

Entscheidungsbesprechung

Bundesnotbremse II (Schulschließungen)

1. Aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG folgt ein Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern (Recht auf schulische Bildung).

2. Das Recht auf schulische Bildung umfasst verschiedene Gewährleistungsdimensionen:

a. Es vermittelt den Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf Einhaltung eines für ihre chancengleiche Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten, enthält jedoch keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen.

b. Aus dem Recht auf schulische Bildung folgt zudem ein Recht auf gleichen Zugang zu staatlichen Bildungsangeboten im Rahmen des vorhandenen Schulsystems.

c. Das Recht auf schulische Bildung umfasst auch ein Abwehrrecht gegen Maßnahmen, welche das aktuell eröffnete und auch wahrgenommene Bildungsangebot einer Schule einschränken, ohne das in Ausgestaltung des Art. 7 Abs. 1 GG geschaffene Schulsystem als solches zu verändern.

3. Entfällt der schulische Präsenzunterricht aus überwiegenden Gründen der Infektionsbekämpfung für einen längeren Zeitraum, sind die Länder nach Art. 7 Abs. 1 GG verpflichtet, den für die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder und Jugendlichen unverzichtbaren Mindeststandard schulischer Bildung so weit wie möglich zu wahren. Sie haben dafür zu sorgen, dass bei einem Verbot von Präsenzunterricht nach Möglichkeit Distanzunterricht stattfindet.

4. Bei einer lange andauernden Gefahrenlage wie der Corona-Pandemie muss der Gesetzgeber seinen Entscheidungen umso fundiertere Einschätzungen zugrunde legen, je länger die zur Bekämpfung der Gefahr ergriffenen belastenden Maßnahmen anhalten. Allerdings dürfte der Staat große Gefahren für Leib und Leben am Ende nicht deshalb in Kauf nehmen, weil er nicht genug dazu beigetragen hat, dass freiheitsschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahren erforscht wurden.

5. Eine die Zustimmungsbefürftigkeit des Bundesrates gemäß Art. 104a Abs. 4 GG auslösende bundesgesetzliche Verpflichtung der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten liegt nur dann vor, wenn das Gesetz nach seinem objektiven Regelungsgehalt bezweckt, Dritten individuelle Vorteile durch staatliche Leistungen zu verschaffen.
(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 7

BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21¹

Vorbemerkung: Lernziele der Lektüre dieser Besprechung

Die Besprechung handelt von einer Entscheidung, in der das BVerfG ein neues Grundrecht entwickelt hat. Sie soll dabei helfen, diesen Vorgang richterlicher Maßstabsetzung nachzuvollziehen und zu reflektieren. Ein weiteres Lernziel der Lektüre besteht darin, das neue Grundrecht in die Grundrechtsdogmatik einordnen und es in künftigen Fällen anwenden zu können.

I. Einleitung: Kontext der Entscheidung und Problemaufriss

Als die Infektionswerte der Corona-Pandemie im April 2021 ein weiteres Mal dynamisch anstiegen, gab es in Deutschland einen dritten „Lockdown“. Die Maßnahmen wurden diesmal nicht von den Landesregierungen in der Form von Rechtsverordnungen, sondern durch Bundesgesetz geregelt (so genannte „Bundesnotbremse“ in § 28b IfSG). Dabei handelte es sich um eine zeitlich bis Ende Juni 2021 befristete, also vorübergehende, Änderung des IfSG. Mit diesem Änderungsgesetz beschäftigten sich zwei Grundsatzbeschlüsse des *Ersten Senats* des BVerfG vom November 2021: „Bundesnotbremse I“² (dazu die Besprechung in ZJS³) und „Bundesnotbremse II“. Während in der ersten Entscheidung mehrere Verfassungsbeschwerden gegen Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen zusammengefasst wurden, hat das BVerfG die angeordneten Schulschließungen zwar parallel, aber in einem eigenen Verfahren behandelt.

Der im Hinblick auf Schulschließungen einschlägige § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG⁴ lautete:

„Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt.“

Die Schulschließungen betrafen im Vergleich zu anderen Corona-Maßnahmen eine Interessenkonstellation ganz eigener Art:

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html.

² BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html.

³ Michael, ZJS 2022, 106.

⁴ Eingefügt durch Gesetz v. 22.4.2021, BGBl. I 2021, S. 805, mit Wirkung v. 23.4.2021 mit Geltung bis zum 30.6.2021.

Erstens werden diese elementaren Interessen der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen im geschriebenen Verfassungsrecht des Grundgesetzes nicht in der gleichen Weise durch eigene Grundrechte abgebildet wie die Interessen Erwachsener. Dabei gehört die Erfüllung des staatlichen Bildungsauftrages⁵ zu den objektiven Grundvoraussetzungen der Zukunftsfähigkeit einer demokratischen Gesellschaft. Aus der Verfassung lassen sich zwar nur begrenzt Folgerungen ableiten, wie Bildungsziele in der Breite zu optimieren sind und wie sich das staatliche Schulsystem dem Ziel der Chancengleichheit annähern kann. Bei den Schulschließungen ging es aber nicht um Fragen der Optimierung, sondern um einen Totalausfall schulischer Bildung bzw. um Minimalanforderungen an einen Ersatz für Präsenzünterricht. Schulschließungen über einen nicht unerheblichen Zeitraum sind nicht zuletzt ein Gleichheitsproblem, weil sie durch die Familien in sehr unterschiedlichem Maße (teilweise) kompensiert werden können. Denn das „Homeschooling“ fand in sehr unterschiedlichen Lebens- und Wohnverhältnissen statt. Während manche zum häuslichen Lernen weder ein geeignetes Umfeld hatten noch von ihren Eltern unterstützt werden konnten, wurden andere Kinder mit verschiedensten Unterstützungsmaßnahmen individuell gefördert. Das verschärft ohnehin bestehende Chancenungleichheiten und kann einer offenen Gesellschaft nachhaltigen Schaden zufügen. Ungleich wurden Kinder auch durch das Wegbrechen der sozialen Gemeinschaft der Schule getroffen: Für manche Kinder entfiel die für die Entwicklung der Persönlichkeit so wichtige Möglichkeit der Kommunikation mit Gleichaltrigen gänzlich.

Zweitens diene diese Maßnahme nicht in erster Linie dem Selbstschutz der betroffenen schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen, sondern vielmehr dem Schutz Erwachsener vor einer Verbreitung des Virus durch Minderjährige. Denn die seinerzeit sich verbreitenden Virus-Varianten führten kaum zu schwersten oder gar tödlichen Krankheitsverläufen bei Minderjährigen (Rn. 118).

Das alles hat das BVerfG zum Anlass genommen, das Grundgesetz in Sachen eines eigenen Grundrechts schulpflichtiger Kinder auf Bildung „nachzurüsten“. Schon die Leitsätze machen deutlich, dass die hierbei aufgestellten Maßstäbe weit über Maßnahmen des Infektionsschutzes in einer Pandemie hinausreichen. Das BVerfG entwickelt vielmehr ganz allgemein ein *Grundrecht auf schulische Bildung* (Leitsatz 1) und es lotet bei dieser Gelegenheit mit Blick auf zukünftige Fälle in der Breite und in der Tiefe aus, welche Gewährleistungsdimensionen dieses neue Grundrecht haben soll (Leitsatz 2).

Die folgende Besprechung ist in drei Schritte gegliedert: Zunächst wird nachgezeichnet, wie das BVerfG das Grund-

recht auf schulische Bildung als Maßstab für den vorliegenden Fall entwickelt (II.). Sodann werden die praktischen Konsequenzen der so gewonnenen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für zukünftige Maßnahmen des Infektionsschutzes gezogen (III.). Schließlich werden die Konsequenzen für die Grundrechtsdogmatik und damit Fragen einer Anwendung der Maßstäbe auch in anderen Fällen jenseits einer Pandemie behandelt (IV.).

II. Das Recht auf schulische Bildung als Schließung einer normativen Lücke

Im Leitsatz 1 macht der *Erste Senat* des BVerfG deutlich, dass es in dem Beschluss um ein neues Grundrecht geht: Der Leitsatz stellt die Existenz dieses neuen Grundrechts fest und gibt ihm den Namen „Recht auf schulische Bildung“. Das ist maßstabsetzend, weil das Grundgesetz ein solches Grundrecht nicht explizit gewährleistet. Vielmehr leitet das BVerfG das Grundrecht indirekt aus zwei Bestimmungen des Grundrechtskataloges ab: „Aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG folgt“ (d.h. folgert das BVerfG) das Grundrecht auf schulische Bildung.

Nach dem Verständnis des BVerfG sind die Art. 1–19 GG nicht als Katalog abschließend aufgezählter einzelner Grundrechte zu interpretieren. Art. 2 Abs. 1 GG dient in Verbindung mit anderen Gewährleistungen als textlicher Anknüpfungspunkt dafür, Grundrechte zu entwickeln, die gleichsam „zwischen“ diesen Gewährleistungen liegen bzw. sich aus deren Kombination ergeben. So leitet das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht ab, dessen Ausprägungen als „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“⁶ und als „Grundrecht der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“⁷ als je eigenständige Grundrechte in die allgemeine Grundrechtsdogmatik eingegangen sind. Das ist weder neu noch einmalig. Neu ist auch nicht, dass das BVerfG auf diese Weise Grundrechte von Kindern herleitet. Bereits 1968 hat das BVerfG anerkannt, dass ein „Kind als Grundrechtsträger selbst Anspruch auf Schutz des Staates hat. Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit i.S.d. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.“⁸ Inzwischen stützt das BVerfG auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG „ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat“⁹. Etwas vereinfacht ließe sich dies als „Grundrecht auf Pflege und Erziehung“ bezeichnen.

