

Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen

Michael Walker, Passau*

In der Corona-Pandemie sind Rechtsverordnungen zur beherrschenden Handlungsform geworden, auf deren Grundlage zudem bisher ungeahnte Grundrechtsbeschränkungen erfolgten. Damit aktualisiert sich die Frage nach Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen. Der Beitrag spürt dem diesem zugrundeliegenden Verfassungsgebot nach und skizziert, wie dieser auf Basis der geltenden gerichtlichen Verfahrensordnungen zu erlangen ist.

A. Einführung

Seit Mitte März 2020 befinden sich Bund, Länder und Kommunen im „Kampf“ gegen die Corona-Pandemie. Gestützt auf die Erkenntnis, dass dieser sich nur durch Kontaktvermeidung gewinnen lässt, erließen sie eine Vielzahl von Ge- und Verboten, die von einer Quarantänepflicht für Einreisende über Gottesdienstverbote bis hin zu Einschränkungen des Präsenzlehrebetriebs an Hochschulen reichten. Um diese zu implementieren, bedienten sich staatliche Institutionen überwiegend einer „Waffe“: Die „Coronavirus-Einreiseverordnung“ der Bundesregierung, die „Infektionsschutzmaßnahmenverordnung“ des bayerischen Gesundheitsministeriums und die „Corona-Epidemie-Hochschulverordnung“ des nordrhein-westfälischen Kultusministeriums verdeutlichen die Hochkonjunktur von Rechtsverordnungen.¹ Die Kehrseite des mit diesen Rechtsverordnungen verfolgten legitimen Zwecks der Pandemiebekämpfung bilden jedoch Einschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens von bisher ungekanntem und ungeahntem Ausmaß. Das veranlasst zur kritischen Prüfung, ob sich die Rechtsverordnungen noch in den durch die Grundrechte gesetzten Grenzen bewegen, und begründet dort, wo der Bürger den Verdacht hegt, dass das nicht der Fall ist, ein Begehren nach Rechtsschutz.

Der vorliegende Beitrag steht nun im Bestreben, diesen Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen in den Blick zu nehmen und in seinen wesentlichen Grundzügen darzustellen. Dazu soll nach einer kurzen Abbildung der zentralen Begrifflichkeiten (B.) beleuchtet werden, ob und wie die Verfassung Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen

gebietet (C.) und sodann dessen System auf Basis der geltenden gerichtlichen Verfahrensordnungen näher dargestellt werden (D.).

B. Zentrale Begrifflichkeiten

I. Die Rechtsverordnung

Der Begriff „Rechtsverordnung“ findet in zahlreichen Gesetzestexten, insbesondere auch im Grundgesetz, Verwendung. Eine Legaldefinition fehlt indes. Gleichwohl besteht über seinen Inhalt Einigkeit: Rechtsverordnungen sind allgemeinverbindliche, auf der Grundlage und im Rahmen einer punktuell verliehenen Rechtssetzungsmacht von einem Exekutivorgan erlassene Rechtsnormen.² Sie betreffen, anders als Verwaltungsakte, nicht lediglich einen Einzelfall, werden, anders als Gesetze, nicht von einem Parlament erlassen, beruhen, anders als Satzungen, nicht auf der Verleihung von Selbstverwaltungsautonomie, und wirken, anders als Verwaltungsvorschriften, nicht bloß verwaltungsintern.³

Für den Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen sind folgende Differenzierungen relevant: Zu unterscheiden sind Bundes- und Landesrechtsverordnungen. Erstere werden durch ein Exekutivorgan des Bundes, letztere durch ein Exekutivorgan der Länder oder – entgegen der insoweit irreführenden Bezeichnung – Kommunen erlassen. Überdies enthalten Rechtsverordnungen entweder vollziehbare Normen oder Vollzugsnormen.⁴ Die Bedeutung ersterer erschöpft sich darin, einen Hoheitsträger zum Erlass einzelner Vollzugsakte gegenüber den durch die Norm erfassten Personen zu ermächtigen, wohingegen letztere „self-executing“ sind, d. h. keinen weiteren Vollzugsakt voraussetzen und den Normadressaten unmittelbar beschweren.

II. Der Rechtsschutz

Demgegenüber stellt sich der Begriff „Rechtsschutz“ als ungleich offener dar. Dieser wird seinerseits im Grundge-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und das Recht der neuen Technologien an der Universität Passau (Prof. Dr. Tristan Barezak, LL.M.).

¹ Kritisch dazu *Volkman*, NJW 2020, 3153.

² *Ehlers*, in: ders./Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 2 Rn. 51.

³ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 13 Rn. 3; *Uhle*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 3–4.

