

B e s c h l u s s

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

des minderjährigen Kindes

Beschwerdeführerin und Antragstellerin,

Bevollmächtigte:

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

hat der

VERFASSUNGSGERICHTSHOF FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 17. Februar 2021

unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

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

beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Beschwerdeführerin ist Schülerin der 4. Klasse einer Grundschule in Köln. Sie wendet sich gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 7. Januar 2021, wonach ein Präsenzunterricht an Schulen grundsätzlich nicht stattfindet.

2. Einen Antrag der Beschwerdeführerin auf vorläufige Aussetzung des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO in der bis zum 31. Januar 2021 geltenden Fassung lehnte das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 22. Januar 2021 – 13 B 47/21.NE – ab. Der in der Hauptsache noch zu erhebende Normenkontrollantrag sei nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung nicht offensichtlich begründet. Die deswegen anzustellende Folgenabwägung falle zu Lasten der Beschwerdeführerin aus.

3. Am 22. Januar 2021 hat die Beschwerdeführerin gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO Verfassungsbeschwerde erhoben. Ihren gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung betreffend § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO in der bis zum 31. Januar 2021 bzw. 14. Februar 2021 geltenden Fassung hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 29. Januar 2021 abgelehnt. Über die Verfassungsbeschwerde ist noch nicht entschieden.

4. Unter Hinweis auf Verlautbarungen der Landesregierung, wonach auch über den 14. Februar 2021 hinaus ein Präsenzunterricht grundsätzlich nicht stattfinden werde, hat die Beschwerdeführerin am 14. Februar 2021 erneut einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt.

## II.

Der Antrag hat keinen Erfolg.

1. Offen bleiben kann, ob die der Sache nach begehrte vorläufige Aussetzung des Vollzugs des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO in der ab dem 14. Februar 2021 geltenden Fassung schon deshalb ins Leere geht, weil die angegriffene Regelung bereits außer Kraft getreten ist. Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass die Coronabetreuungsverordnung zwar durch Art. 2 Nr. 3 der Fünfzehnten Verordnung zur Änderung von Rechtsverordnungen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 12. Februar 2021 (GV. NRW. 2021 S. 144) dahingehend geändert wurde, dass sie generell erst mit Ablauf des 21. Februar 2021 außer Kraft tritt, aber die angegriffene Regelung des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO schulische Nutzungen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 3 CoronaBetrVO weiterhin ausdrücklich nur in der Zeit vom 30. Januar bis zum 14. Februar 2021 untersagt. Ob die Untersagungsregelung des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO deshalb ohnehin schon ihre Gültigkeit verloren hat oder es sich – trotz des eindeutigen Wortlauts – um ein im Wege der systematischen Auslegung noch überwindbares redaktionelles Versehen handelt, bedarf keiner Entscheidung. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist jedenfalls aus anderen Gründen unzulässig.

2. Ihm steht der Grundsatz der Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes gegenüber dem fachgerichtlichen Eilrechtsschutz entgegen.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt nur in Betracht, wenn der Antragsteller bestehende Möglichkeiten, fachgerichtlichen Eilrechtsschutz zu erlangen, ausgeschöpft hat (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1, juris, Rn. 20, und vom 29. Januar 2021 – VerfGH 16/21.VB-1, n. v., S. 6 des Beschlussabdrucks, jeweils m. w. N.).

Einen solchen fachgerichtlichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO i. V. m. § 109a JustG NRW hat die Beschwerdeführerin in Bezug auf § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO in der angegriffenen Fassung nicht gestellt. Dies wäre aber deshalb erforderlich, weil die Entscheidung des Verordnungsgebers, die Geltungsdauer der Verordnung – und hier unterstellter Maßen des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO – zu verlängern, als Akt der Normsetzung anzusehen ist, der grundsätzlich das Erfordernis der vorherigen Rechtswegerschöpfung erneut auslöst.

Von der vorherigen Stellung dieses fachgerichtlichen Antrags kann hier selbst bei Annahme allgemeiner Bedeutung aus Gründen der rechtlichen und tatsächlichen Vorklärung nicht abgesehen werden (dazu a)) und auch nicht wegen schwerer und unabwendbarer Nachteile (dazu b)), wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit dieses Antrags (dazu c)) oder wegen einer sonstigen Ausnahme von der Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, wie sie der Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 29. Januar 2021 – VerfGH 16/21.VB-2 – angenommen hat (dazu d)).

