

**KIRIL STAWREW**  
Rechtsanwalt

Kiril Stawrew  
Rechtsanwalt

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED]

Sächsisches Oberverwaltungsgericht  
Ortenburg 9  
02625 Bautzen

[REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED]

Berlin, den 27.04.2024  
Nur per beA

**Az. 3 C 90/21**

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau Julia Neigel,

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

Zeller & Seyfert Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

[REDACTED]

[REDACTED]

Rechtsanwalt Marcel Templin, [REDACTED]

Rechtsanwalt Kiril Stawrew, [REDACTED]

Rechtsanwalt Ralf Ludwig, [REDACTED]

gegen

den Freistaat Sachsen,  
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium  
für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt, Albertstraße 10, 01097 Dresden

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

[REDACTED]

**begründe** ich die mit Schriftsatz vom 25. März 2024 eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Teilurteil des Sächsischen Obergerichtes vom 14.02.2024 – Az. 3 C 90/21 – , Tenor des Teilurteils zugestellt am 14.02.2024, in vollständiger Abfassung mit Tatbestand, Entscheidungsgründen und Rechtsmittelbelehrung zugestellt am 27.02.2024, hiermit wie folgt, wobei zur besseren Übersichtlichkeit ein Inhaltsverzeichnis voranzustellen ist:

## **Inhalt**

<b>I. Geltend gemachte Zulassungsgründe im Überblick</b> .....	3
<b>II. Verweigerte Einwilligung des Antragsgewaltigen zur Klageerweiterung</b> .....	3
1. Zur Verletzung rechtlichen Gehörs .....	3
2. Entscheidungserheblichkeit der Verletzung rechtlichen Gehörs .....	5
3. Grundsätzliche Bedeutung .....	5
<b>III. Sachdienlichkeit im Hinblick auf die Frage eines „wesentlich neuen Streitstoffs“</b> .....	10
1. Grundsätzliches zur Sachdienlichkeit .....	10
2. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aus Anlass des vorliegenden Rechtsstreits .....	11
<b>IV. Sachdienlichkeit und das Verbot sich widersprechender Entscheidungen</b> .....	11
1. Die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen im vorliegenden Fall .....	11
2. Folgerung: Weitere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aus Anlass des vorliegenden Rechtsstreits .....	13
<b>V. Sachdienlichkeit im Hinblick auf eine zum Zeitpunkt der Klageerweiterung geänderte Fassung der Corona-Notfall-VO</b> .....	13
1. Die Ausführungen des OVG im angegriffenen Teilurteil .....	13
2. Die rechtliche Fehlerhaftigkeit der Ausführungen des OVG .....	14
3. Folgerung: Weitere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aus Anlass des vorliegenden Rechtsstreits .....	15
4. Zur grundsätzlichen Bedeutung aller Fragen hinsichtlich der Sachdienlichkeit in den Abschnitten III, IV und V:.....	15
<b>VI. Abweisung der Klageerweiterung statt Abtrennung nach § 93 VwGO</b> .....	16
1. Die Ausführungen des OVG im angegriffenen Teilurteil .....	16
2. Die rechtliche Fehlerhaftigkeit der Ausführungen des OVG .....	17
3. Divergenz .....	19
5. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung .....	21
<b>VII. Fehlende Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils</b> .....	23
<b>VIII. Fehlerhafte Sachbehandlung antragstellerseitiger Befangenheitsanträge</b> .....	24
1. Sachverhalt und Verfahrensverlauf .....	25
2. Die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs durch das OVG Bautzen .....	27
3. Fehlerhafte Besetzung des Senats bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch in der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2024 .....	27
4. Voreingenommenheit des Vorsitzenden Richters ██████████ (Ablehnungsgesuch vom 8.2.2024) .....	30

<b>5. Voreingenommenheit aller fünf am 8.2.2024 an der Verhandlung beteiligten Richterinnen und Richter (Ablehnungsgesuch vom 9.2.2024)</b> .....	31
---	----

## **I. Geltend gemachte Zulassungsgründe im Überblick**

Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht hat die Klageerweiterung der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16. Februar 2022 gegen die Corona-Notfall-VO vom 19. November 2021 in der Fassung vom 06. Februar 2022 für unzulässig erklärt und die Revision gegen das Teilurteil nicht zugelassen.

Mit der vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerde erstrebt die Antragstellerin die Zulassung der Revision. Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht hat die Revision zu Unrecht nicht zugelassen.

Es hat die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 3 VwGO verkannt.

Die Revision hätte zugelassen werden müssen, weil Rechtsfragen zu beurteilen sind, die grundsätzliche Bedeutung haben, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

Des Weiteren hätte die Revision zugelassen werden müssen, weil Verfahrensfehler und insbesondere eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorlagen, auf dem die Entscheidung beruhen kann, § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO.

Im Einzelnen:

## **II. Verweigerte Einwilligung des Antragsgegners zur Klageerweiterung**

Hinsichtlich der Thematik der verweigten Einwilligung des Antragsgegners in die Klageerweiterung liege zwei Revisionsgründe vor, zum einen eine Verletzung rechtlichen Gehörs und damit ein Verfahrensmangel i.S.d. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, zum anderen die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage i.S.d. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

### **1. Zur Verletzung rechtlichen Gehörs**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG statuiert ein Recht der Verfahrensbeteiligten, dass die Gerichte ihr Vorbringen zur Kenntnis nehmen und sich damit auseinandersetzen (VerfGH NRW, Beschluss v. 13.4.2021, VerfGH 24/21.VB-3).

Die Garantie rechtlichen Gehörs verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (vgl. BVerfGE 21, 191 <194>; 96, 205 <216>; BVerfGK 10, 41 <45>, stRspr). Die Pflicht zur Berücksichtigung der Argumente der Beteiligten umfasse dabei sowohl das tatsächliche Vorbringen als auch Rechtsausführungen (BVerfG, Beschluss v. 27.2.2018, 2 BvR 2821/14).

Wenn ein bestimmter Vortrag einer Partei den Kern des Parteivorbringens darstellt und für den Prozessausgang von entscheidender Bedeutung ist, besteht für das Gericht eine Pflicht, die vorgebrachten Argumente zu erwägen (vgl. BVerfGE 47, 182 <188 f.>; 86, 133 <146>). Ein Schweigen lässt hier den Schluss zu, dass der Vortrag der Prozesspartei nicht oder zumindest nicht hinreichend beachtet wurde (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 1992 - 1 BvR 600/92-, NJW-RR 1993, S. 383 <383>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14. September 2016 - 1 BvR 1304/13 -, juris, Rn. 23; BVerfG, Beschluss v. 27.2.2018, 2 BvR 2821/14).

Gemessen an diesen Grundsätzen liegt im vorliegenden Fall die Verletzung rechtlichen Gehörs vor:

Die Antragsgegnerin hat ihre Auffassung, wonach die Verweigerung der Einwilligung des Antragsgegners in Bezug auf die Klageerweiterung treuwidrig ist, im Schriftsatz des Unterzeichners vom 10.02.2024, Seite 3f. begründet. Als Argument hierfür hat sie angeführt, dass der Antragsgegner selbst die – mit der Klageerweiterung angegriffene – Corona-Notfall-Verordnung in den Rechtsstreit eingeführt hat, um sich damit gegen den ursprünglichen Normenkontrollantrag der Antragstellerin zu verteidigen, indem er sich auf verspätete Klageerhebung beruft.

Wenn der Antragsgegner jedoch selbst eine andere Verordnung einbringt, um daraus eine für sich günstige Rechtsposition zu erlangen, verhält er sich widersprüchlich und treuwidrig, wenn er seinerseits zu vereiteln versucht, dass die Antragstellerin die von ihm eingebrachte Verordnung angreift, um sie einer umfassenden gerichtliche Überprüfung zu unterziehen.

Mit dieser Begründung der Antragstellerin hat sich das Gericht nicht befasst, es ist darauf in seiner Urteilsbegründung nicht eingegangen und hat die Argumente der Antragstellerin nicht einmal erwähnt.

Vielmehr führt das Gericht in Randnummer 35 zunächst aus, dass es die Auffassung der Antragstellerin nicht teilt. Im weiteren Verlauf der Randnummer 35 wird dann - anstatt eine Begründung hierfür anzugeben - lediglich noch einmal wiederholt, dass das Gericht die Auffassung der Antragstellerin nicht teilt.

Da eine Begründung der Auffassung des Gerichts fehlt, ist nicht ersichtlich, dass das Gericht sich mit den Argumenten der Antragstellerin inhaltlich auseinandergesetzt hat.

Darin liegt eine Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf rechtliches Gehör der Antragstellerin.

## **2. Entscheidungserheblichkeit der Verletzung rechtlichen Gehörs**

Die fehlerhafte Nichtberücksichtigung der von der Antragstellerin vorgebrachten Begründung auch entscheidungserheblich. Hätte das Oberverwaltungsgericht den Vortrag der Antragstellerin berücksichtigt, so hätte es das Prozessverhalten des Antragsgegners aus den oben dargestellten Gründen als treuwidrig beurteilen und damit von einer wirksamen Einwilligung des Antragsgegners in die Klageerweiterung ausgehen müssen. Es sei darauf hingewiesen, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs nach § 138 Nr. 3 VwGO einen absoluten Revisionsgrund darstellt und daher das Beruhen der Entscheidung auf einer solchen Gehörsverletzung für die Revisionsinstanz unwiderleglich vermutet wird.

Das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung des Antragsgegners in die Klageerweiterung hätte gem. § 91 Abs. 1 VwGO dazu geführt, dass ein abweisendes Teilurteil über die Klageerweiterung nicht ergangen wäre.

## **3. Grundsätzliche Bedeutung**

In Zusammenhang mit der verweigerten Einwilligung des Antragsgegners zur Klageerweiterung stellen sich zudem mehrere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, nämlich:

- a) Gelten in Bezug auf eine verweigte Einwilligung zur Klageänderung gem. § 91 Abs. 1 VwGO die Grundsätze von Treu und Glauben, § 242 BGB, und insbesondere vom widersprüchlichen Verhalten?
- b) Gelten die Grundsätze von Treu und Glauben und insbesondere vom widersprüchlichen Verhalten, § 242 BGB, auch für den Fall, dass es sich bei der Klageänderung gem. § 91 Abs. 1 VwGO um eine nachträgliche Klageerweiterung handelt?
- c) Wenn auf die verweigte Einwilligung gem. § 91 Abs. 1 VwGO des Beklagten / Antragsgegners diese Grundsätze anwendbar sind, welche sind die einschlägigen Kriterien, nach denen zu beurteilen ist, ob eine verweigte Einwilligung rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 242 BGB und damit unbeachtlich ist mit der Folge, dass die Einwilligung als erteilt anzusehen ist?

- d) Gelten andere Kriterien, wenn es sich bei der Klageänderung um eine nachträgliche Klageerweiterung handelt?
- e) Gelten die gleichen Kriterien oder ggf. andere / abgewandelte Kriterien, wenn die Klageerweiterung - wie im vorliegenden Fall - auf einen Sachverhalt zurückzuführen ist, den der Antragsgegner selbst in dem Rechtsstreit eingebracht hat, nämlich die – nach seinem Vortrag – vorzeitig in Kraft getretene Corona-Notfall-VO, um sich gegen die ursprüngliche Klage / den ursprünglichen Antrag, zu verteidigen?
- f) Gibt es insoweit Besonderheiten, wenn es sich – wie hier – um ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO handelt und wenn ja, welche?

Diese Fragen sind, soweit ersichtlich, höchstrichterlich noch nicht geklärt. Sie sind zudem von grundlegender Bedeutung.

In der zivilprozessualen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH ist hingegen anerkannt, dass die Verweigerung der Einwilligung zu einer Klageänderung nach Treu und Glauben unzulässig sein kann. Nach Auffassung des BGH liegt eine derartige treuwidrige Verweigerung der Einwilligung insbesondere dann vor, wenn die Klageerweiterung für den Antragsgegner keine prozessuale Beeinträchtigung und Schlechterstellung zur Folge hat.

