungen und das Abstimmungs- beziehungsweise Wahlergebnis ausgewirkt haben kann, dies also nicht ausgeschlossen scheint.¹⁶⁶ Zu bejahen ist die Erheblichkeit des Fehlers bereits dann, wenn die Entscheidung nicht den laufenden Geschäftsgang, sondern eine hochschulpolitisch wesentliche Frage betrifft.¹⁶⁷ Entsprechend also auch grundsätzlich bei Entscheidungen zu Berufungsverfahren oder beispielsweise auch Prüfungsordnungen.¹⁶⁸

Die Bestimmungen der GO UE weisen den Gremienmitgliedern ein organschaftliches Recht auf Herstellung der Sitzungsöffentlichkeit zu, das im Rahmen eines Hochschulverfassungsstreits¹⁶⁹ vor dem Verwaltungsgericht

einer öffentlichen Senatssitzung in ortsüblicher Weise; VGH München, Urt. v. 26.01.2009, 2 N 08.124, Rn. 8 (juris); *Pahlke*, BayVBl. 2010, 357 ff.; Nichtigkeit der Beschlussfassung des Gemeinderats wegen fehlender öffentlicher Bekanntmachung der Sitzung, siehe OVG Schleswig, Beschl. v. 23.05.2003, 1 MR 10/03, 2. und 3. OS (juris); zur Frage der Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit auch *Schütz*, in: ders./Classen, LandesR Mecklenburg-Vorpommern, 2014, § 5, Rn. 174.

¹⁶⁴ Wie etwa § 12 Abs. 5 HG NW hinsichtlich der Geltendmachung von Form- und Verfahrensfehlern beim Zustandekommen von Hochschulsatzungen; vgl. § 21 Abs. 4 ThürKO hinsichtlich kommunaler Satzungen.

¹⁶⁵ Dazu *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (307).

¹⁶⁶ *Haase*, in: Epping/Leuze, HG NW, 4. EL 2007, § 12, Rn. 25; im Erg. auch *Nagel*, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 3. Dies folgt dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 46 (Thür)VwVfG; vgl. *Lindner*, in: v. Coelln/ders., BeckOK HochschulR Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 17. Die Norm bleibt anwendbar, sofern der Beschluss zugleich als Verwaltungsakt ergeht.

¹⁶⁷ *Nagel*, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 3.

¹⁶⁸ *Nagel*, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 3 betont, dass jeweils eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden muss.

¹⁶⁹ Sh. dazu *Elvira Wendelin*, Der Hochschulverfassungsstreit, Baden-Baden 2010, passim.

¹⁵⁸ Gleiches Ergebnis hinsichtlich der Zuordnung zu den „Personalangelegenheiten“ bei *Lindner*, in: v. Coelln/ders., BeckOK HochschulR Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 6.2, jedoch ohne die (notwendige) Differenzierung nach Aussprache und Beschlussfassung.

¹⁵⁹ Im Gegensatz zur Rektorsverfassung, bei der sich zumeist der Hochschulleiter aus dem Kollegium gewählt wird, kommt bei der Präsidialverfassung der Präsident häufig vom außen an die Hochschule (sh. *Hannes Berger / Lukas C. Gundling*, Hochschulpolitik und Hochschulrecht. Am Beispiel des Landes Thüringen, Hamburg 2015, S. 110).

¹⁶⁰ So auch *Lindner*, in: v. Coelln/ders., BeckOK HochschulR Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 6.2.

¹⁶¹ *Lindner*, in: v. Coelln/ders., BeckOK HochschulR Bayern, 15. Ed. 2019, Art. 41 BayHSchG, Rn. 15.

¹⁶² *Nagel*, in: Denninger, HRG, 1984, § 40, Rn. 3; OVG Schleswig, Beschl. v. 23.05.2003, 1 MR 10/03, 2. und 3. OS (juris). Dies folgt aus der Funktion der Bekanntmachung als Grundvoraussetzung jeder Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips, s.o. II.2.; IV. 1.

¹⁶³ VG Stuttgart, Beschl. v. 10.11.2015, 10 K 3628/15, Ls. 1, Rn. 37 (juris); VGH Mannheim, Urt. 04.08.2010, 9 S 2315/09, Rn. 28 ff. (juris) in Bezug auf die nicht ordnungsgemäße Bekanntgabe

einklagbar ist.¹⁷⁰ Dies ergibt sich aus dem Antragsrecht bezüglich ihres Ausschlusses (§ 20 Abs. 6 Satz 2 Halbs. 2 GO UE¹⁷¹) sowie den an die Nichtöffentlichkeit gekoppelten Verschwiegenheitspflichten (§ 17 Abs. 2 Satz 3 GO UE; § 27 Abs. 2 ThürHG).¹⁷² Umgekehrt kann ein unterbliebener, rechtlich aber gebotener Öffentlichkeitsausschluss das Rederecht einzelner Mitglieder berühren.¹⁷³ Verstöße müssen dem Grundsatz der Organtreue folgend zunächst in der Sitzung selbst gerügt werden.¹⁷⁴ Soweit eine Rüge in der entsprechenden Sitzung keinen Erfolg zeitigt, hat die Hochschulleitung, in Thüringen die Präsident_innen gem. § 30 Abs. 2 ThürHG, oder das zuständige Ministerium, hier das Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und digitale Gesellschaft gem. § 18 Abs. 2 ThürHG, die Möglichkeit rechtswidrige Beschlüsse per Beanstandungsrecht zu kassieren.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Zur parallelen Fragestellung im Kommunalrecht sh. jüngst *Suslin*, NVwZ 2020, 200 ff.

¹⁷¹ Mangels näherer Spezifikation ist davon auszugehen, dass entsprechende Anträge von jedem Gremienmitglied gestellt werden können; ähnlich hinsichtlich vergleichbarer kommunalrechtlicher Gestaltungen (vgl. Art. 52 Abs. 2 Satz 2 BayGO; § 40 Abs. 1 Satz 2 ThürKO) *Suslin*, NVwZ 2020, 200 (ebd.).

¹⁷² Die Einschränkung der Rechte des Gremienmitglieds hat dieses nur hinzunehmen, wenn die gesetzlichen oder satzungserrechtlichen Voraussetzungen für derartige Verfahrensweisen gegeben sind, zur Öffentlichkeit von Senatssitzungen vgl. OVG Münster, Beschl. v. 28.10.2010, 15 A 3225/08, Rn. 10 (juris); VG Arnberg, Urt. v. 11.05.2007, 12 K 3156/06, Rn. 24 (juris).

¹⁷³ *Wendelin*, Hochschulverfassungskstreit, 2010, S. 176 f.

¹⁷⁴ *Achelpöhler*, in: v. Coelln/Schemmer, BeckOK Hochschulr Nordrhein-Westfalen, 13. Ed. 2019, § 12 HG, Rn. 15; für das Kommunalrecht *Spitz*, JuS 2017, 31 (32).

¹⁷⁵ Ähnliche Beanstandungsrechte besteht in Baden-Württemberg gem. § 16 Abs. 5 LHG BW für das Rektorat, § 24 Abs. 1 LHG BW für den Dekan und gem. § 68 Abs. 3 LHG BW für das Wissenschaftsministerium, in Bayern gem. Art. 20 Abs. 3 BayHSchG für die Hochschulleitung und gem. Art. 75 Abs. 2 BayHSchG für das zuständige Staatsministerium, in Berlin gem. § 56 Abs. 3 BerlHG für die Hochschulleitung; in Brandenburg gem. § 5 Abs. 5 BbgHG für das Ministerium und gem. § 65 Abs. 1 BbgHG für den Präsidenten, in Bremen gem. § 81 Abs. 4 u. 5 BremHG für das Rektorat, gem. § 89 Abs. 6 BremHG für das Dekanat und gem. § 111 Abs. 3 BremHG für den zuständigen Senator, in Hamburg gem. § 81 Abs. 1 HbgHG für den Präsidenten und § 107 Abs. 2 HbgHG für die oberste Landesbehörde; in Hessen gem. § 10 Abs. 1 HHG für das Ministerium und gem. § 38 Abs. 5 HHG für den Präsidenten; in Mecklenburg-Vorpommern gem. § 14 Abs. 2 LHG M-V für das Ministerium und gem. § 84 Abs. 4 LHG M-V für die Hochschulleitung; in Niedersachsen gem. § 43 Abs. 2 NHG für das Dekanat, gem. § 37 Abs. 3 NHG für das Präsidium und § 51 Abs. 1 NHG für das Ministerium; in Nordrhein-Westfalen gem. § 16 Abs. 4 HG NW für das Rektorat, § 27 Abs. 1 HG NW für den Dekan und gem. § 76 Abs. 2 HG NW für das Ministerium; in Rheinland-Pfalz gem. § 79 Abs. 7 HochSchG RP für das Präsidium und gem. § 107 Abs. 1 HochSchG RP für das Ministerium; im Saarland gem. § 18 Abs. 5 SHSG für das Präsi-

Die Bestimmungen der Grundordnung sind indes – trotz ihrer integrativen Zweckrichtung – objektiv-rechtliche Verfahrensbestimmungen und damit keine subjektiv-rechtlichen Berechtigungen sonstiger Hochschul- bzw. Fakultätsmitglieder bzw. -angehöriger, so dass diesen kein einklagbares Recht auf Herstellung der Öffentlichkeit, sondern nur auf Teilnahme an öffentlichen Sitzungen zusteht.¹⁷⁶

