

ZLVR

6. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

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

Nr. 2 / 2021

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

Verfahrensgestaltung im Denkmalrecht

Prof. Dr. Davydov

Seite 25

Der Zugang zu Gerichtsbibliotheken

Dr. Berger

Seite 34

Zugang und Nutzung von Hochschulbibliotheken

Gundling

Seite 46

Rezension im Öffentlichen Recht

Seite 54

Rechtsprechung

Seite 55

OVG SH – audiovisuelle Prüfungsaufsicht

OVG NRW – audiovisuelle Prüfungsaufsicht

OVG NRW – Heimrecht

VG Berlin – Hochschulbibliothek

VG Weimar – Maskenpflicht

OVG NRW – Präsenzunterricht

VG Greifswald – öff. Trinkwasserversorgung

2/2021

Verfahrensgestaltung im Denkmalrecht

Verwaltungsinterne Mitwirkung und gesellschaftliche Vollzugskontrolle

von Dimitrij Davydov, Köln*

Die Entwicklung der Denkmalschutzgesetze der Länder steht seit Jahren im Zeichen der Deregulierung. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet das Zusammenwirken von Fach- und Vollzugsbehörden in denkmalrechtlichen Verfahren und geht der Frage nach, ob die Reduzierung der amtlichen Expertise durch eine verstärkte Öffentlichkeitsbeteiligung ausgeglichen werden kann.

I. Problemaufriss

Die föderale Vielfalt im Denkmalrecht kommt am ehesten in der Verwaltungsstruktur und der Gestaltung der Verfahren zum Vorschein. Den Denkmalschutzgesetzen der Länder, mit Ausnahme des Saarlandes¹ und Hamburgs, gemeinsam ist im Bereich der Verwaltungsorganisation eine Differenzierung zwischen den meist auf kommunaler Ebene angesiedelten, mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Denkmalschutzbehörden² und den zentralisierten, von den Ländern getragenen Denkmalfachbehörden³, die einen vorwiegend wissenschaftlichen, beratenden und gutachterlichen Auftrag haben. Die konkrete Aufgabenverteilung zwischen den Denkmalschutz- und den Denkmalfachbehörden und die Art ihres Zusammenwirkens in denkmalrechtlichen Verfahren differieren jedoch erheblich. Gerade die verfahrensrechtliche Stellung der Denkmalfachbehörden bewegt sich seit Jahren in einem Spannungsfeld zwischen den verfassungsrechtlich festgeschriebenen kulturstaatlichen Standards, dem Wunsch nach Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung und dem Streben nach Verwaltungsverschlankeung und Verfahrensbeschleunigung.

* *Dr. iur. Dr. phil. Dimitrij Davydov* ist Professor an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen in Köln.

¹ In Saarland wurden die Unteren Denkmalbehörden im Zuge der Gesetzesreform von 2004 (Amtsbl. 2004, 1498) abgeschafft.

² Ein Extrembeispiel für die Kommunalisierung des Denkmalschutzes ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, wo seit 1980 jede der 396 Gemeinden die Aufgabe der Unteren Denkmalbehörde wahrnimmt.

³ Abweichend von der Rechtslage in den übrigen Ländern werden in Nordrhein-Westfalen die Denkmalfachbehörden nicht vom Land, sondern von den Landschaftsverbänden getragen.

Ein wesentlicher Grund für die Etablierung von landesweit zuständigen Denkmalfachbehörden war und ist bis heute die Sicherstellung eines – bei aller gebotenen Einzelfallgerechtigkeit – gleichmäßigen Gesetzesvollzugs. Da der Gesetzgeber sowohl bei der Definition des Denkmals als auch bei der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Betroffenen mit unbestimmten Rechtsbegriffen operiert, liegt die Notwendigkeit einer landesweit einheitlichen Auslegung und Anwendung dieser Begriffe auf der Hand. Die Einheitlichkeit der Entscheidungsmaßstäbe wird im Denkmalrecht typischerweise durch das „Vier-Augen-Prinzip“ sichergestellt, womit die regelhafte verfahrensinterne Beteiligung der Denkmalfachbehörde entweder an allen Entscheidungen der Denkmalschutzbehörden⁴ – oder nur an bestimmten Entscheidungen, etwa im Genehmigungsverfahren⁵ – gemeint ist.

Dennoch geht die allgemeine Tendenz im Denkmalrecht, neben der Verkürzung von Entscheidungsfristen und der Einführung von Genehmigungsfiktionen, vor allem zu einer Reduzierung der Mitwirkung der Denkmalfachbehörden an den denkmalrechtlichen Entscheidungsprozessen – meist unter der Ägide der Entbürokratisierung und des Abbaus von Investitionshemmnissen⁶. Die einst verbreitete Mitwirkungsform des Einvernehmens ist in mehreren Landesgesetzen aus Gründen der Vereinfachung zwischenzeitlich auf bestimmte Bereiche begrenzt⁷ oder zu Gunsten des schwächeren Benehmens,⁸ der noch schwächeren Anhörung⁹ oder der lediglich fakultativen Beratung im Einzelfall aufgegeben worden.¹⁰ In Nordrhein-Westfalen, wo von Anfang an die Mitwirkungs-

⁴ So z. B. in Baden-Württemberg (§ 3 Abs. 4 Satz 1 DSchG BW).

⁵ So z. B. in Hessen (§ 20 Abs. 5 HDSchG).

⁶ Vgl. *Janbernd Oebbecke*, Entwicklungen und Tendenzen im deutschen Denkmalrecht, DVBl. 2015, 1288, 1290 f.

⁷ In Schleswig-Holstein besteht anstelle der früher obligatorischen Zustimmung der Denkmalfachbehörde lediglich eine Verordnungsermächtigung für die Regelung einer solchen Mitwirkung in besonderen Fällen (§ 13 Abs. 5 DSchG SH). Hiervon hat die Landesregierung für einzelne Verfahrensgegenstände Gebrauch gemacht.

⁸ So z. B. in Sachsen-Anhalt (vgl. LT-Drs. 4/34, S. 7) und Rheinland-Pfalz (vgl. LT-Drs. 14/3407, S. 16 f.).

⁹ So z. B. in Baden-Württemberg (vgl. LT-Drs. 12/5916, S. 19) und Mecklenburg-Vorpommern (vgl. LT-Drs. 4/1601, S. 14).

¹⁰ In Niedersachsen wurde die regelhafte Mitwirkung der Denkmalfachbehörde 1996 gänzlich abgeschafft, bevor sie 2011 für bestimmte Verfahrensgegenstände in abgeschwächter Form erneut eingeführt wurde (LT-Drs. 16/3638, S. 8 f.).

form des Benehmens vorgesehen war,¹¹ stehen Überlegungen im Raum, diese in Teilbereichen durch eine Anhörung zu ersetzen.¹²

Mit der Schwächung der verfahrensrechtlichen Stellung der Denkmalfachbehörden geht typischerweise eine Stärkung der Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Gebietskörperschaften einher, wobei seitens der Landesgesetzgeber eine aufgabengerechte Ausstattung der (unteren) Denkmalschutzbehörden unterstellt wird. Eine Absicherung der Qualität administrativer Entscheidungen durch konkrete Vorgaben an die Qualifikation des Behördenpersonals ist im Denkmalrecht – anders als z. B. im Bauordnungsrecht¹³ – bislang unüblich. Unter diesen Voraussetzungen erweist sich die Eigenverantwortlichkeit als ein zweischneidiges Schwert, da bei Fehlentscheidungen die kommunalen Verwaltungsträger allein haften.¹⁴

Zugleich werden im Bereich der Denkmalverwaltung wiederholt Vollzugsdefizite beklagt, die die Forderung nach einer stärkeren zivilgesellschaftlichen Beteiligung an denkmalrechtlichen Entscheidungen befeuern, bis hin zu einer systematischen Kontrolle der Entscheidungen der Denkmalbehörden durch (anerkannte) Vereinigungen mit denkmalbezogenem Tätigkeitsschwerpunkt. Ob eine solche Kontrolle kulturpolitisch sinnvoll und geboten ist, wird in Fachkreisen unterschiedlich beurteilt. Dass sie dem Trend zur Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung entgegenlaufen kann, ist jedenfalls nicht ganz von der Hand zu weisen.

II. Denkmalrechtliche Verfahren

1. Verfahren im Bereich der Inventarisierung

a) Konstitutives und deklaratorisches Verfahren

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der systematischen Erfassung und Unterschutzstellung von Denkmälern

¹¹ Vgl. *Dimitrij Davydov*, „Zuletzt nur ein Mittel zum Zweck“. Die Entwicklung des Denkmalrechts in Nordrhein-Westfalen, DPfWL 2/2017, 68, 69 f.

¹² Vgl. Gesetzesentwurf der Landesregierung v. 03.03.2021, Landtag NRW, Vorlage 17/4761, Nr. 24 sowie die frühere Fassung v. 27.05.2020, Landtag NRW, Vorlage 17/3439, S. 30; hierzu *Ira Mazzoni*, Das Gesetz der Abrissbirne, SZ, Online-Ausgabe vom 05.07.2020.

¹³ Vgl. § 57 Abs. 3 MBO i. d. F. vom 22.02.2019.

¹⁴ So für die Rechtslage in NRW: OLG Köln, Urt. v. 31.10.2013, Az. 7 U 17/13.

hängt mit dem vom Landesgesetzgeber gewählten System des Denkmalschutzes zusammen: Wird ein Gegenstand als Bau- oder Bodendenkmal identifiziert, ist dies in Ländern mit einem konstitutiven System des Denkmalschutzes zwingend durch eine Eintragung in die Denkmalliste zu dokumentieren, während in den Ländern mit einem deklaratorischen System erkannte Denkmäler auch ohne Eintragung (*ipso iure*) dem gesetzlichen Schutz unterliegen. Dabei ist das konstitutive Verfahren der Unterschutzstellung bis auf Nordrhein-Westfalen und Bremen aus der Gesetzeslandschaft inzwischen nahezu vollständig verschwunden.¹⁵ Allerdings ist auch in den Ländern mit dem deklaratorischen Schutzsystem, so z. B. in Niedersachsen (§ 4 Abs. 5 NdsDSchG) und Sachsen (§ 10 Abs. 3 Satz 2 SächsDSchG), eine Feststellung der Denkmaleigenschaft durch rechtsmittelfähigen Verwaltungsakt auf Antrag des Eigentümers vorgesehen, wodurch die diesem System nachgesagte Rechtsunsicherheit¹⁶ kompensiert wird.

b) Entscheidungskompetenz und Entscheidungsmitwirkung

Die Funktion der Denkmalfachbehörden im Zusammenhang mit der Erfassung und Unterschutzstellung von Denkmälern schwankt, je nach landesrechtlich etabliertem Verfahren, zwischen der Verfahrensherrschaft und der mehr oder weniger stark ausgeprägten verwaltungsin-ternen Beteiligung.¹⁷ So führt in Hessen das Landesamt für Denkmalpflege das deklaratorische Denkmalverzeichnis (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 HDSchG), in das Denkmäler im Benehmen mit der jeweiligen Gemeinde eingetragen werden, und stellt auf Antrag die Denkmaleigenschaft gegenüber Betroffenen verbindlich fest.¹⁸ Demgegenüber spielen in Nordrhein-Westfalen die Denkmalpflegeämter der Landschaftsverbände bei der Ermittlung eintragungswürdiger Objekte zwar in der Praxis eine führende Rolle; ihr Beitrag zum Eintragsverfahren ist jedoch auf einen verwaltungsin-ternen Mitwirkungsakt beschränkt, während die Eintragung selbst von den Unteren Denkmalbehörden vorgenommen wird. In Baden-Württemberg wiederum sind

¹⁵ In Baden-Württemberg hat sich ein Mischsystem etabliert, das eine konstitutive Eintragung allein bei Objekten von besonderer Bedeutung (§ 12 DSchG BW) vorsieht.

¹⁶ Vgl. *Frank Niebaum/Jürgen Eschenbach*, Von der Angst, ein Denkmal zu besitzen, DÖV 1994, 12, 18.

¹⁷ Näher hierzu *Dimitrij Davydov*, in: Dieter Martin/Michael Krutzberger (Hrsg.), Hdb. Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl., München 2017, Teil C, Rn. 77–87.

¹⁸ Eine solche Befugnis des LfDH ist allerdings gesetzlich nicht geregelt.

höhere Denkmalschutzbehörden (Regierungspräsidien) für die konstitutive Eintragung der „Kulturdenkmale von besonderer Bedeutung“ in das Denkmalsbuch zuständig (§ 13 Abs. 1 DSchG BW), wobei die Beteiligung (Anhörung) des Landesamtes für Denkmalpflege lediglich in einer Verwaltungsvorschrift¹⁹ angeordnet wird.

Die Vielfalt der landesrechtlichen Lösungen im Bereich der Denkmalinventarisierung wirft die Frage nach der „Deutungshoheit“ für den Denkmalbegriff auf. Auch wenn die einst verbreitete Auffassung, ein Denkmal sei, was der zuständige Landeskonservator für ein Denkmal halte, heute nicht mehr vertreten wird, sind im Unterschutzstellungsverfahren nach wie vor in erster Linie die Denkmalfachbehörden dazu berufen, sachkundige Stellungnahmen zur Schutzwürdigkeit von Denkmälern abzugeben.²⁰ Geschuldet ist diese Einsicht dem seit vielen Jahrzehnten verfestigten Aufgabenportfolio der Denkmalfachbehörden, zu dem insbesondere die Erstattung von Gutachten zur Denkmaleigenschaft von Objekten gehört. Einen Sonderweg beschritt mit der Kommunalisierung des Unterschutzstellungsverfahrens Nordrhein-Westfalen, wo – entgegen dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der SPD und F.D.P.²¹ – eine dezentrale Denkmalliste installiert und mit der Entscheidungskompetenz der Gemeinden in der Frage der Eintragung verknüpft wurde. Die dahinter stehende Überlegung, die kulturhistorische Bedeutung eines Objekts sei zuvörderst im Bewusstsein der örtlichen Gemeinschaft verwurzelt, mag für viele Denkmäler zutreffen, ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig.

2. Verfahren der praktischen Denkmalpflege

Neben den Regelungen zur Unterschutzstellung von Denkmälern zählen Genehmigungsvorbehalte und Ermächtigungen für ein ordnungsbehördliches Einschreiten gegen denkmalwidriges Verhalten, insbesondere für Instandsetzungs- und Wiederherstellungsanordnungen, zum

normativen Kernbestand der Denkmalschutzgesetze der Länder.²²

a) Entscheidungskompetenz und Entscheidungsmitwirkung

Ordnungsbehördliche Kompetenzen sind im Denkmalrecht vorwiegend den Denkmalschutzbehörden zugewiesen, während die Rolle der Denkmalfachbehörden regelmäßig auf eine verwaltungsinterne Mitwirkung beschränkt ist. Dabei ist allerdings eine Priorisierung bestimmter Aufgabenbereiche bzw. Entscheidungsarten durch die Landesgesetzgeber erkennbar, deren besonderes Augenmerk auf dem Bereich der Bodendenkmalpflege liegt. Bei archäologischen Nachforschungsgenehmigungen besteht nämlich in Baden-Württemberg, Hessen und Schleswig-Holstein eine originäre Entscheidungszuständigkeit der Denkmalfachbehörden als Ausnahme von ihrem grundsätzlich nichthoheitlichen Aufgabenprofil. Der Sonderstatus der Bodendenkmalpflege äußert sich auch darin, dass eine Beteiligung der Denkmalfachbehörden an den Entscheidungen der Denkmalschutzbehörden im Wege des Einvernehmens (Schleswig-Holstein) oder des Benehmens (Niedersachsen) vorgesehen ist, obwohl sie in diesen Ländern im Bereich der Baudenkmalpflege abgeschafft wurde.²³

Die verwaltungsinternen Mitwirkungsbefugnisse der Denkmalfachbehörden differieren ebenso erheblich von Land zu Land wie die Letztentscheidungsbefugnisse bei fehlender Einigung. Die Notwendigkeit des Einvernehmens mit der Denkmalfachbehörde besteht in Berlin bei allen Entscheidungen der unteren Denkmalschutzbehörden (§ 6 Abs. 5 DSchG), wobei im Dissensfall die Entscheidungszuständigkeit auf die oberste Denkmalschutzbehörde übergeht. In Nordrhein-Westfalen haben die Unteren und Oberen Denkmalbehörden zwar ebenfalls bei allen Entscheidungen eine Äußerung des zuständigen Denkmalpflegeamtes einzuholen, können von dieser aber abweichen, während der Landschaftsverband als Träger des Denkmalpflegeamtes lediglich die Option hat, eine Entscheidung der Obersten Denkmalbehörde herbeizuführen. In Hessen ist das Einvernehmensefordernis wiederum nur

¹⁹ Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums für das Verfahren zum Vollzug des Denkmalschutzgesetzes für Baden-Württemberg (VwV Vollzug DSchG) v. 22.12.2014 (GABl. S. 4).

²⁰ OVG Nds., Urt. v. 15.07.2014, Az. 1 LB 133/13 (EzD 2.2.1 Nr. 30); OVG SH, Urt. v. 30.11.2012, Az. 1 LB 3/12 (juris); OVG LSA, Urt. v. 03.05.1999, Az. A 1 K 334/98 (EzD 2.1.2 Nr. 17); SächsOVG, Urt. v. 12.06.1997, Az. 1 S 344/95 (EzD 2.1.2 Nr. 12).

²¹ LT-Drs. 8/4492, Begründung, S. 4.

²² Näher hierzu *Jan Viebrock*, in: Martin/Krautzberger (Hrsg.), Hdb. Denkmalschutz und Denkmalpflege, Teil E, Rn. 1–60, 106–143.

²³ In Niedersachsen werden auch Entscheidungen mit Bezug zum UNESCO-Welterbe besonders herausgehoben (§ 21 Abs. 2 NdsDSchG).

im denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahren vorgesehen (§ 20 Abs. 5 HDSchG), wobei im Dissensfall stets eine Weisung der obersten Denkmalschutzbehörde einzuholen ist. Demgegenüber hat der Gesetzgeber in Thüringen im Zuge der Verwaltungsreform 2018 die zwingende Mitwirkung der Denkmalfachbehörde im Genehmigungsverfahren (§ 14 Abs. 3 Satz 3 ThürDSchG) beibehalten, zugleich jedoch das Dissensverfahren abgeschafft, so dass nunmehr grundsätzlich eine strikte Bindung der unteren Denkmalschutzbehörde an die Äußerung des Landesamtes für Denkmalpflege und Archäologie besteht.²⁴

Sofern die regelmäßige Beteiligung der Denkmalfachbehörde an den Entscheidungen der Denkmalschutzbehörden in den Denkmalschutzgesetzen einiger Länder bislang unangetastet geblieben ist, ist dennoch aufgrund der Verkürzung der Entscheidungsfristen eine angemessene Bewertung der jeweils beabsichtigten Verwaltungsentscheidung, einschließlich der Festlegung von fachlichen Anforderungen, die ggf. in Form von Nebenbestimmungen umgesetzt werden können, in der Praxis gelegentlich erschwert. Abhilfe schafft hier die Option, Verwaltungsvereinbarungen zu schließen, die insbesondere im Bereich der sog. Alltagsdenkmalpflege – also bei kleineren Baumaßnahmen – den Mitwirkungsakt der Denkmalfachbehörde (Einvernehmen oder Benehmen) unter bestimmten Voraussetzungen als gegeben voraussetzen.

In Sachsen wird dem Erfordernis einer angemessenen Beteiligung der jeweils zuständigen Denkmalfachbehörde in § 4 Abs. 2 SächsDSchG (Einvernehmen) zwar nach wie vor Rechnung getragen. Im Bereich der Baudenkmalpflege ist jedoch abweichend vom Wortlaut des Gesetzes gemäß einer Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Inneren der Kreis der mitwirkungspflichtigen Entscheidungen der unteren Denkmalschutzbehörden im denkmalrechtlichen Genehmigungs- und Zustimmungsverfahren auf bestimmte Fallgruppen reduziert worden²⁵. Voraussetzung für eine Befreiung von der Notwendigkeit der Einholung des Einvernehmens ist eine hinreichende Qualifikation der unteren Denkmalschutzbehörde. In Hessen hat der Gesetzgeber im Zuge der Gesetzesnovelle von 2016 eine optionale Abweichung von der Einvernehmens-

pflicht im Wege einer Verwaltungsvereinbarung normiert, nachdem die Rechtsprechung Bedenken an der Zulässigkeit einer solchen Abweichung ohne gesetzliche Grundlage geäußert hatte.²⁶ Nach § 20 Abs. 8 HDSchG ist die Vereinbarung eines „pauschalierten Einvernehmens“ nunmehr an zwei Voraussetzungen gekoppelt: Sie darf nur geringfügige Veränderungen an Kulturdenkmälern zum Gegenstand haben und setzt eine ausreichende fachliche Qualifizierung und personelle Ausstattung der Unteren Denkmalschutzbehörde voraus.

b) Sinn und Zweck der Verfahrensbeteiligung

Im Grundsatz weitgehend anerkannt ist, dass Eingriffe in Denkmäler aus der Perspektive eines sachverständigen Betrachters zu bewerten sind,²⁷ da eine solche Beurteilung ein spezifisches Vertrautsein mit dem zu schützenden Objekt und seiner Entstehungsepoche, also die Kenntnis der jeweiligen historischen und baugeschichtlichen Hintergründe, voraussetzt.²⁸ Diesen Anforderungen wird in erster Linie die Expertise der Denkmalfachbehörden gerecht. Für Stellungnahmen staatlicher Fachstellen, die sich durch die jahrelange Bearbeitung eines bestimmten Gebiets auszeichnen und nicht nur Aktenvorgänge im Einzelfall auswerten, ist nämlich anerkannt, dass sie grundsätzlich ein wesentlich größeres Gewicht als Expertisen von privaten Fachinstituten haben.²⁹ Diese Erwägungen legen eine Beteiligung der Denkmalfachbehörden bei allen Entscheidungen nahe, die den praktischen Umgang mit Denkmälern betreffen – von der Restaurierung über die Nutzungsänderung bis hin zur baulichen Erweiterung und Umgestaltung.

Während die öffentlich-rechtliche Funktion der verwaltungsinternen Beteiligung der Denkmalfachbehörden auf der Hand liegt, gehen die Auffassungen darüber, ob ihr auch ein individualschützender Charakter zukommt, auseinander. Vor allem in den Fällen des denkmalrechtlichen Umgebungsschutzes taucht gelegentlich die Frage auf, ob der im Einzelfall in einem Genehmigungsverfahren unterbliebene verwaltungsinterne Mitwirkungsakt der Denkmalfachbehörde (Einvernehmen, Benehmen) vom Denk-

²⁴ LT-Drs. 6/5826, S. 139.

²⁵ Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur Herstellung des Einvernehmens gemäß § 4 Abs. 2 SächsDSchG zwischen den unteren Denkmalschutzbehörden und dem Landesamt für Denkmalpflege Sachsen (VwV-Einvernehmen) v. 12.03.2001.

²⁶ Vgl. VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.01.2015, Az. 8 L 4844/14.F. (juris).

²⁷ Vgl. OVG Nds., Beschl. v. 06.04.2020, Az. 1 LA 114/18 (BeckRS); HessVGH, Beschl. v. 07.05.2013, Az. 4 A 1433/12 Z. (openJur).

²⁸ Vgl. OVG Nds., Urt. v. 28.11.2007, Az. 12 LC 70/07 (openJur).

²⁹ Vgl. BayVGH, Urt. v. 02.08.2018, Az. 2 B 18.742 (EzD 2.2.6.4 Nr. 113).

maleigentümer gerügt werden kann. Zwar ist es heute anerkannt, dass ein Denkmaleigentümer das Recht hat, die denkmalrechtliche (oder bauaufsichtsrechtliche) Genehmigung eines benachbarten Bauvorhabens anzufechten, wenn dieses Vorhaben die Denkmalwürdigkeit seines Anwesens möglicherweise erheblich beeinträchtigt;³⁰ entscheidend ist jedoch, dass der Eigentümer nicht die Rechtswidrigkeit der Genehmigung schlechthin geltend machen kann, sondern nur Verstöße gegen individualschützende Normen. Das VG Berlin hat für die dortige Rechtslage (Einvernehmenserfordernis) festgestellt, dass zwar die Genehmigungsentscheidung der unteren Denkmalschutzbehörde individualschützenden Charakter habe, nicht jedoch die Beteiligung des Landesdenkmalamtes.³¹ Dessen Auftrag umfasse zwar die Unterstützung des Eigentümers bei der im öffentlichen Interesse liegenden Pflege, Unterhaltung und Wiederherstellung von Denkmälern; die Beteiligung des Landesdenkmalamtes habe jedoch nur den Zweck, dessen Sachverstand in das Verfahren einfließen zu lassen, sodass alle maßgeblichen Aspekte des im öffentlichen Interesse liegenden Denkmalschutzes Berücksichtigung finden.³² Demgegenüber hat das VG Darmstadt die (vergleichbare) Rechtslage in Hessen anders beurteilt und angenommen, die Mitwirkung des Landesamtes für Denkmalpflege diene auch dem Interesse des Denkmaleigentümers, da es sich um eine einheitliche Entscheidung handle.³³

III. Zivilgesellschaftliche Verfahrensbeteiligung

Während die Frage nach der Zuständigkeitsverteilung und der Verfahrensherrschaft im Denkmalrecht jahrzehntelang ausschließlich das Verhältnis der Denkmalfach- zu den Denkmalschutzbehörden betraf, steht seit einigen Jahren auch die Mitwirkung nichtstaatlicher privater Akteure an denkmalrechtlichen Entscheidungsprozessen im Raum.

1. Arten der zivilgesellschaftlichen Verfahrensbeteiligung

Eine regelhafte Beteiligung von zivilgesellschaftlichen Akteuren an denkmalrechtlichen Verwaltungsverfahren ist derzeit in keinem der Landesdenkmalschutzgesetze geregelt. In Rheinland-Pfalz ist zwar die Anerkennung von

rechtsfähigen Organisationen, die sich satzungsgemäß mit Aufgaben des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege, der Ortsbildpflege oder der Stadterneuerung befassen, durch das zuständige Ministerium vorgesehen (§ 28 Abs. 1 DSchG RP). Die Beteiligung der anerkannten Organisationen ist jedoch gem. § 28 Abs. 2 DSchG RP darauf beschränkt, die nach dem Denkmalschutzgesetz erforderlichen Maßnahmen bei den Denkmalschutzbehörden oder der Denkmalfachbehörde „anzuregen“ und ggf. zu der angeregten Maßnahme angehört zu werden. In Sachsen-Anhalt können eingetragenen Vereinen und anderen juristischen Personen, die nach ihrer Satzung und nicht nur vorübergehend die Ziele des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege fördern, mit deren Einverständnis die Betreuung einzelner Kulturdenkmale, bestimmte Aufgaben im Bereich der Denkmalerforschung und Erfassung oder sonstige „geeignete Aufgaben“ übertragen werden (§ 7 Abs. 1 DSchG LSA). Mit dieser Regelung ist jedoch keine obligatorische Verfahrensbegleitung verbunden.

Eine verbindliche institutionelle Beteiligung der Öffentlichkeit an Entscheidungsprozessen im Denkmalrecht ist bislang vergleichsweise schwach ausgeprägt. Zwar sind in den meisten Landesdenkmalschutzgesetzen die mit Vertretern der Fachverbände, politischen Parteien und Religionsgemeinschaften besetzten Landesdenkmalräte vorgesehen³⁴, die als demokratische Instrumente des Ideenaustauschs, der Meinungsfilterung und des Interessensausgleichs gesehen werden³⁵. Die Landesdenkmalräte werden jedoch – bis auf Bayern (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG), Saarland (§ 25 Abs. 3 Satz 2 SaarlDSchG) und Schleswig-Holstein (§ 6 Abs. 1 Satz 3 DSchG SH) – nicht regelhaft an den Entscheidungsprozessen der Denkmalbehörden beteiligt. Vielmehr ist der gesetzliche Auftrag der Landesdenkmalräte typischerweise auf die Beratung der Landesregierung bzw. der Obersten Denkmalbehörde beschränkt und betrifft besondere, über die Alltagsdenkmalpflege hinausgehende Anliegen („wichtige Fragen der Denkmalpflege“ bzw. „Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung“). Vereinzelt gesetzgeberische Initiativen zur Integration des bürgerschaftlichen Engagements in das im jeweiligen Landesdenkmalrecht etablierte System der Verantwort-

³⁰ Vgl. HessVGH, Beschl. v. 10.02.2020, Az. 3 B 750/19 (juris).

³¹ VG Berlin, Urt. v. 22.05.2019, Az. 13 K 91.18 (juris).

³² Ebenso für die Rechtslage in NRW: VG Aachen, Urt. v. 28.05.2013, Az. 3 K 271/11 (NRWE).

³³ VG Darmstadt, Beschl. v. 23.03.2020, Az. 7 L 2050/19.DA (juris).

³⁴ Vgl. *Dimitrij Davydov*, Der Landesdenkmalrat, DPfIWL 1/2016, 41–44.

³⁵ Vgl. *Werner Schiedermaier*, Die Denkmalräte, in: August Gebeßler/Wolfgang Eberl (Hrsg.), Schutz und Pflege von Baudenkmalern in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1980, 443.

lichkeiten, so z. B. in Niedersachsen (2011) und³⁶ Hessen (2016)³⁷, bezogen sich ausschließlich auf die Einräumung von prozessualen Einwirkungsmöglichkeiten (Verbandsklagerecht³⁸) und blieben letztlich ohne Erfolg. Eine Kombination aus einer starken verfahrensrechtlichen Stellung und dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz für zivilgesellschaftliche Organisationen war hingegen in einem sächsischen Gesetzesentwurf³⁹ vorgesehen. Die von den Autoren des Entwurfs konzipierte Beteiligung von anerkannten „Denkmalschutzorganisationen“ erstreckte sich auf alle relevanten denkmalrechtlichen Verfahren, insbesondere das denkmalrechtliche Genehmigungsverfahren (§§ 13 und 14 SächsDSchG), das denkmalrechtliche Zustimmungsverfahren (§ 12 Abs. 3 SächsDSchG), das Verfahren zur Feststellung der Denkmaleigenschaft (§ 10 Abs. 3 Satz 2 SächsDSchG), die ordnungsbehördlichen Anordnungen (§ 11 SächsDSchG), das Abweichungsverfahren bei archäologischen Reservaten (§ 23 Abs. 2 Satz 2 SächsDSchG) sowie auf weitere Verfahren mit einer denkmalrechtlichen Betroffenheit außerhalb des Denkmalschutzgesetzes. Eine qualitative Beschränkung z. B. auf besonders prominente Objekte, Vorhaben von überörtlicher Relevanz oder auf Objekte im Eigentum der öffentlichen Hand – bei denen typischerweise Interessenüberschneidungen vermutet werden – war im Gesetzesentwurf nicht enthalten. Der Beteiligungsvorgang sah vor, dass die jeweils verfahrensführende Behörde die anerkannten Denkmalschutzvereinigungen über relevante Vorhaben, Planungen und Verwaltungsverfahren rechtzeitig schriftlich benachrichtigte und ihnen eine Frist zur Stellungnahme von „mindestens einem Monat“ einräumte. Im Falle einer fristgemäßen Äußerung wurde die Behörde verpflichtet, der Denkmalschutzvereinigung „die wesentlichen Gründe für die Abweichung mitzuteilen“, soweit

³⁶ Niedersächsischer Landtag, Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Gesetz zur Förderung der Denkmalpflege, Archäologie und Baukultur in Niedersachsen (LT-Drs. 16/3668).

³⁷ Hessischer Landtag, Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Denkmalschutzgesetz (LT-Drs. 19/3788).

³⁸ Zur Verbandsklage im Denkmalrecht vgl. *Jörg Spennemann*, Denkmalschutz als Anwendung umweltbezogener Vorschriften, NuR 2020, 227–237 und *Katja Viktoria Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, Baden-Baden 2020, 433–439.

³⁹ Sächsischer Landtag, Entwurf des Gesetzes zur Einführung von Mitwirkungsrechten und zum Verbandsklagerecht für anerkannte Denkmalschutzvereinigungen v. 13.09.2018 (LT-Drs. 6/14736). Der Entwurf wurde abgelehnt.

ihrem Anliegen nicht entsprochen wurde.⁴⁰ Für den Fall der Verletzung denkmalrechtlicher Vorschriften sollten der beteiligten Denkmalschutzvereinigung Rechtsbehelfe nach der VwGO zur Seite stehen.⁴¹

2. Sinn und Zweck der zivilgesellschaftlichen Verfahrensbeteiligung

a) Ausgleich von Vollzugsdefiziten

Die Einführung einer zivilgesellschaftlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns im Denkmalrecht wird gelegentlich als ein geeignetes Instrument zur Vermeidung bzw. zum Ausgleich von Vollzugsdefiziten betrachtet.⁴² Unter einem Vollzugsdefizit versteht man im Allgemeinen ein Auseinanderfallen zwischen dem tatsächlichen Ist-Zustand und dem normativ gewollten Soll-Zustand⁴³. Im Bereich des Denkmalschutzes wird der Begriff „Vollzugsdefizit“ gelegentlich auf verschleppte Unterschutzstellungsverfahren (im konstitutiven System), häufiger aber auf behördliche Entscheidungen in Genehmigungsverfahren bezogen. Dabei darf nicht verkannt werden, dass es sich bei der denkmalrechtlichen Genehmigung, ungeachtet der je nach Landesrecht variierenden Formulierung der Entscheidungsvoraussetzungen, um eine Abwägungsentscheidung handelt, bei der unterschiedliche Interessen in einen gerechten Ausgleich gebracht werden müssen. Von einem Vollzugsdefizit ist deshalb nicht bereits dann auszugehen, wenn nach ordnungsgemäßer Abwägung aller im Einzelfall konkurrierenden privaten und öffentlichen Belange die Anforderungen der Bau- oder Bodendenkmalpflege nicht oder nicht in optimalem Umfang durchgesetzt werden können, sondern erst dann, wenn in einem Verfahren das kulturelle Erbe als Schutzgut in einer schlechthin nicht zu rechtfertigenden Weise anderen öffentlichen (z. B. fiskalischen, kommunalpolitischen) oder privaten Interessen untergeordnet wird. Dies kann im

⁴⁰ § 7 b des Gesetzesentwurfs.

⁴¹ § 7 c des Gesetzesentwurfs.

⁴² Vgl. *Reinhard Mast*, Braucht es ein Verbandsklagerecht im Denkmalschutzrecht? ZRP 2019, 237, 239; *Christian Möller*, Verbandsklagerecht im Denkmalschutz aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), in: Landesdenkmalamt Berlin (Hrsg.), Zwischen Welterbe und Denkmalalltag – erhalten, erschließen, engagieren, 2014, 346 f.

⁴³ So bereits *Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger*, Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht? Gutachten B für den 52. Deutschen Juristentag, München 1978, 13.

Einzelfall daran liegen, dass entweder von vorneherein keine hinreichende Ermittlung der entscheidungserheblichen Umstände erfolgt oder die ermittelten Umstände fehlerhaft gewichtet oder nicht in die Abwägung eingestellt worden sind. Von einem strukturellen – also dem Gesetzgeber zuzurechnenden – Vollzugsdefizit im Denkmalrecht kann erst dann die Rede sein, wenn es sich bei der o. g. Konstellation nicht um einen krassen Ausnahmefall handelt, sondern wenn sie aufgrund des Verwaltungsaufbaus, der Kompetenzverteilung oder der Ausgestaltung der administrativen Entscheidungsprozesse im jeweiligen Landesrecht gehäuft vorkommen kann. Dabei erlaubt insbesondere die landesrechtlich geregelte Art des Zusammenwirkens zwischen den Denkmalschutz- und der Denkmalfachbehörde Rückschlüsse darauf, ob eine sachlich nicht zu rechtfertigende Vernachlässigung der Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege zu besorgen ist. Sind strukturelle Vollzugsdefizite auszumachen, kann – neben anderen Maßnahmen – auch durch Beteiligung einer politisch und administrativ unabhängigen Kontrollinstanz, die gleichsam als ein „Anwalt des kulturellen Erbes“ auftritt, Abhilfe geschaffen werden.

b) Gesellschaftliche Verankerung des kulturellen Erbes

Davon unabhängig wird eine Ausweitung der verfahrensrechtlichen Mitwirkung zivilgesellschaftlicher Akteure mit der kulturpolitischen Notwendigkeit begründet, die Allgemeinheit im stärkeren Maße am kulturellen Erbe teilhaben zu lassen.⁴⁴ Der Fokus liegt dabei auf dem Konzept einer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für eine lebenswerte Umwelt, als deren Bestandteile auch das baukulturelle und das archäologische Erbe gesehen werden, und dem damit korrespondierenden Anspruch der Öffentlichkeit, diese Umwelt – auch durch Mitwirkung an administrativen Entscheidungsprozessen – aktiv mitzugestalten.

Der Ausbau von neuen, „partizipativen“ Steuerungsmodellen im Bereich des kulturellen Erbes steht seit einigen Jahren auch im Fokus der kulturpolitischen Aktivitäten des Europarates. Im Abschlussdokument der 6. Konferenz der für das Kulturerbe zuständigen Minister der Vertragsstaaten des Europäischen Kulturabkommens am 22.–24. April 2015 (Erklärung von Namur)⁴⁵ wird die partizipative Steu-

erung als Bestandteil der „Europäischen Kulturerbestrategie für das 21. Jahrhundert“ definiert. Dieses Anliegen wird in der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten vom 22. Februar 2017⁴⁶ näher spezifiziert. Demnach soll die Öffentlichkeit in die Lage versetzt werden, sich an der Erhaltung des kulturellen Erbes aktiv zu beteiligen. Es sei die Aufgabe der zuständigen Behörden, die Ausübung dieses Rechts zu ermöglichen, indem Bürgerinnen und Bürger animiert werden, sich bei der Erfassung, Erforschung und dem Schutz des kulturellen Erbes einzubringen, sofern diese Aktivitäten von Experten gebilligt werden, um ein angemessenes Qualitätsniveau sicherzustellen.

