



## Neues zum vorläufigen Rechtsschutz?

- Der Rechtsschutz gegen Corona-Verordnungen als Bewährungsprobe neuer Entscheidungsmaßstäbe - Analyse und Kritik\* -

von

Prof. Dr. Ralf P. Schenke

Referat des Arbeitskreises 9

Neues zum vorläufigen Rechtsschutz?

16. Mai 2024

- A. Einleitung - Die Coronakrise als Beleg der rechtspraktischen Bedeutung einer verwaltungsprozessualen Grundlagendebatte
- B. Strukturfragen des vorläufigen Rechtsschutzes
  - I. Funktionen
  - II. Der Prüfungsmaßstab: Folgenabwägung nach der Doppelhypothese versus Erfolgsaussichten
  - III. Prüfungsdichte
- C. Rechtsprechungsanalyse zur einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO
  - I. Die Regelungskonzeption des historischen Gesetzgebers
  - II. Rezeption durch die frühere Rechtsprechung der Obergerichtsverwaltungen/VGHe
  - III. Rechtsprechungswende
  - IV. Corona-Rechtsprechung
  - V. Aktueller Stand
- D. Rechtstheoretische Beobachtungen und Kritik
  - I. Rechtstheoretische Einordnung der Entwicklung
  - II. Erfolgsbedingungen gelungenen Richterrechts

- III. Legitimatorische Defizite und mögliche Legitimationsstrategien
  - 1. Richterliche Rechtsfortbildung praeter oder contra legem?
  - 2. Konvergenz des vorläufigen Rechtsschutzes
  - 3. Konstitutionalisierung
- IV. Orientierung an Leitbildern – Das Beispiel der summarischen Prüfung von Rechtsfragen
- E. Chancen, Risiken und Nebenwirkungen des neuen Prüfungsmaßstabes
  - I. Zugewinn an Rechtssicherheit
  - II. Höhere Kongruenz zwischen der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz und dem Hauptsacheverfahren
  - III. Mögliche Verzögerungen des vorläufigen Rechtsschutzes
  - IV. Faktische Präjudizierung der Hauptsacheentscheidung
  - V. Signalwirkung des vorläufigen Rechtsschutzes und mögliche Frustrationseffekte
- F. Zusammenfassende Schlussbetrachtung: Verstärkung des Trends zur Substitution des Hauptsacheverfahrens

#### **A. Einleitung - Die Coronakrise als Beleg der rechtspraktischen Bedeutung einer verwaltungsprozessualen Grundlagendebatte**

Als Hochschullehrer vor Verwaltungsrichterinnen und -richtern einen Vortrag zum vorläufigen Rechtsschutz zu halten, ist eine herausfordernde Aufgabe und steht in der Gefahr, „Eulen nach Athen“ zu tragen. Denn der vorläufige Rechtsschutz lebt weniger aus dem Diktum des Gesetzgebers, sondern aus dem der Rechtspraxis.

Immerhin wird die Rechtspraxis aber doch in weiten Teilen durch Rechtsdogmatik gesteuert, zu der auch die Rechtswissenschaft ihren Beitrag leisten kann. Ob und inwieweit mir das gelungen ist, wird erst die Diskussion zeigen. Aufschlussreich und für mich als Referent tröstlich sind die Worte, mit denen Friedrich Schoch, also gewissermaßen die letzte Instanz in Sachen vorläufiger Rechtsschutz, vor mittlerweile mehr als 33 Jahren einen vielbeachteten Vortrag zu der Thematik eingeleitet hat. Ich zitiere: „Wer die Aufgabe übernommen hat, in einem zeitlich sehr begrenzten Rahmen über die rechtsdogmatischen und praktischen Probleme des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes zu berichten [...], ist einem fast hoffnungslosen Unternehmen ausgesetzt“.<sup>1</sup>

In seinem Vortrag verweist Schoch auf zwei Befunde, die nicht wirklich zusammenpassen würden. Auf der einen Seite komme dem vorläufigen Rechtsschutz eine schlechthin überragende Bedeutung zu, weil er das Hauptsacheverfahren jedenfalls in

bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts praktisch verdrängt habe. Auf der anderen Seite, und dessen ungeachtet, ignoriere die Rechtswissenschaft die Thematik weitgehend oder verliere sich in der Debatte einzelner Spezialfragen.

Der zweite Befund, d.h. die Klage über das Desinteresse der Rechtswissenschaft, kann so nicht mehr aufrechterhalten werden. Dies belegen schon eine Vielzahl von Monographien, die dem Thema gewidmet sind. Insbesondere hat die 1988 veröffentlichte Habilitationsschrift von Schoch die Diskussion nicht allein durch ihren beeindruckenden Umfang – immerhin 1891 Seiten – auf eine neue Stufe gehoben.<sup>2</sup>

Der erste Befund, die rechtspraktische Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes, ist hingegen weiterhin gültig. In der Corona-Krise ist sie ganz besonders augenfällig geworden. Die Corona-Zeit war durch gravierende, so bislang nicht vorstellbare Grundrechtseingriffe geprägt, die eine Klage- bzw. Antragswelle vor den Verwaltungsgerichten ausgelöst haben.<sup>3</sup> Wichtige Weichen sind damals in den Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO gestellt worden, d.h. der einstweiligen Anordnung im Rahmen der prinzipialen Normenkontrolle, die gegen Corona-Schutzverordnungen gerichtet waren. Der Effekt dieser Verfahren war beträchtlich. In weiten Teilen hing er von der Positionierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu der Frage ab, die auch im Mittelpunkt meines Vortrages steht: Welche Bedeutung kommt den Erfolgsaussichten in der Hauptsache für den gerichtlichen Prüfungsmaßstab im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes zu?