⁴ *W.-R. Schenke*, NJW 2017, 1062 (1062).

setz und in weiteren Gesetzestexten, wengleich häufig nicht für sich stehend, genannt. In Ermangelung einer Legaldefinition erfolgt diesbezüglich eine rein semantische Begriffsbestimmung. Rechtsschutz wird umschrieben als der Schutz des Rechts durch das Recht.⁵

Ausgehend von dieser Definition bieten sich weitgehende Differenzierungsmöglichkeiten, von denen die folgenden hier aufgegriffen werden: Zunächst kann zwischen außergerichtlichem und gerichtlichem Rechtsschutz unterschieden werden.⁶ Im vorliegenden Beitrag bleibt der durch andere Einrichtungen, z. B. die Verwaltungsbehörden mittels der Rechts- und Fachaufsicht gewährte Rechtsschutz außer Betracht und wird allein auf den Rechtsschutz abgestellt, den die staatlichen Fach- und Verfassungsgerichte bieten. Darüber hinaus lassen sich objektiver und subjektiver Rechtsschutz unterscheiden.⁷ Hier bleiben Rechtsbehelfe, die den Schutz der Gesamtheit eines Gemeinwesens zum Ziel haben, wie z. B. die abstrakte Normenkontrolle,⁸ unberücksichtigt. Stattdessen werden im Folgenden nur solche betrachtet, die dem Schutz des Einzelnen dienen und deshalb die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts, das sich aus ausdrücklich berechtigenden Normen oder auf Grundlage der Schutznormtheorie begründen lässt, ins Zentrum der Kontrolle rücken.

C. Das Gebot des Rechtsschutzes gegen Rechtsverordnungen

Ob und wie nun die Verfassung Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen gebietet, ist ausgehend von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu beurteilen.⁹ Dieser legt fest, dass jemandem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offensteht. Weil ein Rechtsweg nur beschränkt werden kann, wenn ein solcher überhaupt besteht, ist darin auch die institutionelle Garantie einer Gerichtsbarkeit enthalten, die zur Erfüllung dieses Rechtsschutzauftrags fähig ist.¹⁰

Folglich ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine Pflicht dazu, Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen zu gewähren, wenn deren Erlass als Ausübung öffentlicher Gewalt aufzufassen ist. Daran kann man mit Blick auf die Einwände, die das BVerfG¹¹ gegen die Erstreckung der Rechtsschutzgarantie auf den Erlass von Parlamentsgesetzen vorbringt, durchaus Zweifel hegen. Denn diese lassen sich konzeptionell auf den Erlass von Rechtsverordnungen

übertragen.¹² Würde man die Zweifel durchgreifen lassen, könnte sich die Exekutive aber der Rechtsschutzgarantie durch eine „Flucht in die Normgebung“ entziehen.¹³ Schon um das zu verhindern ist, wovon auch das BVerfG ausgeht,¹⁴ der Erlass von Rechtsverordnungen als Ausübung öffentlicher Gewalt nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG aufzufassen, sodass eine verfassungsrechtliche Pflicht dazu besteht, Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen zu gewähren.

Bei der Erfüllung dieser Pflicht gewährt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG dem Gesetzgeber indes eine weite Gestaltungsfreiheit.¹⁵ So lässt sich daraus, anders als noch bei Art. 107 WRV, nicht die Vorgabe ableiten, dass der Rechtsweg zwingend zu den Fachgerichten oder unbedingt zu den Verfassungsgerichten offenstehen muss. Außerdem wird der Gesetzgeber nicht auf prinzipialen Rechtsschutz beschränkt.¹⁶ Bei diesem ist die Rechtsverordnung an sich Gegenstand des Verfahrens, sodass die materielle Rechtskraft der Entscheidung, die zudem – sofern die Rechtsverordnung für ungültig befunden wird – allgemeinverbindlich wirkt (erga omnes [lat. „gegenüber allen“]; § 47 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 VwGO, §§ 31 Abs. 2, 78 S. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG), die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung als Streitgegenstand mit einbezieht.¹⁷ Vielmehr kann auch lediglich inzidenter Rechtsschutz vorgesehen werden. Diesen kennzeichnet, dass ein auf eine Rechtsverordnung gestützter Vollzugs- bzw. Anwendungsakt oder ein sich aus einer Rechtsverordnung ergebendes Rechtsverhältnis Gegenstand des Verfahrens ist und deshalb die materielle Rechtskraft der Entscheidung, die überdies regelmäßig auf die Prozessbeteiligten beschränkt ist (inter partes [lat. „zwischen den Parteien“]; § 121 Nr. 1 VwGO), die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung als Vorfrage nicht umfasst.¹⁸

Allerdings verfügt der Gesetzgeber nicht über eine uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit. Vielmehr ergeben sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG finale Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtswegs: Dieser muss so beschaffen sein, dass ein effektiver Schutz der klägerischen Rechte gewährleistet wird.¹⁹

D. Das System des Rechtsschutzes gegen Rechtsverordnungen

Dem Umstand, dass wirksamer Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen vorgesehen werden muss, kann nun aber entgegengebracht werden, dass wirksamer Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen vorgesehen ist. Die gel-

⁵ Windthorst, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 9.

⁶ Windthorst, (Fn. 5), S. 9.

⁷ Marxsen, Die Verwaltung 53 (2020), 215 (216–218).

⁸ Walter, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 93. EL 10/2020, Art. 93 Rn. 231–232.

⁹ Nur ergänzend sei zudem auf die subjektive Rechtsstellungsgarantie als Element des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG hingewiesen, der insb. die Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG Rechnung trägt.

¹⁰ Schmidt-Aßmann, (Fn. 8), Art. 19 Abs. 4 Rn. 14.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 25.6.1968, 2 BvR 251/63, Rn. 46–47 - juris.

¹² W.-R. Schenke, (Fn. 4), 1062 (1066–1067).

