

wie z.B. Angaben über die Zusammensetzung eines Stoffs, zu ergänzen.

## 2. Vertrauliche Behandlung

Die Angaben der Bieter in der Leistungsbeschreibung/ im Leistungsverzeichnis sind vertraulich zu behandeln.

## 3. (Kein) Urheberrechtsschutz an Leistungsbeschreibungen

Leistungsbeschreibungen genießen in der Regel keinen Urheberrechtsschutz. Enthält die Leistungsbeschreibung dagegen geistig-schöpferische Leistungen des Bieters, kann die Übertragung von Nutzungsrechten in Frage kommen. So sind z.B. bei der Ausschreibung von IT-Leistungen (primär Softwarelösungen) in den Mustern der EVB-IT Verträgen Regelungen zu den nicht ausschließlichen, zeitlich begrenzten Nutzungsrechten vorgesehen.

## 4. Bieterschützende Vorschriften

Die wichtigsten Grundsätze für das Verfassen der Leistungsbeschreibung wie das Gebot, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sind auf gesetzlicher Basis in § 121 GWB geregelt und können als bieterschützendes Recht (§ 97 VI GWB) eingefordert werden. Ebenso sind Nachprüfungsverfahren wegen Verletzung des Gebots der Produktneutralität denkbar.

## VII. Zusammenfassung

Der öffentliche Auftraggeber hat, nicht zuletzt um wirtschaftliche Angebote zu erhalten, die Regeln für eine diskriminierungsfreie Leistungsbeschreibung zu beachten. Bewerber haben, um eine faire Chance zum Erhalt öffentlicher Aufträge zu haben, aber auch zur Vermeidung eines unnötigen Personal- und Verwaltungsaufwands bei der Erstellung der Angebote, Anspruch auf eine ordnungsgemäße, vergaberechtskonforme Leistungsbeschreibung.

# Kindertagesbetreuung in der Pandemie im Lichte der Verwaltungsrechtsprechung

Dr. Martin Düwel/Natalia Sadowski, Berlin\*

*Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Verwaltungsrechtsprechung sowie einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, die sich seit März 2020 mit den pandemiebedingten Einschränkungen im Bereich der Kindertagesbetreuung zu befassen hatte. Auf der Schwelle zum zweiten Jahr der Corona-Pandemie wird außerdem ein Blick nach vorn gerichtet, wenn und soweit Lockerungen jenseits der politischen Diskussion in geltendes Recht umgesetzt werden.*

## I. Einleitung

Bereits seit einem Jahr befinden wir uns in einem pandemischen Ausnahmezustand, der in seinem Ausmaß und seiner Tragweite für die rechtsstaatliche Demokratie der Bundesrepublik Deutschland bislang einmalig ist. Seitdem am 12. 3. 2020 die Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten der Bundesländer erstmals einen „Lockdown“ beschlossen hat, ist der Alltag der Bürgerinnen und Bürgern von Einschränkungen der Freiheitsrechte und beschränkten Zugangsmöglichkeiten zu vielen öffentlichen Einrichtungen geprägt. 3,7 Mio.<sup>1</sup> Kinder, die in einer Kindertageseinrichtung betreut werden, und ihre Familien werden bis heute von diesen Maßnahmen vor besondere Herausforderungen gestellt. Wie im ersten Lockdown erfolgt seit Dezember 2020 bundesweit kein Regelbetrieb in Kindertagesstätten mehr. Dabei ist die Bedeutung der Kindertagesbetreuung gerade in den östlichen Bundesländern, wo die Betreuungsquote für unter Dreijährige im Jahr 2019 bei mehr als 50 Prozent lag, während in Westdeutschland die-

ser Betreuungsumfang in keinem Bundesland erreicht wurde,<sup>2</sup> auch von großer sozioökonomischer Bedeutung.

Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass sich vor allem die Verwaltungsgerichte immer wieder im Wege des Eilrechtsschutzes mit Schließungen von Kindertageseinrichtungen und Zugangsansprüchen auseinanderzusetzen haben. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Verwaltungsrechtsprechung der letzten 12 Monate, die sich mit den Zulassungsbeschränkungen zu Kindertageseinrichtungen zu befassen hatte.