Der BGH führt dazu aus (Urteil vom 26.07.2007 - VII ZR 5/06):

*Die Verweigerung der Zustimmung zu einer Parteierweiterung in der Berufungsinstanz ist im Allgemeinen missbräuchlich, wenn ein schutzwürdiges Interesse des neuen Widerbeklagten an der Weigerung nicht zu erkennen und ihm zuzumuten ist, in den Prozess einzutreten, obwohl er bereits in der Berufungsinstanz schwebt. Bei der Würdigung sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 13.7.1956 - VI ZR 32/55, BGHZ 21, 285, 289; Urt. v. 13.2.1974 - VIII ZR 147/72, NJW 1974, 750; Urt. v. 10.11.1980 - II ZR 96/80, NJW 1981, 989; Urt. v. 4.10.1985 - V ZR 136/84, MDR 1986, 304 = NJW-RR 1986, 356). Allein der maßgeblich vom Berufungsgericht angeführte Umstand, dass eine neue Partei ausreichende Informationen über den Streitstoff hat, kann eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Zustimmung nicht begründen. Das Erfordernis der Zustimmung soll dem Schutz der Partei dienen, die in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium in einen Prozess hineingezogen wird (BGH, Urt. v. 26.2.1987 - VII ZR 58/86, MDR 1987, 752 = BauR 1987, 351 = ZfBR 1987, 151). Es soll Nachteile verhindern, die dadurch entstehen, dass der neue Beklagte auf den bisherigen Verlauf des Prozesses keinen Einfluss hatte und ihn in der Lage weiterführen*

*müsste, in der er sich nunmehr befindet (BGH, Urt. v. 29.11.1961 - V ZR 181/60, NJW 1962, 633).*

*[10] 2. Maßgeblich ist danach, ob der Widerbeklagte zu 2) die Zustimmung ausnahmsweise nicht verweigern durfte, weil eine prozessuale Beeinträchtigung und Schlechterstellung auszuschließen ist.*

Gemessen an diesen Grundsätzen – sollten sie auch im Verwaltungsverfahren anwendbar sein - wäre im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, welche prozessuale Beeinträchtigung oder Schlechterstellung des Antragsgegners dadurch eingetreten ist, dass die Corona-Notfall-Verordnung – die er selbst in dieses Verfahren als Verteidigungsmittel eingebracht hat – auch in diesem Verfahren überprüft wird.

Es ist auch nicht ersichtlich, welche Besserstellung oder Vorteile es dem Antragsgegner gebracht hätte, wenn die Corona-Notfall-VO stattdessen in einem separaten Verfahren zur Überprüfung gestellt worden wäre.

Vielmehr war es für den Antragsgegner gleich, ob die Corona-Notfall-VO in diesem oder in einem anderen Verfahren überprüft wird und - da eine prozessuale Beeinträchtigung oder Schlechterstellung des Antragsgegners nicht ersichtlich ist - war die Verweigerung der Einwilligung seitens des Antragsgegners treuwidrig.

Übrigens geht es hier auf Seiten der Antragstellerin um sog. „negative Tatsachen“, nämlich darum, dass etwas (prozessuale Beeinträchtigung, Schlechterstellung) nicht vorliegt, so dass es Sache des Antragsgegners wäre, das Positive darzulegen, also angebliche prozessuale Beeinträchtigungen oder Schlechterstellung, bevor die Antragstellerin diese ggf. widerlegen müsste, denn negative Tatsachen können anders nicht bewiesen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 20.06.2017 - Aktenzeichen VI ZR 505/16 m.w.N. zur Rspr.).

Weswegen derartige Überlegungen, wie sie vom BGH für das Zivilrechtsverfahren angestellt wurden, im Verwaltungsprozess keine Rolle spielen sollen, ist nicht nachvollziehbar.

Vielmehr müsste in einem Verwaltungsverfahren, in welchem der betroffene Bürger gegen den Staat klagt, vom Staat erst recht verlangt werden, dass er sich nicht treuwidrig verhält. Für den Staat müssten, was sein prozessuales Verhalten angeht, sogar noch höhere Maßstäbe in Bezug auf Treu und Glauben gelten als für einen Bürger gegen einen anderen Bürger im Rahmen eines Zivilprozesses.

Wenn also schon ein Privater in einem Zivilprozess die Einwilligung zu einer Klageänderung nicht verweigern darf, wenn ihm diese Einwilligung keine Nachteile bringt, so müsste das erst recht für den Staat im Verwaltungsprozess gelten, denn

dem Staat kann kein höheres Maß an Treuwidrigkeit gegenüber dem betroffenen Bürger erlaubt werden als den Bürgern untereinander.

Dies müsste umso mehr gelten in Fällen wie dem Vorliegenden, in welchem der Antragsgegner durch eigenes bewusstes und gewolltes Verhalten die rechtliche Konnexität zwischen der ursprünglich von der Antragstellerin angegriffenen Verordnung und der im Wege der Klageerweiterung angegriffenen Corona-Notfall-VO hergestellt hat.

Letztlich geht es bei der Rechtsfindung, wenn widerstreitende Interessen bestehen, stets um die Frage: „Wer ist hier schutzwürdiger?“

Ist der Antragsgegner, der mit seinem eigenen bewussten Verhalten die zweite Verordnung in das Verfahren einbringt, um sich damit gegen die erste Verordnung zu verteidigen, schutzwürdiger darin, sich in diesem Verfahren nicht mit der zweiten Verordnung auseinandersetzen zu müssen, (die er selbst in dem Verfahren eingeführt hat)?

Oder ist in einer solchen Konstellation nicht eher die Antragstellerin schutzwürdiger, der die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, die vom Antragsgegner eingeführte weitere Verordnung einer juristischen Überprüfung zu unterziehen?

Ist der Staat schutzwürdig, wenn er selbst eine zweite Verordnung in das Verfahren einbringt, um sich damit zu verteidigen, zugleich aber die rechtliche Überprüfung dieser Verordnung in diesem Verfahren verweigert? Und das, obwohl nicht ersichtlich ist, welche Schäden ihm daraus entstehen, wenn die Verordnung in diesem Verfahren überprüft wird, und nicht in einem anderen.

Nachdem der Antragsgegner diese Verordnung selbst in das Verfahren als Verteidigungsmittel eingeführt hat, wäre vom OVG hierzu eine überzeugende Begründungen zu erwarten gewesen und eine überzeugende Auseinandersetzung mit den Argumenten der Antragstellerin, die bereits im Schriftsatz des Unterzeichners vom 10.02.2024 vorgebracht worden sind.

Tatsächlich hätte das Gericht bei zutreffender Prüfung der Sach- und Rechtslage zum Ergebnis kommen müssen, dass die Verweigerung der Einwilligung seitens des Antragsgegners sehr wohl treuwidrig ist. Der Grund für das Verbot der Klageänderung in § 91 VwGO ist das Interesse des Antragsgegners im Normalfall, der sich auf die Verteidigung in einer bestimmten Sache einlassen musste und für den es eine erhebliche Belastung bedeuten kann, wenn er sich nun mit einem veränderten Klagevorbringen auseinandersetzen muss.



Der Antragsgegner, der im vom Gesetzgeber angenommenen Normalfall für das veränderte Klagevorbringen nicht verantwortlich ist, soll nicht gegen seinen Willen gezwungen werden, sich mit einem geänderten Klagevorbringen im Rahmen des gleichen Verfahrens auseinanderzusetzen.

So liegt der Fall hier allerdings gerade nicht: Die alleinige Ursache dafür, dass die Antragstellerin die Corona-Notfall-VO angegriffen hat, war das Verhalten des Antragsgegners, nämlich der Erlass der Corona-Notfall-VO vor dem ursprünglich beabsichtigten Ablauf der Corona-Schutz-VO und die von des Antragsgegners damit bezweckte vorzeitige Aufhebung der Corona-Schutz-VO.

Außerdem berief sich der Antragsgegner auf die Corona-Notfall-VO und begründete mit ihrem Inkrafttreten die Unzulässigkeit der Klage gegen die Corona-Schutz-VO. Es war also im vorliegenden Fall der Antragsgegner, der die Corona-Notfall-VO in dem hiesigen Verfahren eingeführt hat, um sie als Verteidigung gegen den ursprünglichen Normenkontrollantrag gegen die Corona-Schutz-VO zu nutzen.

Indem sich der Antragsgegner auf die Unzulässigkeit des ursprünglich von der Antragstellerin erhobenen Normenkontrollverfahrens berief, weicht dieser Fall signifikant von dem Normalfall ab, den der Gesetzgeber bei Schaffung des § 91 VwGO vor Augen hatte.

Hätte der Antragsgegner die Corona-Notfall-VO nicht in das vorliegende Verfahren eingebracht, um sich damit gegen die ursprüngliche Normenkontrollklage der Antragstellerin zu verteidigen, so hätte die Antragstellerin die Corona-Notfall-VO auch nicht in diesem Verfahren angegriffen. Ursächlich hierfür war also allein das Verteidigungsvorbringen und die Verteidigungsstrategie des Antragsgegners, die wiederum die Antragstellerin veranlasste, auch die Corona-Notfall-VO einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Im vorliegenden Prozess können diese Fragen geklärt werden (Klärungsfähigkeit) und sie müssen zudem geklärt werden (Klärungsbedürftigkeit/Entscheidungserheblichkeit), da nur durch Klärung dieser Fragen festgestellt werden kann, ob die vom Antragsgegner verweigerte Einwilligung zur Klageerweiterung unwirksam und damit unbeachtlich ist.

Die Klärung der Fragen ist auch entscheidungserheblich, denn sollte die Verweigerung der Einwilligung gem. § 242 BGB treuwidrig und damit unbeachtlich sein, ist die Einwilligung zur Klageerweiterung als erteilt anzusehen und die Klageerweiterung wäre damit zulässig; ein abweisendes Teilurteil hätte dann nicht ergehen dürfen.

Die Entscheidung dieser Rechtsfragen hat auch allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung und Auswirkungen auf die Interessen eines größeren Teils der

Allgemeinheit. Klageänderungen, insbesondere Klageerweiterungen kommen in der Praxis nicht selten vor und häufig wird eine Einwilligung seitens des Beklagten / Antragsgegners hierzu nicht erteilt. Es stellt sich in all diesen Fällen die Frage, ob die Verweigerung der Einwilligung auf ihre Berechtigung rechtlich zu überprüfen ist und wenn ja, nach welchen Kriterien und welche Folgen die Überprüfung haben kann.

Ihre Klärung dient zudem der einheitlichen Anwendung der bundesrechtlichen Vorschrift des § 91 VwGO Bund

In all diesen Fällen sind die oben bezeichneten einschlägigen Fragen höchstrichterlich nicht geklärt.

Diese Fragen dürfte auch in Zukunft in Vielzahl von Fällen eine Rolle spielen.

### **III. Sachdienlichkeit im Hinblick auf die Frage eines „wesentlich neuen Streitstoffs“**

Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen sich auch hinsichtlich der vom OVG verneinten Sachdienlichkeit. Auch insoweit wird daher hier der Zulassungsgrund des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO geltend gemacht.

#### **1. Grundsätzliches zur Sachdienlichkeit**

Im Ansatz zutreffend nimmt das OVG an, dass eine Sachdienlichkeit vorliegt, wenn der bisherige Prozessstoff im Wesentlichen weiterverwertet werden kann.

Der Regelung des § 91 VwGO liegt die Überlegung des Gesetzgebers zugrunde, dass dem Beklagten, der sich mit einem geänderten oder erweiterten Streitstoff in diesem Verfahren nicht befassen möchte, und daher seine Einwilligung verweigert, gleichwohl zugemutet werden kann, sich damit zu befassen.

Der Grund dafür ist die Prozessökonomie: der Wunsch des Beklagten und ggf. auch das Interesse des Spruchkörpers daran, den Streitstoff nicht zu erweitern und das Verfahren damit nicht zu verkomplizieren und in die Länge zu ziehen, soll nach dem Willen des Gesetzgebers zurücktreten hinter der Prozessökonomie, die vor allem dem Zweck dient, die Ressourcen der Justiz insgesamt zu schonen.