Während der Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit aus Gründen der Aufrechterhaltung der Sitzungsordnung als Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung zu qualifizieren ist und entsprechend per Anfechtungsklage anzugreifen wäre, könnte der Rechtsschutz gegen den rechtswidrigen Ausschluss der Fakultätsöffentlichkeit im Vorfeld per Leistungsklage und im Nachgang per Fortsetzungsfeststellungsklage beim zuständigen Verwaltungsgericht erlangt werden.¹⁷⁷ Unter Verstoß gegen Öffentlichkeitsvorschriften zustande gekommene Beschlüsse, die auf den Erlass von Satzungen gerichtet sind, können unter den Voraussetzungen des § 47 VwGO¹⁷⁸ vor dem Oberverwaltungsgericht¹⁷⁹ inzident im Rahmen der Überprüfung der Satzungsbestimmung gerichtlich überprüft werden.¹⁸⁰ Gegen Einzelakte, die auf eine solche Satzung gestützt werden, ist Rechtsschutz in Form der inzidenten Normenkontrolle bei gegen den Einzelakt gerichteter

um, gem. § 27 Abs. 1 SHSG für das Dekanat und gem. § 85 Abs. 2 SHSG für das Ministerium; in Sachsen gem. § 7 Abs. 2 SächsHSFG für das Ministerium, gem. § 83 Abs. 4 SächsHSFG für das Rektorat, gem. § 85 Abs. 4 SächsHSFG der Kanzler und gem. § 89 Abs. 3 SächsHSFG der Dekan, in Sachsen-Anhalt gem. § 57 Abs. 5 HSG LSA für das Ministerium, § 69 Abs. 4 HSG LSA für das Rektorat und gem. § 78 Abs. 1 HSG LSA und in Schleswig-Holstein gem. § 23 Abs. 4 HSG SH für den Präsidenten, § 30 Abs. 9 HSG SH für den Dekan und für das Ministerium nur mittels Rechtsaufsicht gem. § 6 Abs. 1 HSG SH.

¹⁷⁶ OVG Münster, Beschl. v. 28.10.2010, 15 A 3225/08, Rn. 4 ff. (juris), anders noch in der Vorinstanz VG Münster, Beschl. v. 07.11.2008, 1 K 1277/08, Rn. 15 (juris); vgl. auch *Jäger/Lund*, NWVBl. 2010, 301 (306); *Achelpöhler*, in: v. Coelln/Schemmer, BeckOK Hochschulr Nordrhein-Westfalen, 13. Ed. 2019, § 12 HG, Rn. 15; *Christian v. Coelln*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, 51. AL 2019, Nordrhein-Westfalen, Rn. 107.

¹⁷⁷ Dazu *Lund/Jäger*, NWVBl. 2010, 301 (306).

¹⁷⁸ Vgl. § 4 ThürAGVwGO.

¹⁷⁹ Gem. § 184 VwGO können auch die von § 2 VwGO abweichende Bezeichnung Verwaltungsgerichtshof (VGH) verwenden, so Baden-Württemberg, Bayern und Hessen. Bremen hat dagegen sein entsprechendes Gericht in OVG umbenannt.

¹⁸⁰ OVG Münster, Beschl. v. 28.10.2010, 15 A 3225/08, Rn. 3 (juris).

Anfechtungsklagen möglich, wenn es auf die Gültigkeit der Satzungsnorm ankommt.¹⁸¹

VI. Schlussbemerkung

Eine Öffentlichkeit, die Transparenz und Kontrolle ermöglicht, ist für einen demokratischen Rechtsstaat konstitutiv. Die Verwirklichung der Volkssouveränität im demokratischen Verfassungsstaat geht mit der Zurückdrängung des Arkanstaats einher und erfordert daher ein hohes Maß an Publizität staatlichen Handelns. Nicht mehr die Geheimheit, sondern die Öffentlichkeit ist die Regel.¹⁸² Insbesondere bei Repräsentativorganen, die durch das Volk oder durch die vom Staatshandeln Betroffenen gewählt werden, bedarf es einer Partizipation überhaupt erst ermöglichenden Zugänglichkeit. Die Anordnung von „Geheim-

heit“ – d.h. Nichtöffentlichkeit – bedarf indes eines gewichtigen Grundes mit verfassungsrechtlichem Rang.

Die Entwicklung der Hochschulgesetzgebung der letzten Jahrzehnte in Richtung stärkerer Transparenz ist daher zu begrüßen. Auch im Zusammenhang grundrechtsbezogener Selbstverwaltung haben Prinzipien demokratischer Kontrolle ihren Platz. Die Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips erfordert – auch dort, wo es sich (wie nach § 27 Abs. 1 ThürHG) ausschließlich im Satzungsrecht der Hochschulen findet – Beachtung im Beratungsgang der Hochschulgremien. Es darf nicht der Bequemlichkeit oder einem falschverstandenen Persönlichkeitsschutz geopfert werden, der bestehende Differenzierungsnotwendigkeiten voreilig aus den Augen verliert.

¹⁸¹ OVG Münster, Beschl. v. 28.10.2010, 15 A 3225/08, Rn. 10 (juris).

¹⁸² Verfassungstheoretisch hierzu auch *Jestaedt*, in: Deppenheuer, Öffentlichkeit und Vertraulichkeit 2001, S. 67 ff., hier insb. S. 88.

Die Performativität des Rechts und die Thüringer Verfassung

von Dr. Hannes Berger, Jena/Halle (Saale)*

Recht und Sprache stehen in einem engen Wirkungszusammenhang. Das betrifft nicht allein die Sprachlichkeit des Gesetzestextes, sondern jede Form des schriftlichen, mündlichen oder handlungsbasierten Aktes der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung. Die damit angesprochene Performativität des Rechts ist ein jüngerer Ansatz in der Rechtstheorie. Dieser Beitrag möchte diesem Theorieansatz nachgehen und ergründen, was unter der Performativität des Rechts verstanden wird und welche performativen Elemente speziell die Thüringer Verfassung bereithält.

I. Performatives Recht

Der Begriff des Performativen wird verwendet, um die Durchdringung der menschlichen Wirklichkeit durch Sprechakte zu beschreiben und zu untersuchen.¹ Verwendet wird dieser Ansatz hauptsächlich in den Sprachwissenschaften und der Sprachphilosophie, gleichwohl hat sich auch eine verstärkte rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit auf die besondere Sprachbezogenheit des Rechts herausgebildet.² Eine performative Sichtweise auf das Recht kann keine neuen Aspekte oder Allgemeinverbindlichkeiten des geschriebenen Rechts aufdecken, sie will also keineswegs den dogmatischen Methodenkanon herausfordern, aber sie kann neue Aspekte der Herstellung und Durchführung von Recht beleuchten.³

1. Handlungsdimension des Performativen

Ein wesentlicher Gedanke der Performativität von Recht ist, dass das Recht erst durch einen Handlungsbezug, durch einen wie auch immer gearteten Sprechakt entste-

hen kann und zur Verwirklichung, also zur *Rechtsgeltung* gelangen kann.⁴ Hier ergibt sich eine interessante Nähe der Theorie des performativen Rechts zur Rechtslehre nach Hans Kelsen. Dieser unterschied ebenfalls zwischen einem dynamischen Rechtsverständnis, in dem sich Recht ständig selbst erzeugt und zentral danach gefragt wird, durch welche Methoden die Rechtserzeugung stattfindet und wer daran durch Handlungen beteiligt ist, und einer statischen Theorie des Rechts, die das Recht nur als eine erzeugte Ordnung begreift ohne Beachtung seiner Entstehung.⁵

Selbstverständlich basiert das Recht wie wir es kennen ganz zentral auf dem im Gesetz, Verwaltungsakt, Vertrag oder Urteil niedergeschriebenen Text. Aber bereits die Entstehung dieser Rechtsgrundlagen und ebenso ihre faktische und normative Durchsetzung können nicht allein mit der Existenz des Textes, mit dem niedergeschriebenen Wort begründet werden. Zur Begründung eines Vertrages benötigt es zwei übereinstimmende Willenserklärungen, denen eine ganze Reihe von (Vertragsver-)Handlungen bis hin beispielsweise zum Setzen der Unterschrift⁶ oder zum Durchführen des Handschlags⁷ vorangehen können. Das ordnungsgemäße Gesetzgebungsverfahren gemäß den Vorgaben des Grundgesetzes oder der Landesverfassungen sieht eine verfahrensmäßige Festlegung verschiedener Handlungen und Medienüberschreibungen vor, bis das geschriebene Gesetz ausgefertigt und verkündet ist. Man denke nur an die Erstellung der Referentenentwürfe, die Beteiligung von Interessensverbänden, die mündlichen Lesungen im Parlament und die Beschlussfassung der anwesenden Parlamentarier. Nicht zuletzt das Gerichtsverfahren wird durch das Zusammenspiel von Anklage und Verteidigung, Beweisaufnahme und Richterspruch zu einem ganz wesentlich auf Handlungen basierenden Vor-

* Dr. iur, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena / Stadtverwaltung Halle (Saale).

¹ Vgl. Sabine Müller-Mall, Rekursion. Rezeption. Relation, in: Bülow et al. (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, Berlin 2016, 21.

² Etwa Thilo Kuntz, Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung, AcP 216 (2016), 866; Bülow et al. (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, Berlin 2016; Sabine Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012; Cornelia Vismann, Medien der Rechtsprechung, Frankfurt/Main 2011; Lerch (Hrsg.), Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, Berlin 2005.

³ Vgl. Müller-Mall, in: Bülow 2016, 26.