Überspitzt lautet die traditionelle Antwort darauf bei § 47 Abs. 6 VwGO: Keine, die Erfolgsaussichten sind irrelevant – vielmehr sollte es in Anlehnung an das verfassungsprozessuale Vorbild des § 32 BVerfGG, jedenfalls im Ausgangspunkt, allein auf eine Folgenabwägung nach der sogenannten Doppelhypothese ankommen.<sup>4</sup> Danach sind die Nachteile, wenn der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz abgewiesen wird, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, mit den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn dem Antrag im vorläufigen Rechtsschutz stattgegeben würde, die Hauptsache hingegen keinen Erfolg hätte. Für die Antragsteller hätte dies wenig Gutes bedeutet. Wenn Leib und Leben gefährdet sind, sind die Konsequenzen einer verfehlten Aussetzung der Corona-Schutzverordnung deutlich gravierender als die Folgen, an ihr verfehlt festgehalten zu haben.

Bekanntlich ist es ganz anders gekommen. Die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe haben die Erfolgsaussichten in den Blick genommen und schon bald Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Coronaverordnungen angemeldet. Dabei konnten sie an eine zunächst wenig beachtete und jedenfalls nicht besonders

prominent veröffentlichte Entscheidung des 4. Senats des BVerwG zum Bauplanungsrecht anknüpfen. Diese hatte bereits 2015 das traditionelle Prüfprogramm des § 47 Abs. 6 auf den Kopf gestellt. Danach sollen jedenfalls bei Bebauungsplänen im Verfahren nach § 47 Abs. 6 Prüfungsmaßstäbe zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrages sein.<sup>5</sup> Dieser Maßstab wurde jedenfalls in weiten Teilen auch auf die Kontrolle der Corona-Schutzverordnungen übertragen, was den Oberverwaltungsgerichten bzw. Verwaltungsgerichtshöfen überhaupt erst eine inhaltliche Kontrolle ermöglicht hat.<sup>6</sup> Damit hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit relativ frühzeitig Defizite der Corona-Politik offengelegt und so das rechtsstaatlich gebotene Nachsteuern des Gesetzgebers erzwungen.

Wenn die Corona-Rechtsprechung also im Ergebnis einen wichtigen Beitrag zur gesellschaftlichen Befriedung geleistet hat, ist damit allerdings immer noch nicht die davon zu trennende prozessrechtliche Grundfrage beantwortet, ob sich das Konzept einer stärkeren Orientierung an den Erfolgsaussichten generalisieren lässt und auf einem gesicherten rechtsdogmatischen Fundament steht. Diese Frage möchte ich in den Mittelpunkt meines Vortrages stellen.

Gegliedert habe ich diesen in sechs Teile. Im folgenden Abschnitt B werde ich zunächst zentrale Strukturfragen des vorläufigen Rechtsschutzes skizzieren. Im dritten Abschnitt C werde ich die Entwicklung der Debatte um den Prüfungsmaßstab für § 47 Abs. 6 nachzeichnen. Der Abschnitt D ist mit „Rechtstheoretische Beobachtungen und Kritik“ überschrieben. Hier möchte ich die Entwicklung in die Rechtsquellenlehre einordnen und mögliche legitimatorische Defizite, aber auch Legitimationsstränge diskutieren. Erst der Abschnitt E ist dann einer eher rechtspolitischen Bewertung gewidmet, bevor ich meine Überlegungen im Abschnitt F in einem kurzen Fazit zusammenfasse.

## **B. Strukturfragen des vorläufigen Rechtsschutzes**

### **I. Funktionen**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weist der vorläufige Rechtsschutz ein verfassungsrechtliches Fundament auf, das in Art. 19 Abs. 4 GG wurzelt. Dieser soll nicht nur das formale Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes garantieren. Irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, sind nach der 1973 gefällten Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts soweit als möglich auszuschließen. Damit betont das Bundesverfassungsgericht die sogenannte Sicherungsfunktion des vorläufigen Rechtsschutzes. Dabei gilt es, irreparable Nachteile und vollendete Tatsachen zu

verhindern, bevor die Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache für endgültige Rechtsklarheit sorgt.<sup>7</sup>

Vor allem Friedrich Schoch ist es zu verdanken, dass in der neueren verwaltungsprozessualen Literatur auch auf eine zweite Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes hingewiesen wird. Dabei handelt es sich um die sogenannte interimistische Befriedigungsfunktion.<sup>8</sup> Sie beruht auf der Erkenntnis, dass die gerichtliche Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz zumindest für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung eine abschließende Regelung trifft. Wer sich im vorläufigen Rechtsschutz durchgesetzt hat, kann eine Rechtsposition bereits ausüben, bevor diese durch den Ausgang des Hauptsacheverfahrens entweder bestätigt oder verworfen wird. Je nach Ausgang des Eilverfahrens wird also die vorläufige Verwirklichung des materiellen Rechts entweder vorzeitig ermöglicht oder umgekehrt bis zum Erlass der Hauptsacheentscheidung vereitelt.

## **II. Der Prüfungsmaßstab: Folgenabwägung nach der Doppelhypothese versus Erfolgsaussichten**

Die soeben angesprochene Frage nach den Funktionen des vorläufigen Rechtsschutzes hat auch Konsequenzen für das Zentralproblem, welche Rolle die Erfolgsaussichten in der Hauptsache für den Prüfungsmaßstab spielen sollen.

Hier lassen sich idealtypisch zwei Konzepte unterscheiden. Nach der einen Auffassung ist eine Folgenabwägung nach der berühmten Doppelhypothese entscheidend. Der Sache nach geht es dabei um eine Minimierung des Fehlentscheidungsrisikos. Einander gegenüberzustellen sind die Folgen, wenn der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz abgewiesen wird, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte mit den Nachteilen, die entstünden, wenn der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz stattgegeben würde, die Hauptsache hingegen keinen Erfolg hätte.

Nach der anderen Position hängen Erfolg oder Misserfolg im vorläufigen Rechtsschutz von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache ab. Ist mit einem Erfolg in der Hauptsache zu rechnen, ist dem Antrag im vorläufigen Rechtsschutz stattzugeben. Abzuweisen ist dieser, wenn die Klägerin bzw. der Antragsteller in der Hauptsache voraussichtlich keinen Erfolg haben wird.