¹³ W.-R. Schenke, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte III, 2009, § 78 Rn. 26.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.1.2006, 1 BvR 541/02, Rn. 41 - juris.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 20.3.1982, 2 BvL 26/81, Rn. 55 - juris.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2018, 2 BvR 1961/09, Rn. 35 - juris. A.A. Hufen, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS Schenke, S. 803 (808).

¹⁷ Michael, ZJS 2012, 756 (759).

¹⁸ Michael, (Fn. 17), 756 (760).

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.1.2018, 2 BvR 1297/16, Rn. 16 - juris.

tenden gerichtlichen Verfahrensordnungen enthalten ein komplexes System an Rechtsschutzwegen. Davon können im Folgenden freilich nur die wesentlichen dargestellt werden; unions- und landesverfassungsgerichtliche, vorbeugende und nachträgliche sowie – obschon in der Corona-Pandemie besonders relevante – vorläufige Rechtsbeihilfe bleiben außer Betracht.

I. Rechtsschutz gegen privilegierte Landesrechtsverordnungen

1. Prinzipaler Rechtsschutz

a) Normenkontrolle

Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen gewährt zunächst die Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Sie bezieht sich, erstens, auf Rechtsverordnungen nach § 246 Abs. 2 BauGB (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwGO). Damit bewirkt sie im Verhältnis zu den über die erste Alternative erfassten baurechtlichen Satzungen indes keine Erweiterung des Antragsgegenstands. Denn nach § 246 Abs. 2 S. 1 BauGB ist es lediglich Berlin und Hamburg zur näheren Bestimmung überlassen, welche Form der Rechtssetzung an die Stelle der im BauGB vorgesehenen Satzungen tritt. Insbesondere Bebauungspläne werden dort als Rechtsverordnungen erlassen.²⁰ Und nach § 246 Abs. 2 S. 2 BauGB ist es Bremen überlassen, eine S. 1 entsprechende Regelung zu treffen. Eine solche fehlt bislang. Des Weiteren erfasst die Normenkontrolle, zweitens, alle (anderen) Landesrechtsverordnungen (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Das gilt zwar nur, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Doch haben von dieser Ermächtigung aktuell die meisten Länder uneingeschränkt²¹ und einige Länder zumindest eingeschränkt (Rheinland-Pfalz [und Bayern])²² Gebrauch gemacht.

Die Normenkontrolle ist begründet, wenn die Rechtsverordnung rechtswidrig und deshalb ungültig ist. Prüfungsmaßstab ist jedenfalls das (einfach- und verfassungsgesetzliche) Bundesrecht. Inwieweit daneben auch das Landesrecht heranzuziehen ist, muss demgegenüber für § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO²³ wegen § 47 Abs. 3 VwGO differenziert beurteilt werden. Auf dessen Grundlage sind in Bayern bzgl. sämtlicher Landesrechtsverordnungen alle Landesgrundrechte und ist in Hessen bzgl. bestimmter Landesrechtsverordnungen das gesamte Landesverfas-

sungsrecht der Prüfung des jeweiligen VGH entzogen.²⁴ Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass der Normenkontrolle eine „Doppelfunktion“ zukommt.²⁵ Sie folgt einerseits dem Modell des subjektiven Rechtsschutzes, weil ihre Zulässigkeit gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO davon abhängt, dass eine Verletzung subjektiver Rechte geltend gemacht wird. Zugleich folgt sie andererseits aber auch dem Modell des objektiven Rechtsschutzes, weil es in der Begründetheit ausschließlich auf die Frage der Vereinbarkeit der gegenständlichen Norm mit höherrangigem Recht ankommt; ob der Antragsteller tatsächlich, wie in der Antragsbefugnis geltend gemacht, in subjektiven Rechten verletzt ist, wird also gerade nicht mehr untersucht.²⁶

b) Rechtssatzverfassungsbeschwerde

Demgegenüber gewährt die Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG regelmäßig keinen Rechtsschutz gegen die von der Normenkontrolle erfassten, privilegierten Landesrechtsverordnungen. Zwar ist deren Erlass als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren, sodass sie durchaus Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein können. Doch ist ein Beschwerdeführer, der eine Grundrechtsverletzung durch eine vollziehbare Norm geltend macht, zumeist²⁷ nicht unmittelbar betroffen und deshalb nicht beschwerdebefugt. Und ein Beschwerdeführer, der eine Grundrechtsverletzung durch eine Vollzugsnorm geltend macht, muss grundsätzlich²⁸ gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zunächst den Rechtsweg erschöpfen, also eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO anstrengen, um sodann gegen die darauf ergehende Entscheidung mittels einer Urteilsverfassungsbeschwerde vorzugehen. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ ist und deshalb nur spezifisches Verfassungsrecht prüft, sodass das Vorbringen einer Verletzung einfachrechtlicher subjektiver Rechte von vornherein ausscheidet. Gleiches gilt für Landesgrundrechte.

Beispiel: Das BVerfG²⁹ lehnte eine Verfassungsbeschwerde gegen § 5 Corona-LVO MV, wonach alle Reisen in das Gebiet des Landes Mecklenburg-Vorpommern untersagt waren, soweit nichts anderes bestimmt war, als unzulässig ab. Insbesondere sei die Erschöpfung des Rechtswegs, obwohl § 5 Corona-LVO MV bereits mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des über eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO zu entscheidenden OVG Mecklenburg-Vorpommern war, aufgrund zwischenzeitlicher Rechtsänderung nicht unzumutbar.

