

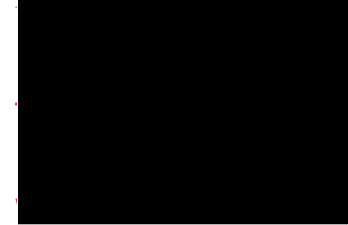
ZELLER & SEYFERT PartGmbH . [REDACTED]

Sächsisches Oberverwaltungsgericht
Ortenburg 9
02625 Bautzen

Nur per beA!

ZELLER & SEYFERT

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB



[REDACTED], den 12.12.2021
Unser Zeichen: 4619-21

DR. CHRISTIAN HENDRIK ZELLER
RECHTSANWALT . PARTNER

DR. CHRISTIAN SEYFERT
LL.M. (San Francisco, GGU)
RECHTSANWALT . PARTNER
FACHANWALT FÜR
GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ
FACHANWALT FÜR
URHEBER- UND MEDIENRECHT
FACHANWALT FÜR
INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT

Im Verfahren

Julia Neigel ./ Freistaat Sachsen
Az. 3 C 90/21

nehmen wir Stellung zum Hinweis des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts in Bezug auf die Zulässigkeit der Normenkontrolle.

1. Zulässigkeit der Normenkontrolle

a) Rechtsprechung

Vor kurzem hat der *Bayerische Verwaltungsgerichtshof* in einem Beschluss vom 04.10.2021 (Az. 20 N 20.767, dort insbesondere in RdNr. 30) zur Zulässigkeit des Antrages nach Außerkräfttreten einer durch Normenkontrollantrag angegriffenen Rechtsverordnung Stellung genommen. Wir legen diesen Beschluss in **Anlage AST9** vor. Konkret schreibt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof dort Folgendes:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entzieht zwar das Außerkräfttreten der zur Prüfung gestellten Norm dem Normenkontrollantrag grundsätzlich seinen Gegenstand. § 47 Abs. 1 VwGO geht von dem Regelfall einer noch gültigen Norm als Gegenstand des Normenkontrollantrags aus. Ein Normenkontrollantrag kann allerdings auch trotz Außerkräfttretens der angegriffenen Rechtsnorm zulässig bleiben, wenn in der Vergangenheit liegende Sachverhalte noch nach ihr zu entscheiden sind oder wenn während des Normenkontrollverfahrens eine auf kurzfristige Geltung angelegte Norm etwa wegen



Zeitablaufs außer Kraft getreten ist. Das Außerkrafttreten der Norm allein lässt den zulässig gestellten Normenkontrollantrag nicht ohne weiteres zu einem unzulässigen Antrag werden, wenn die Voraussetzung der Zulässigkeit nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO fortbesteht, nämlich, dass der Antragsteller durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten hat (BVerwG, U.v. 29.6.2001 - 6 CN 1.01 - juris Rn. 10; B.v. 2.9.1983 - 4 N 1.83 - juris Rn. 9). Der Antragsteller muss nach Außerkrafttreten der angegriffenen Norm allerdings ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung ihrer Ungültigkeit haben (vgl. BVerwG, B.v. 14.6.2018 - 3 BN 1.17 - juris Rn. 19; B.v. 2.9.1983 - 4 N 1.83 - juris Rn. 11). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die begehrte Feststellung präjudizielle Wirkung für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines auf die Norm gestützten behördlichen Verhaltens und damit für in Aussicht genommene Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche haben kann oder ein schwerwiegender Grundrechtseingriff das Rechtsschutzinteresse fortbestehen lässt (BVerwG, B.v. 26.5.2005 - 4 BN 22.05 - juris Rn. 5; B.v. 2.8.2018 - 3 BN 1.18 - juris Rn. 5). Ein solcher schwerwiegender Eingriff in die Freiheitsrechte der Antragsteller durch die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung ist vorliegend aber zu bejahen (vgl. nur BVerfG, B.v. 9.4.2020 - 1 BvR 802/20 - juris Rn. 13). Wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt festgestellt hat, sind die in den Corona-Verordnungen enthaltenen Verbote und Gebote gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie typischerweise auf kurze Geltung angelegt sind, mit der Folge, dass sie regelmäßig außer Kraft treten, bevor ihre Rechtmäßigkeit in Verfahren der Hauptsache abschließend gerichtlich geklärt werden kann. Es kommt hinzu, dass die Ge- und Verbote die grundrechtliche Freiheit häufig schwerwiegend beeinträchtigen. Da sie – wie hier die Ausgangsbeschränkung – zudem in der Regel keines Verwaltungsvollzugs bedürfen, liegt eine nachträgliche Klärung ihrer Vereinbarkeit mit Grundrechten im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nahe (vgl. BVerfG, B.v. 3.6.2020 - 1 BvR 990/20 - juris Rn. 8; B.v. 15.7.2020 - 1 BvR 1630/20 - juris Rn. 9; vgl. auch SächsOVG, U.v. 21.4.2021 - 3 C 8/20 - BeckRS 2021, 8023).“

