

Füßer & Kollegen, TRIAS, Martin-Luther-Ring 12, 04109 Leipzig

Vorab per Telefax: 0721 9101382
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Klaus Füßer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Marcus Lau
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Sven Kreuter
Rechtsanwalt

Janet Gresse
Rechtsanwältin

Tobias Meiser
Rechtsanwalt

Katharina Nowak
Rechtsanwältin

Nathalie Seidel
Rechtsanwältin

Leipzig, den 31. Mai 2021

Unser Zeichen: 00108-21/KF/TM/am/120063

Verfassungsbeschwerde

des Herrn #

– Beschwerdeführer –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Füßer & Kollegen, TRIAS, Martin-Luther-Ring 12, 04109 Leipzig

Unter Vorlegung der uns legitimierenden Originalvollmacht erheben wir namens und kraft Vollmacht des Beschwerdeführers

Verfassungsbeschwerde,
gegen

den (hier in Fotokopie als **Anlage VB 1** beigefügten)

Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern

– 1 KM 272/21 – vom 30. April 2021

und beantragen,

den vorgenannten Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern wegen Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus

Art. 19 IV GG aufzuheben und das Verfahren an das Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern zurückzuverweisen.

Wir regen weiterhin gemäß § 27 S. 2 BVerfGG an,

die Akten des Ausgangsverfahrens – 1 KM 272/21 – beim Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern beizuziehen.

Der besseren Übersicht und Lesbarkeit halber stellen wir sodann folgendes

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt.....	3
1	Ausgangssituation.....	3
2	Gerichtliches Verfahren.....	3
3	Wesentlicher Inhalt des Beschlusses.....	3
II	Rechtliche Würdigung.....	5
1	Zulässigkeit.....	5
1.1	Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde.....	5
1.2	Beschwerdebefugnis.....	5
1.2.1	Die Bedeutung von Art. 19 IV GG im Eilverfahren.....	5
1.2.2	Möglichkeit der Verletzung von Art. 19 IV GG.....	6
1.2.3	Selbstbetroffenheit, Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit.....	8
1.3	Rechtswegerschöpfung, Rechtsschutzbedürfnis und Subsidiarität.....	8
2	Annahme zur Entscheidung.....	8
3	Begründetheit.....	8
3.1	Verfassungswidrige Anwendung des § 47 VI VwGO.....	8
3.2	Eklatante Rechtsschutzlücke im Eilrechtsschutz als Konsequenz.....	13
3.3	Beruhem.....	15

voran und führen zur

Begründung

zum Sachverhalt (sogleich I) und zur rechtlichen Würdigung (nachfolgend II) wie folgt aus:

I Sachverhalt

Was den der Verfassungsbeschwerde zu Grunde liegenden Sachverhalt angeht, stellen wir zunächst die dem Streit, der zu dieser Verfassungsbeschwerde geführt hat, zu Grunde liegende Ausgangssituation kurz dar (nachstehend 1). Anschließend führen wir zum bisherigen gerichtlichen Verfahren ein (sodann 2) und schließlich stellen wir den wesentlichen Inhalt des beschwerdegegenständlichen Beschlusses dar (zuletzt 3).

1 Ausgangssituation

Der Beschwerdeführer hat seinen Erstwohnsitz # und einen Zweitwohnsitz in Mecklenburg-Vorpommern. Er ist zudem seit dem 8. März 2021 vollständig gegen das SARS-CoV-2 („Corona-Virus“) geimpft.

Er wendete sich gegen § 5 der Corona Landesverordnung Mecklenburg-Vorpommern (Corona-LVO M-V) und das darin geregelte Einreisverbot und Ausreisegebot, soweit dies auch vollständig geimpfte Personen betraf. Zur Eindämmung der Corona-Pandemie hat die Landesregierung die damalige Corona Landesverordnung in § 5 dahingehend gefasst, dass der Aufenthalt für Personen – wie den Beschwerdeführer, die lediglich ihren Zweitwohnsitz im Lande haben – für die Geltungsdauer der Verordnung untersagt.

2 Gerichtliches Verfahren

...

Das Gericht lehnte mit Beschluss vom 30. April 2021 den zulässigen Antrag des Beschwerdeführers auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 VI VwGO als unbegründet ab und wies die Kostenlast des Verfahrens dem Beschwerdeführer zu.

Beweis: Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 30. April 2021; in Fotokopie als Anlage VB 1 anbei

3 Wesentlicher Inhalt des Beschlusses

In den Gründen führt das Gericht im Wesentlichen aus, dass die angegriffene Norm zwar gegen Art. 3 I GG verstoße, der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach summarischer Prüfung jedoch nicht dringend geboten im Sinne des § 47 VI VwGO sei.

