

B e s c h l u s s

In dem Verfahren über  
die Verfassungsbeschwerde  
und  
den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

des minderjährigen Kindes

Beschwerdeführerin und Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 7. Januar 2021 in der bis zum 31. Januar 2021 bzw. 14. Februar 2021 geltenden Fassung

hat der

VERFASSUNGSGERICHTSHOF FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 29. Januar 2021

unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Präsidentin Dr. B r a n d t s ,  
Vizepräsident Prof. Dr. H e u s c h ,  
Prof. Dr. D a u n e r - L i e b ,  
Dr. G i l b e r g ,  
Dr. N e d d e n - B o e g e r ,  
Dr. R ö h l und  
Prof. Dr. W i e l a n d

beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Beschwerdeführerin ist Schülerin der 4. Klasse einer Grundschule in Köln. Sie wendet sich gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 7. Januar 2021 (GV. NRW. S. 19b). § 1 CoronaBetrVO lautet auszugsweise:

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

(2) Als schulische Nutzung gelten insbesondere

1. die mit dem Unterricht, vergleichbaren Schulveranstaltungen und der Betreuung von Schülerinnen und Schülern (z.B. Ganztagsbetreuung, Schulbegleitung gemäß § 112 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und § 35a des Achten Buches Sozialgesetzbuch),

2. mit der Schulmitwirkung,

3. im Zusammenhang mit der Aus- und Fortbildung sowie der Einstellung von Lehr- und Betreuungspersonen sowie

4. zur Aufrechterhaltung des Schulbetriebs (Sekretariat, Instandhaltung und Gebäudereinigung)

verbundenen Tätigkeiten.

[...]

(10) <sup>1</sup>Zulässig ist auch die Vor-Ort-Betreuung (Notbetreuung) von Schülerinnen und Schülern der jeweiligen Schule, wenn wegen einer Kindeswohlgefährdung die Aufnahme in die Vor-Ort-Betreuung als Folge einer familiengerichtlichen Entscheidung oder im Rahmen von Maßnahmen oder Schutzplänen nach § 8a des Achten Buches Sozialgesetzbuch erforderlich ist. <sup>2</sup>Die Aufnahme in die Vor-Ort-Betreuung kann auch erforderlich sein, wenn die Schülerin oder der Schüler im regelhaften Schulbetrieb als Folge einer Entscheidung nach den §§ 27 ff. des Achten Buches Sozialgesetzbuch am Offenen Ganztage teilnimmt. <sup>3</sup>Das Jugendamt hat vorrangig zu prüfen, ob das Kindeswohl auch mit anderen verfügbaren Maßnahmen gewährleistet werden kann. <sup>4</sup>Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Aufnahme in die Vor-Ort-Betreuung ist von der Jugendamtsleitung oder einer von ihr benannten Person zu treffen und zu dokumentieren; die Notwendigkeit der Aufnahme ist der Schulleitung schriftlich zu bestätigen. <sup>5</sup>Die Schulleitung kann die Aufnahme nur ablehnen, wenn andernfalls die Durchführung der Vor-Ort-Betreuung insgesamt gefährdet wäre; sie beteiligt das Jugendamt und die Schulaufsicht.

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

1. für ein schulisches Betreuungsangebot im Sinne von § 3 Absatz 7 der Zweiten Verordnung zur befristeten Änderung der Ausbildungs- und Prüfungsordnungen gemäß § 52 SchulG vom 2. Oktober 2020 (GV. NRW. S. 975) in Schulen der Primarstufe und in den Klassen 5 und 6 der weiterführenden Schulen,

2. für ein schulisches Betreuungsangebot für Schülerinnen und Schüler mit Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung, bei denen zugleich ein besonders stark ausgeprägter Bedarf an schulischer Betreuung besteht.

<sup>3</sup>Das Betreuungsangebot nach Satz 2 ist für alle Schülerinnen und Schüler bestimmt, die nach Erklärung ihrer Eltern nicht zuhause betreut werden können; im Übrigen nimmt eine Schülerin oder ein Schüler auch dann am Betreuungsangebot teil, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 10 erfüllt sind. <sup>4</sup>Die Entscheidung trifft die Schulleiterin oder der Schulleiter. <sup>5</sup>Die Absätze 3 bis 5 gelten entsprechend. <sup>6</sup>Die oberen Schulaufsichtsbehörden können im Einzelfall Ausnahmen von Satz 1 insbesondere für Abschlussklassen oder für die Erbringung von Leistungsnachweisen zulassen.“

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

„(11) <sup>1</sup>In der Zeit vom 30. Januar bis 14. Februar 2021 sind schulische Nutzungen im Sinne von Absatz 2 Nummer 1 und 3 untersagt. <sup>2</sup>Dies gilt nicht für

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

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

1. der Primarstufe und der Klassen 5 und 6 der weiterführenden Schulen, die nach Erklärung ihrer Eltern nicht zuhause betreut werden können,
2. aller Klassen und Jahrgangsstufen mit Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung, bei denen zugleich ein besonders stark ausgeprägter Bedarf an schulischer Betreuung besteht,
3. aller Klassen und Jahrgangsstufen, die nach Einschätzung der Schulleitung zuhause oder im Ausbildungsbetrieb nicht mit Erfolg am Distanzunterricht teilnehmen können, sowie
4. in den Fällen des Absatzes 10.

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

2. Einen Antrag der Beschwerdeführerin auf vorläufige Aussetzung des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO lehnte das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 22. Januar 2021 – 13 B 47/21.NE – ab. Der in der Hauptsache noch zu erhebende Normenkontrollantrag sei nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung nicht offensichtlich begründet. Die deswegen anzustellende Folgenabwägung falle zu Lasten der Beschwerdeführerin aus.