Wenn ich von idealtypischen Modellen spreche, ist mir selbstverständlich bewusst, dass die beiden Positionen in der Praxis nicht in Reinform vertreten, sondern miteinander kombiniert werden. Dabei liegt der Akzent einmal eher auf dem einen, einmal eher auf dem anderen Moment. Der Zusammenhang zwischen der Funktion und dem Prüfungsmaßstab liegt auf der Hand. Mit Blick auf die interimistische

Befriedungsfunktion erscheint es geradezu zwingend, den Prüfungsmaßstab im vorläufigen Rechtsschutz am voraussichtlichen Erfolg der Hauptsache zu orientieren. Wenn im Eilverfahren eine irreversible Zwischenentscheidung getroffen wird, muss es das Ziel sein, den Interimszustand soweit wie möglich an das materielle Recht anzugleichen. Dafür kann es dann aber keinen anderen Maßstab als die sich ex ante abzeichnenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache geben.

Anders stellen sich diese Zusammenhänge dar, wenn die Sicherungsfunktion betont wird. Wenn allein das Fehlentscheidungsrisiko minimiert werden soll, dann berührt das Fragen, die nicht zwingend mit dem Streitgegenstand in der Hauptsache zusammenhängen, sondern beispielsweise davon abhängig sind, welche Konsequenzen die Aufrechterhaltung des Status quo hat.

### **III. Prüfungsdichte**

Weniger intensiv diskutiert, aber ebenso von erheblicher praktischer Bedeutung, ist die Frage, wie intensiv die Erfolgsaussichten im vorläufigen Rechtsschutz zu prüfen sind. Unstrittig ist hier, dass der Grad richterlicher Überzeugungsbildung hinsichtlich der tatsächlichen Fragen abgesenkt ist.

Unterschiedliche Positionen werden hingegen zu der Frage vertreten, ob sich das Gericht auch hinsichtlich der Rechtsfragen auf eine lediglich summarische Prüfung der Erfolgsaussichten beschränken kann. Die Praxis deutet nach wie vor in diese Richtung. Friedrich Schoch und die ihm folgende Literatur verlangen hingegen, dass der Grad an Entscheidungsgewissheit im vorläufigen Rechtsschutz hinsichtlich der Rechtsfragen nicht hinter der Hauptsache zurückbleiben darf.<sup>9</sup>

## **C. Rechtsprechungsanalyse zur einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO**

Die vorstehenden, sehr abstrakt gehaltenen Ausführungen sollen nunmehr am Beispiel der Rechtsprechung zur einstweiligen Anordnung konkretisiert werden. Dabei werde ich zunächst auf die gesetzliche Regelungskonzeption eingehen, die dann nicht zuletzt im Zuge der Corona-Rechtsprechung erheblich modifiziert worden ist.

### **I. Die Regelungskonzeption des historischen Gesetzgebers**

Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn diese zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Die Norm ist erst 1976 als der damalige § 47 Abs. 7 VwGO eingefügt worden und hat den zuvor geführten Streit, ob im Normenkontrollverfahren einstweilige Anordnungen erlassen werden konnten, im positiven Sinne entschieden. Wie auch durch die Gesetzesbegründung bestätigt wird, ist der

Wortlaut des § 47 Abs. 6 VwGO erkennbar an der verfassungsprozessualen Parallelnorm des § 32 BVerfGG orientiert.<sup>10</sup> Danach kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sollen die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht bleiben. Stattdessen nimmt das Bundesverfassungsgericht eine Folgenabwägung nach der Doppelhypothese vor. Abzuwägen sind die Nachteile, die einträten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.

Zu berücksichtigen sind die Erfolgsaussichten hingegen, wenn sich der Antrag in der Hauptsache als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweisen würde.<sup>11</sup> Auf diese Weise wird verhindert, dass eine einstweilige Anordnung zugunsten des Antragstellers ergehen muss, wenn zwar die Abwägung nach der Doppelhypothese zu seinen Gunsten ausgeht, die Hauptsache aber offensichtlich erfolglos ist.

## **II. Rezeption durch die frühere Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte/VGH**

Über mehrere Jahrzehnte hat das Konzept der Folgenabwägung nach der Doppelhypothese auch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe geprägt. Danach sollten sich – ich zitiere – die im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO anzustellenden Erwägungen weitgehend mit den zu § 32 BVerfGG entwickelten Grundsätzen decken.<sup>12,13</sup>

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Prüfungsmaßstabes musste daher die Abwägung nach der Doppelhypothese sein. Sehr häufig wurde auch eine Parallele zu § 123 VwGO gezogen. Dabei fällt auf, dass § 123 Abs. 1 VwGO für die Variante der Regelungsanordnung lediglich an „wesentliche Nachteile“ anknüpft, wohingegen bei § 47 Abs. 6 VwGO von einem „schweren Nachteil“ die Rede ist. Dies legt den Schluss nahe, dass an die Aussetzung des Vollzugs einer (untergesetzlichen) Norm erheblich strengere Anforderungen als an den Erlass einstweiliger Anordnungen nach § 123 VwGO zu stellen sind.<sup>14</sup> Ähnlich wie auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Doppelhypothese aber auch durchbrochen worden. In der Rückschau ging die Rechtsprechung aber von einem Regel-/Ausnahmeverhältnis von Doppelhypothese und Erfolgsaussichten als Entscheidungsmaßstab aus. Wie die

Gewichte zwischen Regel und Ausnahme auszutarieren waren, wurde hingegen durchaus unterschiedlich beurteilt, womit aus Sicht der Rechtsschutzsuchenden nicht unerhebliche Rechtsunsicherheiten verbunden waren.

### **III. Rechtsprechungswende**

2015 hat eine zunächst wenig beachtete Entscheidung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zum Bauplanungsrecht erhebliche Bewegung in die Debatte gebracht. An die Stelle des Vorrangs der Doppelhypothese tritt ein dreistufiges Prüfprogramm, an dessen Spitze die Erfolgsaussichten in der Hauptsache stehen.

1. Stufe: Ergibt die Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten.

2. Stufe: Erweist sich dagegen, dass der Antrag nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug des Bebauungsplans bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.

3. Stufe: Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist.<sup>15</sup>

Damit tritt die Doppelhypothese in den Hintergrund und wird von der Pole-Position auf die hinteren Ränge verdrängt. Auffällig an der Entscheidung ist, dass der Bruch mit der bisherigen Judikatur nicht deutlich ausgesprochen und auch nicht näher begründet worden ist.