3. Kritik

Sofern die Einführung einer unabhängigen Kontrollinstanz in Gestalt von anerkannten zivilgesellschaftlichen Organisationen mit dem Ausgleich von Vollzugsdefiziten begründet wird,⁴⁷ fällt zunächst auf, dass die Verwendung des Begriffs „Vollzugsdefizit“ uneinheitlich ist und neben realen Gesetzesverstößen gelegentlich auch rechtmäßige behördliche Entscheidungen umfasst, die schlicht hinter den Erwartungen der Allgemeinheit zurückbleiben. Teilweise wird das Fehlen der zivilgesellschaftlichen Kontrolle als solches zu einem Vollzugsdefizit erklärt,⁴⁸ was auf einen Zirkelschluss hinauslaufen dürfte. Aussagekräftige Belege dafür, dass der Denkmalschutz in der aktuellen Praxis regelmäßig „leichtfertig politischen oder wirtschaftlichen Erwägungen weichen muss“⁴⁹, werden jedenfalls nicht erbracht. Sollte eine Evaluierung des Gesetzesvollzugs⁵⁰ systematische Mängel etwa aufgrund des vorangegangenen Personalabbaus, der Verkürzung der behördlichen Entscheidungsfristen, der Reduzierung der behördlichen Kontrollichte oder der verwaltungsinternen Interessenkonflikte ergeben, würde es sich anbieten, in erster Linie durch Korrekturen von Verfahrensbestimmungen und Verwaltungsstruktur Abhilfe zu schaffen.

together. Towards a common strategy for Europe“. Namur Declaration; abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16806a89ae>.

⁴⁶ Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the European Cultural Heritage Strategy for the 21st century – CM/Rec(2017)1; abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16806f6a03>.

⁴⁷ So z. B. im sächsischen Gesetzesentwurf (LT-Drs. 6/14736, S. 2).

⁴⁸ Vgl. *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 437.

⁴⁹ So die Formulierung im sächsischen Gesetzesentwurf (LT-Drs. 6/14736, S. 2).

⁵⁰ Solche Evaluationen wurden in der Vergangenheit z. B. in Nordrhein-Westfalen durchgeführt, zuletzt 2017.

⁴⁴ Vgl. *Oebbecke*, DVBl 2015, 294 f.

⁴⁵ Belgian Chairmanship of the Committee of Ministers of Council of Europe, 6th Conference of ministers responsible for cultural heritage. “Cultural heritage in the 21st century for living better

Es steht zudem außer Frage, dass eine regelhafte Mitwirkung zivilgesellschaftlicher Organisationen an denkmalrechtlichen Entscheidungsprozessen jedenfalls dann zu einem erhöhten Verwaltungsaufwand führt, wenn die federführende Behörde – wie z. B. im sächsischen Gesetzesentwurf vorgesehen – abweichende Entscheidungen gegenüber den beteiligten Organisationen rechtfertigen muss. Eine solche Beteiligung liefe der von den Landesgesetzgebern seit Jahren angestrebten Verfahrensvereinfachung bzw. -beschleunigung entgegen und würde gerade bei potentiellen Investoren zu einer Rechtsunsicherheit führen. Zugleich würde durch die Festlegung einer starken Verfahrensposition der zivilgesellschaftlichen Akteure unter Umständen eine Schiefelage zu Lasten der Denkmalfachbehörden entstehen. So sollte beispielsweise nach dem sächsischen Entwurf die Mitwirkung der Denkmalschutzvereinigungen sich auch auf solche Verfahren erstrecken, in denen die unteren Denkmalschutzbehörden nach geltendem Recht aufgrund entsprechend hoher Qualifikation von der regelhaften Mitwirkung der Denkmalfachbehörden entbunden sind.

Kaum beachtet werden bislang die datenschutzrechtlichen Implikationen einer Verfahrensbeteiligung zivilgesellschaftlicher Akteure. Denkmalrechtliche Entscheidungen betreffen – in weitaus höherem Umfang als behördliche Entscheidungen im Natur- und Landschaftsschutzrecht – die private Lebensführung von Bürgerinnen und Bürgern. Eine ordnungsgemäße Sachverhaltsaufklärung im denkmalrechtlichen Verwaltungsverfahren führt oft unweigerlich dazu, dass Denkmalschutz- und Denkmalfachbehörden Informationen über diesen privaten Lebensbereich erlangen. So müssen z. B. bei der Feststellung der Denkmaleigenschaft von Gebäuden regelmäßig Grundstücke und ggf. auch private Wohnräume betreten⁵¹ und u. U. Aufnahmen angefertigt⁵² werden. Gerade im denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahren werden regelmäßig personenbezogene Daten erhoben, so z. B. über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Antragstellers⁵³ im Zusammenhang mit der Klärung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Denkmalerhaltung. Während der Kreis der Personen bzw. Institutionen, die Zugang zu denkmalrelevanten personenbezogenen Daten haben, bislang überschaubar ist, würde die Einführung einer regelhaften Verfahrensbeteiligung von anerkannten Verei-

nigungen, insbesondere der Beteiligung am denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahren, dazu führen, dass personenbezogene Daten, deren Erhebung für die Entscheidung der Denkmalschutzbehörde oder die Mitwirkung der Denkmalfachbehörde erforderlich ist, an einen vergleichsweise großen Kreis von Privatpersonen weitergegeben werden. Zwar besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit, den Umfang der einsichtsfähigen Unterlagen von vorneherein zu beschränken⁵⁴ oder von einer Abwägung im Einzelfall abhängig zu machen. Die Beschränkung der einsichtsfähigen Unterlagen hat aber zur Folge, dass der beteiligten Vereinigung gerade die entscheidungserheblichen Fakten fehlen, so dass eine zutreffende Bewertung des Vorhabens durch sie u. U. nicht erfolgen kann.

IV. Fazit

„Gut Ding will Weile haben“ ist eine Einstellung, von der sich die Landesgesetzgeber bei der Gestaltung der denkmalrechtlichen Verfahren zuletzt wohl nur selten haben leiten lassen. Vielmehr steht seit Jahren eine Beschleunigung der administrativen Entscheidungsprozesse im Vordergrund, was ein recht einseitiges Verständnis der Denkmäler als Investitionsobjekte und der denkmalrechtlichen Verfahren als Investitionshemmnisse vermuten lässt. Dabei ist gerade ein Abbau der Mitwirkungsrechte der Denkmalfachbehörden geeignet, zu einer disparaten Entscheidungspraxis zu führen, die bei potentiellen Investoren zu Unsicherheit führt.

Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass die Erhaltung des kulturellen Erbes als kulturstaatliche Aufgabe nicht ausschließlich den Ländern, sondern ebenso den Gemeinden und Gemeindeverbänden zugewiesen ist. Die Stärkung der kommunalen Eigenverantwortung im Bereich des Denkmalschutzes, die mehrere Landesgesetzgeber bei der Neujustierung der denkmalrechtlichen Verfahren im Auge hatten, erschöpft sich indes hauptsächlich in der Schwächung der verfahrensrechtlichen Stellung staatlicher Stellen. Flankierende Maßnahmen zur Sicherung der Qualität des Verwaltungshandelns werden hingegen kaum ergriffen. Es verwundert daher nicht, dass den (kommunalen) Denkmalschutzbehörden gelegentlich Vollzugsdefizite unterstellt werden. Die in mehreren Ländern praktizierte Staffelung der Mitwirkungsbefugnisse, die fachlich gut aufgestellten Denkmalschutzbehörden größere Entschei-

⁵¹ Vgl. *Holger Stellhorn*, *Betretungsbefugnisse von Denkmalbehörden*, NVwZ 2014, 1213 ff.

⁵² BayVGh, *Beschl. v. 10.01.2013, Az. 1 CS 12.2638 (juris)*.

⁵³ Vgl. *Spennemann*, NuR 2020, 236.

⁵⁴ So ist das Akteneinsichtsrecht der anerkannten Naturschutzverbände in § 63 BNatSchG auf die einschlägigen Sachverständigengutachten beschränkt.

dungsfreiräume in der „Alltagsdenkmalpflege“ belässt, erweist sich hingegen als ein gangbarer Weg.

Die Vorstellung, etwaige Kontrolldefizite in der Denkmalverwaltung durch eine stärkere Einbindung zivilgesellschaftlicher Akteure kompensieren zu können, überzeugt nicht. Zwar profitiert die amtliche Denkmalpflege unstreitig von bürgerschaftlichem Engagement. Partizipative Modelle, wie sie z. B. dem Europarat vorschweben, stehen jedoch unter dem Vorbehalt eines „angemessenen Qualitätsniveaus“, welches durch Experten sichergestellt wer-

den soll. Eine Verfahrensbeteiligung zivilgesellschaftlicher Organisationen kann deshalb als Ergänzung zur Mitwirkung der Denkmalfachbehörden sinnvoll sein, nicht jedoch als Ersatz für diese Mitwirkung. Vielversprechend ist hingegen eine freiwillige, dauerhafte und formalisierte Kooperation der Denkmalbehörden mit Nichtregierungsorganisationen,⁵⁵ die unter gemeinsamer Verantwortung und unter Nutzung privater Ressourcen die Erhaltung, Erforschung und Popularisierung des kulturellen Erbes vorantreibt.

⁵⁵ Vgl. *Ansgar Hense*, Reform des Denkmalrechts? In: Ders. (Hrsg.), *Denkmalrecht unter Denkmalschutz?* Frankfurt a. M. 2003, 150 f., 166 f.

Der Zugang zu Gerichtsbibliotheken Eine kulturelle Untersuchung am Beispiel der Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe des Bundes

von Hannes Berger, Leipzig/Erfurt*

Der rechtlich gewährleistete Zugang zu Bibliotheken und anderen Kultureinrichtungen ist üblicherweise ein Thema des Landesrechts. Bereits die Landesverfassungen enthalten entsprechende Verpflichtungen des Staates zur Unterhaltung, Förderung und Zugänglichmachung von Kultureinrichtungen.¹ Auch die öffentlichen Bibliotheken in Form der Stadtbibliotheken sowie die Hochschulbibliotheken stützen sich auf landesrechtliche Grundlagen. Sowohl bibliothekswissenschaftlich als auch bibliotheksrechtlich unterscheiden sich die Behörden- und Gerichtsbibliotheken von den zuletzt genannten Arten. Einen herausragenden Sonderfall des Bibliotheksrechts bilden die Gerichtsbibliotheken des Bundes: Die fünf obersten Gerichtshöfe der Bundesrepublik Deutschland beschäftigen sich mit wichtigen juristischen Grundsatzfragen auf den Gebieten des Zivil- und Strafrechts, des Verwaltungsrechts, des Finanz- und Steuerrechts, des Arbeitsrechts und des Sozialrechts. Für diese bedeutsame Arbeit benötigen die Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe spezifische Informationen und Literatur. Diese erhalten sie vornehmlich von der eigenen Fachbibliothek, die bei jedem der Gerichte geführt wird. Dieser Beitrag hat das Ziel, die besondere Stellung dieser Gerichtsbibliotheken innerhalb des Bibliothekswesens darzustellen. Es gilt insbesondere zu analysieren, welche Zugangsrechte und welche Zugangsbeschränkungen für diese Fachbibliotheken gelten.

I. Stellung der Gerichtsbibliotheken innerhalb der Bibliothekssystematik

Art. 95 GG enthält das Recht und zugleich den Verfassungsauftrag und die Pflicht für die Bundesrepublik Deutschland, fünf explizit genannte oberste Gerichtshöfe²

* *Dr. iur. Hannes Berger* ist Dozent für Recht und Politikologie an der Fachschule für Wirtschaft und Soziales Erfurt sowie Lehrbeauftragter an der Universität Erfurt.

¹ Beispielsweise Art. 11 Abs. 2 S. 2 SächsVerf; Art. 30 Abs. 1 und Abs. 2 ThürVerf, dazu auch *Thüringer Landtag* (Hrsg.), Die Entstehung der Verfassung des Freistaats Thüringen 1991–1993, Erfurt 2003, 86; auch *Robert Gmeiner*, ZLVR 2020, 77–86.

² Bis in das Jahr 1968 wurde noch die Begrifflichkeit der „oberen Bundesgerichte“ verwendet, da ursprünglich gemäß Art. 95 Abs.

zu errichten.³ Diese sind gemäß Art. 95 Abs. 1 GG der „Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, [der] Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht.“ Diese stellen die jeweils höchste Instanz für die ordentliche Gerichtsbarkeit, die Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit dar. Als solche obersten Gerichtshöfe sind die fünf Institutionen Rechtsmittelgerichte letzter Instanz und befassen sich mit jenen streitigen Rechtsfragen, die über den Einzelfall hinausgehen und von besonderer allgemeiner, z.B. überregionaler oder grundsätzlicher Bedeutung sind. Eng mit dieser Funktion verbunden ist die Aufgabe der obersten Gerichtshöfe des Bundes, die Einheit der Rechtsordnung durch ihre Rechtsprechung zu wahren.⁴

Zur Erfüllung dieser bedeutsamen Aufgabe für die Rechtsordnung führen die obersten Gerichtshöfe des Bundes jeweils eine eigene Spezialbibliothek, deren Bestände die dem Rechtsgebiet des Gerichts entsprechenden juristischen Fachinformationen enthalten. Die fachliche Spezialisierung der Gerichtsbibliotheken der obersten Gerichtshöfe des Bundes wird bei der Betrachtung wesentlicher Kennzahlen deutlich: Die Bibliothek des Bundesgerichtshofs verfügt über 451.000 gedruckte Bände sowie 690 gedruckte und 818 elektronische laufende Zeitschriften aus dem Bereich des Zivil- und Strafrechts.⁵ Die Bibliothek des Bundesverwaltungsgerichts verzeichnet 230.000 Bände sowie 275 gedruckte und 114 elektronische Zeitschriften aus dem Öffentlichen Recht, Verwaltungsrecht und Europarecht.⁶ Auch die Bibliothek des Bundesfinanzhofs gilt mit ihren 170.000 Bänden und 200 laufenden Zeitschriften aus dem Bereich des Finanz- und Steuerrechts als eine der größten Spezialbibliotheken für diese Rechts-

1 GG a.F. ein „oberstes Bundesgericht“ vorgesehen war, ein Plan der später jedoch aufgegeben wurde. So wurde die Bezeichnung der „obersten Gerichtshöfe“ frei. Vgl. dazu *Roman Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, München 1973, Art. 95, Rn. 44.

³ Vgl. *Monika Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, München, 92. Ergänzungslieferung, August 2020, Art. 95, Rn. 65; *Andreas Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band III, 7. Aufl., München 2018, Art. 95, Rn. 20.

⁴ Vgl. *Gerd Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 45. Edition 15.11.2020, Art. 95, Rn. 3 f.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2018, Art. 95, Rn. 14; BVerfGE 8, 174, 181 (Jahr 1958 – Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts); BVerfGE 10, 285, 295 (Jahr 1960 – Bundesgerichte).

⁵ Vgl. *Verein Deutscher Bibliothekarinnen und Bibliothekare (VDB)*, Jahrbuch der Deutschen Bibliotheken, Bd. 68 (2019/2020), Wiesbaden 2019, 158.

⁶ Vgl. *VDB* 2019, 188.

materie.⁷ Die Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts wiederum stellt rund 98.000 Bände und 272 laufende Zeitschriften zum Arbeitsrecht für die Nutzer bereit⁸ und die Bibliothek des Bundessozialgerichts rund 177.000 Bände und zusammen über 1.000 laufende Zeitschriften aus allen Bereichen des Sozialrechts.⁹

Die beachtliche Größe der Bestände dieser Spezialbibliotheken tritt offenkundig hervor im Vergleich mit der Bestandsgröße von rechtswissenschaftlichen Fachbibliotheken der Universitäten. So hat etwa die rechtswissenschaftliche Fachbibliothek der Universität Köln, deren juristische Fakultät mit 5.300 eingeschriebenen Studierenden zu einer der größten deutschen Jurafakultäten zählt, 250.000 Bände und 230 laufende Zeitschriften – und dies wohlgerne aus allen Bereichen der Rechtsordnung, die für das Studium relevant sind.¹⁰ Die Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe des Bundes besitzen demzufolge jeweils eine beachtenswerte Sammlung an Fachwissen für ihre Rechtsmaterie. Solch angehäuften und zur Weiterverwendung aufbereitetes Wissen in staatlicher Hand¹¹ führt im demokratischen Rechtsstaat selbstverständlich zu der Frage der Zugänglichkeit dieser Wissensbestände. Bevor auf die Frage des Zugangs zu diesen Bibliotheken eingegangen wird, soll zunächst eine Einordnung der Gerichtsbibliotheken in die Bibliothekssystematik vorgenommen werden.

1. Gerichtsbibliotheken als Behördenbibliotheken

Obwohl sie bereits im 18. Jahrhundert einen regulären Platz unter den Bibliotheken eingenommen hatten, etablierten sich verschiedene Spezial- und Fachbibliotheken verstärkt erst im 20. Jahrhundert.¹² Die Erforderlichkeit von spezifischer Expertise und Informationsversorgung betraf nicht nur Universitäts- und Institutsbibliotheken für die Forschung und Lehre oder Parlamentsbibliotheken für

die gesetzgeberische Tätigkeit, sondern ebenso Dienstbibliotheken in Ministerien, Verwaltungen und Gerichten.¹³ Im Zuge des Aufbaus der Reichsverwaltung ab dem Jahr 1871 und dann besonders nach dem Zweiten Weltkrieg wurden eigene Behördenbibliotheken für die Informationsbedürfnisse der amtlichen Dienststellen errichtet.¹⁴ Diesen internen Bibliotheken der öffentlichen Verwaltung sehr ähnlich sind die Gerichtsbibliotheken.¹⁵ Auch sie stellen zuvörderst Fachwissen und aufbereitete Medien für die Belange und Bedürfnisse der staatlichen Einrichtung, der sie angehören, bereit.¹⁶ Insofern werden die Gerichtsbibliotheken ebenfalls zu den wissenschaftlichen Bibliotheken, genauer zu den Spezialbibliotheken hinzugezählt.¹⁷

2. Abgrenzung zu öffentlichen Bibliotheken

Die Unterscheidung von Bibliothekstypen wird anhand des von ihnen verfolgten Zwecks bestimmt.¹⁸ Um sich der besonderen Zweckstellung der Gerichtsbibliotheken zu nähern, ist eine Abgrenzung zu anderen Bibliothekseinrichtungen dienlich. Die geläufigste Form einer Bibliothek in öffentlicher Trägerschaft ist hierbei die öffentliche Bibliothek.¹⁹ Die Landesbibliotheksgesetze, die seit dem Jahr 2008 in einigen Ländern erlassen worden sind,²⁰ liefern

¹³ Vgl. Weimann 1975, 103 f.

¹⁴ Vgl. Hermann Rösch/Jürgen Seefeldt/Konrad Umlauf, Bibliotheken und Informationsgesellschaft in Deutschland, 3. Aufl., Wiesbaden 2019, 110; Melanie Jackenkroll, Konzeption und Entwicklung von Erwerbungsprofilen an deutschen Behördenbibliotheken am Beispiel der Bibliothek des Paten- und Markenamts, Berliner Handreichungen zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft, Heft 313 (2011), 28.

¹⁵ Vgl. Weimann 1975, 104; Jackenkroll 2011, 29.

¹⁶ Vgl. Jackenkroll 2011, 30: „primär eine nach innen ausgerichtete Funktion“.

¹⁷ Vgl. Rösch/Seefeldt/Umlauf 2019, 110.

¹⁸ Vgl. Hildebert Kirchner, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, Frankfurt/Main 1991, 27.

¹⁹ Früher auch Volksbücherei, alternativ heute auch Stadtbibliothek oder Stadtbücherei genannt, vgl. Kirchner 1991, 27.

²⁰ Vgl. Thüringer Bibliotheksgesetz (ThürBibG) vom 16. Juli 2008, ThürGVBl. 2008, S. 243; Bibliotheksgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (BibLG LSA) vom 16.07.2010, GVBl. LSA 2010, S. 434; Hessisches Bibliotheksgesetz (HessBibG) vom 20.09.2010, GVBl. I 2010, S. 295; Landesbibliotheksgesetz Rheinland-Pfalz (LBibG RLP) vom 03.12.2014, GVBl. 2014, S. 245 und Gesetz für die Bibliotheken des Landes Schleswig-Holstein (BibLG SH) vom 30.08.2016, GVOBl. 2016, S. 791; dazu Eric W. Steinhauer, Bibliotheksgesetzgebung – eine kurze Einführung, in: Eric W. Steinhauer/Cornelia Vonhof (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung, Bad Honnef 2011, 16–35, 20; Hannes Berger, ZLVR 2018, 14–17, 15; Hannes Berger, Zeitschrift für Verwaltungsrecht Online, Nr. 1

⁷ Vgl. Angaben des Bundesfinanzhofs unter www.bundesfinanzhof.de/de/service/bibliothek/ (07.03.2021).

⁸ Vgl. VDB 2019, 93.

⁹ Vgl. VDB 2019, 163; Angaben des Bundessozialgerichts unter https://www.bsg.bund.de/DE/Gericht/Bibliothek/bibliothek_no.de.html (07.03.2021).

¹⁰ Vgl. VDB 2019, 171 f.; Universität Köln, Fachbibliothek Rechtswissenschaften, <https://hauptseminar.jura.uni-koeln.de/> (07.03.2021); Legal Tribune Online – Karriere, <https://www.lto-karriere.de/jura-studium/unis/koeln> (07.03.2021).

¹¹ Vgl. Michael Sachs, in: ders., Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Art. 20, Rn. 79, 199.

¹² Vgl. Karl-Heinz Weimann, Bibliotheksgeschichte, München 1975, 103.

teilweise Legaldefinitionen für die öffentliche Bibliothek. So sind öffentliche Bibliotheken gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 ThürBibG die „von den Gemeinden und Landkreisen unterhaltenen allgemein zugänglichen Bibliotheken“.²¹ Vergleichbare Definitionen der öffentlichen Bibliothek finden sich in § 5 Abs. 1 HessBibLG, § 1 Abs. 7 S. 1 LBibG RLP und § 3 Abs. 1 S. 1 BibLG SH.²² Gefragt nach ihrem Zweck dienen die öffentlichen Bibliotheken der Allgemeinbildung der örtlichen und regionalen Bevölkerung, teilweise wird auch ihre Aufgabe für die schulische und berufliche Bildung durch die Bereitstellung allgemein zugänglicher Informationen und Medien hervorgehoben.²³ Die öffentlichen Bibliotheken dienen damit den Informationsbedürfnissen der Bevölkerung und nicht internen Interessen von Dienststellen; zudem verfügen sie nicht zwangsläufig über einen wissenschaftlichen Charakter, wodurch sie sich deutlich von den Behörden- und Gerichtsbibliotheken abzugrenzen vermögen.

3. Abgrenzung zu Hochschulbibliotheken

Wissenschaftliche Bibliotheken oder Hochschulbibliotheken sind Bibliotheken, die sich zumeist in der Trägerschaft eines Landes oder einer öffentlich-rechtlich und körperchaftlich organisierten Hochschule befinden. Sie dienen hauptsächlich dem Zweck, ihre Bestände auf die Bedürfnisse von Forschung, Lehre und Studium auszurichten.²⁴ Sie stellen also Bücher, Zeitschriften und andere Medien für die Bedürfnisse von Studierenden, Forschenden und Lehrenden zur Verfügung. Darüber hinaus bieten Sie auch Schulungsangebote für Medienkompetenzen an und ste-

/2018, Rn. 18 ff.; *Bernd Juraschko*, Praxishandbuch Recht für Bibliotheken und Informationseinrichtungen, 2. Aufl., Berlin/Boston 2020, 12.

²¹ Misslungen insofern der Definitionsversuch des Gesetzgebers in Sachsen-Anhalt, der die Legaldefinition in § 3 Abs. 1 S. 1 BibLG LSA mit „Die Kommunen und die Gemeindeverbände können im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten Bibliotheken unterhalten (öffentliche Bibliotheken)“ angibt, was jedoch mehr eine Aussage über die kommunale Selbstverwaltung im Bereich der Bibliotheken denn eine Merkmalsangabe eines Begriffes ist.

²² Wobei die Definition in Schleswig-Holstein die Allgemeinzugänglichkeit der öffentlichen Bibliotheken nicht umfasst; diese wird jedoch über die Präambel des Gesetzes und über § 3 Abs. 3 BibLG SH gewährleistet. Weiterhin *Berger*, ZLVR 2018, 16 f.; *Berger*, ZVR-Online 1/2018, Rn. 22.

²³ Vgl. *Juraschko* 2020, 27f.; *Berger*, ZLVR 2018, 16; *Kirchner* 1991, 27; zur Regionalität *Weimann* 1975, 120; die Allgemeinzugänglichkeit in den existierenden Bibliotheksgesetzen in § 2 Abs. 3 S. 1 ThürBibG; § 3 Abs. 1 S. 2 BibLG LSA; § 3 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Präambel BibLG SH; § 1 Abs. 7 S. 1 LBibG RLP; § 5 Abs. 1 HessBibG.

²⁴ Vgl. § 4 Abs. 1 BibLG SH; § 3 Abs. 1-3 HessBibLG; § 4 BibLG LSA.

hen andernfalls zumeist auch den Informationsbedürfnissen der Allgemeinheit offen.²⁵ Die Abgrenzung der Hochschulbibliotheken von den Gerichts- und Behördenbibliotheken findet eindeutig über die Benutzerkreise statt, weniger über die Bibliotheksbestände. Beide Bibliotheksarten verfügen über spezielle und akademische Sammlungen, jedoch richtet sich die Hochschulbibliothek intensiv an Studierende, Forschende und Lehrende, während die Gerichtsbibliotheken vor allem den Zwecken des Gerichts verantwortlich sind.²⁶

4. Zweck der Gerichtsbibliotheken

Die Gerichtsbibliotheken dienen demzufolge in erster Linie der Versorgung der Informationsbedürfnisse des Gerichts und nur nachrangig der Information für externe Personengruppen.²⁷ Diese zweckliche Ausrichtung wirkt sich auf die Zugangsrechte zu den Beständen der Gerichtsbibliotheken aus.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zugang zu Gerichtsbibliotheken

Das Verfassungsrecht, vornehmlich der Grundrechtsteil des Grundgesetzes²⁸, enthält mit der Informationsfreiheit, mit der Wissenschaftsfreiheit und zum Teil auch mit der Berufsfreiheit spezifische Vorgaben, die für den rechtlichen Zugang zu Bibliotheken, auch Gerichtsbibliotheken des Bundes, von Relevanz sind.

1. Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG

Das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, „sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten“ – regelmäßig die Informationsfreiheit genannt – sollte in historischer Betrachtung verhindern, dass der Staat den Bürgern den Zugang zu öffentlichen oder veröf-

²⁵ Bspw. § 3 Abs. 3 HessBibG.

²⁶ Vgl. *Gundling*, ZLVR 2021, 46 ff.

²⁷ Vgl. *International Federation of Library Associations and Institutions*, Richtlinien für Behördenbibliotheken, Professional Reports Nr. 118, 3, 9 f.

²⁸ Auch das Rechtsstaatsprinzip kann mit dem Zugang zu Bibliotheken im Einzelfall verbunden sein; siehe das Beispiel des Strafgefangenen, der über seine Rechte und Pflichten als Strafgefangener laut der Strafprozessordnung informiert werden muss, was die Strafvollzugsanstalt über den Zugang zur Gefängnisbibliothek zu lösen suchte, OLG Naumburg, NSTZ 2014, 230. Das Rechtsstaatsprinzip wird in diesem Beitrag jedoch nicht weiter erläutert.

fentlichten Informationen vorenthält oder erschwert.²⁹ Es handelt sich bei den Quellen im Schutzbereich der Informationsfreiheit nicht ausschließlich um staatliche Informationen, aber insbesondere für diesen Bereich ist das Grundrecht von einiger Bedeutung.³⁰

a) Die Informationsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die allgemein zugänglichen Quellen gemäß Art. 5 Abs. 1 GG sind gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts solche Informationen, die „technisch geeignet und die rechtlich dazu bestimmt sind, einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu verschaffen.“³¹ Fehlt es an der allgemeinen Zugänglichkeit einer Quelle, so ist der Schutzbereich des Grundrechts schon gar nicht eröffnet.³²

Die Bestimmung über die Zugänglichkeit einer Information, obliegt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zufolge demjenigen, der das Bestimmungsrecht über die Quelle innehat.³³ Das Bestimmungsrecht ist demnach aus der Rechtsordnung zu ermitteln und ergibt sich für Privatpersonen aus dem bürgerlichen Recht und für den Staat aus dem öffentlichen Recht.³⁴ Der Verfügungsberechtigte kann für den Zugang zu der Quelle auch Zugangshürden, beispielsweise Eintrittsgelder, festlegen.³⁵ Legt eine staatliche Stelle den Modus für den Zugang zu staatlichen Informationen fest, so wird in gleichem Maße der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet.³⁶ Die Informationsfreiheit umfasst somit einen Anspruch auf Informationszugang gegen den Staat, wenn eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Information auf-

grund von rechtlichen Bestimmungen als öffentlich zugänglich erklärt worden ist.³⁷

An dieser Stelle gibt es einen nach wie vor nicht ausgefochtenen juristischen Meinungsstreit um die Frage, ob der Staat bei der Bestimmung der Zugänglichkeit staatlicher Informationen beliebig entscheiden könne, inwiefern das Grundrecht auf Informationsfreiheit eröffnet werde; vor allem das Demokratieprinzip und die Öffentlichkeit des Gemeinwesens werden hierbei dagegen angeführt.³⁸

b) Herrschende Meinung: grundsätzliche Nichtöffentlichkeit staatlicher Informationen

Die ältere und wohl noch herrschende Meinung, der auch das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung angehört, vertritt, dass staatliche Informationen, insbesondere Verwaltungsunterlagen, grundsätzlich keine allgemein zugänglichen Quellen sind, weil sie grundsätzlich geheim seien.³⁹ Die Informationsfreiheit wird in dieser Ansicht als klassisches Abwehrrecht von staatlichen Eingriffen in die freie Informierung der Bürger verstanden, die nicht in einen Rechtsanspruch umgedeutet werden könne. Der Staat könne in eigener Entscheidung staatliche Informationen zugänglich machen und somit den Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnen oder eben nicht. Wo er dies aber unterlasse, da blieben die staatlichen Informationen geheim: „Alles, was die staatlichen Behörden zu Recht oder zu Unrecht geheim oder vertraulich behandeln, ist nicht allgemein zugänglich.“⁴⁰

²⁹ Vgl. *Hans Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., München 2020, Art. 5, Rn. 21; BVerfGE 27, 71, 80 (Jahr 1969 – Leipziger Volkszeitung): insbesondere ist an die Erfahrung der nationalsozialistischen Informationsverbote, z.B. in Hinblick auf ausländische Radiosender, zu erinnern.

³⁰ Bereits BVerfGE 27, 71, 84; *Herbert Bethge*, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018, Art. 5, Rn. 56a.

³¹ *Friedrich Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 2016, Einleitung, Rn. 69; BVerfGE 103, 44, 60 (Jahr 2001 – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II); BVerfGE 90, 27, 32 (Jahr 1994 – Parabolantenne).

³² BVerfGE 66, 116, 137 (Jahr 1984 – Springer/Wallraff).

³³ BVerfGE 103, 44, 60.

³⁴ BVerfGE 103, 44, 60.

³⁵ BVerfGE 103, 44, 60.

³⁶ BVerfGE 103, 44, 60.

³⁷ BVerfGE 145, 365, 373 (Jahr 2017 – Amtliche Dokumente in Privatbesitz).

³⁸ Vgl. *Bethge*, in: Sachs 2017, Art. 5, Rn. 56a f.; *Thorsten Finger*, JA 2005, 717–720, 718.

³⁹ Aus der Literatur: *Michael Antoni*, in: Dieter Hömig/Heinrich Amadeus Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2016, Art. 5, Rn. 10; *Kerstin Odendahl*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 13. Aufl., Köln 2014, Art. 5 Rn. 13; *Helmut Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 5 I, II, Rn. 81; *Johannes Caspar*, DÖV 2013, 371–375, 372 f.; *Christian Starck*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl., München 2010, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 50; *Edzard Schmidt-Jortzig*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl., Heidenberg 2009, § 162 Meinungs- und Informationsfreiheit, 875–907, 893, Rn. 39; *Christoph Degenhart*, in: Wolfgang Kahl/Rudolf Dolzer (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 122. Aktual. (Juli 2006), Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 292; *Anette Guckelberger*, VerwArch 97 (2006), 62–88, 75. Für das Bibliothekswesen siehe *Juraschko* 2020, 27.

⁴⁰ *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck 2010, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 50.

c) Gegenmeinung: grundsätzliche Öffentlichkeit staatlicher Informationen

Die jüngere Gegenauffassung zu dieser Grundrechtsdogmatik führt an, dass dieses Verständnis des nichtöffentlichen Staates nicht mehr mit den Prinzipien des Rechtsstaates und der Demokratie vereinbar sei.⁴¹ Im demokratischen Rechtsstaat könne der Zugang zu staatlichen Informationen nicht von einem staatlichen Belieben abhängen.⁴² Die neue Meinungsströmung wirft der herrschenden Meinung vor, die grundsätzliche Geheimhaltung staatlicher Informationen sei entnommen aus einer vordemokratischen Verwaltungstradition, die im heutigen Gemeinwesen nicht mehr Geltung beanspruchen könne.⁴³ Vielmehr ergebe sich die Öffentlichkeit des Staates als objektiver Verfassungsauftrag bereits aus dem Grundgesetz, insbesondere aus dem Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und 2 GG. Da sich alle Staatsgewalt vom Volke ableite (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) und der Staat das Instrument des Volkes sei, um sich selbst zu regieren, könne der Staat seine Informationen nicht grundsätzlich vor den Bürgerinnen und Bürgern geheim halten. Vielmehr käme es für die freie öffentliche Meinungsbildung, die, wie das Bundesverfassungsgericht pointiert ausdrückte, für den demokratischen Rechtsstaat „schlechthin konstituierend“⁴⁴ sei, darauf an, dass die Bürgerinnen und Bürger sich ungehindert über die staatlichen Vorgänge informieren und ihre politische Meinung dazu entwickeln können.

⁴¹ Aus der Literatur: *Jürgen Kühling*, in: Hubertus Gersdorf/Boris Paal (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 12. Edition, München 2016, Art. 5 GG, Rn. 42; *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 32. Aufl., Heidelberg 2016, § 13, Rn. 629; *Helge Rossen-Stadtfeld*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., München 2012, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, Rn. 103; *David Lukaßen*, *Die Fallpraxis der Informationsbeauftragten und ihr Beitrag zur Entwicklung des Informationsfreiheitsrechts*, Berlin 2010, 43; *Arno Scherzberg*, *Von den arcana imperii zur freedom of information*, *ThürVBl.* 2003, 193–203, 200; *Arno Scherzberg*, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, Baden-Baden 2000, 403.

⁴² Vgl. *Alexander Roßnagel*, *Möglichkeiten für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden 2000, 257–332, 267.

⁴³ Vgl. *Bernhard Wegener*, *Der geheime Staat*, Göttingen 2006, 481; *Rolf Gröschner*, *Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, *VVDStRL* 63 (2004), 344–376, 363 f.

⁴⁴ Beispielsweise in *BVerfGE* 7, 198, 208 (Jahr 1958 – Lüth); *BVerfGE* 5, 85, 205 (Jahr 1956 – KPD-Verbot).

ten.⁴⁵ Auch nach dieser neuen Ansicht könne es zu Zugangsbeschränkungen im Hinblick auf staatliche Informationen kommen, etwa aus Gründen des Datenschutzes oder aus notwendiger Geheimhaltung zum Wohle von Bund und Ländern. Diese Informationszugangsschranken wären als Eingriffe in das Grundrecht auf Informationsfreiheit jedoch begründungsbedürftig, während die ältere und herrschende Meinung die Nichtzugänglichkeit staatlicher Informationen als die „Standardeinstellung“ versteht.⁴⁶

d) Bedeutung für den Zugang zu (Gerichts-)Bibliotheken

Das jüngere Grundrechtsverständnis der Informationsfreiheit mag plausible Argumente vorbringen, mit welchem Verständnis man im Lichte des Demokratieprinzips auf die Zugänglichkeit staatlicher Informationen blickt. Jedoch verfügt die herrschende Meinung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über ein Autoritätsargument, das bislang nicht umgangen werden kann. So bleibt die verfassungsrechtliche Sicht auf die Informationsfreiheit dergestalt, dass es für die Zugänglichkeit staatlicher Informationen der Entscheidung des Verfügungsberechtigten zur Zugänglichmachung, also einer staatlichen Stelle, bedarf.

Dieses Grundrechtsverständnis hat auch Folgen für das öffentliche Bibliothekswesen. Die einzelnen Medien- und Buchbestände sowie auch die gesamte öffentlich-rechtliche Bibliothek als Einrichtung, die sich in öffentlicher Trägerschaft befinden, können erstens technisch dazu geeignet und zweitens in ihrem Zweck auch dazu bestimmt sein, allgemein zugängliche Quellen in staatlicher Hand zu sein.⁴⁷ Folgt man dem herrschenden Verständnis der Informationsfreiheit, so kommt es bei Bibliotheken in öffentlicher Trägerschaft darauf an, in welchem Maße der öffentliche Träger als Verfügungsberechtigter die Bibliothek zur allgemein zugänglichen Quelle bestimmt hat.

Die öffentlichen Hoheitsträger, in deren Trägerschaft sich die Bibliotheken befinden, regeln die Modalitäten des öffentlichen Zugangs ihrer Bibliotheken auf unterschiedliche Weise. Während es in einigen Ländern, wie oben

⁴⁵ Vgl. *Lothar Michael/Martin Morlok*, *Grundrechte*, 6. Aufl., Baden-Baden 2017, § 9, Rn. 212–215; *Kingreen/Poscher* 2016, § 13, Rn. 629; *Wegener* 2006, 485 ff.; *Scherzberg*, *ThürVBl.* 2003, 196f.