⁴ Vgl. Kuntz, AcP 2016 (2016), 873. Thomas Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 102 nennt dies die performative Realisierung einer Norm in einem Bezugnahmegebiet.

⁵ Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008, 117f.

⁶ Zur Schriftform des Mietvertrages für längere Zeit als ein Jahr siehe Bernhard Gramlich, Bernhard, Mietrecht, 14. Aufl., München 2018, § 550 BGB, Rn. 4; zur Vertragsniederschrift im Arbeits- und Ausbildungsrecht siehe § 11 BBiG, § 11 Abs. 1 AÜG, § 2 Abs. 1 NachwG, § 14 Abs. 4, § 21 TzBfG, dazu Hans Brox/Bernd Rütters/Martin Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl., Stuttgart 2016, Rn. 155f.

⁷ Der Handschlag gilt im Handelsgewerbe und unter Kaufleuten nach wie vor als ehrbare und vertrauensbildende Geste.

gang⁸, den man, wenn man so will, auch als *Performance* bezeichnen kann.

2. Recht als Inszenierung

Aus einer performativen Perspektive auf das Recht verdeutlicht sich, dass Rechtserzeugung und Rechtsanwendung bzw. Rechtsdurchsetzung einen inszenatorischen Charakter besitzen.⁹ Diese Inszenierung des Rechts ist bereits selbst im Recht angelegt. Die Performance des Rechts beschreibt, dass etwa ein Gesetz die Aufforderung zur Inszenierung ist. Beispielsweise verwandelt ein Gerichtsverfahren ein Ding, einen Vorgang, einen Lebenssachverhalt in einen Rechtsfall¹⁰ und innerhalb der gerichtlichen Inszenierung berufen sich beide Streitparteien auf das Gesetz im Sinne ihrer Interessen, es werden Zeugen verhört, Gutachter bestellt und es wird mündlich verhandelt.¹¹ Die Parteien setzen ihre Auffassung des Gesetzes für ihre Seite in Szene, sie führen es auf.¹² Dieses Inszenieren der einzelnen Rechtsauffassung ordnet sich ein in das größere Gerichts-Theater, in dem jede Beteiligte ihre klare Rolle zu spielen hat. Die Anklage wirft vor, die Verteidigung entkräftet und die Richterin entscheidet, alles eingekleidet in die strengen Vorgaben und Verfahrensschritte des jeweiligen Prozessrechts.

Die Performativität des Rechts bleibt bei dieser Feststellung des theatralen Aufführens von Recht nicht stehen, sondern hinterfragt weiter, wie Recht performativ, das heißt durch Sprechakte, erzeugt wird und worauf diese Rechtserzeugung zurückgreifen können muss. Während normative Theorien hauptsächlich die Erzeugung von Recht aus anderem Recht (zB aus der höherrangigen Verfassung oder einer Grundnorm) behandeln und den Geltungsanspruch des Rechts normativ ableiten, versucht die performative Sicht auf die Rechtserzeugung, die normative Wirkung des Rechts aus einem tatsächlichen Handlungskontext heraus zu erklären.¹³

⁸ Vgl. *Vismann* 2011, 21ff bezeichnet dies auch das theatrale Dispositiv des Gerichts.

⁹ Man denke allein an die persönliche Erklärung der Eheschließung bei gleichzeitiger Anwesenheit gemäß § 1311 BGB, oder der verpflichtende Handschlag zwischen Bürgermeister und Gemeinderatsmitglied gemäß § 24 Abs. 2 ThürKO, dazu auch OVG Weimar, Urteil vom 03.05.2019 - 3 KO 620/18.

¹⁰ Vgl. *Vismann* 2011, 20.

¹¹ Vgl. *Kent Lerch*, Vom Widerstreit der Lesarten zum Aufschub des Rechts, in: Bülow et al. (Hrsg.), *Performativität in Sprache und Recht*, Berlin 2016, 35.

¹² Vgl. *Müller-Mall*, in: Bülow 2016, 23f.

¹³ Vgl. *Müller-Mall*, in: Bülow 2016, 26.

3. Rückgriff auf vergangenes und Vorbereitung des zukünftigen Rechts

Das positive Recht (Gesetz, Verordnung, Satzung, Vertrag, Gerichtsentscheidung) wird immer durch Sprachakte, das heißt sprachliche Äußerungen im weiten Sinne, von mündlichen bis zu schriftlichen Handlungen, hergestellt. Diese Rechtserzeugung performativ zu betrachten, heißt, die Ereignisse oder Inszenierungen zu betrachten, bei denen Sprache durch einen Handlungsvorgang in einen Kontext eingebettet wird.¹⁴ Das explizit performative an der Rechtserzeugung ist immer die Einschreibung eines Vorgangs, einer Handlung in einen größeren Kontext. Die Performativität des Rechts ist deshalb größer als die bloße Inszenierung, sie geht über das einzelne Ereignis der Rechtserzeugung hinaus. Die Performativität des Rechts steht in einem größeren Kontext als die bloße Performance des Rechts. Was ist darunter zu verstehen?

Das performative Verständnis vom Recht meint, dass die Sprechakte bei der Rechtserzeugung einerseits in die Vergangenheit greifen, weil sie etwa bereits bestehende Gesetze aufgreifen und sich in den bestehenden rechtlichen Kontext einfügen. Dies ist der typische Fall, wenn ein bestehendes Gesetz in gewissen Punkten reformiert wird, aber in seiner Systematik bestehen bleibt, wenn eine rechtserzeugende Handlung wie ein Vertrag unter Rückgriff auf das geltende Vertragsrecht geschlossen oder wenn ein Urteil durch ein Gericht aufgrund einer bestehenden Rechtslage getroffen wird. Das neu erzeugte Recht kreierte sich nicht im luftleeren Raum, sondern vor dem Hintergrund von bereits bestehendem Recht. Dies meint den Rückgriff des Performativen in die Vergangenheit.

Andererseits weist der performative Akt des Rechtshandelns auch in die Zukunft, weil er den Kontext oder „die Rechtslage“ über den einzelnen Vorgang hinaus verändert. Denn durch die Gesetzesänderung entsteht eine neue Rechtslage, die durch das Gericht gewählte Auslegung einer Rechtsnorm kann auch über den entschiedenen Fall hinaus Anwendung finden und eine höchstrichterliche Entscheidung kann gar eine neue Rechtsprechungsline einschlagen. „Das Rechtserzeugungereignis überschreitet sich selbst nicht nur in die Vergangenheit, sondern insofern auch in die Zukunft, als das selbstbezügliche Moment des performativen Aktes, die *neue* Verknüpfung,

¹⁴ Vgl. *Müller-Mall*, in: Bülow 2016, 27.

ihrerseits wiederum bezugnahmefähig wird: auf sie kann in zukünftigen Rechtserzeugungseignissen Bezug genommen werden, und diese künftigen Bezugnahmen können die normative Zuschreibung, dass § XY in diesem Fall gilt, bestätigen und dadurch erst zu einer (im Recht ursprünglich gedachten) Erzeugung von Rechtsnormativität machen.“¹⁵

Die Verbindung von bestehendem und zukünftigem Recht zeigt sich auch in der Arbeit von Richtern mit dem Normtext im Rahmen der Urteilsbegründung. Die Richter lesen nicht nur das bestehende Recht, um ihre Entscheidung zu treffen, sie müssen vielmehr ihre Entscheidung auch begründen. Somit werden sie nicht nur Leser, sondern zugleich auch Autor von Sprechakten. Und hierbei ist der Richter an den bestehenden Normtext gebunden.¹⁶

Eine Norm erlangt demnach erst dadurch Geltung, dass eine dafür berufene („zuständige“) Stelle sie anwendet. Sie gilt zunächst nur für die zurückliegenden Fälle, so wie diese „früher“ entschieden wurden. Dies muss zwar in jedem neuen Rechtserzeugungsverfahren beachtet werden, aber der Inhalt einer Norm kann mit jedem neuen Vorgang auch neue Bedeutung gewinnen. Denn der rechtliche Kontext verändert sich fortlaufend seit dem Inkrafttreten einer Norm und kann bei späterer Anwendung auf ganz andere Umstände stoßen als dies ursprünglich beabsichtigt war. Konkret wird die Normbedeutung erst, wenn die Norm auf einen Sachverhalt angewendet wird. Und diese Anwendung und Bedeutungszuschreibung wirkt sich sodann wieder auf alle nachfolgenden Anwendungen der Norm aus.¹⁷ Ein Gesetz vermittelt demzufolge nie objektiv für jeden Rechtsanwender zu jeder Zeit denselben Norminhalt. Rechtsanwendung ist nie nur reproduktiv, sondern immer auch produktiv.¹⁸

4. Medienübergreifende Rechtserzeugung

Damit wird auch schnell klar, dass Recht mehr ist als nur der Normtext oder das Gesetzbuch.¹⁹ Das Recht und seine Erzeugung sind ein dynamisches Zusammenspiel und Ineinanderübergehen von vielen verschiedenen Medien-

arten.²⁰ Durch den performativen Verfahrenscharakter des Rechts muss die Aufgabe erfüllt werden, das geltende Recht in eine geltende Entscheidung zu überführen.²¹ Damit diese Aufgabe gelingen kann, sind im Rahmen der Rechtserzeugung Übersetzungsleistungen des Rechts von einem Medium zum anderen notwendig.²²

Denn die Erzeugung von Recht findet nie allein innerhalb eines Mediums statt, das Recht ist stattdessen eine Kompilation mehrerer Medienarten. So hat ein Regierungsprogramm in einem Koalitionsvertrag eine andere Form als ein Referentenentwurf zu einem Gesetz und wiederum eine andere Form als mündliche Gesprächstermine mit Interessenverbänden oder die erste Lesung des Gesetzes im Parlament. Dasselbe gilt im Gerichtsverfahren, das mit Schriftsätzen, mündlichen Verhandlungen, Beschlüssen und Urteilen ebenfalls eine Reihe von Medien verbindet.²³

Die performative Leistung der Rechtserzeugung ist es, dass diese Übersetzungen erfolgreich verlaufen. Denn das Verfahren der Rechtserzeugung kann auch performativ misslingen, es kann scheitern, etwa wenn ein Gesetzgebungsverfahren einen evidenten Verfahrensfehler hatte²⁴ oder wenn die Rechtsauffassung der Verteidigung den Richter nicht überzeugt. Erst eine Inszenierung der Rechtserzeugung, die den bestehenden Rechtskontext zulässig aufgreift, führt zu einem legitimen Ergebnis und schafft damit Legitimität des neuen Rechtskontextes.