#### **IV. Corona-Rechtsprechung**

Wenn es einen Anlass geben hat, die Maßstäbe des vorläufigen Rechtsschutzes auf den Prüfstein zu stellen, dann war dies die Corona-Krise. Gegen Corona-Schutzverordnungen gerichtete Normenkontrollanträge und korrespondierende Anträge auf einstweilige Anordnungen ließen nicht lange auf sich warten. Die Datenbank Juris verzeichnete einen sprunghaften Anstieg der Verfahren, ich spreche hier etwa von einer Verzehnfachung. Ganz überwiegend haben die zuständigen Senate dabei auf die 2015 getroffene Entscheidung des 4. Senats Bezug genommen.<sup>16</sup> Sehr unterschiedlich fiel dabei die Dichte der Rechtsausführungen aus. Neben eher knapp gehaltene Entscheidungsgründe traten zum Teil auch ausführliche Ausführungen, deren Dichte kaum hinter einem normalen Hauptsacheverfahren zurückbleiben dürfte.

In der damaligen Ausnahmesituation der Verwaltungsgerichtsbarkeit gab es drängendere Sorgen, als sich ausführlich verwaltungsprozessualen Grundlagendebatten zu widmen. Auch dort, wo in den Entscheidungsgründen vertiefte Ausführungen zum materiellen Recht gemacht wurden, wird die Debatte um Entscheidungsmaßstäbe nicht wirklich aufgegriffen. Letztlich begnügen sich die Beschlüsse damit, den Entscheidungsmaßstab offen zu legen und auf die 2015 gefällte Leitentscheidung des 4. Senats zu verweisen.

#### **V. Aktueller Stand**

Mit dem Auslaufen der Pandemie hat sich 2023 die Anzahl der Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO wieder normalisiert. Unverkennbar ist, dass die intensive Auseinandersetzung mit der einstweiligen Anordnung zu einer Art Flurbereinigung geführt hat. Ganz überwiegend dominiert der neue Entscheidungsmaßstab, sodass zentral auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache Bezug genommen wird.<sup>17</sup> Der alte Prüfungsmaßstab ist dagegen praktisch aufgegeben worden.

#### **D. Rechtstheoretische Beobachtungen und Kritik**

Die vorstehende Analyse hat deutlich gemacht, dass sich bei § 47 Abs. 6 VwGO im Zuge der Corona-Krise eine Neuausrichtung der Prüfungsmaßstäbe vollzogen hat. Meine nun anschließende Bewertung wird den Versuch unternehmen, aus sehr verschiedenen Perspektiven Schlaglichter auf diese Entwicklung zu werfen. Eine rechtspolitische und rechtsdogmatische Bewertung bleibt erst dem Abschnitt F. vorbehalten.

#### **I. Rechtstheoretische Einordnung der Entwicklung**

Wie ich vorstehend bereits dargelegt hatte, kommt der gesetzgeberische Wille, für den vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen des Normenkontrollverfahren an § 32 BVerfGG

anzuknüpfen, deutlich im Wortlaut des § 47 Abs. 6 VwGO zum Ausdruck. In § 32 BVerfGG ist aber die Abwägung nach Maßgabe der Doppelhypothese verankert, was auch der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts entspricht und dem VwGO-Gesetzgeber vor Augen stand.

Eine Abkehr von der Doppelhypothese kann daher aus rechtsmethodischer Sicht kaum mehr als bloße Rechtsanwendung eingeordnet werden, sondern muss als richterliche Rechtsfortbildung qualifiziert werden. Aus Sicht der Rechtsquellenlehre handelt es sich damit um Richterrecht.

## **II. Erfolgsbedingungen gelungenen Richterrechts**

Gelungenes Richterrecht ist kein Selbstläufer, sondern gründet institutionell in besonderen Voraussetzungen. Im hier interessierenden Zusammenhang ist dies in erster Linie ein geordneter Instanzenzug. Auf diese Weise kann dezentral geschaffenes, zunächst partikulares Richterrecht konsolidiert und eine Rechtszersplitterung vermieden werden. Dies ist der tiefere Grund hinter der institutionellen Garantie des Art. 95 Abs. 1 GG, wonach der Bund zu Einrichtung oberster Bundesgerichtshöfe verpflichtet ist.

An dieser orientierungsstiftenden Kraft einer „letzten“ Instanz fehlt es im vorläufigen Rechtsschutz aber weitgehend, wobei § 47 Abs. 6 VwGO keine Ausnahme markiert. Die hier getroffenen Entscheidungen sind nicht beschwerdefähig. Dass sich das Bundesverwaltungsgericht überhaupt zu dem Prüfungsmaßstab des § 47 Abs. 6 VwGO verhalten konnte, ist allein das Ergebnis einer – im Übrigen auch nicht ganz unumstrittenen – analogen Anwendung des § 80 Abs. 7 VwGO.

Dass es den Oberverwaltungsgerichten und Verwaltungsgerichtshöfen trotzdem gelungen ist, eine relativ einheitliche Linie zu finden, dürfte deshalb in weiten Teilen einem coronabedingten Sondereffekt geschuldet sein. Hier waren in einer sehr kurzen Zeitspanne viele gleichgerichtete Fälle zu entscheiden, was eine dezentrale Koordination der Entscheidungsmaßstäbe ermöglicht hat. Diese Sondersituation ist nunmehr entfallen, sodass wenigstens auf mittlere Sicht wieder eher eine zentrifugale Gegenbewegung einsetzen dürfte, die sich wieder vom Ideal einer Rechtseinheit entfernen könnte.

## **III. Legitimatorische Defizite und mögliche Legitimationsstrategien**

Unabhängig davon, ob die nunmehr gefundene Lösung rechtspolitisch überzeugt, sind hinter die richterrechtliche Verabschiedung der Folgenabwägung in Form der Doppelhypothese legitimatorische Fragezeichen zu setzen.

### **1. Richterliche Rechtsfortbildung praeter oder contra legem?**

Aus meiner Sicht kann die jüngere Entwicklung der Prüfungsmaßstäbe des § 47 Abs. 6 VwGO schon kaum mehr als Rechtsfortbildung praeter legem qualifiziert werden, sondern nähert sich schon gefährlich nahe einer Rechtsfortbildung contra legem an.