## II. Rechtstatsächliche Ausgangssituation

Eine valide Bewertung, ob Kinder „Treiber“ in der Virusverbreitung sind, ist mangels hinreichender Studien zwar nicht

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei ZENK Rechtsanwälte Berlin, die Autorin Stationsreferendarin ebendort.

1 Kindertageseinrichtungen nach Altersgruppen und Bundesländern, Statistisches Bundesamt (Destatis), 2020, in: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Tabellen/kinder-kindertageseinrichtungen-2018.html>, zuletzt abgerufen am 15. 2. 2021.

2 Betreuungsquote von Kindern unter 6 Jahren nach Bundesländern, Statistisches Bundesamt (Destatis), 2020, in: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Tabellen/betreuungsquote-2018.html>, zuletzt abgerufen am 15. 2. 2021.

möglich.<sup>3</sup> Da aber das Ziel der von der Exekutive auf Landes- und Kommunalebene erlassenen sog. Corona-Verordnungen und Allgemeinverfügungen die Eindämmung weiterer Ansteckungen und damit der Erhalt der Leistungsfähigkeit des Gesundheitswesens ist,<sup>4</sup> wird vorbehaltlich eines Notbetriebes die Schließung von Kindertageseinrichtungen vorsorglich verfügt. Damit wird jedenfalls die Kontakt- und Begegnungszahl für das in Kindertageseinrichtungen beschäftigte Personal sowie bringende und abholende Betreuungspersonen reduziert. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen erfolgt überdies in Gruppen, § 22 I 1 SGB VIII. Gruppen sind organisierte Kontakte und damit aus infektionsschutzrechtlicher Sicht zu vermeiden.

### III. Rechtsprechung im Überblick

Hiervon ausgehend ergeben sich für Eltern, die gegen die Schließung der Kindertageseinrichtungen und das Versagen der Betreuung ihrer Kinder gerichtlichen Rechtsschutz begehren, zwei wesentliche Einwände: Zum einen eröffnet die Auswahlentscheidung zum Kreis der Anspruchsberechtigten für einen Notbetrieb Argumentationsspielraum (1.). Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Beschränkungen des Betriebs von Kindertageseinrichtungen gemessen an der Pandemieentwicklung verhältnismäßig sind (2.).

#### 1. Auswahlentscheidungen

Eine Betreuung in einer Kindertageseinrichtung im Notbetrieb wird regelmäßig für Kinder von Personensorgeberechtigten in systemrelevanten Berufen oder für Kinder mit besonderem Betreuungsbedarf vorgesehen.

##### a) Auswahl nach systemrelevanten Berufen der Eltern

Mit Beschluss vom 24. 4. 2020 im Verfahren 14 L 45/20<sup>5</sup> hat das *VG Berlin* den Eilantrag der Eltern von vier Kindern auf Gewährung einer Notbetreuung abgelehnt. Als Leiterin der Rechtsabteilung eines Unternehmens, welches auf das Gesundheitswesen zugeschnittene Softwarelösungen für Termin- und Patientenmanagement sowie Videosprechstunden anbietet, und als Rechtsanwalt beriefen sich die Antragsteller auf die Systemrelevanz ihrer Berufe.

Ein Rechtsanspruch auf eine Notbetreuung ergibt sich nach Ansicht des *VG Berlin* zwar grundsätzlich aus Art. 3 I GG bzw. Art. 10 I der Verfassung von Berlin (VvB) in Verbindung mit § 11 V 1 bzw. § 11 V 4 i. V. m. § 8 III 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV<sup>6</sup> (Stand: 2. 4. 2020) in Verbindung mit den in der „Übersicht über die systemrelevanten Bereiche Kita- und/oder Schulnotbetreuung“<sup>7</sup> veröffentlichten Aufnahmekriterien, da aus dem Gleichheitsrecht als abgeleitetem Teilhaberecht ein Anspruch auf Zugang zu bestehenden öffentlichen Einrichtungen folge. Indem das Land Berlin entschieden habe, den aus Gründen des Infektionsschutzes eingeschränkten Betrieb von Kindertageseinrichtungen zum Zwecke der Notbetreuung bestimmter Kinder zu erlauben, habe es ein staatliches Leistungsangebot geschaffen, zu dem denjenigen, die die festgelegten Auswahlkriterien erfüllten, in gleicher Weise Zugang zu gewähren sei. Unter Hinweis auf die „Übersicht über die