⁵ BVerfGE 34, 165 (182 f.); 47, 46 (71 f.); 52, 223 (235 f.); 93, 1 (21); 98, 218 (244); 138, 296 (338); 148, 296 (370); *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 7 Rn. 52; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 7 Rn. 1; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 50. Ed., Stand: 15.2.2022, Art. 7 Rn. 21.

⁶ BVerfGE 65, 1 (43); seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 78, 77 (84); 84, 192 (194); 92, 191 (197); 101, 106 (121); 115, 166 (187 f.); 115, 320 (341); 117, 202 (228); 118, 168 (184); 120, 351 (360).

⁷ BVerfGE 120, 274 (302 ff.); seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 124, 43 (57); 133, 277 (373 f. Rn. 226); 141, 220 (303 f. Rn. 209 f.).

⁸ BVerfGE 24, 119 (144).

⁹ BVerfGE 133, 59 (73 f. Rn. 41 f.) – Sukzessivadoption.

An dem zuletzt genannten Beispiel lässt sich zeigen, dass auf diese Weise nicht nur zwei Grundrechte nebeneinander wirken, sondern in der Kombination ein zusätzliches Grundrecht entsteht: Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG adressiert nämlich explizit lediglich die Eltern. „Pflege und Erziehung der Kinder sind“ danach „das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. Auch Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ergänzt dies nicht durch korrespondierende Rechte und Ansprüche der Kinder, sondern bringt „die staatliche Gemeinschaft“ in Stellung, die über die elterliche Erziehung „wacht“. Der Sinn des Art. 6 Abs. 2 GG ist dabei freilich nicht der Schutz eines Eigeninteresses der Eltern, sich durch die Erziehung ihrer Kinder selbst zu entfalten. Es handelt sich – ausnahmsweise – nicht um ein „eigennütziges“ Grundrecht. Vielmehr steht die Autonomie der elterlichen Erziehung im „fremdnützigen“ Interesse der zu erziehenden Kinder¹⁰ und stellt sich zu deren Gunsten für sich genommen als objektivrechtliche Norm dar. Das Grundgesetz vermutet, dass eine dezentrale und autonome Erziehung durch die Eltern grundsätzlich dem Kindeswohl am meisten entspricht.¹¹ Zur Ausübung dieses „natürlichen“ Rechts brauchen die Eltern keine Erlaubnis und keinen „Führerschein“ (obwohl es sich um eine Tätigkeit handelt, die nicht einfacher und nicht weniger gefahrgeneigt ist als das Steuern eines Kraftfahrzeuges). Die Gefährdung des Kindeswohls im Einzelfall setzt der Autonomie der Eltern Grenzen und ist der in Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG vorausgesetzte innere Rechtfertigungsgrund für das staatliche Wächteramt, das durch die Jugendämter ausgeübt wird.¹²

Das BVerfG denkt diese Konzeption um „zwei Ecken“ weiter: Die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG genannte elterliche Pflicht wird nicht rein objektivrechtlich verstanden, sondern sie korrespondiert einem Recht der Kinder. Und dieses Recht ist nicht nur ein (privates) Recht den Eltern gegenüber, sondern ein echtes Grundrecht gegenüber dem Staat, das nach Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Gewalten unmittelbar bin-

det. Danach handelt Art. 6 Abs. 2 GG nicht nur von Kindern und deren Interessen, sondern impliziert auch ein entsprechendes Eigenrecht der Kinder. Dass es sich dabei um ein Grundrecht handeln soll, wird auf den weit verstandenen Art. 2 Abs. 1 GG gestützt.¹³ Bei der Gelegenheit: Um den Mehrwert dieses echten Grundrechts der Kinder zu betonen, ist nicht zu empfehlen, ein Recht der Kinder unmittelbar auf Art. 6 Abs. 2 GG zu stützen. Dass das BVerfG¹⁴ gelegentlich in Fällen, in denen es nicht um die Verfassungsbeschwerde eines Kindes, sondern etwa um dessen Gegeninteressen ging, auf die Bezugnahme des Art. 2 Abs. 1 GG verzichtete, sollte nicht überbewertet¹⁵ werden. Dass das Kindesinteresse als objektiver Belang bereits unmittelbar in Art. 6 Abs. 2 GG gründet, bleibt unberührt. Dessen Gewicht ist auch in das Kindesgrundrecht hineinzulesen

Ähnlich – und unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung (Rn. 46) – konstruiert das BVerfG nunmehr (dies war in der bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich offengelassen worden¹⁶) auch ein Recht auf schulische Bildung. Hier ist es nicht Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern Art. 7 Abs. 1 GG, der i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in Ansatz gebracht wird. Wenn wir die Vorschriften vergleichen, fällt allerdings auf, dass Art. 7 Abs. 1 GG im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gar kein Grundrecht enthält, sondern die „Aufsicht des Staates“ über das „gesamte Schulwesen“ regelt. Das ist der Aspekt, der im Bereich der elterlichen Erziehung in Gestalt des staatlichen Wächteramts in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG geregelt wird (und in der o.g. Rechtsprechung zum Recht auf Pflege und Erziehung nicht explizit als normative Grundlage herangezogen wird). Ein Grundrecht regelt vielmehr nur Art. 7 Abs. 4 GG und zwar auf Privatschulfreiheit. Theoretisch wäre es denkbar gewesen, aus diesem Grundrecht (wieder „um zwei Ecken“ gedacht) ein Grundrecht auf schulische Bildung abzuleiten. Da aber Privatschulen – anders als die elterliche Erziehung – nicht das Regelmodell des Grundgesetzes sind und nur einen kleinen Teil der Bildungslandschaft ausmachen, hat das BVerfG hier unmittelbar an die staatliche Aufsicht angeknüpft (was auch bei Art. 6 Abs. 1 GG denkbar gewesen wäre). Weil es bei dieser Methode der Entwicklung eines neuen Grundrechts um mehr geht als um das Zusammenwirken mehrerer Grundrechte, tut das der Konstruktion keinen Abbruch. Es geht vielmehr wieder darum, aus objektivrechtlichen Verfassungsgehalten ein subjektives Grundrecht zugunsten derjenigen abzuleiten, denen die objektive Verfassungsnorm dienen

¹⁰ BVerfGE 59, 360 (376 f.); 61, 358 (371 f.); 72, 122 (137); 84, 168 (184); 121, 69 (92); *Badura* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 94, 109; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 142; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 145.

¹¹ BVerfGE 34, 165 (184); 59, 360 (376 f.); 60, 79 (88, 94); 61, 358 (371 f.); 133, 59 (77 f. Rn. 49); *Badura* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 109; *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 100, 141; *Jarass* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 40; *Robbers* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 146.

¹² BVerfGE 24, 119 (144 f.); 60, 79 (88); 99, 145 (156); 121, 69 (92); *Badura*, (Fn. 5), Art. 6 Rn. 110, 114; v. *Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 79; *Heiderhoff* (Fn. 11), Art. 6 Rn. 101, 153; *Jarass* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 45, 56; *Jestaedt/Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 195. Lfg., Stand: Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 426; *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/1, 2006, S. 587.

¹³ So: BVerfGE 28, 104 (112); 61, 18 (27); 133, 59 (73 f. Rn. 41 f.); 135, 48 (84 f. Rn. 98); 151, 101 (123 f. Rn. 53); *Badura* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 94, 135; *Brosius-Gersdorf* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 152; *Jarass* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 48; *Robbers* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 182.

¹⁴ Zuletzt BVerfGE 121, 69 (93 f.).

¹⁵ So aber: v. *Coelln* (Fn. 12), Art. 6 Rn. 68, der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch ein Grundrecht des Kindes auf Bildung verankert sieht; vgl. auch *Hohmann-Dennhardt*, FPR 2008, 476 (477); *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), Kompakt-Kommentar GG, 4. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 16.

¹⁶ BVerfGE 45, 400 (417).

soll. Die in Art. 7 Abs. 1 GG geregelte staatliche Schulaufsicht dient der Verwirklichung eines staatlichen Bildungsauftrages, der wiederum im Interesse der Schulpflichtigen ist.

Auf den ersten Blick erscheint diese Rechtsprechung zu im Grundgesetz nicht explizit geregelten, spezifischen Grundrechten der Kinder wie eine „Lückenschließung“. Die Regelungen des Art. 6 Abs. 2 GG und des Art. 7 Abs. 1 GG dienen zwar objektiv den Interessen der Kinder. Diese erhalten aber durch die Vorschriften selbst keine eigene Rechtsposition. Während zunächst allein die Eltern eine Grundrechtsposition im Interesse ihrer Kinder haben, wird ein Grundrecht auf Bildung erst dann durch Art. 12 GG geschützt, wenn eine Ausbildung bzw. ein Studium im Zusammenhang mit einer späteren Berufsqualifikation steht¹⁷. Das Recht auf schulische Bildung ist davon auch deshalb zu unterscheiden, weil es bei der Schulbildung nicht allein um das Erlernen bestimmter Kenntnisse und Fertigkeiten geht, sondern auch um die Grundlage für die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Heranwachsenden.