Abweichend von § 80 Abs. 5 VwGO, der sich zum Prüfungsmaßstab der gerichtlichen Eilentscheidung ausschweigt, hat der Gesetzgeber bei § 47 Abs. 6 VwGO klar Position bezogen.<sup>18</sup> Diese Regelung kann nicht allein deshalb beiseite geschoben werden, weil sie nicht sachgerecht sein soll. Auf zwei Legitimationsstränge möchte ich hier etwas näher eingehen, wobei mich beide, um es gleich vorwegzunehmen, nur eingeschränkt überzeugen.

### **2. Konvergenz des vorläufigen Rechtsschutzes**

Der eine Weg, den ich hier mit „Konvergenz des vorläufigen Rechtsschutzes“ bezeichnen möchte, führt auf einen Ansatz zurück, der in meisterhafter Weise durch Friedrich Schoch ausgeführt worden ist. Sein Konzept stellt die interimistische Befriedigungsfunktion des vorläufigen Rechtsschutzes in den Vordergrund und postuliert dann folgerichtig für sämtliche Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als zentralen Prüfungsmaßstab.<sup>19</sup>

An die Stelle fehlender oder unsystematischer Einzelregelungen treten einheitliche und allgemeingültige Maßstäbe. Übersehen wird hierbei freilich, dass dabei die Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik verschwimmt und die Rechtsprechung eine gesetzliche Differenzierung auch dann hinzunehmen hat, wenn es zu dieser rechtspolitisch vermeintlich bessere Alternativen gibt.

Die Versuche, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einzuebnen, überzeugen jedenfalls bei § 47 Abs. 6 VwGO allesamt nicht. Wenn die Rechtsprechung im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO auch weiterhin vielfach strengere Maßstäbe als bei § 123 VwGO anlegen will, dann hat dies, entgegen der Auffassung von Schoch, die er 2022 in einem NVwZ-Aufsatz vertreten hat, nichts mit „bedeutungsschwer anmutenden Mahnungen“ an die Rechtsschutzsuchenden zu tun.<sup>20</sup> Vielmehr ist dies schlichtweg Ausdruck der Differenzierung zwischen den Prüfungsmaßstäben, die deutlich im Gesetzeswortlaut angelegt ist.

### **3. Konstitutionalisierung**

Auf ein weiteres Argumentationsmuster möchte ich unter dem Stichwort der Konstitutionalisierung eingehen. Unter Konstitutionalisierung des Prozessrechts verstehe

ich im hier bestehenden Zusammenhang den Versuch, einfachgesetzliche Auslegungsfragen des Prozessrechts als Verfassungsproblem zu reformulieren.<sup>21</sup> Ein Beispiel hierfür ist das Argument, eine Angleichung der Prüfungsmaßstäbe bei § 47 Abs. 6 VwGO sei damit zu rechtfertigen, dass es hier nicht um die vorläufige Außervollziehung von Parlamentsgesetzen gehe. Damit wird offensichtlich ein Bezug zum Grundsatz der Gewaltenteilung hergestellt und die Debatte auf eine verfassungsrechtliche Ebene angehoben. Entsprechendes gilt, wenn für die zwingende Prüfung der Erfolgsaussichten und die Notwendigkeit einer rechtlichen Vollkontrolle auf die Garantie wirksamen Rechtsschutzes oder den Grundsatz der Gesetzesbindung verwiesen wird.

Problematisch an einer verfassungszentrierten Argumentation ist, dass dabei oftmals verfassungsrechtliche Vorgaben einseitig rezipiert und der Charakter der Verfassung als Rahmenordnung verkannt wird. Beispielsweise ist in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gut vertretbar die Sinnhaftigkeit erhöhter Anforderungen an die Suspendierung von Satzungen damit gerechtfertigt worden, dass diese in besonderer Weise das Ideal lokaler demokratischer Selbstbestimmung verwirklichen.<sup>22</sup>

Weiterhin ist in der Rechtsweggarantie ein Zielkonflikt zwischen Zügigkeit und der Rechtsrichtigkeit richterlicher Entscheidungen angelegt. Rechtsfindung vollzieht sich nicht im luftleeren Raum, sondern ist insbesondere in Kollegialgerichten das Ergebnis diskursiver Prozesse zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten. Auch im Senat treffen unterschiedliche Rechtsauffassungen aufeinander und es muss, notfalls auch im Wege der Mehrheitsabstimmung, eine Verständigung erzielt werden. Diese Abstimmungsprozesse benötigen Zeit, die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes häufig nicht zur Verfügung steht, ohne die Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes zu gefährden. Wie ich später noch zeigen möchte, muss der Weg zur Sicherung der Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes außerdem nicht zwingend über die Aufwertung des vorläufigen Rechtsschutzes führen, sondern kann auch die Beschleunigung des regulären Hauptsacheverfahrens gebieten.

Diese Beispiele zeigen einmal mehr, dass mit verfassungsrechtlichen Argumenten Vorsicht angebracht ist, weil sich verfassungsrechtliche Vorgaben selten in Richtung auf ein einziges, allein verfassungskonformes Ergebnis verdichten lassen.

#### **IV. Orientierung an Leitbildern – Das Beispiel der summarischen Prüfung von Rechtsfragen**

Meine letzte rechtmethologische Bemerkung greift ein Begründungsmuster auf, das im Kontext des vorläufigen Rechtsschutzes häufig bemüht wird, rechtsdogmatische Debatten aber auch in anderen Rechtsgebieten prägt. Die Auslegung und Anwendung

der §§ 47 Abs. 6, 80, 80a, 123 VwGO orientiert sich oftmals an Topoi bzw. Leitbildern wie etwa dem „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ oder dem Grundsatz der „summarischen Prüfung“ der Hauptsache.<sup>23</sup>

Hieran ist in der Literatur immer wieder die Kritik erhoben worden, die Rechtsprechung subsumierte unter solche Begriffe wie unter Normen, obwohl es sich dabei letztlich nur um gesetzlich nicht weiter abgesicherte Schlagworte handele. Ob dieser Vorwurf berechtigt ist, möchte ich im Folgenden am Beispiel des Topos der summarischen Prüfung darlegen, da die Vorwegnahme der Hauptsache im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO keine Rolle spielt.

