

## Inhalt dieses Heftes

### Die Anwesenheitspflicht an Hochschulen

Kriterien für die Legitimität der Anwesenheitspflicht in Lehrveranstaltungen

*Lukas C. Gundling* ..... 1 – 11

### Das deutsche Archivrecht im Wandel

*Hannes Berger* ..... 12 – 22

### Die Kreisgebietsreformen in den neuen Ländern

*Daniel Plogmann* ..... 23 – 30

Rechtsprechung ..... 31 – 36

## Die Anwesenheitspflicht an Hochschulen

Kriterien für die Legitimität der Anwesenheitspflicht in Lehrveranstaltungen

von Lukas C. Gundling, Erfurt\*

### I. Einleitung

Eine weitgehende Freiheit im Studium ist ein bereits seit Jahrhunderten gehegter und artikulierter Wunsch der Studierenden in deutschen Ländern. Die Anwesenheitspflicht war damals wie heute den Studierenden ein Dorn im Auge. Doch das Ausmaß problematischer Einschränkungen ging damals noch über das heute angenommene hinaus. So gehörte beispielsweise zu den prominenten Forderungen des 18. Jahrhunderts die Herstellung weitgehender (Personen-)Freizügigkeit. Zu Zeiten der deut-

schen Kleinstaaterei eine wohl weitaus zentralere Forderung.<sup>1</sup>

Die Anwesenheitspflicht ist in Deutschland aktuell wieder – nach intensiven Diskussionen in den 60er- und 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts<sup>2</sup> – seit der Implementierung der Bologna-Reform, jedoch spätestens seit

\* Lukas C. Gundling ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte sowie Lehrbeauftragter im Bereich Politische Theorie an der Universität Erfurt

<sup>1</sup> Siehe dazu die Darlegungen bei *Andreas Glaser*, Die Studierfreiheit. Analyse eines ungeklärten Grundrechts in historischer und europäischer Perspektive, in: *Der Staat* 2008, 216ff.

<sup>2</sup> *Ann-Katrin Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht?, Berlin 2006, 201f.

den Bildungsstreiks 2009 im Fokus der Aufmerksamkeit.<sup>3</sup> Obwohl in der Literatur schon seit Jahren eine generelle Anwesenheitspflicht abgelehnt, hingegen ihre Begründbarkeit im Einzelfall angenommen wurde,<sup>4</sup> war gerade die generelle Anwesenheitspflicht in einigen Ländern die alltägliche Praxis an Hochschulen.

In Thüringen fiel die Anwesenheitspflicht an Hochschulen im März 2015 weg. Studierende der Universität Erfurt trugen an den damals neuen Wissenschaftsminister *Wolfgang Tiefensee* (SPD) die Frage heran, inwieweit Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen zulässig seien. Nach einer Prüfung der Sachfrage, ließ das Ministerium in einem an die Hochschulen gerichteten Rundbrief verlautbaren, dass Anwesenheitspflichten nicht unbegründet zulässig sind. Eine solche generelle Anwesenheitspflicht stelle einen „[...] Eingriff in die Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) und ein Eingriff in die landeshochschulrechtlich garantierte Studier- und Lernfreiheit der Studierenden (§ 7 Abs. 4 ThürHG) [...]“ dar.<sup>5</sup>

Eine Unzulässigkeit der generellen Anwesenheitspflicht bedingt, entgegen mancher studentischer Behauptung, indes keine absolute Absage an die grundsätzliche Figur der Anwesenheitspflicht. Den Wechsel in der Hochschulpraxis vom einen zum anderen Extrem gilt es unbedingt zu vermeiden, jeweils wird das zu erreichende Ziel verfehlt.

Im Rahmen eines Seminars zum Hochschulrecht und der Hochschulpolitik im Sommersemester 2016 an der Universität Erfurt<sup>6</sup> wurde daher von Studierenden die Frage aufgeworfen, welche Kriterien erfüllt sein müssen, dass eine Verpflichtung der Studierenden zur Anwesenheit bei Lehrveranstaltungen gerechtfertigt werden kann.

---

<sup>3</sup> *Jacob Horneber/Marco Penz*, Anwesenheitspflicht von Studierenden in Lehrveranstaltungen an Hochschulen. Zur Reichweite der Studierfreiheit, in: *WissR* 2014, 150, 157f.

<sup>4</sup> Dazu z.B. *Bodo Piroth*, *Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule*, Berlin 1976, 180f.; *Werner Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, 3. Aufl., Köln 2004, Rn. 854; *Bernhard Kempen*, in *Hdb. HochschulR*, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Kap. I, Rn. 98. Dazu auch *Josef Franz Lindner*, in *Hdb. HochschulR*, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Kap. XI, Rn. 169.

<sup>5</sup> Schreiben des Thüringer Ministeriums für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitale Gesellschaft (*ThürMWWDG*) vom 11. März 2015 an die Thüringer Hochschulen (zuletzt abgerufen unter <https://www.uni-erfurt.de/fileadmin/public-docs/Studierendenrat/pdf-Dokumente/ministerium-anwesenheitspflicht.pdf> am 21. Mai 2016).

<sup>6</sup> Das Seminar hielt der Autor mit dem ebenfalls im Hochschulrecht publizistisch tätigen *Hannes Berger* (Leipzig und Erfurt). An dieser Stelle sei den Teilnehmern des Seminars für die anregende Diskussion gedankt.

Diese Frage nimmt der Autor zum Anlass wenige Gedanken dazu zu äußern. Dies zudem unter dem Gesichtspunkt der aktuellen Reformbestrebungen der Hochschulgesetzgebung Thüringens. Ein neues Hochschulgesetz soll zum Wintersemester 2017/2018 in Kraft treten.<sup>7</sup> Hierbei besitzt der Landesgesetzgeber bedeutenden Spielraum, die Ausgestaltung der Anwesenheitspflicht, innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken, betreffend.

Dem Anliegen des Beitrages entsprechend, wird zunächst dargestellt, in welche Freiheiten der Studierenden eine Anwesenheitspflicht eingreift (II.), wobei sowohl verfassungsrechtlich (II.1.) als auch einfachgesetzlich garantierte Freiheiten (II.2.) in Betracht kommen. Anschließend werden allgemeine Gedanken zur Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht ausgeführt (III.), um schließlich Kriterien zur Feststellung der Legitimität einer Anwesenheitspflicht in bestimmten Lehrveranstaltungen an Hochschulen vorzustellen (IV.). Am Ende werden wenige Schlussbemerkungen stehen, die den rechtswissenschaftlichen Rahmen notwendigerweise verlassen (V.).

Die Ausführungen werden sich hauptsächlich auf die, in den letzten Jahren erschienene hochschulrechtliche Literatur stützen.

## II. Die Pflicht zur Anwesenheit als Freiheitseingriff

In entsprechenden Diskussionen zur Frage der Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, wird von Diskutanten gerne ins Feld geführt, dass durch solche Restriktionen die Studier- oder Lernfreiheit in einem unverhältnismäßigen Maße eingeschränkt werde. Es mag dem an solchen Diskussionen teilnehmenden Laien nun aber überraschen, dass diese Freiheit nicht namentlich im Grundgesetz verbürgt ist. Es gibt *kein* Grundrecht, das die Studier- oder Lernfreiheit explizit vorsieht.

Gerne verwiesen wird auch noch heute auf die Studier- oder Lernfreiheit aus § 4 Abs. 4 S. 1 Hochschulrahmengesetz (HRG). Dieses Gesetz ist zwar, trotz dahingehender Bestrebungen, bis heute nicht außer Kraft getreten.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> *ThürMWWDG*, Thüringer Hochschuldialog 2016, Auftaktveranstaltung am 12.01.2016 im Augustinerkloster Erfurt, 2016, 14f. Zur Zeit der Erarbeitung dieses Beitrags befand sich die Novelle noch in der Dialogphase zwischen Hochschulen und dem Ministerium.

<sup>8</sup> Dazu u.a. *Josef Franz Lindner*, Darf der Bund das Hochschulrahmengesetz aufheben?, in: *NVwZ* 2007, 180ff.

Jedoch wurden im Rahmen der Föderalismusreform von 2006 umfassende Gesetzgebungskompetenzen, den Hochschulbereich betreffend, vom Bund an die Länder übertragen. Beim Bund verblieben dadurch lediglich die Regelungskompetenzen für Hochschulzulassung und Hochschulabschlüsse, während der Hochschulbereich nunmehr hauptsächlich durch die Regelungskompetenz der Länder Gestaltung findet.<sup>9</sup> Regelmäßige Verweise auf das Hochschulrahmengesetz sind daher irreführend.<sup>10</sup>

Es gilt also im Folgenden sowohl (1.) auf mögliche verfassungsrechtliche Freiheiten einzugehen, in die mittels Anwesenheitspflicht eingegriffen wird, als auch (2.) auf einfachgesetzliche Schutzmechanismen der Studier- oder Lernfreiheit.

### 1. Ein Eingriff in verfassungsrechtliche Garantien

Die in den letzten Jahren in Umlauf gebrachten Verlautbarungen entsprechender Ministerien verweisen mitunter auf verschiedene Grundrechtsartikel, wenn sie die Zulässigkeit der Figur grundsätzlicher Anwesenheitspflicht infrage stellen. Der Runderlass des zuständigen Ministeriums in Nordrhein-Westfalen von 2011<sup>11</sup> und die Begründung desselben Ministeriums zum 2014 eingeführten<sup>12</sup> § 64 Abs. 2a des Hochschulgesetzes Nordrhein-Westfalens (HG NRW)<sup>13</sup> nennen neben Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG den Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrechtsnorm, in die durch die Anwesenheitspflicht eingegriffen würde. Das Thüringer Ministerium erkennt 2015 dagegen in der oben genannten Verlautbarung lediglich einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>14</sup> Im juristischen Schrifttum wird

<sup>9</sup> Hannes Berger/Lukas C. Gundling, Hochschulpolitik und Hochschulrecht. Am Beispiel des Landes Thüringen, Hamburg 2015, 80f.

<sup>10</sup> Diese komplexe Gesetzeslage bedingt auch, dass immer noch regelmäßig in studentischen Seminararbeiten auf dem Hochschulrahmengesetz als Rechtsgrundlage argumentiert wird. Der Gesetzgeber hätte hier zumindest durch die Änderung der Benennung des Gesetzes mehr Klarheit schaffen können.

<sup>11</sup> Siehe dazu Volker Epping, „Ist Dasein förderlich?“ Zur Anwesenheitspflicht in Lehrveranstaltungen an Hochschulen, in: WissR 2012, 112f.

<sup>12</sup> Horneber/Penz, WissR 2014, 151.

<sup>13</sup> Ministerium für Innovation, Wissenschaft und Forschung NRW (MIWF NRW): Wortlaut der Begründung zu § 64 Absatz 2a des Hochschulgesetzes (abrufbar unter [http://www.wissenschaft.nrw.de/fileadmin/Medien/Dokumente/Hochschule/Gesetze/Anwesenheitspflicht\\_im\\_Hochschulgesetz\\_Begr%C3%BCndung.pdf](http://www.wissenschaft.nrw.de/fileadmin/Medien/Dokumente/Hochschule/Gesetze/Anwesenheitspflicht_im_Hochschulgesetz_Begr%C3%BCndung.pdf); zuletzt abgerufen am 23. Mai 2016).

<sup>14</sup> Schreiben des ThürMWWDG vom 11. März 2015 an die Thüringer Hochschulen (o. Fn. 3).

zudem versucht die Studierfreiheit im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu verorten.<sup>15</sup>

Treffend beschreibt Ann-Katrin Kaufhold den Zustand des rechtswissenschaftlichen Diskurses bereits 2006: „Zwar bestehen heute kaum mehr Zweifel daran, dass die Studierfreiheit verfassungsrechtlich verankert ist. Weiterhin uneinig ist man sich aber nicht nur über ihren Gewährleistungsinhalt, [...] sondern auch über den Ort der verfassungsrechtlichen Verankerung [...]“<sup>16</sup> Diese Einschätzung, soviel darf vorneweg bereits festgehalten werden, behält auch zehn Jahre später noch Gültigkeit. Das kann mit darauf zurückgeführt werden, dass das Bundesverfassungsgericht die Studierfreiheit betreffend noch keine erhellende Entscheidung vorgelegt hat.<sup>17</sup>

#### a. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt auch die Aufnahme und Ausübung eines Studiums. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Abschluss eines Studiums in der Regel auf die Aufnahme eines Berufes zielt.<sup>18</sup> Dabei ist dem Schutzgehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG nicht nur die freie Wahl der Ausbildungs- respektive Studienstätte zuzurechnen, die keinen Schutz vor der Anwesenheitspflicht eröffnet. Darunter ist naheliegender Weise nur die dem Studium vorgelagerte Freiheit des Zugangs zu einer Ausbildungseinrichtung, also hier einer Hochschule, aufzufassen.<sup>19</sup>

Darüber hinaus schützt der Art. 12 Abs. 1 GG aber auch die Ausübung des Studiums vor Beeinträchtigungen innerhalb des gegebenen Lehrangebotes.<sup>20</sup> Die Festsetzung einer Anwesenheitspflicht stellt unproblematisch eine solche Beeinträchtigung der Ausübungsfreiheit dar; der Studierende ist durch die Verpflichtung zur Anwesenheit zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort in der freien Gestaltung seiner Studienbemühungen, im Prozess notwendiger persönlicher Wissensgenerierung, offensichtlich beeinträchtigt.

Im Gegensatz zur Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG, die lediglich durch verfassungsimmanente Schran-

<sup>15</sup> Dazu Glaser, Der Staat 2008, 221ff. mit diversen weiteren Verweisen und Horneber/Penz, WissR 2014.

<sup>16</sup> Kaufhold, Die Lehrfreiheit 2006, 202 (Hervorhebung im Original).

<sup>17</sup> Horneber/Penz, WissR 2014, 162.

<sup>18</sup> Epping, WissR 2012, 114; Annahme auch explizit in der o.g. Wortlautbegründung des MIWF NRW.

<sup>19</sup> Epping, WissR 2012, 121. Soweit teilen Horneber/Penz, WissR 2014, 160 die Auffassung.

<sup>20</sup> Glaser, Der Staat 2008, 225; Scholz in Maunz/Dürig GG, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113; a.A. Horneber/Penz, WissR 2014, 160.

ken beschnitten werden kann, unterliegt Art. 12 Abs. 1 GG nur dem einfachen Gesetzesvorbehalt. Es ist daher ein legitimer Eingriff auf Grundlage eines Parlamentsgesetzes möglich. Der Landesgesetzgeber kann dabei die Universitäten ermächtigen in diese Freiheit einzugreifen. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn der Landesgesetzgeber die Hochschulen zum Erlass von Studien- und Prüfungsordnungen ermächtigt. In diesen ist die Zulässigkeit von Präsenzplichten seitens der Hochschule niederzulegen.<sup>21</sup>

Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gewährt den Studierenden zwar einen grundrechtlichen Schutz ihrer Studiaausübung an Hochschulen, sie gewährt aber ebenfalls dem Gesetzgeber und durch diesen mittelbar den Hochschulen, die Möglichkeit zur Einschränkung der Studier- und Lernfreiheit. Es besteht daher zunächst der Schutz für Studierende vor einem Eingriff mittels Anwesenheitspflicht, ferner besteht für den Gesetzgeber jedoch die Möglichkeit zum legitimen Eingriff in die Studier- und Lernfreiheit. Ein Eingriff, wie ihn die Anwesenheitspflicht darstellt, muss allerdings begründet sein um den Ansprüchen der Verhältnismäßigkeit zu genügen.<sup>22</sup>

### **b. Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit und Wissenschaftsfreiheit**

Nicht nur die Verlautbarungen des Wissenschaftsministeriums in NRW, sondern auch die juristische Literatur kennt die Einordnung der Anwesenheitspflicht als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art 2 Abs. 1 GG.<sup>23</sup> Während Art. 2 Abs. 1 GG, der Studierenden rechtswissenschaftlicher Studiengänge und praktizierenden Juristen als Auffanggrundrecht<sup>24</sup> bekannt und als Prüfungsmaßstab für die Freiheit von einer Zwangsgliederschaft in verfassten Studierendenschaften und den daraus erwachsenden Pflichten einschlägig ist,<sup>25</sup> kann jedoch der lex-generalis-Einordnung für die Freiheit von der Pflicht zur Anwesenheit in Lehrveranstaltungen *Vol-*

*ker Eppings* von 2012 gefolgt werden, der treffend feststellt: „Jede Beeinträchtigung eines speziellen Freiheitsrechts – hier Art. 12 Abs. 1 GG – stellt [...] zugleich eine Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG dar. Entsprechend dem Spezialitätsgrundsatz gehen die besonderen Freiheitsrechte Art. 2 Abs. 1 GG vor; Art. 2 Abs. 1 GG [...] ist mithin bezogen auf die grundrechtliche Würdigung der Anwesenheitspflicht in Lehrveranstaltungen ohne Relevanz.“<sup>26</sup> Die Anwesenheitspflicht berührt also auch den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG. Dieser Umstand entbehrt allerdings aufgrund der *lex specialis* aus Art. 12 Abs. 1 GG weiterer Relevanz für die Auseinandersetzung.

Etwas komplexer ist die Situation in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Für die hier im Zentrum stehende Sachfrage gilt: Für die Herleitung eines Verbots der Pflicht zur Anwesenheit ist der Rekurs auf die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ebenfalls nicht einschlägig. Indes ist die Studierfreiheit als Lernfreiheit, als „Korrelat der Lehrfreiheit“<sup>27</sup> ein anderer, im Laufe des Beitrages noch zu behandelnder Aspekt. Dabei steht die Reziprozität von Lehrendem und Lernendem im Fokus.<sup>28</sup> Es ist daher Art. 5 Abs. 3 GG nicht vollständig unerheblich.

Die Studierfreiheit als Abwehrrecht in Form der akademischen Ausbildungsfreiheit ist jedoch durch diesen Aspekt nicht gedeckt. Es erwächst aus dem Individualrecht der Lehrfreiheit dem Gegenüber der Lehre, den Studierenden, kein eigenes, subjektives Recht. Dies findet seine Begründung auch im veränderten grundsätzlichen Verhältnis von Lehrenden und Lernenden, das sich Zusehens, spätestens im Laufe des 20. Jahrhunderts von einer Gemeinschaftlichkeit entfernt hat, insbesondere im Ringen um Erkenntnis.<sup>29</sup> Die Hochschulen sind nicht mehr der quasi familiär gestaltete Ort der gemeinschaftlichen Wissensgenerierung. Ein solches Recht kann daher nicht als Teil der Wissenschaftsfreiheit aufgefasst werden, sondern erwächst vielmehr lediglich aus Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>30</sup> Eine auch von der Rechtsprechung getragene Verortung.<sup>31</sup>

Ein eigenständiges, umfassendes Grundrecht der Lern- und Studierfreiheit, aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist mithin

<sup>21</sup> Dazu *Epping*, *WissR* 2012, 114, mit Beispielen. Siehe auch *Glaser*, *Der Staat* 2008, 225; *Lindner*, in *Hdb. HochschulR*, 2011, Kap. XI, Rn. 169.

<sup>22</sup> *Scholz* in *Maunz/Dürig GG*, 76. EL. 2015, Art. 12, Rn 184 erklärt, dass die für Art. 12 GG gesetzte Schranken auf den Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 3 Rücksicht nehmen müssen. Siehe außerdem *Epping*, *WissR* 2012, 116ff.

<sup>23</sup> Dazu z.B. *Pieroth*, *Störung, Streik und Aussperrung*, 1976, 180. Er wirft dort zudem die Möglichkeit eines Eingriffs ins Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auf. Eine in der aktuellen Literatur nicht weiter rezipierte Annahme.

<sup>24</sup> Bezeichnung z.B. bei *Udo di Fabio*, in *Maunz/Dürig GG*, 76. EL 2015, Art. 2 Rn. 15.

<sup>25</sup> Dazu *BVerwGE* 59, 231 (240) und *Kempfen*, in *Hdb. HochschulR*, 2011, Kap. I, Rn. 99.

<sup>26</sup> *Epping*, *WissR* 2012, 122f.

<sup>27</sup> Formulierung z.B. bei *Kempfen*, in *Hdb. HochschulR*, 2011, Kap. I, Rn. 97; auch *Scholz* in *Maunz/Dürig GG*, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113.

<sup>28</sup> *Kempfen*, in *Hdb. HochschulR*, 2011, Kap. I, Rn. 97.

<sup>29</sup> Dazu z.B. *Glaser*, *Der Staat* 2008, 223.

<sup>30</sup> *Scholz* in *Maunz/Dürig GG*, 76. EL 2015, Art. 12 Rn. 183; *Scholz* in *Maunz/Dürig GG*, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113, 172, 179.

<sup>31</sup> Dazu *Horneber/Penz*, *WissR* 2014, 160 Fn. 60.

abzulehnen.<sup>32</sup> Problematisch mag in der Diskussion um die Lern- und Studierfreiheit der Begriff selbst und seine Konnotation sein. Das inhaltliche Bild dieses Begriffs, respektive der Begriffe, ist zumindest in der Literatur diffus.<sup>33</sup> So ist *Peter Krause* zuzustimmen, der seinen Ausführungen zur Lernfreiheit vorausschickt: „Lernfreiheit ist ein schillernder Begriff mit mannigfachen Facetten.“<sup>34</sup> Begünstigend hierfür wirkt, dass den Studierenden verschiedene Rechtspositionen zukommen<sup>35</sup> und dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auch den Studierenden einzelne Freiheiten gewährt, die unter den Begriff der Studier- oder Lernfreiheit subsumiert werden können, so auch der Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit bei eigener Forschung,<sup>36</sup> jedoch gerade nicht im Zusammenhang mit der Abwendung einer Anwesenheitspflicht.

### c. Deutschen- oder Jedermannsgrundrecht?

An dieser rechtlichen Gestaltung in diesem Zusammenhang kritisch ist, auch unter dem Gesichtspunkt der Zahl Studierender aus dem Ausland an deutschen Hochschulen, der Umstand, dass Art. 12 Abs. 1 GG unmittelbar lediglich Deutsche schützt. Den ausländischen Studierende kommt daher die Studier- oder Lernfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu, was *Horneber/Penz* dazu verleitet die Studier- oder Lernfreiheit doch in Art. 5 Abs. 3 GG zu verorten.<sup>37</sup>

Es folgt daraus, dass unter aktueller Rechtsauffassung eine Anwesenheitspflicht für ausländische Studierende kein Freiheitseingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Eine Prüfungsordnung die allerdings konkret eine Anwesenheitspflicht für ausländische Studierende vorsieht, mag indes ein Verstoß gegen das Gleichheitsgrundeckel aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darstellen, wird doch durch eine solche Beschränkung ausländischer Studierender eine rechtliche Ungleichbehandlung

<sup>32</sup> *Lindner*, in Hdb. HochschulR, 2011, Kap. XI, Rn. 17; *Epping*, WissR 2012, 121f.; *Glaser*, Der Staat 2008, 224f. Dazu a.A. *OVG Münster*, Urteil v. 25.1.1978, Az. XVI A 1957.77 = DÖV 1979, 418f.; *Horneber/Penz*, WissR 2014, 160ff.

<sup>33</sup> Man vergleiche das Bild bei *Kempen*, in Hdb. HochschulR, 2011, Kap. I, Rn. 97. Z.B. mit dem Bild bei *Epping*, WissR 2012, 121f.; *Glaser*, Der Staat 2008, 221ff. und *Horneber/Penz*, WissR 2014, 161ff. sowie *Thieme*, Dt. HochschulR, 2004, Rn. 136ff.

<sup>34</sup> *Peter Krause*, in Hdb. WissR, 2. Aufl., Berlin 1996, 551.

<sup>35</sup> *Scholz* in Maunz/Dürig GG, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113.

<sup>36</sup> Unter eigener Forschung ist z.B. das Abfassen von Masterarbeiten o.ä. zu subsumieren (siehe dazu auch *Scholz* in Maunz/Dürig GG, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113).

<sup>37</sup> *Horneber/Penz*, WissR 2014, 160. Zum mitunter wachsenden Anteil internationaler Studierender z.B. *Berger/Gundling*, Hochschulpolitik u. HochschulR, 2015, 216f.

innerhalb der Gruppe der immatrikulierten Studierenden aufgrund der Herkunft vorgenommen.<sup>38</sup>

## 2. Eingriffe in einfachgesetzlich garantierte Freiheiten

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bedingungen einen vielfältigen Gestaltungsraum. Gleich der Möglichkeit der Beschränkung der Freiheit durch den Gesetzgeber, die gewöhnlich durch die Ermächtigung der Hochschulen zum Erlass von Studien- und Prüfungsordnungen vorgenommen wird (s.o.), kommt dem Gesetzgeber die Möglichkeit zu, die Freiheit zu manifestieren, respektive die Beschränkungsmöglichkeit einzugrenzen. Letzteres hat der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen durch § 64 Abs. 2a HG NRW verwirklicht, in dem er festsetzt: „Eine verpflichtende Teilnahme der Studierenden an Lehrveranstaltungen darf als Teilnahmevoraussetzung für Prüfungsleistungen nicht geregelt werden, es sei denn, bei der Lehrveranstaltung handelt es sich um eine Exkursion, einen Sprachkurs, ein Praktikum, eine praktische Übung oder eine vergleichbare Lehrveranstaltung.“ Die Hochschulen müssen sich in diesem durch das Hochschulgesetz gegebenen Rahmen bewegen, eine Abweichung steht ihnen nicht zu. Umso mehr ist es notwendig, dass der Gesetzgeber mit Blick auf die Gestaltungsmöglichkeiten der Prüfungsordnungen den Hochschulen ausreichend Spielraum zu einer adäquaten Ausformung zuspricht.

