

WEISSLEDER . EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

WEISSLEDER . EWER ■ Rechtsanwälte Part mbB ■ Walkerdamm 4-6 ■ 24103 Kiel

Schleswig-Holsteinisches
Oberverwaltungsgericht
4. Senat
Brockdorff-Rantzau-Straße 13
24837 Schleswig

Per beA!

Ihr Zeichen:
4 LB 45/17

Unser Zeichen:
433/16 Hoe

Kiel, den
25.11.2020

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar a.D. ■ Rechtsanwalt ■ bis 2013

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Bernd Hoefer
Rechtsanwalt

Dr. Tobias Thienel LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt

Dr. Christoph Berlin
Rechtsanwalt

Dr. Malte Weismüller
Rechtsanwalt

Bearbeiter/-in:
RA Prof. Dr. Arndt

In der Verwaltungsrechtssache

Stückelschweiger, Sven

RA Breyer

./.

Schleswig-Holsteinischen Landtages

WEISSLEDER EWER

Präsident des

- 4 LB 45/17 -

begründen wir unsere Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision vom 26.10.2020.

Die Revision ist zuzulassen, weil das Urteil eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Sinne des § 132-Abs. 2 Nr. 1 VwGO aufwirft und zudem gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO an einem Verfahrensmangel leidet, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

■ Walkerdamm 4 - 6
24103 Kiel
Telefon (04 31) 9 74 36 - 0
Telefax (04 31) 9 74 36 - 36

■ kanzlei@weissleder-ewer.de
www.weissleder-ewer.de
St.-Nr. 20 222 15956
UID-Nr.: DE 134835172

■ HypoVereinsbank Hamburg
IBAN:
DE35 2003 0000 0002 3062 49
BIC: HYVEDE33XXX

■ Santander Bank Kiel
IBAN:
DE03 5003 3300 1080 5655 00
BIC: SCFBDE33XXX

■ Förde Sparkasse
IBAN:
DE83 2105 0170 1002 1010 10
BIC: NOLADE21KIE

■ Postbank Hamburg
IBAN:
DE09 2001 0020 0376 3552 06
BIC: PBNKDEFF

■ Sitz Kiel. Partnerschaftsregister AG Kiel PR 533 KI; daraus sind die Gesellschafter der Partnerschaft – dies sind nicht alle im Briefkopf genannten Anwälte – ersichtlich.
■ Alle im Briefkopf genannten Anwälte sind einzeln zur Vertretung der Partnerschaft berechtigt. Mandate werden nur für die Partnerschaft angenommen und geführt.

Gliederung

I.	Zum Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung	2
1.	Aufwerfen der Frage durch den Rechtsstreit	3
2.	Klärungsbedürftigkeit der Frage	5
a)	Keine Klärung unmittelbar aus dem Gesetz	5
b)	Keine Klärung in der Rechtsprechung	7
c)	Keine Klärung aus dem juristischen Allgemeingut	12
3.	Klärungsfähigkeit der Frage	12
a)	Tragende Begründung des Berufungsurteils, keine weitere selbständig tragende Begründung	13
b)	Keine Erfolglosigkeit der Revision aus anderen Gründen, insbesondere keine Ergebnisrichtigkeit des Urteils	15
4.	Über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung	17
5.	Ergebnis zu I.	19
II.	Zum Revisionszulassungsgrund des Verfahrensmangels	19
1.	Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) wegen Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG	20
a)	Beklagter ist Träger des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG	20
b)	Verletzung der Vorlagepflicht	22
aa)	Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit	23
bb)	Unzulässige verfassungskonforme Auslegung	27
(1)	Zu den Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung	29
(2)	Überschreitung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH	31
(a)	Wortlaut	34
(b)	Systematik	37
(c)	Gesetzgebungsgeschichte	44
(aa)	Zur Entstehung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH heutiger Fassung	45
(bb)	Zur Beachtlichkeit der Gesetzgebungsgeschichte	52
(cc)	Ergebnis zu (c)	54
(d)	Sinn und Zweck	54
(e)	Ergebnis zu (2)	58
(3)	Überschreitung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH	58
(a)	Wortlaut	59
(b)	Systematik	60
(c)	Gesetzgebungsgeschichte	61
(d)	Sinn und Zweck	61
(e)	Ergebnis zu (3)	61
(4)	Ergebnis zu bb)	62
cc)	Entscheidungserheblichkeit	62
2.	Nichteinholung der Entscheidung des Landesverfassungsgerichts als Verfahrensmangel	63
3.	Beruhem	68

I. Zum Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung

Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn für die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz eine konkrete, fallübergreifende und bislang höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage des revisiblen Rechts von Bedeutung war, deren

Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zur Weiterentwicklung des Rechts geboten ist,

BVerwG, Beschluss vom 02.02.2011 – 6 B 37.10 –, NVwZ 2011, 507; Beschluss vom 05.02.2018 – 6 B 49.18 –, Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO Nr. 69.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Rechtssache wirft eine Rechtsfrage auf, die klärungsbedürftig und klärungsfähig ist und deren Entscheidung über den Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt.

Die Frage, die der Rechtsstreit aufwirft, lautet:

- Ist eine Rechtsbehelfsbelehrung in einem Widerspruchsbescheid im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO unrichtig erteilt, die auf die Möglichkeit einer Klage gegen den Ausgangsbescheid hinweist, nicht aber auf die Klage gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides, auch wenn der Kläger bereits vor Erlass des Widerspruchsbescheids Untätigkeitsklage erhoben hat?

1. Aufwerfen der Frage durch den Rechtsstreit

Das angegriffene Berufungsurteil wirft diese Frage auf.

Der Kläger forderte am 22.02.2016 eine Liste aller vom Wissenschaftlichen Dienst des Landtags in der damals laufenden Wahlperiode erstellten Gutachten an. Da der Beklagte über diesen Antrag nicht entschieden hatte, erhob der Kläger am 19.07.2016 Untätigkeitsklage. Wenige Tage später, am 22.07.2016, lehnte der Beklagte den Antrag ab, wogegen der Kläger am 13.08.2016 fristgerecht Widerspruch einlegte. Den Widerspruch wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17.01.2017 zurück. Dem Widerspruchsbescheid war folgende Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt:

„Gegen den Bescheid vom 22. Juli 2016 kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe dieses Widerspruchsbescheides Klage zum Verwaltungsgericht Schleswig, Brockdorff-Rantzau-Straße 13, 24837 Schleswig, erhoben werden.“

Auf den Widerspruchsbescheid hin unternahm der Kläger zunächst nichts. Erst mit Schreiben vom 28.09.2017 bezog der Kläger den Widerspruchsbescheid ins Klageverfahren ein.

Das Verwaltungsgericht hielt die Klage für unzulässig, weil der im Laufe des Klageverfahrens ergangene Widerspruchsbescheid vom 17.01.2017 dadurch bestandskräftig geworden sei, dass der Kläger gegen ihn innerhalb der Monatsfrist gemäß § 74 VwGO weder Klage erhoben noch ihn in das Verfahren der Untätigkeitsklage einbezogen habe.

Demgegenüber hält das Oberverwaltungsgericht die Klage für zulässig. Die Rechtsmittelbelehrung des Widerspruchsbescheides sei „unrichtig im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO“ gewesen, weshalb der Kläger den Widerspruchsbescheid innerhalb eines Jahres seit Zustellung zum Gegenstand des Klageverfahrens habe machen können. Dies habe der Kläger mit seinem Schriftsatz vom 28.09.2017 rechtzeitig getan (S. 9 unten/S. 10 oben des Urteils). Die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung entnimmt das Oberverwaltungsgericht daraus, dass die Bezeichnung des Klagegegenstandes zu der Annahme verleite, dass nach Erlass des Widerspruchsbescheides prozessuale Handlungen betreffend den Widerspruchsbescheid nicht erforderlich seien, wenn der ursprüngliche Bescheid bereits zum Gegenstand einer bei dem Gericht anhängigen Klage gemacht worden sei (S. 11 des Urteils).

Damit wirft der Rechtsstreit die Frage auf, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig ist, wenn in der Rechtsmittelbelehrung des Widerspruchsbescheides über eine Klagemöglichkeit gegen den Ausgangsbescheid belehrt wird, aber nicht ausdrücklich über eine Klagemöglichkeit gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides oder eine Klagemöglichkeit gegen den Ausgangs- und den Widerspruchsbescheid. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn der Kläger bereits vor Erhebung des Widerspruchs Untätigkeitsklage erhoben hat.

Das Oberverwaltungsgericht hat die Frage bejaht und daher für die Einbeziehung des Widerspruchsbescheides in das Klageverfahren eine Jahresfrist angenommen. Hätte es die Frage verneint, hätte es die Berufung zurückweisen müssen, da die Klage dann als unzulässig einzustufen wäre. In diesem Fall hätte für die Einbeziehung des

Widerspruchsbescheides in das laufende Klageverfahren die Monatsfrist aus § 74 Abs. 1 VwGO gegolten. Diese Frist hat der Kläger nicht eingehalten.

Die aufgeworfene Frage ist klärungsbedürftig (2.), klärungsfähig (3.) und hat über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung (4.).

2. Klärungsbedürftigkeit der Frage

Die Frage ist klärungsbedürftig. Eine Rechtsfrage ist klärungsbedürftig, wenn die Antwort nicht praktisch außer Zweifel steht, sich z.B. nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, oder nicht bereits höchstrichterlich geklärt ist,

Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2. Auflage 2010, Rn. 313 mit weiteren Nachweisen,

oder sich sonst aus juristischem Allgemeingut ergibt,

Czybulka/Hösch, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 132 Rn. 18.

Diese Voraussetzungen sind erfüllt: Die Frage lässt sich weder unmittelbar aus dem Gesetz beantworten (a)), noch ist sie höchstrichterlich oder sonst in der Rechtsprechung geklärt (b)) oder aus dem juristischen Allgemeingut zu beantworten (c)).

a) Keine Klärung unmittelbar aus dem Gesetz

Die Frage beantwortet sich zunächst nicht unmittelbar aus dem Gesetz. § 58 Abs. 2 VwGO spricht die Rechtsfolge für den Fall aus, dass die Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelbelehrung „unrichtig“ ist. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, für dessen Verständnis § 58 Abs. 2 VwGO keine Vorgaben macht,

so ausdrücklich VG Minden, Urteil vom 01.09.2020 – 1 K 1732/18.A –, juris Rn. 37.

Der Begriff „unrichtig“ lässt sich auch mit Hilfe anderer Regelungen in der Verwaltungsgerichtsordnung nur unvollständig bestimmen. § 58 Abs. 1 VwGO normiert, welchen

pflichtigen Inhalt eine Rechtsbehelfsbelehrung haben muss. Danach muss der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei der oder dem der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich oder elektronisch belehrt worden sein. § 58 Abs. 1 VwGO gibt damit vor, was in einer Rechtsbehelfsbelehrung mindestens enthalten sein muss, damit sie richtig ist. Der hier nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts vorliegende Fehler bezieht sich jedoch nicht auf eine der Pflichtangaben des § 58 Abs. 1 VwGO. Der Beklagte hat über den Rechtsbehelf (nämlich die Klage), das Gericht und dessen Sitz (Verwaltungsgericht Schleswig samt Postanschrift) und über die Frist (innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides) belehrt. Der dem Beklagten nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts unterlaufene Fehler liegt darin, dass er über den Gegenstand der Klage fehlerhaft belehrt hat. Der Klagegegenstand gehört jedoch, wie das Oberverwaltungsgericht selbst zutreffend ausführt (S. 10 des Urteils), nicht zu den zwingend geforderten Angaben in einer Rechtsbehelfsbelehrung. Ob dieser mögliche Fehler also die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig macht, ergibt sich folglich nicht aus § 58 Abs. 1 VwGO.

Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum allerdings anerkannt und einhellige Auffassung, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung auch dann unrichtig im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO sein kann, wenn sie über den Mindestinhalt aus § 58 Abs. 1 VwGO hinaus Zusätze enthält, die geeignet sind, die Einlegung eines Rechtsbehelfs zu erschweren, weil beim Adressaten ein Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des möglichen Rechtsbehelfs entstehen kann, der ihn daran hindert, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen,

BVerwG, Beschluss vom 26.03.1962 – V B 78/61 –, NJW 1962, 1363, 1364; Urteil vom 26.10.1966 – V C 10.65 –, BVerwGE 25, 191, 192; Urteil vom 13.01.1971 – V C 53.70 –, BVerwGE 37, 85, 87; Urteil vom 13.12.1978 – 6 C 77.78 –, BVerwGE 57, 188, 190; Urteil vom 21.03.2002 – 4 C 2.01 –, DVBl. 2002, 1553; Beschluss vom 31.08.2015 – 2 B 61.14 –, NVwZ 2015, 1699 (Rn. 8); ebenso bereits vor dem Inkrafttreten der VwGO: BVerwG, Urteil vom 18.12.1957 – IV C 67.57 –, BVerwGE 6, 66, 67; aus dem Schrifttum siehe nur Kluckert, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 58 Rn. 64; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 58 Rn. 18.

Wann genau ein über die Pflichtangaben des § 58 Abs. 1 VwGO hinausgehender Zusatz oder eine Angabe vorliegt, die die Einlegung eines Rechtsbehelfs erschwert, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, da das Gesetz nicht näher vorgibt, wann eine Unrichtigkeit vorliegt.

b) Keine Klärung in der Rechtsprechung

Die hier aufgeworfene Frage ist in der Rechtsprechung weder des Bundesverwaltungsgerichts noch anderer Gerichte geklärt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich wiederholt damit befasst, in welchen Fällen eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO ist, weil sie über die Pflichtangaben hinaus Angaben oder Zusätze enthält, die die Einlegung eines Rechtsbehelfs erschweren. Insbesondere waren Fälle Gegenstand seiner Entscheidungen, in denen die Rechtsbehelfsbelehrung Hinweise auf Förmlichkeiten enthielt, die tatsächlich nicht oder jedenfalls nicht in der Weise bestanden, wie die Rechtsbehelfsbelehrung sie angab,

siehe nur BVerwG, Urteil vom 13.12.1978 – 6 C 77.78 –, BVerwGE 57, 188, 190 f. (zur Belehrung, den Widerspruch „schriftlich“ einzulegen, ohne Hinweis auf die Möglichkeit einer Widerspruchseinlegung zur Niederschrift, und zur Belehrung über eine gewünschte Begründung des Widerspruchs).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist, weil der Gegenstand des Rechtsbehelfsverfahrens unzutreffend angegeben ist. Die Rechtsbehelfsbelehrung des Widerspruchsbescheides vom 17.01.2017 gibt als Gegenstand des Klageverfahrens den Ausgangsbescheid an, nicht jedoch den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides. Diese Konstellation war, soweit ersichtlich, bis zu diesem Verfahren noch nicht Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen und daher auch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Die Rechtsprechung hatte sich bisher mit Blick auf den Klagegegenstand mit anderen Fallkonstellationen zu befassen, insbesondere mit der Frage, ob die Rechtsbehelfsbelehrung richtig ist, wenn sie nur den Widerspruchsbescheid als Gegenstand des Klageverfahrens angibt. Allerdings tragen auch diese Entscheidungen nicht zur Klärung der Rechtsfrage bei, denn sie sind in hohem Maße umstritten.

Noch eine gewisse Einigkeit scheint zu herrschen, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung jedenfalls dann unrichtig ist, wenn

- die Rechtsbehelfsbelehrung des Widerspruchsverfahrens als Gegenstand des Klageverfahrens nur den Widerspruchsbescheid angibt („Gegen diesen Bescheid kann Klage erhoben werden“) und
- Ausgangs- und Widerspruchsbehörde unterschiedlich sind bzw. unterschiedliche Rechtsträger haben,

VGH Kassel, Urteil vom 30.03.1982 – IX OE 69/80 –, NJW 1983, 242; hierzu vorsichtig zustimmend BVerwG, Urteil vom 01.09.1988 – 6 C 56.87 –, Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 54; zustimmend W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 58 Rn. 12.

Denn dadurch könne der Eindruck erweckt werden, die Klage sei gegen die Körperschaft zu richten, der die Widerspruchsbehörde angehöre, nicht aber gegen die Körperschaft der Ausgangsbehörde,

VGH Kassel, Urteil vom 30.03.1982 – IX OE 69/80 –, NJW 1983, 242.

Diese Konstellation liegt hier jedoch nicht vor. So belehrt der Widerspruchsbescheid nicht über eine Klagemöglichkeit gegen eben den Widerspruchsbescheid, sondern ausdrücklich gegen den Ausgangsbescheid. Zudem sind Ausgangs- und Widerspruchsbehörde im hiesigen Fall identisch.

Diese Konstellation liegt näher an einer anderen Fallkonstellation, die bereits Gegenstand ober- und höchstgerichtlicher Entscheidungen war, nämlich dass

- die Rechtsbehelfsbelehrung als Gegenstand des Klageverfahrens nur den Widerspruchsbescheid angibt und
- Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind.

Allerdings ist die Beurteilung dieser Konstellation in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in einer Entscheidung aus dem Jahr

1988 die Rechtsbehelfsbelehrung nicht für unrichtig. Die Rechtsbehelfsbelehrung weise zwar nicht auf den vollständigen Klageantrag hinsichtlich der Aufhebung beider Verwaltungsbescheide hin. Sie lasse aber

„keinen Zweifel darüber aufkommen, dass mit einer derartigen Klage nicht der Widerspruchsbescheid isoliert, sondern auch die mit ihm ausgesprochene Bestätigung des erstinstanzlichen Bescheides“,

BVerwG, Urteil vom 01.09.1988 – 6 C 56.87 –, Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 54; dem folgend OVG Greifswald, Beschluss vom 24.11.2004 – 1 O 353/04 –, NordÖR 2005, 306, 307; Beschluss vom 11.03.2020 – 3 M 770/19.OVG –, juris Rn. 15; VG Cottbus, Beschluss vom 10.10.2001 – 6 L 412/01 –, juris Rn. 18; VG Würzburg, Urteil vom 16.11.2010 – W 1 K 10.416 –, juris Rn. 37,

angegriffen werde. Diese Auffassung teilt im Ergebnis das Oberverwaltungsgericht Schleswig. Denn wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch seien, könne der Betroffene bei einer solchen Rechtsbehelfsbelehrung auch „bei alleiniger Orientierung am Widerspruchsbescheid hinsichtlich der Benennung des richtigen Beklagten nicht in Zweifel geraten“, da nur der mit dem Träger der Widerspruchsbehörde identische Träger der Ausgangsbehörde als richtiger Beklagter in Betracht komme,

OVG Schleswig, Urteil vom 17.09.1991 – 2 L 103/91 –, NVwZ 1992, 385; im Ergebnis auch VG Halle, Beschluss vom 07.10.2008 – 4 B 391/08 –, juris Rn. 5.