Diese Begründung lässt sich ohne Weiteres auf den hiesigen Sachverhalt übertragen. Zur Schwere des Eingriffs in die Grundrechte der Antragstellerin verweisen wird auf die Ausführungen in der Antragschrift vom 24.11.2021. Ferner hat die Antragstellerin mit Blick auf etwaige Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche ein ganz besonderes Interesse an der Feststellung, dass die Anordnung verfassungs- und damit rechtswidrig gewesen ist. Wie wir bereits in unserer Antragschrift vom 24.11.2021 (dort insbesondere auf S. 3 unter c)) dargestellt haben, mussten die Konzerte der Antragstellerin [REDACTED] in Leipzig und Dresden auf Grund der angegriffenen 2G-Regelungen in der SächsCoronaSchVO vollständig abgesagt werden. Zuvor sind zum Konzert in Chemnitz am 18.11.2021 nur noch deutlich weniger Besucher erschienen, weil diese auf Grund der angegriffenen 2G-Regelungen in der SächsCoronaSchVO keinen Einlass zum Konzert bekamen bzw. schon vorher ihre Konzerttickets gegen Kostenerstattung zurückgegeben hatten. Der Antragstellerin ist somit ebenso wie nahezu allen anderen

Künstlerinnen und Künstlern, die in Sachsen von der angegriffenen 2G-Regelungen in der SächsCoronaSchVO erheblich (existenzbedrohlich) betroffen waren, ein erheblicher Schaden entstanden, für den sie eine Entschädigung einfordern wird.

Im konkreten Fall, den der *Bayerische Verwaltungsgerichtshof* zu entscheiden hatte (**Anlage AST9**), war die betreffende bayerische Corona-Verordnung bereits außer Kraft getreten, als die Antragstellerin dort ihre Normenkontrolle eingereicht hatte. Trotzdem hielt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Normenkontrolle mit oben zitierter Begründung für zulässig und entschied den Fall durch Beschluss mit folgender Tenorierung:

„I. Es wird festgestellt, dass § 4 Abs. 2 und 3 der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 27. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 158), zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 31. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 162) unwirksam war.

II. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

III. Die Revision wird zugelassen.“

b) Neuere Literatur

Die neuere Literatur kommt inzwischen überwiegend zu entsprechenden Ergebnissen und lässt Normenkontrollen mit entsprechender Begründung auch dann zu, wenn die mit der Normenkontrolle angegriffenen Bestimmungen bereits außer Kraft getreten waren. Wir zitieren beispielhaft *Peter Unruh, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2021, RdNr. 33* (dort mit zahlreichen weiteren Nachweisen):

„So fehlt eine eingehende und verfassungsrechtlich tragfähige Begründung für die Differenzierung nach dem Zeitpunkt des Außer-Kraft-Tretens. Im Übrigen wird nicht hinreichend deutlich, welche Zulässigkeitsvoraussetzung durch das Problem des Außer-Kraft-Tretens tangiert wird; in Betracht kommen neben der Statthaftigkeit des Antrags auch das Antragsbefugnis und das Rechtsschutzbedürfnis. Vor diesem Hintergrund haben sich in der Lit. unterschiedliche Lösungsmodelle entwickelt. Eine restriktive Auffassung beschränkt die Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags auf den Fall, dass noch aktuelle Rechtswirkungen der Norm [REDACTED] über die Rspr. hinaus als der Zeitpunkt des Außer-Kraft-Tretens keine Rolle spielen soll. Prämissen dieser Ansicht sind der Bündelungszweck und die These vom ausschließlich objektiven Charakter der Normenkontrolle nach § 47. Vorzugswürdig ist hingegen ein Ansatz, der sich in dogmatischer Hinsicht an den herkömmlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle orientiert. Eine chronologische Prüfung der einzelnen Voraussetzungen zeigt, dass das Außer-Kraft-Treten der angegriffenen Rechtsvorschrift kein Problem der Statthaftigkeit des Antrags ist. Denn zum einen setzt der Wortlaut des § 47 I