II. Performatives Recht und Thüringer Verfassung

Die vorgestellte Theorie der Performativität des Rechts soll in nun anhand des Beispiels des Thüringer Verfassungsrechts exemplarisch auf ihre Plausibilität hin geprüft werden. Dafür werden einige, aber bei weitem nicht alle Verfassungsnormen mit performativem Charakter vorgestellt. Etwa wird auf die offensichtliche Performance des gesamten Gesetzgebungsprozesses gem. Art. 81 ff ThürVerf nicht näher eingegangen.

¹⁵ Müller-Mall, in: Bülou 2016, 28, Hervorhebung im Original.

¹⁶ Vgl. Lerch, in: Bülou 2016, 39.

¹⁷ Vgl. Kuntz, AcP 216 (2016), 875.

¹⁸ Vgl. Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl., München 2018, 111.

¹⁹ Vgl. Lerch, in: Bülou 2016, 40.

²⁰ Vgl. Vesting 2015, Rn. 7.

²¹ Vgl. Lerch, in: Bülou 2016, 40.

²² Vgl. Rütters/Fischer/Birk 2018, 102f.

²³ Vgl. Lerch, in: Bülou 2016, 41.

²⁴ Bspw. das Scheitern der Thüringer Gebietsreform aufgrund eines Verfahrensfehlers, vgl. ThürVerfGH, Urt. V. 9.06.2017, VerfGH 61/16.

1. Der Vorrang der Verfassung

Eine erste bedenkenswerte Überlegung macht die Theorie der Performativität des Rechts im Hinblick auf den Geltungsrang von Rechtsnormen und den Vorrang der Verfassung. Aus performativer Sicht auf das Recht wird der Vorrang der Verfassung nicht aus einer normativen Begründung hergeleitet, sondern aus den performativen Handlungen, die auf einen bereits bestehenden Rechtskontext zurückgreifen. Der Vorrang der Thüringer Verfassung vor dem einfachen Landesrecht ergebe sich in dieser Denkweise daraus, dass die formellen²⁵ und materiellen²⁶ Vorgaben der Thüringer Verfassung bei Gesetzgebungsprozessen für einfaches Landesrecht angewendet werden und erst durch diesen Vollzug der Landesverfassung neues Recht geschaffen wird. Erst indem diese verfassungsrechtlichen Anforderungen performativ angewendet werden, so dieser theoretische Ansatz,²⁷ wird der Vorrang der Verfassung tatsächlich erzeugt.²⁸

2. Die Selbstgebung der Verfassung durch das Volk

Gemäß dem Wortlaut der Präambel der ThürVerf gibt sich das Thüringer Volk in freier Selbstbestimmung diese Verfassung.²⁹ Diese Selbstgebung der Verfassung ist nicht nur als Verfassungsromantik zu verstehen, sondern hat zum einen den realen Hintergrund in der friedlichen Revolution von 1989 und der Überwindung der SED-Diktatur durch das aktive Handeln der Bevölkerung.³⁰ Zum anderen hing die Geltung und das Inkrafttreten und damit letztlich die Erzeugung der ThürVerf von der positiven Entscheidung

durch das Thüringer Volk ab. Art. 106 ThürVerf klärte, dass der ausgearbeitete Verfassungsentwurf zunächst von einer 2/3-Mehrheit der Landtagsmitglieder beschlossen werden und anschließend durch einen Volksentscheid bestätigt werden musste.³¹ Der Abstimmung vorausgegangen waren zunächst intensive Vorarbeiten zum Verfassungsentwurf des durch direkte Wahl legitimierten Landtages.³² Dieser Entwurf wurde sodann als eine Zeitungsbeilage in einer Auflagenstärke von 800.000 Stück an die Thüringer Bevölkerung gereicht, verbunden mit dem Aufruf, sich aktiv am Prozess der Verfassungsgebung zu beteiligen.³³ Die anschließende Öffentlichkeitsbeteiligung führte zur Anhörung vieler Verbände und Institutionen sowie zur Aufnahme von 3.000 Einzelanregungen aus der Bevölkerung.³⁴ Die maßgebliche Handlung der Thüringer Bevölkerung war jedoch die abschließende Abstimmung über die Verfassung, die allein der Verfassungsurkunde zur Geltung verhalf.³⁵ In diesem festgelegten Verfahren der Verfassungsgebung spiegelt sich die Annahme der Theorie der Performativität des Rechts wieder, nach der eine Norm erst durch ihre Anwendung zu Geltung gelangt. Erst dadurch, dass Art. 106 ThürVerf eine Volksabstimmung vorsah und diese am 16. Oktober 1994 tatsächlich durchgeführt wurde, trat die Verfassung endgültig in Kraft und erlangte rechtliche Geltung.³⁶

3. Der Mandatsverzicht gemäß Art. 52 Abs. 2 ThürVerf

Besonders deutlich wird der performative Charakter auch beim Verzicht eines/einer Landtagsabgeordneten auf sein/ihr Mandat gem. Art. 52 Abs. 2 ThürVerf: „Der Verzicht ist vom Abgeordneten persönlich dem Präsidenten des Landtags gegenüber schriftlich zu erklären.“ Das Performative hieran tritt in mehrfacher Hinsicht auf. Einerseits stellt die Ausführung der Vorschrift eine unverkennbare Performance oder Inszenierung des Verzichts dar, da sie von der verzichtenden Abgeordneten die persönliche Erklärung gegenüber dem Landtagspräsidenten (oder die

²⁵ Etwa Art. 60 (Öffentlichkeit des Landtages) und 61 (Beschlussfähigkeit des Landtages) sowie die Art. 81ff ThürVerf über die Gesetzgebung.

²⁶ Etwa Art. 1 (Menschenwürde), Art. 44 (Demokratieprinzip, Föderalismus, Sozialstaat, Umweltstaat), Art. 45 (Volksouveränität und Gewaltenteilung), Art. 47 (Rechtsstaatsprinzip) ThürVerf.

²⁷ Man muss dieser Annahme nicht folgen, ich selbst habe Zweifel, ob sich ein so wesentlicher Grundsatz wie der Vorrang der Verfassung allein aus seiner tatsächlichen Anwendung herleiten lässt und nicht doch ein normativer Grund wie die Verfassungssouveränität des Volkes herangezogen werden sollte. Doch bleibt bei normativen Begründungen stets das Problem der nie abschließbaren Begründung, woher nun dieses Normative genommen wird.

²⁸ Vgl. Müller-Mall, in: Bülow 2016, 29.

²⁹ Vgl. Joachim Linck/Siegfried Jutzi/Jörg Hopfe, Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Stuttgart 1994, 50.

³⁰ Vgl. Rolf Gröschner, in: Linck et al. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen. Handkommentar, Baden-Baden 2013, Präambel, Rn. 16-21; Linck/Jutzi/Hopfe 1994, 52.

³¹ Vgl. Linck/Jutzi/Hopfe 1994, VII und 589, Art. 106, Rn. 4.

³² Übersicht zu den Verfassungsentwürfen in Thüringer Landtag (Hrsg.), Die Entstehung der Verfassung des Freistaats Thüringen 1991–1993. Dokumentation. Erfurt 2003.

³³ Vgl. Jörg Hopfe, in: Linck et al. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Handkommentar, Baden-Baden 2013, E 2, Rn. 12.

³⁴ Vgl. Hopfe, in: Linck et al. 2013, E 2, Rn. 13.

³⁵ Vgl. Hopfe, in: Linck et al. 2013, E 2, Rn. 16.

³⁶ Vgl. Manfred Baldus, in: Manfred Baldus/Matthias Knauff (Hrsg.), Landesrecht Thüringen. Studienbuch, § 1 Verfassungsrecht, Rn. 1.

Niederschrift bei der Landtagsverwaltung) verlangt.³⁷ Wir begegnen hier klar festgelegten Rollen und Vorgaben für die „Aufführung“ des Verzichts und erkennen, dass der Mandatsverzicht erst rechtlich wirksam wird, wenn er auch inszenatorisch oder verfahrensmäßig gelingt. Ein Verfahrensfehler beim Mandatsverzicht führt auch zum Ausbleiben der Rechtsfolge des Art. 52 Abs. 2 ThürVerf. Andererseits verdeutlicht der Mandatsverlust gem. Art. 52 Abs. 2 ThürVerf auch einen mehrstufigen medialen Übersetzungsprozess von der Willensbildung des Abgeordneten über die persönliche aber zugleich schriftliche Erklärung hin zur rechtlichen Wirkung des Verzichts.