Summarische Prüfung bedeutet, dass im vorläufigen Rechtsschutz das Maß richterlicher Gewissheit abgesenkt werden kann. Dass im vorläufigen Rechtsschutz Abstriche am Grundsatz der Amtsermittlung zulässig sind, ist dabei allgemein anerkannt. Umstritten ist hingegen die Tiefe der rechtlichen Überprüfung.

Eine in der Literatur, u.a. von Schoch, vertretene Auffassung lehnt die Zulässigkeit einer lediglich summarischen Rechtsprüfung kategorisch ab und stützt sich vorwiegend auf verfassungsrechtliche Argumente. Rechtsfragen offen zu lassen, sei weder mit Art. 19 Abs. 4 GG noch mit dem Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG zu vereinbaren.<sup>24</sup>

Auf Grundlage meiner oben geäußerten Kritik an der Konstitutionalisierung dürfte es nicht überraschen, dass mich diese Argumente nicht überzeugen. Der Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG geht fehl, weil in der Norm ein Zielkonflikt zwischen Richtigkeit und Zügigkeit richterlicher Entscheidungen angelegt ist. Wenn auf Grundlage einer summarischen Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfragen entschieden wird, um so dem Gebot rechtzeitigen Rechtsschutzes zu genügen, muss sich die Rechtsprechung deshalb keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung vorhalten lassen. Das gilt selbst auf Grundlage der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung. Hier besteht keine andere Möglichkeit, als den Zielkonflikt zwischen Zügigkeit und Richtigkeit dadurch aufzulösen, dass beide Grundsätze als Optimierungsgebote gedeutet werden. Auch der Grundsatz der Gesetzesbindung hilft nicht weiter. Eine summarische Prüfung von Rechtsfragen ist keine Entscheidung nach freiem richterlichen Ermessen, sondern der Versuch, die Idee der Gesetzesbindung auch unter den Restriktionen zu verwirklichen, die sich aus der Notwendigkeit zügiger Entscheidungen ergeben.

Was folgt daraus für die Sinnhaftigkeit einer leitbildorientierten Argumentation? Richtig ist, dass es zur Begründung der vorstehend diskutierten Frage keines Rückgriffs auf

ein Leitbild bedarf. Gleichwohl hat die Orientierung an Leitbildern aber ihre Berechtigung, sofern das Leitbild dogmatische Wertentscheidungen auf einen anschaulichen Punkt bringt. Aus meiner Sicht kann dieser Nachweis für die Frage der Zulässigkeit einer summarischen Prüfung von Rechtsfragen sehr wohl erbracht werden.

## **E. Chancen, Risiken und Nebenwirkungen des neuen Prüfungsmaßstabes**

Die vorgenannten Ausführungen haben sich mehr mit rechtmethodischen und institutionellen Fragen als der Sachgerechtigkeit des neuen Prüfungsmaßstabes beschäftigt. Dies wird im Zentrum der nun folgenden Ausführungen stehen. In diesem Zusammenhang sind neben Chancen auch Risiken und Nebenwirkungen des neuen Prüfungsmaßstabes anzusprechen.

### **I. Zugewinn an Rechtssicherheit**

Auf der Habenseite der jüngeren Entwicklung steht, dass sich das zuvor bestehende Dickicht unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe bei § 47 Abs. 6 VwGO gelichtet hat. Unabhängig davon, ob der nunmehr weitgehend anerkannte Prüfungsmaßstab in der Sache überzeugt, ist das aus Sicht der Rechtsschutzsuchenden zu begrüßen. Fragen nach der örtlichen Zuständigkeit und der Geschäftsverteilung haben an Bedeutung verloren, und partikulares Recht ist vereinheitlicht worden.

### **II. Höhere Kongruenz zwischen der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz und dem Hauptsacheverfahren**

Ein weiterer Vorzug des neuen Prüfungsmaßstabes ist eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz durch eine spätere Entscheidung in der Hauptsache bestätigt werden wird. Dies wird umso eher gelingen, je intensiver die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen aufgeklärt und die aufgeworfenen Rechtsfragen geprüft werden.

Auf Grundlage der Doppelhypothese ist eine Inkongruenz von vorläufigem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren dagegen gewissermaßen im System angelegt, weil beide Verfahren über inkongruente Prüfungsmaßstäbe verfügen. Jedenfalls aus Sicht juristischer Laien ist das nur schwer verständlich, sodass eine Niederlage im vorläufigen Rechtsschutz als böses Omen für den Ausgang des Hauptsacheverfahrens erscheinen muss. Diese Problematik hat sich auf Grundlage der neuen Prüfungsmaßstäbe entschärft.

### **III. Mögliche Verzögerungen des vorläufigen Rechtsschutzes**

Welcher Entscheidungsmaßstab im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO angelegt wird, kann auch nicht ohne Einfluss darauf bleiben, in welchem Zeitfenster realistisch mit

einer Entscheidung gerechnet werden kann. Je intensiver die Erfolgsaussichten geprüft werden, desto länger müssen die Verfahrensbeteiligten auf eine Orientierung stiftende Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz warten.

Dies kann aber mit Blick auf die Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes jedenfalls dann zum Problem werden, wenn man mit Schoch von der Notwendigkeit einer vollumfänglichen Prüfung von Rechtsfragen ausgehen will. Schoch will dies durch eine Aufwertung von Hängebeschlüssen lösen, in denen es dann keiner vollumfänglichen Rechtsprüfung bedarf.<sup>25</sup> Damit wird das Problem aber letztlich nur auf ein gesetzlich nicht explizit geregelt Institut ausgelagert. Mir erscheint hingegen der Weg, den Zielkonflikt zwischen Rechtsrichtigkeit und Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO aufzulösen, vorzugswürdiger.