Die insoweit maßgebliche Prozessökonomie spricht im vorliegenden Fall allerdings geradezu für die Bejahung der Sachdienlichkeit:

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich der Streitstoff durch die Erweiterung des Normkontrollantrags auf die Corona-Notfall-VO nicht wesentlich geändert hat. Denn bereits in dem Normkontrollantrag gegen die Corona-Schutz-VO hat der Antragsgegner die Corona-Notfall-VO als Verteidigung eingebracht, mit der Behauptung, dass wegen der zwischenzeitlich in Kraft getretenen Corona-Notfall-VO der ursprüngliche Antrag der Antragstellerin verspätet und damit unzulässig sei.

Ob diese Corona-Notfall-VO ordnungsgemäß verkündet wurde und in Kraft getreten ist und wenn ja, wann, und ob sie ihrerseits wirksam ist - denn nur dann könnte sie

denklogisch die Corona-Schutz-VO vorzeitig außer Kraft treten lassen - war somit Gegenstand und Streitstoff des ursprünglichen Normenkontrollverfahrens.

Dies gilt unabhängig davon, ob die Antragstellerin die Corona-Notfall-VO mit einem Normkontrollantrag angreift oder nicht: Über die Corona-Notfall-VO, das heißt über ihre formelle und materielle Wirksamkeit, hätte mithin ohnehin entschieden werden müssen, weil der Antragsgegner es war, der diese Verordnung eingebracht hat, um sich gegen den ursprünglichen Normenkontrollantrag zu verteidigen.

## **2. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aus Anlass des vorliegenden Rechtsstreits**

Aufgrund der obigen Ausführungen stellen sich mithin folgende Rechtsfragen, die von grundsätzlicher Bedeutung sind:

- a) Liegt Sachdienlichkeit i.S.d. § 91 Abs. 1 ZPO vor, wenn der Beklagte / Antragsgegner einen normativen Akt (Gesetz und/oder Verordnung) in das Verfahren einführt, um sich unter Berufung darauf gegen die ursprüngliche Klage / den ursprünglichen Antrag zu verteidigen, wenn es für den Erfolg seiner Verteidigung auf die formelle und/oder materielle Wirksamkeit dieses normativen Aktes ankommt und der Kläger /Antragsteller seinerseits darauf reagiert, indem er diesen normativen Akt im Wege einer Klageerweiterung angreift?
- b) Liegt eine „wesentliche“ Erweiterung des Prozessstoffs vor, wenn zumindest ein Teil des Prozessstoffs, der Gegenstand der erweiterten Klage ist, zuvor vom Beklagten / Antragsgegner im ursprünglichen Verfahren eingeführt wurde, um sich gegen dieses zu verteidigen und wenn ja, wie „umfangreich“ muss der „neue“ Teil des Prozessstoffs sein im Verhältnis zum bisher vom Beklagten eingebrachten Teil, damit von einer „wesentlichen“ Erweiterung auszugehen ist und nach welchen Kriterien wäre das zu beurteilen?
- c) Gelten Besonderheiten, wenn es sich um ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO handelt?

## **IV. Sachdienlichkeit und das Verbot sich widersprechender Entscheidungen**

Die Frage der Sachdienlichkeit der Klageerweiterung ist zudem zu prüfen unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen.

### **1. Die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen im vorliegenden Fall**

Dass die Verneinung einer Sachdienlichkeit rechtsfehlerhaft ist, ergibt sich auch daraus, dass vorliegend andernfalls die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen bestünde:

Wie bereits ausgeführt ist die Frage nach der formellen und materiellen Wirksamkeit der Corona-Notfall-VO auch im Rahmen des ursprünglichen Normkontrollantrags gegen die Corona-Schutz-VO zu prüfen, da sich der Antragsgegner mit der Corona-Notfall-VO verteidigt und insoweit meint, durch diese sei die Corona-Schutz-VO

vorzeitig außer Kraft getreten und der Antrag gegen die Corona-Schutz-VO sei deswegen verspätet.

Müsste die Antragstellerin die Corona-Notfall-VO in einem gesonderten Verfahren zur Überprüfung stellen, so besteht die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. So könnte beispielsweise das Gericht im Verfahren gegen die Corona-Schutz-VO zum Ergebnis kommen, dass die Corona-Notfall-VO tatsächlich rechtmäßig vor dem 24. November 2021 verkündet wurde und somit rechtswirksam ist. Daraus folgend wäre der Normkontrollantrag der Antragstellerin gegen die Corona-Schutz-VO verspätet.

In einem Verfahren gegen die Corona-Notfall-VO könnte allerdings das Gericht zu einer anderen Auffassung gelangen und beispielsweise feststellen, dass die Corona-Notfall-VO nicht ordnungsgemäß vor dem 24. November 2021 verkündet wurde und in Kraft getreten war, oder zumindest materiell nichtig sei. Dies hätte zur Folge, dass sie die Corona-Schutz-VO nicht vorzeitig außer Kraft gesetzt hat. Damit hätte die Antragstellerin die Corona-Schutz-VO rechtzeitig mit ihrem Kontrollantrag angegriffen.

Allerdings sind es nicht nur Rechtsfragen, die zu widersprüchlichen Entscheidungen führen könnten, wenn die Verfahren gegen die Corona-Schutz-VO und gegen die Corona-Notfall-VO gesondert geführt würden. Vielmehr können auch tatsächliche Fragen, wie etwa die Würdigung von Zeugenaussagen, zu widersprechenden Entscheidungen der Gerichte führen.

So könnte beispielsweise das Gericht in Bezug auf die Überprüfung der Corona-Schutz-VO eine etwaige Zeugenaussage, wonach die Corona-Notfall-VO am 22. November gedruckt und zur Post gebracht worden sei, als glaubhaft erachten und damit gegebenenfalls eine Verkündung am 22. November annehmen.

Das mit der Corona-Notfall-VO befasste Gericht könnte jedoch nach einer Vernehmung eines etwaigen Zeugen zu einer anderen Beweismwürdigung gelangen und annehmen, dass die Aussage des Zeugen nicht glaubhaft ist und ein Inkrafttreten am 22. November daher ausscheidet und zudem unklar bleibt, wann die Verordnung in Kraft getreten ist.

Auch dies könnte zu unterschiedlichen, sich widersprechenden Entscheidungen in Bezug auf Inkrafttreten und Wirksamkeit der Corona-Notfall-VO führen, wenn diese in einem gesonderten Verfahren zur Überprüfung gestellt wird.

Derartige sich widersprechende Entscheidungen können sinnvollerweise nur dann vermieden werden, wenn die Wirksamkeit der Verordnungen, die rechtlich miteinander zusammenhängen aufgrund des willentlichen Verhaltens des Antragsgegners, gemeinsam in einem Verfahren überprüft werden.

Auf diese Weise besteht nämlich nicht die Gefahr, dass zwei Gerichte mit derselben Sache befasst werden und dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Ungeachtet dessen ist es grundsätzlich nicht prozessökonomisch, wenn zwei Gerichte die gleichen tatsächlichen und/oder rechtlichen Frage prüfen müssen,

schon weil eine doppelte Beweisaufnahme unnötigen Arbeitsaufwand darstellt und die Ressourcen der Justiz gerade nicht prozessökonomisch einsetzt.

Das Verneinen der Sachdienlichkeit führt daher im vorliegenden Fall genau zum gegensätzlichen Ergebnis, nämlich dass ein doppelter gerichtlicher Prüfungsaufwand zu einigen Sach- und Rechtsfragen für die Gerichtsbarkeit entsteht, der durch die Regelung des § 91 VwGO gerade vermieden werden soll.

Das Gericht verkennt auch hier wieder, dass sich dieser Fall grundlegend von anderen Fällen unterscheidet, in denen beispielsweise eine Verordnung ausläuft und anschließend eine neue Verordnung erlassen wird, die inhaltlich den gleichen Wortlaut hat wie die vorhergehende Verordnung. Der wesentliche Unterschied in derartigen Fällen liegt nämlich darin, dass der Erlass der nachfolgenden Verordnung rechtlich keinerlei Relevanz für die Wirksamkeit der vorherigen Verordnung hat.

Anders liegt es jedoch, wenn - wie hier - die „nachfolgende“ Verordnung die vorherige vorzeitig außer Kraft treten lässt, so dass die prozessuale Frage auftritt, ob denn die Klage gegen die vorherige Verordnung damit noch rechtzeitig war. Hier besteht eine rechtliche Konnexität zwischen den beiden Verordnungen die atypisch ist und normalerweise so nicht auftritt.

## **2. Folgerung: Weitere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aus Anlass des vorliegenden Rechtsstreits**

Aus dem vorstehend Ausgeführten ergeben sich folgende Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung:

- a) Liegt Sachdienlichkeit i.S.d. § 91 VwGO vor, wenn andernfalls die gleichen Rechts- und/oder Sachfragen in beiden Verfahren (unterstellt, es würden getrennte Verfahren geführt) geprüft werden müssten?
- b) Liegt Sachdienlichkeit i.S.d. § 91 VwGO vor, wenn andernfalls die Gefahr besteht, dass es zu unterschiedlichen und sich widersprechenden Gerichtsentscheidungen in beiden Verfahren (unterstellt, es würden getrennte Verfahren geführt) kommt, ist mithin die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen ein Grund, das Vorliegen von Sachdienlichkeit i.S.d. § 91 VwGO zu bejahen?
- c) Gelten Besonderheiten, wenn es sich um ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO handelt?

## **V. Sachdienlichkeit im Hinblick auf eine zum Zeitpunkt der Klageerweiterung geänderte Fassung der Corona-Notfall-VO**

Schließlich wäre im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der Sachdienlichkeit der Klageänderung auch die Frage zu klären, wie sich der Umstand auswirkt, dass die mit der Klageerweiterung angegriffene Corona-Notfall-VO inzwischen in einer geänderten Fassung vorlag.

### **1. Die Ausführungen des OVG im angegriffenen Urteil**

Das OVG begründet die nach seiner Auffassung fehlende Sachdienlichkeit ferner damit, dass die Antragstellerin die Corona-Notfall-VO in der Fassung vom 06. Februar 2022 angegriffen habe. Das OVG führt dazu aus:

*Mit der Antragserweiterung begehrt die Antragstellerin allerdings eine Überprüfung der Sächsischen Corona-Notfall-Verordnung vom 19. November 2021 in der Fassung der Sechsten Änderungsverordnung vom 2. Februar 2022. Es handelt sich also um eine erst während eines wesentlich späteren Zeitraumes, nämlich ab dem 6. Februar 2022 geltende Verordnung. Für die materielle Prüfung dieser Verordnung sind demnach die zu diesem Zeitpunkt gegebenen tatsächlichen Verhältnisse im Hinblick auf das Infektionsgeschehen neu zu erheben, was wegen des damit verbundenen Mehraufwandes und des für die Sachdienlichkeit wesentlichen Gesichtspunkts der Prozessökonomie der Sachdienlichkeit entgegensteht.*

## **2. Die rechtliche Fehlerhaftigkeit der Ausführungen des OVG**

Aufgrund des geltenden Prozessrechts gab es für die Antragstellerin allerdings keine andere Möglichkeit, als die Corona-Notfall-VO in der Fassung anzugreifen, in der sie zum damaligen Zeitpunkt in Kraft war. Dass die Antragstellerin eine andere Fassung der Corona-Notfall-VO angreifen musste, liegt wiederum auch hier am Verhalten des Antragsgegners, der die ursprüngliche Corona-Notfall-VO geändert hatte, so dass diese in einer anderen Fassung fortbestand.

Auch insoweit kann der Antragstellerin das Verhalten des Antragsgegners, der die Fassung der Corona-Notfall-VO zwischenzeitlich geändert hatte, nicht zum Nachteil gereichen: Sie darf daher nicht schlechter gestellt werden als die stünde, wenn der Antragsgegner die ursprüngliche Corona-Notfall-VO nicht geändert hätte. Denn das Recht der Antragstellerin, eine Verordnung des Antragsgegners in einer prozessökonomischen Weise – nämlich im gleichen Verfahren durch Klageerweiterung - anzugreifen, kann nicht zur Disposition des Antragsgegners stehen.