²⁰ § 6 Abs. 3 AGBauGB Bln; § 3 Abs. 1 BPlanFestG Hmb (mit Ausnahmen in § 3 Abs. 2 BPlanFestG Hmb).

²¹ § 4 BW AGVwGO; § 4 Abs. 1 BbgVwGG; Art. 7 Abs. 1 BremAGVwGO; § 15 HessAGVwGO; § 13 GerStrukGAG MV; § 75 NJG; § 109a JustG NRW; § 18 SaarAGVwGO; § 24 Abs. 1 SächsJG; § 10 AGVwGO LSA; § 67 LJG; § 4 ThürAGVwGO.

²² § 4 Abs. 1 S. 1 RP AGVwGO. Auch in Bayern sind Einschränkungen vorgesehen (vgl. Art. 5 S. 2 BayAGVwGO); diese beziehen sich aber ausschließlich auf Normenkontrollen gegen Satzungen.

²³ Str., vgl. Mann/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 362.

²⁴ Art. 98 S. 4 BV, Art. 132 HessVerf; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 317, 322.

²⁵ Mann/Wahrendorf, (Fn. 23), Rn. 343; Marxsen, (Fn. 7), 215 (343).

²⁶ BVerwG, Beschl. v. 17.7.2019, 3 BN 2/18, Rn. 12 - juris.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994, 1 BvR 1369/90, Rn. 45 - juris.

²⁸ Zu den Ausnahmen vgl. Barczak, DVBl. 2019, 1040 (1042).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 26.5.2021, 1 BvR 1185/21 - juris.

2. Inzidenter Rechtsschutz

Rechtsschutz gegen privilegierte Landesrechtsverordnungen wird überdies inzident gewährt. Ein auf diese gestützter Vollzugs- oder Anwendungsakt bzw. ein sich aus ihr ergebendes Rechtsverhältnis kann zum Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Leistungsklage bzw. „typischen“ Feststellungsklage gemacht werden (vgl. D. II. 2.). Die Statthaftigkeit einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO schließt deren Zulässigkeit nicht aus. Sonst ließe sich, sofern ein Verwaltungsakt vorliegt, dessen Bestandskraft nicht verhindern.³⁰ Überdies weichen die Rechtsbehelfe bzgl. Streitgegenstand, Rechtsschutzfunktion und Entscheidungswirkung voneinander ab, sodass sie einen unterschiedlichen Rechtscharakter aufweisen.³¹ Zugleich gilt auch umgekehrt, dass die Zulässigkeit von inzidenten Rechtsschutzmöglichkeiten die Normenkontrolle nach § 47 VwGO nicht ausschließt. Sonst würde deren Zweck, durch eine einzige Entscheidung eine Reihe von Einzelklagen zu vermeiden und dadurch die Verwaltungsgerichte zu entlasten, verfehlt.³²

II. Rechtsschutz gegen Bundes- und nicht-privilegierte Landesrechtsverordnungen

1. Prinzipaler Rechtsschutz

a) Normenkontrolle

Die Normenkontrolle gewährt Rechtsschutz indes nicht gegen sämtliche Rechtsverordnungen. Sie bezieht sich, erstens, nicht auf Bundesrechtsverordnungen. Denn § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO stellt mit dem Verweis auf § 246 Abs. 2 BauGB nur auf potentielle Rechtsverordnungen von Berlin, Hamburg und Bremen ab. Und § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO umfasst lediglich im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsverordnungen. Zudem bezieht sich die Normenkontrolle, zweitens, mitunter auch nicht auf (andere als baurechtliche) Landesrechtsverordnungen. Denn § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO impliziert andere im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsverordnungen nur, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Von dieser Ermächtigung haben aktuell einige Länder aber nur eingeschränkt (Rheinland-Pfalz [und Bayern])³³ und manche Länder überhaupt keinen (Berlin und Hamburg) Gebrauch gemacht.

Beispiel: Das OVG Rheinland-Pfalz³⁴ lehnte eine Normenkontrolle gegen § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 3. CoBeLVO

RP, wonach Fitnessstudios geschlossen waren, als unstatthaft ab. Denn gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 RP AGVwGO könne nach Maßgabe des § 47 VwGO nur über Landesrechtsverordnungen entschieden werden, die nicht Handlungen eines Verfassungsorgans nach Art. 130 Abs. 1 RPVerf sind. Dass die 3. CoBeLVO RP nicht von der Landesregierung als Kollegialorgan, sondern von der Gesundheitsministerin stamme, sei insoweit unbeachtlich.³⁵ Denn § 4 Abs. 1 S. 2 RP AGVwGO umfasse nach der ständigen Rechtsprechung des VerfGH und des OVG sowohl Rechtsverordnungen, die auf die Landesregierung zurückgehen, als auch solche, die ein Minister erlassen hat.

b) Rechtssatzverfassungsbeschwerde

Gegen Bundes- und die von der Normenkontrolle nicht erfassten, nichtprivilegierten Landesrechtsverordnungen scheidet regelmäßig auch eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde aus. Abweichungen zu dem oben Gesagten (vgl. D. I. 1. b)) ergeben sich hier nur insoweit, als einem Beschwerdeführer, der eine Grundrechtsverletzung durch eine Vollzugsnorm geltend macht, nicht das Gebot der Rechtswegerschöpfung entgegengehalten werden kann. Eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist nun gerade nicht statthaft. Das wird aber seit jeher durch ungeschriebene Anforderungen aus dem Grundsatz der Subsidiarität relativiert.³⁶ Denn daraus folgt, dass dann, wenn die untergesetzliche Norm einer prinzipalen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich ist, der Beschwerdeführer die Möglichkeit zu inzidentem Rechtsschutz ergreifen muss,³⁷ um sodann gegen die darauf ergehende Entscheidung mittels einer Urteilsverfassungsbeschwerde vorzugehen.