systemrelevanten Bereiche Kita und /oder Schulnotbetreuung“ und die dazugehörigen Tabellen (Stand: 8. 4. 2020) lehnt das *VG Berlin* im konkreten Fall einen Rechtsanspruch mit der Begründung ab, dass sich die ausgeübten Berufe der Antragsteller keiner der dort als systemrelevant festgelegten Berufsgruppen zuordnen ließen. Zwar sei die Tätigkeit der Antragstellerin geeignet, der Unterstützung von teilweise auch betriebsnotwendigem medizinischem Personal zu dienen; selbst betriebsnotwendig, d.h. zur Aufrechterhaltung des medizinischen Betriebs erforderlich, wie etwa die explizit in Tabelle 1 genannten Tätigkeiten von Ärzten, Pflegeern, Apothekern u.a., sei sie jedoch nicht. Auch die Berufstätigkeit des Antragstellers als Rechtsanwalt stelle keine systemrelevante Tätigkeit dar, da Rechtsanwälte zwar als Organ der Rechtspflege anzusehen seien, nicht aber als betriebsnotwendiges Personal oder Schlüsselfunktionsträger in (ausgewählten) öffentlichen Einrichtungen und Behörden von Bund und Ländern, die in der Tabelle der Senatsverwaltung explizit aufgezählt sind (vgl. Nr. I.10 der Tabelle 1/Nr. II.5 der Tabelle 2 in der Fassung vom 8. 4. 2020).<sup>8</sup> Eine erweiternde Auslegung der in den Tabellen genau bezeichneten Berufsgruppen scheidet aus, da gerade die detaillierte Beschreibung der systemrelevanten Berufsgruppen belege, dass das Land aus dringenden Gründen des Infektionsschutzes beabsichtigt habe, den Kreis der Anspruchsberechtigten so klein wie möglich zu halten.

Gleichermaßen entschied das *VG Schleswig* mit Beschluss vom 30. 4. 2020 im Verfahren 1 B 66/20<sup>9</sup> und lehnte den Antrag eines Vaters, ebenfalls Rechtsanwalt, ab, der von dem in einer Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin geregelten Betretensverbot von Kindertagesstätten ausgenommen werden wollte. Entscheidend war auch hier, dass die anwaltliche Tätigkeit nicht zu den in der Allgemeinverfügung unter Bezug auf § 10 I SARS-CoV-2-BekämpfVO<sup>10</sup> vom 18. 4. 2020 genannten kritischen Infrastrukturen gehöre. Den Einwand, dass bei der Aufzählung der kritischen Infrastrukturen viele für die Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Lebens benötigte berufliche Tätigkeiten fehlten, wies das Gericht unter Hinweis darauf zurück, dass zwar nicht verkannt werden könne, dass die anwaltliche Tätigkeit insbesondere für die Rechtspflege, die auch während eines sich entwickelnden Infektionsgeschehens jedenfalls für dringende Angelegenhei-

3 2. Quartalsbericht der Corona-KiTa-Studie (IV/2020), Deutsches Jugendinstitut & Robert Koch Institut, Stand: Dezember 2020, in: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Projekte\\_RKI/KiTa-Studie-Berichte/KiTaStudie\\_QuartalIV\\_2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/KiTa-Studie-Berichte/KiTaStudie_QuartalIV_2020.pdf?__blob=publicationFile), zuletzt abgerufen am 15. 2. 2021.

4 Beispielhaft Art. 11 SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – SARS-CoV-2-InfSchMV in der Fassung vom 11. 2. 2021, GVBl. 2021, S. 111.

5 *VG Berlin*, Beschl. v. 24. 4. 2020 – 14 L 45/20, BeckRS 2020, 8512.

6 SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung – SARS-CoV-2-EindmaßnV in der Fassung vom 2. 4. 2020, GVBl., S. 234.

7 Übersicht über die systemrelevanten Bereiche Kita- und/oder Schulnotbetreuung, Senatsverwaltung für Jugend, Bildung und Familie, Stand: 8. 4. 2020, in: [https://www.daks-berlin.de/system/files/media/files/20200408\\_Liste\\_der\\_anspruchsberechtigten\\_Berufe\\_v1.o.pdf](https://www.daks-berlin.de/system/files/media/files/20200408_Liste_der_anspruchsberechtigten_Berufe_v1.o.pdf), zuletzt abgerufen am 15. 2. 2021.

8 ebd.