Aber genau das wäre der Fall, wenn man hier auf die Argumentation des OVG abstellte und die Sachdienlichkeit der Klageerweiterung nur deshalb verneint, weil der Antragsgegner die ursprüngliche Verordnung inzwischen abgeändert hatte.

Zudem gelten die gleichen Argumente, die für eine Sachdienlichkeit sprechen - nämlich die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen wegen unterschiedlicher Beurteilung von Rechts- oder Tatsachenfragen sowie die Vermeidung von Doppelaufwand, z. B. doppelter Beweisaufnahme - für den Fall, dass die ursprüngliche Corona-Notfall-VO zwischenzeitlich verändert wurde und daher in einer geänderten Fassung angegriffen werden muss.

Auch in diesem Fall wäre die Überprüfung der geänderten Corona-Notfall-VO in einem separaten Verfahren mit den gleichen Nachteilen für die Prozessökonomie verbunden, nämlich doppelter Arbeitsaufwand und die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen, wie im Fall, wenn die Corona-Notfall-VO nicht geändert worden wäre zum Zeitpunkt der Klageerweiterung.

Trotz der geänderten Fassung der Corona-Notfall-VO ist daher nicht ersichtlich, welchen Mehrwert, insbesondere für die Prozessökonomie, es gehabt hätte, wenn diese Notfallverordnung in der Fassung vom 6. Februar 2022 in einem separaten Verfahren überprüft worden wäre.

Auch in diesem separaten Verfahren hätte nämlich überprüft werden müssen, ob die ursprüngliche Corona-Notfall-VO von November 2021 formell und materiell wirksam ist. Denn sollte diese formell und/oder materiell unwirksam gewesen sein, so hätte der Mangel selbstverständlich auch auf allen nachfolgenden Fassungen dieser Notfallverordnung, also auch auf die Fassung vom 6. Februar 2022 durchgeschlagen und diese Verordnung ebenso erfasst.

Ein Gericht, welches die formelle und materielle Wirksamkeit der Corona-Notfall-VO in der Fassung vom 6. Februar 2022 hätte prüfen müssen, wäre also nicht um die Frage herumgekommen, ob die ursprüngliche Corona-Notfall-VO aus November 2021 ihrerseits formell und materiell wirksam war. Es wäre also bei der Überprüfung in einem separaten Verfahren zu einem Mehraufwand gekommen und zur Gefahr sich widersprechender Entscheidungen, was dem gesetzgeberischen Anliegen der Prozessökonomie, welches im § 91 VwGO seinen Niederschlag gefunden hat, geradezu widersprochen hätte.

### **3. Folgerung: Weitere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aus Anlass des vorliegenden Rechtsstreits**

Aus den vorstehenden Ausführungen ergeben sich folgende Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung:

- a) „Ändert der Umstand, dass der im Wege der Klageerweiterung angegriffene normative Akt (Gesetz oder Verordnung) inzwischen in einer geänderten Fassung vorliegt etwas an der Beurteilung der Sachdienlichkeit, falls diese – nach den bisher aufgestellten Rechtsfragen – zu bejahen war und ohne die Änderung der Fassung zu bejahen gewesen wäre?“
- b) „Kommt es insoweit auf Inhalt und Umfang der Änderungen in der geänderten Fassung an, wäre also zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Änderungen insoweit zu differenzieren? Wenn ja, nach welchen Kriterien ist zu beurteilen, ob eine insoweit wesentliche und damit entscheidungserhebliche „Änderung“ in der neuen Fassung vorliegt?“
- c) „Gelten insoweit Besonderheiten, wenn es sich um ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO handelt?“

### **4. Zur grundsätzlichen Bedeutung aller Fragen hinsichtlich der Sachdienlichkeit in den Abschnitten III, IV und V:**

Alle zuvor zur Sachdienlichkeit dargestellten Rechtsfragen sind von grundsätzlicher Bedeutung. Die Fragen sind bisher höchstrichterlich nicht geklärt.

Im vorliegenden Prozess können diese Fragen geklärt werden (Klärungsfähigkeit) und sie müssen zudem geklärt werden (Klärungsbedürftigkeit/Entscheidungserheblichkeit), da nur durch Klärung dieser Fragen festgestellt werden kann, ob eine Sachdienlichkeit im vorliegenden Fall zu bejahen ist.

Die Entscheidung dieser Rechtsfragen hat auch allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung und Auswirkungen auf die Interessen eines größeren Teils der Allgemeinheit. Klageänderungen, insbesondere Klageerweiterungen kommen, wie bereits ausgeführt, in der gerichtlichen Praxis nicht selten vor und, da eine Einwilligung der Beklagtenseite oft nicht erteilt wird, kommt es sodann auf die Voraussetzungen der Sachdienlichkeit an.

Es stellt sich in all diesen Fällen die Frage, ob für die Beurteilung der Sachdienlichkeit von Bedeutung ist, dass der „neue Streitstoff“, oder zumindest ein Teil davon, von der Beklagtenseite selbst eingeführt wurde und ob bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit auch die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen eine Rolle spielt.

Schließlich kommt es – auch in Zukunft - in einer Vielzahl von Fällen vor, dass die Klageerweiterung sich auf einen normativen Akt in einer inzwischen geänderten Fassung beziehen muss und sich deswegen die Frage stellt, ob und ggf. welche Auswirkungen dies auf die Beurteilung der Sachdienlichkeit hat. Auch kann in vielen Fällen die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen eintreten, wenn die Sachdienlichkeit der Klageerweiterung abgelehnt wird, weil sich Sachverhalte überschneiden und sich rechtliche und/oder tatsächliche Fragen in beiden Verfahren stellen.

In all diesen Fällen sind die oben bezeichneten einschlägigen Fragen höchstrichterlich nicht geklärt. Ihre Klärung dient der einheitlichen Anwendung der bundesrechtlichen Vorschrift des § 91 VwGO im Hinblick auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Sachdienlichkeit.

Diese Fragen dürfte auch in Zukunft in Vielzahl von Fällen eine Rolle spielen.

Die Klärung der Fragen ist auch entscheidungserheblich, denn sollte im vorliegenden Fall eine Sachdienlichkeit der Klageerweiterung, trotz der geänderten Fassung der mit der Erweiterung angegriffenen Verordnung anzunehmen sein, so hätte das Oberverwaltungsgericht das abweisende Teilurteil nicht erlassen dürfen.

## **VI. Abweisung der Klageerweiterung statt Abtrennung nach § 93 VwGO**

Auch im Zusammenhang mit der Entscheidung des Gerichts, die Klageerweiterung durch abweisendes Teilurteil zu bescheiden, statt eine Abtrennung gem. § 93 VwGO vorzunehmen, wirft Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, die – soweit ersichtlich – höchstrichterlich noch nicht entschieden sind.

### **1. Die Ausführungen des OVG im angegriffenen Teilurteil**

Das OVG führt in dem angegriffenen Teilurteil hierzu aus:



*Eine Abtrennung gemäß § 93 Abs. 2 VwGO käme dagegen nur in Betracht, wenn der weitere Antrag im Wege objektiver Klagehäufung gemäß § 44 VwGO noch rechtshängig ist, etwa weil er zugleich mit dem primär verfolgten Begehren bereits bei Klageerhebung oder Antragstellung und nicht wie durch die Antragstellerin erst nachträglich mittels Antragserweiterung nach § 91 VwGO gestellt wurde.*

## **2. Die rechtliche Fehlerhaftigkeit der Ausführungen des OVG**

Die insoweit maßgebliche Vorschrift des § 93 VwGO S. 2 lautet:

*„Es kann anordnen, daß mehrere in einem Verfahren erhobene Ansprüche in getrennten Verfahren verhandelt und entschieden werden.“*

Ausgehend vom Wortlaut der Norm kommt mithin eine Abtrennung in Betracht, sobald mehrere in einem Verfahren erhobene Ansprüche vorliegen. Der Wortlaut sieht hingegen keinerlei Beschränkungen vor, etwa der Gestalt, dass es sich hierbei um Ansprüche handeln muss, bei denen der weitere Antrag im Wege objektiver Klagehäufung gemäß § 44 VwGO noch rechtshängig ist.

Was das Oberverwaltungsgericht in methodischer Hinsicht macht, stellt mithin eine teleologische Reduktion dar, denn es nimmt einen Fall, der an sich vom Wortlaut der Norm erfasst wäre, aus dem Anwendungsbereich des § 93 S. 2 VwGO heraus, indem es einschränkende, im Wortlaut des Gesetzes selbst nicht vorhandene Tatbestandsmerkmale annimmt.

Methodisch setzt eine teleologische Reduktion allerdings stets voraus, dass der Wortlaut des Gesetzes, insbesondere gemessen an seinem Sinn und Zweck, als zu weitgehend angesehen werden muss und daher einer entsprechend einschränkenden Auslegung bedarf.

Dass die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion vorliegen, hätte das Gericht aufzeigen und begründen müssen. Es hätte insbesondere darlegen müssen, dass mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des Gesetzes der Wortlaut zu weitgehend ist und daher einer einschränkenden Auslegung bedarf mit der Folge, dass der vorliegende Fall aus dem Anwendungsbereich des § 93 S. 2 VwGO herausfällt. Derartige Ausführungen finden sich allerdings im angegriffenen Teilurteil nicht.

Abgesehen vom Fehlen einer derartigen Begründung ist auch nicht ersichtlich, dass Sinn und Zweck des § 93 S. 2 VwGO eine teleologische Reduktion des Wortlauts erforderlich machen würden. Weswegen in Hinblick auf Sinn und Zweck der Norm eine Verweisung möglich sein soll, wenn die Voraussetzungen des Paragraph 44 VwGO vorliegen, stattdessen aber nicht möglich sein soll, wenn eine nachträgliche Klageerweiterung erfolgt, ist nicht nachvollziehbar. Die Unterschiede zwischen der nachträglichen Klageerweiterung, wie im vorliegenden Fall, und einer Klagehäufung gem. § 44 VwGO sind nicht dergestalt, dass sie eine Ungleichbehandlung in Hinblick auf § 93 S. 2 VwGO rechtfertigen würden.

Statt einer teleologischen Reduktion, die unzulässig ist, weil deren Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht gegeben sind, hätte das Gericht allerdings die Norm des § 93 Satz 2 VwGO verfassungskonform auslegen müssen. Dabei hätte das Gericht die

Norm insbesondere im Lichte der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie in Artikel 19 Abs. 4 GG auslegen müssen.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Normenkontrollantrag nur innerhalb von einem Jahr erhoben werden kann, § 47 Abs. 2 VwGO. Ein Gericht, welches - ohne dass hierfür zwingende Gründe vorliegen - erst nach Ablauf dieser Antragsfrist entscheidet und dabei von der Verweisungsmöglichkeit des § 93 S. 2 VwGO keinen Gebrauch macht, entzieht dem Bürger damit die Möglichkeit, die entsprechende Verordnung einer gerichtlichen Prüfung zu unterziehen. Denn nach Abweisung durch Teilurteil wäre die erneute Erhebung einer Normenkontrollklage verfristet und damit unzulässig.

Wenn das Gericht also in derartigen Fällen nicht gehalten ist, gemäß § 93 S. 2 VwGO die Verweisung auszusprechen, um dem Bürger auch weiterhin die inhaltliche Überprüfung einer ihn belastenden Verordnung zu ermöglichen, könnte es, sofern es sich nur mit der Entscheidung hinreichend Zeit lässt, den Rechtsweg und die Überprüfbarkeit einer Verordnung - wie im vorliegenden Fall - geradezu vereiteln.

Es ist aber nicht der Sinn und Zweck des § 93 VwGO und auch nicht der Wille des Gesetzgebers, dem Bürger unter Missachtung des Art. 19 Absatz 4 GG die Überprüfung ihn belastender Verordnungen unmöglich zu machen.

Im vorliegenden Fall ist insbesondere nicht ersichtlich, warum das Gericht, wenn es die Klageerweiterung für nicht sachdienlich und damit für unzulässig hält, nicht so rechtzeitig das Teilurteil verkündet hat, dass es der Antragstellerin innerhalb der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 VwGO noch möglich gewesen wäre, ein gesondertes Normenkontrollverfahren gegen die Corona-Notfall-VO einzuleiten.