Das Oberverwaltungsgericht Bautzen hat sich, allerdings mit wechselvollem Entscheidungsweg, dieser differenzierenden Linie angeschlossen, wonach eine Rechtsbehelfsbelehrung nur über eine Klage gegen den Widerspruchsbescheid bei Identität von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde nicht unrichtig ist,

OVG Bautzen, Urteil vom 14.06.2017 – 5 A 406/13 –, SächsVBl. 2018, 15 ff. (juris Rn. 25, 27); so bereits Beschluss vom 18.12.2015 – 1 A 59/15 –, juris Rn. 10.

Zwischenzeitlich hatte es sich jedoch anders positioniert: Werde in der Rechtsbehelfsbelehrung nur auf die isolierte Anfechtbarkeit des Widerspruchsbescheids hingewiesen und nicht auch die Möglichkeit einbezogen, gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, Klage zu erheben, sei sie unrichtig,

OVG Bautzen, Urteil vom 29.09.2016 – 3 A 53/14 –, NVwZ-RR 2017, 320, 321 (Rn. 21). Zwar waren in diesem Fall Ausgangs- und Widerspruchsbehörde nicht identisch; dass der Kläger die Klage gegen den falschen Beklagten erheben könnte, darauf stellte das OVG Bautzen aber nur ergänzend ab.

Auch deshalb kann die Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung, die nur über eine Klage gegen den Widerspruchsbescheid informiert, noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden. Zudem stößt sie im Schrifttum auf überwiegende Ablehnung. Hier wird – auch bei Identität von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde – die Rechtsbehelfsbelehrung nur über eine Klage gegen den Widerspruchsbescheid als unrichtig angesehen,

W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 58 Rn. 10; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Auflage 2014, § 58 Rn. 5; Kluckert, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 58 Rn. 51; Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Loseblatt, § 58 Rn. 34; dem Bundesverwaltungsgericht folgend dagegen Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 58 Rn. 8.

Angesichts dessen lässt sich daraus erst recht nichts für die hier in Rede stehende Konstellation ableiten, da der Widerspruchsbescheid nicht über eine Klage nur gegen den Widerspruchsbescheid belehrt, sondern nur über eine Klage gegen den Ausgangsbescheid. Diese Konstellation war, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand von Erörterungen in Rechtsprechung und Schrifttum, sondern tritt im vorliegenden Rechtsstreit erstmals auf.

Auch unter Zugrundelegung der oben geschilderten Rechtsprechung zu einer Rechtsbehelfsbelehrung, die nur über eine Klage gegen den Widerspruchsbescheid, nicht aber über eine Klage gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des

Widerspruchsbescheides belehrt, lässt sich die Rechtsfrage nicht als geklärt ansehen:
Zwar könnte man mit den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1988,

BVerwG, Urteil vom 01.09.1988 – 6 C 56.87 –, Buchholz 310 § 58 VwGO
Nr. 54,

annehmen, dass mit einer Klage gegen den Ausgangsbescheid nicht der Ausgangsbescheid isoliert, sondern auch die durch den nachfolgenden Widerspruchsbescheid ausgesprochene Bestätigung des Ausgangsbescheides angegriffen wird. Man könnte eine solche Rechtsbehelfsbelehrung sogar, im Vergleich zu der von der Rechtsprechung bereits behandelten umgekehrten Konstellation als eher richtig erachten, wenn der Widerspruch – wie hier – keine selbständige Beschwer enthält. Denn Gegenstand der Klage ist gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides und nicht der Widerspruchsbescheid. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass eine Klage nur gegen den Ausgangsbescheid die Modifikationen durch den Widerspruchsbescheid nicht berücksichtigt. Ein Ausgangsbescheid für sich betrachtet könnte nämlich rechtswidrig sein, der Widerspruchsbescheid jedoch die rechtlichen Mängel beheben, weshalb eine (fiktive) Klage nur gegen den Ausgangsbescheid Erfolg hätte, eine Klage gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides jedoch nicht.

Insbesondere ist die Frage klärungsbedürftig, wenn der Kläger bereits vor dem Erlass des Widerspruchsbescheids Untätigkeitsklage erhoben hat. Denn neben der vom Oberverwaltungsgericht aufgeworfenen Frage, ob der Kläger angesichts der Rechtsbehelfsbelehrung glauben könnte, bereits eine Klage gegen den Ausgangsbescheid erhoben zu haben, stellt sich auch die Frage, ob der Kläger erst recht verleitet wird, nur seine bisherige Klage fortzusetzen, ohne dass er auf den Widerspruchsbescheid verwiesen wird. Dem wiederum lässt sich entgegenhalten, dass die erneute Belehrung über die Möglichkeit zur Klageerhebung gerade aufzeigt, dass der Kläger noch nicht alles seinerseits Erforderliche getan hat, sondern einen Rechtsbehelf ergreifen muss.

Die Fragen lassen sich mit Hilfe der bisher vorliegenden Rechtsprechung zu § 58 Abs. 2 VwGO nicht klären, insbesondere nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die bislang nur aus dem zitierten Urteil vom 01.09.1988 besteht.

c) Keine Klärung aus dem juristischen Allgemeingut

Die aufgeworfene Rechtsfrage lässt sich auch nicht aus dem juristischen Allgemeingut klären. Zwar gehört es zum juristischen Allgemeingut, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung dann unrichtig ist, wenn ihr ein unrichtiger oder irreführender Zusatz beigelegt ist, der geeignet ist, beim Betroffenen einen Irrtum über die formellen und/oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf einzulegen bzw. rechtzeitig einzulegen,

nicht zuletzt seit BVerwG, Urteil vom 13.12.1978 – 6 C 77.78 –, BVerwGE 57, 188, 190.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, welche Angaben, Hinweise oder sonstigen Elemente in einer Rechtsbehelfsbelehrung diese unrichtig machen. An den Differenzen zwischen Rechtsprechung und Schrifttum zeigt sich, dass insbesondere ungeklärt ist, ob und wann die Bezeichnung des Rechtsbehelfsgegenstands die Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO unrichtig macht.

3. Klärungsfähigkeit der Frage

Die aufgeworfene Rechtsfrage ist auch klärungsfähig. Eine Rechtsfrage ist klärungsfähig, wenn das Revisionsgericht im Revisionsverfahren über die Frage entscheiden kann. Daran fehlt es, wenn die Rechtsfrage nicht revisibles Recht betrifft oder die Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich ist,

mit weiteren Nachweisen Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2. Auflage 2010, Rn. 324.

Beides ist hier nicht der Fall. Die Rechtsfrage betrifft revisibles Recht, nämlich die bundesrechtliche Vorschrift des § 58 Abs. 2 VwGO.

Die Frage ist auch entscheidungserheblich. An der Entscheidungserheblichkeit fehlt es, wenn

- die Rechtsfrage einen Teil der Begründung des Berufungsgerichts betrifft, der das Berufungsurteil nicht trägt,

- das angegriffene Urteil auf eine weitere selbständig tragende Begründung gestützt werden kann, für die kein eigener Zulassungsgrund besteht oder
- die Revision aus anderen Gründen keinen Erfolg haben kann,

Czybulka/Hösch, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 132 Rn. 28.

Keine dieser drei Voraussetzungen ist erfüllt, die Frage daher entscheidungserheblich.

a) Tragende Begründung des Berufungsurteils, keine weitere selbständig tragende Begründung

Die Rechtsfrage betrifft die tragenden Entscheidungsgründe des Berufungsurteils.

Da das Berufungsgericht der Klage im Ergebnis stattgibt, muss es sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage bejahen. Bei einem klagestattgebenden Urteil liegen alle Entscheidungen über Elemente der Zulässigkeit und der Begründetheit auf dem „kritischen Pfad“. Wird nur ein Element der Zulässigkeit verneint, fehlt es an der Zulässigkeit. Die Entscheidung des Gerichts müsste dann anders ausfallen, nämlich es müsste die Klage abweisen (bzw. im konkreten Fall die Berufung zurückweisen).

Zur Zulässigkeit gehört auch die Einhaltung der Klagefrist gemäß § 74 Abs. 1 VwGO. Für die Entscheidung des Berufungsgerichts ist es daher entscheidungserheblich, dass die Klagefrist eingehalten ist. Die Einhaltung der Klagefrist bejaht das Oberverwaltungsgericht auf Seite 10 seines Urteils, weil der Kläger den am 18.01.2017 zugestellten Widerspruchsbescheid mit seinem Schriftsatz vom 28.09.2017 „rechtzeitig“ in das laufende Klageverfahren einbezogen habe. Diese Rechtzeitigkeit begründet es damit, dass für die Einbeziehung keine Monatsfrist gemäß § 74 Abs. 1 VwGO gelaufen habe, sondern wegen der Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung gemäß § 58 Abs. 2 VwGO eine Jahresfrist. Die Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung ergibt sich wiederum allein daraus, dass sie nur über eine Klage gegen den Ausgangsbescheid, nicht aber gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids belehrt.

Die oben aufgeworfene Rechtsfrage bejaht es also. Die Bejahung der Rechtsfrage ist ein tragender Entscheidungsgrund: Hätte das Oberverwaltungsgericht die

aufgeworfene Frage verneint, die Rechtsbehelfsbelehrung also wegen der Bezeichnung des Rechtsbehelfsgegenstands für richtig gehalten; dann hätte es nicht gemäß § 58 Abs. 2 VwGO eine Jahresfrist angenommen, sondern eine Monatsfrist. Diese war, da der Widerspruchsbescheid vom 17.01.2017 bereits am 18.01.2017 zugestellt wurde, am 28.09.2017 längst verstrichen. Das Obergerverwaltungsgericht erklärt in seinem Urteil auch nicht, dass es – aus welchen Gründen auch immer – im vorliegenden Fall nicht auf die Einhaltung der Klagefrist für die Einbeziehung des Widerspruchsbescheids in das laufende Klageverfahren angekommen wäre. Hätte es also die aufgeworfene Frage verneint, dann hätte es die Klage wegen Überschreitung der Klagefrist für unzulässig erklären müssen. Daher gehört die Rechtsfrage zu den tragenden Gründen des Berufungsurteils.

Das Urteil kann auch nicht auf eine weitere selbständig tragende Begründung gestützt werden, für die kein eigener Zulassungsgrund besteht. Eine selbständig tragende Begründung läge im vorliegenden Fall vor, wenn das Berufungsgericht

- die Einbeziehung des Widerspruchsbescheids überhaupt oder jedenfalls innerhalb der Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO in das laufende Klageverfahren für unerheblich gehalten

oder

- die Einhaltung der Klagefrist zusätzlich anderweitig als damit begründet hätte, dass die Rechtsbehelfsbelehrung des Widerspruchsbescheids vom 17.01.2017 wegen der Angabe unrichtig sei, dass die Klage gegen den Ausgangsbescheid zu richten wäre, etwa, weil die Rechtsbehelfsbelehrung auch an einem anderen Mangel litte,

und

- gegen diese ebenfalls tragenden Gründe kein Revisionszulassungsangriff geführt würde.

Das Obergerverwaltungsgericht macht jedoch zum einen nicht geltend, dass es auf die Einhaltung der Klagefrist nicht angekommen wäre. Es stellt die fristgerechte Einbeziehung des Widerspruchsbescheids als notwendig für die Einhaltung der Klagefrist dar.

Die zwischen den Parteien diskutierte Frage der antizipierten Einbeziehung des Widerspruchsbescheids lässt es vielmehr ausdrücklich offen (§ 11 f.). Insoweit liegt kein selbständig tragender Entscheidungsgrund vor, der gesondert anzugreifen wäre.

Das Oberverwaltungsgericht begründet die Einhaltung der Klagefrist zum anderen ausschließlich damit, dass die Rechtsbehelfsbelehrung des Widerspruchsbescheides wegen der Angabe des Klagegegenstandes unrichtig sei. Eine andere Begründung für die Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung nennt es nicht (S. 11). Auch insoweit liegt kein weiterer selbständig tragender Entscheidungsgrund vor, dessentwegen ein eigener Revisionszulassungsgrund gegeben sein müsste.

Die aufgeworfene Rechtsfrage betrifft daher einen tragenden Entscheidungsgrund.

b) Keine Erfolglosigkeit der Revision aus anderen Gründen, insbesondere keine Ergebnisrichtigkeit des Urteils

Die Revision ist auch nicht aus anderen Gründen erfolglos. Dabei geht es insbesondere darum, ob sich das Berufungsurteil im Sinne des § 144 Abs. 4 VwGO „aus anderen Gründen als richtig darstellt“. Gemäß § 144 Abs. 4 VwGO ist eine Revision zurückzuweisen, wenn die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils zwar eine Verletzung des bestehenden Rechts ergeben, sich die Entscheidung aber selbst aus anderen Gründen als richtig darstellt. Diese Regelung wirkt auf eine Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde vor: Stellt sich die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts im Ergebnis als richtig dar, wird die Revision in entsprechender Anwendung des § 144 Abs. 4 VwGO nicht zugelassen,

- BVerwG, Beschluss vom 01.02.1979 – 7 B 2.79 –, NJW 1979, 2163; Beschluss vom 02.11.1990 – 5 B 100.90 –, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 112; Beschluss vom 13.12.2010 – 9 B 45.10 –, Buchholz 406.11 § 133 BauGB Nr. 138; Neumann/Korbmacher, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 144 Rn. 34.

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts würde sich insbesondere aus anderen Gründen als rechtmäßig darstellen, wenn sich die Rechtsbehelfsbelehrung des Widerspruchsbescheids aus anderen Gründen als den vom Berufungsgericht genannten als unrichtig erwiese. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist

insbesondere nicht deshalb unrichtig, weil sie für den Fristbeginn auf die „Bekanntgabe“ des Widerspruchsbescheides abstellt, obwohl ein Widerspruchsbescheid gemäß § 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO zuzustellen ist und auch tatsächlich durch die Post mittels Einschreiben mit Rückschein (§ 4 Abs. 1 VwZG) zugestellt wurde. Darin liegt keine Unrichtigkeit im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO. Dass sie wegen des Beginns der Klagefrist auf die „Bekanntgabe“ abstellt, entspricht vielmehr der Rechtslage, sofern bei der von der Behörde gewählten Zustellungsart die Zustellung auch aus der Sicht des Empfängers stets zugleich die Bekanntgabe ist,

BVerwG, Urteil vom 27.04.1990 – 8 C 70.88 –, NJW 1991, 508, 509 (Zustellung mit Postzustellungsurkunde); Beschluss vom 31.05.2006 – 6 B 65.06 –, NVwZ 2006, 943, 944 (Zustellung gegen Empfangsbekenntnis); Kluckert, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 58 Rn. 56; Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, 2000, § 20 Rn. 17.

Das ist auch bei einer Zustellung mit Einschreiben mit Rückschein der Fall,

VG München, Urteil vom 24.03.2015 – M 3 K 13.895 –, juris Rn. 36.

Soweit das Oberverwaltungsgericht Münster im Jahr 2009 eine auf die „Bekanntgabe“ abstellende Rechtsbehelfsbelehrung eines Widerspruchsbescheides für unrichtig erachtete,

OVG Münster, Beschluss vom 04.03.2009 – 5 A 924/07 –, NJW 2009, 1832,

lag dies daran, dass der dortige Widerspruchsbescheid per Einwurfeinschreiben zugestellt wurde, der nach dem damaligen § 4 Abs. 1 VwZG (heute § 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG) am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt gilt, weshalb die Zustellung aus Sicht des Empfängers nicht zweifelsfrei zugleich die Bekanntgabe ist. Dies ist aber bei der Zustellung per Einschreiben mit Rückschein anders: dort wird der Empfang durch einen Empfangsberechtigten gegengezeichnet, weshalb hier Zustellung und Bekanntgabe zum gleichen Zeitpunkt erfolgen,

so auch VG München, Urteil vom 24.03.2015 – M 3 K 13.895 –, juris Rn. 35; Kluckert, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 58 Fn. 105.

Auch sonstige Mängel der Rechtsbehelfsbelehrung sind nicht ersichtlich. Sie ist daher nicht aus anderen Gründen unrichtig.

Im Übrigen war es auch erforderlich, den Widerspruchsbescheid fristgerecht in das bereits laufende Klageverfahren einzubeziehen,

zutreffend das erstinstanzliche Urteil des VG Schleswig vom 18.10.2017 – 8 A 100/16 –, juris Rn. 19 ff.

Da der Kläger diese Frist versäumt hat, ist die Klage bereits unzulässig. Das die Klage für zulässig (und begründet) haltende Berufungsurteil ist daher auch im Ergebnis fehlerhaft. Die aufgeworfene Rechtsfrage ist daher auch vor diesem Hintergrund entscheidungserheblich.

4. Über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung

Die Rechtsfrage hat auch eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Dies ist zu bejahen, wenn die gleiche Rechtsfrage in unbestimmt vielen Fällen oder wenigstens einer Mehrzahl von Fällen relevant ist, d.h. von ihr erwartet werden kann, dass sie in einer die Interessen der Allgemeinheit berührenden Weise das Recht oder die Rechtsanwendung fortentwickeln oder vereinheitlichen wird,

Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2. Auflage 2010, Rn. 322; vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.09.2013 – 9 B 32/13 –, juris Rn. 3.

Auch diese Voraussetzung ist erfüllt. Zwar wird eine Rechtsbehelfsbelehrung jeweils im Einzelfall einem Verwaltungsakt beigelegt. Die nicht zuletzt in dieser Beschwerdebeurteilung angeführten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte zeigen jedoch, dass es wiederkehrende und über den Einzelfall hinausgehende Konstellationen gibt, hinsichtlich derer sich die Frage stellt, ob die in Rede stehende Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO unrichtig ist oder nicht. Deshalb existieren beispielsweise bereits mehrere Entscheidungen dazu, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig ist, die auf einen Fristbeginn „ab Bekanntgabe“ des Widerspruchsbescheides,

siehe nochmals BVerwG, Urteil vom 27.04.1990 – 8 C 70.88 –, NJW 1991, 508, 509; Beschluss vom 31.05.2006 – 6 B 65.06 –, NVwZ 2006, 943, 944; VG München, Urteil vom 24.03.2015 – M 3 K 13.895 –, juris,

oder „ab Zugang“ eines Bescheides abstellt,

OVG Münster, Beschluss vom 04.03.2009 – 5 A 924/07 –, NJW 2009, 1832; VG Hamburg, Beschluss vom 17.12.2014 – 2 E 4793/14 –, juris,

aber eben auch zur Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist, die als Gegenstand des nachfolgenden Klageverfahrens nur den Widerspruchsbescheid nennt, nicht aber den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides, und zwar sowohl bei Identität von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde,

BVerwG, Urteil vom 01.09.1988 – 6 C 56.87 –, Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 54; OVG Schleswig, Urteil vom 17.09.1991 – 2 L 103/91 –, NVwZ 1992, 385; OVG Greifswald, Beschluss vom 24.11.2004 – 1 O 353/04 –, Nord-ÖR 2005, 306; Beschluss vom 11.03.2020 – 3 M 770/19.OVG –, juris; OVG Bautzen, Beschluss vom 18.12.2015 – 1 A 59/15 –, juris; Urteil vom 14.06.2017 – 5 A 406/13 –, SächsVBl. 2018, 15 ff.,

als auch, wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde unterschiedlich sind,

VGH Kassel, Urteil vom 30.03.1982 – IX OE 69/80 –, NJW 1983, 242; OVG Bautzen, Urteil vom 29.09.2016 – 3 A 53/14 –, NVwZ-RR 2017, 320; Urteil vom 14.06.2017 – 5 A 406/13 –, SächsVBl. 2018, 15 ff.

Nicht anders verhält es sich hinsichtlich einer Rechtsbehelfsbelehrung, die dem Wortlaut nach nur über eine Klage gegen den Ausgangsbescheid, nicht aber über eine Klage gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides belehrt. Eine solche Abweichung vom an § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO orientierten Idealfall einer Rechtsbehelfsbelehrung ist kein Spezifikum, das nur aufgrund der Umstände des hiesigen Streitfalls eintreten konnte. Eine solche Abweichung könnte vielmehr bei der Formulierung in jedem beliebigen Verwaltungsverfahren auftreten. Daher hat die Beantwortung der Frage Bedeutung über den Einzelfall hinaus.

5. Ergebnis zu I.

Die Revision ist daher wegen grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen.

II. Zum Revisionszulassungsgrund des Verfahrensmangels

Außerdem ist die Revision wegen eines Verfahrensmangels im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen. Es liegt ein Verfahrensmangel vor, auf dem die Entscheidung des Berufungsgerichts beruhen kann.

Das Urteil des Berufungsgerichts verstößt gegen das Recht des Beklagten auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, weil das Oberverwaltungsgericht seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht nachgekommen ist: Es stützt seine Entscheidung zur Begründetheit der Klage auf eine verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 des Informationszugangsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (IZG-SH) und des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH, wobei die verfassungsrechtliche Vorschrift, mit der es § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH konform auszulegen sucht, Art. 53 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (LV) ist (S. 16). Die vorgenommene Auslegung überschreitet jedoch die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung. Vielmehr lagen die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG vor, die das Oberverwaltungsgericht unterlassen und dadurch das Recht des Beklagten auf den gesetzlichen Richter verletzt hat (dazu 1.).

Die Nichteinholung einer Entscheidung nach Art. 100 Abs. 1 GG stellt im vorliegenden Falle ausnahmsweise einen Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO dar (dazu 2.), weil die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Norm (die keine Entsprechung im Bundesrecht hat) mit einer spezifischen Vorschrift des Landesverfassungsrechts in Rede steht. Die Vereinbarkeit von einfachem Landesrecht mit Landesverfassungsrecht ist nicht Gegenstand der Prüfung im Revisionsverfahren. Daher kommt eine eigene Vorlage der Rechtsfrage an das Landesverfassungsgericht durch das Oberverwaltungsgericht nicht in Betracht. Diese Vorlage kann nur das Oberverwaltungsgericht vornehmen, was es jedoch nicht getan hat. Darin liegt der Verfahrensmangel, auf dem das Urteil des Oberverwaltungsgerichts im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO beruht (dazu 3.).

1. Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) wegen Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG

Ein Gericht verstößt gegen die Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn es die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung einer streitentscheidenden Rechtsvorschrift bejaht und daher die von ihm als verfassungswidrig angenommene Regelung des einfachen Rechts mit ihrem eigentlichen Inhalt außer Anwendung lässt und entgegen Art. 100 Abs. 1 GG nicht dem zuständigen Verfassungsgericht im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle vorlegt,

BVerfG, Beschluss vom 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –, BVerfGE 119, 247, 259; Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 89 (Rn. 76).

Das Oberverwaltungsgericht war hier zur Einholung einer Entscheidung des Landesverfassungsgerichts gemäß Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Nr. 3 LV und § 44 Abs. 1 LVerfGG verpflichtet (b)). Indem es die Einholung der Entscheidung des Landesverfassungsgerichts unterließ, verletzte es das Recht des Beklagten auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (a)).

a) Beklagter ist Träger des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG

Das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG steht auch dem Beklagten in seiner hier maßgeblichen Eigenschaft als oberste Landesbehörde zu. Zwar können juristische Person des öffentlichen Rechts die Grundrechte aus Art. 1 bis 17 GG grundsätzlich nicht beanspruchen. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthält jedoch einen objektiven Verfahrensgrundsatz, der für jedes gerichtliche Verfahren gilt und daher auch jedem zugutekommen muss, der nach den maßgeblichen Verfahrensnormen parteifähig oder von dem Verfahren unmittelbar betroffen ist. Dieses verfassungsrechtliche Recht steht daher auch juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu.

BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 134/56 –, BVerfGE 6, 45, 49 f.; Beschluss vom 03.10.1961 – 2 BvR 4/60 –, BVerfGE 13, 132, 140; Beschluss vom 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82, 104; Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 83 (Rn. 55).

Das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG steht jedoch nicht nur einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als solcher zu, sondern auch ihrer Behörde, wenn die Behörde nach dem einschlägigen Verfahrensrecht Beteiligte im fachgerichtlichen Verfahren sein kann. Entscheidend ist die Beteiligtenfähigkeit im konkreten Rechtsstreit vor dem Fachgericht. Erkennt die Rechtsordnung einer Behörde die Fähigkeit zu, anstelle ihres Rechtsträgers am gerichtlichen Verfahren beteiligt zu sein, kann die Behörde im konkreten Rechtsstreit für sich alle Verfahrensrechte beanspruchen. In diesem Fall darf ihr auch der Schutz des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht verwehrt werden,

BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 83 (Rn. 56).

Im vorliegenden Fall ist der Beklagte nach dem Fachrecht als Behörde beteiligten- und prozessfähig. Der Beklagte – der Landtagspräsident – ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 des Landesverwaltungsgesetzes (LVwG) oberste Landesbehörde, soweit er öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausübt. Der Kläger beehrte mit seiner Klage die Verpflichtung, ihm Informationen aus dem Bereich des Landtages nach dem Informationszugangsgesetz zugänglich zu machen. Über diesen Antrag entscheidet der Beklagte nicht als Verfassungsorgan, sondern als Verwaltungsbehörde, da die Entscheidung über den Informationszugangsantrag ein Verwaltungsakt ist (vgl. auch § 7 Abs. 1 und 2 IZG-SH); die Eigenschaft als oberste Landesbehörde hat der Beklagte im Verfahren nach dem Informationszugangsgesetz unabhängig davon, ob die begehrten Informationen solche sind, die sich auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit des Beklagten beziehen, oder ob es sich um Informationen aus dem parlamentarischen Bereich handeln, für die ein Anspruch auf Informationszugang nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH nicht besteht, und auch unabhängig davon, ob es sich um Informationen aus dem Bereich der Gesetzgebung handelt, für die ein Informationszugang nach § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH nicht besteht.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind Behörden gemäß § 61 Nr. 3 VwGO beteiligungsfähig, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Das schleswig-holsteinische Landesrecht bestimmt in § 69 Abs. 1 des Landesjustizgesetzes (LJG), dass auch Landesbehörden fähig sind, gemäß § 61 Nr. 3 VwGO am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligt zu sein. Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen sind gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 2

VwGO in Verbindung mit § 69 Abs. 2 LJG gegen die Landesbehörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat. Die Verpflichtungsklage des Klägers war daher gegen den Beklagten als Landesbehörde zu richten, da er den begehrten Verwaltungsakt unterlassen hatte. Daher ist der Beklagte als Behörde Träger des Rechts aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

b) Verletzung der Vorlagepflicht

Dieses Recht ist im vorliegenden Fall verletzt, weil das Oberverwaltungsgericht es unterlassen hat, das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Landesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Nr. 3 LV und § 44 Abs. 1 des Landesverfassungsgerichtsgesetzes (LVerfGG) über die Frage der Vereinbarkeit von § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH mit Art. 53 LV einzuholen, sondern stattdessen § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH vermeintlich verfassungskonform ausgelegt hat, dabei aber die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschritten hat.

Gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 3 LV entscheidet das Landesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit eines Landesgesetzes mit der Landesverfassung, wenn ein Gericht das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt hat. Die Einzelheiten des Verfahrens bestimmen sich nach den §§ 44 bis 46 LVerfGG. Die Voraussetzungen für ein Aussetzen des Verfahrens bestimmte Art. 51 Abs. 2 Nr. 3 LV nicht selbst, sondern lässt insoweit Art. 100 Abs. 1 GG und § 44 Abs. 1 LVerfGG sprechen. Auszusetzen ist das Verfahren danach, wenn ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält. Sind die Voraussetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG gegeben, so folgt aus der Verfassung die Pflicht eines jeden Gerichts, das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundes- bzw. hier des Landesverfassungsgerichts einzuholen,

BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 92 (Rn. 81).

Das Oberverwaltungsgericht war zur Vorlage ans Landesverfassungsgericht verpflichtet, weil es – vorbehaltlich einer verfassungskonformen Auslegung – von der Verfassungswidrigkeit überzeugt war (aa)). Entgegen der Auffassung des

Oberverwaltungsgerichts war die Pflicht zur Vorlage nicht durch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung ausgeschlossen (bb)).

aa) **Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit**

Eine Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG besteht nur, wenn das Fachgericht von der Verfassungswidrigkeit der entscheidungserheblichen Vorschrift überzeugt ist. Ist das Fachgericht von der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift nicht überzeugt, liegt kein Verstoß gegen Art. 100 Abs. 1 GG vor, auch wenn objektiv betrachtet die entscheidungserhebliche Vorschrift verfassungswidrig ist,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 05.04.1989 – 2 BvL 1-3/88 –, BVerfGE 80, 54, 59; Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 92 (Rn. 82).

Im vorliegenden Fall war das Oberverwaltungsgericht von der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH überzeugt, sofern ihm nicht der Inhalt beigegeben wurde, den das Oberverwaltungsgericht auf den Seiten 16 ff. des Urteils als verfassungskonform bezeichnet.

Gegenstand des Klageverfahrens ist das Begehren des Klägers, ihm Zugang zu einer Liste der vom Wissenschaftlichen Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtages in der 18. Wahlperiode erstellten Gutachten durch Überlassung einer Ablichtung zu gewähren. Die 18. Wahlperiode des Landtags endete im Juni 2017, also während des Klageverfahrens.

Das Informationszugangsgesetz gewährt gemäß seinem § 3 Satz 1 jeder natürlichen oder juristischen Person ein Recht auf freien Zugang zu den Informationen, über die eine informationspflichtige Stelle verfügt. Was informationspflichtige Stellen sind, bestimmt § 2 Abs. 3 IZG-SH. Gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH sind unter anderem die Behörden des Landes informationspflichtige Stellen. Demgegenüber normiert § 2 Abs. 4 IZG-SH, welche staatlichen Stellen nicht zu den informationspflichtigen Stellen gehören. Nicht zu den informationspflichtigen Stellen gehört gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH:

„Der Landtag, soweit er parlamentarische Aufgaben wahrnimmt; zur parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zählt auch die gutachterliche oder rechtsberatende Tätigkeit im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen“.

Die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH lautet:

„die obersten Landesbehörden, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren oder beim Erlass von Rechtsverordnungen tätig werden und es sich nicht um Umweltinformationen handelt“.

Das Oberverwaltungsgericht stuft den beklagten Landtagspräsidenten als informationspflichtige Stelle im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH ein, da er als Behörde handele (S. 15). Das Führen einer Liste der in den vergangenen Legislaturperioden erstellten Gutachten durch den Wissenschaftlichen Dienst stelle keine parlamentarische Aufgabenwahrnehmung dar, die der Informationspflicht nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH entgegenstehe. Denn es handele sich insoweit, jedenfalls weil eine vergangene Wahlperiode betroffen sei, nicht mehr um eine gutachterliche oder rechtsberatende Tätigkeit im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 Halbsatz 2 IZG-SH oder um eine Tätigkeit im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH.

Diese Würdigung, dass nämlich die beiden Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH und des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH für vergangene Wahlperioden nicht greifen, weshalb dem Kläger im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht im Sommer 2020 ein Anspruch auf einen Zugang zur Liste aus der inzwischen vergangenen 18. Wahlperiode zustehe, entnimmt das Oberverwaltungsgericht

„zu allererst aus landesverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten“ (S. 16).

Weiter heißt es:

„Wortlaut, Sinn und Zweck, Systematik sowie Gesetzgebungshistorie des IZG stehen einer solchen verfassungskonformen Auslegung nicht entgegen“ (S. 16).

Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts ist der Beklagte eine Behörde im Sinne des Art. 53 Abs. 1 LV. Diese Regelung erfasse auch das nicht-parlamentarische

Handeln des Landtagspräsidenten (S. 18). Aus Art. 53 LV leitet das Oberverwaltungsgericht sodann ein umfassendes Transparenzgebot ab, als dessen einfachgesetzliche Umsetzung es das Informationszugangsgesetz sieht (S. 16). Mit dem Transparenzgebot des Art. 53 LV sei ein in zeitlicher Reichweite grenzenloser Ausnahmetatbestand nicht vereinbar (S. 18 f.). Die Ausnahmetatbestände müssten daher „stets in ihrer zeitlichen Dimension beschränkt sein“ (S. 19). Zunächst nicht informationspflichtige Tätigkeiten könnten so durch Zeitablauf informationspflichtig werden (S. 19). Für die Ausnahmeregelungen seien daher „zeitliche Höchstgrenzen zu prüfen“ (S. 19). Habe der Gesetzgeber dazu keine Regelung getroffen, müsse diese Grenze „durch Auslegung anhand der jeweiligen Interessen ermittelt werden, denen der jeweilige Ausnahmetatbestand dient“ (S. 19). Daher sei der Landtagspräsident, soweit es das Führen von Listen im Referat des Wissenschaftlichen Dienstes betreffe, als Behörde im Sinne des Art. 53 Satz 1 LV sowie des § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH anzusehen. Sein Handeln sei nicht der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zuzuordnen (S. 19). Die Tätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes weise zwar Bezüge zur Abgeordnetentätigkeit auf, gehöre aber nicht zu den „spezifischen parlamentarischen Angelegenheiten“ (S. 20). Insbesondere bei einem Begehren auf Zugang zu einer Gutachtenliste aus einer abgeschlossenen Wahlperiode seien Interessen von Fraktionen oder einzelnen Abgeordneten „nicht mehr gegenwärtig berührt“, weshalb es nicht gerechtfertigt sei, das Führen der hier streitigen Liste der Gutachten dauerhaft unbegrenzt aus dem Bereich des informationspflichtigen Behördenhandelns im Sinne des IZG-SH auszunehmen (S. 20). Dies entspreche auch der materiellen Diskontinuität des Landtags, wie sie sich aus § 77 Satz 1 der Geschäftsordnung des Landtages ergebe. Eine über das Ende der Wahlperiode hinausgehende Karenzzeit habe nicht zu gelten (S. 22).

Sodann heißt es im Berufungsurteil (S. 22):

„Diese (landes-) verfassungsrechtliche Wertung ist den einfachgesetzlichen Regelungen des IZG zugrundezulegen. Ihr kann im Rahmen der Auslegung der § 2 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG Geltung verschafft werden, so dass eine Vorlage an das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht nach § 44 Abs. 1 LVerfGG nicht erforderlich ist.“

Auf den folgenden Seiten legt das Oberverwaltungsgericht § 2 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 IZG-SH dann so aus, dass

„das Führen von Übersichten über die vergangene Gutachtentätigkeit durch den Wissenschaftlichen Dienst nicht nur nicht der Gesetzgebung im Sinne des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG, sondern darüber hinaus auch nicht (mehr) der parlamentarischen Aufgabenerfüllung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG zuzuordnen“

ist (S. 23 f.), um ein Überschreiten der aus seiner Sicht landesverfassungsrechtlich gebotenen zeitlichen Maximalgrenze zu vermeiden.

Das Oberverwaltungsgericht sieht also eine Auslegung von § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH, die die Gutachtentätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages (Nr. 1) und die Tätigkeit der obersten Landesbehörden im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren und beim Erlass von Rechtsverordnungen (Nr. 2) dauerhaft aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen ausnimmt, als verfassungswidrig an. Müsste man § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH so auslegen, dass die Ausnahmen zeitlich unbeschränkt gelten, dann wäre nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts eine Vorlage an das Landesverfassungsgericht nach § 44 Abs. 1 LVerfGG und damit nach Art. 100 Abs. 1 GG erforderlich.

Von der Vorlage an das Landesverfassungsgericht sieht es nur ab, weil es der Auffassung ist, dass sich die Vorschriften verfassungskonform dahin auslegen ließen, dass die Ausnahmen zeitlich beschränkt sind, insbesondere auf die Zeit der laufenden Wahlperiode.

Damit liegt jedoch die Voraussetzung des Art. 100 Abs. 1 GG vor: Das Oberverwaltungsgericht ist nach seiner eigenen Darstellung insbesondere auf Seite 22 des Urteils davon überzeugt, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH verfassungswidrig sind, falls man sie als zeitlich unbeschränkte Ausnahmenvorschriften versteht.

Dabei kommt es an dieser Stelle nicht darauf an, ob die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts zutreffend ist, dass Art. 53 LV tatsächlich eine zeitliche Beschränkung auf die laufende Wahlperiode oder auch einen anderen Zeitraum fordert,

vgl. Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 93 (Rn. 84).

Für die Vorlagepflicht kommt es darauf an, dass das Gericht subjektiv von der Verfassungswidrigkeit überzeugt ist. Ebenso wie es an der Vorlagepflicht fehlt, wenn das Gericht eine objektiv verfassungswidrige Vorschrift für verfassungsgemäß hält, besteht eine Vorlagepflicht, wenn das Gericht die Vorschrift für verfassungswidrig hält, obwohl sie objektiv betrachtet verfassungsgemäß ist. Ob die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts vom Inhalt der landesverfassungsrechtlichen Norm zutreffend ist, ist mithin nicht im Revisionszulassungsverfahren zu klären, sondern wäre Gegenstand der konkreten Normenkontrolle vor dem Landesverfassungsgericht.

bb) Unzulässige verfassungskonforme Auslegung

Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts auf Seite 22 seines Berufungsurteils entfiel seine Verpflichtung zur Vorlage an das Landesverfassungsgericht nicht aufgrund der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung. § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH lassen sich nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung zeitlich auf die laufende Wahlperiode beschränken.

Das Oberverwaltungsgericht nimmt zwar nach seinen eigenen Worten (S. 16) eine „verfassungskonforme Auslegung“ vor. Es überschreitet jedoch die Grenzen einer zulässigen verfassungskonformen Auslegung, die sich aus der Gewaltenteilung, insbesondere der Abgrenzung der Aufgaben von Rechtsprechung und Gesetzgebung, für eine verfassungskonforme Auslegung ergeben. Im Wege der verfassungskonformen Interpretation darf der normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt werden. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt gebietet es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat. Er fordert mithin eine Auslegung der Norm, die durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahrt. Die Deutung darf nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird,

BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. –, BVerfGE 128, 326, 400, mit weiteren Nachweisen.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung, dem Art. 20 Abs. 2 GG Ausdruck verleiht, schließt es aus, dass die Gerichte Befugnisse beanspruchen, die von der Verfassung dem

Gesetzgeber übertragen worden sind, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und damit der Bindung an Gesetz und Recht sowie dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen; sie müssen vielmehr die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und bei der Gesetzesauslegung, auch bei der Rechtsfortbildung, den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgen. Eine Interpretation, die als verfassungskonforme Auslegung oder richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein,

BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 und 307/94 –, BVerfGE 96, 375, 394 f.; Beschluss vom 14.06.2007 – 2 BvR 1447 und 136/05 –, BVerfGE 118, 212, 243; Beschluss vom 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 –, BVerfGE 128, 193, 210.

Das Gericht darf nicht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen,

BVerfG, Beschluss vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 –, BVerfGE 149, 126, 154 (Rn. 73); Nichtannahmebeschluss vom 26.11.2018 – 1 BvR 318/17 u.a. –, NJW 2019, 351, 352 (Rn. 30); BFH, Vorlagebeschluss vom 27.09.2012 – II R 9/11 –, BStBl. II 2012, 899, 916 f. (Rn. 166), jeweils mit weiteren Nachweisen.

Das Oberverwaltungsgericht geht jedoch diesen Weg: Es interpretiert § 2 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 IZG-SH dahin, dass die Regelungen den Landtag bzw. die obersten Landesbehörden nur zeitlich begrenzt, und zwar gemäß einer Interessenabwägung im Einzelfall, aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen herausnehmen, obwohl keine der herkömmlichen Auslegungsmethoden eine solche Auslegung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH deckt (dazu (2)). Daher verletzt das Oberverwaltungsgericht die verfassungsrechtlichen Grenzen für eine verfassungskonformen Auslegung (dazu (1)).

(1) Zu den Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Vielzahl von Entscheidungen die Grundlagen und die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung bestimmt. Die verfassungskonforme Auslegung dient dazu, die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm zu vermeiden. Eine Norm ist nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung vereinbare Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelung und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese – nämlich die verfassungskonforme Auslegung – geboten,

BVerfG, Beschluss vom 07.05.1953 – 1 BvL 104/52 –, BVerfGE 2, 266, 282; Beschluss vom 28.04.1965 – 1 BvR 346/61 –, BVerfGE 19, 1, 5; Beschluss vom 08.03.1972 – 2 BvR 28/71 –, BVerfGE 32, 373, 383 f.; Beschluss vom 09.01.1991 – 1 BvR 929/89 –, BVerfGE 83, 201, 214 f.; Beschluss vom 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –, BVerfGE 119, 247, 274; Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 93 f. (Rn. 86); ebenso Koriath, in: Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage 2018, Rn. 442.

Die Möglichkeiten zu einer verfassungskonformen Auslegung sind allerdings begrenzt. Ein Normverständnis, das mit dem Wortlaut nicht mehr in Einklang zu bringen ist, kann durch verfassungskonforme Auslegung ebenso wenig gewonnen werden wie ein solches, das in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers treten würde,

BVerfG, Beschluss vom 30.06.1964 – 1 BvL 16/62 u.a. –, BVerfGE 18, 97, 111; Beschluss vom 15.10.1996 – 1 BvL 44, 48/92 –, BVerfGE 95, 64, 93; Beschluss vom 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94 –, BVerfGE 99, 341, 358.

Zudem darf der Zweck des Gesetzes nicht verfälscht werden: Die verfassungskonforme Auslegung darf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck nicht außer Acht lassen,

BVerfG, Beschluss vom 07.05.1953 – 1 BvL 104/52 –, BVerfGE 2, 266, 282,

und sie muss „die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers“ wahren,

BVerfG, Beschluss vom 03.06.1992 – 2 BvR 1041/88, 78/89 –, BVerfGE 86, 288, 320.

Griffith formuliert es ein Plenarbeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1979: Durch eine verfassungskonforme Auslegung darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht eine entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden,

BVerfG, Beschluss des Plenums des Bundesverfassungsgerichts vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79 –, BVerfGE 54, 277, 299.

Und noch plastischer heißt es in dem bereits zitierten Beschluss des Zweiten Senats aus dem Jahr 2007, dass die verfassungskonforme Auslegung nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber die von ihm getroffene Regelung nach der vermeintlich verfassungskonformen Auslegung „inhaltlich nicht wiedererkennt“,

BVerfG, Beschluss vom 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –, BVerfGE 119, 247, 278, unter Bezugnahme auf Steiner, Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: Isensee/Lecheler, Freiheit und Eigentum: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 569, 573.

Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergeben sich damit aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden,

BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 93 (Rn. 86).

Nur eine solche Auslegung, die auch nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden herbeigeführt werden kann, kann auch das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung sein.

Diese Vorgaben gelten auch dann, wenn sich ein Fachgericht mit der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung bei der Prüfung der Voraussetzungen eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG auseinandersetzen muss. Legt ein Fachgericht die Sache dem Verfassungsgericht zur Entscheidung vor, muss es, sofern die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung naheliegt, diese Möglichkeit prüfen und vertretbar begründen, weshalb eine verfassungskonforme Auslegung ausgeschlossen ist,

BVerfG, Beschluss vom 17.04.2008 – 2 BvL 4/05 –, BVerfGE 121, 108, 117;
Beschluss vom 04.06.2012 – 2 BvL 9-12/08 –, BVerfGE 131, 88, 118.

Das verlangt jedoch keine verfassungskonforme Auslegung um jeden Preis, um eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG tunlichst zu vermeiden,

BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, 94 (Rn. 87).

Ist die Auslegung der Norm nach den herkömmlichen Methoden eindeutig, ist die Vorschrift als verfassungswidrig zu behandeln und durch das Fachgericht dem zuständigen Verfassungsgericht – hier nach Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Nr. 3 LV und § 44 Abs. 1 LVerfGG dem Landesverfassungsgericht – zur Entscheidung vorzulegen.

(2) Überschreitung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH

Diesen Vorgaben wird das angegriffene Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 23.07.2020 nicht gerecht. Das Oberverwaltungsgericht legt seiner Entscheidung eine Auslegung sowohl des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH (in Verbindung mit § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH) als auch des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH (dazu weiter unten unter (3)) als verfassungskonform zugrunde, die nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht herbeigeführt werden kann.

Im Kern geht es darum, ob der Beklagte – der Landtagspräsident – informationspflichtige Stelle im Sinne des Informationszugangsgesetzes ist. Informationspflichtige Stelle ist gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH jede Behörde. Gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH ist

jedoch der Landtag nicht informationspflichtige Stelle, soweit er parlamentarische Aufgaben wahrnimmt, wozu wiederum die gutachterliche oder rechtsberatende Tätigkeit im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen gehört.

Die Rechtsstellung des Landtagspräsidenten ergibt sich in erster Linie aus Art. 20 LV und aus der Geschäftsordnung des Landtages. Er ist ein Unterorgan des Verfassungsorgans Landtag und dessen staatsrechtlicher Repräsentant,

Wuttke, in: von Mutius/Hübner/Wuttke, Kommentar zur Landesverfassung, 1995, Art. 14 Rn. 2; Waack, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 14 Rn. 9;

treffend wird er als die „Personifizierung des Parlaments“ bezeichnet,

Morlok, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2015, Art. 40 Rn. 25 (zum Bundestagspräsidenten).

Der Landtagspräsident hat jedoch eine Doppelfunktion,

Schliesky, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 40 Rn. 7; Brocker, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Handbuch des Parlamentsrechts, § 32 Rn. 12:

Außerhalb seiner verfassungsrechtlichen Aufgaben kann der Landtagspräsident im Einzelfall auch materiell öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausüben,

Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 1 Rn. 183.

Soweit er öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausübt, ist er oberste Landesbehörde (so auch § 5 Abs. 1 Satz 2 LVwG). Die Abgrenzung zwischen der Tätigkeit als Verfassungsorgan und der als Verwaltungsbehörde erfolgt sowohl mit Blick auf § 5 Abs. 1 Satz 2 LVwG als auch auf § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH nach funktionalen Gesichtspunkten: Der Landtagspräsident ist weder nach dem Landesverwaltungsgesetz noch nach dem Informationszugangsgesetz grundsätzlich Behörde, sondern stets nur, soweit er öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausübt. Als Verfassungsorgan wird er demgegenüber tätig, wenn das maßgebliche Rechtsverhältnis im Verfassungsrecht

wurzelt, also durch die Verfassung oder verfassungsergänzende Vorschriften wie die Geschäftsordnung des Parlaments geordnet wird,

BVerfG, Beschluss vom 07.10.1969 – 2 BvQ 2/69 –, BVerfGE 27, 152, 157;
siehe jüngst auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.10.2020 –
OVG 3 S 113/20, 3 L 171/20 –, juris Rn. 7 ff. (zum verfassungsrechtlichen
Charakter der Hausrechtsausübung gegenüber Abgeordneten),

oder allgemeiner ausgedrückt immer dann, wenn es um die Wahrnehmung parlamen-
tarischer Angelegenheiten geht,

BVerwG, Urteil vom 25.06.2015 – 7 C 1.14 –, BVerwGE 152, 241, 244
(Rn. 16); Urteil vom 25.10.2018 – 7 C 6.17 –, NVwZ 2019, 479, 480 (Rn. 14).

Dieser Begriff schließt die Gesetzgebungstätigkeit des Parlaments und dessen sonstige
verfassungsrechtliche Aufgaben ein, namentlich die Kurations- und Repräsentativfunk-
tion sowie seine Kontrollfunktion gegenüber der Regierung,

BVerwG, Urteil vom 25.06.2015 – 7 C 1.14 –, BVerwGE 152, 241, 244
(Rn. 16).

Hieran knüpft § 2 Abs. 4 Nr. 1 Halbsatz 1 IZG-SH an: Der Landtag – einschließlich sei-
nes Präsidenten – ist nicht informationspflichtige Stelle, soweit er parlamentarische Auf-
gaben wahrnimmt. § 2 Abs. 4 Nr. 1 Halbsatz 2 IZG-SH bestimmt zudem, dass die gut-
achterliche oder rechtsberatende Tätigkeit im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen
zur Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben zählt, der Landtagspräsident insoweit
also kraft gesetzlicher Regelung nicht in seiner Funktion als Verwaltungsbehörde tätig
wird. Diese Regelung zielt auf den Wissenschaftlichen Dienst des Landtags, der – ne-
ben seiner Tätigkeit für das Plenum, die Ausschüsse und weitere parlamentarische
Gremien – vor allem im Auftrag der Fraktionen tätig wird.

Das Oberverwaltungsgericht legt § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH nun so aus, dass es in die
Konjunktion „soweit“ eine zeitlich beschränkende Komponente hineinliest: Die Tätigkeit
des Wissenschaftlichen Dienstes soll demnach nur zeitlich begrenzt zur Wahrnehmung
parlamentarischer Aufgaben gehören. Nach Ablauf einer gewissen Zeit – das Oberver-
waltungsgericht meint: nach Ablauf der Wahlperiode – wechselt die Tätigkeit des

Wissenschaftlichen Dienstes ihren Charakter und mutiert zur behördlichen Verwaltungstätigkeit, so dass sie nicht mehr der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH unterfällt, sondern als Bestandteil der Behördentätigkeit des Landtagspräsidenten (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH) der Informationspflicht unterliegt.

Diese Auslegung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH ist mit dem Wortlaut, der Systematik, der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren. Sie kann daher auch nicht das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung sein.

(a) Wortlaut

Schon der Wortlaut des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH spricht gegen eine Begrenzung, wie das Oberverwaltungsgericht sie in die Norm hineinlesen möchte. Die Vorschrift lautet:

„Zu den informationspflichtigen Stellen gehören nicht:

1. Der Landtag, soweit er parlamentarische Aufgaben wahrnimmt; zur parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zählt auch die gutachterliche oder rechtsberatende Tätigkeit im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen.“

§ 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH enthält keinerlei Einschränkung auf einen bestimmten Zeitraum. Weder beschränkt er die Nichtzugehörigkeit zu den informationspflichtigen Stellen auf die aktuelle Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben, noch findet sich eine Regelung darüber, dass dies nicht für zurückliegende Wahlperioden oder abgeschlossene Vorgänge gelten solle. Der Landtag wird vielmehr generell aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen ausgenommen, soweit er parlamentarische Aufgaben wahrnimmt.

Die Konjunktion „soweit“ bezeichnet in der Gesetzessprache zudem gerade regelmäßig keine zeitliche Einschränkung, sondern nur eine Einschränkung hinsichtlich der geregelten Sachmaterie. „Soweit“ und „sofern“ werden nämlich in der Gesetzessprache verwendet, wenn sie durch „in dem Maß, wie“ ersetzbar sind,

Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage 2008, Rn. 89.

Eine zeitliche Beschränkung wird demgegenüber durch die Konjunktion „solange“ gekennzeichnet.

Die Unterscheidung zwischen „soweit“ als sachlicher und „solange“ als zeitlicher Beschränkung ist dabei gängig. So nimmt § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 Buchstabe a UIG aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen „die obersten Bundesbehörden, soweit und solange sie im Rahmen der Gesetzgebung tätig werden“ aus. Durch die Formulierung „soweit“ wird ein funktional-inhaltlicher Zusammenhang zwischen der gesetzgeberischen Tätigkeit und den in Rede stehenden Informationen gefordert,

VG Berlin, Urteil vom 19.12.2017 – 2 K 236.16 –, juris Rn. 39, mit Verweis auf BT-Drucksache 18/1585, S. 8.

Demgegenüber kennzeichnet „solange“ die zeitliche Dimension und fragt, ob sich die Informationsanfrage auf ein noch andauerndes oder auf ein schon abgeschlossenes Gesetzgebungsverfahren bezieht,

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29.03.2019 – OVG 12 B 13.18 –, juris Rn. 39, ebenfalls mit Verweis auf BT-Drucksache 18/1585, S. 8 (Berufungsurteil zur vorgenannten Entscheidung des VG Berlin; in der Nichtzulassungsbeschwerde bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 22.04.2020 – 10 B 18.19 –, juris).

Auch in anderen Bereichen ist diese Unterscheidung geläufig. Als Beispiel nehme man das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 (BGBl. I S. 2397), durch das das Infektionsschutzgesetz geändert wurde. In den geänderten Paragraphen des Infektionsschutzgesetzes wird unterschieden zwischen

- nur zeitlich beschränkten „Solange“-Regelungen (etwa § 5 Abs. 1 Satz 5 IfSG: „Solange eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt ist, unterrichtet die Bundesregierung den Deutschen Bundestag ...“),
- nur sachlich beschränkten „Soweit“-Regelungen (etwa § 28a Abs. 4 Satz 4 IfSG: „Die zuständigen Stellen ... sind berechtigt, die erhobenen Daten anzufordern, soweit dies zur Kontaktnachverfolgung ... erforderlich ist.“),

- sachlich und zeitlich beschränkten „Soweit-und-solange“-Regelungen (etwa § 28 Abs. 7 IfSG: „Nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag ... festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können die Absätze 1 bis 6 auch angewendet werden, soweit und solange sich die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nur in einzelnen Ländern ausbreitet ...“).

Auch vor diesem Hintergrund spricht bereits die Wortlaut-Auslegung von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH dafür, dass der Soweit-Satz ausnahmslos eine Beschreibung von Sachmaterien, aber keine zeitlichen Einschränkungen enthält.

Eine zeitliche Einschränkung etwa dahin, dass der Landtag für abgeschlossene Gesetzgebungsvorhaben oder allgemein nach dem Ende der Wahlperiode für Vorgänge aus früheren Wahlperioden informationspflichtig wäre, enthält der Wortlaut von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH nicht. Er ließe auch in keiner Weise erkennen, ab welchem Zeitpunkt ein Anspruch auf Zugang zu Informationen aus dem Bereich der Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben bestehen sollte, wann also – mit den Worten des Obergerverwaltungsgerichts (S. 19) – die nicht informationspflichtige Tätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes durch Zeitablauf informationspflichtig würde. Erst recht lässt sich dem Wortlaut des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH nicht entnehmen, dass eine solche zeitliche Beschränkung durch eine Interessenabwägung im Einzelfall zu ermitteln wäre, die möglicherweise hinsichtlich der Herausgabe einer Liste mit den Titeln und Auftraggebern der vom Wissenschaftlichen Dienst erstellten Gutachten anders zu ziehen wäre als hinsichtlich der erstellten Gutachten selbst. Die Ausnahmeklausel ist vielmehr umfassend.

Eine zeitliche Beschränkung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH auf die laufende Wahlperiode lässt sich überdies nicht, wie vom Obergerverwaltungsgericht in seiner Hinweisverfügung vom 01.07.2020 erwogen, daraus ableiten, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH das Verb „wahrnehmen“ im Präsens verwendet und nicht zugleich zusätzlich in der Vergangenheitsform. Denn das Präsens ist eine so genannte „unmarkierte Tempuskategorie“: Während beispielsweise das Präteritum stets anzeigt, dass das Dargestellte vergangen ist, signalisiert das Präsens nicht, ob das Dargestellte vergangen ist oder nicht. Die temporale Deutung des Präsens hängt also vom Kontext ab. Das Präsens kann als aktuelles Präsens eine Handlung bezeichnen, die zum Sprechzeitpunkt gerade vollzogen wird. Es kann aber auch zur Bezeichnung eines zukünftigen oder sogar eines

vergangenen Geschehens verwendet werden, außerdem dazu, zeitlose Ereignisse darzustellen oder allgemeine Fähigkeiten und Gewohnheiten auszudrücken,

Hentschel/Weydt, Handbuch der deutschen Grammatik, 4. Auflage 2013, S. 86; Darski, Deutsche Grammatik. Ein völlig neuer Ansatz, 2010, S. 359.

Zahllose Rechtsvorschriften sind in dieser zeitlosen Variante des Präsens verfasst, etwa Straftatbestände, obwohl die Bestrafung ja erst erfolgt, nachdem jemand die Straftat verübt hat. In diesem zeitlosen Sinne verwendet auch § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH das Präsens für das Verb „wahrnehmen“. Dies erfasst auch Sachverhalte, die in der Vergangenheit liegen, aber zur parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zählen. Dies entspricht dem Charakter des Verbs „Aufgaben wahrnehmen“. Die Aufgabenwahrnehmung durch den Landtag ist ein Dauerzustand. Der Landtag hat dauerhaft die Gesetze des Landes Schleswig-Holstein zu beraten und zu beschließen oder sich sonst als oberstes Organ der politischen Willensbildung in Schleswig-Holstein zu betätigen. Entsprechend formuliert auch Art. 16 Abs. 1 LV im Präsens: Der Landtag „übt die gesetzgebende Gewalt aus und kontrolliert die vollziehende Gewalt. Er behandelt öffentliche Angelegenheiten“. Die Landesverfassung beschreibt damit parlamentarische Daueraufgaben des Parlaments. Auf diesen Dauerzustand stellt die Formulierung „soweit er parlamentarische Aufgaben wahrnimmt“ in § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH ab. Die Vorschrift hat nicht eine aktuell stattfindende Tätigkeit (etwa die Durchführung einer konkreten Plenartagung) vor Augen, sondern es geht um die allgemeine, abstrakte Abgrenzung zwischen der informationspflichtigen Ausübung öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit auf der einen Seite und der nicht informationspflichtigen Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben auf der anderen Seite.

Damit spricht bereits der Wortlaut gegen eine zeitliche Beschränkung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH.

(b) Systematik

Gegen eine zeitliche Beschränkung sprechen auch der Vergleich und das Zusammenspiel von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH mit anderen Regelungen innerhalb und außerhalb des Informationszugangsgesetzes. Das Oberverwaltungsgericht stellt für seine Auffassung darauf ab, dass die Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 4 Nr. 1 bis 5 IZG-SH

unterschiedlich formuliert seien. Insbesondere aus der – gegenüber § 2 Abs. 4 Nr. 1, 2, 2a, 4 und 5 IZG-SH abweichenden – Formulierung in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH möchte es die Konjunktion „soweit“ als Ausdruck einer zeitlichen Beschränkung verstehen. Wie gleich zu zeigen sein wird, ist diese Auslegung verfehlt, weil das Oberverwaltungsgericht den Sinn und Zweck und den Regelungszusammenhang des § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH verkennt.

Verfehlt ist schon der Ansatz des Oberverwaltungsgerichts auf Seite 23 f. seines Urteils. Dort macht es eine „Widersprüchlichkeit“ (S. 23) zwischen § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH und § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH aus, weil die Bereichsausnahmen unterschiedlich weit reichen: § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH erstreckt sich auf die gesamte Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben durch den Landtag, § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH hingegen nur auf die Tätigkeit der obersten Landesbehörden im Gesetzgebungsverfahren. Das Oberverwaltungsgericht sieht die Erweiterung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH auf die Wahrnehmung sämtlicher parlamentarischer Aufgaben als systematische Inkohärenz und verlangt sinngemäß, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 IZG-SH „deckungsgleich“ sein müssten. Das Oberverwaltungsgericht verfolgt mit seiner Auslegung offenkundig das Ziel, eine solche Deckungsgleichheit zwischen den Nummern 1 und 2 von § 2 Abs. 4 IZG-SH herzustellen. Dazu möchte es die von ihm so genannte gemeinsame „Qualifikation durch die Konjunktion ‚soweit‘“ (S. 23) fruchtbar machen und § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH in zeitlicher Hinsicht so beschränken, dass der „Überhang“ der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung (Nr. 1) über die Gesetzgebungstätigkeit (Nr. 2) durch Zeitablauf aus der Bereichsausnahme herausgelöscht wird und § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH wieder deckungsgleich sind.

Für dieses Verlangen gibt es jedoch weder einen rechtsnormativen noch sonst einen sachlichen Grund. § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH sind zwei selbständige Bereichsausnahmen, die der Gesetzgeber unabhängig voneinander ausgestalten kann und jedenfalls durch das Gesetz vom 05.05.2017 (GVOB. Schl.-H. S. 279, berichtigt S. 509) auch unabhängig voneinander ausgestaltet hat. Schon mit dem Streben nach Deckungsgleichheit zwischen § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH missachtet das Oberverwaltungsgericht die gesetzgeberische Intention und setzt seine eigenen Vorstellungen von einer Gestaltung der Bereichsausnahmen an die Stelle der Vorstellungen des Gesetzgebers.

Überdies ergibt sich aus der Zusammenschau der sechs Bereichsausnahmetatbestände des § 2 Abs. 4 IZG-SH, dass der Konjunktion „soweit“ keine zeitliche Einschränkung zu entnehmen ist:

Wesentlich für seine Annahme, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH in zeitlicher Hinsicht einschränkend auszulegen sei, stellt das Oberverwaltungsgericht auf unterschiedliche Formulierungen in den § 2 Abs. 4 Nr. 1 bis 5 IZG-SH ab (insbesondere S. 25 f.). Da der Gesetzgeber „zur zeitlichen Dimension der in § 2 Abs. 4 IZG geregelten Bereichsausnahmen keine einheitliche Regelung getroffen“ habe, schließt das Oberverwaltungsgericht, dass der Wortlaut sowohl im Sinne einer zeitlich unbegrenzten Reichweite der Ausnahmen als auch im Sinne einer zeitlichen Begrenzung ausgelegt werden könne. Auch diese Auffassung ist nicht zutreffend.

Im Ausgangspunkt zutreffend ist, dass die einzelnen Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 4 IZG-SH unterschiedlich formuliert sind. Zu den informationspflichtigen Stellen gehören danach nicht:

- Nr. 1: der Landtag, soweit er parlamentarische Aufgaben wahrnimmt,
- Nr. 2: die obersten Landesbehörden, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren tätig werden und es sich dabei nicht um Umweltinformationen handelt,
- Nr. 2a: die obersten Landesbehörden, soweit und solange sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren tätig werden und es sich dabei um Umweltinformationen handelt,
- Nr. 3: die Gerichte, Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbehörden, soweit sie als Organe der Rechtspflege tätig sind oder waren,
- Nr. 4: Landesrechnungshof, soweit er in richterlicher Unabhängigkeit tätig wird und es sich nicht um Umweltinformationen handelt,
- Nr. 5: die Finanzbehörden, sofern Vorgänge der Steuerfestsetzung, Steuererhebung und Steuervollstreckung betroffen sind.

Eine ausdrückliche Einschränkung der zeitlichen Dimension enthält nur Nr. 2a („soweit und solange“), eine ausdrücklich unbeschränkte zeitliche Dimension nur Nr. 3 („tätig sind oder waren“).

Das Oberverwaltungsgericht möchte insbesondere aus der Formulierung in Nr. 3 („tätig sind oder waren“) entnehmen, dass die Konjunktion „soweit“ jedenfalls in der Nr. 3 eine zeitliche Beschränkung enthalte. Denn anderenfalls wäre die ausdrückliche Formulierung „tätig sind oder waren“ unnötig gewesen (S. 25). Daraus schließt das Oberverwaltungsgericht, dass aus der Konjunktion „soweit“ im gesamten § 2 Abs. 4 IZG-SH „keine dauerhafte zeitliche Rückwirkung der Bereichsausnahme abgeleitet werden“ könne (S. 25). Zwar habe der Gesetzgeber für den Zugang zu Umweltinformationen nach Abschluss der Gesetzgebungsverfahren eine Informationspflicht ausdrücklich dadurch geregelt, dass in § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH die Formulierung „soweit und solange“ gewählt worden sei, und zwar im ausdrücklichen Unterschied zur „Soweit“-Formulierung in § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH. All das zeige jedoch nur, dass „das gleiche Wort“ – gemeint ist: „soweit“ – „mit Blick auf die Systematik der Bereichsausnahmen folglich in seiner zeitlichen Dimension in widersprüchlicher Art und Weise benutzt“ werde.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass das Oberverwaltungsgericht die Systematik nur punktuell erfasst hat und zur Begründung seiner Auffassung von einer widersprüchlichen Verwendung von „soweit“ wesentliche andere Unterschiede der Formulierungen der § 2 Abs. 4 Nr. 1 bis 5 IZG-SH ausblendet. Bei unvoreingenommener Betrachtung ergibt sich nämlich, dass „soweit“ nicht unterschiedlich und widersprüchlich verwendet wird.

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten: Alle Tatbestände des § 2 Abs. 4 IZG-SH nehmen auf bestimmte öffentliche Stellen Bezug, die für bestimmte Sachbereiche nicht zu den informationspflichtigen Stellen gehören. Diese Sachbereiche werden mit einem Halbsatz beschrieben, der jeweils mit „soweit“ (in Nr. 5 gleichbedeutend: „sofern“) eingeleitet wird.

Als zweites stellt sich die Frage, ob „soweit“ neben der sachlichen auch eine zeitliche Dimension hat, also möglicherweise zeitlich begrenzt ist. Abgesehen davon, dass schon nach dem gängigen juristischen Sprachgebrauch in Gesetzeswerken „soweit“ üblicherweise nicht zeitlich, sondern nur sachlich einschränkend verwendet wird,

siehe nochmals Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage 2008, Rn. 89,

lässt sich diese Frage auch systematisch rasch verneinen. Denn die zeitliche Begrenzung wird in § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH durch die Doppelkonjunktion „soweit und solange“ zum Ausdruck gebracht. Damit unterscheidet sich § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH von allen anderen Tatbeständen des § 2 Abs. 4 IZG-SH. Der Unterschied kommt vor allem zur ansonsten fast wortgleichen § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH zum Vorschein. Das „solange“ soll eine zeitliche Beschränkung ausdrücken, die durch das „soweit“ in der Nr. 2 nicht gegeben ist. Aufgrund der fehlenden zeitlichen Beschränkung in § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH genügt das Informationszugangsgesetz nicht den Vorgaben der EU-Umweltinformationsrichtlinie (Richtlinie 2003/4/EG vom 28.01.2003, ABl. L 41 vom 14.02.2003, S. 26): Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit, „Gremien oder Einrichtungen“, soweit sie in „gesetzgebender Eigenschaft handeln“, von der Pflicht auszunehmen, Zugang zu Umweltinformationen zu verschaffen. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs gilt das allerdings nicht über den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens hinaus,

EuGH, Urteil vom 14.02.2012 – C-204/09 –, Rn. 56,

und außerdem nur für förmliche Gesetzgebungsverfahren, nicht für den Erlass von Verordnungen. Daher wurde der § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH a.F. aufgeteilt: § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH n.F. nimmt oberste Landesbehörden weiterhin aus dem Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes aus, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren oder beim Erlass von Rechtsverordnungen tätig werden. Sein sachlicher Anwendungsbereich ist allerdings beschränkt auf Informationen, die keine Umweltinformationen sind. Für Umweltinformationen gilt nunmehr § 2 Abs. 2 Nr. 2a IZG-SH: Hier sind oberste Landesbehörden ebenfalls aus dem Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes ausgenommen, allerdings sachlich („soweit“) nur noch bezogen auf Gesetzgebungsverfahren und auch zeitlich („solange“) nur für die Dauer des jeweiligen Gesetzgebungsverfahrens. Die zeitliche Begrenzung verankerte der Gesetzgeber bewusst und ausdrücklich durch das „solange“ im Gesetz. Zugleich behielt das „soweit“ eine klare Kontur als rein inhaltliche Abgrenzung,

LT-Drucksache 18/4409, S. 11; ebenso für die entsprechende Änderung im Bundesrecht BT-Drucksache 18/1585, S. 8.

Als drittes stellt sich die Frage, ob „soweit“ nicht doch eine zeitlich beschränkende Dimension hat, weil in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH die unbeschränkte zeitliche Dimension durch ein Nebeneinander von Präsens und Präteritum („sind oder waren“) zum Ausdruck kommt. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, dass sich die Nr. 3 nicht nur durch das Nebeneinander von Präsens und Präteritum von den übrigen Tatbeständen des § 2 Abs. 4 IZG-SH unterscheidet, sondern auch hinsichtlich des verwendeten Verbs: § 2 Abs. 4 Nr. 2, 2a, 4 und 5 IZG-SH verwenden „tätig werden“, wohingegen es in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH „tätig sein“ heißt. Während „tätig werden“ – wie „Aufgaben wahrnehmen“ – auf einen Dauerzustand abstellt, betont „tätig sein“ eine aktuelle Tätigkeit.

Zudem hat die heutige Fassung von § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH einen speziellen gesetzgeberischen Hintergrund. Begehrt ein Verfahrensbeteiligter nach dem rechtskräftigen Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens Einsicht in die Verfahrensakte, ist für die Entscheidung über das Akteneinsichtsgesuch nicht der Spruchkörper des früheren Verfahrens zuständig, sondern über das Akteneinsichtsgesuch hat wie über das eines verfahrensunbeteiligten Dritten der Vorstand des Gerichts zu entscheiden (§ 299 Abs. 2 ZPO),

BFH, Beschluss vom 20.10.2005 – VII B 207/05 –, BStBl. II 2006, 41.

Die Entscheidung nach § 299 Abs. 2 ZPO obliegt dem Gerichtspräsidenten und ergeht – auch wenn sie auf einen anderen Richter übertragen wird – „im Verwaltungswege“, also als Justizverwaltungsakt, und unterliegt der Überprüfung im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG,

Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, § 299 Rn. 6.

Aus dem Umstand, dass ein Gericht die Entscheidung über ein Akteneinsichtsgesuch nach dem Abschluss des Gerichtsverfahrens nicht in richterlicher Unabhängigkeit trifft, sondern als Justizverwaltungsbehörde, wird teilweise abgeleitet, dass Akteneinsichtsgesuche nach Verfahrensabschluss nicht mehr zur rechtsprechenden Gewalt gehören. § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH a.F. nahm die Gerichte von der Informationspflicht aus, „soweit

sie als Organe der Rechtspflege tätig werden“, also für den Bereich der rechtsprechenden Gewalt. Daraus entstand die Frage, ob ein auf das IZG-SH gestütztes Akteneinsichtsgesuch nach dem Abschluss des gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Verfahrens noch mit Verweis auf § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH a.F. abgelehnt werden konnte. Da der Gesetzgeber die Akten abgeschlossener gerichtlicher Verfahren und Ermittlungsverfahren nicht dem Informationszugangsanspruch nach dem IZG-SH unterwerfen wollte, änderte er § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH so, dass diese Akten auch unter Zugrundelegung der dargestellten Auffassung nach dem Abschluss des gerichtlichen oder Ermittlungsverfahren der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH unterfallen.

Dies gilt jedoch für die anderen Tatbestände des § 2 Abs. 4 IZG-SH nicht. Während es nach § 299 Abs. 2 ZPO vertretbar ist, anzunehmen, dass aus Rechtsprechungsvorgängen Verwaltungsakten werden, gibt es im Fachrecht der übrigen Tatbestände des § 2 Abs. 4 IZG-SH keine Regelungen, wonach aus der Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben (Nr. 1), Gesetzgebungsverfahren (Nr. 2 und 2a), in richterlicher Unabhängigkeit getätigten Verfahren des Landesrechnungshofs (Nr. 4) oder Steuerverfahren (Nr. 5) „einfache behördliche Verwaltungsvorgänge“ werden, die keiner der Bereichsausnahmen unterliegen. Die Informationen aus diesen Bereichen behalten nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht – für § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH die Landesverfassung, die Geschäftsordnung des Landtags, das Fraktionsgesetz, das Untersuchungsausschussgesetz und andere parlamentsrechtliche Vorschriften; für § 2 Abs. 4 Nr. 5 IZG-SH insbesondere die Abgabenordnung – auch nach dem Abschluss einzelner Verfahren und Vorgänge ihren Status als Informationen aus den genannten Bereichen. Sie verlassen ihren Bereich nicht allein durch Zeitablauf. Daher behalten hier die auf die funktionelle Abgrenzung der jeweiligen Staatstätigkeit bezogenen Verben „tätig werden“ bzw. „Aufgaben wahrnehmen“ auch nach dem Abschluss der jeweiligen Verfahren ihre Bedeutung.

Diesen Hintergrund der besonderen Formulierungen § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH missachtet das Oberverwaltungsgericht. Erkennt man ihn, zeigt sich zugleich, dass die Konjunktion „soweit“ in § 2 Abs. 4 IZG-SH einheitlich verwendet wird und keine zeitliche Einschränkung zum Ausdruck bringt.

Im Übrigen geht auch der Gesetzgeber nicht davon aus, dass das Wort „soweit“ in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH eine zeitliche Einschränkung enthält. Vielmehr wollte der

Gesetzgeber durch die Verwendung von Präsens und Präteritum in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH eine „Anpassung“ an die übrigen Tatbestände des § 2 Abs. 4 IZG-SH vornehmen,

LT-Drucksache 18/4409, S. 11,

was nichts anderes bedeutet, als dass auch die anderen Tatbestände zeitlich unbeschränkt wirken sollen. Dies gilt auch und insbesondere für § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH.

§ 2 Abs. 4 IZG-SH liegt also eine eindeutige gesetzgeberische Systematik zugrunde: Es handelt sich um Bereichsausnahmen für besondere Zweige der Staatstätigkeit, die sich von der allgemeinen Landes- oder Kommunalverwaltung abheben. Diese Bereiche werden umfassend aus dem Anwendungsbereich des Informationszugangsanspruchs nach dem Informationszugangsgesetz herausgenommen. Eine zeitliche Begrenzung besteht nur, wo sie europarechtlich geboten ist (§ 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH). Im Übrigen erfasst die Bereichsausnahme auch vergangene Vorgänge aus den in § 2 Abs. 4 IZG-SH genannten Sachbereichen.

Die Gesetzessystematik ist daher kein Einfallstor dafür, der Konjunktion „soweit“ eine Beschränkung in zeitlicher Hinsicht zu entnehmen.

(c) Gesetzgebungsgeschichte

Selbst das Oberverwaltungsgericht räumt ein, dass die Gesetzgebungsgeschichte des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH eindeutig gegen die von ihm favorisierte zeitliche Beschränkung spricht (S. 24; dazu (aa)). Es hält die Aspekte der Gesetzgebungsgeschichte jedoch für unbeachtlich, da „die Rechtsprechung an das Gesetz, nicht an den Gesetzgeber gebunden“ sei und daher „keine ausschlaggebende Bedeutung für die Auslegung der Gesetze“ habe (S. 24). Diese auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug nehmende Aussage ist im vorliegenden Kontext jedoch verfehlt. Das Oberverwaltungsgericht verkennt die Bedeutung der Gesetzgebungsgeschichte, was wiederum mitentscheidend dafür ist, dass es die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschreitet und eine vom Gesetzgeber gewollte Regelung ins Gegenteil verkehrt (dazu (bb)).

(aa) Zur Entstehung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH heutiger Fassung

§ 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH erhielt, wie bereits erwähnt, seine heutige Fassung durch das Gesetz zur Änderung des Informationszugangsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein vom 05.05.2017 (GVOBl. Schl.-H. S. 279, berichtigt S. 509). Das Gesetzgebungsverfahren wurde durch einen Gesetzentwurf der damaligen Koalitionsfraktionen (SPD, Grüne und SSW) vom 06.07.2016,

LT-Drucksache 18/4409,

eingeleitet, der aber die Änderung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH nicht vorsah. Noch vor der ersten Lesung dieses Gesetzentwurfs reichten CDU, SPD, FDP, Bündnis 90/Die Grünen und SSW am 12.07.2016 einen Änderungsantrag ein,

LT-Drucksache 18/4465,

der die später Gesetz gewordene heutige Fassung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH vorschlug. Der Landtag beriet den ursprünglichen Gesetzentwurf und den Änderungsantrag gemeinsam am 21.07.2016 in erster Lesung,

Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 18/124, S. 10442 ff.,

und anschließend im Innen- und Rechtsausschuss. Der Innen- und Rechtsausschuss empfahl dem Landtag die Annahme des Gesetzentwurfs mit dem Änderungsantrag, der dabei unverändert übernommen wurde,

LT-Drucksache 18/5325.

Der vom Innen- und Rechtsausschuss zur Annahme empfohlene Gesetzentwurf wurde zusammen mit anderen Vorlagen Teil einer so genannten Sammeldrucksache,

LT-Drucksache 18/5354.

Die Beschlussfassung in zweiter Lesung fand am 24.03.2017 statt,

Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 18/145, S. 12296.

Mit der Änderung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH sollte zum einen deutlich gemacht werden, dass der Landtag nicht nur in Bezug auf seine gesetzgeberische Tätigkeit, sondern hinsichtlich aller parlamentarischen Aufgaben keine informationspflichtige Stelle ist. Die parlamentarischen Aufgaben umfassen über die Gesetzgebung hinaus „Kontrolle der Landesregierung, Wahl der Ministerpräsidentin oder des Ministerpräsidenten, Behandlung öffentlicher Angelegenheiten, Behandlung von Petitionen und Immunitätsangelegenheiten, Wahlprüfung sowie Dienstleistungen zur inhaltlichen Unterstützung der Fraktionsarbeit“,

LT-Drucksache 18/4465, S. 2.

Es ging dem Landtag also darum, den Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes eindeutig nicht erst an der Trennlinie zwischen der Gesetzgebungsfunktion und den anderen Funktionen des Landtags zu ziehen, sondern entlang der Grenze zwischen den Staatsfunktionen Parlament und Verwaltung, wie sie durch Art. 2 LV sowie Art. 16 Abs. 1 LV und Art. 52 LV beschrieben ist. Durch den neuen zweiten Halbsatz wurde die gutachterliche oder rechtsberatende Tätigkeit von Beschäftigten des Landtags im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zugeordnet und damit vom Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes eindeutig ausgenommen. Ohne dass dies ausdrücklich im Gesetzentwurf erwähnt wurde, reagierte der fraktionsübergreifende Änderungsantrag auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Informationspflicht des Bundestages für Gutachten seiner Wissenschaftlichen Dienste,

BVerwG, Urteil vom 25.06.2015 – 7 C 1.14 –, BVerwGE 152. 241 ff.,

und auch auf die inzwischen beim Landtag eingegangenen Informationszugangsbegehren, unter anderem den verfahrensgegenständlichen Antrag des Klägers vom 22.02.2016. Indem sie die Gutachtentätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausnahmen, wollten die antragstellenden Fraktionen vermeiden, dass infolge eines IZG-Antrags Auftraggeber, Fragestellung und Inhalt eines Gutachtens bekanntwürden, woraus Erkenntnisse zu internen Überlegungen, Planungen und Strategien einzelner Fraktionen oder der parlamentarischen Opposition (Art. 18 LV) gewonnen werden könnten,

LT-Drucksache 18/4465, S. 2.

Die Begründung des Gesetzentwurfs lässt an keiner Stelle erkennen, dass die Herausnahme des Landtags im Allgemeinen oder hinsichtlich seines Wissenschaftlichen Dienstes im Besonderen aus dem Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes zeitlich begrenzt sein sollte.

Im Gegenteil betonten die Vertreter der antragstellenden Fraktionen in der Plenarsitzung vom 21.07.2016, dass die Ausnahme umfassend greifen sollte. Weil Antworten des Wissenschaftlichen Dienstes auf Anfragen von Fraktionen einen erheblichen Einblick in die jeweiligen Ziele, Planungen und Überlegungen der Fraktionen geben könnten, gehörten sie „nicht im Sinne von Transparenz wie fertige Daten der öffentlichen Hand auf den Markt“.

Abg. Dr. Axel Bernstein (CDU), Plenarprotokoll 18/124, S. 10444.

Das spricht gegen eine zeitliche Begrenzung der Informationszugangssperre. Noch deutlicher wurde der Vertreter des SSW: Fraktionen müsse es gestattet sein, „über den Zeitpunkt der Veröffentlichung frei zu entscheiden“.

Abg. Lars Harms (SSW), Plenarprotokoll 18/124, S. 10448.

Der freien Entscheidung der Fraktionen über den Zeitpunkt einer Veröffentlichung ihrer Gutachtaufträge stünde eine Veröffentlichungspflicht etwa nach Abschluss der Wahlperiode entgegen. Drastisch formulierte es der FDP-Abgeordnete Dr. Garg, der den Fraktionen durch die im Änderungsantrag vorgeschlagene Regelung die Möglichkeit gegeben sah, politische Ideen, die sich als „Quatsch“ entpuppten, „im Reißwolf verschwinden zu lassen“.

Abg. Dr. Garg (FDP), Plenarprotokoll 18/124, S. 10449.

Der Abgeordnete der Grünen, Peters, pflichtete ihm bei: Die nachträgliche Veröffentlichung von Gutachten, die eine Fraktion in Auftrag gegeben habe, könnte einen „Krach um nichts“ vom Zaun brechen, der nichts zu politischen Lösungen beitrage.

Abg. Peters (Bündnis 90/Die Grünen), Plenarprotokoll 18/124, S. 10452, mit
Zwischenfrage Abg. Dr. Garg (FDP).

Den Befürwortern des Änderungsantrags in der Landtagsdrucksache 18/4465 kam es also darauf an, Informationen aus dem Bereich der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung des Landtags im Allgemeinen und über die gutachterliche Tätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes im Besonderen dauerhaft und nicht nur für die Dauer eines laufenden Gesetzgebungsverfahrens oder für die Dauer der Wahlperiode von der Informationspflicht auszunehmen.

Dass die neue Fassung von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH zur parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zählende Informationen dauerhaft von der Informationspflicht ausnimmt, war nicht nur die Vorstellung ihrer Verfechter. Auch die inner- und außerparlamentarischen Kritiker der Regelung sahen ausweislich ihrer Äußerungen während des Gesetzgebungsverfahrens in der Regelung keine zeitlich begrenzte Bestimmung, obwohl gleichzeitig die heutige Fassung des § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH beraten und beschlossen wurde. Bereits am 20.07.2016 – also am Tag vor der ersten Lesung im Landtag – veröffentlichte der Piraten-Abgeordnete Uli König eine Pressemitteilung. Darin ging er auch auf das Informationszugangsbegehren und die inzwischen eingereichte Klage des Klägers ein und kritisierte die anderen Fraktionen dafür, dass sie Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes

„dauerhaft geheim halten“,

„Transparenznovelle: Transparenz ja, aber nicht im Landtag?“,
<http://www.ltsh.de/pressticker/2016-07/20/12-56-46-5dce/PI-V49Y7I3O-piraten.pdf>,

wollten. Mit denselben Worten wandte sich tags darauf Königs Fraktionskollege Torge Schmidt in einer Pressemitteilung gegen die Neufassung von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH,

Torge Schmidt zu Top 18: „Informationszugangsgesetz verdient seinen Namen nicht“, http://www.ltsh.de/pressticker/2016-07/21/17-09-59-523e/PI-V5DIx1I_-piraten.pdf.

In der Plenardebatte sprach Schmidt davon, der Änderungsantrag wolle „den Wissenschaftlichen Dienst komplett von der Transparenz ausschließen“,

Abg. Schmidt (Piraten), Plenarprotokoll 18/124, S. 10449.

Auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens waren die Vertreter der Piratenfraktion mit denen der anderen Fraktionen darüber einig, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH in der Fassung des Änderungsantrags auf Landtagsdrucksache 18/4465 die Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes dauerhaft dem Zugriff via Informationszugangsgesetz entzieht. Der Vorsitzende der Piratenfraktion erklärte im März 2017, dass durch das Änderungsgesetz „Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes ... der Öffentlichkeit vorenthalten werden“ sollten,

vgl. Pressemitteilung Dr. Patrick Breyer: „Schleswig-Holstein zerschlägt Bürgerrecht auf Informationszugang“, <http://www.ltsh.de/pressticker/2017-03/07/13-47-33-52d5/PI-WL6r5VLV-piraten.pdf>,

und in der abschließenden Beratung des Innen- und Rechtsausschusses beklagte er ausweislich der Sitzungsniederschrift, dass durch die Gesetzesänderungen

„der Zugriff auf Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages verwehrt und der Zugriff auf Justizinformationen verschärft, indem er selbst nach Verfahrensabschluss verwehrt würde“,

Ausschussprotokoll Innen- und Rechtsausschuss Nr. 18/158 vom 08.03.2017, S. 29 (die Aussage zur Verschärfung des Zugriffs auf Justizinformationen bezieht sich auf die Änderung von § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH).

Den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH zeitlich zu begrenzen, war Thema in der öffentlichen Anhörung, die der Innen- und Rechtsausschuss am 21.12.2016 durchführte. Der Leiter des für das Informationszugangsgesetz zuständigen Referats beim Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz, Herr Dr. Polenz, regte eine „Karenzregelung“ an, nach deren Ablauf insbesondere Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes dem Informationszugang unterliegen sollten,

Ausschussprotokoll Innen- und Rechtsausschuss Nr. 18/151 vom
21.12.2016, S. 15.

Nachdem der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz, Prof. Dr. Caspar, diese Idee begrüßt hatte,

Ausschussprotokoll Innen- und Rechtsausschuss Nr. 18/151 vom
21.12.2016, S. 16,

entspann sich im Ausschuss eine längere Diskussion über die Einführung einer solchen zeitlichen Regelung, und zwar sowohl darüber, ob sie überhaupt zu schaffen sei, als auch darüber, „welcher konkrete Zeitraum für eine Karenzzeit für die Veröffentlichung der Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vorgeschlagen werde“,

Ausschussprotokoll Innen- und Rechtsausschuss Nr. 18/151 vom
21.12.2016, S. 16,

wobei Herr Prof. Dr. Caspar darauf verwies, dass die Entscheidung über die Länge der Karenzzeit dem Gesetzgeber obliege,

Ausschussprotokoll Innen- und Rechtsausschuss Nr. 18/151 vom
21.12.2016, S. 17.

Mit anderen Worten: Falls der Gesetzgeber den Zugang zu Informationen des Wissenschaftlichen Dienstes im Informationszugangsgesetz nur zeitlich befristet sperren sollte, hätte er zwingend eine solche Regelung schaffen müssen, die weder im seinerzeit geltenden Gesetz noch im Gesetzentwurf enthalten war.

Alle Beteiligten des Gesetzgebungsverfahrens gingen also davon aus, dass der ihnen vorliegende Gesetzentwurf den Zugang zu Informationen über die parlamentarische Aufgabenwahrnehmung dauerhaft ausschließt und eine mögliche zeitliche Begrenzung erst hätte geschaffen werden müssen.

Genau das ist aber nicht geschehen. Der Landtag griff keinen dieser Vorschläge auf, sondern beschloss den Änderungsantrag (LT-Drucksache 18/4465) unverändert als Gesetz. Die Auffassung des Obergerichtes, wonach „dem Schweigen des

Gesetzgebers zu einer Karenzzeit ... nicht die Bedeutung beigemessen werden“ könne, dass jede Form von Karenzzeit ausgeschlossen werden sollte“ (S. 24), ist nicht haltbar. Dass der Gesetzgeber trotz umfassender Diskussion keinen der Vorschläge, eine ergänzende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, die eine solche Karenzzeit geregelt hätte, aufgegriffen hat, kann nicht als indifferentes Schweigen gewertet werden. Es würde die Anforderungen an ein Zum-Ausdruck-Bringen des gesetzgeberischen Willens überspannen, wenn man ihm auferlegen wollte, seine Ablehnung von Vorschlägen, denen er nicht folgen möchte, dadurch zu dokumentieren, dass er in das Gesetz ausdrücklich eine Regelung aufnimmt, dass bestimmten Vorschlägen nicht gefolgt wurde.

Auch an dieser Stelle ist der Hinweis des Oberverwaltungsgerichts, dass der Gesetzgeber in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH eine ausdrückliche Regelung auch für die Vergangenheit getroffen habe (S. 25), verfehlt. Wie bereits im Rahmen der Systematik dargestellt wurde, hielt der Gesetzgeber den bisherigen § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH wegen § 299 Abs. 2 ZPO nicht für ausreichend, um Akten der Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden dauerhaft gegen Ansprüche nach dem Informationszugangsgesetz zu schützen. Hier musste für einen dauerhaften Schutz der Gesetzgeber gesondert tätig werden. Hinsichtlich der Vorgänge des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages galt jedoch genau das Gegenteil: Es wurde allseitig davon ausgegangen, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH in der heutigen Fassung einen Informationszugang dauerhaft ausschließt. Der Gesetzgeber hätte tätig werden müssen, um eine zeitliche Beschränkung einzuführen. Zudem beschloss der Schleswig-Holsteinische Landtag das Gesetz zur Änderung des Informationszugangsgesetzes am 24.03.2017, wenige Wochen vor der Landtagswahl und also kurz vor Ende der Wahlperiode. Es ist lebensfremd anzunehmen, dass der Landtag zu diesem Zeitpunkt ein Gesetz beschließen wollte, das gerade bezogen auf die damals ablaufende Wahlperiode hinsichtlich der bereits erhobenen Informationszugangsbefehle nur noch kurze Zeit Wirkung entfaltet hätte.

Der gesetzgeberische Wille ist also eindeutig: Die der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung zuzurechnenden Akten sollten dauerhaft Ansprüchen nach dem Informationszugangsgesetz entzogen sein. Zur parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung gehört auch die Tätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes. Jeglichen Vorstellungen, eine zeitliche Beschränkung der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH zu regeln, widersetzte der Gesetzgeber sich.

(bb) Zur Beachtlichkeit der Gesetzgebungsgeschichte

Der in der Gesetzgebungsgeschichte zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers ist entgegen der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts auch beachtlich.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet sich zwar wiederholt der Satz, dass die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift für deren Auslegung in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme. Die Gesetzgebungsgeschichte ist aber alles andere als bedeutungslos.

Von untergeordneter Bedeutung ist die Gesetzgebungsgeschichte, wenn sich der Gesetzgeber mit einer bestimmten Fragestellung überhaupt nicht befasst, sondern die Fragestellung erst später bei der Anwendung der Vorschriften aufgetreten ist, denn aus einer Nicht-Befassung kann kein konkreter Inhalt der in Rede stehenden Vorschriften abgeleitet werden.

BVerfG, Urteil vom 10.05.1957 – 1 BvR 550/52 –, BVerfGE 6, 389, 431,

Ebenfalls nicht ausschlaggebend ist die Gesetzgebungsgeschichte, wenn die jetzt aufgetretene Frage im Gesetzgebungsverfahren nur am Rande eine völlig untergeordnete Rolle spielte und die geäußerte Auffassung des Verfassungsorgans unklar ist,

BVerfG, Beschluss vom 10.02.1976 – 2 BvG 1/74 –, BVerfGE 41, 291, 309
(zum Sachverhalt S. 301),

oder wenn es sich um die Auffassung eines Einzelnen handelte,

BVerfG, Beschluss vom 17.01.1957 – 1 BvL 4/54 –, BVerfGE 6, 55, 75.

Aber: Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung Bedeutung zu, wenn sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt. Sie kann bei widerstreitenden Auslegungsergebnissen für die eine oder andere Seite streiten,

BVerfG, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52 –, BVerfGE 1, 299, 312; Beschluss vom 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 u.a. –, BVerfGE 59, 128, 153; Urteil

vom 09.07.2007 – 2 BvF 1/04 –, BVerfGE 119, 96, 179; BVerwG, Urteil vom 29.10.1992 – 2 C 24.90 –, BVerwGE 91, 130, 133.

Die Gesetzgebungsmaterialien dürfen zwar nicht dazu verleiten, die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen,

BVerfG, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59 und 11/60 –, BVerfGE 11, 126, 130; Urteil vom 16.02.1983 – 2 BvE 1-4/83 –, BVerfGE 62, 1, 45; Urteil vom 09.07.2007 – 2 BvF 1/04 –, BVerfGE 119, 96, 179.

Mit anderen Worten kann die Entstehungsgeschichte nicht das Auslegungsergebnis „drehen“, das nach den übrigen Auslegungsmethoden gefunden worden ist,

BVerfG, Beschluss vom 29.01.1974 – 2 BvN 1/69 –, BVerfGE 36, 342, 367,

und es kann nicht allein aufgrund der Gesetzgebungsmaterialien etwas in die Vorschrift hineingelesen werden, was dort nach dem Wortlaut, der Systematik oder dem Sinn und Zweck nicht zu finden ist. Hat jedoch der Wille des Gesetzgebers Niederschlag im Gesetzestext gefunden, kann dieser Wille nicht als unbeachtlich abgetan werden. Dies widerspricht nicht zuletzt den Vorgaben für eine verfassungskonforme Auslegung: Danach muss nämlich der vom Gesetzgeber beigegebene Sinn und Zweck der Vorschrift beachtet werden, und es darf nicht das Gericht dem Gesetzgeber eine Vorschrift präsentieren, die er so nie erlassen wollte,

siehe nochmals BVerfG, Beschluss des Plenums des Bundesverfassungsgerichts vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79 –, BVerfGE 54, 277, 299; Beschluss vom 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –, BVerfGE 119, 247, 278.

Namentlich für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt den Gesetzesmaterialien eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu,

BVerfG, Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10 u.a. –, BVerfGE 133, 168, 205 (Rn. 66); Beschluss vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 –, BVerfGE 149, 126, 155 (Rn. 74), mit weiteren Nachweisen.

Dies gilt insbesondere für die Begründung eines Gesetzentwurfs, der unverändert verabschiedet worden ist,

BVerfG, Beschluss vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 –, BVerfGE 149, 126, 155 (Rn. 74).

Der subjektive Wille des Gesetzgebers hat hier deutlichen Niederschlag im Gesetz gefunden: Eine von vielen angeregte Karenzzeit nach dem Ende einer Wahlperiode hat der Gesetzgeber gerade nicht geregelt, sondern § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH ohne einen Anhaltspunkt für eine zeitliche Begrenzung erlassen. Mit „soweit“ normiert der Gesetzgeber in § 2 Abs. 4 IZG-SH keine zeitlichen Beschränkungen, sondern inhaltliche, wie § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH auch in Abgrenzung zu § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH zeigt; es war auch der ausdrückliche Wille, zeitliche Beschränkungen nur durch „solange“ und nicht durch „soweit“ auszudrücken,

nochmals LT-Drucksache 18/4409, S. 11.

Der scheinbare Widerspruch in der Formulierung des § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH klärt sich mit Blick gerade auf die Gesetzgebungsmaterialien zu dieser Regelung auf, weil hier eine besondere Situation in Rede stand. Die Gesetzgebungsgeschichte deckt also den Befund aus der Wortlaut- und aus der systematischen Interpretation der Vorschrift.

(cc) Ergebnis zu (c)

Die Gesetzgebungsgeschichte unterstützt die Wortlaut- und die systematische Auslegung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH dahin, dass die Regelung nicht zeitlich beschränkt zu verstehen ist. Sie bekräftigt, dass „soweit“ keine Beschränkung in zeitlicher, sondern nur in sachlich-inhaltlicher Dimension enthält. Eine zeitliche Begrenzung war eindeutig nicht gewollt.

(d) Sinn und Zweck

Schließlich spricht auch der Sinn und Zweck der Regelung gegen eine zeitliche Beschränkung und dafür, dass der Landtag nicht nur für die Dauer laufender parlamentarischer Vorgänge, sondern auch für die in der Vergangenheit liegende parlamentarische Aufgabenwahrnehmung keine informationspflichtige Stelle ist.

Sinn und Zweck des § 2 Abs. 4 IZG-SH ist es in erster Linie, bestimmte Staatsfunktionen aus dem Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes herauszunehmen, die nicht klassische Behörden im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH in Verbindung mit § 3 Abs. 2 LVwG sind. Ausgenommen sind daher bestimmte Stellen aufgrund ihrer Funktionen im Staatsgefüge, nämlich als gesetzgebende und als rechtsprechende Gewalt,

LT-Drucksache 14/2374, S. 13 (zum damaligen § 3 IFG-SH),

bzw. der Landtag „als Legislativorgan“,

LT-Drucksache 16/722, S. 24 (in einem Gesetzentwurf zur Neufassung des Informationsfreiheitsgesetzes, aus dem das zwischenzeitliche Umweltinformationsgesetz hervorging).

Der Katalog des heutigen § 2 Abs. 4 IZG-SH dient also dazu, für die dort genannten Sachbereiche einen Informationszugangsanspruch auszuschließen, und zwar dauerhaft und nicht nur für laufende Verfahren. Transparenz und Öffentlichkeit in den Bereichen dieser beiden Staatsfunktionen sollte vielmehr der Verfassungstradition entsprechend durch spezielle Regelungen gewährleistet werden,

siehe nochmals LT-Drucksache 14/2374, S. 13.

Daher knüpft der Negativkatalog auch nicht an konkrete Vorgänge an, sondern an die staatlichen Stellen, die nicht informationspflichtige Stellen sind, denn für diese als solche gelten die spezifischen Regelwerke. Für den Landtag schafft die Landesverfassung – näher ausgestaltet durch das Parlamentsrecht – ein austariertes System zur Parlamentsöffentlichkeit. Dieses verfassungsrechtlich determinierte System ist im Grundsatz auf Öffentlichkeit angelegt. So verhandelt der Landtag öffentlich (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 LV), und auch die Sitzungen der Ausschüsse sind in der Regel öffentlich (Art. 23 Abs. 3 Satz 1 LV). Deshalb veröffentlicht der Landtag proaktiv zahlreiche Gutachten seines Wissenschaftlichen Dienstes, insbesondere solche, die dieser für öffentlich tagende Ausschüsse erstellt. Gleichwohl hat der Verfassungsgeber im Blick, dass besondere Umstände Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip erforderlich machen können. Im Spannungsfeld der Interaktion des Parlaments mit anderen Verfassungsorganen oder bei innerhalb des Parlaments und seiner Untergliederungen (Ausschüsse, Fraktionen)

ablaufenden Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozessen kann das Erfordernis nichtöffentlicher oder vertraulicher Beratungen und Unterlagen bestehen (vgl. § 17 Abs. 2 und 3 der Geschäftsordnung des Landtages (GO-LT)). Die Ausgestaltung dieses Systems erfolgt durch das Verfassungs- und Parlamentsrecht. Dazu gehört auch das Fraktionsgesetz, nach dessen § 2 Abs. 3 Fraktionen nicht Teil der öffentlichen Verwaltung sind, so dass sie nicht dem Informationszugangsgesetz unterfallen. Um die Meinungsbildung in den Fraktionen zu unterstützen, soll dies auch für die gutachterliche Beratung der Fraktionen durch den Wissenschaftlichen Dienst des Landtages gelten. Eine umfassende Bereichsausnahme für das Parlament im Informationszugangsgesetz bedeutet also nicht, dass Intransparenz herrschte. Transparenz ist nämlich, auch insoweit entgegen der Darstellung des Berufungsgerichts (S. 16), nicht allein eine Frage des Informationszugangsgesetzes. Sie wird auch durch die speziellen parlamentsrechtlichen Regelungen gewährleistet.

Der Katalog der Bereichsausnahmen im Informationszugangsgesetz wurde zudem um „anverwandte“ Sachbereiche des Parlaments und der Rechtsprechung erweitert, nämlich um die rechtsetzende Tätigkeit der obersten Landesbehörden einerseits und die in richterlicher Unabhängigkeit wahrgenommene Tätigkeit der Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbehörden sowie des Landesrechnungshofs andererseits. Mit Blick auf den fachgesetzlich austarierten Steuerdatenschutz wurden schließlich die Finanzbehörden ebenfalls in den Negativkatalog aufgenommen.

Eine zeitliche Begrenzung auf laufende Verfahren besteht lediglich nach § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH für die obersten Landesbehörden, soweit und solange sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren tätig werden und soweit es sich um Umweltinformationen handelt. Diese Regelung wiederum war europarechtlich erzwungen. Alle anderen Bereichsausnahmen laufend in zeitlicher Hinsicht gleich, greifen also zeitlich unbeschränkt. Gerade die heutige Fassung von § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH dient dazu, einen zeitlichen Gleichlauf mit den übrigen Bereichsausnahmen zu erzielen.

Daraus folgt, dass auch der Landtag nicht nur für Vorgänge der laufenden Wahlperiode nicht zu den informationspflichtigen Stellen gehört, sondern hinsichtlich seiner Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben dauerhaft, auch für vergangene Wahlperioden und abgeschlossene Vorgänge. Die vom Oberverwaltungsgericht befürwortete zeitliche Begrenzung auf das Ende der Wahlperiode würde dem Sinn und Zweck der Vorschrift

nicht gerecht. Sie führt zu einer Begrenzung ein, die der gesetzgeberischen Absicht nicht entspricht. Sie führt zum anderen und vor allem dazu, dass die klare und eindeutige Regelung in § 2 Abs. 4 IZG-SH aufgrund der nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts vorzunehmenden Interessenabwägung im Einzelfall unbestimmt und für den Rechtsanwender kaum zu handhaben wäre. Das Oberverwaltungsgericht muss mit Blick auf eine nicht einmal drei Jahre alte Entscheidung zur Einsicht in Steuerakten,

OVG Schleswig, Urteil vom 25.01.2018 – 4 LB 38/17 –, DVBl. 2018, 529 (Rn. 33),

selbst einräumen, dass die Begrenzung auf das Ende der Wahlperiode zwar eine mögliche zeitliche Begrenzung der Bereichsausnahme aus § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH ist, allerdings etwa für den Bereich der Steuerverwaltung (§ 2 Abs. 4 Nr. 5 IZG-SH) nicht praktikabel ist, da es dort „an gleichermaßen greifbaren Zeitpunkten [fehlt], zu denen sich die Relevanz der Informationen ... ändert“ (S. 27). Aus einer einheitlichen Regelung mit Bereichsausnahmen für bestimmte Sachbereiche staatlicher Tätigkeit würde also eine undurchschaubare Regelung, bei der von Einzelfall zu Einzelfall unterschiedliche zeitliche Grenzen gelten, die sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht ergeben und auch gerade vermieden werden sollte.

Zudem würde letztlich das Parlament, das par excellence nicht zu den Behörden im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH gehört, im Ergebnis intensiver in den Anwendungsbereich des Informationszugangsgesetzes einbezogen als etwa die Finanzverwaltung, die in jeder Hinsicht dem Behördenbegriff unterfällt. Dies mag auf den ersten Blick noch einleuchtend erscheinen, weil vom Parlament eine besondere Transparenz erwartet wird. Ein solcher Gedanke verkennt jedoch, dass parlamentarische Transparenz nicht notwendig durch das Informationszugangsgesetz hergestellt wird. Vielmehr ist die Parlamentsöffentlichkeit durch Art. 21 LV und Art. 23 Abs. 2 LV verfassungsrechtlich geschützt und vorgegeben und im Rahmen der Parlamentsautonomie nach Art. 20 Abs. 1 Satz 2 LV durch die Geschäftsordnung und weitere parlamentsrechtliche Vorschriften konkretisiert.

(e) Ergebnis zu (2)

Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungsgeschichte und der Sinn und Zweck des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH sprechen eindeutig dagegen, in die Konjunktion „soweit“ des § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH eine zeitliche Begrenzung hineinzulesen bzw. die Konjunktion „soweit“ als Einfallstor für eine zeitliche Begrenzung anzusehen. § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH ist vielmehr nach allen Auslegungsmethoden als zeitlich unbegrenzte Bereichsausnahme für Informationen aus der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung anzusehen. Zur parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung gehört nach der heutigen Fassung der Vorschrift über dies unmissverständlich die gutachterliche oder rechtsberatende Tätigkeit des Wissenschaftlichen Dienstes im Auftrag einer oder mehrerer Fraktionen. Dies umschließt auch Annextätigkeiten wie etwa die Zusammenstellung einer Liste von Gutachten. Eine Auslegung von § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH, die dafür sorgte, dass diese Tätigkeiten nach Ablauf der Wahlperiode nachträglich aus dem Bereich der parlamentarischen Aufgabenwahrnehmung herausgelöst und wie Verwaltungstätigkeiten einer Behörde behandelt würden, widerspricht dem Ergebnis der Auslegung unter Anwendung sämtlicher Auslegungsmethoden.

Die vom Obergerverwaltungsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung dahin, in § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH eine solche zeitliche Begrenzung hineinzulesen, lässt sich folglich nicht auf die allgemein anerkannten Auslegungsmethoden stützen. Durch die „verfassungskonforme Auslegung“ legt das Obergerverwaltungsgericht der Vorschrift vielmehr einen Inhalt bei, den sie nach Anwendung der herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht hat. Damit überschreitet das Obergerverwaltungsgericht jedoch die Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht für eine verfassungskonforme Auslegung gezogen hat.

(3) Überschreitung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH

Das Berufungsgericht hat die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung auch hinsichtlich des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH überschritten. Die Vorschrift nimmt aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen aus

- „2. die obersten Landesbehörden, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren oder beim Erlass von Rechtsverordnungen tätig werden und es sich nicht um Umweltinformationen handelt“.

Es ist auch insoweit der Auffassung, dass sich eine zeitliche Begrenzung aus der Konjunktion „soweit“ herleiten lässt. Diese Auffassung stützt es, wie bei § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH darauf, dass § 2 Abs. 4 IZG-SH hinsichtlich der zeitlichen Dimension der Bereichsausnahmen unklar und widersprüchlich sei, weil

- zwar in § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH die Konjunktionen „soweit und solange“ verwendet werde, was darauf hindeute, dass „soweit“ nur eine sachliche, aber keine zeitliche Begrenzung ausdrücke,
- aber in § 2 Abs. 4 Nr. 3 IZG-SH nur die Konjunktion verwendet werde, zugleich jedoch erst durch die Verwendung von Präsens und Präteritum zum Ausdruck gebracht werde, dass die Regelung zeitlich auch für Vorgänge in der Vergangenheit gelte, was dafür spreche, dass „soweit“ doch eine zeitliche Dimension enthalte.

Daher könne man auch § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH sowohl dahin auslegen, dass die Regelung zeitlich unbeschränkt gelte, aber auch dahin, dass sie zeitlich beschränkt gelte. Wegen der nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts aus Art. 53 Satz 1 LV folgenden Pflicht zur zeitlichen Begrenzung von Bereichsausnahmen im Informationszugangsgesetz sei daher die Regelung so zu verstehen, dass über das „soweit“ die Bereichsausnahme zeitlich zu begrenzen sei.

Auch diese Auslegung verstößt gegen den Wortlaut, die Systematik, die Gesetzgebungsgeschichte und den Sinn und Zweck der Vorschrift.

(a) Wortlaut

Für die Wortlautauslegung gilt im Wesentlichen das, was bereits zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH angeführt wurde (oben, S. 34). Auch § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH enthält keinerlei Einschränkung auf einen bestimmten Zeitraum. Weder beschränkt er die Nichtzugehörigkeit zu den informationspflichtigen Stellen auf laufende Gesetzgebungsverfahren oder laufende Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen, noch findet sich eine

Regelung darüber, dass die Bereichsausnahme nicht für abgeschlossene Gesetz- oder Verordnungsgebungsverfahren gelten soll. Die obersten Landesbehörden werden vielmehr generell aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen ausgenommen, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren oder beim Erlass von Rechtsverordnungen tätig werden und es sich hierbei nicht um Umweltinformationen handelt.

Zudem gilt auch hier, dass die Konjunktion „soweit“ in der Gesetzessprache keine zeitliche Einschränkung, sondern nur eine Einschränkung hinsichtlich der geregelten Sachmaterie bezeichnet.

(b) Systematik

Wesentlich für die Fehlerhaftigkeit der oberverwaltungsgerichtlichen Auslegung des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH ist die Systematik, und hier vor allem der Zusammenhang mit § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH. Beide Regelungen enthalten eine Bereichsausnahme für die obersten Landesbehörden, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren tätig werden. § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH betrifft dabei alle Fälle, in denen es um den Zugang zu Umweltinformationen geht; § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG SH betrifft die Fälle, in denen es nicht um Umweltinformationen geht. Während die obersten Landesbehörden bei Umweltinformationen nur „soweit und solange“ sie im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren tätig werden, keine informationspflichtigen Stellen sind, gilt dies in anderen Fällen ohne die zusätzliche Einschränkung auf „solange“. Damit zeigt sich für § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH in der Abgrenzung zur Nr. 2a nachdrücklich, dass hier das „soweit“ keine zeitliche Einschränkung enthalten kann. Denn wenn sich schon aus dem „soweit“ eine zeitliche Einschränkung ergeben hätte, hätte es der ergänzenden Nr. 2a nicht bedurft, um der europarechtlichen Vorgabe Rechnung zu tragen, dass bei Umweltinformationen ein Informationszugang nach dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens gegeben sein muss.

Der enge Zusammenhang zwischen den Nummern 2 und 2a bewirkt, dass es insoweit eine systematisch klare Abgrenzung zwischen beiden Tatbeständen gibt. Die Formulierung der anderen Bereichsausnahmen ist für das Verständnis von § 2 Abs. 4 Nr. 2 und 2a IZG-SH ohne Belang. Diese beiden Tatbestände sind aus sich heraus verständlich.

(c) Gesetzgebungsgeschichte

Wegen der Gesetzgebungsgeschichte kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Entstehung vor allem des § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH verwiesen werden (siehe oben, S. 41 f.). Der Gesetzgeber wollte durch die Schaffung des § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH eine zeitlich begrenzte Regelung schaffen und demgegenüber § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH als zeitlich unbegrenzte Regelung belassen. Dieser gesetzgeberische Wille hat auch eindeutigen Eingang in den Gesetzestext gefunden, indem sich § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH durch die Doppelkonjunktion „soweit und solange“ von § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH mit dem einfachen „soweit“ abhebt,

nochmals LT-Drucksache 18/4409, S. 11.

Dadurch erhielt das „soweit“ seine Bedeutung als bloß sach-, aber nicht zeitbezogene Konjunktion zurück.

(d) Sinn und Zweck

Zum Sinn und Zweck gelten die Ausführungen zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH entsprechend (oben S. 54). Die Vorschrift bezweckt eine dauerhafte Bereichsausnahme für den Bereich der Gesetzgebung und damit für eine Staatsfunktion, die nicht zum typischen Behördenhandeln im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 1 IZG-SH gehört. Die vom Oberverwaltungsgericht vorgenommene Auslegung mit einer zeitlichen Begrenzung auf das laufende Gesetzgebungsverfahren wird dem nicht gerecht. Denn damit wird der Inhalt von § 2 Abs. 4 Nr. 2a IZG-SH auf § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH übertragen, der gerade in Abgrenzung hierzu geschaffen wurde. Damit wird aber der Sinn und Zweck der Vorschrift in ihr Gegenteil verkehrt, weil der Unterschied zwischen den beiden „Schwester Vorschriften“ eingeebnet würde.

(e) Ergebnis zu (3)

Eine Auslegung des § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH dahin, dass die Regelung zeitlich zu begrenzen ist, lässt sich mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht erzielen. Nach Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungsgeschichte und Sinn und Zweck ist die Vorschrift vielmehr ausschließlich so zu verstehen, dass sie eine zeitlich unbegrenzte Bereichsausnahme enthält. Indem das Oberverwaltungsgericht im Wege

verfassungskonformer Auslegung eine zeitliche Begrenzung in § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH hineinliest, überschreitet es die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.

(4) Ergebnis zu bb)

Das Oberverwaltungsgericht hat damit sowohl hinsichtlich § 2 Abs. 4 Nr. 1 IZG-SH als auch hinsichtlich § 2 Abs. 4 Nr. 2 IZG-SH die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschritten. Beide Regelungen sind einer Auslegung dahin, dass die Konjunktion „soweit“ Ausdruck einer zeitlichen Begrenzung ist, nicht zugänglich. Sie lassen sich daher nur als zeitlich unbeschränkte Regelungen auslegen.

Unter Zugrundelegung der Auslegung, die das Oberverwaltungsgericht zu Art. 53 LV vorgenommen hat, wonach diese Regelung eine zeitliche Begrenzung der Bereichsausnahmen aus § 2 Abs. 4 IZG-SH fordert, hätte das Oberverwaltungsgericht also § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH als verfassungswidrig einstufen müssen. Da ihm hinsichtlich dieser parlamentsgesetzlichen Bestimmungen keine Normverwerfungskompetenz zusteht, hätte das Oberverwaltungsgericht daher gemäß Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Nr. 3 LV und § 44 Abs. 1 LVerfGG das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Landesverfassungsgerichts einholen müssen. Indem es dies unterließ, verletzte es das Recht des Beklagten auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

cc) Entscheidungserheblichkeit

Die Verletzung der Vorlagepflicht ist auch entscheidungserheblich. Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, dem Kläger einen Anspruch auf Zugänglichmachung der Gutachtenliste zuzusprechen, beruht darauf, dass es in § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH eine zeitliche Begrenzung hineinliest und diese Bereichsausnahmen nicht als dauerhafte Ausnahmen von der Informationspflicht begreift. Hätte es die Vorschriften als dauerhafte Ausnahmen von der Informationspflicht angesehen, hätte es die Klage abweisen müssen, weil die Voraussetzungen für einen Anspruch nach dem Informationszugangsgesetz nicht gegeben wären. Denn dann wäre der Beklagte aufgrund der Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH nicht als informationspflichtige Stelle im Sinne des § 3 Satz 1 IZG-SH anzusehen.

2. Nichteinholung der Entscheidung des Landesverfassungsgerichts als Verfahrensmangel

Die Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Nr. 3 LV und § 44 Abs. 1 LVerfGG durch das Obergerverwaltungsgericht verletzt nicht nur den Beklagten in seinen Rechten aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern stellt auch einen Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO dar.

Wie bereits eingangs der Ausführungen zum Verfahrensmangel angedeutet (S. 19), begründet eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter wegen einer Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 100 Abs. 1 GG nicht automatisch einen Verfahrensmangel. Vielmehr verneint das Bundesverwaltungsgericht in Fällen einer rechtswidrig unterlassenen Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG einen Verfahrensmangel. Denn ein für das Revisionsverfahren bedeutsamer Verfahrensmangel liege nur vor,

„wenn das Berufungsgericht formelle Vorschriften verletzt hat, das Urteil darauf beruht und das Revisionsgericht die Sache zurückverweisen muss, weil es selbst diesen Mangel (so z.B. eine mangelnde Sachaufklärung) nicht beheben kann. Hier scheidet eine Zurückverweisung schon allein deshalb aus, weil das Bundesverwaltungsgericht ebenso wie alle anderen Gerichte selbst verpflichtet ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen ... für die Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegeben sind. Ist das Berufungsgericht – gleichgültig aus welchen Gründen auch immer – dieser Pflicht nicht nachgekommen, so liegt, wenn sich die Entscheidung zu dieser Frage als nicht zutreffend erweist, kein die Aufhebung des Berufungsurteils rechtfertigender Verfahrensmangel vor. Das Revisionsgericht hat vielmehr dann selbst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen“,

BVerwG, Urteil vom 22.01.1971 – VII C 42.70 –, BVerwGE 37, 116, 117 f.;
Beschluss vom 17.07.1975 – II B 2.75 –, Buchholz 310 § 132 VwGO
Nr. 136; Beschluss vom 19.04.2011 – 8 B 7.11 –, ZOV 2001, 135 (juris
Rn. 8).

Allerdings ist im Falle einer Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 100 Abs. 1 GG ein Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nicht kategorisch ausgeschlossen. So hat das Bundesverwaltungsgericht es in anderen Entscheidungen jedoch

ausdrücklich offengelassen, ob die Verletzung der Vorlagepflicht einen Verfahrensmangel darstellen kann,

BVerwG, Beschluss vom 13.10.1975 – III B 12.73 –, Buchholz 310 § 132
VwGO Nr. 137.

Das Bundessozialgericht hält einen die Revisionszulassung begründenden Verfahrensmangel im Falle einer unterlassenen, aber gebotenen Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich für möglich,

BSG, Urteil vom 29.08.2012 – B 10 EG 20/11 R –, juris Rn. 22; einen Verfahrensmangel bejahend offenbar BSG, Urteil vom 14.03.1957 – 8 RV 359/54 –, juris Rn. 13 (in NJW 1957, 1251, insoweit nicht abgedruckt),

und auch im Schrifttum heißt es einschränkend, dass eine unterbliebene Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nur „regelmäßig“ nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führe, weil der Verfahrensverstoß im Revisionsverfahren behoben werden könne,

Neumann/Korbmacher, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 138 Rn. 82.

Letztlich kann es dahinstehen, ob die oben zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus den Jahren 1971, 1975 und 2011 zutreffend ist oder den Kreis der Verfahrensmängel zu eng zieht. Denn selbst unter Zugrundelegung der dortigen Auffassung liegt hier ein Verfahrensmangel vor.

Maßgeblich für die Verneinung eines Verfahrensmangels ist, vereinfacht gesagt, der Umstand, dass für den Beschwerdeführer der Weg zum Bundesverfassungsgericht nicht endgültig versperrt ist, weil auch das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen müsste. In der hier vorliegenden Konstellation ist diese Möglichkeit jedoch nicht eröffnet. Die Vorlagepflicht besteht, weil ein Landesgesetz gegen eine Vorschrift der Landesverfassung verstößt, wobei die Vorschrift der Landesverfassung (Art. 53 LV) weder inhaltsgleich mit einer Vorschrift des Grundgesetzes ist noch sonst eine Entsprechung im

Grundgesetz hat. Daher kommt nur eine Vorlage an das Landesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 GG in Betracht.

Das Revisionsverfahren eröffnet jedoch nicht die Möglichkeit, § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH am Maßstab des Art. 53 LV überprüfen zu lassen. Denn die Prüfung des Bundesverwaltungsgerichts im Revisionsverfahren beschränkt sich darauf, ob das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) oder Verwaltungsverfahrensgesetz eines Landes, das mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt (§ 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO), verletzt. Rechtsverstöße gegen landesrechtliche Vorschriften sind nicht Gegenstand der Prüfung im Revisionsverfahren, sondern irrevisibel. Dies gilt sowohl für das einfache Landesrecht als auch für Landesverfassungsrecht,

W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 137 Rn. 10.

Nur ausnahmsweise kann Landesrecht Gegenstand der Revision sein, nämlich dann, wenn es einen Bezug zum Bundesrecht aufweist,

zusammenfassend Kraft, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 137 Rn. 26 ff.

Ein solcher Fall ist jedoch nicht gegeben. Sowohl das Informationszugangsgesetz als auch und erst recht Art. 53 LV sind originäre Vorschriften des Landesrechts, die nicht durch das Bundesrecht vorgeprägt sind. Der Rechtsfehler, der dem Oberverwaltungsgericht bei der Auslegung und Anwendung des § 2 Abs. 4 IZG-SH unterlaufen ist, rührt auch nicht aus einer Vorschrift des Bundesrechts. Das Oberverwaltungsgericht sah sich nicht durch eine bundesrechtliche Vorschrift dazu verpflichtet, § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH in einer die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschreiten Weise auszulegen. Ursächlich hierfür ist vielmehr Art. 53 LV bzw. der Inhalt, den das Oberverwaltungsgericht Art. 53 LV entnehmen möchte. Sowohl Art. 53 LV als auch § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH gehören also zum irrevisiblen Landesrecht. Soweit aber das Landesrecht nicht revisibel ist, muss das Bundesverwaltungsgericht es nach § 173 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 560 ZPO in der Form und mit dem Inhalt ohne eigene nach Prüfungsmöglichkeit als gegeben hinnehmen, in der ist das Oberverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung angewendet hat,

BVerwG, Urteil vom 09.05.1960 – I C 55.59 –, BVerwGE 10, 282; Neumann/Korbmacher, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 137 Rn. 100 W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 137 Rn. 12; Kraft, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 137 Rn. 25 und 80.

Dies betrifft auch die Frage, ob ein bestimmter Rechtssatz besteht, also rechtsgültig ist, und Anwendung findet. Das Bundesverwaltungsgericht hat lediglich nachzuprüfen, ob die Vorinstanz eine irreversible Norm im Widerspruch zu Bundesrecht ausgelegt hat,

BVerwG, Urteil vom 03.06.2014 – 4 CN 6.12 –, BVerwGE 149, 373, 380 (Rn. 73); Neumann/Korbmacher, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 5. Auflage 2018, § 137 Rn. 103.

Das Bundesverwaltungsgericht ist in einem nachfolgenden Revisionsverfahren also an die Auslegung des Landesrechts durch das Oberverwaltungsgericht gebunden. Das betrifft sowohl die Auslegung des Art. 53 LV als auch die Auslegung des § 2 Abs. 4 IZG-SH. Es wäre also daran gebunden, dass Art. 53 LV ein umfassendes Transparenzgebot enthält, dem eine zeitlich unbefristete Herausnahme bestimmter staatlicher Stellen oder Tätigkeiten aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen im Sinne des § 2 Abs. 3 IZG-SH entgegensteht, und es wäre auch daran gebunden, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH (verfassungskonform) so auszulegen sind, dass in die dortigen Ausnahmetatbestände eine zeitliche Befristung hineinzulesen ist.

Damit ist es dem Bundesverwaltungsgericht aber verwehrt, aus dem Revisionsverfahren heraus dem Landesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage vorzulegen, ob § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH mit Art. 53 LV vereinbar ist. Denn dazu müsste es § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH anders auslegen, als es das Oberverwaltungsgericht getan hat. Es müsste nämlich die vom Oberverwaltungsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung verwerfen. Gerade dazu ist es jedoch nicht befugt. Umgekehrt ist es dem Bundesverwaltungsgericht auch verwehrt, Art. 53 LV in anderer Weise auszulegen, als das Oberverwaltungsgericht getan hat, etwa dahin, dass der Vorschrift keine zeitliche Höchstgrenze für Ausnahmen aus dem Kreis der informationspflichtigen Stellen nach dem Informationszugangsgesetz zu entnehmen ist. Denn

2018, § 138 Rn. 84; Ruthig, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 12 Rn. 2.

Diesen Verfahrensmangel kann das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls nicht selbst beheben. Denn ihm ist es nicht möglich, den Rechtsstreit dem Großen Senat des Oberverwaltungsgerichts vorzulegen. Dies gilt insbesondere, wenn – wie im 2006 vom Bundesverwaltungsgericht zu entscheidenden Fall – sich die unterschiedliche Rechtsprechung der OVG-Senate auf eine rein landesrechtliche Vorschrift bezieht.

Die Annahme eines Verfahrensmangels gilt ebenso, wenn eine Vorschrift des irrevisiblen Landesrechts möglicherweise gegen irrevisibles Landesverfassungsrecht verstößt und deshalb das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Landesverfassungsgerichts einzuholen ist. Auch diesen Verfahrensmangel kann das Bundesverwaltungsgericht nicht selbst beheben. Dieser Umstand zwingt aber zugleich dazu, den Verstoß gegen Bundesrecht (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) durch die Zurückverweisung des Rechtsstreits wegen eines Verfahrensmangels im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zu beheben.

3. Beruhen

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts kann auf dem vorgenannten Verfahrensmangel beruhen. Es muss also die Möglichkeit bestehen, dass das Gericht ohne den Verfahrensmangel zu einem für den Beschwerdeführer sachlich günstigeren Ergebnis hätte gelangen können,

Kraft, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 132 Rn. 56; Czybulka/Hösch, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, § 132 Rn. 67 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Das ist der Fall. Hätte das Oberverwaltungsgericht den Rechtsstreit dem Landesverfassungsgericht vorgelegt, erscheint es durchaus möglich, dass das Landesverfassungsgericht zu der Auffassung gelangt wäre, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH nicht gegen Art. 53 LV verstoßen, ohne dass es auf die vom Oberverwaltungsgericht vorgenommene „verfassungskonforme“ Auslegung ankommt, weil das Landesverfassungsgericht Art. 53 LV nicht entnommen hätte, dass die Ausnahmeregelungen in § 2 Abs. 4 IZG-SH zeitlich befristet sein müssen. An diese Entscheidung mit Gesetzeskraft (§ 3

Nr. 3 LVerfGG in Verbindung mit § 29 Abs. 2 Satz 1 LVerfGG) wäre das Oberverwaltungsgericht dann für sein abschließendes Urteil gebunden gewesen, hätte § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 IZG-SH also nicht zeitlich begrenzt anwenden dürfen, sondern als zeitlich unbeschränkte Bereichsausnahme anwenden müssen.

Die zeitlich unbeschränkte Bereichsausnahme hätte dazu geführt, dass ein Anspruch nach dem Informationszugangsgesetz nicht besteht. Da keine anderen Anspruchsgrundlagen ersichtlich sind, wäre auf dieser rechtlichen Grundlage die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil des Verwaltungsgerichts zurückzuweisen und damit eine vom angegriffenen Urteil abweichende Entscheidung jedenfalls möglich gewesen.

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts beruht daher auf dem Verfahrensmangel und auf der Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Nach alledem ist die Revision zuzulassen.

WEISSLEDER EWER

durch:

Dr. Bernd Hoefler

Rechtsanwalt

Transfervermerk nach § 55b Abs. 6 VwGO:

Das vorstehende Dokument ist bei dem Bundesverwaltungsgericht in Papierform eingereicht worden.

Das in Papierform eingereichte Dokument ist vollständig durch Einscannen nach dem Stand der Technik in diese PDF-Datei übertragen worden.

Das elektronische Dokument stimmt mit dem in Papierform eingereichten Dokument bildlich und inhaltlich überein.

Leipzig, 02.12.2020

Bearbeiter/in:	Strauch
Dienstbezeichnung:	Erster Justizhauptwachtmeister
Originalseiten:	69