9 *VG Schleswig*, Beschl. v. 30. 4. 2020 – 1 B 66/20, BeckRS 2020, 7726.

10 SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung – SARS-CoV-2-BekämpfVO in der Fassung vom 18. 4. 2020, GVBl. Schl.-H. 2020, S. 195.

ten uneingeschränkt funktionsfähig bleiben müsse, unverzichtbar sei. Jedoch liege der Nichtberücksichtigung die Annahme zugrunde, dass die unaufschiebbaren Tätigkeiten im anwaltlichen Bereich jedenfalls zu einem wesentlichen Teil ohne die Hilfe von Eltern kleinerer Kinder oder in der möglicherweise im Einzelfall noch geringfügig für die Berufstätigkeit zur Verfügung stehenden Zeit bewältigt werden müssten.

Eine enge Auslegung einer normativen Auflistung von systemrelevanten Berufen der Exekutive findet sich auch im Beschluss des VG Cottbus vom 31. 3. 2020 im Verfahren VG 8 L 151/20,<sup>11</sup> der den Eilantrag auf die Gewährleistung einer Notfall-Kitabetreuung für die dreijährige Tochter einer Steuerfachangestellten einer größeren Steuerberatungskanzlei abgelehnt hat. Begründet wurde der Antrag auf Veranlassung des Arbeitgebers der Steuerfachangestellten damit, dass diese im Büro die einzige Fachkraft aufgrund entsprechender Fortbildung sei, die bei der Bearbeitung von Anträgen auf Kurzarbeitergeld derzeit stark nachgefragte Dienstleistungen erbringen könne. Das Gericht sah hingegen die Voraussetzung einer Tätigkeit in einer kritischen Infrastruktur nicht als erfüllt an, da sich Steuerfachangestellte nicht auf § 32 I 1 des Steuerberatungsgesetzes berufen könnten, weil insoweit lediglich Steuerberater und Steuerbevollmächtigte als Organe der Steuerrechtspflege qualifiziert würden. Zudem zeigte das Gericht auf, welche Maßnahmen dem Arbeitgeber der Antragstellerin noch möglich und zumutbar seien, um entweder die Tätigkeit der Kindesmutter bei der Bearbeitung von Kurzarbeitergeldangelegenheiten in das Homeoffice zu verlagern oder aber personell anderweitige Dispositionen zu treffen.

### b) Auswahl nach erhöhtem Bedarf der Kinder

Unabhängig von elterlichem Betreuungsbedarf aus beruflichen Gründen wird in der Zulassung zum Notbetrieb auch einem besonderen Betreuungsbedarf auf Seiten des Kindes in den landesrechtlichen Vorgaben entsprochen.<sup>12</sup> Das stößt nicht durchgehend auf Akzeptanz.

Im Beschluss des VG Aachen vom 13. 5. 2020 im Verfahren 7 L 321/20<sup>13</sup> beehrte der Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung, gerichtet auf die Öffnung der Kindertagesstätten für alle Vorschulkinder ab dem 14. 5. 2020, und wandte sich damit gegen das Konzept des Ministeriums für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration des Landes NRW, das in einem ersten Schritt die Kindertagesbetreuung zunächst für Vorschulkinder mit einer Behinderung wieder zu öffnen beabsichtigte, wie auch für Kinder, die über eine Anspruchsberechtigung nach dem Bildungs- und Teilhabepaket (BuT)<sup>14</sup> verfügen. Das Gericht lehnte den Antrag des Vaters ab, dessen Kinder die dargelegten Voraussetzungen nicht erfüllten. Es vermochte nicht zu erkennen, dass das Konzept des Ministeriums gegen Art. 3 I GG verstoße und führte aus, dass die Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der Vorschulkinder gerechtfertigt sei. Da eine Ausweitung des Betreuungsangebotes aufgrund begrenzter personeller Ressourcen nur schrittweise erfolgen könne, der Ausbreitung der Pandemie aber mit einem Hygienekonzept bei der Betreuung der Kinder mit einem höheren Personalschlüssel entgegenge-

treten werden müsse, sei es nicht zu beanstanden, Aspekten des Gesundheitsschutzes in der Abwägung hinsichtlich der Öffnung von Kindertagesstätten den Vorrang einzuräumen. Die Priorisierung von Kinder mit Behinderung und solchen, die über eine Anspruchsberechtigung nach dem Bildungs- und Teilhabepaket (BuT) verfügten, sei gerade nicht willkürlich, da hier ein erhöhter Betreuungsbedarf bestehe. Hierfür spreche schon der Sinn und Zweck des BuT, bedürftigen Kindern die Möglichkeit zu eröffnen, an Bildungs- und Freizeitangebote teilzuhaben und eingeschränkte Möglichkeiten in deren Familien zu kompensieren.