2. Inzidenter Rechtsschutz

Rechtsschutz gegen Bundes- und nichtprivilegierte Landesrechtsverordnungen wird allerdings inzident gewährt.

a) Anfechtungsklage

Eine Anfechtungsklage ist statthaft, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehrt wird (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO). Sie ist daher auch einschlägig, wenn die Aufhebung eines auf Grundlage einer vollziehbaren Rechtsverordnung erlassenen Vollzugsakts als Verwaltungsakt erfolgen soll. Außerdem ist sie zu erheben, wenn die Aufhebung eines als Verwaltungsakt zu qualifizierenden Anwendungsakts einer selbstvollziehenden Rechtsverordnung bezweckt wird, welche die Rechtsnorm gegenüber dem Normadressaten zu konkretisieren oder zu individualisieren ermöglicht.

³⁰ Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2020, § 47 Rn. 26.

³¹ BVerwG, Urt. v. 3.11.1988, 7 C 115/86, Rn. 21 - juris; BayVfGH, Urt. v. 25.11.2019, 3 BV 17.1857, Rn. 18 - juris.

³² Ziekow, (Fn. 30), § 47 Rn. 25–26.

³³ § 4 Abs. 1 S. 2 RP AGVwGO (keine RVO von Verfassungsorganen). Zu Bayern siehe Fn. 22.

³⁴ OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 16.4.2020, 6 B 10497/20 - juris.

³⁵ Dies verkennt (für Gottesdienstverbote) Bender, NVwZ-Extra 9b/2020, 1 (3).

³⁶ Barczak, (Fn. 28), 1040 (1041).

³⁷ BVerfG, Urt. v. 18.12.1985, 2 BvR 1167/84, Rn. 63 - juris.

Beispiel: Das OVG Berlin-Brandenburg³⁸ bewertete eine Feststellungsklage gegen die individuelle Verbindlichkeit des (nicht bußgeldbewehrten) § 4 CoronaArbSchV, wonach der Arbeitgeber den Beschäftigten Gesichtsmasken zu Verfügung stellen musste, als subsidiär. Denn gem. § 22 Abs. 3 ArbSchG ordne erst die Landesvollzugsbehörde im Einzelfall konkret an, welche Maßnahmen der Arbeitgeber zur Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten zu treffen habe. Der Betroffene sei auf den Angriff gegen diese verwiesen.

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Und rechtswidrig ist ein Vollzugs- bzw. Anwendungsakt „insbesondere“ dann, wenn er nicht auf einer tauglichen, d. h. rechtmäßigen Rechtsverordnung beruht.

b) Verpflichtungsklage

Eine Verpflichtungsklage ist statthaft, wenn die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts begehrt wird (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO). Sie ist daher auch heranzuziehen, wenn der Erlass eines auf Grundlage einer vollzugsbedürftigen oder selbstvollziehenden Rechtsverordnung abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts erfolgen soll.

Eine Verpflichtungsklage ist daneben begründet, wenn die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO), was der Fall ist, wenn dem Kläger ein Anspruch auf den Verwaltungsakt zusteht.³⁹ Dieser lässt sich indes nicht unter Verweis auf die Regelung einer Rechtsverordnung abstreiten, die nicht ihrerseits rechtmäßig ist.

Beispiel: Das VG Hamburg gab vor, dass eine Verpflichtungsklage statthaft sei, wenn ein Kläger die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung von § 2 Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wonach öffentliche und nichtöffentliche Versammlungen untersagt waren, begehrt.⁴⁰ In einem anderen Verfahren stellte es überdies fest, dass dem Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung aus Art. 8 Abs. 1 GG der § 2 Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht entgegenstehe, wenn dieser nicht seinerseits mit höherrangigem Recht vereinbar ist.⁴¹

³⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.4.2021, OVG 1 S 43/21, Rn. 6–7 - juris.

³⁹ Binninger; in: Brandt/Domgörgen (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 4. Aufl. 2018, M Rn. 90.

⁴⁰ VG Hamburg, Beschl. v. 17.4.2020, 15 E 1640/20, Rn. 16 - juris.