⁴⁶ Vgl. *Kingreen/Poscher* 2016, § 13, Rn. 649 f.

⁴⁷ Vgl. *Frank Fechner*, *Medienrecht*, 15. Aufl., Tübingen 2014, 43.

angesprochen, Bibliotheksgesetze gibt, die die Allgemeinzugänglichkeit ausdrücklich bestimmen,⁴⁸ lassen sich weiterhin für die wissenschaftlichen Bibliotheken Regelungen in den Hochschulgesetzen der Länder⁴⁹ und für Stadt- und Gemeindebibliotheken⁵⁰, gestützt auf die Landeskommunalgesetze, zusätzlich kommunale Bibliothekssatzungen⁵¹ finden, die den Zugang zur Bibliothek regeln.

Ob eine wie auch immer ausgestaltete oder begrenzte allgemeine Zugänglichkeit der Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe des Bundes besteht, und in diesem Sinne der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet ist, bleibt fraglich. Zunächst müsste der Verfügungsberechtigte ermittelt werden, der über die Zugänglichkeit dieser Bibliotheken bestimmen darf. Die Verfügungsberechtigung über die Gerichtsbibliotheken liegt in den fünf obersten Gerichtshöfen des Bundes beim Präsidenten des jeweiligen Gerichts, wie es sich aus dem entsprechenden Prozessrecht⁵² in Verbindung mit den Geschäftsordnungen⁵³

⁴⁸ Siehe § 2 Abs. 3 S. 1 ThürBibG; § 3 Abs. 1 S. 2 BibIG LSA; § 3 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Präambel BibIG SH; § 1 Abs. 7 S. 1 LBibG RLP; § 5 Abs. 1 HessBibG.

⁴⁹ Zu den wissenschaftlichen Bibliotheken siehe beispielsweise § 86 Abs. 1 S. 2 BerlHG; § 28 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 Nr. 2 LHG BW; Art. 106 Abs. 1 S. 1 BayHSchG; § 3 Abs. 2 S. 2 NHG; § 37 Abs. 2 SHSG; § 93 Abs. 1 S. 3 SächsHSFG; § 44 Abs. 1 S. 2 ThürHG. Die Reichweite und die Grenzen der öffentlichen Zugänglichkeit der Hochschulbibliotheken wird durch entsprechende Benutzerordnungen detaillierter normiert.

⁵⁰ Die Bücherei einer Gemeinde ist eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde, die durch Widmungsakt den Status der öffentlichen Sache erhalten hat. Jeder Einwohner der Gemeinde hat ein subjektives öffentliches Recht in Form eines Anspruchs auf Zugang zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde, also etwa zur Stadtbibliothek. Vgl. Dazu *Max-Emanuel Geis*, Kommunalrecht, 5. Aufl., München 2020, 84 und 88; *Andreas Engels*, Kommunalrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, 240; *Martin Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl., München 2019, 234 sowie beispielsweise § 8 Abs. 2 GO NRW; § 14 Abs. 1 ThürKO.

⁵¹ Vgl. beispielsweise § 1 S. 2 Benutzungsordnung für die Stadtbücherei Buxtehude vom 7.4.1970 i.d.F. vom 27.3.2000; § 2 Nr. 1 Benutzungs- und Entgeltordnung für die Stadtbibliothek Köln vom 12.12.2019; § 1 Nr. 1 und 2 der Satzung über die Benutzung der Leipziger Städtischen Bibliotheken vom 16.9.2015 i.d.F. vom 18.4.2019; § 3 Abs. 1 Satzung über die Nutzung der Münchner Stadtbibliothek vom 22.8.1998 i.d.F. vom 22.12.2015; § 2 Benutzungs- und Gebührenordnung für die Stadtbücherei Münster vom 16.12.1993 i.d.F. vom 14.12.2016.

⁵² Gemäß § 140 GVG beschließt das Plenum des Bundesgerichtshofs (BGH) die Geschäftsordnung des BGH; gleiches gilt gemäß § 44 ArbGG für das Bundesarbeitsgericht (BAG), nach § 50 SGG für das Bundessozialgericht (BSG), nach §§ 4 und 10 VwGO i.V.m. dem Zweiten Titel des GVG für das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und nach §§ 4 und 10 FGO i.V.m. dem Zweiten Titel des GVG für den Bundesfinanzhof (BFH).

der Gerichte ergibt. Das Bestimmungsrecht über die Reichweite der Zugänglichkeit der Gerichtsbibliotheken liegt demzufolge bei den Präsidenten der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Diese haben dementsprechend Benutzerordnungen für die Bibliotheken erlassen, aus denen sich die Zugangsrechte im Einzelnen ergeben. Im Rahmen der Zugänglichkeit der Benutzerordnungen haben auch Externe ein Recht auf Zugang zu diesen Informationen, wodurch auch der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG im entsprechenden Maße für die Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe eröffnet ist.

2. Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG

Neben der Informationsfreiheit verbürgt auch die Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG subjektiv-öffentliche Rechte, die für den Zugang zu Bibliotheken von Bedeutung sein können. Zunächst ist jedoch festzuhalten, dass der persönliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit enger ist als jener der Informationsfreiheit, da sich Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auf Personen bezieht, die wissenschaftlich tätig sind.⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht versteht unter Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“ gelten könne.⁵⁵ Die Freiheit des Wissenschaftlers ist grundsätzlich schrankenlos geschützt. Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG soll staatliche Eingriffe in den freien wissenschaftlichen Prozess abwehren.⁵⁶ Zweifelsfrei stellen auch die Suche nach Informationen, die Recherche und andere Vorarbeiten einen Teil des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses dar, die demzufolge gleichwohl grundrechtlich geschützt sind.⁵⁷ Davon seien – einem Großteil der Literatur folgend – grundsätzlich auch die Informationen, die durch den Staat kreiert, gesammelt oder verwaltet werden, umfasst; der Staat kann ebenso ein frei wählbarer Forschungsgegenstand sein.⁵⁸ Begehrt

⁵³ Gemäß § 4 Abs. 3 und 5 GeschO BGH regelt der Präsident des BGH die Geschäftsverteilung der nicht-richterlichen Beamten des Gerichts und verfügt über die Verwaltungsangelegenheiten, unter anderem der Bibliothek des BGH; ähnliches gilt nach §§ 2 und 17 GeschO BAG und § 5 S. 2 GeschO BVerwG.

⁵⁴ Womit nicht unbedingt eine berufliche Tätigkeit gemeint ist, vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth 2020, Art. 5, Rn. 140.

⁵⁵ BVerfGE 35, 79, 112 (Jahr 1973 – Hochschul-Urteil); *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 44–73, 67.

⁵⁶ BVerfGE 35, 79, 111.

⁵⁷ Vgl. *Walter Schmidt-Glaeser*, WissR 1974, 107–134, 111.

⁵⁸ Vgl. *Walter Bayer*, JuS 1989, 191–194, 192 f.; *Wilfried Berg*, JöR 33 (1984), 63–103, 89; *Hans Peter Bull/Ulrich Dammann*, DÖV 1982, 213–223, 214.

eine Forscherin oder ein Forscher Zugang zu in staatlicher Hand befindlichen Informationen und wird dieser Zugang verwehrt, dann liegt ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vor.⁵⁹ Da das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit ein schrankenlos gewährtes Grundrecht ist, können Eingriffe in dieses Grundrecht nur durch kollidierende Güter von Verfassungsrang gerechtfertigt werden.⁶⁰ Oftmals ist bei diesen verfassungsimmanenten Schranken der Wissenschaftsfreiheit⁶¹ an die Menschenwürde (Embryonenschutz), das Persönlichkeitsrecht Dritter (Datenschutz)⁶², oder an das Tierwohl gemäß Art. 20a GG⁶³, zu denken. Doch auch die Integrität staatlicher Institutionen und die *Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen* können Begrenzungen des Zugangs des Forschers zu staatlichen Informationen rechtfertigen.⁶⁴ Für den Fall, dass keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für einen Eingriff in die Forschungsfreiheit eines Forschenden, der Zugang zu staatlichen Informationen begehrt, vorliegt, gibt es in der Literatur verschiedene Vorstellungen: Eine Ansicht versteht die Wissenschaftsfreiheit als klassisches Abwehrrecht, das staatliche Eingriffe in die freie Ausübung der Forschung verhindern soll. Indem auch die Recherche und Informationssammlung zur Ausübung der Forschungsfreiheit gehöre und diese durch eine staatliche Zugangsbeschränkung verhindert werde, würde die abwehrrechtliche Wirkung des Grundrechts die freie Recherche in staatlichen Informationsbeständen wieder aufleben lassen. Die Negation der Negation, so die Vertreter dieser Auffassung, führe zu einem Informationsanspruch des

Forschers gegen den Staat.⁶⁵ Eine andere Auffassung entnimmt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wissenschaftsfreiheit und zu den Hochschulen⁶⁶ darüber hinaus einen Teilhabeanspruch des Forschers gegenüber dem Staat. Dem Staat, so die Karlsruher Richter, komme die Pflicht zu, die personellen, finanziellen und organisatorischen Rahmenbedingungen und Einrichtungen bereitzustellen, die eine freie Ausübung der Wissenschaft überhaupt erst ermögliche. Daraus leiten manche Literaturstimmen auch einen Zugangsanspruch für Forschende zu staatlichen Informationen ab,⁶⁷ wobei die Rechtsprechung dazu zurückhaltender ist.⁶⁸

Die Wissenschaftsfreiheit hat Relevanz für den Zugang zu Behörden- und Gerichtsbibliotheken, wenn sie mit ihren Beständen dem Forschungsvorhaben dienen können. Insbesondere bei staatlichen Spezialbibliotheken, die Medien bereithalten, die kaum oder gar nicht in anderen zugänglichen (Hochschul-)Bibliotheken, verfügbar sind, erlangt der Staat in Form der Spezialbibliothek eine Art Monopolstellung über diese seltenen oder umfassend aufbereiteten Medienbestände. Dies ist angesichts der beachtlichen Bestände der Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht allzu unwahrscheinlich. Eine gänzliche Versagung des Zugangs der Forschung zu solchen Spezialbeständen würde wohl als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit gewertet werden. Doch müsste ebenfalls berücksichtigt werden, dass die Gerichtsbibliotheken in erster Linie für die Aufgabenerfüllung der rechtssprechenden Tätigkeit vorgehalten werden. Eine unbeschränkte Öffnung der Gerichtsbibliotheken für die For-

⁵⁹ Vgl. *Matthias Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 146–216, 185; *Thomas Mayen*, Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat, Berlin 1992, 180; BVerfG, NJW 1986, 1278.

⁶⁰ Vgl. *Ruffert*, VVDStRL 65, 185; *Berg*, JöR 33, 91; OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1983, 600 f.

⁶¹ Vgl. *Bethge*, in: Sachs 2018, Art. 5, Rn. 222.

⁶² Vgl. *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand 88. EL, August 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 170.

⁶³ Vgl. *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Stand 88. EL, August 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 174.

⁶⁴ Vgl. *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Stand 88. EL, August 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 182; *Ruffert*, VVDStRL 65, 185; allgemein zur Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen als anerkannte Verfassungsgüter, die Grundrechte beschränken können: *Georg Ress*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48 (1990), 56–111, 88; BVerfG, NJW 2020, 1049, 1053 (Funktionsfähigkeit der Rechtspflege); BVerwG, NZA 2014, 616, Rn. 16 ff. (Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung); BVerfGE 32, 40, 46 (Funktionsfähigkeit der Bundeswehr).

⁶⁵ Vgl. *Hannes Berger*, Öffentliche Archive und staatliches Wissen, Baden-Baden 2019, 56f.; *Mayen* 1992, 180; *Berg*, JöR 33, 89; *Schmidt-Glaeser*, WissR 1974, 129 f.

⁶⁶ Zentral BVerfGE 35, 79, 113 ff.; BVerfGE 94, 268, 285 (Jahr 1996 – wissenschaftliches Personal); BVerfGE 111, 333, 354 (Jahr 2004 – Brandenburgisches Hochschulgesetz); BVerwG, NVwZ-RR 2010, 565, 568; *Bernhard Kempen*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 46. Ed., 15.02.2021, Art. 5, Rn. 196; *Jarass*, in: ders./Pieroth 2020, Art. 5, Rn. 145: „Teilhabe an öffentlichen Ressourcen“; *Ferdinand Kopp*, NJW 1994, 1753.

⁶⁷ Vgl. *Friedrich Schoch/Michael Kloepfer/Hansjürgen Garstka*, Archivgesetz, Berlin 2007, 36f.; *Walter Bayer*, JuS 1989, 191–194, 193; *Dieter Wyduckel*, DVBl. 1989, 327–337, 335; *Wilfried Berg*, CR 1988, 234–240, 237 ff.; *Günther Gollner*, RuP 14 (1978), 8–18, 16; *Schmidt-Glaeser*, WissR 1974, 133.

⁶⁸ BVerfG, NJW 1986, 1243: kein unmittelbarer Zugangsanspruch, sehr wohl aber ein Anspruch des Wissenschaftlers auf willkürfreie Entscheidung der öffentlichen Stelle unter angemessener Berücksichtigung seines Forschungsvorhabens; BVerwG, NJW 1986, 1277.

schung oder gar für Studierende würde dann auch zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Justiz als kollidierendes Verfassungsgut führen, wenn beispielsweise die Richterinnen und Richter an der erforderlichen Recherche durch zu viele andere Nutzer gehindert würden. Dieser Konflikt der Verfassungsgüter ist schließlich durch einfache Gesetzes- und Rechtsnormen unterhalb der Ebene des Verfassungsrechts für die konkrete Situation aufzulösen.⁶⁹

3. Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Auch die Berufsfreiheit des Grundgesetzes kann Berührungspunkte mit der Frage des Zugangs zu Bibliotheken haben, jedoch wohl nicht in gleichem Maße wie die Informations- und Wissenschaftsfreiheit. Die Berufswahlfreiheit hat insbesondere für Studierende auch Auswirkungen auf die Frage des Zugangs zu staatlichen Bibliotheken. So sah das Bundesverwaltungsgericht die Rechte eines Referendars in Bezug auf dessen zweite juristische Staatsprüfung als verletzt an, weil diesem für die Vorbereitung des mündlichen Vortrags der Zugang zu einer Gerichtsbibliothek an nur zwei von drei Vorbereitungsstagen mit der Begründung gewährt wurde, der Samstag sei kein Werktag und daher sei die Bibliothek an diesem Tag nicht benutzbar.⁷⁰ Prominent wurde die Frage des Rechts auf Zugang von Studierenden zu Hochschulbibliotheken zuletzt durch die Coronavirus-Schutzmaßnahmen von Bund und Ländern, die phasenweise den Zugang zu den Bibliotheksräumen gänzlich versagten. Das Verwaltungsgericht Gießen befand im Fall eines klagenden Jurastudenten auf Zugang zu den Präsenzbeständen der Hochschulbibliothek, dass Art. 12 Abs. 1 GG die Studierfreiheit umfasse, die wohl auch das Recht auf Zugang zu Hochschulinrichtungen beinhalte. Jedoch sah das Gericht im konkreten Fall keine Verletzung der Berufsfreiheit, da die Beschränkung des Bibliothekszugangs durch den Gesundheitsschutz der Bibliotheksnutzer gemäß Art. 2 Abs. 2 GG gerechtfertigt sei.⁷¹ In einem ganz ähnlich gelagerten Fall entschied auch das Verwaltungsgericht Berlin jüngst, dass der Zugang von Studierenden zur Präsenznutzung der

Hochschulbibliothek in der Coronavirus-Pandemie eingeschränkt werden darf.⁷²

Abseits der außergewöhnlichen Situation der Pandemie enthalten die Grundrechte demzufolge mit der Informationsfreiheit, der Wissenschaftsfreiheit und der Berufsfreiheit Grundsätze, die es verschiedenen Personengruppen ermöglichen, den Zugang zu Bibliotheken in staatlicher Trägerschaft zu erlangen. Wie dieser Zugang ausgestaltet wird, ist Sache des einfachen Rechts.

III. Verwaltungsrechtliche Vorgaben für den Zugang zu Gerichtsbibliotheken der obersten Bundesgerichte

Auf der Ebene des einfachen Rechts gibt es mehrere und spezifischere Rechtsgrundlagen für den Zugang zu den Gerichtsbibliotheken. Im Folgenden sollen das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) sowie die spezifischen Benutzungsordnungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes genauer untersucht werden.

1. Zugang zu amtlichen Informationen der Gerichtsbibliotheken gemäß Informationsfreiheitsgesetz

Wie oben bereits ausgeführt, hängt der Zugang zu Informationen in staatlicher Hand von der Bestimmung über die Zugänglichkeit der Informationen durch den Verfügungsberechtigten ab. Durch das IFG des Bundes hat sich in einem bestimmten Bereich von zugänglichen Informationen viel getan. Das IFG eröffnet einen voraussetzungslosen subjektiven Anspruch des Einzelnen auf Zugang zu amtlichen Informationen des Bundes. Durch das Gesetz wurden Behördeninformationen zu allgemein zugänglichen Quellen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG bestimmt.⁷³

Das Informationsfreiheitsgesetz hat auch für Bibliotheken in öffentlicher Trägerschaft Auswirkungen. Denn durch das IFG haben Bürgerinnen und Bürger auch Zugang zu Informationen der Bibliotheksverwaltung des Bundes. Dies betrifft jene amtlichen Aufzeichnungen der Bibliotheken, die eine amtliche Zweckbestimmung haben, jene Unterlagen also, die bei der Verwaltung der Bibliothek anfallen und erstellt werden.

Dies ist etwa der Fall, wenn ein Journalist Einsicht in Prüfberichte einer Bibliothek, die sich in Trägerschaft einer

⁶⁹ Vgl. Gärditz, in: Maunz/Dürig, Stand 88. EL, August 2019, Art. 5 Abs. 3, Rn. 152.

⁷⁰ BVerwG, VerwRspr 1966, 673 f.

⁷¹ VG Gießen, COVuR 2020, 549, 552 = ZLVR 2020, 100; ebenso die Anmerkung Lukas C. Gundling, ZLVR 2020, 89, 90.

⁷² VG Berlin, Beschluss vom 17.03.2021 – VG 14 L 90/21 – ZLVR 2021, 69 ff.

⁷³ Vgl. Heribert Schmitz/ Serge-Daniel Jastrow, NVwZ 2005, 984 ff.

öffentlich-rechtlichen Stiftung befindet, verlangt.⁷⁴ Ein anderes Beispiel für den Zugang zu Bibliotheksverwaltungsunterlagen ist eine Anfrage gemäß dem IFG-NRW zu Informationen darüber, welche Periodika die Bibliothek des wissenschaftlichen Dienstes des Landes Nordrhein-Westfalen führt.⁷⁵

Immer dann, wenn eine Bibliothek in öffentlicher Trägerschaft Verwaltungstätigkeiten ausübt und hierbei amtliche, also der Behörde für ihre Aufgabenerfüllung zweckdienliche⁷⁶ Aufzeichnungen entstehen, unterliegen diese Informationen der Bibliothek auch dem grundsätzlich freien Zugang nach einem IFG des Bundes oder der Länder.⁷⁷ Dies gilt insofern auch für die Verwaltung der Gerichtsbibliotheken.⁷⁸ Der durch das IFG eröffnete freie Zugang zu *amtlichen Unterlagen* der öffentlichen Bibliotheken und der Gerichtsbibliotheken muss jedoch abgegrenzt werden vom Zugang zu den Bücher- und Medienbeständen dieser Bibliotheken.⁷⁹ Die Informationsfreiheitsgesetze eröffnen gleich aus mehreren Gründen keinen Zugangsanspruch zu den Bibliotheksbeständen.

Zunächst fehlt es den Beständen der Bibliothek, also typischerweise den Sammlungen an Büchern, Zeitschriften und elektronischen Medien, an einem *amtlichen* Charakter. Die Informationsfreiheitsgesetze eröffnen einen subjektiven Zugangsanspruch nur für amtliche Informationen.⁸⁰ Amtlich wird eine Information dann, wenn sie amtlichen, behördlichen Zwecken dient; es handelt sich um Aufzeichnungen, die im Zusammenhang mit einer amtlichen Tätigkeit stehen.⁸¹ Betrachtet man beispielsweise die vielen Bibliotheksbestände von öffentlichen Bibliotheken, so stellt man fest, dass diese nicht zur Aufgabenerfüllung der Bibliotheksverwaltung dienen, sondern der schulischen, beruflichen und allgemeinen Bildung und Information der Bevölkerung.⁸² Generell gelten Kunstwerke, die sich in öffentlicher Hand befinden, nicht als amtliche Aufzeichnungen im Sinne der Informationsfreiheitsgesetze,

weil die durch das Werk vermittelten Informationen nicht in einem Zusammenhang mit Verwaltungshandeln der auskunftspflichtigen Stelle stehen.⁸³ So verhält es sich auch mit den Beständen in einer in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Bibliothek.

Nun mag man einwenden, dass die speziellen Fachbibliotheken der Gerichte und insbesondere der obersten Bundesgerichte in erster Linie nicht der Bildung der Allgemeinheit, sondern den Bedürfnissen der Gerichte und vor allem der Richterinnen und Richter dienen und man darin doch ein Zusammenhang der Bestände der Gerichtsbibliothek zu einer amtlichen Tätigkeit erblicken könne, der sodann die Anwendbarkeit des IFG des Bundes auf die Bestände der Gerichtsbibliothek auslöse. Doch auch diese Konstruktion ist zurückzuweisen. Wenn die Richterin oder der Richter eines obersten Gerichtshofs die interne Fachbibliothek nutzt, um Informationen für eine richterliche Entscheidung zu erlangen, dann mag dies die Bibliotheksbestände in einen offiziellen, hoheitlichen Zusammenhang stellen. Es handelt sich dann aber nicht um eine amtliche Verwaltungstätigkeit, sondern um eine Tätigkeit im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 GG.⁸⁴ Da Rechtsprechung gerade nicht Verwaltung ist, wird der Anwendungsbereich des IFG auf Informationen im Zusammenhang mit rechtsprechenden Tätigkeiten von vornherein nicht eröffnet.⁸⁵

Das IFG ist für Bibliotheken relevant, wenn die Informationsanfragen die Verwaltungstätigkeit der Bibliotheken betreffen. Sofern der Zugang zu den Beständen der Gerichtsbibliotheken begehrt wird, bietet das IFG keine Grundlage; vielmehr muss hierfür die Zugänglichkeitsentscheidung des Verfügungsberechtigten in Form der Benutzerordnungen herangezogen werden.

⁷⁴ VG Berlin Entsch. vom 31.05.2018 – VG 2K 174.17 = BeckRS 2018, 10952.

⁷⁵ Einsehbar unter: fragdenstaat.de/a/23954.

⁷⁶ Vgl. *Alfred Debus*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 30. Edition, 01.11.2020, § 2 IFG, Rn. 10.

⁷⁷ Vgl. *Eric W. Steinhauer*, BuB 59 (2007), 127–128, 127.

⁷⁸ Vgl. ausdrücklich *Schoch*, IFG 2016, § 1, Rn. 211.

⁷⁹ Vgl. *Steinhauer*, BuB 59 (2007), 127.

⁸⁰ Vgl. *Sven Polenz*, in: Stefan Brink/Sven Polenz/Henning Blatt, Informationsfreiheitsgesetz, München 2017, § 2, Rn. 17 f.

⁸¹ Vgl. *Schoch*, IFG 2016, § 2, Rn. 51 ff.

⁸² So § 2 Abs. 3 S. 1 ThürBibG oder § 1 Abs. 7 S. 1 LBibG RLP.

⁸³ Vgl. *Debus* 2020, § 2 IFG, Rn. 10.2; VG Hamburg, BeckRS 2012, 47335, Rn. 67 ff. Im fraglichen Fall ging es um ein Gemälde, welches in einem Museum gelagert wird, das von einer öffentlich-rechtlichen Stiftung geführt wird. Ein entsprechender Antrag auf Zugang zu diesem Gemälde auf der Grundlage des IFG Hamburg wurde vom VG zutreffend abgelehnt, weil es dem Gemälde am amtlichen Charakter fehlt.

⁸⁴ Vgl. *Martin Kment*, in: Hans Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), GG. Kommentar, 16. Aufl., München 2020, Art. 92 GG, Rn. 4 f.; *Schoch*, IFG 2016, § 1, Rn. 209.

⁸⁵ Vgl. *Stefan Brink*, in: Brink/Polenz/Blatt 2017, § 1, Rn. 99; *Schoch*, IFG 2016, Rn. 209.

2. Zugang zu den Bibliotheksbeständen gemäß den Benutzungsordnungen

Maßgebliche Rechtsquelle für den einfachrechtlichen Zugang zu Gerichtsbibliotheken kann demnach nicht das Informationsfreiheitsgesetz sein. Hingegen wird man jedoch in den Benutzerordnungen fündig, die von den obersten Gerichtshöfen des Bundes erlassen worden sind. Auf der Grundlage des jeweils einschlägigen Prozessrechts und der jeweiligen Geschäftsordnung der obersten Gerichtshöfe haben die Präsidentinnen und Präsidenten der obersten Gerichtshöfe Benutzerordnungen für die Gerichtsbibliotheken erlassen.⁸⁶ In dem Maße, wie Gerichtleitungen in den Benutzerordnungen die Zugänglichkeit der Gerichtsbibliotheken bestimmt haben, wurde auch der Schutzbereich der Informationsfreiheit im Hinblick auf diese Gerichtsbibliotheken eröffnet.

a) Zweckbestimmungen in den Benutzerordnungen

Gemäß den Benutzerordnungen werden die Gerichtsbibliotheken der obersten Gerichtshöfe des Bundes als juristische Fachbibliotheken verstanden, die „in erster Linie“ der Informationsversorgung der Angehörigen der Gerichte dienen.⁸⁷ Bereits der Wortlaut der Zweckbestimmungen zeigt den Vorrang der Bibliotheksbenutzung durch die Gerichtsangehörigen und die nachrangige, aber bestehende Möglichkeit der Nutzung durch andere Personen an.⁸⁸ Die Gerichtsbibliotheken sind demzufolge keine rein internen Bibliotheken, die für eine externe Benutzung völlig verschlossen sind. Der Zugang für andere Personen zu den Fachbeständen ist möglich, wenngleich er stets hinter der vorrangigen Benutzung insbesondere der Richterinnen und Richter zurückzutreten hat.

⁸⁶ Für die Rechtsgrundlagen siehe oben, Fn. 51 und 52; Benutzerordnung der Bibliothek des Bundesgerichtshofs (BenO BGH) vom 23.02.2010; Benutzungsordnung des Bundesverwaltungsgerichts (BenO BVerwG) vom 1.09.2006; Benutzungsordnung der Bibliothek des Bundessozialgerichts (BenO BSG) vom 10.12.2018; Benutzungsordnung der Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts vom 16.12.2020; Benutzungsordnung für die Bibliothek des Bundesfinanzhofs (BenO BFH) vom 4.10.2016.

⁸⁷ Vgl. § 1 BenO BGH; § 1 BenO BVerwG; § 1 BenO BSG; § 1 BenO BAG; § 1 BenO BFH.

⁸⁸ In § 1 S. 1 BenO BSG wird die Bibliothek des Bundessozialgerichts zudem zur öffentlich zugänglichen Bibliothek bestimmt; anders hingegen § 1 BenO BVerwG, wonach die Bibliothek des BVerwG „eine nichtöffentliche juristische Fachbibliothek“ ist.

b) Vorrangiger Zugang für Angehörige der obersten Gerichtshöfe des Bundes

Ein subjektiver Anspruch auf Benutzung der Gerichtsbibliotheken besteht gemäß den Benutzerordnungen für die Angehörigen des jeweiligen obersten Gerichtshofs.⁸⁹ Dazu werden zumeist die amtierenden Richterinnen und Richter des Gerichts, die Beamtinnen und Beamten sowie die wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gerichts gezählt.⁹⁰ Teilweise wird die Benutzungsberechtigung auch ausdrücklich auf die ehemaligen Angehörigen, z.B. Richter im Ruhestand, erstreckt.⁹¹ Das Bundesarbeitsgericht gewährt die privilegierte Bibliotheksnutzung darüber hinaus auch den Familienmitgliedern und Partnerinnen und Partnern der gegenwärtigen Angehörigen des Gerichts⁹²; gleichwohl wird diesen die Nutzung von Datenbanken und die Ausleihe vorenthalten⁹³ und die Richterinnen und Richter tragen die Verantwortung für die Einhaltung der Benutzerordnung durch ihre Familienangehörigen.⁹⁴ Am Bundesgerichtshof in Karlsruhe wird die Gruppe von Personen, die vorrangig die Gerichtsbibliothek nutzen darf, am weitesten gefasst. Dazu gehören neben den Richterinnen und Richtern auch die Bundesanwälte der Bundesanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältinnen und -anwälte sowie die beim Bundesgerichtshof akkreditierten Pressevertreterinnen und -vertreter.⁹⁵

Die vorrangige Nutzungsberechtigung der beschriebenen Personengruppen in den Gerichtsbibliotheken äußert sich in vielen Nutzungsdetails, die den externen Nutzern verschlossen bleiben. So sind die vorrangigen Nutzergruppen berechtigt, die Gerichtsbibliotheken der obersten Gerichtshöfe jederzeit zu betreten und zu benutzen.⁹⁶ Anders ist dies lediglich am Bundesverwaltungsgericht, wo sich die vorrangige Benutzung zu dienstlichen Zwecken durch längere Öffnungszeiten zeigt.⁹⁷ Gleiches zeigt sich beim Recht der Ausleihe. Zumeist dürfen nur die Personen der vorrangigen Nutzergruppen die ausleihfähigen Medi-

⁸⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 BenO BGH; § 2 Abs. 1 BenO BVerwG; § 2 Abs. 1 BenO BSG; § 2 Abs. 1 u. 2 BenO BAG; § 2 Abs. 1 BenO BFH.

⁹⁰ Vgl. § 2 Abs. 1 BenO BGH; § 2 Abs. 1 BenO BVerwG.

⁹¹ Vgl. § 2 Abs. 1 BenO BGH; § 2 Abs. 1 BenO BAG, anders: § 2 Abs. 1 BenO BSG.

⁹² Vgl. § 2 Abs. 2 BenO BAG.

⁹³ Vgl. § 5 Nr. 4 und § 7 Abs. 1 BenO BAG.

⁹⁴ § 2 Abs. 2 S. 3 BenO BAG.

⁹⁵ § 2 Abs. 1 BenO BGH.

⁹⁶ § 3 Abs. 1 BenO BGH; § 3 Abs. 1 BenO BSG; § 3 Abs. 1 BenO BAG; § 3 Abs. 1 S. 1 BenO BFH.

⁹⁷ § 3 BenO BVerwG.

en entleihen, was entweder durch Ausleihverbuchung oder durch geeignete Benachrichtigung und nachträgliche Verbuchung in den Fällen einer nicht besetzten Ausleihtheke geschieht.⁹⁸ Vergleichbare exklusive Berechtigungen gelten auch für den Zugang zum Magazin, zu elektronischen Medien oder zu Datenbanken.⁹⁹ Durch die vorrangige Benutzergruppe ausgeliehene Medien sollen in den Diensträumen der Entleiher in einer Weise aufbewahrt werden, dass sie auch in Abwesenheit für das Bibliothekspersonal zugänglich sind und im Bedarfsfall für andere Nutzer aus dem Dienstzimmer wieder entnommen werden können.¹⁰⁰ Die Privilegierung insbesondere der Richterinnen und Richter dient verständlicherweise der effektiven Aufgabenerfüllung des Gerichts und der damit verbundenen notwendigen Informationsversorgung der Gerichtsangehörigen.

c) Zugang für Externe

Doch trotz der Informationsversorgung der Gerichtsangehörigen „in erster Linie“ sind die Gerichtsbibliotheken der obersten Gerichtshöfe in gewissem Maße auch für externe Nutzer zugänglich. Die in den Vorschriften genannten Personengruppen werden recht unterschiedlich benannt, teilweise selbst innerhalb einer Benutzerordnung.¹⁰¹ Bei der Bestimmung des Zugangs der externen Nutzer gibt es offenbar zwei verschiedene Wege, den die Bibliotheken der Gerichte eingeschlagen sind. Zum einen gibt es Benutzerordnungen, die bei den externen Nutzern keine weiteren Voraussetzungen oder Unterscheidungen machen, sondern *jeder externen Person* die Nutzung erlauben im Rahmen der Grenzen der Benutzerordnung, also nichts anderes als eine eingeschränkte Allgemeinzugänglichkeit.¹⁰² Zum anderen gibt es Benutzerordnungen, die externe Nutzer nur *nach definierten Gruppen* zulassen.¹⁰³

⁹⁸ § 4 Abs. 1 BenO BGH; § 4 Abs. 1 BenO BVerwG; § 6 Abs. 1 BenO BSG; § 7 Abs. 1 BenO BAG; § 4 Abs. 1 BenO BFH.

⁹⁹ § 5 Abs. 4 S. 1 BenO BGH; § 3 Abs. 5 BenO BSG; § 5 Abs. 4 BenO BAG; § 4 Abs. 2 BenO BFH.

¹⁰⁰ § 4 Abs. 4 BenO BVerwG; § 6 Abs. 5 BenO BSG; § 7 Abs. 3 u. 4 BenO BAG; § 4 Abs. 10 BenO BFH.

¹⁰¹ So nennt die Benutzerordnung der Bibliothek des BGH die externen Nutzer mal „Andere Personen“ (§ 2 Abs. 2 BenO BGH), „Fremde Benutzerinnen und Benutzer“ (§ 5 Abs. 3 BenO BGH) und „Fremde Personen“ (§ 5 Abs. 4 S. 2 BenO BGH).

¹⁰² Dazu gehören die Bibliothek des BGH: § 2 Abs. 2 BenO BGH; andere Personen ohne nähere Eingrenzungen und die Bibliothek des BSG: § 2 Abs. 2 BenO BSG (insoweit ist es stimmig, dass die Benutzerordnung von einer öffentlich zugänglichen Fachbibliothek spricht) sowie die Bibliothek des BAG: § 2 Abs. 3 BenO BAG.

¹⁰³ § 2 Abs. 2 BenO BVerwG (insofern konsequent auch als nicht öffentliche Bibliothek bezeichnet) und § 2 Abs. 2 BenO BFH.

Unter diesen zugelassenen Gruppen finden sich einerseits die Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe, die am jeweiligen Gericht in einem Verfahren vertretungsberechtigt sind.¹⁰⁴ Andererseits kommt der Forschung eine herausgehobene Stellung zu, hierbei werden etwa Doktoranden und Habilitanden auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts genannt¹⁰⁵, oder auch allgemein Hochschullehrer oder Diplomanden.¹⁰⁶ Dadurch wird selbst bei eingeschränkter Zulassung von externen Nutzern die objektivrechtliche Teilhabe der Forschung gemäß Art. 5 Abs. 3 GG verwirklicht. Solitär findet sich in der Benutzerordnung der Bibliothek des Bundesverwaltungsgerichts noch die Möglichkeit der Nutzung für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden und Gerichten mit Sitz in Leipzig.¹⁰⁷

Der nachrangige Zugang externer Nutzer gegenüber den Angehörigen der Gerichte zeigt sich an vielen Stellen. Zunächst werden die externen Nutzer auf eingeschränkte Öffnungszeiten verwiesen, während die vorrangigen Nutzer die Bibliotheken zumeist rund um die Uhr benutzen können.¹⁰⁸ Für die Benutzung ist eine Anmeldung, Ausweisung und Eintragung in die Benutzerliste erforderlich, auch Taschenkontrollen dürfen erfolgen.¹⁰⁹ Bestimmte Privilegien bei der Bibliotheksnutzung stehen nur den Angehörigen des Gerichts zur Verfügung, etwa der Zugang zu Magazinen, zu Datenbanken oder das Recht der Selbstausleihe.¹¹⁰ Die Bibliothek des Bundesverwaltungsgerichts limitiert angesichts der begrenzten räumlichen Ressourcen die Anzahl der externen Nutzer auf maximal drei Personen.¹¹¹ Und auch die anderen Benutzerordnungen stellen die Betreuung der externen Nutzer unter den generel-

¹⁰⁴ § 2 Abs. 2 1. Spiegelstrich BenO BVerwG; § 2 Abs. 2 lit. a BenO BFH. Siehe hierzu gar den passenden Fall eines Rechtsanwalts, der einen generellen Zugang zur Bibliothek des Bundesfinanzhofs begehrte, jedoch vom VGH München auf die begrenzte Zugänglichkeit nach der Benutzerordnung hingewiesen wurde mit dem Argument, dass Rechtsanwälte, die am BFH Prozessvertreter sind, den Bibliothekszugang ohne bereits gewährt bekämen, vgl. VGH München, Urteil vom 7.10.1981 – 5. B-2178/79 = BeckRS 1981, 107834.

¹⁰⁵ § 2 Abs. 2 Spiegelstrich 3, 4 und 5 BenO BVerwG.

¹⁰⁶ § 2 Abs. 2 lit. d BenO BFH.

¹⁰⁷ § 2 Abs. 2 Spiegelstrich 2 BenO BVerwG.

¹⁰⁸ § 3 Abs. 2 BenO BFH; § 3 Abs. 2 BenO BGH; § 2 Abs. 3 BenO BVerwG; § 3 Abs. 2 BenO BSG; § 3 Abs. 2 BenO BAG.

¹⁰⁹ § 2 Abs. 5 BenO BFH; § 2 Abs. 2 BenO BGH; § 2 Abs. 3 BenO BVerwG; § 3 Abs. 4 BenO BSG; § 2 Abs. 3 BenO BAG.

¹¹⁰ § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 4 S. 1 BenO BGH; § 4 Abs. 1 BenO BVerwG; § 3 Abs. 5 und § 6 Abs. 1 BenO BSG; § 5 Abs. 4 und § 7 Abs. 1 BenO BAG; § 4 Abs. 1 und Abs. 2 BenO BFH.