## 2. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Mit der Frage, ob der Notbetrieb einer Kindertagesstätte, die im Vergleich zum regulären Betreuungsangebot um zweieinhalb Stunden kürzer ausfiel, angesichts der zu dem Zeitpunkt gesunkenen Inzidenzrate und dem Eingriff in die Grundrechte noch als verhältnismäßig einzustufen ist, beschäftigte sich der VGH Mannheim in seinem Beschluss vom 11. 5. 2020 im Verfahren 1 S 1216/20.<sup>15</sup> Der VGH lehnte Antrag eines berufstätigen und alleinerziehenden Vaters zweier Kinder mangels rechtswidrigem Grundrechtseingriff ab. Die Berufsfreiheit sei bereits deshalb nicht beeinträchtigt, weil sich die Schließungsanordnung der Kindertagesstätten aus § 1 a Var. 3 CoronaVO<sup>16</sup> nicht unmittelbar auf die Berufstätigkeit der Eltern beziehe oder eine objektiv berufsregelnde Tendenz habe. Auch liege kein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 I 1 und II 2 GG vor, da die Eltern durch Kitaschließungen sogar noch viel freier in der Erziehung ihrer Kinder seien. Zwar habe der Staat auch die Aufgabe, die Eltern in ihrer Erziehungstätigkeit zu unterstützen. Daraus folgten jedoch keine subjektiven Ansprüche der Eltern auf die Aufnahme ihrer Kinder in Betreuungseinrichtungen. Zudem sei die Notbetreuung bereits eine angemessene Kompromisslösung und selbst ein unterstellter Eingriff in ein Grundrecht jedenfalls wegen des hohen Gewichts des Gesundheitsschutzes verhältnismäßig. Die Eignung der Maßnahme könne der Antragsteller nicht damit in Zweifel ziehen, dass erste Modellstudien „vermuten“ ließen, dass Schul- und Kitaschließungen weniger ausrichteten als das konsequente Aufspüren von Infizierten und die Anordnung von Quarantänemaßnahmen. Das Gericht wies darauf hin, dass das RKI diese Studien in seiner Bewertung berücksichtigt habe, jedoch zu dem Ergebnis gekommen sei, dass sich Erkenntnisse dieser Modellstudien nicht auf den Alltag übertragen lassen, da Bildungseinrichtungen während der meisten Untersuchungszeiten geschlossen

11 VG Cottbus, Beschl. v. 31. 3. 2020 – 8 L 151/20, BeckRS 2020, 16196.

12 Etwa § 13 I 2 SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Bln i.d.F. der Sechsten Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 11. 2. 2021 (GVBl. S. 111).

13 VG Aachen, Beschl. v. 13. 5. 2020 – 7 L 321/20, BeckRS 2020, 9682.

14 Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24. 3. 2011, BGBl. I, 453; dort insbesondere § 28 Sozialgesetzbuch Zweites Buch – SGB II in der Fassung vom 1. 8. 2019, BGBl. I, 530.

15 VGH Mannheim, Beschl. v. 11. 5. 2020 – 1 S 1216/20, BeckRS 2020, 8277.

16 Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 – CoronaVO in der Fassung vom 9. 5. 2020, GBl. 2020, S. 266.

gewesen seien. Bei diesem Erkenntnisstand könne der Verordnungsgeber die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen, die überwiegend von Kindern besucht werden, derzeit ohne Rechtsfehler als geeignetes Mittel zur Unterbindung von Infektionsketten ansehen.<sup>17</sup>