4. Der Eid gemäß Art. 71 ThürVerf

Stellt bereits der Mandatsverzicht einen Sprechakt dar, der die Rechtslage verändert, tritt dies bei der Eidleistung gem. Art. 71 ThürVerf noch stärker hervor.

Gemäß Art. 71 Abs. 1 ThürVerf leisten der Ministerpräsident und die Minister bei der Amtsübernahme vor dem Landtag einen Eid. Bereits die verfahrensmäßige Festlegung der Zeit (bei der Amtsübernahme) und des Ortes (vor dem Landtag) der Eidleistung beschreibt eine verfassungsrechtliche Inszenierung eines klassischen Sprechaktes, die in feierlicher Stunde und nach strengem Verfahren vor dem Parlament aufgeführt wird.³⁸ Obwohl der Eid eher der „integrativen Selbstdarstellung“³⁹ des Staates und der moralischen Selbstvergewisserung der Amtspersonen dient,⁴⁰ ist der Eid gemäß Art. 71 Abs. 1 ThürVerf doch nicht ohne jede rechtliche Wirkung.⁴¹ Da ein Ministerpräsident oder eine Ministerin ohne Eid sein/ihr Amt nicht aufnehmen darf,⁴² wäre eine nicht vereidigte Person

³⁷ Vgl. *Hans Walter Sebastian Dette*, in: Linck et al. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Handkommentar, Baden-Baden 2013, Art. 52, Rn. 4; *Linck/Jutzi/Hopfe* 1994, 399, Art. 52, Rn. 4.

³⁸ Vgl. *Matthias Ruffert*, in: Linck et al. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Handkommentar, Baden-Baden 2013, Art. 71, Rn. 4.

³⁹ *Linck/Jutzi/Hopfe* 1994, 467, Art. 71, Rn. 1.

⁴⁰ Vgl. *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 56, Rn. 5: Zeremonie, Feierlichkeit, Symbolwert.

⁴¹ Insofern ist die Annahme von *Jochen Bung*, Sprachperformanz als Grundlage des Gesellschaftsvertrages, in: Bülow et al. (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, Berlin 2016, 63, 75, dass eine Eidesformel der dahinterliegenden Verpflichtung oder dem dahinterliegenden Versprechen nichts hinzufügt, bezogen auf das Verfassungsrecht nicht zutreffend.

⁴² So auch *Ruffert*, in: Linck et al. 2013, Art. 71, Rn. 4; auch *Martin Nettesheim*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch

nicht zu einer verfassungsmäßigen Amtsführung befugt und müsste im Falle eines Ministers/einer Ministerin im Zweifel entlassen werden.⁴³ Der Eid ist damit ein Paradebeispiel für die Inszenierung der Rechtserzeugung.

5. Die Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen

Schließlich sei noch die Ausfertigung und Verkündung von Parlamentsgesetzen gem. Art. 85 Abs. 1 ThürVerf als Element der Rechtserzeugung mit Übersetzungsleistung erwähnt. Der Thüringer Landtagspräsident als befugtes Organ erhält die vom Landtag mit Beschluss gefassten Gesetze. Nach formeller und begrenzt materieller Prüfung des Gesetzes⁴⁴ hat er es zunächst auszufertigen. Das bedeutet, er fertigt eine Urschrift des Gesetzes an, indem er die originale Urkunde eigenhändig unterzeichnet.⁴⁵ Die verwendete Medienart ändert sich also von der Entwurfsform zur originalen Ausfertigungsurkunde.⁴⁶ Daran schließt sich eine weitere Medientranskription an, sobald die ausgefertigte Originalschrift im Gesetzes- und Verordnungsblatt verkündet wird, da dieses mit seiner spezifischen Kopfzeile, seinen Spalten, Nummerierung und Seitenzählung wieder eine juristische Medienart sui generis ist, in die das ausgefertigte Gesetz übersetzt werden muss.

III. Schlussbemerkungen

Die Betrachtung des Rechts durch die performative Brille schafft keine Abkehr vom herkömmlichen Dogmatismus der Jurisprudenz. Um zu verstehen, was das Recht vorgibt, wird die Anwendung der klassischen Methoden weiterhin vonnöten sein. Die Ergründung der Performativität des Rechts ermöglicht es jedoch die Sprach- und Handlungsdimension des Rechts zu begreifen und Recht nicht einfach als unhinterfragbare „gegebene“ Ordnung hinzunehmen, sondern als mediales dynamisches Zeichensystem, wie es sich konsequenterweise auch im Thüringer Recht wiederfindet.

des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 61 Amt und Stellung des Bundespräsidenten: ethische Selbstbindung des Amtsträgers, die durch die Feierlichkeit und Öffentlichkeit der Eidesleistung verstärkt wird.

⁴³ Vgl. *Linck/Jutzi/Hopfe* 1994, 467, Art. 71, Rn. 1.

⁴⁴ Vgl. ausführlich *Volker Bathe*, in: Linck et al. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Handkommentar, Baden-Baden 2013, Art. 85, Rn. 10f.; *Linck/Jutzi/Hopfe* 1994, 519, Art. 85, Rn. 6.

⁴⁵ Vgl. *Bathe*, in: Linck et al. 2013, Art. 85, Rn. 7.

⁴⁶ Vgl. *Linck/Jutzi/Hopfe* 1994, 519, Art. 85, Rn. 4.

Verfassungskultur

Eindrücke der Redaktion zur aktuellen Lage in Thüringen.

Es dauerte genau 24 Stunden und 50 Minuten – von der Wahl *Thomas Kemmerichs* (am 5. Februar 2020 um 13.27 Uhr) zum sechsten Ministerpräsidenten des Freistaates Thüringen bis zu seiner Rücktrittserklärung (am 6. Februar 2020 um 14.17 Uhr) – um einer in dreißig Jahren entwickelten Verfassungskultur Thüringens deutlichen Schaden zuzufügen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht die Wahl *Thomas Kemmerichs* unproblematisch im Einklang mit den Vorgaben des Art. 70 Abs. 3 S. 3 ThürVerf. Denn er erhielt, nachdem der erste und der zweite Wahlgang erfolglos und ohne Wahl eines Ministerpräsidenten verliefen, im Dritten Wahlgang die Mehrheit der abgegebenen Stimmen (45 für *Thomas Kemmerich*, 44 für *Bodo Ramelow* und null für *Christoph Kindervater*¹). Damit ist er unzweifelhaft in einer ordnungsgemäßen und geheimen Wahl im dritten Wahlgang durch den Thüringer Landtag zum neuen Ministerpräsidenten gewählt worden.

Verfassungspolitisch und vor dem Hintergrund einer bestehenden parlamentarischen Praxis und einer Verfassungskultur im Staatsleben des Freistaates Thüringen ist die Wahl *Kemmerichs* jedoch alles andere als gewöhnlich oder in geordneten Bahnen verlaufen. Der erste Bruch mit den parlamentarischen Gepflogenheiten ist das durch den Wahlvorgang offengelegte taktische Vorgehen der AfD-Fraktion im Landtag. Sie stellte einen eigenen Kandidaten für die Wahl zum Ministerpräsidenten in der Absicht auf, diesen gar nicht zu wählen, sondern die Fraktionen der CDU und FDP dadurch zu veranlassen, einen eigenen Kandidaten zu benennen und diesem dann die AfD-Stimmen zu geben. Es ist ein bislang nie eingetretener Vorgang, einen eigenen Vertreter nur zum Schein aufzustellen, um damit eine versteckte parlamentarische Strategie zu verfolgen.

Den Vorgaben der Verfassung steht dies freilich nicht entgegen, denn die Wahl des Ministerpräsidenten ist gemäß Art. 70 Abs. 3 ThürVerf aus gutem Grund eine geheime Wahl und aus dem Aufstellen eines Kandidaten

folgt nicht die verfassungsrechtliche Pflicht diesen auch zu wählen. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob eine parlamentarische Kultur des offenen Umgangs und der Verbindlichkeit der eigenen Positionierung der Landtagsfraktionen nicht wesentlich wichtiger sind, als einen kurzfristigen politischen Coup zu landen. Parlamentarische Gepflogenheiten sind auch Ausdruck eines republikanischen, freistaatlichen Selbstverständnisses, die man für augenblickliche politische Erfolge nicht opfert.

Dies führt gleich weiter zu dem weiteren Bruch, der in der Wahl *Kemmerichs* lag. Noch wird spekuliert, ob es Absprachen zwischen den Fraktionen von CDU, FDP und AfD gab, um diesen parlamentarischen Trick durchzuführen. *Kemmerich* selbst wirkte bei der Bekanntgabe des Wahlergebnisses überrascht. Einerlei, denn in dem Moment als die Stimmverteilung des dritten Wahlgangs verkündet wurde, war trotz geheimer Wahl offensichtlich, dass die AfD-Fraktion ihre Stimmen geschlossen für *Kemmerich* abgegeben hatte. Wenn er sich nun im Nachhinein damit erklärt, dass sein Rücktritt notwendig sei, weil er das Amt des Ministerpräsidenten „vom Makel der Unterstützung durch die AfD“ befreien will, dann drängt sich die Frage auf, warum er die Wahl überhaupt angenommen hat (Art. 71 Abs. 1 ThürVerf). Wenn ihm die Beteuerung der Abgrenzung nach rechts im Wahlkampf und der verfassungspolitische Konsens von 70 Jahren Bundesrepublik Deutschland und 30 Jahren Freistaat Thüringen, wonach sich die politischen Verantwortungsträger und die öffentlichen Amtsinhaber klar abgrenzen von allen geistigen Nachfahren des Nationalsozialismus (so etwa die Stellungnahme des Zentralrats der Juden in Deutschland), tatsächlich etwas Wert gewesen wären, dann hätte *Kemmerich* diese Wahl niemals annehmen dürfen. Indem er aber die Wahl annahm, zerschlug *Kemmerich* derart viel parlamentarisches Porzellan, dass ihm hätte klar sein müssen, dass er eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Fraktionen im Landtag für lange Zeit stark belastet hat. Welche längerfristige Überlegung hinter der Annahme der Wahl steht, bleibt völlig undurchsichtig, denn es musste jedem Beobachter klar sein, dass nun keine fraktionenübergreifende Zusammenarbeit mehr möglich war. *Kemmerich* wurde so zwar Regierungschef, aber zu einem, der keinerlei politische Mehrheitsbasis für irgendeine landespolitische Entscheidung hatte.