⁴¹ VG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2020, 17 E 1648/20, Rn. 6, 9 - juris.

c) Leistungsklage

Eine allgemeine Leistungsklage, deren Existenz von §§ 43 Abs. 2 S. 1, 111 S. 1 und 113 Abs. 4 VwGO vorausgesetzt wird, ist statthaft, wenn die Unterlassung bzw. die Vornahme einer hoheitlichen Maßnahme, die keine Regelung enthält, begehrt wird.⁴² Hiervon ausgehend eröffnet sich auf den ersten Blick die Möglichkeit, mit der Leistungsklage die rechtswidrige Rechtsverordnung selbst anzugreifen und deren Aufhebung zu verlangen. Eine solche Klage liefe jedoch zumeist, weil eine rechtswidrige Rechtsverordnung – im Unterschied zu einem rechtswidrigen Verwaltungsakt – in der Regel⁴³ von vornherein unwirksam und daher rechtlich nicht existent ist, ins Leere.⁴⁴ Auf die Leistungsklage ist aber zurückzugreifen, wenn in den bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage beschriebenen Konstellationen statt eines Verwaltungsakts ein sonstiges Verwaltungshandeln gegenständlich ist.

Die allgemeine Leistungsklage ist sodann begründet, wenn der Kläger einen Rechtsanspruch auf Unterlassung bzw. Vornahme der hoheitlichen Maßnahme hat.⁴⁵ Dieser lässt sich erneut nicht unter Verweis auf die Regelung einer Rechtsverordnung abstreiten, die nicht ihrerseits rechtmäßig ist.

Beispiel: Das VG Berlin bewertete eine allgemeine Leistungsklage als statthaft, wenn der Kläger die Vornahme einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus begehrt.⁴⁶ Einem darauf bestehenden Anspruch kann § 1 Abs. 2 CoronaImpfV, der eine Impfpriorisierung vorsieht, nicht entgegengehalten werden, wenn dieser nicht seinerseits mit höherrangigem Recht vereinbar ist.⁴⁷

d) „Typische“ Feststellungsklage

Eine allgemeine Feststellungsklage ist statthaft, wenn die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, also einer rechtlichen Beziehung, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von natürlichen oder juristischen Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergibt,⁴⁸ begehrt wird (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO). Allerdings ist sie ausgeschlossen, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (§ 43 Abs. 2 S. 1 VwGO). Hiervon ausgehend ist die

⁴² Binninger; (Fn. 39), M Rn. 95.

⁴³ Zu den Ausnahmen vgl. Zimmermann, JA 2018, 249 (251–252, 254–255).

⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 28.6.2000, 11 C 13/99, Rn. 30 - juris.

⁴⁵ Binninger; (Fn. 39), M Rn. 101.

⁴⁶ VG Berlin, Beschl. v. 27.1.2021, 14 L 2/21, Rn. 13 - juris. A.A. VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 18.2.2021, 20 L 182/21, Rn. 8, 11 - juris.

⁴⁷ Die Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 2 CoronaImpfV problematisiert auch das VG Berlin, vgl. Rn. 31; mangels Entscheidungsrelevanz wird sich aber einer abschließenden Aussage dazu enthalten.

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 30.5.2018, 6 A 3/16, Rn. 53 - juris.

allgemeine Feststellungsklage auch einschlägig, wenn nach einer vorprozessualen Auseinandersetzung mit der normanwendenden Behörde über den Anwendungsbereich oder die Gültigkeit einer vollziehbaren Norm oder einer individualisier- bzw. konkretisierbaren Vollzugsnorm aus einer Rechtsverordnung dem Bürger Rechtsschutz auf andere Weise zu erlangen unmöglich oder unzumutbar ist. Andere Rechtsbehelfe sind u.a. unmöglich, wenn der Kläger die Genehmigungsfreiheit eines Handelns festgestellt wissen will,⁴⁹ und sind unzumutbar, wenn von vornherein feststeht, dass die Behörde eine Befreiung nicht erteilen wird⁵⁰ oder die Provokation eines Vollzugs- oder Anwendungsakts von einem Verhalten privater Dritter abhängt⁵¹ bzw. ein Zuwiderhandeln gegen eine bußgeld- oder gar strafbewehrte Regelung voraussetzt.⁵²

Beispiel: Das VG Hamburg⁵³ nahm an, dass eine allgemeine Feststellungsklage statthaft sei, wenn ein Kläger nach einem vorherigen Antrag auf Befreiung die nach seiner Auffassung verfassungswidrige Quarantänepflicht für Einreisende aus § 30a Abs. 1 S. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, von der die normanwendende Behörde Ausnahmen erteilen kann und die bußgeldbewehrt ist, angreifen will.

Die allgemeine Feststellungsklage, die gegen den Normanwender, d. h. den Rechtsträger der Behörde, die die Regelungen durchzusetzen oder ihre Befolgung zu überwachen hat, zu richten ist,⁵⁴ ist überdies begründet, wenn das Rechtsverhältnis tatsächlich besteht bzw. nicht besteht.⁵⁵ Die Prüfung, ob der Kläger die Norm aus der Rechtsverordnung befolgen muss, hängt regelmäßig von deren Rechtmäßigkeit ab.