Sämtliche Argumente, die das Oberverwaltungsgericht gegen die Sachdienlichkeit anführt, lagen bereits zum Zeitpunkt der Klageerweiterung im Februar 2022 vor, und es ist kein Grund ersichtlich, warum das Gericht zunächst einmal das Ablaufen der Antragsfrist des § 47 Abs. 2 VwGO abwarten musste, bevor es anschließend die Sachdienlichkeit in einem abweisenden Teilurteil verneint.

Wenn das Gericht aber ohne ersichtlichen Grund mit seiner Entscheidung so lange wartet, dass die Corona-Notfall-VO wegen Fristablaufs nicht mehr gerichtlich angreifbar ist, so muss es wegen der Rechtsweggarantie in Artikel 19 Absatz 4 GG zumindest die Möglichkeit des § 93 S. 2 VwGO nutzen, um das Verfahren zu verweisen und die inhaltliche Überprüfung der Corona-Notfall-VO zu ermöglichen.

Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn - wie im vorliegenden Fall - das Vorliegen einer Sachdienlichkeit mit nachvollziehbaren Argumenten (Vermeidung widersprechender Entscheidungen, Vermeidung einer Doppelbelastung, z.B. doppelte Beweisaufnahme etc.) seitens der Antragstellerin angenommen und begründet werden konnte, und die Klageerweiterung daher nicht unter willkürliche Verkennung der Rechtslage und mit völlig unhaltbaren Annahmen vorgenommen wurde, sondern aufgrund nachvollziehbarer und vertretbarer Erwägungen.

Denn es wäre unverhältnismäßig und unzulässig, den Bürger, der sich bei seinem Prozessverhalten von nachvollziehbaren und vertretbaren Erwägungen leiten ließ, allein deswegen, weil ein Gericht andere ggf. vertretbare und nachvollziehbare

Erwägungen bevorzugt, derart zu bestrafen, dass ihm die Überprüfung einer ihn belastenden Verordnung unmöglich gemacht wird.

Soweit das OVG ausführt, es sei nicht verpflichtet gewesen, den auf die Corona-Notfall-VO zielenden Antrag vom ursprünglich gestellten Antrag abzutrennen und das Verfahren unter neuem Aktenzeichen zu führen, weil mit der Abweisung des Erweiterungsantrags dessen Rechtshängigkeit entfalle, erweist sich diese Argumentation als zirkulär. Das OVG beschreibt die *Wirkungen* einer *zulässigen* Abweisung des Erweiterungsantrags. Es beschreibt die Wirkungen, die sich ergeben, *wenn* es zulässigerweise den auf die Corona-Notfall-VO gerichteten Erweiterungsantrag abweist, weil die Voraussetzungen des § 93 VwGO nicht vorliegen. Die hier gestellte Frage lautet jedoch, *ob* das OVG *überhaupt* befugt war, den Erweiterungsantrag abzuweisen, oder ob es nicht vielmehr im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes der Antragstellerin (Art. 19 Abs. 4 GG) gehalten war, den auf die Corona-Notfall-VO zielenden Erweiterungsantrag als selbständiges Normenkontrollverfahren fortzuführen.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass diesbezüglich zum einen der Revisionsgrund der Divergenz von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, zum anderen den Revisionsgrund der grundsätzlichen Bedeutung, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, gegeben sind.

### 3. Divergenz

Hinsichtlich der vom Oberverwaltungsgericht vorgenommenen teleologischen Reduktion des § 93 VwGO, ohne dabei die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion geprüft und positiv festgestellt zu haben, setzt es sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerwG, wie sie im Urteil vom 07.05.2014 - BVerwG 4 CN 5.13 näher ausgeführt werden, was den Tatbestand der Divergenz gem. § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO erfüllt.

Dort führt das BVerwG zur teleologischen Reduktion folgendes aus (Rn. 14):

*Wenn eine Vorschrift nach ihrem Wortsinn Sachverhalte erfasst, die sie nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht erfassen soll, sind Gerichte befugt, den Wortlaut der Vorschrift zu korrigieren, und ist eine überschießende Regelung im Wege der teleologischen Reduktion auf den ihr nach Sinn und Zweck zugedachten Anwendungsbereich zurückzuführen (Urteil vom 1. März 2012 - BVerwG 5 C 11.11 - BVerwGE 142, 107 Rn. 30).*

*Die teleologische Reduktion gehört zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen (BVerfG, Beschluss vom 30. März 1993 - 1 BvR 1045/89 u.a. - BVerfGE 88, 145 <167>). Sie kann dazu dienen, eine Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut einschränkend auszulegen, wenn ihr Sinn und Zweck, ihre Entstehungsgeschichte und der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen gegen eine uneingeschränkte Anwendung sprechen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 7. April 1997 - 1 BvL 11/96 - NJW 1997, 2230 <2231>).*

*Sie ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen sie sich auf Ausführungen in den Gesetzesmaterialien stützen lässt, sondern erfasst auch solche wie den vorliegenden, in welchen die Gesetzesbegründung keinen Hinweis darauf enthält,*

*dass sich der Gesetzgeber der in Rede stehenden besonderen Problematik bewusst gewesen ist.*

Die Abweichung des Oberverwaltungsgerichts von der soeben dargestellten Rechtauffassung des BVerwG war für die Entscheidung auch ursächlich:

Hätte sich das Oberverwaltungsgericht mit den Voraussetzungen der teleologischen Reduktion näher befasst, so hätte es festgestellt, dass für danach für eine einschränkende Auslegung des § 93 VwGO keine Veranlassung bestand und hätte die Vorschrift des § 93 VwGO auf die vorliegende Klageerweiterung angewandt und die Verfahren entsprechen abgetrennt, anstatt ein abweisendes Teilurteil zu erlassen.

Denn Sinn und Zweck des § 93 VwGO sind wie folgt zu verstehen (Schoch/Schneider/Rudisile VwGO § 93 Rn. 3; Schoch/Schneider/Rudisile, 44. EL März 2023, VwGO § 93 Rn. 3):

*§ 93 S. 1 enthält zwei Elemente. Zum einen ist dort die Verbindung von Verfahren geregelt, weiter wird die (Wieder-)Trennung erfasst. § 93 S. 2 betrifft dagegen ausschließlich die Trennung von Verfahren. § 93 steht mit seinen beiden Elementen Verbindung und Trennung im Dienst der Prozessökonomie, Verfahrensübersichtlichkeit und Verfahrensbeschleunigung.*

*Die Verbindung ermöglicht eine Rationalisierung und einen effizienteren Einsatz gerichtlicher Ressourcen bei ähnlich gelagerten Fallkonstellationen; mit der Trennung kann auf Ungleichzeitigkeiten bei der Entscheidungsreife reagiert oder Verschleppungsabsichten entgegengewirkt werden, die sich auf einen abtrennbaren Verfahrensteil beziehen.*

*Verbindung und Trennung durch das Gericht stehen in engem Zusammenhang mit der Dispositionsbefugnis der Beteiligten und relativieren diese.*

*Denn über § 93 kann das Gericht Verfahrensgestaltungen, die von den Beteiligten zur Zusammenfassung mehrerer Begehren (s.u. Rn. 9) gewählt wurden, aus prozessökonomischen Gründen durch Trennung rückgängig machen bzw. eine von den Beteiligten unterlassene Zusammenfassung der Verfahren eigenständig vornehmen. Allerdings sollte wegen der gebührenrechtlichen Folgen einer Trennung (s.u. Rn. 26) gut überlegt werden, ob sie das Mittel der Wahl ist oder ob nicht andere Möglichkeiten zur effizienten Verfahrensabwicklung bestehen.*

Ausgehend von Sinn und Zweck der Norm treffen die gleichen Erwägungen ebenso auf die nachträgliche Klageerweiterung zu, so dass es keinen Grund gibt, dies aus dem Anwendungsbereich des § 93 VwGO herauszunehmen:

Auch bei einer nachträglichen Klageerweiterung kann es aus prozessökonomischen Gründen sachgerecht sein, die Verfahren zu trennen. Auch bei nachträglicher Klageerweiterung können Ungleichzeitigkeiten bei der Entscheidungsreife eintreten, die es sinnvoll erscheinen lassen, durch Verfahrenstrennung darauf zu reagieren.

Eine nachträgliche Klageerweiterung kann zudem mit Verschleppungsabsichten erfolgen, so dass es auch in einem solchen Fall sinnvoll sein könnte, durch Trennung gem. § 93 VwGO dem entgegenzuwirken.

Ausgehend von Sinn und Zweck der Verfahrenstrennung ist mithin festzuhalten, dass diese gleichermaßen einschlägig sind bei einer nachträglichen Klageerweiterung so dass kein Fall eines zu weitgehenden Wortlauts der Norm vorliegt, der mit Rückgriff auf Sinn und Zweck zu einer einschränkenden Auslegung in dem Sinne, dass nachträgliche Klageerweiterungen nicht im Anwendungsbereich des § 93 VwGO fallen, im Wege der teleologischen Reduktion korrigiert werden müsste.

Bei zutreffender Rechtsanwendung hätte das Oberverwaltungsgericht mithin von der teleologischen Reduktion absehen und unter Anwendung des § 93 VwGO das Verfahren zumindest abtrennen müssen, anstatt ein abweisendes Teilurteil zu erlassen.

## **5. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung**

Bezogen auf den konkreten Fall stellen sich darüber hinaus folgende Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung:

- a) Ist die Vorschrift des § 93 VwGO entgegen dem weitergehenden Wortlaut dahingehend einschränkend auszulegen, dass es sich hierbei um Ansprüche handeln muss, bei denen der weitere Antrag – z.B. im Wege objektiver Klagehäufung gemäß § 44 VwGO - noch rechtshängig ist?
- b) Ist eine Abtrennung gem. § 93 VwGO in den Fällen vorzunehmen, in denen andernfalls bei Abweisung der Bürger, z.B. wegen Versäumung der Klagefrist, keine Möglichkeit mehr hätte, das staatliche Handeln einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen?
- c) Ist eine Abtrennung in solchen Fällen jedenfalls dann vorzunehmen, wenn die Entscheidung des Klägers / Antragstellers zur Klageerweiterung auf nachvollziehbare Erwägungen beruht und nicht auf grober Verkennung der Rechtslage sowie auf unhaltbare Annahmen und Wertungen?
- d) Ist eine Abtrennung jedenfalls dann vorzunehmen, wenn das entscheidende Gericht – ohne hinreichenden sachlichen Grund und nach längerer Untätigkeit – erst so spät über die Zulässigkeit der Klageerweiterung entscheidet (im vorliegenden Fall ca. 2 Jahre später), dass der Bürger wegen Fristversäumnis inzwischen keine anderweitige Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung hat, vor allem, wenn alle entscheidungserheblichen Gründe dem Gericht schon zu einem so frühen Zeitpunkt vorlagen, dass es hätte eine Entscheidung treffen können, die es dem Bürger ermöglicht, noch fristgerecht gerichtliche Hilfe in Bezug auf den Gegenstand der (unzulässigen) Klageerweiterung in Anspruch zu nehmen?
- e) Gelten Besonderheiten, wenn es sich um ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO handelt?

Zu den hier maßgeblichen Rechtsfragen gibt es, soweit ersichtlich, noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

Zwar scheint das vom OVG insoweit zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. v. 31. August 2022 - 6 A 9/20 -, juris Rn. 30) die Auffassung des OVG zu bestätigen.

Allerdings lag diesem Urteil ein besonderer Fall zugrunde, der vom vorliegenden Fall erhebliche abweicht mit der Folge, dass dieses Urteil auf Fälle wie dem vorliegenden nicht anwendbar sein dürfte.

Dort ging es nämlich darum, dass in einem – erst in der Revisionsinstanz – erhobenen Feststellungsanspruch das Bundesverwaltungsgericht erstinstanzlich nicht zuständig war. Die Zulassung dieser Klageerweiterung hätte, wegen der diesbezüglichen Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, nur den „Sinn“ gehabt, den Feststellungsantrag sofort an das dafür erstinstanzlich zuständige Verwaltungsgericht zu verweisen.