¹ *Christoph Kindvater* (* 1977), Vertriebsingenieur, war von 2016 bis 2020 ehrenamtlicher Bürgermeister von Sundhausen. Er trat nach der gescheiterten Wahl vom 5. Februar 2020 am 6. Februar 2020 von seinem Amt als Bürgermeister zurück, um möglichen Schaden von seiner Gemeinde abzuwenden.

Ein Glück, dass *Joachim Linck*, der maßgeblich den Thüringer Landtag wieder aufgebaut hat, diesen Bruch der Thüringer Verfassungskultur nicht mehr miterleben muss.

Was geschehen ist, hat dem Staatsleben des Freistaates Thüringen großen Schaden zugefügt. Die parlamentarische Kultur ist mit einem erheblichen Vertrauensbruch belastet und es gibt einen Regierungschef, der bereits *einen* Tag nach der Amtseinführung seinen Rücktritt erklärt. Hier wurde innerhalb kürzester Zeit eine seit 1990 neu und mühsam aufgebaute parlamentarische Verfassungskultur schwer beschädigt für einen kurzfristigen Machtgewinn. Schlimmer nun noch, dass Kemmerich gemäß Art. 75 Abs. 3 ThürVerf auch nach seinem Rücktritt der geschäftsführende Ministerpräsident bleibt bis zur Wahl eines neuen Regierungschefs. Da jedoch innerhalb seiner kurzen „Amtszeit“ keine anderen Regierungsglieder gewählt wurden, besteht die gesamte aktuelle Thüringer Landesregierung aus nur einer Person. Zudem hat Kemmerich erklärt, er nehme an Bundesratssitzungen (etwa am 14.02.2020) nicht teil, weil er nicht provozieren wolle. So hat der Freistaat Thüringen faktisch zur Zeit keine arbeitende Regierung, ist also quasi führungslos und wird ebenso nicht auf der Bundesebene vertreten. Hier nicht von einer Staatskrise zu sprechen, fällt schwer.

Doch nicht nur innerhalb des Thüringer Verfassungslebens hat die Wahl des sechsten Ministerpräsidenten des Freistaates zu Verwerfungen und Kulturbrüchen geführt. Ebenso im mindesten bedenkenswert sind die anschließenden Vorgänge aus einer bundesstaatlichen Perspektive. Denn die nahezu unzählbaren Wortmeldungen führ-

ender Bundespolitikerinnen und Bundespolitiker sowie verschiedener Amtspersonen der Bundesebene (zu denken sei allein an die Bundeskanzlerin, die Fraktionsvorsitzenden der Bundestagsfraktionen, einzelne Mitglieder der Bundesregierung oder auch der „Beauftragte der Bundesregierung für die neuen Bundesländer“) für und gegenden Amtrücktritt Kemmerichs haben enormen externen Handlungsdruck auf das Verfassungssystem des Freistaates Thüringen ausgeübt. Auch wenn es in einer Innenperspektive zu verheerenden Kulturbrüchen innerhalb des politischen Systems Thüringens gekommen ist, so bleibt trotzdem die juristische Tatsache, dass der Freistaat Thüringen über eine eigene Verfassungsautonomie verfügt, die sich lediglich an den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 GG messen lassen muss. In der Außenperspektive ist Thomas Kemmerich gemäß den Vorgaben der Thüringer Verfassung gewählt worden, wodurch er der formal legitime Inhaber des obersten öffentlichen Amtes in Thüringen war und weshalb der massive politische Druck von Seiten der Bundespolitik durchaus als ein Hineinwirken in einen anderen Verfassungsraum zu verstehen ist. Für das Instrument des Bundeszwangs nach Art. 37 GG ist hier kein Platz. Insofern kann man das politische Einwirken der Bundespolitik auf den neugewählten Ministerpräsidenten am ehesten als einen Ausdruck der (vertikalen) Gewaltenschränkung verstehen, der das gesamte politische System der Bundesrepublik prägt.

Für die Redaktion Hannes Berger.

Bundesverfassungsgericht

Beschluss vom 13.02.2020
Az. 1 BvQ 12/20

Zum Scheitern des Antrages, im Wege der einstweiligen Anordnung Teile des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietbegrenzung des Landes Berlin vorläufig nicht in Kraft treten zu lassen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Aus den Gründen:

I.

1

Die Antragsteller, die jeweils Wohnungen im Land Berlin vermieten, begehren die Außerkraftsetzung von Artikel 1 § 11 Absatz 1 Nummer 2 bis 5 in Verbindung mit § 11 Absatz 2 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung des Landes Berlin bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über eine noch zu erhebende Verfassungsbeschwerde der Antragsteller gegen Artikel 1 § 3, § 4 in Verbindung mit §§ 6 und 7, § 5 sowie § 11 Absatz 1 Nummer 2 bis 5 und § 11 Absatz 2 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung des Landes Berlin, wie ihn das Abgeordnetenhaus von Berlin am 30. Januar 2020 in zweiter Lesung beschloss.

2

Durch Artikel 1 § 11 Absatz 1 Nummer 2 bis 5 in Verbindung mit § 11 Absatz 2 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung des Landes Berlin werden bestimmte Handlungen und Unterlassungen von im Land Berlin tätigen Vermietern als Ordnungswidrigkeit eingestuft, insbesondere wenn sie im Gesetz näher bestimmte, gegenüber ihren Mietern und Mieterinnen und verschiedenen Behörden des Landes Berlin bestehende Auskunftspflichten nicht erfüllen oder wenn sie mehr als die im Gesetz bestimmten Höchstmieten fordern oder entgegennehmen.

II.

3

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist abzulehnen, weil er unzulässig ist.

4

1. Ein zulässiger Antrag nach § 32 Abs. 1 BVerfGG erfordert eine substantiierte Darlegung der Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. November 2018 - 1 BvQ 81/18 -, Rn. 2 m.w.N.; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 8. August 2019 - 1 BvQ 63/19 -, Rn. 2 m.w.N.). Dabei richten sich die Anforderungen eines isolierten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach den spezifischen Voraussetzungen für eine solche Anordnung; sie sind mit den Begründungsanforderungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht identisch (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 8. Mai 2017 - 1 BvQ 19/17 -, Rn. 4).

5

Zu diesen spezifischen Begründungsanforderungen gehören Darlegungen, die dem Bundesverfassungsgericht ermöglichen, zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des § 32 Abs.1 BVerfGG vorliegen (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Oktober 2006 - 1 BvQ 30/06 -, juris, und vom 17. November 2006 - 1 BvQ 33/06 -, juris; Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 21. Oktober 2008 - 2 BvQ 33/08 -, juris, und vom 28. November 2008 - 2 BvQ 36/08 -, juris), namentlich ob ein Streitfall im Sinne dieser Norm besteht. Dabei gilt der verfassungsprozessuale Grundsatz, dass eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nicht vor dessen Verkündung erhoben werden kann (vgl. BVerfGE 11, 339 <342>), prinzipiell auch für den gegen ein Gesetz gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (vgl. BVerfGE 11, 339 <342>; 125, 385 <393>; 131, 47 <52>). Hiervon kann nur in Ausnahmefällen abgewichen werden, wenn effektiver Grundrechtsschutz andernfalls nicht gewährleistet werden könnte (vgl. BVerfGE 131, 47 <52>).

6

Die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG vor Verkündung eines Gesetzes setzt allerdings voraus, dass der Inhalt des Gesetzes fest- und seine Verkündung unmittelbar bevorstehen. Dafür muss das Gesetzgebungsverfahren vor den gesetzgebenden Organen vollständig abgeschlossen sein (vgl. BVerfGE 131, 47 <53>). Bei Bundesgesetzen hat das Bundesverfassungsgericht auch die dem Bundespräsidenten vor der Ausfertigung (Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG) obliegende Kompetenz zur Prüfung des Gesetzes zu respektieren (vgl. BVerfGE 131, 47 <53>).

7

2. Diesen Anforderungen genügt der Antrag nicht.

8

Die Antragsteller haben nicht dargelegt, dass das Gesetzgebungsverfahren durch die am 30. Januar 2020 im Abgeordnetenhaus von Berlin durchgeführte zweite Lesung des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung des Landes Berlin vollständig abgeschlossen ist, so dass sein Inhalt feststeht und seine Verkündung unmittelbar bevorsteht.