**a)** Auch wenn dem Verfahren in entsprechender Anwendung des § 54 Satz 2 Alt. 1 VerfGHG eine allgemeine Bedeutung beigemessen würde, käme ein Absehen vom Erfordernis des vorherigen Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hier nicht in Betracht.

**aa)** Eine derartige Vorabentscheidung kommt in der Regel dann nicht in Betracht, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen noch nicht aufgeklärt sind oder die einfachrechtliche Lage nicht hinreichend geklärt ist. Es obliegt vorrangig den Fachgerichten, einfachrechtliche Vorschriften auszulegen und die zur Anwendung der Vorschriften erforderlichen Ermittlungen sowie die Würdigung des Sachverhaltes vorzunehmen. Die grundsätzliche Notwendigkeit der Rechtswegerschöpfung soll dabei unter anderem gewährleisten, dass dem Verfassungsgerichtshof in der Regel nicht nur die abstrakte Rechtsfrage und der Sachvortrag des Beschwerdeführers unterbreitet werden, sondern dass auch die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein für diese Materie zuständiges Gericht vorliegt. Der Vorklärung durch die Fachgerichte kommt insbesondere dort Bedeutung zu, wo die Beurteilung der mit der Verfassungsbeschwerde erhobenen Rügen die Prüfung tatsächlicher oder einfachrechtlicher Fragen voraussetzt, für die das Verfahren vor den Fachgerichten besser geeignet ist (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 27. Oktober 2020 – VerfGH 127/20.VB-1, juris, Rn. 11 f., m. w. N.).

**bb)** Dies ist hier der Fall. Das Oberverwaltungsgericht könnte nicht nur die von der Beschwerdeführerin selbst zu Recht aufgeworfene einfachrechtliche Frage vorklären, ob die angegriffene Vorschrift des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO überhaupt noch in Kraft ist. Es könnte auch die erforderliche Aufbereitung der Sach- und Rechtslage dahingehend übernehmen, ob die angegriffene Vorschrift – ihre fortwährende Geltung unterstellt – mit Blick auf die tatsächliche Entwicklung des Pandemiegeschehens und die dazu vorliegenden fachwissenschaftlichen Einschätzungen noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.

Dies ist nicht deshalb entbehrlich, weil sich das Oberverwaltungsgericht bereits mit Beschluss vom 22. Januar 2021 zur Vereinbarkeit des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO mit höherrangigem Recht verhalten hat und deshalb ein Erkenntnisgewinn in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bei einer erneuten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nicht zu erwarten wäre. Von einer Zwecklosig-

keit der erneuten Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes in diesem Sinne ist gerade nicht (mehr) auszugehen. Der die Beschwerdeführerin betreffende Beschluss vom 22. Januar 2021 und die weiteren Beschlüsse desselben Datums betrafen die Coronabetreuungsverordnung in der bis zum 31. Januar 2021 geltenden Fassung. Im Anschluss daran hat das Oberverwaltungsgericht, soweit ersichtlich, keine weitere Entscheidung zur Rechtmäßigkeit der Untersagung des Präsenzunterrichts getroffen. Seit diesen Beschlüssen ist nahezu ein Monat verstrichen. Das rechtfertigt schon mit Blick auf die Wertung des § 28a Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 IfSG, wonach die Geltungsdauer von – wie hier – nach § 32 i. V. m. § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen grundsätzlich vier Wochen beträgt, die Annahme, dass es einer erneuten eingehenden (gerichtlichen) Überprüfung der der Rechtsverordnung zugrunde liegenden Umstände bedarf. Auch die Beschwerdeführerin führt die weitere tatsächliche Entwicklung des Pandemiegeschehens, insbesondere der Infektionszahlen, die für sie mit fortschreitender Geltungsdauer zunehmenden persönlichen Belastungen sowie neue wissenschaftliche Erkenntnisse zur Begründung ihres Antrags an. Diese bedürfen einer Vorklärung durch das nach der Aufgabenverteilung zwischen der Fach- und der Verfassungsgerichtsbarkeit in erster Linie zuständige Oberverwaltungsgericht.

**b)** Der Beschwerdeführerin entsteht auch nicht entsprechend § 54 Satz 2 Alt. 2 VerfGHG ein schwerer oder unabwendbarer Nachteil dadurch, dass sie vor Inanspruchnahme des verfassungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes auf den fachgerichtlichen Rechtsweg des vorläufigen Rechtsschutzes verwiesen wird.