#### **IV. Faktische Präjudizierung der Hauptsacheentscheidung**

Eine andere unerwünschte Nebenwirkung einer stärkeren Orientierung an der Hauptsache könnte eine faktische Präjudizierung des Hauptsacheverfahrens sein. Je engagierter und klarer sich ein Spruchkörper zu den Erfolgsaussichten in der Hauptsache positioniert hat, desto schwerer dürfte es ihm auch fallen, die einmal eingenommene Position wieder aufzugeben. Die Bilanz der Doppelhypothese fällt in dieser Hinsicht deutlich günstiger aus. Wenn die Entscheidungsmaßstäbe im vorläufigen Rechtsschutz und im Hauptsacheverfahren inkongruent sind, setzt sich ein Gericht auch nicht dem Vorwurf eines Selbstwiderspruchs aus, wenn es eine im vorläufigen Rechtsschutz getroffene Entscheidung im Hauptsacheverfahren „korrigiert“.

#### **V. Signalwirkung des vorläufigen Rechtsschutzes und mögliche Frustrationseffekte**

Nicht außer Acht zu lassen sind zuletzt aber auch die Rückwirkungen der Entscheidungen auf die Verfahrensbeteiligten. Je intensiver im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes geprüft wird, desto gewichtiger ist auch die von den Entscheidungen ausgehende Signalwirkung. Wie bedeutsam dieser Effekt sein kann, zeigen die gesetzgeberischen Reaktionen auf die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe, die den Gesetzgeber zu einer Revision der bestehenden Rechtsgrundlagen in den Anfängen der Pandemie bewogen haben. Wer im vorläufigen Rechtsschutz unterliegt, kann zur Vermeidung einer sich ankündigenden Niederlage im Hauptsacheverfahren leicht gehalten sein, seine Rechtsposition aufzugeben. Das ist aber jedenfalls dann bedauerlich, wenn die vollumfängliche Hauptsacheentscheidung doch zu einem anderen Ergebnis geführt hätte als die summarische Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz.

## **F. Zusammenfassende Schlussbetrachtung: Verstärkung des Trends zur Substitution des Hauptsacheverfahrens**

Die stärkere Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens stellt eine Reaktion auf die faktische Substitution des Hauptsacheverfahrens durch den vorläufigen Rechtsschutz dar. Ungewollt leistet das dieser Entwicklung aber zugleich weiter Vorschub. Die Verfahrensbeteiligten orientieren sich so am Ausgang des Eilverfahrens, als wäre regulär in der Hauptsache entschieden worden.<sup>26</sup> Der erfolglose Kläger nimmt seinen Antrag zurück, unterliegt hingegen umgekehrt der Antragsgegner, wird er den Antragsteller klaglos stellen.

Ob hiermit im Vergleich zum traditionellen Modell des vorläufigen Rechtsschutzes, das die Sicherungsfunktion in den Vordergrund stellt, wirklich ein Zugewinn an Rechtsschutz verbunden ist, muss bezweifelt werden.

Meiner Ansicht nach fällt die Bilanz des neuen Maßstabs doch sehr ambivalent aus. Die Verfahrensbeteiligten können früher mit einer Entscheidung rechnen, die Aufschluss darüber gibt, wie das Verfahren, sofern es in der Hauptsache fortgeführt würde, voraussichtlich ausgehen würde. Für diesen Vorzug des neuen Prüfungsmaßstabes ist allerdings ein nicht unerheblicher Preis zu zahlen. Der vorläufige Rechtsschutz ist durch ein Moment chronischer Zeitknappheit geprägt. Damit droht die spezifische Rationalität des gerichtlichen Verfahrens Schaden zu nehmen. Diese ist durch eine diskursive Entscheidungsfindung, Rede, Gegenrede, das Rechtsgespräch sowie die Öffentlichkeit und Transparenz der mündlichen Verhandlung geprägt. Wenn hierfür in Eilverfahren häufig keine Zeit ist, kann dies dann auch nicht mehr im Hauptsacheverfahren nachgeholt werden, weil die im vorläufigen Rechtsschutz unterlegene Seite frustriert ist und möglicherweise voreilig aufgibt.

Sehr vieles spricht daher für eine Orientierung an Ansätzen in der neueren Rechtsprechung des BVerfG zu § 32 BVerfGG, die die Erfolgsaussichten in beide Richtungen allein berücksichtigen möchte, wenn diese offensichtlich sind. Dies gilt also nicht nur dann, wenn der Hauptsacheantrag offensichtlich unbegründet ist, sondern umgekehrt auch dann, wenn dieser offensichtlich begründet ist.<sup>27</sup> Jenseits solcher eindeutigen Fälle ist hingegen an der Folgenabwägung nach der Doppelhypothese festzuhalten. Ansätze hierfür lassen sich meiner Ansicht nach in der Rechtsprechung des OVG Münster zum Bauplanungsrecht nachweisen. Dort wird vergleichsweise knapp dargelegt, warum sich die Erfolgsaussichten nicht sicher absehen lassen und deren Klärung dann ausdrücklich dem Hauptsacheverfahren überantwortet.<sup>28</sup>

Vom Ende her gedacht: Hätte sich dieser Maßstab aber auch in der Corona-Krise bewährt? Ich meine schon. Wenn in offensichtlichen Fällen unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten entschieden wird, wird den Verfahrensbeteiligten jedenfalls dann frühzeitig eine Richtschnur und Orientierungshilfe an die Hand gegeben, wo sich der Ausgang des Verfahrens deutlich abzeichnet. Dabei ist das Gericht selbstverständlich nicht daran gehindert, den Kenntnisstand zu berücksichtigen, der sich auch aus der wachsenden Vertrautheit mit der Materie ergibt, die in vorherigen und parallelen Hauptsacheverfahren gewonnen wurden. Einzuräumen ist aber, dass Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz mit substantieller Signalwirkung erst später, dafür aber mit noch größerer relativer Richtigkeitsgewähr ergangen wären. Wenn sich der Zielkonflikt zwischen Rechtsrichtigkeit und Rechtzeitigkeit nicht spannungsfrei auflösen lässt, muss aber umso mehr dafür sprechen, sich bei der Auflösung des Spannungsverhältnisses an der gesetzlichen Wertentscheidung zu orientieren.