3. Rechtsschutzlücken

Ausgehend von den bisher beschriebenen Klagemöglichkeiten verbleiben allerdings Konstellationen, in denen der von Verfassungen wegen gebotene effektive Rechtsschutz gegen Bundes- und nichtprivilegierte Landesrechtsverordnungen nicht gewährt wird.

a) Erste Lücke: kein Rechtsschutz

Eine erste Rechtsschutzlücke tut sich auf, wenn eine Bundes- oder nichtprivilegierte Landesrechtsverordnung unmittelbar Rechte und Pflichten der Betroffenen begründet,

ohne dass eine Konkretisierung oder Individualisierung durch Verwaltungsvollzug vorgesehen oder möglich ist.⁵⁶

Beispiel: Das VG Hamburg qualifizierte § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wonach Fitness- und Sportstudios nicht für den unmittelbaren Publikumsverkehr geöffnet werden durften, als eine solche Rechtsnorm.⁵⁷ Die Ausführungen entbehren jedoch einer stichhaltigen Begründung. Ausschlaggebend könnte mit Blick auf ähnliche Rechtsprechung⁵⁸ gewesen sein, dass die Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung durch die normanwendende Behörde nicht vorgesehen war. Weil ihr aber die Vornahme ordnungsrechtlicher Maßnahmen sowie die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten unbenommen blieb,⁵⁹ ist die Bewertung im Ergebnis gleichwohl Zweifeln unterworfen.

Gegen solche Rechtsverordnungen gewähren die bisher beschriebenen Rechtsbehelfe keinen Rechtsschutz: Die prinzipialen und inzidenten verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe sind bereits unstatthaft. Das könnte dazu verleiten, die Rechtssatzverfassungsbeschwerde zu aktivieren. Immerhin vermag sich der Grundsatz der Subsidiarität hier gerade nicht einschränkend auszuwirken. Doch wäre es dann zur Gewährung von Rechtsschutz erforderlich, im Rahmen einer „Vorfragenkonstruktion“ – wie sie bei der abstrakten Normenkontrolle angenommen wird⁶⁰ – auch die Verletzung einfachgesetzlicher subjektiver Rechte zu prüfen und insoweit das BVerfG zur Superrevisionsinstanz zu erheben. Zudem würde die Gefahr begründet werden, dass das BVerfG als „erstinstanzliche[s] Verwaltungsüberprüfungsgericht“⁶¹ instrumentalisiert und es – zusätzlich zur ohnehin anhaltend hohen Verfahrensbelastung⁶² – mit Rechtsschutzbegehren „überflutet“ wird.⁶³ Das mag das BVerfG dazu veranlasst haben, auch dann, wenn die fachgerichtliche Überprüfung solcher Rechtsverordnungen nicht möglich ist, hinsichtlich der Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden Zurückhaltung walten zu lassen.⁶⁴

b) Zweite Lücke: kein effektiver Rechtsschutz

Eine weitere Rechtsschutzlücke besteht in Fällen, die wie folgt gruppiert werden:⁶⁵ Zunächst wird auf Normen verwiesen, für deren Vollzug bzw. Durchsetzung eine Vielzahl von Hoheitsträgern zuständig ist. Zudem werden ja-

⁴⁹ Pietzcker, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 39. EL 07/2020, § 43 Rn. 51.

⁵⁰ VG Berlin, Beschl. v. 10.6.2020, 14 L 150/20, Rn. 8 - juris.

⁵¹ VG Berlin, Beschl. v. 23.9.2020, 6 L 194/20, Rn. 19 - juris.

⁵² Das folgt aus der sog. Damokles-Rechtsprechung, wonach ein Betroffener die Klärung rechtlicher Zweifelsfragen nicht „auf der Anklagebank“ erleben muss; vgl. BVerwG, Urt. v. 13.1.1969, 1 C 86.64, Rn. 19 - juris.

⁵³ VG Hamburg, Beschl. v. 13.5.2020, 15 E 1967/20, Rn. 19 - juris.

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 23.8.2007, 7 C 13/06, Rn. 22 - juris.

⁵⁵ Binninger, (Fn. 39), M Rn. 130.

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 28.1.2010, 8 C 19/09, Rn. 30 - juris.

⁵⁷ VG Hamburg, Urt. v. 8.9.2020, 19 K 1761/20, Rn. 38 - juris.

⁵⁸ VG München, Beschl. v. 3.6.2020, M 26 E 20.2203, Rn. 20 - juris.

⁵⁹ Vgl. VG Freiburg, Beschl. v. 14.5.2020, 4 K 1621/20, Rn. 14 - juris.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010, 2 BvF 1/07, Rn. 102 - juris.

⁶¹ Engels, NVwZ 2018, 1001 (1007).

⁶² Barczak, (Fn. 28), 1040 (1046).

⁶³ Barczak, (Fn. 28), 1040 (1044).

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.1.2006, 1 BvR 541/02, Rn. 42 - juris.

⁶⁵ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, 26. Aufl. 2020, § 43 Rn. 8k.

nusköpfige Normen angeführt, bei denen sich – parallel zum Verwaltungsakt mit Doppelwirkung – die rechtliche Belastung eines potentiell Verletzten aus den dort getroffenen Regelungen für einen generellen Adressatenkreis ergibt, und wird ferner auf Normen gedeutet, bei denen die gegenüber dem Verletzten getroffene Regelung in einem sozialen Gesamtzusammenhang steht, von dem sie sich nicht isolieren lässt. Schließlich wird auf rechtswidrige, aber rechtswirksame Normen aufmerksam gemacht.

Beispiel: Nach § 8 Abs. 1 S. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO war der Betrieb von Verkaufsstellen des Einzelhandels für den Publikumsverkehr untersagt, soweit nichts anderes bestimmt ist. Verletzt das den Betreiber eines in einem abgelegenen Outlet-Center geführten Modegeschäfts in seiner Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), muss mitbedacht werden, dass er auf Kundenverkehr und daher auf die Öffnung auch der übrigen Geschäfte angewiesen ist.