¹¹¹ § 2 Abs. 2 BenO BVerwG.

len Vorbehalt, dass die Bibliotheksnutzung der vorrangigen Benutzergruppen nicht beeinträchtigt wird,¹¹² was im Hinblick auf den primären Zweck der Gerichtsbibliotheken auch gerechtfertigt ist.

IV. Zusammenfassung

Die Verfassung enthält mit der Informationsfreiheit, der Wissenschaftsfreiheit und mit der Berufsfreiheit mehrere rechtliche Grundlagen, die den Zugang zu staatlichen Bibliotheken in einem bestimmten Maß eröffnen. Dies gilt nicht nur für öffentliche Bibliotheken oder Hochschulbibliotheken, sondern in gewissem Maße auch für Gerichtsbibliotheken. Der hier untersuchte Zugang zu den Bibliotheken der fünf obersten Gerichtshöfe des Bundes wurde in jeweiligen Benutzerordnungen ausdifferenziert. In erster Linie dienen die hochspezialisierten Gerichtsbibliothe-

ken den obersten Gerichtshöfen, ihren Richterinnen und Richtern sowie ihren Beamtinnen und Beamten. Diese Personen genießen einen privilegierten Zugang zu den Bibliotheken. Doch darüber hinaus werden auch externe Benutzer – entweder kategorisiert nach Berufs- und Tätigkeitsgruppen oder als Allgemeinheit – zugelassen. Der Forschung kommt hier eine besondere Rolle zu. Externe Nutzer genießen zwar nur einen nachrangigen Zugang, der vor allem die Belange der gerichtlichen Tätigkeit nicht beeinträchtigen darf. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass die Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe, die beeindruckende juristische Spezialbibliotheken sind, auch in gewissem Maße der Benutzung durch die Allgemeinheit offen stehen und dadurch auch der grundrechtlich verbürgte Zugang zu staatlichen Informationsbeständen gestärkt wird.

¹¹² § 2 Abs. 2 BenO BVerwG; § 2 Abs. 2 BenO BSG; § 2 Abs. 4 BenO BAG.

Zum Zugang zu und der Nutzung von Hochschulbibliotheken

Grenzen der Einschränkbarkeit

von Lukas C. Gundling, Erfurt*

Wer hat in welchem Umfang ein Recht deutsche Hochschulbibliotheken zu nutzen? Eine Frage die angesichts der aktuellen und anhaltenden Pandemielage Studierende, Lehrende und Forschende beschäftigt. Nach einer ersten Darlegung zur Bestandspflicht und dem Zugangsrecht im Heft 3 der ZLVR 2020 anlässlich einer Entscheidung des VG Gießen geben nun eine Entscheidung des VG Berlin und die teilweise anhaltenden Bibliotheksschließungen erneut Anlass für eine Beschäftigung mit dem Zugangsrecht zu Hochschulbibliotheken.

I. Einleitung

„Es gibt aus der Notwendigkeit funktionsfähiger Wissenschaftsbetriebe eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit für eine ausreichende Literaturversorgung und zu dieser müssen im logischen Schluss auch die Hochschulangehörigen Zugang haben.“¹ Den Bibliotheken ist dabei als deren Kernaufgabe übertragen, Informationen und Literatur zu erschließen und sie zugänglich zu machen. Die sich anschließende und bibliotheksrechtliche Kernfrage ist sodann, wer Zugang zu diesem Wissen, zu digitalisierten Informationen und zur Literatur erhält.²

Beide bisher dazu ergangenen Entscheidungen aus Gießen³ und Berlin⁴ ergingen aufgrund von Anträgen von studentischer Seite und vermitteln somit ein unvollständiges Bild der rechtlichen Situation. Diese Entscheidungen befassten sich nicht mit der grundrechtlichen Position der

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

¹ Lukas C. Gundling, Zur Bestandspflicht von und dem Zugang zu Hochschulbibliotheken, ZLVR 2020, 91.

² Eric Steinhauer, Bibliotheksrecht als Zugangsrecht und die Herausforderungen der Digitalisierung, RuZ 2020, 16. Siehe zur Zugänglichkeit von Gerichtsbibliotheken in diesem Heft Hannes Berger, ZLVR 2021, 34 ff.

³ VG Gießen, Beschl. v. 11.8.2020 – 3 L 2412/20.GI=ZLVR 2020, 99 ff.

⁴ VG Berlin, Beschl. v. 17.03.2021 – VG 14 L 90/21=ZLVR 2021, 69 ff.

Wissenschaftler in Forschung und Lehre und ebenso nicht mit der grundrechtlichen Position der allgemeinen Öffentlichkeit. Zugleich – und das unterstreicht die Notwendigkeit einer näheren Beleuchtung der rechtlichen Situation – halten die pandemische Lage und die damit verbundenen, mitunter massiven Einschränkungen in den Nutzungsmöglichkeiten von Hochschulbibliotheken teilweise seit über einem Jahr an.⁵

Zunächst wird der Beitrag daher kurz darstellen, was Hochschulbibliotheken ausmacht (II.1.) und wie deren rechtliche Position auf einfachgesetzlicher Ebene durch die Landesgesetzgeber ausgestaltet wurde (II.2.). Anschließend werden verfassungsrechtlich geschützte Zugangsrechte zu Hochschulbibliotheken beleuchtet (III.) bevor schließlich deren Einschränkbarkeiten erörtert werden.

II. Hochschulbibliotheken

1. Was sind Hochschulbibliotheken?

Hochschultypen unterscheiden sich von ihrem Zweck her.⁶ Hochschulbibliotheken, teilweise als Einheit mit Informations- und Rechenzentren ausgestaltet, sind zentrale wissenschaftliche Einrichtungen, die die Hochschulen für die Aufgaben der Forschung und Lehre mit den notwendigen Informationen aus Literatur und Datenbanken versorgen.⁷ Sie sind der Speicher des vielfältigen menschlichen Wissens in dessen mannigfaltigen Aggregatzuständen.⁸ Hochschulen, egal ob sie als Universitäten oder denen gleichgestellte Hochschulen, Fachhochschulen oder Musik- und Kunsthochschulen oder auch Duale Hochschulen⁹

⁵ Zur Situation bspw. Pauline Dietrich, Corona und die Jura-Bibliotheken. Was geht wo und wie gut klappt es? LTO-Karriere v. 08.04.2021 (<https://www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/jura-studium-corona-pandemie-lernen-bibliothek-universitaet>; zuletzt abgerufen am 10.04.2021).

⁶ Hildebert Kirchner, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, 2. Aufl. 1993, 27.

⁷ Werner Thieme, Dt. HochschulR, 3. Aufl. 2004, Rn. 1075; Engelbert Plassmann/Jürgen Seefeldt, Das Bibliothekswesen der Bundesrepublik Deutschland, 1999, 106; Hannes Berger, Öffentliche Bibliotheksgesetze, ZLVR 2018, 16; Kirchner, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, 1993, 27.

⁸ Eric Steinhauer, Rechtsgrundlagen von Hochschulbibliothekssystemen in Deutschland, in: Hdb. Hochschulbibliothekssysteme, 2014, 34 f.; Günter Gattermann, Wissenschaftliche Bibliotheken, in: Hdb. WissR, 2. Aufl. 1996, 897.

⁹ Auch das BVerfG erkennt an, dass an Fachhochschulen (BVerfGE 126, 1 (19)) als auch an Dualen Hochschulen (BVerfG, Kammerbeschl. v. 5.2.2020 – 1 BvR 1586/14, Rn. 13 (juris)=WissR

eingerrichtet wurden, benötigen solche Wissensspeicher in Form von Bibliotheks- und Informationszentren. Ihre Größe und ihr Bestand variiert je nach fachlicher Ausrichtung der Hochschule und deren Bedarfe.¹⁰ Daneben gibt es an Hochschulen noch den Typus der Spezial- respektive Forschungsbibliotheken, der in erster Linie der Forschung und der Konservierung menschlichen Wissens dient.¹¹ Entsprechend können Bibliotheken als zentrale Betriebseinheiten oder als wissenschaftliche Einrichtungen ausgestaltet sein.¹²

Die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Hochschulbibliotheken unterscheidet sich. So gibt es Hochschulen mit nur einer Zentralbibliothek, aber auch Hochschulen mit zusätzlich unterschiedlichen Teil-, Fachbereichs-, oder Institutsbibliotheken an verschiedenen Standorten. Die Erscheinungsformen und Benennungen dieser sind vielfältig.¹³ Die Ursache für diese Vielfalt ist, dass der überwiegende Teil der Regeln für das Hochschulbibliothekswesen auf der individuellen Satzungsebene der Hochschulen erzeugt wird, wodurch auch der gebotenen Ausdifferenzierung im Hochschul- und Hochschulbibliothekswesens Rechnung getragen werden kann.¹⁴

Nicht immer werden reine Hochschulbibliotheken eingerichtet. Sie bekommen teilweise weitere staatliche Aufgaben übertragen. So sind gelegentlich die landesbibliothekarischen Aufgaben durch den Landesgesetzgeber an Hochschulbibliotheken angesiedelt.¹⁵

2020, 97 (99)) ein Fach in Forschung und Lehre vertreten werden kann.

¹⁰ Plassmann/Seefeldt, Das Bibliothekswesen, 1999, 102 ff.

¹¹ Als Forschungseinrichtung gesetzlich definiert, siehe bspw. Hannes Berger, Neuere Aspekte des öffentlichen Bibliotheksrechts, ZVR-Online Dok. Nr. 1/2018, Rn. 24. Plassmann/Seefeldt, Das Bibliothekswesen, 1999, 115 ff.

¹² Kirchner, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, 1993, 39 ff. Beispielsweise ist die UB Erfurt eine zentrale Einrichtung (Benutzungsordnung der Universitätsbibliothek Erfurt vom 20. Februar 2019, Verk.Bl. UE Reg.Nr.2.6.1-2), hingegen die ebenfalls zur Universität Erfurt gehörende FB Gotha (Satzung zur Organisation der Forschungsbibliothek Gotha (FBG) der Universität Erfurt vom 1. Februar 2018, Verk.Bl. UE Reg.Nr. 2.5.1.8), eine wissenschaftliche Einrichtung.

¹³ Plassmann/Seefeldt, Das Bibliothekswesen, 1999, 107 ff.; Gattermann, Hdb. WissR, 1996, 911 ff.

¹⁴ Steinhauer, Rechtsgrundlagen, 2014, 39. Dies führt jedoch dazu, dass über die gewöhnliche föderale Vielstimmigkeit hinaus eine gewisse Unübersichtlichkeit des bestehenden Hochschulbibliotheksrechts hingenommen werden muss.

¹⁵ Thieme, Dt. HochschulR, 2004, Rn. 1075; Steinhauer, Rechtsgrundlagen, 2014, 42. Bspw. gem. § 96c Abs. 1 BremHG die Staats- und Universitätsbibliothek; § 37 Abs. 1 SHSG die Saarlän-

2. Einfachgesetzliche Ausgestaltung der Hochschulbibliotheken

Insgesamt ist das Bibliotheksrecht noch immer ein zurückhaltend verrechtlichter Bereich des Kulturverwaltungsrechts. So haben mit Hessen (2010), Rheinland-Pfalz (2014), Sachsen-Anhalt (2010), Schleswig-Holstein (2016) und Thüringen (2008) die Minderheit der deutschen Länder Landesbibliotheksgesetze auf den Weg gebracht.¹⁶ Die Hochschulbibliotheken werden daher häufig im Rahmen der Landeshochschulgesetze mitnormiert.¹⁷

Die Ausgestaltung in den Hochschulgesetzen unterscheidet sich dabei erheblich. Der überwiegende Teil der Bundesländer widmet den Hochschulbibliotheken einen eigenen Paragraphen (Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen).¹⁸ Bremen regelt die Staats- und Universitätsbibliothek und deren Organisation gar in einem ganzen Kapitel des Hochschulgesetzes.¹⁹ Fast alle diese Hochschulgesetze sehen in diesen Paragraphen vor, dass Hochschulbibliotheken Forschende, Lehrende und Studierende mit Informationen zu versorgen, mithin ihre Medien für Forschung und Lehre den Mitgliedern und Angehörigen zugänglich machen haben (Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Saarland),²⁰ wenn nicht gar darüber hinaus auch allgemein der Öffentlichkeit (Sachsen²¹, Sachsen-Anhalt, Thüringen).²² Den Zugang der allgemeinen Öffent-

dische Universitäts- und Landesbibliothek; § 2 Abs. 1 ThürBibG der Thüringer Universitäts- und Landesbibliothek Jena.

¹⁶ Berger, ZVR-Online Dok. Nr. 1/2018, Rn. 18 ff. Siehe zu weiteren Bestrebungen Themenheft Aktuelle Bibliotheksgesetzgebung in Deutschland, Bibliotheksdienst, Band 51 (2017), Heft 1 und Eric W. Steinhauer/Cornelia Vonhof, Bibliotheksgesetzgebung: ein Handbuch für die Praxis, insbesondere im Land Baden-Württemberg, 2011.

¹⁷ Regelungen fehlen beispielsweise in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.

¹⁸ § 28 LHG BW („Informationsversorgung“); § 86 BerlHG („Bibliothekswesen“); § 70 BbgHG („Hochschulbibliothek“); § 94 HmbHG („Bibliothekswesen“); § 37 SHSG („Saarländische Universitäts- und Landesbibliothek“); § 93 SächsHSFG („Hochschulbibliothek“); § 100 HSG LSA („Hochschulbibliotheken“); § 44 ThürHG („Hochschulbibliothek“).

¹⁹ Kapitel 5: Staats- und Universitätsbibliothek, §§ 96a–96d BremHG.

²⁰ § 28 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 LHG BW; § 86 Abs. 1 S. 2 BerlHG; § 70 Abs. 1 S. 2 BbgHG; § 96c Abs. 1 S. 1 BremHG; § 37 Abs. 1 u. 2 SHSG.

²¹ Bei der Regelung der Nutzung sind gem. § 92 Abs. 3 SächsHSFG die Aufgaben in Forschung und Lehre zu beachten.

²² § 93 Abs. 1 S. 3 SächsHSFG; § 100 Abs. 1 S. 1 HSG LSA; § 44 Abs. 1 ThürHG.

lichkeit zu ihren Hochschulbibliotheken sehen im Übrigen alle Länder mit Bibliotheksgesetzen in diesen explizit vor (Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen);²³ sie sehen außerdem, bis auf Schleswig-Holstein, auch pflichtig den Bestand der Hochschulbibliotheken vor.²⁴

Im Fall von Bayern werden gem. Art. 19 Abs. 5 S. 2 BayHSchG Hochschulbibliotheken als zentrale Einrichtungen der Hochschulen eingerichtet. Die Aufstellung der Regelungen zu Zugang und Aufgaben der Hochschulbibliotheken wird in Art. 106 Abs. 1 S. 2 BayHSchG an den Verordnungsgeber delegiert. Dieser hat die „Allgemeine Benützungsbefugnisordnung der Bayerischen Staatlichen Bibliotheken“ (ABOB)²⁵ erlassen. Die Bibliotheken stehen demnach gem. § 4 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 ABOB allen Menschen zu wissenschaftlichen Zwecken sowie zur beruflichen Arbeit und Fortbildung offen. Gem. § 2 Abs. 2 S. 2 ABOB haben Hochschulbibliotheken – wie auch in den vorgenannten Ländern – insbesondere Forschung, Lehre und Studium zu dienen.

In Mecklenburg-Vorpommern sieht der Landesgesetzgeber in § 94 Abs. 2 S. 2 LHG M-V die Einrichtung von Hochschulbibliotheken auf der zentralen Ebene vor, um die Versorgung der Hochschulen mit Literatur und Informationen sicherzustellen. Keine expliziten Regelungen sehen lediglich die Landesgesetzgeber von Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen vor.

Über diese speziellen Regelungen zu Hochschulbibliotheken hinaus sehen manche Länder für Studierende ein allgemeines Zugangs- und Nutzungsrecht zur Nutzung von Hochschuleinrichtungen vor, welches ein Zugangsrecht zu

Hochschulbibliotheken impliziert (Berlin, Bremen, Hamburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen).²⁶

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend sieht der überwiegende Teil der deutschen Länder auf einfachgesetzlicher Ebene die Einrichtung von Hochschulbibliotheken vor, die der Forschung und der Lehre sowie den Studierenden notwendige Literatur und Informationen zur Verfügung stellen sollen. Manche Länder gehen über ein bloßes Zugangsrecht der mit den Hochschulen Verbundenen hinaus und sehen auch ein Zugangsrecht für die allgemeine Öffentlichkeit vor, mitunter werden den Hochschulbibliotheken auch weitere staatliche Aufgaben übertragen.

III. Verfassungsrechtliche Garantien

Es besteht somit weitgehend ein einfachgesetzliches Nutzungs- und Zugangsrecht zu den Hochschulbibliotheken. Tätigkeiten der forschenden, lehrenden oder studierenden Hochschulmitglieder und -angehörige stehen allerdings weiterreichend auch unter einem grundrechtlichen Schutz. Einen Grundrechtsschutz entfaltet auf der einen Seite für Studierende insbesondere die Studier- respektive Ausbildungsfreiheit als Derivat der Berufsfreiheit (1.) und auf der anderen Seite für Forschende und Lehrende, aber auch für Studierende, die mit Abschlussarbeiten betraut sind, die Wissenschaftsfreiheit (2.). Der allgemeinen Öffentlichkeit kommt zudem der grundrechtliche Schutz der Informationsfreiheit zu (3.).²⁷ Manche Landesverfassungen sehen überdies Garantien zum Unterhalt und Zugang von Bibliotheken vor.²⁸

1. Studierfreiheit

Ob nun die Studierfreiheit lediglich aus Art. 12 Abs. 1 GG oder zudem auch aus Art. 5 Abs. 3 GG hergeleitet wird, kann insoweit hier offengelassen werden, als dass zunächst der Aspekt der Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 Abs.

²³ § 3 Abs. 1–3 HessBibIG; § 1 Abs. 4 LBibG RP; § 4 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 BibIG LSA; § 4 Abs. 1 BibIG SH; § 2 Abs. 2 ThürBibG; vgl. auch *Steinhauer*, RuZ 2020, 21.

²⁴ § 4 Abs. 1 u. 2 BibIG SH und § 34 Abs. 2 u. 3 HSG SH bleiben hier vage. Allerdings ist der Konstruktion dieser Normen, insbesondere mit Blick auf § 4 Abs. 2 BibIG SH zu entnehmen, dass der Gesetzgeber vom Bestand dieser ausgeht, hätte er andernfalls Abs. 2 um eine Alternative für Hochschulen ohne Bibliothek ergänzt.

²⁵ Allgemeine Benützungsbefugnisordnung der Bayerischen Staatlichen Bibliotheken (ABOB) vom 18. August 1993 (GVBl. S. 635, BayRS 2240-3-WK), die zuletzt durch § 1 Abs. 253 der Verordnung vom 26. März 2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist.

²⁶ § 9 Abs. 1 BerlHG; § 5 Abs. 5 BremBHG; § 50 Abs. 1 Nr. 2 HmbHG; § 22 Abs. 1 Nr. 1 SächsHSFG; § 31 Nr. 2 HSG LSA; § 72 Abs. 4 ThürHG.

²⁷ Insgesamt ist das Spektrum der durch das Bibliotheksrecht betroffener Belange breiter, siehe *Kirchner*, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, 1993, 9 ff.

²⁸ Dazu bspw. *Robert Gmeiner*, Die persönliche Reichweite des Staatsziels auf kulturellen Zugang in Sachsen und Sachsen-Anhalt, ZLVR 2020, 77.

1 GG zum Tragen kommt.²⁹ Geschützt ist dabei nicht nur der Eintritt in die Ausbildungsstätte, hier in die Hochschule, sondern auch das Durchlaufen der Ausbildung und damit alle für die Ausbildung notwendigen Tätigkeiten.³⁰ Dazu gehört bei einem Hochschulstudium regelmäßig auch das Literaturstudium im Zusammenhang mit konkreten Aufgabenstellungen aus Lehrveranstaltungen. Hier kann zudem eine Lernfreiheit als spiegelbildliches Recht, als genuines Korrelat, als Reflex der Lehrfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG (s. III.2.) konstatiert werden.³¹ Zudem kann für ein erfolgreiches Studium und für das Bestehen der Prüfungen ein literaturbasiertes Selbststudium notwendig sein.³² Bibliotheken sind entsprechend „nicht nur tatsächlich, sondern rechtlich notwendige Einrichtungen“ für die Ausbildung an Hochschulen.³³ Sie sichern die sachgerechten Rahmenbedingungen für ein berufsqualifizierendes und besonders für ein wissenschaftliches Studium.³⁴

2. Wissenschaftsfreiheit

Aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG fließen Strukturvorgaben für Hochschulbibliotheken.³⁵ Wissenschaftler an einer staatlichen Hochschule haben einen Anspruch auf eine gewisse Mindestausstattung, damit wissenschaftliches Arbeiten überhaupt möglich ist.³⁶ Zu dieser Mindestausstattung zählen auch die Hochschulbibliotheken, die eine Grundversorgung an Informationen und Literatur für Forschung und Lehre sicherzustellen haben. Sie ermöglichen in einigen Wissenschaftsbereichen erst die wissenschaftliche Arbeit. So besteht nicht nur

aufgrund der Studierfreiheit, sondern auch aufgrund der Wissenschaftsfreiheit die rechtliche Notwendigkeit für den Bestand wissenschaftlicher Bibliotheken.³⁷

Gleichzeitig wächst die Menge an Fachliteratur in einer Weise an, die es einer Bibliothek unmöglich macht, die Fachliteratur für die an einer Hochschule bestehenden Fachbereiche vollständig zur Verfügung zu stellen. Diese tatsächliche Unzulänglichkeit des Hochschulbibliothekswesens wird durch Kooperationen im Bibliothekswesen, beispielsweise durch Fernleihverbände, kompensiert.³⁸ Zum Teil werden diese Kooperationen auch von den Hochschulgesetzgebern explizit eingefordert.³⁹ Insgesamt besteht ein Anspruch der Wissenschaftler an Hochschulen auf eine – letztlich aber schwer konkret zu beziffernden – Mindestausstattung.⁴⁰ Der Umfang der Bibliothek, die Menge an Literatur und Datenbanken ist letztlich aber auch abhängig von den an den jeweiligen Hochschulen gelehrt Fächern und deren sich stark unterscheidenden Bedarfe.⁴¹

Auf die Wissenschaftsfreiheit können sich überdies nicht nur Hochschullehrer und hauptberuflich in der Forschung und Lehre Tätige berufen, sondern natürlicherweise auch Doktoranden und Habilitanden im Rahmen ihrer qualifizierenden Forschungstätigkeit⁴² sowie selbstständig wissenschaftlich tätige Studierende. Zu diesen selbständigen studentischen Forschungstätigkeiten gehören nicht nur studentische Aufsatzpublikationen, sondern auch eigenständige Forschung im Rahmen einer Abschlussarbeit (Diplom-, Master-, aber in manchen Fällen auch Bachelor-

²⁹ Dazu *Scholz*, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 12, Rn. 183; *Steinhauer*, Rechtsgrundlagen, 2014, 38. Zum Meinungsstand: *Gärditz*, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 3, Rn. 122 m.w.N. Auch die Berliner Richter lassen dies offen (VG Berlin, Beschl. v. 17.03.2021 – VG 14 L 90/21=ZLVR 2021, 70).

³⁰ *Ruffert*, in BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber GG, 46. Edition (Stand: 15.02.2021), Art. 12, Rn. 46; *Gröpl*, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 25.

³¹ *Kempfen*, in Hdb. HochschulR, 2011, Kap. I, Rn. 97; auch *Scholz* in Maunz/Dürig GG, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113; *Peter Krause*, Hdb. WissR 1996, 552 f.

³² Studien- und Prüfungsordnungen weisen hier regelmäßig mehrstündigen Selbststudienaufwand aus.

³³ *Kirchner*, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, 1993, 14.

³⁴ *Steinhauer*, Rechtsgrundlagen, 2014, 38. Ähnlich *Thieme*, Dt. HochschulR, 2004, Rn. 1075.

³⁵ *Steinhauer*, Rechtsgrundlagen, 2014, 34 f.

³⁶ *Lukas C. Gundling*, Zum materiellen Hochschulbegriff, *WissR* 54 (2021), Heft 1 (i.E.); *Gärditz*, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 3, Rn. 261 ff.; *Steinhauer*, Rechtsgrundlagen, 2014, 34 f.; ähnlich *Gröpl*, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 113.

³⁷ *Steinhauer*, Rechtsgrundlagen, 2014, 35; dazu auch *Gärditz*, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 3, Rn. 261 ff. oder *Thieme*, Dt. HochschulR, 2004, Rn. 1075.

³⁸ *Gattermann*, Hdb. WissR, 1996, S. 897 ff.

³⁹ Bspw. § 28 Abs. 4 LHG BW; Art. 16 Abs. 1 S. 2 BayHSchG; § 86 Abs. 2 BerLHG; § 70 Abs. 2 BbgHG; § 96c Abs. 3 BremHG; § 93 Abs. 1 S. 4 SächsSHFG.

⁴⁰ *Steinhauer*, Rechtsgrundlagen, 2014, S. 35.

⁴¹ *Gundling*, ZLVR 2020, 89. Hierzu auch *Plassmann/Seefeldt*, Das Bibliothekswesen, 1999, 102 ff.

⁴² Doktoranden sollen mit Ihrer Promotion die Fähigkeit zur eigenständigen wissenschaftlichen Arbeit nachweisen (bspw. § 38 Abs. 2 LHG BW; Art. 64 Abs. 1 BayHSchG; § 35 Abs. 1 BerLHG; § 65 Abs. 1 BremHG; § 31 Abs. 2 BbgHG; § 24 Abs. 1 HSchIG HE; § 43 Abs. 1 LHG MV; § 9 Abs. 1 NHG; § 67 Abs. 1 HG NRW; § 34 Abs. 1 HochSchG RLP; § 69 Abs. 1 SHSG; § 54 Abs. 1 HSG SH; § 61 Abs. 2 ThürHG), eine Habilitation die Fähigkeit der eigenständigen Vertretung eines Fachs in Forschung und Lehre (bspw. § 39 Abs. 1 LHG BW; Art. 65 Abs. 3 BayHschG; § 36 Abs. 1 BerLHG; § 32 Abs. 1 BbgHG; § 43 Abs. 6 LHG M-V; § 41 Abs. 1 SächsSHFG; § 18 Abs. 9 HSG LSA; § 62 Abs. 1 ThürHG).

arbeiten).⁴³ Zuletzt können sich auch Privatgelehrte, im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit, auf die Wissenschaftsfreiheit berufen.⁴⁴

3. Informationsfreiheit

Zuletzt kann bei Hochschulbibliotheken die Informationsfreiheit zum Tragen kommen.⁴⁵ Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG gewährt jedermann das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu informieren.⁴⁶ Da einige Hochschulbibliotheken aufgrund einfachgesetzlicher Verpflichtung⁴⁷ oder durch eine entsprechende Aufgabenbeschreibung im öffentlich-rechtlichen Satzungsrecht⁴⁸ ihre Bestände der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich machen müssen, besteht hierin die rechtliche Widmung als allgemein zugänglich, welche für die Eröffnung des Schutzbereichs der Informationsfreiheit notwendig ist.⁴⁹ Mithin ist der Zugang zu öffentlichen Bibliotheken über die Informationsfreiheit grundrechtlich geschützt und eine Beschränkung des Zugangs bedarf der entsprechenden Rechtfertigung.⁵⁰

IV. Einschränkbarkeit

1. Allgemeines

Neben dem einfachgesetzlichen Zugangsrecht⁵¹ besteht also für Hochschulbibliotheken zudem ein grundrechtlich verbürgtes Zugangs- und Nutzungsrecht für Wissenschaftler und Studierende, mitunter gar für die allgemeine Öffentlichkeit (s.o. III.). Der grundrechtliche Schutz stellt sodann besondere Anforderungen an die Einschränkbarkeit, so steht die Ausbildungsfreiheit unter dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG,⁵² die

Informationsfreiheit unter dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG⁵³ und die Wissenschaftsfreiheit ist ein sogenanntes schrankenloses Grundrecht, dessen Schutzbereich nur mittels verfassungsimmanenter, also sich aus der Verfassung selbst ergebender Schranken begrenzt werden darf.⁵⁴

Mit Blick auf die Informationsfreiheit und die Ausbildungsfreiheit genügen die auf §§ 28, 28a, 32 IfSG beruhenden Rechtsverordnungen formell dem jeweiligen Gesetzesvorbehalt. Und dies gerade auch deshalb, da für Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG das Zitiergebot nicht erfüllt sein muss, d.h. die Ermächtigungsgrundlage der Schutzverordnungen muss den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG nicht namentlich vorsehen.⁵⁵ Anlass der Eingriffe ist der Schutz vor SARS-CoV-2-Infektionen (im Folgenden nur Coronavirus) und damit der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens, ein grundrechtlich verbürgtes Recht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Dem Staat ist dahingehend eine Handlungspflicht auferlegt, der die Legislative und Exekutive als Gesetzes- und Verordnungsgeber nachzukommen hat.⁵⁶ Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens ist zugleich ein grundrechtliches und damit verfassungsimmanentes Schutzgut, dass den Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit rechtfertigen kann.⁵⁷

Dennoch müssen alle Grundrechtseingriffe dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Das Grundgesetz kennt einen die Grundrechte suspendierenden Ausnahmezustand nicht,⁵⁸ auch wenn in der Rhetorik der verantwortungstragenden Politiker immer wieder ein solcher Eindruck entsteht. Es bedarf also eines angemessenen Ausgleichs der betroffenen Grundrechte, es müssen die

⁴³ Gärditz, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 3, Rn. 129; Gröpl, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 108.

⁴⁴ Josef Franz Lindner, Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, jura 2018, 242.

⁴⁵ Zur Relevanz der Informationsfreiheit für Bibliotheken *Juraschko*, Praxishandbuch Recht für Bibliotheken, 2013, 23 ff.

⁴⁶ Berger, ZVR-Online Dok. Nr. 1/2018, Rn. 22; Sonja Wirtz/Stefan Brink: Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, NVwZ 2015, 1168 f. Siehe auch BVerfG 66, 116 (137).

⁴⁷ Siehe II.2.

⁴⁸ Steinbauer, RuZ 2020, 21.

⁴⁹ BVerfGE 103, 44 (60); 145, 365 (373); Berger, ZLVR 2018, 17.

⁵⁰ Berger, ZVR-Online Dok. Nr. 1/2018, Rn. 22.

⁵¹ Siehe II.2.

⁵² Gröpl, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 45.

⁵³ Grabenwarter, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 1034.

⁵⁴ Gröpl, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 116.

⁵⁵ Scholz, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 12, Rn. 311 ff.; Grabenwarter, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 131; Gröpl, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 68; Gröpl, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 47, 52.

⁵⁶ Dazu aktuell bspw. Holger Schmitz/Carl-Wendelin Neubert: Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 666 ff. und aus der Rsp. bspw. BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20=NJW 2020, 1429 oder BVerfG Beschl. v. 9.4.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596.

⁵⁷ Gröpl, in Gröpl/Windthorst/Cölln GG, 3. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 116; Gärditz, in Maunz/Dürig GG, 92. EL 2020, Art. 5 Abs. 3, Rn. 170.

⁵⁸ Dazu Gundling, ZLVR 2020, 36.

Grundrechtspositionen in praktischer Konkordanz zu möglichst optimaler Wirksamkeit gebracht werden.⁵⁹

2. Zur Ausbildungs- und Wissenschaftsfreiheit

Sowohl die Entscheidung des VG aus Gießen als auch die Entscheidung des VG aus Berlin erachten die aktuellen Beschränkungen der Ausbildungsfreiheit für zulässig. Zwar ist die Entscheidung aus Berlin noch nicht rechtskräftig und dort ist ein Wille zu weiteren Rechtsmitteln bekannt,⁶⁰ dennoch können diesen Entscheidungen Grenzen der Einschränkbarkeit entnommen werden. So weisen beide Entscheidungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf dem Umstand hin, dass die Literaturbeschaffung grundsätzlich möglich sei (durch Ausleih- und Kopier- respektive Scanmöglichkeiten).⁶¹ Auch zeigen beide Entscheidungen notwendige Differenzierungen auf, so weisen die Gießener Richter darauf hin, dass es Unterscheide beim Literaturbedarf von Anfängern und Examenskandidaten gibt und das letztere einen erweiterten Bibliothekszugang zu Zeitschriften und Kommentaren für eine gründliche und zweckmäßige Vorbereitung benötigen.⁶²

Die Berliner Richter widersprechen dieser Notwendigkeit bei Examenskandidaten, wenn auch dahingehend problematisch, in dem sie unter anderem darauf hinweisen, dass Bücher „allein oder zur Reduzierung der Kosten im Verbund mit anderen Studierenden“ gekauft werden könnten. Aber auch sie anerkennen, dass zumindest Kopien und Scans aus dem Präsenzbestand zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs beitragen. Weiterhin stellen die Richter fest, dass bei der Erstellung einer wissenschaftlichen Hausarbeit, beispielsweise einer Schwerpunktarbeit, die systematische Literaturlauswertung in der Bibliothek für den Erfolg notwendig sein kann.⁶³

Mag hier noch zu Beginn der Pandemie und der Lockdowns eine Verschiebung und Aussetzung der Abgabefristen der Verhältnismäßigkeit der vollständigen Schließung von Hochschulbibliotheken zuträglich gewesen sein,⁶⁴ kann darauf bei anhaltender Dauer eines solchen, tiefen Grundrechtseingriff nicht mehr abgestellt werden. Die Studierenden brauchen nicht nur zum Abfassen von Arbeiten, sondern auch zum studienbegleitenden Selbststudium Zugang zur Literatur, so auch zum Präsenzbestand.⁶⁵ Dieser kann allerdings unterschiedlichster Gestalt gewährt werden: Ob nun Arbeitsplätze in der Bibliothek mit einem entsprechenden Hygienekonzept eingerichtet werden, ob die Studierenden zumindest zum Kopieren oder Scannen in die Hochschulbibliotheken dürfen oder ob die Bibliotheken einen kostenlosen Scann-, Kopier- oder Außerhausausleihdienst einrichten, ist dabei zunächst unerheblich. Der Zugang zur Studienliteratur muss nur etwa gleichwertig zum gewöhnlichen Präsenzzugang sein.

Ein bloßer Scan und Kopierdienst mag unter diesem Aspekt problematisch werden, da gem. § 60a UrhG Lehrende höchstens 15% und Bibliotheken höchstens 10% eines gedruckten, urheberrechtlich noch geschützten Werkes digital oder als Kopie zur Verfügung stellen dürfen.⁶⁶ Dadurch könnten notwendige Informationen den Studierenden vorenthalten bleiben. Die aktuellen Reformbestrebungen lassen bei diesen Einschränkungen zumindest auf keine Besserung hoffen.⁶⁷ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass mit dem Geistigen Eigentum und dem Urheberrecht hier eine weitere Rechtsposition den Zugang beschränkend hinzutritt.⁶⁸

Auch der Verweis auf das Onlineangebot, wie ihn beispielsweise die Berliner Richter einbringen,⁶⁹ verfängt nur bedingt, da das Angebot trotz der zunehmenden Möglichkeiten, den Präsenzbestand nur bedingt in gleichem Maße

⁵⁹ Schmitz/ Neubert, NVwZ 2020, 667 ff.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., 1999, Rn. 17 f.

⁶⁰ Siehe Pauline Dietrich, Corona und die Jura-Bibliotheken. Was geht wo und wie gut klappt es? LTO-Karriere v. 08.04.2021 (<https://www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/jura-studium-corona-pandemie-lernen-bibliothek-universitaet>); zuletzt abgerufen am 10.04.2021).

⁶¹ VG Gießen, Beschl. v. 11.8.2020 – 3 L 2412/20.GI=ZLVR 3/2020, 100; VG Berlin, Beschl. v. 17.03.2021 – VG 14 L 90/21=ZLVR 2021, 71 f.

⁶² VG Gießen, Beschl. v. 11.8.2020 – 3 L 2412/20.GI=ZLVR 3/2020, 101.

⁶³ VG Berlin, Beschl. v. 17.03.2021 – VG 14 L 90/21=ZLVR 2021, 71 f.

⁶⁴ Edgar Fischer/Peter Dieterich: Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie, NVwZ 2020, 665.

⁶⁵ Bspw. Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 671; Gundling, ZLVR 2020, 90 f.

⁶⁶ Dazu Gundling, ZLVR 2020, 90 f.

⁶⁷ Dazu Hannes Henke, Die geplanten Neuregelungen urheberrechtlich zulässiger Unterrichts- und Lehrtätigkeiten, RuZ 2021, 27 ff.; Eric W. Steinhauer, Das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes – Ein Überblick zu den geplanten Regelungen für Kultur- und Wissenschaftseinrichtungen, RuZ 2021, 5 ff. (insb. 17 ff.).

⁶⁸ Steinhauer, RuZ 2020, 19 f.

⁶⁹ VG Berlin, Beschl. v. 17.03.2021 – VG 14 L 90/21=ZLVR 2021, 72.

abdecken kann und die Arbeitsmöglichkeiten⁷⁰ aufgrund zeitlich oder vom Zugriffsumfang beschränkten Zugang begrenzter sind, respektive eine erhebliche Rechtsunsicherheit auf Seiten der Bibliotheken gegeben ist, gerade auch bei Fernzugriffen.⁷¹ Fraglich ist auch, ob VPN- oder ähnliche Zugänge zum Fernzugriff technisch angeboten werden. Open-Access-Publikationen können hier auch noch keine adäquate Abhilfe besorgen, wenn auch die Hochschulbibliotheken um die Förderung des Open-Access-Angebots bemüht sind.⁷² 2020 lag der Anteil bei den Zeitschriftenpublikationen bei etwa 30%. Zudem ist die Affinität zu Open Access zwischen den Fachbereichen unterschiedlich verteilt.⁷³

Bei den Arbeitsplätzen in der Bibliothek sind Einschränkungen denkbar, so würde eine Voranmeldung⁷⁴, Beschränkung der täglichen Arbeitsdauer auf wenige Stunden oder die Maskenpflicht gegebenenfalls die Arbeitsfähigkeit einschränken, dennoch würde dies dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit Blick auf den Nutzen für den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens noch genügen. In Würdigung der Lehrfreiheit ist allerdings eine Beschränkung der Zugänglichkeit für nur einzelne Informations- und Literaturgattungen nicht mehr zu rechtfertigen.⁷⁵

⁷⁰ Siehe zum Problem der Nutzung von Digitalisaten in Bibliotheken vorhandener Durchwerke auch *Steinhauer*, RuZ 2020, 24 ff.