Eine Manifestation der Freiheit, deren Wirkung nach der Föderalismusreform 2006 eingeschränkt ist (s.o.), lag im § 4 Abs. 4 HRG vor: „Die Freiheit des Studiums umfasst, unbeschadet der Studien- und Prüfungsordnungen, insbesondere die freie Wahl von Lehrveranstaltungen, das Recht, innerhalb eines Studiengangs Schwerpunkte nach eigener Wahl zu bestimmen, sowie die Erarbeitung und Äußerung wissenschaftlicher und künstlerischer Meinungen.“ Sie eröffnet in Satz 2 zugleich die Möglichkeit einer Einschränkung: „Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane in Fragen des Studiums sind insoweit zulässig, als sie sich auf die Organisation und ordnungsgemäße Durchführung des Lehr- und Studienbetriebes und auf die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Studiums beziehen.“ Ein Schutz vor Anwesenheitspflichten kann allerdings aus dieser oder ähnlich lautenden Normen nicht abgeleitet werden, ist die potentielle Einschränkung durch Studien- und Prüfungsordnungen bereits in der Norm niedergelegt.<sup>39</sup> Daher ist auch der Verweis des Thüringer Ministeriums auf den gleichlau-

<sup>38</sup> *Langenfeld* in Maunz/Dürig GG, 76. EL. 2015, Art. 3 Abs. 3, Rn. 15f.

<sup>39</sup> *Andreas Reich*, HRG-Kommentar, 11. Aufl., Bad Honnef 2012, § 4, Rn. 34. Auch *Horneber/Penz*, WissR 2014, 159.

tenden § 7 Abs. 4 Thüringer Hochschulgesetz (ThürHG) nur bedingt einschlägig.<sup>40</sup>

Der Inhalt des § 4 Abs. 4 HRG wurde nicht nur im ThürHG, sondern in vielen Fällen nahezu wortgleich in die Landeshochschulgesetze übernommen.<sup>41</sup> Für die Frage der Anwesenheit sind sie indes nur dann erheblich, wenn der Gesetzgeber wie Nordrhein-Westfalen explizite Konkretisierungen vorgenommen hat. Für die Sachfrage gilt also der selbstverständliche Umstand festzuhalten, dass vom einfachen Gesetzgeber gesetzte Freiheitsrechte der Studierenden in Bezug auf die Anwesenheitspflicht nur dann vorliegen können, wenn der Gesetzgeber explizite Aussagen zur Anwesenheitspflicht getroffen hat.

### III. Rechtfertigung von Anwesenheitspflichten

Weder der Zustand absoluter, genereller Anwesenheitspflicht, noch der Zustand vollständiger Abwesenheit dieser Figur, wie es sich der ein oder andere in seiner Studienzeit gern wünschte, sind per se zweckmäßige Zustände.<sup>42</sup> Bevor im folgenden Kapitel ein Kriterienkatalog vorgelegt wird, gilt es zunächst allgemein auf Erwägungen für die Anwesenheitspflicht einzugehen.

Das sich für die Rechtfertigung ergebende Spannungsfeld beschreibt *Peter Krause* schön, in dem er die Notwendigkeit von restriktiven Studien- und Prüfungsordnungen anerkennt, zugleich darin aber die Gefahr ausmacht, dass die Lehre bei Überreglementierung den Charakter des Wissenschaftlichen verliert. Es ist gerade in diesem Spannungsfeld auch die Lernfreiheit als Reflex der grundrechtlich geschützten Lehrfreiheit aufzufassen.<sup>43</sup>

#### 1. Die Lernfreiheit als Korrelat der Lehrfreiheit

Der Umstand, dass sich aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG kein eigenständiges Grundrecht auf Lern- oder Studierfreiheit ableiten lässt, kann keine Verwerfung des Zusammenhangs von Lehren und Lernen begründen. Er liegt vielmehr in der Natur der Sache. Der Zusammenhang wird

in der Literatur als „Reflex“<sup>44</sup> oder als „Korrelat“<sup>45</sup> oder auch als „Spiegelbild“<sup>46</sup> beschrieben. Begriffe die jeweils einen ähnlichen, jedoch nicht die gleiche Form des Zusammenhangs beschreiben. Ihre nicht gegebene vollständige Qualifikation als Synonym, die rechtliche Situation beschreibend, illustriert *Rupert Scholz*: „Die Lernfreiheit bildet zwar das tatsächliche Korrelat oder auch ‚Spiegelbild‘ der Lehrfreiheit. In dieser Eigenschaft nennt die Lern- oder Studierfreiheit jedoch nicht *mehr* als einen rechtlichen Reflex der Lehrfreiheit.“<sup>47</sup> Wie sich der Zusammenhang exakt beschreiben lässt, kann an dieser Stelle offenbleiben. Gegeben ist grundsätzlich jedoch ein solcher.

Den Umstand des genuinen Zusammenhangs zu verstehen kann der Soziologe *Helmut Schelsky* behilflich sein. Er leitet unter Zuhilfenahme von Ausführungen des Bildungsreformers *Wilhelm von Humboldt* die gegenseitige Abhängigkeit von Lehren und Lernen, von Lehrendem und Lernendem her.<sup>48</sup> Es ist danach für die Wissenschaft die Gemeinschaft der Studierenden und der Lehrenden notwendig. Und in der gemeinschaftlichen Wahrheitssuche liegt die Legitimation der Lehrveranstaltung. „Sie [die universitären Veranstaltungen] gewinnen ihre Berechtigung nur, indem sie auf diesen ‚Selbstaktus im eigenen Verstande‘ hinführen, indem sie auf der einsamen geistigen Produktion aufbaut und auf sie bezogen sind. Die Absichtslosigkeit und die Ungezwungenheit des sozialen Zusammenlebens an der Universität und die gesellige Aussprache der einsam Produktiven verbürgen institutionell die Zweckfreiheit und damit die Absolutheit der auf einer Universität zu suchenden Wahrheit.“<sup>49</sup> Diese Form der Gemeinschaftlichkeit ist von der oben als in der Breite zurückgewiesenen Gemeinschaftlichkeit im bloßen Ringen um Erkenntnis zu unterscheiden. Diese der Wissenschaft dienliche Reziprozität von Lehren und Lernen findet darüber hinaus in der juristischen Literatur<sup>50</sup> und höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>51</sup> Anerkennung. Es steht dabei nicht infrage, dass auch

<sup>40</sup> Schreiben des *ThürMWWDG* vom 11. März 2015 an die Thüringer Hochschulen (o. Fn. 3).

<sup>41</sup> Als Beispiele seien genannt § 7 Abs. 4 ThürHG; § 3 Abs. 4 HochSchG RLP; § 3 Abs. 4 UG SL; § 2 Abs. 2 S. 3 HG NRW und § 4 S. 4 SächsHSG nur Satz 1 der HRG-Norm.

<sup>42</sup> *Epping*, *WissR* 2012, 117 zieht in Zweifel, dass eine Anwesenheitspflicht der Erreichung des Studienziels grundsätzlich entgegensteht.

<sup>43</sup> *Krause*, *Hdb. WissR* 1996, 552f.

<sup>44</sup> Z.B. *Glaser*, *Der Staat* 2008, 222; *Krause*, *Hdb. WissR* 1996, 553.

<sup>45</sup> Z.B. *Kempen*, *Hdb. HochschulR* 2011, Kap. I., Rn. 97; *Glaser*, *Der Staat* 2008, 222.

<sup>46</sup> Z.B. *Glaser*, *Der Staat* 2008, 222; *Horneber/Penz*, *WissR* 2014, 162; *Arnold Köttgen*, *Das Grundrecht der deutschen Universität*, Göttingen 1959, 66.

<sup>47</sup> *Scholz* in *Maunz/Dürig GG*, 76. EL. 2015, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113 (Hervorhebung LCG); auch *Glaser*, *Der Staat* 2008, 222f.

<sup>48</sup> *Helmut Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit*, Düsseldorf 1971, 72ff.

<sup>49</sup> *Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit*, 1971, 73.

<sup>50</sup> Die notwendige Reziprozität bei gleichzeitig unterschiedlichem rechtlichen Schluss wird anerkannt z.B. bei *Kempen*, in *Hdb. HochschulR* 2011, Kap. I., Rn. 97f.; *Horneber/Penz*, *WissR* 2014, insb. 163. *Glaser*, *WissR* 2008, 222; *Kauhold*, *Die Lehrfreiheit* 2006, 203.

<sup>51</sup> Als Bsp. nur *BVerfGE* 47, 327 (367).

dem Studierenden durch die Freiheit der Lehre Freiheiten zukommen. Zugleich mag dieser Umstand aber auch die Einschränkung der studentischen Freiheit rechtfertigen. Für eine die Wissenschaft befördernde Lehre kann die Anwesenheit der Studierenden mitunter konstitutiv sein. Der Lehrende braucht den Studierenden. Das damit zugestandene Zwangsmittel widerspricht zwar den Ausführungen *Schelskys*, indes erkennt auch *Schelsky* das inadäquate Wesen der modernen Hochschule.<sup>52</sup> Das Zwangsmittel ist also als Reaktion darauf zu verstehen.

Festzuhalten ist bis dahin, dass aus der Wissenschafts- respektive Lehrfreiheit kein subjektives Freiheitsrecht der Studierenden entspringt. Die Studierenden profitieren vielmehr unmittelbar von der Freiheit der Lehre und soweit ist auch eine Lernfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG herauszulesen; eine auf die, wenn auch in abgeschwächter Form bestehende Gemeinschaft von Lehrendem und Lernendem wirkende Freiheit.<sup>53</sup> Darüber hinaus entspringt aber gerade auch aus dem Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 3 GG die Legitimation die Freiheit des Studierenden einzuschränken.<sup>54</sup> Dies ist dem Umstand des Wandels der Universitäten zu den modernen Hochschulen und der veränderten Form des Wissenschaftsbetriebes geschuldet.<sup>55</sup>

## 2. Erwägungen entlang der Logik des Hochschulwesens

Neben der sich verfassungsrechtlich eröffnenden Rechtfertigungsgrundlage, ergeben sich Rechtfertigungsgründe ebenfalls aus der Logik des Hochschulwesens. Hierbei muss insbesondere die Vergabe der European Credit Transfer System (ECTS)-Credits in die Erwägungen mit einbezogen werden, deren Sinn oder Unsinn an dieser Stelle keine Diskussion finden kann und soll. Sie sind derzeit Teil des Hochschulwesens, in Thüringen z.B. durch § 45 ThürHG verankert.

<sup>52</sup> *Schelsky*, Einsamkeit und Freiheit, 1971, 76.

<sup>53</sup> Eine solche der Gemeinschaft ausfließende Freiheit erkennt z.B. *Kempen*, in Hdb. HochschulR 2011, Rn. 97.

<sup>54</sup> *Scholz* in Maunz/Dürig GG, 76. EL. 2015, Art. 12, Rn 184 verweist auf die Berücksichtigung des Norminhalts des Art. 5 Abs. 3 GG bei der konkreten Ausformung der Schranken des Art. 12 GG. Hierbei könnte man in diesem Fall von einer Bestärkung des Art. 5 Abs. 3 durch eine solche Schranke ausgehen.

<sup>55</sup> Die Gemeinschaft von Lehrendem und Lernendem zum wissenschaftlichen Fortschritt im Rahmen der modernen Hochschulen ablehnend z.B. *Kaufhold*, Die Lehrfreiheit 2006, 203. *Glaser*, WissR 2008, 223 führt diesen Umstand auch auf die Entwicklung zur Massenuniversität zurück.

## a. Systematische Voraussetzungen

Im Leitfaden zum ECTS wird ausgeführt: „Die Vergabe von Credits erfolgt, wenn eine angemessene Beurteilung vorliegt, aus der hervorgeht, dass die definierten Lernergebnisse auf dem entsprechenden Niveau erreicht wurden. Hat der Studierende die Lernergebnisse nicht erreicht, so werden keine Credits vergeben. Die Anzahl der an einen Studierenden vergebenen Credits bei nachweislichem Erreichen der Lernergebnisse entspricht der Anzahl der Credits, die der jeweiligen Lerneinheit zugewiesen wurden.“<sup>56</sup>

Nun gestaltet sich der Nachweis von Lernergebnissen nicht einfach. Wie diese gerecht und zweckmäßig vorgenommen werden kann, beschäftigt die Literatur kontinuierlich.<sup>57</sup> Die Leistungskontrollen sind schließlich nur Prognosen über den Wissenstand des Prüflings.<sup>58</sup> Auch deshalb können Leistungskontrollen lediglich anhand von Anhaltspunkten erfolgen.<sup>59</sup> Der entsprechende Leitfaden der EU sieht dazu vor: „Die Beurteilungsverfahren und -methoden für eine Lerneinheit sind dann angemessen, wenn sie mit den dafür definierten Lernergebnissen sowie mit den absolvierten Lernaktivitäten vereinbar sind.“<sup>60</sup> Der Leitfaden lässt dabei dem Lehrenden, respektive dem Studien- und Prüfungsordnungsgeber weitgehend freie Hand: „Beurteilungsverfahren umfassen alle Formen [...] die zur Beurteilung der Fortschritte eines Studierenden verwendet werden und das Erreichen der Lernergebnisse einer Kurseinheit oder eines Moduls nachweisen.“<sup>61</sup>

Das ECTS verlangt also, dass die Studierenden sich durch Module Kompetenzen und Wissen aneignen, die sie anschließend nachzuweisen haben. Der Studierende schuldet dem Lehrenden einen Nachweis über den Lernerfolg, dessen Erreichen der Lehrende durch geeignete Beurteilungskriterien nachzuweisen hat. Eines der Zwe-

<sup>56</sup> *Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union (AfVEU)*, ECTS-Leitfaden, 2015, 27.

<sup>57</sup> Vier Beispiele aus vier Jahrzehnten: *P. Becker*, Prüfungsrecht, eine konstruktive Kritik seiner Rituale, Baden-Baden 1988; *Mareike Lampe*, Gerechtere Prüfungsentscheidungen, Berlin 1999; *Thieme*, HochschulR 2004 (23. Kapitel); *Helmut Schnellenbach*, Prüfungsrecht, in: Hdb. HochschulR, 2, Aufl. 2011. Nicht juristischer Art z.B. *Gerd Macke/Ulrike Hanke/Pauline Viehmann*, Hochschuldidaktik. Lehren, vortragen, prüfen, Weinheim 2008, 122ff.

<sup>58</sup> *Peter Becker*, Prüfungsrecht, 1988, 107f.

<sup>59</sup> Dazu u.a. *Macke/Hanke/Viehmann*, Hochschuldidaktik 2008, 131.

<sup>60</sup> *AfVEU*, ECTS-Leitfaden 2015, 27.

<sup>61</sup> *AfVEU*, ECTS-Leitfaden 2015, 27; die dort gegebene Aufzählung ist als nicht abschließend aufzufassen.

cke des Punktesystems kann in der ständigen Leistungskontrolle gesehen werden.<sup>62</sup>

Neben den europäischen Vorgaben, muss die Leistungskontrolle dem verfassungsrechtlich bedingten Grundsatz der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG genügen und allgemeingültigen Bewertungskriterien.<sup>63</sup> Während der Grundsatz der Chancengleichheit recht klar umrissen ist, zeigt *Mareike Lampe* in ihren Ausführungen zu gerechten Prüfungen, dass es die Bewertungskriterien betreffend einer solchen Klarheit in Rechtsprechung, Verwaltungspraxis und Literatur fehlt.<sup>64</sup> Eine Klärung des Umfangs ist indes für die vorliegende Sachfrage unerheblich.

Über Präsenzpfllichten trifft der ECTS-Leitfaden allerdings keine Aussage. Es wird weder eine explizite Ablehnung noch eine Befürwortung postuliert.<sup>65</sup> Zwar fordert der Leitfaden am Beginn Autonomie und Eigenverantwortung, also einen selbstständigen Studierenden. In der Eigenverantwortung kann aber auch das Nachkommen von Verpflichtungen durch Studierende aufgefasst werden, so wird im Leitfaden in diesem Kontext auch die Rechenschaftspflichtigkeit des Studierenden aufgeführt.<sup>66</sup>

## **b. Schlüsse zur Rechtfertigung von Anwesenheitspflichten**

Führt man die Voraussetzungen zusammen, so kann sich eine Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht auf Grund des Nachweises des Studienerfolgs ergeben. Es ist zur Erlangung von Credits der Nachweis von Studienleistungen notwendig. Die Studienleistung muss – auch aus Fairnessgründen<sup>67</sup> – kontrolliert werden. Diese Leistungskontrollen können sowohl durch mündliche als auch durch schriftliche oder praktische Prüfungen erbracht werden. Aber auch durch andere Formen der Leistungskontrolle. Ihre Rechtfertigung erlangen die Verfahren zur Leistungskontrolle durch die Gewähr der

<sup>62</sup> *Wolfgang Gehring*, Ein Rahmenwerk zur Einführung von Leistungspunktsystemen, 2. Aufl., Ulm 2002, 21.

<sup>63</sup> *Schnellenbach* in Hdb. HochschulR 2011, Rn. 37f.

<sup>64</sup> *Lampe*, Gerechtere Prüfungsentscheidungen 1999, 120ff.

<sup>65</sup> Die Option „Präsenzveranstaltung“ bei der Festlegung der Veranstaltungsart im Vorlesungsverzeichnis (*AfVEU*, ECTS-Leitfaden 2015, 57) trifft keinerlei Aussage über Präsenzpfllichten und dient lediglich zur Unterscheidung vom Fernstudium.

<sup>66</sup> *AfVEU*, ECTS-Leitfaden 2015, 15.

<sup>67</sup> Es wird dem Studierenden mitunter nach Besuch einer Lehrveranstaltung, durch die Ausstellung eines entsprechenden Scheines, ein gewisses Wissens- und Fertigkeiteniveau nachgewiesen. Hat der Studierende dies aber nicht erreicht, so wird z.B. die Qualität des Nachweises geschwächt.

tatsächlichen, effektiven Leistungskontrolle der Leistung des Studierenden.<sup>68</sup>

Als solche könnte die *Anwesenheitskontrolle* eingeordnet werden. Die regelmäßige Kontrolle der Anwesenheit der Studierenden bedingt de facto eine Anwesenheitspflicht. Diese Pflicht entsteht aber nur dann, wenn der Studierende damit den Nachweis über erbrachte Leistung erhalten möchte. *Peter Krause* relativiert Pflichten des Studierenden, die zu Erlangung eines Leistungsnachweises führen, in dem er erklärt: „Wer mit dem Ziel studiert, eine Prüfung zu besuchen, dem obliegt es vielmehr, die erforderlichen Voraussetzungen zu erbringen, gezwungen wird er dazu nicht.“<sup>69</sup>

Es muss also in der Hand des Studierenden liegen, ob er mithilfe der Veranstaltung sein freies Studium interessegeleitet unterstützen möchte, oder ob sein Interesse in der Erlangung eines Leistungsnachweises liegt.<sup>70</sup> In letzterem Fall muss er notwendigerweise die Kontrolle hinnehmen.<sup>71</sup> Mit Blick auf diese Gegebenheit des Hochschulsystems kann auch die Feststellung von *Horneber/Penz* kaum zulässig sein, dass aus pädagogischer Sicht eine Bevormundung in Form der Anwesenheitspflicht als Antwort auf die Unselbstständigkeit „höchst fragwürdig“ sei.<sup>72</sup> Es handelt sich gerade um keine Bevormundung, sondern um die freie Entscheidung des Studierenden, sich dieser Pflicht zum Punkteerwerb zu unterwerfen.

Auch wenn es dem Studierenden möglich wäre, das Wissen und die Kompetenzen außerhalb der angebotenen Lehrveranstaltung zu erwerben, so kann es gerechtfertigt sein, soweit der Studierende die Lernleistung mit Credits vergütet haben möchte, diesen zur Teilnahme an der Veranstaltung zu verpflichten, jedoch nur soweit es dem Lehrenden dadurch möglich wird, die Lernleistung besser einzuschätzen. Dies erfordert überschaubare Veranstaltungsgrößen, wie sie in diskursiven Seminaren gegeben sein sollten und schließt eine Leistungskontrolle oder Unterstützung der Leistungskontrolle mittels Pflicht zur Anwesenheit bei Vorlesungen oder vorlesungsähnlichen Veranstaltungen aus, an denen der Studierende nicht aktiv teilnimmt. Der Studierende muss zur Rechtfertigung des Instruments im Rahmen der Veranstaltung aktiv Leistung erbringen können.

<sup>68</sup> *AfVEU*, ECTS-Leitfaden 2015, 27; *Macke/Hanke/Viehmann*, Hochschuldidaktik 2008, 131f.

<sup>69</sup> *Krause*, Hdb. WissR 1996, 552f.

<sup>70</sup> *Kempen* in Hdb. HochschulR 2011, Rn. 98.

<sup>71</sup> *Krause*, Hdb. WissR 1996, 552f.

<sup>72</sup> *Horneber/Penz*, WissR 2014, 158.

#### IV. Kriterien für die Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht

Die folgenden vorgestellten Kriterien, die eine Anwesenheitspflicht rechtfertigen, sind nicht als Muss-Kriterien, sondern vielmehr als Kann-Kriterien aufzufassen. Die Anwesenheitspflicht kann ein Instrument sein, es ist aber dosiert anzuwenden. Eine Pflicht zur Anwendung der Anwesenheitspflicht darf es hingegen nicht geben. Eine Überreglementierung des Studiums ist zu vermeiden, es führt mitunter zu nicht intendierten Enttäuschungen.<sup>73</sup>

Während die Studien- und Prüfungsordnungen dem Lehrenden hierbei weitgehende Freiheit gewähren sollten, haben die Lehrenden bei ihrer Lehrveranstaltungsplanung das Instrument regelmäßig kritisch zu hinterfragen. Für jede Veranstaltung ist erneut zu prüfen inwieweit die Veranstaltung den Anforderungen für eine Anwesenheitspflicht genügt. Die Möglichkeit zur Setzung einer Anwesenheitspflicht muss allerdings auch den Studierenden ein gewisses Maß an Freiheit zusprechen; das Recht einzelne Sitzungen der Veranstaltung fernzubleiben, muss den Studierenden zugesprochen werden.<sup>74</sup>

Eine grundsätzliche Festlegung von Zulässigkeiten anhand des Veranstaltungstypus erscheint wenig zweckmäßig. So wird z.B. bei *Horneber/Penz* postuliert, dass für Vorlesungen, Übungen und Tutorien grundsätzlich keine Anwesenheitspflicht zulässig sei.<sup>75</sup> Ob in der aktuellen Hochschullandschaft und deren Veranstaltungsgestaltung zu Recht, sei dahingestellt. Wie eine konkrete Veranstaltung ausgestaltet ist, unterscheidet sich aber mitunter stark. Insbesondere bei Seminaren ist die Ausgestaltung seitens der Lehrenden und der Prüfungsordnungen sehr divers. Daher ist eine jeweilige Einzelfallentscheidung unausweichlich.<sup>76</sup> Zur Erinnerung: Die Verhältnismäßigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung muss gegeben und begründet sein (s.o.).<sup>77</sup>

Es sind zunächst zwei Rechtfertigungsgruppen zu unterscheiden. Die eine speist sich aus der Notwendigkeit der Teilnahme der Studierenden an der Lehre zur Erlangung des Lernziels (III.1.). Sie fragt: Ist die Teilnahme für den

Lernerfolg unbedingt notwendig? (IV.1.) Die zweite Gruppe speist ihre Rechtfertigung aus der aktuellen Funktionsweise des Hochschulwesens (III.2.). Sie fragt: Ist die Teilnahme zum Leistungsnachweis respektive der effektiven Leistungskontrolle notwendig?

##### 1. Notwendigkeit für den Lern- respektive Lehrerfolg

Bei der ersten Rechtfertigungsgruppe handelt es sich um die in der juristischen Literatur bereits anerkannte und als solche artikulierte Rechtfertigungsgruppe.<sup>78</sup> Diese Rechtfertigungsgruppe erkennen darüber hinaus auch diverse für die Hochschulen zuständige Landesministerien an.<sup>79</sup> Für die Festsetzung einer Verpflichtung zur Anwesenheit hat der Lehrende zu prüfen, inwieweit seine von ihm methodisch und im Rahmen der Prüfungs- und Studienordnung inhaltlich konzeptionierte Veranstaltung folgenden Kriterien genügt:<sup>80</sup>

- a. Die Veranstaltung ist *didaktisch* auf den *praktizierten, wissenschaftlichen Diskurs* ausgelegt. Eine lediglich auf Reproduktion oder bloße Wissensvermittlung ausgelegte Lehrveranstaltung genügt diesem Kriterium nicht. Die Möglichkeit zur gemeinsamen Erkenntnisgewinnung muss gegeben sein.<sup>81</sup>
- b. Die *inneren Bedingungen*, also die inhaltliche Gestaltung lässt die potentielle aktive Teilnahme aller das Seminar belegenden Studierenden zu.
- c. Diese aktive Teilnahmemöglichkeit wird darüber hinaus durch die *äußeren Bedingungen* gewährt, also eine angemessene Teilnehmerzahl sowie räumliche Gegebenheiten. Die jeweilige Obergrenze der Teilnehmer hängt von den räumlichen Gegebenheiten ab, die so gestaltet sein müssen, dass eine diskursive Atmosphäre geschaffen werden kann, z.B. durch eine Sitzordnung aufeinander ausgerichtete Sitzordnung (U-Form o.ä.).