Diese Einschätzung teilte im Beschluss vom 9. 6. 2020 im Verfahren 1 BvR 1230/20<sup>18</sup> auch das *BVerfG*. Die Beschwerdeführer, berufstätige Eltern von vier Kindern, machten geltend, dass es durch die Einschränkung des Betreuungsangebots zu Belastungen ihres Familien- und Berufslebens in einer ihre Rechte aus Art. 2 I, Art. 12 I, Art. 6 I, Art. 3 II GG verletzenden Weise käme. Das *BVerfG* stellt fest, dass durch die Einschränkungen von vorschulischen Betreuungsangeboten zwar erhebliche Belastungen des Familien- und Berufslebens der Antragsteller und nicht hinlänglich zu kompensierende Nachteile für die persönlichen und sozialen Entwicklungsmöglichkeiten und Bildungschancen der Kinder bestünden. Nach den fachgerichtlichen Feststellungen sei aber unter Verweis auf das Gutachten des RKI zur Wiedereröffnung von Bildungseinrichtungen<sup>19</sup> davon auszugehen, dass die Einschränkungen des Betreuungsangebots in Kindertageseinrichtungen zu einer Reduzierung möglicher Infektionsketten beitragen können, sodass die Annahme gerechtfertigt sei, dass ohne diese Einschränkungen die Gefahr der Erkrankung vieler Personen mit teilweise tödlichen Krankheitsverläufen und einer Überbelastung des öffentlichen Gesundheitssystems vergrößert werde. Gegenüber den somit bestehenden Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 II GG verpflichtet sei, müssten die Interessen der von den Einschränkungen des Betriebs von Kindertageseinrichtungen Betroffenen derzeit zurücktreten.

Mit Blick auf die zeitliche Dauer der infektionsschutzrechtlichen Einschränkungen einerseits und einem jahreszeitlich unterschiedlichen Infektionsgeschehen andererseits ist schließlich der Beschluss des *VG Regensburgs* vom 17. 6. 2020 im Verfahren RO 14 S 20.1002<sup>20</sup> zu nennen. Es handelt sich um die bislang einzige Entscheidung im Bereich der Kindertagesbetreuung, die einem auf die Betreuung eines Kindes gerichteten Rechtsschutzbegehren von Eltern entsprochen hat. Hervorzuheben ist hier der Umstand, dass in der gegenständlichen Allgemeinverfügung<sup>21</sup> wegen des damals rückläufigen Infektionsgeschehens der Kreis der Berechtigten zur Notbetreuung ausgeweitet worden war, sodass nur noch etwa ein Fünftel der Kinder eine Kindertageseinrichtung nicht besuchen durfte, zu denen aber der Sohn der dortigen Antragsteller zählte. Begründet wurde die Regelung damit, dass es angesichts der fortbestehenden Pandemie notwendig sei, die Betreuungsgruppen möglichst konstant und klein zu halten. Das *VG Regensburg* äußerte bereits Zweifel daran, ob diese Regelung angesichts des Umstands, dass vier Fünftel der Kinder wieder in der Einrichtung betreut würden, überhaupt noch geeignet sei, das in § 28 I IfSG vorgegebene Ziel der Verhinderung der Verbreitung der Krankheit zu erreichen. Darüber hinaus stellte es fest, dass die Behörde ihr Ermessen überschritten habe, da angesichts der sinkenden Infektionsraten in Bayern und vorhandenen intensivmedizinischen Kapazitäten

im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung die auf Grundlage des IfSG getroffenen Maßnahmen nicht mehr als „notwendige Schutzmaßnahmen“ angesehen werden könnten und somit nicht mehr § 28 I IfSG gedeckt seien. Solange die Pandemie andauere und weder ein Impfstoff noch ein Medikament bei einer Corona-Erkrankung zur Verfügung stünden, seien Schutzmaßnahmen in zeitlicher Hinsicht („solange“) zwar weiterhin erforderlich. Jedoch müsse der im öffentlichen Interesse verfolgte Schutz des Lebens und der Gesundheit der Einzelnen sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems mit den allgemeinen Persönlichkeitsrechten der Antragsteller sowie dem Recht auf freie Berufsausübung und dem Erziehungsrecht in Ausgleich gebracht werden und dabei müssten die aktuellen Verhältnisse Berücksichtigung finden. Das Gericht ließ eine genaue Bestimmung des Umfangs der Schutzbereiche der in Rede stehenden Grundrechte offen, stellte aber angesichts der fortgeschrittenen zeitlichen Dauer der Schließung von Kindertageseinrichtungen einen intensiven Eingriff in die Interessen sowohl der Eltern als auch des Kindes fest, da das Kind nicht mehr im gewohnten Umfang gemeinsam mit anderen Kindern betreut und gefördert werde und die Eltern ihren Beruf nicht mehr im gewünschten oder erforderlichen Maß ausüben könnten.