⁷¹ Teilweise können nur einzelne Seiten ausgedruckt werden, oder die Zahl paralleler Zugriffe ist beschränkt, oder das Exemplar kann nur für eine gewisse Zeit gelesen werden. Siehe hierzu auch *Steinhauer*, RuZ 2020, 19 ff.

⁷² *Steinhauer*, RuZ 2020, 23 ff. Es gibt diverse Fördermöglichkeiten durch UBs bspw. nur die UB Erfurt (<https://www.uni-erfurt.de/bibliothek/forschen-und-publizieren/publizieren/open-access>; zuletzt abgerufen am 18.04.2021) oder UB Leipzig (<https://www.ub.uni-leipzig.de/open-science/open-access-finanzierung/publikationsfonds/>; zuletzt abgerufen am 18.04.2021). Auch die ZLVR ist ein solches Open Access-Produkt, ebenso wie bspw. die ZVR-Online.

⁷³ *Ellen Euler*, Open Access in der Wissenschaft und die Realitäten des Rechts, RuZ 2020, 56 ff.

⁷⁴ Die bloße Benutzerregistrierung ist auch außerhalb von Pandemiezeiten eine verhältnismäßige Einschränkung (VG Magdeburg Beschl. v. 15.8.2016 – 7 B 359/16, BeckRS 2016, 117956), die konkrete Anmeldung für einzelne Nutzungstermine stellt demgegenüber eine schwere, aber noch verhältnismäßige Einschränkung dar, da grundsätzlich der Nutzungsanspruch damit gewährt wird.

⁷⁵ Es ist hier der weite Rahmen der Methodenwahl und Gestaltungsfreiheit zu berücksichtigen, die die Lehrfreiheit einräumt (*Scholz* in *Maunz/Dürig GG*, 49. EL 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 173 f.; *Jarass* in *Jarass/Pieroth GG* 2016, Art. 5, Rn. 139).

Ähnliches gilt es für die Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit zu beachten, denn für beide Bereiche der Wissenschaftsfreiheit, sowohl für die wissenschaftliche Lehre – und dabei im direkten Bezug zur Ausbildungsfreiheit (s.o.) – als auch für die Forschung ist der Zugriff auf Literatur und Datenbanken zur Ermöglichung des wissenschaftlichen Arbeitens überhaupt notwendig – und dies mindestens in einem Maße, wie es für Studierende anzunehmen ist, die eine wissenschaftliche Hausarbeit verfassen. Arbeitszeitbegrenzungen in der Bibliothek, ohne dass zugleich ein Scann- oder Kopierservice zur Verfügung gestellt ist, ist mit Blick auf die Forschungsfreiheit schon deshalb kritisch zu betrachten, da literaturbasierte Forschungsarbeit häufig zeitintensiv ist und durch Unterbrechungen Schaden nehmen kann. Letztlich kann eine solche Einschränkung aber nur in der Zusammensicht mit der Zahl der zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze und der Zahl der potentiellen Nutzer bewertet werden.

3. Zur Informationsfreiheit

Soweit die Bestände der Hochschulbibliotheken durch den Gesetzgeber oder die öffentlich-rechtlichen Satzungen der Hochschule als der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich gewidmet sind, stellen pandemiebedingte Zugangsbeschränkungen einen Grundrechtseingriff dar. Auch hier muss der Eingriff verhältnismäßig sein. Im Rahmen einer praktischen Konkordanz ist ein länger währender vollständiger Nutzungsausschluss unverhältnismäßig. Insbesondere in Situationen, die mit einem gesellschaftlich hohen Unsicherheitspotential verbunden sind, muss es auch der allgemeinen Öffentlichkeit möglich sein, sich umfassend zu informieren, dies auch in der wissenschaftlichen, durch die Hochschulbibliotheken zur Verfügung gestellten Literatur, respektive in deren Datenbanken.

Die Notwendigkeit vier Grundrechtspositionen zur Verwirklichung zu bringen, kann der Nutzungsanspruch der allgemeinen Öffentlichkeit im Gegensatz zu den Nutzern, die sich auf ihre Studier- und Wissenschaftsfreiheit berufen können, eingeschränkter zur Verwirklichung kommen, darf jedoch zugleich nicht vollständig ausfallen. Regeln für die Nutzung, seien es im Normalbetrieb Gebühren, oder unter Pandemiebedingungen Hygienekonzepte sind dabei hinzunehmen.⁷⁶

⁷⁶ BVerfGE 103, 44 (60).

V. Schlussbemerkungen

Hochschulbibliotheken sind für viele Wissenschaftszweige sowohl für die Forschung als auch für die Durchführung von Studium und Lehre unerlässlich. Für Studierende und Wissenschaftler muss ein ausreichender Zugang zu den notwendigen Informationen, digital wie in Print, möglich sein. Zum Gesundheitsschutz sind Einschränkungen möglich, jedoch nur soweit die auf „wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen

und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“⁷⁷ sowie „die Wahl der Methoden und die Entwicklung der Grundsätze ihrer Anwendung sowie die Methoden und Modalitäten der Weitergabe wissenschaftlicher Erkenntnisse“⁷⁸ gewahrt bleibt. Dabei darf der Gesundheitsschutz nicht tiefgreifend in den freien Bereich autonomer Verantwortung fremdbestimmend eingreifen.⁷⁹ Zuletzt darf die allgemeine Öffentlichkeit und deren Ansprüche nicht vergessen werden.

⁷⁷ BVerfGE 111, 333 (354); 128, 1 (40).

⁷⁸ Lindner, jura 2018, 242.

⁷⁹ Zuletzt so formuliert BVerfGE 139, 148 (182), jedoch so grundgelegt bereits in BVerfGE 35, 79 (113); 47, 327 (367); 90, 1 (12); oder auch in BVerfGE 111, 333 (354).

Rezension im Öffentlichen Recht

Maren Constanze Luy, Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien, Duncker & Humblot 2019, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1406, 318 Seiten, Broschur, ISBN: 978-3-428-15650-4, 89,90 €

Kulturstaatsministerin Monika Grütters betont bei öffentlichen Auftritten gern ihre Rolle als Mitglied in der Deutschen Bundesregierung, so zuletzt etwa im Deutschlandfunk am 29. Oktober 2020. In der allgemeinen Wahrnehmung geriert sie sich vergleichbar wie eine Bundesministerin. Jedoch: eine Ministerin ist sie nicht. Und sie ist auch kein Mitglied der Bundesregierung gemäß Art. 62 GG. Sie leitet auch kein Bundeskulturministerium. Politisches Auftreten und rechtliche Realität fallen bei der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM) demzufolge deutlich auseinander. Das ist die Kernthese, der *Maren Constanze Luy* in ihrer Dissertation aus dem Sommersemester 2018, eingereicht an der Universität Konstanz bei Sophie Schönberger, nachgeht.

Luy widmet sich dieser Untersuchung in drei wesentlichen Kapiteln in ihrer Dissertation, indem sie zunächst die hybriden Organisationsstrukturen der BKM vergleichend analysiert (S. 24 ff.), Sodann geht Luy dem Ansatz nach, dass sich die BKM faktisch mehr einem Ministerium gleicht als einer Parlamentarischen Staatssekretärin oder einer Beauftragten der Bundesregierung (S. 116 ff.). Schließlich hinterfragt die Autorin, inwiefern die Errichtung der BKM überhaupt mit den Vorgaben für die Regierungsorganisation des Grundgesetzes vereinbar ist (S. 173 ff.).

Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien, das zeigt Luys Dissertation zweifelsfrei, ist eine geradezu groteske, hybride und schwer nachzuvollziehende Konstruktion innerhalb der Bundesregierung (S. 17 ff., 24). Dies liegt zunächst daran, dass bei der Schaffung dieses Amtes kein eigenes Ressort, also kein Bundesministerium für Kultur, geschaffen wurde. Vielmehr ist die BKM zunächst eine Beauftragte der Bundesregierung, die sich allein auf einen Organisationserlass des Bundeskanzlers stützt (S. 50 ff.). Die BKM ist jedoch keinesfalls nur eine einzelne Person als „Beauftragte“, vielmehr verfügt sie über einen Verwaltungskörper von 29 Referaten, 238 Planstellen und sogar einer Vielzahl von nachgeordneten Behörden mit insgesamt über 2500 Stellen und einem Etat von 1,9 Mrd. Euro (S. 58). Spannend sind die Analysen Luys hier vor allem, wenn sie die BKM mit anderen Beauftragten der Bundesregierung (bspw. B. für Migration und Flüchtlinge, B. für die Nachrichtendienste, Koordinatorin für Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung) vergleicht

(S. 62 ff.). Die Vergleichbarkeit der BKM mit einem Ministerium zeichnet die Autorin ebenso feingliedrig nach, indem sie auf die Rechte der BKM verweist, etwa zur Beteiligung in Gesetzgebungsverfahren (S. 78), zur selbständigen Führung ihrer Verwaltungsgeschäfte (S. 79 ff.), oder zur Vertretung der Bundesrepublik im Geschäftsbereich (S. 87 ff.). Zum gleichen Ergebnis kommt sie nach der intensiven Auseinandersetzung mit dem „Ressort“ der BKM (S. 116–172), das unter anderem durch die Arbeit an Gesetzesentwürfen, in der Aufsicht über nachgeordnete Behörden, der Bewilligung von Zuwendungen und der Vergabe von Preisen verdeutlicht wird.

Kurioserweise ist die BKM jedoch nicht nur eine Beauftragte der Bundesregierung, sondern zudem auch Parlamentarische Staatssekretärin (S. 91 ff.). Als dies im Jahr 1998 eingeführt wurde, musste extra das ParlStG geändert werden, weil der erste Amtsinhaber als BKM über gar kein Bundestagsmandat verfügte. Seither gilt gemäß § 1 Abs. 1 ParlStG, dass für die Ernennung als Parlamentarischer Staatssekretär ein Bundestagsmandat erforderlich ist, außer es handelt sich um einen Staatssekretär beim Bundeskanzler (zur Kritik an diesem Vorgang S. 91 ff.). Auch in ihrer Rolle als Parlamentarische Staatssekretärin zeigt sich, dass die BKM weit über ihre rechtlich vorgesehene Rolle agiert. Luy kann hier nachweisen, wie die BKM eher als eine beamtete Staatssekretärin und weniger als parlamentarische agiert und Aufgaben erfüllt (S. 96 ff.).

Für den Leser ebenfalls äußerst gewinnbringend sind anschließend die Untersuchungen nach der Stellung der BKM innerhalb der Verwaltungsorganisation, denn es bringt deutliche Schwierigkeiten mit sich, die BKM als oberste Bundesbehörde, als Bundesoberbehörde oder als eine Sonderform einzuordnen (S. 115). Auch die gesetzliche Bezeichnung als oberste Bundesbehörde, etwa in § 9 DNBG oder § 2 BArchG ändert daran nichts. Die Autorin lässt Zweifel an der Vereinbarkeit der sonderbaren Konstruktion der BKM mit den grundgesetzlichen Vorgaben der Regierungsorganisation durchblicken (S. 220). Dafür unterbreitet sie mehrere Vorschläge für eine verfassungsrechtlich und politisch klügere Organisationsform, nämlich entweder die Errichtung eines Bundesministeriums für Kultur und Medien, was sie für zulässig erachtete (S. 220 ff.), die Angliederung der Bundeskulturpolitik an ein bestehendes Ministerium (S. 223) oder die Errichtung einer Bundesoberbehörde (S. 224).

Die Autorin legt hiermit eine minutiöse recherchierte und ebenso faktenreiche wie kritische Analyse der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien vor, die großes Lob verdient. (HANNES BERGER)

Oberverwaltungsgericht Schleswig-Holstein

Beschluss vom 03.03.2021
Az. 3 MR 7/21

Audiovisuelle Übertragungen als Aufsichtsmaßnahmen sind zur Vermeidung von Täuschungsversuchen bei Prüfungen geeignet

Aus den Gründen

Der Antragsteller, ordentlich immatrikulierter Student der Antragsgegnerin im 3. Fachsemester, wendet sich gegen die in § 7 der Satzung der C.-A.-U. zu K. zur Ergänzung der Corona-Satzung Studien- und Prüfungswesen - 2020 zur Durchführung elektronischer Prüfungen - 2021 (Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021) enthaltene Regelung zur Prüfungsaufsicht bei elektronischen Prüfungen.

Die entsprechende Norm lautet:

§ 7 Prüfungsaufsicht bei elektronischen Prüfungen

(1) Zur Unterbindung von Täuschungshandlungen während einer elektronischen Prüfung können die Studierenden verpflichtet werden, die Kamera- und Mikrofonfunktion der zur Prüfung eingesetzten Kommunikationseinrichtungen zu aktivieren (Videoaufsicht). Die Videoaufsicht ist im Übrigen so einzurichten, dass der Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre der Betroffenen nicht mehr als zu den berechtigten Kontrollzwecken erforderlich eingeschränkt werden.

(2) Die Videoaufsicht erfolgt durch Aufsichtspersonal der Hochschule. Eine automatisierte Auswertung von Bild- oder Tondaten der Videoaufsicht ist unzulässig.

(3) Eine Aufzeichnung der Prüfung oder anderweitige Speicherung der Bild- oder Tondaten ist nicht zulässig. § 6 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(4) Der Ablauf und die wesentlichen Inhalte der elektronischen Prüfung werden von einer prüfenden oder beisitzenden Person protokolliert.

Der Antrag, § 7 der Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 (Videoaufsicht) vorläufig außer Vollzug zu setzen, ist bereits unzulässig, § 47 Abs. 6 VwGO, weil dem Antragsteller das Rechtsschutzbedürfnis fehlt (I.). Darüber hinaus wäre der Antrag auch unbegründet (II.).

I. Der Antrag ist unzulässig.

1. Der Antrag ist zwar statthaft nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 67 LJG. Der Antragsteller wendet sich gegen eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift.

Der Antragsteller ist auch nach § 47 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 VwGO antragsbefugt. Danach kann den Antrag jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein, stellen. Es genügt, dass der Antragsteller hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die eine eigene Verletzung in einem subjektiven Recht als möglich erscheinen lassen (stRspr., vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.12.2012 - 4 BN 19.12 -, juris Rn. 3 m. w. N.). Es ist nach dem Vortrag des Antragstellers möglich, dass dieser als immatrikulierter Student der Antragsgegnerin, der zudem für zwei Prüfungen im Wintersemester 2020/2021 angemeldet ist, die im März und April 2021 in elektronischer Form stattfinden sollen, durch die Regelung, nach der im Fall einer elektronischen Prüfung eine Videoaufsicht stattfinden kann und die Studierenden dazu verpflichtet werden können, die Kamera- und Mikrofonfunktion der zur Prüfung eingesetzten Kommunikationseinrichtungen zu aktivieren, in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit eingeschränkt ist.

Der Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass der Antragsteller bisher keinen Antrag in der Hauptsache nach § 47 Abs. 1 VwGO gestellt hat. Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist schon vor Erhebung des Normenkontrollantrages zulässig.

Die inhaltliche Begrenzung des Antrags auf § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 unterliegt unter dem Aspekt der Statthaftigkeit keinen Bedenken. Auch für das Normenkontrollverfahren und damit auch das Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO gilt die Dispositionsmaxime, d. h. der Antragsteller bestimmt mit seinem Antrag grundsätzlich den Umfang der gerichtlichen Prüfung und der möglichen Nichtigklärung von Rechtsvorschriften (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.07.1989 - 4 N 3.87 -, juris Rn. 26). Die Rechtswidrigkeit eines Teils einer Norm führt nicht zwingend zu deren Gesamtnichtigkeit; vielmehr gelten insofern die allgemeinen Grundsätze über die teilweise Nichtigkeit von Rechtsvorschriften, nach denen darauf abzustellen ist, ob der gültige Teil für sich betrachtet Bestand haben kann und vom Normgeber im Zweifel auch so beschlossen worden wäre (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.07.1989 - 4 N 3.87 -, juris Rn. 20). Vorliegend ist die

Norm insofern teilbar, als dass Teile für sich betrachtet Bestand haben könnten. Soweit sich ergäbe, dass § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 rechtswidrig ist, die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 aber von der Antragsgegnerin ohne die Regelung in § 7 nicht beschlossen worden wäre, wäre aber ggf. die gesamte Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 aufzuheben bzw. im Rahmen des Antrags nach § 47 Abs. 6 VwGO außer Vollzug zu setzen (vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 20.08.1991 - 4 NB 3.91 -, juris Leitsatz und Rn. 28).

2. Dem Antragsteller fehlt jedoch das Rechtsschutzbedürfnis. Das Vorhandensein des für jedes Gesuch um gerichtlichen Rechtsschutz erforderlichen Interesses an der Erlangung dieses Rechtsschutzes folgt bei Leistungs- und auch Gestaltungsklagen ebenso wie bei Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz wie dem Vorliegenden in aller Regel bereits aus dem Umstand, dass der Kläger bzw. Antragsteller einen auf Leistung an sich selbst gerichteten, bislang nicht erfüllten Anspruch geltend macht oder die (ggf. vorläufige) Außervollzugsetzung einer ihn beschwerenden Regelung begehrt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.06.2020 - 2 BvR 297/20 -, juris Rn. 14; BVerwG, Urt. v. 17.01.1989 - 9 C 44.87 -, juris Rn. 9). Ausnahmsweise fehlt das Rechtsschutzinteresse aber, wenn der Rechtsschutzsuchende seine Rechtsstellung mit der begehrten gerichtlichen Entscheidung derzeit nicht verbessern kann. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Antrag, selbst wenn er ansonsten zulässig und begründet wäre, dem Rechtsschutzsuchenden keinen Nutzen bringen könnte (vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.06.2020 - 2 BvR 297/20 -, juris Rn. 14 m. w. N.). Dies ist vorliegend der Fall.

Der Antragsteller könnte auch im Erfolgsfall seine Rechtsstellung nicht verbessern. Denn er könnte auch für den Fall, dass § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 rechtswidrig ist, lediglich erreichen, dass gar keine elektronischen Fernprüfungen bei der Antragsgegnerin zulässig wären. § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 bildet einen untrennbaren Regelungszusammenhang mit den übrigen Regelungen der Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin die übrigen Vorschriften, insbesondere zu elektronischen Fernprüfungen, erlassen hätte, ohne eine Möglichkeit zur entsprechenden Prüfungsaufsicht zu regeln. Das Normenkontrollgericht ist jedoch nicht befugt, durch seine Entscheidung eine Norm zu schaffen, die letztlich eine Veränderung des vom Normgeber zugrunde gelegten

Konzeptes bewirkt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.08.1991 - 4 NB 3.91 -, juris Rn. 16). Damit wäre - bei unterstellter Rechtswidrigkeit der angegriffenen Norm - die gesamte Satzung nach den allgemeinen Grundsätzen über die teilweise Nichtigkeit von Gesetzen und anderen Rechtsvorschriften (vgl. auch § 139 BGB) (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14 -, juris Rn. 20 m.w.N.) nichtig bzw. vorläufig außer Vollzug zu setzen.

Dies würde dazu führen, dass der Antragsteller der Prüfungsaufsicht nach § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 nicht ausgesetzt wäre, aber auch keine elektronische Prüfung ablegen könnte. Diese Rechtsfolge kann der Antragsteller jedoch bereits jetzt durch bloße Erklärung, dass er nur an einer nichtelektronischen Prüfung teilnehmen wolle, gegenüber der Antragsgegnerin erreichen. Denn nach § 9 Abs. 1 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 erfolgt die Teilnahme an elektronischen Fernprüfungen in privaten Räumen auf freiwilliger Basis. Nach der Regelung ist die Freiwilligkeit insbesondere grundsätzlich dadurch sicherzustellen, dass im selben Prüfungszeitraum unter Beachtung der Chancengleichheit eine nichtelektronische Prüfung als Alternative angeboten wird, soweit dies zulässig und organisatorisch für die Hochschule möglich und zumutbar ist. Nach § 9 Abs. 3 Satz 2 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 kann die Antragsgegnerin zwar Studierende auf den voraussichtlich nächstmöglichen Präsenzprüfungstermin verweisen, wenn eine Präsenzprüfung nicht durchgeführt werden kann oder sich zu viele Studierende für die Alternative der Präsenzprüfung anmelden. Dadurch dürfen allerdings keine prüfungsrechtlichen Nachteile entstehen, § 9 Abs. 3 Satz 3 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021.

Die Durchführung einer Präsenzprüfung scheidet derzeit bereits grundsätzlich - soweit nicht im Einzelfall zwingende Gründe, insbesondere eine sonst erfolgende unzumutbare Verzögerung des Studienabschlusses entgegenstehen - aus, § 2 Abs. 2 Landesverordnung über besondere Maßnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 an Hochschulen (Hochschulen-Coronaverordnung - HochschulcoronaVO) vom 20. Februar 2021.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Ziel des Antragstellers, Prüfungen regulär ablegen zu können, ohne sich einer Videoaufsicht aussetzen zu müssen, mit einer Außervollzugsetzung von § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 nicht zu erreichen ist, da die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen -

2021 die Antragsgegnerin zwar ermächtigt, Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder mittels elektronischer Kommunikation abzunehmen, ohne dass es einer Änderung der jeweiligen Prüfungsordnungen und Prüfungsverfahrensordnungen bedarf, aber nicht verpflichtet, entsprechende Prüfungen anzubieten.

Inwieweit sich aus anderen Rechtsgrundlagen möglicherweise ein diesbezüglicher Anspruch ergeben könnte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

II. Der Antrag wäre zudem auch unbegründet. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen bzw. noch zu stellenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (Beschl. des Senats v. 09.04.2020 - 3 MR 4/20 -, juris Rn. 3; BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14 -, juris Rn. 12 jeweils m. w. N.). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Norm befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Norm ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn die in der Hauptsache angegriffene Norm in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthält oder begründet, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.

Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der noch zu stellende Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren

Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.

Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag nicht (hinreichend) abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. Beschl. d. Senats v. 09.04.2020 - 3 MR 4/20 -, juris Rn. 5; BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14 -, juris Rn. 12 jeweils m.w.N.).

Nach diesen Maßstäben käme auch bei Zulässigkeit des Antrags eine vorläufige Außervollzugsetzung von § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 bzw. der gesamten Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 nicht in Betracht. Nach summarischer Prüfung erwiese sich ein noch zu stellender Normenkontrollantrag in der Hauptsache als sehr wahrscheinlich erfolglos (dazu 1). Darüber hinaus ergäbe sich bei Abwägung der Folgen, dass die Interessen des Antragstellers an der Außervollzugsetzung das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Norm nicht so deutlich überwiegen würde, dass der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung in dem obigen Sinne dringend geboten wäre (dazu 2).

1. Nach summarischer Prüfung erwiese sich ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache sehr wahrscheinlich als erfolglos.

a) Die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 findet ihre Rechtsgrundlage in § 5 Abs. 1 Satz 3 der Corona-Hochschulrechtsergänzungsverordnung vom 22. Januar 2021 (Corona-Hochschulrechtsergänzungsverordnung - Corona-HEVO), die wiederum ihre Rechtsgrundlage in § 108 des Gesetzes über die Hochschulen

und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (Hochschulgesetz - HSG) findet. Nach § 108 Abs. 2 Nr. 1 HSG wird das für Hochschulen zuständige Ministerium - aktuell das Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur - ermächtigt, ergänzend zum Hochschulgesetz zur Sicherstellung der Lehre, zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Gremien der Hochschule und der Studierendenschaft sowie zur Förderung der Studierenden durch Rechtsverordnung Regelungen betreffend die Prüfungen, die Anerkennung von Prüfungsleistungen und sonstigen Leistungen, die Regelstudienzeit, die Lehrverpflichtung, die Amtszeit der Gremien der Hochschule und der Studierendenschaft sowie die Einschreibung zu erlassen und dabei von den Regelungen der Abschnitte 2, 4, 5, 6, 7, 11 des Hochschulgesetzes abzuweichen. Dies hat das Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur mit der Corona-Hochschulrechtsergänzungsverordnung getan. Nach deren § 5 Abs. 1 kann eine andere Prüfungsart im Sinne von § 105 Abs. 3 HSG auch eine Prüfung in elektronischer Form oder mittels elektronischer Kommunikation (elektronische Prüfung) sein. Die Hochschule ist berechtigt, die hierzu erforderlichen personenbezogenen Daten der Studierenden zu verarbeiten. Die Hochschulen regeln das Nähere, insbesondere zur Gewährleistung des Datenschutzes, zur Sicherstellung der persönlichen Leistungserbringung durch die zu Prüfenden und ihrer eindeutigen Authentifizierung, zur Verhinderung von Täuschungshandlungen sowie zum Umgang mit technischen Problemen durch Satzung, die der Genehmigung des Präsidiums bedarf.

b) Die formellen Voraussetzungen für den Satzungserlass sind gewahrt.

Das Präsidium der Antragsgegnerin war zuständig für den Erlass der Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021. Zwar ist nach § 21 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 HSG der Senat zuständig für Beschlussfassungen über sonstige von der Hochschule zu erlassende Satzungen, soweit das Hochschulgesetz nichts anderes bestimmt. Jedoch trifft nach § 22 Abs. 8 HSG in unaufschiebbaren Angelegenheiten das Präsidium für das zuständige Hochschulorgan mit Ausnahme des Hochschulrats die unerlässlichen Entscheidungen und Maßnahmen. Hier stand im Zeitpunkt der Ermächtigung zum Erlass der Satzung mit § 5 Abs. 1 Corona-HEVO der Prüfungszeitraum des Wintersemesters unmittelbar bevor. Die zudem nach § 5 Abs. 1 Corona-HEVO notwendige Genehmigung des Präsidiums liegt vor. Die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 ist in ihrer Überschrift als Satzung gekennzeichnet,

gibt die Rechtsvorschriften an, welche zum Satzungserlass berechtigen, weist auf die erfolgte Beschlussfassung hin und gibt das Datum ihrer Ausfertigung sowie den Träger der öffentlichen Verwaltung, der die Satzung erlassen hat, an, § 66 Abs. 1 LVwG.

Die Verordnung ist ordnungsgemäß nach § 36 Abs. 1 Verfassung der C.-A.-U. zu K. vom 1. September 2008, § 95 Abs. 2 HSG auf der Internetseite der Antragsgegnerin bekanntgemacht. Ein entsprechender Hinweis ist im Nachrichtenblatt Hochschule des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur des Landes Schleswig-Holstein vom 11. Februar 2021 erfolgt (NBl. HS MBWK Schl.-H. 2021, Seite 7).

c) § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 stellt sich voraussichtlich als materiell rechtmäßig dar.

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage liegen vor. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Corona-HEVO ist die Antragsgegnerin ermächtigt, nähere Regelungen zur Verhinderung von Täuschungshandlungen bei elektronischen Prüfungen zu treffen.

Die Regelung dürfte auch nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen das Grundgesetz (dazu i) oder Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 DSGVO (dazu ii) verstoßen.

i) § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 dürfte nicht gegen Art. 13 (dazu aa) bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 (dazu bb) GG verstoßen.

aa) § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 dürfte nicht gegen Art. 13 Abs. 1 GG, die Unverletzlichkeit der Wohnung, verstoßen. Der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG ist bereits nicht betroffen. Damit entfallen auch die Anforderungen des Zitiergebots, Art. 19 Abs. 1 Satz 2, Art. 13 Abs. 7 GG.

Wohnung im Sinne von Art. 13 GG ist die räumliche Privatsphäre. Das Grundrecht normiert für die öffentliche Gewalt ein grundsätzliches Verbot des Eindringens in die Wohnung oder des Verweilens darin gegen den Willen des Wohnungsinhabers. (vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u.a. - <"Volkszählung">, juris Rn. 141). Im Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes diente das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG zwar primär dem Schutz des Wohnungsinhabers vor unerwünschter physischer Anwesenheit eines Vertreters der Staatsgewalt. Die heutigen technischen Gegebenheiten erlauben es jedoch, in die räumliche Sphäre auch auf andere Weise einzudringen. Um den Schutzzweck der Grundrechtsnorm nicht zu verei-

teln, ist daher von deren Gewährleistung auch der Schutz vor einer Überwachung der Wohnung durch technische Hilfsmittel, auch wenn sie von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden, umfasst (BVerfG, Urt. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 u.a. - <"Großer Lauschangriff">, juris Rn. 108).

Eine Prüfungsaufsicht, für die der Prüfling ein Mikrofon und eine Kamera freischaltet, stellt jedoch, auch wenn dies in der Wohnung des Prüflings erfolgt, bereits kein - auch kein digitales - Eindringen in die Wohnung des Prüflings dar. Zunächst ist es bereits für die Antragsgegnerin bzw. ihre Mitarbeiter nicht erkennbar, ob sich der Prüfling im Zeitpunkt der Prüfung in einem unter den Wohnungsbegriff des Art. 13 Abs. 1 GG fallenden geschützten Raum befindet oder nicht. Zudem wird begrifflich ein Eindringen bereits ausgeschlossen durch die Einwilligung des Betroffenen. Sollte der Prüfling seine Prüfung in einem als Wohnung zu qualifizierenden räumlichen Bereich schreiben, kann ein digitales Eintreten in diesen Bereich durch Übertragung entsprechender visueller und akustischer Signale aus dem Raum zur Prüfungsaufsicht nur erfolgen, wenn der Prüfling eine Kamera und ein Mikrofon entsprechend freischaltet. Allein der Prüfling entscheidet daher darüber, ob den Mitarbeitern der Antragsgegnerin akustisch und visuell Einblick in einen ggf. als Wohnung geschützten Raum gegeben werden soll. Der Prüfling entscheidet zudem auch, ob er überhaupt an der elektronischen Fernprüfung teilnimmt oder nicht.

Gegen die Freiwilligkeit dieser Einwilligung bestehen keine Bedenken.

Bereits die Teilnahme an der elektronischen Prüfung erfolgt freiwillig, § 9 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021. Zwar handelt es sich bei der Antragsgegnerin um eine Körperschaft öffentlichen Rechts, deren Mitglieder die Studierenden sind. Die Studierenden unterliegen insofern gewissen Abhängigkeiten im Zusammenhang mit der Durchführung ihres Studiums und der damit verbundenen Prüfungen (vgl. dazu Fehling, OdW 2020, 137 <147>). Dieses grundsätzliche Abhängigkeitsverhältnis wirkt sich jedoch bei der Entscheidung über die Teilnahme an einer elektronischen Prüfung mit entsprechender Freischaltung von Kamera und Mikrofon zur Videoaufsicht bereits nicht aus, weil die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 die Teilnahme an elektronischen Prüfungen ausdrücklich in die Entscheidung der Studierenden stellt. Der Rechtskreis der Studierenden wird durch die Möglichkeit (nicht Pflicht), eine elektronische Prüfung abzulegen, lediglich erweitert (vgl. zu diesem Gedanken Fehling, OdW 2020,

137 <147>). Nach § 9 Abs. 1 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 ist die Freiwilligkeit insbesondere grundsätzlich dadurch sicherzustellen, dass im selben Prüfungszeitraum unter Beachtung der Chancengleichheit eine nichtelektronische Prüfung als Alternative angeboten wird, soweit dies zulässig und organisatorisch für die Hochschule möglich und zumutbar ist. Nach § 9 Abs. 3 Satz 2 und 3 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 kann die Hochschule Studierende auf den voraussichtlich nächstmöglichen Präsenzprüfungstermin verweisen, wenn eine Präsenzprüfung nicht durchgeführt werden kann oder sich zu viele Studierende für die Alternative der Präsenzprüfung anmelden, wobei dadurch keine prüfungsrechtlichen Nachteile entstehen dürfen. Sofern die Durchführung einer Präsenzprüfung derzeit aus nicht im Einflussbereich der Antragsgegnerin liegenden Gründen grundsätzlich - soweit nicht im Einzelfall zwingende Gründe, insbesondere eine sonst erfolgende unzumutbare Verzögerung des Studienabschlusses entgegenstehen - ausscheidet, § 2 Abs. 2 HochschulcoronaVO, führt dies zwar zum Nachteil, dass eine Präsenzprüfung derzeit nicht möglich ist, sondern die Studierenden dann auf den nächsten Prüfungstermin verwiesen wären. Dies kann für die Studierenden sowohl vorteilhaft - mehr Zeit für die Prüfungsvorbereitung - als auch nachteilig - höhere Prüfungsbelastung in folgenden Semestern - sein. Indes setzt Freiwilligkeit gerade nicht voraus, dass keinerlei Nachteile bestehen.

Zudem wird der Ort, an dem die Prüflinge die Fernprüfung ablegen und in den mit der Videoaufsicht Einblick gewährt wird, jeweils vom Prüfling selbst bestimmt.

bb) § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 dürfte auch nicht gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen.

Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über "seine" Daten. Vielmehr muss er Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestim-

mung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen. Diese Beschränkungen bedürfen nach Art. 2 Abs. 1 GG einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (vgl. zum Ganzen BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u.a. - <"Volkszählung">, juris Rn. 149-151).

Eine solche gesetzliche Grundlage stellen § 45 HSG sowie die aufgrund von § 108 Abs. 2 HSG, § 5 Abs. 1 Satz 3 HEVO erlassene Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 der Antragsgegnerin dar. Nach § 5 Abs. 1 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 dürfen im Rahmen elektronischer Prüfungen personenbezogene Daten verarbeitet werden, soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung erforderlich ist. § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 trifft weitere Regelungen zur Durchführung der Videoaufsicht. Insbesondere erfolgt die Auswertung durch Aufsichtspersonal der Hochschule; sowohl eine automatisierte Auswertung als auch die Aufzeichnung von Bild- oder Tondaten der Videoaufsicht sind unzulässig.

Aus diesen Regelungen ergeben sich hinreichend klar die Voraussetzungen und der Umfang der Datenerhebung und -verarbeitung. Insbesondere ist auch nicht zu beanstanden, dass § 7 Abs. 1 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 keine eigenen Regelungen dazu trifft, ob lediglich eine gelegentliche Aufforderung zur Freischaltung der auf den Arbeitsbereich gerichteten Kamera und des Mikrofons oder eine dauerhaften Video- und Audioüberwachung mittels der auf den Oberkörper des Prüflings gerichteten Kamera erfolgen soll, ob das Einschalten eines virtuellen Hintergrunds zulässig ist und ob die Video- und Audioübertragung für die anderen Prüflinge einsehbar ist, sondern das diesbezügliche Vorgehen in das Ermessen der Prüfer stellt, das sich an der Erforderlichkeit zur Unterbindung von Täuschungsmöglichkeiten und einer geringstmöglichen Einschränkung der Privatsphäre der Betroffenen, § 7 Abs. 1 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021, sowie den vorhandenen technischen Möglichkeiten zu orientieren hat. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass bisher nur wenig Erfahrungen mit elektronischen Fernprüfungen bestehen und es zwar unterschiedliche Überlegungen zur Ausgestaltung gibt, sich aber noch keine Standardmaßnahmen herausgebildet haben.

Die Beschränkung ist auch durch Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

Der Grundsatz der Chancengleichheit, in dem der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG seine prüfungsrechtliche Ausprägung gefunden hat, gebietet für das Prüfungsverfahren, möglichst gleichmäßige äußere Voraussetzungen für alle Prüflinge zu schaffen und damit allen Prüflingen gleiche Erfolgchancen einzuräumen (BVerwG, Beschl. v. 16.01.1984 - 7 B 169.83 -, juris Rn. 22). Dies schließt ein, dass wenn nach der Konzeption der Prüfung die Verwendung von Hilfsmitteln nicht oder nur in begrenztem Umfang zulässig ist, eine dementsprechende Überwachung erfolgen muss. Ob eine solche Begrenzung von Hilfsmitteln vorgesehen ist, hängt von der Konzeption der Prüfung ab. Dabei liegt eine Begrenzung der Hilfsmittel nahe, wenn (auch) bestimmtes Faktenwissen abgefragt werden soll, während bei der Abprüfung von Transferleistungen oder der Anwendung bestimmter erlernter Methoden Hilfsmittel eher zulässig sein können. Soweit eine Begrenzung erfolgt, sind eine diesbezügliche Überwachung und damit auch eine Datenerhebung zur Prüfungsaufsicht erforderlich. Die entsprechende Aufsicht kann bei elektronischen Fernprüfungen auch nur elektronisch erfolgen. Die in § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 geregelte Videoaufsicht ist für den Zweck der Sicherung der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit geeignet. Durch die Videoaufsicht kann überprüft werden, ob sich der Prüfling akustisch mit anderen Personen (im Raum oder über Telefon etc.) austauscht oder (auffällige) nicht erlaubte Hilfsmittel verwendet. Soweit die Klausur handschriftlich zu erstellen ist, kann auch die Nutzung eines Computers/Tablets als unerlaubtem Hilfsmittel während der Prüfung verhindert werden. Soweit der Antragsteller auf die zu erwartenden technischen Herausforderungen, die sich aus der Videoaufsicht selbst ergeben, sowie die leichteren Umgehungsmöglichkeiten verweist, ist dem zwar zuzugestehen, dass eine bloße Videoaufsicht zur Vermeidung von Täuschungshandlungen weniger geeignet sein dürfte als eine Aufsicht im Rahmen einer in Anwesenheit geschriebenen Klausur. Das macht sie jedoch nicht ungeeignet. Zwar können die die Klausuraufsicht wahrnehmenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Antragsgegnerin den Bildschirm des Prüflings nicht einsehen und damit verbundene Täuschungsmöglichkeiten nicht enttarnen (vgl. Fehling, OdW 2020, 137 <148>). Auch ist nicht ausgeschlossen, dass sich außerhalb des Kamerawinkels unzulässige Hilfsmittel befinden. Indes ist nicht erforderlich, dass durch die Videoaufsicht sämtliche Täuschungsversuche verhindert werden sollen. Dies ist auch bei Präsenzklausuren, bei denen aufgrund der insofern begrenzten zur Verfügung stehenden personellen und

materiellen Ressourcen regelmäßig nicht jeder Prüfling durchgehend durch eine Aufsichtsperson im Verhältnis 1:1 überwacht wird oder sämtliche zulässigen Hilfsmittel (Formelsammlungen, Taschenrechner, Gesetzestexte etc.) sowie das weitere Material (Papier, Stifte etc.) vom Prüfungsamt gestellt werden bzw. sich eine durchgehende Überwachung auch während des Toilettengangs verbietet, nicht der Fall. Vielmehr sind die Aufsicht allgemein sowie im vorliegenden Fall speziell die Videoaufsicht bereits geeignet, wenn dadurch hinreichend viele Täuschungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden können (so auch Albrecht/McGrath/Uphues, ZD 2021, 80 <81>). Davon ist auszugehen. Die Hochschulen müssen zudem im Sinne der Gewährleistung der Chancengleichheit der Studierenden und der Aussagefähigkeit der Leistungskontrollen Möglichkeiten zur Täuschungsprävention und -aufdeckung im Rahmen des technisch, finanziell und zeitlich Machbaren und Zumutbaren auch nutzen (Fischer/Dieterich, NVwZ 2020, 657 <661>).