Sind diese Kriterien nicht sicher erfüllt, sollte von der Setzung einer Anwesenheitspflicht aufgrund dieser Rechtfertigungsgrundlage abgesehen werden. Diese könnte sich indes aus der zweiten Gruppe ergeben. Eines sollte den Diskutanten, die sich mit der Anwesen-

<sup>73</sup> Krause, Hdb. WissR 1996, 553; *Kempfen*, in Hdb, HochschulR 2011, Kap. I., Rn. 98.

<sup>74</sup> Die Notwendigen Freiräume betont z.B. auch *Robert Böttner*, „Studierte mit heißem Bemühn“ – Zur Freiheit des Studiums im Sächsischen Hochschulrecht, in: NJ 2015, 158, 160.

<sup>75</sup> So z.B. *Horneber/Penz*, WissR 2014, 167ff.

<sup>76</sup> Dazu z.B. *Thieme*, HochschulR 2004, Rn. 854

<sup>77</sup> Im speziellen sei nochmals auf *Epping*, WissR 2012, 116ff.; *Böttner*, NJ 2015, 159f. verwiesen.

<sup>78</sup> Z.B. *Epping*, WissR 2012, 113; *Thieme*, HochschulR 2004, Rn. 854.

<sup>79</sup> Aufzählung bei *Horneber/Penz*, WissR 2014, 151. Auch Schreiben des ThürMWWDG vom 11. März 2015 an die Thüringer Hochschulen (o. Fn. 3).

<sup>80</sup> Die Gestaltungsrechte betont *Thieme*, HochschulR 2004, Rn. 854 oder auch *Böttner*, NJ 2015, 160.

<sup>81</sup> Dazu z.B. *Thieme*, HochschulR 2004, Rn. 854.

heitspflicht auseinandersetzen bewusst sein: Mithin kann das tatsächlichen Erreichen der Erkenntnisgewinnung nicht im Voraus festgestellt werden, eine Prognose des Eintritts ist daher ausreichend. Dieser Spielraum ist dem Satzungsgeber eingeräumt.<sup>82</sup>

## 2. Notwendigkeit der Leistungskontrolle

Die Leistungskontrolle zur Gewährung von Credits bildet ebenso eine legitime Grundlage. Für die Festsetzung einer Verpflichtung zur Anwesenheit hat der Lehrende zu prüfen, inwieweit die in seiner Veranstaltung zu erbringenden Leistungen folgenden Kriterien genügen:

- a. Die Anwesenheitspflicht ist ein *geeignetes Mittel* zur Kontrolle der Studienleistung.
- b. Ein *Verzicht* auf die Figur der Anwesenheitspflicht begründet eine *schlechtere* Leistungseinschätzung.<sup>83</sup>
- c. Es ist dem Lehrenden aufgrund geeigneter Gruppengröße und räumlichen Bedingungen möglich eine *zutreffende Leistungskontrolle* vorzunehmen. Hierzu ist es notwendig, dass die Gruppe für den Lehrenden überschaubar ist und er die Leistungen den jeweiligen Studierenden *zuverlässig zuordnen* kann.
- d. Um die in den Punkten zuvor artikulierte Wirkung zu erreichen bedarf es eines weiteren Kriteriums: Die Studierenden müssen *aktiv* an den Lehrveranstaltungen teilnehmen und sich *einbringen können*.

Ob die Anwesenheit dabei ein singuläres Kontrollinstrument darstellt oder nur unterstützend beiträgt, ist unerheblich. Es gilt aber unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien auch zu beachten, was *Thieme* treffend zur Anwesenheitspflicht und ihren Folgen feststellt: „Hat ein Student nicht regelmäßig teilgenommen, so kann ihm der Schein verweigert werden. Dabei spielt die Frage, ob das Fernbleiben entschuldbar war, keine Rolle, weil es um den tatsächlichen Lehrerfolg, nicht um eine Zurechenbarkeit auf Seiten des Studenten geht.“<sup>84</sup> Punkte werden nur dann vergeben, wenn die Leistungskontrolle erfolgreich war und nicht, wenn die Leistungserbringung unverschuldet nicht erbracht wurde. Offensichtlich konnte auch diesem Fall keine Leistung bestätigt werden.

<sup>82</sup> Dazu die Verweise bei *Epping*, WissR 2012, 117 (siehe insb. Fn. 26).

<sup>83</sup> Analog den Ausführungen *Eppings*, WissR 2012, 118.

<sup>84</sup> *Thieme*, HochschulR 2004, Rn. 854,

## V. Schlussbemerkungen

Die Figur der Anwesenheitspflicht und deren Notwendigkeit ist Ausdruck einer verfehlten Bildungspolitik. Unter den aktuellen Bedingungen sollte sie allerdings durch den Landesgesetzgeber ermöglicht werden, erscheint sie in gewissen Fällen gar unausweichlich. Ihr Einsatz bedarf aber einer hinreichenden Begründung. Ob eine Anwesenheitspflicht zulässig ist, kann an den zuvor vorgestellten Kriterien (IV.) überprüft werden. Die Notwendigkeit speist sich aus verschiedenen Gründen:

An deutschen Universitäten und Hochschulen findet sich eine Vielzahl von Studierenden die ganz offensichtlich nicht zum selbstbestimmten Hochschulstudium geeignet sind und die diese Eignung auch nicht im Rahmen ihres „Studiums“ erlangen. Solche Studierende weisen ein Missverständnis der Studier- oder Lernfreiheit auf, erkennen darin nicht ein genuines Korrelat zur Lehrfreiheit. Lehren und Lernen sind notwendige Prozesse in der Wissenschaft, die auf Gemeinschaft und Kommunikation ausgelegt sind. Die gemeinschaftlich errungene Erkenntnis steht im Zentrum.

Es ist also die Anwesenheitspflicht ein Ausdruck eines krankenden Hochschul- und Wissenschaftssystems. Ein Verzicht auf das Instrument der Anwesenheitspflicht erscheint nur dann zweckmäßig, wenn zu einer anderen, wissenschaftszuträglicheren Gestaltung der deutschen Hochschullandschaft übergegangen wird und sowohl Studierende als auch Lehrende ein wissenschaftsorientiertes Studium fordern und fördern. Die grundsätzliche Einstellung aller Hochschulmitglieder muss sich dazu ändern.

Ein Umdenken zu leisten und die institutionellen Voraussetzungen zu schaffen ist primär Aufgabe aller sechzehn deutschen Länder für ihren jeweiligen Einflussbereich, ebenso wie diesen übergeordneten Entscheidungsträgern für die Rahmenbedingungen und damit verbundenen Restriktionen. Die Hochschule ist Ort der Wissenschaft. Das agieren der Hochschule, die durch ihre Mitglieder konstituiert wird, muss der Wissenschaft zuträglich sein.<sup>85</sup>

Die Politik muss sich hingegen vergegenwärtigen, was ihre Ziele sind. Geht es um die Ausbildung von Wissenschaftlern oder um die konkrete Berufsausbildung? Stellt man sich diese Frage, so wird einem einleuchten, dass

<sup>85</sup> Es sei dazu auf die jüngst (2014) vom Bundesverfassungsgericht getroffenen Ausführungen verwiesen (*BVerfGE* 136, 338 (362f.)).

wir nur eine geringe Anzahl Wissenschaftler brauchen werden, umso mehr allerdings hervorragend gebildetes Fachpersonal.

Dem Zweck angemessen muss sich auch die Ausbildung gestalten. Die Ausbildung zum Wissenschaftler kann dabei vielmehr von Freiheit geprägt stattfinden, die Ausbildung von Fachpersonal schuldet am Ende ein bereits vorausgehend fest definierten Kompetenzen- und Wissenskanon, der den Absolventen gemein ist.<sup>86</sup> Dies erleichtert eine kennzahlenbasierte, staatliche Finanzierung der höheren Ausbildung.<sup>87</sup>

Ein solcher Kanon mag bei den Wissenschaftlern ebenfalls gegeben sein, er bedarf aber keiner Definition im Voraus. Damit ist jedoch auch die Überprüfung der Erfüllung der Aufgaben der Hochschule erschwert. In der einen Ausbildung steht die Wissenschaft, eine darauf ausgerichtete Lehre<sup>88</sup> und bereits eine Forschungsorientierung eine vorgeordnete Rolle, im anderen Fall findet die Ausbildung durch fachlich hochwertige Lehre statt; es bleibt allerdings bei der Berufsausbildung, eine Forschungsorientierung ist nicht notwendig.<sup>89</sup> Daher kann es auch zweckmäßig sein, eine institutionelle Trennung vorzunehmen.<sup>90</sup>

So lange sich das Hochschulwesen nicht ändert oder geändert wird, ist die verfassungsrechtlich zulässige Figur der Anwesenheitspflicht dosiert anzuwenden. Kriterien zur Entscheidung, ob eine solche im konkreten Fall gerechtfertigt erscheint, versuchte dieser Beitrag aufzuzeigen. Ob es für eine Veranstaltung zweckmäßig ist, eine Anwesenheitspflicht zu verhängen, muss jeweils im Einzelfall durch den Lehrenden zu treffen sein. Die vorgestellten Kriterien können dazu lediglich Anhaltspunkte liefern.

---

<sup>86</sup> Es ist diesem Ausbildungsziel auch die z.B. bei *Glaser*, *Der Staat* 2008, 223 ausgemachte Entwicklung zur Massenuniversitäten geschuldet, die ökonomisch verwertbare Ausbildung liefert, aber die der Wissenschaft zuträgliche Lehre zurückdrängt.

<sup>87</sup> Dazu siehe z.B. auch *Hannes Berger*, *Zum Rechtscharakter von Ziel- und Leistungsvereinbarungen im Hochschulbereich*, *ZfS* 2015, 461ff.

<sup>88</sup> *BVerfGE* 126, 1 (21).

<sup>89</sup> Früher waren Fachhochschulen solche Einrichtungen (dazu z.B. *BVerfGE* 61, 210 (244 f.); 64, 323 (354 f.)). Dies hat sich jedoch spätestens seit der Bologna-Reform geändert (Dazu z.B. *BVerfGE* 126, 1 (23)).

<sup>90</sup> *Berger/Gundling*, *Hochschulpolitik und HochschulR* 2015, 245 Fn. 653 schlagen die Einführung reiner Ausbildungsstätten vor, die die derzeit an Hochschulen geleistete gezielte Berufsausbildung übernehmen.

# Das deutsche Archivrecht im Wandel

von Hannes Berger, Leipzig/Erfurt\*

## I. Einleitung

Die im Archivwesen erkennbaren Reformbestrebungen der vergangenen Jahre<sup>1</sup> passen „das Archivrecht an die Erfordernisse der modernen Informations- und Kommunikationstechnik an. Immer mehr Vorgänge der öffentlichen Verwaltung werden inzwischen ausschließlich digital bearbeitet. Archive müssen sich darauf einstellen, archivwürdige Unterlagen vermehrt nur noch in elektronischer Form zu erhalten und somit auch für die spätere Nutzung vorzuhalten. Dieser Wandel im Archivwesen verbessert auf der einen Seite die Zugriffs- und Recherchemöglichkeiten der Benutzerinnen und Benutzer erheblich, andererseits ist die Nutzung moderner Technik mit Risiken für die Persönlichkeitsrechte Einzelner verbunden.“<sup>2</sup>

Der Befund *Karl-Heinz Ladeurs*, wonach eine „neue Welle der Gesetzgebung, die der stärkeren Anpassung der Archive an die Bedingungen der Speicherung elektronischer Dokumente dient, [...] 2010 ein[setzte]“<sup>3</sup>, übersieht zwar die große Archivrechtsreform des Saarlandes im Jahr 2009, die ebenfalls im Zeichen der Digitalisierung stand, ist aber dem Grunde nach zutreffend. Mit den Jahren 2009/2010 begann eine auffällige Nejustierung zentraler archivrechtlicher *Begrifflichkeiten* und archivarischer *Organisationsvorkehrungen* sowie eine *ausgeweitete Archivierungspflicht* staatlicher Stellen.

Dieser Beitrag setzt sich zum Ziel, die Grundzüge des deutschen Archivrechts, das sowohl in die Gesetzgebungskompetenzen der Länder als auch des Bundes

fällt<sup>4</sup>, darzustellen und von dieser Grundlage aus nach Wesen und Zielsetzung der Reformbemühungen im Archivrecht zu fragen. Letztlich soll geklärt werden, welchen Stellenwert öffentliche Archive im heutigen Staat einnehmen.

## II. Regelungsbereich des Archivrechts

Das Archivrecht in Form von Parlamentsgesetzen zur Regelung des öffentlichen Archivwesens ist eine vergleichbar sehr junge Materie. Sprach man noch im 19. Jahrhundert vom Archivrecht, dem *ius archivi*, als ein rein materiell verstandenes und ausschließliches Recht des Landesfürsten, eigene Archive zur Bewahrung rechtlich bedeutsamer Verträge und Urkunden zu unterhalten<sup>5</sup> und maß man jeglichen in den Archiven verwahrten Dokumenten Beweiskraft zu<sup>6</sup>, so begann doch erst am Ende des 20. Jahrhunderts in Deutschland die Formalisierung des Archivrechts durch Parlamentsgesetze. Nach ersten Gesetzgebungen in westdeutschen Ländern und auf Bundesebene in der Übergangszeit der 1980er und 1990er Jahre<sup>7</sup> erfolgte ein zweiter Schub archivrechtlicher Gesetzgebung nach der deutschen Wiedervereinigung in den ostdeutschen Ländern<sup>8</sup>. Einen archiv-

<sup>4</sup> Weshalb es auch 17 verschiedene Archivgesetze in der Bundesrepublik Deutschland gibt. Siehe zur Kompetenzverteilung *Bartholomäus Manegold*, Archivrecht. Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, Berlin 2002, 141ff u. 150f.

<sup>5</sup> Vgl. *Müller*, Stichwort Archivrecht, in: Rotteck, Carl von/Welcker, Karl (Hrsg.), Das Staatslexikon - Enzyklopaedie der Staatswissenschaften, Altona 1845, 626, 626f.

<sup>6</sup> Vgl. *Josef Anton Oegg*, Ideen einer Theorie der Archivwissenschaft, Gotha 1804, 13f.

<sup>7</sup> Bundesarchivgesetz vom 6. Januar 1988 (BGBl. I 62); Bayerisches Archivgesetz vom 22. Dezember 1989 (GVBl. 710); Landesarchivgesetz Baden-Württemberg vom 27.07.1987 (GBl. 230); Bremisches Archivgesetz vom 07. Mai 1991 (GBl. 159); Hessisches Archivgesetz vom 18. Oktober 1989 (GVBl. I, 270); Archivgesetz Nordrhein-Westfalen vom 16. Mai 1989 (GV. 302); Landesarchivgesetz Rheinland-Pfalz vom 05. Oktober 1990 (GVBl. 277); Saarländisches Archivgesetz vom 23. September 1992 (Amtsbl. 1094); Landesarchivgesetz Schleswig-Holstein vom 11. August 1992 (GVOBl. 444).

<sup>8</sup> Archivgesetz des Landes Berlin vom 29.11.1993 (GVBl. 576); Brandenburgisches Archivgesetz vom 07. April 1994 (GVBl. 94); Landesarchivgesetz Mecklenburg-Vorpommern vom 07. Juli 1997 (GVOBl. 282); Archivgesetz für den Freistaat Sachsen vom 17. Mai

\* Hannes Berger ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften der Universität Erfurt.

<sup>1</sup> Insbesondere zu nennen sind die Novellierungen und Rechtsanpassungen im Bund (BGBl. I 2005, 2722), im Saarland (Amtsblatt 2009, 1386), in Hessen (GVBl. 2012, 458), Sachsen (GVBl. 2014, 2), Bremen (GBl. 2013, 166); Nordrhein-Westfalen (GV. NRW 2010, 188 und GV. NRW 2014, 543), Sachsen-Anhalt (GVBl. 2015, 314) sowie jüngst Berlin (GVBl. 2016, 96).

<sup>2</sup> *Abgeordneter Striegel* im Landtag Sachsen-Anhalt, Plenarprotokoll 6/90 vom 04.06.2015, 7513f.

<sup>3</sup> *Karl-Heinz Ladeur*, Die Kommunikationsinfrastruktur der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, München 2012, 35, 59.

rechtlichen Sonderbereich schufen zudem die Aufarbeitung der SED-Diktatur und die Erforschung und der Zugang zu Unterlagen des Ministeriums für Staatssicherheit.<sup>9</sup>

Das Archivrecht, das die Aufgaben staatlicher Archive sowie den Rechtsanspruch auf Zugang und Benutzung zu Archivgut regelt, ist ein Teilbereich des öffentlichen Informationsrechts, also des besonderen Verwaltungsrechts. Als solches befindet es sich im Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen, abzuwägenden Rechtsgütern – so kann die Benutzung von Archivgut das Informationsrecht des Bürgers oder des historischen Forschers und dessen Wissenschaftsfreiheit einerseits und die staatlichen Sicherheitsinteressen, Geheimhaltungsvorschriften sowie das Persönlichkeitsrecht Dritter andererseits betreffen.

Grundsätzlich enthalten die Archivgesetze der sechzehn Länder und des Bundes mit Vorschriften über die Abgabepflicht aller staatlichen Stellen (1), der Organisation und Aufgaben des jeweiligen Archivwesens (2) und letztlich dem archivrechtlichen Zugangs- und Nutzungsrecht (3) drei Regelungskomplexe.

## 1. Abgabepflicht

Zunächst werden staatliche und kommunale Behörden, Gerichte, Einrichtungen und Stellen verpflichtet, „alle Unterlagen, die sie zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben einschließlich der Wahrung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder nicht mehr benötigen“<sup>10</sup>, an das jeweils zuständige Archiv abzugeben. Was auf Bundesebene die Verfassungsorgane, die Bundesbehörden und Bundesgerichte betrifft (§ 2 Abs. 1 BArchG), gilt entsprechend dem einschlägigen Landesarchivgesetz auch für die Länder. Hier gibt es angesichts der verfassungsrechtlich herausgehobenen Stellung der Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 GG die Sonderregelung, wonach Kommunen, Landkreise und Kommunalverbände Kommunalarchive „in eigener Verantwortung und Zuständigkeit“<sup>11</sup> unterhalten.

---

1993 (GVBl. 449); Archivgesetz Sachsen-Anhalt vom 28. Juni 1995 (GVBl. 190); Thüringer Archivgesetz vom 23. April 1992 (GVBl. 139).

<sup>9</sup> Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik vom 20. Dezember 1991 (BGBl. I 2272).

<sup>10</sup> Beispielhaft die Regelung des § 2 Abs. 1 S. 2 Bundesarchivgesetz (BArchG).

<sup>11</sup> § 4 Abs. 1 S. 2 Thüringer Archivgesetz (ThürArchG). Damit ist die Einrichtung eines kommunalen Archivwesens kommunalrechtlich eine gesetzliche Pflichtaufgabe der Gemeinden.

Öffentliche Archive sind kein Selbstzweck, sie erfüllen klassische staatliche Aufgaben, die in einem auf Transparenz und Verantwortlichkeit basierenden Gemeinwesen unerlässlich sind. Die verfassungsrechtliche Kompetenzaufteilung mit ihrer gewaltenteilenden und gewaltenschränkenden Wirkung sowie „das Prinzip der rechtlichen und demokratischen Verantwortlichkeit verlangen die Überprüfbarkeit nicht nur von Verwaltungsentscheidungen, sondern auch von Gerichts- und Gesetzgebungsverfahren.“<sup>12</sup> Nur wohlgeordnete und schriftlich oder anders dokumentarisch festgehaltene öffentliche Dokumente stehen einer nachträglichen Überprüfung offen. Dies setzt eine von Willkür freie und allgemeine Abgabepflicht nicht mehr für den Gebrauch benötigter Unterlagen an die Archive voraus.

Indem die Archive, die der politischen Sphäre entrückt sind – und nicht etwa Verwaltungsstellen über die Widmung einer Unterlage zu Archivgut entscheiden, und damit über historische Aufbewahrung oder endgültige Kassation – wird der Verantwortlichkeitsprämisse des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG genüge getan.

Demzufolge schreibt das Archivrecht auf der Bundesebene eine Pflicht zur Abgabe aller Unterlagen für die „Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte des Bundes, die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und die sonstigen Stellen des Bundes“<sup>13</sup> vor; auf Landesebene besteht die Abgabepflicht für alle Behörden, Gerichte und sonstigen Stellen<sup>14</sup> des Landes. Alle in den Gemeinden und Gemeindeverbänden entstehenden Unterlagen müssen an die Kommunalarchive abgegeben werden.

Der Zeitpunkt des Eintretens der Abgabepflicht wird in den Archivgesetzen allgemein auf den Moment angesetzt, in dem die Unterlagen „zur Erfüllung [der staatlichen oder kommunalen] Aufgaben nicht mehr benötigt werden“<sup>15</sup>. Um hierbei eine rechtswidrige Umgehung der Abgabepflicht durch ein fortlaufend deklariertes „Benötigen“ der Unterlagen zu verhindern, findet sich zumeist ein pauschales Eintreten der Abgabepflicht 30 Jahre nach Entstehen der Unterlage.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Manegold 2002, Archivrecht, 44.

<sup>13</sup> § 2 Abs. 1 S. 1 BArchG.

<sup>14</sup> Etwa § 3 Abs. 1 S. 1 LArchG Baden-Württemberg; § 8 ArchG Hessen.

<sup>15</sup> § 3 Abs. 1 S. 1 BremArchG.

<sup>16</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 S. 5 BremArchG; § 3 Abs. 1 S. 1 LArchG BW; § 3 Abs. 1 S. 3 Niedersächs. ArchG, hier aber mit der Maßgabe 30 Jahre nach der letzten inhaltlichen Bearbeitung der Unterlage.

Des Weiteren gibt es landesrechtliche Bestimmungen über die genauere Frist zur Aufbewahrung und Abgabe von verschiedenen Unterlagen. So bestimmt etwa die Gemeinsame Verwaltungsvorschrift zur Führung von Akten im Freistaat Sachsen<sup>17</sup> eine grundsätzliche Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren, sofern nicht andere Rechtsvorschriften anderes bestimmen. Ein Beispiel für eine sehr detaillierte Aufbewahrungs- und Abgaberegelung ist die Justizaufbewahrungsverordnung im Land Sachsen-Anhalt<sup>18</sup>, deren Anlage zu § 1 Abs. 1 auf 77 Seiten unter fortlaufenden Nummern einzelne Aufbewahrungs- und Abgabefristen für unterschiedliche Justizsachen (Ifd. Nr. 4: Unterlagen für die Schöffenwahl 20 Jahre; Ifd. Nr. 13: Prozessakten zu Ansprüchen nicht ehelicher Kinder gegen ihren Vater 70 Jahre; Ifd. Nr. 74: Güterrechtsregister 100 Jahre usf.) auflistet.

## 2. Organisation und Aufgaben des Archivwesens

Ein weiterer Regelungsbereich des Archivrechts besteht aus organisatorischen Vorschriften, die die Voraussetzung für das jeweilige Archivwesen bilden. Im Mittelpunkt stehen dabei die zentralen Archiveinrichtungen – auf Bundesebene das Bundesarchiv, auf Länderebene die als Landesarchiv oder Staatsarchiv bezeichneten Einrichtungen.

Anders als es zunächst vermuten lässt, sind staatliche Archive keine rechtsfähigen und damit zu einem gewissen Grad mit Selbstverwaltungsrecht ausgestatteten Institutionen, obwohl die Errichtung der Archive als öffentlich-rechtliche Anstalt naheliegt<sup>19</sup>, die mit einem *Anstaltszweck* beauftragt und mit Personal- und Sachmitteln ausgestattet ist und ihren *Benutzern* eine Benutzerordnung auferlegt.<sup>20</sup>

Trotz dieser Stimmen aus der Literatur verbleiben die öffentlichen Archive nach wie vor denjenigen Bundes- oder Landesministerien, die zuständig für das Archivwesen sind, als nachgeordnete Stellen. Im Unterschied etwa zu den Rundfunkanstalten, die vom Prinzip der Staatsferne geprägt sind, sind öffentliche Archive an Weisungen der übergeordneten Stelle gebunden.

<sup>17</sup> VwV Aktenführung vom 31. Mai 2013.

<sup>18</sup> Justizaufbewahrungsverordnung Sachsen-Anhalt vom 16. Juni 2009 (GVBl. 264).

<sup>19</sup> Vgl. *Franz-Joseph Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 2009, Rn. 94ff.

<sup>20</sup> Auf eine organisationsrechtliche Aufwertung der Archive in Bund und Ländern zu rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts drängt auch *Manegold* 2002, Archivrecht, 61f.

Nach der Abgabepflicht der staatlichen Stellen sind es die Landesarchive (bzw. das Bundearchiv), die alle Aufgaben des Archivwesens zu erfüllen haben. Die staatlichen Archivaufgaben umfassen dabei „das Erfassen und Bewerten von Unterlagen und das Übernehmen, Verwahren, Erhalten, Erschließen sowie Nutzbarmachen und Auswerten von Archivgut“<sup>21</sup>.

Der Übergang von Verwaltungs- oder Justizunterlagen zu öffentlichem Archivgut geschieht durch öffentliche Widmung, die allein vom zuständigen Archiv vorgenommen werden darf.<sup>22</sup> Dabei sind archivwissenschaftliche Maßstäbe anzusetzen.