Wenn aber der einzige „Sinn“ der Klageerweiterung darin besteht, den Antrag an das zuständige Gericht zu verweisen, dann kann der Kläger auch gleich beim zuständigen Gericht Klage erheben.

So liegt der Fall hier aber nicht. Eine Bejahung der Sachdienlichkeit hätte nicht etwa zur Folge gehabt, dass der Gegenstand der Klageerweiterung – etwa wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts – sofort hätte an ein anderes Gericht verwiesen werden müssen.

Anders als im vom BVerwG entschiedenen Fall wäre hier die Bejahung der Sachdienlichkeit nicht „sinnlos“, sondern hätte vielmehr dazu geführt, dass das hierfür zuständige OVG sich auch damit beschäftigt.

Aus dem Urteil des BVerwG kann daher für den vorliegenden Fall, der sich in einem wesentlichen Aspekt vom Sachverhalt unterscheidet, über den das BVerwG entschieden hat, nichts geschlossen werden.

Insbesondere geht das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil nicht auf die Frage ein, ob eine Verweisung – ausnahmsweise – etwa im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls dann vorzunehmen ist, wenn der Bürger andernfalls die Möglichkeit verliert, z.B. wegen inzwischen eingetretener Fristversäumnis – das ihn belastende staatliche Handeln einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Im vorliegenden Prozess können diese Fragen geklärt werden (Klärungsfähigkeit) und sie müssen zudem geklärt werden (Klärungsbedürftigkeit/Entscheidungserheblichkeit), da nur durch Klärung dieser Fragen festgestellt werden kann, ob die Abweisung der Klageerweiterung statt einer Abtrennung gem. § 93 VwGO rechtlich richtig war.

Die Entscheidung dieser Rechtsfragen hat auch allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung und Auswirkungen auf die Interessen eines größeren Teils der Allgemeinheit. Klageänderungen, insbesondere Klageerweiterungen, kommen, wie

bereits ausgeführt, in der gerichtlichen Praxis nicht selten vor und, da eine Einwilligung der Beklagtenseite oft nicht erteilt wird, kommt es sodann auf die Voraussetzung der Sachdienlichkeit an, die von Gerichten oftmals verneint wird.

Bis zur Entscheidung darüber vergeht allerdings Zeit, die – wegen der bekannten Überlastung der Justiz – auch länger andauern kann mit der Folge, dass Anfechtungsfristen zwischenzeitlich abgelaufen sind und der Bürger im Falle eines klageabweisenden Urteils keine Möglichkeit mehr hat, den Sachverhalt und das staatliche Handeln, die Gegenstand der Klageerweiterung sind, anderweitig gerichtlich überprüfen zu lassen.

In all diesen Fällen sind die oben bezeichneten einschlägigen Fragen höchststrichterlich nicht geklärt.

Diese Fragen dürfte auch in Zukunft in Vielzahl von Fällen eine Rolle spielen.

## **VII. Fehlende Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils**

Ein Teilurteil hätte im hier gegebenen Verfahren bereits deshalb nicht ergehen dürfen, weil die Voraussetzungen des § 110 VwGO nicht vorlagen. Es wird daher hiermit der Zulassungsgrund des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO geltend gemacht.

Die Voraussetzungen des § 110 VwGO für den Erlass eines Teilurteils lagen entgegen der Auffassung des OVG nicht vor. Denn der Antrag auf Nichtigkeitsklärung von einzelnen Vorschriften der Corona-Notfallverordnung des Freistaates Sachsen vom 19.11.2021 in der Fassung vom 6.2.2022 war nicht entscheidungsreif.

In der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2024 wurde ausführlich die Frage erörtert, ob und ggf. wann die Corona-Notfallverordnung des Freistaates Sachsen im Sinne des Art. 76 Verfassung des Freistaates Sachsen verkündet wurde. Die Antragstellerin und ihre Prozessbevollmächtigten hatten hierzu bereits in eben dieser Verhandlung erhebliche Indizien vorgetragen, dass das aufgedruckte Ausgabedatum des Sächsischen Gesetzes- und Verordnungsblatts Nr. 40, nämlich der 20.11.2021, nicht mit dem wirklichen Ausgabedatum übereinstimmen kann.

Die Zweifel an der Richtigkeit dieses Ausgabedatums wurden im Schriftsatz der Antragstellerin vom 12.2.2024 (Schriftsatz Prof. Dr. Martin Schwab) weiter vertieft.

Mittlerweile hat auch der zur Entscheidung berufene 3. Senat des OVG Bautzen Zweifel bezüglich des tatsächlichen Ausgabedatums bekundet, die mündliche Verhandlung wiedereröffnet (soweit es um den Antrag gegen die Corona-Schutzverordnung des Freistaates Sachsen vom 5.11.2024 geht) und den Antragsgegner aufgefordert, etliche Dokumente zum Nachweis des tatsächlichen Verkündungsdatums vorzulegen.

**Beweis:** Beschluss des OVG Bautzen vom 29.2.2024, Anlage 1; Schreiben des OVG an den Beklagtenvertreter vom 18.3.2024, Anlage 2

Die Frage nach dem tatsächlichen Verkündungsdatum spielt indes in gleicher Weise eine Rolle für die Frage der Nichtigkeit der angegriffenen Vorschriften aus der

Corona-Notfallverordnung des Freistaates Sachsen vom 19.11.2021. Dies ergibt sich aus den folgenden Umständen:

Nachdem der Gesetzgeber im November 2021 die epidemische Lage von nationaler Tragweite aufgehoben hatte, wurde in das Infektionsschutzgesetz ein § 28a Abs. 9 eingefügt. Nach dieser Vorschrift sollten Rechtsverordnungen der Länder, in denen Corona-Maßnahmen vorgesehen waren, die an sich gemäß dem damaligen § 28a Abs. 8 IfSG außerhalb einer solchen epidemischen Lage unzulässig waren, dennoch weiterhin (d.h. über den 25.11.2021 hinaus) gelten, wenn sie bis zum 25.11.2021 in Kraft getreten waren.

Nach § 28a Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 IfSG durften außerhalb einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite Veranstaltungen nicht untersagt werden. Wenn es dem Freistaat Sachsen also nicht gelungen war, die Corona-Notfallverordnung vom 19.11.2021 bis spätestens zum 25.11.2021 in Kraft zu setzen, fehlte dem Verbandsverbot in § 12 dieser Notfallverordnung und der Auslastungsbeschränkung in § 21 Abs. 7 eben dieser Verordnung (die der Sache nach auf eine Teiluntersagung hinausläuft) jegliche parlamentsgesetzliche Grundlage. Nichtig waren in diesem Fall nicht nur Verbandsverbote in der ursprünglichen Fassung der Corona-Notfallverordnung vom 19.11.2021, sondern ebenso derartige Verbote in sämtlichen darauf aufsetzenden Änderungsverordnungen und somit auch das Verbandsverbot in der Fassung der Corona-Notfallverordnung vom 6.2.2022.

Daraus folgt: Die nach wie vor streitige Frage, ob und ggf. wann die Corona-Notfallverordnung des Freistaates Sachsen vom 19.11.2021 im Sinne von Art. 76 Verfassung des Freistaates Sachsen verkündet wurde, ist nicht nur für die rechtliche Bewertung des Normenkontrollantrags gegen die Corona-Schutzverordnung vom 5.11.2021, sondern ebenso für die rechtliche Bewertung des Normenkontrollantrags gegen die Corona-Notfallverordnung vom 19.11.2021 von Bedeutung. Sollte der weitere Verfahrensverlauf vor dem OVG Bautzen ergeben, dass es dem Freistaat Sachsen bis zum 25.11.2021 nicht gelungen ist, die Corona-Notfallverordnung vom 19.11.2021 in Kraft zu setzen, würde die Verhandlung über den noch beim OVG Bautzen anhängigen Teil des Streitgegenstands ein Ergebnis zutage fördern, welches dem hier angefochtenen Teilurteil zwingend entgegenstünde.

Das angefochtene Teilurteil beruht auch auf dem hier gerügten Verfahrensmangel. Wäre das OVG zu der allein zutreffenden Einschätzung gelangt, dass die Voraussetzungen des § 110 VwGO nicht vorliegen, wäre das Teilurteil nicht ergangen.

### **VIII. Fehlerhafte Sachbehandlung antragstellerseitiger Befangenheitsanträge**

Das angefochtene Teilurteil leidet auch insoweit an einem Verfahrensmangel, als die seitens der Antragstellerin erhobenen Ablehnungsgesuche sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht fehlerhaft behandelt wurden. Insoweit wird abermals der Zulassungsgrund des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO geltend gemacht. Die Kausalität der – aus diesem Grunde fehlerhaften – Besetzung des Senats wird unwiderleglich vermutet, da die fehlerhafte Besetzung einen absoluten Revisionsgrund darstellt (§ 138 Nr. 1 VwGO).



## 1. Sachverhalt und Verfahrensverlauf

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung zitierte der Prozessbevollmächtigte [REDACTED] [REDACTED] auszugsweise aus dem Beschluss des OVG Bautzen vom 19.11.2021, mit seinerzeit der gemäß § 47 Abs. 6 VwGO gestellte Eilantrag gegen die Corona-Schutzverordnung vom 5.11.2021 zurückgewiesen worden war. Das Zitat betraf eine Passage in der Begründung dieses Beschlusses, welche sinngemäß besagte, dass es jedermann freistehe, sich gegen COVID-19 impfen zu lassen, bei einer Entscheidung gegen eine solche Impfung aber dann auch die damit verbundenen Konsequenzen (in diesem Fall insbesondere den kompletten Ausschluss aus dem gesellschaftlichen und kulturellen Leben und namentlich den Ausschluss vom Besuch von Konzerten) tragen müsse.

Rechtsanwalt [REDACTED] fragte sodann diejenigen Richterinnen und Richter des 3. Senats des OVG Bautzen, die sowohl bei der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2024 zugegen als auch schon damals an der ablehnenden Eilentscheidung beteiligt waren (dies betraf den Vorsitzenden Richter am OVG [REDACTED], den Richter am OVG [REDACTED] und die Richterinnen am OVG [REDACTED] und [REDACTED] ob sie sich angesichts dessen für befangen betreffend die Entscheidung über den Normenkontrollantrag der Antragstellerin in der Hauptsache hielten. Der Vorsitzende Richter wandte seinen Blick vor den Augen der Verfahrensbeteiligten und der anwesenden Öffentlichkeit seinem Kollegen und seinen beiden von der Anfrage von [REDACTED] betroffenen Richterinnen zu und äußerte dabei: „Ich schaue mal in die Runde, aber ich glaube nicht“).

Daraufhin lehnte der (kraft Untervollmacht für die Antragstellerin tätige) Prozessbevollmächtigte [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] namens und im Auftrag der Antragstellerin den Vorsitzenden Richter [REDACTED] wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Diesen Antrag stützte er darauf, dass das Vorgehen des Vorsitzenden Richters den Zweck des in § 48 ZPO verankerten Verfahrens konterkarriere: Dieses Verfahren wolle jedem beteiligten Richter die Chance geben, seine eigene Unvoreingenommenheit zu reflektieren. Diese Chance hätten der Richter am OVG [REDACTED] und die Richterinnen am OVG [REDACTED] und [REDACTED] nicht gehabt, wenn der Vorsitzende Richter coram publico eine derartige Suggestivfrage stelle.

Der Prozessbevollmächtigte des Antragsgegners beantragte, das Ablehnungsgesuch zurückzuweisen. Der Vorsitzende Richter am OVG gab daraufhin die folgende dienstliche Erklärung ab: „Ich fühle mich nicht befangen“. Der Antragstellerin wurde keine Gelegenheit mehr gegeben, zur dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden Richters am OVG [REDACTED] Stellung zu nehmen.

