

B e s c h l u s s

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

1. des minderjährigen Kindes
  2. des minderjährigen Kindes
- beide vertreten durch

Beschwerdeführer und Antragsteller,

Bevollmächtigte:

gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 7. Januar 2021 in der ab dem 22. Februar 2021 geltenden Fassung

hat die 2. Kammer des

VERFASSUNGSGERICHTSHOFS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 1. März 2021

durch

den Vizepräsidenten Prof. Dr. H e u s c h ,  
den Richter Dr. G i l b e r g und  
den Richter Prof. Dr. W i e l a n d

gemäß § 58 Abs. 2, § 59 Abs. 2 und § 60 Satz 1 VerfGHG

einstimmig beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Beschwerdeführer sind Schüler der 6. bzw. 8. Klasse an C Gymnasien. Sie wenden sich gegen § 1 Abs. 11 Satz 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 7. Januar 2021 in der ab dem 22. Februar 2021 geltenden Fassung, durch den der Präsenzunterricht an Schulen zum Zweck des Infektionsschutzes eingeschränkt wird.

2. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde und ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beanstanden die Beschwerdeführer einen Eingriff in ihre Grundrechte durch die angegriffene Vorschrift. Dieser Eingriff könne nicht mit dem angestrebten Schutz vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Insbesondere sei die angegriffene Regelung nicht verhältnismäßig.

#### **II.**

Der Antrag wird abgelehnt, weil er unzulässig ist.

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

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt nur in Betracht, wenn der Antragsteller bestehende Möglichkeiten, fachgerichtlichen Eilrechtsschutz zu erlangen, ausgeschöpft hat (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1, juris, Rn. 20, und vom 17. Februar 2021 – VerfGH 32/21.VB-2, juris, Rn. 6, jeweils m. w. N.).

Einen solchen fachgerichtlichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO i. V. m. § 109a JustG NRW haben die Beschwerdeführer in Bezug auf § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO in der angegriffenen Fassung nicht gestellt.

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

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

**aa)** Eine derartige Vorabentscheidung kommt in der Regel dann nicht in Betracht, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen noch nicht aufgeklärt sind oder die einfachrechtliche Lage nicht hinreichend geklärt ist. Es obliegt vorrangig den Fachgerichten, einfachrechtliche Vorschriften auszulegen und die zur Anwendung der

Vorschriften erforderlichen Ermittlungen sowie die Würdigung des Sachverhaltes vorzunehmen. Die grundsätzliche Notwendigkeit der Rechtswegerschöpfung soll dabei unter anderem gewährleisten, dass dem Verfassungsgerichtshof in der Regel nicht nur die abstrakte Rechtsfrage und der Sachvortrag des Beschwerdeführers unterbreitet werden, sondern dass auch die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein für diese Materie zuständiges Gericht vorliegt. Der Vorklä- rung durch die Fachgerichte kommt insbesondere dort Bedeutung zu, wo die Beur- teilung der mit der Verfassungsbeschwerde erhobenen Rügen die Prüfung tatsäch- licher oder einfachrechtlicher Fragen voraussetzt, für die das Verfahren vor den Fachgerichten besser geeignet ist (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 27. Oktober 2020 – VerfGH 127/20.VB-1, juris, Rn. 11 f., und vom 17. Februar 2021 – VerfGH 32/21.VB-2, juris, Rn. 10, jeweils m. w. N.).

**bb)** Dies ist hier der Fall. Das Oberverwaltungsgericht könnte die erforderliche Aufbereitung der Sach- und Rechtslage dahingehend übernehmen, ob die ange- griffene Vorschrift mit Blick auf die tatsächliche Entwicklung des Pandemiegesche- hens und die dazu vorliegenden fachwissenschaftlichen Einschätzungen noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.

Dies ist nicht deshalb entbehrlich, weil sich das Oberverwaltungsgericht bereits mit Beschlüssen vom 22. Januar 2021 – 13 B 53/21.NE u. a. – zur Vereinbarkeit des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO mit höherrangigem Recht verhalten hat und deshalb ein Erkenntnisgewinn in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bei einer erneuten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nicht zu erwarten wäre. Von einer Zwecklosigkeit der erneuten Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechts- schutzes in diesem Sinne ist gerade nicht (mehr) auszugehen. Die Beschlüsse vom 22. Januar 2021 betrafen die Coronabetreuungsverordnung in der bis zum 31. Januar 2021 geltenden Fassung. Im Anschluss daran hat das Oberverwal- tungsgericht, soweit ersichtlich, keine weitere Entscheidung zur Rechtmäßigkeit der Untersagung des Präsenzunterrichts getroffen. Seit diesen Beschlüssen ist

mehr als ein Monat verstrichen. Das rechtfertigt schon mit Blick auf die Wertung des § 28a Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 IfSG, wonach die Geltungsdauer von – wie hier – nach § 32 i. V. m. § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen grundsätzlich vier Wochen beträgt, die Annahme, dass es einer erneuten eingehenden (gerichtlichen) Überprüfung der der Rechtsverordnung zugrunde liegenden Umstände bedarf. Auch die Beschwerdeführer führen die weitere tatsächliche Entwicklung des Pandemiegeschehens, insbesondere der Infektionszahlen, die für sie mit fortschreitender Geltungsdauer zunehmenden persönlichen Belastungen sowie neue wissenschaftliche Äußerungen zur Begründung ihres Antrags an. Diese bedürfen einer Vorklärung durch das nach der Aufgabenverteilung zwischen der Fach- und der Verfassungsgerichtsbarkeit in erster Linie zuständige Obergerverwaltungsgericht.