Es sind jene Unterlagen *archivwürdig*, „die aufgrund ihrer rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedeutung für die Erforschung und das Verständnis von Geschichte und Gegenwart, für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung oder für die Sicherung berechtigter Belange Betroffener oder Dritter von bleibendem Wert sind.“<sup>23</sup>

Neben der *Erhaltung* und *Nutzbarmachung* der, nunmehr als Archivgut existierenden, staatlichen Unterlagen kennen die Archivgesetze auch einen speziellen archivischen *Forschungsauftrag* das eigene Archivgut betreffend.<sup>24</sup>

Die primäre Aufgabe staatlicher Archive ist demzufolge die *Speicherung* von staatlichem Wissen, dem Bewahren von öffentlichem Schriftgut, der Staatshistorie. Archive sind, wenn man so will, das Gedächtnis des Gemeinwesens. Die Speicherung umfasst dabei auch alle notwendigen Maßnahmen zum dauerhaften Erhalt der Unterlagen.<sup>25</sup> Gleichwohl liegen in der Zugänglichmachung des Archivguts und in der eigenen wissenschaftlichen Auswertung weitere, wissensbezogene staatliche Aufgaben der Archive.

<sup>21</sup> § 2 Abs. 4 SächsArchG.

<sup>22</sup> Sogenannte „archivarische Letztentscheidungskompetenz“ bei *Bartholomäus Manegold*, Archivrecht? Archivrecht! Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen öffentlicher Archive in Deutschland, in: VdA (Hrsg.), Alles was Recht ist. Archivische Fragen – juristische Antworten, Fulda 2012, 31, 36.

<sup>23</sup> § 2 Abs. 6 BbgArchG.

<sup>24</sup> Vgl. etwa § 1 BArchG; § 7 Abs. 3 ThürArchG; § 2 Abs. 7 ArchivG Nordrhein-Westfalen; § 7 Abs. 3 ArchG Sachsen-Anhalt.

<sup>25</sup> Dies kann durch kühle, trockene Lagerräume, die Benutzung mittels Schutzhandschuhen, dem Verbot von Fotokopien oder Blitzlicht ebenso geschehen, wie durch notwendige systematische Ordnungs- und Aufbewahrungsmethoden und notfalls durch Instandsetzungs- und Restaurationsarbeiten sowie durch digitale Abschriften.

Die Informationsbeziehungen zwischen dem Staat und seinen Bürgern findet in der modernen Informationsgesellschaft in vielfältiger Weise statt. Sind Verwaltungsentscheidungen häufig auf die Mitwirkung und die Informationsweitergabe des Bürgers angewiesen<sup>26</sup>, so können auch öffentliche Stellen gegenüber dem Bürger informatorisch auftreten, sei es durch staatliche Warnungen<sup>27</sup> oder (Verbraucher- oder Umwelt-)Informationsrechte.<sup>28</sup> Auch die öffentlichen Archive sind in dieser auf die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger gerichteten Perspektive tätig. Mit dem vom Archivrecht (unter bestimmten Schutzfristen und anderen Ausnahmetatbeständen) gewährten Zugang zu Archivgut tritt auch das öffentliche Archivwesen ein in informationelle Verbindung zum einzelnen Bürger oder Interessenten. Dies betrifft das allgemeine Nutzungsrecht<sup>29</sup>, das Auskunfts- und Einsichtsrecht<sup>30</sup> und das Gendarstellungsrecht Betroffener<sup>31</sup>, über die bestimmte Tatsachenbehauptungen in personenbezogenem Archivgut vorliegen.

### 3. Das archivrechtliche Zugangsrecht

Die Nutzung von öffentlichem Archivgut (Rechtsanspruch) durch interessierte Bürger oder Forscher sowie durch andere öffentliche Behörden und Einrichtungen wird in den Archivgesetzen von Bund und Ländern nicht einheitlich geregelt.<sup>32</sup> So steht das bayerische Archivgut allen „öffentlichen Stellen, natürlichen und juristischen Personen auf Antrag“<sup>33</sup> zur Benutzung offen, das sächsische Archivgut wird „Jedermann“ eröffnet<sup>34</sup>. Der Zugang zu niedersächsischem Archivgut setzt bereits einen „wissenschaftlichen Zweck“ oder ein sonstiges „berechtigtes

Interesse“<sup>35</sup> voraus. Ein berechtigtes Interesse an der Nutzung verlangt ebenfalls das Archivrecht Thüringens in § 16 Abs. 1. Auch wenn dieser unbestimmte Rechtsbegriff weit ausgelegt wird und zunehmend die Archivgesetze diese Hürde durch Reformen gestrichen haben<sup>36</sup>, so ist der Zustand unterschiedlicher Zugangsvoraussetzungen zu öffentlichen Informationen in staatlichen Archiven angesichts der Gleichbehandlungspflicht des Art. 3 Abs. 1 GG sowie im Lichte der allgemeinen Entwicklung des öffentlichen Informationszugangsrechts, die ein Prozess der Liberalisierung ist, nicht zufriedenstellend.<sup>37</sup>

Die Benutzung von Archivgut kann gewissen *Ausnahmetatbeständen* unterliegen. Danach kann der Rechtsanspruch eingeschränkt oder gar komplett versagt werden, wenn „1. Grund zur Annahme besteht, dass das Wohl der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährdet würde, 2. Grund zur Annahme besteht, dass schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter entgegenstehen, 3. Rechtsvorschriften über Geheimhaltung verletzt würden, 4. der Erhaltungszustand des Archivgutes entgegensteht, 5. ein nicht vertretbarer Arbeitsaufwand entstehen würde oder 6. Vereinbarungen mit gegenwärtigen oder früheren Eigentümern entgegenstehen“<sup>38</sup>. Wenn einer der Ausnahmetatbestände erfüllt ist, muss das jeweilig zuständige Archiv den Archivzugang einschränken oder versagen. Den Archiven kommt dabei kein Ermessen zuteil („ist einzuschränken oder zu versagen“). Das Archiv hat also auf einen Antrag hin zu prüfen, welche Bedeutung und welches Ausmaß der Benutzungsantrag mit sich bringt. Sicherheitsrelevante oder die Privat- und Intimsphäre Betroffener berührende Archivgüter können daher im Einzelfall einem öffentlichen Zugang verwehrt bleiben.<sup>39</sup>

Über die besonderen Versagungsgründe hinaus unterliegt das archivarische Zugangsrecht grundsätzlich sogenannten *Schutzfristen*.<sup>40</sup> Die archivrechtlichen Schutzfristen stellen eine uneinheitliche und mit vielen Sondervorschriften versehene Konstruktion dar. Dies liegt ei-

<sup>26</sup> Zu nennen wären beispielhaft das Beteiligungsrecht im allgemeinen Verwaltungsverfahren durch § 28 Abs. 1 VwVfG; zur Mitwirkungspflicht im Sozialrecht vgl. Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht, 9. Aufl., Tübingen 2015, 113ff; zur Öffentlichkeitsbeteiligung im Bauplanungsrecht vgl. Stefan Muckel/Markus Ogorek, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl., München 2014, 35f.

<sup>27</sup> BVerfGE 105, 252; BVerfGE 105, 279; Vgl. auch Sophie-Charlotte Lenksi, ZJS 2008, 13-17.

<sup>28</sup> Vgl. Indra Spiecker gen. Döhm, RW 2010, 247, 270.

<sup>29</sup> Vgl. Margit Ksoll-Marcon, Zugangsregelungen zu Archivgut in den Archivgesetzen des Bundes und der Länder, in: Rehm, Clemens/Bickhoff, Nicole (Hrsg.), Rechtsfragen der Nutzung von Archivgut, Stuttgart 2010, 10-16.

<sup>30</sup> § 11 Abs. 1 LArchG Schleswig-Holstein.

<sup>31</sup> § 15 Abs. 2 - 4 ArchG Hessen. Dazu auch Werner Schneider, Datenschutz im Archivwesen, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, 1614, 1620f.

<sup>32</sup> Vgl. Ksoll-Marcon 2010, Zugangsregelungen zu Archivgut in den Archivgesetzen des Bundes und der Länder, in: Rehm/Bickhoff, 10, 10f.

<sup>33</sup> Art. 10 Abs. 1 BayArchivG.

<sup>34</sup> § 9 Abs. 1 SächsArchivG.

<sup>35</sup> § 5 Abs. 1 Niedersächs.ArchG.

<sup>36</sup> Vgl. Ksoll-Marcon 2010, Zugangsregelungen zu Archivgut in den Archivgesetzen des Bundes und der Länder, in: Rehm/Bickhoff, 10, 10f.

<sup>37</sup> So auch die Forderung nach einer Allgemein zugänglichkeit des Archivguts bei Friedrich Schoch, Die Modernisierung des Archivrechts in Deutschland, Die Verwaltung (39) 2006, 463, 487.

<sup>38</sup> Hier beispielhaft § 9 Abs. 2 SächsArchG, dessen Ausnahmetatbestände sich in ganz ähnlicher Weise auch in anderen Archivgesetzen, etwa in § 5 Abs. 6 BArchG, wiederfinden.

<sup>39</sup> Vgl. Siegfried Becker/Klaus Oldenhage, Bundesarchivgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2006, Rn. 101-115.

<sup>40</sup> Vgl. Dieter Wyduckel, DVBl. 1989, 327, 330.

nerseits an den leicht voneinander abweichenden Regelungen in den einzelnen Ländern und andererseits an den vielfachen Sonderschutzfristen. Nicht einfacher wird die rechtliche Handhabung der Schutzfristen durch die Möglichkeit der Archive all diese verschiedenen Fristen nach eigenem Ermessen zu verkürzen oder zu verlängern.

Im *Regelfall* tritt das Zugangs- und Benutzungsrecht erst 30 Jahre nach der Entstehung der Unterlagen in den Behörden oder Gerichten ein.<sup>41</sup> Teilweise beginnt diese dreißigjährige Frist auch erst mit der Schließung der Unterlagen zu laufen.<sup>42</sup>

Neben dieser grundsätzlich geltenden Schutzfrist existieren besondere Schutzfristen in verschiedenen Fällen.<sup>43</sup> Für Archivgut, das zuvor bestimmten *Geheimhaltungsvorschriften* unterlag (Dienstgebrauch, Verschlussakten<sup>44</sup>) gilt eine wesentlich längere Schutzfrist von 60 Jahren nach Entstehung der Unterlagen.<sup>45</sup>

Der Zugang zu *personenbezogenem Archivgut*<sup>46</sup> wird über die Regelfrist von 30 Jahren hinaus erst dann gewährt, wenn eine bestimmte Zeit seit dem Tod der betreffenden Person verstrichen ist. Für die Ermittlung des Zeitpunktes des frühesten Zuganges zu personenbezogenem Archivgut gibt es eine Prüfreihenfolge. Zunächst wird vom *Zeitpunkt des Todes* des Betroffenen ausgegangen, ab dem eine Frist von zumeist 30 Jahren läuft.<sup>47</sup> Ist der Todeszeitpunkt des Betroffenen nicht bekannt, kann in einem zweiten Schritt der archivrechtliche Zugang über den Ablauf einer Schutzfrist ab dem *Geburtsdatum* des Betroffenen ermittelt werden. Auch hierbei unterscheiden sich die Schutzfristen in Bund und Län-

<sup>41</sup> § 13 Abs. 1 S. 1 ArchG Hessen.

<sup>42</sup> § 17 Abs. 1 S. 1 ThürArchG.

<sup>43</sup> Vgl. Wyduckel, DVBl. 1989, 327, 330.

<sup>44</sup> Vgl. Becker/Oldenhage 2006, Bundearchivgesetz, Rn. 106; siehe auch § 11 Abs. 2 S. 2 ArchG Saarland, das exemplarisch Archivgut mit Daten in Bezug auf das Steuergeheimnis, Bankgeheimnis und Sozialgeheimnis betroffener Personen aufzählt.

<sup>45</sup> § 6 Abs. 2 S. 2 LArchG Baden-Württemberg. Das saarländische Archivrecht i.d.F. vom 23. September 1992 kannte gar eine achtzigjährige Schutzfrist.

<sup>46</sup> Teilweise legaldefiniert als „Archivgut, das sich auf eine natürliche Person bezieht“, vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 ThürArchG; § 11 Abs. 3 S. 1 ArchG Saarland, oder auch „Archivgut, das sich seiner Zweckbestimmung oder seinem wesentlichen Inhalt nach auf eine oder mehrere natürliche Personen bezieht“ nach § 13 Abs. 2 S. 1 ArchG Hessen.

<sup>47</sup> Vgl. § 5 Abs. 2 BArchG; § 10 Abs. 3 S. 2 ArchG Sachsen-Anhalt. Beachte auch die wesentlich kürzere Frist von 10 Jahren ab dem Todeszeitpunkt in Mecklenburg-Vorpommern, § 10 Abs. 1 S. 3 ArchG Mecklenburg-Vorpommern, und in Berlin, § 9 Abs. 3 S. 2 ArchG Berlin sowie Niedersachsen in § 5 Abs. 2 S. 3 Niedersächs.ArchG.

dern. Verlangen etwa der Bund<sup>48</sup> und das Land Sachsen-Anhalt<sup>49</sup> eine einzuhaltende Sperrfrist von 110 Jahren ab der Geburt, so verlangen u.a. Berlin<sup>50</sup> und Niedersachsen<sup>51</sup> eine hundertjährige Frist und Thüringen<sup>52</sup> sowie Mecklenburg-Vorpommern<sup>53</sup> eine Sperrfrist von 90 Jahren.

Kann auch das Geburtsdatum der betroffenen Person nicht ermittelt werden, so greift auf der dritten Prüfstufe die *Fiktion* des Endes schutzwürdiger persönlicher Interessen des Betroffenen auf Geheimhaltung des ihn betreffenden Archivgutes 60 Jahre nach der Entstehung der infrage stehenden Unterlagen.<sup>54</sup>

Um die Feinheiten der Schutzfristen noch komplizierter zu gestalten, kennt das Archivrecht des Freistaates Thüringen noch zusätzliche Schutzfristen für Archivgut, das Geheimhaltungsvorschriften unterliegt und *zugleich* personenbezogen ist, weshalb dann Fristen von 30 Jahren nach dem Todeszeitpunkt bzw. 120 Jahre nach dem Geburtsdatum greifen.

Diese verschiedenen Schutzfristen, soviel dürfte deutlich geworden sein, dienen der Rechtsabwägung zwischen dem im demokratischen Rechtsstaat grundsätzlich gewährleisteten Zugangsrecht zu öffentlichen Informationen einerseits und „zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts der Personen, deren Daten in den Archivunterlagen enthalten sind“<sup>55</sup> andererseits. Dabei ist „insbesondere darauf abzustellen, ob die in Rede stehenden personenbezogenen Inhalte sensible Daten namentlich der Privat- oder gar der Intimsphäre zum Gegenstand haben.“<sup>56</sup> Je privater oder intimer die einschlägigen Unterlagen sind, desto deutlicher tritt das Schutzinteresse der Betroffenen hervor und desto eher unterliegt das Interesse am freien (Archiv-)Informationszugang.

### III. Reformbestrebungen im Archivrecht

Die Gesetzesänderungen im Archivrecht der letzten Jahre betreffen gleich mehrere Regelungsbereiche und verfolgen verschiedene Intentionen. Neben kleineren Re-

<sup>48</sup> § 5 Abs. 2 S. 2 BArchG.

<sup>49</sup> § 10 Abs. 3 S. 2 ArchG Sachsen-Anhalt.

<sup>50</sup> § 9 Abs. 3 S. 4 ArchG Berlin.

<sup>51</sup> § 5 Abs. 2 S. 3 Niedersächs.ArchG.

<sup>52</sup> § 17 Abs. 1 S. 3 ThürArchG.

<sup>53</sup> § 10 Abs. 1 S. 3 ArchG Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>54</sup> Vgl. etwa § 10 Abs. 1 S. 4 ArchG Mecklenburg-Vorpommern; § 13 Abs. 1 S. 3 ArchG Hessen.

<sup>55</sup> Schneider 2003, Datenschutz im Archivwesen, in: Roßnagel, 1614, 1619.

<sup>56</sup> Stephan Schröder, Archive in Thüringen 2011, 3, 6.

formen, die auf Eheleute bezogene Begrifflichkeiten des Archivrechts an das Lebenspartnerschaftsgesetz anpassen und somit bestimmte Einwilligungs- und Widerspruchsrechte von Angehörigen Betroffener auf eingetragene Lebenspartner erweiterten<sup>57</sup>, oder die das Datenschutzrecht auf das Archivrecht übertragen<sup>58</sup>, stehen vor allem drei Reformbereiche besonders hervor.

## 1. Personenstandsgesetz von 2009

Die *Reform des Personenstandsgesetzes* stellt eine große Herausforderung für das öffentliche Archivwesen dar. Erstmals seit ihrer Einführung werden die Personenstandsregister nicht mehr unbegrenzt fortgeführt, sondern unterliegen nunmehr *Fortführungsfristen*, nach deren Ablauf die Register nach archivrechtlichen Vorschriften zu behandeln sind.<sup>59</sup> Das bedeutet, dass Personenstandsregister nach Ablauf der Fortführungsfrist an die Archive abgegeben werden. Neben praktischen Problemen der zumeist zuständigen kommunalen Archive, die nun zusätzlich eine hohe Zahl von Aktenmetern unterbringen und aufbereiten müssen, stellen sich an dieser Stelle wichtige Rechtsfragen.

Wie ist das Verhältnis von *Fortführungsfristen* nach PStG und *Schutzfristen* nach Archivrecht? Die archivrechtlichen Schutzfristen für personenbezogenes Archivgut (i.d.R. die oben genannten 30 Jahre nach dem Tod bzw. 100 Jahre nach der Geburt) dürften in der Praxis kaum mehr einschlägig sein, wenn ein Antrag auf Benutzung von archivierten Personenstandsregistern gestellt wird. Die Fortführungsfristen nach § 5 Abs. 5 PStG sind mit 80 Jahren für Eheregister, 110 Jahren für Geburtenregister und 30 Jahren für Sterberegister so bemessen, dass zumeist die Archivfristen bereits verstrichen sind, bevor die Register ins Archiv wandern. Denn nur die wenigsten Menschen werden über 110 Jahre alt oder führen eine über achtzigjährige Ehe. Wesentlich schwieriger zu bewerten sind aber die Randvermerke in den Registern, etwa Hinweise auf Adoption, uneheliche Kinder oder Ehepartner, da diese Vermerke durchaus noch lebende Personen betreffen können.<sup>60</sup> Hier ließen sich wohl vor

<sup>57</sup> Schleswig-Holstein: Anpassung des § 9 ArchG Schleswig-Holstein (GVOBl. 2005, 21); Mecklenburg-Vorpommern: Anpassung des § 10 ArchG Mecklenburg-Vorpommern (GVOBl. 2006, 576); Brandenburg: Anpassung der §§ 8, 10 BbgArchG (GVBl. 2012, 9).

<sup>58</sup> Hamburg: Anpassung § 3 HmbArchG (HmbGVBl. 2001, 9);

Sachsen-Anhalt: Anpassung § 6 ArchG Sachsen-Anhalt (GVBl. 2001, 360).

<sup>59</sup> Vgl. § 5 Abs. 5 PStG.

<sup>60</sup> Vgl. *Marcus Stumpf*, Archivierung von Personenstandsunterlagen durch Kommunalarchive, *Archivpflege in Westfalen-Lippe*, 71/2009, 23, 26; *Johannes Rosenplänter*, *VKA Mitteilungen* 2008, 48, 50f.

allem durch die Archivpraxis Lösungen finden, indem man entsprechende Passagen schwärzt oder nur Auszüge der Register zur Benutzung bereitstellt.

## 2. Archive und Informationsfreiheit

Ein weiterer und bedeutender Einflussfaktor auf das Archivrecht ist der Wandel im deutschen öffentlichen Informationsrecht, der den Grundsatz der begrenzten Aktenöffentlichkeit zugunsten einer weiterreichenden *Informations(zugangs)freiheit* teilweise aufgegeben hat.<sup>61</sup> Es lassen sich seit einigen Jahren auch Auswirkungen auf das deutsche Archivrecht erkennen. Die Gesetzgebung zur Informationszugangsfreiheit in Bund und einigen Ländern bedurfte einer Standortbestimmung in ihrem Verhältnis zum Archivrecht.

Dabei fällt zunächst die rechtliche Diskrepanz beider Rechtsgebiete auf. Während die Informationszugangsrechte einen freien, *unmittelbaren* Zugang zu *Informationen* eröffnen, die der laufenden Verwaltung vorliegen, gewährt das Archivrecht einen weitgehend freien Zugang zu *Archivgut* nach Ablauf der oben dargestellten *Fristen*. Der begriffliche Unterschied zwischen einer einzelnen Information und Archivgut kann bereits nicht zu einer deckungsgleichen Verwendung beider Rechtsgebiete führen. Besteht ein IFG-Zugang zu einer Verwaltungsinformation, so muss dieser Zugang nicht für die gesamte Akte, den gesamten Vorgang gelten, sondern kann nur einen Teilbereich einer Verwaltungsakte betreffen. Gleiches kann somit auch für den Zugang zu Archivgut gelten. Begründet ein früherer IFG-Zugang auch einen direkten Zugang zu derselben, nunmehr archivierten Information, so muss der Zugang nicht zur gesamten Archiv-Unterlage eröffnet sein. Weitere Probleme birgt der zeitliche Unterschied beider Rechtsansprüche. Die Informationszugangsgesetze eröffnen den Zugang unmittelbar, das Archivrecht erst nach der Regelfrist von 30 Jahren oder noch längeren Sonderfristen.

Nun wäre kaum vermittelbar und auch nicht im Sinne des liberalisierenden Gesetzgebers, warum Unterlagen, deren Informationen nach einem Informationsfreiheitsgesetz der Öffentlichkeit zugänglich gewesen waren, nach ihrer Widmung zum Archivgut nur noch begrenzt zugänglich sein und den langjährigen Schutzfristen un-

<sup>61</sup> Siehe nur *Matthias Rossi*, *Informationsfreiheit und Verfassungsrecht*, Berlin 2004.

terliegen sollen.<sup>62</sup> Bereits in diesem Zusammenhang wurden die Archivgesetze vielfach überarbeitet.

So haben der Bund<sup>63</sup> und die Länder Bremen<sup>64</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>65</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>66</sup> und Rheinland-Pfalz<sup>67</sup> jeweils für ihr Archivwesen *Ausnahmetatbestände* eingeführt, nach denen die Schutzfristen für ihr Archivgut entfallen. Es kommt nunmehr darauf an, ob das Archivgut zuvor, also noch in der Sphäre der laufenden Verwaltung, für die Öffentlichkeit bestimmt war, oder ob für die Unterlage ein Zugang nach dem jeweiligen IFG bestanden hat.

Jedoch bleiben zu klärende Rechtsfragen offen: Gilt der freie Zugang zu Archivgut nur für jene Unterlagen, die in Folge eines *konkreten Antrages* nach einem IFG der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden<sup>68</sup>, oder gilt die freie Zugänglichkeit für alle Unterlagen, die potentiell nach einem IFG öffentlich sind, unabhängig davon, ob tatsächlich jemals ein solcher Antrag gestellt wurde? Und, falls letzteres zutreffen sollte, wer entscheidet über die grundsätzliche frühere Zugänglichkeit nach IFG von jetzigem Archivgut – das Archiv oder die die Unterlagen abgebende Behörde?<sup>69</sup>

Letztlich ließe sich dann auch die Schutzfristverkürzung für die Benutzung von Archivgut nur auf Teile von Unterlagen beziehen, die nach IFG zugänglich waren, nämlich jene Teile, die die zugänglichen Informationen enthielten, während andere Teile der Unterlage weiterhin den üblichen archivrechtlichen Schutzfristen unterliegen. Insgesamt wirkt sich die Gesetzgebung zur Informationsfreiheit auch liberalisierend auf das Archivrecht mit seinen teilweise sehr strengen und langen Schutzfristen aus.

### 3. Archive und Digitalisierung

Der wohl tiefgreifendste Wandel des Archivwesens und seiner Rechtsgrundlagen ist *die allgemeine Digitalisie-*

*rung*, deren Reichweite sich auf alle Bereiche der Gesellschaft, seien es das Wirtschaftssystem, die Wissenschaft, die öffentliche Verwaltung, die Justiz oder die Regierungstätigkeit, erstreckt. Indem Justiz, Staatsverwaltung oder kommunale Selbstverwaltungskörperschaften zunehmend auf Informationstechnik zur Bewältigung ihrer Aufgaben zurückgreifen, fallen auch mehr und mehr elektronische Daten und Unterlagen an. Das betrifft bei Weitem nicht nur bloße E-Mails, oder die elektronischen Varianten von Schriftstücken, etwa in Word- oder pdf-Formaten.<sup>70</sup> Auch Homepages öffentlicher Stellen, elektronisch geführte *Register*<sup>71</sup>, oder besondere Datenbanken- und *Verwaltungsinformationssysteme*<sup>72</sup> produzieren fortlaufend und täglich aktualisierte Informations- und Datenbestände. Der Traum vom papierlosen Büro, der sich wohl trotz allem als Utopie herausstellte<sup>73</sup>, brachte eine Reihe von digitalen Techniken mit der Rationalität öffentlicher Verwaltungen zusammen. Zu Beginn dieser Entwicklung vielfach unbeachtet war die Tatsache, dass auch elektronische Unterlagen der öffentlichen Hand grundsätzlich dem Archivrecht und der staatlichen Pflicht zur Aufbewahrung seiner Vorgänge unterliegen. Mit einiger Verzögerung sind es nun die Archivgesetzgeber der Länder, die sich der Aufgabe annehmen, die veralteten Begrifflichkeiten des Archivrechts an das digitale Zeitalter anzupassen und das Archivwesen auf die noch anstehenden Veränderungen vorzubereiten.