Der 3. Senat des OVG Bautzen zog sich daraufhin zur Beratung zurück. Es zeigte sich, dass der 3. Senat geschäftsplanmäßig möglicherweise in der Weise über das Ablehnungsgesuch hätte entscheiden müssen, dass anstelle des Vorsitzenden Richters [REDACTED] der Richter am OVG [REDACTED] an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch hätte mitwirken müssen.

Richter am OVG [REDACTED] war indes im Zeitpunkt des Erlasses der beiden streitgegenständlichen Rechtsverordnungen Leiter der Abteilung Normprüfung im

Sächsischen Justizministerium gewesen, legte dies offen und machte deutlich, dass er unter diesen Umständen seinerseits nicht unvoreingenommen über das Ablehnungsgesuch entscheiden könne.

Der 3. Senat des OVG Bautzen stellte daraufhin die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch von [REDACTED] zurück und setzte die Verhandlung zur Hauptsache (gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 280 ZPO hatte der 3. Senat angeordnet, dass vorab nur über die Zulässigkeit des Antrags verhandelt werde) unter Berufung auf § 47 ZPO fort.

Dabei wurde den Verfahrensbeteiligten zunächst nicht mitgeteilt, dass und warum Richter am OVG [REDACTED] sich an einer Mitwirkung an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch von [REDACTED] gehindert sah. Letzteres wurde den Verfahrensbeteiligten erst offenbart, nachdem der 3. Senat des OVG Bautzen die mündliche Verhandlung vom 8.2.2024 geschlossen hatte.

Bei Richter am OVG [REDACTED] handelt es sich zugleich um den stellvertretenden Pressesprecher des OVG Bautzen. In dieser Eigenschaft nahm er an der mündlichen Verhandlung am 8.2.2024 teil, weil die Pressesprecherin, Richterin am OVG [REDACTED], zugleich in ihrer Eigenschaft als Richterin des 3. Senats zur Entscheidung über den hier streitgegenständlichen Normenkontrollantrag berufen ist.

In dieser Eigenschaft erklärte er anwesenden Pressevertretern in einer Verhandlungspause, die Corona-Schutzverordnung vom 5.11.2021 sei am 20.11.2021 außer Kraft getreten, weswegen der hiergegen gerichtete Normenkontrollantrag verspätet sei. Diese Aussage fand Eingang in die mediale Berichterstattung über das hiesige Normenkontrollverfahren.

**Beweis:** Mitteldeutscher Rundfunk vom 8.2.2024, <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen/bautzen/bautzen-hoyerswerda-kamenz/julia-neigel-prozess-coronaverordnung-lockdown-100.html>, abgerufen am 9.2.2024 um 0.08 Uhr: *„Die strittige Verordnung ist längst nicht mehr in Kraft. Sie war es dem Sprecher zufolge auch nicht mehr, als die Sängerin ihren Antrag stellte, die Coronaschutzverordnung vom 5. November 2021 zu überprüfen“*. Anlage 3

Richter am OVG [REDACTED] hatte zuvor den gesamten Verhandlungsverlauf verfolgt und selbst mitbekommen, dass die Frage des Datums, an dem die Corona-Notfallverordnung vom 19.11.2021 verkündet wurde, zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig ist und die Antragstellerin bereits in der mündlichen Verhandlung am 8.2.2024 gewichtige Indizien für die Annahme vorgetragen hatte, dass das angegebene Ausgabedatum des Sächsischen Gesetzes- und Verordnungsblattes Nr. 40/2021, das die Corona-Notfallverordnung enthält, nämlich der 20.11.2021, mit dem wirklichen Ausgabedatum nicht im Einklang stehen kann.

Der Unterzeichner nahm diese Vorgänge zum Anlass, namens und im Auftrag der Antragstellerin alle fünf am 8.2.2024 anwesende Mitglieder des 3. Senats des OVG Bautzen mit Schriftsatz vom 9.2.2024 wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen.

Er wies in der Begründung seines Ablehnungsgesuchs darauf hin, dass Richter am OVG [REDACTED] als Zeuge für das Beweisthema des Ausgabedatums in Betracht komme, rügte die voreiligen Äußerungen von Richter am OVG [REDACTED] gegenüber den Medien, gegen welche die abgelehnten Richterinnen und Richter des 3. Senats des OVG Bautzen nicht eingeschritten seien und beanstandete zudem, dass Richter am OVG [REDACTED] während der Verhandlungspausen Kontakt zu den abgelehnten Personen gehabt und dadurch Gelegenheit bekommen habe, auf die Entscheidung des 3. Senats Einfluss zu nehmen – und dies in einer Situation, in der er wegen seiner Vorbefassung ein eigenes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten und zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf den Schriftsatz des Unterzeichners vom 09.02.2024 vollumfänglich Bezug genommen.

In ihrer dienstlichen Erklärung teilte Richterin am OVG [REDACTED] mit, ihr sei bekannt gewesen, dass Richter am OVG [REDACTED] im Sächsischen Justizministerium tätig gewesen sei, und sie habe es für möglich gehalten, dass er mit den angegriffenen Verordnungen befasst gewesen sei.

Richterin am OVG [REDACTED] teilte in ihrer dienstlichen Erklärung mit, es sei ihr bekannt gewesen, dass Richter am OVG [REDACTED] im Rahmen seiner Normprüfungstätigkeit auch mit Corona-Schutzverordnungen befasst gewesen ist.

Richter am OVG [REDACTED] teilte in seiner dienstlichen Erklärung mit, es sei ihm seit längerem bekannt gewesen, dass Richter am OVG [REDACTED] im Rahmen der Normprüfung auch für Corona-Verordnungen zuständig gewesen ist.

Der Vorsitzende des 3. Senats [REDACTED] führte in seiner dienstlichen Stellungnahme aus, die Tatsache, dass Herr [REDACTED] an der Abfassung der in Streit stehenden Coronaschutz-Verordnung im Justizministerium beteiligt war, sei ihm schon früher bekannt. Eine wie auch immer geartete Einflussnahme durch Herrn [REDACTED] auf ihn habe in der Sache zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.

## **2. Die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs durch das OVG Bautzen**

Gleichwohl lehnte der 3. Senat des OVG Bautzen mit Beschluss vom 14.2.2024 sämtliche Ablehnungsgesuche ab. Dabei wirkten mit: Richterin am Oberverwaltungsgericht [REDACTED] Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht [REDACTED], Richterin am Oberverwaltungsgericht [REDACTED] Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht [REDACTED] und Richter am Oberverwaltungsgericht [REDACTED]. Alle Genannten handelten in ihrer Eigenschaft als geschäftsplanmäßige Vertreter der fünf abgelehnten Richterinnen und Richter.

## **3. Fehlerhafte Besetzung des Senats bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch in der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2024**

In diesem Beschluss vom 14.2.2024 wird zunächst festgehalten, dass Richter am OVG [REDACTED] nach § 54 Abs. 2 VwGO von der richterlichen Mitwirkung am Normenkontrollverfahren der Antragstellerin ausgeschlossen ist, weil er seinerzeit am Normsetzungsverfahren beteiligt gewesen sei, das zum Erlass der beiden streitgegenständlichen Rechtsverordnungen geführt hat.

Allerdings ist das gewählte Verfahren fehlerhaft. Zunächst hätte nach § 48 ZPO ein Beschluss darüber gefasst werden müssen, ob bei Richter am OVG [REDACTED] tatsächlich die Besorgnis der Befangenheit bestehen und falls ja, durch welchen Richter am OVG er zu ersetzen ist..

Angesichts der mit Schriftsatz des Antragsgegners vom 05.04.2024 nebst Anlagen vorliegenden Information ist es nämlich zweifelhaft, ob auf Seiten von Richter am OVG [REDACTED] tatsächlich die Besorgnis der Befangenheit gegeben war.

Dies ist deshalb fraglich, weil aus der dort als Anlage vorgelegte Korrespondenz im Zusammenhang mit der Verkündung der Corona-Notfall-VO nirgends ersichtlich ist, dass das Sächsische Justizministerium in diesem Vorgang tatsächlich eingebunden war.

Es fällt auf, dass in der E-mailkorrespondenz anlässlich der Verkündung der Corona-Notfall-VO das Sächsische Justizministerium nicht einmal in cc gesetzt ist, sondern an dem gesamten Vorgang offensichtlich nicht beteiligt ist und davon auch keine konkrete Kenntnis hat.

Zudem gibt es keine Stellungnahmen oder Emails des Sächsischen Justizministeriums im Zusammenhang mit der Verkündung der Corona-Notfall-VO vor, die aufzeigen würden, dass das Ministerium tatsächlich daran beteiligt war.

Zwar trifft es zu, dass es nach den maßgeblichen Vorschriften zum Normenerlass (VwV Normerlass) hätte maßgebliche eingebunden werden müssen; tatsächlich scheint das aber nach der vorgelegten E-mailkorrespondenz nicht der Fall gewesen zu sein.

Ausweislich der Selbstablehnung vom 08.02.2024 war Richter am OVG [REDACTED] für das Referat „Normprüfung“ am Sächsischen Justizministerium tätig.

Jedenfalls in Bezug auf die Corona-Notfall-VO hat allerdings der Antragsgegner selbst vorgetragen, dass die gem. vorgeschriebene Normprüfung nicht erfolgt ist – das Referat Normprüfung also daran nicht beteiligt war. Der Antragsgegner nimmt dabei in seinem Schriftsatz vom 05.04.2024 Bezug auf ein Schreiben des Herrn [REDACTED] Referent im Staatsministerium für Soziales, vom 03.04.2024 an den Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners, in der es wörtlich heißt:

*„Ein Prüfatte für die Sächsische Corona-Notfall-Verordnung vom 19.11.2021 gibt es nicht.“*

Ob und in welchem Umfang das Referat Normprüfung, und insbesondere [REDACTED], an den angegriffenen Normen beteiligt waren, ist daher unklar; es besteht angesichts der vorgelegten Korrespondenz Grund zu der Annahme, dass eine Beteiligung – entgegen den Vorgaben in der maßgeblichen Verwaltungsvorschrift – tatsächlich nicht stattgefunden hat.

Zumindest aus diesem Grund hätte geprüft und gem. § 48 ZPO ein Beschluss darüber gefasst werden müssten, ob bei [REDACTED] tatsächlich eine Besorgnis der Befangenheit vorliegt.

Was das nämlich nicht der Fall, so hätte [REDACTED] an der Entscheidung über Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden Richter am OVG [REDACTED] mitwirken müssen. Insoweit ist es möglich, dass unter seiner Mitwirkung die Entscheidung über den Befangenheitsantrag gegen [REDACTED] anders ausgefallen wäre, der 3. Senat anschließend in einer anderen Besetzung über die Zulässigkeit der Klagerweiterung entschieden hätte und dies möglicherweise zu einer anderen Entscheidung, nämlich zu Gunsten der Antragstellerin, hinsichtlich der Zulässigkeit der Klageerweiterung geführt hätte.

Es ist mithin möglich i.S.d. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, dass sich dieser Verfahrensmangel auf die Entscheidung ausgewirkt hat.

Darüber hinaus wäre, wenn die Besorgnis der Befangenheit in Bezug auf Richter am OVG [REDACTED] zu Unrecht angenommen wurde, das Recht der Antragstellerin auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, § 16 GVG) verletzt worden, denn an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch des Vorsitzenden des 3. Senats hätte [REDACTED] als gesetzlicher Richter mitwirken müssen.

Auf Grund dieses Sachverhalts stellt sich zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, nämlich: Ist bei einer Selbstablehnung durch einen Richter stets ein Beschluss darüber gem. § 48 ZPO notwendig? Wenn nein, unter welchen Umständen ist ein Beschluss über die vom Richter behauptete Besorgnis der Befangenheit nach § 48 ZPO nicht notwendig?

Soweit ersichtlich liegt eine Rechtsprechung des BVerwG in dieser Frage nicht vor. Sie ist allerdings schon deswegen von grundsätzlicher Bedeutung, weil sie das Recht auf den gesetzlichen Richter berührt – ein Richter könnte sich zu Unrecht als Befangen ansehen und sich damit an einer Entscheidung nicht beteiligen, zu deren Teilnahme er allerdings als gesetzlicher Richter berufen wäre. Das würde jedem Richter die Möglichkeit eröffnen, durch bloße Behauptung einer Befangenheit, den Parteien an einem Rechtsstreit ihren gesetzlichen Richter zu entziehen.