nicht ausdrücklich die aktuelle Rechtsgeltung der Norm voraus. Zum anderen ist auf die (zumindest auch anzunehmende) Rechtsschutzfunktion der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle hinzuweisen (→ Rn. 14 ff.). Sie gebietet, außer Kraft getretene Normen als tauglichen Antragsgegenstand zu betrachten, da sie trotz Geltungsverlustes eine Quelle anhaltender Rechtsverletzungen sein können. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Normenkontrolle gegen außer Kraft getretene Normen verlagert sich also auf die Ebene der Antragsbefugnis bzw. des Rechtsschutzbedürfnisses. Voraussetzung ist zunächst, dass die außer Kraft getretene Norm weiterhin aktuelle Rechtswirkungen oder zumindest Nachwirkungen entfaltet. Darüber hinaus ist ein fortwirkendes besonderes Antragsinteresse erforderlich, dessen Voraussetzungen einer Analogie aus § 113 I 4 entnommen werden können (Fortsetzungsfeststellungsinteresse). Das bedeutet, dass ein Normenkontrollverfahren gegen außer Kraft getretene und fort- bzw. nachwirkende Rechtsvorschriften dann zulässig ist, wenn eine natürliche oder juristische Person als Antragsteller ein Rehabilitationsinteresse geltend machen kann, eine präjudizielle Wirkung für einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch in Betracht kommt oder eine Wiederholungsgefahr vorliegt. Gleiches gilt für Normen, deren Geltung von vorneherein einer kurzen zeitlichen Befristung unterliegt. Für Behörden kommt ein besonderes Antragsinteresse nur in Betracht, wenn die außer Kraft getretene Norm noch für aktuelle Anwendungsfälle bedeutsam ist. Der Zeitpunkt des Außer-Kraft-Tretens ist aber in jedem Fall irrelevant.“

Was den im obigen Zitat enthaltenen Gedanken der Wiederholungsgefahr betrifft, den der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss in **Anlage AST9** nicht ausdrücklich genannt hat, so besteht im vorliegenden Fall auch eine erhebliche Gefahr, dass entsprechende 2G-Verordnungsvorschriften, wie die von uns angegriffenen, in künftigen Verordnungen in Sachsen erneut Einzug finden werden. Wir verweisen beispielhaft auf die folgende Webseite des Ministerpräsidenten von Sachsen, auf der am 18.11.2021 unter anderem Folgendes veröffentlicht worden ist:

„Demnach soll es künftig **flächendeckende 2G-Regeln** geben, die an einen Schwellenwert der Krankenhauseinweisungen gebunden werden.

2G (genesen oder geimpft) soll beispielsweise dann für Freizeiteinrichtungen, Veranstaltungen, gastronomische Einrichtungen und körpernahe Dienstleistungen gelten, wenn die Hospitalisierungs-Inzidenz auf mehr als 3 steigt.“ (Hervorhebung im Original)

Beweis:

1. Inaugenscheinnahme von <https://www.ministerpraesident.sachsen.de/beratungen-mit-den-regierungschefinnen-und-chefs-der-laender-zur-corona-lage-13585.html>
2. Online-Ausdruck der vorgenannten Webseite (**Anlage AST10**)

Die Antragstellerin wäre durch entsprechende geplante 2G-Regelungen wie die im vorliegenden Fall angegriffenen erheblich in ihren Grundrechten und in ihrer freien Entfaltung beeinträchtigt, so dass über die vorliegende Normenkontrolle eine Klärung herbeigeführt werden kann.

c) Zulassung der Revision

Sofern das Sächsische Obergericht vom Beschluss des Bayerischen Verwaltungshofes vom 04.10.2021 (**Anlage AST9**) sowie den Auffassungen in der neueren Literatur inhaltlich abweichen will, müsste aus unserer Sicht die Revision ausdrücklich zugelassen werden, zumal eine Entscheidung über die hier angegriffenen 2G-Regelungen in der SächsCoronaSchVO für eine große Anzahl von Personen von erheblicher – grundrechtsrelevanter – Bedeutung ist.

2. Begründetheit der Normenkontrolle

ZELLER & SEYFERT Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