Die Reformansätze fallen in den Ländern ganz unterschiedlich aus. Während manche Länder den Begriff der „Unterlage“ lediglich auf elektronische Akten oder andere Speicherformen erweiterten<sup>74</sup>, haben andere Länder

<sup>70</sup> Allgemein zur Digitalisierung siehe *Annette Guckelberger*, *VerwArch* 97 (2006), 62.

<sup>71</sup> Zu nennen sind etwa der „elektronische Datenverbund“ namens *Zollfahndungsinformationssystem* gem. § 11 ZFdG, vgl. dazu *Ino Augsberg*, *Informationsverwaltungsrecht*, Tübingen 2014, 102f.

<sup>72</sup> *Personenstandsregister* sind elektronisch zu führen: § 3 Abs. 2 S. 1 PStG; das *Bundeszentralregister* für Strafeinträge und Erziehungsentscheidungen kennt die Speicherung von Daten (§ 27 BZRG) und die elektronische Antragstellung auf Einsichtnahme (§ 30c BZRG); in der *Antiterrordatei* werden personenbezogene Daten über Personen, die terroristischen Vereinigungen angehören oder diese unterstützen, gespeichert (§ 1, 2 ATDG); das *Melderegister* kennt die Speicherung (§ 3 BMG), Aufbewahrung (§ 13 BMG) und Löschung von Daten (§ 14 BMG); das *Ausländerzentralregister* besteht aus einem allgemeinen Datenbestand und einer gesonderten Visadatei (§ 1 Abs. 1 AZRG). Zur Ausdifferenzierung des Registerwesens siehe *Peter Collin*, *Archive und Register*, in Schuppert, *Folke/Voßkuhle*, *Andreas* (Hrsg.), *Governance von und durch Wissen*, Baden-Baden 2008, 75, 80f.

<sup>73</sup> Euphorischer noch *Florian Kunstein*, *Die elektronische Signatur als Baustein der elektronischen Verwaltung*, Berlin 2005, 207.

<sup>74</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 SächsArchG in der Fassung vom 01.02.2014.

<sup>62</sup> Vgl. *Sabine Brenner-Wilczek/Gertrude Cepl-Kaufmann/Max Plassmann*, *Einführung in die moderne Archivarbeit*, Darmstadt 2006, 41.

<sup>63</sup> Erweiterung des § 5 Abs. 4 BArchG (BGBl. I 2005, 2722).

<sup>64</sup> § 7 Abs. 4 BremArchivG (GBl. 2013, 166).

<sup>65</sup> § 10 Abs. 4a ArchG Sachsen-Anhalt (GVBl. 2015, 314).

<sup>66</sup> § 7 Abs. 3 ArchivG Nordrhein-Westfalen (GV NRW 2010, 188).

<sup>67</sup> § 3 Abs. 3 LArchG Rheinland-Pfalz (GVBl. 2008, 296).

<sup>68</sup> Wie es etwa der Wortlaut der §§ 3 Abs. 3 S. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 S. 2 LArchG Rheinland-Pfalz vermuten lässt.

<sup>69</sup> Vgl. *Martin-Weber*, *IFG und Bundesarchivgesetz*, in: *Rehm, Clemens/Bickhoff, Nicole*, *Rechtsfragen der Nutzung von Archivgut*, Stuttgart 2010, 17-31.

die Digitalisierung zum Anlass genommen, umfangreichere Archivrechtsreformen anzustrengen.<sup>75</sup>

### a) Erweiterung des Unterlagen-Begriffes

Potentielles Archivgut bezieht sich in den Archivgesetzen stets auf die Definitionen der staatlichen „Unterlagen“, die zumeist mit einer längeren Aufzählung verbunden sind, um möglichst viele Formen der Informationsspeicherung zu umfassen. Beispielhaft kann die umfassende Unterlagen-Definition des Archivgesetzes Brandenburgs angeführt werden, wonach Unterlagen „insbesondere Akten, Amtsbücher, Urkunden, Handschriften und andere Schriftstücke, Dateien, amtliche Druckschriften, Pläne, Karten, Plakate, Siegel, Petschafte, Bild-, Film-, Tondokumente, maschinenlesbare sowie sonstige Informationsträger einschließlich der zu ihrer Auswertung, Sicherung und Nutzung erforderlichen Hilfsmittel und Programme“<sup>76</sup> sind. Die umfassende Auflistung versucht, die wichtigsten Speicherformen staatlichen Wissens in die Rechtsgrundlage einzubinden, bleibt jedoch („insbesondere“) auch hier noch immer offen für weitere und hinzukommende Formen. Im Zuge der Digitalisierung und der Häufung elektronischer Unterlagen wurde es notwendig, diese Unterlagen-Definition zu erweitern. Die gesetzestechnischen Lösungen hierfür sind zwar unterschiedlich, aber erfüllen jeweils ihren Zweck.

Ein Ansatz bestand darin, der Aufzählung der bekannten analogen Unterlagenformen lediglich die Erweiterung um digitale Unterlagen beizufügen (Unterlagen sind ... „auch digitale Aufzeichnungen, unabhängig ihrer Speicherform“<sup>77</sup>; bzw. „alle elektronischen Unterlagen, unabhängig von ihrer Speicherungsform sowie alle Hilfsmittel oder ergänzenden Daten, die für die Erhaltung oder das Verständnis dieser Informationen oder deren Benutzung notwendig sind“<sup>78</sup>). Der andere Ansatz verzichtete auf eine gesonderte Nennung digitaler Akten oder Dateien, und stellte vielmehr auf die Unabhängigkeit der Form der Speicherung und die *Aufhebung der Dichotomie analog/digital* ab („Unterlagen im Sinne dieses Gesetzes sind unabhängig von ihrer Speicherungsform alle Aufzeichnungen und sonstigen Informations-

objekte.“<sup>79</sup> „Unterlagen sind unabhängig von ihrer Speicherungsform alle Aufzeichnungen [...]“<sup>80</sup>).

Auffällig ist überdies der Rekurs auf die notwendigen Hilfsmittel, um bestimmte Dateien anzuzeigen und zu benutzen. Die Hilfsmittel werden zu vollwertigem Archivgut umgewidmet, sofern sie notwendig sind. Dies sind sie tatsächlich im Falle von digitalem Archivgut, da die einzelne Datei einer Datenbank ohne die entsprechende Datenbanksoftware nutzlos ist. Das gleiche gilt somit auch für übliche Programme zum Anzeigen und Nutzen für pdf-Formate, Office-Dateien oder Homepages.

### b) Digitalisierungsstrategien

Ein weiterer Aspekt der archivrechtlichen Anpassungen sind die Vorschriften für das Erstellen von *Digitalisierungsstrategien*, die gemeinsam von Landesarchiven und Landesbehörden entwickelt werden sollen, um eine einheitliche Praxis der Archivierung von elektronischen Unterlagen zu gewährleisten.<sup>81</sup> In Fragen landesweit einheitlicher Standards zur Archivierung digitaler Unterlagen, betreffend etwa die Einheitlichkeit der Dateiformate, oder die Übergabefristen müssen praktische Lösungen gefunden werden. Die reformierten Archivgesetze sprechen den Staats- oder Landesarchiven dabei eine neue, gewachsene Rolle zu. Ihnen kommen nunmehr bedeutende *Beratungsfunktionen* für staatliche Behörden und kommunale Archive in Fragen der Schriftgutverwaltung, Übergabe und Digitalisierung zu. Zugleich sind die Landesarchive vielfach bei der Aufstellung der landesweiten Digitalisierungs- und Archivierungsstrategien zu *beteiligen*.<sup>82</sup>

Auch für den Bereich der Digitalisierung von Archivgut stellt sich eine Reihe von archivrechtlichen Fragen. Neben der erwähnten Notwendigkeit zur Vereinheitlichung der Anbietung und Übergabe elektronischer Dateien an die Archive ist es auch eine Frage der Benutzerordnungen, wie diese elektronischen Unterlagen zur Benutzung angeboten werden müssen.

<sup>75</sup> Besonders umfangreich sind die Neuordnungen in Nordrhein-Westfalen (GV NRW 2010, 188; GV NRW 2014, 543), Hessen (GVBl. 2012, 458), Rheinland-Pfalz (GVBl. 2010, 301), Saarland (Amtsbl. 2009, 1386), Sachsen-Anhalt (GVBl. 2015, 314), Bremen (GBL 2013, 166) und Berlin (GVBl. 2016, 96).

<sup>76</sup> § 2 Abs. 5 BbgArchG.

<sup>77</sup> § 2 Abs. 2 ArchG Hessen.

<sup>78</sup> § 4 Abs. 1 ArchG Berlin.

<sup>79</sup> § 2 Abs. 3 S. 1 ArchG Sachsen-Anhalt.

<sup>80</sup> § 2 Abs. 2 SächsArchG.

<sup>81</sup> Vgl. §§ 3 Abs. 4 und 5, 10 Abs. 2 ArchG Nordrhein-Westfalen.

<sup>82</sup> § 9 Abs. 1 S. 3 ArchG Sachsen-Anhalt; § 4 Abs. 5, 6 u. § 5 Abs. 1 S. 4 SächsArchG; § 1 Abs. 1 S. 3 BremArchivG; § 9 Abs. 2 ArchG Saarland; § 3 Abs. 4 („Serviceleistungen“) u. Abs. 5 (landesweite Standards) ArchG NRW; § 3 Abs. 3 ArchG Berlin.

### c) Probleme digitaler Archivierung: Erhalt, Lesbarkeit, Authentizität

Zudem sind es die Speicherung und die Nutzbarmachung der elektronischen Unterlagen selbst, die die Archive vor gewaltige Herausforderungen stellen. Denn anders als lange angenommen, sind elektronische Dateien nicht für die Ewigkeit gespeichert. Ganz im Gegenteil unterliegen sie dem sogenannten „Data Rot“, dem Datenverfall, der auf Speichermedien wie CDs, DVDs, USB-Sticks oder Festplatten bereits nach 30 Jahren eintreten kann.<sup>83</sup> Die Lösung, die archivierten digitalen Unterlagen regelmäßig auf neue Festplatten zu kopieren, um die Daten nicht zu verlieren, kann nur eine vorübergehende Lösung sein. Hat man bereits in der praktischen Anwendung Übertragungsprobleme durch neu aufgespielte Betriebssysteme, neue Hardware oder Softwareupdates, die es dem Nutzer schwer machen, frühere Hard- oder Softwarekomponenten in der neuen Umgebung zu bedienen, so wird dies für die Archive, die mit wesentlich längeren Zeiträumen arbeiten, ein umso größeres Problem.<sup>84</sup> Der Erhalt und die Lesbarkeit der Daten sind angesichts des Datenverfalls und der rasanten Fortentwicklung von Soft- und Hardware, die zu Übertragungsfehlern und Leseproblemen führt, die primären Aufgaben der digitalen Archive.<sup>85</sup> Auch angesichts des digitalen Wandels bleibt die staatliche Pflicht zur Archivierung und Sicherung seiner Vorgänge bestehen. Das rechtsstaatliche Öffentlichkeits- und Aufbewahrungsprinzip ist die Voraussetzung für eine angemessene Informierung der Bevölkerung, des Parlaments und der Gerichte. Nur wenn die Vorgänge des Staates dokumentiert und erhalten bleiben, kann der Rechtsstaat auch die notwendige Rechenschaft ablegen und kontrolliert werden. Nutzt der Staat nun vermehrt elektronische Unterlagen und sind diese zugleich anfälliger für den Verfall als physi-

<sup>83</sup> Vgl. Martin Warnke, Digitale Archive, in: ders., Kulturinformatik, Lüneburg 2009, 171, 177.

<sup>84</sup> Innerhalb weniger Jahre haben sich Disketten oder CDs als veraltete Speichermedien aus der praktischen Nutzung verabschiedet. Gleiches gilt für Betriebssysteme. Anwendungen für Windows 95, Windows Vista oder Windows 7 können bereits jetzt unter dem neuen Windows 10 teilweise nicht mehr genutzt werden. Wollen Archive ihr digitales Archivgut nicht nur über 10–20 sondern eher über 100–200 Jahre nutzbar machen, so müssen Lösungen nicht nur für den Erhalt, sondern auch für die funktionierende Nutzung in zukünftigen Soft- und Hardwareumgebungen geschaffen werden. Eine Lösung könnte das sogenannte Emulieren sein, vgl. Frank Bischoff, Emulation – das Archivierungskonzept der Zukunft?, in: Wettengel, Michael, Digitale Herausforderungen für Archive, Koblenz 1999, 15.

<sup>85</sup> So sehr deutlich Hans Hofmann, Herausforderung an die digitale Erhaltung, in: Wettengel, Michael, Digitale Herausforderungen für Archive, Koblenz 1999, 9, 10ff.

sche Medien, so ergibt sich dementsprechend auch aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes die staatliche Pflicht, Lösungen für die Langzeitarchivierung von digitalem Archivgut zu finden.

Zu beachten ist außerdem die Frage nach der Authentizität digitaler Akten. War es das Wesen des *ius archivi*, den in den Archiven liegenden Urkunden eine uneingeschränkte Beweiskraft zuzuschreiben<sup>86</sup>, kann dies für digitales Archivgut mitnichten im gleichen Maße gelten. Elektronische Unterlagen können vielfach und von verschiedenen Personen bearbeitet, kopiert oder gefälscht werden, ohne dass diese Veränderungen ersichtlich sind. „Versiegelung und Unterschrift, Beschreibstoff und Typographie, die in der römischen Kaiserzeit aus der Pragmatik der Verwaltung hervorgegangen waren, stehen auf Urkunden für die Authentizität eines Schriftstücks ein.“<sup>87</sup> Doch dieses Vertrauen in die Echtheit der Dokumente kann nicht mehr für elektronische Unterlagen gelten.<sup>88</sup> Folglich müssen andere Formen der Aktenwahrheit im digitalen Archiv gefunden werden.

Ob *elektronische Signaturen*, die die klassische Unterschrift und Zurechenbarkeit zum Verantwortlichen Beamten oder zum legitimierten Archivar auf digitale Weise nachahmt, auf den Dateien für Authentizität sorgen können<sup>89</sup>, oder ob die Langzeitarchivierung durch *Migration*, bei der die archivierten Daten in immer neue standardisierte Formate des jeweiligen Standes der Technik konvergiert werden<sup>90</sup>, oder durch eine andere Form des Erhalts und des Nachweises gewährleistet wird, bleibt noch abzuwarten.

### d) Big Data im öffentlichen Archiv?

Fern am Horizont erscheint darüber hinaus noch ein weiteres datenschutzrechtliches Problem. Mit der Zunahme an digitalem Archivgut wachsen auch die Möglichkeiten, dieses informationstechnisch auszuwerten. *Big Data*, das als „die Analyse großer Datenmengen aus vielfältigen Quellen in hoher Geschwindigkeit“ mit der Absicht, „im Wege einer Zweitverwertung entscheidungsrelevante Erkenntnisse aus qualitativ vielfältigen und unterschiedlich strukturierten Informationen“<sup>91</sup> zu gewinnen definiert wird, kann so auch für den Staat von

<sup>86</sup> Vgl. Müller, Stichwort Archivrecht, in: Rotteck/Welcker 1845, 628.

<sup>87</sup> Cornelia Vismann, Akten. Medientechnik und Recht, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2011, 129.

<sup>88</sup> Vgl. Augsberg 2014, 176f.

<sup>89</sup> Vgl. Pauline Puppel, Archivalische Zeitschrift 89 (2007), 345, 347ff.

<sup>90</sup> Vgl. Hofmann, Herausforderung an die digitale Erhaltung, in: Wettengel 1999, 9, 12.

<sup>91</sup> Jan-Peter Ohrtmann/Sebastian Schwiering, NJW 2014, 2984, 2984.

einigem Interesse werden. Die Auswertung und Generierung neuen Wissens durch die entkontextualisierte Verbindung ursprünglich zu anderen Zwecken erhobener personenbezogener Daten, die nach der Aufbewahrungsfrist nun in den Archiven verweilen, bringt auch massive Risiken für das Datenschutzrecht der Betroffenen mit sich.

Ob Big-Data-Analysen mit dem geltenden Datenschutzrecht, dass ein grundsätzliches Verbot der Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten unter bestimmten Ausnahmetatbeständen konstituiert<sup>92</sup>, vereinbar sind, wird teilweise bezweifelt. Da die verwendeten Daten in Big-Data-Analysen zu ursprünglich anderen Zwecken erhoben wurden, bedeutet die massenhafte Auswertung der unterschiedlich strukturierten Informationen immer eine *zweckgeänderte Nutzung*. Die Zweckänderung unterliegt für öffentliche<sup>93</sup> und für private Stellen<sup>94</sup> jedoch strengen Voraussetzungen, bei deren Abwägung das Schutzinteresse der Betroffenen stets dann überwiegen wird, wenn die veränderte Datennutzung für den Betroffenen nicht vorhersehbar war, oder tief in seine Persönlichkeitssphäre eindringt.<sup>95</sup> Grundsätzlich kann dabei gelten, dass das Schutzinteresse des Betroffenen umso mehr überwiegt, je sensibler die entsprechenden Daten sind.

Eine *Big-Data-Analyse in öffentlichen Archiven*, sofern es sich hierbei um personenbezogene Daten handelt, wäre nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 BDSG zulässig, wenn einer der neun Erlaubnistatbestände zutrifft. Dass gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, der eine zweckveränderte Nutzung erlaubt, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht, eine archivarische Big-Data-Analyse des digitalen Archivguts zulässig ist, kann entsprechend der nachstehenden Ausführungen ausgeschlossen werden.<sup>96</sup>

Zwar ist die *Speicherung* der Verwaltungsdaten in den Archiven bereits eine Zweckänderung. Diese ist jedoch durch Rechtsvorschriften in den Archivgesetzen vorge-

sehen und damit auch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 BDSG zulässig.<sup>97</sup>

Eine massenhafte *Auswertung* der Daten durch Algorithmen, also Big Data, ist explizit in den Archivgesetzen nicht festgelegt. Zwar gibt es die Aufgabe für die Staatsarchive, das eigene Archivgut „wissenschaftlich auszuwerten“.<sup>98</sup> Aus dieser allgemeinen Formulierung zu schließen, dass eine massenhafte Auswertung aller Daten zulässig ist, dürfte jedoch eindeutig gegen das *Bestimmtheitsgebot* verstoßen.

Eine *Einwilligung* aller Betroffenen, die gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 BDSG die Zulässigkeit der Zweckänderung auslöst, ist angesichts der Menge an Betroffenen komplett realitätsfern.

Schließlich wäre aus dem Katalog des § 14 Abs. 2 BDSG nur noch Nr. 9 einschlägig, der eine zweckgeänderte Nutzung personenbezogener Daten für *wissenschaftliche Forschung* zulässt. Diese ist aber nur dann zulässig, wenn in der Abwägung „das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Zweckänderung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.“ Einer zweckgeänderten Big-Data-Analyse von digitalem Archivgut zu wissenschaftlicher Forschung sind damit mehrere Hürden gestellt. Die Zweckveränderung muss entsprechend dem Forschungsvorhaben im Archiv *erforderlich* sein, was bedeutet, dass das Forschungsvorhaben nur durch diese umfangreiche Big-Data-Analyse zu Ergebnissen kommt.<sup>99</sup>

Selbst wenn man nun diese Erforderlichkeit hypothetisch voraussetzt, so muss als weitere Hürde das wissenschaftliche Interesse *erheblich überwiegen* gegenüber dem Interesse der Betroffenen am Schutz ihrer personenbezogenen Daten.<sup>100</sup> Die hierbei vorzunehmende *Abwägung* muss insbesondere die Anzahl der Betroffenen und mögliche Missbräuche berücksichtigen.<sup>101</sup> Da nun aber gerade das Archivgut eine Fülle von sensiblen

<sup>92</sup> § 4 Abs. 1 BDSG.

<sup>93</sup> § 14 Abs. 2 BDSG.

<sup>94</sup> § 28 Abs. 2 BDSG.

<sup>95</sup> Vgl. *Peter Katko/Ayda Babaei-Beigi*, MMR 2014, 360, 363f; *Alexander Roßnagel*, ZD 2013, 562, 565. Zu den engen Grenzen auch *Jan-Peter Ohrtmann/Sebastian Schwiering*, NJW 2014, 2984, 2986f.

<sup>96</sup> Eine Prüfung der ab Mai 2018 unmittelbar geltenden Datenschutzgrundverordnung der EU erfolgt an dieser Stelle nicht, dürfte aber in der Abwägung gemäß des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus Art. 5, Art. 6 Abs. 3 S. 4 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 DSGVO zu einem vergleichbaren Ergebnis führen.

<sup>97</sup> Die Archivierung setzt die Speicherung des Archivgutes zwingend voraus, vgl. *Ulrich Dammann*, § 14, in: Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, Rn. 56.

<sup>98</sup> Vgl. etwa § 1 BArchG; § 7 Abs. 3 ThürArchG; § 2 Abs. 7 ArchivG Nordrhein-Westfalen; § 7 Abs. 3 ArchG Sachsen-Anhalt.

<sup>99</sup> Vgl. *Dammann* 2014, § 14, in: Simitis, Rn. 90.

<sup>100</sup> Vgl. *Dammann* 2014, § 14, in: Simitis, Rn. 91.

<sup>101</sup> *Peter Gola/Rudolf Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 11. Aufl., München 2012, § 14, Rn. 23: „personenbezogene Daten nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang“; *Dammann* 2014, § 14, in: Simitis, Rn. 92.

personenbezogenen Daten, wie alle Eintragungen in den Personenstandsregistern, Melderegistern, Passregistern, aber auch Steuerdaten, Gesundheitsinformationen, Sozialdaten oder Bankdaten enthält und eine massenhafte Auswertung dieser Informationen tief in die Persönlichkeit einer unbestimmten Menge an Betroffenen eingreift, was zudem von den Betroffenen zum Zeitpunkt der Erhebung all dieser Daten nicht vorhersehbar war, überwiegt hier augenscheinlich das Schutzinteresse der Betroffenen.

Eine Big-Data-Analyse in öffentlichen Archiven dürfte nach dieser Ansicht und nach geltendem Recht wohl ausgeschlossen und nicht zulässig sein.

#### **IV. Fazit**

Nach alledem zeigt sich der Wandel der öffentlichen Archive deutlich. Staatliche Archive sind nicht mehr verstaubte Ablagen für längst vergessene Unterlagen. Sie sind es bereits und werden es durch die Digitalisierung noch mehr: *moderne staatliche Informationsdienstleister*. Archive unterhalten Informationsbeziehungen zu allen staatlichen Behörden, speichern das gesamte Innenleben des Staates, machen ihr Wissen den Bürgern zugänglich und werten ihre Informationsschätze wissenschaftlich aus. Angesichts der Digitalisierung stehen sie vor gewaltigen Rechtsproblemen. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet sie, Lösungen für die Langzeitarchivierung und die Authentizität und Beweiskraft (öffentlicher Glaube) von digitalem Archivgut zu finden. Der Verlockung der massenhaften Auswertung der archivierten Informationen müssen sie widerstehen und datenschutzrechtliches Maß halten.

# Die Kreisgebietsreformen in den neuen Ländern – eine vergleichende Analyse.

von Daniel Plogmann, Berlin\*

## I. Einleitung

Die Frage der Handlungsfähigkeit der kommunalen Verwaltung treibt alle deutschen Länder in besonderer Weise um. Gerade die neuen Länder stellen dabei länderübergreifend seit ihrer Gründung einen enormen Reformdruck fest. So ist die im Vergleich zur deutlich längeren westdeutschen Verwaltungshistorie nunmehr fast 26 Jahre andauernde Entwicklung der Verwaltung in den ostdeutschen Flächenländern insbesondere durch überproportional viele Kreisgebietsreformen gekennzeichnet. Dies wirft natürlich die Frage auf, welche verallgemeinerbaren Erkenntnisse sich aus diesen Prozessen für die Durchführungen zukünftiger Kreisgebietsreformen ableiten lassen.

Im Rahmen dieses Aufsatzes kann eine solch umfassende Frage allerdings nur in Ansätzen beantwortet werden. Grundsätzlich lässt sich dabei aus einem Vergleich der Reformanstrengungen in den neuen Ländern festhalten, dass Kreisgebietsreformen sowohl in Bezug auf das Verfahren, als auch im Umgang mit den materiellen Sachfragen eine hohe Übereinstimmung aufweisen. Es ist dadurch eine Art Typologie der Kreisgebietsreformen ableitbar. Bedingt ist dies vor allem durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben und der daraus abgeleiteten Drei-Stufen-Theorie. Der Reformprozess teilt sich dabei grob in eine Konzeptionsphase (2. Stufe), der die grundsätzliche Entscheidung über die Durchführung einer Reform vorangestellt ist (1. Stufe), und in eine Phase der praktischen Implementierung dieses Konzeptes (3. Stufe). Die länderübergreifende Übereinstimmung setzt sich auch bei den inhaltlichen Wertungsentscheidungen fort, die der Gesetzgeber zu treffen hat.

Die Struktur des Beitrages orientiert sich an der Drei-Stufen-Theorie und erörtert auf der jeweiligen Stufe die wichtigsten Sachfragen des Prozesses. Im Vorgriff und zur besseren Übersicht wird aber ein kurzer historischer Abriss der Kreisgebietsreformen in den neuen Ländern erfolgen.