Soweit der Antragssteller auf mögliche technische Probleme - Aussetzen der Übertragung infolge mangelnder Internetgeschwindigkeit, technische Probleme mit dem Gerät des Prüflings oder der Prüfungsaufsicht, Zusammenbruch des Systems - hinweist, führen diese nicht zu einer Ungeeignetheit der Videoaufsicht als solcher. Es gibt keine tatsächlichen Anhaltspunkte, die dafür sprächen, dass davon auszugehen wäre, dass entsprechende Probleme mit einer derartigen Häufigkeit auftreten werden, dass regelhaft keine hinreichende Videoaufsicht möglich ist. Vielmehr ist die Nutzung von Videokonferenztechnik zumal seit der Pandemielage mittlerweile in vielen Bereichen, insbesondere auch im Bildungsbereich, etabliert. Die Antragsgegnerin hat zudem bezüglich technischer Störungen Regelungen im hier nicht angegriffenen § 10 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 getroffen. Nach dessen Absatz 1 wird, wenn die Übermittlung der Prüfungsaufgabe, die Bearbeitung der Prüfungsaufgabe, die Übermittlung der Prüfungsleistung oder die Videoaufsicht zum Zeitpunkt der Prüfung bei einer schriftlichen Prüfung technisch nicht durchführbar ist, die Prüfung vorzeitig beendet, soweit es sich nicht um eine geringfügige Störung handelt. Die Prüfungsleistung wird dann nicht gewertet und der Prüfungsversuch gilt als nicht unternommen. Nach Absatz 2 kann der Prüfungsausschuss den Prüfungsversuch als nicht bestanden werten, wenn den Studierenden nachgewiesen wird, dass sie die Störung zu verantworten haben. Die Rechte aus § 9 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 bleiben unberührt.

Die mit der Prüfungsaufsicht verbundene Datenverarbeitung ist - bei entsprechendem Prüfungsformat - für die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung auch erforderlich, weil kein gleich geeignetes aber milderer Mittel zu Verfügung steht.

Die Durchführung einer Präsenzprüfung mit entsprechender unmittelbarer Aufsicht scheidet derzeit bereits grundsätzlich - soweit nicht im Einzelfall zwingende Gründe, insbesondere eine sonst erfolgende unzumutbare Verzögerung des Studienabschlusses, entgegenstehen - aus nicht von der Antragsgegnerin zu beeinflussenden Gründen aus, § 2 Abs. 2 HochschulcoronaVO. Auch wenn Präsenzprüfungen künftig wieder zulässig sein werden, ist davon auszugehen, dass diese pandemiebedingt noch einige Zeit - insofern ist die Geltungsdauer der Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 ohnehin bis zum 31. Dezember 2021 beschränkt - nur unter hohen Hygieneanforderungen möglich sein werden, die bei den vorhandenen Ressourcen zu einer Verknappung der verfügbaren Präsenz-Prüfungskapazitäten führen wird. Die Möglichkeit der Ablegung von elektronischen Fernprüfungen, die eine entsprechende Aufsicht erfordern, dient insofern auch dem Zweck, das Prüfungswesen der Hochschulen in Zeiten eingeschränkter Präsenzprüfungskapazitäten unter Wahrung der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit aufrechtzuerhalten (vgl. Albrecht/McGrath/Uphues, ZD 2021, 80 <81>).

Die Erforderlichkeit entfällt nicht durch die Möglichkeit der Durchführung von (ggf. elektronischen) Prüfungen in Form von Hausarbeiten unter Zulassung von sämtlichen Hilfsmitteln ("Open-Book-Prüfungen"). Die Erstellung der Aufgabe und die Auswahl der Prüfungsthemen beruhen auf fachwissenschaftlichen und prüfungsspezifischen Gesichtspunkten (vgl. OVG B-Stadt, Beschl. v. 04.07.2019 - 2 LA 1667/17 -, juris Rn. 7). Dabei hängt die Art der Prüfung neben Regelungen in der Prüfungsordnung auch von den zu prüfenden Lerninhalten ab. Mit Hausarbeiten können aber, auch wenn sie anders als klassische Hausarbeiten und insofern eher vergleichbar Klausuren mit einer Begrenzung der Bearbeitungszeit auf Stunden statt Wochen oder Monate gestellt werden, bestimmte Lerninhalte (z. B. bloßes Wissen) nicht geprüft werden.

Gleiches gilt für die Abgabe einer Versicherung an Eides statt. Diese ist zwar nicht generell ungeeignet, jedoch weniger geeignet als eine optische und akustische Aufsicht, um Täuschungshandlungen zu vermeiden. Soweit entsprechende Eigenerklärungen für Hausarbeiten ausreichen, beruht dies zum einen darauf, dass allein aufgrund deren am Prüfungsziel ausgerichteten regelmäßiger Bear-

beitungszeit von mehreren Wochen oder Monaten die Möglichkeit einer durchgehenden Überwachung der Prüflinge ausscheidet. Zudem werden mit Hausarbeiten üblicherweise andere Lernziele überprüft, bei denen der Zugriff auf Hilfsmittel (abgesehen von von Dritten erstellten Lösungen) ohnehin zulässig ist.

Die Regelung dürfte auch angemessen sein.

Angemessen, d. h. verhältnismäßig im engeren Sinne, ist eine Regelung, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht. Hierbei ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig. Die Interessen des Gemeinwohls müssen umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Zugleich wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können (stRspr., vgl. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 - 2 BvR 2347/15 u. a. -, juris Rn. 265 m. w. N.). Insofern ist zunächst zu berücksichtigen, dass mit jeder Prüfungsaufsicht ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Prüflings erfolgt. Der Prüfling sieht sich durch die Prüfungsaufsicht für die Dauer der Prüfung einer durchgehenden Überwachung ausgesetzt. Dabei ist für den Prüfling, anders als vom Antragsteller ausgeführt, auch bereits bei Präsenzprüfungen üblicherweise nicht bzw. nur begrenzt erkennbar, ob er gerade im Fokus des Prüfers steht oder nicht. Insofern ist es zwar einerseits üblich, dass Prüfer beispielsweise durch die Reihen gehen. Es ist aber ebenso auch üblich, dass beispielsweise eine der Aufsichtspersonen hinter den Prüflingen steht, so dass deren Blickwinkel und Fokus für die Prüflinge gezielt gerade nicht erkennbar ist.

Dennoch führt eine elektronische Prüfungsaufsicht zu einer gegenüber der Präsenzaufsicht erhöhten Eingriffstiefe. Dies gilt auch, wenn wie im vorliegenden Fall keine Aufzeichnung oder automatisierte Auswertung der übertragenen Video- und Audiosignale erfolgt, sondern lediglich mittels Übertragung von Video- und Audiosignalen eine insofern einer Präsenzprüfung vergleichbare Überwachung stattfinden soll. Denn zum einen erfolgt neben der bloßen Wahrnehmung der Aktivitäten der Prüflinge durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Antragsgegnerin eine digitale Übertragung von Video- und Audiosignalen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Prüflinge anders als für Präsenzprüfungen regelmäßig - zudem unter den aktuellen Pandemiebedingungen - nicht

auf (ausreichend) Räumlichkeiten der Antragsgegnerin oder sonstige öffentliche Räumlichkeiten zum Ablegen der Prüfungen zurückgreifen können und somit darauf verwiesen sind, die entsprechenden Prüfungen regelmäßig in ihren Wohnungen abzulegen.

Zu berücksichtigen ist jedoch andererseits, dass zunächst die Teilnahme an der elektronischen Fernprüfung freiwillig ist. Die Freiwilligkeit ist insbesondere grundsätzlich dadurch sicherzustellen, dass im selben Prüfungszeitraum unter Beachtung der Chancengleichheit eine nichtelektronische Prüfung als Alternative angeboten wird, soweit dies zulässig und organisatorisch für die Hochschule möglich und zumutbar ist. Sofern die Durchführung einer Präsenzprüfung derzeit grundsätzlich ausscheidet, § 2 Abs. 2 HochschulcoronaVO, führt dies zwar zum Nachteil, dass eine Präsenzprüfung derzeit nicht möglich ist, sondern die Studierenden dann auf den nächsten Prüfungstermin verwiesen wären. Dies kann für die Studierenden im Einzelfall sowohl vorteilhaft sein, weil ihnen mehr Zeit für die Prüfungsvorbereitung verbleibt, als auch nachteilig, weil in späteren Semestern insofern eine höhere Prüfungsbelastung vorliegen könnte. Indes ist insofern zu berücksichtigen, dass die grundsätzliche Unmöglichkeit der Durchführung einer Präsenzprüfung auf nicht im Einflussbereich der Antragsgegnerin liegenden Gründen beruht und im Einzelfall bei zwingenden Gründen, insbesondere einer sonst erfolgenden unzumutbaren Verzögerung des Studienabschlusses, eine Präsenzprüfung zulässig ist.

Soweit der Antragsteller auf Fälle des "unbeobachtbaren Beobachtetwerdens" verweist, liegt ein solcher bereits nicht vor. So hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. April 2014 (- C 293/12 - <"Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie">, juris) insbesondere darauf verwiesen, dass der Umstand, dass die Vorratsspeicherung der Daten und ihre spätere Nutzung vorgenommen werden, ohne dass der Teilnehmer oder der registrierte Benutzer darüber informiert werde, geeignet sei, bei den Betroffenen das Gefühl zu erzeugen, dass ihr Privatleben Gegenstand einer ständigen Überwachung ist (Rn. 37). Dies ist jedoch auf die Videoaufsicht einer universitären Prüfungsleistung nicht übertragbar. Es liegt in der Natur einer Prüfungsaufsicht, dass - sei es während einer Präsenzprüfung, sei es während einer elektronischen Fernprüfung - die Prüflinge während der Prüfung durchgehend (abzüglich etwaiger Toilettenpausen) von den Aufsichtspersonen überwacht werden. Dieser Umstand ist den Prüflingen auch bekannt. Der damit verbundene vorübergehende Eingriff ist jedoch vor dem Hintergrund der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG, gerechtfertigt.

Die Regelung verstößt auch nicht gegen den Parlamentsvorbehalt.

Zwar trifft in der Ordnung des Grundgesetzes die grundlegenden Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht daher aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Die Entscheidung wesentlicher Fragen ist vor diesem Hintergrund dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten. Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. Wann und inwieweit es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes bestimmen. Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte sind dabei die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG und die Grundrechte. "Wesentlich" bedeutet danach zum einen "wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte". Der Gesetzgeber ist zum anderen zur Regelung der Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind. Das Grundgesetz kennt allerdings keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts. Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen (ständ. Rspr., vgl. BVerfG, Urt. v. 19.09.2018 - 2 BvF 1/15 u.a. - <"Zensus 2011">, juris Rn. 191-194, 197 m. w. N.).

Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist das hier zugrundeliegende Vorgehen nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber hat in §§ 97ff. HSG ergänzende Vorschriften während der Corona-Pandemie getroffen und unter anderem in § 105 Abs. 3 HSG festgelegt, dass die in der jeweiligen Prüfungsordnung festgelegten Prüfungsarten auch nach Beginn der Unterrichtszeit durch andere Prüfungsarten ersetzt werden können, sofern dies für die Durchführbarkeit der Prüfung erforderlich ist und die Prüfungsart ge-

eignet ist, das Erreichen der Lernziele festzustellen sowie in § 108 Abs. 2 Nr. 1 HSG das Ministerium ermächtigt, ergänzende Regelungen zu treffen. Das Ministerium hat in § 5 Abs. 1 CoronaHEVO die Entscheidung getroffen, dass eine andere Prüfungsart im Sinne von § 105 Abs. 3 HSG auch eine Prüfung in elektronischer Form oder mittels elektronischer Kommunikation (elektronische Prüfung) sein kann und die Hochschulen ermächtigt, die hierzu erforderlichen personenbezogenen Daten der Studierenden zu verarbeiten und das Nähere, insbesondere zur Gewährleistung des Datenschutzes, zur Sicherstellung der persönlichen Leistungserbringung durch die zu Prüfenden und ihrer eindeutigen Authentifizierung, zur Verhinderung von Täuschungshandlungen sowie zum Umgang mit technischen Problemen durch Satzung zu regeln. Eine Regelung der Prüfungsformen in einem förmlichen Parlamentsgesetz ist nicht erforderlich. Auch eine elektronische Fernprüfung, an der die Teilnahme zudem wie im vorliegenden Fall freiwillig ist, stellt keinen so starken Grundrechtseingriff dar, dass diese und die damit verbundene Datenverarbeitung in einem förmlichen Gesetz geregelt werden müssten.

ii) § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 dürfte auch nicht gegen Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 DSGVO verstoßen. Nach dieser Norm ist die Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne des Art. 2 Abs. 1 DSGVO nur dann rechtmäßig, wenn mindestens eine der aufgelisteten Bedingungen erfüllt ist. Insofern ist bereits zu berücksichtigen, dass die allein hier streitgegenständliche Norm selbst lediglich in Verbindung mit § 5 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 eine Ermächtigung zur Datenverarbeitung durch die Antragsgegnerin bzw. deren Mitarbeiter begründet. Inwiefern die Verarbeitung bereits nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a DSGVO zulässig wäre, weil eine Einwilligung der Prüflinge vorliegt, hängt von der konkreten Gestaltung des Verfahrens zur Prüfungsanmeldung (vgl. Anforderungen an die Erteilung der Einwilligung, Art. 7 DSGVO) und auch vom Rücktritt von der elektronischen Prüfung (vgl. Recht auf jederzeitigen Widerruf der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 DSGVO) ab und kann im vorliegenden Verfahren nicht abschließend bewertet werden. Insofern ist hier zu berücksichtigen, dass die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 lediglich die Möglichkeit der Durchführung elektronischer Prüfungen regelt und eine Teilnahme an diesen ausdrücklich freiwillig ist. Bedenken gegen die Freiwilligkeit einer solchen Zustimmung bestünden in der vorliegenden Konstel-

lation nicht. Zwar ergeben sich aus dem Prüfungsverhältnis gewisse Abhängigkeiten. Diese wirken sich jedoch bei der Entscheidung über die Teilnahme an einer elektronischen Prüfung mit entsprechender Datenverarbeitung zur Videoaufsicht nicht aus, weil die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 die Teilnahme an elektronischen Prüfungen ausdrücklich in die Entscheidung der Studierenden stellt. Der Rechtskreis der Studierenden wird durch die Möglichkeit (nicht Pflicht), eine elektronische Prüfung abzulegen, lediglich erweitert (vgl. zu diesem Gedanken Fehling, OdW 2020, 137 <147>). Anderes ergibt sich auch nicht aus Erwägungsgrund 43 DSGVO. Danach soll eine Einwilligung keine gültige Rechtsgrundlage liefern, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde. Dies bestätigt vielmehr, dass auch bei Bestehen eines grundsätzlichen Machtungleichgewichts von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob dieses im Einzelfall die Freiwilligkeit einer Einwilligung beeinträchtigt.

Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung ergibt sich jedoch bereits aus Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e DSGVO, weil sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt. Die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung wird durch das Recht des Mitgliedstaats, dem der Verantwortliche unterliegt, hier der Bundesrepublik Deutschland, festgelegt, Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO. Die Datenverarbeitung ist für die Erfüllung der Aufgabe, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, erforderlich, Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DSGVO. Die Regelung verfolgt ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel und steht in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck, Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DSGVO. Insofern wird auf die Ausführungen zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verwiesen. Zudem ist der einzelne Prüfer verpflichtet, die Videoaufsicht so vorzusehen, dass der Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre der Betroffenen nicht mehr als zu den berechtigten Kontrollzwecken erforderlich eingeschränkt werden, § 7 Abs. 1 Satz 2 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021.

2. Unterstellte man, eine begrenzte Aufhebung von § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 wäre zulässig und die Erfolgsaussichten des Nor-

menkontrollantrags wären offen, wäre § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 aufgrund der dann vorzunehmenden Folgenabwägung ebenfalls nicht vorläufig außer Vollzug zu setzen. Im Rahmen der Folgenabwägung wären zum einen die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der noch einzulegende Normenkontrollantrag in der Hauptsache hingegen Erfolg hätte und zum anderen die Folgen, die sich ergeben würden, wenn eine einstweilige Anordnung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber letztlich erfolglos bliebe, gegenüberzustellen. Hierbei ist wegen der schwerwiegenden Folgen einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. Beschl. des Senats v. 09.04.2020 - 3 MR 4/20 -, juris Rn. 21 m.w.N.). Bei der Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von der angegriffenen Regelung Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur die Folgen für den Antragsteller (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.04.2020 - 1 BvR 755/20 -, juris Rn. 8 m.w.N.).

Aus dem Normenkontrollantrag ergibt sich indes nicht, dass die Folgen einer Fortgeltung des § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 in einem Maße untragbar wären, dass ausnahmsweise die geltende Regelung im Eilrechtsschutz außer Vollzug gesetzt werden müsste.

Wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, der noch einzulegende Normenkontrollantrag in der Hauptsache hingegen Erfolg hätte, wären die Studierenden, die sich nicht einer Videoaufsicht aussetzen wollen, darauf verwiesen, sich, soweit ihre Prüfung als elektronische Prüfung mit Videoaufsicht angeboten wird, im Rahmen ihres Wahlrechts nach § 9 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 für eine Präsenzprüfung anzumelden. Aufgrund der Einschränkungen im hier nicht streitgegenständlichen § 2 Abs. 2 HochschulcoronaVO, der Präsenzprüfungen grundsätzlich untersagt, würde dies in der Regel dazu führen, dass dies eine Präsenzprüfung zu einem Folgetermin wäre. Dadurch dürfen jedoch keine prüfungsrechtlichen Nachteile entstehen. Soweit im Einzelfall zwingende Gründe entgegenstehen, wäre eine Präsenzprüfung nach § 2 Abs. 2 HochschulcoronaVO zulässig. Als faktischer Nachteil kann insofern ggf. angesehen werden, dass die Prüfungsbelastung in folgenden Semestern höher wird, wobei aber auch mehr Zeit zur Vorbereitung der entsprechenden Prüfungen zur Verfügung steht. Soweit der Antragsteller geltend macht, er müsse dann sein Studium abbrechen, gibt es dafür keine Anhaltspunkte.

Wenn andererseits eine einstweilige Anordnung erlassen würde, § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021, mithin vorläufig außer Vollzug gesetzt würde, der Normenkontrollantrag aber letztlich erfolglos bliebe, würde dies dazu führen, dass in der Zwischenzeit durch die Antragsgegnerin keine elektronischen Fernprüfungen mit Videoaufsicht abgenommen und damit auch durch Studierende, die sich für eine solche entscheiden, nicht abgelegt werden können. Soweit das Prüfungsformat eine Aufsicht erfordert, die dann aber nicht zulässig wäre, wären damit auch diese auf Präsenzprüfungen zu einem späteren Zeitpunkt verwiesen. Es könnte daraus nicht ein Anspruch auf Durchführung einer Prüfung ohne Videoaufsicht abgeleitet werden, da die Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen - 2021 die Antragsgegnerin zwar ermächtigt, Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder mittels elektronischer Kommunikation abzunehmen, ohne dass es einer Änderung der jeweiligen Prüfungsordnungen und Prüfungsverfahrensordnungen bedarf, sie aber nicht verpflichtet, entsprechende Prüfungen anzubieten. Inwieweit sich aus anderen Rechtsgrundlagen möglicherweise ein Anspruch auf die Durchführung einer entsprechenden Prüfung ohne Videoaufsicht ergeben könnte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Oberverwaltungsgericht NRW

Beschluss vom 04.03.2021

Az. 14 B 278/21.NE

Video- und Tonübertragung während der Prüfungsaufsicht an einer Hochschule während der Coronavirus-Pandemie

Aus den Gründen

Der Antrag des Antragstellers, § 5 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 d) der Regelungen des Rektorats über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an der FernUniversität Hagen ("CoronaO") in der Fassung der vierten Änderung vom 8.12.2020 bis zur Entscheidung über einen noch zu stellenden Normenkontrollantrag außer Vollzug zu setzen, hat keinen Erfolg.

Der gemäß § 47 Abs. 6, Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 109a JustG NRW statthafte und auch im Übrigen zulässige An-

trag ist auch unter Berücksichtigung der Ausführungen im Schriftsatz des Antragstellers vom 4.3.2021 unbegründet.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO liegen nicht vor. Nach dieser Bestimmung kann das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen nicht dringend geboten. Erweist sich dagegen der Antrag als zulässig und (voraussichtlich) begründet, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsachenentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist. Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Februar 2015 - 4 VR 5.14 -, juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschluss vom 26. August 2019 - 4 B 1019/19.NE -, juris, Rn. 12; Nds. OVG, Beschluss vom 17. Februar 2020 - 2 MN 379/19 -, juris, Rn. 24, m. w. N.;

Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395.

Nach dieser Maßgabe ist der Erlass einer normbezogenen einstweiligen Anordnung nicht dringend geboten, weil die Erfolgsaussichten eines etwaigen Hauptsacheverfahrens offen sind und die deswegen anzustellende Folgenabwägung zu Lasten des Antragstellers ausfällt.

Die angegriffene Vorschrift des § 5 Abs. 2 Nr. 3 der "Regelungen des Rektorats über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie" an der Antragsgegnerin vom 13.5.2020 i.d.F. der vierten Änderung vom 8.12.2020 (CoronaO) sieht neben der Beaufsichtigung der an der häuslichen Klausur teilnehmenden Studierenden durch prüfungsaufsichtsführende Personen über eine Video- und Tonverbindung während der Prüfung (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 CoronaO) eine Aufzeichnung und vorübergehende Speicherung der Video- und Tonverbindung vom Beginn bis zum Ende der Prüfung (Prüfungsaufzeichnung) vor. Nach Abs. 3 Buchst. d der Vorschrift wird die Prüfungsaufzeichnung nach dem Ende der Prüfung gelöscht. Dies gilt nicht, wenn die Aufsicht Unregelmäßigkeiten im Prüfungsprotokoll vermerkt hat oder Studierende eine Sichtung der Aufnahme durch den Prüfungsausschuss beantragen. In diesem Fall erfolgt die Löschung der Aufzeichnung erst nach Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens. Bis zur Löschung gilt die Aufzeichnung als Teil der Prüfungsakte.

Ob die Aufzeichnung und vorübergehende Speicherung der Ton- und Videoverbindung und damit die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Art. 6 Abs. 1 Buchst. e der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DS-GVO) gerechtfertigt ist, kann im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht abschließend beurteilt werden. Nach dieser Vorschrift ist die Verarbeitung rechtmäßig, wenn die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.

Die Antragsgegnerin ist als Hochschule zur Durchführung von Prüfungen verpflichtet (§ 63 des Hochschulgesetzes - HG). In Wahrnehmung dieser Aufgabe hat die Antragsgegnerin dem das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit Geltung zu verschaffen, der verlangt, dass für vergleichbare Prüflinge so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen gelten. Bevorzu-

gungen und Benachteiligungen einzelner Prüflinge sollen vermieden werden, um allen Teilnehmern gleiche Erfolgschancen zu bieten. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.4.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 -, juris, Rn. 53; BVerwG, Beschluss vom 30.6.2015 - 6 B 11.15 -, juris, Rn. 8 f.

Insbesondere ist zu verhindern, dass einzelne Prüflinge sich durch eine Täuschung über Prüfungsleistungen einen Chancenvorteil gegenüber den rechtstreuen Prüflingen verschaffen (vgl. § 63 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 HG).

Die vom Antragsteller angegriffene Aufzeichnung und vorübergehende Speicherung der Video- und Tonverbindung während der Prüfung ist geeignet, die Durchsetzung der Chancengleichheit zu fördern. Sie ergänzt die gleichzeitige Beaufsichtigung der Prüflinge durch einen Aufsichtsführenden über die Video- und Tonverbindung, indem sie für den Fall der Entdeckung eines Täuschungsversuchs oder für den Fall einer Störung des Prüfungsverlaufs die Möglichkeit eröffnet, eine dauerhafte Aufzeichnung des Prüfungsgeschehens auf Veranlassung des Aufsichtsführenden oder des Prüflings vor dem Ende der Prüfung zum Zwecke der Beweissicherung zu veranlassen.

Zu Unrecht meint der Antragsteller, es genüge wie bei einer Präsenzklausur die bloße Beaufsichtigung des Prüflings über die Video- und Tonverbindung, so dass eine zunächst vorübergehende Aufzeichnung und Speicherung nicht erforderlich sei. Die Prüfungssituationen sind nicht vergleichbar. Im Gegensatz zu einer Präsenzklausur, bei der der Aufsichtsführende das gesamte Geschehen im Raum im Blick hat, verfügt der Videoaufsichtsführende nur über eine Tisch-/ Oberkörperaufnahme und eine Übertragung der Bildschirmansicht des Monitors (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 2 CoronaO). Anders als bei einer Präsenzklausur kann er auch nicht durch sofortige eigene Untersuchungen Feststellungen an Ort und Stelle treffen, sondern ist auf die Mitwirkung des Prüflings angewiesen, weil die Prüfung ausschließlich in dessen Sphäre stattfindet. Zeugen, die einen Täuschungsversuch oder eine vom Prüfling geltend gemachte Störung des ordnungsgemäßen Prüfungsablaufs bestätigen könnten, stehen nicht zur Verfügung.

Die Aufzeichnung und zunächst vorübergehende Speicherung nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 CoronaO dürfte sich im Ergebnis im Hinblick auf ein sich im Verlauf der Prüfung ergebendes Bedürfnis nach Beweissicherung als geeignet und erforderlich erweisen. Gleiches gilt für ihre Eignung und Erforderlichkeit, die teilnehmenden Prüflinge von Täuschungsversuchen abzuhalten, auch wenn Zweifel daran bestehen, dass die Tisch-/ Oberkörperaufnahme insoweit einen nennenswerten Beitrag erbringen kann. Dass die zunächst

vorübergehend gespeicherten Daten am Ende der Prüfung nicht gelöscht, sondern zunächst weiter gespeichert werden, wenn die Aufsicht Unregelmäßigkeiten im Prüfungsprotokoll vermerkt hat oder der Studierende eine Sichtung der Aufnahme durch den Prüfungsausschuss beantragt (§ 5 Abs. 3 d) CoronaO), dürfte sich zum Zweck des Nachweises von Täuschungsversuchen oder Störungen des Prüfungsablaufs ebenfalls als geeignet und erforderlich erweisen. Der von der Antragsgegnerin geschilderte Ablauf (Zwischenspeicherung der "Rohdaten" bis kurz vor Ablauf der Prüfung, dauerhafte Speicherung vor Ende der Prüfung nur auf Veranlassung der Aufsicht oder des Studierenden) lässt sich den angegriffenen Regelungen jedoch nicht entnehmen und weckt Zweifel an ihrer Bestimmtheit. Gleiches gilt für die Frage, in welchem Verhältnis die Zahl der Aufsichtspersonen zu der Zahl der Prüflinge steht. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren lässt sich ebenso wenig klären, ob die streitgegenständliche Datenspeicherung mit Blick auf die von der Antragsgegnerin dargestellten unterschiedlichen Prüfungserfordernisse und die von ihr derzeit angebotenen anderen Prüfungsformen gerechtfertigt ist.

Soweit die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach den vorstehenden Erwägungen noch nicht in Gänze beurteilt werden können und folglich eine Folgenabwägung vorzunehmen ist, geht diese zu Lasten des Antragstellers aus. Die mit der bloß vorübergehenden Speicherung verbundenen Beeinträchtigungen datenschutzrechtlicher Belange und seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung müssen hinter der mit den angegriffenen Regelungen bezweckten Wahrung der Chancengleichheit zurücktreten. Gleiches gilt für den Fall, dass die Zwischenspeicherung seiner Daten am Ende der Prüfung in eine dauerhafte Speicherung überführt wird. Sollte dies auf Veranlassung des Antragstellers erfolgen, ist eine Rechtsverletzung des Antragstellers ausgeschlossen. Dient die Überführung dem Nachweis eines Täuschungsversuchs, überwiegt auch insoweit das öffentliche Interesse an der Wahrung der Chancengleichheit. Nichts anderes ergibt sich unter Berücksichtigung der von dem Antragsteller geltend gemachten Verletzung von Art. 13 Abs. 1 GG.

Oberverwaltungsgericht NRW

Beschluss vom 25.03.2021

Az. 12 B 198/21

Erfolgreiche Anfechtung eines Beschäftigungsverbot für eine Heimleitung; Persönliche Eignung von Personal in einem Heim

Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Mit seiner Beschwerdebegründung, auf deren Überprüfung der beschließende Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), legt der Antragsgegner dar, dass dem Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage 6 K 190/01 gegen seinen Bescheid vom 23. Januar 2021 nicht hätte stattgegeben werden dürfen. Zur Begründung führt er an, die Erfolgsaussichten der Klage seien nicht offen, sondern diese stelle sich nach summarischer Prüfung als unbegründet dar, weil das in Ziff. 1 des Bescheides angeordnete Beschäftigungsverbot rechtmäßig sei. Weiter sei auch die - erfolgsunabhängige - Interessenabwägung des Verwaltungsgerichts fehlerhaft, weil es gerade in der gegenwärtigen pandemischen Lage wegen der Möglichkeit eines neuen Ausbruchs und des Auftretens hoch ansteckender Infektionen gravierende Folgen hätte, wenn die Beigeladene weiterhin als Führungskraft gegen hygienische Vorgaben verstoße.

Beide vom Antragsgegner näher ausgeführten Gesichtspunkte führen zum Erfolg der Beschwerde.

1. Der Senat folgt dem Verwaltungsgericht zunächst nicht in der Einschätzung, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache offen sind.

Das ausgesprochene Beschäftigungsverbot für die Beigeladene findet voraussichtlich seine Ermächtigungsgrundlage in § 15 Abs. 5 WTG. Danach kann die zuständige Behörde Leistungsanbieterinnen und Leistungsanbietern den Einsatz einer oder eines Beschäftigten ganz oder für bestimmte Funktionen oder Tätigkeiten untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie oder er die für ihre oder seine Tätigkeit erforderliche Eignung nicht besitzt. Die Beigeladene, die derzeit als Heimleitung tätig ist, dürfte persönlich ungeeignet für diese Position sein. Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 WTG NRW muss die Einrichtung unter der Leitung einer persönlich geeigneten Person (Einrichtungsleitung) stehen. Nach der Gesetzesbegrün-

dung obliegt der Einrichtungsleitung sowohl die Steuerung und Verantwortung für die wirtschaftliche Betriebsführung als auch die Pflege- und Betreuungsprozesse. Sie soll lediglich den Inhabern oder den Aufsichtsgremien des Trägers gegenüber weisungsabhängig sein. Den Leitungskräften kommt dementsprechend eine besondere Bedeutung zu. Vgl. LT-Drucks. 16/3388, S. 96.

Die damit verbundene Vorbildfunktion hat die Beigeladene im hier zu betrachtenden Zeitraum offensichtlich nicht wahrgenommen, dem Leitbild ist sie nicht gerecht geworden. Sie hat wiederholt gegen die im Zusammenhang mit dem akuten Ausbruch des Infektionsgeschehens (COVID-19) vom Gesundheitsamt getroffenen Anordnungen zum Tragen von Dienstkleidung und zur Trennung des pflegerischen Personals im Quarantänebereich und im übrigen Bereich der Einrichtung verstoßen. Das Verwaltungsgericht hat die hierzu getroffenen Feststellungen des Antragsgegners bei den mehrfachen Begehungen der Einrichtung am 10., 13., 15. und 19. Januar 2021 zutreffend wiedergegeben. Danach hat die Beigeladene an sämtlichen Tagen private Kleidung im Dienst getragen, obgleich die Anordnung zum Tragen von Dienstkleidung bestanden hatte und sie auf diese erneut am 10. Januar 2021 hingewiesen worden war.

Das hat die Beigeladene mit ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 27. Januar 2021 - entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts - nicht in Abrede gestellt, sondern eingeräumt.

Ihre Formulierung "Seit diesem Tage (11. Januar 2021) ist es so, dass ich grundsätzlich Arbeitskleidung im Hause habe und diese vor Dienstantritt wechsele und abends ... die Dienstkleidung ausziehe und sie der im Hause befindlichen Wäscherei zuführe." kann nämlich im Zusammenhang mit ihren Ausführungen in den folgenden Absätzen: "Richtig ist, dass ich keine klassische 'Uniform' bzw. 'Pflegekraftkleidung' trage, sondern übliche Garderobe, die auch sonst getragen wird. Dabei handelt es sich allerdings um Materialien, die bis 90 Grad waschbar sind. Ich trage also streng genommen 'Dienstkleidung', weil diese Kleidung ausschließlich für meine berufliche Tätigkeit vorbehalten ist und von mir außerhalb des Hauses und privat nicht getragen wird." nur so verstanden werden, dass sie trotz anderslautender Anordnungen des Gesundheitsamtes und mündlicher Ermahnungen weiterhin keine originäre Dienstkleidung trägt. Damit zeigt die Beigeladene, dass sie ihre eigenen Regeln über die vom Antragsgegner zur Pandemiebekämpfung für notwendig gehaltenen Anordnungen des zuständigen Gesundheitsamtes setzt, was allein sie für die Leitungstätigkeit persönlich ungeeignet

erscheinen lässt. Es ist ihrer eidesstattlichen Erklärung auch nicht ansatzweise zu entnehmen, dass sie etwa in Zukunft ihr Verhalten ändern wird. So hat sie ihr Verhalten selbst nach Erlass der hier angefochtenen Verfügung nicht geändert, wie der Antragsgegner bei der erneuten Begehung der Einrichtung am 29. Januar 2021 festgestellt hat. Erschwerend kommt hinzu, dass die Beigeladene nicht nur verwaltende Tätigkeiten ausübt, sondern auch als Pflegefachkraft in der Einrichtung tätig ist. Sie stellt sich damit als offenbar einzige Person gegen die für alle geltenden Regeln der Einrichtung, die das Tragen von Dienstkleidung selbst vorgegeben hat.

Auch den zweiten Vorwurf, sie habe sich trotz anderslautender, sofort vollziehbarer Anordnung des Gesundheitsamtes vom 11. Januar 2021 sowohl im Quarantänebereich als auch im Bereich für nicht infizierte Bewohner aufgehalten, stellt die Beigeladene mit ihrer eidesstattlichen Versicherung nicht in Abrede. Sie versucht lediglich zu belegen, dass ihr Wechseln zwischen den Bereichen notwendig gewesen und aufgrund der Einhaltung besonderer Hygienemaßnahmen, wie des Anlegens von Schutzkleidung, keine Gefahr für die Bewohner eingetreten sei. Damit setzt sie erneut ihre eigene Einschätzung an die Stelle der Anordnungen des Gesundheitsamtes, dem die infektiöshygienische Überwachung von Pflegeeinrichtungen obliegt (vgl. §§ 23 Abs. 6 Satz 1, 36 Abs. 1 Nr. 2 IfSG). Ihr Verweis auf "Empfehlungen des RKI" hinsichtlich des getrennten Einsatzes des Personals bei der Versorgung von Patienten im stationären Bereich rechtfertigt keine andere Beurteilung, erlaubt ihr insbesondere nicht ein Abweichen von den Vorgaben des Gesundheitsamtes zur Eindämmung des konkreten Infektionsgeschehens, die jeweils sofort vollziehbar waren.

Angesichts der Beharrlichkeit, mit der die Beigeladene gegen diese Anordnungen verstoßen hat, dürfte kein Raum für Ermessenserwägungen des Antragsgegners gegeben sein. Selbst wenn (Rest-)Ermessen danach verbleiben sollte, hätte der Antragsgegner dieses fehlerfrei ausgeübt (vgl. § 114 Satz 1 VwGO), namentlich die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme in Bezug auf die Beigeladene und die Einrichtung der Antragstellerin abgewogen.

2. Auch unabhängig von den Erfolgsaussichten der Hauptsache geht der Senat davon aus, dass die gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung hier zu Gunsten des Antragsgegners ausfällt. Angesichts des fortdauernden Pandemiegeschehens ist es für die Abwägung der öffentlichen Interessen am Sofortvollzug der Maßnahme einerseits und der privaten Interessen der

Antragstellerin sowie der Beigeladenen andererseits nahezu ohne Belang, dass das akute Infektionsgeschehen, das im Dezember 2020 zu 20 (von 60) infizierten Bewohnern und zehn infizierten Mitarbeitern sowie zu sieben Toten geführt hat, zwischenzeitlich bekämpft werden konnte. Der Antragsgegner weist zutreffend auf die Möglichkeit eines erneuten Ausbruches und darauf hin, dass sich gegenwärtig hoch ansteckende Mutationen des Virus verbreiten, die dies befördern könnten. Die Sicherstellung des geforderten hygienischen Standards durch das in Pflegeeinrichtungen tätige Personal ist deshalb unerlässlich.