#### IV. Schlussbemerkung

Die vorgestellte Rechtsprechung verdeutlicht, wie in einer Pandemie, die unser Leben in einen Ausnahmezustand versetzt hat, grundrechtlich geschützte Freiheiten und öffentliche Leistungen beschränkt werden können. Um seinem Schutzauftrag aus Art. 2 II 1 GG gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern gerecht zu werden, muss der Staat Maßnahmen treffen, um einer rasanten Verbreitung eines lebensbedrohlichen Virus und einer Überlastung des öffentlichen Gesundheitssystems nicht machtlos gegenüber zu stehen. Die veröffentlichten Entscheidungen stammen dabei alle aus dem ersten Halbjahr der „Corona-Zeit“. Je stärker die Erkenntnis reifen sollte, dass es mit einer Impfung gegen einen bestimmten Virentyp vielleicht nicht getan ist und dass wir uns voraussichtlich für einen längeren Zeitraum auf Änderungen alltäglicher Gewohnheiten einzustellen haben, desto mehr treten allerdings auch andere Rechte mit Verfassungsrang in den Vordergrund.

Welche Maßnahmen jedenfalls zur künftigen Pandemiebeherrschung und -begrenzung fortgelten oder gelockert werden, muss Gegenstand einer kritischen Debatte bleiben. Denn während Umsatzeinbrüche von Unternehmen und Verdienst-

17 So auch *VGH Kassel*, Beschl. v. 2. 6. 2020 – 8 B 1399/20.N, BeckRS 2020, 10937.

18 *BVerfG*, Beschl. v. 9. 6. 2020 – 1 BvR 1230/20, BeckRS 2020, 11921; zur Rechtsprechung des *BVerfG* zu Corona-Fällen im Übrigen *Zuck/Zuck*, NJW 2020, 2302.

19 Epidemiologisches Bulletin 19/2020, Robert Koch Institut, Stand: 7. 5. 2020, S. 6, in: [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/19\\_20.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/19_20.pdf?__blob=publicationFile), zuletzt abgerufen am 15. 2. 2021.

20 *VG Regensburg*, Beschl. v. 17. 6. 2020 – RO 14 S 20.1002, BeckRS 2020, 13622.

21 Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 29. 5. 2020, Az. G51b-G8000-2020/122-344, GVBl 2020, S. 303, BayMBl. 2020 Nr. 303.

ausfälle der Eltern entschädigt werden können, sind verlorene Förderzeiten gerade in der frühkindlichen Bildung monetär nicht auszugleichen. Dieser Aspekt einer Kindertagesbetreuung spielte bislang in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung allenfalls eine untergeordnete Rolle. Die Kindertagesbetreuung wurde überwiegend als Daseinsvorsorgeleistung zur Ermöglichung der elterlichen Berufsausübung betrachtet. Das wird sich ändern müssen, wenn nicht einer bildungsbenachteiligten Generation von vor allem Grundschulern Schulkinder nachfolgen sollen, die eine Kindertagesbetreuung im sozialen Verbund mit Gleichaltrigen nicht oder nur teilweise erlebt haben. Allerdings ist das eine weitgehend politische Frage und kaum zu erwarten, dass gerichtliche Korrekturen wie im Beschluss des *VG Regensburg* erfolgen, da Eltern von besonders bedürftigen Kinder aus sozial schwächeren Verhältnissen regelmäßig nicht zu den Rechtsschutzsuchenden zählen.

Es wird höchste Zeit, dass die Rechtssetzung die weitgehend abwartende Perspektive eines wiederholenden zwei- bis dreiwöchigen Zuwartens aufgibt. Welchen Stellenwert die frühkindliche Bildung in Deutschland derzeit einnimmt, lässt sich nicht nur am lang diskutierten Gehalt der Erzieherinnen und Erzieher ablesen, sondern in der aktuellen Lage auch an der zunächst erfolgten Einordnung der Erzieherinnen und Erzieher gemäß § 4 I Nr. 8 erst in die große dritte Gruppe der