## II. Chronologie der Kreisgebietsreformen

Bei einer Betrachtung aller Kreisgebietsreformen in den ostdeutschen Ländern seit ihrer (Wieder-)Gründung 1990 lassen sich grob zwei Phasen feststellen. Die erste

Phase der Kreisgebietsreformen erstreckte sich von 1990 bis ca. 1998 und kann als Gründungsphase zusammengefasst werden, in der alle Länder eine Umstrukturierung ihrer Kreisebene vorgenommen haben. Diese Phase ist geprägt von der Transformation der DDR-Kreise in eine kommunale Ebene nach bundesrepublikanischen Vorbild.<sup>1</sup>

Im Vergleich zu den alten Ländern war die aus der DDR übernommene Kreisebene der neuen Länder durch eine extrem kleinteilige Struktur geprägt. Mit 189 Landkreisen<sup>2</sup> und Einwohnerzahlen pro Kreis teilweise unter 40.000 Einwohnern<sup>3</sup> lag die Kreisebene in Ostdeutschland, bezogen auf Fläche und Bevölkerung, deutlich unter dem Niveau Westdeutschlands.

Im Ergebnis erwiesen sich die Reformanstrengungen aber insgesamt als wenig erfolgreich, sodass die Kreis- wie Gemeindeebene weiterhin in einer kleinteiligen, ineffizienten Struktur verfasst blieben. Auf den Abschluss der jeweiligen Reformprozesse, die sich zwischen 1991 und 1994 ballten, folgten deshalb wenige Jahre später neue politische Diskussionen über die Notwendigkeit einer Umstrukturierung der Kreisebene. Das Ende der Gründungsphase markierte die im Jahr 1998 vom Entscheidungsträger in Sachsen-Anhalt getroffene Entscheidung einer erneuten strukturellen Reform der kommunalen Ebene<sup>4</sup>, auch wenn diese letztlich erst Jahre später und nach einem Regierungswechsel verwirklicht werden konnte.

An die Gründungsphase schloss sich somit die bis heute anhaltende Konsolidierungsphase an, bei der bisher Sachsen-Anhalt (2004–2007)<sup>5</sup>, Sachsen (2004–2008)<sup>6</sup> und Mecklenburg-Vorpommern (2007–2011)<sup>7</sup> Kreisgebietsreformen durchgeführt haben. Aktuell konzipieren

---

\* Daniel Plogmann hat in Göttingen und Erfurt Rechtswissenschaften, Politikwissenschaften und Volkswirtschaftslehre studiert und ist in Berlin tätig.

<sup>1</sup> Wolfgang Bernet, LKV 1993, 393, 393ff.

<sup>2</sup> Franz-Ludwig Knemeyer, LKV 1992, 177, 179.

<sup>3</sup> Ernst-Ulrich Pfeifer, LKV 1993, 405, 406.

<sup>4</sup> Manfred Püchel/Klaus Klang, LKV 2001, 5, 7.

<sup>5</sup> Michael Ermrich/Heinz-Lothar Theel, Der Landkreis 2006, 461, 461ff.

<sup>6</sup> Eckhard Jesse/Thomas Schubert/Tom Thieme, Politik in Sachsen, Wiesbaden 2013, 196.

<sup>7</sup> Jens Tessmann, Kommunale Gebietsreform in Mecklenburg Vorpommern, in: Junkernheinrich, Martin/Lorig, Wolfgang, Kommunalreformen in Deutschland, Baden-Baden 2013, 201, 215ff.

aber sowohl Brandenburg als auch Thüringen Reformen ihrer Kreisebenen<sup>8</sup>, sodass der Abschluss der Konsolidierungsphase auf Kreisebene in naher Zukunft möglich erscheint.

Diese zweite Phase ist dabei aber nicht nur geprägt durch abgeschlossene Neuordnungen. Gleichzeitig ist in dieser Phase eine Vielzahl von letztlich gescheiterten Reformanstrengungen zu verzeichnen. Hervorzuheben ist dabei der Reformprozess in Mecklenburg-Vorpommern in den Jahren 2002 bis 2008, als das Landesverfassungsgericht, die bereits vom Parlament verabschiedete Kreisgebietsreform aufhob.<sup>9</sup> In der gesamtdeutschen Geschichte ist dies die einzige Gebietsreform, die gänzlich für verfassungswidrig erklärt wurde und aufgrund eines *gerichtlichen* Scheiterns nie in Kraft trat. Exemplarisch für das *politische* Scheitern von Kreisgebietsreformen stehen die bisherigen Entwicklungen in Brandenburg und Thüringen. So vereinbarte in Brandenburg eine Koalition aus SPD und CDU bereits 2004 eine Kreisgebietsreform, die allerdings 2008 aufgrund vorrangiger Projekte verschoben wurde.<sup>10</sup> In der darauffolgenden Legislaturperiode verständigte sich eine Regierungskoalition aus SPD und Die Linke auf die wissenschaftliche Vorbereitung der Gebiets- und Funktionalreform durch die Einsetzung einer Enquetekommission.<sup>11</sup> Nach der Landtagswahl 2014 einigten sich beide Parteien auf die Einleitung konkreter Reformschritte.<sup>12</sup> Auch Thüringen erlebte in der Konsolidierungsphase intensive politische Debatten über die Frage der Durchführung einer Kreisgebietsreform. Gelangte die Enquete-Kommission „Zukunftsfähige Verwaltungs-, Gemeindegebiets- und Kreisgebietsstrukturen in Thüringen“ in ihrem Abschlussbericht 2009 noch zu der Auffassung, dass eine Kreisgebietsreform nicht notwendig sei<sup>13</sup>, beschloss eine neue Regierungskoalition aus CDU und SPD nach der Landtagswahl im selben Jahr einen Prüfungsauftrag für eine Gebiets- und Funktionalreform. Der Prüfungsbericht führte jedoch zu einem intensiven Bera-

tungsbedarf im Kabinett, sodass die Landesregierung letztlich von der Durchführung einer Kreisgebietsreform absah.<sup>14</sup> Eine neue Dynamik erreichte das Vorhaben der Gebietsreform in Thüringen erst nach der Landtagswahl 2014 durch die neue Parlamentsmehrheit einer Koalition aus Die Linke, SPD und Grünen.<sup>15</sup>

### III. Verfahren und Kriterien der Gebietsreformen

#### 1. Erste Stufe: Reformbeschluss

Auf der ersten Stufe und damit für die grundsätzliche Entscheidung des „Ob“ einer Gebietsreform ist die Verbindung zweier Elemente ausschlaggebend: Den Ausgangspunkt jeder Reform markiert die Feststellung eines aus den gegebenen Rahmenbedingungen abgeleiteten Handlungsbedarfs im Sinne einer gesetzgeberischen Erkenntnis der Notwendigkeit zur Veränderung der existierenden Strukturen. Neben dieser Feststellung der Reformnotwendigkeit braucht es gleichzeitig den politischen Willen des Gesetzgebers zur Durchführung einer Gebietsreform. Die Kombination beider Aspekte mündet in einer Zieldefinition, die auf der einen Seite die Entscheidung für eine Gebietsreform manifestiert. Auf der anderen Seite geht die Zieldefinition aber auch über diese Funktion hinaus.

Grundlage der Zieldefinition sind die Vorstellungen des Gesetzgebers darüber, was eine zukunftsfähige kommunale Verwaltung unter den gegebenen Restriktionen leisten sollte bzw. welche Anforderungen an sie gestellt werden müssen. Im Rahmen der Zieldefinition übersetzt der Gesetzgeber diese Vorstellungen in konkrete Vorgaben darüber, was eine reformierte kommunale Verwaltung in Zukunft leisten muss. Mit anderen Worten stellt der Gesetzgeber mit der Zielbestimmung den Zweck der Reform heraus, an dem sich das in der zweiten Stufe zu erstellende Reformkonzept zu orientieren hat. Dabei begründen die jeweiligen Gesetzgeber in den neuen Ländern sowohl die Reformnotwendigkeit als auch die Zielauswahl in vergleichbarer Weise.

<sup>8</sup> Ministerium des Innern und für Kommunales des Landes Brandenburg, Entwurf eines Leitbildes für die Verwaltungsstrukturreform 2019, Potsdam 2015, S.1ff.; Thüringer Ministerium für Inneres und Kommunales, Kommunales Leitbild „Zukunftsfähiges Thüringen“, Erfurt 2015, 1 ff.

<sup>9</sup> *VerfG MV*, DVBl 2007, 1102, 1102.

<sup>10</sup> *Märkische Online Zeitung*, Schönbohn: Kreisgebietsreform wird verschoben, <http://www.moz.de/artikel-ansicht/dg/0/1/28080/> (Stand 06.02.2016).

<sup>11</sup> *BB-LT-Drs. 5/2952-B*, 1 ff.

<sup>12</sup> Koalitionsvertrag zwischen SPD Brandenburg und Die Linke Brandenburg für die 6. Wahlperiode des Brandenburger Landtages - „Sicher, selbstbewusst und solidarisch: Brandenburgs Aufbruch vollenden“, 36 ff.

<sup>13</sup> *TH-LT-Drs. 4/5172 v. 04.05.2009*, 1 ff.

<sup>14</sup> *Thüringer Allgemeine Zeitung*, Trotz Gutachten keine Gebietsreform für Thüringen, <http://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Trotz-Gutachten-keine-Gebietsreform-fuer-Thueringen-1777539950> (Stand 19.02.2016).

<sup>15</sup> Koalitionsvertrag zwischen Die Linke, SPD, Bündnis-90/Die Grünen, Thüringen gemeinsam voranbringen – demokratisch, sozial, ökologisch, 74 ff.

## a) Reformbegründung

Der Vorgabe einer begründeten Darlegung der Reformnotwendigkeit bzw. der Darstellung des Handlungsbedarfs kann der Gesetzgeber in Form einer Defizitanalyse nachkommen,<sup>16</sup> bei der er anhand verschiedener Indikatoren eruiert, „ob bzw. inwiefern sich bei den bestehenden Kreisgebietsstrukturen Mängel in der Verwaltung oder bei der Versorgung der Bevölkerung gezeigt hätten“<sup>17</sup>. Jedoch verpflichtet die Rechtsprechung den Gesetzgeber nicht dazu, den Eintritt konkreter Defizite abzuwarten, bevor er Gegenmaßnahmen ergreift.<sup>18</sup> Vielmehr kann der Gesetzgeber die Reformnotwendigkeit auch durch zukünftige, zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht eingetretene Defizite der kommunalen Verwaltungsstruktur begründen, wenn (künftige) Veränderungen der Rahmenbedingungen die Entstehung solcher Defizite nahelegen.<sup>19</sup> Anders als bei der Defizitanalyse bedient sich der Gesetzgeber in diesem Fall einer Art Defizit*prognose*. Die Rechtsprechung eröffnet damit zwei Argumentationswege zur Begründung der Reformnotwendigkeit. Eine ausführliche Betrachtung der unterschiedlichen Begründungen zur Durchführung von Kreisgebietsreformen ergibt dabei allerdings, dass alle Gesetzgeber in den ostdeutschen Ländern auf die Defizitanalyse abheben und identische Argumente verwenden.

So begründen die Kreisgebietsreformkonzepte die Reformnotwendigkeit hauptsächlich mit den zukünftigen Auswirkungen des demografischen Wandels und zunehmenden finanziellen Restriktionen. Verursacht durch niedrige Geburtenraten und einer starken Bevölkerungsabwanderung nach der Wiedervereinigung,<sup>20</sup> komme es in Zukunft, insbesondere in den neuen Ländern, zu einem massiven Einwohnerrückgang und zur Überalterung der Bevölkerung.<sup>21</sup> Eine solche Veränderung der Bevölkerungsstruktur führe zu neuen staatlichen Aufgaben und veränderten Kapazitätserfordernissen, auf die die kleinteiligen kommunalen Strukturen nicht angemessen reagieren könnten.<sup>22</sup> Die Reformnotwendigkeit ergebe sich zudem aus zunehmenden finanziellen Restriktionen der kommunalen Haushalte und Länderbudgets. Auf der einen Seite seien Einnahmerückgänge durch die Reduktion der Bevölkerungszahlen

und das Ende oder die Drosselung finanzieller Strukturprogramme (Solidarpakt oder EU-Strukturfonds) zu erwarten.<sup>23</sup> Auf der anderen Seite stünden diesen Einnahmerückgängen steigende Ausgaben durch eine generelle Ausweitung staatlicher Aufgaben entgegen, die insbesondere die kommunalen Ebene, als ausführende Instanz, mit weiteren Ausgaben belaste.<sup>24</sup> Die Haushalte würden zudem durch den, im Vergleich zu den alten Ländern, zu hohen Personalbestand strapaziert.<sup>25</sup> Eine unabsehbare Dynamik erhalte dieser Prozess durch die Zinslasten infolge hoher Schuldenstände, zukünftiger Pensionskosten für Beamte und der Schuldenbremse.<sup>26</sup> Alle Reformkonzepte kommen daher zu dem Schluss, dass die Finanzierbarkeit aber auch die finanzielle Handlungsfähigkeit der kleinteiligen Verwaltungsstrukturen ohne Reformanstrengungen nicht mehr gesichert seien.<sup>27</sup> Ergänzend ergebe sich die Notwendigkeit zu Reformen durch den zunehmenden europäischen und globalen Wettbewerb, in dem die Kreise nach Ansicht der Gesetzgeber nur durch eine Neustrukturierung weiterhin bestehen könnten.<sup>28</sup>

## b) Reformziele

Bei der Zieldefinition im Rahmen der Gebietsreformen sind die Entscheidungsträger an die Vorgaben aus Art. 28 Abs. 2 GG sowie an die Vorgaben der jeweiligen Landesverfassungen gebunden, nach der eine Gebietsreform nur aus Gründen des Gemeinwohls zulässig ist.<sup>29</sup> Bei dem Terminus des „Gemeinwohls“ bzw. des „öffentlichen Wohls“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff,<sup>30</sup> dessen inhaltliche Konkretisierung mit den Prinzipien der Verfassung vereinbar sein muss, sich aber nicht direkt aus der Verfassung ergibt.<sup>31</sup> Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, durch die Definition von Zielen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Reform Gründe des öffentlichen Wohls voranzustellen. Der Gesetzgeber hat dazu einen gewissen Bewertungs- und Prognosespielraum, sodass eine Vielzahl von Aspekten als Gründe des öffentlichen Wohls möglich erscheinen.<sup>32</sup> Ob die mit der Reform verfolgten

<sup>16</sup>SächsVerfGH, Urteil v. 26.06.2009, 79-II-08, 38.

<sup>17</sup>VerfG MV, Urteil v. 18.08.2011, 21/10, 42; ergänzend: VerfG MV, DVBl 2007, 1102, 1006.

<sup>18</sup>VerfG MV, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, 42.

<sup>19</sup>VerfG MV, DVBl 2007, 1102, 1006.

<sup>20</sup>SA-LT-Drs. 4/2009-Begründung v. 20.01.2005, 22.

<sup>21</sup>MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, 47 ff.

<sup>22</sup>MV-LT-Drs. 4/1710 v. 18.05.2005, 112 f.

<sup>23</sup>SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, 13 ff.

<sup>24</sup>MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, 53 ff.

<sup>25</sup>SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, 17 ff.

<sup>26</sup>MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, 60.

<sup>27</sup>MV-LT-Drs. 4/1710 v. 18.05.2005, 114 ff.

<sup>28</sup>MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, S.68f.; SN-LT-Drs. 4/8811 v. 30.05.2007, 20 f.

<sup>29</sup>Siehe u.a.: Art.92 Abs. 1. ThürVerf; Art 90 Abs. 2. Verf. LSA.

<sup>30</sup>ThürVerfGH, NVwZ-RR 1997, 639, 641.

<sup>31</sup>SächsVerfGH, Urteil v. 18.06.1999, Vf.51-VIII-98, 18.

<sup>32</sup>Christoph Brüning, (Verfassungs-)Rechtliche Maßstäbe an Funktional- und Territorialreformen in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christia-

Ziele im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen und somit zulässige Gemeinwohlaspekte darstellen, entscheidet im Zweifelsfall letztlich das jeweilige Landesverfassungsgericht.

Es lassen sich aus vergleichender Perspektive alle benannten Reformziele zwei Oberzielen zuordnen. Auf der einen Seite steht das Ziel einer Steigerung der Leistungsfähigkeit der Verwaltungsstrukturen. Auf der anderen Seite das Ziel der Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung. Im Rahmen einer intensiveren Auseinandersetzung mit dem Thema bedürfen beide Ziele, insbesondere das Ziel der Stärkung der Leistungsfähigkeit, einer genaueren Konturierung, was an dieser Stelle nicht erfolgen kann.

## 2. Zweite Stufe: Reformkonzept

Mit der Zieldefinition hat der Gesetzgeber der Reform Vorstellungen über das vorangestellt, was eine reformierte kommunale Verwaltung in Zukunft leisten soll. Auf der zweiten Stufe gilt es nun, durch die Bestimmung von strukturellen Vorgaben ein Konzept zur Neuordnung der kommunalen Strukturen zu erarbeiten.

Der Gesetzgeber muss durch die Vorgaben die strukturellen Parameter dabei so umgestalten, dass durch eine spätere praktische Umsetzung des Konzepts die angestrebten Ziele verwirklicht werden können. Dabei sind diese Vorgaben Ergebnis eines Abwägungsprozesses, bei dem der Gesetzgeber die für die Zielerreichung entscheidenden strukturellen Parameter unter Berücksichtigung der gegebenen faktischen und verfassungsrechtlichen Begrenzungen aufeinander abstimmt. Im Rahmen einer Gebietsreform sind dies die *Organisationsstruktur*, *Einwohnerzahl* und *räumliche Ausdehnung* der Selbstverwaltungskörperschaften sowie die *Aufgabenzuständigkeit* der Verwaltungseinheiten. Der Gesetzgeber entwickelt dazu im Rahmen des Leitbildes spezifische strukturelle Vorgaben für jeden dieser Aspekte, die wiederum zusammengenommen die Grundpfeiler für die Neustrukturierung der kommunalen Verwaltungsstruktur bilden. Allerdings gestaltet sich der Abwägungsprozess diffizil, da zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung andere strukturelle Vorgaben notwendig sind, als zur Steigerung der kommunalen Leistungsfähigkeit. So zeichnet sich die kommunale Selbstverwaltung im Idealfall durch die gemeinschaftliche Beratung und Entscheidung aller öffentlichen Angelegenheiten aus. Solche deliberativen

---

ne/Franzke, Jochen (Hrsg.), *Starke Kommunen in leistungsfähigen Ländern*, Potsdam 2013, 27, 41 f.

Verfahren setzen allerdings voraus, dass alle Mitglieder zunächst in der Lage sind, an der Beratschlagung teilzunehmen und über alle entscheidungsrelevanten Informationen verfügen. In Bezug auf die kommunale Ebene sind deshalb zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung kleinteilige Organisationsstrukturen mit möglichst wenig Einwohnern, einer überschaubaren Fläche und begrenzten Zuständigkeiten notwendig. Im Gegensatz dazu sind Organisationsstrukturen, die Ressourcen bündeln, Kompetenzen konzentrieren und ein großes Aufgabenportfolio für eine Vielzahl von Bürgern anbieten, nach allgemeiner Auffassung besonders leistungsfähig. Dahinter steht die Vorstellung, dass Verwaltungseinheiten effektiver und effizienter arbeiten, je größer die zu bearbeitenden Fallzahlen sind.<sup>33</sup>

Mit dieser Argumentation wird der volkswirtschaftliche Gedanke der „Economy of Scale“ auf den verwaltungsökonomischen Kontext übertragen.<sup>34</sup> In Anbetracht dieser divergierenden Vorstellung gestaltet sich eine gleichzeitige Maximierung beider Ziele durch die Neuorganisation der Verwaltung als nicht möglich. Im Rahmen der Abwägungsentscheidung muss der Gesetzgeber also beide Zieldimensionen austarieren. Die Rechtsprechung hat dabei herausgearbeitet, dass sich der Gesetzgeber für die Bevorzugung eines Ziels entscheiden kann, wenn das zurückgestellte Ziel bei der Entscheidung berücksichtigt wird.<sup>35</sup> Hinsichtlich dieser Wahlmöglichkeit haben alle Gesetzgeber übereinstimmend der Steigerung der Leistungsfähigkeit den Vorrang gegenüber der Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung eingeräumt.<sup>36</sup> Länderübergreifend setzen dabei alle Reformkonzepte zur Leistungssteigerung vorrangig auf eine Vergrößerung der Einwohnerzahlen der kommunalen Strukturen. Um dies zu erreichen stehen dem Gesetzgeber grundsätzlich zwei Optionen offen: auf der einen Seite die Ausbildung von *Kooperationsformen* und auf der anderen Seite die flächenmäßige *Neugliederung* der kommunalen Ebene.

### a) Kooperationsmodelle

Aus organisatorischer Perspektive ist der Landkreis als Einheitsmodell zu qualifizieren. Ein Einheitsmodell zeichnet sich dabei durch seine rechtliche Selbstständigkeit und die eigenverantwortlichen Kompetenzen bei der Ausführung aller ihnen obliegenden Aufgaben aus. Diese Selbstständigkeit wird auch durch eine nach außen

---

<sup>33</sup> *BB-LT-Drs.* 5/8000 v. 25.10.2013, 97; *MV-LT-Drs.* 5/2683 v. 08.07.2009, 80.

<sup>34</sup> *MV-LT-Drs.* 5/2683 v. 08.07.2009, 79.

<sup>35</sup> *VerfG MV*, Urteil v. 18.08.2011, 21/10, 52.

<sup>36</sup> *VerfG SA*, Urteil v. 21.04.2009, 12/08, Rn. 31.

hin abgegrenzte Fläche deutlich.<sup>37</sup> Im Gegensatz zu dem Einheitsmodell steht das Kooperationsmodell. Dieser Organisationstyp zeichnet sich dadurch aus, dass er eine Vergrößerung der Verwaltungsstruktur bei gleichzeitiger Beibehaltung der Gebietsstrukturen ermöglicht. So wird bei der Bildung von Kooperationsmodellen die bestehende räumliche und organisatorische Struktur der Kreise nicht verändert. Die Integration der Bürger in den bisherigen kommunalen Kontext bleibt bestehen und die kommunale Selbstverwaltung somit gewahrt. Eine Steigerung der Leistungsfähigkeit erfolgt im Rahmen der Kooperationsmodelle durch die Auslagerung von Aufgaben an neu zu gründende Strukturen, die diese Aufgaben für eine begrenzte Zahl von Kreisen und damit für eine größere Zahl von Bürgern übernehmen. Durch die Bündelung der personellen und sachlichen Ressourcen zur Aufgabenerledigung über die Kreisgrenzen hinaus sollen in einer ergänzenden Struktur gerade bei hochspezialisierten Aufgaben Synergieeffekte geschaffen und Kapazitäten vollständig ausgeschöpft werden. In einer ländervergleichenden Analyse ist allerdings festzuhalten, dass kein Land bisher im Rahmen einer Kreisgebietsreform versucht hat Kooperationsmodelle zwischen bestehenden Landkreisen auszubilden.

## b) Neugliederung

Zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen Strukturen bietet sich alternativ die Vergrößerung der Einwohnerzahlen von Einheitsmodellen an. Eine damit zwangsläufig verbundene Neugliederung der räumlichen Struktur stellt aus rechtlicher Sicht den stärksten Eingriff in das Recht der Selbstverwaltung auf kommunaler Ebene dar. Dennoch hat die Rechtsprechung herausgearbeitet, dass die kommunale Selbstverwaltung Landkreise nur institutionell und nicht individuell schützt. Eine räumliche Neugliederung ist daher grundsätzlich möglich, wenn die kommunale Selbstverwaltung ausreichend beachtet wird.<sup>38</sup> Konkrete Vorgaben über die ideale Einwohnerzahl pro Kreis enthält die Rechtsordnung hingegen nicht, auch lässt sich die „optimale Betriebsgröße“ der Landkreise nicht betriebs- oder volkswirtschaftlich berechnen. Jedoch lassen sich aus dem Spannungsfeld von Leistungsfähigkeit und kommunaler Selbstverwaltung Ober- und Untergrenzen für die Bestimmung der konkreten Einwohnerzahl ableiten.<sup>39</sup> Eine Untergrenze bildet dabei die Leistungsfähigkeit der Strukturen. So müssen Kreise über so viele Einwohner verfügen, dass sie zu einer leistungsfähigen Aufgabenerfüllung in der

Lage sind. Würde der Gesetzgeber allerdings nur auf den Aspekt der Leistungsfähigkeit abstellen, so wäre es unter den Gesichtspunkten einer möglichst effizienten und effektiven Verwaltungsstruktur rational die Einwohnerzahl maximal auszuweiten. Insbesondere auf Kreisebene sind solche Ansätze im Konzept der Regionalkreisbildung zusammengefasst, das eine deutliche Maßstabsvergrößerung der Kreise unter Einkreisung der bisher kreisfreien Städte vorsieht.<sup>40</sup> Neben den nicht weiter verfolgten Plänen einer Regionalkreisbildung in Sachsen<sup>41</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>42</sup> und Brandenburg<sup>43</sup> hat das Konzept in Mecklenburg-Vorpommern als Kernelement einer umfassenden Verwaltungsmodernisierung mit geplanten Kreisgrößen von 400.000 bis 500.000 Einwohnern praktische Umsetzung erfahren.<sup>44</sup> Letztlich stellte das Landesverfassungsgericht von Mecklenburg-Vorpommern allerdings die Unvereinbarkeit der Kreisgebietsreform mit der Landesverfassung fest.<sup>45</sup>

Die Richter begründeten dies jedoch nicht mit einer generellen Unvereinbarkeit von Regionalkreisen mit der Verfassung. Vielmehr sei in der konkreten Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers für oder gegen die Einführung von Regionalkreisen der Aspekt der kommunalen Selbstverwaltung gegenüber dem Ziel der Steigerung der Leistungsfähigkeit nicht hinreichend berücksichtigt worden.<sup>46</sup> Mit dem Urteil des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommerns zur Kreisgebietsreform lassen sich wiederum Obergrenzen für die Einwohnerzahl pro Kreis ableiten. Der für die Obergrenze entscheidende Aspekt ist die Ausdehnung der Fläche bei der Neugliederung. Gerade bei Ländern mit einer geringen Einwohnerdichte wie Brandenburg oder Mecklenburg-Vorpommern hat eine Erhöhung der Einwohnerzahlen pro Kreis im Zuge der Neugliederung die überproportionale Ausdehnung der Kreisfläche zur Folge. Nach geltender Rechtsprechung des Landesverfassungsgerichts in Mecklenburg-Vorpommern darf der Gesetzgeber jedoch keine Landkreise schaffen, die wegen ihrer Flächenausdehnung das Funktionieren des Kreises als kommunale Selbstverwaltungseinheit behindern.<sup>47</sup>

<sup>37</sup> Hubert Meyer, LKV 2005, 233.