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

## II.

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

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

1. Der Antrag ist zulässig. Insbesondere steht ihm nicht die Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes gegenüber dem fachgerichtlichen Eilrechtsschutz entgegen.

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

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

**2.** Der Antrag ist unbegründet.

**a)** Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 VerfGHG für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erfüllt sind, ist wegen der meist weitreichenden Folgen einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung ein strenger Maßstab anzulegen. Die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsaktes vorgetragen werden, haben grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, das in der Hauptsache zu verfolgende Begehren wäre unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Zudem sind erkennbare Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn ein Abwarten bis zum Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens den Grundrechtsschutz mit hoher Wahrscheinlichkeit endgültig vereitelte. Ergibt in einem solchen Fall die Prüfung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, dass die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet wäre, läge in der Nichtgewährung von Rechtsschutz der schwere Nachteil für das gemeine Wohl im Sinne des § 27 Abs. 1 VerfGHG (vgl. zum Ganzen VerfGH NRW, Beschluss vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1, juris, Rn. 27, m. w. N.).

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

**aa)** Wird ihr die einstweilige Anordnung versagt und hätte die Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren Erfolg, weil die angegriffene Rechtsnorm die Beschwerdeführerin in ihren in der Landesverfassung enthaltenen Rechten verletzt, wäre der Präsenzunterricht zu Unrecht untersagt worden. Die Beschwerde-

führerin hätte die von ihr geschilderten Einschränkungen ihrer schulischen Ausbildung und ihrer persönlichen Entwicklung ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung hinnehmen müssen.

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

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

Das berechtigte Interesse der Beschwerdeführerin an einem störungsfreien, den staatlichen Bildungsauftrag konsequent und effizient erfüllenden Schulunterricht

wird durch die Untersagung des Präsenzunterrichts empfindlich beeinträchtigt. Dies gilt umso mehr, als bereits im Frühjahr 2020 über einen längeren Zeitraum Präsenzunterricht nicht erteilt wurde. Der erneute Ausfall von Präsenzunterricht kann zum Teil gravierende soziale, psychische und auch ökonomische Folgen für Schüler und Eltern haben.

Eingegrenzt werden diese nachteiligen Auswirkungen indes zunächst durch die noch hinnehmbare Geltungsdauer des Verbots bis zum 14. Februar 2021. Hinzu kommen die Ausnahmeregelungen in § 1 Abs. 10 und Abs. 11 Satz 2 bis 6 CoronaBetrVO bzw. die neuen zur weiteren Abfederung von besonderen Härten ab dem 30. Januar 2021 neu eingefügten Vorschriften. Außerdem hat sich die Landesregierung in § 5 Abs. 3 CoronaBetrVO verpflichtet, die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelungen fortlaufend zu überprüfen und sie insbesondere dem aktuellen Infektionsgeschehen und den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Verlauf der Covid-19-Pandemie anzupassen.

Der Ordnungsgeber muss bei Umsetzung der von der Bundeskanzlerin und den Ministerpräsidentinnen und -präsidenten der Länder ohne rechtliche Verbindlichkeit beschlossenen Maßnahmen den konkreten tatsächlichen Verhältnissen im Land Nordrhein-Westfalen hinreichend Rechnung tragen. Hierzu gehören nicht nur die Feststellung und Bewertung der aktuellen Entwicklung der Pandemie in den maßgeblichen Gebieten und die Auswertung aktueller Erkenntnisse über die Ursachen ihrer weiteren Verbreitung. Die Abwägungsentscheidung des Ordnungsgebers muss insbesondere auch erkennbar und plausibel vom Prinzip der größtmöglichen Schonung der Grundrechte der von den Freiheits- und Teilhabeeinschränkungen Betroffenen geleitet sein. Unsicherheiten über die Ursachen der Ausbreitung des Coronavirus dürfen nicht ohne Weiteres „im Zweifel“ zu Lasten der Freiheits- und Teilhaberechte aufgelöst werden. Die Zumutung konkreter Einschränkungen bedarf umso mehr der grundrechtssensiblen Rechtfertigung, je unklarer der Beitrag der untersagten Tätigkeit zur Verbreitung des Coronavirus ist und je länger diese

Einschränkung dauert. Gerade auf unsicherer Tatsachengrundlage darf der Verordnungsgeber sich nicht stets für das vermeintlich wirksamste Mittel entscheiden, sondern muss auch geringfügig weniger wirksame, aber erheblich schonendere Maßnahmen prüfen und erkennbar in seine Abwägung einbeziehen.

In Bezug auf die Untersagung von Präsenzunterricht muss der Verordnungsgeber dabei auch im Blick behalten, dass damit hohe Belastungen im sensiblen Bereich der schulischen Bildung und der kindlichen und jugendlichen Entwicklung der Betroffenen einhergehen, die – namentlich für jüngere Schülerinnen und Schüler – auch durch Distanzunterricht allenfalls unvollständig und nicht ohne soziale Verwerfungen kompensiert werden können.

Das grundrechtlich geschützte Interesse der Beschwerdeführerin an der Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts wiegt damit zwar schwer. In Anbetracht des gebotenen strengen Maßstabes, der für den ausnahmsweisen Erlass einer einstweiligen Anordnung anzuwenden ist, und unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums des Verordnungsgebers überwiegt es das Interesse am Schutz von Leben und Gesundheit durch die vorliegend angegriffenen befristeten Maßnahmen jedoch hier noch nicht.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (vgl. § 27 Abs. 3 Satz 2 VerfGHG).

Dr. Brandts

Prof. Dr. Heusch

Prof. Dr. Dauner-Lieb

Dr. Gilberg

Dr. Nedden-Boeger

Dr. Röhl

Prof. Dr. Wieland