CoronaImpfV (Schutzimpfung mit erhöhter Priorität).<sup>22</sup> Politisch wirft dies grundlegende Fragen auf: Wollen wir uns weiterhin eine nahezu wirkungslose Corona-Warn-App, eine große Zurückhaltung im Einsatz digitaler Mittel im Übrigen und eine wenig differenzierte Schließungspolitik auf Kosten vor allem auch der jüngsten Generation leisten? Lässt sich zukunftsorientiert eine Gesellschaft entwickeln, wenn eine Teststrategie bei Alten- und Pflegeeinrichtungen aufhört? Mit den Mitteln des subjektiven Rechtsschutzes wird es voraussichtlich auch künftig keine gestaltende Einwirkung auf diese Entwicklungen geben, der Rechtfertigungsbedarf für eine weitere Schließung von Kindertageseinrichtungen oder deren Notbetrieb nimmt aber mit fortschreitender Zeit zu. Einige Bundesländer haben dies erkannt und richten ihr Eindämmungsrecht seit Anfang Februar 2020 auf eine stärkere Priorisierung der Kindertagesbetreuung aus.<sup>23</sup> Das dürfte bundesweit nicht ohne Folgen bleiben, da die erheblichen Belastungen und Einschränkungen für die Kinder und ihre Familien unstrittig sein dürften.

22 Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 – CoronaimpfV vom 8. 2. 2021, BAnz. AT, 2021 V1, S. 4; geändert durch die Erste Verordnung zur Änderung der Corona-ImpfV vom 24. 2. 2021, BAnz AT 24.02.2021 V1.

23 Beispielhaft § 5 a II Sächsische Corona-Schutz-Verordnung – Sächs-CoronaSchVO in der Fassung vom 12. 2. 2021, SächsGVBl. S. 213.

## Länderreport Thüringen\*

Dr. Hans-Jürgen Kulke, Jena

Der Berichtszeitraum umfasst die Monate August 2020 bis Februar 2021.

### I. COVID-19-Pandemie und Wahlen

Die Normsetzung im Berichtszeitraum war einerseits weiterhin stark durch die Exekutive geprägt, insbesondere durch die 12 Verordnungen bzw. deren Änderungen zur Eindämmung der Corona-Pandemie, die hier nicht einzeln angezeigt werden sollen. Um gleichwohl das Parlament stärker an diesem Prozess zu beteiligen, wird die Landesregierung durch einen Landtagsbeschluss<sup>1</sup> aufgefordert, über die die Vorbereitung von Rechtsverordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie zu informieren und sicherzustellen, dass diese Rechtsverordnungen und deren Änderungen erst in Kraft treten, nachdem der Landtag beteiligt wurde und die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme hatte. Da eine Einbeziehung des Parlaments insgesamt aufgrund der unter Zeitdruck stehenden Verordnungsgebung kaum zu gewährleisten ist, soll stattdessen in diesem besonderen Fall der Ältestenrat als Organ des Landtages in die Abgabe der Stellungnahme verstärkt einbezogen werden und sich zur Meinungsbildung der Fachkompetenz der einzelnen Fachausschüsse bedienen können. Andererseits

hat die Zusammenarbeit der Minderheitskoalition mit der CDU im Rahmen der im Februar vergangenen Jahres geschlossenen Stabilitätsvereinbarung zu einer deutlich stärkeren Ausübung der Gesetzesinitiative durch die Fraktionen geführt, wobei sich die inhaltlichen Kompromisse z.T. auch darin äußerten, dass Gesetzentwürfe der vier Fraktionen in der parlamentarischen Beratung miteinander verbunden oder sogar Entwürfe der Opposition mit Änderungen vom Landtag angenommen wurden.

In der Stabilitätsvereinbarung war vorgesehen, nach der Verabschiedung des Haushalt 2021 gemeinsam die Selbstaflösung des Landtags herbeizuführen, um am 25. April Neuwahlen durchzuführen. Angesichts der Pandemiesituation haben sich die vier Fraktionen verständigt, diesen Zeitplan nicht mehr aufrecht zu erhalten. Dabei dürfte auch eine Rolle gespielt haben, dass nach der Verfassung im Unterschied zu regulären Wahlterminen die durch eine Selbstaflösung herbeigeführten vorfristigen Wahlen innerhalb von 70 Tagen stattfinden müssen. Diese Frist würde bei den pandemiebe-

\* Im Anschluss an LKV 2020, 406.

1 Vom 18. 12. 2020, LT-Dr 7/2024.