9

Nach Art. 59 Abs. 2 der Verfassung von Berlin (VvB) in Verbindung mit § 30 Abs. 2 Satz 1 der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses von Berlin (GO Abghs Bln) vom 27. Oktober 2016 (GVBl. [BE] S. 841) werden Gesetzesanträge zwar regelmäßig in zwei Lesungen beraten und beschlossen. Gemäß Art. 59 Abs. 5 VvB in Verbindung mit § 30 Abs. 2 Satz 2, § 34 Satz 1 GO Abghs Bln hat aber auf Verlangen des Präsidenten des Abgeordnetenhauses oder des Senats vor der Ausfertigung eines Gesetzes eine dritte Lesung stattzufinden. Eine Frist für das Verlangen der dritten Lesung ist nicht vorgesehen. Zudem hat der Präsident des Abgeordnetenhauses nach Art. 60 Abs. 2 VvB Gesetze unverzüglich auszufertigen. Damit bestätigt der Präsident des Abgeordnetenhauses, dass der Gesetzesbeschluss verfassungsgemäß zustande gekommen ist. Insofern ist seine Funktion mit der des Bundespräsidenten vergleichbar, der nach Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG die Bundesgesetze auszufertigen hat (vgl. Pfennig/Neumann, Verfassung von Berlin, 3. Auflage 2000, Art. 60 Rn. 2; Michaelis, in Driehaus, Verfassung von Berlin, 4. Auflage 2020, Art. 60 Rn. 2).

10

Vorliegend ist aber weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sowohl der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin als auch der Senat von Berlin keine dritte Lesung des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung des Landes Berlin verlangt haben, noch dass durch den Präsidenten des Abgeordnetenhauses die Ausfertigung desselben vorgenommen wurde. Der hier gestellte Antrag ist daher verfrüht und deshalb unzulässig.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Urteil vom 19.12.2019

Az. 9 S 838/18

Zu Lehrevaluationen als potenzieller Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit. Zum Bestimmtheitsgrundsatz.

Leitsätze

1. Auch wenn Lehrveranstaltungsevaluationen nicht mit verbindlichen Vorgaben hinsichtlich Inhalt und Methode der angebotenen Lehrveranstaltungen verbunden sind, greifen sie nicht unerheblich in die durch Art. 20 Abs. 1 LV, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte Lehrfreiheit des Hochschullehrers ein.

Aus den Gründen:

1

Der Antragsteller, ein Hochschullehrer an der Hochschule Konstanz Technik, Wirtschaft und Gestaltung (Antragsgegnerin), wendet sich gegen deren Evaluationsatzung. [...]

32

Der Antrag ist zulässig (I.) und begründet (II.). Die Regelungen in § 15 Abs. 3 Satz 3 der Evaluationsatzung der Antragsgegnerin für den Handlungsbereich Studium und Lehre vom 11.04.2017 (- Evaluationsatzung -) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 b), § 11 Abs. 3 Satz und § 13 Abs. 1, 2 und 3 der Evaluationsatzung verstoßen gegen höherrangiges Recht und sind daher unwirksam. Hieraus folgt mangels eines verbleibenden, in sich sinnvollen Regelungskonzepts der Satzung zugleich deren Gesamtnichtigkeit. [...]

46

Für Hochschullehrer ist Kern der Wissenschaftsfreiheit das Recht, ihr Fach in Forschung und Lehre zu vertreten. Dabei gehört es insbesondere zu ihrer durch das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten verfassungsrechtlichen Position, selbst über Inhalt, Methode und Ablauf der Lehrveranstaltung bestimmen zu können (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 07.10.1980 - 1 BvR 1289/78 -, BVerfGE 55, 37, vom 28.10.2008 und vom 13.04.2010, jeweils a.a.O.; Senatsurteil vom 21.11.2017, a.a.O.). Dies schreibt auch das Landeshochschulgesetz in § 3 Abs. 3 Satz 1 fest, wonach „die Freiheit der Lehre ... im Rahmen der zu erfüllen-

den Lehraufgaben insbesondere die Durchführung von Lehrveranstaltungen und deren inhaltliche und methodische Gestaltung“ umfasst. Da die Lehre zu den dienstlichen Pflichten der Hochschullehrer gehört, sind allerdings Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane über die inhaltliche, zeitliche und örtliche Koordination der von der Hochschule anzubietenden Lehre und über die Verteilung und Übernahme von Lehrverpflichtungen grundsätzlich zulässig (BVerfG, Beschluss vom 13.04.2010, a.a.O.; Senatsurteil vom 21.11.2017, a.a.O.; vgl. auch § 3 Abs. 3 Satz 2 LHG sowie Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 4).

47

Für die Wissenschaft als Bereich autonomer Verantwortung, der nicht durch bloße gesellschaftliche Nützlichkeits- und politische Zweckmäßigkeitvorstellungen geprägt sein darf (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.03.1978 - 1 BvR 333/75 u.a. - BVerfGE 47, 327), birgt die Evaluation von Forschung und Lehre nicht nur unerhebliche Gefahren. Der von ihrer Wahrnehmung möglicherweise ausgelöste Druck zur Orientierung an extern gesetzten Bewertungskriterien kann zu Fehlentwicklungen führen. Die für die Evaluation benutzten Bewertungskriterien müssen daher hinreichenden Raum für wissenschaftseigene Orientierungen belassen. Dieses Erfordernis gilt unabhängig davon, ob solche Kriterien hochschulextern oder -intern festgesetzt werden. Evaluationskriterien haben eine gesteigerte Bedeutung, wenn die Verteilung öffentlicher Mittel an die Evaluationsergebnisse geknüpft wird, weil die Hochschulangehörigen auf den öffentlichen Wissenschaftsbetrieb und dessen Ressourcen angewiesen sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004, a.a.O. zur Forschungsevaluation; VerfGH Bad.-Württ., Urteil vom 14.11.2016, a.a.O.).

48

Ein Verbot der Bewertung wissenschaftlicher Qualität oder ein Verbot, an die Bewertung Folgen bei der Ressourcenverteilung zu knüpfen, lässt sich Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 20 Abs. 1 LV allerdings nicht entnehmen. Forschungsleistungen und -vorhaben werden seit jeher nicht nur in Prüfungen und Qualifikationsverfahren, sondern auch in Berufungsverfahren und bei der Vergabe von Drittmitteln bewertet. Ebenso zulässig ist die Bewertung im Rahmen hochschulinterner Ressourcenverteilung. Jede Ressourcenverteilung, auch die nicht an eine Evaluation anknüpfende Verteilung durch Organe der Selbstverwaltung, kann wissenschaftsfremden Einflüssen ausgesetzt sein. Die Absicht des Gesetzgebers, Allokationsentscheidungen möglichst rational und im Interesse einer Effekti-

vierung der Ressourcenverwendung auch leistungsorientiert zu steuern, ist bei wissenschaftsadäquater Bewertung der in der Forschung erbrachten und zu erwartenden Leistungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004, a.a.O.; VerfGH Bad.-Württ., Urteil vom 14.11.2016, a.a.O.). Im Kern gelten diese Grundsätze gleichermaßen für die Evaluation der Lehre (vgl. Schlink, *Evaluierte Freiheit?*, 5; Quapp, *DÖV* 2014, 740, 743). Da das Hochschulstudium in engem Zusammenhang mit dem Recht der freien Berufswahl nach Art. 12 Abs. 1 GG steht, ist in der wissenschaftlichen Lehre der Aufgabe der Berufsausbildung und den damit verbundenen Grundrechtspositionen der Studierenden Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG, Urteil vom 29.05.1973 - 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 -, BVerfGE 35, 79; Beschlüsse vom 24.06.2014 - 1 BvR 3217/07 -, BVerfGE 136, 338 und vom 17.02.2016 - 1 BvL 8/10 -, BVerfGE 141,143, stRSpr; s. sogleich unter II. 2 .a) bb) (1)).

49

Ausgehend hiervon wird der Schutzbereich der Lehrfreiheit durch staatlich bzw. von Seiten der Hochschule veranlasste studentische Lehrevaluationen tangiert (vgl. von Coelln, in: *Berliner Kommentar zum GG*, Stand: September 2019, Art. 5 (3. Teil) Rn. 114; Fehling, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Stand: Mai 2019, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 154, 169; Gärditz, *WissR* 2007, 68, 75; Mager, *VVStRL* 65 (2006), 274, 293; Schlink, *Evaluierte Freiheit?*, S. 13; Seckelmann, *Evaluation und Recht*, S. 449; Quapp, *DÖV* 2014, 740, 744). Zwar unterliegen betroffene Hochschullehrerinnen und -lehrer unabhängig von Art und Weise der jeweiligen Lehrevaluation keinen verbindlichen Vorgaben hinsichtlich Inhalt und Methode der von ihnen angebotenen Lehrveranstaltungen. Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass ein Grundrechtseingriff kein Handeln durch Gebot oder Verbot voraussetzt, sondern auch mittelbare, faktische Beeinträchtigungen der grundrechtlichen Schutzbereiche die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs aufweisen können (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558, 1428/91 -, BVerfGE 105, 252, 273 - Glykol, m.w.N.; Jarass/Pieroth, *GG*, 15. Aufl. 2018, Vorb. zu Art. 1, Rn. 29 m.w.N.; Hillgruber, *HStR* IX § 200 Rn. 90).

50

Nach § 11 Abs. 1 der Satzung dienen Lehrveranstaltungsevaluationen der Lehrentwicklung und werden als Feedback-Instrument für die Lehrenden eingesetzt, auf deren Basis Verbesserungspotenziale im Bereich Didaktik und Methode systematisch erfasst, reflektiert und umgesetzt werden können. Sie sollen insgesamt dem Studiendekan

zur Weiterentwicklung der Studiengänge und zur Sicherstellung der Qualität des Lehrangebots dienen (§ 11 Abs. 2). Nach § 12 a. kann die Lehrevaluation (u.a.) für Rückmeldungen zur Lehrveranstaltung an die Lehrperson verwendet werden, die dazu beitragen sollen, dass die Lehrperson ihre Lehre weiterentwickeln kann. Gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 der Satzung leiten die Studiendekane Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung in die Wege.