Der Akzent liegt dann bei § 47 Abs. 6 auf der Sicherungsfunktion des vorläufigen Rechtsschutzes. Abschließend noch einmal zusammenfassend hätte dies folgende Konsequenzen: Die Erfolgsaussichten sind nur dann der entscheidende Gesichtspunkt, wenn sich diese klar abzeichnen. Der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz kommt allein in diesen Fällen Signalwirkung für die Beteiligten zu. Eine Hauptsacheentscheidung wird in der Regel überflüssig werden, weil Antragssteller und Antragsgegner die gebotenen Schlüsse aus dem Ausgang des Verfahrens ziehen werden. Dass im Grundsatz keine Beschwerdemöglichkeit besteht, ist unproblematisch, weil es sich bei evidenten Erfolgsaussichten auch nicht um einen hard case handelt.

Ist der Ausgang des Verfahrens hingegen nicht offensichtlich, fällt eine inhaltliche Entscheidung auch erst in der Hauptsache. Wiederum ist es vergleichsweise unproblematisch, dass die Entscheidung nicht beschwerdefähig ist, weil die Folgenabwägung nach der Doppelhypothese selten schwierige Rechtsfragen aufwerfen wird.

„Gewinner“ dieser Lösung ist das Hauptsacheverfahren und damit ein Verfahren, das nicht durch Zeitknappheit geprägt ist, sondern eine besondere Gewähr für die Entfaltung diskursiver juridischer Rationalität bietet. Damit lautet mein Petitum für § 47 Abs. 6 VwGO: Weniger vorläufigen Rechtsschutz, sondern mehr Hauptsache wagen.

- 
- \* RiinVGH Kokoska-Ruppert, VRiVGH Christian Hug, VRiVGH Dieter Kraheberg, VRiOVG Dr. André Niesler und RiVGH Dr. Philipp Wittmann sei ganz herzlich für wertvolle Hinweise und für ihre Gesprächs- und Diskussionsbereitschaft gedankt.
- <sup>1</sup> *F. Schoch*, *VerwArch* 82 (1991), 145 f.
- <sup>2</sup> *F. Schoch*, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1990.
- <sup>3</sup> Besonders instruktiv dazu die empirische Analyse bei *A. Klafki*, *JÖR* 2021, 583.
- <sup>4</sup> *VGH BW*, B. v. 11. 2. 1977 – III 88/77, *NJW* 1977, 1212.
- <sup>5</sup> *BVerwG*, B. v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14, *ZfBR* 2015, 381 Rn. 12.
- <sup>6</sup> Vgl. nur *F. Schoch*, *NVwZ* 2022, 1.
- <sup>7</sup> *BVerfG*, *Urt. v. 19.6.1973* – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, *BVerfGE* 35, 263 (274).
- <sup>8</sup> *F. Schoch*, *VerwArch* 82 (1991), 145. (157).
- <sup>9</sup> *F. Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, EL 40 (Feb. 2021), § 47 Rn. 170a.
- <sup>10</sup> Vgl. *BT-Drs. 7/4324*: „Absatz 7 entscheidet die immer noch streitige Frage, ob in Verfahren nach § 47 eine einstweilige Anordnung erlassen werden kann, in positivem Sinne. Die Fassung ist an § 32 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes angelehnt.“.
- <sup>11</sup> *BVerfG NJW* 1977, 430; *BVerfGE* 7, 367 (371); 103, 41 <42>; 121, 1 <15>; 134, 138 <140 Rn. 6>.
- <sup>12</sup> Exemplarisch *OVG NW* B. v. 2.3.1994 – 11a B 184/94.NE, Rn. .
- <sup>13</sup> *OVG Berlin-Brandenburg*, B. v. 15.12.2009 – *OVG* 2 S 50.09, Rn. 5 (juris).
- <sup>14</sup> Vgl. *BVerwG*, *NVwZ* 1998, 1065; *OVG NW NVwZ-RR* 2009, 799; *OVG Saarlouis*, B. v. 17.6.1992 – 2 Q 2/92, Rn. 6 (juris).
- <sup>15</sup> *BVerwG*, B. v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14, *ZfBR* 2015, 381 Rn. 12.
- <sup>16</sup> Exemplarisch *VGH BW*, B. v. 23.4.2020 - 1 S 1046/20, *VBIBW* 2020, 412 Rn. 14 (juris).
- <sup>17</sup> *Z.B. BayVGH*, B. v. 1.2.2023 - 15 NE 23.56 Rn. 24 (juris).
- <sup>18</sup> A.A. aber *F. Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, EL 40 (Feb. 2021), § 47 Rn. 137.
- <sup>19</sup> Vgl. *F. Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, EL 41 (Juli 2021), vor § 80 Rn. 45 ff.
- <sup>20</sup> *F. Schoch*, *NVwZ* 2002, 1 (2).
- <sup>21</sup> Umfassend zu den verschiedenen Wirkungsebenen der Konstitutionalisierung *G.F. Schuppert/Chr. Bumke*, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.
- <sup>22</sup> *Oberverwaltungsgericht des Saarlandes*, *Beschluss vom 20. September 2004* – 1 U 5/04 –, juris Rn.11.
- <sup>23</sup> Allgemein zur Bedeutung von Leitbildern *A. Volkmann*, *AöR* 134 (2009), 157 ff.
- <sup>24</sup> *F. Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, EL 41 (Juli 2021), § 80 Rn. 400.
- <sup>25</sup> *F. Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, EL 40 (Feb. 2021), § 47 Rn. 170d, 182.
- <sup>26</sup> Vgl. instruktiv zur gerichtlichen Regelung des Sofortvollzugs als „kleine Hauptsacheentscheidung“ *A. Niesler*, in: *Gärditz/Keller/Niesler* (Hg.), *Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert*, 2020, 307 ff.
- <sup>27</sup> *BVerfG*, B. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21, *BeckRS* 2021, 9842 Rn. 28 ff (Bundesnotbremse); *Chr. Walter*, in: *BeckOK-BVerfGG*, 16. Edition (1.12.2023), § 32 *BVerfGG* Rn. 42.1 m.Nw.
- <sup>28</sup> *OVG NW*, B. v. 24.3.2023 – 7 B 1370/22.NE, Rn. 21 (juris).