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

Ohne Erfolg berufen sie sich insoweit auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofs vom 23. November 2020 – VerfGH 179/20.VB-1 – und die dort zugrunde gelegten Erwägungen, dass ein schwerer und unabwendbarer Nachteil im Sinne des § 54 Satz 2 Alt. 2 VerfGHG mit Blick auf eine kurze Geltungsdauer der angegriffenen Rechtsnorm anzunehmen sein kann. In dieser Entscheidung hat der Verfassungsgerichtshof unter anderem darauf abgestellt, dass bei kurzer Geltungsdauer der angegriffenen Rechtsnorm der fachgerichtliche Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren einen gegenwärtigen, besonders intensiven Grundrechtseingriff nicht mehr beseitigen, sondern allenfalls zur nachträglichen Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit führen könne, er also zur Behebung des derzeit akut andauernden Grundrechtseingriffs mithin nicht geeignet sei (juris, Rn. 36 ff.).

Diese Erwägungen bezogen sich ausdrücklich auf die Subsidiarität der in der Hauptsache anhängigen Verfassungsbeschwerde gegenüber dem fachgerichtlichen Hauptsacheverfahren, nicht aber auf die Subsidiarität des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 27 Abs. 1 VerfGHG gegenüber dem fachgerichtlichen Eilrechtsschutz. Hierauf sind sie auch nicht übertragbar (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 17. Februar 2021 – VerfGH 32/21.VB-2, juris, Rn. 15).

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

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

**aa)** Von vornherein aussichtslos ist ein Rechtsbehelf jedenfalls dann, wenn er offensichtlich unstatthaft oder unzulässig ist. Die offensichtliche Aussichtslosigkeit kann sich aber etwa auch daraus ergeben, dass im Hinblick auf eine gefestigte jüngere und einheitliche Rechtsprechung des jeweils obersten Fachgerichts im konkreten Einzelfall keine hiervon abweichende Entscheidung in der Sache zu erwarten ist, oder wenn der Beschwerdeführer schon einmal erfolglos den Rechtsweg beschritten hat und wegen einer eindeutigen gesetzlichen Regelung kein anderes Ergebnis zu erwarten ist. Mit anderen Worten, aussichtslos ist ein Rechtsbehelf, wenn ein Verfahren vor den Fachgerichten „bloße Formsache“ wäre (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 27. Oktober 2020 – VerfGH 127/20.VB-1, juris, Rn. 16, und vom 17. Februar 2021 – VerfGH 32/21.VB-2, juris, Rn. 18, jeweils m. w. N.).

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

Eine derart gefestigte Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, die ein abweichendes Ergebnis bei seiner neuerlichen Befassung von vornherein ausgeschlossen erscheinen ließe, ist nicht gegeben. Dies liegt aus den vorstehenden Gründen insbesondere auch wegen des Erfordernisses der Feststellung und Würdigung der aktuellen Entwicklung des Pandemiegeschehens nicht nahe. Es ist nicht ersichtlich, dass das Oberverwaltungsgericht in Anbetracht der seit seinen Beschlüssen vom 22. Januar 2021 veränderten Pandemiesituation zwingend zur derselben Einschätzung insbesondere der Verhältnismäßigkeit des § 1 Abs. 11 Satz 1 CoronaBetrVO gelangen müsste (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 17. Februar 2021 – VerfGH 32/21.VB-2, juris, Rn. 20).

**d)** Auf die Erwägungen des Verfassungsgerichtshofs, mit denen er in den Beschlüssen vom 29. Januar 2021 – VerfGH 16/21.VB-1 u. a. – die Zulässigkeit der verfassungsgerichtlichen Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität noch angenommen hat, können sich die Beschwerdeführer hier nicht berufen. Die besonderen Umstände des Einzelfalls, auf die sich der Verfassungsgerichtshof dort gestützt hat, liegen aus den vorstehend genannten Gründen nicht mehr vor (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 17. Februar 2021 – VerfGH 32/21.VB-2, juris, Rn. 23).

**2.** Dieser Beschluss ist unanfechtbar (vgl. § 27 Abs. 3 Satz 2 und § 60 Satz 1 i. V. m. § 59 Abs. 2 Satz 3 VerfGHG).

Prof. Dr. Heusch

Dr. Gilberg

Prof. Dr. Wieland