51

Vor dem Hintergrund dieser - beispielhaft genannten - Regelungen ist nicht von der Hand zu weisen, dass dadurch - in unterschiedlichem Grad je nach persönlichem Empfinden und Haltung zu Evaluationen - ein faktischer Druck erzeugt wird, der Auswirkungen auf das Lehrverhalten des Hochschullehrers haben kann und soll, etwa dergestalt, dass sich dieser in Art und Darbietung seiner Lehre an den gesetzten Evaluationskriterien orientiert (vgl. dazu auch Hufen, Rechtsfragen der Lehrevaluation an wissenschaftlichen Hochschulen, S. 16 f., 25), beispielsweise um im Rahmen von hochschulinternen Entscheidungen betreffend die Verteilung und Übernahme von Lehrverpflichtungen in der Konkurrenz zu Fachkollegen nicht zurückzustehen. [...]

86

3. Jedoch sind die auf die Evaluation von Lehrveranstaltungen bezogenen Regelungen in § 15 Abs. 3 Satz 3 der Evaluationsatzung in Verbindung mit § 7 Abs. 1 b), § 11 Abs. 3 sowie § 13 Abs. 1, 2 und 3 der Evaluationsatzung inhaltlich nicht hinreichend bestimmt. Das in der Evaluationsatzung geregelte Verfahren zur Lehrveranstaltungsevaluation muss den allgemeinen rechtstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen (vgl. nur Senatsurteil vom 21.11.2017, a.a.O., juris Rn. 40 m.w.N.), insbesondere aber auch eine hinreichende Beteiligung der Hochschullehrerinnen und -lehrer am Evaluationsprozess sicherstellen und somit wissenschaftsadäquat ausgestaltet sein (zum Maßstab vgl. bereits oben unter II.2.b)). Diesen Erfordernissen wird die Satzung nicht gerecht. Die Evaluationsatzung enthält selbst bereits keine allgemeinen, fach- bzw. fakultätsübergreifenden Leitlinien bzw. Evaluationskriterien. Hinzu tritt, dass die Satzung keine klare, eindeutige Regelung trifft, welche Organe innerhalb der Hochschule auf Fakultätsebene letztlich für die Durchführung der Lehrveranstaltungsevaluation und damit insbesondere für die Festlegung der Evaluationskriterien zuständig sein sollen. Somit ist nach den Satzungsregelungen ein maßgeblicher Einfluss der Gruppe der Hochschullehrerinnen und -lehrer an der hochschulinternen Entscheidungsfin-

dung im Bereich der Lehrevaluation nicht in ausreichendem Maße sichergestellt [...]

Thüringer Oberverwaltungsgericht

Urteil vom 29.01.2020

Az. 3 KO 620/18

Zur Rechtswidrigkeit der Verweigerung des Handschlags durch die Oberbürgermeisterin der Stadt Eisenach bei der Verpflichtung eines Stadtratsmitglieds der NPD.

Aus den Gründen:

Wie vom Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt, ist der Kläger zunächst klagebefugt. Gemäß § 43 Abs. 1 VwGO kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. In einem kommunalverfassungsrechtlichen Organstreitverfahren ergibt sich dieses Rechtsverhältnis daraus, dass Gemeindeorgane und Organteile über Bestand und Reichweite zwischen- und innerorganschaftlicher Rechte streiten [...]. So liegt es hier. Der Kläger kann in seiner Funktion als Mitglied des Stadtrates der Stadt Eisenach geltend machen, dass die die Begründung seiner organschaftlichen Rechte berührende Vorschrift des § 24 Abs. 2 ThürKO von der Beklagten verletzt worden sei.

Der Kläger kann sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auf ein von § 43 Abs. 1 VwGO gefordertes berechtigtes Interesse berufen. Als Feststellungsinteresse im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO ist jedes anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art anzusehen. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Feststellung geeignet erscheint, die Rechtsposition des Klägers in den genannten Bereichen zu verbessern. [...]

Nach diesen Maßstäben ist ein geschütztes Interesse, eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Beklagten herbeizuführen, dem Kläger nicht abzusprechen. Er verfügt über ein schutzwürdiges rechtliches und ideelles Interesse an der Klärung der aufgeworfenen Frage. Die hier inmitten stehende Vorschrift des § 24 Abs. 2 ThürKO berührt die organschaftliche Stellung des Klägers als klagebefugtes Organ des hier vorliegenden Kommunalverfassungsstreitverfahrens unmittelbar. Die als verletzt geltend gemachte Regelung über den

Handsschlag ist Teil des vom Gesetzgeber vorgegebenen Aktes der formellen Begründung der Mitgliedschaft im Stadtrat. Steht aber damit ein Rechtsverhältnis im Streit, das nicht nur die Ausübung bestimmter Organrechte, sondern bereits formal ihre Begründung betrifft, kann dem betroffenen Organ – hier dem Stadtratsmitglied – ein Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden. Zudem ist dem Kläger ein Interesse an der Wahrung seines Achtungsanspruches zuzugestehen, das darin besteht, festgestellt zu wissen, dass bestehende gesetzliche Verpflichtungen bei der Begründung seines Amtes als Mitglied des Stadtrates ihm gegenüber genauso zu erfüllen sind, wie gegenüber den anderen Stadtratsmitgliedern. Ob darüber hinaus eine Wiederholungsgefahr besteht kann daher dahinstehen. [...]

2. Die Klage ist auch begründet. Die Verweigerung des Handschlags in der ersten Stadtratssitzung am 19. Juni 2014 war rechtswidrig.

Nach § 24 Abs. 2 ThürKO sind die Gemeinderatsmitglieder in der ersten nach ihrer Wahl stattfindenden öffentlichen Sitzung des Gemeinderates vom Bürgermeister auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Pflichten per Handschlag zu verpflichten. Diese Anforderungen hat die Beklagte nicht erfüllt.

Diese Pflicht besteht unabhängig von den daran geknüpften rechtlichen Auswirkungen. Dem Verwaltungsgericht ist darin zuzustimmen, dass aus dem Fehlen des Handschlags nicht folgt, dass der Kläger nicht wirksam sein Amt als Mitglied des Stadtrates erlangt hat. Zwar spricht das Gesetz von der Verpflichtung „durch“ Handschlag. Entscheidend ist jedoch, dass das neu gewählte Mitglied unmissverständlich die Verpflichtung zur gewissenhaften Erfüllung seiner Pflichten erklärt. Dies ist im vorliegenden Fall auch geschehen. Ausweislich des Protokolls der Sitzung vom 19. Juni 2014 erklärte der Kläger ausdrücklich, die Verpflichtung anzunehmen. Dass der Handschlag nicht konstitutiv für die Begründung des Amtes ist, folgt aus Satz 2 des § 24 Abs. 2 ThürKO, nach dem er Gewählte das Amt verliert, wenn er die *Verpflichtung* verweigert. Das Gesetz knüpft die Folge damit nicht an das Fehlen des Handschlages, [...] dies gilt unabhängig von der Frage, von wem die Verweigerung des Handschlages ausgeht.

Daraus folgt indes nicht, dass den Bürgermeister im Rahmen des formellen Verpflichtungsaktes nicht die Pflicht trifft, dem neu gewählten Stadtratsmitglied die Hand zu

reichen. Dies ergibt sich bereits unmissverständlich aus dem Gesetz; der Wortlaut § 24 Abs. 2 Satz 1 ThürKO ist insoweit eindeutig [...]. Von dem Bestehen der Rechtspflicht geht auch die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfes der Landesregierung vom 15. April 1993 (Drs. 1/2149) aus, worin es heißt: „Durch die förmliche Verpflichtung gemäß [§ 24] Absatz 2 soll die besondere Rechtsstellung der Gemeinderatsmitglieder unterstrichen werden“.

Insgesamt ist dem einerseits zu entnehmen, dass der Handschlag keine konstitutive Wirkung besitzt [...], sondern lediglich der Bekräftigung einer materiell durch die Bekundung der Bereitschaft zur Pflichterfüllung begründeten Übernahme des Amtes dient. Andererseits folgt aus der Qualifikation des Handschlages als vom Gesetz vorgesehener symbolischer Akt aber auch die Amtspflicht sowohl des Bürgermeisters, als auch des neu gewählten Ratsmitgliedes sich dem nicht zu entziehen.

Insbesondere das Ziel, den vom Gesetzgeber beabsichtigten Symbolgehalt durch die Verweigerung des Handschlages in eine Bekundung des Missfallens umzukehren, ist mit dem Gesetz nicht vereinbar. Die gesetzliche Verpflichtung besteht auch nicht unter dem Vorbehalt einer subjektiv empfundenen inneren Bereitschaft. Sie ist vom Gesetz nicht gefordert. Zudem darf der Gesetzgeber voraussetzen, dass derjenige, der willens ist, als Bürgermeister und damit als politischer und administrativer Repräsentant einer Gemeinde aufzutreten, seine Bereitschaft zum Händeschütteln nicht von persönlichen Sympathien oder Antipathien abhängig macht.

Einer anderslautenden Auslegung ist § 24 Abs. 2 Satz 1 ThürKO nicht zugänglich. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Senates, zu prüfen, ob die Regelung zeitgemäß ist und einem öffentlichen Bedürfnis noch entspricht.

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.