Verwaltungsgericht Berlin

Beschluss vom 17.03.2021

Az. VG 14 L 90/21

Zugang zu den Arbeitsplätzen in den Lesesälen der Zweigbibliothek Rechtswissenschaft der Universitätsbibliothek

Aus den Gründen

Der nach den §§ 88, 122 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sachdienlich dahin auszulegende Antrag, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, den Antragstellern Zugang zu den Arbeitsplätzen in den Lesesälen der Zweigbibliothek Rechtswissenschaft der Universitätsbibliothek zu gewähren, ist zulässig (I.), aber nicht begründet (II.).

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Regulationsanordnung ist zulässig, insbesondere nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. In der Hauptsache wäre eine allgemeine Leistungsklage (vgl. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO) auf Gewährung des Zugangs zu den Bibliotheksarbeitsplätzen im Wege schlichthoheitlichen Handelns bzw. Duldens die richtige Klageart. Ein etwaiger Zugangsanspruch ergibt sich dabei bereits einfachgesetzlich aus § 9 Abs. 1 des Berliner Hochschulgesetz (BerLHG) in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 der Benutzungsordnung für die Zentraleinrichtung Computer- und Medienservice und der Zentraleinrichtung Universitätsbibliothek (Amtliches Mitteilungsblatt der Humboldt-Universität Nr. 23/2004 – Bibliotheksordnung –) und Nr. 2 der Sonderregelungen für

die Zweigbibliothek Rechtswissenschaft vom 7. Dezember 2009 (vgl. <https://www.ub.hu-berlin.de/shared/dokumente/bibliothek-benutzen/regelungen/sonderregelung-rechtswissenschaft>).

II.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, welche die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund).

Dem Wesen und Zweck des Verfahrens nach § 123 Abs. 1 VwGO entsprechend, kann das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und nicht schon das gewähren, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre. Wird, wie hier, die Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, kommt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und andernfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 17. Oktober 2017 – 3 S 84.17 und 3 M 105.17 –, juris Rn. 2, sowie vom 28. April 2017 – 3 S 23.17 u.a. –, juris Rn. 1; ferner: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 123 Rn. 13 ff. m.w.N.).

Die Antragsteller haben hier weder das Bestehen eines Anordnungsanspruchs (dazu unter 1.) noch das Bestehen eines Anordnungsgrunds (dazu unter 2.) in einer die Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigenden Weise glaubhaft gemacht.

1. Nach der in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung ist nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Antragsteller derzeit einen Anspruch auf Zugang zu den Arbeitsplätzen in den Lesesä-

len der Zweigbibliothek Rechtswissenschaft der Universitätsbibliothek haben.

Ein derartiger Anspruch ergibt sich derzeit nicht aus § 9 Abs. 1 BerlHG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Bibliotheksordnung, Nr. 2 der Sonderregelungen für die Zweigbibliothek Rechtswissenschaft.

Nach § 9 Abs. 1 BerlHG hat jeder Student und jede Studentin das Recht, die Einrichtungen der Hochschule nach den hierfür geltenden Vorschriften zu benutzen. Zur Benutzung von Diensten der Universitätsbibliothek können nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Bibliotheksordnung u.a. Mitglieder der Humboldt-Universität zu Berlin zugelassen werden. Für die Benutzung der Lesesäle und Freihandbestände ist nach § 5 Abs. 4 Bibliotheksordnung keine Anmeldung oder Zulassung erforderlich. Nach Nr. 2 der Sonderregelungen für die Zweigbibliothek Rechtswissenschaft können die Arbeitsplätze des Lesesaals dabei nach Maßgabe der bestehenden Möglichkeiten genutzt werden.

Der sich danach grundsätzlich ergebende Zugangs- und Nutzungsanspruch der Antragsteller ist derzeit jedoch nach § 13 Abs. 3 Satz 8 der Zweiten Verordnung über erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 4. März 2021 (Zweite SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung [2. InfSchMV], GVBl. S. 198) eingeschränkt. Wissenschaftliche Bibliotheken dürfen danach nur Leihbetrieb und Online-Dienste anbieten.

Das Gericht geht davon aus, dass sich § 13 Abs. 3 Satz 8 2. InfSchMV in einem etwaigen Hauptsacheverfahren voraussichtlich auch nicht als rechtswidrig erweise.

a. Rechtsgrundlage dieser Maßnahme ist § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16, Abs. 3, 5 und 6 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG). Durch § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG sind mit Blick auf die andauernde Pandemielage wegen des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 (im Folgenden nur: Coronavirus) erfüllt. Im Land Berlin werden weiterhin Kranke, Krankheitsverdächtige, Ausscheider und Ansteckungsverdächtige hinsichtlich des Coronavirus festgestellt, vgl. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG. Der Bundestag hat das (Fort-)Bestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite i.S.d. § 28a Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG am 18. November 2020

erneut ausdrücklich festgestellt (vgl. BT-PIPr 19/191, 24109C; BT-Drs. 19/24387). Der Schwellenwert von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, bei dem nach § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind, ist für das Land Berlin bei weitem überschritten (derzeit 82 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, vgl. Robert Koch-Institut, Täglicher Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019 vom 16. März 2021 [im Folgenden nur: Lagebericht], S. 4, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-16-de.pdf, abgerufen am 17. März 2021). Andere Indikatoren wie die Ressourcenbelastung des Gesundheitswesens, der 7-Tage-R-Wert oder die Impfquote geben derzeit keinen Anlass zu einer abweichenden Einschätzung.

Die mit § 13 Abs. 3 Satz 8 2. InfSchMV verordnete Einschränkung des Betriebs wissenschaftlicher Bibliotheken gehört nach § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG auch zu den notwendigen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG. Die 2. SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung ist zudem, wie es § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG vorschreibt, mit einer allgemeinen Begründung versehen und ihre Geltungsdauer (vgl. § 28 2. InfSchMV) überschreitet den in § 28a Abs. 5 Satz 2 IfSG vorgegebenen Zeitraum von vier Wochen nicht.

b. Es ist bei summarischer Prüfung derzeit nicht erkennbar, dass § 13 Abs. 3 Satz 8 2. InfSchMV einen unverhältnismäßigen Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen der Antragsteller begründet.

Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob die durch die Regelung betroffene „Studierfreiheit“ von Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 Var. 2 des Grundgesetzes (GG) oder als Derivat des Ausbildungsanspruchs Studierender und damit von ihrer Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 GG geschützt ist (vgl. zum Meinungsstand mit umfangreichen Nachweisen Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 92. Erg.-Lfg. August 2020, Art. 5 Abs. 3 Rn. 122). Unabhängig hiervon ist nämlich nicht davon auszugehen, dass die Maßnahme in unverhältnismäßiger Weise in diese Grundrechte eingreift.

Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind Grundrechtseingriffe nur zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich sind und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

noch gewahrt wird (vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 28. November 1984 – 1 BvL 13/81 –, juris Rn. 25 m.w.N.).

(1) § 13 Abs. 3 Satz 8 2. InfSchMV verfolgt einen legitimen Zweck. Die Norm dient der Verhinderung oder Verlangsamung der Verbreitung des Coronavirus und damit dem Schutz der Bevölkerung vor der durch dieses Virus ausgelösten COVID-19-Erkrankung. Zu dem im Einklang mit § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG bezweckten Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, auch durch Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, ist der Staat angesichts seiner grundrechtlichen Schutzpflichten aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht nur berechtigt, sondern verfassungsrechtlich auch verpflichtet (vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 2020 – 1 BvR 1021/20 –, juris Rn. 8).

(2) Zur Erreichung der dargelegten infektionsschutzrechtlichen Zielsetzung dürfte die Norm auch als geeignet anzusehen sein. Dafür genügt es, wenn der verfolgte Zweck durch die Maßnahme gefördert werden kann, ohne dass die vollständige Zweckerreichung gesichert sein muss (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 26. April 1995 – 1 BvL 19/94 und 1 BvR 1454/94 –, juris Rn. 52, sowie Beschluss vom 9. Februar 2001 – 1 BvR 781/98 –, juris Rn. 22).

Nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist das Coronavirus in erster Linie durch beim Atmen, Sprechen, Singen, Husten und Niesen abgegebene Tröpfchen sowie Aerosole von Mensch zu Mensch leicht übertragbar, wobei innerhalb von Menschenansammlungen sowie in geschlossenen Räumen generell eine erhöhte Infektionsgefahr besteht. Daneben ist auch eine Infektion über kontaminierte Oberflächen (so genannte Schmierinfektionen) nicht auszuschließen (RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html, abgerufen am 17. März 2021).

Davon ausgehend ist die verordnete Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit von Bibliotheken auf Leihbetrieb und Onlinedienste zur Zweckerreichung geeignet. Sie vermeidet von vornherein die Entstehung zusätzlicher physischer Sozialkontakte im Rahmen des Präsenzbetriebs. Die Antragsteller können dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Öffnung der Bibliotheken habe keinen Einfluss auf das Infektionsgeschehen und ein Covid-19-Fall in der juristischen Zweigbibliothek sei nicht bekannt. Die Einschränkung des Bibliotheksbetriebs steht im Zusammenhang mit zahlreichen weiteren Maßnahmen, die gebündelt darauf

hinwirken sollen, dass die Zahl der Sozialkontakte weitgehend reduziert wird, um auf diese Weise Infektionsgefahren, die bei Sozialkontakten bestehen, zu vermeiden. Da die Ursache von Infektionen mit dem Coronavirus derzeit in der Mehrzahl der Fälle nach wie vor nicht festzustellen ist, sind umfassend angelegte Maßnahmen zur Reduzierung von Kontakten geeignet im oben genannten Sinne. Der Antragsgegner hat den ihm bei der Beurteilung der Eignung einer Maßnahme zustehenden Beurteilungsspielraum daher nicht überschritten (vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 1 S 398/21 –, juris Rn. 78 f.)

(3) Die angegriffene Maßnahme erscheint gegenwärtig auch als erforderlich. Ein milderer, zur Erreichung des verfolgten legitimen Zwecks in gleicher Weise geeignetes, für die Normbetroffenen jedoch weniger belastendes Mittel ist nicht erkennbar. Insbesondere überschreitet der Verordnungsgeber seinen angesichts des diffusen Infektionsgeschehens und der daher unklaren Tatsachengrundlage bestehenden Einschätzungsspielraum nicht, wenn er vorliegende Hygienekonzepte und die allgemein verordneten Hygienemaßnahmen nicht für gleich geeignet hält.

(4) Schließlich ist bei summarischer Prüfung auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne der in Rede stehenden Maßnahme zu bejahen. Die Grenze der Zumutbarkeit wird hier bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe derzeit noch gewahrt.

Die Antragsteller machen im Wesentlichen geltend, dass sie im Oktober 2021 den schriftlichen Teil ihrer ersten juristischen Prüfung absolvieren wollen. Die Vorbereitung hierauf sei ihnen durch den nach § 13 Abs. 3 Satz 8 2. InfSchMV untersagten Präsenzbetrieb erschwert, so dass sie befürchteten, in der Folge eine schlechtere Note zu erhalten.

Ein schwerer Grundrechtseingriff in Form von erheblichen Auswirkungen des eingeschränkten Bibliothekszugangs auf die Vorbereitung für die erste juristische Prüfung ist jedoch schon nicht ersichtlich. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die rechtswissenschaftliche Fakultät der Antragsgegnerin unstreitig selbst Repetitorien zur Examensvorbereitung anbietet, in denen Materialien gestellt werden. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass dieses Angebot zur Vorbereitung des Examens unzureichend wäre. Anders als bei der Erstellung einer Schwerpunkts- oder Studienarbeit bedarf es zur Examensvorbereitung grundsätzlich auch keiner umfassenden Auswertung der in der Bibliothek vorhandenen Fachlitera-

tur. Gegenteiliges tragen auch die Antragsteller nicht vor. Vielmehr geht es ihnen um den uneingeschränkten Zugang zu Skripten und Fallbüchern. Für das Selbststudium, die Übung am Fall und die Vertiefung bietet die Zweigbibliothek der Antragsgegnerin jedoch weiterhin einen Leih- und Onlinebetrieb an. Ältere Auflagen der Fallbücher und Skripte zur Examensvorbereitung können dabei uneingeschränkt ausgeliehen werden. Die neuesten Auflagen der Skripte und Fallbücher, die nach dem Vortrag der Antragsgegnerin auf Wunsch der Fachschaft zum nicht ausleihbaren Präsenzbestand gehören, können im Rahmen des Leihbetriebs von den Studenten an vor Ort befindlichen Geräten bei Bedarf kopiert und gescannt werden. Daneben besteht offenkundig auch die Möglichkeit einzelne Skripte oder Fallbücher – allein oder zur Reduzierung der Kosten im Verbund mit anderen Studierenden – gebraucht oder neu zu kaufen. Schließlich bietet die Antragsgegnerin ihren Studenten nach ihrem Vortrag, bestätigt durch ihren Internetauftritt, vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie ein vorübergehend deutlich umfassenderes Online-Angebot an (vgl. <https://www.ub.huberlin.de/de/literatur-suchen/online-ressourcen>, abgerufen am 17. März 2021). Demnach dürfte die fehlende Nutzbarkeit der Lesesäle lediglich einen geringfügig erhöhten zeitlichen und finanziellen Aufwand bei der Examensvorbereitung verursachen.

Den somit insgesamt wenig gewichtigen Grundrechtseingriffen stehen der mit der angegriffenen Maßnahme bezweckte Schutz des Lebens und der Gesundheit jedes/jeder Einzelnen und der Erhalt der Bevölkerungsgesundheit und damit Individual- und Gemeinschaftsgüter höchsten verfassungsrechtlichen Rangs gegenüber, zu deren Bewahrung der Staat durch Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG in besonderem Maße verpflichtet ist. Die Maßnahme ist, wie erörtert, auch zur Förderung dieses Zwecks geeignet. Die Interessen der Antragsteller müssen im Ergebnis der Abwägung daher vorläufig dahinter zurücktreten.

c. Schließlich ist bei summarischer Prüfung nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit von einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Artikels 3 Abs. 1 GG auszugehen. Dieser gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 7. Februar 2012 – 1 BvL 14/07 –, juris Rn. 40, und vom 15. Juli 1998 – 1 BvR 1554/89 u.a. –, juris Rn. 63). Dabei sind ihm nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbe-

handlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 16/11 –, juris Rn. 30, vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/07 –, juris Rn. 65, und vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, juris Rn. 79).

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung ergibt sich entgegen der Ansicht der Antragsteller zunächst nicht mit Blick auf die Öffnung von Betrieben des Friseurhandwerks. Während Friseurbetriebe eine Handwerksleistung zu Befriedigung eines Bedürfnisses im Rahmen der Grundversorgung der Bevölkerung anbieten (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. November 2020 – 11 S 98/20 –, juris, Rn. 53), bieten wissenschaftliche Bibliotheken vorrangig Zugang zu Informationen durch Sammlung und Bereitstellung wissenschaftlicher Literatur an. Hierbei handelt es sich schon deswegen nicht um gleichgelagerte Sachverhalte, weil die Handwerksleistung anders als der Informationszugang von vornherein nicht in Abwesenheit des Kunden vorgenommen werden kann.

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung ergibt sich weiter nicht gegenüber Personen, die als Prüfungsleistung eine Studien- oder Schwerpunktarbeit anfertigen. Prüfungen dürfen nach § 13 Abs. 3 Satz 3 2. InfSchMV unter Beachtung der grundsätzlichen Pflichten, der Schutz- und Hygieneregeln sowie der jeweils in den Hochschulen geltenden besonderen Bestimmungen in Präsenzform durchgeführt werden. Soweit die Antragsgegnerin diesem Personenkreis dabei die Nutzung der Bibliothek gestattet, erscheint dies gerechtfertigt, da hier eine wissenschaftliche Arbeit gefordert ist, die in weit größerem Maße als in der Examensvorbereitung den Zugang zur Fachliteratur und deren umfassende Auswertung voraussetzt.

2. Im Übrigen fehlt es auch an einem Anordnungsgrund. Die Antragsteller haben schwere unzumutbare Nachteile, die ihnen durch die derzeit von der Antragsgegnerin verwehrte Nutzung der Arbeitsplätze in Lesesälen der Zweigbibliothek Rechtswissenschaft der Universitätsbibliothek entstehen, weder hinreichend dargelegt noch glaubhaft gemacht. Der bereits erörterte geringfügig erhöhte zeitli-

che und finanzielle Aufwand bei der Examensvorbereitung überschreitet die Schwelle zu einem schweren und unzumutbaren Nachteil nicht, der es rechtfertigen würde, den Antragstellern im Wege einstweiliger Anordnung schon das zu gewähren, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre. Der Verweis der Antragsteller, die Prozesskostenhilfe nicht beantragt haben, auf die „finanziell belastende Pandemiesituation“ legt einen für sie unzumutbaren finanziellen Mehraufwand nicht dar. Inwiefern es die Vorbereitung trotz der gegebenen Angebote erfordert, „tausende“ Seiten zu kopieren, erschließt sich dem Gericht nicht.

Verwaltungsgericht Weimar

Beschluss vom 20. April 2021

Az. 8 E 416/21 We

Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für gerichtliche Überprüfungen von Allgemeinverfügungen zum Gesundheitsschutz an Schulen; keine Zuständigkeit des Familiengerichts; Rechtmäßigkeit einer Pflicht zum Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes in der Schule

Aus den Gründen

Vorausgeschickt sei, dass für die gerichtliche Überprüfung der Allgemeinverfügung ausschließlich der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 Abs. 1 VwGO). Der die Antragsteller zu 1. und 2. betreffende Beschluss des Amtsgerichts Weimar vom 8. April 2021 (Az. 9 F 148/21) steht dem nicht entgegen. Der Beschluss ist als ausbrechender Rechtsakt (VGH München, Beschluss vom 16.04.2021, 10 CS 21.1113) offensichtlich rechtswidrig. Insbesondere fehlt dem Familiengericht eine Rechtsgrundlage für seine Entscheidung. In dem Beschluss werden im Weg der einstweiligen Anordnung einzelne Gebote gegenüber „den Leitungen und Lehrern [...] sowie den Vorgesetzten der Schulleitungen“ ausgesprochen. Dem Familiengericht steht aber eine Befugnis, Anordnungen gegenüber Behörden und Vertretern von Behörden zu treffen, nicht zu. Für eine solche Anordnungscompetenz fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage (Lugani in Münchner Kommentar BGB, 8. Auflage 2020, Rdnr. 181 zu § 1666). § 1666 BGB scheidet als Grundlage aus, denn bei den in § 1666 Abs. 4 BGB genannten Dritten handelt es sich um

private Personen, nicht um Träger öffentlicher Gewalt. Dies ist für das Verhältnis zwischen Familiengerichten und den Behörden der Kinder- und Jugendhilfe anerkannt (z. B. OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.11.2007, 4 WF 240/07, Juris-Rdnr. 2; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 29.07.2015, 1 BvR 1468/15, Juris-Rdnr. 5; Lugani, a.a.O., Rdnr. 180 ff zu § 1666; Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 8. Auflage 2019, Rdnr. 16 vor §§ 50-52). Gegenüber den Schulbehörden gilt nichts anderes. Im Rahmen des schulrechtlichen Sonderstatusverhältnisses sind die zuständigen Behörden an die das Kindeswohl schützenden Grundrechte gebunden. Die gerichtliche Kontrolle dieses Behördenhandelns auch hinsichtlich von Gesundheitsschutzmaßnahmen in den Schulen obliegt allein den Verwaltungsgerichten (so auch die aktuelle familiengerichtliche Rechtsprechung, z. B. zuletzt - unter ausdrücklicher Ablehnung der Auffassung des AG Weimar - AG Waldshut-Tiengen, Beschluss vom 13.04.2021, 306 Ar 6/21, Juris-Rdnr. 8).

Weiterer Ausführungen zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses des Amtsgerichts Weimar bedarf es an dieser Stelle nicht. Sie sind dem Thüringer Oberlandesgericht als Rechtsmittelinstanz vorbehalten

[...]

Ziffer 7.7. der Allgemeinverfügung hält sich in diesem durch die Rechtsgrundlage gesetzten Rahmen. Satz 1 regelt die Grundpflicht zum Tragen der qualifizierten Gesichtsmaske nach § 6 Abs. 2 ThürSARS-CoV-2-IfS-MaßnVO für alle Schüler und Lehrkräfte.

Für Schüler der Klassenstufen 1 bis 6 schränkt Satz 2 diese Regelung wieder ein und lässt die Verwendung einer Mund-Nasen-Bedeckung nach § 6 Abs. 1 ThürSARS-CoV-2-IfS-MaßnVO ausreichen (also selbst genähte oder selbst hergestellte Stoffmasken, Schals, Tücher, Hauben usw.). Für Schüler ab der Klassenstufe 7 lässt Satz 3 eine qualifizierte Gesichtsmaske nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ThürSARS-CoV-2-IfS-MaßnVO ausreichen (also medizinische Gesichtsmasken, die sogenannten Operationsmasken).

Eine Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ThürSARS-CoV-2-IfS-MaßnVO) besteht für Schüler generell nicht. Im übrigen wiederholen die Sätze 4 und 5 in Ziffer 7.7. der Allgemeinverfügung die bereits nach § 38 Abs. 5 Sätze 2 und 3 ThürSARS-CoV-2- KijUSSp-VO geltende Ausnahme für den Sportunterricht und die Pausenregelung. Satz 6 regelt eine weitere Ausnahme für die Essenseinnahme. Satz 7 wiederholt § 38 Abs. 5 Satz 4 ThürSARS-CoV-2-KijUSSp-VO. 4.2. Zu der Wirkungsweise

von Mund-Nasen-Bedeckungen und Gesichtsmasken greift das Gericht mangels einer eigenen Sachkunde auf die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft zurück. Für die Entscheidung, welche Erkenntnisse heranzuziehen sind, gelten folgende Grundsätze.

In erster Linie folgt das Gericht - ebenso wie die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung insgesamt und auch das Thüringer Oberverwaltungsgericht (a.a.O., Juris-Rdnr. 112) - den Angaben des Robert Koch Instituts (RKI). Dies entspricht der zentralen Stellung dieses Instituts, die ihm der Gesetzgeber nach § 4 IfSG bei der Einschätzung des Infektionsgeschehens hinsichtlich übertragbarer Krankheiten zuerkannt hat. Diese herausgehobene Stellung hat auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt (Thüringer VerfGH, Urteil vom 1. März 2021, 18/20, Juris-Rdnr. 435; Bayerischer VerfGH, Entscheidung vom 9. Februar 2021, Vf. 6 VII 20, Juris-Rdnr. 96). Das Robert Koch Institut erfasst kontinuierlich die aktuelle Lage, bewertet alle Informationen und schätzt das Risiko für die Bevölkerung in Deutschland ein. Dabei werden in einem transparenten Verfahren die verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse umfassend berücksichtigt und entsprechende Daten umfänglich ausgewertet und zu Grunde gelegt (vgl. zu Einzelheiten: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung_Grundlage.html).

Außerdem nimmt das Gericht die Auffassung von wissenschaftlichen Fachgesellschaften und Kommissionen in den Blick, die aufgrund ihrer breiten Verankerung in den entsprechenden Fachgebieten ebenfalls in der Lage sind, unterschiedlichste Meinungen zusammenzuführen und zu bewerten.

Das Gericht geht davon aus, dass die Auffassungen, die von einer Mehrzahl von Sachkundigen geteilt werden, das notwendige Maß an Plausibilität und sachlicher Richtigkeit für sich haben.

Das Gericht übersieht dabei nicht, dass es außerdem eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen Einzelmeinungen gibt. Diese Vielfalt ist Ausdruck einer laufenden wissenschaftlichen Diskussion, die angesichts der Ungewissheiten und dynamischen Entwicklungen in der wissenschaftlichen Forschung zum neuartigen Coronavirus notwendig ist und dem Umstand Rechnung trägt, dass die Bewertungen ständig kritisch zu hinterfragen sind und fortdauernder Überprüfung bedürfen. Eine solche Meinungsvielfalt stellt

aber die Bedeutung insbesondere der Einschätzungen des Robert Koch Instituts nicht in Frage. Demgegenüber stellen die Antragsteller im vorliegenden Verfahren gerade solche Einzelmeinungen in den Vordergrund ihrer Antragsbegründung, die nicht die wohlbegründete Mehrheitsmeinung der wissenschaftlichen Diskussion widerspiegeln. Diese Meinungen nimmt das Gericht zur Kenntnis, folgt ihnen aber nicht.

Angemerkt sei, dass sich auch das Amtsgericht Weimar in dem erwähnten Beschluss vom 8. April 2021 auf solche Einzelmeinungen stützt, die das Amtsgericht durch die Bestellung bestimmter Personen als Gutachter bewusst ausgewählt hat. Dabei handelt es sich um Personen, die in der wissenschaftlichen Diskussion gerade keinen Rückhalt haben (vgl. z. B. zu dem auch von den Antragstellern zitierten Gutachter Kuhbandner:

https://www.deutschlandfunk.de/corona-pandemie-wissenschaftler-die-corona-leugnen.680.de.html?dram:article_id=493048).

Oberverwaltungsgericht NRW

Beschluss vom 22. Januar 2021
Az. 13 B 53/21.NE

Vier Grundschüler aus Nordrhein-Westfalen haben gegen die Aussetzung des Präsenzunterrichts an den Schulen in Nordrhein-Westfalen zunächst vor dem OVG NRW und anschließend vor dem VerfGH¹ einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung eingereicht. Beide Gerichte stellen dessen Unbegründetheit fest. Siehe hierzu die Anmerkung von Nicole Reese (Bielefeld) und Christian Reiß (München) in Heft 1 (ZLVR 2021, S. 18 ff.).

Aus den Gründen

Der Antrag ist jedenfalls unbegründet. Die Voraussetzungen für den Erlass einer normbezogenen einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO liegen nicht vor. Nach dieser Bestimmung kann das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der

¹ VerfGH NRW, VerfGH 19/21.VB-1 v. 29.01.2021=ZLVR 2021, 15 ff.

neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen nicht dringend geboten. Erweist sich dagegen der Antrag als zulässig und (voraussichtlich) begründet, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsachenentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist. Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Februar 2015 - 4 VR 5.14 -, juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschluss vom 26. August 2019 - 4 B 1019/19.NE -, juris, Rn. 12; Nds. OVG, Beschluss vom 17. Februar 2020 - 2 MN 379/19 -, juris, Rn. 24, m. w. N.; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395. Nach dieser Maßgabe ist der Erlass einer normbezogenen einstweiligen Anordnung nicht dringend geboten, weil der in der Hauptsache gestellte Normenkontrollantrag nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung nicht offensichtlich begründet ist (A.) und die deswegen anzustellende Folgenabwägung zu Lasten der Antragstellerin ausfällt (B.).

A. Die angegriffene Regelung ist nicht offensichtlich rechtswidrig.

1. § 1 Abs. 1, 2 und 11 CoronaBetrVO ist auf § 32 Sätze 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1, 3 bis 6 und § 33 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) in der zuletzt durch Artikel 4a des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3136) geänderten Fassung gestützt. Nach § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können gemäß § 32 Satz 2 IfSG die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Satz 1 der Vorschrift durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a Abs. 1 und in den §§ 29 bis 31 IfSG genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG kann die zuständige Behörde insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Nach Satz 2 der Regelung kann die Behörde unter den Voraussetzungen von Satz 1 unter anderem die in § 33 IfSG genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen, zu denen auch Schulen gehören (vgl. § 33 Nr. 3 IfSG). Dies sieht auch § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG als mögliche notwendige Schutzmaßnahme zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 vor. Es bestehen keine offensichtlich durchgreifenden Bedenken dagegen, dass § 32 Sätze 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2, § 28a Abs. 1, 3 bis 6 IfSG eine hinreichende, dem Parlamentsvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage – jedenfalls für die in den Vorschriften konkret benannten – Schutzmaßnahmen darstellt. Vgl. insoweit eingehend zur Rechtslage seit Einfügung des § 28a IfSG durch Art. 1 Nr. 17 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) OVG NRW, Beschluss vom 15. Dezember 2020 - 13 B 1731/20.NE -, juris,

Rn. 23 ff. Dies gilt auch für das Nutzungsverbot der Schulgebäude für schulische Nutzungen wie u. a. den Schulunterricht in der Zeit vom 11. bis 31. Januar 2021. Denn der Bundesgesetzgeber nennt in § 28 Abs. 1 Satz 2 und § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG als mögliche Schutzmaßnahme Schulschließungen, was als milderes Mittel eine Umstellung auf Distanzunterricht beinhalten dürfte. Einer gesonderten Beteiligung des Landesparlaments bedarf es im Hinblick darauf nicht.

2. Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen ist auch für den Erlass der in der Coronabetreuungsverordnung getroffenen Maßnahmen zuständig. Die der Landesregierung durch § 32 Satz 1 IfSG eingeräumte Verordnungskompetenz ist gemäß § 10 des Gesetzes zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (Infektionsschutz- und Befugnisgesetz - IfSBG-NRW) vom 14. April 2020 (GV. NRW. S. 218b) auf das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen übertragen. § 32 Satz 2 IfSG sieht ausdrücklich vor, dass die Landesregierungen die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen dürfen. Dies schließt gemäß Art. 80 Abs. 4 GG eine Regelung durch Landesgesetz ein. Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 18. August 2020 - 13 B 847/20.NE -, juris, Rn. 90 ff., und vom 22. Juli 2020 - 13 B 886/20.NE -, juris, Rn. 23. Dem steht – wie durch einige Antragsteller im vorliegenden Zusammenhang aber geltend gemacht – insbesondere nicht entgegen, dass das Ministerium außerhalb infektionsschutzrechtlicher Regelungen im Allgemeinen nicht zur näheren Ausgestaltung der Schulpflicht berufen ist. Weder § 32 Satz 2 IfSG noch höherrangiges Recht sehen eine dahin gehende Einschränkung der Gestaltungsfreiheit vor.

3. Die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG sind voraussichtlich eingehalten. Danach sind Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Die Begründungspflicht dient nach dem Willen des Gesetzgebers dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen, und damit insbesondere der Verfahrensrationalität und der Legitimationssicherung. Sie soll als prozedurale Anforderung den Grund-

rechtsschutz durch Verfahren gewährleisten. Innerhalb der Begründung ist zu erläutern, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen, ohne dass insoweit eine empirische und umfassende Erläuterung geschuldet wäre. Sie ist möglichst zeitnah nach Erlass der Rechtsverordnung zu veröffentlichen. Mit der Befristungspflicht wiederum soll sichergestellt werden, dass die jeweilige Rechtsverordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Sars-CoV-2-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, in: BT-Drs. 19/24334, S. 81 f. Diesen Anforderungen ist voraussichtlich Genüge getan. Die auf der Homepage des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales veröffentlichte Begründung zur Coronabetreuungsverordnung, https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/210108_begrue-endung_corona_betrvo_0.pdf, genügt bei vorläufiger Bewertung noch den vorstehenden Maßgaben. Insoweit führt auch der offensichtliche Tippfehler beim Erlassdatum der Zweiten Verordnung zur befristeten Änderung der Ausbildungs- und Prüfungsordnungen gemäß § 52 SchulG, die am 2. Oktober 2020 und nicht am 2. Januar 2020 erlassen wurde, nicht dazu, dass es der Coronabetreuungsverordnung an einer Begründung mangelt. § 28a Abs. 5 IfSG verlangt lediglich in formeller Hinsicht das Vorhandensein einer Begründung, aber nicht deren inhaltliche Richtigkeit. Die Verordnung ist zudem – wie nach den vorstehend wiedergegebenen Voraussetzungen erforderlich – befristet und tritt mit Ablauf des 31. Januar 2021 außer Kraft (§ 5 Abs. 2 CoronaBetrVO).

4. Die angegriffene Regelung dürfte auch von der Verordnungsermächtigung nach § 32 Sätze 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2, § 28a Abs. 1, 3 bis 6 IfSG gedeckt sein.

a. Dem steht zunächst der Wortlaut des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG nicht entgegen. Dieser Vorschrift ist nicht zu entnehmen, dass sich Maßnahmen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten nur gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider richten dürfen. Weil bei Menschenansammlungen Krankheitserreger besonders leicht übertragen werden können, stellt bereits § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG klar, dass Anordnungen auch gegenüber Veranstaltungen oder sonstigen Zusammenkünften von Menschen sowie gegenüber Gemeinschaftseinrichtungen ergehen können. Schließlich können nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG (sonstige Dritte („Nichtstörer“)) Adres-

sat von Maßnahmen sein, beispielsweise um sie vor Ansteckung zu schützen. Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 - 3 C 16.11 -, juris, Rn. 26, unter Hinweis auf BT-Drs. 8/2468, S. 27; OVG NRW, Beschluss vom 30. April 2020 - 13 B 539/20.NE -, juris, Rn. 28 ff., und vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE -, juris, Rn. 70 f., sowie OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 23. März 2020 - OVG 11 S 12/20 -, juris, Rn. 8. Dies hat der Gesetzgeber nunmehr auch durch den Katalog der Maßnahmen in § 28a Abs. 1 IfSG bekräftigt, auf den § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG verweist und der die Regelbeispiele in § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2 IfSG speziell für die SARS-CoV-2-Pandemie klarstellend erweitert. Nach § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG gehören zu den zulässigen Maßnahmen namentlich die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33 IfSG, ohne dass die diese besuchenden Personen selbst als Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider angesehen werden müssten. Die Möglichkeit zur Schließung dieser Einrichtungen ist vielmehr durch die Erwägung getragen, dass die Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 besonders leicht im Wege der Tröpfcheninfektion und über Aerosole von Mensch zu Mensch erfolgt und deshalb eine Minimierung der physischen Kontakte zwischen den Menschen geboten sein kann.

b. Der Deutsche Bundestag hat – wie in § 28a Abs. 1 IfSG vorausgesetzt – am 25. März 2020 aufgrund der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite von unbestimmter Dauer festgestellt, deren Fortbestehen er am 18. November 2020 bestätigt hat. Vgl. Plenarprotokoll 19/154, S. 19169C und Plenarprotokoll 19/191, S. 24109C.

c. Auch Art und Umfang der hier in Rede stehenden Beschränkungen sind nicht erkennbar ermessensfehlerhaft. Sie verletzen insbesondere nicht offensichtlich die sich aus dem durch §§ 1, 2 SchulG NRW i. V. m. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 LV NRW und Art. 2 Abs. 1 GG jedem Kind gewährten Recht auf Erziehung und Bildung ergebenden Grenzen. Gleiches gilt in Bezug auf das elterliche Recht auf Erziehung und Bildung ihrer Kinder in der Schule gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2 LV NRW und (Art. 4 Abs. 1 LV NRW i. V. m.) Art. 6 Abs. 2 GG. Beide (Grund-)Rechte begründen grundsätzlich nur einen Anspruch auf Teilhabe an den vorhandenen öffentlichen Bildungseinrichtungen und -angeboten bzw. auf Zugang zu diesen unter zumutbaren Bedingungen und stehen unter dem Vorbehalt des Möglichen, also dessen was der Einzelne vernünftiger Weise von der Gesellschaft verlangen kann. Zu einem Verschaffungsanspruch können

diese Rechte nur erstarken, wenn es selbst an dem zur Erhaltung des Teilhaberechts auf Bildung notwendigen Minimum fehlt. Vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 12. Juni 2020 - 13 B 779/20.NE -, juris, Rn. 55 f., m. w. N.; siehe zudem Nds. OVG, Beschluss vom 18. Januar 2021 - 13 MN 8/21 -, juris, Rn. 37 f.; ferner dazu, dass sich Weitergehendes auch aus Völkerrecht nicht ergibt, Bay. VGH, Beschluss vom 3. Juli 2020 - 20 NE 20.1443 -, juris, Rn. 30. Im vorliegenden Eilverfahren bedarf es letztendlich keiner abschließenden Klärung, ob die beanstandete Bestimmung aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen überhaupt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Schutzbereiche dieser Teilhaberechte darstellt. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12. Juni 2020 - 13 B 779/20.NE -, juris, Rn. 57 f., m. w. N. Ein hier zugunsten der Antragstellerin unterstellter Eingriff wäre jedenfalls voraussichtlich gerechtfertigt. Das angegriffene Verbot der Nutzung der Schulgebäude für schulische Nutzungen wie Schulunterricht in der Zeit vom 11. bis 31. Januar 2021 verstößt voraussichtlich weder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (aa) noch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (bb).

aa. Ziel der Verordnung ist es, durch eine weitgehende Reduzierung der Kontakte zu anderen Menschen außerhalb der Angehörigen des eigenen Hausstands während einer erneut eng umgrenzten Zeitspanne die Ausbreitung des Coronavirus weiterhin so einzudämmen, dass sich die bestehenden konkreten Gefahren für das Leben und die Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems nicht realisieren. Vgl. die amtliche Begründung zur Coronabetreuungsverordnung vom 7. Januar 2021, abrufbar unter: https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/210108_begrueundung_coronabetrvo_0.pdf. Sie dient damit in Übereinstimmung mit § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG einem legitimen Zweck. Im Einzelnen hat der Ordnungsgeber zur Begründung der Verordnung ausgeführt, dass sich die Infektionszahlen im Zusammenhang mit dem Coronavirus zum Ende des Jahres 2020 besorgniserregend entwickelt und auch die bisher ergriffenen Maßnahmen nicht zu einer ausreichenden Eingrenzung des Infektionsgeschehens und vor allem einer Entlastung der medizinischen Versorgungsstrukturen geführt hätten. Bis zur 45. Kalenderwoche sei die Zahl der Infektionen mit dem Coronavirus sehr dynamisch angestiegen. In zahlreichen Gesundheitsämtern habe eine vollständige Kontaktnachverfolgung nicht mehr gewährleistet werden können, was wiederum zu einer beschleunigten Ausbreitung des Coronavirus beigetragen habe.