Gegen solche Normen gewähren die bisher beschriebenen Rechtsbehelfe keinen effektiven Rechtsschutz: Die inzidenten verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe sind zwar statthaft. Doch ist bzgl. der zuletzt genannten Fallgruppe zu beachten, dass die Rechtswidrigkeit einer rechtswirksamen Rechtsverordnung grundsätzlich nicht entscheidungserheblich ist, sodass das Gericht darüber auch nicht vorfrageweise befindet.⁶⁶ Abweichendes gilt bzgl. der übrigen Fallgruppen. Insoweit ist aber die limitierte Bindungswirkung von Entscheidungen im inzidenten Rechtsschutz zu berücksichtigen (vgl. C. II.). Dass Hoheitsträger als „Ehrenmänner“ trotzdem von der Unwirksamkeit der Rechtsverordnung ausgehen mögen, kann mit Blick auf § 172 VwGO nicht als selbstverständlich vorausgesetzt⁶⁷ und unter Berücksichtigung dessen, dass verschiedene Gerichte diesbezüglich zu einer unterschiedlichen Beurteilung gelangen können, nicht zum Vorwurf gemacht werden.⁶⁸ Wäre ein Kläger auf diese Rechtsbehelfe beschränkt, müsste er daher eine Vielzahl von Klagen gegen die jeweiligen Hoheitsträger bzw. gegen die jeweilige hoheitliche Maßnahme gegenüber dem einzelnen Adressaten anstrengen oder die fortbestehende Beeinträchtigung aus dem sozialen Zusammenhang schlicht hinnehmen. Das wird seinem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht gerecht. Dieses setzt voraus, dass die generelle Nichtanwendbarkeit der Norm veranlasst wird.⁶⁹

Über diese Einwände würden die Normenkontrolle und die Verfassungsbeschwerde hinweghelfen. Dort wird die Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung nicht nur vorfrageweise geprüft und entfaltet die negative Entscheidung

über ihre Gültigkeit eine weite Bindungswirkung (vgl. C. II.). Allerdings ist die Normenkontrolle unstatthaft, weil eine Bundes- bzw. nichtprivilegierte Landesrechtsverordnung vorliegt, und ist die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde erneut Bedenken unterworfen.

c) „Atypische“ Feststellungsklage

Diese Rechtsschutzlücken hat die Rechtsprechung durch die sog. „atypische Feststellungsklage“ ausgefüllt. Dabei handelt es sich um eine allgemeine Feststellungsklage, die wiederum sowohl dann, wenn festgestellt werden soll, dass die in ihrer Gültigkeit nicht angegriffene Norm den Kläger nicht verpflichtet, als auch dann, wenn die Feststellung begehrt wird, dass die Norm aufgrund ihrer Ungültigkeit den Kläger nicht verpflichtet, einschlägig ist. Sie kennzeichnet aber, dass sie sich gegen den Normgeber, d. h. den Rechtsträger der normerlassenden Behörde richtet.⁷⁰ Zudem soll sie ein Mehr an Rechtswirkung herbeiführen als eine Klage im Rahmen des Normenvollzugs.⁷¹ Die atypische Feststellungsklage ist bislang jedoch nicht allgemein anerkannt. Zwar wird ihr im Schrifttum mitunter durchaus zustimmend begegnet.⁷² Teilweise wird aber auch vorgebracht, dass sie „formaljuristisch nicht ganz zweifelsfrei“ sei⁷³ oder gar „zu keineswegs marginalen Verwerfungen im System des Verwaltungsprozessrechts“ führe.⁷⁴ Sofern man sie deshalb nicht bereits als solche ablehnt, gilt es jedenfalls zu beachten, dass sie sich in Bezug auf die tradierten Maßstäbe der allgemeinen Feststellungsklage als durchaus herausfordernd darstellt.⁷⁵

⁶⁶ *W.-R. Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 158.

⁶⁷ *Kramer*, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 85.

⁶⁸ *W.-R. Schenke*, NVwZ 2016, 720 (723); *W.-R. Schenke*, (Fn. 4), 1062 (1063).

⁶⁹ *W.-R. Schenke*, (Fn. 65), § 43 Rn. 8k.

⁷⁰ *BVerwG*, Urt. v. 23.8.2007, 7 C 13/06, 2. Leitsatz - juris.

⁷¹ *BVerwG*, Urt. v. 24.6.2004, 4 C 11/03, Rn. 19 - juris.

⁷² *W.-R. Schenke*, (Fn. 65), § 43 Rn. 8l.

⁷³ *Maurer/Waldhoff*, (Fn. 3), § 13 Rn. 21.

⁷⁴ *Geis*, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS Schenke, S. 709 (710). Umfassend zur Diskussion der Judikatur des BVerwG bzgl. der atypischen Feststellungsklage *Engels*, (Fn. 61), 1001 (1002–1004).

⁷⁵ Umfassend dazu *Blankenagel*, in: Brömmelmeyer/Ebers/Sauer (Hrsg.), FS Schwintowski, S. 857 (864–874); *Engels*, (Fn. 61), 1001 (1004–1005).