Es gäbe freilich auch Gründe, darin eine bewusste und in sich stimmige Verfassungsentscheidung und keine „ungewollte Lücke“ zu sehen: Die Verfassung hat zwar einen denkbar weit gespannten, alle staatliche Herrschaft konstituierenden Regelungsbereich. Aber sie regelt aus guten Gründen nur wenige Essentialia verfassungsunmittelbar und überlässt dem Gesetzgeber die Ausgestaltung ebenso wie die Schaffung zusätzlicher, einfachrechtlicher Gewährleistungen. Die „Wesentlichkeitstheorie“ verweist auf den demokratischen Gesetzgeber und ist als Parlamentsvorbehalt zu verstehen (und nicht etwa als Verfassungsvorbehalt).¹⁸ Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers sind verfassungsgewollt und sollten nicht als normative Lücken des Verfassungsrechts interpretiert werden. Das Grundgesetz kennt neben den Grundrechten und den nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG außerdem mit der Verfassungsbeschwerde einklagbaren grundrechtsgleichen Rechten auch rein objektives Verfassungsrecht (z.B. Art. 20a GG). Schließlich ist es auch kein Versehen, dass die Interessen der Kinder zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes noch nicht als

Eigenrechte in den Grundrechtskatalog Eingang fanden. Die Wahrnehmung von Interessen der Kinder durch die Eltern ist mehr als eine Verlegenheitslösung: In einer traditionellen Lesart sind die elterlichen Rechte und Pflichten des Art. 6 Abs. 2 GG nicht nur eine Ergänzung, sondern das Substitut für Eigenrechte der Kinder.¹⁹ Schließlich ist der Grundrechtsschutz bereits dadurch ein lückenloser, dass Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht gedeutet wird.²⁰ Es wäre deshalb auch denkbar gewesen, das mit den Schulschließungen verbundene Verbot des Schulbesuchs als „bloßen“ Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu deuten. Verfassungsrechtliche Anforderungen des Vorbehaltes des Gesetzes und der Verhältnismäßigkeit würden auch daraus folgen.

Daran schließt sich die Frage an, was das BVerfG zu der Annahme bewogen haben mag, dass es eines besonderen Grundrechts auf schulische Bildung bedürfe, um den Fall zu lösen und um den Interessen Schulpflichtiger auf Ebene des Verfassungsrechts Rechnung zu tragen. Im Ergebnis hält das BVerfG die Schulschließungen der „Bundesnotbremse“ für verfassungsgemäß. Es ging also nicht darum, gerade zur Lösung des vorliegenden Falles einen Maßstab zu entwickeln, der über das Schutzniveau der allgemeinen Handlungsfreiheit hinausgeht, um damit begründen zu können, warum Schulschließungen verfassungswidrig sind. Vom Ergebnis her betrachtet liefert die Entscheidung vielmehr umgekehrt Begründungen dafür, unter welchen Voraussetzungen Schulschließungen ausnahmsweise verfassungsgemäß sein können, obwohl sie den Anforderungen eines besonderen Grundrechts auf schulische Bildung genügen müssen. Vom Ergebnis her betrachtet wird also das gerade erst geschaffene, besondere Grundrecht im selben Atemzug wieder relativiert. Offenbar kam es dem BVerfG darauf an, den Begründungsaufwand zu erhöhen. Bei den Grundrechten als relativen Prinzipien geht es eben darum, Interessen zu gewichten und abzuwägen. Von dem Beschluss geht die rhetorische Botschaft aus, dass das BVerfG die Interessen der Schulpflichtigen nicht weniger wichtig nimmt als die Beeinträchtigung von Grundrechten, die explizit im Grundgesetz verankert sind. Im Gegenteil: Das BVerfG betont, dass es sich um besonders schwerwiegende Interessen handelt. Das BVerfG macht sich zum Hüter dieser Interessen und die Verfassungsbeschwerde soll den Zugang aller zu einer solchen Verfassungskontrolle eröffnen.

Für diesen Ansatz streiten ebenfalls gute Gründe: Das Grundgesetz entfaltet als Verfassung eine umfassende Integrationswirkung²¹, indem essentielle Individualinteressen aller

¹⁷ BVerfGE 41, 251 (261 f.); 58, 257 (273 f.); *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 140; *Jarass* (Fn. 5), Art. 12 Rn. 93 f.; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 11), Art. 12 Rn. 63; *Mann*, in: Sachs (Fn. 12), Art. 12 Rn. 89; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 12 Rn. 62; *Wieland*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 12 Rn. 25; a.A. *Dietlein*, in: Stern (Fn. 12), S. 1826 f.

¹⁸ BVerfGE 33, 125 (158); 40, 237 (248 ff.); 47, 46 (78 ff.); 49, 89 (126 ff.); 58, 257 (268 ff.); 77, 170 (230); 84, 121 (226); *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, S. 719; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 52 f.; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 142. Lfg., Stand: Oktober 2009, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2005 ff., 2025 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 119 f.

¹⁹ Explizit gegen ein eigenes Grundrecht der Kinder: BVerfGE 28, 104 (112); 61, 18 (27).

²⁰ BVerfGE 6, 32 (36); seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 80, 137 (152); 90, 145 (171); 91, 335 (338); 95, 267 (303); 97, 332 (340); 113, 29 (45); 114, 371 (383 f.); *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 42, 64 ff.; *Dreier*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 2 Abs. 1 Rn. 26, 28; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, § 10 Rn. 435, 440; *Stern* (Fn. 12), S. 894 f.

²¹ Grundlegend *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht

(und also auch der Kinder) im Zweifel als Grundrechte interpretiert werden. Das Grundgesetz insgesamt – und d.h. auch objektive Staatsaufgaben wie den Bildungsauftrag – vom Individuum her zu deuten, lässt sich auch mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG begründen. Der Staat ist um des Menschen willen da und nicht umgekehrt. Es ist zwar richtig und Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 GG sind auch so zu verstehen, dass Erziehung und schulische Bildung auch der Gesellschaft insgesamt zugutekommen. Aber die einzelnen Kinder bzw. Schulpflichtigen sollen nicht zugunsten eines staatlichen Interesses instrumentalisiert werden. Das wird deutlich, wenn das BVerfG sie zu Trägern eigener Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bzw. i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG erklärt.

Es ist auch nicht zu verkennen: Nicht nur die Methoden und Ziele der Erziehung und der Schulbildung, sondern auch die Wahrnehmung von Kindern haben seit der Entstehung des Grundgesetzes *gewandelt*. Das BVerfG ist dafür bekannt, dass es das Grundgesetz nicht streng historisch interpretiert, sondern den Wandel von Anschauungen gegebenenfalls auch bei der Auslegung der Verfassung dynamisch berücksichtigt. Das BVerfG hat schon früh die Möglichkeit eines solchen Wandels in Betracht gezogen.²² Die o.g. Entwicklung der Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gehört zu den wichtigsten Beispielen eines Grundrechtswandels – wobei hier technische Entwicklungen (insbesondere die elektronische Datenverarbeitung und die digitale Vernetzung) Anlässe für die Entwicklung neuer Grundrechte waren. Der sogenannte „Verfassungswandel“ als Änderung des Inhaltes der Verfassung ohne dessen Textänderung gehört zu den umstrittensten methodischen Fragen der Grenzen der Verfassungsinterpretation.²³ Das gilt vor allem mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu verfassungsrechtlichen Fragen von Ehe und Familie.²⁴ Diese Rechtsprechung vollzieht den tiefgreifenden Wandel partnerschaftlicher und familiärer Strukturen seit 1949 nach, so wie diese tat-

(1928), in: Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 189; daran anknüpfend *Badura*, Der Staat 16 (1977), 305; *Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, S. 121; *Korioth*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, in: VVDStRL 62 (2003), 117 (121); siehe auch die Beiträge in Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002; *Michael*, Integrationslehre, Staatslexikon Bd. 3, 8. Aufl. 2019, S. 346 f., siehe unter <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Integrationslehre> (24.3.2021).

²² BVerfGE 2, 380 (401).

²³ *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Böckenförde, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 141; *Häberle*, ZfP 1974, 111 (129 ff.); *Jestaedt*, in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, 2002, S. 183 (196); *Michael*, RW 2014, 426; *Vofßkuhle*, Der Staat 43 (2004), 450; *Walter*, AöR 125 (2000), 517.

²⁴ BVerfGE 105, 313 (350 f.); 124, 199 (220 ff.); 126, 400 (419 ff.); 131, 239 (251 ff.); 133, 59 (78 ff.); 133, 377 (408 ff.).

sächlich gelebt und gesellschaftlich zunächst toleriert und nach und nach anerkannt wurden.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, wenn das BVerfG auch ein gewandeltes Verständnis der Rolle von Eltern und Schule bei der Erziehung und Bildung aufgreift. Nicht nur in vorkonstitutioneller Zeit, sondern auch in der Frühzeit des Grundgesetzes wurde eine umfassende Geltung der Grundrechte im „besonderen Gewaltverhältnis“ der staatlichen Schulen noch bestritten.²⁵ Längst wurden zugunsten von Schulpflichtigen Grundrechtspositionen anerkannt. Ein Beispiel ist die „negative Religionsfreiheit“²⁶, die etwa gegen eine kopftuchtragende Lehrerin in Ansatz gebracht werden kann.²⁷

All das sind Beispiele für eine dynamische Verfassungsinterpretation, die immer wieder neue Interessen und neue Dimensionen des Rechts erschließt, für die (auch) die Grundrechte relevant sind. So ist es auch bei dem neuen Grundrecht auf schulische Bildung – wobei das BVerfG hier (wie auch bei den meisten o.g. Beispielen) eine offene Methodik praktiziert, ohne deren Konsequenzen als Grundrechtswandel zu bezeichnen. Das BVerfG geht von den aktuellen Problemen aus und legt für die Entwicklung und Konkretisierung seiner verfassungsrechtlichen Maßstäbe heutige Erkenntnisse und Maximen der Erziehung und Bildung zu Grunde.