<sup>38</sup> Eine vorgeschlagene Option bei der Umstrukturierung der Landesverwaltung siehe Wolf-Uwe Sponer, LKV 2006, 337, 342.

<sup>39</sup> Oppositionsparteien fordern im Rahmen der Kreisgebietsreformen die Bildung von Regionalkreisen, vgl. Michael Ermrich/Heinz-Lothar Theel, Der Landkreis 2006, 461, 461ff.

<sup>40</sup> BB-LT-Drs. 5/8000 v. 25.10.2013, 104 f.

<sup>41</sup> MV-LT-Drs. 4/205 v. 04.02.2003, 11.

<sup>42</sup> VerfG MV, DVBI 2007, 1102, 1002.

<sup>43</sup> VerfG MV, DVBI 2007, 1102, 1006.

<sup>44</sup> VerfG MV, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, 40.

<sup>37</sup> Hubert Meyer, DVBI 2007, 78, 81.

<sup>38</sup> VerfG SA, Urteil v. 09.03.2007, 7/06, Rn. 59 f.

<sup>39</sup> Wilfried Erbguth, LKV 2004, 1.

Ab welcher flächenmäßigen Ausdehnung der Aspekt der kommunalen Selbstverwaltung bei der Bevorzugung des Ziels der Leistungssteigerung nur noch eine unverhältnismäßige Berücksichtigung finde, hat das Verfassungsgericht jedoch nicht in Form einer konkreten Obergrenze festgelegt.<sup>48</sup> Vielmehr hat die Rechtsprechung sich grundsätzlich zu verschiedenen Kreisgrößen und deren Vereinbarkeit mit der Verfassung geäußert, sodass diese dem Gesetzgeber als Handreichung für seine Reform dienen können. Den Ausgangspunkt bilden dabei die bekannten Kreisgrößen von 1.000 bis 3.000 km<sup>2</sup>, bei denen Einbußen in der bürgerschaftlich-demokratischen Mitwirkung nicht feststellbar seien.<sup>49</sup> Auf Grundlage verschiedener empirischer Studien<sup>50</sup> kommt das Gericht außerdem zu dem Schluss, dass eine abnehmende Bereitschaft des Bürgers zur Mitarbeit in den Selbstverwaltungsorganen auch bei einer Erweiterung des Kreisgebiets auf 4.000 km<sup>2</sup> oder 5.400 km<sup>2</sup> nicht zu erwarten sei.<sup>51</sup> Inwiefern es zu Einbußen der kommunalen Selbstverwaltung bei größeren Kreisflächen kommt, lässt das Gericht hingegen offen. Eine solche Frage musste aber bisher auch noch nicht an die Landesverfassungsgerichte herangetragen werden, da sich die bisherigen Vorgaben in Bezug auf Einwohner und Fläche innerhalb der vorgegebenen Parameter bewegten.

### 3. Dritte Stufe: Reformimplementierung

Dem Abschluss der zweiten Stufe und den Übertritt in die dritte Stufe markiert die Annahme des Leitbildes durch den Landtag.<sup>52</sup> Anders als auf den beiden ersten Stufen, in deren Mittelpunkt hauptsächlich konzeptionelle Fragen stehen, liegt der Schwerpunkt der dritten Stufe auf der Implementierung des erarbeiteten Leitbildes.

Bei der praktischen Umsetzung des Konzeptes erhalten Verfahrensfragen eine herausgehobene Bedeutung, die wiederum beeinflusst werden von den Verfahrensparametern Durchsetzbarkeit und Akzeptanz der Gebietsreform. Im Kontext der Reformumsetzung adressiert die Durchsetzbarkeit die zeitliche Dauer von Reformbeschluss bis zum Inkrafttreten der Reform. Der gesamte Prozess muss dabei in einem angemessenen Zeitrahmen erfolgen. Eine zeitliche Überdehnung der einzelnen Verfahrensschritte erhöht die Gefahr eines Scheiterns der

Reform, beispielsweise durch einen Regierungswechsel nach einer Landtagswahl. So erfolgt die Verabschiedung der Gesetze zumeist auch innerhalb einer Legislaturperiode.

Die Akzeptanz der Neugliederung, verstanden als Zustimmung der Bürger zu dieser, ist keine verfassungsrechtliche Vorgabe, die durch das Verfahren erreicht werden müsste. Der Gesetzgeber ist vielmehr berechtigt, die Reform auch gegen Widerstände in der Bevölkerung durchzuführen, wenn er eine Neugliederung für erforderlich erachtet und die verfassungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt. Die Notwendigkeit einer gewissen Akzeptanz ergibt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang. So wird sich eine Reform nur schwer gegen den massiven Widerstand der Bevölkerung durchsetzen lassen. Folge einer mangelnden Akzeptanz könnte zudem ein Rückgang der bürgerschaftlich-demokratischen Partizipation in den Selbstverwaltungsorganen sein. Ein solcher Rückgang würde die kommunale Selbstverwaltung insgesamt gefährden.<sup>53</sup>

Voraussetzung für die Akzeptanz der Neugliederung ist wiederum die Identifikation der Bürger mit den neuen kommunalen Strukturen. Eine Definition des Begriffs Identität ist im höchsten Maße subjektiv geprägt und kann damit im Kontext dieses Beitrages nicht umfassend dargestellt werden. Am ehesten ist das Konzept der Identifikation als Vertrautheit bzw. Bekanntheit der Lebensumwelt aufzufassen. Durch die Auflösung der vertrauten Kreise und deren Eingliederung in vergrößerte Strukturen wird die Identifikation zwar nicht zerstört, aber stark belastet. Ein Identifikationsverlust lässt sich allerdings abschwächen, wenn die betroffenen Bürger Einfluss auf die konkrete Neugliederungsentscheidung bekommen. Anders ausgedrückt kann durch die Beteiligung der Bürger Identifikation mit den neuen Strukturen wachsen.<sup>54</sup> Eine Akzeptanz der Reform lässt sich somit durch das Verfahren sicherstellen, wenn es gelingt, durch die Einbindung der Bürger eine Vertrautheit mit den neuen Strukturen zu schaffen. Dazu braucht es Phasen, in denen die Bürger, respektive deren kommunale Repräsentanten, selbst entscheiden mit welchen Nachbarn sie sich leitbildgerecht zusammenschließen wol-

<sup>48</sup> *VerfG MV*, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, 40.

<sup>49</sup> *VerfG MV*, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, 48.

<sup>50</sup> *Joachim-Jens Hesse*, Kreisgröße und kommunales Ehrenamt, Berlin 2008, 89.

<sup>51</sup> *VerfG MV*, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, 48 f.

<sup>52</sup> *BB-LT-Drs. 3/1732-B; SA-LT-Drs. 4/2009-Begründung* v. 20.01.2005.

<sup>53</sup> *Ulrich Sarcinelli/Mathias König/Wolfgang König*, Bürgerbeteiligung im Rahmen der Kommunal- und Verwaltungsreform in Rheinland-Pfalz, Mainz 2009, 11.

<sup>54</sup> *Carsten Herzberg*, Partizipatorische Maßstäbe an kommunale Territorialreformen, in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Franzke, Jochen, *Starke Kommunen in leistungsfähigen Ländern*, Potsdam 2013, 47, 49.

len.<sup>55</sup> Das Verfahren muss somit den Aspekt der Freiwilligkeit betonen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Identifikation umso größer ist, je konkreter die kommunalen Strukturen mit der eigenen Lebenswirklichkeit übereinstimmen. Die Identifikation mit der eigenen Gemeinde ist daher um ein Vielfaches höher als mit dem heimischen Landkreis. Dies hat eine unterschiedliche Bedeutung des Parameters Akzeptanz bei der Durchführung von Kreis- und Gemeindegebietsreformen zur Folge. So gab es in allen ostdeutschen Ländern bei der Vorbereitung der Kreisgebietsreform eine Einbindung in Form von Regionalkonferenzen, die letztlich aber wenig Einfluss auf den folgenden Prozess hatten. Möglichkeiten für freiwillige Zusammenschlüsse von Kreisen gab es im Rahmen der Kreisgebietsreformen in Sachsen<sup>56</sup> und Sachsen-Anhalt<sup>57</sup>. Von diesem Angebot machten die Kreise allerdings keinen Gebrauch. Letztlich erfolgte die Umsetzung aller Kreisgebietsreformen durch einen vom Gesetzgeber vorgenommenen Neuzuschnitt der Kreisebene.

Weiterhin zeichnete sich der parlamentarische Prozess zur Verabschiedung der Kreisgebietsreformen durch ein stringentes Verfahren aus. Federführender Ausschuss ist dabei unabhängig von Kreis- oder Gemeindegebietsreform zumeist der Innenausschuss unter Beteiligung verschiedener anderer Ausschüsse.<sup>58</sup> Einen Sonderweg ging in diesem Fall Mecklenburg-Vorpommern, indem der Landtag eigens den Sonderausschuss „Verwaltungsmodernisierung und Funktionalreform“ einrichtete, der das parlamentarische Verfahren bei der Kreisgebietsreform leitend übernahm.<sup>59</sup> Zur Kreisgebietsreform erarbeitet die Landesregierung auf Grundlage des Leitbildes einen Gesetzesentwurf, der das Reformkonzept durch den Zuschnitt der neuen Landkreise und Benennung der Kreissitze konkretisiert. Dieser Entwurf durchläuft in der Folge das Gesetzgebungsverfahren, welches durch die Annahme des Gesetzes im Plenum seinen parlamentarischen Abschluss findet.

Ergänzend zu den vorherigen Stufen, stellt sich auch die praktische Umsetzung des Leitbildes als eine vom Gesetzgeber vorzunehmende und zu begründende Abwägungsentscheidung dar. Der Gesetzgeber konkretisiert

dazu die strukturellen Vorgaben des Reformkonzepts am Einzelfall, indem er den Zuschnitt der neuen Strukturen auf Kreis- und Gemeindegebietsebene festlegt. Von den so entstandenen Kreisen und Gemeinden ist anzunehmen, dass sie unter den gegebenen verfassungsrechtlichen und faktischen Restriktionen am geeignetsten sind, die Leistungsfähigkeit der Verwaltungsstrukturen zu steigern und gleichzeitig die kommunale Selbstverwaltung zu stärken. Voraussetzung einer solchen Entscheidung ist zunächst die hinreichende Ermittlung der konkreten Sachverhaltsumstände vor Ort. Auf dieser Grundlage ist der Gesetzgeber auch nach der Verfassung berechtigt eine Entscheidung über den konkreten Zuschnitt der Strukturen zu treffen.<sup>60</sup>

Diese Entscheidung ist allerdings bereits durch die strukturellen Vorgaben des Leitbildes stark determiniert. Aus der Vorgabe einer einheitlichen Mindesteinwohnerzahl in Verbindung mit einer Maximalfläche ergibt sich eine eingrenzende Zahl möglicher Gebietsstrukturen. Weiterhin streben alle Gesetzgeber die Vollfusion der bestehenden Kreise und Gemeinden in die neuen Strukturen an. Dies grenzt die Handlungsoptionen des Gesetzgebers weiter ein.<sup>61</sup> Dabei ist zwischen dem Ziel einer möglichst homogenen Gestaltung der kommunalen Strukturen, die hinsichtlich Fläche und Einwohnerzahl keine allzu großen Schwankungen aufweisen, und der Maßgabe, bestehende Gebietsgrenzen nicht zu zerschneiden, ein Zielkonflikt festzustellen.<sup>62</sup> Um diesen Konflikt aufzulösen kam es teilweise zur Zerschneidung von Kreisen und zur unterschiedlichen Inkorporation in die neuen Kreisstrukturen. So wurden im Rahmen der Kreisgebietsreform in Sachsen-Anhalt die Landkreise Anhalt-Zerbst und Aschleben-Straßfurt zerschnitten.<sup>63</sup> Auch in Mecklenburg-Vorpommern wurde im Kontext der Kreisgebietsreform ein Teil des aufgelösten Landkreises Demmin abgeschnitten und einem anderen Landkreis zugeordnet.<sup>64</sup>

Vor dem Hintergrund der strukturellen Vorgaben, dem Ziel der Vollfusion und den faktischen Begrenzungen, die sich aufgrund von Topografie, Einwohnerdichte und räumlicher Siedlungsstruktur ergeben, stellt sich die Konkretisierung des Leitbildes als Auswahl einer Option aus einer begrenzten Zahl von Alternativen dar. Bei der Abwägung dieser verbleibenden Alternativen orientieren sich die Gesetzgeber länderübergreifend an räum-

<sup>55</sup> Sarcinelli/König König 2009, Bürgerbeteiligung, 14.

<sup>56</sup> SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, 3.

<sup>57</sup> SA-LT-Drs. 4/2182 v. 18.05.2005, 16.

<sup>58</sup> SN-LT-Drs. 4/10840 v. 18.01.2008; MV-LT-Drs. 5/4410 v. 15.06.2011.

<sup>59</sup> Merlin Franke, Das Projekt der Kreisgebietsreform in Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein, Frankfurt/M. 2012, 80; MV-LT-Drs. 4/2163 v. 27.03.2006.

<sup>60</sup> VerfG ST, Urteil v. 21.04.2009, 12/08, Rn. 21.

<sup>61</sup> MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, 88f.; SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, 77.

<sup>62</sup> MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, 81.

<sup>63</sup> SA-LT-Drs. 4/2182 v. 18.05.2005, 4.

<sup>64</sup> MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, 139.

lichen Abgrenzungskriterien.<sup>65</sup> Dabei kommt diesen Kriterien gegenüber den allgemeinen strukturellen Vorgaben des Leitbildes eine niedrige Bedeutung zu, da sie „keine derart unmittelbare[n] Einfluss auf die Ziele der Landkreisneuordnung“<sup>66</sup> haben. Die räumlichen Abgrenzungskriterien dienen damit der Feinabstimmung der Reform.

#### **IV. Bewertung**

Die lange Auseinandersetzung der neuen Länder mit dem Thema der Kreisgebietsreform hat dazu geführt, dass der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab klar konturiert ist. In Bezug auf das Verfahren und die materiellen Sachfragen bestehen heute nur noch bei der flächenmäßigen Ausdehnung der Kreise Unklarheiten. Trotzdem ist kaum ein anderes landespolitisches Thema so umstritten, wie das Vorhaben eine Gebietsreform durchzuführen. Die breite Unterstützung eines Volksbegehrens gegen die Kreisgebietsreform in Thüringen macht dies deutlich. Bei den aktuellen Gebietsreformen liegt die politische Herausforderung damit nicht mehr so sehr auf einer verfassungsgemäßen Durchführung einer Reform, hier sind die Voraussetzungen klar abgesteckt, sondern in der Herstellung einer Akzeptanz der Reform in der Bevölkerung. Gelingt die Herstellung einer solchen Akzeptanz nicht, wird die politische Kraftanstrengung der Regierungskoalition enorm sein müssen und das Scheitern der Reform sehr wahrscheinlich.

---

<sup>65</sup> *SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung* v. 30.05.2007, 86.

<sup>66</sup> *MV-LT-Drs. 5/2683* v. 08.07.2009, 81.

### Niedersächsischer Staatsgerichtshof, Urteil vom 29.

Januar 2016, 1/15, 2/15, 3/15, StGH 1/15, StGH 2/15, StGH 3/15

#### Zur unverzüglichen Beantwortung parlamentarischer Kleiner Anfragen

*Der niedersächsische Staatsgerichtshof hatte sich im Rahmen dreier Organstreitverfahren mit der Frage zu beschäftigen, ob die Rechte der Antragstellerin (die CDU-Fraktion im niedersächsischen Landtag) aus Art. 24 Abs. 1 Niedersächs.Verf. dadurch verletzt sind, dass die von ihr gestellten Kleinen Anfragen von der Landesregierung nicht unverzüglich beantwortet worden sind.*

*Die Entscheidung setzt sich daraufhin ausführlich mit der Frage auseinander, wann eine Beantwortung dem parlamentarischen Fragerecht angemessen ist und liefert grundsätzliche Auseinandersetzungen zum Parlamentsrecht.*

#### Leitsätze:

1. Unverzüglich im Sinne des Art. 24 Abs. 1 NV ist ein Antwortverhalten der Landesregierung, das dem Zweck des parlamentarischen Fragerechts unter Berücksichtigung konkurrierender Aufgaben der Landesregierung und ihrer personell-organisatorischen Möglichkeiten gerecht wird.
2. Dem parlamentarischen Fragerecht kommt ein hoher Stellenwert zu. Es soll dem Abgeordneten die notwendigen Informationen zur Wahrnehmung seiner Aufgaben verschaffen und dadurch die Entwicklung von Initiativen einerseits und eine wirksame Kontrolle der Regierungstätigkeit durch das Parlament andererseits ermöglichen.
3. Die Landesregierung hat im Spannungsverhältnis zwischen Vollständigkeit und Unverzüglichkeit einer Antwort auf Kleine Anfragen die Recherchetiefe unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Interessen des Fragestellers sachgerecht zu bestimmen, den Beantwortungsvorgang zweckmäßig zu organisieren und im Konfliktfall zwischen der Pflicht zur unverzüglichen Antwort und konkurrierenden Aufgaben der Landesregierung verfassungskonform zu priorisieren. Bei der Erfüllung und Abwägung dieser Pflichten kommen der Landesregierung Einschätzungsspielräume zu.
4. Beantwortet die Landesregierung Kleine Anfragen innerhalb eines Monats, besteht eine Vermutung für die Unverzüglichkeit der Antwort. Im Übrigen unterliegt ihr Antwortverhalten unter Berücksichtigung der ihr eingeräumten Einschätzungsspielräume im Hinblick auf den Zeitbedarf einer Plausibilitätskontrolle. Die Landesregierung hat nachvollziehbar darzulegen, aufgrund welcher Umstände sie an einer früheren Antwort gehindert war. Die Anforderungen an die Plausibilität der darzulegenden Hinderungsgründe steigen dabei mit zunehmender Entfernung von der Monatsfrist kontinuierlich an.

Aus den Gründen:

#### [37-39]

Die Anträge sind zulässig. Antragsberechtigung und Antragsbefugnis der Antragsteller ergeben sich aus Art. 24 Abs. 1, 54 Nr. 1 NV in Verbindung mit §§ 8 Nr. 6, 30 StGHG, § 64 Abs. 1 BVerfGG.

Das Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller entfällt nicht deshalb, weil diese vor Einleitung des Organstreitverfahrens die Beantwortung ihrer Anfrage nicht (noch einmal) im parlamentarischen Raum angemahnt haben. Eine dahingehende allgemeine verfassungsrechtliche Obliegenheit besteht nicht (BVerfG, Ur. v. 12.7.1994 - 2 BvE 3/92 u.a. -, BVerfGE 90, 286 [339 f.]; Ur. v. 22.11.2001 - 2 BvE 6/99 -, BVerfGE 104, 151 [198]). Besonderheiten, die ausnahmsweise eine andere Betrachtung erfordern könnten, liegen nicht vor.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist auch nicht durch die zwischenzeitliche Beantwortung der Anfragen entfallen. Das Organstreitverfahren ist nicht allein auf die Durchsetzung bestimmter Auskunftsrechte der Antragsteller, sondern im Interesse künftigen Rechtsfriedens auch auf die objektive Klärung der Frage gerichtet, ob die Dauer bis zur Antworterteilung dem Anspruch der Antragsteller auf die unverzügliche Beantwortung ihrer Anfragen gerecht geworden ist (vgl. Nds. StGH, Ur. v. 22.10.2012 - StGH1/12 -, juris Rn. 50 m.w.N.). Diese Frage ist zwischen den Beteiligten nach wie vor streitig und daher klärungsbedürftig.

#### [40-45]

Die Anträge sind begründet.

Nach Art. 24 Abs. 1 NV hat die Landesregierung Anfragen von Mitgliedern des Landtages im Landtag und in seinen Ausschüssen "nach bestem Wissen unverzüglich und vollständig" zu beantworten.

Obwohl eine unverzügliche Antwort auf parlamentarische Anfragen durchgängig geschuldet ist, haben sich Rechtsprechung und Literatur im verfassungsrechtlichen Zusammenhang bislang nur am Rande oder ausnahmsweise (BbgVerfG, Ur. v. 20.11.1997 - 16/97 -, juris Rn. 15) mit der Definition und Auslegung des Begriffs unverzüglich auseinandergesetzt.

Die dabei in Bezug genommene Legaldefinition in § 121 BGB als eines Handelns "ohne schuldhaftes Zögern" kann im verfassungsrechtlichen Zusammenhang nur bedingt nutzbar gemacht werden. "Schuldhaftes Zögern" ist namentlich nicht erst dann gegeben, wenn einzelne Minister oder Mitarbeiter der Ministerialverwaltung subjektiv vorwerfbar handeln oder unterlassen. Art. 24 Abs. 1 NV nimmt anders als das Zivilrecht keine Zurechnung von Handlungsfolgen zu bestimmten Personen vor, sondern definiert objektiv die Rechte und Pflichten von Staatsorganen im Verhältnis zueinander im Interesse einer ausgewogenen Gewaltenteilung. Unverzüglich ist vor diesem Hintergrund ein Antwortverhalten der als Einheit zu sehenden Regierung, das dem Zweck des parlamentarischen Fragerechts (1.) unter Berücksichtigung konkurrierender Aufgaben der Regierung (2.) und ihrer personell-organisatorischen Möglichkeiten (3.) gerecht wird. Der Regierung kommen dabei – ausgehend von einer Monatsfrist als "Regelbeantwortungsfrist" – Einschätzungsspielräume zu, deren Nutzung zulasten einer umgehenden Beantwortung mit zunehmendem Zeitablauf erhöhten Plausibilitätsanforderungen und damit im Verfahren vor dem Staatsgerichtshof auch gesteigerten Darlegungspflichten genügen muss (4.).

1. Nach Art. 7 NV ist Aufgabe des Landtages neben der Gesetzgebung, der Beschlussfassung über den Landeshaushalt, der Wahl des

Ministerpräsidenten und der Mitwirkung bei der Regierungsbildung vor allem die Überwachung der vollziehenden Gewalt nach Maßgabe der Verfassung. Angesichts des strukturellen Informationsvorsprungs der Regierung ist es der Sinn des Art. 24 Abs. 1 NV, dem Abgeordneten die notwendigen Informationen zur Wahrnehmung seiner Aufgaben zu verschaffen und dadurch die Entwicklung von Initiativen einerseits und eine wirksame Kontrolle der Regierungstätigkeit durch das Parlament andererseits zu ermöglichen (vgl. BVerfG, Urt. v. 21.10.2014 - 2 BvE 5/11 -, juris Rn. 38 ff.; Beschl. v. 25.3.1981 - 2 BvE 1/79 -, BVerfGE 57, 1 [5]; Beschl. v. 18.7.1961 - 2 BvE 1/61 -, BVerfGE 13, 123 [125]; Nds. StGH, Beschl. v. 25.1.1997 - StGH 1/97 -, juris Rn. 32). Dem parlamentarischen Fragerecht kommt daher nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs ein hoher Stellenwert zu (Beschl. v. 17.1.2008 - StGH 1/07 -, StGHE 4, 194 [199]). Weil politische Themen oftmals im Zeitfenster großen öffentlichen Interesses entwickelt werden, gehört der Wettbewerb um die Initiative zur Verfassungswirklichkeit. Bloßer Zeitablauf kann die politische Initiative entwerten oder zu ihrer, die politische Mitgestaltung der Opposition unterminierenden, Überholung durch eine Regierungsinitiative führen. Zudem kann das Parlament seine Kontrollfunktion nur sinnvoll ausüben, wenn die Regierung parlamentarische Anfragen zeitnah beantwortet. Da die Initiativbildung aus dem parlamentarischen Raum, die Funktion einer lebendigen Opposition und die Kontrolle der vollziehenden Gewalt durch das demokratisch legitimierte Parlament zentrale Institute der Demokratie bilden, sind die Anforderungen, denen die Regierung zur Gewährleistung einer unverzüglichen Antwort gerecht werden muss, hoch anzusetzen.

Zugleich sind die Abgeordneten und ihre Fraktionen gehalten, die Effektivität des wichtigen Instruments der Kleinen Anfrage durch einen nach Anlass, Anzahl und Umfang verantwortungsbewussten Umgang dauerhaft zu sichern.