Zum Verstoß der angegriffenen Norm gegen Art. 3 I GG legt das Oberverwaltungsgericht im beschwerdegegenständlichen Beschluss wie folgt dar:

„Die angegriffene Norm des § 5 Corona-LVO M-V verstößt **jedenfalls** gegen Art. 3 I GG. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, BVerfGE 130, 240, juris Rn. 40.) Er ist verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzlichkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt, kurzum, wenn die Maßnahme als willkürlich bezeichnet werden muss (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. April 2001 - 2 BvL 7/98 -, BVerfGE 103, 310, juris Rn. 39).

Unter Beachtung dieser Maßgaben liegt eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes vor. Von dem bestehenden Einreisverbot und Ausreisegebot des § 5 Corona-LVO M-V werden sowohl die Gruppe der vollständig Geimpften wie auch die Gruppe der nicht (vollständig) geimpften Personen erfasst und damit gleichbehandelt. **Dies stellt sich aufgrund des Umstandes, dass vollständig Geimpften bei der Epidemiologie keine wesentliche Rolle mehr spielen, als willkürlich dar.** Beide Gruppen sind mit Blick auf den von der Norm verfolgten Zweck des Infektionsschutzes in wesentlicher Hinsicht ungleich. [...]

Vor diesem Hintergrund liegt nach Ansicht des Senats kein sachlicher Grund mehr vor, der es rechtfertigen könnte, vollständig geimpfte Personen im Sinne der vom RKI gemachten Vorgaben (vgl. RKI Impfschema (Wann und) Wie sollte gegen COVID-19 geimpft werden? Abrufbar unter: [...]) bzw. nach Maßgabe von § 1 b II Corona-LVO M-V vom 29. April 2021 bei der Einreise zu ihrer Zweitwohnung wie nichtgeimpfte Personen zu behandeln.“ [Hervorhebungen durch uns; Füsler & Kollegen]

Hinsichtlich der nun vermeintlich gebotenen Folgenabwägung im Rahmen des § 47 VI VwGO kommt das Gericht anschließend zu folgendem Ergebnis:

„**Trotz des vorliegenden Verstoßes gegen Art. 3 I 1 GG** ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung, durch den die angegriffene Norm insgesamt außer Vollzug gesetzt werden würde, nach Ansicht des Senats nicht dringend geboten. Die Dringlichkeit ist aufgrund des funktionalen Zusammenhangs zwischen Eilverfahren und Hauptsacheverfahren im Sinne einer Unaufschiebbarkeit der vorläufigen Regelung zu verstehen. Zu fragen ist mit Blick auf die zu prognostizierenden tatsächlichen sowie rechtlichen Entwicklungen nach den Konsequenzen, die eintreten, wenn die einstweilige Anordnung nicht ergeht. In diesem Zusammenhang können auch – dem vorläufigen Suspensionsanliegen des Antragsstellers – gegenläufige Belange der Allgemeinheit und Interessen Dritter Berücksichtigung finden. Dies entspricht der objektiven Funktion der Normenkontrolle und trägt den Wirkungen der Eilentscheidung „inter omnes“ Rechnung (vgl. Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand 02/2016, § 47 Rn. 168 m.w.N.). Die Entscheidung über die Bejahung der Unaufschiebbarkeit einer vorläufigen Regelung oder – im Gegenteil – die Entscheidung für ein Zuwarten bis

zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens wird maßgeblich durch die Umstände des konkreten Falles geprägt. Aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung sind dabei die Auswirkungen auf alle von der angegriffenen Regelung Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur die Folgen für den Antragssteller.“ [Hervorhebungen durch uns; Füber & Kollegen]

Schließlich führt das Obergerverwaltungsgericht im Rahmen des ablehnenden Beschlusses aus:

„Auch wenn der Senat die angegriffene Norm nicht außer Vollzug setzt, ist der Verordnungsgeber von Verfassungs wegen verpflichtet, dem festgestellten Rechtsverstoß durch eine Neuregelung schnellstmöglich Rechnung zu tragen.“

Beweis: Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 30. April 2021; in Fotokopie als Anlage VB 1 anbei

II Rechtliche Würdigung

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig (sogleich 1), zur Entscheidung anzunehmen (nachfolgend 2) und begründet (unten 3).

1 Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist statthaft (dazu 1.1). Der Beschwerdeführer ist beschwerdebefugt (siehe 1.2) und er kann nicht auf die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde verwiesen werden (danach 1.3).

1.1 Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde

...

1.2 Beschwerdebefugnis

...

1.2.1 Die Bedeutung von Art. 19 IV GG im Eilverfahren

Der Beschwerdeführer ist im Hinblick auf den insoweit gerügten Verstoß aus Art. 19 IV GG beschwerdebefugt. Art. 19 IV GG gewährt zwar grundsätzlich nur Rechtsschutz durch den Richter und nicht auch Rechtsschutz vor dem Richter, doch ist inzwischen allgemein anerkannt, dass dieses Grundrecht auch dann zur Anwendung kommt, wenn sich Gerichte zuständigkeits- und verfahrenswidrig verhalten¹.