Methodisch ist bemerkenswert, dass in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG Bezugnahmen auf das Völkerrecht und auf das Unionsrecht und auch der Verfassungsvergleich eine zunehmende Rolle spielen. Das erweist sich im Rahmen der Interpretation des Grundgesetzes vorliegend als weiterführend. Während nämlich Kinderrechte bislang nicht durch Verfassungsänderung in den Grundrechtskatalog aufgenommen worden sind, hat sich Deutschland mehrfach völkerrechtlich zur Anerkennung solcher Rechte verpflichtet. Zu nennen sind hier das „Recht auf Bildung“ nach Art. 13 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR – BGBl. II 1973, S. 1569) und Art. 28 der VN-Kinderrechtskonvention (BGBl. II 1992, S. 121), aber auch Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZP I EMRK) und unionsrechtlich Art. 14 Abs. 1 GRCh. Die Einzelheiten und Inhalte sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden.

Erinnert sei aber daran, dass es sich um ein weiteres Beispiel einer unionsrechts- und völkerrechtsfreundlichen Interpretation des – insoweit lückenhaften bzw. interpretations-offenen – deutschen Grundgesetzes handelt. Es geht hier darum, das Grundgesetz im Lichte des Völker- und Unions-

²⁵ OVG Berlin DVBl 1955, 564 (566 f.); *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, S. 127 f.; Überblick bei *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, S. 1376 ff.

²⁶ BVerfGE 41, 29 (49); 108, 282 (301 f.); *Jarass* (Fn. 5), Art. 4 Rn. 13; *Mückl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 210. Lfg., Stand: Februar 2021, Art. 4 Rn. 167 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 4 Rn. 23 ff.

²⁷ BVerfGE 108, 282 (301 ff.).

rechts zu interpretieren. Das Völker- und Unionsrecht ist hier nicht der unmittelbar angewendete Maßstab, sondern eine sekundäre Rechtserkenntnisquelle zur Weiterentwicklung deutscher Grundrechtsdogmatik. Primär legt das BVerfG das Grundgesetz dynamisch aus. Ergänzend betont es, dass seine Interpretation im Einklang mit dem Völker- und Unionsrecht einschließlich dessen Auslegung (hier insbesondere durch den EGMR²⁸, auf den das BVerfG in Rn. 68 explizit verweist) steht. Sogar die Bezugnahme auf fünfzehn Verfassungen anderer Mitgliedstaaten der EU wird normativ eingebunden: Ausdrücklich verweist das BVerfG (Rn. 71) darauf, dass Art. 14 Abs. 1 GRCh an die EMRK und an verfassungsrechtliche Traditionen der Mitgliedstaaten angelehnt ist und dass letztere nach Art. 52 Abs. 4 GRCh auch für die Interpretation des Art. 14 Abs. 1 GRCh indirekt relevant sind.

Durch diese Methode verleiht das BVerfG seiner dynamischen, problemorientierten und neue Maßstäbe setzenden Interpretation der nationalen Verfassung ein zusätzliches Fundament. Dass es sich bei einer solchen Grundsatzentscheidung nicht um einen deutschen Sonderweg handelt, ist umso wichtiger, je weniger sich die verfassungsrechtlichen Maßstäbe aus dem Wortlaut des Grundgesetzes und dem Willen des historischen Verfassungsgebers ergeben. Die Orientierung am Völker- und Unionsrecht als Rechtserkenntnisquelle relativiert die Rechtsprechungsspielräume des BVerfG. Allerdings ändert diese normative Verankerung einer dynamischen Verfassungsinterpretation nichts daran, dass die Macht der Gerichte insgesamt gestärkt wird und dass die Option einer expliziten Regelung von Kinderrechten im Grundgesetz durch Verfassungsänderung an Bedeutung verliert. Der verfassungsändernde Gesetzgeber braucht (vermeintliche) Lücken nicht mehr zu schließen, soweit das BVerfG entsprechende Rechte bereits anerkannt hat. Und es spricht viel dafür, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber sich bei der Formulierung einer ergänzenden Verfassungsänderung an dieser Rechtsprechung und deren textlichen Anknüpfungen anlehnen würde.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass das BVerfG die einschlägigen „landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen“ (Rn. 48) vergleichsweise beiläufig erwähnt und aufzählt, obwohl das Schulrecht selbst eine landesrechtliche Materie ist und das Thema vor diesem Hintergrund auch von Landesverfassungen aufgegriffen wird. Offenbar scheute der *Senat*, sich auf die verschiedenen Wortlaute in den Texten der Landesverfassungen und die Rechtsprechung dazu einzulassen. Zukünftig werden sich die Landesverfassungsgerichte voraussichtlich am neuen bundesverfassungsrechtlichen Grundrecht orientieren und darüber hinweggehen, ob in der jeweiligen Landesverfassung ein „Recht“ (Art. 11 BW-Verf) oder ein „Anspruch“ (Art. 8 NWVerf) auf „Schulbildung“ (Art. 102 Abs. 1 SächsVerf) oder auf „Ausbildung“ (Art. 128 Abs. 1 BayVerf) geregelt ist.

Methodisch geht es nicht darum, den Wortlaut einzelner Bestimmungen auszulegen, sondern um die richterrechtliche Entwicklung eines bundesverfassungsrechtlichen Maßstabes

durch die Rechtsprechung. Das BVerfG knüpft dabei an Tendenzen des Völkerrechts und des Landesverfassungsrechts an.

So umstritten die Methoden und Grenzen des Verfassungswandels bereits im Grundsatz sind, sollte vor allem die Frage nicht aus dem Blick geraten, welche konkreten Inhalte und Konsequenzen die gegebenenfalls gewandelten bzw. neuen verfassungsgerichtlich entwickelten Maßstäbe haben. Es sei noch einmal daran erinnert, dass es auch in Betracht gekommen wäre, die Schulschließungen ausschließlich an den Grundrechten der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG sowie am Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit zu messen. Die „entscheidende“ Frage ist also, welchen *dogmatischen Mehrwert* ein spezielles „Recht auf schulische Bildung“ hat. Wenn es darauf keine greifbare Antwort gäbe, könnte der Beschluss ebenso wie etwaige Kritik an ihm als Streit um Worte entlarvt und dogmatisch vernachlässigt werden. Werden also grundrechtsgebundenes staatliches Handeln und insbesondere Spielräume des Gesetzgebers auf besondere und neue Weise beschränkt? Hat das Grundrecht auf schulische Bildung Gewährleistungsgehalte und Schutzdimensionen, die es als „besonderes Grundrecht“ qualifizieren? Hat das Recht auch eine leistungrechtliche Dimension? Unterscheidet es sich in den Schranken bzw. dem Schutzniveau von der allgemeinen Handlungsfreiheit?

Diese Fragen sind alles andere als trivial: Dass das Recht auf schulische Bildung auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG gestützt wird, lässt sich so deuten, dass es um mehr geht als um eine „pure“ Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG. Die Antwort auf die Frage, welche konkreten Inhalte und Konsequenzen daraus folgen, ist zu erschließen aus den subjektiven Interessen der Schulpflichtigen, die das BVerfG als Kehrseite der in Art. 7 Abs. 1 GG geregelten staatlichen Schulaufsicht und des dahinter sich verbergenden objektivrechtlichen Bildungsauftrags versteht (Rn. 47). Für ein echtes und einklagbares Recht auf schulische Bildung kommt ein ganzes Bündel multidimensionaler Gewährleistungsgehalte in Betracht: Neben einem Abwehrrecht gegen Schulschließungen bzw. gegen jeden individuellen Ausschluss von Bildungsangeboten sind vor allem Leistungsrechte bzw. derivative Teilhaberechte denkbar. Denkbar sind auch Schutzpflichten und (mittelbare) Drittwirkungen eines Grundrechts auf schulische Bildung. Aspekte von Freiheit und der Ermöglichung von Grundrechtsausübung werden durch Aspekte der Gleichheit bei der Frage der Verteilung beschränkter Ressourcen ergänzt. Insbesondere in Kombination beider Aspekte drängen sich ein qualifiziertes Schutzniveau und eine gesteigerte Kontrolldichte des BVerfG auf. Das könnte auch an den differenzierenden Ansatz des BVerfG zu Fragen der Rechtfertigung bei Art. 3 Abs. 1 GG anknüpfen. Die bereits überragende Bedeutung der Schulbildung spricht einerseits für qualifizierte Bindungen staatlicher Gewalt. Andererseits streiten gerade auch im Bildungsbereich Gestaltungsspielräume und der Vorbehalt des Möglichen gegen eine extensive Interpretation verfassungsunmittelbarer Gewährleistungsinhalte.

All diese Folgefragen eines Grundrechts auf schulische Bildung müssen von der Rechtsprechung, die dieses Grundrecht geschaffen hat, geklärt werden. Das BVerfG hat sich

²⁸ EGMR, Urt. v. 23.7.1968 – 1474/62 (Belgischer Sprachenfall).

diese Fragen erkenntlich gestellt und sie – durchaus über den Fall hinausgehend – beantwortet.

III. Konsequenzen des Rechts auf schulische Bildung für Maßnahmen zu Zwecken des Infektionsschutzes

1. Das Recht auf schulische Bildung als Abwehrrecht

Zunächst soll es fallbezogen um die Schulschließungen gehen, mit denen die „Bundesnotbremse“ die dritte Welle der Corona-Pandemie brechen sollte.