Andererseits mag es Fälle geben, in denen die Besorgnis der Befangenheit des sich selbst ablehnenden Richters dermaßen evident und offenkundig ist, dass sich ein Beschluss darüber als unnötige Formalität darstellt und daher überflüssig erscheint.

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hierzu liegt, soweit ersichtlich, noch nicht vor und eine Entscheidung diesbezüglich würde dazu beitragen, dass diese Fragen bundesweit einheitlich von den Gerichten entschieden werden.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten:

Zunächst hätte, im Wege eines Beschlusses gem. § 48 ZPO, geklärt werden müssen, ob bei Richter am OVG [REDACTED] [REDACTED] tatsächlich eine Besorgnis der Befangenheit gegeben bzw. ob er tatsächlich kraft Gesetzes von der Mitwirkung an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gegen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ausgeschlossen war.

Sodann hätte, mit dem Richter am OVG [REDACTED], oder – falls die Besorgnis der Befangenheit durch Beschluss gem. § 48 ZPO bestätigt worden wäre – durch seinen dafür zuständigen Stellvertreter über den Ablehnungsantrag aus der mündlichen Verhandlung gegen den Vorsitzenden des 3. Senats [REDACTED] entschieden werden müssen.

Erst danach hätte über das nachfolgende Ablehnungsgesuch des Unterzeichners vom 09.02.2024 gegen alle fünf am 8.2.2024 in der mündlichen Verhandlung anwesenden Richterinnen und Richter entschieden werden dürfen.

Die Antragstellerin ist daher, soweit es um die Entscheidung gegen das Ablehnungsgesuch ihres Prozessbevollmächtigten [REDACTED] in der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2024 geht, durch den Beschluss des 3. Senats des OVG Bautzen vom 14.2.2024 ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden.

Hätte ein solcher die Befangenheit des [REDACTED] feststellender Beschluss zu Beginn vorgelegen so hätten die Richter, die über den Befangenheitsantrag des Unterzeichners zu befinden hatten – in Verbindung mit den dienstlichen Stellungnahmen der abgelehnten Richter feststellen müssen, dass die abgelehnten Richter am OVG [REDACTED] Richterinnen am OVG [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] die von der Tätigkeit des [REDACTED] im Justizministerium Kenntnis hatten, tatsächlich befangen sind.

Die vom OVG stattdessen praktizierte Handhabung, einheitlich über sämtliche Ablehnungsgesuche zu entscheiden, findet in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Stütze, entgegen der Auffassung des OVG insbesondere nicht in BVerwG vom 29.1.2014 – 7 C 13.13 und dort namentlich nicht aus Rn. 16 dieser Entscheidung. Der damalige Fall war auch mit dem hier gegebenen nicht vergleichbar. Vielmehr war das Verfahren BVerwG 7 C 13.13 durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass der damalige Gesuchsteller *sämtliche Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts* wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt hatte.

Insoweit liegt hier auch der Revisionsgrund der Divergenz, § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO vor, da von einer höchstrichterlichen Entscheidung des BVerwG abgewichen wurde.

#### **4. Voreingenommenheit des Vorsitzenden Richters [REDACTED] (Ablehnungsgesuch vom 8.2.2024)**

Das Ablehnungsgesuch, das [REDACTED] am 8.2.2024 in der mündlichen Verhandlung für die Antragstellerin erhob, wurde in der Sache zu Unrecht zurückgewiesen. In Wirklichkeit lag der gerügte Ablehnungsgrund vor. Wenn nämlich der Vorsitzende Richter seinen Kollegen unter den Augen von Verfahrensbeteiligten und Öffentlichkeit suggestiv signalisiert, er glaube nicht, dass es einen Anlass gebe, eine mögliche eigene Befangenheit zu reflektieren, kommt das aus der Sicht der angesprochenen Richter nicht nur völlig überraschend. Vielmehr hätten Richter am OVG [REDACTED] Richterin am OVG [REDACTED] und Richterin am OVG [REDACTED] eine erhebliche psychologische Hemmschwelle überwinden müssen, wenn sie Beratungsbedarf zu dieser Frage hätten anmelden wollen.

## **5. Voreingenommenheit aller fünf am 8.2.2024 an der Verhandlung beteiligten Richterinnen und Richter (Ablehnungsgesuch vom 9.2.2024)**

Auch das Ablehnungsgesuch des Unterzeichners vom 9.2.2024 wurde in der Sache zu Unrecht zurückgewiesen. In Wirklichkeit lag der gerügte Ablehnungsgrund vor.

Aus der Sicht eines verständigen Prozessbeteiligten musste die von den abgelehnten Richterinnen und Richtern gewählte Verfahrensweise für die Antragstellerin so aussehen, als sei das gesamte Normenkontrollverfahren in ihrer Sache von vornherein ein abgekartetes Spiel.

Entgegen der Auffassung des OVG Bautzen begründete es sehr wohl die Besorgnis der Befangenheit, dass der 3. Senat des OVG Bautzen die Anwesenheit von Richter am OVG [REDACTED] [REDACTED] als stellvertretenden Pressesprecher in der mündlichen Verhandlung duldete, obwohl drei von ihnen wussten, dass Richter am OVG [REDACTED] [REDACTED] zuvor Leiter der Abteilung Normprüfung im Sächsischen Justizministerium und damit am Erlass der streitgegenständlichen Rechtsverordnungen beteiligt war, wie er in seiner Selbstablehnung behauptet und was nach damaligem Kenntnisstand der Antragsgegnerin auch nicht angezweifelt werden musste.

Denn – wie gesagt – Zweifel daran, in welchem Umfang [REDACTED] und das Referat Normprüfung überhaupt eingebunden und beteiligt waren an den beiden Verordnungen, ergab sich erst später, nämlich auf Grund des Schriftsatzes des Antragsgegners vom 05.04.2024 und den dort beigefügten Anlagen.

Mindestens Richter am OVG [REDACTED] Richterin am OVG [REDACTED] und Richterin am OVG [REDACTED] wussten, dass Richter am OVG [REDACTED] aus diesem Grund als Zeuge in Betracht kommt und seine Anwesenheit während der mündlichen Verhandlung daher zu unterbinden ist.

Sie haben indes nicht darauf hingewirkt, Richter am OVG [REDACTED] von der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung auszuschließen, sondern es zugelassen, dass Richter am OVG [REDACTED] den gesamten Verhandlungsverlauf mitverfolgen und sich so auf eine mögliche Zeugenaussage vorbereiten kann, dass er als Zeuge in einer Weise aussagen kann, die seinem offenkundigen Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits entgegenkommt.

An diesem wesentlichen die Besorgnis der Befangenheit begründenden Moment zielt die Argumentation im Beschluss vom 14.2.2024, die Pressearbeit werde von der Gerichtsverwaltung selbständig erledigt und sei von den zur Entscheidung berufenen Richtern nicht zu kommentieren, geflissentlich vorbei. Wer als Zeuge in Betracht kommt, hat vor seiner Vernehmung im Gerichtssaal nichts verloren. Auch nicht als Pressesprecher.

Und es ist die ureigenste Aufgabe eines Gerichts (zupal in einem Verfahren, in dem der Amtsermittlungssatz gilt), darauf hinzuwirken, dass erstens der Beweiswert einer möglichen Zeugenaussage nicht vorschnell entwertet wird und zweitens ein Zeuge nicht sogar die Gelegenheit bekommt, das Beweisergebnis in einer Weise zu beeinflussen, die geeignet ist, sein persönliches Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits zu bedienen.

Entgegen der Auffassung des OVG besteht zudem für die Annahme, die fünf abgelehnten Richterinnen und Richter hätten mit Richter am OVG [REDACTED] über inhaltliche Fragen zu den streitgegenständlichen Normenkontrollanträgen gesprochen, sehr wohl konkrete Anhaltspunkte: es ist nicht nachvollziehbar, warum denn sonst die Aufgabe, die Ankündigung des Endes einer Verhandlungspause von den fünf abgelehnten Richterinnen und Richtern entgegenzunehmen, von Richter am OVG [REDACTED] [REDACTED] und nicht von einem der vielen anwesenden Beamten der Justizwachtmeisterei übernommen wurde. Es gab keinen vernünftigen Grund für Richter am OVG [REDACTED], sich im Beratungszimmer aufzuhalten, außer dass mit ihm über inhaltliche Fragen gesprochen werden sollte.

Entgegen der Ansicht des OVG ist außerdem die Mitteilung eines falschen Beratungsstandes sehr wohl geeignet, die mit der Entscheidung befassten Richter unter einen Druck zu setzen, von dem sie sich im weiteren Prozessverlauf nicht mehr freimachen können. Gerade weil die Pressearbeit von der Gerichtsverwaltung und damit letztlich von der Präsidentin des OVG verantwortet wird, muss bei den zur Entscheidung berufenen Richtern der Eindruck entstehen, dass von ihnen ein bestimmtes Entscheidungsergebnis erwartet wird und dass ihnen jedes andere Ergebnis persönliche berufliche Nachteile eintragen wird.

Es trifft zwar zu, dass ein unliebsames Entscheidungsergebnis bei der dienstlichen Beurteilung von Richtern nicht nachteilig zu Buche schlagen darf (BVerwG v. 29.1.2014 – 7 C 13.13. Rn. 21). Aber ein Gerichtspräsidium, das sich mittels eines schlechten Dienstzeugnisses für eine unliebsame Entscheidung „rächen“ will, wird kaum so töricht sein, den Unmut über das Entscheidungsergebnis direkt zum Ausdruck zu bringen. Es wird sich eine andere, „gerichtsfeste“ Begründung für die negative dienstliche Beurteilung einfallen lassen.

Insgesamt krankt der Beschluss des 3. Senats des OVG daran, dass das OVG die Tatsachen, auf die das Ablehnungsgesuch vom 9.2.2024 gestützt war, nicht wie geboten in ihrer Gesamtschau, sondern nur je einzeln gewürdigt hat. Das OVG hat sich damit den Blick dafür versperrt, dass sich die Besorgnis der Befangenheit gerade auch aus dem Zusammenwirken der für die Ablehnung vorgetragenen Tatsachen ergeben kann.

In dieser Gesamtschau zeigt sich: Ein früherer Regierungsbeamter, der daran beteiligt war, die streitgegenständlichen Rechtsverordnungen zu erlassen, der daher ein eigenes Interesse an der Zurückweisung des Normenkontrollantrags hat und auf dessen Wahrnehmung es möglicherweise noch im Rahmen einer Beweisaufnahme ankommt, darf sich mit Billigung des Gerichts nicht nur während der Verhandlung im Sitzungssaal aufhalten, sondern auch während des Verhandlungsverlaufs mit dem Gericht kommunizieren. Das muss aus der Sicht der Antragstellerin nach einem abgekarteten Spiel aussehen.

Und wenn eben dieser frühere Regierungsbeamte dann auch noch einen falschen – und der Antragstellerin ungünstigen – Sachstand gegenüber den Medien kommuniziert, verstärkt dies den Eindruck, dass es sich um einen gerichtlich organisierten Schauprozess handelt, bei dem das Ergebnis sowieso schon feststeht.



Dieser Verfahrensfehler ist für die Entscheidung auch ursächlich, denn es ist davon auszugehen, dass bei rechtlich zutreffender Entscheidung über die Befangenheit ein anderer, nicht befangener Spruchkörper am Sächsischen Obergerverwaltungsgericht auch in der Sache anders entschieden und das abweisende Teilurteil nicht erlassen hätte.

Zumindest hätte ein anderer, nicht befangener Spruchkörper hinsichtlich des Teilurteils und der Zulässigkeit der Klageerweiterung zu einer anderen Entscheidung kommen können, und die Möglichkeit, dass der Verfahrensfehler für die Entscheidung ursächlich war, genügt, § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO: *„auf dem die Entscheidung beruhen kann“*.

**Kiril Stawrew**

Rechtsanwalt