Nach den Statistiken des Robert Koch-Instituts seien die Ansteckungsumstände im Bundesdurchschnitt in mehr als 75 Prozent der Fälle unklar gewesen. Es sei zudem zu einer hohen Auslastung der Krankenhäuser sowie der intensivmedizinischen Kapazitäten gekommen. Aus diesem Grund seien auf der Grundlage des einstimmigen Beschlusses der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Bundesländer mit der Bundeskanzlerin vom 28. Oktober 2020 Maßnahmen ergriffen worden, die zwischenzeitlich erste Wirkung gezeigt und die Entwicklung der Infektionszahlen nach einem ersten Höhepunkt zum 4. und 5. November 2020 (7-Tagesinzidenz jeweils 177,8) gebremst hätten; statt eines Rückgangs der Infektionszahlen unter die kritischen Inzidenzwerte von 100 oder gar 50 sei aber nur eine „Abflachung der Kurve“ erreicht worden. Ab dem 6. Dezember 2020 sei es erneut zu einem exponentiellen Anstieg der Infektionszahlen gekommen, der seinen bisherigen Höhepunkt mit einer landesweiten Inzidenz von 200,07 am 23. Dezember 2020 erreicht habe. Viele Kommunen hätten zu diesem Zeitpunkt Inzidenzen von sehr deutlich über 200 oder gar 300 aufgewiesen. Ebenfalls alarmierend sei im Nachgang zu den Infektionszahlen auch die Zahl der Verstorbenen angestiegen: bis zu 150 Menschen seien täglich mit oder an einer Coronainfektion gestorben. Auch die Auslastung der Krankenhäuser mit Coronapatienten und die Zahl der verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungsplätze hätten sich kritisch entwickelt. In einigen Krankenhäusern und Regionen habe bereits real eine Überlastung gedroht, wie sie bedauerlicherweise in anderen Bundesländern noch intensiver zu verzeichnen gewesen sei. Zwar sei die Anzahl insbesondere der intensivmedizinisch behandelten Fälle der von der Coronavirus-Krankheit-2019 Betroffenen weiter angestiegen, die exponentielle Anstiegskurve habe aber abgeflacht werden können. Nach übereinstimmender Einschätzung der medizinisch-wissenschaftlichen Fachgesellschaften, der Krankenhausgesellschaft Nordrhein-Westfalen und der Landesregierung sei die aktuelle Versorgungslage in den Krankenhäusern in NRW derzeit auf hohem Niveau angespannt. Ein weiterer Anstieg der Patientenzahlen in den Krankenhäusern sei unbedingt zu vermeiden, um eine Überlastung des Gesundheitswesens, insbesondere der Intensivmedizin in den Krankenhäusern zu umgehen. Die Infektionszahlen seien vielerorts und so auch in weiten Teilen Nordrhein-Westfalens weiter deutlich zu hoch, um eine Kontaktnachverfolgung zu gewährleisten. Da noch nicht das notwendige Niveau erreicht worden sei, um nachhaltig Gefahren für Leben und Gesundheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssys-

tems abzuwenden, seien vorerst weiterhin umfassende Schutzmaßnahmen zur flächendeckenden Reduzierung des Infektionsgeschehens notwendig. Diese Annahmen des Verordnungsgebers sind aller Voraussicht nicht zu beanstanden. Der Verordnungsgeber darf davon ausgehen, dass die SARS-CoV-2-Pandemie in der gegenwärtigen Situation eine ernstzunehmende Gefahrensituation begründet, die staatliches Einschreiten aus den genannten Zwecken nicht nur rechtfertigt, sondern mit Blick auf die Schutzpflicht des Staates für Leib und Gesundheit der Bevölkerung auch gebietet. Vgl. zu dieser Schutzpflicht BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 u.a. -, juris, Rn. 69, m. w. N. Als eine wesentliche Grundlage zur Einschätzung der Risikolage dient nach der Entscheidung des Gesetzgebers die sog. 7-Tage-Inzidenz nach Maßgabe der vom Robert Koch-Institut veröffentlichten Fallzahlen (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 4 ff. IfSG). In diesem Zusammenhang ist es vollkommen unerheblich, dass die Zahl der Infektionen maßgeblich auf der Grundlage sog. PCR-Tests ermittelt wird, die nicht zwingend auch eine Aussage über die aktuelle Infektiosität des Getesteten im Zeitpunkt der Testung erlauben. Denn die Ergebnisse von PCR-Tests lassen unabhängig von dieser Frage auch so Rückschlüsse darauf zu, wie weit sich das SARS-CoV-2-Virus verbreitet hat und in welchem Umfang Neuinfektionen drohen. Vgl. Bay. VerfGH, Entscheidung vom 30. Dezember 2020 - Vf. 96-VII-20 -, juris, Rn. 28. Dem steht auch nicht entgegen, dass naturgemäß mittels PCR-Tests nicht alle erfolgten Infektionen ermittelt werden können, sondern es eine Dunkelziffer von nicht ermittelten infizierten Personen gibt. Die Infiziertenzahlen konnten nach einem sehr starken Anstieg im Oktober durch den sog. Teil-Lockdown ab dem 1. November 2020 zunächst in ein Plateau überführt werden. Die Anzahl neuer Fälle blieb aber auf sehr hohem Niveau und ist seit Anfang Dezember wieder stärker angestiegen. Ebenfalls stark angestiegen ist die Zahl der auf den Intensivstationen behandelten Personen und der Todesfälle. Das Infektionsgeschehen ist zurzeit diffus, in vielen Fällen kann das Infektionsumfeld nicht ermittelt werden. Vgl. Robert Koch-Institut, Risikobewertung zu COVID-19 vom 11. Dezember 2020, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html. Die seit Anfang Dezember stark gestiegenen Infektionszahlen sind während der Feiertage zunächst zurückgegangen, um dann in der ersten Januarwoche wieder anzusteigen. Inzwischen sinken die Zahlen leicht, liegen aber weiterhin auf hohem Niveau. Aktuell sind sehr häufig ältere Personen von Infektionen betroffen. Da sie auch häufig schwere Erkrankungsverläufe

fe erleiden, ist die Anzahl schwerer Fälle und Todesfälle weiterhin auf hoch. Vgl. Robert Koch-Institut, Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 21. Januar 2021, S. 2, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jan_2021/2021-01-21-de.pdf

Bereits am 9. Dezember 2020 warnte die Krankenhausgesellschaft NRW angesichts einer stark steigenden Auslastung mit schwer erkrankten COVID-19-Patienten vor einer Überlastung der Intensivstationen, wenn die Infektionszahlen nicht wieder deutlich sinken. Vgl. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119212/Krankenhausesgesellschaft-NRW-warnt-vor-Engpass-in-Kliniken> (Stand 9. Dezember 2020). Ende Dezember konnten nach ihren Angaben bereits einige Krankenhäuser in Nordrhein-Westfalen keine Patienten mehr aufnehmen. Immer wieder drohte in einzelnen Kreisen und Städten eine solche Ausnahmesituation. Vgl. die entsprechende Pressemitteilung unter https://www.kgnw.de/aktuelles/informationen/2020_12_28_pm_kh_liquiditaet/, Stand 28. Dezember 2020. Allein der Umstand, dass die Zahl der Intensivpatienten zuletzt wieder leicht rückläufig war, führt nicht dazu, dass die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen gebannt ist und der Ordnungsgeber keine Maßnahmen mehr ergreifen dürfte, um einer solchen vorzubeugen. Zur Erreichung des durch den Ordnungsgeber in Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 28a Abs. 3 IfSG verfolgten Ziels dürften die angefochtenen Maßnahmen bei summarischer Bewertung auch geeignet (aaa), erforderlich (bbb) und angemessen sein (ccc). Ebenso wie für die Eignung einer Maßnahme kommt dem Gesetz bzw. im Rahmen der Ermächtigung dem Ordnungsgeber für ihre Erforderlichkeit ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu. Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 29. September 2010 - 1 BvR 1789/10 -, juris, Rn. 21; BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6.15 -, juris, Rn. 49. Diesen hat der Ordnungsgeber nicht erkennbar überschritten.

aaa. Es ist angesichts des Hauptübertragungswegs, der respiratorischen Aufnahme virushaltiger Partikel, die beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen oder Niesen entstehen, nicht zweifelhaft, dass Maßnahmen zur Reduzierung von zwischenmenschlichen Kontakten grundsätzlich geeignet sind, Infektionsrisiken zu reduzieren. Hierzu trägt auch ein Nutzungsverbot für Schulgebäude bei. Es bewirkt, dass Unterricht nur noch als Distanzunterricht stattfindet und die für den Präsenzunterricht typischen zwischenmenschlichen Kontakte vermieden werden. In Schulen kommt es

zu Begegnungen größerer Gruppen von Schülern über lange Zeiträume in Innenräumen. Risikoe erhöhend tritt hinzu, dass es im Normalbetrieb in Klassenzimmern aufgrund begrenzter räumlicher Kapazitäten üblicherweise zu physischen Nahkontakten zwischen den Schülern kommt und vor allem bei Wortbeiträgen vermehrt potentiell virushaltige Aerosole in die Umgebungsluft abgegeben werden können. Vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 12. Juni 2020 - 13 B 779/20.NE -, juris, Rn. 80. Auch wenn es sich jeweils um feste Lerngruppen handelt, besteht das Risiko, andere Mitglieder dieser Gruppe anzustecken, die das Virus dann in ihr privates Umfeld weitertragen können. Dabei kann es dahinstehen, in welchem Umfang Kinder – und in der Folge auch der Schulbetrieb – einen Beitrag zur Verbreitung leisten. Die wissenschaftlichen Studien sind hierzu uneinheitlich und weichen in der Bewertung ab. Nicht endgültig geklärt ist insbesondere, ob jedenfalls jüngere Kinder im Alter von null bis elf Jahren ein geringeres Risiko haben, sich mit dem SARS-CoV-2-Virus zu infizieren und andere anzustecken als Erwachsene oder ältere Kinder. Hierauf deuten u. a. die Daten hin, die das European Centre for Disease and Prevention Control (ECDC) einer Studie zu Schulschließungen zugrunde gelegt hat. Die richtige Interpretation dieser Daten ist jedoch schwierig, weil ein geringerer Anteil von Angehörigen dieser Altersgruppe an den festgestellten Infektionen im Vergleich zur Gesamtbevölkerung auch der allgemeinen Teststrategie sowie der Tatsache geschuldet sein kann, dass Kinder seltener schwerer erkranken und deswegen seltener getestet werden. Ferner könnte in Betracht kommen, dass die geringeren Anteile der jüngeren Kindern an den bestätigten Infektionen darauf zurückzuführen sind, dass die Daten aus Zeiten stammen, in denen die Schulen geschlossen waren und deswegen Kinder im Durchschnitt weniger soziale Interaktionen als Erwachsene hatten. Vgl. ECDC, COVID-19 in children and the role of school settings in transmission - first update, S. 7, Stand 23. Dezember 2020, abrufbar unter https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/COVID-19-in-children-and-the-role-of-school-settings-in-transmission-first-update_1.pdf; siehe auch S. 1 dazu, dass es – noch nicht näher validierte – Hinweise dafür gibt, dass Kinder für Ansteckungen mit der im Vereinigten Königreich verbreiteten und auch im Bundesgebiet bereits vereinzelt festgestellten Virusvariante B1.1.7 empfänglicher sein könnten. Jedenfalls besteht kein Zweifel daran, dass sich auch jüngere Kinder mit dem Virus infizieren können. Vgl. zu den altersspezifischen Fallzahlen und 7-Tage-Inzidenzen, Robert Koch-Institut, COVID-19-Fälle nach

Altersgruppe und Meldewoche, Stand 19. Januar 2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Altersverteilung.html. Für die Geeignetheit der Umstellung des Schulunterrichts auf Distanzunterricht zur Eindämmung der Pandemie ist nicht erforderlich, dass es sich bei Schulen bekanntermaßen um „Hotspots“ oder „Treiber der Pandemie“ handelt. Denn der Ordnungsgeber ist in seinen Maßnahmen nicht darauf beschränkt, nur Aktivitäten zu untersagen, die in der Vergangenheit bereits als typische Treiber der Pandemie identifiziert wurden. Im Hinblick auf das derzeitige diffuse Infektionsgeschehen ist nicht zu beanstanden, dass er bezweckt, die Pandemie durch eine allgemeine Reduzierung von Kontakten und ein weitgehendes „Herunterfahren“ des öffentlichen Lebens einzudämmen. Dass auch Schulen am Infektionsgeschehen teilnehmen, ist indes nicht fraglich. Vgl. z. B. zu den Infiziertenzahlen unter Schülern und Lehrern in der 50. Kalenderwoche des Jahres 2020 die nach Ländern sortierte Aufstellung der Kultusministerkonferenz: https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/Statistik/Covid-19-50_AW.pdf. Hiervon sind auch Grundschulen nicht ausgenommen. Infektionen – auch sog. Clusterbildungen – wurden bei der oben bezeichneten Studie des ECDC in ausgewählten europäischen Ländern in Schulen aller Schulformen festgestellt. In dieser Studie kommt das ECDC zu dem Ergebnis, dass Schulschließungen einen Beitrag zur Reduzierung von Neuinfektionen leisten. Wie hoch genau dieser im Verhältnis zu anderen parallel ergriffenen nicht-pharmazeutischen Interventionen ist, sei jedoch schwer zu bemessen. Vgl. ECDC, COVID-19 in children and the role of school settings in transmission-first update, S. 20, Stand 23. Dezember 2020, abrufbar unter https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/COVID-19-in-children-and-the-role-of-school-settings-in-transmission-first-update_1.pdf. Auch wenn die Effizienz von Schulschließungen (die in epidemiologischer Hinsicht einer Umstellung auf Distanzunterricht gleichkommen) in der Wissenschaft umstritten ist und vorliegende Studien selbst auf Unsicherheiten und Interpretationsspielräume verweisen, verletzt der Ordnungsgeber seinen Einschätzungsspielraum grundsätzlich nicht dadurch, dass er bei mehreren vertretbaren Auffassungen einer den Vorzug gibt, solange er dabei nicht feststehende, hiermit nicht vereinbare Tatsachen ignoriert. Vgl. so schon den Senatsbeschluss vom 12. Juni 2020 - 13 B 779/20.NE -, juris, Rn. 68 f., m. w. N. Letzteres ist hier weder überzeugend dargetan noch sonst ersichtlich.

bbb. Die Umstellung des Unterrichts auf Distanzunterricht dürfte auch zur Eindämmung der Pandemie erforderlich sein. Dem Ordnungsgeber ist wegen der Fragilität der Lage und wegen der fortbestehenden tatsächlichen Ungewissheiten eine Einschätzungsprärogative im Hinblick auf das gewählte Mittel einzuräumen, soweit und solange sich nicht andere Maßnahmen eindeutig als gleich geeignet und weniger belastend darstellen. Vgl. schon Senatsbeschluss vom 12. Juni 2020 - 13 B 779/20.NE -, juris, Rn. 70 f., m. w. N. Dies ist nicht der Fall. Ein gezielter Schutz von Risikogruppen, etwa durch besondere Sicherheitsmaßnahmen in Alten- und Pflegeheimen, kann Maßnahmen zur generellen Eindämmung des Infektionsgeschehens wohl allenfalls in sinnvoller Weise ergänzen, aber nicht vollständig ersetzen. Ein solcher Ansatz dürfte bereits daran scheitern, dass nach gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnissen eine Vielzahl von Risikogruppen bzw. Risikofaktoren bestehen und sich der betroffene Personenkreis nicht auf die Bewohner von Alten- und Pflegeheimen eingrenzen lässt. Eine generelle Festlegung zur Einstufung in eine Risikogruppe ist nicht möglich. Schwere Verläufe können außerdem auch bei Personen ohne bekannte Vorerkrankung und bei jüngeren Patienten auftreten. Vgl. Robert Koch-Institut, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand: 8. Januar 2021, Ziffer 15: Risikogruppen für schwere Verläufe, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=4CB83F61B27B3A1C67533075C6B428B9.internet091?nn=13490888#doc13776792bodyText15. Nichts anderes gilt für die Erwägung, die Anzahl von Intensivbetten zu erhöhen. Dieser Ansatz geht daran vorbei, dass eine Ausweitung der Intensivkapazitäten auch entsprechende personelle Ressourcen erfordert. Die dadurch gebildeten Kapazitätsgrenzen lassen sich jedenfalls kurzfristig nicht überwinden. Im Übrigen verhindert eine Erhöhung der Intensivbettenzahl noch nicht zwangsläufig, dass Infizierte keine schweren Krankheitsverläufe mit eventuellen Spätschäden entwickeln oder versterben. Nach den Daten des Robert-Koch-Instituts versterben gegenwärtig rund 28 % aller intensivmedizinisch behandelten Patienten. Vgl. Robert Koch-Institut, Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 21. Januar 2021, S. 1, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jan_2021/2021-01-21-de.pdf?__blob=publicationFile. Eine Schließung von Schulen in Abhängigkeit von bestimmten Schulformen und Altersgruppen/Klassenstufen ist ebenfalls kein gleich geeignetes Mittel im Vergleich zum Distanzunterricht in

allen Schulen aller Schulformen. Denn auch Grundschulen nehmen – wie oben ausgeführt – am Infektionsgeschehen teil. Auch dynamische Regelungen in Abhängigkeit von den örtlichen Gegebenheiten und dortigen Inzidenzen sind ebenfalls nicht gleich geeignet. Eine solche Vorgehensweise ließe unberücksichtigt, dass die epidemische Lage weiterhin durch eine dynamische Entwicklung und erhebliche Unsicherheiten geprägt ist, sodass die Einschätzung des Ordnungsgebers über das weiterhin bestehende Erfordernis einer landesweiten Regelung im Schulbereich nicht zu beanstanden sein dürfte, vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12. Juni 2020 - 13 B 779/20.NE -, juris, Rn. 84, zumal es in Nordrhein-Westfalen – mit Ausnahme von Münster – derzeit keine kreisfreien Städte oder Landkreise mit einer Inzidenz unter 50 gibt. Vgl. Robert Koch-Institut, Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 21. Januar 2021, S. 3, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jan_2021/2021-01-21-de.pdf?__blob=publicationFile. In einer solchen Lage ist von Gesetzes wegen ausdrücklich vorgesehen, dass landesweit abgestimmte umfassende Schutzmaßnahmen anzustreben sind (vgl. § 28a Abs. 3 Sätze 2, 5 und 10 IfSG). Auch sind weder eine bloße Aufhebung der Präsenzpflcht, noch die Einführung eines Stufenmodells oder eine Mischform aus Distanz- und Präsenzunterricht genauso effektiv wie eine Umstellung des Schulunterrichts auf Präsenzunterricht insgesamt. Ebenso wenig erreichen verschärfte Hygiene- und Sicherungskonzepte in den Schulen das gleiche Schutzniveau wie die (zeitweise) Umstellung des Unterrichts auf Distanzunterricht.

ccc. Ausgehend hiervon steht der beabsichtigte Verordnungszweck nicht außer Verhältnis zu der Schwere des – unterstellten – Eingriffs. Zwar kann nicht übersehen werden, dass die Umstellung auf Distanzunterricht – auch im Hinblick auf den bereits im Frühjahr des letzten Jahres über einen längeren Zeitraum nicht erteilten Präsenzunterricht – zum Teil gravierende soziale, psychische und auch ökonomische Folgen für Schüler und Eltern haben kann. Die geltend gemachten – auch völkerrechtlich geschützten – Rechte auf Teilhabe und angemessene Förderung gelten aber nicht uneingeschränkt. Im Hinblick auf die genannten negativen Folgen ist zu berücksichtigen, dass diese zumindest in Teilen durch digitale oder analoge Unterrichts- und Lernangebote abgefedert werden, auch wenn das „Lernen auf Distanz“ gerade bei jüngeren Schülern kein vollwertiges Äquivalent zu einem Präsenzunter-

richt darstellt. Im Übrigen ist es – auch unter Berücksichtigung des besonderen Bildungsauftrags von Grundschulen – nicht zu beanstanden, wenn der Ordnungsgeber im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungs- und Prognosespielraums dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Gesundheitsschutz der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) im Hinblick auf die gravierenden und teils irreversiblen Folgen, die eine unkontrollierte Virusverbreitung für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen hätte, den Vorrang einräumt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Ordnungsgeber zunächst mit dem sog. Teillockdown ab Anfang November, vgl. Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 30. Oktober 2020 (GV. NRW. S. 1044b), anderen Maßnahmen den Vorzug gegeben und versucht hat, durch starke Einschränkungen in anderen Bereichen eine Eindämmung der Infektionstätigkeit zu erreichen, um den normalen Schulbetrieb aufrechterhalten zu können. Vgl. auch die Begründung zur Nachfolgeverordnung vom 30. November (GV. NRW. S. 1060a), S. 2, abrufbar unter https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/201207_begrundung_coronaschvo_vom_30.11.2020.pdf. Erst als sich gezeigt hat, dass sich die Infektionstätigkeit dadurch nicht in der erhofften Weise eindämmen ließ, hat er neben weiteren Verschärfungen auch die (zeitweise) Umstellung auf Distanzunterricht eingeführt. Die Maßnahmen werden durch die Möglichkeit einer Vor-Ort-Betreuung abgemildert, die sowohl von Schülerinnen und Schülern mit besonderem Betreuungsbedarf in Anspruch genommen werden kann, als auch bei Vorliegen bestimmter sozialer Kriterien wie einer Kindeswohlgefährdung eingreift, vgl. § 1 Abs. 9 i. V. m. § 3 Abs. 1 sowie § 1 Abs. 10 CoronaBetrVO. Auch wird die Anzahl der Eltern zustehenden Kinderkrankentage verdoppelt, um eine Betreuung der Schüler durch ihre Eltern in Zeiten des Distanzunterrichts zu ermöglichen. Vgl. <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/21/999sosi/01.html>. Der Verhältnismäßigkeit der Umstellung auf Distanzunterricht in allen Schulformen in Nordrhein-Westfalen steht auch nicht entgegen, dass das Land Niedersachsen für jüngere Schüler zwischenzeitlich eine andere Lösung gefunden hat. Vgl. <https://www.mk.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/verlangerung-der-massnahmen-in-kita-und-schule-bis-14-02-2021-dreiviertel-aller-schulerinnen-und-schuler-im-distanzlernen-geteilte-lerngruppen-in-grundschulen-und-abschlussklassen-bei-aufhebung-der-prasenzpflicht-halbe-kita-gruppen-fur-notbetreuung-196349.html>

Gleiches gilt für den Inhalt des Bund-Länder-Beschlusses vom 5. Januar 2021, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1834306/75346aa9bba1050fec8025b18a4bb1a3/2021-01-05-beschluss-mpk-data.pdf?download=1>. Ungeachtet des Umstands, dass der Beurteilungs- und Prognosespielraum des Landes Nordrhein-Westfalen nicht in einer Weise beschränkt ist, dass über den Inhalt der Bund-Länder-Beschlüsse hinausgehende Maßnahmen nicht ergriffen werden dürfen, vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 23. Dezember 2020 – 13 B 1983/20.NE -, juris, Rn. 65, hält sich die Umstellung auf Distanzunterricht in dem durch den o. g. Beschluss gesteckten Rahmen. Danach werden die von den Ländern ergriffenen Maßnahmen im Bereich der Schulen entsprechend dem Beschluss vom 13. Dezember 2020 bis Ende Januar verlängert werden. Der Beschluss vom 13. Dezember 2020, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1827366/69441fb68435a7199b3d3a89bff2c0e6/2020-12-13-beschluss-mpk-data.pdf>, sieht als in den Schulen zu ergreifende Maßnahmen Schulschließungen oder eine Aussetzung der Präsenzpflicht vor. Im Rahmen dieser Vorgaben liegt auch die Umstellung auf Distanzunterricht. Allein der Umstand, dass das Land Nordrhein-Westfalen sich im Dezember zunächst für eine Aussetzung der Präsenzpflicht entschieden hat, hindert es nicht, nunmehr Distanzunterricht vorzusehen. Insoweit ist mit dem Begriff der Verlängerung der Maßnahmen im Bund-Länder-Beschluss vom 5. Januar 2021 ersichtlich gemeint, dass in Schulen die im Beschluss vom 13. Dezember 2020 genannten Einschränkungen – gleich welcher Art – gelten sollen.

bb. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dürfte ebenfalls nicht vorliegen. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 - juris, Rn. 40. Er verwehrt dem Normgeber nicht jegliche Differenzierungen. Diese bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris, Rn. 64. Sachgründe können sich im vorliegenden Regelungszusammenhang aus dem infektionsrechtlichen Gefahrengrad der Tätigkeit, aber voraussichtlich auch aus ihrer Relevanz für das öffentliche Leben ergeben. Vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 14. Mai 2020 - 13 MN 156/20 -, juris, Rn. 36.

In Anwendung dieses Maßstabs drängt sich ein Gleichheitsverstoß des Ordnungsgebers nicht auf. Dieser ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass gemäß § 1 Abs. 11 Satz 6 CoronaBetrVO die oberen Schulaufsichtsbehörden im Einzelfall Ausnahmen vom Verbot der schulischen Nutzung von Schulgebäuden insbesondere für Abschlussklassen oder für die Erbringung von Leistungsnachweisen zulassen können. Insoweit sind Abschlussklassen mit vierten Jahrgängen einer Grundschule nicht vergleichbar, weil Grundschüler ihre Schullaufbahn nach Beendigung der Grundschule fortsetzen. Die Zeugnisse haben deswegen für ihre weitere Laufbahn nicht die Bedeutung wie Zeugnisse der Schüler von Abschlussklassen. Auch besteht die Möglichkeit, dass versäumter Unterrichtsstoff noch im Verlauf der weiteren Schullaufbahn nachgeholt wird. Auch dass der Ordnungsgeber sich nicht für einen kompletten Lockdown entschieden hat, sondern eine wirtschaftliche Betätigung (in vielen Bereichen) weiter möglich ist, stellt voraussichtlich keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Der Ordnungsgeber darf im Rahmen des von ihm verfolgten Regelungskonzepts auch die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der in Betracht kommenden Maßnahmen in seine Entscheidung einfließen lassen (vgl. § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG). Vgl. hierzu auch bereits OVG NRW, Beschluss vom 30. Dezember 2020 - 13 B 1787/20.NE -, juris, Rn. 124.

B. Soweit die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach den vorstehenden Erwägungen noch nicht in Gänze beurteilt werden können und eine ergänzende Folgenabwägung vorzunehmen ist, geht diese zu Lasten der Antragstellerin aus. Die ihr durch den Distanzunterricht entstehenden schwerwiegenden Nachteile müssen hinter den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zurücktreten. Angesichts der nach wie vor hohen Zahl der Neuinfektionen und der vor diesem Hintergrund ohne eine umfassende Eindämmung des aktuellen Infektionsgeschehens weiterhin drohenden Überlastung der (intensiv)medizinischen Behandlungskapazitäten fallen die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm im Ergebnis schwerer ins Gewicht als die Folgen ihres einstweilig weiteren Vollzugs. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG. Der Antrag zielt inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, sodass eine Reduzierung des Aufangstreitwerts für das Eilverfahren nicht veranlasst ist. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Verwaltungsgericht Greifswald

Urteil vom 17.03.2021

Az. 3 A 826/20 HGW

Wasserrecht, Wasserentnahmemenge, Gefahrenabwehr, öffentliche Trinkwasserversorgung, Daseinsvorsorge

Leitsatz

1. Das Überschreiten der genehmigten Wasserentnahmemenge zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Trinkwasserversorgung kann zur Gefahrenabwehr nach § 8 Abs. 2 WHG zulässig sein. (Rn.21)
2. Für die Mehrmenge ist dann der einfache Abgabensatz anzusetzen. (Rn.27)

1 Die Klägerin begehrt die teilweise Aufhebung eines Bescheides über die Festsetzung eines Wasserentnahmeentgelts.

2 Die Klägerin nimmt als beauftragtes Unternehmen kommunale Pflichtaufgaben der Daseinsvorsorge, u.a. der Trinkwasserversorgung wahr. Sie betreibt hierzu u.a. das Wasserwerk in N..

3 Mit Bescheid vom 25.01.2016 erteilte der Beklagte der Gemeinde N. die Erlaubnis zur Entnahme von Grundwasser an der Wasserfassung N. zur öffentlichen Wasserversorgung. Unter Punkt I.3.1. wird eine jährliche Entnahmemenge von 215.350 m³ festgesetzt. Unter Punkt III.1.1.1 (Nebenbestimmungen) heißt es: „Die unter Punkt 3.1 genannten Entnahmemengen sind nicht zu überschreiten.“ Unter Punkt III.5 heißt es: „Beabsichtigte Änderungen der erlaubten Entnahmemenge des zu entnehmenden Grundwassers sind vorab beim Landkreis Vorpommern-Rügen als zuständiger Untere Wasserbehörde zu beantragen.“

4 Der Beklagte setzte gegenüber der Klägerin mit Bescheid vom 27.01.2020 – Az. 44.11.5 – das Wasserentnahmeentgelte für das Jahr 2019 für die Anlage N. in Höhe von 23.750,20 € für die Entnahme von 226.426 m³ fest. Zur Begründung führt er aus: Die erlaubte Entnahmemenge von 215.350 m³ sei überschritten worden. Für die erlaubte Entnahmemenge von 215.350 m³ ergebe sich bei einem Satz von 0,10 €/m³ ein Betrag von 21.535,00 €. Für die Mehrmenge von 11.076 m³ sei bei 2 * 0,10 €/m³ ein Betrag von 2.215,20 € anzusetzen. [...]

7 Die Klägerin hat am 23.06.2020 Klage erhoben.

8 Ergänzend zu ihrem Vorbringen im Widerspruchsverfahren trägt die Klägerin im Wesentlichen vor:

9 Sie versorge die Hansestadt Stralsund und weitere 24 Gemeinden mit Trinkwasser. Hierzu betreibe sie zehn Wasserwerke unter anderem das streitgegenständliche Wasserwerk N.. [...]

10 Bislang habe kein Anlass bestanden, die Entnahmemenge zu erhöhen. 2019 sei ein überdurchschnittlich heißes und niederschlagsarmes Jahr gewesen. Es ginge auch nicht um ein gezieltes Überschreiten, um in den Genuss entgeltfreier Übermengen zu gelangen, da sie das übliche Wasserentnahmeentgelt für die Übermenge mit einem Hebesatz von 0,10 €/m³ akzeptiere. Sie verkenne auch nicht ihre Unterrichtsobliegenheiten. Aufgrund eines altersbedingten Personalwechsels sei es zu Versäumnissen gekommen. Die Überschreitung hätte jedoch auch bei entsprechender Anzeige nicht abgewendet werden können. [...]

Entscheidungsgründe [...]

18 Die zulässige Teilanfechtungsklage ist begründet. [...] Der Beklagte war hier nicht berechtigt, für die Mehrmengen den erhöhten Abgabensatz nach § 16 Abs. 3 Satz 3 des Wassergesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (LWaG) anzusetzen.

19 1. Rechtsgrundlage für die die Erhebung des Entgelts ist hier § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 LWaG. Danach erhebt das Land für die Benutzung eines Gewässers – durch Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser – ein Entgelt, soweit kein Befreiungstatbestand nach § 16 Abs. 2 LWaG vorliegt.

20 Für die Übermenge in Höhe von 11.076 m³ war hier nicht der erhöhte Abgabensatz nach § 16 Abs. 3 Satz 3 LWaG anzusetzen, da die Entnahme der Übermenge keine nicht zugelassene Gewässerbenutzung ist. Die Entnahme der Übermenge ist hier eine (erlaubnisfrei) zugelassene Gewässerbenutzung nach § 8 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG), da sie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Trinkwasserversorgung notwendig war (vgl. auch Knopp, in: Sieder/Zeitler/ Dahme/ders., WHG AbwAG; Stand 53. EL August 2019, WHG § 8 Rn. 48; Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK-UmweltR, 55. Ed. 1.12.2017, WHG § 8 Rn. 7a).

21 Gemäß § 8 Abs. 2 WHG bedürfen Gewässerbenutzungen keiner Erlaubnis oder Bewilligung, die der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit dienen, sofern der drohende Schaden schwerer wiegt als die mit der Benutzung verbundenen nachteiligen Veränderungen von Gewässereigenschaften.

22 § 8 Abs. 2 WHG ist mit der Neufassung des Wasserhaushaltsgesetzes durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585) geschaffen worden. Im Wasserhaushaltsgesetz a.F. hat die Vorschrift keinen unmittelbaren Vorgänger. Nach den Gesetzesmaterialien ist § 8 Abs. 2 WHG „eine Neuregelung, die in Anlehnung an landesrechtliche Vorschriften den auch bislang schon anwendbaren Grundsatz ‚Not kennt kein Gebot‘ nunmehr bundesgesetzlich konkretisiert“ (BR-Drs. 280/09, S. 156).

23 Eine Gefahr liegt vor, wenn zu erwarten ist, dass ein Zustand oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für ein Schutzgut führt (vgl. BVerwG, B. v. 14.09.2017 – 3 C 4.16 –, Rn. 19, juris; Urt. v. 26.06.2014 – 4 C 3.13 –, Rn. 13, juris; Urt. v. 26.02.1974 – I C 31.72 –, Rn. 32, juris). Die öffentliche Wasserversorgung als Ganzes gehört zu den von der staatlichen Rechtsordnung besonders geschützten Rechtsgütern und unterfällt den polizeirechtlich beachtlichen Schutzgütern (BVerwG, Urt. v. 16.11.1973 – 4 C 44.69 –, Rn. 25, juris). Die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung (öffentliche Wasserversorgung) ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge (§ 50 Abs. 1 WHG), die zwingend zu erfüllen ist (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 LWaG M-V).

24 Eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Trinkwasserversorgung liegt vor, wenn die genehmigte Entnahmemenge ausgeschöpft ist und dem Wasserversorger jenseits der Mehrentnahme keine zumutbaren Alternativen zur Verfügung stehen, um die Trinkwasserversorgung weiterhin zu gewährleisten. Dies war hier der Fall. Nach den plausiblen, unwidersprochenen Ausführungen der Klägerin konnte der Mehrbedarf nach Ausschöpfung der zulässigen Entnahmemenge nicht durch andere Wasserwerke des Verbunds in zumutbarer Weise befriedigt werden, da die Trennung der Entnahmestelle N. vom Verbund mit den Wasserwerken Eickhof, Franzburg und Hohendorf die Versorgungssicherheit gefährdet hätte. Gänzlich unerheblich für das Vorliegen einer Gefahrenlage ist der Verweis des Beklagten auf die Sicherung der Trinkwasserversorgung durch Supermärkte: Diese sind nicht Teil der öffentlichen Wasserversorgung und stellen keine öffentliche Trinkwasserversorgung im Sinne des Schutzgutes sicher.

25 Der drohende Schaden – Abbruch der öffentlichen Trinkwasserversorgung – wiegt schwerer als die mit der Benutzung verbundenen nachteiligen Veränderungen von Gewässereigenschaften. Es ist hier schon nichts dafür ersichtlich, dass bei der begrenzten Mehrentnahme von

11.076 m³ überhaupt eine relevante nachteilige Veränderung von Gewässereigenschaften vorliegt. [...]

27 2. Zur Klarstellung der entgeltrechtlichen Folgen ist darauf hinzuweisen, dass die gefahrenabwehrrechtliche Benutzung eines Gewässers zur Aufrechterhaltung der Trinkwasserversorgung nach Ausschöpfung der genehmigten Entnahmemenge für dieses Gewässer nicht zur Entgeltfreiheit nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 LWaG i.V.m. § 8 Abs. 2 WHG führt. Für die Übermenge ist der einfache Abgabensatz (§ 16 Abs. 3 Satz 1 LWaG M-V) anzusetzen. Bei unbefangener Lesart unterfällt zwar auch dieser Fall dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Nr. 1 LWaG i.V.m. § 8 Abs. 2 WHG. Dieses Ergebnis führte jedoch, wie der Beklagte im Ansatz zutreffend aufzeigt, zu einem vom Gesetzgeber nicht intendierten Wertungswiderspruch. Die Vorschrift ist daher insoweit teleologisch zu reduzieren. [...]

29 Schon im Ausgangspunkt wäre es sachlich nicht nachvollziehbar, dass die Entnahme der genehmigten Grundmenge zu vergüten ist, die Entnahme der Übermenge durch den Versorgungsträger aber entgeltfrei sein soll, da in beiden Fällen die Wasserentnahme der Aufrechterhaltung der öffentlichen Trinkwasserversorgung dient. Zu berücksichtigen ist dabei, dass § 16 Abs. 2 Nr. 1 LWaG i.V.m. § 8 Abs. 2 WHG ausschließlich gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen privilegieren soll. Die Mehrentnahme durch den Versorger nach Ausschöpfung der genehmigten Entnahmemenge geht aber über den bloßen gefahrenabwehrrechtlichen Aspekt hinaus. Mit einer solchen Maßnahme erfüllt der Versorger zugleich und unmittelbar auch eine Aufgabe der Leistungsverwaltung, seine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge (vgl. § 50 Abs. 1 WHG i.V.m. § 43 Abs. 1 LWaG).

30 Dass der Wortlaut überschießend ist, zeigt sich auch an der Wertung des § 16 Abs. 4 Satz 2 LWaG, der einen Verzicht auf die Erhebung des Entgeltes nach § 16 Abs. 4 Satz 1 LWaG für die Wasserentnahme zur Trinkwasserversorgung ausschließt. § 16 Abs. 4 LWaG ist durch Art. 4 des Haushaltsbegleitgesetzes vom 18.12.2009 (GVOBl. S. 760) neu gefasst worden. Die Gesetzesbegründung verhält sich zwar nicht dazu, warum Wasserentnahmen zur Trinkwasserversorgung von der Verzichtsmöglichkeit ausgeschlossen sind (vgl. LT-Drs. 5/2699, S. 16). Es ist jedoch erkennbar, dass der Landesgesetzgeber sicherstellen wollte, dass die Wasserentnahme für die Trinkwasserversorgung in keinem Fall entgeltbezogen privilegiert wird.

31 Die Entgeltfreiheit für die Entnahme von Mehrmengen würde zudem die kostenrechtlichen Anreize für eine effiziente Nutzung der Ressource Wasser schwächen (vgl. § 6a Abs. 1 Satz 3 WHG; Art. 9 WRRL).

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.