Dass es dabei um die abwehrrechtliche Dimension des Rechts auf schulische Bildung geht, ist durchaus begründungsbedürftig. Denn auf den ersten Blick handelt es sich um die einfachgesetzliche Aussetzung der ebenfalls einfachgesetzlichen Schulpflicht und prima facie läge es deshalb nahe, die Schulpflicht selbst als Eingriff und die Ausnahme als relativen Freiheitsgewinn aufzufassen. Außerdem lässt sich das Bildungsangebot auch als staatliche Leistung begreifen, was nahelegt, das Recht auf schulische Bildung nicht in einer abwehrrechtlichen, sondern in einer leistungsrechtlichen Dimension zu entfalten. In der überkommenen Grundrechtsdogmatik, an der sich Prüflinge orientieren sollen, stehen die verschiedenen Grundrechtsdimensionen alternativ nebeneinander: Es wäre danach zu klären, ob das Gesetz entweder ein Eingriff ist *oder* die gegebenenfalls auch leistungsrechtliche Dimension eines Grundrechts *oder* eine Schutzpflicht berührt. Lediglich bei Drittwirkungsfällen ist streitig, ob sie in dieser Zurechnungsdogmatik zu rekonstruieren sind. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der *Erste Senat* kommt vorliegend ausnahmsweise zu dem Ergebnis, dass sowohl die abwehrrechtliche als auch die leistungsrechtliche Dimension des Grundrechts auf schulische Bildung betroffen sind. Beides fordert erheblichen Argumentationsaufwand.

Das BVerfG beginnt – schulmäßig – mit dem abwehrrechtlicher Ansatz, der allerdings ohne weiteres nur in Bezug auf den hier ebenfalls untersagten Betrieb von Privatschulen einleuchtet: Selbst wenn man annimmt, dass die Schulschließungen unmittelbar an diejenigen adressiert sind, die solche Schulen betreiben, wirkt sich das Verbot mittelbar auf die Schulpflichtigen aus, denen die Möglichkeit genommen wird, eine Privatschule zu besuchen, für deren Angebot sie (bzw. ihre Eltern) sich autonom entschieden haben. Der Betrieb der staatlichen Schulen hingegen ist als solcher eine staatliche Leistung. Unter diesem Aspekt läge es nahe, in den pandemiebedingten Schulschließungen den Wegfall einer staatlichen Leistung zu sehen und keinen Eingriff. Dafür hätte zusätzlich gesprochen, dass der Schulbesuch als solcher keine autonome Grundrechtsausübung darstellt, sondern Pflicht ist. Die Schulpflicht ließe sich als einfachgesetzliche Pflicht zur Annahme einer staatlichen Leistung konstruieren. Soweit das Recht auf schulische Bildung einen grundrechtsunmittelbaren Leistungsanspruch begründet, würde dem in der Logik der Konstruktion dieses Grundrechts als Kehrseite des staatlichen Bildungsauftrages auch eine „Grundpflicht“ auf Schulbesuch korrespondieren – ein Gedanke, der dem Grundgesetz (im Gegensatz zum Katalog der Art. 109 ff. Weimarer Reichsverfassung, der „Grundrechte und Grundpflichten“ normiert) allerdings fremd ist.

Das BVerfG vermeidet diesen Gedankengang und findet eine andere Begründung dafür, dass nicht nur die Besucher von Privatschulen durch Schulschließungen in ihrem eigenen Grundrecht auf schulische Bildung betroffen sind. Insgesamt geht es dem *Senat* in der ganzen Entscheidung erkennbar darum, Sensibilität für vielfältige Grundrechtsbetroffenheiten zu zeigen. Ein qualifizierter Grundrechtsschutz „ausgerechnet“ für Privatschulen wäre unter dem Gesichtspunkt einer chancengleichen Bildungsgerechtigkeit ein geradezu befremdliches Ergebnis gewesen. Zunächst interpretiert das BVerfG den Schulbesuch nicht nur als Konsequenz einer gesetzlichen Pflicht. Vielmehr „kommen Schüler, wenn sie am Unterricht teilnehmen, nicht nur der Schulpflicht nach, sondern üben zugleich ihr nach Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG geschütztes Recht aus, ihre Persönlichkeit mit Hilfe schulischer Bildung frei zu entfalten“ (Rn. 62). Dass die Schule selbst Raum und Gelegenheit zur Ausübung von Grundrechten sein kann, entspricht der längst anerkannten „Sonderstatuslehre“²⁹: Danach sind Schulpflichtige keinem „besonderen Gewaltverhältnis“ unterworfen, das ihre Grundrechtsberechtigung für den gesamten Schulbereich ausschließen würde. Schulpflicht und Grundrechtsausübung schließen sich nicht aus. Das Problem in der vorliegenden Konstellation besteht aber darin, dass es hier nicht um die Ausübung eines schulunabhängigen Grundrechts geht (z.B. der Religionsfreiheit), sondern um das Grundrecht auf schulische Bildung, das sich von der Schulpflicht sachlich nicht trennen lässt. Grundrechtsausübung und Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht fallen in eins.

Bemerkenswert ist, dass das BVerfG das Recht der Schulpflichtigen auf die Entfaltung der Persönlichkeit *nicht* im allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verortet, sondern im Recht auf schulische Bildung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG. Mehrfach (Rn. 45, 48) betont das BVerfG, dass der Bezug des Rechts auf schulische Bildung zur Persönlichkeit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG vor allem darin besteht, dass die Schulpflichtigen ihre Persönlichkeit und ihre Fähigkeit zur autonomen Selbstbestimmung mit Hilfe der Schulbildung erst entwickeln. Die Schule dient danach der Ermöglichung autonomer Grundrechtsausübung. Diese wird allerdings nicht kategorisch auf einen späteren Zeitpunkt und den außerschulischen Bereich beschränkt. Vielmehr werden bereits die Schulpflichtigen als persönlich selbstbestimmte Grundrechtsträger angesehen. Es geht dabei weniger darum, den Schulpflichtigen auch in der Schule bereits die Ausübung dieses Grundrechts zuzugestehen. Indem das BVerfG ein „Recht der Kinder auf freie Entwicklung und [sic!] Entfaltung ihrer Persönlichkeit“ (Rn. 44) gemeinsam in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG verortet, kommt vielmehr zum Ausdruck,

²⁹ BVerfGE 41, 251 (263 f.); 45, 400 (417); 98, 218 (256 f.); *Jestaedt*, in: Herdegen u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 22 Rn. 92 f.; *Loschelder*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 202 Rn. 1 ff.; *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 3, 2009, § 65 Rn. 40 ff.

dass es sich um eine modifizierte Ausprägung des Persönlichkeitsrechts handelt. Die Schulpflichtigen können ihr Persönlichkeit mit zunehmender Autonomie entfalten, d.h. auch schon dann, wenn es noch nicht voll ausgeprägt ist und in dem wachsenden Maße, in dem es sich entwickelt. Die Schule wird zu einem Grundrechtsraum, in dem dieses modifizierte Persönlichkeitsrecht Minderjähriger bereits ausgeübt wird: In der Gemeinschaft mit Gleichaltrigen und mit dem Lehrpersonal entwickeln sich die Schulpflichtigen zu Persönlichkeiten und werden darin unterstützt, ihr Recht zunehmend (und dann auch außerhalb der Schule) autonom wahrzunehmen.

Diese besondere Gemengelage aus Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit in der Schule und durch die Schule macht es auch plausibel, dass das BVerfG die Schulschließungen nicht nur als Wegfall einer Leistung (dazu später), sondern als Eingriff konstruiert: Während eine Umgestaltung des Schulsystems und Modifikationen des Bildungsangebotes lediglich eine andere Ausgestaltung einer staatlichen Leistung darstellen, sind Schulschließungen aus schulexternen Gründen ebenso wie die Exklusion einzelner Schulpflichtiger aus einem stattfindenden Schulbetrieb Eingriffe in das Recht auf schulische Bildung. Dass nicht die Schulpflichtigen, sondern die Schulträger Adressaten des Verbotes sind, steht einem Eingriff nicht entgegen, weil die Wirkungen für die Schulpflichtigen einem Verbot, die Schule zu besuchen, gleichstehen (Rn. 73).

Die Unterscheidung zwischen Leistung und Eingriff erfolgt aber nicht primär nach der Intensität, sondern nach den Zwecken einer Regelung. Erfolgt z.B. eine Verkürzung der Schulzeit im Rahmen einer Umgestaltung des Schulsystems, z.B. um der Entwicklung der Persönlichkeit auf andere Weise (z.B. durch Praktika) Raum zu geben, wäre das kein Eingriff in das Recht auf schulische Bildung. Auch eine Modifikation des Bildungsangebotes, bei der traditionelle Präsenzlehre aus didaktischen Gründen z.B. durch digitale Formate teilweise ersetzt würde, wäre danach kein Eingriff. Das BVerfG maß sich keinesfalls an, aus dem Grundgesetz bzw. aus einem erst von der Rechtsprechung hergeleiteten Grundrecht eine bestimmte Ausgestaltung schulischer Bildung abzuleiten. Die (jeweilige) Ausgestaltung des staatlichen Bildungsauftrages ist und bleibt im föderalen Kompetenzgefüge des Grundgesetzes den Akteuren der Schulpolitik der Länder anvertraut. Es geht dem BVerfG vielmehr umgekehrt darum, dass ein für adäquat gehaltenes Bildungsangebot auch praktiziert werden darf. Der grundgesetzliche Bildungsauftrag und das ihm korrespondierende Grundrecht auf Schulbildung wird davor geschützt, anderen Zwecken (hier des Infektionsschutzes) weichen zu müssen.