[46-47]

Die Pflicht der Regierung zu einer unverzüglichen Antwort steht in einem natürlichen Spannungsverhältnis zur gleichermaßen von Art. 24 Abs. 1 NV begründeten Pflicht zur vollständigen Antwort nach bestem Wissen. Bei gegebenem Anlass ist nach diesen Tatbestandsmerkmalen die Regierung verpflichtet, über den Gegenstand der Frage Nachforschungen anzustellen und den Sachverhalt in zumutbarer Weise aufzuklären. Sie muss sich das Wissen und den Kenntnisstand jedenfalls der Ministerien und der diesen nachgeordneten Behörden und, sofern die Frage hierzu Anlass bietet, auch der Behörden der mittelbaren Staatsverwaltung verschaffen. Bei unzureichender Aktenlage muss sich die Regierung zusätzlich um die Beschaffung von Informationen aus nichtaktenförmigen Quellen bemühen (Nds. StGH, Urt. v. 22.10.2012 - StGH 1/12 -, juris Rn. 54 f.). Da Recherchetiefe und Antwortgeschwindigkeit einander beeinflussen und es damit die eine, allein Art. 24 NV gerecht werdende Antwort nicht gibt, hat die Regierung beide Pflichten unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Interessen des Fragestellers gegeneinander abzuwägen. Ziel der Pflichtenabwägung ist die sachgerechte Bestimmung des Ermittlungsaufwands. Hierbei kommt der Regierung eine gerichtlich nur beschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative zu (BayVerfGH, Urt. v. 17.7.2001 - Vf.

56-lva-00 -, NVwZ 2002, 715 [716 f.]; NWVerfGH, Urt. v. 04.10.1993 - VerfGH 15/92 -, NVwZ 1994, 678 [680]; Bogan, in: Epping u.a., Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, 2012, Art. 24 Rn. 12; Hederich, NdsVBl. 2013, 271 [276]). Naheliegende und schnell verfügbare Erkenntnismittel muss sich die Regierung sofort erschließen, umständliche und extrem zeitaufwendige Recherchen muss sie mit Blick auf die Erkenntnischancen und den Zeitbedarf hinterfragen.

Im Rahmen der Abwägung zwischen vollständiger und zügiger Bearbeitung kann es in besonderen Ausnahmefällen geboten sein, eine aus verschiedenen Unterfragen bestehende Anfrage zunächst nur teilweise oder unter dem Vorbehalt weiterer Nachforschungen zu beantworten (vgl. zu letzterem: Nds. StGH, Urt. v. 22.10.2012 - StGH 1/12 -, juris Rn. 64). Dies gilt etwa dann, wenn offensichtlich ist, dass der Fragesteller sich über den mit seiner Anfrage verbundenen Beantwortungsaufwand im Unklaren war und eine Teil- oder Vorbehaltsantwort seinen Interessen besser gerecht wird. Bestehen insofern Zweifel, kann eine Rückfrage bei dem Fragesteller angezeigt sein (vgl. LVerfG M-V, Urt. v. 23.1.2014 - VerfG 8/13 -, juris Rn. 34). Im Regelfall darf die Regierung sich aber darauf verlassen, dass der Fragesteller seine Anfrage sorgfältig formuliert und bewusst einheitlich unter Inkaufnahme des damit verbundenen Rechercheaufwands gestellt hat, und deshalb mit einer Teil- oder Vorbehaltsantwort nicht einverstanden ist.

[48-49]

2. Die Aufgabe, parlamentarische Fragen zu beantworten, konkurriert mit anderen Regierungsaufgaben, so dass die Regierung Priorisierungen vorzunehmen hat, sofern sie nicht alle Angelegenheiten gleichermaßen fördern kann. Neben den in der Verfassung ausdrücklich genannten Aufgaben gehört zu den konkurrierenden Regierungsaufgaben ganz allgemein die Ausübung der vollziehenden Gewalt (Art. 28 Abs. 1 NV). Hinzu kommen Aufgabenzuweisungen aus dem gegenüber der Niedersächsischen Verfassung höherrangigen Bundes- und Unionsrecht. Diese Aufgaben sind nicht durchgängig ausdrücklich in den einschlägigen Rechtsnormen benannt; der Regierung obliegen so auch ungeschriebene, von der Rechtsprechung anerkannte Aufgaben wie die Aufgabe der Öffentlichkeitsarbeit als Teil der Staatsleitung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 - 1 BvR 670/91 -, BVerfGE 105, 279 [301 f.] m.w.N.).

Da das Setzen und Abwägen politischer Prioritäten ein Kernelement regierenden Gestaltens ist, kommt der Regierung auch bei der Bestimmung der Erledigungsreihenfolge eine Einschätzungsprärogative zu. Bei deren Ausübung hat die Regierung allerdings zu berücksichtigen, dass die ihr obliegenden Pflichten nicht gleichrangig sind. Kriterien bei der verfassungskonformen Prioritätensetzung sind die Stellung der pflichtbegründenden Norm in der Normenhierarchie und das Gewicht, das der Normgeber einer beschleunigten Erledigung beigemessen hat. Besonders hoch ist das Gewicht etwa bei staatskonstituierenden Aufgaben wie der Regierungsbildung, Art. 29 Abs. 2 NV, und bei fristgebundenen oder gleichfalls mit dem Zusatz "unverzüglich" versehenen Aufgaben. Weitere Kriterien sind die Bedeutung und Dringlichkeit der Aufgabe im Einzelfall, nicht zuletzt aber auch

der Zeitraum, während dessen die anstehende Aufgabe unerledigt geblieben ist.

[50-54]

3. Um die Pflicht zur Antwort in einer der Bedeutung des Fragerechts angemessenen und unter Berücksichtigung konkurrierender Anforderungen vertretbaren Zeit zu erfüllen, trifft die Regierung neben der Pflicht zum sachgerechten Ausgleich der genannten Belange die Pflicht zur zweckmäßigen Organisation des Beantwortungsvorgangs. Auf einer dem konkreten Antwortvorgang vorgelagerten Ebene erfordert die Organisationspflicht bereits bei der allgemeinen Personalbedarfsbemessung, Kapazitäten für die Beantwortung parlamentarischer Anfragen in dem erfahrungsgemäß zu erwartenden Umfang einzuplanen. Nicht erforderlich ist es, mit Blick auf die bloße Möglichkeit kurzfristiger Belastungsspitzen permanent personelle Überkapazitäten vorzuhalten (a. A. offenbar Lennartz/Kiefer, DÖV 2006, 185 [192]); vielmehr ist in solchen Fällen zu prüfen, ob der mit der Beantwortung betraute Bearbeiter von anderen Aufgaben zu entlasten ist.

Die Organisationspflicht determiniert alsdann den eigentlichen Beantwortungsvorgang. Die Bearbeitung muss Sachbearbeitern zugewiesen werden, die aufgrund ihrer Vorkenntnisse in der Lage sind, die ihnen übertragene Aufgabe ohne lange Einarbeitungszeit zu erledigen. Sofern die Antwort Informationen Dritter erfordert, gehört es zu der der Regierung zuzurechnenden Organisationspflicht des federführenden Ressorts, diese Informationen zügig bei derjenigen Stelle abzufragen, bei der sie voraussichtlich vorhanden sind, die Fragen so zu formulieren, dass die Antwort ohne weitere Rückfragen verwertbar ist und – notfalls eindringlich – auf eine Antwort in angemessener Zeit hinzuwirken. Bei der Organisation des Beantwortungsvorgangs einschließlich der Personalbedarfsplanung hat die Regierung wiederum eine Einschätzungsprerogative.

4. Ein fester Zeitrahmen, in dem parlamentarische Anfragen zu beantworten sind, lässt sich angesichts dieser vielfältigen, die Antwortgeschwindigkeit bedingenden Faktoren aus der Verfassung nicht ableiten. Allerdings ergeben sich zeitlich gestaffelte Anforderungen an die Beschleunigungspflicht der Regierung bei der Antworterteilung und an die Darlegungslast der Beteiligten im gerichtlichen Verfahren.

a) Ein fester Zeitrahmen ergibt sich nicht aus § 33 Abs. 2 Satz 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Landesregierung und der Ministerien (GGO), wonach das fachlich zuständige Ministerium Kleine Anfragen innerhalb eines Monats beantwortet. Als interner Organisationsakt vermag die GGO Verfassungsrecht nicht verbindlich zu konkretisieren. Allerdings ist diese Regelung Ausdruck einer Selbsteinschätzung der Regierung, "Standardanfragen" – d.h. Anfragen mit einer mäßigen Anzahl von Unterfragen, die keine aufwendigen Recherchen zumal bei nachgeordneten Behörden erfordern – bei normaler Belastungssituation des zuständigen Ministeriums innerhalb der genannten Zeit beantworten zu können. Vor dem Hintergrund, dass in den meisten Bundesländern Regelantwortfristen zwischen drei und fünf Wochen etabliert sind (Bayern: § 72 Abs. 1 Satz 2 GO LT; Brandenburg: § 58 Abs. 3 Satz 2 GO LT; Nordrhein-Westfalen: § 92 Abs. 3 GO LT; Sachsen: § 56 Abs. 6 Satz 1 GO LT; Sachsen-Anhalt: § 44 Abs. 2 Satz 1 GO LT; Baden-Württemberg: § 61 Abs. 5 GO LT; Berlin: Art. 45 Abs. 1

Satz 4 VvB; Rheinland-Pfalz: § 97 Abs. 4 Satz 1 GO LT; Bremen: § 29 Abs. 2 Satz 1 GO der Bürgerschaft) und dass die Regierung die selbst gesetzte Antwortfrist nach eigenen Angaben in der Mehrzahl der Fälle einhält (LT-Drs. 17/3047), ist diese Selbsteinschätzung auch realistisch. Dementsprechend darf ein Fragesteller bei einer "Standardanfrage" auf die Einhaltung der Monatsfrist vertrauen. Angesichts dessen muss die Regierung ihre Personalplanung und die internen Abläufe bei der Beantwortung einer Kleinen Anfrage so einrichten, dass die Frist des § 33 Abs. 2 Satz 1 GGO in der beschriebenen Standardsituation eingehalten werden kann.

[55-57]

Wird eine Anfrage innerhalb der bislang nicht beanstandeten Monatsfrist beantwortet, so besteht eine Vermutung für die Unverzüglichkeit der Antwort. Nur dann, wenn ein Abgeordneter mit der Fragestellung eine deutliche Erwartung hinsichtlich einer kürzeren Antwortfrist äußert, diese Erwartung berechtigt und der Regierung die Beantwortung innerhalb der erwarteten kürzeren Frist möglich und zumutbar ist, kann ausnahmsweise auch die Beantwortung innerhalb der Monatsfrist nicht unverzüglich sein. Der fragestellende Abgeordnete trägt in diesem Fall die Darlegungslast; der Staatsgerichtshof beschränkt sich auf eine Missbrauchskontrolle.

b) Der Umfang und auch die fehlende Klarheit einer Anfrage, der mit ihr verbundene Beantwortungsaufwand sowie ggf. besondere Belastungssituationen des mit der Beantwortung betrauten Ministeriums können einer Beantwortung innerhalb der Monatsfrist entgegenstehen. In diesen Fällen unterliegt das Handeln der Regierung unter Berücksichtigung der ihr eingeräumten Einschätzungsspielräume einer Plausibilitätskontrolle durch den Staatsgerichtshof. Die Regierung hat im Organstreitverfahren nachvollziehbar darzulegen, aufgrund welcher Umstände sie auch bei Erfüllung der bestehenden Abwägungs- und Organisationspflichten an einer früheren Antwort gehindert wurde. Dies erfordert für den Fall einer Berufung auf vorrangig zu erledigende Aufgaben indes keinen "stundenzettelartigen" Nachweis der Beschäftigung jedes einzelnen für den Beantwortungsvorgang einsetzbaren Mitarbeiters. Hinreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr, dass Aufgaben benannt werden, für deren vorrangige Behandlung gute Gründe sprechen, und bei denen einleuchtet, dass sie die Kapazität der für die Antworterteilung realistischer Weise in Betracht kommenden Mitarbeiter in einem die schnellere Beantwortung ausschließenden Umfang gebunden haben. Die Anforderungen an die Plausibilität der darzulegenden Hinderungsgründe steigen dabei mit zuneh-

mender Entfernung von der Monatsfrist kontinuierlich an.

Beruft sich die Regierung auf den Zeitbedarf erforderlicher Zuarbeiten der einbezogenen Referate anderer als des federführenden Ministeriums, so unterliegt deren Verhalten denselben Plausibilisierungserfordernissen. Die Pflicht zur unverzüglichen Antwort trifft nicht bestimmte Minister oder Ministerialbeamte, sondern die Regierung insgesamt. In deren Verantwortungssphäre fällt das Verhalten der gesamten Ministerialverwaltung.

[59]

Diesen Anforderungen wird das Antwortverhalten der Antragsgegnerin in keinem der drei Verfahren gerecht.

[61-62]

Bei der Beantwortung der Kleinen Anfrage zum Thema "Ist der Kernbereich der exekutiven Willensbildung der rot-grünen Landesregierung größer als der ihrer Vorgänger?" (Az. II/725-923) hat die Antragsgegnerin ihre Pflichten zur zweckmäßigen Organisation des Beantwortungsvorgangs und zur verfassungskonformen Prioritätensetzung verletzt.

Die Auswertung der betroffenen 76 Aktenvorgänge aus drei Legislaturperioden verursachte aus den von der Antragsgegnerin vorgetragenen Gründen zwar einen ganz erheblichen Aufwand, weshalb nicht von einer "Standardanfrage" auszugehen ist. Dieser Aufwand rechtfertigte aber nicht die Gesamtdauer der Beantwortung von sechs Monaten.

[70]

Auch bei der Beantwortung der Kleinen Anfrage zum Thema "Was tut die Landesregierung, um Flüchtlinge in Niedersächsischen Sammelunterkünften zu schützen?" (LT-Drs. 17/2141) hat die Antragsgegnerin ihre Pflicht zur zweckmäßigen Organisation des Beantwortungsvorgangs und zur verfassungskonformen Prioritätensetzung verletzt.

[75]

Schließlich hat die Antragsgegnerin bei der Abfassung und Abstimmung des Antwortschreibens in der Zeit vom 15. Januar bis zum 23. Februar 2015 gegen ihre Pflicht zur verfassungskonformen Prioritätensetzung verstoßen. Angesichts der Mitte Januar bereits drei Monate währenden Bearbeitung hätte eine zügige Erstellung der Antwort, für die alle Zuarbeiten vorlagen, hohe Priorität genießen müssen.

[80-82]

Auch bei der Beantwortung der Kleinen Anfrage zum Thema "Krisen in der Welt – Die Flüchtlingszahlen steigen – Wie ist die Lage in Niedersachsen?" (LT-Drs. 17/2140) hat die Antragsgegnerin ihre Pflicht zur zweckmäßigen Organisation des Beantwortungsvorgangs und zur verfassungskonformen Prioritätensetzung verletzt.

Der Staatsgerichtshof verweist insoweit zunächst auf die Ausführungen im Verfahren StGH 2/15 zur Prioritätensetzung und zum Personaleinsatz. Hinzu kommt hier eine erhebliche Verzögerung der Zuarbeit des Referats 61 des Ministeriums für Inneres und Sport zu den

Fragen 17 bis 21 sowie 32 und 33. Antwortbeiträge zu diesen Fragen hatte das Referat 62 bereits am 17. Oktober 2014 erbeten; der Antwortbeitrag zu den Fragen 17 bis 21 ging jedoch erst am 12. Januar 2015, der zu den Fragen 32 und 33 noch später ein. Plausible Gründe hierfür hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt. Die von ihr geltend gemachte langwierige Beteiligung der Ausländerbehörden und der Landesaufnahmebehörde bei der Beantwortung der Fragen 17 bis 21 macht zwar eine gewisse Verzögerung durch die Zuarbeit plausibel, nicht aber eine Antwortdauer von drei Monaten. Immerhin war es möglich, im Verfahren StGH 2/15 von den Kommunen binnen knapp vier Wochen Auskünfte einzuholen, obwohl diese nach dem Vortrag der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung wegen der unterschiedlichen internen Zuständigkeitsregelungen und der Überlastung der Kommunen bei der Flüchtlingsunterbringung schwer zu erlangen waren. Einen Sachgrund für die verspätete Beantwortung der Fragen 32 und 33 hat die Antragsgegnerin nicht vorgetragen.

Nach alledem ist festzustellen, dass die Beantwortung der hier streitgegenständlichen Kleinen Anfragen bei einer Bearbeitungsdauer von sechs und viereinhalb Monaten nicht "unverzüglich" und damit unter Verstoß gegen Art. 24 Abs. 1 NV erfolgte.

### OVG Bautzen, Beschluss vom 8. Juli 2016, 4 B 366/15

*Das sächsische Oberverwaltungsgericht Bautzen hatte sich im Rahmen eines Kommunalverfassungskonflikts zwischen dem Gemeinderat einer Kreisstadt und einem ihm angehörenden Gemeinderatsmitglied mit der Reichweite der Verschwiegenheitspflicht von Gemeinderatsmitgliedern auseinanderzusetzen.*

*Im vorliegenden Fall hatte ein Gemeinderatsmitglied Gemeinderatsunterlagen im Vorfeld der Sitzungen im Internet veröffentlicht und beabsichtigte, dies auch zukünftig zu tun, weshalb das OVG das vorläufige Rechtsschutzbegehren des Gemeinderats anerkannte und gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO eine einstweilige Anordnung erließ:*

[Beschluss]

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 16. November 2015 - 1 L 1188/15 - geändert. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, es zu unterlassen, Unterlagen des Stadtrats der ..... Kreisstadt ..... vor Eintritt in die jeweilige öffentliche Sitzung des Stadtrats auf der Homepage des Kreisverbandes Mittelsachsen der Partei ..... oder auf sonstige Weise zu veröffentlichen. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Der Streitwert wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

Aus den Gründen:

[1]

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz ist zulässig und begründet.

[2]

Nachdem zunächst die ..... Kreisstadt ..... Antragstellerin des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens war, ist das Rubrum im Beschwerdeverfahren nach Anhörung der Beteiligten berichtigt worden. Richtiger Antragsteller ist der Stadtrat der ..... Kreisstadt ....., da im Wege eines Kommunalverfassungstreits Rechte des Stadtrats geltend gemacht werden. Dies ergibt sich bereits aus der Antragsbegründung vom 21. Oktober 2015 (insbesondere S. 7).

[3]

Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist der Antragsteller befugt, seine Rechte im Wege eines Kommunalverfassungstreits geltend zu machen. Sollte der ihn vertretende Oberbürgermeister seine Kompetenz überschritten haben, weil es an einem Stadtratsbeschluss für das einstweilige Rechtsschutzverfahren fehlt, das kein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellt (§ 53 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO), ist der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes trotzdem wirksam. Da die Vertretungsmacht des Bürgermeisters im Außenverhältnis unbeschränkt und unbeschränkbar ist, wirken Rechtshandlungen des Bürgermeisters auch dann für und gegen die Gemeinde, wenn ein notwendiger Gemeinderatsbeschluss fehlt oder fehlerhaft ist (Vinke, in Quecke/Schmid, SächsGemO, § 53 Rn. 58; Wahl, in: Quecke/Schmid, SächsGemO, § 51 Rn. 84).

[4]

Die Beschwerde ist auch begründet. Mit dem Beschluss vom 16. November 2015 hat das Verwaltungsgericht den Antrag des Antragstellers, es der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, Unterlagen des Antragstellers vor Eintritt in die jeweilige öffentliche Sitzung des Antragstellers zu veröffentlichen, abgelehnt. Die vom Antragsteller im Beschwerdeverfahren fristgerecht dargelegten Gründe, auf die nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO allein einzugehen ist, führen zu einer Änderung dieser Entscheidung. Der Antragsteller hat sich in der Beschwerdebegründung mit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts auseinandergesetzt und herausgearbeitet, dass ein Anordnungsanspruch besteht, der den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO rechtfertigt.

[5]

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht u. a. eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden (Regelungsanord-

nung). Dabei hat der Antragsteller den materiellrechtlichen Anspruch, für den er vorläufigen Rechtsschutz begehrt (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). Dies ist hier erfolgt. Auch ist dem Antragsteller ein Abwarten der Hauptsacheentscheidung nicht zumutbar. Zwar darf das Gericht entsprechend dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO grundsätzlich nicht vorwegnehmen, was der Antragsteller im Hauptsacheverfahren erreichen könnte. Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gilt das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache aber ausnahmsweise dann nicht, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes notwendig ist, d. h. wenn die zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar wären und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg auch in der Hauptsache spricht (Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 123 Rn. 13 f.; OVG NRW, Beschl. v. 14. Februar 2013 - 12 B 107/13 -, juris Rn. 3; SächsOVG, Beschl. v. 11. September 2002 - 4 BS 228/02 -, SächsVBl. 2003, 45, juris Rn. 21). Eine solche Situation liegt hier vor.

[6]

Es liegt ein Anordnungsgrund vor, weil die Antragsgegnerin die Veröffentlichung von Stadtratsunterlagen auch im Vorfeld zukünftiger Stadtratssitzungen beabsichtigt. Dem steht nicht entgegen, dass auf der Homepage der ..... Kreisstadt ..... vor der Sitzung des Stadtrates am 6. Juni 2016 neben dem Betreff auch der Beschlussvorschlag und eine kurze Zusammenfassung des Sachverhaltes eingestellt worden ist. Darin liegt kein widersprüchliches Verhalten, weil diese Informationen einen wesentlich geringeren Umfang haben als die umfassenden Unterlagen, deren Veröffentlichung der Antragsteller verhindern möchte und die aus dem kompletten Sachverhalt nebst sämtlichen Abwägungsvorgängen und strategischen Meinungsbekundungen sowie den dazugehörigen Anlagen bestehen.

[7]

Es besteht auch ein Anordnungsanspruch. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts dürften § 7 Abs. 3 Satz 3 der Geschäftsordnung der Antragstellerin (GO) und § 19 Abs. 2 SächsGemO im Hinblick auf die Geheimhaltung von Beratungsunterlagen nach summarischer Prüfung miteinander vereinbar sein.

[8]

Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO ist der ehrenamtlich Tätige, wozu nach § 35 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO auch die Gemeinderäte gehören, zur Verschwiegenheit u. a. über die Angelegenheiten verpflichtet, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich ist. Darunter fallen zunächst alle Angelegenheiten, deren Mitteilung an andere dem Gemeinwohl oder den schutzwürdigen Interessen einzelner Personen zuwider laufen würde. Darüber hinaus besteht eine Amtsverschwiegenheit aus der Natur der Sache bei internen Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung (Sponer, in: Sponer/Jacob/Musall, Kommunalverfassungsrecht Sachsen, § 19 SächsGemO, Ziff. 3.3). Damit korrespondiert die - die innere Organisation des Stadtrats betreffende - Regelung in § 7 Abs. 3 Satz 3 GO, die sich der Antragsteller im Rahmen ihrer Geschäftsautonomie gegeben hat und nach der Beratungsunterlagen nicht ohne weiteres weitergegeben werden dürfen - wobei hier dahinstehen kann, ob für die Weitergabe der internen Beratungsunterlagen die Zustimmung des Oberbürgermeisters ausreichend sein kann oder ob die Zustimmung des Stadtrats erforderlich wäre. Der Antragsteller weist in seiner Beschwerdebeurteilung jedenfalls zu Recht darauf hin, dass die den Einladungen zu den Stadtratssitzungen nach § 7 Abs. 3 Satz 2 GO beizufügenden Unterlagen in erster Linie infolge der Pflicht des Bürgermeisters beigefügt werden, die entsprechenden Sitzungen der einzelnen Gremien sachgerecht vorzubereiten. Der Senat teilt auch die Auf-

fassung des Antragstellers, dass es sich bei den Sitzungsunterlagen um rein interne Papiere der Verwaltung handelt und die Befugnis eines Stadtrats zur Überzeugungsbildung nicht so weit reicht, dass die Antragsgegnerin sämtliche verwaltungsinternen Schriftstücke und damit die Sitzungsunterlagen komplett veröffentlichen kann. Der Zweck der Sitzungsunterlagen besteht allein in der Verwendung innerhalb des Stadtrats der ..... Kreisstadt ..... Die Unterlagen dienen der Unterrichtung innerhalb des Stadtrats und der Vorbereitung von Abstimmungen im Stadtrat. Ob Dritte einen Anspruch auf Informationen über Sachverhalte in vorbereitenden Unterlagen haben, ist dabei keine Frage der inneren Organisation des Gemeinderats, sondern allenfalls eine Frage eines Anspruchs nach den Informationsgesetzen.

[9]

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1 und § 52 Abs. 2 GKG. Der Senat folgt hierzu der Einschätzung des Verwaltungsgerichts, der gegenüber die Beteiligten keine Einwendungen erhoben haben.

[10]

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

## Impressum

Herausgeber und Verantwortliche für die Ausgabe:

**Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht GbR**

**Postfach 80 07 06  
99033 Erfurt**

Homepage: [zlv.de](http://zlv.de)

Email: [redaktion@zlv.de](mailto:redaktion@zlv.de)

Verantwortliche Herausgeber: Hannes Berger, Lukas C. Gundling.

Die Zeitschrift erscheint quartalsweise im Selbstverlag.

Kostendeckungsbeitrag pro Heft: 10,--€

Abonnement pro Jahr: 38,50€

Abonnementbestellung unter [www.zlv.de](http://www.zlv.de) oder postalisch.

Die Ausgaben erscheinen mit einer Verzögerung von 6 Monaten kostenlos online unter [www.zlv.de](http://www.zlv.de).

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

Autor\_innen senden Manuskripte unter [redaktion@zlv.de](mailto:redaktion@zlv.de) ein. Manuskripte müssen den Anforderungen der Autorenhinweisen entsprechen.