Ohne Erfolg beruft sie sich insoweit auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofs vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1 – und die dort zugrunde gelegten Erwägungen, dass ein schwerer und unabwendbarer Nachteil im Sinne des § 54 Satz 2 Alt. 2 VerfGHG mit Blick auf eine kurze Geltungsdauer der angegriffenen Rechtsnorm anzunehmen sein kann. In dieser Entscheidung hat der Verfassungsgerichtshof unter anderem darauf abgestellt, dass bei kurzer Geltungsdauer

der angegriffenen Rechtsnorm der fachgerichtliche Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren einen gegenwärtigen, besonders intensiven Grundrechtseingriff nicht mehr beseitigen, sondern allenfalls zur nachträglichen Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit führen könne, er also zur Behebung des derzeit akut andauernden Grundrechtseingriffs mithin nicht geeignet sei (juris, Rn. 36 ff.).

Diese Erwägungen bezogen sich ausdrücklich auf die Subsidiarität der in der Hauptsache anhängigen Verfassungsbeschwerde gegenüber dem fachgerichtlichen Hauptsacheverfahren, nicht aber auf die Subsidiarität des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 27 Abs. 1 VerfGHG gegenüber dem fachgerichtlichen Eilrechtsschutz. Hierauf sind sie auch nicht übertragbar.

Sonstige Gründe, wegen derer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsprechend § 54 Satz 2 Alt. 2 VerfGHG im Falle eines erneuten Antrags nach § 47 Abs. 6 VwGO i. V. m. § 109a JustG NRW anzunehmen sein könnte, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

**c)** Ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 47 Abs. 6 VwGO i. V. m. § 109a JustG NRW ist der Beschwerdeführerin entgegen ihrer Auffassung auch nicht wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit dieses Antrags unzumutbar.

**aa)** Von vornherein aussichtslos ist ein Rechtsbehelf jedenfalls dann, wenn er offensichtlich unstatthaft oder unzulässig ist. Die offensichtliche Aussichtslosigkeit kann sich aber etwa auch daraus ergeben, dass im Hinblick auf eine gefestigte jüngere und einheitliche Rechtsprechung des jeweils obersten Fachgerichts im konkreten Einzelfall keine hiervon abweichende Entscheidung in der Sache zu erwarten ist, oder wenn der Beschwerdeführer schon einmal erfolglos den Rechtsweg beschritten hat und wegen einer eindeutigen gesetzlichen Regelung kein anderes Ergebnis zu erwarten ist. Mit anderen Worten, aussichtslos ist ein Rechtsbe-

helf, wenn ein Verfahren vor den Fachgerichten „bloße Formsache“ wäre (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 27. Oktober 2020 – VerfGH 127/20.VB-1, juris, Rn. 16, m. w. N.).

**bb)** Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

Eine derart gefestigte Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, die ein abweichendes Ergebnis bei seiner neuerlichen Befassung von vornherein ausgeschlossen erscheinen ließe, ist nicht gegeben. Dies liegt aus den vorstehenden Gründen insbesondere auch wegen des Erfordernisses der Feststellung und Würdigung der aktuellen Entwicklung des Pandemiegeschehens nicht nahe. Es ist nicht ersichtlich, dass das Oberverwaltungsgericht in Anbetracht der seit seinen Beschlüssen vom 22. Januar 2021 veränderten Pandemiesituation zwingend zur derselben Einschätzung insbesondere der Verhältnismäßigkeit des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO gelangen müsste.

Nichts anderes folgt aus der Annahme der Beschwerdeführerin, dass das Oberverwaltungsgericht eine „regierungskonforme[n] ‚Rechtsprechungslinie‘“ verfolge. Es ist nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass das Oberverwaltungsgericht bei erneuter Befassung mit § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO nicht die verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutzsensibilität aufbringen würde.

**d)** Die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht mehr auf die Erwägungen des Verfassungsgerichtshofs berufen, mit denen er in dem sie betreffenden Beschluss vom 29. Januar 2021 die Zulässigkeit ihres vorherigen verfassungsgerichtlichen Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität angenommen hat (S. 6 des Beschlussabdrucks):

„Die Beschwerdeführerin ist auch nicht mit Blick darauf erneut auf die Inanspruchnahme fachgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes zu verweisen, dass der Verordnungsgeber die Geltungsdauer des

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

Diese besonderen Umstände, derentwegen der Verfassungsgerichtshof eine Ausnahme vom streng zu handhabenden Grundsatz der Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes angenommen hat, liegen aus den vorstehend genannten Gründen nicht mehr vor.

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

Dr. Brandts

Prof. Dr. Heusch

Prof. Dr. Dauner-Lieb

Dr. Gilberg

Dr. Nedden-Boeger

Dr. Röhl

Prof. Dr. Wieland