Dabei handelt es sich natürlich nicht um einen absoluten Schutz. Auch das „besondere“ Grundrechte auf schulische Bildung ist nur ein relatives Recht. In Ausnahmesituationen – wie der vorliegenden – können zu Zwecken des Infektionsschutzes auch Schulschließungen gerechtfertigt sein. Aber das BVerfG macht mit seinem Beschluss deutlich, dass gerade gegen Schulschließungen als Instrument eines „Lockdowns“ besonders hohe verfassungsrechtliche Rechtfertigungslasten in Ansatz zu bringen sind. Das Schutzniveau ist das eines

„besonderen“ Grundrechts und nicht das der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Das hohe Schutzniveau ist in der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Das BVerfG nimmt vorliegend an, dass das Verbot des Präsenzunterrichts „den verfassungsrechtlich legitimen Zwecken, die der Gesetzgeber in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erreichen wollte, diene“ (Rn. 110).

Es hält die Maßnahme für geeignet, weil die Schulpflichtigen – auch ohne Treiber des Infektionsgeschehen oder selbst besonders gefährdet zu sein – durch Vermeidung von Kontakten eine Weiterverbreitung auf diesem Wege ausschließen können. Allerdings greift das BVerfG in diesem Rahmen auf den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zurück. Denn nach einer Gegenansicht sprachen durchaus auch Gründe dafür, „dass eine Testpflicht an geöffneten Schulen einen Beitrag zur Pandemiebekämpfung leiste, weil symptomlose Infektionen aufgedeckt und dadurch Infektionsketten unterbrochen würden. Dieser epidemiologische Nutzen von offenen Schulen mit verpflichtendem Testkonzept sei größer als das epidemiologische Risiko, das von in der Schule falsch negativ getesteten Schülern ausgehe.“ (Rn. 127). Die Geeignetheit wird aber nicht schon dadurch widerlegt, „dass ‚möglicherweise‘ die Schüler durch einen gesicherten Schulbetrieb besser geschützt seien als bei unkontrollierten Treffen außerhalb der Schule infolge entfallenden Präsenzunterrichts und dass ein Offenhalten der Grundschulen ‚wahrscheinlich‘ keine Konsequenzen auf die Belastung des Gesundheitswesens gehabt hätte.“ (Rn. 128). Es wird aber auch deutlich, dass der Gesetzgeber hier an der Grenze des Vertretbaren gehandelt hat: „Die Einschätzung, dass sich Infektionen bei einem durch regelmäßige Testungen und Hygienemaßnahmen gesicherten Schulbetrieb insgesamt eindeutig besser eindämmen ließen als durch ein Verbot von Präsenzunterricht, wird indes so von keinem der in den vorliegenden Verfahren angehörten sachkundigen Dritten geteilt. Mehrere sachkundige Dritte haben angemerkt, dass bisher kein systematisches und kontinuierliches Monitoring dieser Maßnahmen stattgefunden habe (DGPI, HZI und RKI).“ (Rn. 128). In einer späteren Passage der Entscheidung macht das BVerfG deutlich, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, „Ursachenzusammenhänge über den Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes hinaus im Blick zu behalten und für deren weitere Ergründung zu sorgen“ (Rn. 177). Das gilt insbesondere für die Erforschung der Effektivität etwaiger milderer Mittel. Grundrechtsschutz durch die weitere Erforschung der Pandemie und d.h. die Ermöglichung, Förderung bzw. konkrete Beauftragung solcher Forschung ist angezeigt. Was daraus folgen würde, wenn der Staat dem zukünftig nicht hinreichend nachkommt und erneut auf die bisherigen Maßnahmen des „Lockdowns“ zurückgreift, bleibt hingegen offen: „Große Gefahren für Leib und Leben dürfte der Staat am Ende nicht deshalb in Kauf nehmen, weil er nicht genug dazu beigetragen hat, dass freiheitschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahr erforscht werden. Hingegen könnte etwa der Einwand, dass freiheitschonendere Mittel die Allgemeinheit finanziell stärker belasten, in der Abwägung an Gewicht verlieren, je länger der Staat Möglichkeiten auslässt, fundiertere Einschätzungen über

deren Wirkung zu erlangen.“ (Rn. 178). Bemerkenswert ist, dass der *Erste Senat* umso großzügiger bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers“ (Rn. 135). Der *Senat* legt offen, dass die Rechtsprechung des BVerfG in den Fragen der Kontrolldichte schwankt. Zuletzt hatte der *Zweite Senat* in Konstellationen eines schweren Eingriffs eine hohe Kontrolldichte bei der Verhältnismäßigkeit i.e.S. angelegt (BVerfGE 153, 182 [283 f. Rn. 266]). Dass der *Erste Senat* vorliegend nicht näher begründet, warum er einen großzügigeren Maßstab anlegt, dafür aber rechtsvergleichend auf Rechtsprechung anderer europäischer Verfassungsgerichte im Kontext von Corona-Maßnahmen verweist, spricht dafür, dass der *Senat* hier – anders als in vielen Passagen des Beschlusses – keine allgemeingültigen Maßstäbe aufstellen will. Das BVerfG kommt zu dem Ergebnis, dass das Übermaßverbot nicht verletzt ist.

2. Das Recht auf schulische Bildung als Leistungsrecht

Es sei noch einmal klargestellt, dass es sich um eine Sonderkonstellation handelt, in der das Verbot einer staatlichen Leistung überhaupt als Eingriff rekonstruiert wird. Dass der *Senat* dies hier annimmt, ändert nichts daran, dass das Bildungsangebot staatlicher Schulen auch eine staatliche Leistung darstellt. Deshalb bleibt nach der Rechtfertigung des Eingriffs in entscheidungserheblicher Weise die Frage offen, ob sich aus der leistungsrechtlichen Seite des Grundrechts auf schulische Bildung ein Verfassungsverstoß ergibt (dazu Rn. 166 ff.). Daraus ergibt sich freilich vorliegend ein zusätzliches Kompetenzproblem: Die staatliche Leistungspflicht, einen Mindeststandard schulischer Bildung zu gewährleisten, richtet sich nämlich an die Länder, die für die schulische Bildung ausschließlich zuständig sind. Es hätte sehr nahe gelegen, diese Frage im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen das Bundesgesetz gar nicht aufzuwerfen oder sie jedenfalls nicht weiter zu vertiefen. In der Sache geht es darum, ob und in welchem Maße die Länder verpflichtet waren, den Wegfall des Präsenzunterrichts zumindest teilweise – insbesondere durch digitale Formate eines Distanzunterrichts – zu kompensieren. Dem Bundesgesetzgeber könnte dabei allenfalls vorgeworfen werden, sehenden Auges eine vorhersehbare Verletzung der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht durch die Länder in Kauf genommen zu haben. Es ist allerdings schwer vorstellbar, wie und in welcher Konstellation dies im Ergebnis in Betracht käme: Vorhersehbar und gegebenenfalls auch dem Bund zurechenbar ist eine Unterschreitung des Mindeststandards wohl vor allem dann, wenn bzw. soweit seine Erreichung den Rahmen des Möglichen sprengt. In dieser Konstellation führt aber der Vorbehalt des Möglichen rechtlich dazu, dass im Ergebnis auch keine Verletzung einer verfassungsrechtlichen Pflicht angenommen werden kann. Vielmehr wären solche vorhersehbaren Folgen im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs zu berücksichtigen (s.o.), nicht aber als Verletzung eines Leistungsrechts durch den Bund. Soweit den Schulen die Durchführung von Distanzunterricht möglich war, konnte der Bundesgesetzgeber davon ausgehen, dass die Länder ihre entsprechende verfassungs-

rechtliche Leistungspflicht auch erfüllen würden. Und selbst wenn dies nicht geschehen sollte, wäre allein den Ländern eine solche Verletzung von Verfassungsrecht zurechenbar. Auch in dieser Konstellation kommt also ein Verstoß des Bundesgesetzes gegen Grundrechte, um die es in dieser Verfassungsbeschwerde ausschließlich gehen sollte, gar nicht in Betracht.

So betrachtet hätte es einer Erörterung von Leistungsansprüchen im Rahmen der vorliegenden Verfassungsbeschwerde gar nicht bedurft. Die Passage des Beschlusses hierzu überzeugt auch in der Sache nicht: Das BVerfG hat sich für die Entscheidung Zeit gelassen und ihm gelingt – ohne in der verfassungsrechtlichen Bewertung die ex ante Perspektive zu verlassen – bei der abwehrrechtlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine umso realistischere Betrachtung, die die Schwere des Grundrechtseingriffs keineswegs beschönigt. Das kann hinsichtlich der Einhaltung des vom BVerfG postulierten Mindeststandards von Distanzunterricht nicht bestätigt werden. Realistischer wäre wohl die Feststellung gewesen, dass bei weitem nicht alle Schulen im Frühjahr 2021 technisch, personell und didaktisch hinreichend vorbereitet waren, um flächendeckend ein digitales Kompensationsangebot zu verwirklichen. Verfassungsrechtlich würde hier wohl der Vorbehalt des Möglichen greifen. Das BVerfG deutet etwaige Grenzen des Leistungsanspruchs nur an: „Soweit daher an einzelnen [sic!] Standorten staatlicher Schulen nicht dafür gesorgt wurde, dass anstelle von Präsenzunterricht in nennenswertem Umfang Distanzunterricht stattfinden konnte, bestand ein Anspruch der betroffenen Schüler auf entsprechende Vorkehrungen, sofern [sic!] dem keine durchgreifenden Hindernisse personeller, sächlicher oder organisatorischer Art entgegenstanden“ (Rn. 174). Ob es sich dabei nur um einzelne Standorte handelte und ob nicht an diesen Standorten der Vorbehalt des Möglichen letztlich gegriffen hätte, ist eine tatsächliche Frage, die im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nicht zu klären war.