¹ Siehe nur *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 1.12.2015, Art. 19 Rn. 71.

Art. 19 IV GG gewährleistet effektiven und lückenlosen richterlichen Schutz des Einzelnen gegen jedwede Akte der (deutschen) öffentlichen Gewalt². Dieser, die deutsche Verfassungsordnung im Allgemeinen und die Verwaltungsprozessordnung im Besonderen tragende Grundsatz, garantiert sowohl den formalen Zugang zu den Gerichten als auch die effektive Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Dabei hat nach Art. 19 IV GG jede Bürgerin und jeder Bürger einen Anspruch darauf, dass in sämtlichen durch die Prozessordnung bereitgestellten Instanzen die Gerichte sich dem jeweiligen Streitbegehren mit Blick auf das in Betracht kommende Rechtsschutzziel möglichst effektiv annehmen.

Vor diesem Hintergrund kommt Art. 19 IV GG auch im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes die Aufgabe zu, so weit wie möglich Schutz vor irreparablen Entscheidungen und Schäden, wie sie insbesondere durch die (sofortige) Vollziehung hoheitlicher Maßnahmen entstehen können, zu bieten³. Das bedeutet konkret, dass aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes folgt, soweit als möglich zu verhindern, dass durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme bzw. durch den Vollzug einer untergesetzlichen Norm Tatsachen geschaffen werden, die insbesondere dann, wenn sich die Maßnahme bereits nach einer summarischen richterlicher Prüfung als rechtswidrig bzw. als verfassungswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können⁴. Entzieht sich das Fachgericht dieser verfassungsrechtlich determinierten Pflicht im Eilrechtsschutzverfahren, obwohl es erkannte, dass nach einer summarischen Prüfung die angegriffene hoheitliche Maßnahme offensichtlich mit dem Grundgesetz unvereinbar war, so liegt hierin ein Verstoß von Art. 19 IV GG begründet.

1.2.2 Möglichkeit der Verletzung von Art. 19 IV GG

Durch die Missachtung der ständigen Rechtsprechung zu § 47 VI VwGO, dessen gesetzlicher Tatbestandsvoraussetzungen und der Verkennung der Bedeutung von Art. 19 IV GG im Eilrechtsschutz durch das Obergerverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern besteht die substantiierte Möglichkeit einer Verletzung des Art. 19 IV GG.

² So die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, statt aller: BVerfG, Beschl. v. 24.7.2018 – 2 BvR 1961/09, BVerfGE 149, 346; Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03, BVerfGE 118, 168 (207); Urt. 27.2.2007 – 1 BvR 538, 2045/06, BVerfGE 117, 244; Urt. v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 273 (310) und m. w. N. *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 46. Ed., Art. 19 GG Rn. 74.

³ BVerfG, Beschl. v. 14.9.2016 – 1 BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149, Rn. 19.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.9.2016 – 1 BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149, Rn. 20.

Ein Antrag nach § 47 VI VwGO ist begründet, wenn die einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Insofern mag der Wortlaut des § 47 VI VwGO noch offen lassen, wie die Fachgerichte konkret einen Anspruch und Grund auf Anordnung einer vorläufigen Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Norm zu prüfen haben. Allerdings hat sich hierzu mittlerweile eine gefestigte und ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte herausgebildet, wonach auch im Rahmen der Begründetheit eines Eilantrages im Verfahren nach § 47 VI VwGO primär die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrages zu prüfen sind⁵. Ergibt sich sodann, dass der Antrag voraussichtlich (zulässig und) begründet sein wird, so stellt dies ein wesentliches Indiz dafür dar, dass der weitere Vollzug der Rechtsverordnung bis zur Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden *muss*. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsachentscheidung unaufschiebbar ist⁶. Eine Folgenabwägung wäre *nur* dann vorzunehmen, wenn die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens offen sind. Ist das Hauptsacheverfahren hingegen *voraussichtlich* erfolgreich, ist dem Antrag ohne Abwägung der Folgen des vorläufigen Vollzugs stattzugeben⁷.

⁵ BVerwG, Beschl. v. 25.2.2015 – 4 VR 5/14, juris, Rn. 4; Beschl. v. 16.9.2015 – 4 VR 2/15 u.a., juris, Rn. 4; NdsOVG, Beschl. v. 18.5.2021 – 13 MN 260/21, Rn. 14; Beschl. v. 15.10.2020 – 13 MN 371/20, juris, Rn. 24; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 4.5.2021 – 1 S 1228/21, Rn. 19; Beschl. v. 9.8.2016 – 5 S 437/16, Rn. 25; SächsOVG, Beschl. v. 22.4.2021 – 3 B 172/21, Rn. 36; Beschl. v. 15.4.2020 – 3 B 114/20, juris, Rn. 11; Beschl. v. 10.7.2019 – 4 B 170/19, juris, Rn. 20; Beschl. v. 20.12.2013 – 4 B 504/13, juris, Rn. 2; OVG S-A, Beschl. v. 27.11.2020 – 3 R 226/20, juris, Rn. 18; BayVGH, Beschl. v. 28.9.2020 – 20 NE 20.2142, juris, Rn. 19; OVG Saar, Beschl. v. 22.4.2020 – 2 B 130/20, juris, Rn. 10; HessVGH, Beschl. v. 8.4.2020 – 8 B 910/20.N, openjur.de Rn. 97; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 22.10.2019 – 6 B 11533/19, juris, Rn. 5; OVG NRW, Beschl. v. 25.4.2019 – 4 B 480/19.NE, juris, Rn. 9 ff.; OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 30.8.2017 – 1 S 45/17, juris, Rn. 17.

⁶ BVerwG: Beschl. v. 25.2.2015 - 4 VR 5/14, juris, Rn. 4.

⁷ BVerwG, Beschl. v. 30.4.2019 – 4 VR/19, juris, Rn. 4; so auch die einhellige Auffassung im Schrifttum: *Meiser/Füßer*, SächsVBl. 3/2021, 61 (62 f.); *Hartl*, NVwZ 2020, 1131; *W.-R. Schenke/R. P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 47 Rn. 153 f.; *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, Rn. 597 ff.; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 33. EL (Stand: Juni 2017), § 47 Rn. 158; v. *Albedyll*, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 2. Aufl. 2002, § 47 Rn. 135; *Schmidt*, in:

Diese summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache ist jedenfalls dann geboten und ein umso stärkeres Gewicht beizumessen, wenn ein Abwarten bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens den dem Antragsteller zustehenden Anspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit vereiteln und damit die Hauptsacheentscheidung zum Teil oder ganz vorwegnehmen würde oder eine Rechtsschutzlücke entstünde⁸.

...

1.2.3 Selbstbetroffenheit, Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit

...

1.3 Rechtswegerschöpfung, Rechtsschutzbedürfnis und Subsidiarität

...

2 Annahme zur Entscheidung

...

3 Begründetheit

...

Das Oberverwaltungsgericht hat zu Unrecht und unter offensichtlicher Missachtung der hierzu einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung den Antrag des Beschwerdeführers nach § 47 VI VwGO auf vorläufige Außervollzugsetzung einer rechts- bzw. verfassungswidrigen Rechtsverordnung abgelehnt (sogleich 3.1). Es hat ferner die generelle Bedeutung der Garantie des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG innerhalb des Eilrechtsschutzverfahrens nach § 47 VI VwGO in erheblicher Weise verkannt (danach 3.2). Die Entscheidung beruht auf dieser verfassungswidrigen Auslegung des § 47 IV VwGO (abschließend 3.3) Im Einzelnen:

3.1 Verfassungswidrige Anwendung des § 47 VI VwGO

Die beschwerdegegenständliche Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts übersieht die aus Art. 19 IV GG folgenden besonderen Anforderungen an die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes im fachgerichtlichen Eilverfahren nach § 47 VI VwGO und die hierzu ergangene höchst- sowie obergerichtlich etablierte Rechtsprechung. Das Gericht hat hier von einer

Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 47 Rn. 106; *Wilke*, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2008, § 5 Rn. 358.

⁸ *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, Rn. 599; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 47 Rn. 168; *W.-R. Schenke/R. P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 47 Rn. 153.

vorläufigen Außervollzugsetzung der Norm abgesehen, obwohl es ausdrücklich erkannt hat, dass diese den Beschwerdeführer in evidenter Weise in seinem Recht aus Art. 3 I GG verletzt und der weitere Vollzug der streitgegenständlichen Rechtsverordnung den Beschwerdeführer damit einer verfassungswidrigen Einschränkung seiner Grundrechte bis zur Entscheidung in der Hauptsache unterwirft, die nicht mehr rückgängig zu machen ist.

Das Gericht geht zunächst zu Unrecht davon aus, dass die besondere erga omnes Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung nach § 47 VI VwGO in jedem Falle eine Folgenabwägung unter Berücksichtigung des Interesses des Beschwerdeführers an der vorläufigen Suspendierung der streitgegenständlichen Rechtsverordnung mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit erfordere. Es trifft zwar zu, dass sich das besondere Eilrechtsschutzverfahren aus § 47 VI VwGO in seiner Wirkung von den übrigen Eilrechtsschutzverfahren im Verwaltungsprozessrecht unterscheidet. Dies kann jedoch dem voraussichtlichen Erfolg der Hauptsache als wesentliches Indiz, dass eine vorläufige Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Rechtsverordnung erfolgen muss, nicht entgegengehalten werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Fachgericht wie in diesem Fall bereits nach einer summarischen Prüfung eine Verletzung von Art. 3 I GG durch die angegriffene Rechtsnorm und damit eine evidente grundrechtliche Indikation des Erfolgs des Antrags in der Hauptsache als sicheres Ergebnis richterlicher Erkenntnisbildung festgestellt hat. Insoweit hat das Oberverwaltungsgericht hier ebenso verkannt, dass die Anordnung einer vorläufigen Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Rechtsverordnung nach § 47 VI VwGO auch nach der Rechtsprechung, die sich weiterhin streng an den Voraussetzungen des § 32 I BVerfGG orientiert bzw. orientierte, im Falle einer offensichtlichen Begründetheit des Antrags in der Hauptsache keine gesonderte Folgenabwägung bedurfte und auch keine Ablehnung einer vorläufigen Außervollzugsetzung rechtfertigen konnte⁹. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Eilentscheidung nach § 47 VI VwGO wegen ihrer Wirkung zwar eine besondere ist, sie kann jedoch nicht per se mit den Verfahren nach § 32 I BVerfGG gleichgesetzt werden. Während Entscheidungen nach § 32 I BVerfGG auch Parlamentsgesetze erfassen, erstreckt sich das Eilrechtsschutzverfahren gemäß § 47 VI VwGO nur auf untergesetzliche Normen. Diese sind und müssen als Akte der Exekutive stets der vollumfänglichen gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein, wenngleich die Anforderungen an eine Anordnung nach § 47 VI VwGO im Vergleich zu einer

⁹ Vgl. ThürOVG, Beschl. v. 28.5.2020 – 3 NE 359/20, juris, Rn. 89; BayVGH, Beschl. v. 30.10.2014 – 1 NE.1548, juris, Rn. 9; OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 10.8.2010 – 10 S 20.10, juris, Rn. 17; NdsOVG, Beschl. v. 19.12.2002 – 1 MN 297/02, juris, Rn. 5.

Anordnung nach § 123 VwGO bei offenen Erfolgsaussichten aufgrund der allgemeinverbindlichen Wirkung einer Entscheidung gemäß § 47 VI VwGO in der Tat strenger sind¹⁰. Die gerichtliche Kontrolle untergesetzlicher Normen unterscheidet sich schließlich auch in den spezifischen Folgen für den konkreten Normgeber, da der Verordnungsgeber im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgeber schneller und unkomplizierter auf die festgestellte Rechtsverletzung durch eine Normnovellierung reagieren kann. Dies war letztlich in dem beschwerdegegenständlichen Verfahren jedoch nicht der Fall, da insoweit die Erfolgsaussichten der Hauptsache zugunsten des Beschwerdeführers eindeutig festgestellt worden sind.

Selbst wenn das Fachgericht im Rahmen der beschwerdegegenständlichen Entscheidungen davon ausgeht, dass es nach der insoweit überwundenen Rechtsprechung für eine Entscheidung nach § 47 VI VwGO in Anlehnung an § 32 I BVerfGG allein auf eine besondere Folgenabwägung zwischen dem vorläufigen individuellen Suspensivinteresse und dem Interesse der Allgemeinheit an dem weiteren Vollzug der streitgegenständlichen Norm bedürfe, kann diese im konkreten Fall nicht zulasten des Beschwerdeführers ausgehen. Hierbei verkennt das Fachgericht, dass es weder im Interesse der Allgemeinheit steht eine grundrechtswidrige Rechtsvorschrift zu vollziehen noch gewichtige Gründe bestehen, die in einem freiheitlichen Rechtsstaat den Betroffenen einen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff zumuten können – mögen diese Gründe auch noch so dringend und nachvollziehbar sein¹¹. Die in der fachgerichtlichen Entscheidung dargelegten Grundrechte Dritter (in der konkreten Entscheidung Art. 2 II GG) stellen zwar grundsätzlich im Wege der von der Rechtsprechung anerkannten Figur des kollidierenden Verfassungsrechts einen Aspekt dar, die einen Grundrechtseingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermögen, sie können jedoch die gerichtliche Durchsetzung eines zuvor festgestellten gleichheitswidrigen und sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff nicht hemmen. Zumindest kann dies nicht für exekutivgesetztes Recht gelten. Würde man in diesem Punkt der Argumentation der beschwerdegegenständlichen Entscheidung folgen, ließe man de facto einen außergesetzlichen Notstand zu, für den der universale Geltungsanspruch der Verfassungsordnung des Grundgesetzes in Bezug auf Akte hoheitlicher Gewalt nur noch eine eingeschränkte Wirkung entfalte und mit Art. 1 III, 20 III GG unvereinbar wäre. Die im April 2020 in einem ähnlich gelagerten Verfahren nach § 47 VI

¹⁰ *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 47 Rn. 168; *Hartl*, NVwZ 2020, 1131; instruktiv zum Unterschied zwischen § 123 VwGO u. § 47 VI VwGO mit Blick auf den Prüfungsmaßstab auch BVerwG, Beschl. v. 18.5.1998 – 4 VR 2/98, juris, Rn. 3.

¹¹ Ähnlich auch BVerfG, Beschl. v. 27.1.2006 – 1 BvQ 4/06, juris; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 4.5.2021 – 1 S 1228/21, juris, Rn. 34.

VwGO ergangene Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs muss in dieser Hinsicht als ausbrechendes und atypisches Judikat bezeichnet werden, wenn der Verwaltungsgerichtshof einen „Notstand“ annimmt, der eine grundrechtswidrige Fortgeltung der angegriffenen Rechtsverordnung ausnahmsweise rechtfertigt¹². Dabei muss an dieser Stelle auch auf den besonderen Kontext zu Beginn der SARS-CoV-2-Pandemie verwiesen werden, indem der Verwaltungsgerichtshof damals von einer Außervollzugsetzung trotz offensichtlicher Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung abgesehen hat. In einer solchen außergewöhnlichen Situation befand sich das Oberverwaltungsgericht zum Zeitpunkt der beschwerdegegenständlichen Entscheidung auf jeden Fall nicht mehr, sofern diese überhaupt geeignet ist, sich über die rechtliche Bindung des Gerichts an die Vorgaben des § 47 VI VwGO hinwegzusetzen. Geht man zugunsten des Oberverwaltungsgerichts davon aus, dass dies nicht die Intension des Gerichts war, so verbliebe jedoch in dieser Hinsicht ein eklatanter argumentativer Widerspruch innerhalb der fachgerichtlichen Entscheidung und eine Missachtung der hierzu eindeutigen Rechtsprechung, die nicht zulasten des grundrechtlich indizierten Anspruchs des Beschwerdeführers auf vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Rechtsverordnung gehen dürfen.

Dabei verkennt das Oberverwaltungsgericht in seinem Beschluss letztlich auch, dass es durchaus in der Lage gewesen wäre, dem Rechtsschutzziel des Beschwerdeführers im Lichte des Art. 19 IV GG einerseits und den vermeintlich gewichtigen Interessen der Allgemeinheit am weiteren Vollzug der *gesamten* angegriffenen Vorschrift andererseits, vollumfänglich zu entsprechen. Das Fachgericht wäre prozessrechtlich dazu ermächtigt und mit Blick auf effektiven gerichtlichen Grundrechtsschutz aus Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen, dem ursprünglichen Antrag des Beschwerdeführers auf eine *Teil*-Außervollzugsetzung der Norm hinsichtlich einer Ausnahme vom Aufenthaltsverbot für geimpfte Personen mit Zweitwohnsitz nachzukommen. Da das Oberverwaltungsgericht zu Unrecht annimmt, dass ein Antrag auf teilweise Außervollzugsetzung im Rahmen des Eilverfahrens nach § 47 VI VwGO unstatthaft sei¹³, übersieht es, dass gerade ein Antrag in dieser Gestalt aufgrund des Art. 19 IV GG mit Blick auf eine etwaige Folgenabwägung zwischen dem individuellen Suspensiv- und dem öffentlichen Vollzugsinteresse geradezu erforderlich ist. Dies ergibt sich daraus, dass die im Rahmen einer Folgenabwägung aufgrund eines

¹² BayVGH, Beschl. v. 27.4.2020 – 20 NE 20.793, juris, Rn. 27 f.

¹³ So jedoch ausdrücklich OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 21.7.2020 – OVG 11 S 65/20, juris, Rn. 25 u. 26; BayVGH, Beschl. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463; OVG Saar, Beschl. v. 23.6.2020 – 2 B 222/20, juris Rn. 4 m.w.N. in Fn. 3; Beschl. v. 6.8.2020 – B 258/20, vgl. Tenor und m.N.w. Ziekow, in: Sodan/Ziekow, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 248 m.w.N.

Antrags auf Teilaußervollzugsetzung einzustellenden Abwägungsparameter gänzlich andere sind. So wären die möglichen negativen Auswirkungen einer nur teilweisen vorläufigen Außervollzugsetzung des Aufenthaltsverbots für geimpfte Personen mit Zweitwohnsitz für die Allgemeinheit in Bezug auf die Pandemiebekämpfung weit weniger gravierend bzw. aufgrund des vom Oberverwaltungsgericht getroffenen Befundes, dass vollständig geimpfte Personen keine Rolle bei der Pandemie spielen, nicht vorhanden. Hierdurch wird deutlich, dass das Oberverwaltungsgericht bei der Auslegung des ursprünglichen Antrags des Beschwerdeführers die Bedeutung des Art. 19 IV GG für das Eilverfahren nach § 47 VI VwGO offensichtlich verkannt hat und damit zu einer verzerrten Folgenabwägung gelangt, die den Kern des Antragsbegehrens (vgl. § 88 VwGO) des Beschwerdeführers im Lichte des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes übergeht¹⁴. Nur durch die Möglichkeit der begehrten teilweisen Außervollzugsetzung kann effektiver Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 IV GG gewährt werden, da der Erfolg des rechtsschutzsuchenden Bürgers andernfalls von der konkreten Ausgestaltung der Rechtsverordnung durch den Ordnungsgeber abhinge, was zu nicht gewollten Rechtsschutzlücken führen könnte. Der Bürger darf nicht durch die Formulierung der Rechtsverordnung schlechter gestellt werden. Ein generelles Verbot mit verschiedenen Ausnahmetatbeständen unterliegt keiner anderen gerichtlichen Kontrolle als eine Norm die lediglich konkrete Handlungen (jeweils in verschiedenen Absätzen der Norm) untersagt. Die vom Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern vorgenommene Auslegung des Prozessrechts beschränkt den effektiven Rechtsschutz in Normenkontrollverfahren und Eilverfahren nach § 47 VI VwGO unangemessen. Die Grenze der gerichtlichen Teilaußervollzugsetzung ist vielmehr nur dann überschritten, wenn das Gericht bei der Teilaußervollzugsetzung als Ordnungsgeber auftritt und eine eigene Regelung trifft. Dies ist jedoch bei der auf bestimmte Personengruppen bezogenen teilweisen Außervollzugsetzung gerade nicht der Fall.

Des Weiteren zieht sich das Oberverwaltungsgericht zu Unrecht auf eine mögliche Abhilfe der Verfassungswidrigkeit der streitgegenständlichen Rechtsverordnung durch den Ordnungsgeber zurück. Es widerspricht dem grundsätzlichen Gedanken des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG, wenn das angerufene Gericht eine gerichtliche Anordnung im Rahmen des § 47 VI VwGO verweigert und auf eine verfassungsrechtliche Pflicht des Ordnungsgebers verweist, der festgestellten Verfassungswidrigkeit selbst Abhilfe zu verschaffen. Die Gerichte müssen potenziell

¹⁴ Zur Bedeutung des verfassungsrechtlichen Gebots des effektiven Rechtsschutzes bei *W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, 25. Aufl. 2019, § 88 Rn. 3 m.w.N.

rechtsverletzende Akte der Exekutive nicht nur in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einer vollumfänglichen Prüfung unterziehen, sie müssen den betroffenen Rechten vielmehr auch tatsächliche Wirksamkeit verschaffen¹⁵. Dementsprechend sind die Fachgerichte nicht dazu befugt, zusammen mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm eine Fortgeltungsanordnung zu treffen¹⁶. Das Oberverwaltungsgericht maß sich in der beschwerdegegenständlichen Entscheidung die Setzung von Rechtsfolgen an, die das Gesetz ihm nicht gewährt (vgl. § 47 V 2 VwGO) und zur domaine réservé eines Verfassungsgerichts gehören. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu ebenfalls unmissverständlich und zutreffend aus, dass es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, von einer solchen Entscheidung weder aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität noch aus sonstigen Gründen abzusehen¹⁷. Ihnen steht im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht jenseits der Unwirksamkeitserklärung nach § 47 V 2 VwGO eine bloße Feststellung der Unvereinbarkeit der angegriffenen Norm mit höherrangigem Recht ad libitum nicht zu. Das Oberverwaltungsgericht hätte hier vielmehr in Anbetracht der drohenden Schaffung vollendeter Tatsachen durch die verfassungswidrige Rechtsverordnung von seiner nach § 47 VI VwGO gesetzlich ausdrücklich eingeräumten Anordnungscompetenz selbst Gebrauch machen müssen.

3.2 Eklatante Rechtsschutzlücke im Eilrechtsschutz als Konsequenz

Schließlich verkennt das Fachgericht, dass sich durch die beschwerdegegenständliche Entscheidung flagrante Rechtsschutzlücken hinsichtlich des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Rechtsverordnungen ergeben, die nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG vereinbar sind. Eine Anordnung zur vorläufigen Außervollzugsetzung im Rahmen des Eilrechtsschutzes ist nach § 47 VI VwGO in ganz besonderer Weise nach Art. 19 IV GG geboten, wenn sich bspw. aufgrund der Kürze der Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Norm ergibt, dass der Vollzug der Rechtsverordnung bis zur Hauptsachentscheidung vollendete Tatsachen schaffen würde und sich hier gegen keine alternativen Rechtsschutzmöglichkeiten dartun, die sich im Hinblick auf die Abwehr schwerer Nachteile und des Grundrechtsschutzes gleichsam effektiv darstellen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bereits absehbar ist, dass die stark begrenzte Geltungsdauer der angegriffenen Rechtsverordnung bereits vor der Entscheidung in der Hauptsache enden wird. Somit

¹⁵ Vgl. statt aller BVerfG, Beschl. v. 24.7.2018 – 2 BvR 1961/09, NJW 2018, 3374, Rn. 33.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2018 – 2 BvL 4/11, juris, Rn. 70.

¹⁷ BVerwG, Beschl. v. 24.2.2020 – 9 BN 9/18, juris, Rn. 25; Beschl. v. 27.11.2019 – 9 C 4/19, juris, Rn. 20; Beschl. v. 29.9.2004 – 10 C 3/04, juris, Rn. 18.

wird wie in dem beschwerdegegenständlichen Verfahren ein effektiver Rechtsschutz in der Hauptsache aufgrund der kurzen Geltungsdauer insbesondere der infektionsschutzrechtlichen Rechtsverordnungen meist nicht zu erreichen sein. Den Antragstellern bliebe in dieser Situation nur ein Feststellungsantrag im Eilrechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO. Dieser ist in seinen Voraussetzungen zwar weniger streng, in den Fällen sogenannter self-executing-Normen, wie sie die Rechtsverordnung des beschwerdegegenständlichen Verfahrens eine ist, kann von einer gesicherten Rechtsschutzalternative zu § 47 VI VwGO aufgrund des derzeit in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum noch ungeklärten sowie umstrittenen Konkurrenzverhältnisses zwischen § 43 II und § 47 VwGO keine Rede sein. So nahm bspw. der Bayerische Verwaltungsgerichtshof jüngst an, dass die besonderen Voraussetzungen des § 47 VI VwGO einen Rückgriff auf einen vorläufigen Feststellungsantrag nach § 123 VwGO sperrten, wenn sich das Rechtsschutzziel erkennbar gegen eine Verbotsnorm richtet, die in der Regel keiner weiteren behördlichen Vollzugsentscheidung mehr bedarf.¹⁸ Es alternativ auf eine konkrete behördliche Vollzugsentscheidung sowie der damit einhergehenden Imponderabilien anzulegen und somit möglicherweise im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens die gerichtliche Feststellung als materiell-rechtliche Vorfrage zu erwirken, ist dem Antragsteller jedoch ebenso nicht zu zumuten und mit Art. 19 IV GG unvereinbar. Er hat vielmehr einen aus Art. 19 IV GG stammende schutzwürdigen Anspruch, verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen bezüglich einer untergesetzlichen Norm durch die fachspezifischere Rechtsschutzform klären zu lassen¹⁹. Nicht zuletzt wäre ein Antrag nach § 123 VwGO allein schon deswegen mit Blick auf das Rechtsschutzziel des Beschwerdeführers nicht sachgerecht, da dieser gegen sämtliche Ordnungsbehörden einen einstweiligen Rechtsschutz im betreffenden Bundesland erwirken müsste, da die streitgegenständliche Norm ein Aufenthaltsverbot (§ 5 Corona-Landesverordnung Mecklenburg-Vorpommern) nicht nur für den Zweitwohnsitz statuiert sondern für das gesamte Territorium des Landes und er sich bis zu seinem Reiseziel – dem Zweitwohnsitz – durch mehrere Landkreise bewegt,

¹⁸ BayVGH, Beschl. v. 18.6.2020 – 20 CE 20.1388, juris, Rn. 3 u. ebenso OVG Bremen, NVwZ-RR 2001, 378; BVerwG, DÖV 1965, 169; *Happ*, in: Eyerman, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 43 Rn. 9 u. 16; *Kenntner*, in: Quaas/Zuck, Prozess in Verwaltungssachen, 2008, § 3 Rn. 364; a.A. dagegen wohl BVerwG, Urt. v. 28.6.2000 – 11 C 13.99, NJW 2000, 3584 und *Selb*, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, 1998, Berlin, S. 83 f.; v. *Albedyll*, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 2. Aufl. 2002, § 43 Rn. 13; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 43 Rn. 58.

¹⁹ So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856.

Folglich ist der Antragssteller insbesondere mit Blick auf den Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen auf eine im Lichte des Art. 19 IV GG verständige Würdigung des § 47 VI VwGO angewiesen, um effektiven Rechtsschutz zu erlangen. Die dem beschwerdegegenständlichen Beschluss zugrundeliegende Auslegung des § 47 VI VwGO verursacht dagegen gravierende Rechtsschutzlücken im Eilverfahren, die mit Art. 19 IV GG nicht zu vereinbaren sind.

3.3 Beruhen

Die Entscheidung des Gerichts beruhte auch auf der unzureichenden Beachtung der sich aus Art. 19 IV GG ergebenden Anforderungen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Fachgericht bei einer verfassungsrechtlich gebotenen Befassung mit dem Eilrechtsschutzbegehren zu einem für den Beschwerdeführer günstigerem Ergebnis gelangt wäre.

Klaus Füßer
Rechtsanwalt