Die ganze Passage kann wohl primär zukunftsgerichtet verstanden werden als Appell an die Länder und die Schulleitungen, in digitale Ausstattung zu investieren und sich bei einem etwaigen zukünftigen Verbot von Präsenzunterricht auf Individualklagen zu den Verwaltungsgerichten einzustellen, bei denen es um die Einhaltung des Mindeststandards im Einzelfall gehen würde. Auch die folgende Passage des Beschlusses des BVerfG ist zukunftsgerichtet und primär an die Länder adressiert: Die tatsächlichen Erkenntnisse, auf die ein zukünftiger Bundesgesetzgeber seine Rechtfertigung zukünftiger Schulschließungen stützen könnte, hängen aus Kompetenzgründen und in tatsächlicher Hinsicht davon ab, ob die Länder die Erforschung der epidemiologischen Zusammenhänge im Schulbereich ermöglichen und unterstützen werden.

Von allgemeinerer Bedeutung sind die Aussagen des BVerfG darüber, welchen Inhalt und welche Grenzen die leistungsrechtliche Dimension des Grundrechts auf schulische Bildung hat: Der *Senat* stellt klar, dass das Recht auf schulische Bildung „im Grundsatz keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen“ (Rn. 52) gibt. Weder die „Schaffung neuer Schulstrukturen“ noch die „Beibehaltung vorhandener schulischer Strukturen“

könnten durch das Grundrecht geltend gemacht werden (Rn. 52). Ein „Anspruch auf ein bestimmtes Schulangebot“ komme „nicht in Betracht, weil sich der Staat bei Wahrnehmung seines Auftrags zur Gestaltung von Schule nach Art. 7 Abs. 1 GG auf einen weiten Spielraum und den Vorbehalt des Möglichen berufen kann.“ (Rn. 52).

Allerdings ist ein Leistungsanspruch nur „im Grundsatz“ und also nicht gänzlich ausgeschlossen: „Aus dem Recht auf schulische Bildung folgt jedoch ein grundrechtlich geschützter Anspruch von Schülerinnen und Schülern auf Einhaltung eines nach allgemeiner Auffassung für ihre chancengleiche Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten an staatlichen Schulen“ (Rn. 52). Bei einer gänzlichen Schließung der Schulen für einen nicht unerheblichen Zeitraum kommt auch die Verletzung dieses rudimentären Leistungsrechts in Betracht – insbesondere, wenn keine Kompensation des wegfallenden Präsenzunterrichts durch Distanzunterricht stattfindet (dazu Rn. 173 f.). „Diesem Anspruch können zwar ausnahmsweise überwiegende Gründe des Schutzes von Verfassungsrechtsgütern entgegenstehen“ (Rn. 52). Für die Einhaltung dieses Mindeststandards (und gegebenenfalls die Entwicklung kompensatorischer, insbesondere digitaler Angebote) besteht sogar eine verfassungsunmittelbare, die parlamentarische Haushaltsautonomie beschränkende Mittelverwendungspflicht des Staates. Dem Anspruch kann nämlich „weder der – bei einem Unterschreiten des Mindeststandards schulischer Bildungsleistungen ohnehin verfehlte – Auftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG zur freien Gestaltung von Schule noch die staatliche Entscheidungsfreiheit bei der Verwendung knapper öffentlicher Mittel entgegengehalten werden“ (Rn. 52). Der gegen Leistungsrechte allgemein greifende Vorbehalt des Möglichen enthebt den Staat nicht von seiner Pflicht der zukünftigen Ermöglichung von Leistungen. Die Grundrechtsdogmatik stößt hier aber an ihre Grenzen. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht zu fordern, hier einen intertemporalen Ansatz der Zurechnung ins Spiel zu bringen. Die Figur des intertemporalen Eingriffs, den das BVerfG³⁰ beim Klimaschutz entwickelt hat, ist ebenfalls eine Ausnahmefigur, die nicht die allgemeine, gegenwartsbezogene Eingriffsdogmatik sprengen sollte.

IV. Weiter reichende Konsequenzen des Rechts auf schulische Bildung für die Grundrechtsdogmatik

Die Schulschließungen in der Corona-Pandemie sind in der bisherigen Geschichte der Bundesrepublik einmalig. Schon bevor das BVerfG mit dem Gewicht eines eigenständigen Grundrechts auf schulische Bildung verfassungsrechtlich begründete, welche schwerwiegenden Konsequenzen Schulschließungen haben, hatte sich auch in der Politik und in der öffentlichen Meinung die Ansicht durchgesetzt, dass auch im Falle einer abermaligen Welle des Infektionsgeschehens Schulschließungen allenfalls die ultima ratio sein würden.³¹

³⁰ BVerfGE 157, 30.

³¹ Siehe beispielsweise die Pressemitteilung der Landesregierung NRW v. 17.3.2021, abrufbar unter

Schon die Schulschließungen der Bundesnotbremse waren mit Blick auf das absehbare Impfangebot befristet worden. Als ultima ratio hat das BVerfG Schulschließungen für verfassungsmäßig gehalten. In einer Gesamtbetrachtung des Ergebnisses kann also nicht die Rede davon sein, dass das BVerfG Handlungsspielräume spürbar beschnitten hätte, welche die bisherige und derzeit absehbare Politik für sich in Anspruch nehmen würde.

Die praktischen Konsequenzen des Beschlusses im Sinne einer Beschränkung von Herrschaftsgewalt sollten dennoch nicht unterschätzt werden: Sie liegen vor allem jenseits von Maßnahmen in einer Pandemie. Der *Senat* spricht auch diese Konsequenzen deutlich an und entfaltet ganz allgemein und geradezu lehrbuchhaft die verschiedenen Dimensionen des neuen Grundrechts. Das Recht auf schulische Bildung hat all die Dimensionen, die nach dem Schulabschluss als Recht auf einen Ausbildungs- bzw. auf einen Studienplatz längst in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt sind. Letzteres folgt aus Art. 12 Abs. 1 GG und vor allem als sogenanntes „derivatives Teilhaberecht“ aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.³² Das bedeutet: Es gibt zwar keinen originären grundrechtlichen Anspruch darauf, bestimmte Studiengänge einzurichten und die Kapazitäten von Studienplätzen zu erweitern. An den Grundrechten zu messen ist aber die chancengerechte Verteilung der vorhandenen Plätze. Die Kriterien der Auswahl und ihre verfassungskonforme Auslegung und Anwendung sind ein alles andere als triviales Problem. Die praktische Bedeutung schon der Möglichkeit, einen Studienplatz einzuklagen (bzw. mit einer Klage zu drohen), sind nicht zu unterschätzen. Hier geht es – ganz anders als bei den allgemeinen Schulschließungen per Gesetz – vor allem um Einzelfälle und um die Möglichkeiten des Individualrechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten.

Auch die Verteilung der Plätze an staatlichen Schulen, die eine jedes Jahr wiederkehrende Herausforderung ist, erhält damit eine zusätzliche verfassungsrechtliche Dimension. Das BVerfG zieht dabei ausdrücklich die Parallele zu den Studienplätzen und damit auf die ergänzende Heranziehung auch des Art. 3 Abs. 1 GG: „Daher folgt aus dem Recht auf schulische Bildung in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ein Recht auf gleiche Teilhabe an den staatlichen Bildungsleistungen (vgl. BVerfGE 33, 303 [332 ff.]; 134, 1 [13 Rn. 36] und 147, 253 [305 f. Rn. 103 f.] zum gleichen Zugang zum staatlichen Studienangebot.“ (Rn. 59). Das bedeutet für die Zukunft: „Das auf schulische Bildung in seiner teilhaberechtlichen Funktion ist verletzt, wenn diese Zugangsvoraussetzungen willkürlich oder diskriminierend ausgestaltet oder angewendet werden (vgl. zum gleichen

<https://www.land.nrw/pressemitteilung/klare-formale-vorgaben-und-inhaltliche-voraussetzungen-fuer-schulschliessungen-als> (27.3.2022).

³² BVerfGE 33, 303 (331 f.); 43, 291 (313 ff.); 85, 36 (53 f.); 134, 1 (13 Rn. 36), 147, 253 (305 f. Rn. 103); zustimmend *Kämmerer* (Fn. 17), Art. 12 Rn. 65 ff.; *Manssen* (Fn. 17), Art. 12 Rn. 15 ff.; *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 5), Art. 12 Rn. 25; *Jarass* (Fn. 5), Art. 12 Rn. 99.

Zugang im Fall begrenzter Kapazitäten etwa Sächsisches OVG, Beschluss vom 11. November 2016 – 2 B 205/16 -). Die leistungsbedingte Versagung eines Bildungsganges oder eine Nichtversetzung in die nächste Klassenstufe kann darüber hinaus bei Geltung der Schulpflicht in das allgemeine Entfaltungsrecht der Schüler (Art. 2 Abs. 1 GG) oder bei einem Ausbildungsbezug des Unterrichts in das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) eingreifen (vgl. BVerfGE 58, 257 [272 ff.]).“ (Rn. 60).

Um hier nur ein Beispiel zu bringen: Unter dem Gesichtspunkt der Chancengerechtigkeit ist das Kriterium des Schulwegs bei der Vergabe von Schulplätzen nicht unproblematisch. Wenn z.B. eine Schule, die in einer Gegend hochpreisiger Immobilien liegt, ihre Plätze nach dem Kriterium des Schulwegs vergibt, spiegeln sich Vermögensverhältnisse in Bildungschancen. Der Beschluss kann nur so gelesen werden, dass das BVerfG geradezu anregt, die Kriterien und ihre Handhabung auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen und nach der Erschöpfung des Rechtsweges auch eine Verfassungsbeschwerde in Betracht zu ziehen. Dafür spricht auch, dass der *Senat* diese Frage in einem eigenen Leitsatz (2b) anspricht – obwohl der *Senat* klarstellt, dass dies mit dem entschiedenen Fall nichts zu tun hat: „Es geht damit nicht um teilhabe- und leistungsrechtliche, sondern um abwehrrechtliche Gehalte des Grundrechts auf schulische Bildung. Von der Maßnahme betroffen ist nicht etwa der Zugang zur Schule oder zu bestimmten Bildungsgängen und Klassenstufen an sich.“ (Rn. 76).

Ein eigenes Thema wäre, bis zu welchen Grenzen es eigentlich legitim ist, dass Gerichte über den zu entscheidenden Fall hinaus Maßstäbe entwickeln, statt abzuwarten, ob derartige Fragen in zukünftigen Verfahren zum Gegenstand gemacht werden. Gegen obiter dicta und für eine rein problem- und fallorientierte Entwicklung richterlicher Maßstäbe spricht die Gewaltenteilung: Denn die von Einzelfällen losgelöste und zukunftsgerichtete Rechtsetzung ist die klassische Funktion des Gesetzgebers.³³ Eine die Gesetzgebung ergänzende Maßstabsetzung durch Gerichte legitimiert sich hingegen daraus, dass sie Fälle (in der Regel der Vergangenheit) zum Anlass nimmt, rechtliche Maßstäbe insoweit fortzuentwickeln, als dies zu einer problemadäquaten Lösung der konkreten Fragen des Rechtsstreits erforderlich ist. Ob aus dem Ansatz in der Literatur, dem BVerfG eine eigene, „verfassungswandelnde Gewalt“ zuzusprechen,³⁴ etwas anderes folgt, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.

V. Bedeutung der Entscheidung für die Examensvorbereitung?

Der *Rezensent* ist der Ansicht, dass sich eine Examensvorbereitung auf systematische Durchdringung des Stoffes, auf methodische Fertigkeiten und auf das Einüben in der Fallbearbeitung konzentrieren sollte und nicht auf das Auswendiglernen von (aktuellen) Judikaten. Allerdings gibt es *Maßstabsetzungen der Rechtsprechung*, deren Kenntnis für die Fallbearbeitung essentiell sein kann und deren Kenntnis auch erwartet wird. Das gilt vor allem dann, wenn durch Rechtsprechung ungeschriebene Anspruchsgrundlagen („berühmtberühmt“ ist hier das Staatshaftungsrecht) entwickelt werden. Wer sie nicht kennt, hat nicht einmal einen Ansatz und „Aufhänger“, um einschlägige Fälle lösen zu können.

Das gilt auch für Grundrechte, die das BVerfG „erfunden“ hat. So wird erwartet, dass Prüflinge wissen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein eigenständiges Grundrecht anerkannt ist, das auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gestützt wird und das vom Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu unterscheiden ist. Auch wenn sich über diese Interpretation des Grundgesetzes natürlich streiten lässt (und es z.B. auch vertretbar wäre, Art. 2 Abs. 1 GG so zu interpretieren, dass er einerseits gar kein Auffanggrundrecht darstellt und andererseits die Fälle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – ohne Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG – regelt³⁵), wird in einem Gutachten zu den Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde erwartet, dass Prüflinge die Grundrechtsdogmatik der herrschenden Meinung deutlich machen (und einen davon gegebenenfalls abweichenden Ansatz jedenfalls als solchen offenlegen und gut begründen).

Auch das „Recht auf schulische Bildung“ ist ab sofort als anerkanntes Grundrecht zu behandeln. Schulpflichtige können darauf eine Verfassungsbeschwerde stützen. Prüflinge sollten wissen, dass dieses Grundrecht vom BVerfG in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG verankert wird. Für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde knüpft sich daran das – nicht neue – Problem der Grundrechtsmündigkeit, wenn Minderjährige sich ohne Einverständnis der Erziehungsberechtigten an das BVerfG wenden sollten.³⁶ Großzügig wäre dies wohl v.a. in solchen Fällen zu interpretieren, in denen Schulpflichtige ihre Chancengleichheit durchsetzen wollen und u.a. dadurch faktisch benachteiligt sind, dass sie einem bildungsfernen Elternhaus entstammen.

Prüflinge sollten also die Leitsätze 1 und 2 als „Merksätze“ in ihr Lernprogramm aufnehmen. Für die zukünftige Praxis und damit auch für die Fallbearbeitung und für die Prüfungsrelevanz dürfte v.a. Leitsatz 2b des vorliegenden

³³ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Bd. 3, 70. Lfg., Stand: Dezember 2013, Art. 20 Abs. 5 Rn. 52; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 165. Lfg., Stand: Januar 2014, Art. 2 Abs. 2 Rn. 3207; *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/2, 1994, S. 731.

³⁴ *Michael*, RW 2014, 426.

³⁵ Abweichende Meinung des Richters *Grimm* zu BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde), BVerfGE 80, 137, 164 ff.; *Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963, S. 49 f.

³⁶ *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, § 6 Rn. 41; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, § 5 Rn. 207 f.; *Michael/Morlok* (Fn. 20), § 12 Rn. 452, § 30 Rn. 921.

Beschlusses Bedeutung haben. Der Beschluss „Bundesnotbremse II (Schulschließungen)“, der als Grundlagenentscheidung zum „Recht auf schulische Bildung“ in die Dogmatik eingehen wird, lädt regelrecht dazu ein, sich Fälle auszu-denken, in denen die generellen Maßstäbe des „derivativen Teilhaberechts“ relevant werden könnten. Prüflinge sollten dies zum Anlass nehmen, die parallele Dogmatik zum Anspruch auf einen Studienplatz aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu wiederholen. Wer diese bereits kennt, wird sich das neue Grundrecht und dessen Konsequenzen leicht merken können. Das „neue“ Grundrecht sollte das Erinnerungsvermögen von Prüflingen nicht allzu sehr strapazieren, weil es in seiner Struktur nicht „neuartig“ ist, sondern bekannte dogmatische Muster auf einen anderen Lebensbereich erstreckt.

An dieser Stelle sei zum Aufbau der Entscheidungsbegründung angemerkt: In einem Gutachten wären die Erfolgsaussichten verschiedener Verfassungsbeschwerden (hier: von Schulpflichtigen und von Eltern) je einzeln zu erörtern. Das BVerfG hat hingegen die Verfahren mehrerer Verfassungsbeschwerden verbunden. Innerhalb der Begründetheit prüft das BVerfG das Grundrecht auf schulische Bildung als Erstes. Dies ist das sachnächste Grundrecht, weil die Schulpflichtigen die primär Betroffenen sind. Erst danach stellt es mit ganz knapper Begründung fest, dass Schulschließungen auch in das elterliche Grundrecht „auf freie Bestimmung des Bildungsganges“ (Rn. 200) ihrer Kinder nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingreifen, aber vorliegend ebenfalls gerechtfertigt seien. „Die Anforderungen an die Rechtfertigung dieses Eingriffs“ seien nämlich „jedenfalls nicht strenger als beim Eingriff in das der Persönlichkeitsentwicklung der Schüler dienende Recht auf schulische Bildung nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG“ (Rn. 202).

Mit Blick auf die Examensvorbereitung gibt die Beschäftigung mit der Entscheidung auch Anlass, sich Aspekte des Art. 6 Abs. 1 GG zu vergegenwärtigen – ein Grundrecht, das in vielen Kontexten aktuell ist. Die Schulschließungen haben faktisch auch die Gestaltung des Familienlebens schwer belastet. Das BVerfG nimmt aber insoweit keinen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG an, weil dies ein bloß faktischer Reflex der Schulschließungen gewesen sei (Rn. 210). Hingegen nimmt das BVerfG an, dass Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nicht abwehrrechtlich, sondern in ihrer Dimension als Förder- und Schutzgebot betroffen waren. Anders als die o.g. dogmatischen „Klimmzüge“ der richterrechtlichen Maßstabsetzung, handelt es sich hier um eine Konsequenz, die sich auf den Wortlaut des Grundgesetzes stützen lässt: Die Formulierungen der Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG machen deutlich, dass es sich hier nicht nur um Abwehrrechte handeln soll. Von Kritikern einer ausgreifenden Schutzpflichtendogmatik werden diese Normen als Ausnahmen gedeutet und in anderen Zusammenhängen zum Umkehrschluss herangezogen: Nur ausnahmsweise lassen sich bei einer textnahen Interpretation auf Grundrechte Schutzpflichten und Leistungsansprüche gründen. Dem BVerfG hingegen ging es um die Anwendung dieser Vorschriften: Danach war der Staat verfassungsunmittelbar verpflichtet, die Folgen der Schulschließungen durch Maßnahmen der Familienförderung aus-

zugleichen. Dem habe der Staat aber hinreichend Rechnung getragen (Rn. 211 ff.).

Die Verfassungsbeschwerden waren im Ergebnis unbegründet. Viel Lärm um nichts also? Diese Besprechung will dafür sensibilisieren, dass die Bedeutung von Grundsatzentscheidungen weit jenseits dessen liegt, geschriebenes Recht auf einen Fall anzuwenden. Auch das ist eine Erkenntnis, die im Examen helfen kann.

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf