

Patricia Altenburger

Dispensierter Rechtsstaat?

Bayerns Justiz in der Corona-Pandemie



Nomos

Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Enders, Universität Leipzig

Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Ruhr-Universität Bochum

Prof. Dr. Annette Guckelberger, Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Armin Hatje, Universität Hamburg

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg

Prof. Dr. Katharina von Schlieffen, FernUniversität Hagen

Band 36

Patricia Altenburger

Dispensierter Rechtsstaat?

Bayerns Justiz in der Corona-Pandemie



Nomos

Die Drucklegung wird ermöglicht dank der großzügigen Zuschüsse der Klett-Stiftung und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnisstiftung.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2024

1. Auflage 2024

© Patricia Altenburger

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1828-4

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4491-1

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748944911>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im WS 2023/2024 von der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende 2023 berücksichtigt. Die Drucklegung wird mit großzügigen Druckkostenzuschüssen der Klett-Stiftung und der Fritz und Johanna Buch-Gedächtnisstiftung gefördert, wofür ich mich herzlich bedanke.

Es gibt viele Menschen, denen ich danken möchte. Allen voran meinem Doktorvater *Prof. Dr. Alexander Graser*. Meinen Dank vermag ich kaum in Worte zu fassen. Er hast mir stets Freiheit gegeben, mein Thema zu gestalten, mein Tempo zu bestimmen und war bei aller Freiheit trotzdem immer da und greifbar, wenn ich Fragen und Sorgen hatte. Davon gab es natürlich genug und ich erinnere mich nur zu gut an stundenlange Gespräche, die sich nicht selten um immer wieder das gleiche Problem drehten. Alexander Graser war meine ganze Ausbildung lang ein zentraler Wegbegleiter und hat mich wesentlich geprägt. Die Zeit am Lehrstuhl war eine der schönsten und lehrreichsten in meinem bisherigen Leben. Nicht nur fachlich war mein Doktorvater mir immer ein großes Vorbild, sondern auch in menschlicher Hinsicht. Einen Lehrstuhl zu finden, bei dem jeder einzelne die Möglichkeit erhält, sich voll zu entfalten und stets gefördert und gefordert wird, ist eine Seltenheit. Es waren zehn prägende Jahre, die ich am Lehrstuhl verbringen durfte, und für die bedanke ich mich von Herzen.

Ebenfalls großer Dank gebührt meinem Zweitgutachter *Prof. Dr. Martin Löhnig*. Nicht nur unglaublich schnell hatte ich das Zweitgutachten in den Händen, sondern war auch sehr gerührt von den wertschätzenden Worten darin. Auch die mündliche Prüfung fühlte sich nicht an wie eine Prüfung, sondern es war eine spannende Diskussion und ich hätte noch lange weiter diskutieren können. Aber ich bin sicher, dazu wird sich noch einmal eine Gelegenheit ergeben.

Ein riesiges Dankeschön geht auch an meinen *Mann Simon*, der mich nicht nur während der Promotion begleitet hat, sondern auch schon das Studium und anschließendes Referendariat mit mir gemeinsam überstanden hat – was sicherlich nicht immer leicht für ihn war. Ich danke ihm für seine unglaubliche Geduld („heute wird meine Diss wirklich fertig!“) und Unterstützung bei all meinen (wechselhaften) Vorhaben. Unsere gemeinsa-

me Zeit, auch wenn sie stellenweise knapp bemessen war, war stets mein Anker.

An dieser Stelle danke ich auch meiner zauberhaften *Tochter Josefine*, die während der Promotion auf die Welt kam und mein Leben seitdem unglaublich bereichert. Ich danke ihr, dass sie so toll mitgemacht hat und stellenweise auch sehr tapfer war, wenn es hieß „Mama arbeitet“.

Auch meinen *Eltern Regina und Joseph* gebührt großer Dank – nicht nur für die Finanzspritze für die Veröffentlichung. Meine Eltern haben mir während meiner gesamten Ausbildung nie Druck gemacht, mich meine eigenen Erfahrungen machen lassen und mir immer das Gefühl gegeben, dass ich das schon alles gut hinbekomme.

Auch bei meiner *Schwiegermama Monika* möchte ich mich herzlich bedanken. Dank ihres tollen Einsatzes als Oma konnte ich meine Arbeit zeitnah zu Ende bringen und meine Tochter eine schöne Zeit mit ihr verbringen.

Besonders möchte ich mich auch bei meinem persönlich und fachlich geschätzten Freund *Dr. Andreas Gietl* bedanken, ohne den diese Arbeit niemals entstanden wäre, und der meine Begeisterung für die Juristerei wieder wecken konnte.

Danke auch an alle meine *Kollegen und Kolleginnen vom Lehrstuhl*, insbesondere *Dr. Marie Beyrich* und *Dr. Nina Kerstensteiner*, die aus der Promotionszeit eine ganz besondere machten, und die sich das eine oder andere Leid von mir geduldig und verständnisvoll angehört haben.

Zuletzt – dennoch nicht weniger – danke ich *Elke Stadler*, der guten Seele vom Lehrstuhl, für ihr stets offenes Ohr, ihre Unterstützung bei der ganzen (oft unsichtbaren) Organisationsarbeit und ihre bewundernswerte Geduld dabei.

Nun geht für mich eine Ära der Ausbildung und auch die Zeit am Lehrstuhl vorbei. Danke an alle, die diese Zeit für mich so unvergesslich gemacht haben.

Regensburg, Juli 2024

Patricia Altenburger

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung	19
A. Themenaufriß	19
B. Forschungsgegenstand und -gang	22
I. Forschungsgegenstand	23
1. Zeitraum	23
2. Gegenstand	23
II. Forschungsgang	24
Kapitel 2: Empirie	27
A. Beschlüsse der Exekutive	27
I. Ministerpräsidentenkonferenz	27
1. Begriffsbestimmung	27
2. Bund-Länder-Beschlüsse	28
a) Bund-Länder-Beschluss vom 16.03.2020	28
b) Bund-Länder-Beschluss vom 22.03.2020	28
c) Bund-Länder-Beschluss vom 01.04.2020	29
d) Bund-Länder-Beschluss vom 15.04.2020	29
e) Bund-Länder-Beschluss vom 30.04.2020	30
f) Bund-Länder-Beschluss vom 06.05.2020	30
g) Bund-Länder-Treffen vom 27.05.2020	30
II. Ministerrat Bayern	31
1. Kabinettsitzung 16.03.2020	31
2. Kabinettsitzung 17.03.2020	32
3. Kabinettsitzung 24.03.2020	32
4. Kabinettsitzung 31.03.2020	32
5. Kabinettsitzung 07.04.2020	33
6. Kabinettsitzung 16.04.2020	33
7. Kabinettsitzung 21.04.2020	34
8. Kabinettsitzung 28.04.2020	34
9. Kabinettsitzung 05.05.2020	34
10. Kabinettsitzung 12.05.2020	35
11. Kabinettsitzung 19.05.2020	35

12. Kabinettsitzung 26.05.2020	36
13. Kabinettsitzung 16.06.2020	36
B. Rechtsetzungen	37
I. Bundesebene	37
1. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020	37
2. Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.05.2020.	38
II. Landesebene	38
1. Bayerisches Infektionsschutzgesetz vom 25.03.2020	38
2. Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2019/2020	39
3. Gesetz zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27.04.2020	39
C. Gerichtsentscheidungen	39
I. Verwaltungsgerichte	40
1. Prozessuale Ausgangslage	40
a) § 80 V I VwGO	40
b) § 123 I VwGO	42
2. Quoten	43
3. Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020	43
4. Verfahrensgegenstände	44
II. Entscheidungen des BayVGH	45
1. Prozessuale Ausgangslage	46
a) Eil-Normenkontrollverfahren	46
b) Beschwerdeverfahren	47
c) Anhörungsrügen	47
2. Eil-Normenkontrollverfahren	49
a) Quoten	49
b) Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020	49
c) Verfahrensgegenstände	50
3. Beschwerdeverfahren	51
a) Quoten und Eingangszahlen	51
b) Verfahrensgegenstände	51

4.	Anhörungsrügen	52
	a) Quoten und Eingangszahlen	52
	b) Verfahrensgegenstände	52
III.	Entscheidungen des BayVerfGH	53
	1. Prozessuale Ausgangslage	53
	2. Quoten	53
	3. Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020	54
	4. Verfahrensgegenstände	54
IV.	Entscheidungen des BVerfG	55
	1. Prozessuale Ausgangslage	55
	2. Quoten	57
	3. Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020	57
	4. Verfahrensgegenstände	58
V.	Aufteilung und Zusammenfassung	58
	1. Aufteilung auf die Gerichte	58
	2. Zusammenfassung	59
Kapitel 3: Die einzelnen Verfahren		61
A.	Die verschiedenen Themenkomplexe	63
I.	Ausgangsbeschränkungen	63
	1. Normeninhalt	63
	2. Entscheidungen des BayVGH	65
	a) Sachverhalt	65
	b) Entscheidungsinhalt	66
	aa) BayVGH Beschluss vom 30.03.2020 – 20 NE 20.632	66
	bb) BayVGH Beschluss vom 09.04.2020 – 20 NE 20.664	68
	cc) BayVGH Beschluss vom 28.04.2020 – 20 NE 20.849	69
	3. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte	70
	a) Sachverhalt	70
	b) Entscheidungsinhalt	70
	aa) Allgemeinverfügung Ausgangsbeschränkung – M 26 S 20.1252	70
	bb) Exkurs Feststellungsanträge	71
	4. Entscheidungen des BVerfG	72
	a) Sachverhalt	72

b) Entscheidungsinhalt	72
II. Abstands- und Kontaktreduzierungsgebot	74
1. Normeninhalt	74
2. Entscheidungsinhalt	74
III. Gottesdienste	75
1. Normeninhalt	75
2. Entscheidungen des BayVGH	76
3. Entscheidungen des BVerfG	77
IV. Versammlungen	78
1. Normeninhalt	78
2. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte	79
a) Verfahren vor dem 15.04.2020	79
b) Verfahren nach dem 15.04.2020	80
3. Entscheidungen des BayVGH	81
4. BVerfG Beschluss vom 15.04.2020 – 1 BvR 828/20	81
V. Betriebsuntersagungen	82
1. Normeninhalt	82
2. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte	84
a) Öffnungszeiten Gastronomie – VG Augsburg Beschluss vom 27.05.2020 – AU 9 E 20.873	85
b) „Wellnessentscheidung“ – VG Regensburg Beschluss vom 12.06.2020 – RN 14 E 20.963	86
aa) Entscheidungsinhalt	86
bb) Beschwerdeverfahren BayVGH 18.06.2020 – 20 CE 20.1388	87
3. Entscheidungen des BayVGH zum Wesentlichkeitsgrundsatz	88
a) BayVGH Beschluss vom 30.03.2020 – 20 CS 20.611	88
b) BayVGH Beschluss vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793	89
c) BayVGH Beschluss vom 29.05.2020 – 20 NE 20.1165	90
d) BayVGH Beschluss vom 29.10.2020 – 20 NE 20.2360	90
e) Entscheidungen im Übrigen	92
VI. 800m ²	92
1. Normeninhalt	92

2. BayVGH Beschluss vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793	93
3. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte	95
VII. Maskenpflicht	95
1. Normeninhalt	95
2. Entscheidungen des BayVGH	97
a) BayVGH Beschluss vom 05.05.2020 – 20 NE 20.926	97
b) Die weiteren Verfahren ab dem 11.05.	98
VIII. Feststellungsanträge	99
IX. Anhörungsrügen	99
X. Sonstiges	100
B. Die Verfahren vor dem BayVerfGH	100
I. Erste Entscheidung vom 26.03.2020 – Vf.6-VII-20	100
II. Die nachfolgenden Entscheidungen	101
1. Ablehnende Entscheidungen	101
2. Erfolgreiches Verfahren	102
C. Die Verfahren vor dem BVerfG	103
D. Würdigung der Spruchpraxis	103
I. BayVGH	104
1. Entscheidungsmuster	104
a) Flucht in die summarische Prüfung und in die Folgenabwägung	104
b) BayVGH als Hinweisgeber	107
aa) Ausgangsbeschränkung: BayVGH 30.03.2020 – 20 NE 20.632	108
(1) Bußgeldbewehrung	108
(2) Allgemeiner Appell	109
(3) Abstandsregelung	110
bb) Ausgangsbeschränkung: BayVGH Beschluss vom 09.04.2020 – 20 NE 20.664	110
cc) 800m ² -Regelung: BayVGH Beschluss vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793	110
c) Warten auf künftige Normtätigkeit – (vorübergehendes) Dulden	111
aa) Entscheidungen zum Wesentlichkeitsgrundsatz	111
bb) Entscheidungen zur Maskenpflicht	114

cc) Unterschied zur Flucht in die Folgenabwägung	115
d) Widerspruch von Tenor und Entscheidungsgründen	115
aa) Ausgangsbeschränkung: BayVGH Beschluss vom 28.04.2020 – 20 NE 20.849	116
bb) Hundeschule: BayVGH Beschluss vom 29.05.2020 – 20 NE 20.953	117
e) Flucht in Zeitablauf	118
aa) Formfehler	118
bb) Entscheidungen zum Wesentlichkeitsgrundsatz	120
cc) Entscheidung zur Maskenpflicht	120
f) Flexible (Nicht-)Auslegung	121
g) Gesamtkonzept als Ventil	123
aa) Art. 3 I GG	123
bb) Freiheitsgrundrechte	126
h) Feststellung anstatt Suspendierung	126
aa) Aufriss Ausgangslage	127
bb) Übertragung der Rechtsprechung durch den BayVGH	128
2. Beschwerdeverfahren	129
3. Anhörungsrügen	130
a) Missverständnis des BayVGH?	131
b) Exkurs: BVerfG Beschluss vom 08.02.2021 – BvR 242/21	132
4. Zusammenfassung	133
II. BayVerfGH	134
1. Folgenabwägung	134
2. Rücknahmeanregung verbunden mit Gebührenhinweis	135
3. Zusammenfassung	139
III. BVerfG	139
1. Prüfungsmaßstab	139
a) Grundsatz: Doppelhypothese	139
b) Ausnahme: Bedeutung der Erfolgsaussichten	140

c)	Würdigung	141
aa)	Versammlungsverbot: BVerfG Beschluss vom 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20	142
bb)	Versammlungsverbot: BVerfG Beschluss vom 31.01.2022 – 1 BvR 208/22	143
2.	Hinweisgeber	144
a)	Ausgangsbeschränkung: BVerfG Beschluss vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20	144
b)	Gottesdienstverbot: BVerfG Beschluss vom 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20	145
c)	Versammlungsverbot: BVerfG Beschluss vom 15.04.2020 – 1 BvR 828/20	146
3.	Zusammenfassung	146
IV.	Gemeinsamkeiten BayVG, BayVerfGH und BVerfG	146
1.	Oberflächliche Grundrechteprüfungen	147
a)	Allgemein	147
b)	Legitimer Zweck	148
c)	Geeignetheit	149
d)	Erforderlichkeit	150
e)	Angemessenheit	151
aa)	Abwägung	151
bb)	Zeitliche Befristung	152
cc)	Zusammenfassung	153
f)	Gleichheitsrechte	154
2.	Gefahrbeurteilung	154
V.	Verwaltungsgerichte	155
1.	Prüfungsmaßstab	156
2.	Verwaltungsgerichte als Kontrast zu den anderen Gerichten	157
a)	Mut zur Entscheidung	157
aa)	VG München Beschluss vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1252	158
bb)	VG Ansbach Beschluss vom 25.04.2020 – AN 18 S 20.00739	159
cc)	VG Regensburg Beschluss vom 27.04.2020 – RO 14 E 20.687	160
dd)	VG Augsburg Beschluss vom 27.05.2020 – AU 9 E 20.873	161

ee) VG Regensburg Beschluss vom 12.06.2020 – RN 14 E 20.963	162
b) Quote stattgebender Beschlüsse	163
aa) Vergleich	163
bb) Anmerkung Pressekonferenz	163
c) Kontrast	164
aa) Versammlungsrechtliche Entscheidungen zu Beginn der Pandemie	164
bb) „Mutatis mutandis“	164
3. Ähnliche Entscheidungsmuster	166
4. Zusammenfassung	166
E. Zwischenergebnis	167
 Kapitel 4: Reaktionen auf ausgewählte Gerichtsentscheidungen	 169
A. Von der strengsten Ausgangsbeschränkung zur gemäßigeren	169
I. VG München Beschluss vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1252	170
1. Änderung des IfSG	170
2. Änderung der Handlungsform	171
3. Pressemitteilung VG München	171
II. BayVGH Beschluss vom 30.03.2020 – 20 NE 20.632	172
1. Änderung der Corona-Verordnung	172
2. Änderung Bußgeldkatalog	173
III. BVerfG Beschluss vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20	173
IV. Kommunikation	174
1. „Formfehler“ – Reaktion auf VG München Beschluss vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1252	175
2. „Sensible Ahndung“ – Reaktion auf BayVGH Beschluss vom 30.03.2020 – 20 NE 20.632	175
3. „Vertretbare Lockerung“ – Reaktion auf BVerfG Beschluss vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20	177
B. Von der digitalen Ostermesse zum Gottesdienst unter Auflagen	178
I. Bund-Länder-Beschluss	178
II. Änderung Verordnung	179
III. Kommunikation	179
C. Von der untersagten 10-Personen-Versammlung zum Antrag auf Versammlung von 10.000 Personen	180

D. Vom Veröffentlichungsfehler zur wirksamen Bewehrung	183
I. Änderung LStVG	183
II. Änderung Veröffentlichungsbekanntmachung	183
III. Exkurs: Wirksame Bewehrung erst ab dem 07.04.2020	184
E. Von der Ausgangs- zur Kontaktbeschränkung	184
I. Änderung Verordnung	184
II. Kommunikation	185
F. Von der ausnahmslosen Maskenpflicht zur Maskenpflicht mit Ausnahmen	187
G. Änderung 800m ² -Regel	188
H. Änderung der Öffnungszeiten der Außengastronomie	190
I. Öffnung von Wellnesseinrichtungen	190
J. Exkurs: Auftritt in den sozialen Medien	190
I. Das Parkbankdrama	191
II. Das Reifenwechselfiasko	193
K. Zusammenfassung	193
 Kapitel 5: Interpretation	 195
A. Der Rechtsstaat während der Corona-Krise	195
I. Der politische Kontext	196
1. Pandemiephase I: „Umsicht und Vorsicht“	196
2. Pandemiephase II: „Lockern mit Vorsicht“	197
3. Krisenkommunikation	198
II. Der Krisenmodus	200
1. BayVGH	200
a) Die Gerichtsentscheidungen während Pandemiephase I	200
b) Die Gerichtsentscheidungen während Pandemiephase II	201
aa) Gastronomieentscheidung – BayVGH Beschluss vom 19.06.2020 – 20 NE 20.1127	202
bb) Beherbergungsverbot – BayVGH Beschluss vom 28.07.2020 – 20 NE 20.1609	202
cc) Grillverbot – BayVGH Beschluss vom 01.09.2020 – 20 NE 20.1754	203

dd) Alkoholverbot – BayVGH Beschluss vom 01.09.2020 – 20 CS 20.1962	204
ee) Würdigung	205
c) Sonderfall Wesentlichkeitsgrundsatz	206
aa) Eskalationsstufen	207
bb) Würdigung	207
d) Vergleich	209
aa) Vergleich Pandemiephase I mit Pandemiephase II	209
bb) Vergleich mit Verwaltungsgerichten	210
cc) Vergleich 20. Senat mit 7. Senat	211
dd) Exkurs: Weitere Pandemiephasen	212
2. BVerfG	214
a) Bundesverfassungsgericht Pandemiephase I	215
b) Eurokrise 2010	215
c) Vergleich	216
d) Würdigung	217
3. BayVerfGH	217
4. BayVerfGH und BVerfG im weiteren Pandemieverlauf	218
III. Die Staatsräson	219
1. Begriffsklärung Staatsräson	219
2. Die Staatsräson während der akuten Corona-Krise	221
IV. Dispensierter Rechtsstaat?	222
1. Die Entscheidungspraxis des BayVGH	223
a) Missachtung rechtlicher Standards zugunsten des Pandemiemanagements des Freistaats	223
b) Würdigung	225
2. Die (Nicht-)Entscheidungspraxis des BVerfG	226
3. Die (Nicht-)Entscheidungspraxis des BayVerfGH	228
4. Die Verwaltungsgerichte	229
5. Exkurs: Zusammenarbeit Judikative und Exekutive	229
a) Rechtsetzungsschwierigkeiten	229
b) Darstellung in der Öffentlichkeit	231
c) Personelle Besetzung der Verwaltungsgerichte und des StMGP	233
V. Idealvorstellung vs. Realität	235
1. Das Dilemma	235

2. Die Lösung des BayVGH	237
3. Alternative?	237
4. Würdigung	239
VI. Zusammenfassung	240
B. Strategic Litigation	241
I. Allgemeines	242
II. Der Gerichtssaal als Bühne und die Darsteller	244
1. Die Antragsteller	245
a) Protestfunktion	246
b) Anstoßfunktion	247
c) Druckfunktion	249
aa) Entwicklung innerhalb der ersten drei Monate	249
bb) Weiterer Pandemieverlauf	250
2. Die Gerichte	252
a) Kommunikation	252
b) Vermittlungsfunktion	254
3. Die Staatsregierung als Antragsgegner	254
4. Die Anwaltschaft und die Öffentlichkeit	255
III. Die „abgewiesenen“ Verfahren	256
IV. Zusammenfassung	260
Kapitel 6: Fazit und Ausblick	261
Anlage A: Rechtssetzungen auf Landesebene	263
A. Verordnungen	263
B. Allgemeinverfügungen	264
C. Verwaltungsvorschriften, Richtlinien und Bekanntmachungen	269
Anlage B: Verzeichnis Gerichtsentscheidungen	273
A. Verwaltungsgerichte	273
I. Ansbach	273
II. Augsburg	274
III. Bayreuth	275
IV. München	276
V. Regensburg	277

VI. Würzburg	278
B. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof	279
I. Eil-Normenkontrollverfahren	279
II. Beschwerdeverfahren	281
III. Anhörungsfragen	282
C. Bayerischer Verfassungsgerichtshof	282
D. Bundesverfassungsgericht	282
I. In Bayern angesiedelt	282
II. Besprochene bedeutende Verfahren außerhalb Bayerns angesiedelt	283
E. Hauptverfahren	283
I. BayVGH	283
II. BayVerfGH	283
III. BVerfG	284
IV. BVerwG	284
F. Wichtige Gerichtsentscheidungen und die Reaktionen hierauf	284
Literaturverzeichnis	287
Internetquellen	301

Kapitel 1: Einleitung

A. Themenauffriss

Ende Januar 2020 wurde der erste offiziell bestätigte Corona-Fall in Deutschland festgestellt.¹ Quasi über Nacht wurde das ganze Land und die ganze Welt mit dem neuartigen Virus überrascht und herausgefordert. Grundrechtseingriffe, die das gesamte Alltags- und Berufsleben aller Menschen betrafen,² wurden unvermeidbar, wenn auch in ihrer Intensität zuvor nicht ausdenkbar.³ Damit einher gingen auch zahlreiche Gerichtsverfahren, die die Judikative mit der schwierigen, aber auch privilegierenden Aufgabe konfrontierte, diese Maßnahmen zu überprüfen. Sie stand dabei – ebenso wie die Exekutive – vor der Herausforderung, Entscheidungen zu treffen auf unsicherer Tatsachenbasis, d.h. fehlender Erkenntnisse zum neuartigen Coronavirus. Nicht zuletzt waren die Entscheidungen auch folgenreich, entschieden sie doch darüber, ob die Eindämmungsmaßnahmen, die zum Schutz von Menschen gedacht waren, „suspendiert“⁴ wurden oder nicht.

Bisher wurde viel von der „Stunde der Exekutive“ gesprochen; wenig Beachtung erfuhr aber die Judikative, die ebenfalls eine tragende Rolle in einem funktionierendem Rechtsstaat einnimmt. Häufig war es die Opposition, die Gerichtsentscheidungen kommentierte: „Der Rechtsstaat hat sich bewährt!“ hieß es prompt, wenn ein Gericht eine Corona-Maßnahme suspendierte. Lässt sich die Frage nach einem intakten Rechtsstaat aber auf so eine einfache Gleichung wie Suspendierung = bewährter Rechtsstaat

1 <https://www.zdf.de/nachrichten/heute-in-deutschland/erster-corona-fall-in-deutschland-100.html> (Stand 21.09.2023).

2 *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (46) spricht aufgrund der umfassenden Regelungswerke auch von einer „Parallelrechtsordnung“.

3 *Möllers*, VerfBlog v. 26.03.2020, spricht von „de[m] massivste[n] kollektive[n] Grundrechtseingriff seit Bestehen der Bundesrepublik“.

4 Im Folgenden wird der juristisch so nicht vorzufindende Begriff „suspendiert“ immer genutzt, wenn es darum geht, ob ein Gericht in einem Eilverfahren dem Antrag stattgab. Beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht ist somit die vorläufige Außervollzugsetzung einer Norm im Eilverfahren – Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung – gemeint. Gleichgesetzt mit suspendiert wird im Folgenden auch „verworfen“ genutzt; spiegelbildlich meint das „halten“ einer Maßnahme, dass der Antrag abgelehnt wurde.

und im Umkehrschluss gar Nichtsuspendierung = dispensierter Rechtsstaat herunterbrechen?⁵

Ziel der Arbeit ist es, die Gerichtsverfahren zu Beginn der Corona-Krise aufzuarbeiten, ihre Besonderheiten herauszustellen und sie in das politische Geschehen einzuordnen. Die Gerichtsverfahren werden dabei nicht isoliert betrachtet, sondern insbesondere auch ihre Auswirkungen, beispielsweise auf die Normsetzungstätigkeit, aufgezeigt.

Dabei zeichnen sich hinsichtlich des Beginns der Krise mehrere Befunde ab:

1. Die Verwaltungsgerichte befanden sich trotz der Corona-Krise im Normalmodus. Ihr Entscheidungsstil während der Corona-Krise unterschied sich nicht von jenen außerhalb der Krise. Sie zeigten sich krisenresilient.⁶
2. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) äußerte sich zu wesentlichen Fragestellungen nicht und nahm somit keine nennenswerte, dennoch aber kritikwürdige Rolle ein.⁷ Auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof (BayVerfGH) blieb nahezu unsichtbar, was die Kontrolle von Maßnahmen anging.⁸ Er verringerte zudem sogar die Anzahl an Anträgen, in dem er den Antragstellern⁹ eine Rücknahme nahelegte, verknüpft mit einem Hinweis auf eine zweifelhafte Gebühr.¹⁰
3. Die meiste Bedeutung hatte die Tätigkeit des Bayerischen Verwaltungsgesichtshofs (BayVGH), da dieser über Eilanträge gem. § 47 VI VwGO zu entscheiden hatte und das Corona-Regelungswerk in den wichtigsten Bereichen als Verordnung ausgestaltet war. Der BayVGH, im Speziellen der 20. Senat,¹¹ agierte dabei im Krisenmodus – einem Modus, der sich deutlich vom Normalmodus unterscheidet.¹² Dies lässt sich an verschiedenen Entscheidungsmustern¹³ erkennen, die sich speziell in der Anfangszeit

5 Kritisch zur Fragestellung nach dem „bewährten Rechtsstaat“ *Kingreen*, NJW 2021, 2766.

6 Zu den Verwaltungsgerichten Kap. 3, D. V.

7 Kap. 3, D. III.

8 Kap. 3, D. II.

9 Zur besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit im Hinblick auf prozessuale Rollen das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

10 Kap. 3, D. II. 2.

11 Der laut Geschäftsverteilungsplan für seuchenrechtliche Fragestellungen zuständig ist.

12 Kap. 5, A. II.

13 Kap. 3, D. I. 1.

der Corona-Krise herauskristallisierten, wie beispielsweise die Flucht in die Folgenabwägung¹⁴ oder die Äußerung von starken Zweifeln im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit bei gleichzeitigem Dulden¹⁵. Diese Muster bildeten sich im weiteren Verlauf der Pandemie wieder zurück.¹⁶ Zwar kann man durchaus beobachten, dass bei strengeren Maßnahmen, die aufgrund der jeweils aktuellen Corona-Inzidenzwerte erlassen wurden, auch die gerichtliche Kontrollintensität wieder abnahm. In den anfänglichen Krisenmodus mit den identifizierten Entscheidungsmustern rutschte der BayVGH aber nicht mehr, insbesondere kam es auch während späteren Höhepunkten von Coronawellen zu suspendierenden Entscheidungen, die auch keineswegs nur marginale Maßnahmen oder Ausreißer betrafen.¹⁷

4. Diese Entscheidungsmuster verfolgten den Zweck, den Kurs der Regierung zu stützen und ihr weitestgehend freie Hand dabei zu lassen.¹⁸ Eine Suspendierung vermied der BayVGH selbst dann, wenn zwischen den Zeilen von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme die Rede war. Demnach determinierten andere Überlegungen das Ergebnis. Der BayVGH entschied, ebenso wie die Staatsregierung, im Sinne der Staatsräson,¹⁹ orientierte sich also an der Frage nach dem politisch Klugen und nicht primär an der Rechtmäßigkeit.²⁰
5. Bei isolierter Betrachtung zeigen sich die Besonderheiten der Verfahren oftmals nicht. Im zeitlichen und politischen Kontext erschlossen, zeichnet sich hingegen deutlich ab, dass die Verfahren, auch wenn sie in aller Regel in eine Abweisung mündeten, auswirkungsreich waren. Nicht selten kam es im Anschluss an eine Entscheidung, die eine Maßnahme aufrechterhielt, dennoch zu einer Anpassung der Norm im Sinne der Antragsteller.²¹ Zumal den Initiator:innen mit der Zeit bewusst gewesen sein dürfte, dass die Verfahren keine Aussicht auf (inner-)prozessualen

14 Kap. 3, D. I. 1. a).

15 Kap. 3, D. I. 1. c).

16 Zum Vergleich der Pandemiephasen Kap. 5, A. II. 4.

17 Kap. 5, A. 1. b).

18 Kap. 5, A. IV. 1.b); *Klafki* spricht vom „exekutiv-judikativen Zusammenwirken“, NVwZ 2020, 1718 (1718); *Rixen* von einem „funktionell-rechtlichen Kooperationsverhältnis“, RuP, 7/2021, 67 (71).

19 Kap. 5, A. III.

20 Überspitzt *Lindner*, Zeit-online v. 28.01.2021, der davon spricht, dass die Justiz alles abnicke.

21 Kap. 4, B.

Erfolg haben und sie vielmehr rein aus Prinzip klagten, können sie als strategische Verfahren interpretiert werden.²²

6. Mit den Entscheidungsmustern des BayVGH entwickelte sich ein eigenständiges System, welches darauf abzielte, der Regierung – der „Politik“ – zwar den Rücken zu stärken, ihr aber auch subtil Grenzen aufzuzeigen, welche von den betroffenen Stellen respektiert wurden. Die Verfahren dienten daher einer Kommunikation²³ ihrer Initiator:innen mit dem Verordnungsgeber über das Medium Gericht.
7. Betrachtet man die Entscheidungen der verschiedenen Gerichte, lässt sich die aufgeworfene Frage nach einem dispensierten Rechtsstaat nur differenziert beantworten: Die Verwaltungsgerichte kamen ihrer Kontrollaufgabe vollumfänglich nach, das BVerfG und der BayVerfGH waren – bewusst – nicht effektiv an der Krisenbewältigung beteiligt, wodurch sie das Vertrauen in den Rechtsstaat schwächten, und die Entscheidungspraxis des BayVGH war überwiegend von politischen und anderen außerrechtlichen Überlegungen geleitet, sodass der Rechtsstaat auch insofern dispensiert war.²⁴
8. In Anbetracht des Ausmaßes der Corona-Pandemie, der Ungewissheit zu Beginn der Krise und der möglichen Folgen einer Suspendierung von Maßnahmen stellt sich aber auch die Frage, ob ein Rechtsstaat während einer akuten und neuartigen Krise überhaupt entsprechend seiner Idealvorstellung²⁵ funktionieren kann?²⁶

B. Forschungsgegenstand und -gang

Das Dissertationsvorhaben ist sowohl hinsichtlich des betrachteten Zeitraums als auch des Untersuchungsgegenstands beschränkt.

22 Kap. 5, B.

23 Kap. 5, B. II. 2. a).

24 Kap. 5, A. IV. 1. (BayVGH); 2. (BVerfG); 3. BayVerfGH, 4. (Verwaltungsgerichte).

25 Darauf hinweisend, dass „unsere normative Sicht auf die Welt [...] unabhängig davon bestehen [bleibt], ob ihr derzeit noch eine Realität entspricht“, *Volkmann*, FAZ vom 21.05.2021. *Suliak*, LTO v. 23.05.2022, mahnt an, man dürfe politische Fragen wie die nach der Bewältigung der Coronastrategie nicht in eine rechtliche Fragestellung umdeuten, über die das BVerfG zu entscheiden hätte.

26 Kap. 5, A. V.

I. Forschungsgegenstand

1. Zeitraum

Der Zeitraum beschränkt sich auf den ersten offiziell festgestellten Katastrophenfall²⁷ gem. Art. 4 Bayerisches Katastrophenschutzgesetz (BayKatSchG) vom 16.03.2020²⁸ bis 16.06.2020²⁹. Aber erzeugt der Katastrophenfall nur wenige rechtliche Wirkungen wie beispielsweise das Weisungs- und Anforderungsrecht der Katastropheneinsatzleitung gem. Art. 5, Art. 7 BayKatSchG. In der Praxis am bedeutendsten ist wohl die Zuständigkeitskonzentration beim Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration (StMI), Art. 2 I BayKatSchG. Sinnbildlich soll der Katastrophenfall für die „offizielle Krise“ stehen, da zu diesem Zeitpunkt auch die größte Unsicherheit bestanden hat. Mit jedem Tag wurden jedoch neue Erkenntnisse über das Virus gewonnen und mit der Zeit trat auch ein gewisser „Gewöhnungseffekt“³⁰ in der Bevölkerung ein.³¹

2. Gegenstand

Untersucht werden sämtliche Eil-Entscheidungen, deren Verfahrensgegenstand Bezug haben zu den erlassenen Regelungen des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege (StMGPF) als zuständige Infektionsschutzbehörde, § 9 Nr. 5 Delegationsverordnung (DelV), haben. Dabei muss sich das Verfahren nicht unmittelbar gegen die Regelung, d.h. beispielsweise die Verordnung, richten. Untersucht werden auch Entscheidungen über Verwaltungsakte, die auf der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) basieren, wie z.B. versagte Ausnahmegenehmigungen für eine Versammlung. Jedoch nimmt die BayIfSMV sowie

27 Zum Katastrophenschutzrecht *Klafki*, Risiko und Recht, 2017; *Gusy*, GSZ 2020, 101.

28 Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 16.03.2020, BayMBl. 2020 Nr. 115.

29 Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 16.06.2020, BayMBl. 2020 Nr. 337.

30 Die WHO spricht von einer „Corona-Müdigkeit“ der Bürger, <https://www.n-tv.de/ticker/WHO-konstatiert-wachsende-Corona-Muedigkeit-article22081049.html> (Stand 21.09.2023).

31 *Volkman*, FAZ vom 21.05.2021, weist darauf hin, dass die Corona-Pandemie auch schlicht dann vorbei sein könnte, wenn niemand mehr darüber redet.

ihre vorigen und nachfolgenden Regelungen sicherlich eine hervorgehobene Stellung ein.

Überprüft werden die Entscheidungen der sechs bayerischen Verwaltungsgerichte, des BayVGH, des BayVerfGH sowie des BVerfG. Beim BVerfG werden nur diejenigen Entscheidungen berücksichtigt, welche sich auf einen bayerischen Corona-Rechtsakt beziehen sowie zwei weitere Entscheidungen³² außerhalb Bayerns, die aufgrund ihres Inhalts für die weitere Gerichtstätigkeit in Bayern bedeutend waren. Unberücksichtigt bleiben Einstellungsentscheidungen, Antragsrücknahmen, Verweisungsbeschlüsse sowie Vergleiche³³, da in diesen Verfahren der Verfahrensgegenstand nur sehr oberflächlich – wenn überhaupt – im Rahmen der Kostenentscheidung geprüft wird. Verlässliche Aussagen über die Gerichtstätigkeit lassen sich daraus nicht ableiten.

Zudem werden die Entscheidungen auch verglichen mit Eilentscheidungen nach dem Katastrophenfall, um so herauszuarbeiten, ob und wie sich die Entscheidungen der Gerichte in den verschiedenen Phasen voneinander unterscheiden. Dadurch kann der behauptete Krisenmodus herausgearbeitet und anschließend die These belegt werden, dass der Rechtsstaat teilweise dispensiert war.

II. Forschungsgang

Ziel des Dissertationsvorhabens ist es, die Eil-Rechtsprechung empirisch darzustellen, rechtlich zu würdigen und im Rahmen der Interpretation die Rechtsprechung in den politischen Kontext einzubetten. Dabei werden die verschiedenen Reaktionen verschiedener Akteure auf die Entscheidung dargestellt, wobei insbesondere chronologische Zusammenhänge mit der Regelungstätigkeit des StMGP erschlossen werden. Abschließend werden die (insbesondere „abgewiesenen“³⁴) Verfahren interpretiert, wobei auch die mediale Kommunikation der Exekutive ebenso wie der Aspekt *strategic litigation* näher untersucht werden.

32 Zu den beiden Entscheidungen siehe Kap. 3, A. III. 3 (Gottesdienstverbot) und Kap. 3, A. IV. 4 (Versammlungsverbot).

33 Zu Vergleichen kam es insbesondere bei Quarantäneanordnungen, bspw. VG Ansbach Beschl. v. 08.06.2020 – AN 18 E 20.01036 (nicht veröffentlicht).

34 Weswegen „abgewiesen“ in Anführungszeichen gesetzt wurde, wird unter Kap. 5, B, III. erklärt.

Der Gang der Forschung gliedert sich dabei in vier Hauptteile. Im ersten Teil³⁵ erfolgt eine empirische Darstellung sowohl der Rechtsetzungen als auch der Gerichtstätigkeit. Im zweiten Teil³⁶ werden die relevanten Verfahren vorgestellt, zusammengefasst und rechtlich gewürdigt. Im dritten Teil³⁷ werden die Reaktionen auf ausgewählte Gerichtsentscheidungen aufgezeigt. Der vierte Teil³⁸ schließlich interpretiert die Verfahren, wobei zunächst der Krisenmodus³⁹ herausgearbeitet und danach die Frage nach einem dispensierten Rechtsstaat⁴⁰ beantwortet wird. Abschließend werden die Verfahren im Kontext strategic litigation⁴¹ interpretiert.

35 Kap. 2.

36 Kap. 3.

37 Kap. 4.

38 Kap. 4.

39 Kap. 5, A. II.

40 Kap. 5, A. IV.

41 Kap. 5, B.

Kapitel 2: Empirie

Um einen Überblick über das politische und judikative Geschehen zu erhalten, folgt zunächst ein Empirieblock. In diesem Abschnitt werden zuerst die Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenzen und des Bayerischen Kabinetts⁴² in Kürze vorgestellt. Anschließend folgt eine kurze Darstellung der coronaspezifischen Rechtssetzungen auf Bundes- und Landesebene. Abschließend werden die Gerichtsentscheidungen klassifiziert.

A. Beschlüsse der Exekutive

I. Ministerpräsidentenkonferenz

1. Begriffsbestimmung

Zentrales politisches Gremium des Coronamanagements war die sog. Ministerpräsidentenkonferenz. Dabei trafen sich die Regierungschefinnen und -chefs der Bundesländer und stimmten ihre Positionen in Form von Bund-Länder-Beschlüssen miteinander ab. Es handelt sich bei der Ministerpräsidentenkonferenz um eine wichtige Besprechungsrunde zum Zweck der Selbstkoordinierung der Länder, die auch eine lange Tradition aufweist und insbesondere während Corona Konjunktur hatte.⁴³ Insgesamt kam es während des Untersuchungszeitraums zu sieben solcher Konferenzen.

Parallel fanden vom 16.03.2020 bis 16.06.2020 auch 39 Besprechungen des Bundeskanzleramts mit den Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien statt. Hierbei handelte es sich um einen regelmäßigen Austausch zur aktuellen Lage.⁴⁴

42 Synonym werden im weiteren Verlauf auch die Begriffe Bayerische Staatsregierung oder Ministerrat verwendet.

43 *Huber* in Dreier, GG, Art. 50, Rn. 21 mwN; <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/buerokratieabbau/ministerpraesidentenkonferenz-1824538> (Stand 21.09.2023). Kritisch hierzu u.a. *Kingreen*, NJW 2021, 2766 (2769); *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (708); *Möllers*, RuP, 7/2021, 86 (99 f.).

44 Auskunft aus dem Bundeskanzleramt vom 30.09.2021. Für die Untersuchung wurden mehrere Auskünfte – schriftlich oder mündlich – von verschiedenen Behörden, Mi-

2. Bund-Länder-Beschlüsse

Der allererste Bund-Länder-Beschluss in Bezug auf Corona wurde am 12.03.2020 gefasst und legte die Leitlinien im Umgang mit dem Corona-Virus fest.⁴⁵ Anschließend, den hiesigen Untersuchungszeitraum betreffend, kamen sieben weitere Beschlüsse hinzu, welche im Folgenden kurz vorgestellt werden:⁴⁶

a) Bund-Länder-Beschluss vom 16.03.2020

Während sich der Beschluss vom 12.03.2020 noch sehr vage hielt und mehr allgemeine Erwägungen formulierte, wurden in dem Beschluss vom 16.03.2020 konkrete Maßnahmen genannt, die von den Ländern in eigenständiger Verantwortung umzusetzen waren: Besuchsregelungen für Krankenhäuser u.a., Betretungsverbote für Besucher:innen, die sich innerhalb der letzten 14 Tage in einem Risikogebiet aufhielten, für Universitäten, Schulen und Kindergärten, Hygienemaßnahmen für Restaurants und Hotels u.a., Übernachtungsverbot in Hotels für private Zwecke sowie beschränkte Öffnungszeiten für Restaurants.⁴⁷

b) Bund-Länder-Beschluss vom 22.03.2020

Der Beschluss vom 22.03.2020 erweiterte die Leitlinien des Beschlusses vom 16.03.2020 um den Bereich der privaten Kontakte. Der Aufenthalt im öffentlichen Raum sollte nur mehr alleine oder mit einer weiteren, haushaltsfremden Person erfolgen. Zudem wurde der Abstandsappell⁴⁸ ein-

nisterien und Gerichten eingeholt. Außerdem wurde Einsicht genommen in verschiedene Akten. Diese Auskünfte werden entsprechend gekennzeichnet.

45 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/beschluss-zu-corona-1730292> (Stand 21.09.2023).

46 Die Beschlüsse sind online aufgelistet unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-diese-regeln-und-einschraenkung-gelten-1734724> (Stand 21.09.2023).

47 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942> (Stand 21.09.2023).

48 Zur Einstufung als Appell Kap. 3, A. II. 2.

geführt sowie Gastronomie- und Dienstleistungsbetriebe wie z.B. Friseurläden, Kosmetikstudios und Massagepraxen geschlossen.⁴⁹

c) Bund-Länder-Beschluss vom 01.04.2020

Das Bund-Länder-Treffen vom 01.04.2020 fand erstmals als Telefonschaltkonferenz statt und wurde angesichts des bevorstehenden Osterfestes anberaumt. Der Beschluss enthält den ausdrücklichen Appell, auch während Ostern die Kontaktbeschränkungen einzuhalten und auf Verwandtschaftsbesuche zu verzichten.⁵⁰

d) Bund-Länder-Beschluss vom 15.04.2020

In der Telefonschaltkonferenz vom 15.04.2020 beschlossen Bund und Länder zunächst, dass die bisherigen Maßnahmen bis zum 03.05.2020 verlängert werden. Neu eingeführt wurde zudem die Kontaktnachverfolgung durch öffentliche Gesundheitsdienste und der Einsatz von digitalem „contract tracing“. Weiter wurden zusätzliche Testkapazitäten gesichert sowie medizinische Schutzausrüstung für die Länder. Erste Lockerungen wurden zudem vereinbart: Geschäfte des Einzelhandels bis zu 800m² Verkaufsfläche durften öffnen sowie davon unabhängig Kfz-Händler, Fahrradhändler und Buchhandlungen. Weitere Lockerungen für Friseurgeschäfte wurden für den 04.05.2020 ins Auge gefasst. Abschließend wies die damals amtierende Bundeskanzlerin *Merkel* darauf hin, dass es sich bei der Religionsausübung um ein besonders hohes Gut handle und dass daher das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat das Gespräch mit großen Religionsgemeinschaften suchen werde, um den weiteren Weg abzustimmen.⁵¹

49 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-vom-22-03-2020-1733248> (Stand 21.09.2023).

50 Beschluss abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/telefonschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-1-april-2020-1738534> (Stand 21.09.2023).

51 Beschluss abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bund-laender-beschluss-1744224> (Stand 21.09.2023).

e) Bund-Länder-Beschluss vom 30.04.2020

Im Beschluss vom 30.04.2020 wurde vereinbart, dass ein größerer Teil der Krankenhauskapazitäten wieder für planbare Operationen benutzt werden könne, nachdem diese zuvor hatten verschoben werden mussten. Das Verbot von Großveranstaltungen wurde bis zum 31.08.2020 aufrechterhalten. Zugleich wurden Gottesdienste erlaubt sowie Spielplätze und Kultureinrichtungen geöffnet; jeweils unter entsprechenden Hygienekonzepten. Auch Schulöffnungen und Gastronomie- und Tourismusangebote wurden als Perspektive mitaufgenommen.⁵²

f) Bund-Länder-Beschluss vom 06.05.2020

Der Schwerpunkt des Beschlusses vom 06.05.2020 lag auf den schrittweisen Schulöffnungen und weiteren Lockerungen. So wurde beschlossen, dass nun mehr alle Geschäfte öffnen dürften, Freizeitsport unter freiem Himmel wieder stattfinden könne sowie der Spielbetrieb der 1. und 2. Fußballbundesliga fortgesetzt werde. Den Ländern überlassen wurden Öffnungen der verbleibenden Bereiche wie Gastronomie, Beherbergungswesen, weitere Kultureinrichtungen, Vorlesungsbetrieb an Hochschulen, Kinderbetreuung und Weiteres. In Bezug auf Krankenhäuser, Pflegeheime, Senior:innen- und Behinderte:innenrichtungen wurde außerdem betont, dass Besuchsbeschränkungen nicht zur Isolation führen dürften und daher die Landesregelungen vorsehen müssten, dass es die Möglichkeit für wiederkehrenden Besuch einer festgelegten Person gebe. Strengere Maßnahmen sieht der Beschluss vor ab einer 7-Tages-Inzidenz von über 50.⁵³

g) Bund-Länder-Treffen vom 27.05.2020

Die Besonderheit des Bund-Länder-Treffens vom 27.05.2020 war, dass es sich um eine Ministerpräsidentenkonferenz nur der ostdeutschen Länder

52 <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1749804/d3e2fa884ba9ac2b743192d27dcl2aea/2020-04-30-beschluss-bund-laender-data.pdf?download=1> (Stand 21.09.2023).

53 <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1750986/fc61b6eb1fc1d398d66cfea79b565129/2020-05-06-mpk-beschluss-data.pdf?download=1> (Stand 21.09.2023).

handelte. Diese treffen sich in der Regel zweimal im Jahr und beraten über Themen, die speziell die neuen Bundesländer betreffen.⁵⁴ Ein Beschluss in Bezug auf Corona wurde nicht gefasst; man war sich jedoch einig, dass die bisherigen Mechanismen bestehen bleiben und man sich beim nächsten Bund-Länder-Treffen am 17.06.2020 über die Erfahrungen mit den Lockerungen austauschen möchte.⁵⁵

II. Ministerrat Bayern

Im Zeitraum vom 16.03.2020 bis 16.06.2020 fanden in Bayern insgesamt 13 Ministerratssitzungen statt, in der Regel mit einem Abstand von einer Woche. Anschließend unterrichtete ein Teil des Kabinetts über den Inhalt der Beschlüsse im Rahmen einer Pressekonferenz.⁵⁶

1. Kabinettsitzung 16.03.2020

In der Kabinettsitzung vom 16.03.2020 wurde beschlossen, den Katastrophenfall für ganz Bayern auszurufen, um eine „klare Steuerung mit zentralen Eingriffs- und Durchgriffsmöglichkeiten“⁵⁷ zu haben. Außerdem wurde das erste Maßnahmenbündel beschlossen, um die Verbreitung des Virus zu verlangsamen. Hierzu zählten ein Veranstaltungs- und Versammlungsverbot mit nur engen Ausnahmemöglichkeiten im Einzelfall und auf Antrag, die Schließung von sämtlichen Einrichtungen, die nicht der notwendigen Versorgung des täglichen Lebens dienen wie beispielsweise Fitnessstudios, Bibliotheken und Museen. Ebenso wurden Gastronomiebetriebe (mit Ausnahme von „To-Go“ Angeboten) und Einzelhandelsgeschäfte geschlossen. Außerdem wurde eine Ausnahme vom Sonntagsverkaufsverbot gem. § 3 Ladenschlussgesetz (LadSchlG) für existentielle Güter aufgenommen.⁵⁸

54 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/mpk-ost-1755372> (Stand 21.09.2023).

55 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/mpk-ost-1755682> (Stand 21.09.2023).

56 Die Beschlüsse sind online aufgelistet unter <https://www.bayern.de/presse/ministerratsberichte/> (Stand 21.09.2023).

57 <https://www.bayern.de/corona-pandemie-bayern-ruft-den-katastrophenfall-aus-veranstaltungsverbote-und-betriebsuntersagungen/?seite=2453> (Stand 21.09.2023).

58 Ebd.

2. Kabinettsitzung 17.03.2020

In der Sitzung vom 17.03.2020 wurden Maßnahmen zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung beschlossen: Personalaufstockung in bayerischen Gesundheitsämtern, Verschiebung planbarer Operationen, Bereitstellung von Beatmungsgeräten, Erweiterung der Testkapazitäten an Universitätskliniken („Drive-through-Teststation“) und Ausbau der Intensivbetten der Universitätsklinik. In finanzieller Hinsicht wurde ein Schutzschirm in Höhe von 10 Mrd. Euro beschlossen und ein Schutzschild für die bayerische Wirtschaft. Außerdem wurden Schulschließungen und Beschränkungen von Kontakten im öffentlichen Raum geregelt und die Empfehlungen des Bund-Länder-Beschlusses vom 16.03.2020 umgesetzt, wie beispielsweise Übernachtungsverbote zu touristischen Zwecken.⁵⁹ Zwei Tage nach der Sitzung folgte die erste Regierungserklärung⁶⁰ Söders, die den Kurs der Regierung zusammenfasste.

3. Kabinettsitzung 24.03.2020

Die Kabinettsitzung vom 24.03.2020 war geprägt von finanziellen Maßnahmen. Es wurde ein Regierungsentwurf für einen zweiten Nachtragshaushalt gefasst und die Unterstützung der von den Betriebsschließungen betroffenen Unternehmen ausgeweitet. Neue beschränkende Maßnahmen kamen seit der Kabinettsitzung vom 17.03.2020 nicht hinzu.⁶¹

4. Kabinettsitzung 31.03.2020

In der Kabinettsitzung vom 31.03.2020 wurden erneut finanzielle Maßnahmen zur Unterstützung von Unternehmen getroffen, Stichwort „Soforthilfeprogramm Corona“. Die Regelungen zur Ausgangsbeschränkung und der

59 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-17-maerz-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

60 <https://www.youtube.com/watch?v=gUyd3GMei5o> (Stand 21.09.2023).

61 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-24-maerz-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

sonstigen bayerischen Infektionsschutzmaßnahmen wurden verlängert bis zum 19.04.2020.⁶²

5. Kabinettsitzung 07.04.2020

In der Kabinettsitzung vom 07.04.2020 wurden keine weiteren Änderungen hinsichtlich der Schutzmaßnahmen getroffen. Geregelt wurde stattdessen ein Pflegebonus, und der Ausbau des Beschaffungswesens für Schutzausrüstung und medizinische Geräte wurde als hohe Priorität eingestuft.⁶³

6. Kabinettsitzung 16.04.2020

Die Kabinettsitzung vom 16.04.2020 stand unter dem Stern der ersten Lockerungen. Die Ministerrunde beschloss, dass die bayerische Corona-Strategie fortgesetzt und mit „[...] Umsicht an die sich verändernden Rahmenbedingungen angepasst [wird]“⁶⁴. Erste Lockerungen wurden demnach vereinbart: Das Verlassen der Wohnung war nun mehr für Sport und Bewegung an der frischen Luft auch mit einer haushaltsfremden Person erlaubt. Geschäfte wurden stufenweise geöffnet: zunächst Bau- und Gartenmärkte, dann Kfz-, Fahrrad- und Buchläden. Andere Geschäfte durften bis zu einer Verkaufsfläche von 800m² öffnen (im Folgenden bezeichnet als die „800m²-Regelung“). Zentral war zudem die schrittweise Wiederaufnahme des Unterrichts. Bibliotheken durften wieder öffnen und erstmals wurde ein Mundschutzgebot ausgesprochen.⁶⁵

62 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-31-maerz-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

63 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-7-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

64 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

65 Ebd.

7. Kabinettsitzung 21.04.2020

Die Kabinettsitzung vom 21.04.2020 fand einen Tag nach der zweiten Regierungserklärung⁶⁶ Söders statt. Es wurden hauptsächlich finanzielle Unterstützungen für z.B. Solo-Selbstständige oder für finanziell geschädigte Kommunen beschlossen. Die Teststrategie wurde ausgebaut und ausgeweitet; ebenso wurde ein Stufenplan zur flexiblen Auslastung der Krankenhauskapazitäten erarbeitet. Zudem wurde auch für gewisse Bereiche, z.B. im öffentlichen Nahverkehr, eine Maskenpflicht eingeführt.⁶⁷

8. Kabinettsitzung 28.04.2020

In dieser Kabinettsitzung wurde beschlossen, dass Eltern pauschal die Kinderbetreuungsbeiträge für die Monate April, Mai und Juni erstattet bekommen. Corona-Schutzmaßnahmen wurden angesichts der bevorstehenden Ministerpräsidentenkonferenz am 11.05.2020 nur bis zum 10.05.2020 verlängert. Lockerungen wurden im Bereich der Gottesdienste und Versammlungen beschlossen; Friseurläden erhielten eine Öffnungsperspektive für den 04.05.2020. Außerdem wurden die Vorgaben des sog. 800m²-Beschlusses des BayVGH⁶⁸ umgesetzt und die Regelung hierzu in der BayIfSMV entsprechend angepasst.⁶⁹

9. Kabinettsitzung 05.05.2020

In der Kabinettsitzung vom 05.05.2020 wurde beschlossen, den Kurs der „Umsicht und Vorsicht“ fortzuführen, zugleich wurden aber mehrere Lockerungen vereinbart: An die Stelle von Ausgangsbeschränkungen traten Kontaktbeschränkungen, der Präsenzunterricht wurde ausgeweitet, die Kindertagesbetreuung schrittweise hochgefahren, das Besuchsverbot in Krankenhäusern u.Ä. wurde gelockert (eine feste Bezugsperson), die

66 <https://www.youtube.com/watch?v=qwyAxUIJOg0> (Stand 21.09.2023).

67 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-21-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

68 BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630. Ausführlich zu diesem Beschluss Kap. 3, A. VI. 2.

69 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-28-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

800m²-Beschränkung wurde aufgehoben und Bereiche wie Gastronomie, Hotellerie und Tourismus wurden schrittweise geöffnet. Außerdem durften Spielplätze wieder öffnen, kontaktfreier Individualsport mit Abstand wurde erlaubt und weitere Betriebe wie Tierparks, Museen, Fahrschulen und Musikschulen durften ebenfalls öffnen.⁷⁰

10. Kabinettsitzung 12.05.2020

Angesichts der hohen Bedeutung von Art. 8 GG wurde in der Sitzung vom 12.05.2020 beschlossen, dass das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration ein Konzept erarbeitet, das Infektionsschutz und die Versammlungsfreiheit in einen angemessenen Ausgleich bringen sollte. Außerdem wurden die Öffnungsschritte für die Gastronomie konkretisiert: Die Gastronomie im Außenbereich durfte bis 20 Uhr öffnen und die Innengastronomie eine Woche später bis 22 Uhr.⁷¹ Außerdem wurden der Spielbetrieb der 1. und 2. Fußballbundesliga wieder zugelassen und eine Pflicht, Mund und Nase zu bedecken,⁷² im Fernverkehr eingeführt. Die übrigen Maßnahmen wurden bis zum 29.05.2020 verlängert.⁷³

11. Kabinettsitzung 19.05.2020

Die Kabinettsitzung vom 19.05.2020 setzte die schrittweise Öffnung der Kinderbetreuung, die bereits in der Sitzung vom 05.05.2020 beschlossen worden war, fort. Der Aufnahmestopp für stationäre Einrichtungen der Pflege und für Menschen mit Behinderung wurde aufgehoben. Außerdem sollte ab Pfingsten wieder Urlaub in Bayern möglich sein, weswegen entsprechende Lockerungen in diesem Bereich beschlossen wurden. Auch für Freizeiteinrichtungen im Außenbereich wie z.B. Freizeitparks wurde ein Öffnungskonzept in Aussicht gestellt. Abschließend wurde ein sog. „Bayeri-

70 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-5-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

71 Zu dem hierzu ergangenen und medial viel beachtetem Beschl. d. VG Augsburg v. 27.05.2020 – AU 9 E 20,783, das eine Ungleichbehandlung in dieser Regelung sah, Kap. 3, V. 2. a).

72 Im Folgenden „Maskenpflicht“.

73 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-12-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

sches Frühwarnsystem“ beschlossen, das strengere Maßnahmen bei einer 7-Tages-Inzidenz von 35 pro 100.000 vorsah.⁷⁴

12. Kabinettsitzung 26.05.2020

In der letzten Kabinettsitzung vor den Pfingstferien am 26.05.2020 wurde eine massive Ausweitung der (freiwilligen) Testungen beschlossen: für Besucher:innen von Krankenhäusern u.Ä., für Lehrkräfte und Erzieher:innen. Außerdem wurden weitere Lockerungen beschlossen, beispielsweise im Bereich der Erwachsenenbildung, beim Betrieb von Reisebusunternehmen, im Bereich Sport, Theater und im Vorlesungsbetrieb. Im Übrigen wurden Maßnahmen beschlossen, um den weiterhin hohen Personalbedarf im öffentlichen Gesundheitsdienst sowie den Bedarf an medizinischen Geräten und Schutzausrüstung für eine zweite Welle zu sichern.⁷⁵

13. Kabinettsitzung 16.06.2020

In der Sitzung vom 16.06.2020 wurden das Ende des Katastrophenfalls als wichtiger Schritt zurück in die Normalität festgestellt und weitere Lockerungen beschlossen: Die Anzahl derer, mit denen ein gemeinsamer Aufenthalt möglich ist, wurde angehoben, die Öffnungszeiten der Gastronomie wurden auf 23.00 Uhr verlängert, die Zugangsbeschränkungen für den Einzelhandel wurden gelockert, im Bereich Kunst und Kultur wurde die Höchstteilnehmer:innenzahl angehoben, im Bereich der Gottesdienste wurde auf eine Teilnehmer:innenzahl verzichtet und stattdessen nur mehr der Mindestabstand als Kriterium eingeführt. Auch private Veranstaltungen waren wieder bis zu einer bestimmten Teilnehmer:innenanzahl erlaubt. Im Bereich der Kinderbetreuung und Schule wurden eine komplette Öffnung festgelegt und das Ziel vereinbart, ab September beides wieder in den Regelbetrieb zu überführen.⁷⁶

74 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-19-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

75 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-26-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

76 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-juni-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

B. Rechtsetzungen

Im Folgenden werden die für die Gerichtsverfahren relevanten oder Corona-Bezug aufweisenden Rechtsetzungen auf Bundes- und Landesebene aufgelistet. Dabei werden nur diejenigen Rechtsetzungen berücksichtigt, die während des Untersuchungszeitraums in Kraft waren.

I. Bundesebene

1. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020

Im Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020⁷⁷ wurde zum ersten Mal der Begriff der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, § 5 IfSG, sowie die Möglichkeit, gesetzesvertretende Verordnungen zu erlassen, § 5 II IfSG, geregelt. Außerdem wurde das Robert-Koch-Institut (RKI) als die nationale Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten festgelegt, § 4 I IfSG. Des Weiteren wurde § 28 IfSG angepasst. Ursprünglich hatte die Norm vorgesehen, dass Personen verpflichtet werden konnten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen, oder von ihr bestimmte Orte nicht zu betreten, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt werden. Der Teil „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt werden“ fand sich nicht mehr in der neuen Fassung. Außerdem beschränkt sich die Ermächtigung für ein Ansammlungsverbot nicht mehr auf eine größere Anzahl von Menschen. Zudem wurde § 74 Ia Nr. 24 IfSG angepasst, so dass auch Verstöße gegen Rechtsverordnungen nach § 32 S. 1 IfSG bußgeldbewehrt wurden – zuvor hatte die Norm eine solche Bewehrung nur vorgesehen, wenn gegen eine vollziehbare Anordnung verstoßen wurde.⁷⁸ Zuletzt wurden in der Neufassung weitere Grundrechte zitiert, darunter auch Art. II GG, die eingeschränkt werden können durch die Norm, § 28 I 4 IfSG.

⁷⁷ BGBl. 2020, S. 587.

⁷⁸ Dies wurde mehrheitlich so gelesen, dass es erst eines Verwaltungsaktes bedurfte, vgl. den Streitstand zusammenfassend und mit Hinweisen auf weitere Literatur und Rechtsprechung *Pschorr*, JuWissBlog Nr. 67/2020 v. 28.04.2020.

2. Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.05.2020.

Die Änderung des IfSG durch das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.05.2020⁷⁹ führte zu einer sog. Entkriminalisierung,⁸⁰ da viele Verstöße nicht mehr als strafrechtlich ahndbar eingestuft wurden, § 75 I Nr. 1 IfSG. Zudem wurden Meldepflichten statuiert, eine Corona-Prämie geregelt, die Möglichkeit zur Datenverarbeitung ausgeweitet, die Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen erleichtert und die Frage geklärt, wer die Kosten für Testungen trägt.⁸¹

II. Landesebene

Auf Landesebene erließ vor allem das StMGP als zuständige Infektionsschutzbehörde, § 9 Nr. 5 DelV, Regelungen in Form von Verordnungen und Allgemeinverfügungen⁸². Diese können der Anlage A, Rechtssetzungen der Landesebene, entnommen werden. Daneben wurden zwei Gesetze erlassen, die Bezug haben zum Corona-Geschehen, sowie das Landesstraf- und Verordnungsrecht (LStVG) corona-bedingt geändert:

1. Bayerisches Infektionsschutzgesetz vom 25.03.2020

Das Bayerische Infektionsschutzgesetz (BayIfSG) vom 25.03.2020⁸³ war im Zeitraum vom 27.03.2020 bis 31.12.2020 in Kraft und diente dazu, das IfSG des Bundes⁸⁴ im Notfall und kurzfristig zu ergänzen.⁸⁵

79 BGBl. 2020, S. 1018.

80 *Rau* in Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 23 Rn. 14.

81 Zusammenfassung bei *Aligbe*, ARP 2020, 182 und unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/covid-19-bevoelkerungsschutz-2.html> (Stand 21.09.2023).

82 Zu Recht spricht *Siegel* von einer „Renaissance der Allgemeinverfügung“, NVwZ 2020, 577 (579), da viele Rechtsetzungen, v.a. zu Beginn der Pandemie, in Form von Allgemeinverfügungen erfolgten.

83 GVBl. 2020 S. 174. Inhalt einsehbar unter https://www.stmfh.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2019/haushaltsplan/Nachtrag.pdf (Stand 21.09.2023).

84 Kompetenzrechtliche Zweifel für das BayIfSG äußern *Lindner* in Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 18 Rn. 13. *Uwer/Koschmieder*, LTO v. 26.03.2020.

85 LT-Drs. 18/6945.

2. Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2019/2020

In dem Nachtragshaushaltsgesetz vom 19.03.2020⁸⁶ wurden corona-bedingte Änderungen am Haushaltsgesetz 2019/2020 vorgenommen.⁸⁷

3. Gesetz zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27.04.2020

Im Gesetz zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27.04.2020⁸⁸ wurde eine bedeutende Änderung des Art. 51 LStVG beschlossen, indem die bisherige zwingende Veröffentlichung einer bewehrten Verordnung im Gesetzes- und Verordnungsblatt (GVBl.) gestrichen wurde. Außerdem wurden die Regeln zur Notbekanntmachung gelockert. Hintergrund der Gesetzesänderung war, dass der BayVGH in einem Eilverfahren die Voraussetzungen für die Notbekanntmachung bezweifelte.⁸⁹ Die Änderung diene dazu, in der Corona-Pandemie flexibler reagieren zu können.⁹⁰

C. Gerichtsentscheidungen

Im Folgenden werden die Gerichtsentscheidungen klassifiziert.⁹¹ Dazu erfolgt zunächst eine allgemeine Beschreibung der prozessualen Ausgangslage am jeweiligen Gericht. Anschließend werden die Verfahren eingeteilt in begründet, unbegründet und unzulässig und in einem Diagramm bildlich dargestellt.⁹² Unberücksichtigt bleiben Verfahren, die durch Vergleich, Rücknahme oder Erledigung endeten. Verfahren, die teilweise begründet waren, werden in der Statistik als erfolgreiche Verfahren gezählt; auch dann, wenn sie überwiegend unbegründet waren. Als unzulässig wird eine

86 GVBl. 2020 S. 153.

87 <https://www.bayern.landtag.de/aktuelles/aus-dem-plenum/landtag-bringt-nachtrags-haushalt-20192020-auf-den-weg/> (Stand 21.09.2023).

88 GVBl. 2020 S. 236.

89 Kap. 3, A. I. 2. b) bb), Kap. 4, E.

90 Gesetzesbegründung LT-Drucks. 18/7347.

91 Die im Folgenden wiedergegebenen Eingangszahlen beruhen auf Auskünften von den jeweiligen Gerichten. Die Auswertung der Quoten erfolgte durch die Verfasserin.

92 Eine mögliche Abänderung im Beschwerdeverfahren wird für die Einteilung nicht berücksichtigt.

Entscheidung gezählt, wenn sie insgesamt unzulässig war. Teils unzulässige Entscheidungen werden klassifiziert je nach Entscheidungsinhalt hinsichtlich des zulässigen Teils. D.h. eine Entscheidung, die teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet war, zählt als unbegründetes Verfahren.

Anschließend folgt ein Vergleich mit den Eingangs- und Erledigungszahlen der Gerichte im Vergleichszeitraum 16.03.2019 – 16.06.2019, um die Belastungssituation der Gerichte herauszuarbeiten. Und um ein Stimmungsbild in der Gesellschaft nachzuzeichnen, werden abschließend die Verfahrensgegenstände der Corona-Eilverfahren systematisiert.⁹³

In Anlage B befindet sich ein Verzeichnis, das die einzelnen Gerichtsverfahren in einer Tabelle zusammenfasst.⁹⁴ Dort wird auch der weitere Fortgang des Verfahrens aufgelistet.

I. Verwaltungsgerichte

1. Prozessuale Ausgangslage

Die Eilanträge vor den Verwaltungsgerichten richteten sich entweder nach § 80 V 1 VwGO oder nach § 123 I VwGO.

a) § 80 V 1 VwGO

Insbesondere, aber nicht ausschließlich zu Beginn der Pandemie, wurden die Verwaltungsgerichte mit Anträgen gem. § 80 V 1 VwGO konfrontiert, da die Corona-Maßnahmen in Form von Allgemeinverfügungen ergingen.

⁹³ Da auf ein Verfahren mehrere Verfahrensgegenstände entfallen können, bezieht sich die prozentuale Berechnung darauf, wie viele Verfahrensgegenstände es insgesamt gab und wie viel Prozent dabei auf den jeweiligen Verfahrensgegenstand fallen. Bezugspunkt ist demnach die Gesamtheit der Verfahrensgegenstände.

⁹⁴ Eine Zusammenfassung bayerischer Verfahren findet sich bei *Bayer*, KommP 2020, 290; *Küspert*, BayVBl. 2022, 1; *Naumann*, BayVBl. 2022, 43; *Schenk*, BayVBl. 2020, 793. Aus den Zusammenfassungen ergibt sich allerdings nicht, wie teilweise erfolgreiche Verfahren gewertet wurden. Zudem gehen in die Statistiken teils auch Erledigungen und Rücknahmen ein. Zusammenfassungen, nicht nur auf Bayern bezogen, quantitativer oder qualitativer Natur, bei *Klafki*, JöR, 69/2021, 583; *Kämmerer/Fischkowski*, GesR 2020, 341 (344); *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3707; *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (743 ff.); *Maafß*, NVwZ 2020, 589; *Möllers*, RuP, 7/2021, 86 (100 ff.); *Trute*, jM 2020, 291; *Zuck/Zuck*, NJW 2020, 2302; speziell für das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg *Neumann/Hyckel*, LKV 2020, 208.

Diese Form der Anträge ließ allerdings nach, als die meisten Maßnahmen in eine Verordnung überführt wurden.

Ausgangssituation ist dabei folgende: Grundsätzlich hat die Einlegung einer Anfechtungsklage gem. § 80 I 1 VwGO aufschiebende Wirkung, d.h. der belastende Verwaltungsakt kann nicht vollzogen und muss auch nicht befolgt werden (sog. Suspensiveffekt).⁹⁵ Etwas andere gilt gem. § 80 II 1 Nr. 3 VwGO aber, wenn die aufschiebende Wirkung einer Klage kraft Gesetzes entfällt, wie dies gem. § 28 III i.V.m. § 16 VIII IfSG bei den Allgemeinverfügungen der Fall war. Die Corona-Eilverfahren gem. § 80 V 1 VwGO zielten somit auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Diese Wirkung ordnet das Gericht an, wenn es im Rahmen der Abwägung zwischen dem Vollzugsinteresse des Antragsgegners und dem Suspensivinteresse des Antragstellers zu dem Ergebnis kommt, dass die Interessen des Antragstellers überwiegen. Bei dieser Abwägung kommt den Erfolgsaussichten der Hauptsache maßgebliche Bedeutung zu, sofern sich diese prognostizieren lassen.⁹⁶ Inwiefern sich dabei das Gericht auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in Bezug auf Rechtsfragen beschränken darf, ist in der Literatur umstritten.

Grob lassen sich die verschiedenen Ansichten wie folgt zusammenfassen: In Bezug auf reine Rechtsfragen verneinen Teile der Literatur die Möglichkeit, diese in das Hauptverfahren zu verlagern, und fordern bereits für das Eilverfahren eine umfassende Prüfung.⁹⁷ Andere hingegen sehen aufgrund der Eilbedürftigkeit stets die Möglichkeit einer nur summarischen Prüfung, sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht.⁹⁸ Vermittelnde Positionen stellen darauf ab, wie intensiv die drohende (Grund-)Rechtsverletzung wäre und ob diese sich noch im Hauptverfahren beseitigen ließe. Wenn nein, sei der Prüfungsumfang entsprechend gesteigert und könne bis zu einer Vollprüfung reichen.⁹⁹

Bei offenen Erfolgsaussichten hingegen führt das Gericht eine reine Interessensabwägung durch, wobei es die gegenläufigen Interessen gegenüberstellt und gewichtet.¹⁰⁰ Gibt das Gericht dem Antrag statt, wirkt dieser

95 *Detterbeck*, Allg. VerwR, § 33 Rn. 1476; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 32 Rn. 1.

96 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 32 Rn. 37; *Schenke* in *Kopp/Schenke*, § 80 Rn. 152, 158.

97 Statt vieler: *Schoch* in *Schoch/Schneider VwGO*, § 80 Rn. 399 ff. mwN.

98 Statt vieler: *Schenke* in *Kopp/Schenke*, § 80 Rn. 158 mwN.

99 Statt vieler: *Gersdorf* in *BeckOK VwGO*, § 80 Rn. 176 mwN.

100 *Detterbeck*, Allg. VerwR, § 33 Rn. 1503.

Beschluss nur inter partes, d.h. nur zwischen den Beteiligten des Verfahrens.¹⁰¹

b) § 123 I VwGO

Daneben entschieden die Verwaltungsgerichte auch über Anträge auf einstweilige Anordnung gem. § 123 I VwGO. Diese Anträge kamen in zwei Konstellationen vor. Zum einen waren sie gerichtet auf Erteilung einer vorläufigen Ausnahmegenehmigung, beispielsweise für Versammlungen. Zum anderen waren sie gerichtet auf die vorläufige Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Die Antragsteller wollten in dieser Konstellation z.B. festgestellt haben, dass ihr Betrieb nicht den Betriebsschließungen unterfalle.

Im Rahmen der Begründetheit eines Antrages gem. § 123 I VwGO prüft das Gericht, ob Anordnungsanspruch (der zugrunde liegende materielle Anspruch) und Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit) glaubhaft gemacht wurden. Wiederum kommt dabei den Erfolgsaussichten der Hauptsache entscheidende Bedeutung zu; bei offenen Erfolgsaussichten führt das Gericht ebenfalls eine Interessensabwägung durch.¹⁰² Hinsichtlich der Prüfungsdichte kann nach oben verwiesen werden; ebenso hinsichtlich der Entscheidungswirkung.

Wichtig zu erwähnen ist noch die inzidente Normverwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte. Von Bedeutung war dies vor allem bei Verfahren, denen eine Verordnung zugrunde lag – wie oftmals im Rahmen der Feststellungsanträge gem. § 123 I VwGO. Denn an sich ist für die Überprüfung von Rechtsverordnungen der BayVGh zuständig, § 47 I VwGO. Dem steht allerdings eine Inzidentverwerfung durch die Verwaltungsgerichte – freilich nur mit der genannten inter-partes- Wirkung – nicht entgegen.¹⁰³ Sofern das Gericht somit zu der Überzeugung gelangt, die zugrunde liegende Verordnung sei rechtswidrig, kann es diese verwerfen.¹⁰⁴

101 Kritisch hierzu am Beispiel der Corona-Pandemie *Lindner* in Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 18 Rn. 112; *Stepanek*, NVwZ 2021, 778.

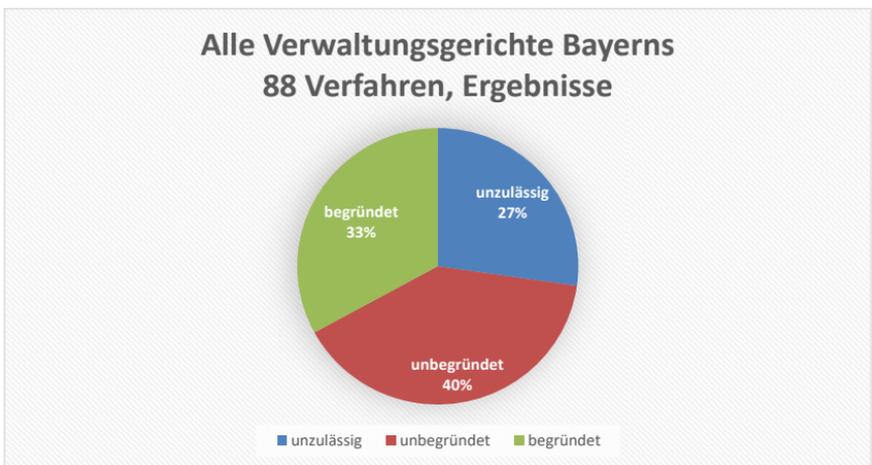
102 *Kuhla* in BeckOK VwGO, § 123 Rn. 77 ff.

103 Zu diesem Verhältnis BVerwG Urt. v. 28.06.2020 – II C 13/99, BeckRS 2000, 30119761; *Lenk*, JA 2021, 388 (390 f.); *Pietzcker* in Schoch/Schneider VwGO, § 43 Rn. 25 mwN.

104 Wozu es während des Untersuchungszeitraums auch dreimal kam, Kap. 3, D. V. 2. a) cc) dd) ee).

2. Quoten

An den sechs Bayerischen Verwaltungsgerichten wurden in der Zeit vom 16.03.2020 – 16.06.2020 insgesamt 183 Eilanträge betreffend die Corona-Maßnahmen eingereicht. Nach Abzug von Erledigungen, Rücknahmen und Vergleichen wurden davon insgesamt 88 Verfahren entschieden, wovon 20 auf das VG Ansbach, 15 auf das VG Augsburg, 6 auf das VG Bayreuth, 29 auf das VG München, 14 auf das VG Regensburg und 4 auf das VG Würzburg entfielen. Von den 88 Verfahren waren 40 % unbegründet, 27 % unzulässig und 33 % begründet.



3. Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020

Um die Belastungssituation an den Verwaltungsgerichten nachzuzeichnen, werden im Folgenden die Eingangszahlen betreffend alle Eilverfahren (der Anteil an Corona-Eilverfahren wird in Klammern angegeben) im Untersuchungszeitraum 16.03.2020 – 16.06.2020 mit denen des Vorjahres, als von 16.03.2019 – 16.06.2019 verglichen:

Gericht	Eingangszahlen 2019	Eingangszahlen 2020
VG Ansbach	328	271 (31)
VG Augsburg	297	211 (23)
VG Bayreuth	274	190 (12)
VG München	909	655 (74)
VG Regensburg	383	278 (38)
VG Würzburg	338	183 (5)

Anhand der Eingangszahlen erkennt man, dass alle Verwaltungsgerichte im Vergleichszeitraum 2019 deutlich belasteter waren, teilweise sogar um bis zu 254 Verfahren (VG München), als während des Untersuchungszeitraums. Zu der befürchteten Überlastungssituation aufgrund der Corona-Maßnahmen¹⁰⁵ kam es demnach an den Verwaltungsgerichten nicht.

4. Verfahrensgegenstände

An den verschiedenen Verwaltungsgerichten zeichnen sich im Hinblick auf die verschiedenen Verfahrensgegenstände unterschiedliche Schwerpunkte ab. Zusammenfassend kann man aber feststellen: Am häufigsten wurde gegen die sog. 800m²-Regelung¹⁰⁶ geklagt (27 Verfahren), gefolgt von den Betriebsuntersagungen (26 Verfahren), dem Versammlungsverbot (13 Verfahren), der Ausgangsbeschränkung (10 Verfahren) und der Maskenpflicht (6 Verfahren). Im Übrigen wurden vereinzelt (3 Verfahren oder weniger) gegen die restlich aufgeführten Maßnahmen geklagt.

105 Eine generelle Überlastungssituation an den Verwaltungsgerichten soll damit nicht in Abrede gestellt werden.

106 Kap. 3, A. VI. 1. und 3.



II. Entscheidungen des BayVGH

Im Folgenden werden die Entscheidungen des BayVGH klassifiziert und dabei zwischen Eil-Normenkontrollverfahren gem. § 47 VI VwGO, Beschwerdeverfahren und Anhörrungen differenziert.

1. Prozessuale Ausgangslage

a) Eil-Normenkontrollverfahren

Da ein Normenkontrollantrag keine aufschiebende Wirkung entfaltet,¹⁰⁷ war maßgeblicher Rechtsbehelf gegen die Corona-Maßnahmen, die in Form von Rechtsverordnungen ergingen, das Eilverfahren gem. § 47 VI VwGO (im Folgenden „Eil-Normenkontrollverfahren“). Mit diesem versuchten die Antragsteller die vorläufige Suspendierung der angegriffenen Norm zu erreichen. Im Rahmen der Zulässigkeit des Antrages ist dabei auf den anwaltlichen Vertretungszwang, § 67 IV 1 VwGO, zu achten. Begründet ist der Antrag gem. § 47 VI VwGO, wenn die einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Umstritten ist, wie dieser Maßstab rechtlich umzusetzen ist. Es lassen sich dabei im Wesentlichen zwei Strömungen festmachen: die Anhänger des Abwägungsmodells und die des strukturierten Prüfungsprogramms.¹⁰⁸

Bei dem Abwägungsmodell wird nur nach der sog. Doppelhypothese verfahren. Dabei werden die Folgen, die eintreten, wenn keine einstweilige Anordnung ergehe und sich die Hauptsache als erfolgreich erweisen würde, mit denjenigen Folgen abgewogen, die eintreten, wenn die einstweilige Anordnung ergehe, sich die Hauptsache aber als unbegründet herausstellen würde.¹⁰⁹ Befürworter des strukturierten Prüfungsprogramms stellen hingegen schwerpunktmäßig auf den voraussichtlichen Erfolg des Normenkontrollantrags ab.

Der Streit hat allerdings an Aktualität verloren, nachdem sich das BVerwG¹¹⁰ in jüngster Zeit für letzteres ausgesprochen hat, sodass sich die Frage nach einem schweren Nachteil akzessorisch zu den Erfolgsaussichten verhält. Hinsichtlich der Prüfungsdichte, d.h. ob das Gericht nur eine summarische Rechtsprüfung vornehmen kann und darf, wird auf die obigen Ausführungen zu § 80 V 1 VwGO verwiesen.¹¹¹ Demnach kommt es für den Erfolg des Eilverfahrens auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache an; nur

107 *Giesberts* in BeckOK VwGO, § 47 Rn. 87.

108 *Schoch* in Schoch/Schneider VwGO, § 47 Rn. 152 ff.

109 BVerwG Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5/14, BeckRS 2015, 42594 Rn. 12 f.

110 BVerwG Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5/14, BeckRS 2015, 42594 Rn. 12; *Schoch* in Schoch/Schneider VwGO, § 47 Rn. 153 ff mwN.

111 Ausführlich und auch besonders kritisch *Schoch* in Schoch/Schneider VwGO, § 47 Rn. 170 ff.

bei offenen Erfolgsaussichten führt das Gericht eine Folgenabwägung nach dem Modell der Doppelhypothese durch.

Die Wirkung eines stattgebenden Beschlusses ist, anders als bei den Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, allgemeinverbindlich, d.h. er entfaltet Wirkung nicht nur zwischen den Beteiligten, sondern erga omnes.¹¹²

b) Beschwerdeverfahren

Daneben wurde der BayVGH auch zweitinstanzlich tätig, d.h. als Beschwerdegericht, § 146 I, IV VwGO. Dabei überprüft der BayVGH sogleich – eine vorherige Selbstkontrolle durch das Verwaltungsgericht (VG) findet bei Ausgangsentscheidungen des Eilrechtsschutzes keine Anwendung, § 146 IV 3 VwGO – die Ausgangsentscheidung des VG dahingehend, ob sie abzuändern oder aufzuheben ist, wobei das Gericht bei der Überprüfung auf die von den Beschwerdeführern dargelegten Gründe beschränkt ist, § 146 IV 6 VwGO. Die Beschwerdeführer bestimmen also den gerichtlichen Prüfungsumfang, indem er darlegt, weswegen die Ausgangsentscheidung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht falsch sei.¹¹³

Sofern der BayVGH von Unzulässigkeit der Beschwerde ausgeht, verwirft er diese durch Beschluss, § 146 IV 4 VwGO. Geht das Gericht von der Unbegründetheit aus, wird die Beschwerde zurückgewiesen.¹¹⁴ Hält es sie hingegen für begründet, wird das Gericht regelmäßig entweder in der Sache selbst entscheiden (Aufhebung und Änderung) oder sie entsprechend § 130 VwGO an das Ausgangsgericht zurückverweisen.¹¹⁵ Im Eilverfahren sollte eine Zurückverweisung allerdings wegen der Eilbedürftigkeit in aller Regel nicht erfolgen, sondern selbst entschieden werden.

c) Anhörungsrügen

Der BayVGH entschied letztinstanzlich über Eil-Normenkontrollanträge gem. § 47 VI VwGO, § 152 I VwGO, so dass der Beschluss nicht mehr

112 *Schenke/Schenke* in Kopp/Schenke, VwGO § 47 Rn. 142.

113 *Kaufmann* in BeckOK VwGO, § 146 Rn. 13 f.

114 *Rudisile* in Schoch/Schneider VwGO, § 150 Rn. 5.

115 *Rudisile* in Schoch/Schneider VwGO, § 150 Rn. 5 unter Hinweis auf eine weitere Möglichkeit: Aufhebung und Übertragung erforderlicher Anordnung an das VG.

anfechtbar war. Bei letztinstanzlichen Entscheidungen kann von den Beteiligten der Rechtsbehelf der Anhörungsrüge gem. § 152a VwGO erwogen werden, sofern sich einer der Beteiligten in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör in rechtserheblicher Weise verletzt sieht. Die Anhörungsrüge ist als Selbstkontrolle ausgestaltet und wurde eingeführt, um das BVerfG zu entlasten – eine Anhörungsrüge zählt demnach auch zu den Rechtsbehelfen, die vor einer Verfassungsbeschwerde ergriffen werden müssen.¹¹⁶

Durch die Anhörungsrüge kann die Entscheidung somit nochmals einer Prüfung durch den BayVGh selbst unterzogen werden, wobei nur ein Verstoß gegen Art. 103 I GG, d.h. eine Gehörsverletzung, gerügt werden kann. Die reine inhaltliche Unrichtigkeit der Entscheidung hingegen kann nicht gerügt werden.¹¹⁷

Im Zuge der Anhörungsrüge prüft der BayVGh, ob eine Gehörsverletzung, Art. 103 I GG, vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht den Vortrag der Beteiligten nicht zur Kenntnis nimmt und sich nicht damit auseinandersetzt; insbesondere, wenn es sich dabei um einen als solchen erkennbaren Kern eines Parteivorbringens handelt.¹¹⁸ Zudem muss der Gehörsverstoß auch entscheidungserheblich sein, was der Fall ist, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht ohne die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre.¹¹⁹

Wenn der BayVGh die Anhörungsrüge bereits als unzulässig einstuft, wird die Rüge als unzulässig verworfen, § 152a IV 1 VwGO. Geht das Gericht von einer unbegründeten Rüge aus, wird sie zurückverwiesen, § 152a IV 2 VwGO. Bei einer begründeten Rüge hingegen wird der Rüge abgeholfen und das Verfahren fortgesetzt, § 152a V 1 VwGO.

116 Zur Anhörungsrüge und dem Gebot der Rechtswegerschöpfung gem. § 90 II 1 BVerfGG (teilweise auch der Subsidiarität zugeordnet) siehe BVerfG Beschl. v. 01.05.2020 – 1 BvR 996/20, BeckRS 2020, 7220; *Niesler* in BeckOK BVerfGG, § 90 Rn. 91 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung siehe *Rudisile* in Schoch/Schneider VwGO, § 152a Rn. 1 ff.

117 *Rudisile* in Schoch/Schneider VwGO, § 152a Rn. 18a. Ausführlich auch Kap. 3, D. I. 3. a).

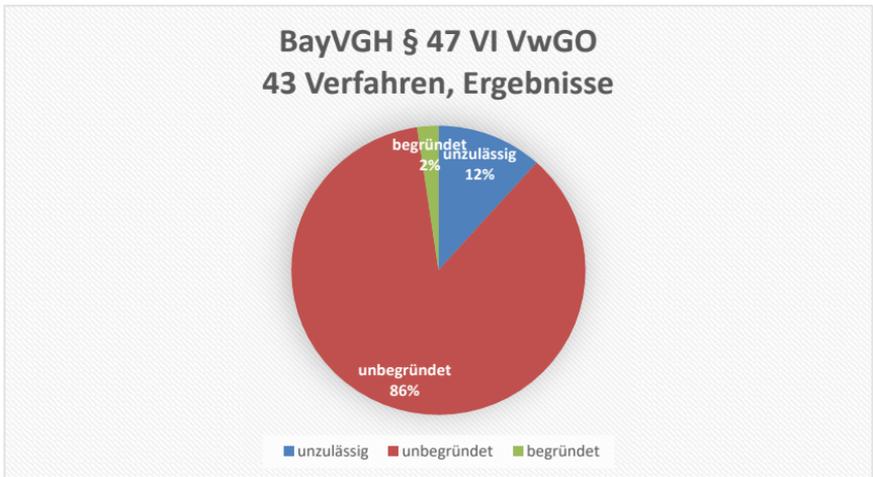
118 BVerfG Beschl. v. 14.09.2016 – 1 BvR 13034/13, BeckRS 2016, 52390; BVerfG Beschl. v. 18.07.2019 – 2 BvR 1082/18, BeckRS 2019, 16042; *Radtke* in BeckOK GG, Art. 103 Rn. 13 f.

119 BVerfG Beschl. v. 08.02.1994 – 1 BvR 765/99 u.a., BeckRS 1994, 120181; *Schenke* in Kopp/Schenke VwGO, § 152a Rn. 13.

2. Eil-Normenkontrollverfahren

a) Quoten

Am BayVGH wurden in der Zeit vom 16.03.2020 – 16.06.2020 insgesamt 124 Eilanträge betreffend die Corona-Maßnahmen eingereicht. Nach Abzug von Erledigungen und Rücknahmen wurden 43 Verfahren entschieden, wovon 86 % unbegründet, 12 % unzulässig und 2 % begründet waren.



b) Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020

Im Untersuchungszeitraum vom 16.03.2020 – 16.06.2020 gingen am BayVGH insgesamt 352 Eilanträge ein, wovon 124 Anträge Corona-Maßnahmen betrafen; im Vergleichszeitraum 16.03.2019 – 16.06.2019 waren es insgesamt 165. Speziell beim für Seuchenrecht¹²⁰ zuständigen 20. Senat waren es im selben Zeitraum 2019 nur vier Eilanträge und 2020 131. Der Anteil an Corona-Eilverfahren wird in Klammern angegeben.

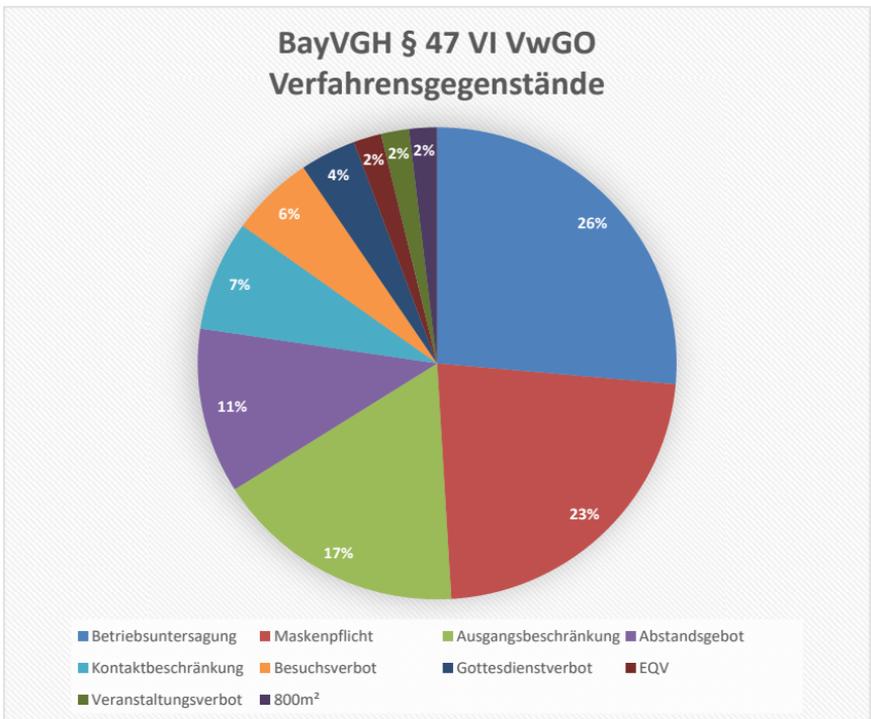
Gericht	Eingangszahlen 2019	Eingangszahlen 2020
BayVGH insgesamt	165	352 (124)
BayVGH 20. Senat	4	131 (124).

¹²⁰ Ein veralteter Begriff aus dem Vorgängergesetz des IfSG, dem Bundesseuchengesetz.

Beim BayVGH wurden demnach im Untersuchungszeitraum 187 Eilverfahren mehr anhängig gemacht. Berücksichtigt man, dass davon 124 Eilanträge Corona-Maßnahmen betreffen, kann eine deutliche corona-bedingte Steigerung festgestellt werden. Noch deutlicher sieht man die Belastung durch die Corona-Eilverfahren, wenn man nur die Zahlen für den (seuchenrechtlichen) 20. Senat vergleicht.

c) Verfahrensgegenstände

Die meisten Eilverfahren betrafen die Betriebsuntersagungen (14 Verfahren), gefolgt von der Maskenpflicht (12 Verfahren), den Ausgangsbeschränkungen (9 Verfahren), dem Abstandsgebot (6 Verfahren), den Kontaktbeschränkungen (4 Verfahren), dem Besuchsverbot (3 Verfahren), dem Gottesdienstverbot (2 Verfahren), der Einreisequarantäne (1 Verfahren), dem Veranstaltungsverbot (1 Verfahren) und der 800m²-Regel (1 Verfahren).



3. Beschwerdeverfahren

Während des Untersuchungszeitraums wurden 19 Beschwerden eingereicht.¹²¹ In Anlage B (Gerichtsverzeichnis) werden die Beschwerdeverfahren bei der entsprechenden Ausgangsentscheidung sowie einzeln aufgeführt.

a) Quoten und Eingangszahlen

Während des Untersuchungszeitraums wurde über insgesamt 19 Beschwerden entschieden, wovon 53 % als unbegründet zurückgewiesen und 36 % eingestellt wurden sowie in 21 % die Ausgangsentscheidung abgeändert wurde.



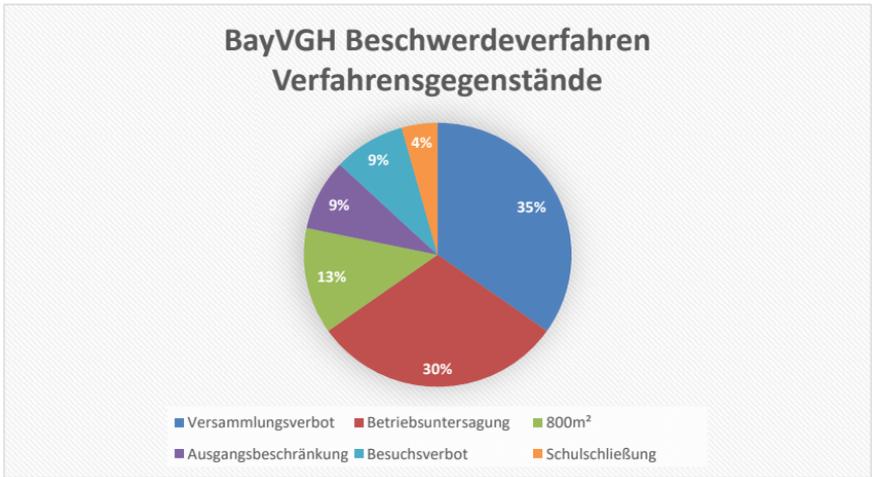
b) Verfahrensgegenstände

Am häufigsten wurde Beschwerde eingereicht, wenn die Ausgangsentscheidung versammlungsrechtlicher Natur war,¹²² gefolgt von den Betriebsunter-

¹²¹ Berücksichtigt wurden alle Beschwerdeverfahren, die sich auf Ausgangsentscheidungen bezogen, die während des Untersuchungszeitraums ergangen sind. Daher kann es dazu kommen, dass Beschwerdeentscheidungen aufgeführt werden, die nach dem Untersuchungszeitraum erst ergangen sind.

¹²² Zu möglichen Gründen Kap. 4, C.

sagen, der 800m²-Regel, der Ausgangsbeschränkung, dem Besuchsverbot und der Schulschließung.



4. Anhörungsrügen

a) Quoten und Eingangszahlen

Insgesamt wurden drei Anhörungsrügen¹²³ betreffend Entscheidungen im Eil-Normenkontrollverfahren erhoben. Alle drei Anhörungsrügen wurden mit der Begründung abgelehnt, dass eine Gehörsverletzung nicht vorliege.

b) Verfahrensgegenstände

Zwei Anhörungsrügen betrafen Beschlüsse hinsichtlich der Ausgangsbeschränkungen, die dritte betraf u.a. das Besuchsverbot in Krankenhäusern und ähnlichen Einrichtungen.

123 Ausführlich Kap. 3, A. IX und Kap. 3, D. I. 3.

III. Entscheidungen des BayVerfGH

1. Prozessuale Ausgangslage

Die Anträge vor dem BayVerfGH waren gerichtet auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem Art. 26 I Verfassungsgerichtshofgesetz (VfGHG), um so die angegriffene Norm vorläufig außer Vollzug zu setzen. Ein solcher Antrag ist begründet, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist, Art. 26 I VfGHG.

Dabei legt das Gericht einen strengen Maßstab an und orientiert sich im Rahmen seiner Begründetheitsprüfung – anders als die Verwaltungsgerichte und der BayVGH – nicht an den Erfolgsaussichten der Hauptsache. Diese bleiben grundsätzlich außer Betracht, es sei denn, die Hauptsache ist unzulässig, offensichtlich unbegründet oder aber auch offensichtlich begründet. Bei offenen Erfolgsaussichten hingegen nimmt der BayVerfGH eine Folgenabwägung¹²⁴ vor.¹²⁵ Betreffend die Corona-Maßnahmen wurde aber, mit Ausnahme eines Verfahrens,¹²⁶ stets eine Folgenabwägung durchgeführt, das bedeutet, dass der BayVerfGH grundsätzlich von offenen Erfolgsaussichten ausging.

2. Quoten

Am BayVerfGH wurden in der Zeit vom 16.03.2020 – 16.06.2020 insgesamt 49 Eilanträge betreffend die Corona-Maßnahmen eingereicht. Nach Abzug von Erledigungen und Rücknahmen wurden nur fünf¹²⁷ Verfahren entschieden, wovon 80 % unbegründet (also vier) waren, und 20 % begründet (also eins).¹²⁸

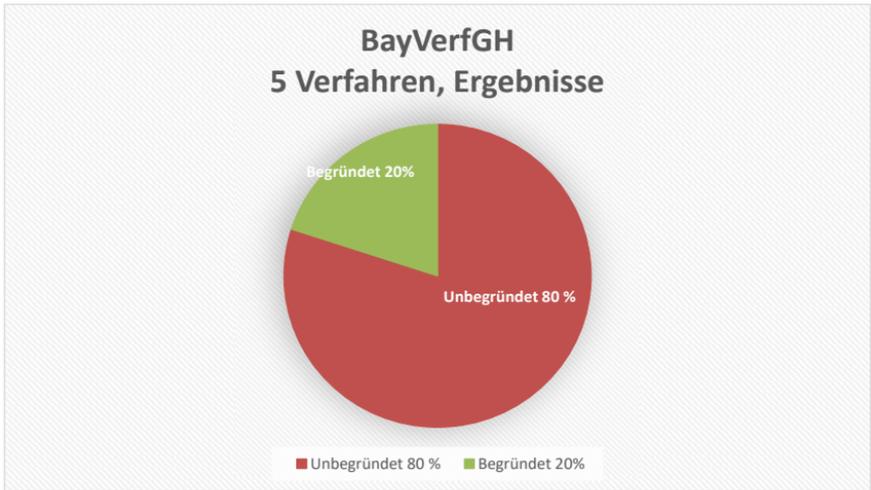
124 Kap. 2, C. II. 1. a).

125 Zum Prüfungsmaßstab BayVerfGH Entsch. v. 01.02.2021 – Vf. 98-VII-20, BeckRS 2021, 1009, Rn. 13.

126 Kap. 3, B. II. 2.

127 Ein Erklärungsversuch, weswegen nur über so wenige Anträge entschieden wurde, wird weiter unten gegeben, siehe Kap. 3, D. II. 2.

128 Die Erfolgsquote mag überraschen. Sie liegt an bereits erwähnten Zählart: Aus Praktikabilitätsgründen werden erfolgreiche Verfahren bereits dann als erfolgreich gezählt, wenn sie – wie ein Verfahren beim BayVerfGH – nur zu geringem Teil erfolgreich waren. Außerdem hat der BayVerfGH in nur fünf Fällen in der Sache



3. Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020

Im Untersuchungszeitraum vom 16.03.2020 – 16.06.2020 gingen am Bay-VerfGH insgesamt (nicht nur corona-spezifisch) 51 Eilanträge ein, im Vergleichszeitraum 16.03.2019 – 16.06.2019 waren es insgesamt 4.

Beim BayVerfGH waren es demnach corona-bedingt deutlich mehr Eilverfahren, über die das Gericht zu entscheiden hatte, als im Jahr zuvor.¹²⁹ Ob dadurch tatsächlich eine Belastungssituation eintrat, kann aber angesichts dessen, dass es in nur fünf Verfahren tatsächlich zu einer Entscheidung kam und im Übrigen mit gerichtlicher Mitteilung, verbunden mit dem Hinweis auf eine Gebührenerhebung von bis zu 1.500 Euro auf eine Rücknahme hingewirkt gearbeitet wurde, bezweifelt werden.¹³⁰

4. Verfahrensgegenstände

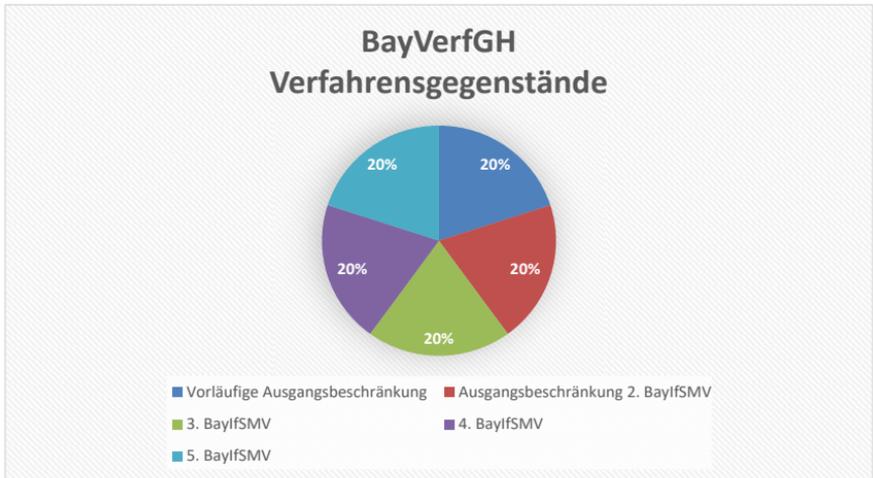
Das erste Verfahren betraf die Verordnung über die vorläufige Ausgangsbeschränkung (BayMBl. 2020 Nr. 130), das zweite Verfahren die Ausgangsbe-

entschieden; in den meisten Fällen kam es zu einer Antragsrücknahme oder Erledigung.

129 Zur Überlastungssituation des BayVerfGH während der Corona-Krise *Küspert*, BayVBl. 2022, 1 (6 f.).

130 Ausführlich Kap. 3, D. II. 2.

schränkung der 2. BayIfSMV, das dritte Verfahren die gesamte 3. BayIfSMV, das vierte die gesamte 4. BayIfSMV und das fünfte die gesamte 5. BayIfSMV. Aufgrund der Besonderheit, dass in den meisten Fällen ohnehin das gesamte Regelungswerk angegriffen wurde und es pro BayIfSMV auch nur eine Entscheidung gab, ist eine weitere Unterteilung nicht weiter erkenntnisbringend.



IV. Entscheidungen des BVerfG

1. Prozessuale Ausgangslage

Die Eilanträge vor dem BVerfG waren in aller Regel auf die vorläufige Suspendierung von Corona-Maßnahmen gerichtet. Gem. § 32 I Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) kann das BVerfG 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.

Anders als bei den bisher besprochenen prozessualen Ausgangslagen erlangt die Frage nach der Zulässigkeit von Eilanträgen vor dem BVerfG an Bedeutung, da die meisten hieran scheiterten,¹³¹ insbesondere an dem

131 Kap. 2, C. IV. 2. a).

Gebot der Rechtswegerschöpfung oder dem Subsidiaritätsgrundsatz¹³² gem. § 90 II 1 BVerfGG, wonach der Beschwerdeführer zunächst den fachgerichtlichen Rechtsweg und alle sonstigen prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um die behauptete Verletzung aus der Welt zu räumen.¹³³ Fachgerichtlicher Eilrechtsschutz¹³⁴ oder Anhörungsrügen wurden aber von vielen Beschwerdeführern vor Anrufung des BVerfG nicht in Anspruch genommen, weswegen die Anträge unzulässig waren.

Der zweithäufigste Ablehnungsgrund war die fehlende Darlegung und Substantiierung des Vortrags. Gem. § 23 I 2 BVerfGG sind die Anträge zu begründen. Dabei legt das BVerfG einen strengen Maßstab an und fordert die Auseinandersetzung mit der einfachen und verfassungsrechtlichen Rechtslage auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG und die Darlegung, dass eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint – auch im Eilverfahren.¹³⁵ Dabei muss der Beschwerdeführer Ausführungen machen zu beiden Stufen der Begründetheitsprüfung (siehe sogleich), die das BVerfG im Rahmen der Begründetheit vornimmt.¹³⁶

Sofern das BVerfG die Zulässigkeit eines Antrags bejaht, steigt es in die zweistufige Begründetheitsprüfung ein.¹³⁷ Auf der ersten Stufe prüft das BVerfG, ob die Hauptsache unzulässig noch offensichtlich unbegründet ist. Wenn diese Prüfung positiv ausfällt, ist der Antrag unbegründet und wird abgelehnt. Sofern es dabei zu dem Ergebnis kommt, der Antrag sei weder von vornherein unzulässig oder unbegründet, steigt es in eine Folgenabwägung nach dem bereits dargestellten¹³⁸ Modell der Doppelhypothese ein und wägt die zwei verschiedenen Szenarien gegeneinander ab. Die Doppelhypothese kommt dabei in den allermeisten Fällen zum Tragen; eine summarische Rechtsprüfung nimmt das Gericht nur in seltenen Ausnahmefällen¹³⁹ vor.

132 Die Begriffe wurden vom BVerfG in den untersuchten Entscheidungen synonym verwendet, wobei Subsidiarität als Oberbegriff genutzt wurde.

133 Zur Subsidiarität *Schlaich/Korioth*, BVerfG, 2021, 4. Teil, 5. Abschnitt, B. IV. 1 a) Rn. 244 ff.

134 Zwar muss grundsätzlich auch in der Hauptsache der Rechtsweg erschöpft sein; bei Verfahren des Eilrechtsschutzes reicht es jedoch aus, wenn der Eilrechtsweg erschöpft wurde, *Schlaich/Korioth*, BVerfG, 2021, 4. Teil, 5. Abschnitt, B. IV. 1 a) Rn. 250 mwN.

135 Siehe nur BVerfG Beschl. v. 12.05.2020 – 1 BvR 1027/20, BeckRS 2020, 8419.

136 *Walter* in BeckOK BVerfGG, § 32 Rn. 30 mwN.

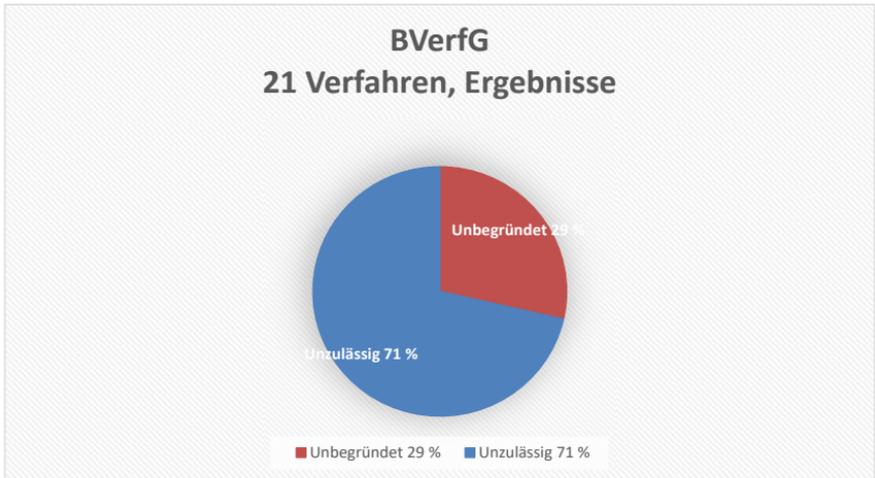
137 Ausführlich *Walter* in BeckOK BVerfGG, § 32 Rn. 41 ff.

138 Kap. 2, C. II. 1. a).

139 Kap. 3, D. III. 1. b).

2. Quoten

Am BVerfG wurden in der Zeit vom 16.03.2020 – 16.06.2020 insgesamt 32 Eilanträge betreffend die Corona-Maßnahmen eingereicht.¹⁴⁰ Nach Abzug von Erledigungen und Rücknahmen wurden 21 Verfahren entschieden, wovon 29 % unbegründet und 71 % unzulässig und 50 % begründet waren.



3. Vergleich Eingangszahlen 2019 und 2020

Im Untersuchungszeitraum vom 16.03.2020 – 16.06.2020 gingen am BVerfG insgesamt 74 Eilanträge (davon corona-spezifisch 32) ein, im Vergleichszeitraum 16.03.2019 – 16.06.2019 waren es insgesamt 58. An der Stelle sei nochmal in Erinnerung gerufen, dass nur diejenigen Verfahren berücksichtigt wurden, denen ein bayerisches Ausgangsverfahren zugrunde lag. Demnach zeigt sich beim BVerfG eine moderate, corona-bedingte Steigerung an Eilverfahren.

¹⁴⁰ Bezogen auf bayerische Ausgangsakte.

4. Verfahrensgegenstände

Die Verfahrensgegenstände in den Verfahren vor dem BVerfG lassen sich nicht so leicht klassifizieren, wie die vor den anderen Gerichten, da es dabei auch Exoten gab, wie z.B. „festzustellen, dass die Corona-Verordnungen aller Bundesländer dazu geeignet sind, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere die Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und die freiheitlich-demokratische Grundordnung nach Art. 20 GG zu gefährden“.¹⁴¹

Eindeutig lassen sich allerdings sieben Anträge den Ausgangsbeschränkungen zuordnen (wobei sich ein Antrag ausdrücklich nur auf die damit verbundene Bußgeldbewehrung bezog), vier dem Versammlungsverbot und einer der 800m²-Regelung. Zwei weitere Verfahren betrafen die Betriebsuntersagungen, eines das Gottesdienstverbot und ein weiteres die Schulschließungen. Schließlich wurden in einem Verfahren die Kontaktbeschränkungen und das Veranstaltungsverbot angegriffen und in einem weiteren die Maskenpflicht.

Im Übrigen sind die Verfahren nicht eindeutig einer Maßnahme zuzuordnen: Eines richtete sich gegen die Lockerungen, die im Rahmen des Bund-Länder-Beschlusses vom 15.04.2020 beschossen wurden, ein weiterer Antrag richtete sich komplett gegen die 2. BayIfSMV, ein Antrag betraf die Allgemeinverfügungen vom 20.03.2020 und vom 16.03.2020 (die ersten Maßnahmen in Bayern). Drei Verfahren richteten sich gegen die Corona-Verordnungen aller Länder und in zwei Fällen wurde die eingangs zitierte Feststellung beantragt.

Die meisten Verfahren betrafen daher die Ausgangsbeschränkungen, gefolgt vom Versammlungsverbot.

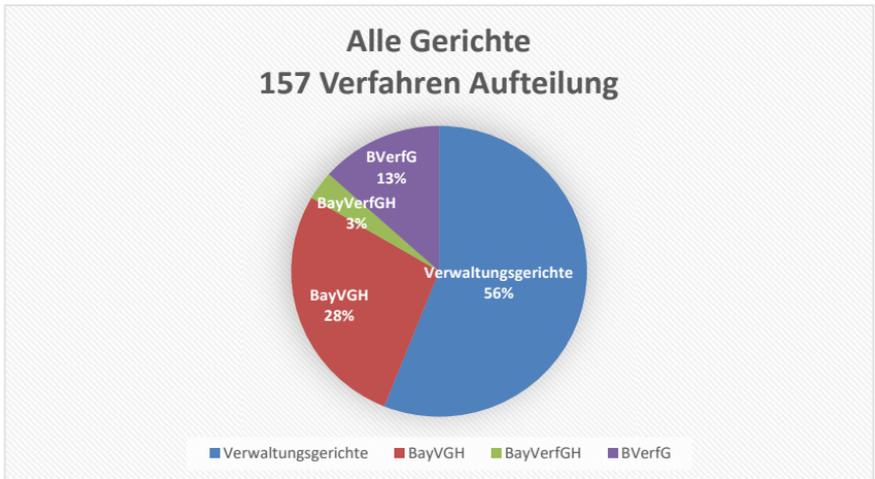
V. Aufteilung und Zusammenfassung

1. Aufteilung auf die Gerichte

Insgesamt wurden somit 390 Verfahren betreffend die Corona-Maßnahmen an den genannten Gerichten anhängig gemacht. Nach Abzug von Vergleichen, Rücknahmen und Erledigungen wurden davon 157 Verfahren

141 BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 26/20, BeckRS 2020, 5586.

entschieden. Davon entfielen 56 % auf die Verwaltungsgerichte, 28 % auf den BayVGH, 13 % auf das BVerfG und 3 % auf den BayVerfGH.



2. Zusammenfassung

Während es beim BayVGH zu einer deutlichen Steigerung und Belastung aufgrund der Corona-Eilverfahren kam, war dies bei den Verwaltungsgerichten nicht zu beobachten. Dort gingen sogar, verglichen mit 2019, teilweise deutlich weniger Eilanträge ein. Beim BayVerfGH war zwar eine corona-bedingte Steigerung der Eilverfahren zu beobachten, insgesamt entschied er allerdings im Untersuchungszeitraum davon nur fünf. Beim BVerfG zeigte sich eine moderate Steigerung an Eilverfahren.

Kapitel 3: Die einzelnen Verfahren

Im Folgenden werden die einzelnen Verfahren in einem ersten Schritt nach Themenblöcken zusammengefasst und in einem zweiten gewürdigt.

Nicht untersucht werden Verfahren(steile), die als unzulässig abgewiesen wurden, da dort der Verfahrensgegenstand nicht geprüft wird. Vergleiche, Einstellungen (mit Ausnahme der Einstellungen im Rahmen von Beschwerdeverfahren), Entscheidungen über Rücknahmen und Verweisungsbeschlüsse waren darüber hinaus schon nicht Gegenstand der empirischen Erfassung. Bei den Entscheidungen des BVerfG werden zwei Verfahren miteinbezogen, die sich zwar nicht auf einen bayerischen Corona-Rechtsakt bezogen, die aber besondere Auswirkungen hatten.¹⁴²

Die Darstellung der Entscheidungen erfolgt dabei gebündelt, d.h. es wird nicht jede Entscheidung einzeln dargestellt, sondern übergreifend zusammengefasst. Einzelne Verfahren werden dabei hervorgehoben, wenn sie für die weitere Entwicklung von besonderer Bedeutung waren. Die Würdigung erfolgt ebenfalls übergreifend. Um eine einheitliche Würdigung zu erhalten, erfolgt diese nicht bereits innerhalb jeden Themenkomplexes, sondern zusammenfassend.¹⁴³

Die Themenkomplexe, die im Folgenden gebildet werden, richten sich nach dem Verlauf der Maßnahmen, um die Linie der politischen, gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklung nachzuzeichnen. So stand zu Beginn der Pandemie die Ausgangsbeschränkung im Fokus der Gerichtsentscheidungen. Außerdem entschied der BayVGH¹⁴⁴ bereits früh über die Rechtsnatur des Abstandsgebots, was vor allem erhebliche Auswirkungen auf die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten hatte.¹⁴⁵ Kurz vor dem Osterfest erging eine wichtige Entscheidung¹⁴⁶ des BVerfG zu den Gottesdienstverboten, gefolgt von einer Grundsatzentscheidung¹⁴⁷ des BVerfG zum Versammlungsrecht, deren Ausgangsfälle beide nicht aus Bayern kamen. Auch die Betriebsuntersagungen waren früh Gegenstand einer Entschei-

142 Kap. 3, A III. 3 und Kap. 3, A. IV. 4.

143 Kap. 3, D.

144 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618; Kap. 3, A. II. 2.

145 Zu den Auswirkungen Kap. 4, A. II. und Kap. 4, A. VI. 3.

146 BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589; Kap. 3, A. III. 3.

147 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766; Kap. 3, A. IV. 4.

ding¹⁴⁸ des BayVGh, in welcher er bereits zum ersten Mal auf das langsam wachsende Erfordernis einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage im IfSG hingewiesen hatte. Nach den absoluten Betriebsuntersagungen kam es ab Mitte April zu den ersten Lockerungen. Dabei wurde die bereits mehrmals erwähnte 800m²-Regelung beschlossen, § 2 V 2. BayIfSMV,¹⁴⁹ die ab dem 20.04.2020 in Kraft trat und nach der Geschäfte mit einer Grundfläche bis zu 800m² öffnen durften. Daraufhin kam es zum ersten erfolgreichen Verfahren vor dem BayVGh.¹⁵⁰ Die Verwaltungsgerichte wurden zu dieser Zeit überhäuft mit Feststellungsanträgen betreffend die Auslegung dieser Regelung. Die 800m²-Regelung wurde sodann abgelöst von der Maskenpflicht, die die Gerichte ab Anfang Mai 2020 beschäftigte. Anschließend gab es keine größeren Themenkomplexe mehr; vielmehr wurden in vereinzelt Verfahren verschiedene Maßnahmen angegriffen. Die Betriebsuntersagungen, die Maskenpflicht und das Versammlungsverbot waren jedoch bis zum Ende des Untersuchungszeitraums regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Verfahren.

Der BayVerfGH fällt aus dieser Linie etwas heraus, da es im gesamten Zeitraum nur fünf Verfahren gab, im Rahmen derer meist das komplette Regelungswerk angegriffen wurde. Man merkt daher bereits an der Einleitung zu diesem Gliederungspunkt, dass Hauptakteure der Rechtsprechung die Verwaltungsgerichte und der BayVGh waren. Mit Ausnahme der zwei genannten Entscheidungen hielt sich das BVerfG bis zur ersten Hauptsacheentscheidung¹⁵¹ vom November 2021 bedeckt, was die Verfassungsmäßigkeit gewisser Pandemiemaßnahmen anging. Die Verfahren vor dem BVerfG und dem BayVerfGH werden daher gesondert beleuchtet.¹⁵²

Eine Darstellung jedes einzelnen Verfahrens ist für die hier verfolgten Ziele nicht notwendig. Die nachfolgenden Entscheidungen sollen ein Gesamtbild vermitteln von der anfänglichen Krisensituation, dem gerichtlichen und rechtlichem Kerngeschehen sowie der politischen Entwicklung.

148 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. V. 3. b).

149 In der Fassung vom 20.04.2020 – 28.04.2020.

150 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A, VI. 2.

151 BVerfG Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., BeckRS 2021, 36514 (sog. „Bundesnotbremse I“) und BVerfG Beschl. v. 19.11.2021- 1 BvR 971/21, 1 BvR 1089/21, BeckRS 2021, 36492 (sog. „Bundesnotbremse II“).

152 Mit Ausnahme von bedeutenden Entscheidungen für den jeweiligen Themenkomplex, die bereits an entsprechender Stelle thematisiert werden.

Die Auswahl der Verfahren orientiert sich daher auch an deren Bedeutung für das Gesamtgeschehen.

A. Die verschiedenen Themenkomplexe

Im Folgenden werden die verschiedenen Themenkomplexe in der Reihenfolge ihres Auftretens kurz abstrakt vorgestellt, um anschließend den Inhalt der Gerichtsentscheidungen zur jeweiligen Maßnahme¹⁵³ zu skizzieren.

I. Ausgangsbeschränkungen

1. Normeninhalt

Zu Beginn der Pandemiebekämpfung standen Ausgangsbeschränkungen¹⁵⁴ im Mittelpunkt des Maßnahmenpakets. Ziel dabei war es, Kontakte dadurch zu reduzieren, dass die Wohnung nur aus triftigen Gründen verlassen werden durfte. In Bayern¹⁵⁵ wurde daher anstelle einer reinen Kontaktbeschränkung das deutlich grundrechtsintensivere¹⁵⁶ Modell der Ausgangsbeschränkung gewählt.

Die erste Ausgangsbeschränkung in Bayern wurde durch eine Allgemeinverfügung¹⁵⁷ verhängt, anschließend wurde die Regelung in eine Verordnung¹⁵⁸ integriert. Im Laufe der Zeit kam es auch zu inhaltlichen Änderungen der Ausgangsbeschränkung, indem z.B. die triftigen Gründe weiter

153 Zu den verschiedenen Maßnahmen überblicksartig beispielsweise *Ipsen*, RuP, 7/2021, 25 (31 ff.) oder *Riedner/Müller*, VR 2021, S. 87.

154 Hierzu *Bethge*, VerfBlog v. 24.03.2020; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670; *Edenharter*, VerfBlog v. 19.03.2020; *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a/2020; *Katzenmeier*, MedR 2020, 461; *Kießling* JuWissBlog Nr. 29/2020 v. 19.3.2020; *Klafki*, JuWissBlog Nr. 27/2020 v. 18.3.2020.

155 Und in wenigen anderen Bundesländern, vgl. hierzu *Schmitt*, NJW 2020, 1626.

156 *Johann/Gabriel* in BeckOK IfSG, § 28a Rn.13; *Kießling* in Kießling IfSG, § 28a Rn. 41.

157 BayMBl. 2020 Nr. 152.

158 Zunächst die Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24.03.2020, GVBl. 2020 S.178, BayMBl. 2020 Nr.130 und anschließend die Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – BayIfSMV) vom 27.03.2020, GVBl. 2020 S. 196, BayMBl. 2020 Nr. 158. Die BayIfSMV wurde im Laufe der Zeit mehrfach geändert, wobei auch weitere Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen folgten.

gefasst wurden. Im Folgenden werden alle Verfahren vorgestellt, die sich gegen eine Ausgangsbeschränkung richteten, gleich welche Fassung und welchen Wortlaut sie zu diesem Zeitpunkt genau hatte, da der Kern der Regelung stets gleich blieb.

Die allererste Ausgestaltung in Form der Allgemeinverfügung sah in Ziffer 4 vor:

Das Verlassen der eigenen Wohnung ist nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt.

Und in Ziffer 5:

Triftige Gründe sind insbesondere:

- a) die Ausübung beruflicher Tätigkeiten,
- b) die Inanspruchnahme medizinischer und veterinärmedizinischer Versorgungsleistungen (z. B. Arztbesuch, medizinische Behandlungen; Blutspenden sind ausdrücklich erlaubt) sowie der Besuch bei Angehörigen helfender Berufe, soweit dies medizinisch dringend erforderlich ist (z.B. Psycho- und Physiotherapeuten),
- c) Versorgungsgänge für die Gegenstände des täglichen Bedarfs (z. B. Lebensmittelhandel, Getränkemärkte, Tierbedarfshandel, Brief- und Versandhandel, Apotheken, Drogerien, Sanitätshäuser, Optiker, Hörgeräteakustiker, Banken und Geldautomaten, Post, Tankstellen, Kfz-Werkstätten, Reinigungen sowie die Abgabe von Briefwahlunterlagen). Nicht zur Deckung des täglichen Bedarfs gehört die Inanspruchnahme sonstiger Dienstleistungen wie etwa der Besuch von Friseurbetrieben,
- d) der Besuch bei Lebenspartnern, Alten, Kranken oder Menschen mit Einschränkungen (außerhalb von Einrichtungen) und die Wahrnehmung des Sorgerechts im jeweiligen privaten Bereich,
- e) die Begleitung von unterstützungsbedürftigen Personen und Minderjährigen,
- f) die Begleitung Sterbender sowie Beerdigungen im engsten Familienkreis,
- g) Sport und Bewegung an der frischen Luft, allerdings ausschließlich alleine oder mit Angehörigen des eigenen Hausstandes und ohne jede sonstige Gruppenbildung und
- h) Handlungen zur Versorgung von Tieren.

2. Entscheidungen des BayVGH

a) Sachverhalt

Vor dem BayVGH wurden elf Verfahren betreffend die Ausgangsbeschränkung geführt, darunter zwei Anhörungsrügen und zwei Beschwerdeverfahren. Im Rahmen der Eil-Normenkontrollanträge ließ der BayVGH die Regelung stets unangetastet.¹⁵⁹

Ausweislich der Entscheidungsgründe trugen die Antragsteller in den Eilverfahren u.a. regelmäßig vor, dass die Ermächtigungsgrundlage nicht hinreichend bestimmt sei und gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz¹⁶⁰ verstoße. Außerdem seien Ausgangsbeschränkungen nicht erforderlich, weil reine Kontaktbeschränkungen wie in den meisten anderen Bundesländern ausreichen würden. Insbesondere sei es nicht erforderlich, bereits an das Verlassen der Wohnung anzuknüpfen. Ausreichend seien vielmehr ein Aufenthaltsverbot im öffentlichen Raum oder schlichte Hygienemaßnahmen wie Maske tragen und Abstand halten. Auch sei die Regelung nicht angemessen, weil sie in unverhältnismäßiger Weise in die Freiheitsrechte eingreife und die Folgen eines sog. „lockdowns“ nicht ausreichend berücksichtige. Manche Antragsteller monierten auch, dass es durch das Gebot, die triftigen Gründe gegenüber der Polizei glaubhaft zu machen, vgl. Ziffer 6 der oben zitierten Allgemeinverfügung, zu einer rechtsstaatwidrigen Beweislastumkehr komme. Es sei außerdem auch gleichheitswidrig, dass der Normgeber Ansteckungen im beruflichen nicht beachte und daher der Bereich Wirtschaft bevorzugt behandelt werde. Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Norm für den Normunterworfenen zu unbestimmt sei, da nicht klar sei, wann ein triftiger Grund vorliege und somit die Strafbarkeits- bzw. Ordnungswidrigkeitsandrohung nicht konkret absehbar sei. Auch seien Grundrechtseingriffe so zu gestalten, dass sie nicht mit einer Motivforschung hinsichtlich des Zwecks des Verlassens der Wohnung verbunden seien.

159 Die Hauptsache hingegen war erfolgreich, BayVGH Beschl. v. 04.10.2021 – 20 N 20.767, BeckRS 2021, 29086.

160 Soweit ersichtlich, wurden die Begriffe Wesentlichkeitsgrundsatz und Parlamentsvorbehalt synonym verwendet (teilweise auch Bestimmtheitsgrundsatz). Im Folgenden werden die Begriffe Wesentlichkeitsgrundsatz und Parlamentsvorbehalt daher ebenfalls synonym genutzt. Zu den verschiedenen Begriffen und deren Verwendung *Ossenbühl* in HdStR V, § 101 Rn. 14 ff., Rn. 41 ff. (Parlamentsvorbehalt), Rn. 52 ff. (Wesentlichkeitsgrundsatz).

Der Freistaat Bayern als Antragsgegner erwiderte regelmäßig, die Regelung sei verhältnismäßig, da sie befristet sei. Die Mitwirkungspflicht in Form der Glaubhaftmachung des triftigen Grundes diene der effektiven Gefahrenabwehr und sei daher legitim. Die Rechtsgrundlage sei weit zu verstehen und im Sinne der Gefahrenabwehr könnten auch Nichtstörer in Anspruch genommen werden. Ein Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz sei nicht ersichtlich, da die Ermächtigung hinreichend bestimmt sei und sich im Rahmen des normativ Möglichen bewege. Im Übrigen würden keine Nachteile oder Belange von solcher Tragweite von den Antragstellern vorgetragen, die eine einstweiligen Anordnung dringend geböten i.S.v. § 47 VI VwGO.

b) Entscheidungsinhalt

Der BayVGh lehnte alle Anträge gem. § 47 VI VwGO betreffend die Ausgangsbeschränkung ab. Im Folgenden wird zunächst die erste Entscheidung des BayVGh vom 30.03.2020 dargestellt, da sich die nachfolgenden Verfahren hinsichtlich der Argumentation kaum davon unterscheiden. Eine Ausnahme bildet die Entscheidung vom 28.04.2020; diese wird daher gesondert besprochen; ebenso die Entscheidung vom 09.04.2020, die für die Würdigung des Entscheidungsverhaltens des BayVGh von Bedeutung ist.

aa) BayVGh Beschluss vom 30.03.2020 – 20 NE 20.632

Der BayVGh lehnte mit Beschluss¹⁶¹ vom 30.03.2020 die Anträge aufgrund einer summarischen Rechtsprüfung ab; die von den Antragstellern vorgetragene Argumente seien nicht überzeugend und das entsprechende Hauptsacheverfahren daher voraussichtlich unbegründet.¹⁶²

161 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618.

162 Hinsichtlich der Ausgangsbeschränkungen fällt auf, dass der BayVGh in den ersten vier Entscheidungen davon ausging, dass die Hauptsache voraussichtlich unbegründet sei, wohingegen er bei den nächsten zwei Verfahren offene Erfolgsaussichten annahm und in der letzten Entscheidung wieder dazu überging, die Erfolgsaussichten zu verneinen. Das überrascht, da vor allem den ersten sechs Verfahren dieselbe Ausgangsbeschränkung zugrunde lag. Erst mit der letzten Entscheidung änderte sich auch der Wortlaut der Ausgangsbeschränkung in wesentlicher Hinsicht; in dieser Entscheidung allerdings ging der BayVGh wieder von einer voraussichtlich unbe-

Hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots führte der BayVGh aus, dieses sei nach der Neufassung¹⁶³ des § 28 I 1 IfSG nicht verletzt, da nunmehr Personen verpflichtet werden könnten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen, worunter auch Ausgangsbeschränkungen fallen würden. Diese gesetzliche Regelung sei hinreichend bestimmt, da auch stets die Eigenart des zu regelnden Sachverhalts zu berücksichtigen sei. Demnach hingen die Anforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Determinierung insbesondere davon ab, inwieweit der zu regelnde Sachbereich einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich sei.

In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit, wobei insbesondere die Erforderlichkeit und die Angemessenheit diskutiert wurden, argumentierte der BayVGh, dass dem Ordnungsgeber eine Einschätzungsprärogative zustehe. Demnach müssten andere Maßnahmen eindeutig als gleich geeignet und weniger belastend feststehen, bevor dieser Einschätzungsspielraum überschritten sei.¹⁶⁴ Reine Kontaktbeschränkungen, wie sie zum damaligen Zeitpunkt in den meisten anderen Bundesländern galten, würden daher nicht das Gebot der Erforderlichkeit verletzen, da deren Wirkung als gleich effektiv nicht eindeutig feststehe. Angemessen sei die Regelung darüber hinaus ebenfalls, da sie zum einen nicht abschließend sei und somit auch andere triftige Gründe ein Verlassen der Wohnung rechtfertigen könnten. Der mit dem präventiven Ausgangsverbot verbundene schwerwiegende Eingriff (zumindest) in die Rechte der Betroffenen aus Art. 2 II 2 GG und Art. 11 GG belaste diese daher nicht übermäßig. Zum anderen sei die Verordnung nur kurz befristet. Zusätzlich führte der BayVGh noch eine Folgenabwägung durch, wobei sich der Schutz des Lebens und der

gründeten Hauptsache aus. Weswegen der BayVGh zwischendurch entgegen seinen ursprünglichen Entscheidungen und bei gleichbleibendem Verfahrensgegenstand von offenen Erfolgsaussichten ausgeht, kann man nur vermuten. Der BayVGh zitiert in einer der abweichenden Entscheidungen (BayVGh Beschl. v. 14.04.2020 – 20 NE 20.763, BeckRS 2020, 6760) die Entscheidung des BVerfG vom 09.04.2020 (BVerfG Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596), in welcher ebenfalls über die bayerische Ausgangsbeschränkung entschieden wurde. Dabei wurde vom BVerfG aufgrund der schweren Grundrechtseingriffe und der damit verbundenen komplexen Fragestellungen offene Erfolgsaussichten angenommen. Dies wird daher der Grund sein für die Abweichung, auch wenn inhaltlich keine weitere Begründung erfolgt und der BayVGh zuvor zu einem anderen Ergebnis kam.

163 Kap. 2, B. I. 1.

164 So auch BVerfG Urt. v. 22.11.22 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403, Rn. 15.

körperlichen Unversehrtheit gegenüber Art. 2 II 2 GG und Art. 11 GG durchsetzte. Auch wies der BayVGh in dieser Entscheidung erstmals auf eine fortlaufende Evaluierungspflicht des Ordnungsgebers hin.

Neben diesen generellen Erwägungen zur Ausgangsbeschränkung an sich entschied der Senat auch, dass mangels der gem. Art. 51 II LStVG a.F. zwingenden Veröffentlichung der Verordnung im Gesetzes- und Ordnungsblatt keine bewehrte Verordnung vorliege. Daran ändere auch die Neufassung des § 73 Ia Nr. 24 IfSG nichts, wonach ein Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen Rechtsverordnungen gem. § 32 I IfSG geschaffen wurde, da die Verordnung hierauf nicht verweise.¹⁶⁵

Im Anschluss an die Entscheidung erhoben die Antragsteller erfolglos Anhörungsgrüge und Verfassungsbeschwerde, wobei die Verfassungsbeschwerde, die noch gesondert besprochen¹⁶⁶ wird, dennoch auswirkungreich¹⁶⁷ war.

bb) BayVGh Beschluss vom 09.04.2020 – 20 NE 20.664

Der Beschluss¹⁶⁸ vom 09.04.2020 hebt sich von den vorangehenden dadurch ab, dass ihm ein anderer Verfahrensgegenstand zugrunde lag. Inhaltlich ging es zwar auch um eine Ausgangsbeschränkung. Die Verfahren zuvor betrafen jedoch die „Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie“¹⁶⁹ (im Folgenden Corona-Verordnung), wohingegen sich dieses Verfahren gegen die Ausgangsbeschränkung in der Nachfolgeregelung, der BayIfSMV, richtete. In formeller Hinsicht lag demnach eine neue Verordnung vor, deren formelle Rechtmäßigkeit erneut zu prüfen war. Genau hierin lag auch das Problem der neuen Verordnung: Der BayVGh deutete in seiner Entscheidung¹⁷⁰ vom 09.04.2020 an, dass es fraglich sei, ob die Verordnung ursprünglich wirksam bekannt gemacht worden war. Das Besondere an der BayIfSMV war nämlich, dass sie in Form einer Notbekanntmachung im Bayerischen Ministerialblatt bekannt gemacht wurde. Der BayVGh zweifel-

165 Kap. 4, A. II. 1.

166 Kap. 3, A. I. 4. b).

167 Zu den Auswirkungen der Entscheidung Kap. 4, E.

168 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664, BeckRS 2020, 6515.

169 Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24.03.2020, GVBl. 2020 S. 178, BayMBl. 2020 Nr. 130.

170 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664.

te jedoch an, ob die Voraussetzungen einer Notbekanntmachung gem. Art. 51 IV 1 LStVG a.F. vorlagen. Dies konnte er aber offenlassen, da der mögliche Formfehler jedenfalls geheilt wurde durch die Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt am 07.04.2020.¹⁷¹

Neue materielle Erwägungen stellte der BayVGh nicht an und lehnte den Antrag aus den bereits genannten Gründen ab.

cc) BayVGh Beschluss vom 28.04.2020 – 20 NE 20.849

Dem Beschluss¹⁷² vom 28.04.2020 lag ein anderer Verfahrensgegenstand zugrunde, nämlich die Ausgangsbeschränkung in Form der 2. BayIfSMV. Im Unterschied zu den Verfahren zuvor erfuhr die Ausgangsbeschränkung in der 2. BayIfSMV bereits einige Erleichterungen. So wurde geregelt, dass das Verlassen der Wohnung, um einzukaufen, nicht auf die Güter des täglichen Bedarfs beschränkt wurde, sondern dass man alle Geschäfte aufsuchen durfte, die rechtmäßig geöffnet waren. Dazu zählten beispielsweise auch Buchhandlungen und sonstige Geschäfte, deren Verkaufsfläche 800m² nicht überschritt. Außerdem war bereits eingeführt worden, dass Sport und Bewegung an der frischen Luft auch mit einer weiteren nicht im selben Hausstand lebenden Person zulässig war.

Der BayVGh lehnte den Antrag ab und argumentierte, die Ausgangsbeschränkung sei bei verfassungskonformer Auslegung verhältnismäßig. Diese Auslegung komme zu dem Ergebnis, dass unter einem triftigen Grund „jeder sachliche und einer konkreten, nicht von vornherein unzulässigen Bedürfnisbefriedigung dienende Anlass“ zu verstehen sei. Dies unterscheide die Regelung von der ursprünglichen Ausgangsbeschränkung, wo als triftiger Grund nur „unaufschiebbare gesundheitliche, private oder berufliche Belange von erheblichem Gewicht“¹⁷³ zu verstehen waren.

Der BayVGh begründet seine neue Definition mit den Lockerungen, die die Regelung erfahren hatte. Dadurch sei die Ausgangsbeschränkung zwar ambivalent geworden, da „triftig“ einerseits „zwingend, schwerwiegend“ bedeute; andererseits aber die beispielhaft genannten triftigen Gründe durch die Lockerung (teilweise) so weit gefasst wurden, dass es auch zulässig er-

171 Zu den gesetzgeberischen Auswirkungen der Entscheidung Kap. 4, E. I.

172 BayVGh Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.840, BeckRS 2020, 7227.

173 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618, Rn. 62.

scheint, die Wohnung zur Befriedigung anderer als gewichtiger Bedürfnisse zu verlassen.¹⁷⁴

3. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte

a) Sachverhalt

Vor den Verwaltungsgerichten waren zwei Verfahren erfolgreich, die sich gegen die Allgemeinverfügung richteten, in der zu Beginn die Ausgangsbeschränkung geregelt war. Diese Verfahren werden im Folgenden vorgestellt, gefolgt von einem Exkurs zu den Feststellungsanträgen betreffend die Ausgangsbeschränkungen.

b) Entscheidungsinhalt

aa) Allgemeinverfügung Ausgangsbeschränkung – M 26 S 20.1252

Das VG München¹⁷⁵ entschied in zwei identischen Fällen am 24.03.2020 und somit bereits drei Tage nach Eingang des Antrages und vier Tage nach Inkrafttreten der Ausgangsbeschränkungen, dass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage betreffend die Ausgangsbeschränkung (in Form der Allgemeinverfügung) angeordnet werde. Das Gericht führte eine summarische Rechtsprüfung durch und kam dabei zu dem Ergebnis, dass die Hauptsache voraussichtlich erfolgreich sein werde. Zum einen sah das VG München im Erlass einer Allgemeinverfügung einen Formfehler, da aufgrund der abstrakt-generellen Regelung eine Verordnung zu erlassen gewesen wäre.¹⁷⁶ Auch sei die Allgemeinverfügung materiell rechtswidrig, da die Rechtsgrundlage Art. II II GG nicht zitiere, dieses Grundrecht aller-

174 Zu den Auswirkungen dieser Rechtsprechung Kap. 4, F.

175 VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126 und M S 20.1255, BeckRS 2020, 4632.

176 Ob diese Einstufung richtig ist, kann hier dahinstehen. AA BayVGH Beschl. v. 13.08.2020 – 20 CS 20.1821, BeckRS 2020, 19555, Rn. 22 f.: Materieller Fehler mangels Vorliegens der Voraussetzungen für einen Verwaltungsakt gem. Art. 35 S. 2, S. 1 BayVwVfG.

dings durch die Regelung eingeschränkt werde. Aufgrund dieser Fehler ließ das Gericht die Frage der Verhältnismäßigkeit i.w.S. offen.¹⁷⁷

bb) Exkurs Feststellungsanträge

Die meisten Eilanträge gerichtet auf Feststellung gem. § 123 I VwGO sind zwar für den weiteren Verlauf der Coronamaßnahmen nicht von Bedeutung, verdeutlichen allerdings, wie schwierig es für die Allgemeinheit war herauszufinden, ob ein Verhalten einen triftigen Grund darstellte oder nicht.¹⁷⁸ Im Zuge dessen gab es auch Anträge, die beispielsweise festgestellt haben wollten, dass man die Wohnung verlassen dürfe, um die Winterreifen am Auto zu wechseln oder um auf einer Parkbank zu sitzen.¹⁷⁹ Auch musste sich ein Gericht mit der Frage beschäftigen, ob es einen triftigen Grund darstellte, das Haus zu verlassen, um anschließend Motorboot auf dem Starnberger See zu fahren.¹⁸⁰

Dabei war insbesondere die Thematik „Parkbank sitzen“ umstritten und gipfelte in der Ingewahrsamnahme des Politikers *Prudlo*, der das Haus zusammen mit seiner Lebensgefährtin verließ, um mit ihr auf einer Parkbank zu picknicken. Dabei bestätigte das Amtsgericht München¹⁸¹ zunächst noch die Ingewahrsamnahme. Im Rahmen der Beschwerde entschied das LG München I¹⁸² sodann, der Beschluss des AG Münchens verletze die Rechte des Beschwerdeführers. Die Ingewahrsamnahme sei jedenfalls unverhält-

177 Zu einem anderen Ergebnis kam hingegen das VG Ansbach, Beschl. v. 27.03.2020 – AN 18 S 20.00538. Dieses ging davon aus, dass die Allgemeinverfügung nicht offensichtlich rechtswidrig sei, und nahm daher offene Erfolgsaussichten an. Eine anschließende Folgenabwägung fiel zu Lasten des Antragstellers aus. Der Prüfungsmaßstab unterscheidet sich daher von dem des VG München. Dieses führte eine summarische Prüfung durch. So bezeichnet das VG Ansbach seine Prüfung zwar auch, prüft dann allerdings nur, ob ein Verstoß offensichtlich sei.

178 Zu den Reaktionen auf die Feststellungsanträge Kap. 4, J.

179 VG München Beschl. v. 16.04.2020 – M 26 E 20.1501, BeckRS 2020, 7963. Solche Anträge mag man auf den ersten Blick für querulatorisch erachten. Allerdings sollte nicht in Vergessenheit geraten, dass die Ausgangsbeschränkungen bußgeldbewehrt waren und zu Beginn auch sehr intensiv kontrolliert wurden, Kap. 4, A. IV. 2. Selbst die bayerische Polizei kritisierte im weiteren Verlauf der Pandemie das Modell der Ausgangsbeschränkungen, Kap. 4, E. II.

180 Bejahend VG München Beschl. v. 30.04.2020 – M 26 E 20.1701, BeckRS 3030, 7968.

181 AG München Beschl. v. 06.04.2020 – ERXXXI XIV 359/20 L (PAG) (nicht veröffentlicht).

182 LG München I Beschl. v. 10.11.2020 – 13 T 6401/20 (nicht veröffentlicht).

nismäßig,¹⁸³ da dabei zu berücksichtigen sei, ob von einem Verhalten eine infektionsschutzrechtliche relevante Gefahr ausgehe, was beim Picknicken auf der Parkbank ohne Kontakt zu weiteren Personen nicht der Fall sei.¹⁸⁴

4. Entscheidungen des BVerfG

a) Sachverhalt

Beim BVerfG wurden drei Eilanträge betreffend die Ausgangsbeschränkung eingereicht. Darunter befand sich auch der erste zulässige Antrag beim BVerfG während der Corona-Krise überhaupt.

b) Entscheidungsinhalt

Das BVerfG lehnte alle drei Anträge ab.¹⁸⁵ Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführern vorgebrachten Argumenten (z.B. Wesentlichkeitsgrundsatz etc.) erfolgte nicht, da das BVerfG von Beginn an nur¹⁸⁶ eine Folgenabwägung vornahm. Eine Folgenabwägung wäre nach Rechtsprechung des BVerfG nur dann nicht vorzunehmen, wenn sich die mit dem Eilantrag verbundene Verfassungsbeschwerde von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweisen würde.¹⁸⁷ Von solch einer Offenkundigkeit ging das BVerfG jedoch nicht aus, sondern stufte die Erfolgsaussichten als offen ein, da die Verfassungsbeschwerde eingehender Prüfung bedürfe, was im Rahmen des Eilverfahrens jedoch nicht möglich sei.

183 Das Landgericht München I verneinte bereits den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit, da es keinen Unterschied machen könne, ob man sich an der frischen Luft bewegt oder sich auf einer Parkbank niederlässt.

184 In Bezug auf die Vollzugspraxis kritisiert *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (743), dass nicht nach der infektionsschutzrechtlichen Relevanz eines Verhaltens im Einzelfall gefragt wurde, so dass seiner Ansicht nach „tausendfach verfassungswidrige Vollzugsakte“ ergingen.

185 BVerfG Beschl. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317; BVerfG Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5596, Besprechung bei *Katzenmeier*, MedR 2020, 461; BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvR 762/20, BeckRS 2020, 418.

186 Mit Ausnahme der bereits angedeuteten Entscheidung zum Versammlungsrecht, BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20; zur Entscheidung Kap. 3, A. IV. 4; zum abweichenden Prüfungsmaßstab Kap. 3, D. III. 1. b).

187 Zum Prüfungsmaßstab des BVerfG Kap. 2, C. IV. 1 und Kap. 3, D. III. 1.

Im Rahmen der Folgenabwägung setzte sich dann erwartungsgemäß¹⁸⁸ der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 II 1 GG, gegenüber den erheblichen Grundrechtsbeschränkungen¹⁸⁹ der Freiheit der Person, Art. 2 II 2 GG i.V.m. Art. 104 I GG, und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, durch.

Inhaltlich unterscheiden sich die genannten drei Verfahren auf den ersten Blick kaum voneinander. Auf einen zweiten Blick fällt jedoch ein kleines Detail bei der zweiten Entscheidung¹⁹⁰ ins Auge. Zwar hatte das BVerfG in der zweiten Entscheidung auch eine zu Lasten der Antragsteller ausgehende Folgenabwägung vorgenommen. Auch betont das BVerfG wie bereits in der ersten Entscheidung, dass die Grundrechte erheblich beschränkt würden. Neu ist jedoch der Zusatz, dass diese erhebliche Beschränkung „in besonderem Maße für alleinstehende Personen“ gelte. Zuvor hatte das BVerfG nicht hinsichtlich der Normadressat:innen unterschieden. Ausweislich des Tatbestands wurde dies vom Antragsteller im ersten Verfahren auch nicht gerügt. Im zweiten Verfahren rügten die Antragsteller aber unter anderem die besondere Belastung für Singles, woraufhin das BVerfG dies in seiner Entscheidung aufgriff, auch wenn die Norm dennoch nicht suspendiert wurde.¹⁹¹ Dieser Unterschied in den beiden Entscheidungen ist insbesondere für die weitere Ausgestaltung der Ausgangsbeschränkung in Bayern von Bedeutung, da es im Anschluss an die Entscheidung zu einer entsprechenden Lockerung kam.¹⁹²

In seiner dritten Entscheidung nahm das BVerfG nur mehr Bezug auf die Folgenabwägung der ersten Entscheidung.

188 *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (629).

189 Die erheblichen Grundrechtsbeschränkungen stellt das BVerfG in den Eilverfahren zur Ausgangsbeschränkung zwar fest, benennt allerdings keine konkreten Grundrechte. In der Hauptsacheentscheidung vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 ua, BeckRS 2021, 36514, nennt das BVerfG als betroffene Grundrechte sodann aber die oben genannten.

190 BVerfG Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvQ 802/20.

191 Auch nicht insofern, als es Alleinstehenden untersagt war, sich mit einer haushaltsfremden Person zu treffen.

192 Kap. 4, A. III.

II. Abstands- und Kontaktreduzierungsgebot

1. Normeninhalt

Wesentliches Element der Pandemieeindämmung war es, Abstand zu anderen Mitmenschen zu halten¹⁹³ und seine Kontakte zu reduzieren.¹⁹⁴ Diese Elemente waren auch stets am Anfang der jeweiligen Corona-Regelungen zu finden. § 1 I der Corona-Verordnung lautete:

„Jeder wird angehalten, die physischen und sozialen Kontakte zu anderen Menschen außerhalb der Angehörigen des eigenen Hausstands auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren. Wo immer möglich ist ein Mindestabstand zwischen zwei Personen von 1,5 m einzuhalten.“

Gegen diese Regelung wurden zwar auch einige Verfahren angestrengt, allerdings nur im Verbund mit anderen Verfahrensgegenständen. Insgesamt entschied der BayVGh in sieben Fällen, darunter eine Anhörungsrüge.¹⁹⁵ Dabei ist ein Verfahren, der Beschluss des BayVGh vom 30.03.2020, für den Verlauf der Corona-Regelungen und der Interpretation der Verfahren bedeutend und wird im Folgenden vorgestellt.¹⁹⁶

Aus den Entscheidungen, insbesondere dem Tatbestand, wird nicht deutlich, welche Argumente die Antragsteller speziell gegen die Abstandsregelung vortrugen.

2. Entscheidungsinhalt

Die erste Entscheidung des BayVGh vom 30.03.2020¹⁹⁷ hinsichtlich der zitierten Abstands- und Kontaktreduzierungsregel klärte dessen Rechtsnatur.

Dabei stufte der BayVGh die Abstandsregelung als reinen Appell ein. Auch wenn Wortlaut von § 1 I der Corona-Verordnung „ist einzuhalten“

193 Stichwort „AHA-Regel“: Abstand halten, Hände waschen, Alltagsmaske tragen.

194 Zu den Kontaktbeschränkungen – im Gegensatz zum Kontaktreduzierungsgebot – Gerhardt in Gerhardt IfSG, § 28a Rn.13ff.; Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020; Katzenmeier, MedR 2020, 461; Seiler, JZ 2021, 924.

195 Vor dem BayVerfGH war das Abstandsgebot nur mittelbar Gegenstand. Primär ging es in der Entscheidung v. 08.06.2020 – VF.34-VII-20, BeckRS 2020, 11735, um die Ordnungswidrigkeitbewehrung, wenn man beim Sport den Mindestabstand unterschritt. Über die Rechtmäßigkeit der Abstandsregelung an sich wurde nicht entschieden. Dieses Verfahren wird daher an anderer Stelle besprochen.

196 Zu den Auswirkungen Kap. 4, A. II.

197 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618.

die Annahme eines verbindlichen Rechtsgebots nahelege, würde doch der appellative Charakter des Satzes überwiegen, so dass die Regelung nicht vollziehbar sei. Eine andere Einordnung würde „den Boden der Normenklarheit“ verlassen, insbesondere, da auch keine Messpunkte vorgegeben sein. Es handle sich demnach bei § 1 I der genannten Verordnung um einen „programmatischen Appell im Sinne einer Präambel“, der keine vollziehbare Regelung enthalte. Daher sei auch das Gebot, seine Kontakte auf ein nötiges Minimum zu reduzieren, nicht am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 20 III GG, zu messen. Außerdem machte der BayVGh deutlich, dass für den Appell, neben den physischen Kontakten auch „soziale Kontakte“ zu reduzieren, keine infektionsrechtliche Rechtfertigung erkennbar sei.

III. Gottesdienste

1. Normeninhalt

Hält man sich vor Augen, dass das Gottesdienstverbot¹⁹⁸ zu Beginn der Pandemie auch das Osterfest betraf – dem höchsten Fest im katholischen Kirchenjahr – ist es erstaunlich, dass es insgesamt zu nur drei Verfahren in Bayern kam. Die zwei Verfahren¹⁹⁹ vor dem BayVGh betrafen speziell das Gottesdienstverbot; die Popularklage²⁰⁰ vor dem BayVerfGH betraf das gesamte 2. BayIfSMV, worunter auch das Gottesdienstverbot fiel.

Das Gottesdienstverbot war, genau wie das Versammlungsverbot, zu Beginn der Pandemie als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt²⁰¹ ausgestaltet, § 1 I BayIfSMV:²⁰²

„Veranstaltungen und Versammlungen werden landesweit untersagt. Dies gilt auch für Zusammenkünfte in Kirchen, Moscheen und Synagogen sowie die Zusammenkünfte anderer Glaubensgemeinschaften. Ausnahmegenehmigungen können auf Antrag von der zuständigen Kreisverwal-

198 Hierzu *Bender*, NVwZ-Extra 9b/2020; *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 641; *Heinig*, VerfBlog 17.03.2020; *Suliak*, LTO v. 16.04.2020; *Wolf*, NJOZ 2020, 577.

199 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.738, BeckRS 2020, 5451; BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.704, BeckRS 2020, 5414.

200 BayVerfGH Ents. v. 08.05.2020 – Vf. 34-VII-20, BeckRS 2020, 8029.

201 Dies änderte sich ab der 3. BayIfSMV. Ab dann waren Gottesdienste erlaubt, sofern zwischen den Teilnehmer:innen ein Mindestabstand von 2 m vorhanden war und Hygieneauflagen eingehalten wurden, § 2 3. BayIfSMV.

202 In der Fassung vom 31.03.2020.

tungsbehörde erteilt werden, soweit dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist.“

Die Antragsteller trugen ausweislich des Sachverhalts u.a. vor, dass das Zitiergebot nicht beachtet worden und keine ausreichende Ermächtigunggrundlage für ein solches Verbot vorhanden sei. Es sei zudem milder, Gottesdienste unter entsprechenden Hygieneauflagen zuzulassen, als sie komplett zu verbieten. Der Eingriff erweise sich außerdem als sehr schwerwiegend, da der Kern der Religionsfreiheit eingeschränkt werde, nämlich die liturgische Messe zur Osterzeit.

Der Freistaat Bayern verteidigte die Regelung mit der Begründung, dass im für den Antragssteller relevanten Gebiet die Erzdiözese München und Freising ohnehin alle öffentlichen Gottesdienste abgesagt habe. Außerdem bestehe bei einem Gottesdienst aufgrund der Vielzahl von sich ansammelnden Menschen und deren unmittelbarer Nähe zueinander eine besondere Gefahrenlage.

Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich außerdem, dass der BayVGH die Antragsteller nochmals anhörte, woraufhin diese ihren Vortrag konkretisierten und ihr Rechtsschutzbedürfnis betonten.²⁰³

2. Entscheidungen des BayVGH

Der BayVGH²⁰⁴ entschied am 09.04.2020 in zwei identischen Fällen über einen Eil-Normenkontrollantrag betreffend das Gottesdienstverbot. Er lehnte die Anträge mit der Begründung ab, dass die Voraussetzungen des § 47 VI VwGO nicht vorlägen.²⁰⁵ Insbesondere sei die vorläufige Aus-

203 Daraus lässt sich schließen, dass der BayVGH wohl darauf hinwies, dass er Zweifel am Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller habe.

204 BayVGH Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.738, BeckRS 2020, 5451 und 20 NE 20.704, BeckRS 2020, 5414.

205 Ob der BayVGH die Anträge nun als unzulässig oder unbegründet abwies, wird nicht ganz deutlich. Einerseits spricht er davon, dass das Rechtsschutzbedürfnis fehle, was für eine Abweisung als unzulässig spräche. Andererseits verknüpft der BayVGH das Rechtsschutzbedürfnis mit der Frage nach der dringenden Gebotenheit gem. § 47 VI VwGO, folglich mit einer Frage der Begründetheit. Der BayVGH verneint im Folgenden die materiellen Voraussetzungen des § 47 VI VwGO, was für eine Abweisung als unbegründet spricht. Da der BayVGH – ausgehend von den anderen Entscheidungen – die Unzulässigkeit stets benannte, wird die Entscheidung als zulässig, aber unbegründet eingestuft.

setzung des Vollzugs des Gottesdienstverbotes nicht dringend geboten, da kein Rechtsschutzbedürfnis gegeben sei. Ein solches erfordere, dass der Antragsteller mit seinem Antrag auch rechtliche oder tatsächliche Vorteile erlangen könne. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall, da die katholische Kirche in Deutschland und Bayern, insbesondere das Erzbistum München und Freising, darauf hingewiesen habe, Gottesdienste bis mindestens 19.04.2020 ausfallen zu lassen.²⁰⁶ Es sei daher unsubstantiiert und nicht plausibel dargelegt, dass der Antragsteller trotz dieses Dekrets an einem Gottesdienst teilnehmen könnte;²⁰⁷ wenn doch, wäre ohnehin erst eine Ausnahmegenehmigung zu beantragen. Insbesondere könne nicht einfach davon ausgegangen werden, dass nach Aufhebung eines entsprechenden Verbots vermehrte Gottesdienste angeboten würden.²⁰⁸

3. Entscheidungen des BVerfG

Auch wenn man während der gesamten Pandemie nur wenig vom BVerfG vernahm,²⁰⁹ so fällt es ganz zu Beginn doch zwei wichtige Entscheidungen, die die Rechtsprechung der Fachgerichte und die Normsetzung maßgeblich beeinflussten und sensibilisierten.²¹⁰ Eine betraf dabei das Gottesdienstverbot:

Anders als der BayVGH bejahte das BVerfG in seinem Beschluss vom 10.04.2020²¹¹ das Rechtsschutzbedürfnis, auch wenn die meisten Kirchen ohnehin auf Gottesdienste verzichteten. Denn es sei nicht ausgeschlossen, dass ein stattgebender Beschluss zu einem Angebot an Gottesdiensten führen würde. Zwar wurde anschließend der Antrag aufgrund einer Folgenab-

206 Allgemeines Dekret des Kardinal Reinhard Marx vom 02.04.2020, zitiert in dem Beschl. d. BayVGH v. 09.04.2020 – 20 NE 20.73, BeckRS 2020, 5414, Rn. 15.

207 Das Rechtsschutzbedürfnis hatten die Antragsteller nach der Aufforderung zur Stellungnahme durch den BayVGH verteidigt und darauf hingewiesen, dass nicht auszuschließen sei, dass das Erzbistum von München und Freising sein kircheninternes Gottesdienstverbot zurücknehme. Zudem könnten sie auch bei anderen Ordensgemeinschaften, die nicht der Direktionsgewalt des genannten Erzbistums unterständen, an einem Gottesdienst teilnehmen.

208 AA allerdings BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589, Rn. 6. Kritisch zu der vom BayVGH vertretenen Ansicht *Schenk*, BayVBl. 2020, 793 (802).

209 Kap. 3, D. III. 3. und Kap. 5, A. II. 2 und 4.

210 Zu den Auswirkungen Kap. 4, B. (betreffend die Entscheidung zum Gottesdienstverbot) und Kap. 4, C. (betreffend die Entscheidung zum Versammlungsverbot).

211 BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589.

wägung abgelehnt. Allerdings betonte das Gericht, dass es sich bei einem Gottesdienstverbot um einen „überaus schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG“²¹² handle. Dies liege vor allem darin begründet, dass die gemeinsame Feier der Eucharistie nach katholischer Überzeugung ein zentraler Bestandteil des Glaubens sei, deren Fehlen auch nicht durch z.B. Gottesdienstübertragungen kompensiert werden könne. Dieser Eingriff werde zudem noch dadurch verstärkt, dass er auch die Osterfeiertage betreffe – den Höhepunkt des religiösen Lebens der Christ:innen.

Zum Schluss betonte das BVerfG noch die strenge Evaluierungspflicht angesichts der Verhältnismäßigkeit. Es müsse angesichts neuer Erkenntnisse zu Verbreitungswegen des Virus stets geprüft werden, ob es verantwortbar sein könnte, „das Verbot von Gottesdiensten unter – gegebenenfalls strengen – Auflagen und möglicherweise auch regional begrenzt zu lockern.“²¹³

IV. Versammlungen

1. Normeninhalt

Das Versammlungsverbot²¹⁴ war häufig Gegenstand von gerichtlichen Eilverfahren und auch von Beschwerden zum BayVGh. Insgesamt kam es vor den Verwaltungsgerichten zu elf zulässigen Verfahren, wovon acht als Beschwerdeverfahren beim BayVGh landeten.

Das Versammlungsverbot war zunächst als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet, § 1 I 1 BayIfSMV. Ab der 3. BayIfSMV änderte sich dies dahingehend, dass nicht absolut sämtliche Versammlungen verboten waren, sondern solche bis zu einer Teilnehmer:innenzahl von 50 und weiteren Hygienevoraussetzungen auch ohne Genehmigung zulässig waren, § 3 S. 1 3. BayIfSMV. Versammlungen, die darüber hinausgehen sollten, bedurften aber weiterhin einer Genehmigung, § 3 S. 2 3. BayIfSMV. Ab der

212 Ebd., Rn. 11.

213 Ebd., Rn. 14.

214 Hierzu *Eibenstein*, NVwZ 2020, 1811; *Fährmann/Aden/Arzt*, VerfBlog v. 15.04.2020; *Gutmann/Kohlmeier*, VerfBlog v. 08.04.2020; *Harker/Deyda et al.*, VerfBlog v. 14.04.2020; *Peters/Janz*, GSZ 2020, 223; *Kraft*, JöR 70/2022, 547; *Martini/Thiesen/Ganter*, NJOZ 2020, 929; *Sinder*, NVwZ 2021, 103; *Völmann*, DÖV 2020, 893; LTO v. 14.04.2020, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/versammlungen-corona-demonstrationen-verbot-gesundheit-grundrechte/> (Stand 21.09.2023).

5. BayIfSMV verdoppelte sich die zulässige Teilnehmer:innenzahl. Zusätzliche Voraussetzung war außerdem, dass die Versammlung ortsfest stattfand, § 7 5. BayIfSMV.

Die Antragsteller erhielten entweder im Vorfeld von der zuständigen Behörde eine Genehmigung, klagten jedoch gegen die konkrete Ausgestaltung der Ausnahmegenehmigung. Dabei ging es beispielsweise um die Begrenzung der Teilnehmer:innenzahl, die Verlegung des Versammlungsortes oder -uhrzeit. Oder aber sie begehrten überhaupt erst eine Ausnahmegenehmigung.

2. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte

Im Folgenden werden die Verfahren zeitlich unterteilt in vor dem 15.04.2020 und danach. Dies liegt daran, dass es am 15.04.2020 zu der bereits angesprochenen wichtigen Entscheidung²¹⁵ des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, Art. 8 I GG, kam und dieser Beschluss Auswirkungen auf die Spruchfähigkeit der Gerichte hatte.²¹⁶

a) Verfahren vor dem 15.04.2020

Vor dem 15.04.2020 wurden zwei Verfahren geführt, im Rahmen derer die Antragsteller eine Ausnahmegenehmigung für eine Versammlung von zehn und von 20 Personen beantragten. Beide Anträge wurden abgelehnt.

Das VG München²¹⁷ argumentierte in seiner Entscheidung, es bestehe die konkrete Gefahr, dass es angesichts des Versammlungsortes und der -zeit zu weiteren Menschenansammlungen kommen könne. Dieser Gefahr könne auch nicht mit Auflagen begegnet werden.²¹⁸ Letztlich könne es auch zu einer Konfrontation mit der Polizei kommen, die dann ggf. unmittelbaren Zwang anwenden müsste, was ihr im Interesse des Gesund-

215 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766; sogleich Kap. 3, A. IV. 4.

216 Zu den Auswirkungen Kap. 4, C.

217 VG München Beschl. v. 09.04.2020 – M 26 E 20.1506, BeckRS 2020, 7188.

218 Das Gericht deutet lediglich an, dass es vorstellbar sei, eine Versammlung mit geringer Teilnehmer:innenzahl in geschlossenen Räumen unter Auflagen zu genehmigen. Man sieht daran deutlich, wie wenig man zu Beginn der Krise über das Virus wusste und wie kontraproduktiv die eigene Intuition sein kann; Stichwort Aerosole.

heitsschutzes aber nicht zuzumuten wäre. Gegen die Entscheidung legte der Antragsteller erfolgreich Beschwerde ein.²¹⁹

Das VG Ansbach²²⁰ hingegen führte lediglich eine Folgenabwägung durch, in welcher es feststellte, dass das öffentliche Interesse am Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung das Interesse Einzelner an der Durchführung einer Versammlung übersteige. Die Entscheidung wurde rechtskräftig.

Hinsichtlich des Versammlungsverbotes der BayIfSMV an sich äußerten beide Gerichte keine Bedenken. Dabei verwiesen sie u.a. auf die Rechtsprechung des BayVGH vom 30.03.2020 zu den Ausgangsbeschränkungen und auf die Rechtsprechung des BVerfG vom 10.04.2020 zu den Gottesdienstverboten und übertrugen die dortigen Überlegungen „mutatis mutandis“²²¹ (ohne jedoch die notwendigen Änderungen herauszuarbeiten).

b) Verfahren nach dem 15.04.2020

Nach dem 15.04.2020 wurden neun weitere Verfahren geführt. Hervorhebenswert ist dabei besonders der Inhalt der begehrten Genehmigungen: So beehrten die Antragsteller in vier Fällen Versammlungen von 2.000 bis 10.000 Teilnehmer:innen – Anträge, die vor der Grundsatzentscheidung des BVerfG noch undenkbar gewesen wären. Diese Anträge wurden erwartungsgemäß abgelehnt und auch die Beschwerden, die erhoben wurden, zurückgewiesen.

Ein Antrag hingegen richtete sich auf die Genehmigung einer Versammlung von nur 20 Personen. Dieser Antrag war auch erfolgreich. Das VG Regensburg beanstandete, die zuständige Behörde habe das ihr zustehende Ermessen nicht erkannt und daher auch nicht ausgeübt. Dabei verwies es auch auf die Entscheidung des BVerfG vom 15.04.2020 und die Beschwerdeentscheidung²²² des BayVGH vom 09.04.2020.²²³

219 Sogleich Kap. 3, A. IV. 3.

220 VG Ansbach Beschl. v. 11.04.2020 – AN 30 S 20.00654, BeckRS 2020, 12204.

221 Hierzu Kap. 3, D. V. 2. c) bb).

222 BayVGH Beschl. v. 09.04.2020 – 20 CE 20.755, BeckRS 2020, 6313.

223 Die restlichen Verfahren richteten sich gegen Auflagen zu einer genehmigten Versammlung und sind nicht von weiterer Bedeutung.

3. Entscheidungen des BayVGH

Der BayVGH entschied in insgesamt acht Beschwerdeverfahren. Dabei ist besonders eine Beschwerdeentscheidung erwähnenswert, da sie bereits am 09.04.2020 auf die Bedeutung von Art. 8 I GG bei der Ermessensausübung der Behörde hinwies – und somit bereits fünf Tage vor dem bedeutenden Beschluss des BVerfG.

Das VG München hatte in seinem Ausgangsbeschluss entschieden, dass die zuständige Behörde einen Antrag auf Genehmigung einer Versammlung von 20 Personen zu Recht ablehnte, und dies hauptsächlich mit der Gefahr von spontanen Menschenansammlungen begründet.²²⁴ Der BayVGH änderte diesen Beschluss noch am selben Tag ab und verpflichtete die Antragsgegnerin über den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden. Inhaltlich führte der BayVGH aus, dass VG München habe dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit nicht ausreichend Rechnung getragen, weil es allein auf das Verhalten Dritter, d.h. nicht Versammlungsteilnehmer:innen, gestützt habe. Der Senat war vielmehr der Ansicht, der Gefahr von Menschenansammlungen könne durch entsprechende Auflagen begegnet werden; außerdem werde es der Polizei aufgrund der Eigenart der Versammlung (statisch) möglich sein, diese Ansammlungen zu unterbinden.

4. BVerfG Beschluss vom 15.04.2020 – 1 BvR 828/20

In Bayern nahm nur ein Eilantrag zum BVerfG betreffend das Versammlungsverbot die Zulässigkeitshürde. Das BVerfG²²⁵ entschied aufgrund einer Folgenabwägung und lehnte den Antrag ab. Mangels Bedeutung wird die Entscheidung nicht weiter ausgeführt.

Beachtenswert war hingegen die Entscheidung²²⁶ des BVerfG vom 15.04.2020, die außerhalb Bayerns angesiedelt war.²²⁷ In dieser Entscheidung erließ das BVerfG eine seiner wenigen zusprechenden Anordnungen im genannten Untersuchungszeitraum und ordnete die Wiederherstellung

224 Kap. 3, A. IV. 2. a).

225 BVerfG Entsch. v. 09.04.2020 – 1 BvQ 29/20, BeckRS 2020, 5620.

226 Entscheidungsbesprechung bei *Hong*, VerfBlog v. 17.04.2020; *Möllers*, RuP, 7/2021, 86 (104 f.).

227 Ebenso beachtenswert und dieselbe Thematik betreffend: BVerfG Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, BeckRS 2020, 6051.

der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Beschwerdeführers gegen die Verfügung der Stadt Gießen an, soweit danach dem Beschwerdeführer die angemeldeten Versammlungen verboten wurden.

Zugrunde lag der Entscheidung der Fall, dass der Beschwerdeführer eine Ausnahmegenehmigung für eine Versammlung von zehn Personen beantragte, welche ihm versagt wurde. Die zuständige Behörde begründete dies damit, die öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung seien unmittelbar gefährdet, da die Versammlung gegen § 1 I der Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Coronavirus verstoße.

Das BVerfG führte zur Begründung aus, dass der Beschwerdeführer durch die Verbotsverfügung offensichtlich in seinem Grundrecht aus Art. 8 GG verletzt sei. Dies liege daran, dass die zuständige Behörde ihren Ermessensspielraum verkannt habe und demnach auch nicht Art. 8 I GG berücksichtigt haben konnte. Vielmehr sei die zuständige Behörde davon ausgegangen, es dürften sich nicht mehr als zwei Personen versammeln, soweit diese nicht dem gleichen Hausstand angehören. Zudem betonte das BVerfG, dass die Entscheidung der zuständigen Behörde auch nicht ausreichend die Umstände des konkreten Einzelfalls berücksichtigt habe, sondern pauschale Bedenken angeführt habe, die für jede Versammlung gälten. Auch dies verletze Art. 8 I GG. Abschließend führte das BVerfG aus, dass die zuständige Behörde unter Berücksichtigung der Tragweite von Art. 8 I GG zu entscheiden habe, ob die Versammlung von bestimmten Auflagen abhängig gemacht oder ob diese verboten werde, sofern sich die Auflagen als unzureichend darstellen sollten.

V. Betriebsuntersagungen

1. Normeninhalt

Die meisten Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und dem BayVGH wurden gegen Betriebsuntersagungen²²⁸ sämtlicher Art geführt: von Fitnessstudios über Gastronomien bis hin zur Trampolinhalle. Inhaltlich werden alle Verfahren den Betriebsuntersagungen zugeordnet, auch wenn ein:

228 Hierzu *Antweiler*, NVwZ 2020, 584; *Shirvani*, GewArch 2022, 46; zu Entschädigungsansprüchen *Eckart/Kruse* in BeckOK IfSG, § 56 Rn. 30 ff.

Nutzer:in, z.B. ein:e Restaurantbesucher:in, gegen die Maßnahme vorgeing und nicht der:die Betriebsinhaber:in.²²⁹

Die entsprechende Regelung, § 2 BayIfSMV, lautete:

§ 2 Betriebsuntersagungen

- (1) Untersagt ist der Betrieb sämtlicher Einrichtungen, die nicht notwendigen Verrichtungen des täglichen Lebens sondern der Freizeitgestaltung dienen. Hierzu zählen insbesondere Sauna- und Badeanstalten, Kinos, Tagungs- und Veranstaltungsräume, Clubs, Bars und Diskotheken, Spielhallen, Theater, Vereinsräume, Bordellbetriebe, Museen, Stadtführungen, Sporthallen, Sport- und Spielplätze, Fitnessstudios, Bibliotheken, Wellnesszentren, Thermen, Tanzschulen, Tierparks, Vergnügungsstätten, Wettannahmestellen, Fort- und Weiterbildungsstätten, Volkshochschulen, Musikschulen und Jugendhäuser, Jugendherbergen und Schullandheime. Untersagt werden ferner Reisebusreisen.
- (2) Untersagt sind Gastronomiebetriebe jeder Art. Dies gilt auch für Gaststätten und Gaststättenbereiche im Freien (z. B. Biergärten, Terrassen). Ausgenommen ist die Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen. Die zuständigen Kreisverwaltungsbehörden können auf Antrag Ausnahmegenehmigungen für Betriebskantinen erteilen, soweit dies
 1. im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar und zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zwingend erforderlich ist, und
 2. sichergestellt ist, dass der Abstand zwischen den Gästen mindestens 1,5 m beträgt und sich in den Räumen zu keinem Zeitpunkt mehr als 30 Personen gleichzeitig aufhalten.
- (3) Untersagt ist der Betrieb von Hotels und Beherbergungsbetrieben und die Zurverfügungstellung jeglicher Unterkünfte zu privaten

229 Zum einen kam diese Gestaltung nur selten vor und ist auch nicht in jedem Fall deutlich aus den Entscheidungsgründen erkennbar. Zum anderen richteten sich die Betriebsuntersagungen primär gegen den:die Betriebsinhaber:in. Natürlich waren auch die Nutzer:innen betroffen, dies allerdings nur mittelbar (aA VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252; BeckRS 2020, 6126, Rn. 14 ff., wonach es sich hierbei um einen bloßen Reflex handle) und auch „nur“ die allgemeine Handlungsfreiheit berührend, Art. 2 I GG. Von der Zielrichtung her bezogen sich die Betriebsuntersagungen unmittelbar gegen die Inhaber:innen betroffen und bedeuteten einen Eingriff in ihre Berufsfreiheit, Art. 12 I GG – weswegen alle Verfahren den Betriebsuntersagungen zugeordnet werden.

touristischen Zwecken. Hiervon ausgenommen sind Hotels, Beherbergungsbetriebe und Unterkünfte jeglicher Art, die ausschließlich Geschäftsreisende und Gäste für nicht private touristische Zwecke aufnehmen.

- (4) Untersagt ist die Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels jeder Art. Hiervon ausgenommen sind der Lebensmittelhandel, Getränkemarkte, Banken und Geldautomaten, Apotheken, Drogerien, Sanitätshäuser, Optiker, Hörgeräteakustiker, Verkauf von Presseartikeln, Filialen des Brief- und Versandhandels, Post, Tierbedarf, Tankstellen, Kfz-Werkstätten, Reinigungen und der Online-Handel. Die zuständigen Kreisverwaltungsbehörden können auf Antrag Ausnahmegenehmigungen für andere, für die Versorgung der Bevölkerung unbedingt notwendige Geschäfte erteilen, soweit dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist. Die Öffnung von Einkaufszentren und Kaufhäusern ist nur erlaubt, soweit die in Satz 2 genannten Ausnahmen betroffen sind.

Die Antragsteller monierten größtenteils, dass es einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage bedürfe; eine Betriebsuntersagung könne aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes²³⁰ nicht auf eine Generalklausel²³¹ wie die des § 28 I 1 HS 1 IfSG gestützt werden.

2. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte waren in unterschiedlicher Weise mit den Betriebsuntersagungen befasst. Zu Beginn der Pandemie, als die Betriebsuntersagung noch in Form einer Allgemeinverfügung²³² geregelt war, hatten die Verwaltungsgerichte über deren Rechtmäßigkeit zu entscheiden. Häufig kam es auch zu Anträgen, mit welchen der Antragssteller festgestellt haben wollte, sein Betrieb unterfalle nicht den Betriebsschließungen. Des Weiteren wurden wenige Ausnahmegenehmigungen für Betriebsöffnungen, § 2 IV 3 BayIfSMV, im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt.

230 Hierzu sogleich Kap. 3, A. V. 3.

231 Zum Zeitpunkt der Verfahren gab es den Maßnahmenkatalog des § 28a IfSG noch nicht; dieser wurde erst durch das 3. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020, BGBl. I S. 2397, eingeführt.

232 Allgemeinverfügung des StMGP und des StMAS vom 16.03.2020, BayMBL. 2020 Nr. 143.

Vor den Verwaltungsgerichten sind insbesondere zwei Entscheidungen aufgrund ihrer Auswirkungen hervorhebenswert:

a) Öffnungszeiten Gastronomie – VG Augsburg Beschluss vom 27.05.2020
– AU 9 E 20.873

Dem Beschluss²³³ lag die Regelung zugrunde, dass die Innengastronomie für einen Verzehr vor Ort in der Zeit zwischen 6 und 22 Uhr geöffnet sein durfte, § 13 V 1 4. BayIfSMV;²³⁴ die Außengastronomie hingegen nur im Zeitraum von 6 bis 20 Uhr, § 13 IV 1 4. BayIfSMV. Der Antragstellerin beantragte „im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig [festzustellen], dass dem Betrieb des Restaurants im Außenbereich der Antragstellerin in der Zeit von 20 bis 22 Uhr für den Publikumsverkehr die Vierte BayIfSMV nicht entgegensteht [...]“. Als Begründung führte sie ihre Notlage aufgrund der finanziellen Einbußen an und dass es angesichts der Verbreitung des Coronavirus durch Aerosole nicht nachvollziehbar sei, wenn die Gastronomie innen länger öffnen dürfe als außen. Denn es sei mit einer Verlagerung der Gäste von außen nach innen zu rechnen und somit letztlich mit einer Vergrößerung des Infektionsrisikos.

Der Antragsgegner erwiderte, die unterschiedlichen Öffnungszeiten im Außenbereich dienten der Erprobung. Außerdem sei mit vermehrten Verstößen gegen Abstands- und Hygienevorschriften in der Zeit nach 20 Uhr zu rechnen. Letztlich habe der Ordnungsgeber sich jedoch bereits für eine Angleichung der Öffnungszeiten zum 02.06.2020 entschlossen.

Das VG Augsburg gab der Antragstellerin Recht und schloss sich ihrer Argumentation an. Die entsprechenden unterschiedlichen Regelungen würden gegen Art. 3 I GG verstoßen, da es aus infektionsschutzrechtlichen Gründen keinen aner kennenswerten sachlichen Grund gebe für die Ungleichbehandlung der Außengastronomie im Vergleich zur Innengastronomie. Es sei davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber bei der Schaffung der Regelung zur Außengastronomie nur Bier- und Wirtsgärten im Blick gehabt habe, nicht hingegen Speiselokale, die über einen Innen- und Außenbereich verfügen. Auch der Umstand, dass der Ordnungsgeber sich inzwischen zu einer Angleichung der Öffnungszeiten entschlossen habe, belege, dass eine Ungleichbehandlung nicht mehr gerechtfertigt sei.

233 VG Augsburg Beschl. v. 27.05.2020 – AU 9 E 20.873, BeckRS 2020, 10634.

234 In der Fassung vom 25.05.2020.

§ 13 V 1 i.V.m. IV 1 der 4. BayIfSMV sei daher verfassungskonform in dem Sinn auszulegen, dass die Bestimmungen in § 13 der Öffnung der Außenbewirtschaftungsflächen der Antragstellerin in der Zeit zwischen 6 und 22 Uhr nicht entgegenstehen. Die Entscheidung wurde rechtskräftig.²³⁵

b) „Wellnessentscheidung“ – VG Regensburg Beschluss vom 12.06.2020 – RN 14 E 20.963

aa) Entscheidungsinhalt

In der sog. „Wellnessentscheidung“²³⁶ stellte das VG Regensburg vorläufig fest, dass die Regelungen der 5. BayIfSMV der Öffnung und dem Betrieb des Innenschwimmbeckens des Hotels der Antragstellerin nicht entgegenstehen. Dasselbe gelte für den Betrieb der Sauna sowohl im Innen- als auch im Außenbereich.

Die Antragstellerin, eine Hotelbetreiberin, hatte argumentiert, es stelle eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, wenn sämtlich andere Aktivitäten wie z.B. Restaurantbesuche oder das Verweilen in Ruheräumen im Hotel erlaubt seien, hingegen nicht der Saunabesuch. Auch sei nicht nachvollziehbar, weswegen Sport im Innenbereich grundsätzlich bereits wieder erlaubt wurde, beispielsweise Tanzen, allerdings nicht der Besuch eines Schwimmbads.

Der Antragsgegner war der Ansicht, der Antrag sei bereits unstatthaft, weil sich die Antragstellerin konkret gegen die Regelung wende und somit in Wahrheit ein Antrag gem. § 47 VI VwGO vorliege, wofür allerdings der BayVGH zuständig sei. Im Übrigen verzichtete die Antragsgegnerin laut den Entscheidungsgründen auf Ausführungen, „da ihr insoweit keine Normprüfungs- bzw. Verwerfungskompetenz zustünde“.

Das VG Regensburg gab dem Antrag der Antragstellerin zum größten Teil statt. Der Antrag sei statthaft, da es sich um ein konkretes Rechts-

235 Zu den Auswirkungen Kap. 4, H.

236 VG Regensburg Beschl. v. 12.06.2020 – RN 14 E 20.963, BeckRS 2020, 12192. Eine weitere Wellnessentscheidung traf auch das VG München, allerdings in etwas anderer Konstellation: Es gab einem Feststellungsantrag statt und bejahte die Möglichkeit eines Spabeteilers, seine Wellnessräume separat zu Wellnesszwecken zu vermieten. Dabei seien gewisse Auflagen zu berücksichtigen, die das Gericht vorgab, wie bspw. die maximale Belegung eines Wellnessraums mit zwei Personen. Die zugrundeliegende Norm wurde aber, anders als vom VG Regensburg, nicht inzident verworfen.

verhältnis handle und eine Inzidentkontrolle der streitgegenständlichen Normen nicht durch § 47 VI VwGO ausgeschlossen sei. Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage seien nicht erfüllt, da zwar Maßnahmen weiterhin erforderlich seien, allerdings nicht mehr in Form einer vollständigen Untersagung von Wellnesseinrichtungen. Das Erfordernis „soweit“ in § 28 II 1 HS 1 IfSG sei daher nicht mehr erfüllt.

Ob auch ein Verstoß gegen Art. 12 I GG vorlag, ließ das Gericht aufgrund des bereits bejahten Verstoßes gegen Art. 3 I GG offen. Diesen sah das Gericht nach umfangreicher Prüfung darin begründet, dass es mildere Mittel gebe als eine Totalschließung von Wellnesseinrichtungen, beispielsweise entsprechende Hygieneauflagen. Abschließend wies das Gericht daraufhin, dass es bei einer Verschlechterung des Infektionsgeschehens den Beschluss analog § 80 VII VwGO jederzeit ändern oder aufheben könnte.²³⁷

bb) Beschwerdeverfahren BayVGH 18.06.2020 – 20 CE 20.1388

Gegen die stattgebende Entscheidung des VG Regensburg legte der Antragsgegner Beschwerde zum BayVGH ein, woraufhin der BayVGH²³⁸ den Beschluss des VG änderte und die Anträge der Antragstellerin ablehnte.

Der BayVGH befand, der Antrag sei bereits unzulässig. Dabei beleuchtete er das Verhältnis von § 47 VI VwGO einerseits und § 123 I VwGO andererseits.²³⁹ Das Gericht stellte fest, nur ein Antrag nach § 47 VI VwGO sei zulässig, wenn es darum gehe, im Wege einer vorläufigen Feststellung die Wirksamkeit einer Norm zu suspendieren. Etwas anderes wäre nur denkbar, „wenn der Normadressat – unter Weitergeltung der Norm – lediglich die Feststellung begehrt, ein bestimmter Sachverhalt falle (ggf. auch nach Auslegung der Norm) nicht in ihren Anwendungsbereich.“ Eine Auslegung sei vorliegend aber nicht möglich; der Antrag richte sich daher auf die vorläufige Suspendierung der Norm. Hierfür sei nur ein Antrag gem. § 47 VI VwGO statthaft. Zur Sache äußerte sich der BayVGH darüber hinaus nicht.

237 Zu den Auswirkungen der Entscheidung Kap. 4, I.

238 BayVGH Beschl. v. 18.06.2020 – 20 CE 20.1388, BeckRS 2020, 12882.

239 Zu diesem Verhältnis BVerwG Urt. v. 28.06.2020 – II C 13/99, BeckRS 2000, 30119761; *Lenk*, JA 2021, 388 (390 f.); *Pietzcker* in Schoch/Schneider VwGO, § 43 Rn. 25 mwN.

3. Entscheidungen des BayVGH zum Wesentlichkeitsgrundsatz

Die zentrale Fragestellung bei den Verfahren vor dem BayVGH war, ob die Betriebsuntersagungen auf die Generalklausel des § 28 I 1 HS 1 IfSG gestützt werden konnten oder ob dies den Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie widersprach, wonach der parlamentarische Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat und diese nicht auf die Exekutive delegieren darf.²⁴⁰ Die Generalklausel des § 28 I 1 HS 1 IfSG²⁴¹ lautet:

„Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; [...]“

Der BayVGH thematisierte den Wesentlichkeitsgrundsatz oder Parlamentsvorbehalt in mehreren Verfahren. Dabei variierte seine Begründung jedoch deutlich.²⁴² Diese Verfahren werden im Folgenden vorgestellt. Eines davon betraf die 800m²-Regelung und das letzte Verfahren liegt außerhalb des hiesigen Untersuchungszeitraums. Da die Verfahren jedoch zentrale Aussagen zum Wesentlichkeitsgrundsatz treffen, werden sie an dieser Stelle einbezogen.

a) BayVGH Beschluss vom 30.03.2020 – 20 CS 20.611

In dieser Entscheidung wurde der BayVGH als Beschwerdegericht tätig. Das VG München hatte einen Antrag gegen die Allgemeinverfügung abgelehnt, woraufhin der Antragsteller in Beschwerde gegangen war. Der

240 Zu dieser stark diskutierten Problematik im Zusammenhang mit den Corona-Verordnungen ua. *Barczak*, RuP, 56/2020, 458 (462 f.); *Böhme-Nefler*, DÖV 2021, 243; *Dreier*, DÖV 2021, 229 (233 f.); *Edenharter*, JöR, 69/2021, 555 (559 f.); *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (867 ff.); *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (48 f.); *Papier*, GewArch 2022, 350 (353 ff.); *Pautsch/Haug*, NJ 2020, 281; *Volkmann*, NJW 2020, 3153 (3154, Fn. 6) mwN; *Zeh*, RuP, 7/2021, II (12 f.).

241 Zur Historie der §§ 28 ff. IfSG *Kießling*, JZ 2022, 53.

242 Zur Würdigung Kap. 3, D. I. c) aa). Knappe Zusammenfassung der Entwicklung Kap. 5, A. II. 1. c) aa).

BayVGH wies die Beschwerde jedoch zurück. Zum Wesentlichkeitsgrundsatz äußerte sich der BayVGH wie folgt:²⁴³

„Für einen Verstoß des § 28 I 1 IfSG gegen den Parlamentsvorbehalt („Wesentlichkeitstheorie“), den der Antragsteller im Beschwerdeverfahren weiter geltend macht, bestehen angesichts des aktuellen Tätigwerden des Bundesgesetzgebers keine Bedenken (sic).“

Der BayVGH bezog sich somit auf eine gesetzgeberische Tätigkeit, die allerdings bereits abgeschlossen war und die die Rechtsgrundlage in dieser Hinsicht gerade nicht konkretisierte.²⁴⁴

b) BayVGH Beschluss vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793

Zum ersten Mal den Wesentlichkeitsgrundsatz deutlicher anmahnd, trat der Senat in seiner 800m²-Entscheidung²⁴⁵ auf. Konkret führte der BayVGH aus (Hervorhebungen durch die Verfasserin):²⁴⁶

„Der Senat ist im Rahmen seiner bisherigen Eilentscheidungen vorläufig davon ausgegangen, dass die bislang auf die §§ 32, 28 IfSG gestützten Maßnahmen mit dem Vorbehalt des Gesetzes vereinbar sind. Sollte sich aufgrund der Fortentwicklung der Pandemielage jedoch zeigen, dass die grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen nicht mehr nur kurzfristiger Natur sind, sondern längere Zeit fort dauern, **erscheint zweifelhaft, ob der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform ohne den Erlass eines Maßnahmegesetzes durch den parlamentarischen Bundesgesetzgeber als Rechtsgrundlage für mittelfristig und langfristig wirkende Maßnahmen gewahrt werden kann.**“

Der BayVGH deutete demnach bereits Ende April das Erfordernis eines Maßnahmegesetzes an.

243 Die verquaste Formulierung wurde wörtlich vom Gericht übernommen, siehe BayVGH Besch. v. 30.03.2020 – 20 CS 20.611, BeckRS 2020, 4616, Rn. 17.

244 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020, BGBl. 2020, S. 587; Kap. 2, B. I. 1.

245 BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; auch sogleich Kap. 3, A. I. VI. 2.

246 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 45.

c) BayVGH Beschluss vom 29.05.2020 – 20 NE 20.1165

In der Entscheidung vom 29.05.2020 zweifelte der BayVGH das Vorliegen der Voraussetzungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes weiterhin an, erweckte aber nicht mehr den Eindruck, als würde er sich in absehbarer Zeit dazu entschließen, angegriffene Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz aus diesem Grund auszusetzen. Stattdessen verwies er auf die Komplexität dieser Fragestellung, die nur im Rahmen eines Hauptverfahrens zu klären sei (Hervorhebungen durch die Verfasserin):²⁴⁷

„Bei summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten sieht sich der Senat mit einer **Viel-zahl komplexer fachlicher und rechtlicher Fragen konfrontiert, die einer abschließen-den Klärung in einem Eilverfahren nicht zugänglich sind**. Es handelt sich bei der Corona-Pandemie um ein seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland erstmalig auftretendes Ereignis, das derzeit mit bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen gehandhabt wird, die auf eine Pandemie dieser Größenordnung nicht zugeschnitten sind. **Es wird deshalb in einem Hauptsacheverfahren zu klären sein, ob die aufgrund der 4. BayIfSMV getroffenen Maßnahmen letztlich mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts vereinbar sind**, da erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein aufgrund §§ 28, 32 IfSG durch die Exekutive erfolgen.“

Diese Begründung behielt der BayVGH bei den Folgeentscheidungen bei. Erst ab dem 29.10.2020 (sogleich) änderte er seine Begründung erneut.

d) BayVGH Beschluss vom 29.10.2020 – 20 NE 20.2360

Die deutlichsten Worte hinsichtlich des Wesentlichkeitsgrundsatzes fand der BayVGH in der Entscheidung²⁴⁸ vom 29.10.2020. In dieser Entscheidung beschäftigte sich der BayVGH im Vergleich zu den bisherigen Entscheidungen sehr ausführlich damit, nämlich über zehn Randnummern hinweg. Der Senat führte aus (Hervorhebungen durch die Verfasserin):²⁴⁹

„Nach Auffassung des Senats bestehen **erhebliche Zweifel**, ob die mit dem vorliegenden Eilantrag angegriffenen Maßnahmen noch mit den

247 Ebd., Rn. 15.

248 BayVGH Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521.

249 Ebd., Rn. 28 ff.

Anforderungen des Parlamentsvorbehalts bzw. des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG vereinbar sind. Mittlerweile erfolgen - jedenfalls im antragsgegenständlichen Bereich der Gastronomie - erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein durch die Exekutive, wobei mit der Dauer der Maßnahmen und der Intensität der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe die Frage an Gewicht gewinnt, ob die Verordnungsermächtigung zugunsten der Ländern (sic) in den §§ 28, 32 IfSG noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG genügt [...]

b) Vorliegend geht es um Grundrechtseingriffe, die nach ihrer Reichweite, ihrer Intensität und ihrer zeitlichen Dauer mittlerweile ohne Beispiel sein dürften. **Mit der den streitgegenständlichen Normen zu Grunde liegenden Verordnungsermächtigung der §§ 32, 28 IfSG wollte der Gesetzgeber hingegen nur die allgemeinverbindliche Regelung einer lokal begrenzten Gefahrenlage ermöglichen; bezeichnend ist insofern das in der Gesetzesbegründung allein beispielhaft genannte Badeverbot für ein bestimmtes Gewässer (vgl. BT-Drs. 8/2468 S. 21). Eine gesetzgeberische Abwägung der zur Bekämpfung einer Pandemie von bundesweiter Bedeutung erforderlichen Maßnahmen und den betroffenen Schutzgütern liegt der Verordnungsermächtigung nicht zugrunde. [...]**

Vor diesem Hintergrund hält es der Senat - sowohl im Hinblick auf die hier angegriffenen Bestimmungen als auch (und erst recht) im Hinblick auf künftige Verordnungen - **für fraglich, ob die bestehende bundesweit gegebene infektionsrechtliche Gefährdungslage weiterhin allein auf der Grundlage landesrechtlicher Verordnungen ohne vorheriges Tätigwerden des hierzu nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG berufenen Bundesgesetzgebers behandelt werden kann, zumal sich die verfassungsrechtlichen Implikationen - jedenfalls mittlerweile - geradezu aufdrängen** (vgl. nur Volkmann, NJW 2020, 3153; Lepsius, RuP 2020, 258/265 ff.; Papier, DRiZ 2020, 180/183; Möllers, <https://verfassungsblog.de/parlamentarischeselbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>).

[...] Im Hinblick auf die genannten Bestrebungen und auf die sich (sic) angesichts der derzeitigen Infektionslage (wohl) bevorstehende zusätzliche Verschärfung der bestehenden Maßnahmen geht der Senat vorläufig davon aus, dass die Voraussetzungen einer ausreichenden gesetzlichen Verordnungsermächtigung demnächst geschaffen werden.“

Zu diesem Zeitpunkt war bereits eine Änderung des IfSG in Richtung eines Maßnahmegesetzes initiiert worden.²⁵⁰ Man kann daher festhalten, dass der BayVGH zwar bereits früh Zweifel hinsichtlich des Wesentlichkeitsgrundsatz anmeldete, letztendlich aber über ein halbes Jahr hinweg diesen Zustand duldete.²⁵¹

e) Entscheidungen im Übrigen

In den anderen Entscheidungen über Betriebsuntersagungen, insbesondere denen vor dem 29.05.2020, stellte der BayVGH keine eigenen Überlegungen mehr zum Wesentlichkeitsgrundsatz an und verwies stattdessen auf die Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg,²⁵² der entsprechend verfassungsrechtliche Bedenken geäußert hatte. Aufgrund der Komplexität dieser Fragestellung könne der BayVGH diese allerdings nicht im Eilverfahren klären. Ebenso wenig sei klärbar, ob die Betriebsschließungen mit der Berufsfreiheit vereinbar seien. Stattdessen verwies der BayVGH auch hier auf das Hauptsacheverfahren. Der Senat ging somit von offenen Erfolgsaussichten aus. Die anschließende Folgenabwägung ging aufgrund des hohen Stellenwerts des Gesundheits- und Lebensschutzes zu Lasten der jeweiligen Antragsteller aus. Für die Angemessenheit der Maßnahme führte der Senat zudem oftmals – teilweise nur in Aussicht gestellte –²⁵³ Entschädigungszahlungen an.

VI. 800m²

1. Normeninhalt

Ab der 2. BayIfSMV kam es bayernweit zu den ersten größeren Lockerungen hinsichtlich der Betriebsuntersagungen. Es wurde die berühmt-berüchtigte „800m²-Regelung“ eingeführt.²⁵⁴ Der Ordnungsgeber ging dabei

250 Zum Ablauf BayVGH Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521, Rn. 36.

251 Zur Würdigung Kap. 3, D. I. 1. c).

252 VGH BaWü Beschl. v. 09.04.2020 – 1 S 925/20, BeckRS 2020, 6351.

253 Die Vag- und Unsicherheit der Entschädigungszahlen thematisierend *Seiler*, JZ 2021, 924 (929 f.).

254 Zur 800m²-Regel *Michl*, VerfBlog v. 28.04.2020.

typisierend davon aus, dass es bei Geschäften mit über 800m² zu einem Massenandrang kommen könne.²⁵⁵ Die Regelung lautete in der ersten Fassung, § 2 V 2. BayIfSMV:²⁵⁶

„Abweichend von Abs. 4 Satz 1 und 5 ist die Öffnung von sonstigen Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels auch zulässig, wenn

1. deren Verkaufsräume eine Fläche von 800m² nicht überschreiten und
2. der Betreiber durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 20m² Verkaufsfläche.“

Gegen diese Regelung an sich wurden insgesamt drei Verfahren betrieben, wovon eines, das vor dem BayVGh, auch begründet war. Vor dem BVerfG und dem BayVerfGH hatten die Anträge jedoch keinen Erfolg. Die 800m²-Regelung betreffend wurden auch viele Feststellungsverfahren vor den Verwaltungsgerichten geführt, da die Auslegung der Regelung Schwierigkeiten bereitete.

2. BayVGh Beschluss vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793

Der BayVGh entschied mit Beschluss²⁵⁷ vom 27.04.2020, anders als das BVerfG,²⁵⁸ das nur aufgrund einer Folgenabwägung entschieden hatte, dass die 800m²-Regelung gegen Art. 3 I GG verstoße. Konkret führte der BayVGh aus, die Ungleichbehandlung, dass Buch- und Fahrradläden zu den Geschäften zählten, die unabhängig einer 800m²-Verkaufsfläche öffnen durften, § 2 IV 4 2. BayIfSMV, wohingegen andere Läden nur nach Maßgabe der 800m²-Regelung öffnen durften, sei nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt.

Auch sei nicht nachvollziehbar, wieso nicht alle geöffneten Läden durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen hätten, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je

255 So die Begründung von Ministerpräsident *Söder* in der Pressekonferenz vom 16.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=OjYm-B896hs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 12:08.

256 In der Fassung vom 20.04.2020 – 28.04.2020.

257 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630.

258 BVerfG Entsch. v.29.04.2020 – 1 BvQ 47/20, BeckRS 2020, 7210.

20m² Verkaufsfläche.²⁵⁹ Das Besondere an der Entscheidung war – neben der Stattgabe –, dass trotz dieser festgestellten Gleichheitsverstöße der BayVGh die Norm nicht suspendierte, sondern nur die Unvereinbarkeit mit Art. 3 I GG feststellte.

Zusätzlich legte der BayVGh die 800m²-Regelung noch aus und stellte, wenn auch nicht entscheidungserheblich, fest, dass § 2 V Nr. 1 2. BayIfSMV so zu verstehen sei, dass auch Einzelhandelsgeschäfte öffnen dürften, die ihre Verkaufsfläche auf 800m² oder weniger reduzierten. Etwas anderes jedoch gelte für Verkaufsgeschäfte in Einkaufszentren.²⁶⁰

Ob die Regelung auch, wie von der Antragstellerin vorgetragen, die Berufsfreiheit verletzte, ließ der BayVGh offen, da diese Fragestellung für das Eilverfahren zu komplex sei. Bemerkenswert an dieser Entscheidung war neben der bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit, dass der BayVGh erstmals deutlich die Erfordernisse des Parlamentsvorbehalts anmahnte, die zum Tragen kämen, je länger die Maßnahmen der Corona-Pandemie fortbestehen.²⁶¹

Die Leitsätze der Entscheidung lauteten:

1. § 2 Abs. 4 und 5 2. BayIfSMV verstoßen gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Von einer Außervollzugsetzung wird angesichts der bestehenden Corona-Notstandslage und der kurzen Geltungsdauer der Vorschrift bis einschließlich 3. Mai 2020 abgesehen.
2. § 2 Abs. 5 Nr. 1 2. BayIfSMV ist so zu verstehen, dass auch Einzelhandelsgeschäfte öffnen dürfen, die ihre Verkaufsfläche auf 800 qm oder weniger reduzieren.
3. Je länger die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie fortbestehen, desto mehr spricht dafür, dass sie der Ermächtigung durch ein besonderes förmliches Bundesgesetz bedürfen.

Man kann daher festhalten, dass der BayVGh in zweifacher Hinsicht einen Gleichheitsverstoß feststellte. Die Verfassungswidrigkeit der 800m²-Regel ergab sich aus der aktuellen Ausgestaltung, indem Buch- und Fahrradläden privilegiert wurden und ihre Verkaufsfläche gerade nicht auf 800m²

259 Die Regelung des § 2 V Nr. 2 2. BayIfSMV sah diese Pflicht nämlich nicht für die größenunabhängig geöffneten Geschäfte des täglichen Bedarfs, § 2 IV 2, 4 2. BayIfSMV, vor.

260 Diese Auslegung war vor allem angezeigt hinsichtlich der vielen Feststellungsanträge vor den Verwaltungsgerichten diese Problematik betreffend und wurde dadurch mitentschieden; auch Kap. 4, G.

261 Hierzu bereits Kap. 3, A. V. 3. b).

reduzieren mussten. Eine Teil-Außervollzugsetzung der Norm kam für den BayVGH jedoch aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips nicht in Betracht. Außerdem verstöße es gegen Art. 3 I GG, wenn nicht für alle Ladengeschäfte der Grundsatz „20m²-pro-Kunde“ gelte. Eine grundsätzliche Absage an das 800m²-Modell bedeutete der Beschluss hingegen nicht.

3. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte

Die meisten Verfahren vor den Verwaltungsgerichten betrafen die Auslegung der 800m²-Regel, und zwar hauptsächlich in zwei Varianten: Die erste Fragestellung lautete, ob die 800m²-Privilegierung auch Anwendung findet, wenn man eine an sich größere Verkaufsfläche durch geeignete Maßnahmen auf 800m² reduziert. Die zweite Fragestellung betraf die Öffnung von einzelnen Geschäften in Einkaufszentren. Die Frage dabei lautete, ob die 800m²-Regelung auch auf Geschäfte in Einkaufszentren Anwendung findet. Die Verwaltungsgerichte legten die entsprechende Norm unterschiedlich aus, wobei die Ansicht überwog, dass eine Reduzierung auf 800m² unzulässig sei,²⁶² wohingegen eine Öffnung von Geschäften unter 800m² in Einkaufszentren überwiegend bejaht wurde.

VII. Maskenpflicht

1. Normeninhalt

Die Pflicht zur Bedeckung von Mund und Nase, kurz „Maskenpflicht“,²⁶³ wurde in Bayern ab dem 04.05.2020 eingeführt. Die erste Maskenpflicht in Bayern war nicht allgemein geregelt, sondern bezog sich stets auf spezielle

262 In vier Fällen lehnte das VG Regensburg den Antrag bereits deswegen ab, weil die Möglichkeit, die Verkaufsfläche durch geeignete Maßnahmen zu reduzieren, schon gar nicht glaubhaft gemacht wurde, bspw. VG Regensburg Beschl. v. 24.04.2020 – RN 14 E 20.677, BeckRS 2020, 7820.

263 Dabei geht die weit überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung davon aus, dass diese Maßnahme unproblematisch verhältnismäßig ist. Spektakulär – und für den Richter beruflich auch sehr folgenreich – war daher der Beschluss des Weimarer Amtsrichters, AG Weimar, Beschl. v. 08.04.2021 – 9 F 148/21, BeckRS 2021, 6770, der im Rahmen einer familienrechtlichen Angelegenheit die Maskenpflicht Schüler:innen ggü. als unverhältnismäßig einstufte. Er wurde aufgrund dieser Entscheidung wegen Rechtsbeugung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, ausgesetzt

Örtlichkeiten, in deren sie galt. Ausnahmen von der Maskenpflicht gab es nur für Kinder unter sechs Jahren. Die Regelung der 3. BayIfSMV lautete auszugsweise:

§ 4 Betriebsuntersagungen

(4) Für Ladengeschäfte, Einkaufszentren und Kaufhäuser des Einzelhandels gilt:

[...]

4. die Kunden und ihre Begleitpersonen ab dem siebten Lebensjahr haben eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen.

[...]

§ 8 Öffentlicher Personennahverkehr, Schülerbeförderung

Personen ab dem siebten Lebensjahr haben bei der Nutzung von Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs und der (sic) hierzu gehörenden Einrichtungen eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen (...).“

Zudem wurde der Verstoß gegen die Maskenpflicht bußgeldbewehrt, § 9 Nr. 5 a) aa), Nr. 5 b), Nr. 6 b) aa), Nr. 9 3. BayIfSMV.

Verfahren betreffend die Maskenpflicht wurden nach den Betriebsuntersagungen – zumindest beim BayVGH – am zweithäufigsten²⁶⁴ geführt. Dieser hatte in insgesamt elf Fällen zu entscheiden. Ging der BayVGH anfangs noch von offenen Erfolgsaussichten aus und entschied daher auf Basis einer Folgenabwägung, so ging er ab dem 12.05.2020 von der voraussichtlichen Unbegründetheit der Hauptsache aus und entschied aufgrund einer summarischen Prüfung. Vor dem BVerfG landete die Maskenpflicht nicht; vor dem BayVerfGH in der Art, dass die komplette BayIfSMV angegriffen wurde.

zur Bewahrung, *Podolski*, LTO v. 23.08.2023. Revision wurde vom Verteidiger direkt im Anschluss an die Verhandlung angekündigt.

264 Dieses Phänomen betraf nicht nur Bayern, *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3707 (3709 f.). Gründe hierfür könnten sein, dass die Maskenpflicht alle Menschen über sechs Jahre betraf und somit die Anzahl potentieller Kläger besonders groß war. Allerdings gilt dies auch für andere Maßnahmen wie z.B. die Ausgangsbeschränkung. Dort gab es jedoch viele Ausnahmen, so dass der Eindruck der individuellen Betroffenheit womöglich weniger groß erschien. Außerdem lässt sich dem Tatbestand der Entscheidungen oft entnehmen, dass die Antragsteller selbst eine Gesundheitsschädigung durch die Maske befürchteten, so dass sich auch daraus die erhöhte Klagebereitschaft erklären könnte. *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3707 (3708), weisen zudem darauf hin, dass die Maskenpflicht zum „Kulminationspunkt“ der Anti-Corona-Bewegung wurde.

Die Antragsteller, die sich gegen die Maskenpflicht an sich wandten, argumentierten, dass es hierfür keine ausreichende Rechtsgrundlage gebe, der Nutzen bislang nicht erwiesen oder die Maske sogar ungeeignet sei. Auch würden wichtige Maßnahmen, wie Abstand halten, dadurch nicht mehr so gut eingehalten. Die Maßnahme sei überdies unverhältnismäßig, da die Regelung keine Ausnahme vorsähe. Auch verwiesen manche Antragsteller auf potentielle gesundheitsschädliche Auswirkungen durch die Maske selbst.

Der Antragsgegner hielt dem regelmäßig entgegen, dass es sich um eine notwendige Schutzmaßnahme iSd § 28 I 1 HS 1 IfSG handle, deren Eingriffsintensität nur gering sei, weswegen das Interesse des Antragstellers zurückzutreten habe.

2. Entscheidungen des BayVGh

Der BayVGh lehnte alle Anträge ab. Hervorgehoben wird im Folgenden besonders die erste Entscheidung zur Maskenpflicht, da diese Auswirkungen auf die weitere Normsetzungstätigkeit hatte.²⁶⁵

a) BayVGh Beschluss vom 05.05.2020 – 20 NE 20.926

Bereits einen Tag nachdem die Maskenpflicht in bestimmten Bereichen in Kraft trat, lehnte der BayVGh mit Beschluss²⁶⁶ vom 05.05.2020 einen entsprechenden Eilantrag ab. Dabei ging der BayVGh von offenen Erfolgsaussichten aus, weil die Maskenpflicht voraussichtlich von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei. Die anschließende Folgenabwägung ging zu Lasten des Antragstellers. Allerdings meldete der BayVGh rechtliche Bedenken im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit an:²⁶⁷

„Jedoch begegnet das Fehlen einer normierten Befreiungsmöglichkeit von dieser Verpflichtung rechtlichen Bedenken im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG. Ob eine verfassungskonforme Auslegung der angegriffenen Normen diese Bedenken zu beseitigen vermag, muss der Klärung in einem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben“;

265 Zu den Auswirkungen Kap. 4, F.

266 BayVGh Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.926, BeckRS 2020, 7969.

267 Ebd., Rn. 17.

und weiter:²⁶⁸

„Da jedoch weder § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 noch § 8 3. BayIfSMV eine Befreiungsmöglichkeit von der Verpflichtung zum Tragen einer MNB vorsehen, obwohl Fälle denkbar sind, die Personen das Tragen einer Gesichtsmaske unmöglich machen, erscheint insbesondere angesichts der Bußgeldbewehrung in § 9 zumindest fraglich, ob die Regelungen in jedem Einzelfall noch angemessen sind (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Vollzugspraxis des Ordnungsgebers, der in medizinisch begründeten Fällen von einer Verpflichtung (und Ahndung eines Verstoßes) abzusehen scheint (siehe hierzu FAQs (<https://www.corona-katastrophenschutz.bayern.de/faq/index.php>) zur Fragestellung „Ich bzw. ein Mitglied meiner Familie leide/t an einer Behinderung und kann deshalb in Geschäften oder im ÖPNV keine MNB tragen. Ist man dennoch dazu verpflichtet?“) erscheint nicht geeignet, dieses normative Defizit auszugleichen. Darauf hat der Antragsgegner mittlerweile reagiert und in § 1 Abs. 2 der am 11. Mai 2020 in Kraft tretenden Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 5. Mai 2020 (2126-I-8-G, BayMBl. 2020 Nr. 240) einen ausdrücklichen Befreiungstatbestand vorgesehen.“

Der BayVGh deutete demnach ein normatives Defizit an, dessen Klärung allerdings der Hauptsache vorbehalten bleibe. Außerdem verwies der BayVGh darauf, dass diese Regelung ohnehin überarbeitet und ein Befreiungstatbestand eingefügt wurde – auch wenn diese Regelung erst ab dem 11.05.2020 in Kraft trat.²⁶⁹ Maßgeblich war auch die Überlegung, dass die aktuelle Vollzugspraxis wohl bei Härtefällen ohnehin von einer Verfolgung absehen würde.

b) Die weiteren Verfahren ab dem 11.05.

Ab dem 11.05.2020, nachdem die neue Regelung mit Befreiungstatbestand in Kraft trat, ging der BayVGh nicht mehr von offenen Erfolgsaussichten aus, sondern davon, dass sich die Hauptsache voraussichtlich als unbegründet erweisen werde. Dabei argumentierte der BayVGh wie auch bereits in den Entscheidungen zur Maskenpflicht, dass an die „Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Maßnahmen [...] bei pandemischer Lage einer poten-

268 Ebd., Rn. 25.

269 Zur Würdigung Kap. 3, D. I. 1. c) bb).

tiell tödlich verlaufenden Viruserkrankung, gegen die weder ein Impfstoff noch suffiziente Medikamente vorhanden sind, keine überhöhten Anforderungen zu stellen [sind].“ Verhältnismäßig sei die Maßnahme darüber hinaus, da der Eingriff nur geringfügig sei und nur in kurzfristigen Situationen greife.

VIII. Feststellungsanträge

Die Verwaltungsgerichte sahen sich, nachdem die Coronamaßnahmen nicht mehr in Allgemeinverfügungen geregelt wurden, sondern mittels Verordnung, mit vielen Feststellungsanträgen konfrontiert.

Primär ging es dabei, wie bereits dargelegt, um die Auslegung der 800m²-Regel. Daneben gab es noch kleinere Schauplätze, wie beispielsweise die Fragen, ob einzelne Betriebe und Dienstleistungen unter die damaligen Betriebsuntersagungen fielen²⁷⁰ oder welches Verhalten²⁷¹ einen triftigen Grund darstellte, das das Verlassen der Wohnung rechtfertigte. Die auswirkungsreichen Entscheidungen wurde bereits beim jeweiligen Themenkomplex vorgestellt; von der Darstellung der anderen Verfahren wird mangels größerer Relevanz abgesehen – es wurden dort hauptsächlich Einzelfragen geklärt, die für das weitere Geschehen keine Bedeutung hatten.

IX. Anhörungsrügen

Insgesamt wurden drei Anhörungsrügen eingereicht. Eine Anhörungsrüge betraf hauptsächlich das Besuchsverbot in Pflegeeinrichtungen. Dabei wurde ausweislich der Gründe gerügt, der Senat habe sich nicht genügend mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Lockdown aus wissenschaftlicher Sicht notwendig gewesen sei. Die Rüge wurde mangels Gehörverstoßes abgewiesen.

270 Bspw. wollten Fitnessstudiobetreiber kontaktloses Elektromuskelstimulationstraining anbieten, VG München Beschl. v. 28.05.2020 – M 26 E 20.2135; BeckRS 2020, 14006.

271 Kap. 3, A. I. 3. bb).

Die anderen beiden Anhörungsrügeverfahren betrafen Entscheidungen zu den Ausgangsbeschränkungen.²⁷² Ausweislich der Entscheidungsgründe rügten die Antragsteller, rechtlicher Kernvortrag wie beispielsweise zur Rechtsgrundlage des § 28 IfSG a.F., zum Prüfungsmaßstab und zu Art. 104 GG sei nicht berücksichtigt worden. Der Senat lehnte die Anhörungsrügen ab und berief sich hinsichtlich der genannten Punkte darauf, dass die Antragsteller „letztlich die materielle Richtigkeit der Entscheidung in Frage“²⁷³ stellen würden oder „ausschließlich eine materiell fehlerhafte Rechtsanwendung“²⁷⁴ rügen, was aber nicht von Art. 103 I GG geschützt sei.²⁷⁵

X. Sonstiges

Des Weiteren wurden vor den Verwaltungsgerichten und dem BayVGh noch mehrere Einzelfragen aufgeworfen, die allerdings mangels Relevanz nicht allesamt dargestellt werden, sondern gesondert im Rahmen der Würdigung, sofern hierfür von Bedeutung. Die sonstigen Verfahren richteten sich gegen folgende Maßnahmen: Rückstellung planbarer Operationen, Veranstaltungsverbot, Kontaktdatenerfassung, Reihentestung von Mitarbeiter:innen einer Firma, Verbot von Präsenzunterricht, Aufnahmestopp weiterer Patient:innen, Einreisequarantäne, Besuchsverbot im Krankenhaus, Mindestabstand bei touristischen Reisebusfahrten und Kontaktbeschränkungen.

B. Die Verfahren vor dem BayVerfGH

I. Erste Entscheidung vom 26.03.2020 – Vf.6-VII-20

Bei der ersten Entscheidung²⁷⁶ des BayVerfGH vom 26.03.2020, die sich gegen die gesamte Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung richtete, entschied der damalige Präsident des BayVerfGH

272 BayVGh Beschl. v. 06.04.2020 – 20 NE 20.703 (nicht veröffentlicht), und Beschl. v. 06.05.2020 – 20 NE 20 1032 (nicht veröffentlicht).

273 BayVGh Beschl. v. 06.04.2020 – 20 NE 20.703, Rn. 4 (nicht veröffentlicht).

274 BayVGh Beschl. v. 06.05.2020 – 20 NE 20.1032, Rn. 4 (nicht veröffentlicht).

275 Zur Würdigung Kap. 3, D. I. 3.

276 BayVerfGH Entsch. v. 26.03.2020 – Vf.6-VII-20; BeckRS 2020, 4602.

Küspert allein. Diese Möglichkeit sieht Art. 26 III VfGHG vor, wenn die Entscheidung der zuständigen Spruchgruppe in Fällen besonderer Dringlichkeit nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann. Der damalige Präsident des BayVerfGH bejahte diese Voraussetzungen in der ersten Entscheidung und begründete dies mit der erheblichen Grundrechtsrelevanz, die im Interesse der Rechtssicherheit nach unverzüglicher Entscheidung erfordere. Aufgrund offener Erfolgsaussichten stellte der Präsident anschließend eine Folgenabwägung an, die zu Lasten der Antragsteller ausging. Zudem wies er auf die besondere Stellung des RKI, die sich aus § 4 IfSG ergebe, und dessen²⁷⁷ Risikoeinschätzung hin.²⁷⁸

II. Die nachfolgenden Entscheidungen

1. Ablehnende Entscheidungen

Die anderen ablehnenden Entscheidungen betrafen die Ausgangsbeschränkung, die gesamte 3. BayIfSMV sowie die 4. und 5. BayIfSMV. Anstelle des Präsidenten allein entschied allerdings die zuständige Spruchgruppe, Art. 2 Nr. 9 VfGHG. Die Anträge wurden aufgrund einer Folgenabwägung abgelehnt.

Auch wies der BayVerfGH in der Entscheidung vom 24.04.2020 erstmals auf eine Pflicht des Ordnungsgebers zur strengen Evaluierung hin:²⁷⁹

„Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Normgeber bei einer künftigen Aufrechterhaltung oder Fortschreibung gravierender Grundrechtseinschränkungen durch die angegriffene Verordnung eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu untersuchen hat, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems

277 Nicht allein auf das RKI abstellend: BVerfG Beschl. v. 03.06.2020 – 1 BvR 990/20, BeckRS 2020, 11760; anders jedoch wiederum BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589, Rn. 13.

278 Darauf hinweisend, dass dadurch womöglich die Kontrollfunktion aus der Balance gerät, da sich bereits der Normgeber über § 4 I 1 IfSG auf das RKI berufen kann *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487. Kritisch ebenfalls *Kruschke*, NVwZ-Extra 9/2022, 1 (7) mwN; *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (58); *ders.*, JöR, 69/2021, 705 (753). Zu den Bezugnahmen der Gerichte auf das RKI in quantitativer Hinsicht *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3707 (3711 f.).

279 BayVerfGH Entsch. v. 24.04.2020 – Vf. 29-VII-20, BeckRS 2020, 6617, Rn. 31.

verantwortet werden kann, Einschränkungen – gegebenenfalls unter Auflagen – (weiter) zu lockern.“

2. Erfolgreiches Verfahren

In der Entscheidung²⁸⁰ vom 08.06.2020 ordnete der BayVerfGH die vorläufige Außervollzugsetzung des § 21 Nr. 7 der 5. BayIfSMV insoweit an, als sich diese Vorschrift über die Verweisungen in § 9.II Nr. 1, IV 1, VI 11, VII und IX 1 auf § 1 I 5. BayIfSMV bezog.

Zugrunde lag dem Verfahren die gesamte 5. BayIfSMV, darunter auch das Mindestabstandsgebot bei Sportausübung und dessen Ordnungswidrigkeitenbewehrung in § 21 Nr. 7 5. BayIfSMV. Demnach stellte die Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 m bei der Sportausübung eine Ordnungswidrigkeit dar.

Der BayVerfGH entschied, die Bußgeldbewehrung des Abstandsgebots bei Sportausübung sei „wegen Verstoßes gegen das spezielle Bestimmtheitsgebot des Art. 104 Abs. 1 BV offensichtlich verfassungswidrig“.²⁸¹ Dabei bezog sich der BayVerfGH auch auf die Entscheidung des BayVG vom 30.03.2020, worin der Senat das Abstandsgebot als Appell einordnete. Außerdem seien die Begriffe „angehalten“, „absolut nötiges Minimum“ und „wo immer möglich“ offenkundig zu unbestimmt, „um die betroffenen Betreiber und Nutzer von Sporteinrichtungen in ausreichender Weise in die Lage zu versetzen, das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen“.²⁸²

Anschließend setzte sich der BayVerfGH noch mit der Frage auseinander, ob dieser offenkundige Verstoß eine vorläufige Außervollzugsetzung rechtfertigen würde oder ob ausreichend gewichtige Gründe erkennbar seien, die dagegen sprechen würden. Solche gewichtigen Gründe verneinte der BayVerfGH. Zwar bestehe das Risiko, dass sich nun mehr vermehrt Betreiber und Nutzer von Sporteinrichtungen nicht mehr an das Abstandsgebot halten würden. Diese Gefahr sei allerdings aufgrund der anderen geltenden Regelungen zur Infektionsschutzreduzierung vernachlässigbar.²⁸³ Auch wenn der BayVerfGH somit von einer insoweit offensichtlichen Verfassungswidrigkeit ausging, führte er noch eine knappe Folgenabwä-

280 BayVerfGH Entsch. v. 08.06.2020 – Vf.34-VII-20, BeckRS 2020, 11735.

281 Ebd., Rn. 13.

282 Ebd., Rn. 15.

283 Ebd., Rn. 16.

gung – so auch explizit bezeichnet – durch und prüfte, ob der einstweiligen Anordnung gewichtige Gründe des Gesundheitsschutzes entgegenstehen könnten.

Die Entscheidung fand weder medial noch in der juristischen Fachwelt Beachtung, was vor allem damit zusammenhängen dürfte, dass es sich um einen Randbereich der Coronamaßnahmen handelte.

C. Die Verfahren vor dem BVerfG

Vor dem BVerfG gab es eine bunte Mischung an Anträgen,²⁸⁴ die meisten Verfahren waren jedoch bereits unzulässig.²⁸⁵ Die zulässigen Verfahren betrafen bezogen auf Bayern hauptsächlich die Ausgangsbeschränkung²⁸⁶ und ein Verfahren betraf die 800m²-Regel. Sie wurden allesamt aufgrund einer Folgenabwägung abgelehnt.

Relevant, da auswirkungsreich, war die bereits besprochene Entscheidung²⁸⁷ des BVerfG vom 09.04.2020 zur Ausgangsbeschränkung. Von den „nicht-bayerischen Verfahren“ noch besonders erwähnenswert waren die dargestellten Entscheidungen zum Versammlungsrecht und zum Gottesdienstverbot.²⁸⁸

D. Würdigung der Spruchpraxis

Im Folgenden werden die Gerichtsentscheidungen getrennt nach BayVGh, BayVerfGH, BVerfG und Verwaltungsgerichte gewürdigt und dahingehend untersucht, ob es (krisenbedingte) Auffälligkeiten gab.

284 Bspw. der bereits genannte Antrag (siehe Kap. 2, C. IV. 4.) „festzustellen, dass die Corona-Verordnungen aller Bundesländer dazu geeignet sind, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere die Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und die freiheitlich-demokratische Grundordnung nach Art. 20 GG zu gefährden“; BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 26/20, BeckRS 2020, 5586.

285 Kap. 2, C. IV. 1.

286 Insgesamt vier Verfahren.

287 BVerfG Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596; Kap. 3, A. I. 4.

288 BVerfG Beschl. v. 10.03.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589; Kap. 3, A. III. 3 (Gottesdienstverbot) und BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766, Kap. 3, A. IV. 4 (Versammlungsverbot).

I. BayVGH

1. Entscheidungsmuster

Im Rahmen der Eilverfahren vor dem BayVGH lassen sich verschiedene Entscheidungsmuster erkennen, die besonders auffällig waren und daher im Folgenden erörtert werden. Die einzelnen Muster weisen dabei Überschneidungen zueinander auf und betreffen jeweils auch nicht alle Entscheidungen.

a) Flucht in die summarische Prüfung und in die Folgenabwägung

Sieht man sich die Entscheidungen des BayVGH an, wird schnell deutlich, dass er sich oft in eine summarische Prüfung und Folgenabwägung flüchtete.

In seiner ersten Entscheidung²⁸⁹ legte der BayVGH den Prüfungsmaßstab²⁹⁰ fest und stellte dabei auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache ab, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Diesen Erfolgsaussichten sei eine umso größere Bedeutung zuzumessen, je kürzer die Geltungsdauer der angegriffenen Norm sei. Das einstweilige Rechtschutzverfahren sei dann notwendig zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art 19 IV GG, da in der Hauptsache eine Entscheidung zu spät käme. Dies gelte umso mehr, wenn die angegriffenen Normen – wie vorliegend – in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthielten. Diesen Prüfungsmaßstab behielt der BayVGH in sämtlichen Verfahren bei.²⁹¹

Der BayVGH betonte demnach zwar die Bedeutung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, was sich jedoch nicht in der tatsächlichen Prüfung niederschlug:²⁹² Von den 38 zulässigen Verfahren führte der BayVGH in 17 eine Folgenabwägung durch, die stets zu Lasten der Antragsteller ausging. Die Erfolgsaussichten prüfte er in diesen Verfahren nicht, sondern stufte

289 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, Kap. 3, A. I. 2. b) aa).

290 Ausführlich zur Entwicklung des Prüfungsmaßstabs im Rahmen von § 47 VI VwGO Lüke, JöR, 70/2022, 609 (613 ff.); Schoch, NVwZ 2022, 1; siehe auch Kap. 2, C. II. 1. a).

291 Kritisch zum gewählten Prüfungsmaßstab der Gerichte Lepsius, JöR, 69/2021, 705 (749) mwN.

292 Vgl. Blankenagel, JZ 2021, 702 (709).

die Erfolgsaussichten, meist unter Hinweis auf die Komplexität der Fragestellungen, als offen ein.

In nur 16 Verfahren bezog sich der BayVGh auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache und prüfte die Rechtslage (summarisch). Dabei kam er in 15 Fällen zu dem Ergebnis, dass die Hauptsache voraussichtlich nicht erfolgreich sein würde und lehnte die Anträge entsprechend ab. Beim einzig erfolgreichen Verfahren (800m²-Beschluss)²⁹³ bejahte der Senat den voraussichtlichen Erfolg der Hauptsache. In drei Verfahren wurde der Antrag abgelehnt, da eine Anordnung nicht dringend geboten²⁹⁴ sei und in zwei weiteren Verfahren kam der BayVGh aufgrund einer Auslegung²⁹⁵ der angegriffenen Norm zum Ergebnis, dass die Antragsteller ohnehin nicht unter die Regelung fallen.

Trotz der enormen Bedeutung der Erfolgsaussichten für die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes und zur Gewährleistung von Art. 19 IV GG gelangte der BayVGh somit in 17 Fällen zum Ergebnis, die Erfolgsaussichten ließen sich nicht abschätzen, was einer Quote von 45 % entspricht. Dabei ist auffällig, dass dies nicht nur Fragestellungen betraf, denen tatsächliche Probleme²⁹⁶ zugrunde lagen. Vielmehr verwies der BayVGh auch bei reinen Rechtsfragen auf deren Komplexität und darauf, dass man diese erst im Hauptsacheverfahren prüfen könne.²⁹⁷ So z.B. in der ersten Entscheidung über die Maskenpflicht,²⁹⁸ in welcher der BayVGh

293 Kap. 3, A. VI. 2.

294 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.738, BeckRS 2020, 5451; BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.704, BeckRS 2020, 5414 und BayVGh Beschl. v. 20.05.2020 – 20 NE 20.1046 (nicht veröffentlicht).

295 Diese Auslegung führte dazu, dass der BayVGh das Bedürfnis für eine Anordnung verneinte und der BayVGh die Anträge als unbegründet ablehnte, BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.953, BeckRS 2020, 10403, Rn. 30, 43 und Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.957, BeckRS 2020, 10404, Rn. 30, 43. Im späteren Verlauf der Pandemie wurden Anträge, bei denen der BayVGh zu dem Ergebnis kam, der Antragsteller falle ohnehin nicht unter die Beschränkung, bereits als unzulässig abgelehnt, BayVGh Beschl. v. 17.12.2021 – 20 NE 21.3012, BeckRS 2021, 40091 und Beschl. v. 29.12.21 – 20 NE 21.3037, BeckRS 2021, 40587.

296 Zu der (im Übrigen nicht nur coronaspezifischen) Problematik „Entscheiden unter Unsicherheit“ – so auch der Titel des viel umstrittenen Dinners des Bundeskabinetts mit Richter:innen des BVerfG vom 30.06.2021 – Froese, DÖV 2022, 389 (392 f.); Ladeur, RuP, 57/2021, 144; Trute, GSZ 2020, 93; ders., jM 2020, 291. Voßkuhle in Kortmann/Schulze (Hrsg.), Jenseits von Corona, S. 205, lenkt dabei den Blick auf die Probleme, die mit Prognoseentscheidungen einhergehen. Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt Bamberger/Piper, NVwZ 2022, 38.

297 Kritisch hierzu Stache, JuWissBlog Nr. 69/2020 v. 01.05.2020.

298 Kap. 3, A. IVII. 2. a) und Kap. 3, D. I. 1. c) bb).

eine rein rechtliche Auslegungsfrage nicht im Eilverfahren zu prüfen vermochte und stattdessen auf das Hauptverfahren verwies. Dasselbe gilt für die Grundrechtsprüfung wie Art. 12 I GG, wobei hier zugegeben wird, dass sich bei der Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit mancher Maßnahmen tatsächlich das Unwissen über tatsächliche Umstände stark auswirkte.²⁹⁹ Dabei ist es aber nicht ausgeschlossen, trotz möglicher Verzahnung mit tatsächlichen Fragestellungen in manchen Konstellationen, in die Angemessenheitsprüfung einzusteigen und eine Abwägung vorzunehmen.³⁰⁰ Stattdessen aber wurde oftmals die gesamte Freiheitsrechteprüfung – ein zentraler Vortrag der Beteiligten und auch eine zentrale Thematik der Corona-Maßnahmen – schlicht ausgeklammert unter dem pauschalen Hinweis, diese Fragestellung sei für das Eilverfahren zu komplex.³⁰¹

Unter Hinweis auf eine behauptete Komplexität wurden somit manche Maßnahmen mehr oder weniger prüfungsresistent, da eine Folgenabwägung des BayVGH stets³⁰² zu Gunsten des Ordnungsgebers ausging. Mag die Komplexität bei manchen tatsächlichen Fragestellungen auf der Hand gelegen haben, ist dies bei rein rechtlichen – zumal über einen längeren Zeitraum – nicht ohne weitere Begründung klar. Begründet wurde die Komplexität jedoch nicht; trotz der erheblichen Grundrechtsbetroffenheit und der Bedeutung von Art. 19 IV GG. Vielmehr ging der BayVGH davon aus, dass im Eilverfahren nur eine summarische Prüfung – auch rein rechtlicher Fragestellungen – möglich sei. In mehreren Verfahren liest

299 Zum komplexen Verhältnis von Tatsachen und Recht am Beispiel der Corona-Pandemie *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, Heft 1, 487; *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 212 (214); *Ruscheimer*, JöR, 69/2021, 449 (458 ff.).

300 *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (629); aA unter Hinweis darauf, dass die Angemessenheitsprüfung eine Tatsachenbewertung erfordere, *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (723).

301 Kritisch zur Verlagerung von („komplexen“) Rechtsfragen in das Hauptverfahren: *Heinemann*, NVwZ 2019, 517; *Schoch* in *Schoch/Schneider VwGO*, § 47 Rn. 170 d; von „Verstecken“ hinter Komplexität spricht *Frankenberg*, NVwZ 2021, 1427, (1428); zu dieser Problematik speziell Coronaverfahren betreffend auch *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (620) mwN.

302 Eine Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg sticht insofern besonders hervor und wird daher hier erwähnt, auch wenn es um eine Entscheidung außerhalb Bayerns geht. Das OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 04.01.2021 – 11 S 132/20, BeckRS 2021, 2, Rn. 18 ff., ging von offenen Erfolgsaussichten aus, allerdings ging die anschließende Folgenabwägung zu Lasten des Ordnungsgebers aus. Insofern unzutreffend *Lüke*, JöR70/2022, 609 (636) und *Klafki*, JöR, 69/2021, 584, (595), die davon ausgehen, es gebe keine Entscheidung, die von offenen Erfolgsaussichten ausgeht und bei der die anschließende Folgenabwägung dennoch zur Außervollzugsetzung der Norm führt.

man daher, dass im Eilverfahren generell oder aufgrund der Eilbedürftigkeit nur eine summarische Prüfung „möglich“³⁰³ oder gar „geboten“³⁰⁴ sei. Angemerkt sei jedoch, dass der BayVGh oftmals nicht mal eine solche summarische Rechtsprüfung durchführte, sondern sogar diese auf das Hauptsacheverfahren verlagerte unter dem Hinweis auf die Komplexität der Fragestellung.³⁰⁵

Zu Recht kann daher von einer Flucht in die Folgenabwägung³⁰⁶ und in das Hauptverfahren gesprochen werden.³⁰⁷

b) BayVGh als Hinweisgeber

Die anfänglichen Entscheidungen enthielten eine Vielzahl an Hinweisen,³⁰⁸ die der BayVGh dem Ordnungsgeber an die Hand gab. Zu Beginn betrafen diese Hinweise vor allem das „Handwerkliche“, d.h. die Rechtsetzungstätigkeit an sich. Man kann daher vom BayVGh als Hinweisgeber sprechen, wie folgende Entscheidungen verdeutlichen:

303 Bspw. BayVGh Beschl. v. 30.04.2020 – 10 CS 20.999 (Rn. 23), BeckRS 2020, 9460; BayVGh Beschl. v. 30.04.2020 – 10 CS 20.1000 (Rn. 4), BeckRS 2020, 9486; BayVGh Beschl. v. 22.05.2020 – 10 CS 20.1237 (Rn. 7), BeckRS 2020, 14529.

304 BayVGh Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.926 (Rn. 24), BeckRS 2020, 7969; BayVGh Beschl. v. 07.05.2020 – 20 NE 20.955 (Rn. 35), BeckRS 2020, 7701; BayVGh Beschl. v. 07.05.2020 – 20 NE 20.936 (Rn. 22) (nicht veröffentlicht); BayVGh Beschl. v. 07.05.2020 – 20 NE 20.971 (Rn. 19), BeckRS 2020, 8313; BayVGh Beschl. v. 11.05.2020 – 20 NE 20.843 (Rn. 23), BeckRS 2020, 8311; BayVGh Beschl. v. 12.05.2020 – 20 NE 20.1080 (Rn. 22), BeckRS 2020, 8471; BayVGh Beschl. v. 15.05.2020 – 20 NE 20.1102 (Rn. 19), BeckRS 2020, 9826; BayVGh Beschl. v. 04.06.2020 – 20 NE 20.929 (Rn. 21), BeckRS 2020, 14610; BayVGh Beschl. v. 04.06.2020 – 20 NE 20.1196 (Rn. 25), BeckRS 2020, 14609.

305 Darauf hinweisend, dass auch im Eilverfahren (komplexe) Rechtsfragen vollständig zu prüfen sind und nicht nur summarisch, *Schoch* in *Schoch/Schneider VwGO*, § 47 Rn. 170 ff. mwN.

306 *Kießling*, Anmerkung zu BayVGh Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907, *NJW* 2021, 178; *Schoch*, *NVwZ* 2022, 1 (7). *Klafki*, *JöR*, 69/2021, 583 (595), spricht bei der Folgenabwägung von einem „argumentativem Rückzugsort“ der Gerichte.

307 *Lüke*, *JöR*, 70/2022, 609 (618), weist darauf hin, dass der BayVGh im Vergleich zu anderen Oberverwaltungsgerichten schnell zur Folgenabwägung gelangte.

308 *Dreier*, *DÖV* 2021, 229 (234) spricht von „deutlichen Hinweisen aus der gerichtlichen Spruchpraxis“; *Lepsius*, *JöR*, 69/2021, 705 (744 f.) vom „Fingerzeig“, *Sinder*, *NVwZ* 103 (105) vom „Taktgeber“ und *Graßhof/Ludgera*, *ZRP* 2021, 29, sprechen von „Signalen der Landesverfassungsgerichtsbarkeit“.

aa) Ausgangsbeschränkung: BayVGH 30.03.2020 – 20 NE 20.632

Das erste Verfahren des BayVGH³⁰⁹ vom 30.03.2020, welches die Ausgangsbeschränkung und das Abstands- sowie Kontaktreduzierungsgebot zum Gegenstand hatte, beinhaltete gleich mehrere grundlegende Hinweise, die zu entsprechenden Änderungen führten.³¹⁰

(1) Bußgeldbewehrung

In dem ersten Verfahren³¹¹ hinsichtlich der Ausgangsbeschränkung vor dem BayVGH wurde von den Antragstellern u.a. die Rückwirkung der Verordnung, § 2 Corona-Verordnung, trotz der Bewehrung der Verordnung kritisiert. Der BayVGH entschied wie dargelegt,³¹² dass mangels einer gem. Art. 51 II LStVG a.F. zwingend vorgesehenen Veröffentlichung im Gesetzs- und Verordnungsblatt keine bewehrte Verordnung vorlege. Zudem fehle der Verweis auf § 73 Ia Nr. 24 IfSG. Dabei war es offensichtlicher Verordnungsgeberwille, die Verordnung bewehrt auszugestalten: So wurden z.B. der Verstoß gegen das Abstandsgebot und die Ausgangsbeschränkung in Teil 2, Nr. 3 des Bußgeldkatalogs³¹³ „Corona-Pandemie“ genannt. Auch in der Pressekonferenz vom 20.03.2020 wies der Bayerische Innenminister *Herrmann* mehrfach und eindringlich darauf hin, dass Verstöße entsprechend geahndet würden.³¹⁴

In Folge dieser Hinweise konnte der Verordnungsgeber entsprechend reagieren³¹⁵ und den nach § 73 Ia Nr. 24 letzter HS IfSG erforderlichen Verweis auf die Bußgeldvorschrift in der Verordnung verankern. Außerdem

309 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618; Kap. 3, A. I. 2. b) aa) (1).

310 Zu den Auswirkungen Kap. 4, A. II.

311 Entscheidungsbesprechung bei *Knopp*, Erosion des Rechtsstaats?, 2020, S. 71 ff.

312 Kap. 3, A. I. 2. b) bb).

313 Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Sport und Integration und für Gesundheit und Pflege vom 27.03.2020, BayMBl. 2020 Nr. 159.

314 Pressekonferenz vom 20.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=uMBPOdYDlbU> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 25:19; auch Kap. 4, A. IV. 2.

315 BayMBl. 2020 Nr. 162; siehe auch Kap. 4, A. II 1.

achtete der Ordnungsgeber künftig³¹⁶ auch darauf, die Verordnung im GVBl. bekannt zu machen.

(2) Allgemeiner Appell

Neben der Bußgeldbewehrung, mit der sich der Senat wegen des Vortrags der Antragsteller zum Rückwirkungsverbot auch entscheidungstragend beschäftigen musste, gab es auch noch weitere Hinweise, die der Senat einbaute, obwohl sie nicht entscheidungserheblich waren.

Zu § 1 I 1 Corona-Verordnung, wonach jeder angehalten wurde, die physischen und sozialen Kontakte auf ein notwendiges Minimum zu reduzieren, äußerte sich der BayVGh wie folgt:³¹⁷

„Insofern kommt es auch nicht mehr darauf an, dass für die in § 1 Abs. 1 Satz 1 CoronaV angesprochene generelle Reduzierung nicht nur physischer, sondern auch allgemein „sozialer“ – dem Wortlaut nach also offenbar auch nicht-physischer – Kontakte außerhalb des eigenen Hausstands keine infektionsrechtliche oder anderweitige Rechtfertigung erkennbar ist.“

Der Senat machte damit deutlich, dass es keine Rechtfertigung gebe für den Appell, die sozialen Kontakte zu reduzieren. Da der Senat § 1 I 1 Corona-Verordnung ohnehin als reinen Appell ohne vollziehbaren Inhalt auslegte, war es für die Entscheidung jedoch nicht von Bedeutung, dass es für den Zusatz „und soziale Kontakte“ keine Rechtfertigung gab. Dennoch wies der Senat darauf hin, sodass der Ordnungsgeber entsprechend reagieren und diesen unnötigen Zusatz streichen konnte.³¹⁸

316 Bis zur Gesetzesänderung des Art. 51 II LStVG, mit welcher die zwingende Veröffentlichung im GVBl. gestrichen wurde, Kap. 2, B. II. 3. Bis dahin arbeitete das StMGp mit Notbekanntmachung bis zur Veröffentlichung im GVBl. Das Erfordernis erachtete der BayVGh allerdings mit Beschl. v. 09.04.2020 als nicht erfüllt, so dass die erste wirksame Bewehrung erst ab dem 07.04.2020 zustande kam; an dem Tag erfolgte die Bekanntmachung im GVBl; hierzu auch Kap. 4, D. III.

317 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618, Rn. 50.

318 Kap. 4, A. II.1.

(3) Abstandsregelung

Der BayVGH entschied zudem, das Abstandsgebot sei ein bloßer Appell. Zwar könne das Abstandsgebot nach Ansicht des Senats grundsätzlich im Einzelfall durch Verwaltungsakt konkretisiert werden, allerdings bedürfe es hierfür vorgegebener maßgeblicher Messpunkte, um den Abstand zu definieren. Der BayVGH lässt daher deutlich erkennen, dass eine abstrakte bußgeldbewehrte Regelung zum Abstandsgebot kaum möglich sein dürfte. In Folge dieser Entscheidung wurde der Bußgeldkatalog³¹⁹ angepasst und das Abstandsgebot ausgenommen.

bb) Ausgangsbeschränkung: BayVGH Beschluss vom 09.04.2020 – 20 NE 20.664

In dieser Entscheidung,³²⁰ der die BayIfSMV in Form einer Notbekanntmachung zugrundelag, deutete der Senat an, dass es nicht eindeutig sei, ob die Voraussetzungen für eine Notbekanntmachung gem. Art. 51 IV 1 LStVG a.F. vorlägen. Die Frage konnte allerdings unbeantwortet bleiben, da es zu einer Heilung kam aufgrund der Veröffentlichung im GVBl. am 07.04.2020.

Im Anschluss an die Entscheidung kam es sodann zu einer Änderung³²¹ des Art. 51 LStVG, die die Voraussetzungen für eine Notbekanntmachung deutlich erleichterten. Diese Änderung wurde angestoßen durch die genannte Entscheidung des BayVGH.

cc) 800m²-Regelung: BayVGH Beschluss vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793

Wie bereits dargelegt, nutzte der BayVGH im Beschluss vom 27.04.2020 (800m²-Beschluss)³²² die Gelegenheit, um Streitige Auslegungsfragen zu klären, die die Verwaltungsgerichte besonders beschäftigten. So stellte der BayVGH fest, dass § 2 V Nr. 1 2. BayIfSMV so zu verstehen sei, dass auch

319 Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“ vom 02.04.2020, BayMBl 2020 Nr. 173; auch Kap. 4, B. II. 1.

320 BayVGH Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664, BeckRS 2020, 6515; Kap. 3, A. I. 2. b) bb).

321 Gesetz zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27.04.2020, GVBl. 2020 S. 236. Siehe auch Kap. 2, B. II. 1.

322 BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793; BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. VI. 2.

Einzelhandelsgeschäfte öffnen dürften, die ihre Verkaufsfläche auf 800m² oder weniger reduzierten. Etwas anderes jedoch gelte für Verkaufsgeschäfte in Einkaufszentren. Diese Fragestellungen waren zwar nicht entscheidungserheblich, aber der Streit vor den Verwaltungsgerichten um die korrekte Auslegung der Norm konnte somit beigelegt werden.³²³

c) Warten auf künftige Normtätigkeit – (vorübergehendes) Dulden

In einigen Verfahren dominierte als Argument für die „Noch-Rechtmäßigkeit“ einer Maßnahme, eine – teilweise nur geplante – Tätigkeit des Gesetz- oder Ordnungsgebers. Aus den Entscheidungsgründen kann man erkennen, dass der BayVGH die Maßnahme allein deswegen aufrecht hielt, weil eine solche Tätigkeit in Aussicht stand. In der Zwischenzeit duldete der BayVGH die Maßnahme somit und flüchtete sich zudem in eine Folgenabwägung, wie die folgenden Entscheidungen zeigen:

aa) Entscheidungen zum Wesentlichkeitsgrundsatz

Besonders deutlich wird dieses Entscheidungsmuster, wenn man sich die Entwicklung der Entscheidungen zum Wesentlichkeitsgrundsatz, der insbesondere bei den Betriebsschließungen relevant war, genauer ansieht.

In der ersten Entscheidung³²⁴ zu den Betriebsuntersagungen, in der der BayVGH als Beschwerdegericht tätig wurde, thematisierte der BayVGH das Problem des Wesentlichkeitsgrundsatzes bereits kurz und verwies auf ein aktuelles Tätigwerden des Gesetzgebers, weswegen hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts keine Bedenken bestünden. Dabei ist es zwar zutreffend, dass kurz zuvor der Gesetzgeber tätig wurde. Diese Gesetzesänderung war zum Zeitpunkt der Entscheidung jedoch bereits abgeschlossen: Am 27.03.2020 trat das (erste) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in Kraft; ein Maßnahmenkatalog, der explizit auch Betriebsuntersagungen mit aufnahm, wurde im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens allerdings nicht beschlossen.³²⁵

323 Kap. 4, G.

324 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 CS 20.611, BeckRS 2020, 4616; Kap. 3, A. V. 3. a).

325 Zum Inhalt Kap. 2, B. I. 1.

Dennoch zog der BayVGH dieses abgeschlossene Gesetzgebungsverfahren als Begründung heran.³²⁶

Nachdem der Gesetzgeber demnach nicht wie vom BayVGH gedacht, tätig wurde, fand das Gericht in der Entscheidung vom 27.04.2020 (800m²-Entscheidung)³²⁷ etwas deutlichere Worte. Der BayVGH befand es als zweifelhaft, ob die Maßnahmen, die längere Zeit fort dauern, ohne ein Maßnahmegesetz mit dem Parlamentsvorbehalt vereinbar seien. Dabei deutete der BayVGH auch an, dass kurzfristige Maßnahmen auch aufgrund der Generalklausel des § 28 I 1 HS 1 IfSG ergehen könnten, der Parlamentsvorbehalt jedoch zum Tragen komme, sofern die Maßnahmen mittel- und langfristiger Natur seien.

Dieser Hinweis verpuffte jedoch folgenlos, denn auch mit Erlass des 2. Gesetzes zum Schutze der Bevölkerung vom 19.05.2020 wurden die Betriebsuntersagungen nicht ausdrücklich mit in das Gesetz aufgenommen.³²⁸

Trotz dieser geäußerten Bedenken beschäftigte sich der BayVGH³²⁹ ab dem 29.05.2020 mit der Frage nach dem Parlamentsvorbehalt nicht mehr inhaltlich, sondern verwies stattdessen auf ihre Komplexität, weswegen diese Frage erst im Hauptverfahren klärbar sei. Zugleich merkte er aber an: „Es handelt sich bei der Corona-Pandemie um ein seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland erstmalig auftretendes Ereignis, das derzeit mit bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen gehandhabt wird, die auf eine Pandemie dieser Größenordnung nicht zugeschnitten sind.“³³⁰

Erst mit der Entscheidung³³¹ vom 29.10.2020 äußerte der BayVGH „erhebliche Zweifel“ an der Maßnahme aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Trotz dieser erheblichen Zweifel, die er bereits in der Entscheidung vom 27.04.2020 hatte, suspendierte der BayVGH die entsprechende Verordnung nicht. Vielmehr ging der BayVGH dennoch – mit floskelhafter Begründung – davon aus, die Rechtsfrage könne erst im Hauptverfahren geklärt werden. Dies, obwohl sich die „verfassungsrechtlichen Implikatio-

326 Ob der BayVGH davon ausging, es würden noch weitere Gesetzesänderungen und insbesondere ein Maßnahmenkatalog folgen, und wenn ja, woher er diese Vermutung nahm, ist nicht klar.

327 BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. VI. 2.

328 Zum Inhalt des Gesetzes Kap. 2, B. I. 2.

329 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750; Kap. 3, A. V. 3. c).

330 Ebd., Rn. 15.

331 BayVGH Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521; Kap. 3, A. VI. 3. d).

nen – jedenfalls mittlerweile – geradezu aufdrängen“.³³² Die Entscheidungsgründe suggerieren auch hier, dass der BayVGH in Wahrheit von der voraussichtlichen Begründetheit einer entsprechenden Hauptsache ausging. Der BayVGH behauptete aber entgegen der deutlichen und umfangreichen, nämlich über knapp fünf Seiten – bei insgesamt sieben Seiten Begründetheit – umfassenden Ausführungen des Beschlusses zum Parlamentsvorbehalt, die Erfolgsaussichten der Hauptsache seien als offen einzustufen. Durch diesen Link gelangte der BayVGH wieder in die Folgenabwägung, welche erwartungsgemäß zu Lasten des Antragstellers ausging. Diese Einschätzung als „offen“ muss irritieren, wenn man sich die Ausführungen zuvor durchliest, die deutlich machen, dass es eines Maßnahmegesetzes bedürfte.

Der BayVGH begnügte sich somit (erneut) mit aktuellen gesetzgeberischen Bestrebungen, die – anders als im Zeitpunkt der Entscheidung vom 30.03.2020 – auch tatsächlich bereits angestoßen wurden: Der Bayerische Landtag hatte in seiner Plenarsitzung vom 21.10.2020 die Staatsregierung ausdrücklich dazu aufgefordert, sich für konkrete Befugnisnormen für besonders grundrechtsrelevante Eingriffe und breit angelegte Infektionsschutzmaßnahmen einzusetzen. Daraufhin hatte die Bayerische Staatsregierung am 27.10.2020 eine Entschließung in den Bundesrat zur Ergänzung des IfSG beschlossen.³³³ Das dritte Gesetz zum Schutze der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage nationaler Tragweite beinhaltete schließlich einen ausführlichen Maßnahmenkatalog, § 28a IfSG, der auch Betriebsuntersagungen ausdrücklich nannte.

Anstatt vor diesem Hintergrund aber nun eine umfassende oder auch nur summarische Rechtsprüfung vorzunehmen, berief sich der Senat auf anstehende Gesetzesänderungen – selbst wenn diese gar nicht stattfanden – oder flüchtete sich in eine Folgenabwägung, ohne die ihn bereits seit über einem halben Jahr beschäftigende Fragestellung des Wesentlichkeitsgrundsatzes umfassend zu prüfen, und dies trotz bereits frühzeitig geäußerter Zweifel.

332 Ebd., Rn. 35.

333 Zum Ablauf BayVGH Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521, Rn. 35, mit Hinweis auf die entsprechenden Protokollunterlagen.

bb) Entscheidungen zur Maskenpflicht

Auch in den anfänglichen Entscheidungen bis zum (11.05.2020)³³⁴ zur Maskenpflicht mied das Gericht eine Prüfung der Rechtsfrage und verwies stattdessen auf künftiges Tätigwerden des Normgebers.³³⁵

Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob die Maskenpflicht verfassungsgemäß ist.³³⁶ Der Senat hatte zunächst Zweifel im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da die Maskenpflicht zum damaligen Zeitpunkt ohne Ausnahmen angeordnet wurde, d.h. auch für Menschen mit möglichen medizinischen Kontraindikationen. Nachdem er diese Zweifel anmeldete, prüfte er, ob eine ausreichende Rechtsgrundlage vorliege, und führte eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung fiel auch untypischerweise³³⁷ umfangreich aus. So nehmen die Prüfung der Rechtsgrundlage und der Verhältnismäßigkeit insgesamt neun Randnummern ein, wohingegen die Folgenabwägung über zwei Randnummern hinweg erfolgte.

Trotz dieser umfangreicheren Prüfung schloss der BayVGH seine Angemessenheitsprüfung damit, dass diese letztlich nicht im Eilverfahren geklärt werden könne. Ausführungen, weswegen dies der Fall sein sollte, blieb der BayVGH schuldig. Der BayVGH stieg somit in die materielle Rechtsprüfung ein, beim entscheidenden und von ihm selbst als verfassungsrechtlich bedenklich eingestuften Problem der Angemessenheit erklärte er dieses aber unerwartet als zu komplex, flüchtete sich in die Folgenabwägung und lehnte den Antrag ab.

Maßgeblich für die Aufrechterhaltung der Maßnahme war dabei letztlich wiederum eine Normänderung. Der Ordnungsgeber hatte das Defizit bereits erkannt – ob auf richterlichen Hinweis hin oder von selbst, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen –³³⁸ und die Verordnung am 05.05.2020 mit Wirkung zum 11.05.2020 geändert.³³⁹ Dabei fügte er Befreiungen ein für

334 Die zeitliche Begrenzung erklärt sich damit, dass ab dem 11.05.2020 die Bedenken, die der Senat bis dahin hinsichtlich der Maskenpflicht äußerte, vom Ordnungsgeber ausgeräumt wurden, in dem eine Verordnung erlassen wurde, die entsprechende Ausnahmen von der Maskenpflicht vorsah; hierzu Kap. 4, F.

335 Exemplarisch BayVGH Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.926; BeckRS 2020, 7969.

336 Kap. 3, A. VII. 2. a).

337 Hierzu Kap. 3, D. IV. 1.

338 Da der Antrag bereits seit dem 27.04.2020 anhängig war, liegt es nahe, dass die Änderung aufgrund richterlichen Hinweises vorgenommen wurde.

339 BayMBl. 2020 Nr. 240.

Menschen, denen das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, § 1 II 4. BayIfSMV.

Der BayVGH duldete auch hier die angedeutete Unverhältnismäßigkeit aufgrund einer Normtätigkeit, auch wenn diese erst etwa eine Woche später in Kraft trat und die Norm bis dahin auch ohne Befreiungsmöglichkeit ordnungswidrigkeitbewehrt war.

cc) Unterschied zur Flucht in die Folgenabwägung

Charakteristisch für die soeben besprochenen duldenden Entscheidungen war demnach, dass die Maßnahme durchaus einer umfangreichen Prüfung unterzogen wurde, diese dann aber überraschenderweise mit der Feststellung endete, die weitere Prüfung sei für das Eilverfahren zu komplex, weswegen nur mehr eine Folgenabwägung zu erfolgen habe. Diese Entscheidungen sind daher auch eng verwandt mit den Hinweitsentscheidungen, da sie umfassende Hinweise enthalten, die Maßnahme am Ende aber geduldet wurde.

Der BayVGH flüchtete sich auch bei diesem Entscheidungstyp in eine Folgenabwägung. Der Unterschied zu den Entscheidungen, die im Prüfungspunkt „Flucht in die Folgenabwägung“ gewürdigt wurden, ist aber, dass dort sofort eine Folgenabwägung vorgenommen wurde, nachdem die Fragestellungen – ohne Begründung – als zu komplex für das Eilverfahren eingestuft wurden. In den zuletzt genannten Entscheidungen aber erfolgte eine umfangreiche Prüfung, die die Rechtmäßigkeit teils deutlich anzweifelte, die entscheidende Fragestellung aber plötzlich unter Verweis auf die Komplexität nicht beantwortete. Diese umfangreichen Prüfungen belegen, dass – auch für den Ordnungsgeber erkennbar – der Senat an sich von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme ausging. Die Entscheidungsgründe sprachen daher eine deutliche Sprache, die aber nicht zum Tenor passte, womit bereits das nächste Entscheidungsmuster angesprochen ist.

d) Widerspruch von Tenor und Entscheidungsgründen

Mit dem vorübergehenden Dulden aufgrund geplanter Normtätigkeit, geht ein weiteres Muster des BayVGH einher, nämlich der Widerspruch von Tenor und Entscheidungsgründen. Durch dieses Muster entsteht der Eindruck, der BayVGH habe versucht, die Regelung um jeden Preis – zumin-

dest offiziell dem Tenor nach – zu halten, obwohl die Entscheidungsgründe eine andere Sprache sprechen.

Deutlich wird dies zum einen an den Entscheidungen, bei denen der BayVGH „Zweifel“, teilweise sogar „erhebliche Zweifel“ anmeldete, so z.B. in den soeben besprochenen Entscheidungen zur Maskenpflicht und zum Wesentlichkeitsgrundsatz. Zum anderen sind auch die Entscheidungen repräsentativ, in denen der Antragsteller zwar abgewiesen wurde, letztlich aber durch die Entscheidungsgründe das erhielt, was er beehrte. Auch hier fallen Tenor und Entscheidungsgründe auseinander. Folgende zwei Beispiele sollen den Mechanismus verdeutlichen:

aa) Ausgangsbeschränkung: BayVGH Beschluss vom 28.04.2020 – 20 NE 20.849

In der Entscheidung³⁴⁰ des BayVGH vom 28.04.2020 entschied der BayVGH erneut über die Ausgangsbeschränkungen, und zwar in deren bereits großzügig gelockerten Form. Wie dargelegt³⁴¹ lehnte der Senat den Eilantrag gegen die Regelung ab, indem er die Verordnung, insbesondere die „triftigen Gründe“ verfassungskonform auslegte. Dabei gelangte er zu dem Ergebnis, „dass im Grundsatz jeder sachliche und einer konkreten, nicht von vornherein unzulässigen Bedürfnisbefriedigung dienende Anlass als „triftiger Grund“ i.S.v. § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV“³⁴² anzusehen sei. Dies komme daher, dass der Ordnungsgeber die beispielhaft genannten triftigen Gründe erweiterte und beispielsweise auch das Verlassen der Wohnung für „shopping“ in den geöffneten Geschäften (zwangsläufig) als triftiger Grund genannt wurde.

Durch diese Auslegung³⁴³ verlor die Ausgangsbeschränkung ihre Schärfe und lief faktisch leer, da sich nahezu jedes gängige Verhalten unter obige Definition subsumieren ließ.³⁴⁴ Aus Sicht der Antragsteller kann man die Entscheidung daher als Sieg sehen, denn wenn fast alles erlaubt ist, greift die Ausgangsbeschränkung nur noch auf dem Papier. De jure kam es also

340 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227.

341 Kap. 3, A. I., 2. b) bb).

342 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227, Rn. 38.

343 *Schmitt*, VerfBlog v. 13.10.2021, bezeichnet die Entscheidung als „ungelenke[n] Versuch“, die Ausgangsbeschränkung in eine Kontaktbeschränkung umzudeuten, und spricht insofern von einer „wenig überzeugenden verfassungsmäßigen Auslegung“; *ders.*, Entscheidungsanmerkung BayVBl. 2020, 516; *ders.*, JöR, 69/2021, 465 (478).

344 *Heuser*, VerfBlog v. 04.05.2020; *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (745).

nicht zur vorläufigen Außervollzugsetzung; de facto wurde dies aber auch durch die Auslegung erreicht.

bb) Hundeschule: BayVGH Beschluss vom 29.05.2020 – 20 NE 20.953

Auch in diesem Beschluss³⁴⁵ suggerierte der Tenor ein Unterliegen des Antragstellers, wohingegen die Entscheidungsgründe dem Antragsteller in der Sache faktisch Rechtsschutz gewähren.

Der Antragsteller, der eine Hundeschule betrieb, begehrte die vorläufige Außervollzugsetzung mehrerer Normen der 4. BayIfSMV, die nach seiner Ansicht – und der des Ordnungsgebers – die Erteilung von Gruppenunterricht im Rahmen ihrer Hundeschule entgegenstanden. Der Antragsgegner vertrat dabei die Auffassung, § 12 II 4. BayIfSMV erlaube nur Einzelunterricht und nicht Gruppenunterricht. Der Gruppenunterricht sei ausgeschlossen aufgrund der Regelungen zur Schließung von Freizeiteinrichtungen, § 11 S. 1 4. BayIfSMV, das Veranstaltungs- und Versammlungsverbot, § 5 S. 1 4. BayIfSMV und die Kontaktbeschränkung im öffentlichen Raum, § 2 I 4. BayIfSMV.

Der BayVGH lehnte den Antrag mit der Begründung ab, es bedürfe keiner vorläufigen Anordnung für die Verwirklichung der Grundrechte des Antragstellers, da die geltenden Normen auch dem Betrieb von Gruppenunterricht nicht entgegenstünden.³⁴⁶ Zu diesem Ergebnis kommt der Senat nach verfassungskonformer, systematischer und Wortlaut-Auslegung der genannten Normen. Insbesondere sei eine Hundeschule keine vergleichbare Freizeiteinrichtung gem. § 11 S. 1 4. BayIfSMV und die allgemeinen Vorschriften zum Versammlungsverbot und zur Kontaktbeschränkung würden hinter die speziellere Vorschrift zum Dienstleistungsbetrieb zurücktreten.

Der Antragsteller unterlag dem Tenor nach, allerdings hatte er erhalten, was er im weiteren Sinne begehrte, nämlich die rechtssichere Erlaubnis,

345 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.953, BeckRS 2020, 10403; inhaltsgleich auch 20 NE 20.957, BeckRS 2020, 10404.

346 Der Antrag wurde als zulässig, aber unbegründet eingestuft. Im weiteren Verlauf der Pandemie kam es zu ähnlichen Entscheidungen, in denen die Regelung aufrechterhalten wurde, eine Auslegung allerdings dazu führte, dass die Antragsteller ohnehin nicht von der Regelung erfasst seien. Diese Anträge wurden in der Folge als unzulässig abgelehnt: BayVGH Beschl. v. 17.12.2021 – 20 NE 21.3012, BeckRS 2021, 40091 (Spielzeugläden als täglicher Bedarf) und BayVGH Beschl. v. 29.12.21 – 20 NE 21.3037, BeckRS 2021, 40587 (Bekleidungsgeschäfte als täglicher Bedarf).

seine Hundeschule in Form von Gruppenunterricht zu betreiben – auch wenn dies nicht durch Suspendierung der Norm, sondern durch einfache Auslegung³⁴⁷ geschah und er dabei auch die Kosten des Verfahrens zu tragen hatte.

e) Flucht in Zeitablauf

Die ersten Verfahren vor dem BayVGH wurden in der Regel sehr zügig bearbeitet. Das erste Eil-Normenkontrollverfahren dauerte beispielsweise fünf Tage. Insbesondere versammlungsrechtliche Beschwerdeentscheidungen wurden teilweise innerhalb eines Tages bearbeitet. Es gab jedoch auch Verfahren, die deutlich länger dauerten. Bei einigen Verfahren drängt sich dabei sogar der Eindruck auf, dass sie bewusst zeitlich hinausgezögert wurden:

aa) Formfehler

Ein Beispiel für eine besonders lange Verfahrensdauer ist das oben besprochene³⁴⁸ Verfahren des BayVGH vom 09.04.2020 zur Ausgangsbeschränkung. Der Unterschied zur Entscheidung vom 30.03.2020 (ebenfalls Ausgangsbeschränkung) war, dass es um eine neue Verordnung ging, nämlich die BayIfSMV, die notbekanntgemacht wurde. Obwohl inhaltlich, d.h. in materieller Hinsicht, bereits zuvor über die Ausgangsbeschränkung entschieden worden war, entschied der BayVGH erst am 09.04.2020 und

347 Ob man auch über eine Anordnung hätte nachdenken können, die das Auslegungsergebnis festhält und die Kosten entsprechend dem Antragsgegner auferlegt, kann hier letztlich dahinstehen. In diese Richtung ging auch der 800m²-Beschluss, der nicht suspendierte, aber das Ergebnis der Rechtsprüfung festhielt. Dafür würde sprechen, dass § 47 VwGO den Inhalt der einstweiligen Anordnung nicht vorschreibt, *Schenke/Schenke* in Kopp/Schenke VwGO, § 47 Rn. 155. Zumindest ist die Annahme des Senats, es bedürfe keiner vorläufigen Anordnung, fraglich, zumal die Norm ordnungsbewehrt war und der Ordnungsgeber eine andere Auslegung vornahm. Allerdings stellt sich bei einem Tenor, der die Auslegung festhält, die Frage nach dem Verhältnis eines Normenkontrollantrags zu einem Antrag nach § 123 I VwGO.

348 BayVGH Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664, BeckRS 2020, 6515; Kap. 3, A. I. 2. b) bb).

somit elf Tage nach Anhängigkeit.³⁴⁹ Diese Dauer lässt sich auf den ersten Blick schwer erklären, da es effizienter für den BayVGh gewesen wäre, nur Bezug zu nehmen auf die Entscheidungsgründe des Beschlusses vom 30.03.2020. Dies wäre dem BayVGh allerdings nur möglich gewesen, was die materiellen Erwägungen anging. Denn in formeller Hinsicht lag eine neue Verordnung vor, deren formelle Rechtmäßigkeit erneut zu prüfen war. Wie bereits aufgezeigt,³⁵⁰ hatte der BayVGh jedoch seine Zweifel, ob die Voraussetzungen einer Notbekanntmachung, Art. 51 IV 1 LStVG a.F., vorlagen und ob demnach die Verordnung wirksam bekannt gemacht worden war. Dies konnte er jedoch offen lassen, da der mögliche Formfehler jedenfalls geheilt wurde durch die Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt am 07.04.2020.³⁵¹

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass der BayVGh die Heilung des möglichen Formfehlers einfach abwartete und sich somit in den Zeitablauf flüchtete. Denn andererseits erscheint es nicht plausibel, dass der BayVGh für die erneute inhaltliche Überprüfung der Ausgangsbeschränkung elf Tage benötigte, nachdem er beim ersten Mal innerhalb von fünf Tagen entschieden hatte. Zwar ist zuzugeben, dass sich auch die Verhältnismäßigkeitserwägungen ändern können aufgrund der fortgeschrittenen Dauer der Ausgangsbeschränkung. Allerdings spricht dagegen bereits, dass es sich um die erste Verlängerung der nur zweiwöchig angeordneten Ausgangsbeschränkung handelte. Auch unterscheidet sich letztlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die der BayVGh sodann vornimmt, nicht von der ersten Entscheidung. Zwar wurde neu Art. 3 I GG kurz mitgeprüft; diese Prüfung macht allerdings nur eine Randnummer aus, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dies sei der Grund für die im Vergleich zur ersten Entscheidung mehr als doppelt so lange Verfahrensdauer.

Vielmehr verfestigt sich der Eindruck, dass der BayVGh sich den Zeitablauf zunutze machte, um die Norm trotz des erkannten Formfehlers nicht suspendieren zu müssen. Diese Überlegungen werden auch durch

349 Laut den Entscheidungsgründen wurde die Entscheidung am 29.03.2020 anhängig gemacht.

350 Kap. 3, D. I. 1. b) cc).

351 Mit solch einer noch folgenden Bekanntmachung im GVBl. konnte der BayVGh auch fest rechnen, nachdem er in seiner Entscheidung vom 30.03.2020 den Verordnungsgeber bereits darauf hingewiesen hatte, dass eine bewehrte Satzung gem. Art. 51 II LStVG zwingend dort zu veröffentlichen sei und auch Art. 51 IV 2 a.F. nach einer Notbekanntmachung eine unverzügliche Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt vorschrieb.

das entsprechende Hauptverfahren³⁵² bekräftigt: In diesem stellte der Senat den im Eilverfahren bereits angedeuteten Formfehler endgültig fest und benutzte dabei auch durchaus scharfe Worte. Insbesondere verneinte er die Voraussetzungen für eine Notbekanntmachung gem. Art. 51 IV 1 LStVG a.F.

bb) Entscheidungen zum Wesentlichkeitsgrundsatz

Auch hinsichtlich der Frage nach dem Parlamentsvorbehalt drängt sich der Eindruck auf, dass der Senat hier versuchte, das Problem einfach „auszusitzen“. Denn schließlich fand der Senat erst nach über sieben Monaten sehr deutliche Worte hinsichtlich des Wesentlichkeitsgrundsatzes, obwohl er mit dieser Fragestellung bei jedem Verfahren, das eine Betriebsuntersagung zum Gegenstand hatte, konfrontiert wurde. Das lässt sich auch daran illustrieren, dass der BayVGh das Problem dann doch wieder auf die Hauptsache verlagerte, nachdem er zwischenzeitlich bereits ein Maßnahmenegesetz angemahnt hatte.³⁵³ Und erst, als eine Änderung des IfSG bereits initiiert wurde,³⁵⁴ d.h. auch hier eine Art Heilung eintrat, traute sich der BayVGh, die Beachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes mit aller Schärfe zu betonen.³⁵⁵

cc) Entscheidung zur Maskenpflicht

Auch für die Entscheidung über die Maskenpflicht³⁵⁶ benötigte der Senat ungewöhnlich lange. Den Entscheidungsgründen wurde der Antrag am 27.04.2020 anhängig; die Entscheidung hingegen erging erst am 05.05.2020 und somit elf Tage später. Bedenkt man jedoch, dass am 05.05.2020 das

352 BayVGh Beschl. v. 04.10.2021 – 20 N 20.767, BeckRS 2021, 29086.

353 Zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich des Wesentlichkeitsgrundsatzes Kap. 3, A. V. 3. a) – d).

354 BayVGh Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521, Rn. 35, mit Hinweis auf die entsprechenden Protokollunterlagen. Zum Ablauf des Gesetzgebungsvorhabens <https://dip.bundestag.de/vorgang/drittes-gesetz-zum-schutz-der-bev%C3%B6lkerung-bei-einer-epidemischen-lage/269319?term=269319&rows=25&pos=1> (Stand 21.09.2023).

355 Siehe bereits das Entscheidungsmuster „Warten auf künftige Normtätigkeit – vorübergehendes Dulden“, Kap. 3, D. I. 1. c) aa).

356 BayVGh Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.936, BeckRS 2020, 7969; Kap. 3, A. VII 2. a).

vom Senat festgestellte Verhältnismäßigkeitsdefizit – Maskenpflicht ohne Ausnahmen – behoben wurde, indem an diesem Tag eine geänderte Fassung der Maskenpflicht verkündet wurde,³⁵⁷ erscheint es nicht zufällig, dass der Senat seinen Beschluss just an diesem Tag verkündete – zuvor hätte er sich noch nicht auf eine (offizielle) Normtätigkeit berufen können.

f) Flexible (Nicht-)Auslegung

Ein weiteres Muster, das sich an zwei Verfahren besonders herauskristallisierte, ist der flexible (Nicht-)Einsatz von Auslegung. Als Beispiel hierfür dienen erneut die erste Entscheidung³⁵⁸ zur Maskenpflicht vom 05.05.2020 und die Entscheidung³⁵⁹ zur Ausgangsbeschränkung vom 28.04.2020.

Am 28.04.2020 entschied der BayVGh, ein triftiger Grund im Sinne der Ausgangsbeschränkung sei jeder Grund zur Bedürfnisbefriedigung. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, legte er die Verordnung entsprechend aus. Er verglich die normierten triftigen Gründe untereinander und mit der früheren Fassung der Ausgangsbeschränkung. Insgesamt erfolgte über elf Randnummern hinweg – die Begründung umfasste insgesamt 29 Randnummern – eine Auslegung sowohl nach Wortlaut, Systematik und Historie. Man kann daher festhalten, dass der BayVGh durchaus in der Lage war, im Rahmen eines Eilverfahrens eine umfangreiche Auslegung durchzuführen. Demnach ist es auch nicht verständlich, wieso der BayVGh ca. eine Woche später, am 05.05.2020, im Rahmen der ersten Entscheidung zur Maskenpflicht schlicht behauptete:

„Die Klärung der Frage, ob im Wege der Auslegung aus dem Regelungszusammenhang der Verordnung, insbesondere wegen der in § 4 Abs. 4 Satz 2 3. BayIfSMV normierten Befugnis der Kreisverwaltungsbehörden, aus infektionsschutzrechtlichen Gründen ergänzende Anordnungen im Einzelfall zu treffen, ein Befreiungstatbestand abgeleitet werden und im Wege der Analogie auch auf § 8 3. BayIfSMV angewendet werden kann, kann im Eilverfahren nicht geklärt werden und muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.“

357 Zu den Auswirkungen Kap. 4, F.

358 BayVGh Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.936, BeckRS 2020, 7969; Kap. 3, A. VII. 2. a).

359 BayVGh Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; Kap. 3, A. I. 2. b) cc) (1).

Der Unterschied zwischen den beiden Verfahren war: In dem ersten Verfahren führte die Auslegung dazu, dass der Antragsteller unterlag. Im zweiten Verfahren unterlag der Antragsteller ebenfalls, allerdings wurde dort eine Auslegung unterlassen.

Nun kann nicht sicher prognostiziert werden, wie die Entscheidung ausgefallen wäre, wenn eine Auslegung durchgeführt worden wäre. Es spricht aber vieles bereits auf den ersten Blick dafür, dass die vom BayVGH angedachte Auslegung, die zu einem analogen Befreiungstatbestand geführt hätte, nicht möglich gewesen wäre. Eine solche Analogie schiene zu konstruiert, denn § 4 IV. 2 3. BayIfSMV sprach davon, dass die zuständige Behörde „ergänzende“ Anordnungen treffen kann bei der Öffnung von Ladengeschäften. Eine Befreiung stellt allerdings eine Lockerung dar. Zwar wäre dies neutral betrachtet auch erst einmal eine Ergänzung. Allerdings ist auch das politische Gesamtgeschehen einzubeziehen: Über Lockerungen entschied zu diesem Zeitpunkt³⁶⁰ stets der Verordnungsgeber nach umfassender Beratung im Ministerrat – Stichwort „Umsicht und Vorsicht“³⁶¹. Auch der weitere Wortlaut spricht dafür, dass mit „ergänzend“ strengere Regeln gemeint waren. Denn die Norm ermöglicht ergänzende Regelungen, soweit sie aus infektionsschutzrechtlicher Sicht „erforderlich“ sind. Außerdem wäre die Umsetzung auch schwer vorstellbar: Die Menschen mit einer medizinischen Kontraindikation hätten zunächst bei ihrer Kreisverwaltungsbehörde einen Antrag auf Befreiung stellen müssen. Der (Zeit-)Aufwand hierfür wäre für beide Seiten groß gewesen, so dass auch dies aus pragmatischer Sicht gegen eine Analogie spricht. Letztlich bestätigt auch die Normänderung, dass der Verordnungsgeber dies selbst regeln und nicht über die Kreisverwaltungsbehörden Entscheidungen im Einzelfall generieren wollte.

Es verfestigt sich daher der Eindruck, dass der BayVGH im Fall der Ausgangsbeschränkung die Auslegung dafür nutzte, um die Maßnahmen aufrecht zu erhalten, und im Fall zur Maskenpflicht die Auslegung unterließ, auch mit dem Ziel, die Maßnahme aufrecht zu erhalten.³⁶² Das Instrument

360 Erst deutlich später wurde für Kreisverwaltungsbehörden die Möglichkeit eingeführt, auch mildere Maßnahmen zu erlassen ab einem 7-Tage-Inzidenzwert von unter 50 pro 100.000 Einwohner, § 27 der 9. BayIfSMV, (Erlass der 9. BayIfSMV am 30.11.2020, BayMBl. 2020 Nr. 683).

361 Zum politischen Kurs der ersten Pandemiephase Kap. 5, A. I. 1.

362 Darauf hinweisend, dass das Auslegungsergebnis auch oftmals von den Folgen her bestimmt ist, *Sendler*, FS Simon, 1987, 113 (116).

der Auslegung wurde entsprechend flexibel³⁶³ eingesetzt; mal sah sich der Senat zeitlich dazu in der Lage,³⁶⁴ ein anderes Mal nicht.

g) Gesamtkonzept als Ventil

Angesichts der vielfältigen Regelungen ging der BayVGH, insbesondere als es zu den ersten Lockerungen kam, dazu über, statt der konkreten Maßnahmen, nur mehr das Vorliegen eines schlüssigen „Gesamtkonzeptes“ zu prüfen. Dies galt sowohl in Bezug auf Art. 3 I GG als auch in Bezug auf Freiheitsbeschränkungen. Gefragt wurde dabei nurmehr, ob der verfahrensgegenständlichen Maßnahme ein vertretbares und schlüssiges Gesamtkonzept zugrunde lag.³⁶⁵

aa) Art. 3 I GG

Wie bereits ausgeführt,³⁶⁶ scheute der BayVGH regelmäßig die Prüfung der Freiheitsgrundrechte und verlagerte diese häufig auf das Hauptverfahren, deklarierte die Erfolgsaussichten anschließend als offen und stieg in die Folgenabwägung ein. Etwas anderes galt jedoch für den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 I GG. Dieser stellte sich zu Beginn der Krise,

363 Ein Vergleich mit der Hauptsacheentscheidung wäre an der Stelle aufschlussreich gewesen, allerdings wurde das entsprechende Hauptverfahren 20 N 20.938 nach Antragsrücknahme mit Beschluss vom 21.07.2021 eingestellt.

364 Weitere Beispiele, in denen eine – teilweise sogar historische – Auslegung stattfand, die auch zur Ablehnung der Anträge führte: BayVGH Beschl. v. 26.05.2020 – 20 NE 20.1069, BeckRS 2020, 10401 und BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.953, BeckRS 2020, 10403.

365 Zur „Gesamtbewertung“ *Seiler*, JZ 2021, 924 (929), der diese reduzierte Prüfung darauf zurückführt, dass es in Gerichtsverfahren stets nur um ein zweipoliges Verhältnis geht, im Rahmen dessen eine einzelne Maßnahme geprüft wird, die aber Teil ist von einem großen Maßnahmenbündel und somit die Verhältnismäßigkeitsprüfung an dieser Stelle schlicht versagt. AA im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (866): Diese ermöglichen es gerade, Maßnahmen trotz Unwissenheit sauber abzuwägen, da es nicht um eine strenge Kausalität gehe.

366 Kap. 3, D. I. 1. a).

aber auch im weiteren Verlauf, als Ventil heraus, das der BayVGH³⁶⁷ gerne einsetzte, vor allem ab den ersten Lockerungsmaßnahmen.³⁶⁸

So stellte der BayVGH in seinem 800m²-Beschluss³⁶⁹ fest, es sei nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, dass Buch- und Fahrradläden zu den unabhängig ihrer Größe privilegierten Geschäften des täglichen Bedarfs zählten. Konkret führte der BayVGH aus (Hervorhebungen durch die Verfasserin):³⁷⁰

„Diese Regelungen verstoßen aller Voraussicht nach gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil sie insbesondere im Wesentlichen ungleiche Sachverhalte gleichbehandeln, obwohl nach dem bisherigen Stand des Verfahrens hierfür **keine sachliche Rechtfertigung** besteht.“

Und zum Prüfungsmaßstab von Art. 3 I GG weiter (Hervorhebungen durch die Verfasserin):³⁷¹

„Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen. Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen **bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben.**“

367 Auch die Verwaltungsgerichte, Kap. 3, D. V. 3.

368 *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (750), der dies damit begründet, dass im Rahmen von Art. 3 I GG keine Tatsachen zu prüfen seien; *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (633).

369 BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630.

370 Ebd., Rn. 35.

371 Ebd.

Obwohl der BayVGh selbst die Prüfungsintensität als gesteigert benennt, wenn zusätzlich Freiheitsrechte betroffen sind,³⁷² beschränkte sich die anschließende Prüfung darauf, ob es einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gab, und führte als Argument hierfür einen gerichtlich nicht voll überprüfbareren Gestaltungsspielraums des Ordnungsgebers an.³⁷³ In der Sache führt der BayVGh demnach nur eine Vertretbarkeitsprüfung durch.

Ob damit das Spannungsverhältnis zwischen einerseits gesteigerter Prüfungsintensität wegen zusätzlicher Betroffenheit von Freiheitsrechten und andererseits einem gerichtlich nicht voll zugänglichen Beurteilungsspielraum des Ordnungsgebers angemessen aufgelöst wurde, ist fraglich.³⁷⁴ Allerdings muss diese Fragestellung hier nicht beantwortet werden. Deutlich wird jedenfalls, dass der BayVGh dieses Spannungsfeld selbst nicht thematisierte, sondern ohne Weiteres lediglich eine Vertretbarkeitsprüfung vornimmt.

Diese Prüfung von Art. 3 I GG, die nur mehr nach einem stimmigen und kohärenten Lockerungssystem³⁷⁵ fragt, war ein beliebtes Entscheidungsmuster des BayVGh.³⁷⁶ Insgesamt diene Art. 3 I GG als Ventil gegenüber den Freiheitsprüfungen,³⁷⁷ deren Prüfung der BayVGh lieber in die entsprechende Hauptsache verlagerte. Auch wenn er im Rahmen von Art. 3 I GG ebenfalls ausweichende Tendenzen aufwies, fand, anders als bei den meisten anderen Freiheitsrechten,³⁷⁸ zumindest eine (reduzierte) Prüfung von Grundrechten statt und wurde nicht komplett in das Hauptsacheverfahren verlagert.

372 BVerfG Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., BeckRS 1993, 230799; *Edenharter*, JöR, 69/2021, 555 (578).

373 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630, Rn. 36.

374 Den Beschluss als vorbildliche Prüfung bezeichnend *Erdmann*, NVwZ 2020, 1798 (1799 ff.), der den Folgerichtigkeitsgedanken als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sieht und das Spannungsverhältnis als von der Judikative angemessen aufgelöst empfindet; aA und dabei insbesondere den Unterschied zwischen Ordnungs- und Gesetzgeber betonend *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (627).

375 Hierzu *Michl*, VerfBlog v. 28.04.2020; *Froese*, DÖV 2022, 389 (394 f.).

376 *Heinig/Kingreen et.al.*, JZ 2020, 861 (871), führen dies auf die (anfängliche) mangelnde Begründungspflicht von Rechtsverordnungen durch den Ordnungsgeber zurück.

377 *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (14) führt dies auf die Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zurück und spricht hinsichtlich Art. 3 I GG von „anderen Stoppregeln“.

378 Kap. 3, D. I. 1. a).

bb) Freiheitsgrundrechte

Eng mit der reduzierten Prüfung von Art. 3 I GG geht auch das Argument des „Gesamtkonzepts“ im Rahmen von Freiheitseingriffen einher.³⁷⁹ Dieses wurde genutzt, um eine Maßnahme zu rechtfertigen, wie beispielsweise folgende Begründung zeigt (Hervorhebungen durch die Verfasserin):³⁸⁰

„Dies gilt umso mehr, als der Pflicht zum Tragen einer MNB (Anm.: Mund-Nasen-Bedeckung) insbesondere im Hinblick auf die gleichzeitige Lockerung der bisher strengen Handlungsbeschränkungen und -verbote eine **wesentliche Bedeutung im Maßnahmenkonzept** des Antragsgegners zur Bekämpfung der Infektion zuzukommen scheint“

Der BayVGh begründete die voraussichtliche Rechtmäßigkeit unter anderem damit, dass die Maskenpflicht Teil eines Gesamtkonzeptes sei und auch im Hinblick auf die Lockerung eine wesentliche Bedeutung einnehme. Dies mag zweifellos zutreffen, allerdings folgt aus dieser Einbettung in eine Gesamtkonzept noch nicht zwingend die Rechtmäßigkeit der Maßnahme.³⁸¹ Indem der BayVGh die Maßnahme jedoch in ein Gesamtkonzept einbettete, wurde diese Maßnahme mehr oder weniger³⁸² prüfungsresistent. Jedenfalls unterstrich der BayVGh die Bedeutung des politischen Verordnungsgeberwillens hinsichtlich dessen Gesamtkonzeptes und dessen großzügigen Gestaltungsspielraums einmal mehr mit dieser Argumentationsweise.

h) Feststellung anstatt Suspendierung

Die einzig erfolgreiche Entscheidung im Untersuchungszeitraum war die sog. 800m²-Entscheidung.³⁸³ Wie bereits dargestellt, suspendierte der BayVGh die Regelung allerdings nicht, sondern stellte nur deren Verfassungswidrigkeit – Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz – fest. Diese

379 Kritisch *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (707 f.); aA *Trute*, jM 2020, 291, spricht von „konzeptorientierter Kontrolle“ und begrüßt diesen Ansatz als Ausgleich zur Verhältnismäßigkeitsprüfung, die am Unwissen kranke.

380 BayVGh Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.926, BeckRS 2020, 7969, Rn. 25.

381 Kritisch zum Gesamtkonzept *Degenhart*, NJW 2022, 123 (126, Rn. 26); dort in Bezug auf das BVerfG.

382 Durchaus nimmt der BayVGh noch eine Rechtmäßigkeitsprüfung vor; letztendlich wurde der Antrag aber auf Basis einer Folgenabwägung abgelehnt.

383 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. VI. 2.

Tenorierung stellte eine Premiere in der Praxis der oberen Verwaltungsgerichte dar und ist in der Literatur umstritten.

aa) Aufriss Ausgangslage

Die Rechtsfolge der reinen Feststellung eines Verstoßes ist – anders als in der Rechtsprechung des BVerfG³⁸⁴ – in der Verwaltungsgerichtsbarkeit stark umstritten³⁸⁵ und wird kritisch gesehen; schließlich könnte der Ordnungsgeber den festgestellten (Gleichheits-)Verstoß schlicht unverzüglich beheben.³⁸⁶ Auch schreibt § 47 V 2 VwGO vor, der im Rahmen von Eilverfahren entsprechende Anwendung erfährt, dass das Gericht eine nach seiner Überzeugung nach ungültige Vorschrift für unwirksam erklärt.³⁸⁷ Ein weiterer Unterschied zum BVerfG ist zudem, dass es sich bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit um Normen der Exekutive handelt. Dort gilt nach herrschender Ansicht das sog. Nichtigkeitsdogma, wonach verfassungswidrige materielle Normen automatisch nichtig sind und nicht erst verworfen werden müssen.³⁸⁸

Das Bundesverwaltungsgericht³⁸⁹ (BVerwG) selbst deutete eine Übertragung der Rechtsprechung des BVerfG vorsichtig an; allerdings geschah

384 Dies gilt zumindest für Hauptsacheentscheidungen. Vor allem bei festgestellten Gleichheitsverstößen wählt das BVerfG den Weg der Unwirksamkeits- anstelle der Nichtigkeitsklärung, *Karpenstein/Schneider* in BeckOK BVerfGG, § 78 Rn. 32 ff. Hintergrund ist, dass somit dem Gesetzgeber die Möglichkeit belassen wird, die Ungleichbehandlung selbst zu beseitigen, wofür es in der Regel mehrere Möglichkeiten gibt. Neben den Gleichheitsverstößen findet die Rechtsprechung auch Anwendung, wenn die Rechtsfolge der Nichtigkeitsklärung zu einem verfassungsferneren Zustand führen würde, als die Fortgeltung der verfassungswidrigen Norm, BVerfG Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, NJW 2010, 505. In Bezug auf die Herbeiführung eines verfassungsferneren Zustands sprechen *Kalscheuer/Jacobsen*, DÖV 2021, 631 (634 ff) vom „Chaosgedanken“; wohl rekurrierend auf *Schmidt/Lange*, FS Mühl, 1981, 595 (610).

385 Zum Streitstand *Panzer* in Schoch/Schneider VwGO, Vorb. § 47 Rn. 11 ff. mwN; *Zimmermann*, JA 2018, 249.

386 *Schenk*, BayVBl. 2020, 793, 796, der zudem darauf hinweist, dass eine Feststellung von Verfassungsverstößen im Eilverfahren aufgrund des Eil- und somit vorläufigen Charakters ohnehin zu unterbleiben habe.

387 *Schenk*, BayVBl. 2020, 793, 796 uVa OVG Nds Beschl. v. 11.05.2020 – 13 MN 143/20 – DVBl. 2020, 827 Rn. 39.

388 *Panzer* in Schoch/Schneider VwGO, Vorb. § 47 Rn. 6.

389 BVerwG Urt. v. 09.09.2004, 10 C 3/04, BeckRS 2004, 25889; Urt. v. 24.04.2020 – 9 BN 9/18, BeckRS 2020, 6127.

dies im Rahmen einer Hauptsache. Zu einer Übertragung kam es aber bisher soweit ersichtlich nicht,³⁹⁰ erst recht nicht in Eilverfahren. Der Verfassungsgerichtshof Sachsens³⁹¹ ist neben dem BayVGh das einzige Gericht, dass auf eine Suspendierung im Rahmen eines Eilverfahrens trotz festgestellten Verstoßes verzichtete. Die Entscheidung erging ebenfalls während der Corona-Pandemie. Der Gerichtshof betonte dabei neben den Folgen für die Allgemeinheit zudem, dass die Regelung schließlich auch verfassungskonform ausgestaltet werden könne – er warf den Ball somit an den Ordnungsgeber zurück –, weswegen auf eine Suspendierung verzichtet werden könne.

bb) Übertragung der Rechtsprechung durch den BayVGh

Der BayVGh hatte nun erstmals³⁹² die Rechtsprechung des BVerfG zur Unvereinbarkeit übernommen und dies zudem in einem Eilverfahren. Inhalt der einstweiligen Anordnung war die Feststellung der Unvereinbarkeit mit Art. 3 I GG.

Der BayVGh war der Ansicht, dass für ein Abweichen von der vorgesehenen Rechtsfolge in § 47 V 2 VwGO, d.h. der Unwirksamkeitserklärung, zwar grundsätzlich kein Raum bestünde. Dabei bezog der Senat sich auf zwei Urteile des BVerwG.³⁹³ Allerdings habe das BVerwG es im Rahmen einer anderen Entscheidung³⁹⁴ ausdrücklich offen gelassen, „ob in besonderen Ausnahmefällen, in denen die Unwirksamkeitserklärung einen „Notstand“ zur Folge hätte, etwas anderes gelten“³⁹⁵ könne.

Im Folgenden beschäftigte sich der Senat mit der Frage, ob ein solcher Notstand vorliege.³⁹⁶ Dies bejahte der Senat aufgrund der gegenwärtigen

390 Juris Abfrage mit den Begriffen „§ 47 VwGO“ und „Notstand“ (einen Notstand führte das BVerwG als Begründung an für eine mögliche Übertragung der Rechtsprechung), durchgeführt am 27.05.2022.

391 VerfGH Sachsen, Beschl. v. 30.04.2020 – Vf. 61-IV-20 u.a., BeckRS 2020, 7468, Rn. 24.

392 *Schübel-Pfister*, JuS 2020, 1033 (1033).

393 BVerwG Urt. v. 09.09.2004, 10 C 3/04, BeckRS 2004, 25889; Urt. v. 24.04.2020 – 9 BN 9/18, BeckRS 2020, 6127.

394 BVerwG Urt. v. 09.06.2010 – 9 CN 1/09, NVwZ 2011, 310, Rn. 29 mit Verweis auf BVerwG Beschl. v. 26.01.1995 – 8 B 193/94, NVwZ-RR 1996, 54.

395 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630, Rn. 27.

396 Und streng genommen nicht damit, ob, wie es das BVerwG formuliert, ein solcher entstände bei Unwirksamkeitserklärung.

Pandemielage. Der Senat könne nicht beurteilen, welche Maßnahmen wirksam seien; dies werde erst eine zukünftige wissenschaftliche Untersuchung zeigen. Eine Unwirksamkeitserklärung, wie sie § 47 V 2 VwGO vorschreibe, würde daher dazu führen, dass sämtliche Geschäfte – mangels der Möglichkeit einer Teilaußervollzugsetzung – öffnen und dadurch die Infektions- und auch Todeszahlen steigen könnten. Diese Rechtsfolge sei dann nicht hinzunehmen, da dadurch „eine gesamtgesellschaftliche Bedrohungslage in wesentlichen Fragen ungeregelt bliebe“³⁹⁷. Vielmehr sei daher der Gleichheitsverstoß zu akzeptieren, zumal die Regelung ohnehin nur mehr zwei Tage in Kraft sei.

Ob diese Rechtsprechung überzeugend ist, kann dahinstehen.³⁹⁸ Sie verdeutlicht aber vor allem, dass der BayVGh, der ansonsten während der Corona-Pandemie die Beantwortung von Rechtsfragen scheute, eine seit langem umstrittene und durchaus komplexe Rechtsfrage, wie man bereits an dem Aufriss erkennen kann, kurzer Hand im Rahmen eines Eilverfahrens entschied und dies auch nur über zwei Randnummern hinweg begründete.³⁹⁹ Insgesamt erfolgte die Übertragung der Rechtsprechungspraxis, gemessen an deren Komplexität, nur sehr knapp. Letztendlich lässt sich die Argumentation des BayVGh auf eine Art Folgenabwägung herunterbrechen: Die Folgen einer Suspendierung wären gravierender als die der Fortgeltung der Norm.

2. Beschwerdeverfahren

Die Beschwerdeverfahren⁴⁰⁰ vor dem BayVGh zeigen keine eigenständigen und krisenbedingte Muster auf, da der Senat die Beschlüsse der Verwaltungsgerichte nur auf Rechtsfehler überprüfte und dabei auch auf den Vortrag des Beschwerdeführers beschränkt war, § 146 IV 6 VwGO.

397 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630, Rn. 29.

398 Obwohl es sich demnach um eine beachtenswerte Entscheidung handelte, wurde die Entscheidung wenig beachtet. Kritisch vor allem *Heuser*, VerfBlog v. 04.05.2020, der darin eine Rechtsschutzverweigerung erblickt, und *Leitmeier*, DÖV 2020, 645, der davon spricht, dass Rechtsstandards gebrochen würden; *Schmitt*, JöR, 69/2021, 465 (477 f.). Nach *Schübel-Pfister*, JuS 2020, 1033 (1034), ließe sich eine solche Rechtsfolge nur aus dem Verfassungsrecht rechtfertigen; aA *Erdmann*, NVwZ 2020, 1798 (1799).

399 Der Beschluss umfasste insgesamt 47 Randnummern.

400 Zur prozessualen Ausgangslage Kap. 2, C. II. 1. b).

Hervorzuheben ist allerdings die Entscheidung⁴⁰¹ zum Versammlungsrecht, in welcher der BayVGh bereits frühzeitig auf die Bedeutung von Art. 8 I GG bei der Ausübung von Ermessen hinwies. Diesen Hinweis gab der BayVGh auch bereits fünf Tage vor der wichtigen Entscheidung⁴⁰² des BVerfG zum Versammlungsrecht, in welcher ebenfalls auf den Stellenwert von Art. 8 I GG hingewiesen wurde. Das soll allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich auch der BayVGh nur sehr oberflächlich mit der Frage auseinandersetzte, ob denn die Verordnung an sich mit Art. 8 I GG vereinbar war.⁴⁰³ Diese Fragestellung, so der BayVGh in späteren Beschwerdeverfahren,⁴⁰⁴ könne offen bleiben. Der BayVGh betonte aber hinsichtlich des Ermessens:

„Ist die Durchführung der Versammlung bei Beachtung erforderlicher Auflagen vertretbar, hat die zuständige Behörde kein Versagungsersuchen mehr, vielmehr besteht in diesem Fall ein Anspruch auf eine entsprechende Ausnahmegenehmigung.“⁴⁰⁵

Daneben erfolgte der Hinweis des BayVGh⁴⁰⁶ auf eine vertiefte Überprüfung der Maßnahmen mit fortschreitender Zeitdauer.

Die Tendenz, Grundrechteprüfungen in das Hauptverfahren zu verlagern,⁴⁰⁷ zeigte sich insgesamt auch in den Beschwerdeverfahren; ebenso die zur rein summarischen Prüfung⁴⁰⁸.

3. Anhörungsrügen

Die beiden im Folgenden vorgestellten Anhörungsrügen⁴⁰⁹ wurden vom Senat abgelehnt. Dabei berief sich der Senat hauptsächlich darauf, dass eine Gehörsverletzung nicht vorliege, sondern der Antragsteller nur die

401 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 CE 20.755; Kap. 3, A. IV. 3.

402 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20; Kap. 3, A. IV. 4.

403 Kritisch *Arzt*, *VerfBlog* v. 12.01.2022.

404 Exemplarisch BayVGh Beschl. v. 22.05.2020 – 10 CE 20.1236, BeckRS 2020, 14520, Rn. 11; Beschl. v. 29.05.2020 – 10 CE 20.1291, BeckRS 2020, 25571, Rn. 11;.

405 BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 10 CE 20.1291, BeckRS 2020, 25571, Rn. 12.

406 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 CS 20.611, BeckRS 2020, 4616, Rn. 25.

407 Bspw. BayVGh Beschl. v. 14.04.2020 – 20 CE 20.725, BeckRS 2020, 6751.

408 Bspw. BayVGh Beschl. v. 30.04.2020 – 10 CS 20.999, BeckRS 2020, 9460; Beschl. v. 22.05.2020 – 10 CS 20.1237, BeckRS 2020, 14529, Rn. 7.

409 Zur prozessualen Ausgangslage Kap. 2, C. II. 1. c).

inhaltliche Unrichtigkeit der Entscheidung rüge, was jedoch im Rahmen einer Anhörungsrüge nicht zulässig sei.

a) Missverständnis des BayVGH?

Die Entscheidungen erwecken teilweise den Eindruck, der BayVGH unterlag bei der Frage nach einer Gehörsverletzung einem Missverständnis, vor allem da von den Antragstellern nur gerügt wurde, rechtlicher Vortrag sei nicht berücksichtigt worden. Solche Rügen liegen ausweislich den Entscheidungsgründen den Beschlüssen vom 06.04.2020⁴¹⁰ und vom 06.05.2020⁴¹¹ vor.

Der Senat beschränkte sein Verständnis einer Anhörungsrüge dahingehend, dass diese nur dann zur Anwendung komme, wenn tatsächlicher Vortrag übergangen worden sei. Das wird bereits deutlich, wenn der BayVGH⁴¹² einleitend festlegt, was Art. 103 I GG schütze (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

„Vielmehr müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich ergeben, dass **tatsächliches Vorbringen** eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist, wenn etwa wesentliche, das Kernvorbringen eines Beteiligten darstellende **Tatsachen** gänzlich unberücksichtigt geblieben sind (BVerfG, B.v. 29.10.2015 – 2 BvR 1493/11 – juris Rn. 45). Art. 103 Abs. 1 GG gewährt ferner grundsätzlich weder einen Schutz gegen Entscheidungen, die den **Sachvortrag** eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (vgl. BVerfG, B.v. 25.1.2014 – 1 BvR 1126/11 – juris Rn. 29), noch gegen eine materiell fehlerhafte Rechtsanwendung durch das Gericht [...]“

Dieser Eindruck verfestigt sich, wenn man die Ablehnungsgründe einem genaueren Blick unterzieht. Der BayVGH lehnte die Anträge mit der Begründung ab, dass die Antragsteller letztlich nur die Richtigkeit der Entscheidung in Frage stellen würden. Auf den ersten Blick ist dies überzeugend, da eine Anhörungsrüge dazu dient, Gehörverstöße aus der Welt zu

410 BayVGH Beschl. v. 06.04.2020 – 20 NE 20.703 (nicht veröffentlicht).

411 BayVGH Beschl. v. 06.05.2020 – 20 NE 20.1032 (nicht veröffentlicht).

412 BayVGH Beschl. v. 06.04.2020 – 20 NE 20.703, Rn. 2 (nicht veröffentlicht).

räumen, und keinen Rechtsbehelf darstellt, um damit ausschließlich die inhaltliche Richtigkeit zu rügen.

Zwangsläufig wird aber mit jeder Anhörungsrüge auch die inhaltliche Unrichtigkeit angegriffen – andernfalls wäre man nicht beschwert und es läge auch keine Entscheidungserheblichkeit gem. § 152a VwGO vor. Entscheidend bei einer Anhörungsrüge, der die Missachtung rechtlichen Gehörs zugrunde liegt, ist vielmehr, dass es sich nicht um eine reine Unrichtigkeitsrüge handelt. Denn mit der Anhörungsrüge kann keineswegs nur die fehlende Berücksichtigung eines Tatsachenvortrags gerügt werden, sondern auch die Missachtung rechtlichen Kernvortrags. Eine Gehörsverletzung liegt dann vor, wenn die Rüge der Unrichtigkeit basierend auf einem Gehörsverstoß geltend gemacht wird;⁴¹³ andernfalls liegt eine sog. „verkappte Inhaltsrüge“⁴¹⁴ vor.

Sofern die Antragsteller also rügen, ihr Vortrag zum richtigen Prüfungsmaßstab oder zu Art. 104 I GG sei nicht berücksichtigt worden, können diese Rügen nicht pauschal mit dem Argument der „verkappten Inhaltsrüge“ (wenn auch vom BayVGH so nicht bezeichnet) zurückgewiesen werden, ohne sich genauer damit zu beschäftigen, ob nicht womöglich wesentlicher Rechtsvortrag übergangen wurde.

b) Exkurs: BVerfG Beschluss vom 08.02.2021 – BvR 242/21

Im Komplex „Anhörungsrügen“ ebenfalls bemerkenswert ist die Entscheidung⁴¹⁵ des BVerfG vom 08.02.2021. Dort deutete das BVerfG eine Gehörsverletzung durch den BayVGH an; dies sogar wegen Nichtberücksichtigung eines tatsächlichen Vortrags. Das ist umso beachtlicher, als sich der BayVGH im Eilverfahren auf einen sehr weiten Beurteilungsspielraum der Exekutive berief und tatsächliche Fragestellungen auch regelmäßig auf das Hauptsacheverfahren verlagerte.

Dem Beschluss vorangegangen war ein Eil-Normenkontrollverfahren, welches die Schulschließungen, § 18 I der 11. BayIfSMV, zum Gegenstand

413 *Remmert* in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 103 Rn. 94, 95.

414 *Rudisile* in Schoch/Schneider VwGO, § 152a Rn. 18a mwN. Damit ist gemeint, dass eine Anhörungsrüge erhoben wird, die allerdings im Gewand einer Anhörungsrüge nur die inhaltliche Unrichtigkeit der Entscheidung rügt, d.h. ohne Gehörsverletzung.

415 BVerfG Entsch. v. 08.02.2021 – 1 BvR 242/21, BeckRS 2021, 1321.

hatte. Die Antragsteller unterlagen im Eilverfahren⁴¹⁶ und erhoben im Anschluss Verfassungsbeschwerde, verbunden mit einem Eilantrag. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, wodurch auch der Eilantrag gegenstandslos wurde, § 40 III GOBVerfG. Die Verfassungsbeschwerde war unzulässig mangels Erhebung einer Anhörungsrüge. Dennoch deutete das BVerfG an, dass es eine Anhörungsrüge für begründet erachten würde aus (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁴¹⁷

„Nach diesem Vorbringen ist eine Anhörungsrüge nach § 152a Abs.1 VwGO nicht offensichtlich aussichtslos. **Es spricht im Gegenteil einiges dafür, dass der Verwaltungsgerichtshof auf wesentliches Vorbringen der Beschwerdeführer zur spezifischen Rolle geöffneter Schulen am Infektionsgeschehen nicht vollständig eingegangen ist [...].**“

Im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG erhoben die Antragsteller noch Anhörungsrüge, welche auch erfolgreich war. Die (komplette) Begründung des BayVG⁴¹⁸ lautete:

„Das Verfahren wird fortgeführt. Zur Begründung wird auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 08. Februar 2021 – 1 BvR 242/21 – verwiesen.“

Nach Fortgang des Verfahrens wurde der Beschluss vom 29.01.2020 aufrechterhalten;⁴¹⁹ diesmal allerdings nach umfassender Auseinandersetzung in tatsächlicher Hinsicht mit dem Vortrag der Antragsteller.

Man kann daher festhalten, dass das BVerfG strengere Maßstäbe aufstellte im Hinblick auf den Umfang der Überprüfung durch die Fachgerichte. Weiter kann man feststellen, dass der BayVG sich durchaus auch mit tatsächlichen Fragestellungen in einem Eilverfahren auseinandersetzte.

4. Zusammenfassung

Die ausgewählten Entscheidungen zeigen, dass sich der BayVG im Eil-Normenkontrollverfahren bestimmter Muster bediente, insbesondere um zuspreekende Entscheidungen zu vermeiden. Im Rahmen der Beschwerdeverfahren waren keine Besonderheiten hinsichtlich der Entscheidungs-

416 BayVGH Beschl. v. 29.01.2021 – 20 NE 21.201, BeckRS 2021, 791.

417 Ebd., Rn. 6.

418 BayVGH Beschl. v. 11.02.2021 (nicht veröffentlicht).

419 BayVGH Beschl. v. 15.02.2021 – 20 NE 21.411, BeckRS 2021, 2693.

praxis zu beobachten, und im Rahmen der Anhörungsrügen scheint der BayVerfGH einem Missverständnis aufzusitzen.

II. BayVerfGH

Im Folgenden werden die Entscheidungen des BayVerfGH gewürdigt. Im genannten Untersuchungszeitraum gab es insgesamt fünf Entscheidungen.

I. Folgenabwägung

Wie auch das BVerfG führte der BayVerfGH im Rahmen eines Eilverfahrens eine Gegenüberstellung der Folgen durch, die einträten, wenn sich das Hauptverfahren als erfolgreich erweise, mit jenen, die einträten, wenn sich das Hauptverfahren als unbegründet erweise (Folgenabwägung). Eine Ausnahme würde nur gelten, wenn das Hauptverfahren entweder offensichtlich unbegründet oder unzulässig wäre. Umgekehrt könnte die offensichtliche Begründetheit für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechen.⁴²⁰

Allerdings war der BayVerfGH der Auffassung, dass aufgrund der Eilbedürftigkeit nur eine überschlägige Prüfung möglich sei, weswegen er, mit Ausnahme eines Verfahrens,⁴²¹ von offenen Erfolgsaussichten ausging. Der BayVerfGH verwies also ebenfalls auf das Hauptverfahren; erst in diesem könnte eine vertiefte Prüfung stattfinden. Insbesondere ginge es nicht nur um spezifisch verfassungsrechtliche Problemstellungen. Vielmehr stellten sich auch tatsächliche Fragen. Von Offensichtlichkeit könne daher nicht ausgegangen werden.

420 Zum Prüfungsmaßstab BayVerfGH Entsch. v. 08.06.2020 – Vf. 34-VII-20; BeckRS 2020, 11735; Kap. 2, C. III. 1.

421 BayVerfGH Entsch. v. 08.06.2020 – Vf.34-VII-20, BeckRS 2020, 11735; Kap. 3, B. II. 2.

Im Rahmen der ersten Entscheidung entschied der Präsident, wie zuvor schon erwähnt,⁴²² gem. Art. 26 III VfGHG⁴²³ alleine; in den anderen entschied fortan⁴²⁴ der gesamte Spruchkörper.

2. Rücknahmeanregung verbunden mit Gebührenhinweis

Vergleicht man die Anzahl an Verfahren mit denen der anderen Gerichte, fällt auf, dass der BayVerfGH mit Abstand am wenigsten Verfahren entschied, nämlich lediglich fünf. Diese wurden allesamt in den gängigen Publikationsmedien wie auch auf der Gerichtshomepage veröffentlicht. Zudem wurde offiziell beim BayVerfGH angefragt, ob es neben den publizierten Entscheidungen auch noch weitere, auch inhaltsgleiche, gebe. Der BayVerfGH teilte daraufhin mit, dass in dem angefragten Zeitraum tatsächlich nur sechs⁴²⁵ Entscheidungen ergingen.⁴²⁶ Zwar seien fast 70 Popularklagen gegen Corona-Maßnahmen anhängig gemacht worden, diese auch oftmals verbunden mit einem Eilantrag. Über diese Anträge habe der BayVerfGH allerdings keine förmliche Entscheidung getroffen. Als Begründung führte der BayVerfGH aus (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

„In der Regel wurden die Antragsteller darauf hingewiesen, dass der jeweilige Eil-Antrag keine Aussicht auf Erfolg habe oder für eine **(erneute) Eil-Entscheidung kein Bedürfnis bestehe**, insbesondere, weil die angegriffene Maßnahme bereits außer Kraft getreten war oder **im Hinblick auf eine der bereits zuvor erlassenen genannten sechs Entscheidungen**. Zumeist wurden daraufhin die Anträge nicht weiterverfolgt, sodass keine förmliche Eil-Entscheidung erging.“

422 Kap. 3, B. I.

423 Zum Hintergrund der Norm: Die Norm Art. 26 VfGHG gilt seit dem 01.01.1991. Führt man eine juris Suche durch, so werden 74 Verfahren zu einstweiligen Anordnungen gelistet, davon 25 betreffend Corona. Verfahren, in denen der Präsident dabei allein entschied, listet juris neun; zwei davon betrafen Anträge betreffend die Corona-Maßnahmen. (Stand 12.08.2022).

424 Den hiesigen Untersuchungszeitraum überschreitend gab es nur mehr eine Entscheidung, bei welcher der Präsident allein entschied: BayVGH Entsch. v. 28.09.2021 – Vf. 74-Iva-21, BeckRS 2021, 28896.

425 Anm.: Es wurde nach Entscheidungen bis Mitte Juli gefragt; im Untersuchungszeitraum ergingen aber nur die genannten fünf Entscheidungen.

426 Schreiben vom 06.10.2020.

Nun ist es nicht unüblich – und vor dem Hintergrund richterlicher Hinweispflichten unter Umständen sogar Pflicht – auf die mangelnden Erfolgsaussichten aufgrund vorangegangener Entscheidungen hinzuweisen. Genauerer Untersuchung bedarf jedoch die Aussage, es bestünde kein „Bedürfnis“ für eine erneute Entscheidung, da die Rechtsfrage in anderen Verfahren bereits entschieden sei. Denn wie bereits dargelegt, entschieden die anderen Gerichte – auch das BVerfG – dieselben Rechtsfragen förmlich auch in mehreren Eilverfahren. Die Frage ist daher, weswegen die Antragsteller dort ihre Anträge nicht zurücknahmen, obwohl die Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und dem BayVGH kostenpflichtig sind, wohingegen die vor dem BayVerfGH, Art. 27 I 1 VfGHG, grundsätzlich frei sind.⁴²⁷

Eine Ausnahme von der Kostenfreiheit sieht Art. 27 I 2 VfGHG vor. Eine Gebühr bis zu 1.500 Euro kann dann anfallen, wenn die Popularklage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist.⁴²⁸ Genannt werden in der Norm nur Verfassungsbeschwerden und Popularklageverfahren; nicht hingegen Eilverfahren gem. Art. 26 VfGHG. Ausweislich der Gesetzesbegründung besteht der Zweck der Regelung darin, „dem Antragsteller die mangelnden Erfolgsaussichten eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens mit Nachdruck vor Augen zu führen“.⁴²⁹ Anders als beim BVerfG möchte man daher nicht das Gericht entlasten,⁴³⁰ sondern den Antragsteller die Aussichtslosigkeit seines Verfahrens verdeutlichen.⁴³¹

Obwohl das Eilverfahren somit nicht in Art. 27 I 2 VfGHG genannt ist, wies der BayVerfGH auf eine solche Gebühr bereits im Eilverfahren hin (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁴³²

427 Ausgehend von einer richterlichen Hinweispflicht oder anwaltlichen Beratungspflicht, insbesondere bei den Verfahren gem. § 47 VI VwGO, in welchen Anwaltszwang besteht, § 67 IV 1 VwGO, kann angenommen werden, dass die Antragsteller bei den anderen Gerichten ebenso auf mangelnde Erfolgsaussichten hingewiesen wurden, sofern über die Rechtsfrage bereits entschieden wurde.

428 Anders als beim BVerfG, wo Gebühren erst in Missbrauchsfällen erhoben werden können, § 34 II BVerfGG.

429 LT-Drucks. II/12997 S. 20.

430 *Lechner/Zuck* in *Lechner/Zuck BVerfGG*, § 34 Rn. 3.

431 Es liegt allerdings nahe, dass damit letztendlich auch die Entlastung des Gerichts erzielt werden soll, andernfalls würde auch ein richterlicher Hinweis genügen. Durch die Verknüpfung mit einer Gebühr wird der Antragsteller aber deutlich in die Richtung gedrängt, das Verfahren nicht weiter zu betreiben, was dem Gericht zugutekommt.

432 Hinweisschreiben des Gerichts vom 21.07.2020 in dem Verfahren Vf. 29VII-20.

„Der Verfassungsgerichtshof hat die Voraussetzungen hierfür nicht als gegeben angesehen [...], sodass für eine weitere Entscheidung aktuell kein Bedürfnis besteht. Ich gehe davon aus, dass Sie den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Hinblick auf diesen Hinweis nicht weiterverfolgen wollen. **Vorsorglich weise ich darauf hin, dass der Verfassungsgerichtshof einem Antragsteller eine Gebühr bis zu 1.500 € auferlegen kann**, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 VfGHG; VerfGH vom 2.6.2009 – Vf. 13-VII-08 – juris Rn. 16).“

In der Praxis des BayVerfGH ist es üblich, Popularklagen als unzulässig abzuweisen, wenn die zugrunde liegende Norm bereits für verfassungsgemäß befunden wurde.⁴³³ Der BayVerfGH ist dann der Ansicht, bei einer geklärten Rechtslage solle es sein Bewenden haben. Ein erneuter Antrag sei nur zulässig, „wenn ein grundlegender Wandel der Lebensverhältnisse oder der allgemeinen Rechtsauffassung eingetreten ist oder wenn neue rechtliche Gesichtspunkte oder neue, in der früheren Entscheidung noch nicht gewürdigte Tatsachen geltend gemacht werden.“⁴³⁴

Mehreres ist nun auffällig: Zum einen werden Wiederholungsverfassungsbeschwerden als unzulässig abgewiesen und somit erneut über sie entschieden. Zum anderen hat sich der BayVerfGH nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine solche Gebühr entgegen⁴³⁵ des Wortlauts auch im Eilverfahren auferlegt werden kann.⁴³⁶ Außerdem betont der BayVerfGH selbst, dass es Ausnahmen vom Wiederholungsverbot geben kann, wenn neue rechtliche Gesichtspunkte geltend gemacht werden. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines Eilverfahrens der Vortrag des Antragstellers größere Bedeutung erlangt, da sich das Gericht aufgrund der Eilbedürftigkeit sich nicht mit allen rechtlichen Fragen auseinandersetzen kann – anders als im Hauptverfahren – und der Vortrag daher mehr als in Hauptverfahren dazu dient, die wesentlichen Probleme

433 *Wolff* in Linder/Möstl/Wolff BV, Art. 98 Rn. 52.

434 BayVerfGH Entsch. v. 14.04.2011 – Vf. 13-VII/08, BeckRS 2011, 50220.

435 Beim BVerfG werden in § 34 II BVerfGG ausdrücklich auch (missbräuchliche) Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung genannt.

436 Die in dem Hinweis in Bezug genommene Entscheidung betrifft ein Hauptsacheverfahren.

aufzuwerfen.⁴³⁷ Allein dieser neue Sachvortrag lässt daher eine andere Entscheidung als möglich erscheinen, weswegen nicht automatisch von „offensichtlicher“ Unbegründetheit ausgegangen werden kann.

Ungeachtet dieser Bedenken wies der BayVerfGH die Antragsteller auf die Möglichkeit einer solchen Gebühr hin. Ob dies aus Überlastungsgründen⁴³⁸ geschah, kann dahinstehen.⁴³⁹ In den allermeisten Fällen wurden die Anträge nach dem Hinweis zurückgenommen, in vier Fällen wurde aber die nächste Eskalationsstufe erklommen: Der BayVerfGH legte in diesen Fällen den Antragstellern eine Kostenvorschuss für die Durchführen des Verfahrens auf. Erst anschließend wurde der Antrag zurückgenommen.⁴⁴⁰ In diesen Fällen war die Gebühr sehr wahrscheinlich ausschlaggebend für die Rücknahme. In den anderen Fällen liegt es aufgrund der suggestiven Wortwahl „Ich gehe davon aus, dass Sie den Antrag (...) nicht weiterverfolgen wollen. Vorsorglich weise ich darauf hin, dass der Verfassungsgerichtshof einem Antragsteller eine Gebühr bis zu 1.500 Euro auferlegen kann“ nahe, dass dieser deutliche Hinweis auf eine Gebühr jedenfalls mitursächlich war für die Rücknahme. Die geringe Anzahl an Entscheidungen hat der BayVerfGH daher wohl bewusst herbeigeführt und Anträge mit dieser Praxis abgewendet – denn grundsätzlich wäre das Verfahren kostenfrei, weswegen auch nichts dagegen spricht, sich den Antrag förmlich entscheiden zu lassen, selbst wenn inhaltlich nichts Neues dabei herauskommen sollte.

437 Vgl. BayVGH Beschl. v. 15.03.2001 – 10 ZE 01.320, BeckRS 2001, 21105. Wie wichtig dieser Umstand sein kann, verdeutlichen auch die ersten beiden Entscheidungen des BVerfG je zur bayerischen Ausgangsbeschränkung. Dort erging an zwei aufeinanderfolgenden Tagen eine Entscheidung hinsichtlich derselben Rechtsfrage. Die zweite Entscheidung wies jedoch – entsprechend des Vortrags der Antragsteller – auf die besondere Eingriffsintensität der Maßnahme für Alleinstehende hin. Die erste Entscheidung verhielt sich hierzu nicht. Zwar erging letzten Endes im Tenor dieselbe Entscheidung. Allerdings wurde dieser Aspekt in der zweiten Entscheidung ausdrücklich mit in die Abwägung mit aufgenommen, was zuvor nicht der Fall war; hierzu Kap. 3, A. I. 4.

438 Eine solche Überlastungssituation wird angedeutet bei *Küspert*, BayVBl. 2022, 1 (6 f.).

439 Zweifel an einer corona-bedingten Überlastungssituation kann man allerdings im Hinblick auf die Praxis der Rücknahmeanregung und den Hinweis auf Gebührenerhebung, sowie im Hinblick auf den Vergleich der Eingangszahlen von 2019 und 2020: Kap. 2, C. III. 3.

440 Auskunft des BayVerfGH vom 12.10.2023.

3. Zusammenfassung

Der BayVerfGH sticht weder mit bestimmten eigenständigen Entscheidungsmustern⁴⁴¹ noch mit dem Inhalt einer bestimmten Entscheidung hervor. Vielmehr verhielt er sich zurückhaltend und prüfte ebenfalls nur summarisch. Auffällig ist allerdings seine ablehnende Haltung hinsichtlich wiederholender Entscheidungen. Er spielte daher während der Corona-Pandemie keine nennenswerte Rolle. Dazu könnte auch der Hinweis auf eine Gebühr bis zu 1.500 Euro beigetragen haben.⁴⁴² Nicht umsonst wird der BayVerfGH auch als „zahnloser Tiger“ betitelt.⁴⁴³

III. BVerfG

Im Folgenden werden die für die Interpretation relevanten Entscheidungen des BVerfG gewürdigt.

1. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG führt in aller Regel – und so auch bei den Corona-Eilverfahren – bei Anträgen gem. § 32 BVerfGG eine Folgenabwägung nach dem Schema der Doppelhypothese⁴⁴⁴ durch, wobei es hiervon auch Ausnahmen gibt:⁴⁴⁵

a) Grundsatz: Doppelhypothese

Gem. § 32 I BVerfGG kann eine einstweilige Anordnung nur ergehen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile dringend geboten ist. Im Rahmen des vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung angewandten Prüfungsmaßstabs

441 Zu den Gemeinsamkeiten mit dem BayVGh Kap. 3, D. IV.

442 Kap. 5, III. 4.

443 *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (754).

444 Hierzu *Walter* in BeckOK BVerfGG, § 32 Rn. 42; *Grafshof* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 32 Rn. 108; *Lechner/Zuck* in Lechner/Zuck BVerfGG, § 32 Rn. 22; Kap. 2, C. II. 1. a).

445 Umfassend zum Prüfungsmaßstab und den verschiedenen Konstellationen *Grafshof* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG, § 32 Rn. 54 ff.

haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Bei offenen Erfolgsaussichten ist hingegen eine Folgenabwägung durchzuführen, die auf der sog. „Doppelhypothese“ beruht.⁴⁴⁶

Insgesamt waren die Erfolgsaussichten daher nur von Bedeutung, sofern sich die Verfassungsbeschwerde als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erwies. Die Gründe, die für eine Verfassungswidrigkeit und somit auch für die Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde sprechen würden, blieben hingegen grundsätzlich außer Betracht.

b) Ausnahme: Bedeutung der Erfolgsaussichten

Hiervon machte das BVerfG in einem außerhalb Bayerns angesiedeltem Verfahren eine Ausnahme.⁴⁴⁷ Dem Verfahren gingen zwei verwaltungsgerichtliche Entscheidungen⁴⁴⁸ voraus, die die vom Beschwerdeführer begehrte Ausnahmegenehmigung für eine Versammlung⁴⁴⁹ ablehnten. Dem trat das BVerfG entgegen und gab dem Antrag auf einstweilige Anordnung (teilweise) statt. Die Besonderheit der Entscheidung ist, dass das BVerfG – anders als in den anderen Eilentscheidungen – die erkennbaren Erfolgsaussichten berücksichtigte aus (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁴⁵⁰

„Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde können ferner maßgeblich werden, wenn verwaltungsgerichtliche Beschlüsse betroffen sind, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind und

446 Ständige Rechtsprechung, exemplarisch BVerfG Entschn. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317, Rn. 6, mwN.

447 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766, siehe bereits Kap. 3, A. IV, 4. Neben dem sogleich geschilderten (versammlungsrechtlichen) Eilfall führt das BVerfG auch im Rahmen völkerrechtlicher Verträge eine summarische materielle Prüfung bereits im Eilverfahren durch anstelle einer reinen Folgenabwägung, um verfassungswidrige Bindungen an Völkervertragsrecht zu verhindern, BVerfG Beschl. v. 04.06.1973 – 2 BvQ 1/73, BVerfGE 35, 193, 196 f.; hierzu Kap. 3, A. IV, 2.

448 VG Gießen Beschl. v. 09.04.2020 – 4 L 1479/20, BeckRS 20200, 5767; VGH Kassel Beschl. v. 14.04.2020 – 2 B 985/20, BeckRS 2020, 6459.

449 Umfassend zur Rechtsprechung der Gerichte in Bezug auf das Versammlungsrecht während der Corona-Pandemie Kraft, JöR, 70/2022, 549 (558 ff.); Lepsius, RuP, 7/2021, 40 (56 ff.).

450 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766, Rn. 9.

die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen, insbesondere wenn die behauptete Rechtsverletzung bei Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, **die Entscheidung in der Hauptsache also zu spät käme**. Blieben in solchen Fällen die im Zeitpunkt der Eilentscheidung **erkennbaren** Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde gegen die verwaltungsgerichtliche Eilentscheidung außer Ansatz, würde sich bei der Folgenabwägung das Rechtsgut durchsetzen, das gewichtiger oder dessen behauptete Gefährdung intensiver als das kollidierende ist, **selbst wenn schon die im Eilrechtschutzverfahren mögliche Prüfung ergibt**, dass die rechtlichen Voraussetzungen für seinen Schutz **offensichtlich** nicht gegeben sind. Dies widerspräche der Aufgabe des BVerfG, die Beachtung der Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde zu sichern (BVerfGE 111, 147 [153] = NJW 2004, 2814 mwN).“

c) Würdigung

Ausschlaggebend für diese Abweichung von der generellen Linie war demnach, dass der Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät käme. Dies dürfte allerdings für alle Corona-Maßnahmen aufgrund deren Befristung zutreffen. In den Hauptverfahren kann nur mehr nachträglich festgestellt werden, ob die Maßnahme verfassungsgemäß war oder nicht. Die Ausübung der Grundrechte kann damit nicht mehr gesichert werden; dies ist nur während des Eilverfahrens möglich. Dies gilt vor allem für Freiheitsausübungen, die, anders als beispielsweise Betriebsschließungen, nicht monetär entschädigt werden können.⁴⁵¹

Das BVerfG führte dennoch in den allermeisten Fällen eine Folgenabwägung durch. Denn die Vorwegnahme der Hauptsache ist nicht das einzige Kriterium für das Abstellen auf die Erfolgsaussichten. Vielmehr muss laut BVerfG dafür eine Prüfung im Eilverfahren auch möglich sein und das Verfahren offensichtlich begründet.⁴⁵² Die Möglichkeit der – auch bloß summarischen Prüfung – verneinte das BVerfG in den anderen Verfahren jedoch, blieb dabei aber eine Begründung schuldig. Im vorgestellten Aus-

451 *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (750).

452 Zur offensichtlichen Begründetheit *Wagner*, COVuR 2021, 710 (714) mwN.

nahmeverfahren sah sich das BVerfG jedoch im Stande, die Rechtslage zu prüfen.⁴⁵³

Das BVerfG ging demnach in den allermeisten Fällen vom Standardfall aus und entschied aufgrund seiner Doppelhypothese. Da hier die Erfolgsaussichten nicht von Bedeutung sind, verfolgt dieses Modell seit jeher einen pragmatischen Lösungsansatz.⁴⁵⁴ Nicht die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme entscheidet über den Erfolg einer einstweiligen Anordnung, sondern die Gewichtung und Gefährdung von Rechtsgütern. Je gewichtiger das Rechtsgut ist, umso mehr setzt es sich durch.⁴⁵⁵ Da es sich beim Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und Leben um besonders hochrangige Rechte handelt, deren Verletzung zudem irreversibel sind,⁴⁵⁶ ist es nachvollziehbar, dass sich der Gesundheitsschutz durchsetzte.

Insgesamt wird aber deutlich, dass es auch das BVerfG tunlichst vermied, eine (summarische) Prüfung vorzunehmen, obwohl eine solche aufgrund der gängigen Ausnahme vom Prüfungsmaßstab nicht fern lag, und stattdessen die Prüfung von Rechtsfragen in das Hauptverfahren verlagerte. Das lässt sich auch illustrieren, wenn man sich die Verfahren zum Versammlungsrecht über einen längeren Zeitraum ansieht:

aa) Versammlungsverbot: BVerfG Beschluss vom 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20

In der ersten Entscheidung verpflichtete das BVerfG⁴⁵⁷ die Stadt Stuttgart im Wege der einstweiligen Anordnung, erneut über eine Ausnahmegenehmigung für eine Versammlung zu entscheiden. Die Behörde habe bei der Anwendung ihres Ermessens Art. 8 I GG nicht gewürdigt, so dass ein

453 Bei der summarischen Prüfung der Rechtslage war zwar stets Art. 8 I GG betroffen. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass bei Art. 8 I GG oftmals aufgrund spontaner Versammlungen die Situation entsteht, dass die erstrebte Betätigung des Art. 8 I GG nicht mehr möglich wäre, wenn man das Grundrecht erst in der Hauptsache prüfen würde. Gründe, weswegen dieser Grundsatz aber nicht auch auf andere Grundrechte übertragen werden könnte, sind nicht ersichtlich. Ausschlaggebend ist vielmehr die missliche Lage und nicht das betroffene Grundrecht.

454 Vgl. *Graßhof* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG, § 32 Rn. 83, der darauf hinweist, dass aus Rechtsgründen das Ergebnis der Prüfung auch nicht mit der materiellen Verfassungsrechtlage übereinstimmen muss und somit auch gerade keine summarische Prüfung der Rechtslage erfordere.

455 *Volkmann*, VerfBlog v. 20.03.2020.

456 Diesen Aspekt betonend *Steiner*, DVP 7/21, 257 (257).

457 BVerfG Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, BeckRS 2020, 6051.

Ermessensausfall vorliege. Das Verfahren war demnach in dieser Hinsicht erfolgreich; die (andere) wichtige Fragestellung, ob denn in den Corona-Verordnungen Versammlungsverbote mit Erlaubnisvorbehalt verhängt werden dürfen,⁴⁵⁸ ließen die Verfassungsrichter – trotz der enormen Bedeutung für die Regelungswerke sämtlicher Länder – offen:⁴⁵⁹

„Dabei muss im verfassungsgerichtlichen Eilverfahren offenbleiben, ob es von Art. 8 GG gedeckt ist, die Ausübung der Versammlungsfreiheit durch Rechtsverordnung einem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu unterwerfen und die Erteilung einer solchen Erlaubnis in das Ermessen der Verwaltung zu stellen.“

bb) Versammlungsverbot: BVerfG Beschluss vom 31.01.2022 – 1 BvR 208/22

In dem zweiten Beschluss⁴⁶⁰ ging es um die Verfassungsmäßigkeit des Verbots von sog. „Montagsspaziergängen“⁴⁶¹. Dabei handelte es sich um ein Phänomen, das ca. Ende 2021 auftrat. Maßnahmenkritiker:innen⁴⁶² konnten sich aufgrund von Versammlungsverboten nicht mehr wie gewünscht versammeln und trafen sich stattdessen zu „Spaziergängen“ – in der Hoffnung, dann den versammlungsrechtlichen Beschränkungen nicht zu unterliegen. Speziell solche Spaziergänge wurden in mehreren Städten durch Allgemeinverfügung verboten.⁴⁶³ Während schnell klar war, dass solche Treffen selbstverständlich als Versammlungen anzusehen waren und der Name dafür nicht ausschlaggebend war,⁴⁶⁴ stellte sich die fast identische Frage wie bereits knapp zwei Jahre zuvor, nämlich ob es mit Art. 8 I GG

458 Verneinend *Kruschke*, NVwZ-Extra, 9/2022, 1 (3 f.).

459 BVerfG Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, BeckRS 2020, 6051, Rn. 24.

460 BVerfG Besch. v. 31.03.2022 – 1 BvR 208/22, BeckRS 2020, 808. Besprechung bei *Sehl*, LTO v. 31.01.2022.

461 Die Rechtslage im Hinblick auf diese „Spaziergänge“ erläuternd *Eibenstein/Greve*, NVwZ 2022, 377; *Janz/Peters*, GSZ 2022, 132.

462 Umfassend zu den Versammlungsverboten im Zusammenhang mit „Querdenkern“ *Kraft*, JöR, 70/2022, 547 (598 ff.).

463 Bspw. die Allgemeinverfügung der Stadt München vom 13.01.2022 zu Versammlungen im Zusammenhang mit Protesten gegen Corona-Maßnahmen, abrufbar im Amtsblatt vom 31.01.2022 der Stadt München unter <https://stadt.muenchen.de/infos/amtsblatt.html> (Stand 21.09.2023).

464 *Kaufmann/Sehl*, LTO v. 10.01.2022.

vereinbar ist, ein präventives Versammlungsverbot zu erlassen, das sich zudem nur gegen Maßnahmenkritiker:innen⁴⁶⁵ richtete.

Das BVerfG meinte allerdings – obwohl diese Fragestellung bereits seit Beginn der Krise im Raum stand –, es handle sich um „eine verfassungsrechtlich offene Frage, deren Klärung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss.“^{466,467} Eine Begründung hierfür blieb das BVerfG schuldig.

2. Hinweisgeber

Ebenso wie der BayVGh erwies sich auch das BVerfG – (zumindest) zu Beginn – an einzelnen Stellen als Hinweisgeber.⁴⁶⁸ Dies betraf vor allem die Ausgangsbeschränkung, das Gottesdienst- und das Versammlungsverbot.⁴⁶⁹

a) Ausgangsbeschränkung: BVerfG Beschluss vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20

Die bereits besprochene⁴⁷⁰ Entscheidung zur Ausgangsbeschränkung enthielt einen wichtigen Hinweis zur Angemessenheit der Maßnahme, indem es betonte, dass die Maßnahme Alleinstehende besonders treffe.

465 Betroffen von der in Fn. 460 genannten Allgemeinverfügung der Stadt München waren alle „sich fortbewegenden Versammlungen im Zusammenhang mit Protesten gegen Corona-Maßnahmen“. Diese Thematik näher betrachtend *Kruschke*, NVwZ-Extra 9/2022, 1 (8 f.). *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (757) weist zu Recht darauf hin, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht höchst heikel sei, auf den Kundgabezweck abzustellen.

466 BVerfG Besch. v. 31.03.2022 – 1 BvR 208/22, BeckRS 2020, 808, Rn. 7.

467 Der BayVGh, Beschl. v. 19.01.2022 – 10 CS 22.162, BeckRS 2022, 921, stufte eine entsprechende Allgemeinverfügung der Stadt München als voraussichtlich rechtmäßig ein und stellte dabei auf die zugrunde liegende Gefahrenprognose aufgrund früherer Erfahrungen im Rahmen von „Querdenker“-Versammlungen ab. Die vorangegangene, anders lautende Entscheidung des VG München, Beschl. v. 19.01.2022 – M 33 S 22.216, BeckRS 2020, 388, änderte der BayVGh entsprechend ab.

468 *Rath*, LTO v. 22.02.2021, spricht vom BVerfG als „Impulsgeber“.

469 Die Änderungen, die im Anschluss an die Hinweisentscheidungen des BVerfG erfolgten, werden ausführlich unter Kap. 4, A. III, Kap. 4, B und Kap. 4, C besprochen. Im Folgenden werden sie nur kurz angedeutet.

470 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596; Kap. 3, A. I. 4.

Anstatt also den Eilantrag schlicht abzuweisen unter Hinweis auf den erst zwei Tage zuvor ergangenen Beschluss in Bezug auf die bayerische Ausgangsbeschränkung, fasste das Gericht einen neuen und ausführlicheren Beschluss.⁴⁷¹ Es legte in den Entscheidungsgründen ausführlich die Argumente der Beschwerdeführer dar, die erstmals auf die Situation von Allein-stehenden hinwiesen, und bezog diese in seine Abwägungsentscheidung mit ein. Zwischen den Zeilen erteilte das Gericht somit einen Hinweis an den Verordnungsgeber. Das lässt sich auch daran festmachen, dass das BVerfG bei den nachfolgenden Entscheidungen⁴⁷² tatsächlich inhaltlich nichts mehr zu den Ausgangsbeschränkungen sagte, sondern schlicht auf die bereits erfolgte Abwägung in der Entscheidung vom 07.04.2020 verwies.

Durch diesen Hinweis konnte der Verordnungsgeber reagieren und Treffen mit einer haushaltsfremden Person zulassen.⁴⁷³

b) Gottesdienstverbot: BVerfG Beschluss vom 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20

Auf die Bedeutung von Art. 4 I GG wies das BVerfG in seiner Entscheidung⁴⁷⁴ vom 10.04.2020 hin (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

„Hierbei ist – wie auch bei jeder weiteren Fortschreibung der Verordnung – hinsichtlich des im vorliegenden Verfahren relevanten Verbots von Zusammenkünften in Kirchen eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, das Verbot von Gottesdiensten unter – **gegebenenfalls strengen – Auflagen und möglicherweise auch regional begrenzt zu lockern.**“

471 Der BayVerfGH hätte die Antragsteller in einem Hinweisschreiben wohl schlicht darauf verwiesen, dass es für eine erneute Entscheidung kein Bedürfnis gebe; hierzu Kap. 3, D. II. 2.

472 Bspw. BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvR 762/20, BeckRS 2020, 418, Rn. 8.

473 BayMBl. 2020, Nr. 205; Kap. 4, A. III.

474 BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589; Kap. 3, A. III. 3. Der Vollständigkeit halber sei auch auf die Entscheidung des BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, BeckRS 2020, 7089, hingewiesen, dort allerdings betreffend ein absolutes Gottesdienstverbot ohne Ausnahmemöglichkeiten (Niedersachsen). Der Antrag war dementsprechend auch erfolgreich.

Im Anschluss an die Entscheidung wurde in der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossen, mit Glaubensgemeinschaften das Gespräch zu suchen und Lockerungen in Bezug auf Gottesdienste diskutiert, welche anschließend auch umgesetzt wurden.⁴⁷⁵

c) Versammlungsverbot: BVerfG Beschluss vom 15.04.2020 – 1 BvR 828/20

In diesem erfolgreichen Verfahren,⁴⁷⁶ das deutliche Auswirkungen auf die Gerichtspraxis hatte,⁴⁷⁷ wies das BVerfG auf die Tragweite von Art. 8 I GG hin, welche im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen sei. Zu Art. 8 I GG formulierte das BVerfG:⁴⁷⁸

„Als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe ist die Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung konstituierend.“

3. Zusammenfassung

Ebenso wie der BayVerfGH nahm das BVerfG während der Corona-Pandemie nur eine untergeordnete Rolle ein. Allerdings setzte es mit den drei dargestellten Entscheidungen wichtige Akzente für den weiteren Verlauf der Rechtsprechungs- und Normsetzungstätigkeit. Wichtige und grundlegende Fragestellungen klammerte es aber ebenfalls aus und überließ den Fachgerichten die Prüfung.⁴⁷⁹

IV. Gemeinsamkeiten BayVGH, BayVerfGH und BVerfG

Im Folgenden werden Gemeinsamkeiten in der Entscheidungspraxis von BayVGH, BayVerfGH und BVerfG dargestellt. Dabei wird zunächst auf die Grundrechteprüfung eingegangen und anschließend auf die Gefahrbeurteilung.

475 BayMBl. 2020 Nr. 239; auch Kap. 2, I. 2. d) und Kap. 4, B.

476 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766; Kap. 3, A. IV. 4.

477 Kap. 4, C.

478 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766, Rn. 17.

479 Was dem BVerfG auch deutliche Kritik einbrachte, bspw. *Volkmann*, FAZ vom 21.05.2021, der mutmaßt, dass man anscheinend seinerzeit Wichtigeres zu tun habe.

1. Oberflächliche Grundrechteprüfungen

Die Grundrechteprüfung fiel, sofern sie nicht ohnehin auf die Hauptsache verlagert wurde, oberflächlich aus. Beispielsweise wurde die unterschiedliche Schrankensystematik verschiedener Grundrechte nicht herausgearbeitet; teilweise⁴⁸⁰ wurde nicht einmal das betroffene Grundrecht benannt. Im Folgenden werden zunächst die prägnantesten Befunde zusammengefasst und anschließend auf die Auffälligkeiten bei den gängigen Prüfungsschritten⁴⁸¹ der Verhältnismäßigkeitsprüfung⁴⁸² sowie im Rahmen von Gleichheitsrechten hingewiesen.

a) Allgemein

Die Argumentation war, sofern überhaupt in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestiegen wurde, in vielen Verfahren nur gering.

Allgemein gilt als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Art. 20 III GG, der Grundsatz, dass die Rechtfertigungsbedürftigkeit steigt, je intensiver der Grundrechtseingriff ist. Für die Corona-Krise würde dies demnach in der Regel eine sehr hohe Rechtfertigungslast bedeuten, da die meisten Eingriffe schwerwiegend⁴⁸³ waren. Trotz dieses Standards war eine genaue Umkehrung dieser Regel zu beobachten.⁴⁸⁴ In diesem Zusammenhang war drastisch sogar vom „Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie“ die Rede.⁴⁸⁵

480 Exemplarisch die Beschlüsse des BayVGh vom 26.05.2020, 20 NE 20.1069, BeckRS 2020, 10401; 20 NE 20.1065, BeckRS 2020, 10399; 20 NE 20.1067, BeckRS 2020, 10400 sowie BVerfG Beschl. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317, Rn. 9.

481 Kritisch zum „Kästchendenken“ der Grundrechteprüfung während der Corona-Krise *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (724), das nicht die Antwort sein könne auf derart auf neuartige soziale Eingriffsdimensionen. Seiner Auffassung nach müsse daher das BVerfG eine innovative Grundrechtssprechung hervorbringen; die Oberverwaltungsgerichte hingegen könnten dies nicht leisten.

482 Zur Frage der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Maßnahmen während der Corona-Pandemie *Edenharter*, JöR, 69/2021, 555; *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705; *Murswiek*, NVwZ 2021, 281; *Rixen*, RuP, 7/2021, 67 (68 ff.); Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung der Oberverwaltungsgerichte *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (622 ff.).

483 BayVerfGH Entsch. v. 26.03.2020 – Vg. 6-VII-20; BeckRS 2020, 4602, Rn. 14.

484 *Leitmeier*, DÖV 2020, 645 (647). Er verweist dabei auch auf *Lepsius*, VerfBlog v. 06.04.2021, der insbesondere auch die Rechtfertigungsrhetorik kritisiert. Siehe auch *Degenhart*, Staatsrecht I, § 4 Rn. 474a.

485 *Lepsius*, VerfBlog v. 06.04.2021.

Beispielsweise kehrten die Ausgangsbeschränkungen den Grundsatz,⁴⁸⁶ dass die Grundrechte grundsätzlich jedes Verhalten erlauben und nur im Einzelfall eingeschränkt werden können, um: Es war nicht mehr erlaubt, die Wohnung zu verlassen, sondern nur, wenn man einen triftigen Grund vorzuweisen hatte. Somit wurde die Freiheitsausübung rechtfertigungsbedürftig.⁴⁸⁷ In der Literatur war daher stellenweise bereits die Rede von einer von einer „Beweislastumkehr“⁴⁸⁸.

Die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs unterliegt daher hohen Anforderungen. Ausreichend war es für die Gerichte im Rahmen der Angemessenheit⁴⁸⁹ allerdings, dass es Ausnahmen vom Verbot in Form der triftigen Gründe gab.⁴⁹⁰

b) Legitimer Zweck

Der legitime Zweck wurde stets bejaht, ohne dabei aber darauf einzugehen, welchen genauen Zweck die Maßnahme verfolgte – variierte dieser doch im Laufe der Pandemie mehrfach. Eine genaue Zuordnung erfolgte nicht; neben dem Schutz des Gesundheitssystems vor Überlastung⁴⁹¹ wurde auch der Schutz vor Ansteckung genannt, die Reduzierung der Infektionszahlen („flatten the curve“) oder allgemein der Schutz von Leben und Gesundheit. Die ungenaue Zuordnung eines eindeutigen Zwecks wurde in der Literatur⁴⁹² wiederholt kritisiert, da der Staat beispielsweise nicht gänzlich

486 Vgl. *Sachs* in *Sachs GG*, Vorb. Abschnitt I, Rn. 98.

487 *Kießling* in *Kießling IfSG*, § 28a Rn. 42 mwN; kritisch auch *Katzenmeier*, *MedR* 2020, 461 (465) mwN; aus der Rechtsprechung hervorhebenswert *VerfGH Saarl.* Besch. v. 28.04.2020 – *Lv 7/20*, *BeckRS* 2020, 7053, Rn. 51, der aus diesem Grund die Regelung suspendierte mit der Maßgabe, die bisherige Regelung als „Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“ auszugestalten, *Besprechung der Entscheidung bei Knopp*, Fn. 311, S. 74 ff.

488 *Lepsius*, *JöR*, 69/2021, 705 (730); *Volkman*, *VerfBlog* v. 20.11.2020.

489 *Sogleich* Kap 3, D. IV. 1. e).

490 Diese Gewährleistung scheint jedoch absolutes Minimum für einen Grundrechtseingriff, da es andernfalls zu Problemen mit dem Wesensgehalt eines Grundrechts, Art. 19 II GG, käme. Diskutierend, ob in akuten Krisen der Wesensgehalt anstelle der Verhältnismäßigkeit Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit sein könnte, *Froese*, *DÖV* 2022, 389 (394) mwN.

491 Kritisch im Hinblick auf den legitimen Zweck Funktionsfähigkeit *Munaretto*, *VerfBlog* v. 08.04.2021.

492 Kritisch *Edenharter*, *JöR*, 69/2021, 555 (561 f.); *Lepsius*, *VerfBlog* v. 06.04.2021; *Murswiek*, *VerfBlog* v. 16.03.2021; *Thiele* *LTO* v. 29.10.2020; aA *Rusche*, *JöR*,

Ansteckungen vermeiden könne und eine Zuordnung auch wichtig sei für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴⁹³ So beispielsweise bei der Frage der Erforderlichkeit, die sich nur beantworten lässt, wenn klar ist, wofür ein milderes Mittel gesucht wird, oder im Rahmen der Angemessenheitsprüfung, in der legitimer Zweck und Einsatz des Mittels zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Wird der Zweck dabei sehr weit gefasst, z.B. pauschal Gesundheitsschutz, erweisen sich andere Maßnahmen als angemessen, als wenn der Zweck enger gefasst wird, wie z.B. bei „flatten the curve“.⁴⁹⁴ Der legitime Zweck dient daher dazu, die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu strukturieren,⁴⁹⁵ was sich jedoch in der Praxis nicht zeigte. Es scheint, als hätten sich die Gerichte den Zweck herausgepickt, der am besten zur eigenen Argumentation passte.⁴⁹⁶

c) Geeignetheit

Der Geeignetheit wurde, wie auch der Erforderlichkeit, keine große Beachtung geschenkt. Das ist insofern meist unschädlich, als es für die Geeignetheit einer Maßnahme ausreicht, dass diese nicht völlig ungeeignet ist und der Zweck durch die Maßnahme gefördert werden kann.⁴⁹⁷ Teilweise ließ sich aber eine Geeignetheit sogar stark anzweifeln, beispielsweise insofern kontaktfreie Betätigungen ebenfalls verboten waren – wie das alleinige Parkbank sitzen zu Beginn der Pandemie.⁴⁹⁸ Auch als der BayVGH im

69/2021, 449 (457 f.), die auf die Untrennbarkeit der Zwecke hinweist und die auf den allgemeinen Zweck der Beherrschbarkeit der Pandemie abstellt.

493 *Leisner-Egensperger*, JZ 2021, 913 (913).; *dies.*, NJW 2021, 2415 (2419); *Lepsius*, VerfBlog v. 30.03.2021.

494 Das BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., BeckRS 2021, 36514, Rn. 173 f. nahm hingegen in seiner ersten Hauptsacheentscheidung ein „Bündel“ von legitimen Zwecken an. Kritisch hierzu *Lepsius*, LTO v. 31.12.2021.

495 So *Leisner-Egensperger*, JZ 2021, 913 (917).

496 *Ebd.*, (916).

497 *Jarass* in *Jarass/Pieroth GG*, Art. 20 Rn. 118 mwN; *Sachs* in *Sachs GG*, Art. 20 Rn. 150.

498 Kap. 3, A. I. 3. b) bb). Letztlich wurde die Frage, ob die bayerische Ausgangsbeschränkung tatsächlich das „Bankerl-Sitzen“ untersagte, dann obsolet, als der Bayerische Ministerpräsident *Söder* äußerte, es sei natürlich erlaubt, auf einer Parkbank zu sitzen (ausführlich Kap. 4, J. I). Ob dies rechtlich tatsächlich zutrifft oder nicht, ist dann nur mehr zweitrangig, weil die bayerische Polizei dieses Verhalten nicht mehr ahnden würde; hierzu Kap. 4, J. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung v. 22.11.22 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403, Rn. 16, allerdings die Ansicht des BayVGH

Rahmen der Entscheidung über die Ausgangsbeschränkung eine Auslegung vornahm,⁴⁹⁹ die dem Zweck der Regelung diametral entgegenliefe, indem schlicht jedes Verhalten als „triftiger Grund“ angesehen wurde, hatte der Senat keine Zweifel an der Geeignetheit an einer so verstandenen Ausgangsbeschränkung.⁵⁰⁰

d) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeitsprüfung unterblieb faktisch, da nur eindeutig gleich effektive Maßnahmen als milder angesehen wurden⁵⁰¹ und die Eindeutigkeit im Rahmen des Eilverfahrens nicht festgestellt werden konnte. Angesichts der Unsicherheit im tatsächlichen Bereich nahm die Prüfung der Erforderlichkeit keine große Rolle ein, teilweise „schenkten“⁵⁰² sich die Gerichte diese auch ganz. Dem Ordnungsgeber wurde aufgrund der drohenden Gefahren ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zugestanden; an die Erforderlichkeit waren laut BayVGH⁵⁰³ keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Diese Ausführungen des Senats mögen zwar andeuten, dass der Beurteilungsspielraum des Ordnungsgebers durchaus begrenzt war und prinzipiell einer Überprüfung zugänglich ist. In der anfänglichen Gerichtspraxis kam es aber zu keiner Prüfung von milderem Mitteln.

(Beschl. v. 4.10.21 – 20 N 20.767, BeckRS 2021, 29086, Rn. 77) bestätigt, dass eine verfassungskonforme Auslegung nicht angezeigt sei, da es dem Ordnungsgeber nach eigenem Vortrag gerade darum ging, dieses Verhalten zu untersagen, und die Auslegung nicht zu einer Umdeutung in eine Kontaktbeschränkung führen dürfe.

499 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; Kap. 3, A. I. 2. b) cc).

500 Schmitt, VerfBlog v. 18.12.2020, ist daher der Ansicht, eine solche Ausgangsbeschränkung sei ungeeignet.

501 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, Rn. 60.

502 Blankenagel, JZ 2021, 702 (705, Fn. 36); exemplarisch BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227, in welchem der Senat nur eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt und die Prüfung von legitimem Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit – obwohl von den Antragstellern laut Tatbestand kritisiert – unterlässt.

503 Exemplarisch BayVGH Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.926, BeckRS 2020, 7969.

e) Angemessenheit

Besonderheiten bei der Angemessenheit ergaben sich hinsichtlich der Abwägung, die im Folgenden zunächst besprochen werden. Auch in die Abwägung miteingestellt wurde die zeitliche Befristung der Maßnahmen, die in einem zweiten Schritt besprochen wird.

aa) Abwägung

Die Angemessenheitsprüfung stellte oftmals nur eine Art Vertretbarkeitskontrolle dar und keine, die die jeweiligen Belange – kollektive Belastungen⁵⁰⁴ vs. kollektiver Gesamtnutzen – sorgfältig miteinander abwog.⁵⁰⁵ Auch setzte sich der Gesundheitsschutz meist schon auf abstrakter Ebene durch; eine konkrete Abwägung fand nicht statt. Insgesamt setzte somit eine Verabsolutierung des Gesundheitsschutzes ein.⁵⁰⁶ Auffällig war auch, dass jede Maßnahme, die auch nur einen noch so geringen Beitrag zur Reduzierung des Infektionssgeschehens (vermeintlich) zu leisten vermochte, als angemessen angesehen wurde, ohne zu prüfen, ob der damit einhergehende tief(er)gehende Eingriff gerechtfertigt ist. Als Beispiel seien die Ausgangsbeschränkungen genannt, die der Kontaktreduzierung dienten, die aber in ihrer Eingriffsintensität sehr stark waren und deutlich gesteigert im Vergleich zu reinen Kontaktbeschränkungen.⁵⁰⁷ Ob allerdings durch Ausgangsbeschränkungen im Vergleich zu reinen Kontaktbeschränkungen tatsächlich ein solcher Mehrwert einherging, der diesen verstärkten

504 Betonend, dass die kollektive Abwägung im Rahmen der Angemessenheit der wesentliche Unterschied sei zur Folgenabwägung, wo es um die Abwägung von individueller Belastung und kollektivem Gesamtnutzen gehe, *Schoch*, NVwZ 2022, 1 (6 f.) mwN.

505 Darauf hinweisend, dass dies letztlich den komplexen Abwägungsmodalitäten geschuldet sei, *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (495).

506 *Kruse*, NJW 2022, 2091, (2092) spricht daher auch vom „Totschlagargument“. *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (732) kritisiert in diesem Zusammenhang auch, dass die Abwägung nicht konkret erfolgt sei, sondern sich der Gesundheitsschutz abstrakt durchsetze.

507 *Johann/Gabriel* in BeckOK IfSG, § 28a Rn.13; *Kießling* in Kießling IfSG, § 28a Rn. 41.

Grundrechtseingriff als angemessen erscheinen lassen würde, wurde nicht geprüft.⁵⁰⁸

Die Abwägung im Rahmen der Angemessenheit erfolgte insgesamt pauschal, oftmals ohne die von den Antragstellern vorgebrachten Einwände hinsichtlich drohender Kollateralschäden⁵⁰⁹ zu berücksichtigen. Das Abwägungsergebnis war somit vorgezeichnet.⁵¹⁰ Abgewogen wurde nach dem Prinzip „viel hilft viel“, wodurch auch „miserable Kosten-Nutzen-Verhältnisse“⁵¹¹ aufrecht erhalten wurden.⁵¹² Das BVerfG wandte seine übliche Kontrolldichte gegenüber der Legislative nicht entsprechend auf den Verordnungsgeber an.⁵¹³

bb) Zeitliche Befristung

Ein weiteres beliebtes Argument für die Verhältnismäßigkeit war die zeitliche Befristung, die dazu führte, dass die Maßnahmen von den Gerichten als verhältnismäßig eingestuft wurden.⁵¹⁴ Nun lässt sich nicht leugnen, dass die zeitliche Befristung Grundrechtseinschränkungen mildern kann.⁵¹⁵ Allerdings gibt es auch Grundrechte, die selbst nach kürzester Betroffenheit bereits eine richterliche Anordnung erfordern, so z.B. Art. 104 II 1 GG. Pauschal ist zeitlich befristet also nicht gleichzusetzen mit verhältnismäßig. Auf jeden Fall aber bedurfte dieses Argument, nachdem Verordnungen im Zwei-Wochen-Rhythmus verlängert wurden, einer tiefergehenden Aus-

508 *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (746) spricht daher auch von „Gefahrerforschungseingriffen“, die der besseren Tatsachenerkenntnis dienen sollten. In der Hauptsache diese Fragestellung verneinend BVerwG Urt. v. 22.11.22 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403.

509 Hierzu u.a. *Frankenberg*, NVwZ 2021, 1427 (1428); *Huster*, VerfBlog v. 22.03.2020.

510 Kritisch zu der pauschalen Gegenüberstellung von betroffenem Grundrecht und Gesundheitsschutz *Murswiek*, VerfBlog v. 16.03.2021.

511 *Hamed/Stibi*, Einspruch FAZ v. 30.03.2021.

512 Siehe *Heumann/Holzgang*, VerfBlog v. 30.04.2020, die eine „anything-goes“-Politik ablehnen; *Hofmann*, VerfBlog v. 13.04.2020, spricht im Hinblick auf die zugrunde liegenden Maßnahmen von der „Verhältnismäßigkeit mit der Holzhammermethode“; ebenso anmahrend *Kingreen*, VerfBlog v. 20.03.2020, der die Frage aufwirft, ob (auch) hier ein „whatever-it-takes“ stellt.

513 *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (58 f.). Für eine strengere Rechtfertigungspflicht der Exekutive plädierend, *Papier*, GewArch 2022, 350 (353).

514 *Kraft*, JöR, 70/2022, 547 (592 f.); *Trute*, jM 2020, 291.

515 So auch *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (494).

einandersetzung, so z.B. bei den Betriebsschließungen.⁵¹⁶ Die ständigen Verlängerungen erhöhen die Eingriffsintensität; diese wird aber dadurch zugleich auch verschleiert.⁵¹⁷ Zudem lässt dieses Argument die Gerichte hilflos dastehen und außerdem setzten sie sich dadurch auch in Widerspruch zum Prüfungsmaßstab, den sie selbst als erhöht benennen.⁵¹⁸

Dennoch entschieden BayVGh, BayVerfGH und BVerfG stets, als würden sie die Maßnahme zum ersten Mal prüfen und blendeten die vergangene Rechtsbeeinträchtigung und die zu erwartende künftige aus. Eine solche Betrachtungsweise wird zwar vielleicht dem Verfahrensgegenstand gerecht, aber jedenfalls nicht der Gesamtentwicklung, v.a. nicht, wenn – wie zu Beginn stets – mit weiteren Beschränkungen zu rechnen war.⁵¹⁹

cc) Zusammenfassung

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere Angemessenheitsprüfung, fand oft nur pro forma, aber nicht inhaltlich statt.⁵²⁰ Vielmehr setzte sich fast ausnahmslos der Gesundheitsschutz durch, worauf auch der BayVGh in seiner ersten Hauptsacheentscheidung⁵²¹ hinwies (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁵²²

„Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ging bei Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wohl auch bei der Einschätzung der Gefährlichkeit der SARS-CoV-2-Pandemie von einem weitem Einschätzungsspielraum der Exekutive aus [...] **In der Regel wurde pauschal auf die staatliche Pflicht verwiesen, Leben und Gesundheit zu schützen** (Art. 2 Abs. 2 GG).“

516 Ähnlich *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (706); *Degenhart*, https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galleries/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf, 3 (13 f.), *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (725), der darauf hinweist, dass die Befristung der Verordnungen sich in der Rechtsschutzperspektive als „höchst ambivalentes Instrument“ erweise.

517 *Degenhart*, https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galleries/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf, 3 (13 f.).

518 So *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (631).

519 Vgl. *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (706); *Schmitt*, JöR, 69/2021, 465 (480).

520 *Leisner-Egensberger*, JZ 2021, 913 (916), spricht von „begrifflicher Hülle“.

521 BayVGh Beschl. v. 04.10.2021 – 20 N 20.767, BeckRS 2021, 29086, Rn. 57.

522 Kritisch hierzu *Murswiek*, DÖV 2021, 505 (505).

Der Forderung einer strengen Evaluierungspflicht, BayVGh, BayVerfGH und BVerfG in ihren Entscheidungen formulierten⁵²³ folgte somit keine korrespondierende strenge Überprüfung.⁵²⁴

f) Gleichheitsrechte

Auch bei den Gleichheitsrechten wurde keine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Prüfung durchgeführt, obwohl die zusätzlich gegebenen Eingriffe in Freiheitsrechte (insbesondere bei den Betriebsschließungen wegen Art. 12 I GG) dies erfordern würden,⁵²⁵ wie es der BayVGh⁵²⁶ selbst noch im Obersatz formulierte.⁵²⁷ Allerdings blieb es bei dieser abstrakten Festlegung des Prüfungsmaßstabes; die inhaltliche Überprüfung richtete sich nicht mehr danach. Vielmehr wurde nur danach gefragt, ob ein ausreichender sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung vorlag.⁵²⁸

2. Gefahrbeurteilung

Auch die Gefahrbeurteilung der jeweiligen untersagten Verhaltensweisen erfolgte pauschal. Verhaltensweisen wurden nicht dahingehend untersucht, ob von ihnen eine infektiösrechtlich relevante Gefahr ausging; ausreichend war es, dass es, wenn auch nur entfernt, potentiell zu einer Ansteckung kommen könnte, was letztlich bei jedem Verhalten, bei dem man auf andere Menschen treffen konnte, der Fall war.^{529,530} Gearbeitet wur-

523 Exemplarisch BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589; BayVerfGH Entschr. v. 24.04.2020 – Vf. 29-VII-20; BeckRS 2020, 6617; BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632; BeckRS 2020, 4618.

524 Ähnlich *Papier*, GewArch 2022, 350 (352).

525 BVerfG Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., BeckRS 1993, 230799; *Edenharter*, JöR, 69/2021, 555 (578).

526 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.739, Rn. 35.

527 Zum stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientiertem Prüfungsmaßstab BVerfG Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 u.a., BeckRS 1987, 1128. Zur Entwicklung der Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 3 GG *Kischel* in BeckOK GG, Art. 3 Rn. 28 f; *Nußberger* in Sachs GG, Art. 3 Rn. 8 ff.

528 Kap. 3, D. I. 1. g) aa).

529 *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (704).

530 Der BayVGh, Beschl. v. 18.12.2020 – 20 NE 20.2678, BeckRS 2020, 36149, Rn. 29, stellt in dieser Entscheidung wiederum nur auf das Gesamtkonzept ab und hält

de mit Worst-Case-Szenarien.⁵³¹ Eine Ausnahme von dieser Beobachtung kann man aber im Bereich der versammlungsrechtlichen Entscheidungen bemerken, die eine pauschale Begründung mit Infektionsgefahren gerade nicht mehr ausreichen ließen, sondern eine Einzelfallprüfung forderten und konkrete Gefährdungsmomente, denen nicht durch entsprechende Hygieneauflagen begegnet hätte werden können.⁵³² Auch hier merkt man den deutlichen Einfluss⁵³³ der Hinweitsentscheidung des BVerfG⁵³⁴ zum Versammlungsrecht.

V. Verwaltungsgerichte

Im Folgenden werden die Verwaltungsgerichte näher betrachtet. Diese wurden in unterschiedlichen Konstellationen angerufen. Diese lassen sich in folgende drei Hauptkategorien fassen: Anträge gem. § 80 V 1 VwGO⁵³⁵ gegen Allgemeinverfügungen, gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung; Anträge gem. § 123 I VwGO, gerichtet auf vorläufige Feststellung eines Rechtsverhältnisses, und Anträge gem. § 123 I VwGO, gerichtet auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung.⁵³⁶

Bei den Verwaltungsgerichten lassen sich Entscheidungsmuster nicht so leicht klassifizieren wie beim BayVGH, da bei letzterem stets⁵³⁷ derselbe Senat zuständig war. An den Verwaltungsgerichten waren aber jeweils mehrere Kammern zuständig, die entsprechend unterschiedlich entschieden. Überblickt man aber die Gesamtheit der Entscheidungen, kann man durchaus gewisse Tendenzen erkennen.

es für nicht entscheidungsrelevant, ob es durch das untersagte Verhalten (hier Tennispielen) tatsächlich zu Ansteckungen kommen könne.

531 Murswiek, VerfBlog v. 16.03.2021.

532 Kap. 3, A. IV. 3.

533 Kap. 4, C.

534 Kap. 3, A. IV. 4.

535 Zu § 80 V 1 VwGO Kap. 2, C. I. 1. a).

536 Zu § 123 I VwGO Kap. 2, C. I. 1 b).

537 Eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans kam erst später und war begrenzt auf ein halbes Jahr. Ziel war es, den 20. Senat zu entlasten, indem der 25. Senat seuchenrechtliche Fragestellungen übernahm, BayVGH Präsidialbeschl. v. 10.05.2021 – 0101.3-2 (nicht veröffentlicht).

1. Prüfungsmaßstab

Die Verwaltungsgerichte haben, anders als der BayVGH, der BayVerfGH und das BVerfG, nicht ganz überwiegend Entscheidungen auf Basis einer Folgenabwägung getroffen, sondern im Gegenteil im großen Stil die Erfolgsaussichten der Hauptsacheverfahren geprüft und diese als tragenden Entscheidungsgrund herangezogen.⁵³⁸

Dabei prüften die Verwaltungsgerichte typischerweise bei einem Antrag nach § 80 V 1 VwGO, ob die Maßnahme nach summarischer Prüfung voraussichtlich rechtmäßig oder rechtswidrig sei, stellten also auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache ab. Diesen Maßstab nutzten die Gerichte sowohl bei Verfahren gem. § 80 V 1 VwGO, als auch bei solchen gem. § 123 I VwGO.⁵³⁹

Somit waren die Erfolgsaussichten der Hauptsache ausschlaggebend für die Verwaltungsgerichte. Bei insgesamt 64 Verfahren wurde in nur vier Verfahren von offenen Erfolgsaussichten ausgegangen. In drei davon⁵⁴⁰ führte dies zur Ablehnung des Antrags aufgrund einer Folgenabwägung. In einem weiteren Verfahren⁵⁴¹ wurde keine Folgenabwägung, die die verschiedenen Konstellationen gegenüberstellt, sondern eine Interessenabwägung durchgeführt.⁵⁴²

538 Zum Prüfungsmaßstab im Rahmen von § 80 V 1 VwGO *Gersdorf* in BeckOK VwGO, § 80 Rn.187 ff. mwN; zu § 123 I VwGO *Kuhla* in BeckOK VwGO, § 123 Rn. 54 ff.

539 Im Einzelnen: Bei Verfahren gem. § 80 V 1 VwGO prüften die Gerichte, ob ein überwiegendes Interesse des Antragstellers an der vorläufigen Außervollzugsetzung bestand. Dies wurde dann bejaht, wenn die Maßnahme sich voraussichtlich als rechtswidrig erwies, da am Vollzug rechtswidriger Maßnahmen kein Interesse besteht. Im Rahmen einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO, die auf Erteilung einer Genehmigung gerichtet war, wurden die Erfolgsaussichten unter dem Punkt „Glaubhaftmachung eines Anordnungspruchs“ geprüft. Bei Anträgen gem. § 123 I VwGO, die auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet waren, legten die Gerichte die entsprechende Maßnahme bei der Prüfung eines Anordnungspruchs aus und prüften somit auch die Erfolgsaussichten der Feststellungsklage in der Hauptsache.

540 VG Ansbach Beschl. v. 27.03.2020 – AN 18 S 20.00538; BeckRS 2020, 6129; Beschl. v. 11.04.2020 – AN 30 S 20.00654, BeckRS 12204; Beschl. v. 26.04.2020 – AN 30 S 20.00775, BeckRS 2020, 6627.

541 VG Ansbach Beschl. v. 25.04.2020 – AN 18 S 20.00739, BeckRS 2020, 7124.

542 In den restlichen 60 Verfahren wurde auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache abgestellt; in nur einem, VG Bayreuth Beschl. v. 08.05.2020 – B 7 E 20.419, BeckRS 2020, 10927, wurde bereits der Anordnungsgrund verneint.

Im Unterschied zum BayVGH, dem BayVerfGH und dem BVerfG wurden somit die Erfolgsaussichten geprüft und nicht etwa unter Hinweis auf die Komplexität der Fragestellungen auf das Hauptverfahren verwiesen. Zwar ist zuzugeben, dass den verschiedenen Gerichten verschiedene Prüfungsmaßstäbe vorgegeben sind. Z.B. ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 VI VwGO an strengere Voraussetzungen geknüpft, da dort die Anordnung „dringend geboten“ sein muss.⁵⁴³ Dieser Unterschied machte sich vorliegend aber nicht bemerkbar, da der BayVGH bereits zuvor die Prüfung unter Verweis auf die Komplexität abbrach und in eine Folgenabwägung einstieg. Auch beim BVerfG und BayVerfGH wird typischerweise nur nach der Doppelhypothese verfahren; eine zumindest summarische Prüfung der Rechtsfragen wäre aber nicht ausgeschlossen gewesen.⁵⁴⁴

2. Verwaltungsgerichte als Kontrast zu den anderen Gerichten

Neben dem unterschiedlichen Prüfungsmaßstab gab es noch weitere Gegensätze.

a) Mut zur Entscheidung

Anders als der BayVGH, der es für die Rechtmäßigkeit auch von ihm als kritisch empfundener Maßnahmen ausreichen ließ, dass eine Änderung angekündigt wurde oder die Maßnahme ohnehin nicht mehr lang in Kraft⁵⁴⁵ war, gaben die Verwaltungsgerichte in solchen Konstellationen den Antragstellern Recht. Insgesamt zeigten sich die Verwaltungsgerichte entscheidungsmutiger, wie folgende ausgewählte Beispiele verdeutlichen:

543 *Schenk*, BayVBl. 2020, 793 mVa. BVerwG Beschl. v. 18.05.1998 – 4 VR 2/98, NVwZ 1998, 1065 Rn. 3; das Verhältnis von § 123 I VwGO und § 47 VI VwGO umfassender beleuchtend *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (616 f.).

544 Kap. 3, D. III. 1.

545 Erwähnenswert auch die Entscheidung des OVG Münster, das den Lockdown einen Tag vor dessen Außerkrafttreten noch aufhob, Beschl. v. 06.07.2020 – 13 B 940/20.NE, BeckRS 2020, 14802.

aa) VG München Beschluss vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1252

Das erste umfassende Maßnahmenpaket in Bayern wurde in Form einer Allgemeinverfügung erlassen;⁵⁴⁶ darunter auch die Ausgangsbeschränkung. Bereits wenige Tage nach deren Inkrafttreten stellte das VG München im Rahmen zweier Eilverfahren⁵⁴⁷ die aufschiebende Wirkung wieder her. Zur Begründung wurde angeführt, die Regelungen hätten in Form einer Verordnung ergehen müssen, weshalb die Allgemeinverfügung bereits formell fehlerhaft sei. Unabhängig davon, dass diese Einschätzung rechtlich wohl nicht zutreffend ist, da es sich bei der Frage, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Allgemeinverfügung, Art. 35 S. 1 BayVwVfG, Tatbestandsfragen und somit materielles Recht⁵⁴⁸ darstellen, scheute sich das Gericht – ausgehend von seiner rechtlichen Einschätzung – nicht, auf einen „bloß“ formellen Fehler hinzuweisen und die Regelung bereits aus diesem Grund für rechtswidrig einzustufen. Dadurch unterscheidet sich das VG deutlich vom BayVGh, der, wie dargestellt,⁵⁴⁹ auch über erkannte formelle Fehler erst nach deren Heilung entschied.

Zudem aber, und das ist ebenfalls ein bemerkenswerter Unterschied zum BayVGh, äußerte sich das VG auch ausführlich zur materiellen Rechtslage und verneinte das Vorhandensein einer ausreichenden Rechtsgrundlage. Es stellte fest, dass die Ausgangsbeschränkung in Art. 11 I GG eingreife und dieses Grundrecht nicht im IfSG zitiert werde. Somit lag nach Ansicht des VG München ein Verstoß gegen das Zitiergebot, Art. 19 I 2 GG, vor. Das gefundene Ergebnis begründete das VG München anhand der „FAQs“⁵⁵⁰ des StMI als auch mit Hinweis auf die Gesetzesentwicklung vom Bundesseuchenrecht – dem Vorgänger des jetzigen IfSG – zum IfSG.

Die materiellen Ausführungen nahmen einen Großteil der Entscheidung ein. Beachtenswert ist der Umstand, dass die Antragstellerin sich selbst nicht auf Art. 11 GG berief.⁵⁵¹ Zur Prüfung griff das Gericht eigenständig

546 Kap. 3, A. I. 1.

547 VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252 ua, BeckRS 2020, 6126; Kap. 3, A. I. 3. b) aa).

548 BayVGh Beschl. v. 13.08.2020 – 20 CS 20.1821, BeckRS 2020, 19555, Rn. 22 f.

549 Kap. 3, D. I. 1. e) aa).

550 Damals abrufbar unter <https://www.bayern.de/service/informationen-zum-coronavirus/faq-zur-ausgangsbeschraenkung> (siehe VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126, Rn. 29); inzwischen ist die Seite nicht mehr aufrufbar.

551 Antrag vom 21.03.2020 in dem Verfahren M 26 S 20.1252.

auf die FAQs zurück und prüfte folglich die Maßnahmen in jeglicher Hinsicht, auch wenn es hierzu keinen Vortrag gab – im Eilverfahren, wo der Sachvortrag eine große Rolle spielt,⁵⁵² ein untypisches Vorgehen. Es belegt die Entscheidungsfreudigkeit des Gerichts.

bb) VG Ansbach Beschluss vom 25.04.2020 – AN 18 S 20.00739

Wenn auch nicht folgenreich, so doch inhaltlich hervorhebenswert, ist die Entscheidung⁵⁵³ des VG Ansbach vom 25.04.2020, in welcher es um die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügungen ging, wonach planbare Operationen anlässlich der Corona-Pandemie zurückzustellen waren.⁵⁵⁴

Zwar führte das VG Ansbach aus, es sehe sich mit in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht problematischen Fragestellungen konfrontiert, die nicht im Eilverfahren geklärt werden könnten. Somit seien die Erfolgsaussichten als offen einzustufen und das Gericht habe eine Interessenabwägung durchzuführen, indem es die widerstreitenden Interessen gegenüberstelle.

Im Rahmen dieser Abwägung überwogen dann aber überraschenderweise nicht der vom Antragsteller verfolgte Gesundheitsschutz, sondern die individuellen Interessen des Antragstellers. Der Antragsteller müsse aufgrund der Maßnahmen um seine wirtschaftliche Existenz fürchten. Zudem erhalte er keine staatlichen Ausgleichszahlungen. Hingegen könne sich zwar der Antragsgegner und mit ihm die Allgemeinheit zwar auf das Infektionsgeschehen berufen. Dabei sei allerdings zu berücksichtigen, dass dieses rückläufig sei und der Antragsteller auch während Zeiten höherer Fallzahlen die frei gehaltenen Kapazitäten nicht für Covid-Erkrankte nutzen musste. Außerdem könne der Antragsgegner seine Kapazitäten auch kurzfristig zur Entlastung anderer Einrichtungen zur Verfügung stellen. Zu guter Letzt könne bei Änderung der Sachlage der Beschluss auf Antrag oder von Amts wegen gem. § 80 VII VwGO abgeändert werden.

552 BayVGH Beschl. v. 15.03.2001 – 10 ZE 01.320, BeckRS 2001, 21105, siehe bereits Fn. 434.

553 VG Ansbach Beschl. v. 25.04.2020 – AN 18 S 20.00739, BeckRS 2020, 7124. Entscheidungsanmerkung bei *Wallhäuser*, FD-MedizinR 2020, 429747.

554 Ziffer 1 der Allgemeinverfügung vom 19.03.2020, BayMBl. 2020 Nr. 151 und Ziffer 3.1, 3.2. der Allgemeinverfügung vom 24.03.2020, in der Fassung vom 01.4.2020, BayMBl. 2020 Nr. 164.

Wie sich zeigt, fällt die Interessensabwägung sehr detailliert und nicht nur pauschal aus. Trotz der unsicheren Entwicklung und des Gefahrenpotentials ließ das Gericht die Interessen des Antragstellers überwiegen – eine Abwägung, die bei BayVGh, BVerfG und BayVerfGH undenkbar gewesen wäre.

cc) VG Regensburg Beschluss vom 27.04.2020 – RO 14 E 20.687

Wie bereits festgestellt, war die 800m²-Regelung Gegenstand vieler Feststellungsanträge. Eine Fragestellung war dabei, ob auch Geschäfte, die nicht dem täglichen Bedarf dienen, in einem Einkaufszentrum öffnen dürfen oder ob dies bereits deshalb nicht möglich sei, weil ein Einkaufszentrum stets über die Größe von 800m² hinausgeht.

Das VG Regensburg⁵⁵⁵ gab dem Antrag des Antragstellers statt, sodass dieser seinen Laden im Einkaufszentrum öffnen konnte. Das Argument des Antragsgegners, bei Einkaufszentren entstünde eine Sogwirkung, überzeugte das Gericht schlicht nicht. Zudem prüfte es inzident die zugrunde liegende Norm und stellte dabei kurzerhand – die Begründung hierfür trägt eine Randnummer – auch einen Gleichheitsverstoß gem. Art. 3 I GG fest.⁵⁵⁶

Ob die Entscheidung rechtlich zutreffend ist oder nicht, ist zweitrangig. Jedenfalls erkennt man hieran erneut, dass das VG mehr Mut zur Entscheidung bewies. Es flüchtete sich nicht in eine Folgenabwägung, sondern nahm eine rechtliche Prüfung vor und verwarf dabei sogar inzident die zugrundeliegende Norm. Außerdem lehnte es folgenreiche Auswirkungen der Öffnung von Läden unter 800m² in Einkaufszentren sehr selbstbewusst ab, indem es auf die Hygienemaßnahmen verwies und sich auf den Standpunkt stellte, dass eine Sogwirkung nicht zu befürchten sei. Eine solche Einschätzung wäre vom BayVGh nicht zu erwarten gewesen, da dieser bei der Gefahrenprognose⁵⁵⁷ mehr auf Nummer sicher ging. Das belegt auch die Entscheidung des BayVGh⁵⁵⁸ vom 27.04.2020 zur 800m²-Regelung: Das Risiko, dass Geschäfte öffnen dürften, vermied er, indem er die Norm

555 VG Regensburg Beschl. v. 27.04.2020 – RO 14 E 20.687.

556 Ebd., Rn. 41.

557 Hierzu Kap. 3, D. IV. 2.

558 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793; BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. VI. 2.

nicht vorläufig außer Vollzug setzte, sondern nur deren Verfassungswidrigkeit feststellte.⁵⁵⁹

dd) VG Augsburg Beschluss vom 27.05.2020 – AU 9 E 20.873

Anders als dem BayVGH reichte dem VG Augsburg eine angekündigte Normänderung nicht aus. Der Antragsteller beantragte die vorläufige Feststellung, dass der Öffnung des Außenbereichs seines Gastronomiebetriebs bis 22.00 Uhr § 13 V i.V.m. IV der 4. BayIfSMV,⁵⁶⁰ wonach die Innengastronomie von 06.00 bis 22.00 Uhr öffnen durfte, wohingegen die Öffnungszeiten der Außengastronomie nur die Zeit von 06.00 bis 20.00 Uhr umfasste, nicht entgegenstehe.

Das VG Augsburg⁵⁶¹ überprüfte inzident die Rechtsgrundlage, § 13 V i.V.m. IV 4. BayIfSMV, sah darin einen Gleichheitsverstoß und stellte daher nach verfassungskonformer Auslegung fest, dass die Regelung der Öffnung der Außengastronomie des Antragstellers im Zeitraum von 06.00 Uhr bis 22.00 Uhr nicht entgegenstehe.

Die Ankündigung des Antragsgegners während des laufenden Verfahrens, dass ohnehin eine Angleichung der Öffnungszeiten zum 02.06.2020 erfolgen solle, beindruckte das VG dabei nicht. Im Gegenteil, für das VG Augsburg war dies ein Beleg dafür, „dass im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung eine Ungleichbehandlung nicht mehr gerechtfertigt ist und nicht mehr aufrechterhalten werden kann“.⁵⁶² War eine Änderungsankündigung für den BayVGH somit ausreichend, um einen von ihm als rechtswidrig eingestuftem Zustand bis zur geplanten Änderung zu dulden, zog das VG Augsburg daraus gerade den gegenteiligen Schluss und sah darin eine Bestätigung des von ihm gefundenen Ergebnisses.

559 In dem Beschluss beschäftigte sich der Senat auch am Rande mit der Frage, wie Einkaufszentren zu beurteilen seien. Es überrascht nicht, dass der BayVGH dabei zu einer anderen Einschätzung gelangte als das Verwaltungsgericht. Bei Einkaufszentren könne durchaus ein größeres Infektionsrisiko bestehen aufgrund der Konzentration sowie aufgrund der Anfahrt, die regelmäßig – anders als bei Baumärkten in Ortsrandlagen – mit den öffentlichen Verkehrsmitteln erfolge (BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793 Rn. 41).

560 In der Fassung vom 20.05.2020.

561 VG Augsburg Beschl. v. 27.05.2020 – AU 9 E 20.873, BeckRS 2020, 10634.

562 Ebd., Rn. 27.

ee) VG Regensburg Beschluss vom 12.06.2020 – RN 14 E 20.963

Zu einer weiteren Inzidentverwerfung der zugrunde liegenden Norm kam es im Rahmen der sog. „Wellnessentscheidung“⁵⁶³. Der Antragsteller, Betreiber eines Hotels mit Wellnessanlagen, wollte festgestellt haben, dass § 9 I, § 11 V i.V.m. § 14 S. 1 der 5. BayIfSMV der Öffnung seines Wellnessbereichs nicht entgegenstehe.

Zwar verhielt sich das Gericht neutral zu der Frage, ob die genannten Regelungen aus infektionsrechtlicher Hinsicht nachvollziehbar seien, da hinsichtlich des Infektionsgeschehens keine offenkundigen Tatsachen vorlägen. Allerdings bejahte es einen Verstoß gegen höherrangiges Recht, nämlich ein Überschreiten der Ermächtigungsgrundlage und eine Verletzung von Art. 3 I GG. Insbesondere seien Hygieneauflagen milder als ein Totalverbot.

Erneut scheute sich das Gericht nicht, Stellung zu den Rechtsfragen zu beziehen und eine Inzidentverwerfung vorzunehmen. Dabei fand es auch deutliche Worte: Die Belegungssituation in den Krankenhäusern sei derzeit keinesfalls kritisch, sodass nicht „ansatzweise“ eine Überlastung des Gesundheitssystems zu befürchten sei.⁵⁶⁴ Totalschließungen seien daher nicht verhältnismäßig. Das Gericht verwies abschließend auf die Möglichkeit, den Beschluss gem. § 80 VII VwGO aufzuheben oder abzuändern, sollte sich die Infektionslage derart ändern, dass Schutz- und Hygienemaßnahmen nicht mehr ausreichen und daher eine Schließung wieder notwendig sei.

Vergleicht man diese Argumentation mit den typischen Entscheidungsmustern des BayVGh, erkennt man auch hier schnell einen deutlichen Kontrast. Der BayVGh hätte zwar womöglich auch Worte zu Art. 3 I GG gefunden, aber nicht zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Auch die Gefahrenprognose hinsichtlich der Bettenauslastung wäre mit ziemlicher Sicherheit gegenteilig ausgefallen und die mögliche Gefahr wäre ausreichend gewesen.

563 VG Regensburg Beschl. v. 12.06.2020 – RN 14 E 20.963, BeckRS 2020, 12192.

564 Ebd., Rn. 71.

b) Quote stattgebender Beschlüsse

aa) Vergleich

Insgesamt zeichnet sich bei den Verwaltungsgerichten auch eine deutlich höhere Quote stattgebender Beschlüsse ab: Betrachtet man alle Verfahren der Verwaltungsgerichte, so waren von 88 Verfahren 24 unzulässig, 35 unbegründet und 29 begründet. Demnach lag die Erfolgsquote bei rund 33%.⁵⁶⁵ Zum Vergleich: Beim BayVGH war von 43 Verfahren eines begründet, sprich 2 % der Verfahren waren erfolgreich.⁵⁶⁶

bb) Anmerkung Pressekonferenz

In der Pressekonferenz⁵⁶⁷ des Bayerischen Kabinetts vom 16.06.2020 äußerte Ministerpräsident *Söder*, dass bis zum damaligen Zeitpunkt 344 Verfahren geführt worden seien, wovon 98 % erfolgreich für die Staatsregierung seien und nur sieben untere Gerichte Maßnahmen „mal nicht gehalten“ hätten.⁵⁶⁸

Auf Nachfrage erklärte das StMGP,⁵⁶⁹ dass „diesen Zahlen das Verständnis zu Grunde [lag], dass alle Verfahren als „verloren“ gewertet wurden, bei denen das jeweilige Gericht dem jeweils gestellten Antrag ganz oder zumindest teilweise stattgegeben hat. Anderweitig beendete Verfahren wurden nicht als „verlorene“ gewertet.“

Ein Unterschied zur hiesigen Zählart ist somit der Zeitraum: Vorliegend werden nur Verfahren ab 16.03.2020 betrachtet; die (wenigen) Verfahren davor hingegen nicht. Die erhebliche Diskrepanz lässt sich demnach nicht genauer erklären, da auch bei der hiesigen Zählart ein Verfahren als unbegründet gilt, wenn dem Antrag ganz oder teilweise stattgegeben wurde. Zudem wurden auch hier sonstig beendete Verfahren nicht miteinbezogen.

565 Kap. 2, C. I. 2.

566 Kap. 2, C II. 1. a).

567 Abrufbar unter <https://www.pnp.de/nachrichten/bayern/Pressekonferenz-zu-den-Corona-Lockerungen-jetzt-im-Livestream-3707073.html> (Stand 01.08.2022), ca. ab Minute 05:11.

568 Zu den Zahlen auch *Naumann*, BayVBl. 2022, 43, unter Hinweis auf einen Vortrag von Ministerialdirektor *Brechmann*, Leiter der Taskforce Corona-Pandemie am StMGP.

569 Auskunft des StMGP vom 20.05.2022.

Dass die Angaben des StMGP nicht korrekt sein können, ergibt sich bereits daraus, dass eindeutig in mehr als sieben Verfahren die unteren Gerichte zugunsten der Antragsteller entschieden.⁵⁷⁰

c) Kontrast

aa) Versammlungsrechtliche Entscheidungen zu Beginn der Pandemie

Neben den mutigen Entscheidungen gab es zu Beginn auch sehr strenge Entscheidungen, v.a. im Hinblick auf Versammlungen. In diesem Bereich kam es bei den Verwaltungsgerichten erst zu einer Rechtsprechungsänderung,⁵⁷¹ nachdem das BVerfG in der medial viel beachteten Entscheidung vom 15.04.2020⁵⁷² die Bedeutung von Art. 8 I GG für das demokratische Gemeinwesen betonte. Zuvor hatte dies auch bereits in zweiter Instanz der BayVGH getan, als er einen ablehnenden Beschluss des VG München, gerichtet auf eine Ausnahmegenehmigung für eine Versammlung von zehn Personen, an das Ausgangsgericht zurückverwies.⁵⁷³ Dieser Beschluss allerdings hatte noch nicht die Schlagkraft wie der des BVerfG. Das VG Ansbach⁵⁷⁴ beispielsweise erwähnte ihn in seiner ablehnenden Entscheidung vom 11.04.2020 nicht einmal.

bb) „Mutatis mutandis“

Auch gab es wenige, insgesamt fünf, Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, vor allem während des ersten Monats der Krise, in welchem die Überlegungen des BayVGH zu einer anderen Corona-Maßnahme schlicht „mutatis mutandis“⁵⁷⁵ übernommen wurden. Dabei ging es immer um versammlungsrechtliche Ausnahmegenehmigungen und die Übertragung von Überlegungen des BayVGH zu den Betriebsuntersagungen. Diese Ent-

570 Anlage B: Verzeichnis Gerichtsentscheidungen.

571 Kap. 4, C.

572 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766; Kap. 3, A. IV. 4.

573 BayVGH Beschl. v. 09.04.2020 – 20 CE 20.755, BeckRS 2020, 6313; Kap. 3, A. IV. 3.

574 Beschl. v. 11.04.2020 – AN 30 S 20.00654; BeckRS 2020, 12204.

575 Bspw. VG München Beschl. v. 09.04.2020 – M 26 E 20.1506, BeckRS 2020, 7188; Beschl. v. 17.04.2020 – M 26 E 20.1619, BeckRS 2020, 50656; Beschl. v. 30.04.2020 – M 26 S 20.1813, BeckRS 2020, 50802; VG Regensburg, Beschl. v. 24.04.2020 – RO 14 E 20.675, BeckRS 2020, 7824.

scheidungen bilden einen starken Kontrast zu den ansonsten ausführlich rechtlich begründeten Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, da sie nur eine pauschale und oberflächliche Begründung enthalten.

Zum Beispiel hatte das VG München⁵⁷⁶ über eine Ausnahmegenehmigung für eine Versammlung zu entscheiden. Im Rahmen dessen überprüfte es auch die zugrundeliegende Verordnung. Dabei nahm er eine knappe Verhältnismäßigkeitsprüfung vor und bezog sich auf eine Entscheidung des BayVGH zu den Betriebsuntersagungen, die dieser als Beschwerdeinstanz geprüft und für rechtmäßig erachtet hatte. Festhalten kann demnach an dieser Stelle, dass der BayVGH bei der von den Verwaltungsgerichten in Bezug genommenen Entscheidung keine originäre Prüfung der Rechtsgrundlage im Rahmen eines Eil-Normenkontrollverfahrens durchführte, sondern als Beschwerdeinstanz mit entsprechend beschränktem Prüfungsumfang, § 146 IV 6 VwGO.⁵⁷⁷

Außerdem ging es um die Frage nach Betriebsuntersagungen, d.h. um ein ganz anderes Grundrecht, nämlich Art. 12 I GG. Das VG München allerdings arbeitete die entsprechenden Änderungen, die sich daraus ergeben könnten – beispielsweise andere Schrankensystematik, andere Abwägungsfaktoren⁵⁷⁸ – nicht heraus. Vielmehr begnügte sich das VG München mit der Aussage: „Die dortigen Erwägungen insbesondere zur Verhältnismäßigkeit, die unverändert aktuell sind, greifen mutatis mutandis auch für die vorübergehende Einschränkung der Versammlungsfreiheit.“⁵⁷⁹ Umstände, die zu einer anderen Bewertung führen würden, seien nicht ersichtlich.⁵⁸⁰ Das VG beschränkte sich demnach auf eine Prüfung der Frage, ob sich die tatsächlichen Umstände geändert hatten; in rechtlicher Hinsicht passte es seine Überlegungen nicht an.

Diese Entscheidungen zeigen das andere Extrem der Beschlüsse der Verwaltungsgerichte. Dennoch waren diese Entscheidungen mehr die Ausnahme, so dass sich am gefundenen Gesamtbild nichts Grundlegendes ändert.⁵⁸¹

576 VG München Beschl. v. 30.04.2020 – M 26 S 20.1813, BeckRS 2020, 50802.

577 Zur prozessualen Ausgangslage bei Beschwerdeverfahren Kap. 2, C. II. 1. b).

578 Bei Betriebsuntersagungen wurden für die (Un-)Angemessenheit die (fehlenden) finanziellen Entschädigungen angeführt.

579 VG München Beschl. v. 30.04.2020 – M 26 S 20.1813, BeckRS 2020, 50802, Rn. 6.

580 Ebd., Rn. 7.

581 Im Übrigen bedeutete diese oberflächliche Prüfung nicht, dass der Antrag auch abgelehnt wurde. Da es stets um die Ausnahmegenehmigung für Versammlungen ging, prüften die Verwaltungsgerichte zwar inzident das zugrunde liegende Verbot.

3. Ähnliche Entscheidungsmuster

Neben den teils deutlichen Unterschieden gab es auch Ähnlichkeiten mit dem BayVGH, vor allem im Hinblick auf Art. 3 I GG.⁵⁸² Auch die Verwaltungsgerichte argumentierten häufig mit dem allgemeinen Gleichheitsrecht. Die drei soeben dargestellten Inzidentverwerfungen⁵⁸³ beruhten beispielsweise auf einem Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Aber auch um ein gefundenes Auslegungsergebnis zu untermauern, bemühten die Verwaltungsgerichte im großen Stil Art. 3 I GG. Dies betraf vor allem die stattgebenden Feststellungsanträge. Die Verwaltungsgerichte legten jeweils die zugrundeliegende Norm aus und befanden oftmals, dass die vom Antragsgegner vorgenommene Auslegung nicht mit Art. 3 I GG vereinbar wäre.⁵⁸⁴ In der Sache führten die Gerichte demnach eine verfassungskonforme Auslegung durch.

4. Zusammenfassung

Für eine kurze Zeit gab es zwar auch sehr strenge Entscheidungen, wovon eine sogar vom BayVGH aufgehoben wurde. Sieht man sich die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte aber insgesamt an, so ergibt sich eine deutliche andere Situation als beim BayVGH, dem BayVerfGH und dem BVerfG. Die Verwaltungsgerichte stiegen deutlich tiefer in die rechtliche Argumentation ein. Dabei scheuten sie sich auch nicht vor Inzidentverwerfungen oder vor einer abweichenden Gefahrenbeurteilung. Auch Fragen,

Allerdings sah dies die Möglichkeit von Ausnahmemöglichkeiten vor, wodurch den zuständigen Behörden ein Ermessensspielraum eingeräumt wurde. Ob dieser rechtmäßig ausgeübt wurde, überprüften die Verwaltungsgerichte wiederum ausführlicher, so dass die Anträge teilweise auch erfolgreich waren.

582 Zum BayVGH Kap. 3, D. I. 1. g) aa).

583 VG Regensburg Beschl. v. 12.06.2020 („Wellnessentscheidung“), Kap. 3, D. V. 2. a) ee); VG Regensburg Beschl. v. 27.03.2020 (800m²-Regelung in Einkaufszentren), Kap. 3, D. V. 2. a) cc); VG Augsburg Beschl. v. 27.05.2020 (Öffnungszeiten Außen-gastronomie), Kap. 3, D. V. 2. a) dd).

584 Bspw. VG Bayreuth Beschl. v. 27.04.2020 – B 7 E 20.386, BeckRS 2020, 10922; VG München Beschl. v. 30.04.2020 – M 26 E 20.1701, BeckRS 2020, 7968; Beschl. v. 11.05.2020 – M 26 E 20.1850, BeckRS 2020, 8634; Beschl. v. 28.05.2020 – M 26 E 20.2135, BeckRS 2020, 14006; Beschl. v. 03.06.2020 – M 26 E 20.2203, BeckRS 2020, 12094; Beschl. v. 03.06.2020 – M 26 E 20.2218, BeckRS 2020, 12098; VG Regensburg Beschl. v. 28.04.2020 – RO 14 E 20.707, BeckRS 2020, 7826; VG Würzburg Beschl. v. 24.04.2020 – W 4 E 20.572, BeckRS 2020, 6632.

die mit tatsächlichen Fragestellungen verknüpft waren, wie beispielsweise die Erforderlichkeitsprüfung, beantworteten die Verwaltungsgerichte. Krisenbedingte Entscheidungsmuster sind daher bei den Verwaltungsgerichten nicht zu erkennen.

E. Zwischenergebnis

BayVGh, BayVerfGH und BVerfG zeigten deutlich zurückhaltende Tendenzen⁵⁸⁵ bei der Überprüfung der Corona-Maßnahmen. Der BayVGh entwickelte verschiedene Entscheidungsmuster, die bereits für sich deutlich für einen Krisenmodus sprechen.⁵⁸⁶ Die Entscheidungen ließen Begründungen vermissen und den Rechtsschutzsuchenden daher unbefriedigt zurück.⁵⁸⁷ Das wird besonders deutlich, wenn man sich die Fluchtmechanismen vor Augen hält. Anstatt (Rechts-)Fragen zu beantworten, stürzte sich das Gericht in eine Folgenabwägung, deren Ergebnis vorgezeichnet war. Andererseits scheute sich der BayVGh aber auch nicht, Maßnahmen umfassend zu untersuchen, um so deren „Noch-Rechtmäßigkeit“ zu konstatieren, wie man es insbesondere an den Auslegungsentscheidungen erkennen kann.

BayVerfGH und BVerfG – letzteres mit Ausnahme der beiden Entscheidungen zum Versammlungs- und Religionsrecht – nahmen hingegen nur eine untergeordnete Rolle⁵⁸⁸ ein und entschieden fast ausnahmslos⁵⁸⁹ aufgrund einer Folgenabwägung. Rechtliche Ausführungen findet man dort daher nur sehr wenige.

585 Dies dürfte inzwischen als einhellige Meinung gelten, statt vieler: *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (497 ff.); *Frankenberg*, NVwZ 2021, 1427 (1428); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (14); *Kämmerer/Jischkowski*, GesR 2020, 461 (352); *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (595); *Schmitt*, JöR, 69/2021, 465 (478) und zuletzt der Deutsche Ethikrat in seiner Stellungnahme vom 04.02.2022 „Vulnerabilität und Resilienz in der Krise“, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-vulnerabilitaet-und-resilienz-in-der-krise.pdf>: S. 13, S. 87 unter Verweis auf *Marschall*, <https://www.bpb.de/331371> (Stand 21.09.2023).

586 Ausführlich Kap. 5, A. II.

587 Deutlich auch *Hamed/Stibi*, Einspruch FAZ v. 30.03.2021, die von einem „tiefgreifenden Erörterungsmangel“ sprechen; ähnlich auch die Diskussionsrunde des Berliner Anwaltvereins, nachzuhören unter <https://berliner-anwaltsverein.de/de/veranstaltungen/zuhoren-mitreden/articles/zuhoren-mitreden> (Stand 21.09.2023).

588 *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (57 f.).

589 Zu der Ausnahme beim BayVerfGH Kap. 3, B. II. 2. („offensichtlich begründet“) und zur Ausnahme beim BVerfG Kap. 3, D. III. 1. b) (summarische Prüfung).

Die Rechtsprechungslinie der Verwaltungsgerichte stellte einen deutlichen Kontrast zu der des BayVGH, BayVerfGH und BVerfG dar. Sie zeigte sich entscheidungsfreudiger, in dem sie beispielsweise bereits im Eilverfahren zu vielen Rechtsfragen Stellung bezogen und diese nicht erst auf das Hauptverfahren auslagerten. Folgenabwägungen wurden vergleichsweise selten durchgeführt. Auch die Gefahrenprognose fiel teils detaillierter aus und es setzte sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht pauschal der Gesundheitsschutz durch.

Krisenbedingte Entscheidungsmuster lassen sich bei den Verwaltungsgerichten daher nicht ablesen, vielmehr stiegen die Verwaltungsgerichte bereits sehr früh in umfassende Prüfungen ein und scheuten sich auch nicht, Anträgen stattzugeben und Normen inzident zu verwerfen. Insgesamt kam es zu drei Inzidentverwerfungen der jeweils zugrunde liegenden Verordnung, zweimal öfter als beim BayVGH,⁵⁹⁰ der zudem die Verfassungswidrigkeit auch nur feststellte.

590 Dort freilich keine Inzidentverwerfung; zur prozessualen Ausgangslage Kap. 2, II. 1. a).

Kapitel 4: Reaktionen auf ausgewählte Gerichtsentscheidungen

Die dargestellten Gerichtsentscheidungen blieben, selbst wenn sie dem Tenor nach erfolglos waren, in vielen Fällen nicht folgenlos, sondern führten zu vielfachen Reaktionen verschiedener Akteure. Auswirkungreich waren dabei besonders diejenigen Entscheidungen, bei denen die Gerichte Hinweise in den Entscheidungsgründen⁵⁹¹ einbauten. Diese Auswirkungen werden im Folgenden aufgeführt, wobei Reaktionen des Gesetzgebers, des Ordnungsgebers, der Gerichte und Änderungen in der Kommunikation der Staatsregierung in den Blick genommen werden.⁵⁹² Auch erfolgreiche Verfahren werden mit in die Betrachtung einbezogen, um einen Gesamtüberblick zu erhalten.

Die Entscheidungen und ihre Auswirkungen werden im Folgenden gebündelt nach thematischer Einheit dargestellt, um so die Chronologie der Ereignisse und den Verlauf zu verdeutlichen. Durch diese Gesamtschau der Reaktionen kann die Gerichtstätigkeit zu Beginn der Corona-Krise im nächsten Kapitel umfassend interpretiert werden.

A. Von der strengsten Ausgangsbeschränkung zur gemäßigeren

Wie bereits dargestellt, hatte Bayern zu Beginn eine besonders strenge Ausgangsbeschränkung – zunächst in Form der Allgemeinverfügung – erlassen, wonach sogar das Verweilen auf einer Parkbank verboten war.⁵⁹³ Gegen diese Regelung wurde vor dem VG München, dem BayVGH und dem BVerfG geklagt, wobei sich folgende Ereigniskette ergibt:

591 Kap. 3, D. I. 1. b), Kap. 3, D. III. 2.

592 Die Reaktionen werden auch in der Anlage B, Verzeichnis Gerichtsentscheidungen, nochmals chronologisch und kompakt zusammengefasst.

593 Kap. 3, A. I.; zur nachträglich festgestellten Rechtswidrigkeit aufgrund dieser engen Ausgestaltung BVerfG Urt. v. 22.11.2022 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403. Zum „Parkbankdrama“ bereits Kap. 3, A. I. 3. b) bb).

I. VG München Beschluss vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1252

Im Anschluss an die Entscheidung des VG München⁵⁹⁴ vom 24.03.2020, wonach das Gericht unter anderem entschied, dass das IfSG keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Ausgangsbeschränkung sei, weil diese in Art. 11 GG eingreife und dieser Artikel aber nicht im IfSG zitiert werde, kam es zu mehreren Änderungen:

1. Änderung des IfSG

Im Anschluss an die Entscheidung wurde das IfSG geändert: Art. 11 GG wurde bei den durch das Gesetz einschränkbareren Grundrechten mitaufgenommen, § 28 I 4 IfSG. Auch die Maßnahmen des § 28 IfSG wurden angepasst. Ursprünglich sah die Norm vor, dass Personen verpflichtet werden konnten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte nicht zu betreten, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt werden. Denn binnen kürzester Zeit meldeten sich fachliche Stimmen, nach deren Ansicht dieser Zusatz generelle Ausgangsbeschränkungen ausschließe, da die Norm nur auf vorübergehende Maßnahmen gerichtet sei, wie beispielsweise Passagiere an Board eines Flugzeuges zu halten, bis Maßnahmen zur Isolierung einer ansteckungsverdächtigen Person getroffen wurden.⁵⁹⁵ Der Teil „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt werden“ fand sich daher nicht mehr in der nächsten Fassung. Ob dies wirklich nur klarstellende Gründe hatte, wie es der Bundestag in der Gesetzesbegründung⁵⁹⁶ äußert, oder ob damit nicht doch auch eine inhaltliche Änderung einherging, kann hier dahinstehen.⁵⁹⁷

Diese Änderung des IfSG erfolgte in Rekordgeschwindigkeit:⁵⁹⁸ Am 24.03.2020 reichten die Fraktion der CDU/CSU und die Fraktion der SPD

594 VG München, Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126; Kap. 3, A. I. 3. b) aa).

595 *Edenharter*, VerfBlog v. 19.03.2020; *Klafki*, JuWissBlog Nr. 27/2020 v. 18.03.2020.

596 BT-Drucks. 19/18111, S. 25.

597 Zum Gesetzesinhalt Kap. 2, B. I. 1. Für eine Gesetzesänderung spricht, dass die ursprüngliche Fassung jene zeitlich, örtlich und hinsichtlich der Personen begrenzten Fälle vor Augen hatte wie der genannte Beispielfall mit dem Flugzeug, und diese Beschränkung nach der Gesetzesänderung wegfiel.

598 *Brüning/Thomsen*, NVwZ 2021, 1183 (1184); *Dreier*, DÖV 2021, 220 (231); *Steiner*, DVP 7/21, 257 (258).

einen entsprechenden Gesetzesentwurf⁵⁹⁹ ein, der die genannten Änderungen enthielt. Am 25.03.2020 folgte die erste,⁶⁰⁰ die zweite⁶⁰¹ und die dritte Beratung⁶⁰². Nach der dritten Beratung folgte die Schlussabstimmung, die zur Annahme des Gesetzesentwurfs führte.

2. Änderung der Handlungsform

Im Übrigen erfolgte im Anschluss an die Entscheidung, die die Allgemeinverfügung auch hinsichtlich der Handlungsform der Allgemeinverfügung für rechtswidrig einstufte, auch in dieser Hinsicht eine Anpassung: Die Allgemeinverfügung wurde überführt in die Corona-Verordnung.⁶⁰³

Auch wenn die Allgemeinverfügung durch den Erlass der Corona-Verordnung inhaltlich überholt wurde und sich somit kraft Gesetzes erledigte, Art. 43 II Alt. 5 BayVwVfG,⁶⁰⁴ hatte das StMGP zuvor noch erklärt, dass es die Allgemeinverfügung trotz der Entscheidung des VG München bewusst nicht aufgehoben habe.⁶⁰⁵ Weswegen es an der Allgemeinverfügung festhielt, obwohl das VG München sie als voraussichtlich rechtswidrig einstufte und obwohl bereits die identische Nachfolgeregelung in Form der Corona-Verordnung in Kraft war, ist nicht ohne Weiteres erklärbar; auffällig ist es dennoch.

3. Pressemitteilung VG München

Das VG München gab im Anschluss an seinen Beschluss, der sowohl die Allgemeinverfügung als falsche Handlungsform einstufte, als auch einen

599 BT-Drucks. 19/18111.

600 BT-Plenarprotokoll 19/154, S. 1911B-1911A.

601 BT-Plenarprotokoll 19/154, S. 19158A-19170D.

602 BT-Plenarprotokoll 19/154, S. 19169B-19169B.

603 Deren Geltung übrigens trotz Ordnungswidrigkeitbewehrung rückwirkend angeordnet wurde. Mangels wirksamer Bewehrung suspendierte der BayVGh mit Beschl. v. 30.03.2020, 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618, die Norm allerdings nicht; Kap. 3, A. I. 2. b) aa).

604 BayVGh Beschl. v. 02.04.2020 – 20 CS 20.630 und 20 CS 20.619 (beide nicht veröffentlicht).

605 Schreiben des VG Regensburg vom 25.03.2020 in dem Verfahren RO 5 S 20.470 betreffend die Allgemeinverfügung. Kurz zuvor, am 01.04.2020, hatte das StMGP eine Allgemeinverfügung erlassen, mit der es überholte Allgemeinverfügungen aufhob; die Allgemeinverfügung Ausgangsbeschränkung war allerdings nicht genannt, siehe BayMBl. 2020 Nr. 174.

Verstoß gegen das Zitiergebot, Art. 19 I 2 GG, feststellte, eine Pressemitteilung heraus, in der es allerdings nur auf den Formfehler hinwies (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

„Die inhaltliche Rechtmäßigkeit hat das Gericht dabei nicht in Frage gestellt. In seiner Begründung bezweifelt das Gericht **lediglich**, ob der Freistaat Bayern die ausgesprochenen Ausgangsbeschränkungen durch Allgemeinverfügung regeln durfte oder nicht durch Rechtsverordnung hätte regeln müssen.“

Die Zusammenfassung des Beschlusses missachtet, dass das VG München keineswegs nur die Handlungsform bezweifelte, sondern auch einen Verstoß gegen das Zitiergebot feststellte, also einen materiellen Rechtsfehler – und dies, obwohl dieser Umstand von der Antragstellerin nicht gerügt wurde. Diesen bedeutenden Umstand ließ das VG in seiner Pressemitteilung schlicht weg. Dementsprechend stellte auch Ministerpräsident *Söder* in der Pressekonferenz⁶⁰⁶ vom 24.03.2020 dies nur als einen „kleinen Fehler“ dar.⁶⁰⁷

II. BayVGH Beschluss vom 30.03.2020 – 20 NE 20.632

Die Entscheidung des BayVGH⁶⁰⁸ vom 30.03.2020, in der allgemein festgestellt wurde, dass die Verordnung nicht wirksam bewehrt wurde, so dass ein Verstoß gegen die Ausgangsbeschränkung u.a. keine Ordnungswidrigkeit darstellte, rief folgende Reaktionen hervor:

1. Änderung der Corona-Verordnung

Zum einen wurden die zugrunde liegende Verordnung entsprechend geändert und die Hinweise des BayVGH umgesetzt: Der nach § 73 Ia Nr. 24 letzter HS IfSG erforderliche Verweis auf die Bußgeldvorschrift wurde in der Verordnung eingefügt.

606 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2YUw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 18:12.

607 Sogleich Kap. 4, A. I. 3.

608 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618; Kap. 3, A. I. 2. b) aa) (1).

Zum anderen wurde § 1 I Corona-Verordnung geändert. Die Norm beinhaltete ursprünglich den Appell, die physischen und sozialen Kontakte zu anderen Menschen außerhalb der Angehörigen des eigenen Hausstands auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren. Der BayVGH monierte, dass „soziale Kontakte“ auch nicht-physische Kontakte umfasse und dies vom Ordnungsgeber nicht geregelt werden könne wegen fehlender infektiöser Relevanz.⁶⁰⁹ Der Ordnungsgeber reagierte auch auf diesen Hinweis und strich ohne großes Aufsehen den Zusatz „und soziale Kontakte“ in der Nachfolgeregelung.

2. Änderung Bußgeldkatalog

Nachdem das Abstandsgebot nach Ansicht des BayVGH keine Regelungswirkung entfaltet habe, sondern nur einen Appell darstelle, entfiel für den Ordnungsgeber die Grundlage zur Bewehrung.⁶¹⁰ Auch wenn der BayVGH nicht ausdrücklich äußerte, dass in diesem Zusammenhang auch der damals geltende Bußgeldkatalog⁶¹¹ in dieser Hinsicht rechtswidrig war, wird doch zwischen den Zeilen deutlich darauf hingewiesen, dass eine Bewehrung für das Abstandsgebot nicht in Betracht kommt, da zum einen das Bestimmtheitsgebot verletzt wäre und zum anderen nötig wäre, Messpunkte für den Mindestabstand festzulegen. Im Folgenden wurde sodann der Bußgeldkatalog geändert und der Verstoß gegen das Abstandsgebot gestrichen.⁶¹²

III. BVerfG Beschluss vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20

Folgenreich war auch die zweite Entscheidung des BVerfG vom 09.04.2020⁶¹³ zur bayerischen Ausgangsbeschränkung, in welcher das BVerfG darauf hinwies, dass die Ausgangsbeschränkung, die zum damali-

609 Mangels Regelungswirkung suspendierte der BayVGH die Norm nicht.

610 Zu Beginn der Pandemie war der Verstoß gegen das Abstandsgebot nämlich noch im Bußgeldkatalog gelistet, Teil 2, Nr. 3 des Bußgeldkatalogs „Corona-Pandemie“; Kap. 3, D. I. 1. b) aa) (1).

611 Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“ v. 27.03.2020, BayMBl. 2020 Nr. 159, Teil 2, Nr. 3.

612 Vgl. den neuen Bußgeldkatalog v. 03.04.2020, BayMBl. 2020 Nr. 173.

613 BVerfG Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596; Kap. 3, A. I. 4. b).

gen Zeitpunkt das Verlassen der Wohnung nur mit haushaltsangehörigen Personen erlaubte, „Alleinstehende im besonderen Maß“ treffen würde. In der auf die Entscheidung folgende Sitzung des Bayerischen Kabinetts vom 16.04.2020 beschloss dieses eine Änderung der Ausgangsbeschränkung und das StMGP erließ daraufhin per Notbekanntmachung die bereits erwähnte 2. BayIfSMV⁶¹⁴ vom 16.04.2020.⁶¹⁵ In dieser wurde ein Treffen mit einer haushaltsfremden Person erlaubt, sodass fortan auch Menschen in Singlehaushalte sich mit jemanden treffen konnten.

Auch im weiteren Verlauf der Pandemie kam es immer wieder zu lokalen oder flächendeckenden Ausgangsbeschränkungen, beispielsweise im Berchtesgadener Land.⁶¹⁶ Allerdings nicht mehr in der Variante, dass man keine weitere haushaltsfremde Person treffen durfte. Vielmehr sahen die Ausgangsbeschränkungen fortan stets die Möglichkeit vor, eine haushaltsfremde Person zu treffen. Man erkennt daran deutlich, dass es sich um einen wichtigen Hinweis handelte, welcher im weiteren Pandemieverlauf stets berücksichtigt wurde.

IV. Kommunikation

Diese Ereignisse zeichnen sich auch in der Kommunikation der Staatsregierung ab, wobei teilweise Aussagen des Gerichts beschönigt wurden, oder aber der Grund für Kursänderungen, also die Entscheidungen, werden nicht genannt, sondern schlicht eine Kursänderung vorgestellt, auch wenn der Kontext der Entscheidungen und deren Aussagegehalt einen Zusammenhang zwischen den Änderungen und den Entscheidungen mehr als nahelegen.

614 BayMBl. 2020 Nr. 205.

615 Kap. 2, A. II. 6.

616 Allgemeinverfügung im Berchtesgadener Landkreis vom 19.10.2020, Amtsblatt Nr. 43a.

1. „Formfehler“ – Reaktion auf VG München Beschluss vom 24.03.2020 –
M 26 S 20.1252

Wie bereits angedeutet, berief sich Ministerpräsident, ebenfalls wie das VG München selbst, hinsichtlich der mit Beschluss⁶¹⁷ vom 24.03.2020 suspendierten Ausgangsbeschränkung lediglich auf einen Formfehler und ließ unerwähnt, dass das Gericht die Allgemeinverfügung auch in materieller Hinsicht verwarf.⁶¹⁸

„Wir haben heute nochmal die Rechtsgrundlagen verbessert. Wir hatten einen Fall, dass auch geklagt wird dagegen, was selbstverständlich ist und in einem Rechtsstaat mehr als zulässig sein muss. Das Verwaltungsgericht München hat uns darauf hingewiesen, dass wir an einer Stelle eine Rechtsgrundlage noch verändern müssen. Das haben wir heute getan und werden es tun durch eine Rechtsverordnung des Gesundheitsministeriums, so dass diese Sache bereits jetzt geklärt ist und alle Regeln natürlich in Kraft bleiben und das auch weiter gilt. Das war ein Fall einer Dame, die geklagt hat, gegen die Ausgangsbeschränkung. Dies ist jetzt wieder auf einem vernünftigen Weg.“

Durch die Kommunikation des VG Münchens in seiner Pressemitteilung⁶¹⁹ konnte der Ministerpräsident den Fehler als „Lapalie“ darstellen und die Maßnahme im Übrigen verteidigen.

2. „Sensible Ahndung“ – Reaktion auf BayVGH Beschluss vom 30.03.2020
– 20 NE 20.632

Nachdem der BayVGH mit Beschluss vom 30.03.2020⁶²⁰ mehrere handwerkliche Fehler in der Normsetzung feststellte und insbesondere betonte, dass die Verordnung nicht wirksam bewehrt wurde, änderte sich auch die Kommunikation des Bayerischen Innenministers *Hermanns*, wie fol-

617 VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 (Stand 21.09.2023). 20.1252, BeckRS 2020, 6126.

618 Pressekonferenz vom 24.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2YUw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 18:12. Die Zitate aus den Pressekonferenzen und Interviews wurden wortwörtlich übernommen.

619 Kap. 4, A. I. 3.

620 BayVGH Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618; Kap. 3, A. I. 2. b) aa).

gender Vergleich der Pressekonferenzen vor dem Beschluss und nach dem Beschluss zeigt:

In der Pressekonferenz vom 20.03.2020 äußerte sich der Bayerische Innenminister *Herrmann* noch wie folgt (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁶²¹

„Entsprechend wird die Polizei nun ab dem morgigen Tag diese besonderen Ausgangsbeschränkungen auch **besonders kontrollieren**. Jeder, jede ist aufgefordert, ggf. glaubhaft zu machen, warum jemand unterwegs ist. Das gilt für den Weg zur Arbeit genauso wie für die besonderen Bedingungen, unter denen man weiter sonst unterwegs sein darf. Aber es ist wichtig, dass das ernst genommen wird. Und deshalb werden wir die **Polizeistreifen in diesem Bereich noch einmal weiter verstärken** [...] Und wir werden die normalen Polizeikräfte hier auch noch durch zusätzliche Kräfte der Bereitschaftspolizei verstärken, damit die Bevölkerung überall diese Polizeipräsenz wahrnehmen kann.“

Und auf Nachfrage⁶²² zur Höhe des Bußgeldes äußerte der Innenminister (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁶²³

„Nach dem Infektionsschutzgesetz des Bundes können Verstöße gegen eine solche Verordnung wie wir sie mit dieser Allgemeinverfügung erlassen, je nach Tatbestand **mit bis zu 25.000** Euro Bußgeld belegt werden.“

Übte der Bayerische Innenminister daher zunächst noch Druck aus und verwies auf die maximale Höhe des Bußgeldes – obwohl in dem Bußgeldkatalog⁶²⁴ freilich der Regelsatz deutlich geringer angegeben wurde, nämlich mit 150 Euro, Teil Zwei Nr. 10 – schlug der Bayerische Ministerpräsident *Söder* in der Pressekonferenz vom 30.03.2020 plötzlich ganz andere Töne an (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁶²⁵

„Ich sag ein ausdrückliches Dankeschön. Dankeschön allen, die mithelfen, auch Danke für das Verständnis. Es verhalten sich viele ganz großar-

621 Pressekonferenz vom 20.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=uMBPOdYDlBU> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 25:19.

622 Von *Englisch*, Nürnberger Nachrichten, Pressekonferenz vom 20.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=uMBPOdYDlBU> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 37:38.

623 Ebd., ca. Minute 39:20.

624 BayMBl. 2020 Nr. 159.

625 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=tiPEh5GsENw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 11:17.

tig. Wir haben natürlich auch etliche Verstöße bemerkt. Wir werden bei der Ahndung der Verstöße **natürlich sensibel agieren**. Das ist für uns ganz wichtig, diese Sensibilität zu zeigen.“

Und anstelle von Bußgeldern in Höhe von bis zu 25.000 Euro sprach Innenminister *Herrmann* nur mehr davon, denjenigen, die sich nicht an die Regel hielten, „bisschen auf die Finger zu klopfen.“⁶²⁶

Hört man sich die Pressekonferenz in Kenntnis der BayVGH Entscheidung an, wird das Zusammenspiel deutlich: Es handelte sich nicht um einen Sinneswandel der Staatsregierung im Hinblick auf die Ahndungspraxis, sondern die bis dahin geführten Ordnungswidrigkeitenverfahren entbehrten zum damaligen Zeitpunkt⁶²⁷ schlicht einer Grundlage, weswegen es auch keine Berechtigung gab, die Bevölkerung auf die intensive Ahndung hinzuweisen.⁶²⁸

3. „Vertretbare Lockerung“ – Reaktion auf BVerfG Beschluss vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20

Auch der Beschluss des BVerfG,⁶²⁹ in welchem dieses die besondere Härte von Ausgangsbeschränkungen für Alleinstehende betonte, fand Eingang in die Kommunikation des Ministerpräsidenten *Söder*. Dieser begründete die im Anschluss an die Entscheidung erfolgte Änderung der Verordnung wie folgt (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁶³⁰

„Die Ausgangsbeschränkungen bleiben, so wie die Kontaktsperren national, bis zum 04. Mai. Das heißt Distanzgebot, Abstandsgebot, keine Gruppenbildung. Wir nehmen aber eine Erleichterung vor. Erste Erleichterung ist, dass wir, wie es in anderen Bundesländern üblich ist – wir halten das jetzt für vertretbar zu machen –, die eine Kontaktperson zulassen. Das ist **besonders für Alleinstehende** eine gute Möglichkeit, eben neben der Familie eine Kontaktperson zu haben, um sich zu bewegen.“

626 Ebd., ca. Minute 36:04.

627 Erst ab dem 07.04.2020 war die Verordnung wirksam bewehrt, Kap. 4, D. III.

628 Zur Vollzugspraxis der bayerischen Polizei *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (54, Fn. 27) unter Hinweis auf die schriftliche Anfrage von MdL Margit Wild am 08.07.2020.

629 BVerfG Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596; Kap. 3, A. I. 4. b).

630 Pressekonferenz vom 16.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=OjYm-B896hs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 08:54.

Die Änderung der Ausgangsbeschränkung wurde als vertretbare Lockerung bezeichnet; gleicht man jedoch den Wortlaut *Söders* mit dem Hinweis⁶³¹ des BVerfG ab – die Ausgangsbeschränkung treffe Alleinstehende besonders –, so liegt nahe, dass der Beschluss des Verfassungsgerichts ausschlaggebend war und nicht eine eigene Evaluation der Maßnahme.

B. Von der digitalen Ostermesse zum Gottesdienst unter Auflagen

Der Beschluss⁶³² des BVerfG vom 10.04.2020, in welcher das BVerfG auf die Möglichkeit von Gottesdiensten unter Auflagen hinwies, führte die Wichtigkeit von Art. 4 I GG, dem Grundrecht auf freie Religionsausübung, vor Augen. Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass sie – anders als sonst für das BVerfG üblich – nicht mit dem Ergebnis einer Folgenabwägung endete. Vielmehr lässt es sich das BVerfG nicht nehmen, darauf hinzuweisen, dass geprüft werden müsse, ob und wann ein Gottesdienst unter Auflagen möglich sei. Solch deutliche Worte und ein Verweis auf Alternativen – Gottesdienst unter Auflagen – fand sich ansonsten in keiner der hier untersuchten Entscheidungen.⁶³³ Der Beschluss sensibilisierte dann auch die entsprechenden Entscheidungsträger:innen:

I. Bund-Länder-Beschluss

So wurde die Religionsfreiheit auch erstmals im Rahmen eines Bund-Länder-Treffens diskutiert. Die damalige Bundeskanzlerin *Merkel* äußerte sich beim Treffen vom 15.04.2020, dass es sich bei der Religionsausübung um ein besonders hohes Gut handle. Zudem beschloss die Runde, dass das Gespräch gesucht werde mit großen Religionsgemeinschaften, um den weiteren Weg abzustimmen.⁶³⁴ Der Beschluss des BVerfG mit seinem deutlichen Hinweis auf Gottesdienste mit Auflagen hatte offenbar den Anstoß gegeben.

631 Kap. 3, D. III. 2. a).

632 BVerfG Beschl. v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589; Kap. 3, A. III. 3.

633 Diesen Unterschied betonend *Ferreau*, JuWissBlog Nr. 56/2020 v. 14.04.2020.

634 Kap. 2, A. I. 2. d).

II. Änderung Verordnung

Auf das bayerische Regelungswerk hatte die Entscheidung ebenfalls Einfluss. Mit Erlass der 3. BayIfSMV vom 01.05.2020⁶³⁵ wurden Gottesdienste mit einer bestimmten Teilnehmer:innenzahl zugelassen. Zwar ist dieser Erlass etwas versetzt zur Entscheidung des BVerfG. Dies liegt allerdings daran, dass Bayern bewusst erst später lockerte und mehr auf den Kurs der Umsicht setzte. Für Ministerpräsident *Söder* liege „in der Ruhe die Kraft“⁶³⁶. Allerdings wurden bereits im Ministerrat vom 16.04.2020, dem der auf die Entscheidung folgte, bereits die Öffnungsschritte für den Gottesdienstbesuch vorgestellt.⁶³⁷

III. Kommunikation

Fand die Religionsausübung in den Pressekonferenzen vor der Entscheidung keinerlei Erwähnung, änderte sich dies im Anschluss. Das BVerfG betonte in seiner Entscheidung die Wichtigkeit der freien Religionsausübung, die durch das Gottesdienstverbot besonders zum Osterfest schwerwiegend betroffen sei. Außerdem mahnte es an, stets zu prüfen, ob nicht Lockerungen mit entsprechenden Hygiene-Auflagen möglich seien. Fast wortgleich äußerte sich auch Ministerpräsident *Söder* in der auf die Entscheidung folgenden Pressekonferenz:⁶³⁸

„Die einzige Veranstaltung, die wir ab Mai für möglich halten, sind Gottesdienste. Dort findet das Gespräch mit den Kirchen statt über kluge Konzepte, mit möglicherweise mehrere Gottesdienste an einem Tag, v.a. in den größeren Kirchen, und den Abstand so zu organisieren, dass hygienischer Anspruch, aber dieses grundrechtlich wichtig geschützte Recht der Religionsausübung möglich ist.“

635 BayMBl. 2020 Nr. 239.

636 Pressekonferenz im Anschluss an den Ministerrat vom 16.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=OjYm-B896hs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 07:38.

637 Kap. 2, A. II. 6.

638 Pressekonferenz vom 16.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=OjYm-B896hs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 15:24.

Auch die vom BVerfG am Ende seiner Entscheidung statuierte Evaluierungspflicht hinsichtlich der Maßnahmen thematisierte Ministerpräsident Söder:⁶³⁹

„Wir werden jetzt regelmäßig Ministerpräsidentenkonferenzen haben mit der Bundeskanzlerin, um abzuklären, abzuwägen, wie wirken die einzelnen Schritte, was ist vertretbar an Öffnung, was muss möglicherweise anders bewertet, was muss verlängert werden.“

Der Einfluss der Entscheidung ist nicht zu übersehen.

C. Von der untersagten 10-Personen-Versammlung zum Antrag auf Versammlung von 10.000 Personen

Die Entscheidung⁶⁴⁰ des BVerfG vom 15.04.2020 zum Versammlungsverbot stellte eine signifikante Wende dar, auch wenn darin über grundsätzliche Fragestellungen, wie z.B. ob § 28 I 1 HS 1 IfSG eine ausreichende Rechtsgrundlage für ein Versammlungsverbot darstellte oder ob es verfassungsgemäß ist, die Versammlungsfreiheit einem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu unterwerfen,⁶⁴¹ nicht entschieden wurde.⁶⁴² Sie betonte dennoch die enorme Wichtigkeit von Art. 8 I GG für den Einzelnen wie für das Gemeinwesen. Ähnlich wie bei den Gottesdiensten musste diese Bedeutung den Behörden, die mit der Ermessenausübung betraut waren, und auch manchen Gerichten erst wieder in Erinnerung gerufen werden.⁶⁴³ Hervorgehoben sei an dieser Stelle aber, dass der BayVGh noch vor der Entscheidung des BVerfG die Bedeutung von Art. 8 I GG bei der Ermessenausübung betont hatte.⁶⁴⁴

639 Ebd., ca. Minute 12:30.

640 BVerfG Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20, BeckRS 2020, 5766; Kap. 3, A. IV. 4.

641 Die Frage wurde auch nach zwei Jahren noch nicht entschieden, vgl. zuletzt in einem ähnlichen Fall (Totalverbot von sog. „Montagsspaziergängen“) BVerfG Beschl. v. 31.01.2022 – 1 BvR 208/22. Ausführlich Kap. 3, D. III. 1. c).

642 Hong, VerfBlog v. 17.04.2020; Eibenstein, NVwZ 2020, 1811 (1812), Kraft, JöR, 70/2022, 547 (558 f.); Völzmann, DÖV 2020, 893 (894).

643 Sinder spricht von einer anfänglichen „Schockstarre“ der Exekutive und Judikative, NVwZ 2021, 103 (108); auch eine anfängliche „Schockstarre“ konstatierend Volkman, NJW 2020, 3153 (3153).

644 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 CE 20.755, BeckRS 2020, 6313; Kap. 3, A. IV. 3.

Die Entscheidung des BVerfG hatte erwartungsgemäß großen Einfluss auf die Gerichtsverfahren.⁶⁴⁵ Dies lässt sich zum einen daran erkennen, dass bei keinem anderen Verfahrensgegenstand so viele Beschwerden eingereicht wurden wie beim Thema Versammlungsverbot. Insgesamt waren es acht Beschwerden, wovon nur eine zeitlich vor dem 15.04.2020 lag und auch nur zwei vom Freistaat Bayern eingereicht wurden. Die anderen wurden allesamt von den Antragstellern eingereicht, mit dem Wissen oder der Hoffnung um grundsätzlichen Rückenwind durch das BVerfG.⁶⁴⁶

Dies lässt sich auch besonders gut anhand des folgenden Beschwerdeverfahrens verdeutlichen. Der Antragsgegner wurde im Ausgangsverfahren mit Beschluss vom 17.04.2020 verpflichtet, über den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Hiergegen legte der Antragsgegner, d.h. der Freistaat Bayern, Beschwerde ein. Der BayVGh lehnte diese mit folgendem Tenor ab:⁶⁴⁷

„I. Die Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (B.v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20 – juris) und des erkennenden Senats (B.v. 9.4.2020 – 20 CE 20.755 – der Antragsgegnerin bekannt) die verfassungsrechtlichen Maßgaben des Art. 8 Abs. 1 GG leerzulaufen drohen, wenn – wie hier – gegen die Zulässigkeit einer Versammlung pauschale Bedenken geltend gemacht werden, die jeder Versammlung entgegengehalten werden müssten, ohne dabei die im konkreten Einzelfall maßgeblichen Umstände (wie die Örtlichkeit, die voraussichtliche Teilnehmerzahl, das Thema und den Inhalt der Versammlung) in hinreichender und nachvollziehbarer Weise zu berücksichtigen.“

Einen Tatbestand oder Entscheidungsgründe enthielt der Beschluss im Übrigen nicht; vielmehr wurde die Begründung gleich im Tenor mitgeliefert und dabei schlicht auf den eindeutigen Beschluss des BVerfG verwiesen.⁶⁴⁸

Zum anderen wird eine geänderte Rechtsprechungspraxis auch aus einem Vergleich der Entscheidungsinhalte vor der Entscheidung des BVerfG und danach deutlich. Zwar wurden vor der Entscheidung nur zwei

645 *Arzt*, *VerfBlog* v. 12.01.2022; *Bülow/Schiebel*, *DriZ* 2020, 176 (179); *Kraft*, *JöR*, 70/2022, 547 (558); *Madjidian* *JuWissBlog* Nr. 60/2020 v. 22.04.2020.

646 *Lepsius*, *RuP*, 7/2021, 40 (56), weist auf die deutlich höhere Erfolgsquote bei versammlungsrechtlichen Fallgestaltungen hin.

647 BayVGh *Beschl.* v. 17.04.2020 – 20 CE 20.811 (nicht veröffentlicht).

648 Übrigens hatte auch das Ausgangsgericht seine Entscheidung mit dem Hinweis auf die genannte Rechtsprechung des BVerfG begründet.

Anträge auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung eingereicht. Allerdings wurden beide abgelehnt, obwohl es sich um eine Versammlung von nur zehn und eine Versammlung von 20 Personen handelte.⁶⁴⁹

Nach der Entscheidung des BVerfG behandelten die Verwaltungsgerichte regelmäßig deutlich andere Größenordnungen:⁶⁵⁰ Beantragt wurden Genehmigungen für Versammlungen mit einer Teilnehmer:innenzahl von 2.000 bis 10.000. Auch lässt sich daraus schließen, dass sich die behördliche Genehmigungspraxis geändert hatte und Versammlungen vermehrt genehmigt wurden, da nur mehr Anträge eingingen, die extrem von der ab Mai zulässigen Teilnehmer:innenzahl von 50 Personen, § 3 S.1 der 3. BayIfSMV, abwichen.⁶⁵¹ Anträge auf Versammlungen mit einer geringeren Teilnehmer:innenzahl scheinen bereits von den Behörden genehmigt worden zu sein, so dass es keines gerichtlichen Verfahrens mehr bedurfte. Der Einfluss der Entscheidung ist daher unverkennbar.

649 Begründet wurde dies mit Gefahren durch Dritte und damit, dass die Polizei selbst auch geschützt werden müssen vor einem „Tätigwerdenmüssen“, VG München Beschl. v. 09.04.2020 – M 26 E 20.1506, BeckRS 2020, 7188, Rn. 27. Das VG Ansbach führte eine Folgenabwägung durch, Beschl. v. 11.04.2020 – AN 30 S 20.00654, BeckRS 2020, 12204. Kap. 3, A. IV. 2. a) und Kap. 3, D. VI. 2. c).

650 *Madjidian*, JuWissBlog Nr. 60/2020 v. 22.04.2020, deutet die Möglichkeit an, dass es wegen der Entscheidung des BVerfG vom 15.04.2020 auch zu mehr Eilanträgen betreffend die Versammlungsfreiheit gekommen sein könnte. Dieser Schluss liegt nahe, allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass es zu Beginn der Krise insgesamt weniger Verfahren gab, was auch daran liegen könnte, dass die Menschen zunächst in großer Angst vor dem Virus waren und sich (ggf. sogar überobligatorisch) an die Regeln hielten. Kap. 3, A. IV. 2. b).

651 Auswirkung auf die Normtätigkeit hatte der Beschluss des BVerfG nicht. Weder bei den Bund-Länder-Besprechungen noch im Ministerrat wurde das Versammlungsverbot nach der Entscheidung diskutiert. Erst ab der 3. BayIfSMV, welche am 04.05.2020 in Kraft trat, wurden Versammlungen mit 50 Personen generell erlaubt. Ein Zusammenhang mit der Entscheidung liegt aufgrund des zeitlichen Versatzes daher nicht vor. Dies ist aber auch einleuchtend: Denn das BVerfG hatte nicht die Regelungen an sich beanstandet. Vielmehr ließ es in einem weiteren Beschluss zwei Tage später die wichtige Fragestellung, ob ein generelles Verbot von Versammlungen mit lediglich Ausnahmemöglichkeiten mit Art. 8 I GG vereinbar ist, ausdrücklich offen (BVerfG Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, BeckRS 2020, 6051, Rn. 24). Dadurch hatte der Ordnungsgeber für seine bisherige Praxis „grünes Licht“ und es bestand auch kein Änderungsbedarf hinsichtlich der bisherigen Regelungen. Von den Gerichten beanstandet wurde vielmehr nur die konkrete Ermessensbetätigung, d.h. die behördliche Genehmigungspraxis, an sich. Die Entscheidung liest sich daher wie ein Appell, sich das Grundrecht der Versammlungsfreiheit wieder ins Gedächtnis zu rufen.

D. Vom Veröffentlichungsfehler zur wirksamen Bewehrung

In Folge der Entscheidung⁶⁵² des BayVGH vom 09.04.2020, in welcher der BayVGH die Voraussetzungen für eine Notbekanntmachung stark anzweifelte, kam es zu zwei Änderungen.

I. Änderung LStVG

In Folge des Beschlusses wurde Art. 51 LStVG mit Wirkung zum 01.05.2020 geändert und die verpflichtende Bekanntmachung von bewehrten Verordnungen im Gesetz- und Ordnungsblatt gestrichen. Auch die Regelungen zur Notbekanntmachung wurden gelockert und insbesondere auf eine zwingende Veröffentlichung im GVBl. verzichtet. Begründet wurde die Änderung damit, dass sich diese Regelungen während einer Krise als untauglich erwiesen hätten, da sie eine wirksame Bekanntmachung verzögerten. Außerdem würden die Regelungen aus einer rein analogen Zeit stammen und seien somit nicht mehr vergleichbar mit heute.⁶⁵³ Die Änderung sollte dem Ordnungsgeber mehr Flexibilität und Schnelligkeit ermöglichen.

Diese und die andere Änderung des LStVG⁶⁵⁴ unterstreichen damit noch einmal, wie unzureichend⁶⁵⁵ das anfängliche IfSG für eine Pandemie dieser Größenordnung war.

II. Änderung Veröffentlichungsbekanntmachung

Außerdem kam es auch zu einer Änderung der Veröffentlichungsbekanntmachung (VeröffBek).⁶⁵⁶ Ursprünglich sah Nr. 2 S. 2 VeröffBek vor, dass mit Zustimmung der Staatskanzlei in besonders gelagerten Ausnahmefällen Rechtsverordnungen und Satzungen der Staatsministerien vorbehaltlich Art. 51 II des Landesstraf- und Ordnungsgesetzes im Bayerischen Ministerialblatt bekannt gemacht werden. Der kursiv gesetzte Zusatz wurde in

652 BayVGH Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664, BeckRS 2020, 6515, Kap. 3, A. I. 2. b) bb).

653 LT-Drucks. 18/7347, S. 2 f.

654 Kap. 4 A. I. 1.

655 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750; *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (50 f.); *ders.*, JöR, 69/2021, 705 (736).

656 Veröffentlichungsbekanntmachung – VeröffBek, Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 15.12.2015, Az. B II 2 – G 48/13-6, AllMBl. S. 541.

der Neufassung gestrichen und somit auf die Neufassung des Art. 51 LStVG abgestimmt.

III. Exkurs: Wirksame Bewehrung erst ab dem 07.04.2020

Liest man die beiden genannten Entscheidungen des BayVGh vom 30.03.2020 und 09.04.2020 zusammen, ergibt sich daraus, dass die erste wirksame Bewehrung ab dem 07.04.2020 zustande kam; der Tag, an dem die Bekanntmachung im GVBl. erfolgte. Zuvor fehlte entweder der nach § 73 Ia Nr. 24 letzter HS IfSG erforderliche Verweis auf die Bußgeldvorschrift in der Verordnung oder aber die Verordnung war gem. Art. 51 II LStVG a.F. nicht wirksam bekannt gemacht, da die Veröffentlichung im GVBl. nicht stattgefunden hatte und die Voraussetzungen für eine Notbekanntmachung nicht vorlagen.⁶⁵⁷

E. Von der Ausgangs- zur Kontaktbeschränkung

I. Änderung Verordnung

Nach der Entscheidung des BayVGh⁶⁵⁸ vom 28.04.2020, wonach jedes Verhalten, das der Bedürfnisbefriedigung diene, einen triftigen Grund darstellte, wurde die Ausgangsbeschränkung mit Erlass der 3. BayIfSMV vom 01.05.2020 zwar zunächst verlängert.⁶⁵⁹ Bereits einen Tag nach deren in

657 Danach, im Zeitraum vom 09.04.2020 bis 01.05.2020, kam es noch zu vier weiteren Notbekanntmachungen BayMBl. 2020 Nr. 192 (Einreisequarantäneverordnung), BayMBl. 2020 Nr. 205 (2. BayIfSMV), BayMBl. 2020 Nr. 210 (Änderung 2. BayIfSMV: Mund-Nasen-Bedeckung als Pflicht ausgestaltet), BayMBl. 2020 Nr. 225 (Änderung 2. BayIfSMV: Anpassungen 800m²-Regelung), wobei das StMGp hier trotz der noch nicht in Kraft getretenen Änderungen und damit der wahrscheinlichen Rechtswidrigkeit der Maßnahmen keine Suspendierung befürchten musste, wie man bspw. erkennen kann an BayVGh Beschl. v. 16.04.2020 – 20 NE 20.837, BeckRS 2020, 6779: Der BayVGh erwähnte den Umstand der Notbekanntmachung erst gar nicht, sondern stellte die materiellen Erwägungen hinsichtlich der Betriebsuntersagung in den Vordergrund, die zu komplex seien für das Hauptverfahren, so dass eine Entscheidung aufgrund einer Folgenabwägung erging.

658 BayVGh Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; Kap. 3, A. I. 2. b) cc).

659 BayMBl. 2020, 239.

Kraft treten, am 04.05.2020, wurde aber bereits die 4. BayIfSMV erlassen.⁶⁶⁰ Darin wurde aus der Ausgangsbeschränkung nun mehr eine reine Kontaktbeschränkung, so dass es künftig nicht mehr darauf ankam, aus welchem Grund man seine Wohnung verließ, sondern nur mehr geregelt war, mit wie vielen man privat in Kontakt treten durfte – eine Ausgestaltung als Kontaktreduzierung, wie es die Antragsteller begehrt hatten.⁶⁶¹

Zwar gab es auch im weiteren Verlauf der Pandemie wieder Ausgangsbeschränkungen, allerdings nicht mehr in der Form, die der Entscheidung zugrunde lag. Entweder wurde auf ein zeitliches Modell zurückgegriffen, wonach der Ausgang nach einer bestimmten Uhrzeit grundsätzlich untersagt wurde, oder aber es galt wieder die strengere Variante der Ausgangsbeschränkung, d.h. ohne „shopping“-Möglichkeiten – allerdings stets mit der Möglichkeit, eine haushaltsfremde Person zu treffen.⁶⁶²

II. Kommunikation

Wiederum schlugen sich die Auswirkungen des Beschlusses, mit welchem der BayVGH⁶⁶³ die Ausgangsbeschränkung so auslegte, dass nahezu jeder Grund das Verlassen der Wohnung rechtfertigte, auch in der Wortwahl des Ministerpräsidenten *Söder* wieder. Als der Übergang von Ausgangsbeschränkungen in Kontaktbeschränkungen bereits beschlossen war, erklärte er im Rahmen eines Interviews⁶⁶⁴ diesen Strategiewechsel wie folgt (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

„Wir haben gesagt, **Familie ist uns das Wichtigste** [...], weil natürlich viele Leute sagen, man kann Schuhe kaufen, aber man kann nicht seinen Bruder oder seine Mutter oder seinen Vater sehen. Darum haben wir gesagt [...], dass man da eine Erleichterung macht.“

660 BayMBl. 2020 Nr. 240.

661 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227, Rn.19 (im Klägervortrag aufgeführt als „milderes Mittel“).

662 Hierzu Kap. 4, A. III.

663 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; Kap. 3, A. I. 2. b) cc) (1).

664 Interview mit Bayern 1 vom 07.05.2020. Ursprünglich konnte man die Sendung unter <https://www.br.de/radio/live/bayern1/programm/> (Stand 04.08.2022) nachhören; inzwischen ist die Sendung nicht mehr verfügbar.

Diese Erklärung ähnelt stark den Einlassungen der Antragsteller, die hinsichtlich der Ausgangsbeschränkung insbesondere kritisiert hatten, der Freistaat nehme Infektionsrisiken in Ladengeschäften in Kauf und gewichte kommerzielle Interessen damit höher als familiäre Belange.⁶⁶⁵ Zwar führte Ministerpräsident *Söder* in der auf die Entscheidung folgenden Pressekonferenz vom 05.05.2020 aus, dass dies nun mehr angemessen sei. Allerdings darf man nicht übersehen, dass die Ausgangsbeschränkung durch die Auslegung des BayVGH faktisch sinnenleert und auch nicht mehr kontrollierbar wurde. Eine Änderung war daher unumgänglich, wenn man Kontaktreduzierungen ernsthaft erreichen wollte. Auch die Polizeigewerkschaft hatte zuvor mit Mitteilung vom 30.04.2020 das Modell der Ausgangsbeschränkung stark kritisiert:⁶⁶⁶

„Die Gewerkschaft der Polizei Bayern plädiert dafür, die bis 10. Mai geltenden Ausgangsbeschränkungen nach diesem Zeitpunkt kritisch auf den Prüfstand zu stellen. Ohne Frage hat die Bayerische Staatsregierung im Rahmen der Containment-Strategie mit der Entscheidung, Ausgangsbeschränkungen zu erlassen alles richtig gemacht. Die Zahlen geben ihr recht. Allerdings nehmen die ‚triftigen Gründe‘, die für ein Verlassen der Wohnung erforderlich sind, mit der Lockerung der Regeln beständig zu. Dies erschwert es den Polizistinnen und Polizisten auch diejenigen zu beanstanden, die bewusst und gewollt gegen die Regeln verstoßen. Erwischt wird der Ehrliche und Unbedarfte, der frei heraus zugibt, dass er die Wohnung verlassen hat, um z.B. ein Sonnenbad zu nehmen. Wer vorgibt sich zuvor an der frischen Luft bewegt, oder Sport gemacht zu haben, hat Glück. Wer zum Einkaufen geht, auch in eine Parfümerie, hat Glück, wer seine nicht betagten Eltern besuchen möchte, hat Pech, selbst wenn er dies im Garten und unter Einhaltung sämtlicher Abstands- und Hygieneregeln tut. Wenn man z. B. zum Nymphenburger Kanal in München geht, stellt man fest, dass sich Jogger - wie an der Perlenschnur gereiht - um diesen herumbewegen. Hygienemäßig vermutlich ein Desaster. Es wird aber dringend davon abgeraten aufs Land zu fahren, wo sich die Abstände viel leichter einhalten ließen. Wer die Wohnung verlässt, um sein Auto zu waschen, verhält sich ordnungswidrig. Wer sein Auto auf dem Weg in die Arbeit wäscht, macht alles richtig. Man darf nun bald in der Kirche mit 50 unbekanntem Menschen einen Got-

665 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227, Rn. 19.

666 https://www.gdp.de/gdp/gdpbay.nsf/id/30_04_20A?open&ccm=000 (Stand 21.09.2023).

tesdienst besuchen, darf aber keine sich bekannte Yogagruppe im Park anleiten, selbst wenn zwischen den Übenden 2 Meter Abstand bestehen. Welche Infektionsketten lassen sich besser nachverfolgen? [...] Nochmals unser Appell: Hinterfragen Sie die Ausgangsbeschränkung nach dem 10. Mai auch im Sinne der Überwachungsmöglichkeiten. Je mehr Bereiche geöffnet werden, desto unmöglicher wird eine Überwachung der Ausgangsbeschränkung durch die Polizei. Erwischt wird oftmals der Ehrliche. Sorgen Sie bitte dafür, dass der Ehrliche nicht der Dumme ist. Auch und gerade im Sinne einer bürgernahen Polizei.“

Außerdem wurde auch an anderer Stelle medial darüber berichtet und auf die „Entwertung“ der Ausgangsbeschränkung durch die Auslegung hingewiesen; es hieß sogar, in den Nebensätzen der Entscheidung stecke „Zündstoff“.⁶⁶⁷ Demnach war das Modell der Ausgangsbeschränkung zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Entscheidung des BayVGH gestorben, sodass eine Änderung in Kontaktbeschränkungen zwingend wurde. Anders als von der Staatsregierung dargestellt, ist dies aber nicht auf einen eigenständigen Strategiewechsel zurückzuführen, sondern wurde vom BayVGH in die Wege geleitet.

F. Von der ausnahmslosen Maskenpflicht zur Maskenpflicht mit Ausnahmen

In der einschlägigen Entscheidung⁶⁶⁸ bezweifelte der BayVGH die Verhältnismäßigkeit einer Maskenpflicht ohne Ausnahmemöglichkeiten und begründete die „Noch-Rechtmäßigkeit“ der Maßnahme mit einer bereits angekündigten Änderung der Maskenpflicht.⁶⁶⁹ Am 05.05.2020 wurde sodann die 4. BayIfSMV⁶⁷⁰ erlassen, die am 11.05.2020 in Kraft trat. Darin wurde ausdrücklich ein Befreiungstatbestand für Menschen mitaufgenommen, die eine Maske aus medizinischen Gründen nicht tragen können, § 1 II 4. BayIfSMV. Die Ausnahmeregelung lautete nun mehr (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

667 https://www.focus.de/politik/trotz-ablehnung-von-klage-gerichtsurteil-legt-nahe-es-gibt-in-bayern-im-prinzip-keine-ausgangsbeschraenkung_id_11946225.html (Stand 21.09.2023).

668 BayVGH Beschl. v. 05.05.2020 – 20 NE 20.926, BeckRS 2020, 7969; Kap. 3, A. VII. 2. a).

669 Zu diesem Entscheidungsmuster Kap. 3, D. I. 1. c) bb).

670 BayMBl. 2020 Nr. 240.

(2) Soweit in dieser Verordnung die Verpflichtung vorgesehen ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen (Maskenpflicht), gilt:

1. Kinder sind bis zum sechsten Geburtstag von der Tragepflicht befreit.
2. **Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung, aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, sind von der Trageverpflichtung befreit.**
3. Das Abnehmen der Mund-Nasen-Bedeckung ist zulässig, solange es zu Identifikationszwecken oder zur Kommunikation mit Menschen mit Hörbehinderung erforderlich ist.

Auch für die Begründung der weiteren Gerichtsentscheidungen hatte diese Änderung Bedeutung. Sobald die Änderung in Kraft trat, ging der BayVGH davon aus, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache voraussichtlich nicht gegeben seien und lehnte den Antrag aus diesem Grund ab. Eine Folgenabwägung erfolgte nur mehr als zusätzliches Argument; nicht mehr jedoch wie zuvor als tragender Entscheidungsgrund.⁶⁷¹

G. Änderung 800m²-Regel

Auch der 800m²-Beschluss⁶⁷² führte zu einer Anpassung der BayIfSMV. Zwar erklärte Ministerpräsident *Söder* noch am 27.04.2020, im Anschluss an die Veröffentlichung des Beschlusses, dass er in diesem Beschluss „keinen Angriff auf die Regelungen“ sehe.⁶⁷³ Für diese Woche gebe es daher keinen Änderungsbedarf.⁶⁷⁴ Dennoch kam bereits einen Tag später, am 28.04.2020, der Ministerrat wieder zusammen. Es wurde sodann entgegen ursprünglicher Ankündigung doch beschlossen, die Vorgaben des BayVGH

671 Kap. 3, A. VII. 2. b).

672 BayVGH Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. VI. 2.

673 <https://archive.vn/RsRK6> (Stand 21.09.2023). Bei archive.vn handelt es sich um eine Internetseite, die alte, nicht mehr zugängliche Artikel von www.br.de über ein aufgenommenes Bildschirmfoto noch zugreifbar macht. Der Originalartikel war unter folgender Adresse zu erreichen, mittlerweile jedoch nicht mehr, vermutlich aufgrund Zeitablaufs: <https://www.br.de/nachrichten/bayern/bayern-verkaufsverbot-fuer-grosse-geschaefte-verfassungswidrig>, RxM2iC4.

674 https://www.focus.de/finanzen/recht/800-quadratmeter-regel-verkaufsverbot-fuer-grosse-geschaefte-in-bayern-verfassungswidrig_id_11927683.html (Stand 21.09.2023).

umzusetzen.⁶⁷⁵ Konkret bedeutete dies, dass eine Notbekanntmachung⁶⁷⁶ (trotz der diesbezüglich bereits bekannten Zweifel des BayVGH)⁶⁷⁷ erlassen wurde, die auch bereits am 29.04.2020 in Kraft trat. In dieser wurde festgelegt, dass Buch- und Fahrradläden nun mehr auch die 800m²-Regel zu beachten hatten. Auch wurde geregelt, dass Ladengeschäfte mit einer Verkaufsfläche von über 800m² diese begrenzen dürfen auf 800m², um so in den Genuss der Privilegierung zu gelangen. Ebenso wurde der Grundsatz „ein-Kunde-je-20m²-Verkaufsfläche“ auf alle Ladengeschäfte ausgeweitet.

Der Ministerrat orientierte sich demnach an den Ausführungen des BayVGH und setzte diese – entgegen früherer Ankündigung – doch um. Außerdem wurde deutlich gemacht, dass auch Läden in Einkaufszentren öffnen durften, da die Regelung nun lautete: „Abweichend von Abs. 4 Satz 1 und 5 ist die Öffnung von sonstigen Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels auch zulässig, wenn in ihnen höchstens eine Verkaufsfläche von 800m² geöffnet wird“, was das damalige Auslegungsproblem und die damit einhergehenden Feststellungsanträge⁶⁷⁸ vor den Verwaltungsgerichten löste.⁶⁷⁹

675 Kap. 2, A. II. 8.

676 BayMBl. 2020 Nr. 225.

677 Geäußert in BayVGH Besch. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664, BeckRS 2020, 6515; Kap. 3, A. I. 2. b) bb).

678 Kap. 3, A. VI. 3.

679 Freilich ergaben sich dadurch Folgeprobleme wie die Fragestellung, ob nun das Geschäft an sich unter 800m² aufweisen müsse oder ob man die einzelnen Verkaufsflächen addieren müsse, bis maximal 800m² erreicht würden. Bei letzterer Ansicht ergebe sich wiederum ein Folgeproblem, nämlich wie die 800m² zu berechnen wären, d.h. ob auch die Geschäfte des nicht täglichen Bedarfs angerechnet werden müssten. Zudem ergab sich bei dem Additionsmodell auch eine praktische Frage, nämlich nach welchem Prinzip die sonstigen Geschäfte des nicht täglichen Bedarfs in Einkaufszentren öffnen durften, bspw. nach einem rotierendem System oder nach dem Windhundprinzip. Letztere Fragestellung konnte von den Gerichten allerdings offen gelassen werden, da sie in keinem Verfahren entscheidungserheblich war, exemplarisch VG Ansbach, Beschl. v. 30.04.2020 – AN 18 E 20.00818, BeckRS 2020, 10412.

H. Änderung der Öffnungszeiten der Außengastronomie

Anlässlich des erfolgreichen Beschlusses⁶⁸⁰ des VG Augsburg vom 27.05.2020, der eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Außen- und Innengastronomie konstatierte, wurden kurzfristig die Öffnungszeiten der Außen- an die der Innengastronomie angeglichen: Am 29.05.2020 erließ das StMGP die 5. BayIfSMV,⁶⁸¹ welche nun mehr einheitliche Öffnungszeiten vorsah. Ursprünglich war eine solche Angleichung erst ab Pfingsten angedacht gewesen, wie man den Entscheidungsgründen des Beschlusses entnehmen kann.⁶⁸² Die Angleichung wurde jedoch aufgrund des Beschlusses vorgezogen. Die neue Verordnung trat ab dem 30.05.2020 in Kraft.

I. Öffnung von Wellnesseinrichtungen

Zwar wurde die sog. „Wellness-Entscheidung“⁶⁸³ des VG Regensburg vom 12.06.2020, wonach das Gericht es als rechtswidrig ansah, dass Wellnesseinrichtungen nicht öffnen durften, mit Beschluss des BayVGH vom 18.06.2020 geändert und der Antrag als unzulässig zurückgewiesen. Auswirkungen hatte die Entscheidung aber bereits zuvor: Im Ministerrat vom 16.06.2020 wurde beschlossen, dass ab dem 22.06.2020 Wellness- und Saunaangebote wieder öffnen dürften, wobei sich nicht mehr als zehn Personen darin aufhalten durften und für jeden 10m² Fläche zur Verfügung stehen mussten.⁶⁸⁴ Die Änderung wurde in der 6. BayIfSMV,⁶⁸⁵ § 11 IV 1, 3, geregelt.

J. Exkurs: Auftritt in den sozialen Medien

Auch in den sozialen Medien lassen sich die Auswirkungen von Gerichtsverfahren erkennen, wie folgende zwei Beispiele verdeutlichen sollen:

680 VG Augsburg, Beschl. v. 27.05.2020 – AU 9 E 20.873, BeckRS 2020, 10634; Kap. 3, D. V. 2. a) dd).

681 BayMBl. 2020 Nr. 304.

682 VG Augsburg Beschl. v. 27.05.2020 – AU 9 E 20.873, BeckRS 2020, 10634, Rn. 27.

683 VG Regensburg Beschl. v. 12.06.2020 – RN 14 E 20.963, BeckRS 2020, 12192; Kap. 3, D. V. 2. a) ee).

684 Kap. 2, A. II. 12.

685 BayMBl. 2020 Nr. 348.

I. Das Parkbankdrama

Wie bereits angedeutet, erregte die Thematik um das Sitzen auf einer Parkbank öffentliches Interesse und gipfelte in der Ingewahrsamnahme des Politikers *Prudlo*.⁶⁸⁶ Intensiv kritisiert und diskutiert wurde das Parkbank-Sitzen besonders, als die bayerische Polizei in einem Tweet äußerte, es sei nicht erlaubt, ein Buch auf einer Parkbank zu lesen. Auch der damalige Sprecher des Bayerischen Innenministeriums *Siefener* erklärte dazu: „Wer nur herausgeht, um auf einer Parkbank ein Buch zu lesen, verstößt gegen die Verordnung“⁶⁸⁷. Die bayerische Polizei postete in den sozialen Medien zudem folgendes Bild:⁶⁸⁸



686 Kap. 3, A I. 3. b) bb).

687 <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-in-muenchen-parkbank-kritik-an-tweet-der-polizei-a-b17df8AA-bc8e-4a19-b2f9-64d1928d3680> (Stand 25.05.2022). Eine solche Auslegung der BayIfSMV lag auch nicht gänzlich fern, da dort als triftiger Grund die Bewegung an der frischen Luft genannt wurde.

688 Das Bild hatte die Verfasserin vom offiziellen Facebook-Account der bayerischen Polizei heruntergeladen.

Nach der vielen Kritik, die die Polizei für diese Aussagen erntete, äußerten sich der Bayerische Ministerpräsident *Söder* und der Bayerische Innenminister *Herrmann* in einem Bild-Interview und gaben an, dass es „natürlich“ erlaubt sei, allein auf einer Parkbank zu sitzen.⁶⁸⁹ Daraufhin löschte⁶⁹⁰ die Bayerische Polizei das Bild und postete ein Neues:⁶⁹¹



689 <https://www.bild.de/regional/muenchen/muenchen-aktuell/corona-machtwort-vo-n-soeder-buch-auf-parkbank-lesen-ist-erlaubt-69928814.bild.html> (*Söder* Interview; Stand 21.09.2023) und <https://www.bild.de/regional/nuernberg/nuernberg-news/corona-beschaerungen-duerfen-wir-noch-auf-parkbaenken-sitzen-69834360.bild.html#fromWall> (*Herrmann* Interview; Stand 21.09.2023). Die Äußerung in rechtlicher Hinsicht problematisierend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (730, Fn. 48).

690 Zumindest war es nicht mehr im Twitter- oder Facebook-Account auffindbar. Auch eine Google-Bilder-Suche lieferte keine Treffer (Stand 05.01.2022). Es liegt daher nahe, dass die bayerische Polizei angesichts der gestifteten Verwirrung den Post wieder löschte.

691 <https://www.facebook.com/BayStMI/photos/a.2243885479049737/2602854486486166/?type=3> (Stand 21.09.2023).

II. Das Reifenwechselfiasko

Die Auslegungsbedürftigkeit der triftigen Gründe bei den Ausgangsbeschränkungen führte zu einigen Gerichtsverfahren vor den Verwaltungsgerichten. Die Beteiligten wollten dabei rechtssicher geklärt haben, ob ein Verhalten geeignet ist, das Verlassen der Wohnung zu rechtfertigen oder nicht.⁶⁹² Geklagt wurde daher z.B. auch, um feststellen zu lassen, dass man die Wohnung für einen Reifenwechsel verlassen dürfe. Diese Thematik griff folgender Post auf:⁶⁹³



K. Zusammenfassung

Anhand der Reaktionen der verschiedenen Akteur:innen kann man erkennen, dass die Gerichtsverfahren der Corona-Krise nicht mit Abschluss des

692 Kap. 3, A. I. 3. b) bb).

693 <https://www.facebook.com/BayStMI/photos/a.2243885479049737/2622943404477274/?type=3> (Stand 21.09.2023).

Verfahrens endeten. Zwar mag das Gerichtsverfahren im engeren Sinne beendet worden sein; Veränderung wurde damit aber dennoch angestoßen. Diese Änderungen wurden insbesondere von der Staatsregierung aber nicht als Reaktion auf die in den Entscheidungen enthaltenen Verfahren kommuniziert, sondern oftmals als eine nun mehr vertretbare Lockerung.

Sieht man sich die Entscheidungsgründe allerdings genauer an, wird ein Zusammenhang der Änderungen mit vorausgegangenen Entscheidungen sehr deutlich. Man kann daher bereits an dieser Stelle festhalten, dass erfolglose Verfahren zwar eine Abweisung im Tenor bedeuteten. Allerdings war mit Abschluss des Verfahrens die Entwicklung oftmals noch nicht abgeschlossen und die Reaktionen führten letztlich dazu, dass die Antragsteller erhielten, was sie beehrten.⁶⁹⁴ Ferner sieht man, dass es auch zu Beginn der Pandemie viele folgenreiche Verfahren gab, auch wenn sich die Folgen oftmals nur auf den zweiten Blick und nur für Kenner:innen der Entscheidung als Reaktionen auf eine Entscheidung offenbarten. In der Öffentlichkeit allerdings wurden die meisten Verfahren schlicht als Sieg für den Freistaat wahrgenommen.⁶⁹⁵

Bei den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, die nur inter-partes-Wirkung⁶⁹⁶ hatten, d.h. nur zwischen den Beteiligten galten, kam es ebenfalls zu Änderungen, die die rechtlich angedeuteten Mängel beseitigten. Die inter-partes-Beschränkung machte sich der Verordnungsgeber daher nicht zu Nutzen.

694 Angesprochen ist damit der Bereich der „strategic litigation“; ausführlich Kap. 5, B.

695 Die Gewinnquote zog die Bayerische Staatsregierung umfassend als Rechtfertigung heran, Kap. 5, B. I. 3.

696 Kap. 2, C. I. 1.

Kapitel 5: Interpretation

Nach den in Kapitel drei die Entscheidungsmuster der verschiedenen Gerichte herausgearbeitet und in Kapitel vier die Reaktionen dargestellt wurden, wird in Kapitel fünf die gerichtliche Tätigkeit im engeren und weiteren Sinne beleuchtet und interpretiert. Die engere Betrachtung beantwortet die aufgeworfene Frage nach einem Dispens des Rechtsstaats.⁶⁹⁷ Die Weitere rückt bei der Interpretation die im vorherigen Kapitel aufgezeigten Reaktionen in den Fokus.⁶⁹⁸

A. Der Rechtsstaat während der Corona-Krise

Nach den dargestellten Entscheidungsmustern des BayVGH drängt sich die Frage auf, wieso sich das Gericht dieser Entscheidungsmuster bediente und welche Aussage diese Entscheidungspraxis über einen Rechtsstaat zulässt. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich bei der aufgeworfenen Frage nach einem dispensierten Rechtsstaat auf die Rolle der Gerichte.⁶⁹⁹ Die Interpretation fußt dabei auf den gefundenen Entscheidungsmustern und bettet diese in den politischen Kontext ein.⁷⁰⁰ Um die Frage nach einem dispensierten Rechtsstaat zu beantworten, wird daher zunächst der politische Kontext herausgearbeitet, in deren Umfeld die gerichtlichen Entscheidungen ergingen. Im zweiten Schritt wird untersucht, inwiefern es einen

697 Kap5, A.

698 Kap. 5, B.

699 Alle Gewalten knapp untersuchend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (716 ff.); siehe auch die 65. Bitburger Gespräche vom 13. und 14. Januar 2022 zum Thema „Die Handlungsfähigkeit des demokratischen Verfassungsstaates in Krisenzeiten“; zusammengefasst bei *Kemper/Drautzburg*, JZ 2022, 414.

700 Selbstverständlich können auch andere Faktoren als die im Folgenden vertretenen für den Ausgang der Verfahren maßgeblich gewesen sein. Eine Kausalität lässt sich bei so einem komplexen Vorgang wie dem der Rechtsfindung nicht feststellen oder gar beweisen. Siehe zur Rechtsfindung z.B. *Häuser*, JUSTIZ Nr. 107, September 2011, 151 (154), demnach die Entscheidungsfindung eine „black box“ darstelle. Zudem weist er unter Hinweis auf *Berkemann* in Jakob/Rehbinder (Hrsg), Beiträge zur Rechtspsychologie, 1987, S. 135, darauf hin, dass die Entscheidungsfindung bisher nur sehr wenig erforscht sei. Neuere Forschung hierzu *Hofer/Bearth*, Justice – Justiz – Giustizia, 2023/3.

Krisenmodus der Gerichte, allem voran des BayVGH, gab. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob die Gerichte ihrer Kontrollfunktion nachkamen und ob der Rechtsstaat funktionierte. Abschließend wird darauf eingegangen, ob und welche Alternativen es während einer neuartigen und akuten Krise gegeben hätte.

I. Der politische Kontext

Die hiesige Untersuchung beschränkte sich bisher auf die Zeit des Katastrophenfalls vom 16.03.2020 bis 16.06.2020, der „Pandemiephase I“. Für eine Interpretation bedarf es jedoch eines weiteren Blickwinkels, um so die Entwicklung besser nachzuzeichnen, weswegen auch „Pandemiephase II“ mit einbezogen wird. Vor allem Phase I hatte starken Einfluss auf die Gerichtstätigkeit, es zeichnet sich jedoch ab, dass sich dies in Phase II änderte.

1. Pandemiephase I: „Umsicht und Vorsicht“

Die Zeit des Katastrophenfalls bildet Pandemiephase I und war gekennzeichnet von einem Kurs der „Umsicht und Vorsicht“. So betitelte das Bayerische Kabinett selbst seine politische Strategie.⁷⁰¹ Bayern war dabei auch stets etwas vorsichtiger als die meisten anderen Bundesländer, beispielsweise in Sachen Kontaktbeschränkung. Diese erfolgte in Bayern und wenigen anderen Bundesländern über eine Ausgangsbeschränkung.⁷⁰² Zu diesem abweichenden Kurs äußerte sich der Bayerische Ministerpräsident *Söder* wie folgt:⁷⁰³

„Wir haben uns entschieden, alles, des wo der Bund weniger macht, oder die anderen Länder weniger machen, dem folgen wir natürlich nicht, weil Bayern hat die schärfste Regelung im Moment [...]. Des Entscheidende ist, dass wir ein bisschen auch Trendsetter sind die letzten Tage.“

701 Pressemitteilungen der Bayerischen Staatskanzlei vom 05.05.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-5-mai-2020/>, und vom 26.05.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-26-mai-2020/> (jeweils Stand 21.09.2022).

702 Die unterschiedliche Lage in den Bundesländern ist zusammengefasst bei *Schmitt*, NJW, 2020, 1626.

703 Interview mit Ministerpräsident *Söder* vom 16.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=-D3VVxMbCzk> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 15:36.

Insgesamt sah sich Ministerpräsident Söder selbst als Pionier:⁷⁰⁴

„Aber Föderalismus bedeutet manchmal auch, dass einer bisschen mehr vorangeht.“

Auch wenn es innerhalb dieser Phase I bereits erste Lockerungen gab und die Phasen in der Literatur,⁷⁰⁵ je nach Fokus, auch unterschiedlich gesetzt werden, wird vorliegend auf den ganzen Katastrophenfall als Phase I abgestellt. Zum einen bildet der Katastrophenfall bereits durch seinen Ausruf eine eigenständige Phase. Zum anderen steht er auch bildlich für die akute Krise. In dieser Zeit herrschte auch die größte Unsicherheit, da der Umgang mit dem Virus neu und unerforscht war. Nach Ende des Katastrophenfalls, nachdem es zuvor bereits zu ersten Lockerungen gekommen war und nachdem der Sommer die Inzidenzzahlen gedrückt hatte, trat zudem der erste Gewöhnungseffekt ein.⁷⁰⁶

2. Pandemiephase II: „Lockern mit Vorsicht“

Die zweite Pandemiephase beginnt nach Ende des Katastrophenfalls und dauert bis etwa Ende September, d.h. in den Herbst hinein, als mit steigenden Infektionszahlen die ersten Lockerungen wieder zurückgenommen wurden⁷⁰⁷ und einzelne Städte und Gemeinden⁷⁰⁸ auch bereits wieder Ausgangsbeschränkungen verhängten.

Den politischen Kurs in dieser Phase kann man als „Lockern mit Umsicht“ bezeichnen. Es kam zu größeren Lockerungen, wie beispielsweise dem Wegfall von Kontaktbeschränkungen bei privaten Zusammenkünften zu Hause sowie dem Wegfall von starren Personenobergrenzen bei Gottesdiensten. Auch wurde die Höchstteilnehmer:innenzahl im Bereich Kunst

704 Ebd., ca. Minute 16:30 (Stand 21.09.2023).

705 Bspw. *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, V. 2. Rn. 109 ff.; *Kingreen*, NJW 2021, 2766, 2768; jeweils vor allem in Bezug auf die Entwicklung des IfSG und somit auch nicht nur auf Bayern beschränkt.

706 <https://www.n-tv.de/ticker/WHO-konstatiert-wachsende-Corona-Muedigkeit-article22081049.html> (Stand 21.09.2023).

707 Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung vom 22.09.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-22-september-2020/?seite=5062> sowie vom 01.10.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-1-oktober-2020/?seite=5062> (Stand jeweils 21.09.2023).

708 Bspw. die Allgemeinverfügung im Berchtesgadener Landkreis vom 19.10.2020, Amtsblatt Nr. 43a.

und Kultur aufgehoben sowie eine schrittweise und komplette Öffnung im Bereich der Schule bis September festgelegt.⁷⁰⁹ In ihrer Pressemitteilung vom 16.06.2020 führte die Staatsregierung aus, Ziel sei eine „Rückkehr zur Normalität einerseits und Umsicht und Vorsicht andererseits durch abgestimmte Einzelschritte miteinander in Einklang zu bringen.“⁷¹⁰ Dabei würde Bayern aber auch „später aussteigen als andere“.⁷¹¹ In dieser Phase dominierten daher die Lockerungen.

3. Krisenkommunikation

Möchte man die Gerichtstätigkeit umfassend vor dem Hintergrund des politischen Geschehens interpretieren, ist auch die Krisenkommunikation der Bayerischen Staatsregierung mit in den Blick zu nehmen.⁷¹²

Vor allem der Bayerische Ministerpräsident *Söder* fand in seinen Presseauftritten von Beginn an sehr deutliche und auch einprägsame Worte. „Wir müssen die Vernünftigen vor den Unvernünftigen schützen“⁷¹³ wurde zum geflügelten Satz während der Pandemie. Ebenso wie „wir müssen vorsichtig und umsichtig sein“.⁷¹⁴

Dabei postulierte er als oberstes Gebot, den Menschen zu schützen, auch vor sich selbst⁷¹⁵, machte teilweise besonders drastisch auf die Gefahren von Corona aufmerksam und formulierte teils auch unrealistische Ziele: „Jede Infektion, jeder Tote ist zu viel“.⁷¹⁶ Bei sinkenden Zahlen mahnte er weiter zur Vorsicht, beispielsweise mit der deutlich überspitzten Aussage: „Und

709 Kap. 2, A. II. 13.

710 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-juni-2020/> (Stand 21.09.2023).

711 Ministerpräsident *Söder* im Rahmen des virtuellen CSU Parteitages vom 22.05.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=SPM6EV1GtpY> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 07:18.

712 Allgemein zur Krisenrhetorik *Schuppert*, JöR 69/2021, 439 (443 ff.).

713 Ähnlich bspw. Pressekonferenz vom 24.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2Yuw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 18:05.

714 Pressekonferenz vom 07.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=bM0laS7vojE> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 02:12.

715 Pressekonferenz vom 20.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=uMBPOdYDlbU> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 04:27.

716 Ebd., ca. Minute 04:24.

keiner soll sich täuschen, Corona ist und bleibt absolut tödlich.“⁷¹⁷ Plakativ formulierte er auch in Richtung Lockerungsbefürworter:innen: „Geduld rettet Leben, Ungeduld gefährdet Leben“^{718, 719}

Im Hinblick auf das gesellschaftliche Zusammenleben äußerte er sich ebenfalls:

„Wissen Sie, in solchen Situationen, das ist ein Charaktertest für eine Gesellschaft. [...] Wir werden einige großartige Beispiele erleben, von Menschen, die wirklich sich perfekt verhalten [...] und es wird auch ein paar andere Fälle geben.“⁷²⁰

Nun bestreitet vermutlich niemand, selbst wenn er sich für Lockerungen einsetzt, dass „Leben vor shopping-Touren“⁷²¹ gehe. Aber umso mehr zeigen die Beispiele: Prägend für die Wortwahl der Staatsregierung waren dichotome Schwarz-Weiß-Formulierungen, wodurch der:die Empfänger:in selbst zur Positionierung gezwungen wurde.⁷²² Kaum zu leugnen sein dürfte ferner sein, wie sehr so deutliche und oftmals auch überspitzte Formulierungen Eindruck hinterlassen.⁷²³ Dieser Befund ist wichtig für die im Folgenden noch zu besprechende „Staatsräson“ und das Entscheidungsverhalten insbesondere des BayVGh.

Man kann somit festhalten: Der politische Kurs Bayerns zeichnete sich durch besondere Vorsicht und Strenge aus, was sich auch in der Kommunikation der Staatsregierung, insbesondere des Ministerpräsidenten *Söder* widerspiegelte. Dieser Kurs war ausschlaggebend für den Krisenmodus, der im Folgenden vorgestellt wird.

717 Pressekonferenz vom 16.06.2020, abrufbar unter <https://www.br.de/mediathek/video/rundschau-extra-1255-16062020-corona-massnahmen-soeder-verkuendet-weitere-lockerungen-av:5ee7777b948ec00014486b12> (Stand 12.08.2023), ca. Minute 02:34.

718 Pressekonferenz vom 07.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=3ksYhA0Tjvs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 13:06.

719 Zur übertriebenen Kommunikation *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (866).

720 Interview vom 16.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=-D3V VxMbCzk> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 13:27.

721 Ministerpräsident *Söder* in der Pressekonferenz vom 07.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=3ksYhA0Tjvs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 05:51.

722 Vgl. *Schuppert*, JöR, 69/2021, 439 (443) mwN.

723 In diesem Zusammenhang vom „framing“ sprechend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (731).

II. Der Krisenmodus

Vergleicht man die Gerichtsentscheidungen der Pandemiephase I mit denen von Pandemiephase II, lässt sich der Krisenmodus des BayVGH illustrieren. Die Verwaltungsgerichte, bei denen bereits keine besonderen coronabedingten Entscheidungsmuster festgestellt wurden,⁷²⁴ bleiben bei der Frage nach einem Krisenmodus außer Betracht. BVerfG und BayVerfGH, die nur eine untergeordnete Rolle einnahmen, werden gesondert und knapper interpretiert.⁷²⁵

1. BayVGH

a) Die Gerichtsentscheidungen während Pandemiephase I

Die Gerichtsentscheidungen der ersten Phase waren geprägt von den bereits dargestellten Entscheidungsmustern.⁷²⁶ Zusammenfassend kann man feststellen: Der BayVGH flüchtete sich – obwohl er die Erfolgsaussichten der Hauptsache selbst betonte – in die Folgenabwägung, indem er die aufgeworfenen Fragen als zu komplex für das Eilverfahren einstufte; in aller Regel ohne nähere Begründung. Auch flüchtete er sich in Zeitablauf oder hielt eine Maßnahme aufrecht, obwohl er in den Entscheidungsgründen deutliche Zweifel äußerte und somit die Rechtswidrigkeit der Maßnahme andeutete. Freiheitsrechte wurden oftmals nicht geprüft, sondern ebenfalls in das Hauptverfahren verlagert. Insgesamt fiel die Grundrechteprüfung, sofern denn eine stattfand, sehr reduziert und oberflächlich aus. In einem einzigen Verfahren bejahte der BayVGH zwar ausdrücklich die Rechtswidrigkeit, verzichtete im Folgenden aber auf eine Suspendierung der Maßnahme. Insgesamt lassen sich daher in Pandemiephase I deutlich zurückhaltende Tendenzen⁷²⁷ und eine Art „Beißhemmung“ des BayVGH ausmachen.

724 Kap. 3, D. V.

725 Kap. 5, A. II. 4. b).

726 Ausführlich Kap. 3, D. I. 1.

727 Dies dürfte inzwischen als einhellige Meinung gelten, statt vieler: *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (497 ff.); *Frankenberg*, NVwZ 2021, 1427 (1428); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (14); *Kämmerer/Fischkowski*, GesR 2020, 461 (352); *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (595); *Schmitt*, JöR, 69/2021, 465 (478) und zuletzt der Deutsche Ethikrat in seiner Stellungnahme vom 04.02.2022 „Vulnerabilität und Resilienz in der Krise“, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deuts>

b) Die Gerichtsentscheidungen während Pandemiephase II

Sieht man sich hingegen ausgewählte Gerichtsentscheidungen von Phase II an, so wird schnell deutlich, dass der BayVGh seine anfängliche Scheu abgelegt hatte und die Maßnahmen insgesamt intensiver prüfte. Innerhalb kürzester Zeit kam es zu mehreren Suspendierungen:

Bereits drei Tage nach Ende des Katastrophenfalls, am 19.06.2020, setzte der BayVGh⁷²⁸ die begrenzten Öffnungszeiten in der Gastronomie zwischen 06 und 22 Uhr, § 13 IV 1, 13 V 1 der 5. BayIfSMV,⁷²⁹ vorläufig außer Vollzug. Am 28.07.2020 suspendierte der BayVGh⁷³⁰ das Beherbergungsverbot, § 14 II 1 der 6. BayIfSMV,⁷³¹ wonach Betriebe keine Gäste aufnehmen durften, die aus einem anderen Bundesland anreisen, wenn dort die 7-Tages-Inzidenz höher als 50 pro 100.000 Einwohner war. Gegen Ende des Sommers kam es dann noch zu weiteren Außervollzugsetzungen: Am 01.09.2020 hob der BayVGh⁷³² das auf öffentlichen Plätzen herrschende Grillverbot auf, § 2 II der 6. BayIfSMV,⁷³³ und bestätigte als Beschwerdeinstanz⁷³⁴ die vom Amtsgericht München⁷³⁵ wiederhergestellte aufschiebende Wirkung gegen das örtlich unbegrenzte Alkoholverbot auf öffentlichen Plätzen in der Zeit zwischen 23.00 und 06.00 Uhr der Stadt München, Ziffer 1b der Allgemeinverfügung⁷³⁶ vom 27.08.2020. Daneben gab es noch weitere erfolgreiche Verfahren; die vorgenannten vier Entscheidungen werden jedoch exemplarisch dargestellt, da sie auch größeres mediales Interesse auf sich zogen und der BayVGh diese auf seiner Gerichtshomepage veröffentlichte; teilweise auch mit Pressemitteilung.⁷³⁷

ch/stellungnahme-vulnerabilitaet-und-resilienz-in-der-krise.pdf: S. 13, S. 87 unter Verweis auf *Marschall*, <https://www.bpb.de/331371> (Stand 21.09.2023); Kap. 3, E.

728 Beschl. v. 19.06.2020 – 20 NE 20.1127, BeckRS 2020, 12883.

729 In der Fassung vom 29.05.2020; BayMBL. 2020 Nr. 304.

730 Beschl. v. 28.07.2020 – 20 NE 20.1609, BeckRS 2020 17622.

731 In der Fassung vom 14.07.2020; BayMBL. 2020 Nr. 403.

732 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 NE 20.1754, BeckRS 2020, 21222.

733 In der Fassung vom 14.08.2020; BayMBL. 2020 Nr. 463.

734 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233.

735 VG München Beschl. v. 28.08.2020 – M 26b E 20.3956, BeckRS 2020, 21234.

736 <https://stadt.muenchen.de/dam/jcr:c65bcd50-ce07-46a4-b150-488a054a696b/Sondernummer%206.pdf> (Stand 21.09.2023).

737 Abrufbar unter https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona_gastronomie_offnungszeitenbeschränkung.pdf (Gastronomie); https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona-beherbergungsbegrenzung.pdf (Beherbergungsverbot); <https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/press>

Innerhalb kurzer Zeit unterlag der Verordnungsgeber mehrmals. Sieht man sich die Begründungen der genannten Entscheidungen an, wird schnell deutlich, dass dies aufgrund einer strengeren Prüfung geschah:

aa) Gastronomieentscheidung – BayVGH Beschluss vom 19.06.2020 – 20 NE 20.1127

So argumentierte der BayVGH⁷³⁸ im Rahmen der Gastronomieentscheidung, der die begrenzte Öffnungszeit der Gastronomie zugrundelag, die Maßnahme sei nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, weil sie nicht verhältnismäßig sei und somit nicht mehr notwendig iSd § 28 I 1 HS 1 IfSG. Um seine Argumentation zu stützen, zog der Senat die Gesetzeshistorie heran. Ebenfalls argumentierte der BayVGH mit den Infektionszahlen, die seit den Lockerungen nicht gestiegen seien, so dass nicht ersichtlich sei, wieso weiterhin eine „Erprobung“⁷³⁹ mit reduzierter Öffnungsmöglichkeit möglich sein müsse. Der Senat prüfte demnach die Verhältnismäßigkeit – ganz anders als in den Entscheidungen in der ersten Pandemiephase. Auch wurde dem Verordnungsgeber nicht aus Vorsicht ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden. Vielmehr wurde die Maßnahme konkret auf ihre Notwendigkeit und somit ihre Verhältnismäßigkeit geprüft.

bb) Beherbergungsverbot – BayVGH Beschluss vom 28.07.2020 – 20 NE 20.1609

Die Entscheidung des BayVGH⁷⁴⁰ vom 28.07.2020, bei der es um das Verbot ging, Gäste aufzunehmen, die aus einem Gebiet anreisen, dessen 7-Tages-Inzidenz bei 50 pro 100.000 Einwohner lag, erwies sich ebenfalls als deutlich begründungsstärker. Der Senat stellte dem Verordnungsgeber sogar drei Fragen und bat um Stellungnahme. Beispielsweise hakte der Senat nach:⁷⁴¹

emitteilung_corona-alkoholverbot_munchen.pdf (Alkoholverbot); (Stand jeweils 21.09.2023).

738 BayVGH Beschl. v. 19.06.2020 – 20 NE 20.1127, BeckRS 2020, 12883.

739 So die Argumentation des Verordnungsgebers, ebd., Rn. 23, 42.

740 BayVGH Beschl. v. 28.07.2020 – 20 NE 20.1609, BeckRS 2020, 17622.

741 Ebd., Rn. 28.

„Mit welchen Erwägungen rechtfertigt der Verordnungsgeber, dass das Beherbergungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 1 6. BayIfSMV nur für Gäste gilt, die aus einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt eines anderen Landes der Bundesrepublik Deutschland anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben, nicht jedoch für Gäste, die aus Bayern anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben.“

Allein an dieser Fragestellung bemerkt man bereits, dass der BayVGH eine intensivere Begründung forderte und den Gesundheitsschutz nicht mehr pauschal als Argument ausreichen ließ.

In der Sache begründete der Senat seine stattgebende Entscheidung mit einem Verstoß gegen das Publizitäts- und Bestimmtheitsgebot des Art. 20 III GG sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ging nicht von offenen Erfolgsaussichten aus, sondern prüfte die Maßnahme umfassend. Dabei stellte er sogar ein wesentliches Konzept des Verordnungsgebers in Frage – was ebenfalls neu war für den Senat; zuvor diente das „Gesamtkonzept“⁷⁴² als Begründung für eine ausbleibende Prüfung. So argumentierte Senat aber nun mehr, die reine Anknüpfung an eine Inzidenz von 50 pro 100.000 Einwohner begegne Zweifeln in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit, da es gerade vermehrt zu lokalen Ausbruchsgeschehen komme, die die Inzidenz dann hochschnellen ließen. Dann aber seien räumlich beschränkte Einschränkungmaßnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nötig und nicht solche, die das gesamte Kreisgebiet betreffen, da dann nicht von einer tatsächlichen Gefährdungslage im gesamten Kreisgebiet ausgegangen werden könne.⁷⁴³

Wie man sieht, war der BayVGH deutlich strenger in seiner Prüfung und forderte ein differenzierteres Vorgehen des Freistaats. Auch die Gefahrprognose⁷⁴⁴ und Maßnahmen, obwohl sie Teil eines Gesamtkonzepts waren, wurden einer kritischen Prüfung zugeführt.

cc) Grillverbot – BayVGH Beschluss vom 01.09.2020 – 20 NE 20.1754

In der Entscheidung⁷⁴⁵ vom 01.09.2020, nahm der BayVGH einen Verstoß des damaligen Grillverbots auf öffentlichen Plätzen gegen die allgemeine

742 Kap. 3, D. I. 1. g).

743 Ebd., Rn. 45.

744 Zur Gefahrenprognose während der ersten drei Monate Kap. 3, D. IV. 2.

745 BayVGH Beschl. v. 01.09.2020 – 20 NE 20.1754, BeckRS 2020, 21222.

Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, und den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 I GG, an. Der Freistaat Bayern hatte zuvor noch damit argumentiert, das Grillverbot sei Teil eines Gesamtkonzepts. Mit dieser Begründung kam er allerdings nicht durch, was einen wesentlichen Unterschied zu Phase I der Pandemie darstellt.

In dieser Entscheidung formulierte der BayVGh Grenzen für das behördliche Ermessen. Erneut betonte der BayVGh, wie bereits in der Entscheidung zum Beherbergungsverbot, die Notwendigkeit ausdifferenzierter Regelungen anlässlich der örtlichen Gegebenheiten. Da dies nicht berücksichtigt worden sei, werde gegen das Übermaßverbot verstoßen und zugleich auch gegen Art. 3 I GG. Praktikabilitätserwägungen und Typisierungen ließ der BayVGh nicht mehr gelten, vielmehr betonte der Senat noch den zusätzlichen Eingriff in Freiheitsrechte, der eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auch im Rahmen von Art. 3 I GG erforderlich mache. Hier zeigt sich auch ein deutlicher Unterschied zu Pandemiephase I, in der Art. 3 I GG nur daraufhin geprüft wurde, ob ein schlüssiges Gesamtkonzept vorlag.⁷⁴⁶

Auch bemerkenswert ist, dass der BayVGh einen Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, hier als tragende Begründung heranzieht, handelt es sich dabei doch „nur“ um ein Auffanggrundrecht, welches in Phase I kaum genügt hätte, um den Gesundheitsschutz zu „toppen“.⁷⁴⁷ Wiederum wird deutlich, wie sich die Argumentationsmuster der beiden Pandemiephasen unterscheiden.

dd) Alkoholverbot – BayVGh Beschluss vom 01.09.2020 – 20 CS 20.1962

In der Entscheidung vom 01.09.2020 über das Alkoholverbot auf öffentlichen Plätzen der Stadt München, welches in Form einer Allgemeinverfügung⁷⁴⁸ erlassen wurde, entschied der BayVGh⁷⁴⁹ als Beschwerdeinstanz. Erneut stellte der BayVGh einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren wie im engeren Sinne fest. Zwar könne Alkoholkonsum zu einer Enthemmung sowie zu Ansammlungen führen, gerade in

746 Zum Gesamtkonzept Kap. 3, D. I. 1. g).

747 Zum generellen Vorrang des Lebens während Pandemiephase I Kap. 3, D. IV 1. e) aa).

748 Die für das Gerichtsverfahren entscheidende Regelung ist dem Beschluss des BayVGh v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233, zu entnehmen.

749 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233.

Zeiten geschlossener Bars, Kneipen und Discotheken. Allerdings sei nicht erforderlich gewesen, das Alkoholverbot für die gesamte Stadt anzuordnen. Dabei ließ der BayVGh auch das Argument des Freistaat Bayerns nicht gelten, dass die Allgemeinverfügung ohnehin nur sieben Tage in Kraft sei.

Hier sieht man ebenfalls einen wesentlichen Unterschied zu Pandemiephase I, in der regelmäßig die Befristung als Verhältnismäßigkeitsbegründung herangezogen wurde.⁷⁵⁰ Zudem schob der BayVGh dem Argument einen Riegel vor, eine ausführliche und zeitintensive Bewertung, ob einzelne Örtlichkeiten nicht als Ausweichfläche in Betracht kämen, sei nicht möglich gewesen. Diese Argumentation würde laut BayVGh das „verfassungsrechtliche Gebot, dass jeder Eingriff in Grundrechte zu rechtfertigen ist, in sein Gegenteil [verkehren]“.⁷⁵¹ War zuvor in Pandemiephase I genau diese Umkehrung von Rechtfertigungsstandards auch beim BayVGh zu beobachten,⁷⁵² lehnte er in Pandemiephase II diese Argumentation dezidiert ab und führte somit die Standardmaßstäbe bei Grundrechtseingriffen wieder ein. Bemerkenswert dabei ist, dass die Maßnahme sogar bereits an der Erforderlichkeit scheiterte und sich das Gericht dabei auf Tatsachenerwägungen stützte⁷⁵³ – eine Begründung, die in Phase I unvorstellbar gewesen wäre.⁷⁵⁴ Die Erwägungen zur Angemessenheit führte der Senat demnach nur noch zusätzlich, aber dennoch umfassend, durch: Die Allgemeinverfügung sei nicht angemessen, da eine Vielzahl von Grundrechtsträgern betroffen sei und somit nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Zweck stehe.⁷⁵⁵

ee) Würdigung

Scheute sich der BayVGh zuvor noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, und verlagerte er diese regelmäßig auf die Hauptverfahren, so ist dieses Muster in Phase II nicht mehr derart ausgeprägt zu beobachten.⁷⁵⁶ Binnen kürzester Zeit wurden mehrere Maßnahmen wegen ihrer Unverhältnismäßigkeit suspendiert – und dies obwohl der Freistaat Bayern

750 Kap. 3, D. IV. 1. e) bb).

751 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233, Rn. 29.

752 Kap. 3, D. IV. 1. a).

753 Diesen Aspekt betont *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (500).

754 Kap. 3, D. IV. 1. d).

755 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233, Rn. 33.

756 Ähnlich *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (746).

nach den gehäuften stattgebenden Beschlüssen erwartungsgemäß in der Kritik⁷⁵⁷ stand.

Die festgestellten Muster des BayVGH in Pandemiephase I waren daher in Pandemiephase II deutlich weniger anzutreffen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, es handle sich beispielsweise bei den suspendierenden Entscheidungen um bloße Randbereiche. Das mag zwar womöglich auf das Grillverbot zutreffen, sicherlich aber nicht auf die Öffnungszeiten der Gastronomie, das Beherbergungs- und das Alkoholverbot.⁷⁵⁸ Der BayVGH traute sich demnach, auch in Kernbereiche der Regelungen korrigierend einzugreifen, und reagierte auf Nachbesserungsbedarf nicht nur mit Hinweisen oder (vorübergehendem) Dulden.

c) Sonderfall Wesentlichkeitsgrundsatz

Auch die Entscheidungen um den Wesentlichkeitsgrundsatz unterstreichen einen Krisenmodus. Dieser Punkt wird eigenständig behandelt, da sich das Problem um den Wesentlichkeitsgrundsatz über einen längeren Zeitraum erstreckte und aufgrund der hohen Bedeutung der Gewaltenteilung (nicht nur) vom BayVGH besonders gescheut wurde.^{759,760}

757 Bspw. die entsprechende Nachfrage der Journalistin an Staatskanzleichef *Hermann* im Rahmen der Pressekonferenz vom 23.06.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=wF2VheRqFCk> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 30:35.

758 Das Alkoholverbot und die begrenzten Öffnungszeiten lebten in weiteren Pandemiephasen entsprechend auch wieder auf.

759 Vgl. *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3154).

760 Inzwischen gibt es erste Entscheidungen in der Hauptsache zu den Betriebsschließungen und der damit verbundenen Frage des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Das BVerwG spricht dem Ordnungsgeber in seinen Entscheidungen vom 16.05.2023 – 3 CN 4.22, BeckRS 2023, 26992 und 3 CN 5.22, BeckRS 2023, 10364, einen Übergangszeitraum von ca. einem halben Jahr bei einer akuten Krisensituation zu, wonach auch intensive Grundrechtseingriffe auf die Generalklausel gestützt werden können. In diesem Sinne entschied zuvor auch bereits VGH BaWü, Beschl. v. 02.06.2022 – 1 S 1067/20, BeckRS 2022, 15501; 1 S 926/20, BeckRS 2022, 15410; 1079/20, BeckRS 2022, 15543.

aa) Eskalationsstufen

Wie ausgeführt, gab es im Rahmen des Wesentlichkeitsgrundsatz verschiedene Eskalationsstufen: Zu Beginn⁷⁶¹ ließ es der BayVGh ausreichen, dass der Gesetzgeber aktuell tätig sei. Nachdem es aber nicht zu einer entsprechenden Änderung des IfSG kam, äußerte der Senat im Rahmen der nächsten Eskalationsstufe⁷⁶² bereits Zweifel, sollten die Maßnahmen mittelfristig und langfristig wirken. In der Entscheidung vom 29.05.2020 stufte der Senat⁷⁶³ die Rechtsfragen sodann aber als zu komplex für das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz ein und beschäftigte sich nicht weiter damit. Erst ab dem 29.10.2020 fand der BayVGh⁷⁶⁴ dann wieder deutliche Worte und äußerte erhebliche Zweifel.

bb) Würdigung

Aus rein rechtlicher Sicht ist es nicht nachvollziehbar, weswegen der BayVGh über ein halbes Jahr die Frage nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz unbeantwortet ließ. Und dies, obwohl sich das Problem schon Ende März gestellt und der Senat Ende April bereits die Notwendigkeit eines Maßnahmengesetzes erkannt und in den Entscheidungsgründen formuliert hatte. Bis zum 29.10.2020 hätte diese Fragestellung aus rechtlicher Hinsicht beantwortet werden können – schließlich gibt es zur Frage um den Wesentlichkeitsgrundsatz⁷⁶⁵ eine gefestigte verfassungsrechtliche Rechtsprechung.⁷⁶⁶ Die Rechtsfrage ist daher in dem Sinne nicht neu, auch wenn die Subsumtion bei einem neuartigen Virus vielleicht nicht von heute auf morgen geschehen kann. Anders ist dies aber bei einem Zeitraum von insgesamt über einem halben Jahr; hier verfängt auch das Argument, ein

761 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 CS 20.611; BeckRS 2020, 4616; Kap. 3, A. V. 3. a).

762 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793; BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. V. 3. b).

763 BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165; BeckRS 2020, 10750; Kap. 3, A. V. 3. c).

764 BayVGh Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521; Kap. 3, A. V. 3. d).

765 Hierzu BverfGE 49, 89 mw.N.; BverfGE 77, 170, BverfGE 80, 124, BverfGE 88, 103, BverfGE 116, 24; BverfGE 123, 39; BverfGE 131, 88; BverfGE 139, 19; BverfGE 145, 20; Aufzählung findet sich bei *Graßhof* in *Graßhof*, Nachschlagewerk d. Rechtspr. des BVerfG, Nr. 250.

766 *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3160).

Eilverfahren sei eilig zu entscheiden und die Frage daher nicht zu prüfen, nicht mehr. Eine stets von neuem isolierte Betrachtung von Eilverfahren zu Eilverfahren, obwohl in den meisten Fällen zur Betriebsuntersagung der Wesentlichkeitsgrundsatz immer wieder thematisiert wurde, spaltet ein einheitliches Pandemiegeschehen künstlich auf – und dies auch noch hinsichtlich einer zentralen Problemstellung.

Rechtlich betrachtet war die Argumentation des BayVGh daher nach so einer langen Zeit nicht mehr plausibel. Die Gründe für dieses Argumentationsmuster müssen demnach woanders liegen als in einer vermeintlichen Komplexität. Insbesondere folgender Grund könnte ausschlaggebend gewesen sein:

Die Judikative wurde mit der Aufgabe konfrontiert, die Regelungen rund um die Betriebsuntersagungen zu überprüfen. Wäre sie dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz verletzt sei, so wären die Betriebsschließungen zu suspendieren gewesen. Damit hätte ein Auftrag der Judikative – und zwar des BayVGh, eines bayerischen Fachgerichts – an den Bundesgesetzgeber vorgelegen, das IfSG entsprechend nachzubessern. Hätte sich anschließend im Hauptverfahren dann jedoch herausgestellt, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz nicht verletzt gewesen war, so hätte dies innerhalb des gewaltenteiligen Systems einen erheblichen Übergriff in die Sphäre der Legislative bedeutet.

Vor allem der Aspekt der Gewaltenteilung würde auch erklären, weswegen der BayVGh seine „erheblichen Zweifel“ erst zu einem Zeitpunkt äußerte, als er auf der sicheren Seite war, da ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren bereits angestoßen worden war.⁷⁶⁷ In so einem Stadium lässt sich leichter auf die Notwendigkeit eines Gesetzes verweisen. Einen direkten Auftrag an die Legislative enthielt die Entscheidung daher nicht mehr, sodass es sich auch nicht mehr um das sensible Thema Gewaltenteilung ging.⁷⁶⁸ Dies erklärt auch, wieso der BayVGh bei Verordnungen oft auf deutlichere Hinweise setzte, da er auch davon ausgehen konnte, der Verordnungsgeber werde entsprechend reagieren. Beim Wesentlichkeitsgrundsatz hingegen ging es um den Bundesgesetzgeber. Einzelne Hinweise

767 Ein weiterer Aspekt wäre sicherlich auch hier die Angst, dass mit einer Suspendierung aller Betriebsuntersagungen die Infektionszahlen steigen würden und dies Menschenleben gefährden würde.

768 Klafki, JöR, 69/2021, 583 (597 f.) weist daher auch darauf hin, dass sich die Gerichte zwar im Bereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als resilient erwiesen, allerdings nicht im Bereich der Wesentlichkeitstheorie, die weitestgehend von den Gerichten übergangen worden sei.

einzelner Gerichte haben hier wenig Wirkung gezeigt,⁷⁶⁹ was sich bereits daran zeigt, dass Kritik frühzeitig von den Gerichten kommuniziert, die Änderung aber erst nach über einem halben Jahr initiiert wurde. Es waren daher nicht – zumindest nicht allein – die Gerichte, die das Maßnahmengesetz anstießen, sondern es war die Summe mehrerer Faktoren:⁷⁷⁰ In der Fachliteratur, aber auch in größeren Medien wie z.B. FAZ oder SZ wurde die Rolle des Gesetzgebers vermehrt diskutiert und auch kritisiert. Hinzu kamen einzelne Gerichtsentscheidungen, die die Problematik aufgriffen.

Indem die Frage nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz ausgeklammert⁷⁷¹ wurde, bis der Gesetzgeber selbst tätig wurde, beließ der Senat dem Verordnungsgeber die Möglichkeit, auf Basis der Generalklausel flächendeckend Betriebsuntersagungen anzuordnen.⁷⁷²

d) Vergleich

Im Folgenden werden die bereits im Rahmen der einzelnen Entscheidungen festgestellten Unterschiede von Pandemiephase I und zwei kurz zusammengefasst, die Entscheidungspraxis von BayVGH und den Verwaltungsgerichten gegenübergestellt, sowie auf weitere Unterschiede zwischen dem 7. und dem 20. Senat eingegangen. Diese Vergleiche veranschaulichen den Krisenmodus des BayVGH zu Beginn der Pandemie.

aa) Vergleich Pandemiephase I mit Pandemiephase II

Vergleicht man Pandemiephase I mit Pandemiephase II, zeichnet sich deutlich ab, dass sich anfängliche Entscheidungsmuster seltener fanden, was deutlich für die Annahme eines Krisenmodus spricht. So wurde dem Ver-

769 AA *Brüning/Thomsen*, NVwZ 2021, 1183 (1184), die davon sprechen, dass das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz, das einen entsprechenden Maßnahmenkatalog enthielt, von den Gerichten getrieben gewesen sei; ebenso *Dreier*, DÖV 2021, 229 (234).

770 Siehe die Hinweise im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 26.10.2020 auf S. 4 mit Hinweis auf weitere Literatur und Rechtsprechung.

771 *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (602) mwN, die im Zusammenhang mit dem Prüfungsausfall der Gerichte hinsichtlich des Wesentlichkeitsgrundsatzes auf die „Gefahr der Normalisierung krisenbedingter Maßstabsverschiebungen im Zuge einer rein exekutiv-judikativen Krisenbewältigung“ hinweist.

772 Und handelte somit im Sinne der Staatsräson; hierzu Kap. 5, A. III. und IV. 1. b).

ordnungsgeber gegenüber zu Beginn ein großzügigerer Maßstab angelegt, der sich dann mit Zeitablauf allerdings wieder verschärfte.⁷⁷³ Pauschale Begründungen wurden nicht mehr als ausreichend erachtet; ebenso wenig flüchtete sich der BayVGH bei Grundrechtsfragen in die Hauptsache. Ausschlaggebend wurden vielmehr tatsächlich – und nicht nur im Obersatz des Prüfungsmaßstabes⁷⁷⁴ so formuliert – die Erfolgsaussichten der Hauptsache.⁷⁷⁵ Sofern der Senat eine Maßnahme für rechtswidrig erachtete, suspendierte er diese und begnügte sich nicht mit Hinweisen, Dulden oder reinen Feststellungen der Verfassungswidrigkeit.

Bereits am Wegfall mancher Entscheidungsmuster wird der Krisenmodus deutlich, da sich die zugrunde liegende Gefahr durch das Coronavirus nicht veränderte, vielmehr stufte das RKI die Gefahr durchgehend als „hoch“ ein.⁷⁷⁶ Ein rechtlicher Grund für die Veränderung in der Entscheidungsbegründung lässt sich ebenfalls nicht finden; vielmehr stellten sich weiterhin im Wesentlichen dieselben Fragen. Grund kann demnach nur sein, dass der BayVGH zu Beginn der Pandemie in einen Krisenmodus schaltete, dessen Ergebnis verschiedenen Entscheidungsmuster waren, die er dann im weiteren Verlauf aber wieder aufgab, als die „Schockstarre“⁷⁷⁷ der Anfangszeit vorüber war.

bb) Vergleich mit Verwaltungsgerichten

Während die Verwaltungsgerichte die Maßnahmen sofort streng und gründlich prüften, schwenkte der BayVGH erst nach Ende des Katastrophenfalls auf die Linie ein.⁷⁷⁸ Zuvor setzte sich stets der Gesundheitsschutz

773 *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 482 (501 f.); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (14), die dies allerdings als Anmaßung von Wissen, das bei den Gerichten nicht vorhanden sei, sieht. Entwicklung der (nicht nur bayernweiten) Gerichtstätigkeit kursorisch dargestellt bei *Kingreen* in *Kingreen/Huster*, Hdb. InfSchR, Kapitel 1 Rn. 28, 32, 35, 38, 49.

774 Kap. 3, D. I. 1. a).

775 *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (594 f.), die zudem zu Recht betont, dass die Änderung des Prüfungsmaßstabes überraschend sei, da dieser prozessrechtlich determiniert sei. Insofern deute diese Änderung auf eine „tiefe Verunsicherung“ der Gerichte zu Beginn der Pandemie hin.

776 *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (594) unter Verweis auf die Lage- und Situationsberichte des RKI unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html (Stand 21.09.2023).

777 Siehe Fn. 640.

778 Statt vieler: *Trute* jM 2020, 291 (295).

durch, auch wenn es bereits aufgrund gesunkener Infektionszahlen zu den ersten Lockerungen kam. Im Anschluss aber hatte der Senat keine „Beißhemmung“ mehr und suspendierte auch mehrere Maßnahmen. Die Verwaltungsgerichte hingegen stiegen bereits früher in eine strengere Prüfung ein; krisenbedingte Entscheidungsmuster waren dort, wie bereits dargestellt,⁷⁷⁹ nicht anzutreffen.

cc) Vergleich 20. Senat mit 7. Senat

Letztendlich bekräftigt auch noch der Vergleich mit dem 7. Senat die gefundenen Entscheidungsmuster des 20. Senats und dessen Krisenmodus.

Als Vergleich dient eine Entscheidung des 7. Senats, der sich mit der Frage auseinandersetzen musste, ob das Streichen der Faschingsferien 2021 vorläufig außer Vollzug zu setzen war.⁷⁸⁰ Das StMUK hatte anlässlich der Corona-Pandemie die Ferienordnung⁷⁸¹ geändert⁷⁸² und dabei die Frühjahrsferien (ugs. „Faschingsferien“) für das Schuljahr 2020/2021 gestrichen.⁷⁸³ Hiergegen wandten sich die Antragsteller.

Der 7. Senat nahm dabei denselben Prüfungsmaßstab wie der 20. Senat an und stellte auf die voraussichtlichen Erfolgsaussichten der Hauptsache ab. Ganz anders als der 20. Senat jedoch, führte der 7. Senat explizit keine reine summarische, sondern eine umfassende Prüfung durch (Hervorhebungen durch die Verfasserin):⁷⁸⁴

„Nach diesen Maßstäben geht der Senat davon aus, dass der Normenkontrollantrag sich in der Hauptsache voraussichtlich als unbegründet erweisen wird. Vor dem Hintergrund, dass die Änderungsbekanntmachung mit Ablauf des 19.2.2021 faktisch an Wirkung verlieren wird, ergibt

779 Kap. 3, D. V.

780 BayVGH Beschl. v. 12.02.2021 – 7 NE 21.434, BeckRS 2021, 2843.

781 Ferienordnung und schulfreie Samstage für die Schuljahre 2017/18 bis 2023/2024, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 09.09.2014, Az. IV.7-BS4407-6.81 307, KWMBL. 2014, S. 206.

782 Nr 1 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 15.01.2021, Az. IV.7-BS 4407-6.2 903, BayMBl. 2021 Nr. 53.

783 Hintergrund war, dass die Weihnachtsferien 2020/2021 verlängert wurden und im Schuljahr 2020/2021 pandemiebedingt auch bereits mehrere Präsenzwochen ausgefallen waren. Der Freistaat wollte diesen Entfall mit dem Streichen der Faschingsferien kompensieren.

784 BayVGH Beschl. v. 12.02.2021 – 7 NE 21.434, BeckRS 2021, 2843, Rn. 28.

die – **nicht nur summarische** – Prüfung, dass gegen die angegriffene Änderungsbekanntmachung keine durchgreifenden Bedenken bestehen.“

Der 7. Senat folgerte aus demselben Prüfungsmaßstab demnach, dass eine umfassende Prüfung im Eilverfahren durchaus geboten sei. Er führte daher eine umfassende und gerade nicht nur eine summarische Prüfung durch. Zwar waren in dem Verfahren auch „nur“ Rechtsfragen zu klären; der 20. Senat hingegen führte aber auch in den Verfahren, in denen er in eine rechtliche Prüfung einstieg, stets nur eine summarische Prüfung von Rechtsfragen durch, da er nur eine solche als in Eilverfahren notwendig oder geboten erachtete; in einer Großzahl an Verfahren wurde sogar die bloß summarische Prüfung aufgrund der Komplexität der Fragestellung aus dem Eilverfahren ausgeklammert und auf das Hauptverfahren verlegt.⁷⁸⁵

Der Unterschied der beiden Senate ist freilich, dass der 20. primär über Maßnahmen zu entscheiden hatte, die der Eindämmung und Verlangsamung des Infektionsgeschehen dienten. Beim 7. Senat ging es demnach nicht um gesundheitspolitische Fragen, auch wenn Corona der Auslöser für die überprüfte Maßnahme war.

Dieser Gegensatz unterstreicht nochmals den Befund pandemiebedingter Muster im Umgang mit den formell unveränderten rechtlichen Maßstäben. Einen coronaspezifischen Prüfungsmaßstab gab es nicht. Vielmehr wurde dieser von beiden Senaten im Obersatz sogar gleich formuliert. Der 20. Senat zeigte sich allerdings in dessen Anwendung flexibel, indem er beispielsweise einfach behauptete, eine umfassendere Prüfung sei (auch von Rechtsfragen) nicht möglich, um so in die Folgenabwägung einzusteigen. Dass eine umfassende Prüfung von Rechtsfragen aber auch während Eilverfahren möglich ist, zeigt die Entscheidung des 7. Senats. Dieser agierte demnach wie üblich, woran man sieht, dass nur der 20. Senat im Krisenmodus handelte.

dd) Exkurs: Weitere Pandemiephasen

Auch im weiteren Verlauf der Pandemie, der gekennzeichnet war von mehreren Wellen,⁷⁸⁶ verfiel der BayVGH nicht mehr voll in den anfänglichen

785 Kap. 3, D. I. 1. a).

786 Die verschiedenen Etappen der Krisenbewältigung zusammengefasst bei *Kingreen* in Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, Kapitel 1 Rn. 25; dort auch unter Inbezugnahme der virologischen Entwicklung.

Krisenmodus. Zwar ist durchaus bemerkbar, dass bei einem strengeren Kurs der Politik aufgrund steigender Inzidenzzahlen auch die Prüfung des Gerichts wieder ausweichender und mehr mit geäußerten Zweifeln oder Hinweisen gearbeitet wurde und somit der BayVGH in manchen Entscheidungen ein ähnliches Muster an den Tag legte wie in Pandemiephase I. Dennoch kann bei der Gerichtstätigkeit kein umfassender Krisenmodus festgestellt werden, wie die folgende kursorische Zusammenfassung zeigt:

Zweifel formulierte der BayVGH beispielsweise in seiner Entscheidung vom 10.11.2020, wonach die Maskenpflicht für Grundschüler:innen ohne normierte Tragepausen nur aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung noch verhältnismäßig sei.⁷⁸⁷ Oder in der Entscheidung vom 19.01.2021, in welcher es u.a. um die Zulässigkeit der kompletten Schließung von Bibliotheken ging.⁷⁸⁸ Seine Zweifel bezogen sich dabei auf die Schließung, ohne ein click-and-collect Angebot wie im Einzelhandel zuzulassen. Erwähnenswert ist auch die Entscheidung des BayVGH vom 21.02.2022, in welcher der Senat aufgrund von Art. 12 I GG begründete Zweifel hegte an der 2G-Regelung an Meisterschulen, wonach nur geimpfte oder genese Schüler:innen am Unterricht teilnehmen durften.⁷⁸⁹

All den genannten Entscheidungen war gemein, dass die geäußerten Zweifel im Anschluss an den Beschluss vom Ordnungsgeber ausgeräumt wurden, indem die Regelungen im Sinne des BayVGH angepasst wurden.⁷⁹⁰ Das bereits in Pandemiephase I festgestellte Entscheidungsmuster, über Hinweise mit dem Ordnungsgeber zu kommunizieren,⁷⁹¹ tauchte demnach in kritischeren Pandemiephasen wieder auf.

Dennoch sieht man auch deutliche Unterschiede zur ersten Pandemiephase. Denn selbst zu Höhepunkten von Infektionswellen, die auch die erste Welle überstiegen und denen z.B. die auch ansteckendere Virusvarianten

787 BayVGH Beschl. v. 10.11.2020 – 20 NE 20.2349, BeckRS 2020, 30792.

788 BayVGH Beschl. v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, BeckRS 2021, 273.

789 BayVGH Beschl. v. 21.01.2022 – 20 NE 22.69, BeckRS 2022, 706.

790 Nach der Schul-Maskenentscheidung folgte die Umsetzung in § 18 II 1 Nr. 3 der 9. BayIfSMV, nach der „click-and-collect“- Entscheidung die Umsetzung in § 22 der 12. BayIfSMV und nach dem Meisterbeschluss die Umsetzung in § 5a der 15. BayIfSMV (die Staatsregierung selbst sprach im letzten Fall davon, durch die Änderung werde „der neuesten Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu Meisterkursen Rechnung getragen“ umzusetzen, <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-ka-binettssitzung-vom-25-januar-2022/?seite=5062.>, (Stand 21.09.2023).

791 Ausführlich zur Kommunikation Kap. 5, B. II. 2. a).

zugrunde lagen,⁷⁹² kam es zu mehreren Suspendierungen: Mit Beschluss⁷⁹³ vom 12.11.2020 suspendierte der BayVGh die Schließung von Fitnessstudios wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz, mit Beschluss⁷⁹⁴ vom 24.11.2020 die wöchentliche Testpflicht für Grenzgänger:innen, mit Beschluss⁷⁹⁵ vom 19.01.2021 das landesweit geltende Alkoholverbot im öffentlichen Raum, mit Beschluss⁷⁹⁶ vom 26.01.2021 die sog. 15km-Regel⁷⁹⁷ und mit Beschluss⁷⁹⁸ vom 02.03.2021 die wöchentliche Testpflicht für geimpftes Pflegepersonal.

Zu einer reinen Feststellung wie im Rahmen des 800m²-Beschlusses⁷⁹⁹ kam es bei Art. 3 I GG Entscheidungen selbst zu diesen Zeiten nicht mehr. Daran wird einmal mehr deutlich, wie sehr der BayVGh zu Beginn der Pandemie eine Suspendierung scheute und hierfür sogar eine jahrelang höchst umstrittene und komplexe Rechtsfrage – ist eine Feststellung anstelle einer Suspendierung im Rahmen eines Eilverfahrens bei einem Fachgericht möglich? –⁸⁰⁰ beiläufig beantwortete.

2. BVerfG

Auch beim BVerfG gibt es Hinweise für einen Krisenmodus. Sieht man sich z.B. die Eurokrise aus dem Jahr 2010 und dort insbesondere die Eilentscheidung des BVerfG zum Europäischen Stabilitätsmechanismus, so lassen sich deutliche Unterschiede festmachen im Vergleich zur Pandemiephase I.⁸⁰¹

792 Vgl. *Kingreen* in Hdb. InfSchR, Kapitel I Rn. 35.

793 BayVGh Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, BeckRS 2020, 30337.

794 BayVGh Beschl. v. 24.11.2020 – 20 NE 20.2605, BeckRS 2020, 32041.

795 BayVGh Beschl. v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, BeckRS 2021, 273.

796 BayVGh Beschl. v. 26.01.2021 – 20 NE 21.162, BeckRS 2021, 971.

797 Diese untersagte bei einer Inzidenz von über 200 touristische Ausflüge über einen Umkreis von 15 km um die Wohnortgemeinde hinaus, § 25 I der 11. BayIfSMV (in der Fassung vom 15.12.2020). Zur 15km-Regel in Bayern *Ogorek*, NJW 2021, 824.

798 BayVGh Beschl. v. 02.03.2021 – 20 NE 21.353, BeckRS 2021, 3413.

799 BayVGh Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630; Kap. 3, A. VI. 2.

800 Kap. 3, D. I. 1. h).

801 Allgemein zur BVerfG-Rechtsprechung während existentieller Krisenzeiten, *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 262 ff.

a) Bundesverfassungsgericht Pandemiephase I

Zusammengefasst konnte man beim BVerfG eine insgesamt zurückhaltende Tendenz beobachten und eine sehr zurückgenommene Prüfungsintensität.⁸⁰² Inhaltlich prüfte das Gericht mit einer Ausnahme⁸⁰³ die Rechtslage nicht einmal summarisch, sondern stieg gleich, nachdem es die Erfolgsaussichten ohne nähere Begründung als offen einstufte, in die Folgenabwägung ein. Andererseits setzte es mit seiner Entscheidung zum Gottesdienst-⁸⁰⁴ und Versammlungsverbot⁸⁰⁵ wichtige Akzente, die die Maßnahmen des weiteren Pandemieverlaufs und auch die Gerichtstätigkeit wesentlich beeinflussten und ihnen einen Rahmen vorgaben.⁸⁰⁶

b) Eurokrise 2010

Ein Vergleich mit der Eurokrise aus dem Jahr 2010 verdeutlicht, wie unterschiedlich intensiv die Prüfung des Gerichts ausfällt. Das BVerfG⁸⁰⁷ hatte im Rahmen des Eilverfahrens über den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags zu entscheiden, des sog. Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), der dazu beitragen sollte, den Euro zu stabilisieren und der eine Verpflichtung der Bundesrepublik in Milliardenhöhe bedeutete.⁸⁰⁸ Die Eilentscheidung des BVerfG umfasste 215 Randnummern und enthielt nicht, wie man vermuten könnte, eine reine Folgenabwägung, sondern das BVerfG unterzog den Verfahrensgegenstand einer „summarischen Prüfung“.⁸⁰⁹ Diese Bezeichnung soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese sehr umfangreich war und sich über insgesamt 112 Randnummern erstreckte.

802 Kap. 3, D. III. 1.

803 Ausnahme siehe Kap. 3, D. III. 1. b). Dabei argumentierte das BVerfG, dass andernfalls Rechtsschutz zu spät käme und so Art. 19 IV GG leerzulaufen droht. Soweit ersichtlich ist diese Rechtsprechung bisher nur auf versammlungsrechtliche Gestaltungen angewandt worden, wenn auch nicht ausdrücklich darauf begrenzt.

804 Kap. 3, A. III. 3 und Kap. 3, D. III. 2. b).

805 Kap. 3, A. IV. 4 und Kap. 3, D. III. 2. c).

806 Kap. 4, B. (Gottesdienstverbot) und Kap. 4, C (Versammlungsverbot).

807 Da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelte, war, anders als bei den Corona-Verordnungen, nur das BVerfG berufen, darüber zu entscheiden. Der Vergleich hinkt daher zugegebenermaßen etwas.

808 Zusammenfassung bei *Ruffert*, JuS 2012, 1050.

809 BVerfG Urt. v. 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12 u.a., BVerfGE 132, 195.

Als Begründung für den Prüfungsmaßstab führte das BVerfG aus, dass eine summarische Prüfung dem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag geboten sein kann, um keine verfassungswidrigen völkerrechtlichen Bindungen einzugehen und um zu verhindern, dass irreversible Rechtsverletzungen, insbesondere solche von Art. 79 III GG, entstehen.⁸¹⁰

Das BVerfG macht daher in solchen Fällen eine Ausnahme von der reinen Folgenabwägung und prüft auch komplexe völkerrechtliche Verträge bereits im Eilverfahren umfassend. Verhältnismäßigkeitsprüfungen während der Corona-Pandemie unterließ es dagegen und beschränkte sich auf abstrakte Erwägungen, obwohl in diesen Fällen ebenfalls Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät käme und die Rechtsverletzungen irreversibel⁸¹¹ sind.

c) Vergleich

Wie lässt sich dieser Unterschied also erklären?⁸¹² Vermutlich liegt das an den befürchteten⁸¹³ Folgen, die das Ergebnis der Entscheidung bereits determiniert hatten. Der Tod von Menschen ist irreversibel.⁸¹⁴ Anders ist dies hingegen bei einer Bindung, die unter Verstoß gegen die Verfassungsidentität, Art. 79 III GG zustande kam. Sollte das BVerfG einen ultra-vires Akt feststellen, so bestünde die Möglichkeit, dass das BVerfG gem. Art. 267 AEUV den EuGH anruft und dieser die Nichtigkeit feststellt.⁸¹⁵ Zudem wären die verantwortlichen Organe dazu verpflichtet, alle ihnen „zu

810 BVerfG Urt. v. 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12 u.a., BVerfGE 132, 195, Rn. 88.

811 Dies gilt besonders für diejenigen Grundrechte, die nicht monetär entschädigt werden können.

812 In dem Spannungsfeld Freiheit und Sicherheit dem Gesetzgeber unterschiedliche Beurteilungsspielräume zusprechend, konstatiert *Papier*, GewArch 2022, 350 (352 f.).

813 Die sind einerseits nicht von der Hand zu weisen. Andererseits war gerade zu Beginn von den Bürgern sogar ein „überobligatorisches“ Verhalten zu beobachten. Es ist daher fraglich, ob, selbst bei Suspendierung mancher Maßnahmen, diese nicht noch auf freiwilliger Basis und aus Selbstschutz eingehalten worden wären. Dies gilt zumindest für den hier interessierenden Untersuchungszeitraum; später mag sich dies wieder geändert haben.

814 In diese Argumentationsrichtung gehend *Steiner*, DVP 7/21, 257.

815 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.04.2021 – 2 BvR 547/21, BeckRS 2021, 7968, Rn. 110, dort in Bezug auf die Verschuldung im Rahmen des Corona-Aufbaufonds.

Gebote stehenden Maßnahmen [zu] ergreifen, um die Verfassungsordnung wiederherzustellen.“⁸¹⁶

Insgesamt handelte sich bei dem ESM gerade nicht um eine „äußerste Gefahrenlage“⁸¹⁷, wie das BVerfG die Corona-Pandemie bezeichnete, deren Folgen irreversibel sind.⁸¹⁸ Man kann daher festhalten, dass in solchen äußersten Gefahrenlagen das BVerfG die Prüfungsintensität zurückschraubt, auch wenn der Prüfungsmaßstab des BVerfG durchaus Ausnahmen von der Folgenabwägung kennt, die in den hier interessierenden Verfahren auch in Betracht kamen.

d) Würdigung

Auch das BVerfG scheute sich demnach, in die Prüfung einzusteigen – anders als während der Eurokrise. Daran sieht man die Flexibilität, mit der das BVerfG arbeitet: Wenn es vertieft einsteigen möchte, dann wendet es seinen Prüfungsmaßstab strikt an. Wenn es in die Folgenabwägung einsteigen möchte, unterlässt es eine summarische rechtliche Prüfung, auch wenn es ebenfalls um schwerwiegende und irreversible Grundrechtsverletzungen geht, für die eine Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme. Der Prüfungsmaßstab wird demnach einmal ernst genommen und ein anderes Mal nicht – wie man auch bereits auch an den versammlungsrechtlichen Fragestellungen erkennen konnte; dort führte das BVerfG auch während Corona eine summarische Prüfung durch.

Das verdeutlicht, dass auch das BVerfG in einem coronabedingten Krisenmodus handelte und es sich bei der Großzahl der Verfahren einer klaren Positionierung zu den aufgeworfenen Rechtsfragen enthielt.

3. BayVerfGH

Ein Krisenmodus ist beim BayVerfGH nicht feststell- und überprüfbar, da er nur in fünf Fällen entschied. Verlässliche und auch einem Vergleich zugängliche Parameter lassen sich aus so wenigen Entscheidungen nicht

816 BVerfG, Beschl. v. 15.04.2021 – 2 BvR 547/21, BeckRS 2021, 7968, Rn. III.

817 BVerfG Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., BeckRS 2021, 36514, Rn. 305.

818 Auch wenn Art. 79 III GG und somit die Verfassungsidentität in Frage stand. Es war aber gerade keine Krisensituation, die das Leben der Menschen bedrohte.

ableiten. Ein krisenbedingtes Muster lässt sich daher zumindest nicht offensichtlich ausfindig machen, auch wenn man beim BayVerfGH auch einen Rückzug, der sogar noch deutlicher ausfiel als beim BVerfG, und auch andere Mechanismen beobachten konnte, wie beispielsweise die Oberflächlichkeit der Prüfung.⁸¹⁹

4. BayVerfGH und BVerfG im weiteren Pandemieverlauf

Während demnach der BayVerfGH nach den ersten Monaten durchaus zu einer kritischeren Überprüfung der Maßnahmen überging,⁸²⁰ blieben der BayVerfGH und das BVerfG ihrer bisherigen Linie treu und hielten sich weiterhin sehr bedeckt. Der BayVerfGH nahm die wohl unwichtigste Rolle in Bayern während der Pandemiebekämpfung ein; dasselbe gilt auch im Großen und Ganzen für das BVerfG, von dem sich nicht wenige ein „Machtwort“ – wenigstens in den Hauptsacheentscheidungen – gewünscht hätten, um den rechtlich zulässigen Rahmen von Pandemiebekämpfungsmaßnahmen abzustecken.⁸²¹ Große Enttäuschung herrschte insbesondere nach den Hauptsacheentscheidungen⁸²² des BVerfG zur „Bundesnotbremse“^{823, 824}

819 Kap. 3, D. IV. 1.

820 *Katzemeier*, MedR 2020, 461 (461); *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (596).

821 Zu Recht weist *Burgi*, GewArch 2021, 217, darauf hin, dass das BVerfG vom Gebot der Rechtswegerschöpfung gem. § 90 II 2 BVerfGG absehen könnte. Zur Kritik, dass das BVerfG keine klaren Vorgaben machte, siehe nur *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (753).

822 BVerfG Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., BeckRS 2021, 36514 (Bundesnotbremse I) und Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 u.a., BeckRS 2021, 36492 (Bundesnotbremse II); Besprechung u.a. bei *Amhaouach*, 58/2022, 74; *Möllers/Ooyen*, RuP, 58/2022, 58.

823 So wurde das 4. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021, BGBl. I S. 802, genannt.

824 *Amhaouach*, RuP, 58/2022, 74; *Degenhart*, NJW 2022, 123 (126), der eine Reduzierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf ein „Gesamtkonzept“ beklagt; *Lepsius*, LTO v. 03.12.2021, der sogar vom „pandemische[n] Umbau des Rechtsstaats“ spricht; *Möllers/Ooyen*, RuP, 58/2022, 58, die von einer reinen „Kontrollinszenierung“ sprechen; kritisch auch *Rixen*, VerfBlog v. 25.05.2022; *Sehl*, LTO v. 30.11.2021; *Schunder*, NVwZ Beilage 2022, 1, der nur mehr eine reine Willkürkontrolle ausmacht; *Schoch*, NVwZ 2022, 1 (5); *Schwarz*, NVwZ Beilage 2022, 3; *AA Peters/Janz*, GZS 2020, 223 (226), die das Bundesverfassungsgerechte als „Garant des grundgesetzlichen Rechtsstaates“ während der Corona-Pandemie bezeichnen; *Suliak*, LTO v. 23.05.2022.

Die lässt sich auch gut illustrieren am Beispiel des Versammlungsverbots, das bereits ausführlich dargestellt wurde.⁸²⁵ Hier war das BVerfG auch nach zwei Jahren nicht willens, sich zu der seit Beginn der Krise aufgetauchten Rechtsfrage zu äußern, ob Versammlungen generell verboten und nur einem Erlaubnisvorbehalt unterworfen werden dürfen. Dieses Problem wurde erstmals im April 2020⁸²⁶ angesprochen, dennoch vermochte das BVerfG auch im Januar 2022⁸²⁷ sie noch nicht zu beantworten. Hierin zeigt sich ein Unterschied zum BayVGh: Dieser entschied nur in der ersten Pandemiephase derart ausweichend, das BVerfG änderte seinen Kurs während der gesamten Pandemie nicht.

III. Die Staatsräson

Die ausgewählten Entscheidungen und der Vergleich der Pandemiephasen zeigen, dass die Gerichte teilweise in einem Krisenmodus handelten und daher manche Entscheidungen außerhalb der Anfangsphase der Corona-Pandemie anders ausgefallen wären. Die Rechtsanwendung war demnach krisenbedingt und zu Beginn abhängig von der politischen Linie, insbesondere der Staatsräson.

1. Begriffsklärung Staatsräson

Der Begriff der „Staatsräson“⁸²⁸ wird im politischen Diskurs immer wieder verwendet, und dies nicht einheitlich. Ursprünglich wird der Begriff *Machiavelli* (1469-1527) zugeschrieben und betraf primär den Bereich der Außenpolitik.⁸²⁹ Über die Jahre hinweg erfuhr die Staatsräson verschiedene Interpretationen und wird auch heute noch im politischen Diskurs⁸³⁰

825 Kap. 3, D. III. 1. c).

826 BVerfG Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, Kap. 3, D. III. 1. c) aa).

827 BVerfG Beschl. v. 31.01.2022 – 1 BvR 208/22, BeckRS 2022, 808, Kap. 3, D. III. 1. c) bb).

828 Auch: Staatsraison.

829 *Stolleis*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, S. 23 ff.

830 Zum Beispiel in Bezug auf Israel *Michaels*, RuP, 59/2023, 32.

unterschiedlich verwendet.⁸³¹ Für den weiteren Verlauf der Arbeit wird folgendes Verständnis zugrunde gelegt:

Staatsräson meint eine „situationsbedingte Klugheit des Politischen, die sich bei Bedarf über sittliche und rechtliche Gebote hinwegsetzt“.⁸³² Die Staatsräson ist darauf gerichtet, dass der Staat sich selbst behauptet und sich auch unter wechselhaften Bedingungen durchzusetzen vermag sowie Herausforderungen der inneren wie äußeren Lage besteht.⁸³³

Die Staatsräson erlangt vor allem im Zusammenhang mit dem Verfassungsrecht Bedeutung.⁸³⁴ Ein Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Staatsräson kann dort entstehen, wo aktuelle Entwicklungen ein staatliches Handeln erfordern, das die Verfassung nicht erlaubt, da die rechtlichen Bindungen und vor allem die Eingriffsbefugnisse zu eng sind.⁸³⁵ In solchen Situationen wäre es im Sinne der Staatsräson legitim, die Regeln notfalls auch zu missachten.

Für die Gerichtsbarkeit wurde bisher vor allem das Verhältnis des BVerfG und der Staatsräson beleuchtet.⁸³⁶ Für das BVerfG als Hüter der Verfassung kann es dabei zu Situationen kommen, in denen sein Rechtspruch für den Rechtsstaat gefährlich sein kann, auch wenn dies normalerweise bei der unbedingten Anwendung des Verfassungsrechts nicht der Fall ist. Da aber die Verfassungsgeber nicht jede Entwicklung bedacht haben können, kann es eben doch dazu kommen.⁸³⁷ Die Staatsräson ist daher in den Augen ihrer Verfechter:innen „integrales Element allen Verfassungsrechts“. In solchen Situationen hätte das BVerfG nach dieser Ansicht dann sogar die Pflicht, die rechtlichen Überlegungen hintanzustellen und diese gefährlichen Folgen nicht herbeizuführen.⁸³⁸

831 Umfassend zur Historie *Schnur*, Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs, 1975, mit Verweis auf die grundlegende Literatur hierzu.

832 *Isensee* in HStR IV, § 71, Rn. 44, Fn. 63.

833 *Isensee* in HStR XII, § 268 Rn. 19.

834 *Friedrich*, Die Staatsräson im Verfassungsstaat, 1961.

835 Dieses Verhältnis beleuchtet *Isensee* in HStR XII, § 268 Rn. 99 ff.

836 *Klein*, BVerfG und Staatsräson, 1968.

837 *Kemper/Drautzburg*, JZ 2022, 414 (414), unter Hinweis auf den Vortrag von *Barczak* im Rahmen der 65. Bitburger Gespräche, der darauf hinweist, dass das Verfassungsrecht von der Normalsituation ausgehe und nicht von der Krise.

838 Zum Vorstehenden *Klein*, Fn. 836, S. 32 f. mwN.

2. Die Staatsräson während der akuten Corona-Krise

Die Idee der Staatsräson wird in Zeiten existentieller Krisen relevant, da sich dann die Problematik ergeben kann, dass ein Szenario, das es so bisher noch nicht gab, rechtlich nicht umfassend geregelt ist und daher Befugnisse womöglich zu eng ausgestaltet sind. So auch während der Coronazeit. Die Krise machte kurzfristiges Handeln nötig, und vor allem das IfSG in seiner alten Fassung sah wenig Eingriffsbefugnisse – mit Ausnahme der Generalklausel – vor. Diese Handlungsbeschränkung machte nun einen Rückgriff auf diese Generalklausel notwendig, notfalls unter Missachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Ob eine solche Missachtung tatsächlich vorlag, mag dahinstehen. Es genügt, dass sie in Kauf genommen wurde, und daran kann angesichts der damaligen Debatte um den Wesentlichkeitsgrundsatz und die kritischen Stimmen hierzu kein Zweifel bestehen. Bereits der BayVGH formulierte in seiner Entscheidung⁸³⁹ vom 29.05.2020, dass das IfSG auf eine Pandemie dieser Größenordnung nicht zugeschnitten sei.⁸⁴⁰ Auch war das Handeln der Staatsregierung darauf gerichtet, die enormen Herausforderungen der Corona-Pandemie zu meistern und so Leben zu schützen, notfalls mit beliebigen Mitteln – denn auch wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen (vordergründig)⁸⁴¹ durchgeführt wurde, so war letztlich doch allein das Ziel maßgeblich und nicht die Auswahl der Mittel. Das Handeln der Staatsregierung bzgl. der Coronabekämpfung diente somit der Staatsräson.

Im Vergleich zu den anderen Bundesländern zeichnete sich die Strategie Bayerns vor allem durch ihre besondere Strenge aus.⁸⁴² Diese Strategie Bayerns wurde von der Staatsregierung, insbesondere von Ministerpräsident *Söder*, regelmäßig wortgewaltig beschrieben.⁸⁴³ Durch die sehr intensive und stark an „richtig“ und „falsch“ ausgerichtete Wortwahl, derer sich Mi-

839 Kap. 3, A. IV. 3. c).

840 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 15.

841 Kap. 3, D. IV. 1. e).

842 Diese Sonderrolle zu betonen, wurde der Ministerpräsident *Söder*, wie bereits dargestellt, Kap. 5, A. I. 3., auch nicht leid. Der strenge Kurs Bayerns war bundesweit bekannt und so galt Bayern innerhalb kürzester Zeit als „Macherland“ und die Beliebtheitswerte des Politikers schossen, auch bundesweit, in die Höhe, https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/umfragen/id_87720468/csu-umfrage-hoch-bayerischer-ministerpraesident-markus-soeder-populaer-wie-nie.html (Stand 21.09.2023).

843 Kap. 5, A. I. 3.

nisterpräsident *Söder* sehr öffentlichkeitswirksam⁸⁴⁴ bediente, bildete sich innerhalb kürzester Zeit ein allgemeiner Konsens dahingehend, welches Verhalten vernünftig war und somit den Kurs der Staatsregierung darstellte und welches unvernünftig war.

Binnen kürzester Zeit war der Bevölkerung – und somit auch der Justiz – klar, welche Richtung die Staatsregierung einschlug und wie gravierend Abweichungen davon sein könnten: Sie könnten den Tod von Menschen verursachen. Die Notwendigkeit, zugunsten der Staatsräson zu handeln, wurde durch die Kombination der besonders eingreifenden Regeln und der Kommunikation der Staatsregierung schnell deutlich. Das an der Staatsräson ausgerichtete Maßnahmenkonzept der Bayerischen Staatsregierung bildete die Grundlagen politischer und, wie im Folgenden gezeigt wird, gerichtlicher Tätigkeit, namentlich der des BayVGh.

IV. Dispensierter Rechtsstaat?

Es stellt sich nun die Frage, ob die Entscheidungspraxen der verschiedenen Gerichte den Schluss zulassen, der Rechtsstaat sei dispensiert gewesen.⁸⁴⁵ Dabei kann man zunächst festhalten, dass es für einen funktionierenden Rechtsstaat nicht ausreichend ist, dass Gerichte überhaupt entscheiden oder Maßnahmen suspendiert werden, wie manche Stimmen in der Literatur meinen.⁸⁴⁶ Eine solche rein formale Betrachtungsweise eines Rechts-

844 Wöchentlich fanden Pressekonferenzen nach der Ministerratssitzung statt, ebenso gab Ministerpräsident *Söder* viele Interviews.

845 Ob es durch die Maßnahmen in Bezug auf die Grundrechte zu einer Suspendierung kam, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Bejahend beispielsweise *Degenhart*, Staatsrecht I, § 4 Rn. 474a. Ebenfalls eine faktische Suspendierung von Grundrechten andeutend *Volkmann*, VerfBlog v. 03.04.2021, der zu Recht auch darauf hinweist, dass man Suspendierung nicht zu wörtlich nehmen dürfe, da natürlich das Grundgesetz weiterhin in Kraft war, faktisch aber die Grundrechte nicht galten. Andere Autor:innen hingegen betonten, dass es gerade zu keiner Suspendierung gekommen sei, und orientieren sich dabei an formalen Voraussetzungen, exemplarisch *Dreier*, DÖV 2021, 229 (229 f.); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (7 f.); *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, V. Rn. 116 f.

846 *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (865); *Sehl*, LTO v. 10.11.2020, unter Verweis auf Zitate von *Lepsius*, *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (726). Auf die reine Gerichtstätigkeit abstellend hingegen *Krings*, VerfBlog v. 02.04.2021; *Küspert*, BayVBl. 2020, 793; *Schenk*, BayVBl. 2020, 793, der davon spricht, dass Art. 19 IV GG nicht suspendiert gewesen sei, da „zahlreiche Gerichte unter erschwerten Bedingungen in großer Ge-

staates wird dessen Wesen nicht gerecht.⁸⁴⁷ Es kommt auf die inhaltliche Lebendigkeit des Rechtsstaats an und nicht nur das Tätigwerden seiner Institutionen, quasi der äußeren Hülle.

1. Die Entscheidungspraxis des BayVGH

Es wurden bereits ausführlich die verschiedenen Entscheidungsmuster⁸⁴⁸ des BayVGH vorgestellt, die speziell in Pandemiephase I anzutreffen waren und somit auf einen Krisenmodus⁸⁴⁹ schließen lassen. An ihnen lässt sich erkennen: Der Senat bediente sich einer kritikwürdigen Dogmatik und stellte folgen- und politikorientierte Erwägungen in den Vordergrund, damit der Freistaat Bayern sein Pandemiekonzept unbehelligt von der Justiz ausüben konnte.

a) Missachtung rechtlicher Standards zugunsten des Pandemiemanagements des Freistaats

Sieht man sich die Dogmatik der corona-bedingten Spruchpraxis an, lässt sich ein Ausfall gängiger Prüfungsstandards erkennen. Auch Teile der Literatur kritisieren die Rechtsprechung daher mitunter scharf.⁸⁵⁰ So wurde der Prüfungsmaßstab im Eilverfahren flexibel⁸⁵¹ angewandt und selbst eine summarische Prüfung von Rechtsfragen unterlassen – obwohl stellenweise sogar eine Vollprüfung angezeigt gewesen wäre.⁸⁵² Dadurch wich der Senat wesentlichen rechtlichen Fragestellungen aus, wie beispielsweise der nach einer ausreichenden Gesetzesgrundlage.⁸⁵³ Verhältnismäßigkeitsprüfungen,

schwindigkeit Rechtsschutz [gewährleisteten]“. Ebenfalls auf die „fleißige“ Gerichtstätigkeit abstellend *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (7 f.).

847 Diese formale Betrachtungsweise kritisierend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (709).

848 Kap. 3, D. I. 1.

849 Kap. 5, A. II.

850 Zur Literaturkritik siehe insbesondere die Fußnoten im Abschnitt Kap. 3, D. IV.

851 Zur Abhängigkeit der Rechtsauslegung und -anwendung vom jeweiligen Kontext allgemein und in Bezug auf die Corona-Krise *Finke*, VerfBlog v. 30.03.2020; *Klafki*, Fn. 27, S. 161 ff.; *dies.*, JuS 2020, 511 (511).

852 Allgemein zum Prüfungsmaßstab in Eil-Normenkontrollverfahren Kap. 2, C. II. 1. a). Zum umgesetzten Prüfungsmaßstab Kap. 3, D. I. 1. a).

853 Insbesondere Betriebsuntersagungen betreffend, Kap. 3, D. I. 1. c) aa); Kap. 5, A. II. 1. c).

wenn sie denn stattfanden, ließen wesentliche Prinzipien außer Betracht und kehrten den Grundsatz um, dass es die Einschränkungen sind, die rechtfertigungsbedürftig sind, und nicht die Ausübung von Grundrechten.⁸⁵⁴ So wurde der legitime Zweck nicht zugeordnet und änderte sich mehrfach.⁸⁵⁵ Erforderlichkeitsprüfungen fanden teilweise nicht statt,⁸⁵⁶ und grundrechtliche Abwägungen wurden nur pro forma durchgeführt, wobei die zeitliche Befristung – auch mit fortschreitender Dauer der Maßnahme – zu einer Art Freibrief wurde.

Daneben konnte man auch beobachten, dass sich die Entscheidungen begünstigend für den Freistaat und dessen Kurs auswirkten, da sich der BayVGh an der Staatsräson orientierte, also am politisch Klugen.⁸⁵⁷ Zu Beginn der Krise äußerte sich dies beispielsweise durch einen überaus großzügig bemessenen Ermessensspielraum oder den Einsatz von Ausweichmechanismen, wie die Flucht in die Folgenabwägung⁸⁵⁸ oder die Flucht in Zeitablauf,⁸⁵⁹ wodurch eine echte Prüfung der Maßnahmen nicht stattfand. Dies galt selbst für im Vergleich zu anderen Bundesländern besonders strenge Regelungen, wie beispielweise die Ausgangsbeschränkung. Auch nahm das Gericht dafür Widersprüche in seiner Rechtsprechung hin, wie bei den Betriebsuntersagungen, bei denen es bereits früh ein Maßnahmegesetz anmahnte, dies anschließend dann aber wieder mit dem Hinweis auf die Komplexität der Fragestellung unter den Teppich fallen ließ.⁸⁶⁰

Als es bereits zu Lockerungen kam, galt dasselbe. Sofern solche vom Verordnungsgeber erlassen worden waren, prüfte der Senat, ob dies aufgrund eines stimmigen Gesamtkonzepts⁸⁶¹ geschah. Das Gericht nahm anstelle einer Verhältnismäßigkeitsprüfung somit eine reine Stimmigkeits- oder Kohärenzprüfung vor.⁸⁶² Ausschlaggebend war für den BayVGh letztlich nur,

854 Kap. 3, D. IV. 1. a).

855 Kap. 3, D. IV. 1. b).

856 Kap. 3, D. IV. 1. c).

857 Mit anderer Nuancierung spricht *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (706) nicht von Staatsräson, sondern vom „herrschenden Narrativ“, dem sich die Rechtsprechung angeschlossen habe.

858 Kap. 3, D. A. 1. a).

859 Kap. 3, D. A. 1. e).

860 Zu den verschiedenen Eskalationsstufen Kap. 5, A. II. 1. c) aa).

861 Kap. 3, D. I. 1. g).

862 Der BayVGh entschied demnach nur mittelbar zu den Infektionszahlen (aA *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (705), auch wenn natürlich eine gewisse Korrelation gegeben ist. Denn die Politik reagierte in der Regel auf die geänderten Infektionszahlen mit entsprechenden Lockerungen. Dieser Zusammenhang ist hinsichtlich des BayVGh

ob sich die Lockerungsmaßnahme stimmig einfügte, was anhand simpler Sachlichkeitserwägungen geprüft wurde.

Wie sich zeigt, orientierte sich der Senat bei seiner Spruchpraxis an der Politik: War ein (besonders) strenger Kurs angesagt, so wurden ausweichende Mechanismen eingesetzt, um eine tiefergehende Auseinandersetzung zu vermeiden. War der Kurs hingegen auf Lockerungen ausgerichtet, wurde die Maßnahme im Rahmen eines *prima facie* logischen Konzepts mehr oder weniger fraglos hingenommen. Die Staatsregierung musste somit in Pandemiephase I nicht ernsthaft mit einer Suspendierung rechnen, sondern konnte sich darauf verlassen, dass der BayVGH sein Pandemiekonzept durchwinkt.⁸⁶³ Dadurch konnte er sich auch in der Öffentlichkeit darauf berufen,⁸⁶⁴ dass die jeweilige Maßnahme rechtmäßig sei und vom Gericht gehalten wurde.⁸⁶⁵ – ein positiver Nebeneffekt für den Freistaat in seiner Selbstdarstellung.

b) Würdigung

Ob man angesichts all dessen bereits von (systematischen) Fehlentscheidungen sprechen kann, ist fraglich, zumal sich die Grenzen hierfür nicht eindeutig bestimmen lassen. Außerdem handelte es sich um Eilentscheidungen, bei denen bestimmte Standards zwar freilich weiterhin gelten, die sich aber angesichts ihrer Eilbedürftigkeit dennoch von Hauptsacheentscheidungen unterscheiden. Von offensichtlichen Fehlentscheidungen kann daher nicht die Rede sein – im Grenzbereich des Vertretbaren sind sie aber angesichts der geschilderten Auffälligkeiten jedenfalls angesiedelt. Eine genaue Zuordnung ist für die Frage nach einem Dispens aber auch gar nicht von Nöten. Gerichte, die sich mitunter weit von der gängigen Dogmatik entfernen, die zugunsten der Staatsregierung und wesentliche Fragestellungen gar nicht entscheiden, schwächen mit diesem Vorgehen allemal das Vertrauen in den Rechtsstaat und die Verlässlichkeit der Justiz – schließlich

aber nur mittelbar, da sein Blick nicht auf den Infektionszahlen lag, sondern auf dem Kurs der Politik, der sich wiederum regelmäßig an den Infektionszahlen ausrichtete.

863 Mit Ausnahme der 800m²-Entscheidung, wobei hier der BayVGH den Weg wählte, die Maßnahme trotz erkannter Rechtswidrigkeit nicht zu suspendieren, Kap. 3, A. VI, 2.

864 Was er auch sehr häufig tat, Kap. 5, A. IV. 5. b).

865 *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (60).

besagt die Gesetzesbindung, dass das Recht auch in der Krise nicht anders angewandt und niemand bevorzugt wird.⁸⁶⁶ Bei den Corona-Eilverfahren stand aber nicht die rechtliche Prüfung im Vordergrund, sondern das Ergebnis. Zentral war es, die Maßnahmen nicht zu suspendieren und dem Verordnungsgeber so bei seinem Pandemiemanagement nicht zu stören.⁸⁶⁷ Es waren die befürchteten Folgen von suspendierenden Maßnahmen, die den BayVGH im Rahmen seiner Spruchpraxis kreativ werden ließen.⁸⁶⁸ Die Rechtsfindung gestaltete sich somit als vom Ergebnis her gedacht und die Rechtsrason⁸⁶⁹ trat gegenüber der Staatsrason in den Hintergrund.⁸⁷⁰ Es musste demnach schlicht rechtmäßig sein, was nicht rechtwidrig sein durfte.⁸⁷¹

2. Die (Nicht-)Entscheidungspraxis des BVerfG

Auch die Entscheidungspraxis des BVerfG hat Auffälligkeiten ergeben, welche die Annahme eines dispensierten Rechtsstaats stützen – ausschlagge-

866 Vgl. auch *Kemper/Drautzburg*, JZ 2022, 414 (415) unter Hinweis auf den Vortrag von *Paulus* im Rahmen der 65. Bitburger Gespräche, der betonte, dass es die Rolle der Gerichtsbarkeit in Krisen sei, „das Krisenrecht an den Maßstäben des Normalzustandes zu messen“.

867 Ähnlich *Degenhart*, https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galleries/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf, 3 (12) (Stand 21.09.2023), der die eindimensional ausgerichtete Entscheidungsfindung orientiert an der Zielvorgabe der Bekämpfung der Infektionszahlen betont; *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (632), stellt darauf ab, dass das Ergebnis durch die summarische Rechtsprüfung präjudiziert sei.

868 Auch die „Signalwirkung“ eines stattgebenden Beschlusses könnte ausschlaggebend gewesen sei, wie beispielsweise die Entscheidung des VG Köln, Beschl. v. 09.04.2020 – 7 L 701/20, BeckRS 2020, 9068, Rn. 17, zeigt, das unter Berufung auf diese eine Versammlungsgenehmigung versagt. Siehe auch *Fleischfresser* in *Kluckert* IfSG, § 13 Rn. 25a, der davon ausgeht, dass Verwaltungsgerichte Präzedenzfälle vermeiden wollten; *Kraft*, JöR, 70/2022, 547, (558). Auch die Wirkung einer suspendierenden Entscheidung diskutierend, aber dennoch die Ausgangsbeschränkung suspendierend, VerFGH Saarl, Beschl. v. 28.04.2020 – 7/20, BeckRS 2020, 7053. Der VerFGH Saarl. stellt letztlich darauf ab, dass einer etwaigen negativen Signalwirkung durch entsprechende Informationspolitik begegnet werden könne.

869 Vgl. *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 149 mwN.

870 Zu diesem Phänomen umfassend *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972.

871 *Leitmeier*, DÖV 2020, 645 (652); ähnlich, aber plakativer *Volkman*, FAZ v. 06.05.2020: „Wenn die Justiz der Herde folgt“.

bend hierfür sind besonders sein Rückzug und Schweigen zu wesentlichen Fragestellungen.⁸⁷² Zwar gab es richtungsweisende Entscheidungen, die das Pandemiemanagement und die Gerichtstätigkeit wesentlich in Richtung der Freiheitsbetätigung beeinflussten.⁸⁷³ Letztendlich aber hat sich das höchste deutsche Gericht seiner ihm generell und auch (womöglich sogar besonders) in Krisenzeiten zukommenden Verantwortung als Hüter der Verfassung entzogen. Dies erscheint bewusst geschehen zu sein und erfolgte mittels einer Beschränkung des Gerichts auf die Anwendung der Doppelhypothese⁸⁷⁴. Diese ebnet den Weg für eine vom Rechtlichen losgelöste⁸⁷⁵ Folgenabwägung und ist somit auch für pragmatische und eigene Erwägungen⁸⁷⁶ offen. Es reicht die Feststellung von offenen Erfolgsaussichten, wobei die Hürde hierfür nicht hoch und auch nicht nachprüfbar ist. Außerdem verneinte das BVerfG die Voraussetzungen des § 90 II 2 BVerfGG, wonach das Gericht auch ohne Erschöpfung des Rechtswegs über eine Verfassungsbeschwerde entscheiden könnte, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde.⁸⁷⁷

Selbstverständlich hätte das Gericht aber auch eine summarische Prüfung durchführen und den Rahmen zulässiger Pandemiemaßnahmen vorgeben können, wie dies beispielsweise auch beim Versammlungs- oder Gottesdienstverbot geschah.⁸⁷⁸ Möglichkeiten, die Eckpfeiler von zulässigen Regelungen vorzugeben, wie es sich wohl die Bevölkerung und auch die Instanzgerichte gewünscht hätten, hätte es genügend gegeben.⁸⁷⁹

872 *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (752) äußert die Vermutung, dass sich das BVerfG die Corona-Verfahren „vom Halse“ hält; *Schoch*, NVwZ 2022, 1 (4) spricht im Zusammenhang mit der Eilentscheidung des BVerfG zur Bundesnotbremse (Fn. 151) von einer „Rechtsschutzverweigerung durch das BVerfG“.

873 Insbesondere die Entscheidungen zum Gottesdienstverbot, Kap. 3, A. III. 3 und die zum Versammlungsverbot, Kap. 3, A. IV. 4.

874 Kap. 2, C. II. 1. a).

875 Natürlich können rechtliche Erwägungen abstrakt miteinfließen in die Entscheidung; die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde werden aber grundsätzlich ausgeblendet.

876 *Lüke*, JöR, 70/2022 609 (615) mwN.

877 BVerfG Entsch. v. 03.06.2020 – 1 BvR 990/20, BeckRS 2020, 11760.

878 Zu den beiden Entscheidungen siehe Kap. 3, A. III. 3 (Gottesdienstverbot) und Kap. 3, A. IV. 4 (Versammlungsverbot).

879 Was angesichts dessen, dass es zu Beginn kein ausreichendes einfaches Recht gab, sicherlich nicht leicht gewesen wäre. Absolute Grenzen oder Regelungsaufträge an den Gesetzgeber hätte es dennoch aussprechen können. Zum Problem, Recht zu

Die Verantwortung wurde aber bewusst nicht geschultert und somit waren es die Fachgerichte, die Beurteilungsmaßstäbe entwickelten und sich mit teilweise schwierigen grundrechtlichen Fragestellungen konfrontiert sahen, vor deren Lösung sie sich dann aber scheuten. Zentrale verfassungsrechtliche Fragestellungen wurden daher nicht gelöst, woran das BVerfG beteiligt ist.⁸⁸⁰

3. Die (Nicht-)Entscheidungspraxis des BayVerfGH

Wie bereits festgestellt,⁸⁸¹ nahm auch der BayVerfGH trotz seiner stattgebenden Entscheidung, die eine eher unbedeutende Maßnahme betraf,⁸⁸² nur eine Randstellung während der Corona-Pandemie ein – und dies im Vergleich zum BVerfG sogar noch in ausgeprägterer Form.

Auffällig ist dabei, dass der BayVerfGH in nur fünf Verfahren zu einer Entscheidung gelangte und die anderen Verfahren sich erledigten oder zurückgenommen wurden. Dies geschah wohl nicht zuletzt auch wegen der Mitteilung des Gerichts, in dem eine Rücknahme nahegelegt wurde, verknüpft mit dem zweifelhaften Hinweis, andernfalls eine Gebühr in Höhe von bis zu 1.500 Euro auferlegen zu können.⁸⁸³ Durch diese Praxis hat sich der BayVerfGH bewusst der Chance entzogen, rechtliche Maßstäbe (mit) zu setzen, und somit ebenfalls das Vertrauen in den Rechtsstaat geschwächt, insbesondere da es faktisch nicht mehr möglich war, eine erneute Auseinandersetzung in der Sache herbeizuführen.

sprechen, wenn es kein Recht mit konkreten Handlungsmaßstäben gibt, *Papier*, *GewArch* 2022, 350 (354).

880 Kritisch zur Zurückhaltung des BVerfG *Papier*, *GewArch* 2022, 350 (355). Siehe auch *Sehl*, LTO v. 28.09.2021, unter Hinweis auf die Diskussionsrunde „Corona und Rechtsstaat“, abrufbar unter <https://berliner-anwaltsverein.de/de/veranstaltungen/zuhoeren-mitreden/articles/zuhoeren-mitreden>.

881 Kap. 3, D. II.

882 Der BayVerfGH setzte die Ordnungswidrigkeitbewehrung hinsichtlich der Regelung zum Abstandhalten bei der Sportausübung außer Vollzug, Kap. 3, B. II. 2.

883 Kap. 3, D. II. 2.

4. Die Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte agierten wie bereits dargestellt⁸⁸⁴ nicht im Krisen-, sondern im Normalmodus. Sie zeigten mehr Mut zur Entscheidung. Auch verwarfen sie öfters inzident die zugrundeliegende Norm. Insbesondere scheuten die Verwaltungsgerichte keine umfassende Prüfung und verlagerten diese gerade nicht auf das Hauptverfahren. Politische Verflechtungen oder Intentionen sind den Entscheidungen somit auch nicht zu entnehmen. Ausgehend von diesem Normalmodus, kann man sagen, dass die Verwaltungsgerichte ihrer Kontrollaufgabe im Gefüge des Rechtsstaates auch während der Krise nachkamen und sich diese daher als resilient erwiesen.

5. Exkurs: Zusammenarbeit Judikative und Exekutive

Die Anfangszeit war auch geprägt von einer Zusammenarbeit zwischen Exekutive und Judikative. Vor allem anhand der Rechtsetzungsschwierigkeiten zu Beginn lässt sich veranschaulichen, wie der 20. Senat die Bayerische Staatsregierung geradezu an die Hand nahm.

a) Rechtsetzungsschwierigkeiten

Ruft man sich die Rechtsetzungsschwierigkeiten zu Beginn in Erinnerung, lässt sich folgende Entwicklung festmachen:

Zunächst entschied das VG München in zwei Fällen, die Ausgangsbeschränkungen in Form der Allgemeinverfügung⁸⁸⁵ seien rechtswidrig.⁸⁸⁶

884 Kap. 3, D. V.

885 Weswegen sich der Ordnungsgeber zunächst für eine Allgemeinverfügung entschied anstelle einer Verordnung gem. § 32 IfSG, ist nicht ganz klar. Ausschlaggebend könnte die einfachere Verkündungsmöglichkeit gewesen sein, hierzu *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (871). Auch könnte die Wahl einer Allgemeinverfügung bewusst geschehen sein, um die inter-partes-Wirkung (siehe Kap. 2, C. I. 1.; kritisch zu der Wirkung siehe Herold, DVBl. 2021, 1604; Schenke, NVwZ 2022, 273; Stepanek, NJW 2021, 778) von etwaigen Gerichtsentscheidungen zu nutzen, wodurch die Allgemeinverfügung für die Nicht-Klagenden in Bestandskraft erwächst. Allerdings überzeugt dies auf einen zweiten Blick nicht, da die Allgemeinverfügung zu Beginn ohnehin nur für zwei Wochen befristet war, so dass es auf die Bestandskraft nach Verstreichen der 1-monatigen Klagfrist, § 74 I 1 VwGO, ohnehin nicht ankommt. Auch die Reaktion auf Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zeigt,

Anschließend wurde die Ausgangsbeschränkung in eine Verordnung überführt, wobei eine Rückwirkung und eine Bußgeldbewehrung angeordnet wurden.⁸⁸⁷ Nachdem diese Rückwirkung wegen des Rückwirkungsverbots bewehrter Normen von den Antragstellern angegriffen wurde, stellte der BayVGh fest, die Verordnung sei überhaupt nicht wirksam bewehrt worden.⁸⁸⁸ Zudem klärte er die Rechtsnatur des Abstandsgebots und machte deutlich, dass dieses nur ein Apell sei, wodurch es auch nicht⁸⁸⁹ wirksam bewehrt werden könne. Es folgte die Phase, in der der Verordnungsgeber versuchte, die Voraussetzungen für eine wirksame Bewehrung umzusetzen, allerdings dann vor der Hürde des Art. 51 II LStVG a.F. stand, wonach eine zwingende Veröffentlichung im GVBl. vorgesehen war. Der Verordnungsgeber bediente sich daher des Mittels der Notbekanntmachung, deren Voraussetzungen der BayVGh jedoch wiederum anzweifelte.⁸⁹⁰ Zwar wurden noch insgesamt vier weitere Notbekanntmachungen⁸⁹¹ erlassen, doch wurde parallel auch eine Gesetzesänderung initiiert,⁸⁹² die die Voraussetzungen für Notbekanntmachungen erleichterte und auch das zwingende Erfordernis einer Veröffentlichung bewehrter Verordnungen im GVBl. abschaffte.

dass der Verordnungsgeber diesen Grundsatz gerade nicht nutzte, Kap. 4, K. Zudem hatte der Verordnungsgeber bereits früh die Möglichkeit von Allgemeinverfügungen in die VeröffBek (Änderung der VeröffBek mit Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 10.03.2020, BayMBL. 2020 Nr. 114) mit aufgenommen, § 5 VeröffBek. Der Verordnungsgeber schien daher zu Beginn davon auszugehen, dass er nun mehr vermehrt auf Allgemeinverfügungen erlassen werde – was auch für viele andere Bereiche zutreffend war. Außerdem war dem Verordnungsgeber zu Beginn – wie allen – noch nicht bewusst, welch umfassende Regelungen die Pandemie erforderlich machen würde und für wie lange (die anfänglichen Maßnahmen waren optimistisch teilweise nur für zwei Wochen befristet). Die Allgemeinverfügung wurde so zum Mittel der Wahl.

886 VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126; Kap. 3, A. I. 3. b) aa).

887 Kap. 4, A. I. 2.

888 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618; Kap. 3, A. I. 2. b) aa).

889 Genauer gesagt: nur unter weiteren Bedingungen und nur im konkretisierten Einzelfall.

890 BayVGh Beschl. v. 09.04.2020 – 20 NE 20.664, BeckRS 2020, 6515; Kap. 3, A. I. 2. b) bb).

891 BayMBL. 2020 Nr. 192 (EQV), BayMBL. 2020 Nr. 205 (2. BayIfSMV), BayMBL. 2020 Nr. 210 (Änderung 2. BayIfSMV: MNB als Pflicht ausgestaltet), BayMBL. 2020 Nr. 225 (Änderung 2. BayIfSMV: Anpassungen 800m²-Regelung).

892 Kap. 4, D. I.

Letztendlich gab der BayVGH mit diesem Entscheidungsmuster dem Freistaat Bayern eine Anleitung, wie Verordnungen wirksam bekannt gemacht und bewehrt werden, mit auf den Weg, auch wenn diese Erwägungen nicht entscheidungstragend waren. Diese Hinweise konnte der Freistaat auch nutzen und entsprechende Änderungen in die Wege leiten.

b) Darstellung in der Öffentlichkeit

Dank der gerichtlichen Entscheidungsmuster zugunsten des staatlichen Handelns konnte die Staatsregierung ihre Maßnahmen öffentlich gut rechtfertigen, woran einmal mehr die Zusammenarbeit zwischen Judikative und Exekutive deutlich wird. Die Staatsregierung verwies dabei zur Stütze ihres Kurses häufig und auch ausschweifend auf ihre bisherige Gewinnquote vor Gericht. Beispielsweise äußerte sich der Bayerische Ministerpräsident *Söder* am virtuellen Parteitag der CSU vom 22.05.2020 wie folgt:⁸⁹³

„Jede dieser Einschränkungen wurde übrigens beklagt. Jede, jedenfalls bis im Moment, hat vor den Verfassungsgerichten Bestand gehabt. D.h. noch kein einziger Verfassungs-verstoß wurde weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof bestätigt.“

Auch im Rahmen eines Interviews während „ARD Extra zur Corona-Lage“ vom 25.05.2020 griff der Ministerpräsident auf die Gewinnquote bei den Gerichten zurück und behauptete da-bei – entgegen des gängigen Modells der in rechtlicher Hinsicht sehr oberflächlichen Doppelhypothese⁸⁹⁴ – eine sehr intensive Prüfung seitens der Verfassungsgerichte:⁸⁹⁵

„Vor jedem Verfassungsgericht übrigens haben all die Maßnahmen bislang Bestand gehabt. Und Verfassungsrichter prüfen sehr genau und sehr intensiv die Eingriffe.“

893 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=SPM6EV1GtpY> (Stand 30.05.2022), ca. Minute 11:43.

894 Hierzu Kap. 2, C. III. 1 und Kap. 3, D. I. 5. a).

895 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=ntwKRxfDFpo> (Stand 30.05.2022), ca. Minute 10:52.

Und letztlich stützte er sich auch im Rahmen der Pressekonferenz vom 16.06.2020 darauf:⁸⁹⁶

„Die gesamte Strategie war richtig. Wir sind übrigens auch immer bestätigt worden. Auch das haben wir jetzt einmal ausgewertet. Wir haben insgesamt 98 % Prozent aller Gerichtsverfahren und Entscheidungen, die waren, es waren insgesamt über 300 die gemacht worden sind, haben wir gewonnen. 344 Verfahren waren, sieben Fälle, vor allem die unteren Instanzen waren es, haben mal anders entschieden. Aber insgesamt nur zwei Prozent haben anders entschieden. Alle obersten Gerichte haben immer wieder den Kurs quasi bestätigt. Das heißt es war nicht nur medizinisch richtig, es war auch juristisch glaub ich vertretbar und verhältnismäßig.“

Und auch Staatskanzleichef *Herrmann* verteidigte die Maßnahmen der Regierung unter Hinweis auf die Gerichtsentscheidungen ausführlich im Rahmen einer Pressekonferenz vom 23.06.2020:⁸⁹⁷

„Wir haben 350 Klageverfahren bei unterschiedlichen Gerichten, beim Bundesverfassungsgericht, beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof, beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof und erstinstanzlichen Gerichten, 350 Verfahren sind eine ganze Menge. Aber wenn man sieht, es gibt 13 Millionen Einwohner, ist es nicht so viel. Wir haben hohe Akzeptanz der Maßnahmen in der Bevölkerung, ist legitim, Maßnahmen des Staates durch Gerichte überprüfen zu lassen. 350 Verfahren aktuell, 230 sind erledigt, sprich in denen Entscheidungen getroffen wurde, es wurde zurückgenommen, für erledigt erklärt oder andere Arten, wie in den Verfahren verfahren werden kann. Es waren elf Eilanträge beim BVerfG, hier wurden alle vom Freistaat gewonnen, Entscheidungen bisher ergangen, davon war eine, wo der Freistaat in Teilen verloren hat, es geht um die Bußgeldanordnungen beim Abstand beim Sport. Eher eine Randfrage, nicht eine zentrale Frage, alle Normkontrollverfahren, 160 sind erle-

896 Abrufbar unter <https://www.br.de/mediathek/video/rundschau-extra-1255-1606-2020-corona-massnahmen-soeder-verkuendet-weitere-lockerungen-av:5ee7777b948ec00014486b12> (Stand 12.08.2022), ca. Minute 05:28. Anmerkung: Zu diesem Zeitpunkt hatte bereits der BayVGh die 800m²-Regelung für verfassungswidrig erklärt und auch der BayVerfGH eine Maßnahme als offensichtlich verfassungswidrig suspendiert, hierzu Kap. 3, B. II. 2. Ein Begründungsversuch für die abweichende Statistik in der hiesigen Arbeit wurde bereits gegeben, Kap. 3. D. V. 2. b) bb).

897 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=wF2VheRqFCk> (Stand 12.08.2022), ca. Minute 31:31.

dig, zwei hat der Freistaat nicht gewonnen. Wegen der 800m²-Grenze, wegen der Differenzierung unter und über 800, das andere war die Uhrzeit bei Gaststätten, was Sie meinten, 22 und 23 Uhr. Die Themen hatten wir ohnehin vor zu ändern, weil wichtiger Punkt, unsere Maßnahmen haben wir immer auf zwei Wochen befristet und am Infektionsgeschehen die Verhältnismäßigkeit geprüft, das ist aus meiner Sicht der Grund, warum der Freistaat bisher fast alle Verfahren gewonnen hat. Vor dem Verwaltungsgericht gibt es 127 Verfahren, 93 sind erledigt. Sechs davon, das sind immer die Verfahren, die nicht die Verordnung als solche aushebeln, sondern im individuellen Fall entscheiden, wo der Kläger, der klagt, Recht bekommt oder nicht, aber es keine Breitenwirkung hat, hier hat der Freistaat sechs Verfahren nicht gewonnen. Es ging um die elektiven Eingriffe in die Allgemeinverfügung, Personal und EMS-Training und einmal Kita, das sind die Verfahren, die wir hatten. Man kann nicht von reihenweise oder sonstigen Übertreibungen ausgehen, von denen Herr Hagen ausgeht, ich habe versucht, es ins Verhältnis zu setzen [...].“

Die Bayerische Staatsregierung nutzte die Gewinnquote der Verfahren – wie man sieht, teilweise auch aufwendig differenziert dargestellt – öffentlich als Bestärkung des eigenen Kurses.

c) Personelle Besetzung der Verwaltungsgerichte und des StMGP

Ein fader Beigeschmack kommt auf, wenn man die personelle Besetzung der Verwaltungsgerichte und des StMGP ansieht. Denn hier offenbart sich eine enge Verflechtung:

Laut StMI wurden im Zeitraum vom 23.03.2021 bis 30.06.2021 insgesamt 22 Proberichter:innen und 4 Richter:innen (im Folgenden einheitlich „Verwaltungsrichter:innen“) der sechs bayerischen Verwaltungsgerichte an das StMGP abgeordnet, also an den Verordnungsgeber. Die längste Abordnung dauerte dabei 228 Tage, die kürzeste 19. Im Schnitt verweilten die Verwaltungsrichter:innen gut 70 Tage am StMGP. Die Abordnung diente dabei als temporäre Verstärkung zur Bewältigung der Corona-Pandemie.⁸⁹⁸ Das StMI erklärt auf Nachfrage, dass es zu keinen Abordnungen aus anderen

898 Auskunft des StMI vom 25.01.2022.

Ressorts an das StMGP kam. Versetzungen (sic)⁸⁹⁹ an das StMGP seien aber auch bereits vor der Corona-Pandemie im Rahmen einer zweijährigen Rotation üblich gewesen.

Es ist verständlich, dass es im StMGP zu einem kurzfristigen und auch Personalbedarf angesichts der Corona-Pandemie kam. Allerdings mutet es befremdlich an, dass es zu Abordnungen ausgerechnet von Verwaltungsrichter:innen (Ressort StMI) kam. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht auch Jurist:innen anderer Ressorts hätten abgeordnet werden können und wieso es speziell Verwaltungsrichter:innen waren. Denn die Verwaltungsrichter:innen wurden wohl auch eingesetzt in den Klageverfahren, d.h. sie waren beispielsweise zuständig für die Antragsrwidmung des StMGP im Rahmen von Corona-Gerichtsverfahren.⁹⁰⁰ Nach der Abordnung könnte es daher möglich gewesen sein, dass die Verwaltungsrichter:innen selbst über einen (freilich anderen) Coronaantrag zu entscheiden hatten, wenn sie zuvor noch für die Maßnahmen im Rahmen von Erwidnungsschriften vor dem BayVGH argumentiert hatten. Eine neutrale Befassung mit den Beteiligten ist in einem solchen Fall deutlich erschwert, wenn man kurz zuvor in der beklagten Behörde selbst tätig war und dort Antragsrwidmungen zugunsten des Verordnungsgebers formulierte.

Nun mag es zwar, wie es das StMI formuliert, üblich sein, dass es zu solchen Rotationen kommt. Eine gezielte Abordnung von Verwaltungsrichter:innen während einer Krise, noch dazu um Antragsrwidmungen zu formulieren, ist jedoch bedenklich. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Personalbedarf offensichtlich auch den Bereich der Gerichtsverfahren am StMGP betraf – spiegelbildlich waren daher auch die Verwaltungsgerichte gefordert, deren Richter:innen jedoch abgeordnet wurden. Weswegen keine Jurist:innen aus anderen Ressorts abgeordnet wurden, lässt sich nicht überzeugend begründen.⁹⁰¹

899 Ob tatsächlich Versetzungen gemeint waren, die, anders als eine Abordnung gem. Art. 47 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG), dauerhaft sind, Art. 48 BayBG, ist nicht klar.

900 Auskunft einer abgeordneten Proberichterin vom 14.09.2020.

901 Auch ein Verweis darauf, dass das StMI das personalstärkste Ministerium ist, würde nicht erklären, wieso es speziell Verwaltungsrichter:innen sein mussten. Denkbar wären auch Jurist:innen gewesen, die damals im StMI die Ministerialaufbahn absolvierten.

V. Idealvorstellung vs. Realität

Wenn sich Gerichte während einer akuten und insbesondere neuartigen Krise, auf die das einfache Recht nicht vorbereitet ist, primär am politischen Kurs und an der Staatsräson orientieren, wirft die Anschlussfrage auf, ob dies angesichts der Bedrohung für die Gesundheit womöglich sogar geboten war oder ob die Rechtsstaatlichkeit unbedingten Vorrang genießt.

I. Das Dilemma

Zu Beginn der Corona-Pandemie hatte das IfSG noch einen Zuschnitt, der auf eine Pandemie dieses Ausmaßes nicht passte.⁹⁰² Das Wissen über das Virus war gering.⁹⁰³ Die meisten Maßnahmen, und vor allem auch sehr grundrechtsintensive, wurden auf Basis der Generalklausel erlassen, wodurch deren Rechtswidrigkeit zumindest nicht fern lag, da Generalklauseln regelmäßig nur leichtere Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigen.⁹⁰⁴ Eine mehr als nur summarische Prüfung hätte diesen Befund zu Tage bringen können, mit der Konsequenz, dass ein Großteil der Maßnahmen zu suspendieren gewesen wäre, wiederum mit den entsprechenden möglichen Folgen für das Infektionsgeschehen. Aber nicht nur in Bezug auf den Wesentlichkeitsgrundsatz gab es berechtigte Zweifel in Bezug auf einzelne Maßnahmen, sondern auch bezogen auf ihre verhältnismäßige Ausgestaltung.

Für den BayVGH – besser: seine Richter:innen –, bestand somit eine missliche Lage: Wenn sie zugunsten der Rechtsstaatlichkeit in rechtlicher Hinsicht in umfassenderer Weise prüfen und dabei zu dem Ergebnis gelangen, eine Maßnahme sei zu suspendieren, sehen sie sich mit den Folgen dieser Suspendierung konfrontiert, d.h. im schlimmsten Fall mit dem Tod von Menschen. Prüfen sie zum Schutz von Menschenleben nur ober-

902 Vgl. auch BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 15.

903 Erwähnenswert in diesem Zusammenhang auch *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (495), die darauf hinweist, dass es sich bei den Coronagerichtsentscheidungen stets um Risikoentscheidungen handelte; *Lüke*, JöR, 70/2022, Heft 1, 609 (618 f.). *Trute*, GSZ 2020, 93; *ders.*, jM 2020, 291. *Vofskuhle* in Kortmann/Schulze (Hrsg.), *Jenseits von Corona*, 205, lenkt den Blick auf die Probleme, die mit Prognoseentscheidungen einhergehen.

904 Zu diesem Grundsatz bereits Fn. 851.

flächlich und bedienen sich alternativer Entscheidungsmuster wie die hier beschriebenen, setzen sie sich dem Vorwurf aus, effektiven Rechtsschutz, Art. 19 IV GG, zu vereiteln und teilweise schwerstwiegende Grundrechtseingriffe zu dulden.⁹⁰⁵

Entsprechend frustriert äußerten sich Rechtsanwält:innen über die Situation an Gerichten: Ihre Argumente fänden kein Gehör, Rechtsschutz sei nur eine „Illusion“⁹⁰⁶ und ihre Anträge würden „niedergeschmettert“^{907,908} Umgekehrt äußerten sich Politiker:innen und Ärzt:innen, wenn eine Maßnahme suspendiert wurde: Der Ratsvorsitzende des Weltärztebundes *Montgomery* empörte sich über „kleine Richterlein“,⁹⁰⁹ die Corona-Maßnahmen aufhoben, ebenso der CDU-Politiker *Kretschmann*, der sich echauffierte, er müsse sich mit den Gerichten herumschlagen^{910,911}

Die Zitate deuten es bereits an – Der BayVGH steckte in einer Zwickmühle.

905 An der Stelle sei auch angemerkt, dass das BVerfG, Beschl. v. 21.04.2021 -1 BvR 683/21, BeckRS 2021, 10296, die summarische Prüfung während der Corona-Pandemie für mit Art. 19 IV GG vereinbar hielt, ohne sich damit auseinanderzusetzen, dass Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät käme, die meisten Grundrechtsverletzungen bis zur Hauptsacheentscheidung irreversibel verletzt wären und auch nicht immer monetär entschädigt werden können. Allgemein auf die diffuse Prüfung des BVerfG im Rahmen von Eilverfahren hinweisend *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (615) mwN.

906 *Hamed/Stibi*, Einspruch FAZ v. 30.03.2021.

907 *Volkman*, VerfBlog v. 03.04.2021, unter Verweis auf geführte Gespräche mit Anwält:innen.

908 Umfassend und aus Praktiker:innensicht siehe das Symposium des Berliner Anwaltsvereins, nachzuhören unter <https://berliner-anwaltsverein.de/de/veranstaltungen/zuhorenen-mitreden/articles/zuhorenen-mitreden> (Stand 21.09.2023).

909 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/richterlein-frank-ulrich-montgomery-vo-n-aerztekammer-geruegt-17709127.html> (Stand 21.09.2023).

910 https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id_89612338/corona-regeln-richter-sauer-ueber-aussage-von-winfried-kretschmann.html (Stand 21.09.2023).

911 Vgl. auch *Papier*, GewArch 2022, 350 (350), der Zitate von Politiker:innen listet, die der Exekutive am liebsten einen Freifahrtsschein ausstellen wollen würden. Im Übrigen wurde nicht nur in Bezug auf die Gerichtsbarkeit die Frage nach richterlicher Zurückhaltung diskutiert. In der Rechtswissenschaft entspann sich sogar eine umfassende Diskussion darüber, ob sich diese in der akuten Krise überhaupt kritisch äußern sollte; noch dazu „aus der Komfortzone des heimischen Arbeitszimmers“ (*Krüper*, VerfBlog v. 02.04.2020) heraus. Zur Rolle der Rechtswissenschaft, speziell der Verfassungsrechtswissenschaft, in der (Corona-)Krise, *Feichtner*, VerfBlog v. 04.04.2021; *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861; *Lepsius*, VerfBlog v. 30.03.2021; *Thym*, VerfBlog v. 05.04.2021. Dafür plädierend, sich erst nach der Krise zu äußern und während der Krise von der Praxis zu lernen, *Windhöfel*, JZ 455 (457); aA u.a.

2. Die Lösung des BayVGH

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich der BayVGH mehrmals kritisch hinsichtlich der Ausgestaltung mancher Maßnahmen äußerte und er bereits früh eine strenge Evaluierungspflicht statuierte – die von ihm aber nicht entsprechend kontrolliert wurde, sondern reines Lippenbekenntnis blieb.⁹¹² Der BayVGH entschied sich somit dafür, sich an den möglichen Folgen eines stattgebenden Beschlusses zu orientieren, was zu Lasten der Rechtsstaatlichkeit ging. Damit der Dispens nicht zu gravierend ausfällt, versuchte der BayVGH stellenweise, einen Mittelweg zu gehen und wies den Verordnungsgeber teils sehr deutlich auf die Rechtswidrigkeit hin, wodurch es zu einer entsprechenden Anpassung der jeweiligen Norm kam.⁹¹³

3. Alternative?

Freilich könnte man fordern, dass die Gerichte stets allein auf Basis des geltenden Rechts zu entscheiden und sich unbeeindruckt vom politischen und gesellschaftlichen Geschehen zu zeigen haben. Ein solches Verständnis würde den Fokus auf unbedingte Rechtsstaatlichkeit setzen und die Gerichte auf eine strikte Kontrollfunktion beschränken, aber eben auch etwaige Folgen ihres Richterspruchs und auch die menschliche Seite von

Jestaedt/Kaiser, VerfBlog v. 31.03.2021, die Kritik im Kern zwar für zulässig erachten, aber eine sachliche Wortwahl anmahnen. *Kingreen*, VerfBlog v. 07.04.2021; *Kuhle*, VerfBlog v. 06.04.2021; *Münkler*, JöR, 69/2021, 535 (535 f.), die jedoch vor einer „erheblichen Perspektivverengung“ warnt; *Schuppert*, JöR 69/2021, 439 (444), der zur „verhältnismäßigen“ Wortwahl aufruft. Umfassend und auch kritisch zum Thema „Antikritik“ während der Pandemie *Kingreen* in *Huster/Kingreen*, Hdb. InfSchR, Kap. 1 Rn. 146 ff mwN; *ders.* VerfBlog v. 07.04.2021, Zu den Wirkungsbedingungen verfassungsrechtlichen Argumentierens *Hase*, JZ 2020, 697.

912 Bemerkenswert daher VerfGH Saarl, Beschl. v. 28.04.2020 – 7/20, BeckRS 2020, 7053, der noch innerhalb der ersten drei Monate die Ausgangsbeschränkungen teilweise für verfassungswidrig erklärte und dies mit einer höheren Rechtfertigungslast mit Verstreichen der Zeit begründete. In diesem Zusammenhang auch erwähnenswert die Sondervoten *Seegmüllers* und *Schönrocks*, BerlVerfGH Beschl. v. 14.04.2020 – VerfGH 50 A/20, BeckRS 2020, 5851, die bereits sehr früh die Ausgangsbeschränkungen in Berlin mangels Eignung und Erforderlichkeit für verfassungswidrig hielten. Die Richter:innen argumentierten, dass Eingriffe in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung unzulässig sind und daher im gewissen Rahmen Infektionen von Verfassung wegen hinzunehmen seien.

913 Zu den Reaktionen Kap. 4.

Richter:innen ausblenden und in ihnen reine „Subsumtionsautomaten“⁹¹⁴ sehen. Überdies fände dieses Verständnis jedenfalls immer dort seine Grenze, wo es, wie so oft, unterschiedliche, aber jeweils vertretbare Antworten auf eine Rechtsfrage gibt.⁹¹⁵

Wenn man aufgrund ihres überragenden Stellenwerts für Rechtsstaatlichkeit um jeden Preis plädiert, muss man sich angesichts der Bedrohungssituation, die einen auch selbst betreffen konnte,⁹¹⁶ aber ehrlich die Frage stellen, ob man in der entsprechenden Situation nicht auch ähnlich agiert hätte wie der 20. Senat, der letztinstanzlich über Corona-Verordnungen entschied. Hätte man – ohne genauere Kenntnisse über das Virus⁹¹⁷ und zu Beginn einer globalen Krise – ein eigenes Pandemiebekämpfungskonzept entwickelt und das aktuelle als unverhältnismäßig oder unschlüssig suspendiert?⁹¹⁸ Hätte man, wenn man einen Formfehler entdeckt, tatsächlich die

914 *Häuser*, JUSTIZ Nr. 107, 151 (153).

915 Mit dem Blick auf Alternativen geht auch die Frage einher, ob Gerichte Verantwortung (mit)tragen für die Folgen ihres Richterspruchs. Explizit erwogen und gemeinhin auch bejaht wird eine solche Folgenverantwortung für das BVerfG, welches als Verfassungsorgan die Folgen seines Rechtsausspruches im Rahmen der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen habe, Ausführlich *Isensee* in HStR XII, § 268 Rn. 103 ff. Auch die Rechtsprechung des BVerfG, einen Verfassungsverstoß nur festzustellen, anstatt das Gesetz für nichtig zu erklären, ist Ausdruck von Folgenverantwortung, sollen damit schließlich unerträgliche Rechtsfolgen vermieden werden, die durch eine Nichtigerklärung entstünden, siehe *Löwer* in HStR III, § 70 Rn. 120 f. Ob diese Überlegungen auch auf die verwaltungsgerichtlichen Instanzgerichte übertragbar sind, vor allem in Verfahren gem. § 47 VI VwGO, in denen es auch um verfassungsrechtliche Fragestellungen geht und im Rahmen derer Normen mit erga-omnes-Wirkung verworfen werden, darüber lässt sich streiten. Auf die Verantwortung der Gerichte für die staatliche Krisenbewältigung verweisend, *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (595); *Seiler*, JZ 2021, 924 (929). Vgl. auch *Kämmerer/Jischkowski*, GesR 2020, 342, die darauf hinweisen, dass stets auch die rechtspolitischen Folgen zu bedenken seien, im Falle der Stattgabe eines Antrags gegen Corona-Maßnahmen sei daher auch zu berücksichtigen, dass der damit „entweichende Freiheitsgeist schwer wieder in die Flasche (durch verbesserte Regelungen) bekommen“ zu sei. Umfassend zur Thematik der Folgenverantwortung und Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten *Sendler*, Fn. 362, 113.

916 Den Aspekt der Selbstbetroffenheit hervorhebend *Kingreen* in Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, Kapitel 1, Rn. 147, der zu Recht darauf hinweist, dass individuelle Lebensumstände den rechtlichen Zugriff auf die Pandemie prägen; *ders.*, VerfBlog v. 07.04.2021.

917 Kritisch zu diesem Argument *Kruschke*, NVwZ-Extra, 9/2022, 1 (4 f.), der den Gerichten unkritisches Vorgehen vorhält.

918 Ähnlich auch *Papier*, Umgang mit der Corona-Pandemie, APuZ 2020; drastisch auch *Steiner*, DVP 7/21, 257, der davon spricht, dass die Gerichte wohl verstanden

Regelung ausgesetzt oder nicht ebenfalls die Heilung abgewartet? Man stelle sich nur mal kurz das Szenario vor, dass wesentliche Pandemiemaßnahmen unter einer bis dahin noch völlig unbekanntem Bedrohungslage suspendiert worden wären, noch dazu wegen eines Formfehlers.⁹¹⁹ Hätte das Vertrauen in die Gerichte und den Rechtsstaat dann womöglich nicht ebenso Schaden genommen wie bei der vom BayVGH gewählten Alternative?

Es zeigt sich demnach, dass das eine das andere zu gefährden schien: Unbedingte Rechtsstaatlichkeit wäre potentiell zu Lasten von Menschenleben gegangen; unbedingter Schutz von Menschenleben erforderte das Umschiffen problematischer rechtlicher Fragestellungen, was wiederum zu Lasten der Rechtsstaatlichkeit ging.

4. Würdigung

Die Frage danach, wie man dieses Dilemma auflöst, d.h. ob man nun „richtigerweise“ Menschenleben riskieren oder aber rechtsstaatliche Standards verletzen soll, lässt sich nicht zufriedenstellend beantworten. Der BayVGH hat sich dafür entschieden, rechtsstaatliche Anforderungen vorübergehend zu vernachlässigen und hat dafür potentiell Leben gerettet. Es wäre auch andersherum denkbar gewesen, mit Betonung auf der Rechtsstaatlichkeit, deren unbedingtem Schutz die Dritte Gewalt verpflichtet ist – dann aber womöglich um den Preis von Menschenleben.

Ob man sich angesichts der Bedrohung in Krisensituationen Ausnahmen von der Rechtsstaatlichkeit erlauben kann und mit welchen (langfristigen) Kosten, ist schwer zu beurteilen. Hier ließe sich darüber nur spekulieren. Eine eindeutige Antwort gibt es nicht. Die möglichen Konsequenzen eines stattgebenden Beschlusses, mit denen sich die Richter:innen konfrontiert sahen, machen die Flucht in spezielle Entscheidungsmuster zu Beginn

hätten, dass die Grundrechte unversehrt zurückkehren würden, die Toten hingegen nicht.

919 In eine ähnliche Richtung gehend *Volkman*, VerfBlog v. 20.03.2020, der darauf hinweist, dass es gerade zu Beginn einer Krise kein Verwaltungs- oder Verfassungsgericht riskieren würde, eine Maßnahme zu beanstanden. Siehe auch *Seiler*, JZ 2021, 924 (929), der angesichts der weitreichenden Konsequenzen bspw. in Form einer Verunsicherung der Bevölkerung von einer gewissen Überforderung der Richter spricht. *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (746) spricht schlicht davon, dass die Gerichte von diesen Faktoren beeindruckt gewesen zu sein schienen.

der Krise somit zwar nicht automatisch geboten, jedenfalls aber nachvollziehbar.⁹²⁰ Zu Recht daher die Mahnung, dass man gut daran täte, seine „Erwartungen, was Recht generell leisten kann, anzupassen“,⁹²¹ um so Enttäuschungen in der akuten Krise vorzubeugen.⁹²²

VI. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat für verschiedene Akteure der Justizlandschaft Verschiedenes ergeben:

1. Die Entscheidungspraxis des BayVGH ist gekennzeichnet von einem Krisenmodus, der verschiedene Entscheidungsmuster hervorbrachte. Dabei agierte er stellenweise an der Grenze des Vertretbaren. Die Entscheidungspraxis entfernte sich von der gängigen Dogmatik und orientierte sich an der Staatsräson, um dem Verordnungsgeber weitestgehend freie Hand zu lassen. Rechtssuchende hingegen erwarten, dass gerichtliche Entscheidungen unabhängig von politischen Bestimmungen getroffen werden – also nicht zugunsten der Regierung. Ferner erwarten sie, dass das Recht stets gleich angewendet wird und sich nicht zugunsten eines Krisenrechts verschiebt. Dieser Erwartung ist der BayVGH nicht gerecht geworden – zwar aus verständlichen Motiven, aber mit schwer absehbaren Folgen für das Vertrauen in den Rechtsstaat. Denn auch wenn der Krisenmodus nur wenige Monate praktiziert wurde, nicht alle Entscheidungen davon betroffen waren und die betroffenen auch nicht gleichermaßen intensiv, so gilt doch jedenfalls, dass Vertrauen schneller verloren geht als wieder aufgebaut.
2. Das BVerfG hat sich bewusst herausgehalten aus der Prüfungspraxis und kam somit seiner Aufgabe, sich hütend vor die Verfassung zu stellen, nicht nach, wodurch es das Vertrauen in den Rechtsstaat schwächte. Es wäre seine Aufgabe gewesen, den Rahmen zulässiger Pandemiebekämpfung auf Basis des damals geltenden Gesetzes vorzugeben.

920 Klafki, JöR, 69/2021, 583 (586 f.), weist auf die psychologische Dimension von Krisen hin.

921 Finke, VerfBlog v. 30.03.2020.

922 Ähnlich auch Seiler, JZ 2021, 924 (930), der davon spricht, dass Juristen mit der Corona-Krise eine „Funktionsgrenze der rechtlichen Rationalität“ erreicht hätten und daher auch nur begrenzt leistungsfähig gewesen seien. Dennoch hat sich seiner Ansicht nach aber die demokratische Grundordnung behauptet.

3. Der BayVerfGH agierte besonders zurückhaltend. Anders als das BVerfG hat dieser allerdings zusätzlich die Anzahl der zu entscheidenden Verfahren reduziert, indem er den Antragstellern eine Rücknahme nahelegte, verknüpft mit dem Hinweis auf die Verhängung einer zweifelhaften Gebühr im Eilverfahren.
4. Der Rechtsstaat konnte sich in dieser akuten Krise nicht entsprechend seiner Idealvorstellung behaupten. Man sieht deutlich: Die Selbstbetroffenheit, das Ausmaß der Pandemie, die drohenden Folgen – bis hin zum Tod von Menschen –, die Unwissenheit und Abhängigkeit von wissenschaftlicher Erkenntnis überforderten die Gerichte.
5. Die Verwaltungsgerichte agierten im Normalmodus und zeigten sich krisenresilient.

B. Strategic Litigation

Während die Interpretation in Teil A unter Berücksichtigung der politischen Einbettung erfolgte, werden die Verfahren in Teil B im Hinblick auf ihre Auswirkungen interpretiert. Betrachtet man die Verfahren rein vom (inner-)prozessualen Ergebnis her, sind sie wenig spektakulär. So wurden die Anträge vor dem BayVGH nahezu ausnahmslos abgewiesen. Dennoch lohnt sich ein tiefergehender Blick auf die Motivation der Antragsteller und die Auswirkungen der Verfahren. Aus einem solch weiteren Blickwinkel heraus ergibt sich ein gänzlich anderes Bild, als das der reihenweise erfolg- und somit sinnlosen Verfahren.⁹²³ Nicht alle, aber doch einige Verfahren führten, trotz Abweisung, dazu, dass der Ordnungsgeber vom Gericht auf rechtliche Defizite hingewiesen wurde und dieser entsprechend reagieren konnte.⁹²⁴

Damit sind bereits zwei wichtige Befunde angesprochen: Zum einen dienten die Verfahren der Kommunikation. Zum anderen waren sie trotz der gerichtlichen Abweisung erfolgreich. Manche der Verfahren lassen sich somit dem Bereich „strategic litigation“ zuordnen, d.h. können als sog. „strategische Verfahren“ eingeordnet werden. Im Folgenden soll zunächst

923 Zu der öffentlichkeitswirksamen Darstellung der Gewinnquote des Freistaats Bayern Kap. 5, A. IV. 5. a).

924 Zu den Reaktionen Kap. 4.

der Begriff näher beleuchtet und die Verfahren dann anhand einiger gängiger Merkmale interpretiert werden.⁹²⁵

I. Allgemeines

Der offen gehaltene Begriff der strategic litigation⁹²⁶ bezeichnet eine spezielle Art der Prozessführung und kommt ursprünglich aus dem amerikanischen Bereich.⁹²⁷ Dennoch ist die Praxis der strategic litigation mittlerweile auch in Deutschland en vogue.⁹²⁸ Der Begriff lässt sich nicht leicht fassen und ist kaum zu definieren.⁹²⁹ Schlicht strategisches Prozessieren im Sinne eines prozessrechtlich taktischen Vorgehens, das den Mandatsinteressen zu Erfolg verhelfen soll, ist damit nicht gemeint.⁹³⁰ Die Annäherung erfolgt meistens über verschiedene Merkmale, die mehr oder weniger ausgeprägt sein können und die diese Praxis auszeichnen.

925 Nicht zu leisten beabsichtigt der Abschnitt eine umfassende und generelle Auseinandersetzung mit dem Phänomen „strategic litigation“. Einen guten Überblick über die Thematik und der damit verbundenen Frage- und Problemstellungen findet sich bei Graser, RW – Heft 3 2019, 317 und dem Sammelband Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis.

926 Synonym auch impact litigation, public interest litigation, movement litigation und cause lawyering, Helmrich in Graser/Helmrich (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand. Kritisch zum Begriff „strategic litigation“ Müller, ZfRS 39, 2019, 33 (35 ff.).

927 Helmrich in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 115 (115); Kaleck in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 21 (22).

928 Wenn auch noch in den „Kinderschuhen“ steckend, Graser RW – Heft 3 2019, 317 (326). Boulanger/Krebs, ZfRS 39, 2019, 1 (1 f.) werfen dabei die Frage in den Raum, ob nur die Verwendung des Begriffs populär wurde, oder ob auch tatsächlich mehr strategisch prozessiert werde.

929 Umfassend zum Begriff Strategic Litigation siehe die Beiträge in dem Sammelband Graser/Helmrich (Hrsg.) Strategic Litigation – Begriff und Praxis, S. 9-52: Fuchs, S. 43 ff.; Graser, S. 37 ff.; Helmrich, S. 31 ff.; Kaleck, S. 21 ff.; Weiss, S. 27 ff. Siehe auch Hahn, ZfRS 39, 2019, 5 (23). Aus rechtssoziologischer Sicht Müller, ZfRS 39, 2019, 33. Definitionsversuche finden sich bspw. auch auf den homepages von auf strategic litigation spezialisierten Organisationen wie z.B. ECCHR, <https://www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/>, TRIAL International, <https://trialinternational.org/who-we-are/>, Center für Strategic Litigations, <http://strategiclitigations.org/category/aboutus/whatisstrategiclitigation/>, ecre, <https://ecre.org/our-work/strategic-litigation/>, errc, <http://www.errc.org/news/what-is-strategic-litigation> (jeweils Stand 21.09.2023).

930 Helmrich, Fn. 927, 31 (32 f.).

Sinnvoll erscheint eine Annäherung auch über Verfahren aus der Praxis.⁹³¹ Ein aktuelles Beispiel⁹³² für strategische Gerichtsverfahren in Deutschland sind vor allem die Klimaschutzklagen, die in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen sind.⁹³³ Ziel dieser Klagen ist es, mittels der dritten Gewalt einen Beitrag zur „Weltrettung“⁹³⁴ angesichts der globalen Bedrohung durch den Klimawandel zu leisten.

Mit dem Ziel ist bereits ein wichtiges Merkmal – wenn nicht sogar das Merkmal – strategischen Prozessierens angesprochen.⁹³⁵ Mittels eines Verfahrens wird versucht, ein über den Individualschutz hinausgehendes Ziel zu erreichen – im Folgenden das „eigentliche Ziel“ genannt.⁹³⁶ Strategische Verfahren verfolgen somit regelmäßig ein größeres Ziel, nämlich das Anstoßen sozialer Veränderung, oftmals im Bereich der „Dickschiffe“ wie beispielsweise Gleichberechtigung und Antidiskriminierung,⁹³⁷ soziale Machtgefälle oder besonders populär neuerdings auch Umweltrecht.⁹³⁸ Bei den Klimaschutzklagen geht es z.B. darum, das Problem des Klimawandels in das (politische) Bewusstsein zu rücken und über das Recht

931 Hierzu die Beiträge in Teil II des Sammelbandes Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, S. 53 ff.

932 Weitere Beispiele finden sich bei Graser, RW – Heft 3 2019, 317, 318; Strobel, DÖV 2021, 1067 (1068).

933 Hierzu Niehaus in Huggins (Hrsg.), *Zugang zu Recht*, S. 241; Wegener, NJW 2022, 425 (426 f.) mwN.

934 Wegener, NJW 2022, 425 (427).

935 Graser in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 37 (39 f.); aA hingegen Hahn, ZfRS, 39, 2019, 5 (5, 7 f.), die mehr auf die Form abstellt und strategische Prozessführung als „Modus der Mobilisierung von Recht durch Klagekollektive“ sieht.

936 Dies als einen einheitlichen Kern der ansonsten unterschiedlich ausfallenden Begriffsannäherung ausmachend Graser, Fn. 927, 9 (14). Darauf hinweisend, dass auch nicht strategische Verfahren stets einen objektiven Gehalt aufweisen, in dem sie der Rechtsordnung zur praktischen Geltung verhelfen und somit zur Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns beitragen, Friedrich, DÖV 2021, 726 (726); ders., in Huggins (Hrsg.), *Zugang zu Recht*, S. 219. Siehe auch Müller, ZfRS 39, 2019, 33 (33, 36 f., 41 f.), die dies ebenfalls als keine Besonderheit erachtet und das Merkmal strategischer Verfahren vielmehr in der Beteiligung ideell motivierter, nicht-staatlicher Akteure sieht.

937 Hierzu wurde ein eigenständiger Verein gegründet, das „Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung“, das ebenfalls strategisch vorgeht, <https://www.bug-ev.org/organisation> (Stand 21.09.2023).

938 Beispiele für erfolgreich geführte strategische Verfahren in diesen Bereichen aufzählt bei Helmrich, Fn. 927, 31 (33).

zu dessen Lösung beizutragen.⁹³⁹ Strategic-Litigation-Verfahren sind daher auch häufig, wenngleich nicht ausschließlich, im Bereich der Grund- und Menschenrechte⁹⁴⁰ anzutreffen.

Zusammengefasst lässt sich strategic litigation äußerst grob wie folgt umreißen: „Kennzeichnend für solche Verfahren ist, dass die mit ihnen verfolgten Ziele über das – meist individuelle – Rechtsschutzziel hinausreichen. Man prozessiert also zum Beispiel auch, um eine Grundsatzentscheidung zu bekommen, um öffentliche Aufmerksamkeit auf ein Thema zu lenken und so den Betroffenen eine Stimme zu geben oder eine unbefriedigende Rechtslage zu exponieren, vielleicht auch, um politischen Druck zu erzeugen und letztlich eigentlich immer, um mit dem Gerichtsverfahren auch soziale Veränderungen zu erreichen.“⁹⁴¹

II. Der Gerichtssaal als Bühne und die Darsteller

Strategischen Verfahren geht es somit vor allem darum, auf Probleme hinzuweisen und Bewegung in eine Situation zu bringen.⁹⁴² Bildlich gesprochen wird bei diesen Verfahren daher eine Geschichte auf der Bühne⁹⁴³ des Gerichtssaals erzählt, weswegen strategische Verfahren auch als „inszenierte Narrative normativen Protests“⁹⁴⁴ beschrieben werden.

939 Graser, Fn. 929, 37 (38); Hahn, ZfRS, 39, 2019, 5 (5, 7 f.); Kessler, ZfMR 12, 2018, 103 (110), spricht vom „Hebel“. Historische Fälle ansprechend, denen eine „Mobilisierung von Recht“ zugrunde lag, Hahn, ZfRS, 39, 2019, 5 (11 f.).

940 Umfassend hierzu Duffy, Strategic human rights litigation: understanding and maximising impact; Sheldrick, Blocking public participation: the use of strategic litigation to silence political expression. Zur Durchsetzung von Menschenrechten durch deutsche Organisationen Keller/Theurer in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 53; Kessler/Borkamp in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 73. Dafür plädierend, strategische Verfahren vermehrt auch im Datenschutzrecht zu nutzen, Ruschemeier, MMR 2021, 942 (945 f.).

941 Graser, ZUR 2019, 271 (277), der dabei ebenfalls betont, wie schwer die Praxis zu definieren ist.

942 Müller, ZfRS 39, 2019, 33 (35 f.) bezeichnet dies als das „weite Verständnis“ von strategic litigation im Gegensatz zum „engen“, das auf die Schaffung verfassungsrechtlicher Präzedenzfälle gerichtet sei.

943 Graser, RW – Heft 3, 2019, 317 (351) spricht von „Arena“.

944 Graser, Fn. 929, 37 (37).

Zwar trat bei den Corona-Eilverfahren das Narrativ, d.h. die erzählte Geschichte,⁹⁴⁵ in den Hintergrund. Aber letztlich diente der Gerichtssaal auch hier als Bühne. Als Bühne, um verfassungsrechtliche Bedenken zu exponieren, mit dem Ordnungsgeber zu kommunizieren, diesen zur Erwidern zu zwingen und die Gerichte zu einer Entscheidung. Der Gerichtssaal wurde dafür genutzt, Bewegung und Veränderung in Corona-Maßnahmen hinzubringen. Durch das teilweise sehr hartnäckige Vorgehen der Antragsteller wurde Druck für Veränderungen aufgebaut, welcher auch tatsächlich zustande kam und zu entsprechenden Änderungen⁹⁴⁶ führte.

Der rote Faden strategischer Verfahren ist daher bei den Corona-Eilverfahren zu erkennen, auch wenn nicht alle oder mehrere Merkmale strategischen Prozessierens erfüllt sind und es sich nicht um „klassische“ strategische Verfahren handelt, die sich regelmäßig durch eine lange Vorgeschichte und viel Vorarbeit, oftmals von NGOs, auszeichnen.⁹⁴⁷

Das besondere und auch strategische an den Corona-Eilverfahren war, dass mit ihnen ein eigenständiger Wirkmechanismus in Gang gesetzt wurde, der sich deutlich von regulären Verfahren abgrenzt: Die Verfahren endeten nicht mit Rechtskraft des in aller Regel abweisenden Beschlusses, sondern zeigten darüber hinaus Wirkung. Im Folgenden sollen zunächst die Akteur:innen vorgestellt werden, die aus den ihnen im Rahmen von „normalen“, also nicht-strategischen Verfahren, klassischerweise zugeschriebenen Rollen herausfielen. Anschließend werden die „abgewiesenen“ Verfahren und ihre Auswirkungen näher betrachtet.

1. Die Antragsteller

Dem Antragsteller kommt bei regulären Verfahren keine weitere Bedeutung zu als die, dass er seine Rechtsposition durchzusetzen versucht. Es handelt sich um einen Rechtsschutzsuchenden, der Individualrechtsschutz begehrt.

945 Solche sind vor allem bei „David gegen Goliath“-Verfahren von Bedeutung, z.B. der peruanische Bauer gegen RWE, *Graser/Helmrich*, *Blick in die Wissenschaft* 38, 43 (43).

946 Zu den rechtlichen Auswirkungen der Verfahren Kap. 4, A., B.

947 *Hahn*, *ZfRS*, 39, 2019, 6 (16, 19 f., 22); *Müller*, *ZfRS* 39, 2019, 33 (41 f.); *Strobel*, in *Huggins* (Hrsg.), *Zugang zu Recht*, 157 (159 f.); aA *Helmrich*, *Fn.* 927, 31 (32 f.). Zur Einsicht in die strategische Tätigkeit von NGO's siehe die Beiträge im Sammelband von *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis: Burghardt/Thönnies*, S. 65 ff.; *Keller/Theurer*, S. 53 ff.; *Kessler/Borkamp*, S. 73 ff.

Bei strategischen Verfahren hingegen versucht der Antragsteller in aller Regel darüber hinaus, ein übergeordnetes Ziel zu erreichen.⁹⁴⁸ Mit diesem eigentlich angestrebten Ziel einher gehen die Protestfunktion,⁹⁴⁹ die Anstoßfunktion und die Druckfunktion, die von Antragstellern im Rahmen strategischer Verfahren ausgeübt wird und die im Folgenden näher betrachtet werden. Dabei weisen die Merkmale freilich auch Überschneidungen auf und lassen sich, ebenso wenig wie die Praxis strategischen Prozessierens überhaupt, nicht trennscharf fassen.

a) Protestfunktion

Die Antragsteller nahmen eine wichtige Position ein: Sie waren Gradmesser für die Akzeptanz der Maßnahmen, ihnen kam die Funktion des Protestierens zu. Das wird besonders daran deutlich, dass über manche Verfahrensgegenstände mehrmals in der Sache entschieden wurde. So entschied der BayVGh mehrfach über die in der BayIfSMV angeordnete Maskenpflicht. Dabei kann man aufgrund der anwaltlichen⁹⁵⁰ und gerichtlichen Sorgfaltspflicht davon auszugehen, dass wegen des Kostenrisikos darauf hingewiesen wurde, dass eine Abweichung von der bereits gefundenen Linie der Rechtsprechung nicht wahrscheinlich war. Dennoch endeten viele Verfahren (nochmals) mit einer Entscheidung in der Sache.⁹⁵¹ Noch häufiger geklagt wurde gegen die Betriebsuntersagungen. Auch hier entschied der BayVGh bereits früh, dass diese Maßnahme voraussichtlich rechtmäßig sei oder lehnte den Antrag aufgrund einer Folgenabwägung ab. Dennoch häuften sich die Anträge in diesem Bereich.

Was trieb die Antragsteller somit an, trotz der geringen Erfolgsaussichten immer wieder zu klagen? Darüber kann zugegeben nur gemutmaßt werden. Mehrere Gründe liegen jedoch nahe. Ein wahrscheinlicher Grund wird

948 Wodurch auch auf die Auswahl des Klägers besonders geachtet wird, *Kessler*, ZfMR 12, 2018, 103 (106); *Strobel*, DÖV 2021, 1067 (1067) mwN; *Lange*, ZRP 2017, 18, spricht daher auch von „der Suche nach dem idealen Beschwerdeführer“.

949 Grundlegend *Lobel*, *Success without Victory; Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America*; *ders.*, *Courts as Forums for Protest*, 52 *UCLA Law Review*, 2004, 477 (487 ff.); siehe auch *Graser*, Fn. 929, 31 (37 ff.); *Kessler*, ZfMR 12, 2018, 103.

950 Vor dem BayVGh herrscht gem. § 67 IV 1 VwGO Anwaltszwang.

951 Mit Ausnahme der Verfahren vor dem BayVerfGH, der in bereits entschiedenen Fällen auf die Möglichkeit hinwies, eine Gebühr bis zu 1.500 Euro zu erheben, Kap. 3, D. II. 2.

dabei gewesen sein, ihrem Protest gegen gewisse Corona-Maßnahmen Ausdruck zu verleihen. Geklagt wurde somit „aus Prinzip“.

Ein weiterer Grund wird auch gewesen sein, Druck auszuüben und Veränderungen anzustoßen – sei es in der Form, die Regeln zu lockern, Entschädigungszahlungen voranzutreiben oder den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu bewegen. Denn wie noch gezeigt wird, waren es vor allem diejenigen Verfahren, in den viel geklagt wurde, in denen es auch zu viel Bewegung kam.⁹⁵²

b) Anstoßfunktion

Durch dieses hartnäckige Vorgehen konnten die Antragsteller mehrere Veränderungen anstoßen. Dies war neben dem Individualschutz erklärtes Ziel vieler Antragsteller. Ihnen ging es oftmals darum aufzuzeigen, wie – aus ihrer Sicht – sinnvolle, transparente⁹⁵³ und verhältnismäßige Pandemiebekämpfungsmaßnahmen aussehen könnten. Nicht umsonst erhofften sich viele vom BVerfG ein „Machtwort“, das die Reichweite und die Grenzen von behördlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen absteckte. Ihre Anträge richteten sich daher gegen die Art und Weise der Pandemiebekämpfungsmaßnahmen und waren darauf gerichtet, Veränderungen anzustoßen – wenn auch nicht, wie sonst im Bereich strategischer Verfahren typisch, im sozialen Bereich.

Freilich ließe sich argumentieren, dass mit jedem Gerichtsverfahren Änderungen hervorgebracht werden sollen.⁹⁵⁴ In klassischen Verfahren allerdings geht es um den Individualrechtsschutz und darum, dass z.B. eine Maßnahme gänzlich zu eigenen Gunsten verworfen wird. Genau hierin lag aber der Unterschied bei den Corona-Eilmaßnahmen. Ziel war es oftmals nicht, die angegriffene Pandemiemaßnahme gänzlich zu Fall zu bringen, sondern eine andere Art der Ausgestaltung zu erreichen. Den Antragstellern ging es ausweislich ihrer Argumentation häufig auch darum, den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu bewegen, so dass die Maßnahmen nicht länger auf eine Generalklausel gestützt würden. Denn schließlich lag mit dem IfSG zu

952 Kap. 5, B. III, 3.

953 Sarkastisch *Spamann*, VerBlog v. 04.04.2020, der davon spricht, dass das Virus seine Strategie nicht ändern werde, nur weil wir unsere preisgeben.

954 So bspw. *Müller*, ZfRS 39, 2019, 33 (33, 36 f., 41 f.); *Friedrich*, DÖV 2021, 726 (726); *ders.* in Huggins (Hrsg.), Zugang zu Recht, S. 219.

Beginn nur ein Gesetz vor, dass auf eine Pandemie dieses Ausmaßes nicht zugeschnitten war.⁹⁵⁵

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF) beispielsweise, die gegen die sog. „Bundesnotbremse“ klagte, platzierte auf ihrer homepage ein Bild mit einer Maske, auf der zu lesen ist: „Kurve abflachen, Grundgesetz hoch halten“.⁹⁵⁶ Weiter ist zu lesen, dass sie sich für eine „rechtsstaatliche, transparente und kohärente Politik im Kontext von Covid-19“ einsetzen.⁹⁵⁷

Pandemiebekämpfungsmaßnahmen wurden somit nicht immer generell angegriffen.⁹⁵⁸ Nicht wenige versuchten zu erreichen, dass z.B. Ausgangsbeschränkungen in Kontaktbeschränkungen umgewandelt werden, da sie dies für milder hielten. Oder sie versuchten, Ausgangsbeschränkungen durchzusetzen, mit der Möglichkeit, eine haushaltsfremde Person zu treffen, oder Versammlungen und Gottesdienste unter Auflagen durchzuführen. Nicht unbedingt beabsichtigt war es, die Maßnahmen gänzlich zu kippen. Vielmehr versuchten die Antragsteller eine in ihren Augen verhältnismäßige Ausgestaltung zu erreichen. Ziel war daher auch, dass der rechtliche Rahmen für Pandemiebekämpfungsmaßnahmen abgesteckt und dass die Maßnahmen auf einer ausreichende Gesetzesgrundlage gestellt würden. Die Verfahren waren also auch darauf gerichtet, konstruktive und transparente Pandemiebekämpfungsmaßnahmen zu erreichen. Daneben wurden auch Individualinteressen verfolgt, nämlich die Abwehr von Rechtsverletzungen, aber eben nicht nur, wie es bei regulären Gerichtsverfahren der Fall ist.

955 BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 15; *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (50 f.); *ders.*, JÖR, 69/2021, 705 (736).

956 Die homepage der GFF ist abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/> (Stand 21.09.2023). Die Seite mit dem war ursprünglich unter <https://freiheitsrechte.org/covid-vs-grundrechte> abrufbar, ist inzwischen aber nicht mehr auffindbar. Passend zu dem Motto Kurve abflachen, Grundgesetz hoch halten, gab es auch Jutebeutel zu kaufen mit dem Aufdruck „Flatten The Curve – Not the Constitution“, einzusehen auf dem Facebook-Account der GFF.

957 <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fur-freiheitsrechte/pm-covid-19-krise-menschenrechte> (Stand 21.09.2023).

958 So nur die Corona-Leugner:innen, die freilich auch klagten; oftmals vor dem BVerfG und oft auch mit kreativen Anträgen, Kap. 3, C. Viele Antragsteller hingegen anerkannten die Notwendigkeit von Maßnahmen, waren aber mit der Umsetzung nicht einverstanden und klagten deshalb.

c) Druckfunktion

Eng verwandt mit der Anstoßfunktion strategischer Verfahren ist auch die damit oftmals, wenn auch nicht immer, einhergehende Druckfunktion.⁹⁵⁹ Strategische Verfahren sollen einen Veränderungsdruck und Sensibilität für gewisse rechtliche Fragestellungen bewirken, die besonders auch durch die mediale Begleitung⁹⁶⁰ angeschoben werden.⁹⁶¹

aa) Entwicklung innerhalb der ersten drei Monate

Neben dem vorliegenden Anstoß zur Veränderung wurde auch Druck auf die Gerichte ausgeübt, da die Erwartungen an die Begründung der Entscheidungen mit voranschreitender Pandemie und somit auch weitergehenden Erkenntnissen stiegen.⁹⁶² Das Ergebnis waren hartnäckig geführte Verfahren um denselben Verfahrensgegenstand. Obwohl – wie den Antragstellern sicherlich auch bewusst war – nicht ernsthaft mit einer stattgebenden Entscheidung zu rechnen war, wurde prozessiert und somit Druck auf die Gerichte aufgebaut. Diese mussten im Laufe der Zeit mehr Farbe bekennen und konnten sich nicht mehr so leicht hinter zu Anfang entwickelten Entscheidungsmustern verstecken.

Die Folge dieses Drucks war eine Aufweichung dieser Muster. Standen zu Beginn ausweichende Mechanismen im Vordergrund, kam es im Laufe der Zeit auch zu jenen Entscheidungsmustern, bei denen Tenor und Entscheidungsgründe auseinanderfielen⁹⁶³. Kern dieses Musters war, dass die angegriffene Bestimmung zwar unangetastet blieb, das Gericht aber im Wege der Auslegung den Antragstellern das zusprach, was sie begehrten. In Erinnerung gerufen sei beispielsweise die Entscheidung um die Ausgangsbeschränkungen vom 28.04.2020, wonach diese Bestimmung in Folge ihrer

959 *Fuchs* in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 43 (48); *Lange*, ZRP 2017, 18 (18) mwN.

960 Kap. 5, B. II. 4.

961 *Brackelmann* in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 65 (67); *Lindner* in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 91 (99 f.).

962 Das steigende Anforderungsprofil an die Rechtfertigung betonend, *Papier*, *GewArch* 2022, 350 (352).

963 Kap. 3, D. I. 1. d).

Auslegung durch das Gericht de facto leer lief.⁹⁶⁴ Statt dieser Auslegung hätte sich das Gericht auch schlicht in eine Folgenabwägung flüchten oder dem Verordnungsgeber einen weiten Entscheidungsspielraum zusprechen können, wie es dies in den Entscheidungen zuvor regelmäßig getan hatte.⁹⁶⁵

bb) Weiterer Pandemieverlauf

Die Antragsteller und vermehrt auch die Gesellschaft gaben sich damit aber nicht mehr zufrieden, womit sich auch hartnäckig geführte Verfahren erklären lassen. Im Laufe der Zeit wurden verstärkt verständliche und transparente Pandemiebekämpfungsmaßnahmen gefordert. Diesem Druck gaben die Gerichte im weiteren Verlauf nach, indem sie sich aufweichender Muster bedienten und die Rechtsposition der Antragsteller z.B. durch Auslegung sicherten. Diese gesteigerten Erwartungshaltungen lassen sich illustrieren, wenn man Entscheidungen außerhalb des hier untersuchten Zeitraums einbezieht:

Schließlich konnten die Gerichte sich nicht dauerhaft mit den festgestellten Mustern begnügen, da vor allem die Verfahren, die sich wiederholt gegen dieselbe Maßnahme richteten, im Laufe der Zeit auch dezidiere Begründungen erforderten. Nicht umsonst verlangte beispielsweise das BVerfG auch eine Auseinandersetzung im tatsächlichen Bereich,⁹⁶⁶ da sich die Erwartungen der Gesellschaft und auch der Opposition änderten: War man zu Beginn als Gesellschaft großzügiger bei den Maßnahmen, wurden später ausführlichere Begründungen und ausgefeiltere Maßnahmen gefordert. So lässt sich auch erklären, dass im Laufe der Pandemie auch eine Begründungspflicht für den Verordnungsgeber eingeführt wurde, § 28a V 1 IfSG.

Diese Begründungspflicht ist sicherlich zuletzt auch Ergebnis solch wiederholt geführter Gerichtsverfahren (u.a.). In Bayern setzte sich beispielsweise Rechtsanwältin *Hamed* dafür ein, dass der Verordnungsgeber Begründungen für seine Ermessensausübung liefert. Entsprechend stellte

964 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; Kap. 3, A. I. 2. b) cc) (1) und Kap. 3, D. I. 1. d) aa). *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (54, Fn. 27), weist darauf hin, dass es im Anschluss an die Rechtsprechung auch kaum noch zu Anzeigen wegen Verstoßes gegen die Ausgangsbeschränkung gekommen sein dürfte.

965 Zur Flucht tendenz Kap. 3, D. I. 1. a).

966 Kap. 3, D. I. 3. b).

sie in ihren Verfahren Anträge auf Einsicht in die Akten des Verordnungsgebers. Nachdem das StMGP als Verordnungsgeber erwiderte, es seien keine Akten vorhanden, beantragte sie, die Mitglieder des Kabinetts als Zeugen zu vernehmen.⁹⁶⁷ All diese Schritte machte *Hamed* der Öffentlichkeit zugänglich.⁹⁶⁸ Die Bedeutung der medialen Begleitung wird an diesem Beispiel bereits deutlich.

Mit den gesteigerten Begründungserwartungen an den Verordnungsgeber stiegen spiegelbildlich auch die Erwartungen an die Begründung von Gerichtsentscheidungen, v.a. in Zeiten niedrigerer Inzidenzen. Aber auch zu späteren Höhepunkten von Infektionswellen erwartete man vom Verordnungsgeber, dass die Maßnahmen wissenschaftlich nachvollziehbar sind, da die Forschung schließlich mit zunehmender Zeit vieles beitragen konnte im Hinblick auf wirksame Pandemiemaßnahmen. Das Motto „viel hilft viel“ wurde nicht mehr ohne Weiteres akzeptiert.

Als Beispiel seien hier nochmals die Verfahren um die Betriebsschließungen und die damit verbundene Diskussion um den Wesentlichkeitsgrundsatz in Erinnerung gerufen. Die Antragsteller wurden nicht müde, gegen die Betriebsuntersagungen zu klagen und immer wieder auf den Wesentlichkeitsgrundsatz hinzuweisen. Versuchte das Gericht zu Beginn noch, diese Bedenken unter Hinweis auf die behauptete Komplexität dieser Fragestellungen beiseite zu schieben, wurde diese Argumentation mit jedem weiteren Gerichtsverfahren weniger stichhaltig.⁹⁶⁹ Als der Druck gesellschaftlich, medial und in der Fachwelt seinen Höhepunkt erreichte, fand der BayVGH entsprechend auch deutliche Worte in Richtung Gesetzgeber.⁹⁷⁰

967 Siehe II. auf der homepage https://www.ckb-anwaelte.de/corona-update-17-aug-ust-2020/#_ftn24; <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschraenkungen-klage-1.5027566> (jeweils Stand 21.09.2023). Dies dürfte sich allerdings angesichts des Urteils des BVerwG vom 22.11.22 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403, Rn. 12, erledigen, da das Gericht dort ausführt, dass es nicht auf die Motive der Verordnungsgeber und deren möglichen Abwägungsvorgang ankomme, sondern allein darauf, ob die Verordnung aus ex-ante Sicht verhältnismäßig war.

968 Zu den von *Hamed* geführten Corona-Gerichtsverfahren siehe <https://www.ckb-anwaelte.de/aktuelle-corona-verfahren/> (Stand 21.09.2023).

969 Zu den verschiedenen Eskalationsstufen Kap. 3, A. V. 3.

970 Freilich erst zu einem Zeitpunkt, zu welchem bereits ein Gesetzgebungsverfahren initiiert worden war. Das mag verdeutlichen, wie sehr das Gericht diese Frage scheute. Es darf aber auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der BayVGH sehr scharfe Worte fand in Richtung Gesetzgeber. Denn schließlich hätte der BayVGH, wie zu Beginn der Krise üblich, einfach das Gesetzgebungsverfahren noch abwarten

2. Die Gerichte

Auch den Gerichten kam im Rahmen der Corona-Eilverfahren eine sich von der Normalsituation unterscheidende Rolle zu. Wesentliche Aufgabe der Gerichte ist die der Kontrolle.⁹⁷¹ Diese übte die Gerichtsbarkeit formal auch während der Corona-Krise aus; inhaltlich aber angesichts der dargestellten Entscheidungsmuster⁹⁷² in deutlich abgeschwächter Form.

Im Rahmen von strategischen Verfahren gelangen Gerichte zudem oftmals in eine Position, in der sie Grundsatzentscheidungen treffen können, die von nicht nur unerheblicher Bedeutung sind. Zentral an diesen Grundsatzentscheidungen ist, dass sie nicht selten auch das Recht fortbilden und bestehende Strukturen durchbrechen. Zwar halten sie sich dabei auch an die ihnen vorgegebenen Gesetze, dennoch können diese Entscheidungen dank der vorgebrachten innovativen (rechtlichen) Ansätze eine gewisse Sprengkraft erlangen und sind somit für die Judikative eine Herausforderung, aber zugleich auch Privilegierung.⁹⁷³

a) Kommunikation

Sprengkraft hätten suspendierende Entscheidungen während der Corona-Eilverfahren sicherlich gehabt, allerdings war hier richterliche Zurückhaltung zu beobachten. Dennoch nahm der BayVGh als letztinstanzlich über Normenkontrollanträge entscheidendes Gericht eine besondere Rolle ein. Geht es in der Regel bei solchen Verfahren um die Überprüfung individuellen Grundrechtsschutzes, wurde bei den Corona-Verfahren über das Gericht versucht, generellen Grundrechtsschutz herzustellen und Freiheitsbetätigungen zu ermöglichen.⁹⁷⁴ Der Ermessensausfall, den viele beim Ver-

können und bis dahin von offenen Erfolgsaussichten ausgehen – eine Option, bei der der Gesetzgeber geschont worden wäre. Aufgrund des gestiegenen Drucks war dies jedoch keine Option mehr für den Senat. Besonders erwähnenswert im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitstheorie daher der VerfGH des Saarlandes, VerfGH SL v. 31.08.2020 – Lv 15/20, BeckRS 2020, 21205, Rn. 84 ff., der die Regeln zur Kontaktnachverfolgung für verfassungswidrig erklärte mangels hinreichend bestimmter gesetzlicher Grundlage (unter einer Fortgeltungsfrist von drei Monaten).

971 *Kirchhof*, NJW 2020, 1492, der daneben noch zwei weitere Funktionen benennt: die Rechtsgestaltung und die Garantie der Rechtsordnung.

972 Kap. 3, D.

973 Zur Herausforderung für die Judikative *Graser*, RW – Heft 3 2019, 317 (348 ff.).

974 Kap. 5, A. VI; *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (743).

ordnungsgeber kritisierten, oder auch die Untätigkeit des Gesetzgebers im Hinblick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz sollten über das Gericht „repariert“ werden.⁹⁷⁵

Der BayVGH wählte dabei allerdings nicht den Weg, die Maßnahmen trotz geäußerter Zweifel zu suspendieren, sondern arbeitete mit Hinweisen. Das Gericht wurde somit zu einem Medium, über das Antragsteller und Antragsgegner miteinander kommunizieren konnten. Der Gerichtssaal diente nicht nur als Protestbühne, sondern vor allem auch als Plattform zur Kommunikation mit dem Verordnungsgeber⁹⁷⁶ – einem weiteren Merkmal strategischer Gerichtsverfahren. Das soll anhand folgenden Beispiels illustriert werden:

Wie bereits erwähnt,⁹⁷⁷ hatte das StMGP Startschwierigkeiten hinsichtlich der Rechtsetzungstätigkeit. Schließlich mussten Regelungen geschaffen werden, die der Vielfältigkeit des Alltags gerecht wurden, da letztlich fast alle Lebensbereiche reguliert wurden, und dies binnen kürzester Zeit. Dass dabei Fehler passieren, liegt mehr als nahe.⁹⁷⁸ Auf diese Fehler konnte nur im Rahmen der Gerichtsverfahren aufmerksam gemacht werden. Denn eine langfristige, politische wie gesellschaftliche Auseinandersetzung mit den Maßnahmen konnte im Vorfeld nicht stattfinden. Das war nur nachträglich möglich und effektiv auch nur im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Der Verordnungsgeber war dann gezwungen, sich zum Vortrag des Antragstellers zu äußern; ein Mechanismus, der zu Beginn der Pandemie, als es noch keine Begründungspflicht⁹⁷⁹ für die Verordnungen gab, besonders wichtig war. Fehler in der Normsetzung konnten so exponiert und von den Gerichten dann in Form von Hinweisen an den Verordnungsgeber weitergegeben werden.

975 Problematisierend, dass Gerichte diesen Ausfall der anderen Gewalten nicht zu kompensieren vermögen *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (639).

976 Diesen Aspekt untersucht insbesondere *Graser RW* – Heft 3 2019, 317 (330 f.).

977 Kap. 5, A. IV. 5. a).

978 Ein umfassendes monitoring, insbesondere auch in juristischer Hinsicht, kündigte Ministerpräsident *Söder* erst in der Pressekonferenz vom 24.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2YUw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 19:27, an, d.h. erst nach Erlass der umfassenden Beschränkungen und nach dem stattgebenden Beschluss des VG München v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252.

979 Diese wurde erst mit dem 3. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 (BGBl. 2020 S. 2397) in das IfSG mitaufgenommen, § 28a V 1 IfSG.

b) Vermittlungsfunktion

Mit dieser Kommunikationsfunktion der Gerichte geht auch deren Vermittlungsfunktion einher. Das Gericht nahm während der Corona-Krise insgesamt weniger die Rolle des kritischen und unabhängigen Richters ein, sondern die des Hinweisgebers und des Vermittlers zwischen Antragsteller und Antragsgegner. Zwar war die Judikative weiterhin formell gesehen unabhängig, da sie keiner direkten Einflussnahme⁹⁸⁰ durch die Exekutive unterlag. Sie war aber, wie dargelegt, nicht frei von politischen Erwägungen, insbesondere der Staatsräson, so dass sie in dieser Hinsicht nicht unabhängig handelte.

Die Besonderheit des Akteurs Gericht war demnach, dass dieser aus seiner typischen Rolle herausfiel, dabei aber dennoch versuchte, seinem Auftrag nachzukommen und dafür kompetierende Entscheidungsmuster heranzog. Dabei kommen insbesondere den Mustern, die der Zusammenarbeit dienen, eine entscheidende Bedeutung zu. Diese schufen eine Handlungsoption zwischen völligem Laufenlassen und strengem Einschreiten.

3. Die Staatsregierung als Antragsgegner

In gängigen Gerichtsverfahren kommt dem Klagegegner keine besondere Bedeutung zu. Er wird nicht ausgesucht, sondern ist simpel derjenige, gegen den der Kläger einen Anspruch zu haben meint oder der, der eine bestimmte Maßnahmen erlassen hat – so auch bei den Corona-Eilverfahren. Allerdings ist der Antragsgegner normalerweise gekennzeichnet von Passivität und Gestaltungslosigkeit. Hierin unterscheiden sich die Corona-Eilverfahren, in denen der Antragsgegner durch Aktivität und Gestaltungsmöglichkeit im Anschluss an die Verfahren hervorsteht. Bei einem gängigen Verfahren ist dies nicht der Fall – sobald das Verfahren abgeschlossen ist, ist auch insgesamt der Sachverhalt abgeschlossen und somit auch die Beziehung der Beteiligten. Rechtsfrieden wurde hergestellt und der obsiegende Part des Verfahrens konnte auf die Umsetzung der sich aus dem Urteil ergebenden Verpflichtung durch den Unterliegenden warten. Anders hingegen war dies bei den Corona-Eilverfahren. Hier wurde in nicht wenigen Fällen der Obsiegende, d.h. der Ordnungsgeber, tätig und reagierte auf Hinweise des Gerichts. Der Sachverhalt war keineswegs mit Rechtskraft

980 Meyer in Münch/Kunig GG, Art. 98 Rn. 52.

des Beschlusses abgeschlossen, sondern lief danach noch weiter und dies zudem im Sinne der Antragsteller.

Man kann daher feststellen: Wird normalerweise nach einem Urteil der unterlegene Part aktiv, war dies bei nicht wenigen Corona-Eilverfahren der obsiegende. Indem die Staatsregierung im Anschluss an das Gerichtsverfahren aktiv wurde, ist der wichtige Bereich der „abgewiesenen“ Verfahren angesprochen, der sogleich gesondert besprochen wird.⁹⁸¹

4. Die Anwaltschaft und die Öffentlichkeit

Eng verknüpft mit dem Verfolgen außerprozessualer Ziele ist auch die Öffentlichkeitsarbeit bei strategischen Verfahren. Zwar ist solche Öffentlichkeitsarbeit nicht zwingend erforderlich, fördert aber – u.U. sogar in entscheidender Weise –⁹⁸² den Zweck, Veränderung anzustoßen. Durch die mediale Begleitung der Verfahren werden die Missstände, auf die die Initiatoren der Verfahren hinweisen möchten, ins öffentliche Bewusstsein gerückt. Öffentlichkeitsarbeit fördert somit Bewusstsein für die exponierten Fragestellungen, wodurch wiederum Raum für Protest und somit auch Veränderungen geschaffen wird.⁹⁸³ Selbst wenn es dann, wie so häufig bei strategischen Verfahren, zur Abweisung der Klage kommt, kann das „eigentliche Ziel“ auf diesem Weg erreicht werden. Die Medienarbeit kann dabei den entscheidenden Ausschlag geben. Es überrascht daher auch nicht, dass speziell auf strategic litigation spezialisierte Organisationen oft auch über spezielle PR-Abteilungen verfügen, um damit den Diskurs auch auf gesellschaftlicher Ebene – und nicht nur im Gerichtssaal auf juristischer – anzuregen.⁹⁸⁴

Die Corona-Eilverfahren waren zu Beginn wenig medial begleitet, dies nahm aber im Laufe der Zeit zu, schließlich betrafen die Maßnahmen sämtliche sich in Bayern aufhaltende Menschen. Im weiteren Verlauf ga-

981 Kap. 5, B. III.

982 *Däubler* in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 103 (106 f.); *Friedrich*, DÖV 2021, 726 (729) spricht in diesem Zusammenhang vom „Beachtungserfolg“.

983 Die Bedeutung von Öffentlichkeitsarbeit betonen z.B. *Burghardt/Thömmes* Fn. 947, 65 (67); *Däubler*, Fn. 982, 103 (106); *Kessler*, ZfMR 12, 2018, 103 (109).

984 Bspw. die Gesellschaft für Freiheitsrechte, die sich selbst als *die* Organisation für strategische Gerichtsverfahren in Deutschland bezeichnet, <https://freiheitsrechte.org/strategische-klagen/> (Stand 21.09.2023).

ben manche Anwälte Interviews zu ihren Eilverfahren⁹⁸⁵ oder machten die ausgetauschten Schriftsätze einem breiten Publikum zugänglich⁹⁸⁶ und informierten die Öffentlichkeit regelmäßig über den Status ihrer geführten Verfahren.⁹⁸⁷

In Erinnerung gerufen sei an der Stelle auch nochmals Rechtsanwältin *Hamed*, deren Verfahren oftmals auch mediale Beachtung⁹⁸⁸ erfuhren, beispielsweise, nachdem sie beantragte, Kabinettsmitglieder als Zeugen zu vernehmen.⁹⁸⁹ Durch diese öffentliche Inszenierung wurde z.B. das Problem bekannt, dass das StMGP und die Staatskanzlei über keinerlei Akten in Bezug auf die Corona-Maßnahmen verfügten, sodass auch die Ermessensausübung nicht nachvollzogen werden konnte. Zwar lässt sich eine Kausalität nicht beweisen, aber es liegt nahe, dass solche Öffentlichkeitsarbeit – neben anderen Faktoren – auch dazu beitrug, dass die Begründungspflicht für den Verordnungsgeber, § 28a V 1 IfSG, Einzug in das IfSG hielt.⁹⁹⁰

III. Die „abgewiesenen“ Verfahren

Neben diesen besonderen Funktionen der genannten Akteure, zeichnen sich viele der Corona-Eilverfahren speziell durch ihre außerprozessualen Auswirkungen⁹⁹¹ aus, durch welche die Antragsteller ihrem „eigentlichen Ziel“ oftmals doch näherkamen und die gewünschten Änderungen anstießen.

985 Bspw. Anwältin *Hamed*, https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-regeln-in-deutschland-massnahmen-sind-verfassungswidrig-rechtsanwaeltin-uebt-trotz-l ockerungen-deutliche-kritik_id_12012673.html, Student *Stibi*, <https://www.merkur.de/bayern/corona-virus-bayern-regeln-beschwerde-student-bundesverfassungsgericht-grundrecht-benjamin-stibi-dachau-zr-90423918.html> oder Anwalt *Vielmeier*, <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus218069066/Anwalt-ruengt-Corona-Politik-Ich-lasse-mich-nicht-von-Markus-Soeder-daheim-einsperren.html>, der sich zum „Kampf für Freiheit“ herausgefordert fühlte (jeweils Stand 21.09.2023).

986 Bspw. Anwältin *Hamed*, <https://www.ckb-anwaelte.de/aktuelle-corona-verfahren/> (Stand 21.09.2023).

987 Kap. 5, B. II. 1. c) bb).

988 Bspw. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschraenkungen-klage-1.5027566> (Stand 21.09.2023).

989 Kap. 5, B. II. 1. c) bb).

990 Der Gesetzgeber begründete die Einführung damit, dass die Maßnahmen transparent gemacht werden sollen und der Grundrechtsschutz durch prozedurale Anforderungen im Verfahren gesichert werden, vgl. BT-Drs. 19/24334, 81.

991 Kap. 4.

Generell werden Gerichtsverfahren angestrengt, um zu obsiegen. So der Grundsatz, der auch bei strategischen Verfahren greift.⁹⁹² Die weit überwiegende Anzahl strategischer Verfahren enden jedoch, wie auch die Corona-Eilverfahren, mit einer Abweisung. Nicht zwangsläufig ist aber eine Abweisung im Tenor auch eine Niederlage im Tatsächlichen.⁹⁹³ Denn auch mit einem ablehnenden Beschluss kann man seinem eigentlichen Ziel näherkommen, weswegen „abgewiesen“ auch in Anführungszeichen gesetzt wurde. Durch die Verfahren konnte man z.B. seine Rechte artikulieren.⁹⁹⁴ Speziell im Fall der Corona-Eilverfahren ermöglichte die Gerichtsbühne die Kommunikation mit dem Ordnungsgeber, der anschließend entsprechend reagierte. Viele der Verfahren lassen sich daher beschreiben mit dem von *Lobel* im Bereich der strategischen Verfahren geprägten Begriff „success without victory“.⁹⁹⁵

Sieht man sich die bereits angesprochenen eigentlichen Ziele an zeigen auch die abgewiesenen Verfahren umfangreiche Wirkung. Die Antragsteller unterlagen zwar dem Tenor nach, waren aber, gemessen an den Auswirkungen des Verfahrens oder den Entscheidungsgründen, erfolgreich.

Um dies zu veranschaulichen, wurde im Anhang⁹⁹⁶ eine Tabelle aufgeführt, die wichtige Auswirkungen von hier untersuchten Entscheidungen darstellt. Freilich hatte nicht jedes Verfahren dabei solche außerprozessualen Auswirkungen etwa auf die Rechtsetzungstätigkeit. Aber es lassen sich doch einige Entscheidungen identifizieren, die in dieser Hinsicht besonders relevant waren. Diese abgewiesenen, aber dennoch auswirkungsreichen Verfahren wurden bereits vorgestellt.⁹⁹⁷ An ihnen erkennt man, dass die Verfahren nicht mit der gerichtlichen Entscheidung endeten, sondern darüber hinaus Wirkung entfalteten. In nicht wenigen Fällen erhielten die Antragsteller im Anschluss an das Verfahren durch Normänderung oder

992 *Keller/Theurer*, Fn. 940, 53 (54), stellen mehr auf die Offenlegung von strukturellem Unrecht und struktureller Ungleichheit ab. Auf die Ausnahmen von diesem Grundsatz weist *Helmrich*, Fn. 926, (S. 264, Fn. 86) mwN, hin.

993 *Depoorter*, *The Upside of Losing*, *Columbia Law Review* 113, 2013, 817; sowie grundlegend hierzu *Lobel*, Fn. 949.

994 Dies als positiven Aspekt verlorener Verfahren betonen *Graser/Helmrich*, *Blick in die Wissenschaft* 38, 43 (47).

995 *Lobel*, Fn. 949; *ders.*, *Courts as Forums for Protest*, 52 *UCLA Law Review*, 2004, 477 (487 ff.); *Däubler*, Fn. 982, 103 (111), spricht in diesem Zusammenhang allgemein von „verkapptem Sieg“.

996 Anlage B, VI.

997 Kap. 4.

durch die Auslegung des BayVGH das, was sie begehrt hatten, und konnten somit Veränderung anstoßen – auch wenn sie dem Tenor nach unterlagen.

Neben den bereits genannten Beispielen soll noch das Verfahren über das Betreiben einer Hundeschule⁹⁹⁸ vorgestellt werden: Der BayVGH lehnte den Antrag ab und entschied, dass die Antragsteller bereits kein dringendes Bedürfnis für eine einstweilige Anordnung geltend machen konnten, da sie ohnehin nicht unter die Betriebsuntersagung fallen. Zu einer Änderung der Verordnung im Sinne der Antragsteller kam es anschließend nicht; dies war allerdings auch nicht nötig, da der BayVGH die Vorschrift ohnehin im Sinne der Antragsteller auslegte und diese dadurch erhielten, was sie begehrten: die gerichtliche Feststellung, ihre Hundeschule betreiben zu dürfen.

Die abgewiesenen Verfahren wurden bereits eingängig mit der Formel „success without victory“ beschrieben. Daran wird die Bedeutung von Anträgen und Klagen, auch wenn sie aussichtslos erscheinen, ersichtlich: Sogar erfolglose Verfahren können Erfolge produzieren. In Bereichen, in denen viel und auch teilweise hartnäckig geklagt wurde, kam es zu vielfachen Änderungen. In den Bereichen, in denen kaum geklagt wurde, kam es hingegen mangels Drucks zu keiner Änderung, was abschließend noch folgendes Beispiel verdeutlichen werden soll:

Eine besondere grundrechtsintensive Maßnahme war das absolute Besuchsverbot⁹⁹⁹ in Altenheimen und ähnlichen Einrichtungen zu Beginn der Pandemie, beispielsweise § 3 BayIfSMV. Bis zum 09.05.2020¹⁰⁰⁰ durften die dort wohnhaften Senior:innen keinerlei Besuch empfangen, waren also – abgesehen von den ärztlichen Visiten – völlig isoliert von ihren Mitmenschen.¹⁰⁰¹

998 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.953, BeckRS 2020, 10403; Kap. 3, D. I. 1. d) bb).

999 Hierzu *Glaab/Schwedler*, NJW 2020, 1702; *Hufen*, GuP 2020, 93.

1000 Ab dann galt die 4. BayIfSMV (BayMBl. 2020 Nr. 240), die in § 4 II den täglichen Besuch einer Person erlaubte.

1001 Eine Maßnahme, die durchaus die Frage aufkommen lässt, ob damit nicht ein existentielles menschliches Bedürfnis langanhaltend verletzt wird und die Maßnahme daher offensichtlich unverhältnismäßig ist. Nicht umsonst wurde in § 28a II 2 IfSG eingeführt, dass Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 Nummer 15 (= Besuchsverbot in den genannten Einrichtungen) nicht zu einer vollständigen Isolation von einzelnen Personen oder Gruppen führen dürfen und dass ein Mindestmaß an sozialen Kontakten gewährleistet bleiben muss – zwar eine vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur deklaratorische, aber dennoch wichtige Einfügung in das IfSG.

Die Maßnahme wurde, trotz ihrer Isolationswirkung,¹⁰⁰² nur selten angegriffen. Das mag zum daran liegen, dass die Maßnahme von vielen unterstützt wurde, da es um den Schutz vulnerabler Gruppen ging. Plausibler erscheint es jedoch, dass es an tauglichen Antragstellern fehlte: Bewohner:innen der genannten Einrichtungen müssten enorme Ressourcen mobilisieren, um gegen die Maßnahme vorzugehen. Sie müssten sich, sehr wahrscheinlich über ihre Angehörigen, um einen Rechtsbeistand bemühen und überhaupt auch noch geschäftsfähig sein, um das Verfahren im eigenen Namen zu führen. Andernfalls müssten die Angehörigen sich um eine Vertretung bemühen. Hinzu kommen Kosten, die angesichts der hohen Preise solcher Einrichtungen und den oftmals geringen Rentenbezügen eine hohe Belastung sein können; Stichwort Altersarmut. Die Hürden sind dementsprechend deutlich höher als beim Durchschnitt der Gesellschaft.

Obwohl die Maßnahme sehr einschneidend und mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch sehr kritisch zu bewerten war,¹⁰⁰³ wurde dagegen nicht geklagt.¹⁰⁰⁴ Über die (Un)verhältnismäßigkeit eines absoluten Besuchsverbots und somit einer Isolation wurde in Bayern daher gar nicht entschieden. Es verwundert daher auch nicht, dass erst sehr spät¹⁰⁰⁵ Bewegung in diesen Themenkomplex kam. Zum Vergleich: Die Ausgangsbeschränkungen erlaubten zu Beginn alleinstehenden Personen auch nicht das Treffen mit einer weiteren haushaltsfremden Person. Da dieser Punkt speziell vor dem BVerfG vorgetragen wurde, wurde das Argument auch aufgegriffen – obwohl kurz zuvor bereits eine Entscheidung zu den bayerischen Ausgangsbeschränkungen ergangen war –¹⁰⁰⁶ und als Hinweis in den Entscheidungsgründen verpackt. Daraufhin kam es auch zügig zu einer entsprechenden Änderung der Ausgangsbeschränkung.¹⁰⁰⁷

1002 *Degenhart*, https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galleries/s/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf, 3 (10); *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (723), der auch die Menschenwürde, Art. 1 I GG, mit ins Spiel bringt. Die psychische Komponente betonend, *Papier*, GewArch 2022, 350 (352).

1003 Den Aspekt der Menschenwürde betont *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (702) mwN.

1004 Zu Verfahren kam es erst, als das absolute Besuchsverbot bereits gelockert und täglich ein Besucher erlaubt war.

1005 Die Lockerung, § 4 II der 4. BayIfSMV, trat erst zum 09.05.2020 in Kraft – zu einem Zeitpunkt, als man bereits wieder in geöffneten Einkaufsgeschäften „shoppen“ gehen konnte.

1006 Kap. 3, A. I. 4.

1007 Kap. 4, B. III. 1.

IV. Zusammenfassung

Sieht man sich die Akteure, ihre speziellen Funktionen und die Auswirkungen der Verfahren an, kann man an ihnen die Bedeutung strategischer Verfahren während der Krisenzeit erkennen.

Zusammengefasst diente der Gerichtssaal als Kommunikationsplattform und als Bühne, Änderung anzustoßen. Die Verfahren leisteten selbst dann, wenn sich dies nicht im Tenor widerspiegelte, einen wesentlichen Beitrag zur verhältnismäßigen Ausgestaltung einzelner Pandemiebekämpfungsmaßnahmen. Daneben wurden durch die hartnäckig und wiederholt geführten Verfahren auch Druck auf den Ordnungsgeber aufgebaut und somit Veränderungen angestoßen.

Aber nicht nur wurde Druck auf den Ordnungsgeber aufgebaut, sondern auch auf die Gerichte. Indem dieselben Verfahrensgegenstände vermehrt der gerichtlichen Überprüfung zugeführt wurden, gerieten die Gerichte mehr und mehr unter Begründungsdruck; pauschale Argumentationen hatten differenzierteren Mustern zu weichen. Zwar lautete der Tenor oft nach wie vor auf Ablehnung, die Begründungen wurden allerdings ausgewogener und gaben dem Antragsteller nicht selten zwischen den Zeilen Recht, so dass dieser am Ende das erhielt, was er beehrte.

Durch die strategischen Verfahren entstand daher ein eigenständiges System, im Rahmen dessen manche der anfänglichen Entscheidungsmuster entschärft wurden und ein Modus von „Krisenrechtsstaatlichkeit“ entwickelt, um das beschriebene Dilemma, in dem sich die Judikative befand – Konfrontation mit schwerwiegenden Folgen vs. effektive gerichtliche Kontrolle –¹⁰⁰⁸ bestmöglich aufzulösen.

1008 Kap. 5, A. V. 1.

Kapitel 6: Fazit und Ausblick

Die Untersuchung offenbarte¹⁰⁰⁹ nicht nur einen teilweise dispensierten Rechtsstaat,¹⁰¹⁰ sondern auch ein nicht lösbares Dilemma in einer akuten und lebensbedrohlichen Krise: Wie sollen Gerichte wie gewohnt und in strikter Anwendung des Rechts prüfen, wenn sie dabei befürchten müssen, dass suspendierende Entscheidungen den Tod vieler Menschen zur Folge haben könnten?

Diesen gordischen Knoten hat der BayVGh durchschlagen, indem er sich verschiedener Entscheidungsmuster¹⁰¹¹ bediente, wobei die Waagschale zu Lasten des Rechtsschutzes ging, wenn auch teilweise abgemildert durch anmahnende Entscheidungen, die die Entscheidungsträger:innen dazu anhielten, für eine verhältnismäßigere Ausgestaltung von Maßnahmen zu sorgen. Die Entscheidungsmuster belegen dabei auch eindrucksvoll, welchen Aufwand der BayVGh stellenweise betrieb, um keine suspendierenden Entscheidungen treffen zu müssen.¹⁰¹²

Bleibt die Frage, ob dieses Vorgehen angesichts der Krise womöglich sogar notwendig war? Dies kann man unter Hinweis auf die Bindung der Gerichte an rechtsstaatliche Grundsätze, die unbedingt gelten und nicht zwischen Normal- und Krisenzustand unterscheiden, verneinen – nimmt bei dieser Sichtweise aber womöglich den Tod von Menschen in Kauf. Man kann sie aber auch bejahen, um sich Flexibilität bei unvorhersehbaren Ereignissen zu bewahren, und so das Leben von Menschen zu schützen – dann aber um den Preis von rechtsstaatlichen Standards.¹⁰¹³

Eine Antwort liefert auch die vorliegende Untersuchung nicht, exponiert aber das grundlegende Problem. Letztlich wird deutlich, dass es eine Lösung hierfür nicht gibt, sondern man mit der Unzulänglichkeit des Rechtsstaats leben muss, der für solche neuartigen, existentiellen Krisen keine Hilfestellung bereithält.¹⁰¹⁴ Die bereits im Themenaufriß gestellte Frage,

1009 Zu den wesentlichen Befunden siehe den Themenaufriß, Kap. 1, A.

1010 Zum dispensierten Rechtsstaat Kap. 5, A. IV.

1011 Kap. 3, D. I. 1.

1012 Kap. 5, A. IV. 1.

1013 Zu diesem Dilemma Kap. 5, A. V. 1.,

1014 Ähnlich auch *Finke*, Fn. 921. Eine gängige These des Ausnahmeverfassungsrecht geht daher auch davon aus, dass die Gerichtstätigkeit während Krisen stets ähnlich

ob ein Rechtsstaat in so einer Situation überhaupt entsprechend seiner Idealvorstellung funktionieren kann, lässt sich daher wohl nur verneinen.

Bleibt somit abzuwarten und zu beobachten, ob der Schaden am Rechtsstaat wieder heilen wird – wobei vieles dafür spricht.¹⁰¹⁵ Zum einen entstanden die Entscheidungsmuster aus einem verständlichen Anlass, der auch als ausreichend singulär wahrgenommen werden kann. Zum anderen ging der BayVGh als zentrales Gericht der bayerischen Pandemiepolitik innerhalb von drei Monaten wieder weitestgehend in seinen Normalmodus über. Auch die Hauptsacheverfahren könnten sich als Korrektiv erweisen, wie beispielsweise im Fall der Ausgangsbeschränkung, die der BayVGh als rechtswidrig einstufte. Ob eine kritische Prüfung im Rahmen der Hauptsacheverfahren auch weiterhin vollzogen wird, kann aber noch nicht prognostiziert werden, da es noch zu wenige abgeschlossene Hauptsacheverfahren¹⁰¹⁶ gibt.¹⁰¹⁷

Der Duden listet als Synonym für „Krise“ den Begriff „Zeit der Gefährdung“. Die Arbeit hat gezeigt, dass nicht allein Menschenleben gefährdet waren, sondern auch der Rechtsstaat, dass beide Schaden genommen haben und wie der Schutz des einen mitunter nur unter Gefährdung des anderen möglich war.

abläuft: Die Gerichte greifen während der akuten Krisensituation nicht ein und distanzieren sich erst im Nachhinein von ihrer Spruchpraxis, vgl. *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, S. 32, 207 ff.

1015 AA *Gierhake*, *ZRph*, 6-7/2022-2023, 132 (162).

1016 Neben der bereits genannten Entscheidung gab es in Bayern betreffend den BayVGh und den BayVerfGH bisher: BayVerfGH *Entsch. v. 09.02.2021* – Vf. 6-VII-20; BeckRS 2021, 1765 (in Bezug auf Ausgangsbeschränkungen, die der BayVerfGH für verfassungsgemäß erachtete); BayVGh *Beschl. v. 04.10.2021* – 20 N 20.767, BeckRS 2021, 29086 (in Bezug auf Ausgangsbeschränkungen, die der BayVGh für rechtswidrig erachtete); BayVGh *Beschl. v. 07.03.2022* – 20 N 21.1926, BeckRS 2021, 1765 (in Bezug auf das Versammlungsverbot, das der BayVGh für rechtmäßig erachtete).

1017 Bezweifelnd im Hinblick auf die damit einhergehenden Rechtsfolgen – und damit von folgenorientierten Überlegungen der Gerichte ausgehend – *Lepsius*, *JöR*, 69/2021, 705 (735). Verneinend im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Bundesnotbremse (Fn. 151), *Lepsius*, *LTO v. 03.12.2021*. Überraschend auch VG München, *Beschl. v. 11.07.2022* – M 26a K 20.1251 (nicht veröffentlicht), das in der Hauptsache Fortsetzungsfeststellungsinteresse verneinte und die Klage als unzulässig abwies, während es der Antragstellerin im Eilverfahren Recht gab (VG München, *Beschl. v. 24.03.2020* – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126; Kap. 3, A. I. 3. b) aa).

Anlage A: Rechtssetzungen auf Landesebene

A. Verordnungen

Verordnung zur Änderung der Zuständigkeitsverordnung vom 10.03.2020, GVBl. 2020 S. 188, BayMBl. 2020 Nr. 112.

Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24.03.2020, GVBl. 2020 S. 178, BayMBl. 2020 Nr. 130.

Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – BayIfSMV) vom 27.03.2020, GVBl. 2020 S. 196, BayMBl. 2020 Nr. 158; geändert mittels Notbekanntmachung vom 31.03.2020, BayMBl. 2020 Nr. 162.

Verordnung zur Änderung der Bestattungsverordnung vom 08.04.2020, GVBl. 2020 S. 211, BayMBl. 2020 Nr. 191.

Verordnung über Quarantänemaßnahmen für Einreisende zur Bekämpfung des Coronavirus (Einreise-Quarantäneverordnung – EQV), Notbekanntmachung vom 09.04.2020, GVBl. 2020 S. 209, BayMBl. 2020 Nr. 192; geändert mit Verordnung vom 15.05.2020, GVBl. 2020 S. 282, BayMBl. 2020 Nr. 273.

Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (2. BayIfSMV), Notbekanntmachung vom 16.04.2020, GVBl. 2020 S. 214, BayMBl. 2020 Nr. 205; geändert mit Notbekanntmachung vom 21.04.2020, GVBl. 2020 S. 222, BayMBl. 2020 Nr. 210; geändert mit Notbekanntmachung vom 28.04.2020, GVBl. 2020 S. 254, BayMBl. 2020 Nr. 225.

Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (3. BayIfSMV) vom 01.05.2020, GVBl. 2020 S. 2555, BayMBl. 2020 Nr. 239; geändert mit Verordnung vom 07.05.2020, GVBl. 2020 S. 282, BayMBl. 2020 Nr. 247.

Vierte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (4. BayIfSMV) vom 05.05.2020, GVBl. 2020 S. 271, BayMBl. 2020 Nr. 240, berichtigt mit Druckfehlerberichtigung vom 06.05.2020, GVBl. 2020 S. 271, BayMBl. 2020 Nr. 245; geändert mit Verordnung vom 07.05.2020, GVBl. 2020 S. 282, BayMBl. 2020 Nr. 247; geändert mit Verordnung vom 14.05.2020, GVBl. 2020 S. 282, BayMBl. 2020 Nr. 269; geändert mit Verordnung vom 20.05.2020, GVBl. 2020 S. 303, BayMBl. 2020 Nr. 287.

Fünfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (5. BayIfSMV) vom 29.05.2020, GVBl. 2020 S. 303, BayMBl. 2020 Nr. 304; geändert mit Verordnung vom 12.06.2020, GVBl. 2020 S. 326, BayMBl. 2020 Nr. 334; geändert mit Verordnung vom 16.06.2020, GVBl. 2020 S. 326, BayMBl. 2020 Nr. 338.

Verordnung über Quarantänemaßnahmen für Einreisende zur Bekämpfung des Coronavirus (Einreise-Quarantäneverordnung – EQV) vom 15.06.2020, GVBl. 2020 S. 326, BayMBl. 2020 Nr. 335.

B. Allgemeinverfügungen

Allgemeinverfügung des StMGP zum Besuch von Schulen, Kindertageseinrichtungen, Kindertagespflegestellen und Heilpädagogische Tagesstätten vom 06.03.2020, Az. 51-G8000-2020/122-35, BayMBl. 2020 Nr. 111.

Allgemeinverfügung des StMGP zum Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 1.000 Teilnehmern vom 11. März 2020, Az. 51b-G8000-2020/122-45, BayMBl. 2020 Nr. 139.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 13.03. 2020, Az. G51-G8000-2020/122-65, BayMBl. 2020 Nr. 140; geändert mit Allgemeinverfügung vom 21.03.2020, Az. G51-G8000-2020/122-65, BayMBl. 2020 Nr. 166.

Allgemeinverfügung des StMGP und des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Soziales (StMAS) vom 16.03.2020, Veranstaltungsverbote und Betriebsuntersagungen anlässlich der Corona-Pandemie, Az. 51-G8000-2020/122-67, BayMBl. 2020 Nr. 143, geändert mit Allgemeinverfügung vom 25.03.2020, BayMBl. 2020 Nr. 148; aufgehoben mit Allgemeinverfügung vom 03.04.2020, Az. G/6a-G8000-2020/122-184, BayMBl. 2020 Nr. 174.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 13.03.2020, Corona-Pandemie: Einschränkung der Besuchsrechte für Krankenhäuser, Pflege- und Behinderteneinrichtungen, Az. 51b-G8000-2020/122-56, BayMBl. 2020 Nr.141, geändert mit Allgemeinverfügung vom 17.03.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-82, BayMBl. 2020 Nr.146; aufgehoben mit Allgemeinverfügung vom 03.04.2020, Az. G/6a-G8000-2020/122-184, BayMBl. 2020 Nr.174.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 17.03.2020, Corona-Pandemie: Verpflichtung der Laborbetreiber in Bayern zur Meldung der Anzahl der untersuchten Abstriche und Proben sowie der Anzahl der positiven und negativen Befunde an das Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, Az. GZ6a-G8000-2020/122-78, BayMBl. 2020 Nr.144; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 16.04.2020, Az. 51b-G8000-2020/122-211, BayMBl. 2020 Nr. 208.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 17.03.2020, Meldepflicht für Beatmungsgeräte anlässlich der Corona-Pandemie, Az. 51b-G800-2020/122-75, BayMBl. 2020 Nr.145; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 16.04.2020, Az. 51b-G8000-2020/122-211, BayMBl. 2020 Nr.208; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 30.04.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-263, BayMBl. 2020 Nr.236; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 07.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-297, BayMBl. 2020 Nr. 248.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 17.03.2020, Corona-Pandemie: Betretungsverbot für Hochschulen, Az. GZ6a-G8000-2020/122-78, BayMBl. 2020 Nr.147; aufgehoben mit Allgemeinverfügung vom 03.04.2020, Az. G/6a-G8000-2020/122-184, BayMBl. 2020 Nr.174.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 17.03.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie im Bereich der Werkstätten für behinderte Menschen, Förderstätten sowie Berufsbildungs- und Berufsförderungswerke, Az. 51b-G8000-2020/122-80, BayMBl. 2020 Nr.149; geändert mit Allgemeinverfügung vom 20.03.2020, Az. Z6a-G8000-2020/122-100, BayMBl. 2020 Nr.153; geändert mit Allgemeinverfügung vom 16.04.2020, Az. 51b-G8000-2020/122-213, BayMBl. 2020 Nr.206; geändert mit Allgemeinverfügung vom 24.04.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-230, BayMBl. 2020 Nr.222; geändert mit Allgemeinverfügung vom 30.04.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-260, BayMBl. 2020 Nr.237; geändert mit Allgemeinverfügung vom 07.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-292, BayMBl. 2020 Nr.246.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 19.03.2020, Durchführung der Stichwahlen am 29. März 2020 ausschließlich als Briefwahlen anlässlich der Corona-Pandemie, Az. 51b-G8000-2020/122-90, BayMBl. 2020 Nr.150; aufgehoben mit Allgemeinverfügung vom 03.04.2020, Az. G/6a-G8000-2020/122-184, BayMBl. 2020 Nr.174.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 19.03.2020, Corona-Pandemie: Verschiebung elektiver Eingriffe und geplanter Behandlungen in Krankenhäusern, Az. G24-K9000-2020/125, BayMBl. 2020 Nr.151.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 20.03.2020, Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie, Az. Z6a-G8000-2020/122-98, BayMBl. 2020 Nr.152.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 24.03.2020, Notfallplan Corona-Pandemie: Allgemeinverfügung zur Bewältigung erheblicher Patientenzahlen in Krankenhäusern, Az. D4-2484-2-7 und G24-K9000-2020/134, BayMBl. 2020 Nr.164, geändert mit Allgemeinverfügung vom 01.04.2020, Az. D4-2484-2-7 und G24-K9000-2020/134, BayMBl. 2020 Nr.171.

Allgemeinverfügung des StMAS vom 27.03.2020, Besondere Ladenschlusszeiten anlässlich der Corona-Pandemie, Az. I6/0113.03-1/645, BayMBl. 2020 Nr.160, geändert mit Allgemeinverfügung vom 02.04.2020, Az. I6/0113.03-1/645, BayMBl. 2020 Nr.172.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 03.04.2020, Aufhebung überholter Allgemeinverfügungen im Rahmen der Corona-Pandemie, Az. GZ6a-G8000-2020/122-184, BayMBl. 2020 Nr.174.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 03.04.2020, Notfallplan Corona-Pandemie: Regelungen für Pflegeeinrichtungen, Az. GZ6a-G8000-2020/122-183, BayMBl. 2020 Nr.187; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 16.04.2020, Az. 51b-G8000-2020/122-211, BayMBl. 2020 Nr. 208; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 30.04.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-263, BayMBl. 2020 Nr. 236; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 07.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-297, BayMBl. 2020 Nr. 248.

Allgemeinverfügung des StMAS vom 16.04.2020, Ladenschlusszeiten anlässlich der Corona-Pandemie, Az. I6/0113.03-1/645, BayMBl. 2020 Nr. 209, geändert mit Allgemeinverfügung vom 29.04.2020, Az. I6/0113.03-1/645, BayMBl. 2020 Nr. 235.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 09.04.2020, Genehmigung zusätzlicher intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten mit maschineller Beatmungsmöglichkeit in zugelassenen Krankenhäusern, Az. G24a-K9000-2020/177, BayMBl. 202 Nr. 202.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 03.04.2020, Notfallplan Corona-Pandemie: Regelungen für stationäre Einrichtungen für Menschen mit Behinderung, Az. GZ6a-G8000-2020/122-190, BayMBl. 2020 Nr. 203; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 16.04.2020, Az. 51b-G8000-2020/122-211, BayMBl. 2020 Nr. 208; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 30.04.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-263, BayMBl. 2020 Nr. 236; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 07.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-297, BayMBl. 2020 Nr. 248.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 16.04.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie, Az. 51b-G8000-2020/122-216, BayMBl. 2020 Nr. 207.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 24.04.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie, Az. 51b-G8000-2020/122-228, BayMBl. 2020 Nr. 224.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 07.05.2020, Isolation von Kontaktpersonen der Kategorie I und von Verdachtspersonen, Az. G64e-G8390-2020/1277-1, BayMBl. 2020 Nr. 249.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 08.05.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie im Bereich der Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen, Az. GZ6a-G8000-2020/122-295, BayMBl. 2020 Nr. 250.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 08.05.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie im Bereich der Schulen und Heilpädagogischen Tagesstätten, Az. GZ6a-G8000-2020/122-294, BayMBl. 2020 Nr. 251, geändert mit Allgemeinverfügung vom 28.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-342, BayMBl. 2020 Nr. 302.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 08.05.2020, Notfallplan Corona-Pandemie: Allgemeinverfügung zur Bewältigung erheblicher Patientenzahlen in Krankenhäusern, Az. D4-2484-2-7 und G24-K9000-2020/134, BayMBl. 2020 Nr. 253.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 14.05.2020 betreffend Werk- und Förderstätten für Menschen mit Behinderung, Frühförderstellen sowie Berufsbildungs- und Berufsförderungswerke, Az. GZ6a-G8000-2020/122-316, BayMBl. 2020 Nr. 271; geändert mit Allgemeinverfügung vom 20.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-325, BayMBl. 2020 Nr. 286; geändert mit Allgemeinverfügung vom 03.06.2020, Az. G7VZ-G8000-2020/122-354, BayMBl. 2020 Nr. 317; geändert mit Allgemeinverfügung vom 10.06.2020, Az. G7VZ-G8000-2020/122-356, BayMBl. 2020 Nr. 333.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 19.05.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie im Bereich der Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen, Az. G7VZ-G8000-2020/122-326, BayMBl. 2020 Nr. 275.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 22.05.2020, Notfallplan Corona-Pandemie: Regelungen für Pflegeeinrichtungen, Az. G7VZ-G8000-2020/122-327, BayMBl. 2020 Nr. 288.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 22.05.2020, Notfallplan Corona-Pandemie, Regelungen für stationäre Einrichtungen für Menschen mit Behinderung, Az. G7VZ-G8000-2020/122-328, BayMBl. 2020 Nr. 289; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 10.06.2020, Az. G7VZ-G8000-2020/122-361, BayMBl. 2020 Nr. 332; verlängert mit Allgemeinverfügung vom 10.06.2020, Az. G7VZ-G8000-2020/122-361, BayMBl. 2020 Nr. 332.

Allgemeinverfügung des StMGP vom 29.05.2020, Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie im Bereich der Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen, Az. G51b-G8000-2020/122-344, BayMBl. 2020 Nr. 303.

C. Verwaltungsvorschriften, Richtlinien und Bekanntmachungen

Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung, Änderung der Veröffentlichungsbekanntmachung vom 10.03.2020, Az. B II 2 – G 48/13 – 7, BayMBl. 2020 Nr. 114.

Bekanntmachung des StMI vom 16.03.2020, Corona-Pandemie: Feststellung des Katastrophenfalls, Az. D4-2257-3-35, BayMBl. 2020 Nr. 115.

Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie (StMWi) vom 17. März 2020: Richtlinien für die Unterstützung der von der Corona-Virus-Pandemie (SARS-CoV-2) geschädigten Unternehmen und Angehörigen Freier Berufe („Soforthilfe Corona“), Az. 52-3560/33/1, BayMBl. 2020 Nr.156; geändert mit Bekanntmachung vom 01.04.2020, Az. 52-3560/33/2, BayMBl. 2020 Nr.170; geändert mit Bekanntmachung vom 16.04.2020, Az. PGS-3560/33/14, BayMBl. 2020 Nr.204; berichtigt mit Bekanntmachung vom 12.05.2020, Az. PGS-3560/33/14, BayMBl. 2020 Nr. 268; geändert mit Bekanntmachung vom 26.05.2020, Az. PGS-3560/33/14, BayMBl. 2020 Nr. 300.

Verwaltungsvorschrift der Bayerischen Staatsregierung zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) vom 24. März 2020, Az. B II 2 - G17/17 – 2, BayMBl. 2020 Nr. 155.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und des StMGP vom 26.03.2020, Notfallplan Corona-Pandemie: Aufrechterhaltung der Arztversorgung während des festgestellten Katastrophenfalls, Az. D4-2484-2-7 und Az. G 35-G8060-2020/26-16, BayMBl. 2020 Nr. 157

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und StMGP vom 27.03.2020, Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“, Az. C2-21010-2-7 und Z6a-G8000-2020/122-154, BayMBl. 2020 Nr. 159.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und StMGP vom 02.04.2020, Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“, Az. C2-2101-2-7 und Z6a-G8000-2020/122-164, BayMBl. 2020 Nr. 173.

Bekanntmachung des StMWi vom 3. April 2020, Richtlinien für die die Gewährung von Überbrückungshilfen des Bundes für die von der Corona-Virus-Pandemie (SARS-CoV-2) geschädigten Unternehmen und Soloselbstständigen („Corona-Soforthilfen insbesondere für kleine Unternehmen und Soloselbstständige“), Az. PGS-3560/2/1, BayMBl. 2020 Nr. 175.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und StMGP vom 09.04.2020, Bußgeldkatalog „Einreise-Quarantäneverordnung – EQV“, Az. C2-2101-2-7 und GZ6a-G8000-2020/122-207, BayMBl. 2020 Nr. 193.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und StMGP vom 23.04.2020, Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“, Az. C2-2101-2-7 und GZ6a-G8000-2020/122-223, BayMBl. 2020 Nr. 223.

Bekanntmachung des StMGP vom 30.04.2020, Richtlinie über die Gewährung eines Bonus für Pflege- und Rettungskräfte in Bayern (Corona-Pflegebonusrichtlinie – CoBoR), Az. 21-K9000-2020/176-36, BayMBl. 2020 Nr. 238; geändert mit Bekanntmachung vom 15.05.2020, Az. G21-K9000-2020/969, BayMBl. 2020 Nr. 272.

Bekanntmachung des StMGP vom 19.05.2020, Richtlinie zur Gewährung einer Verpflegungspauschale für Krankenhäuser und vergleichbare Einrichtungen (Verpflegungs-R), Az. G31f-G8000-2020/307.35, BayMBl. 2020 Nr. 274.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und StMGP vom 08.05.2020, Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“, Az. C2-2101-2-7 und G7VZ-G8000-2020/122-290, BayMBl. 2020 Nr. 252.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMGP und StMWi vom 14.05.2020, Corona-Pandemie: Hygienekonzept Gastronomie, Az. GZ6a-G8000-2020/122-315, BayMBl. 2020 Nr. 270; geändert mit Bekanntmachung vom 25.05.2020, Az. GZ6a-G8000-2020/122-321, BayMBl. 2020 Nr. 291.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMGP und StMWi vom 22.05.2020, Corona-Pandemie: Hygienekonzept Beherbergung, Az. 51b-G8000-2020/122-331, BayMBl. 2020 Nr. 290.

Bekanntmachung des StMUK vom 27.05.2020, Richtlinien des StMUK für die Gewährung von finanziellen Hilfen für die von der Corona-Virus-Pandemie (SARS-CoV-2) betroffenen freischaffenden Künstlerinnen und Künstler („Künstlerhilfsprogramm“), Az. K.1-K1205.1, BayMBL. 2020 Nr. 301.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMGP und StMWi vom 29.05.2020, Corona-Pandemie: Hygienekonzept Touristische Dienstleister, Az. G51b-G8000-2020/122-345, BayMBL. 2020 Nr. 305.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und StMGP vom 29.05.2020, Corona-Pandemie: Rahmenhygienekonzept Sport, Az. G51b-G8000-2020/122-346, BayMBL. 2020 Nr. 306.

Gemeinsame Bekanntmachung des StMI und des StMGP vom 02.06.2020, Bußgeldkatalog „Corona-Pandemie“, Az. C2-2101-2-7 und GZ6a-G8000-2020/122-341, BayMBL. 2020 Nr. 307.

Bekanntmachung des StMAS, Richtlinie zur Gewährung eines Ersatzes von Elternbeiträgen in der Kindertagesbetreuung aufgrund der Betretungsverbote (Beitragsersatz) vom 02.06.2020, Az. V3/0021.06-3/310, BayMBL. 2020 Nr. 316.

Bekanntmachung des StMGP vom 03.06.2020, Richtlinie über die Gewährung von Vorhaltepauschalen für Privatkliniken nach § 30 Gewerbeordnung (GewO) ohne Zulassungen oder Verträge im Bereich der Sozialversicherungen für die Freihaltung von Kapazitäten zur Bekämpfung der Corona-Pandemie, Az. G21c-K9000-2020/133-25, BayMBL. 2020 Nr. 318.

Bekanntmachung des StMGP vom 03.06.2020, Richtlinie über die Gewährung von Vorhaltepauschalen für Einrichtungen der Vorsorge und Rehabilitation mit Verträgen mit der Gesetzlichen Krankenversicherung im Zuge der Corona-Pandemie, Az. G24a-K9000-2020/471-12, BayMBL. 2020 Nr. 319.

Bekanntmachung des StMGP vom 03.06.2020, Richtlinie über die Gewährung einer Sonderzahlung für besondere Aufwände im Rahmen der stationären Behandlung von COVID-19-Erkrankten, Az. G24a-K9000-2020/470-25, BayMBL. 2020 Nr. 320.

Bekanntmachung des StMGP vom 15.06.2020, Corona-Pandemie: Hygienekonzept für Kinobetriebe, Az. GZ6a-G8000-2020/122-366, BayMBl. 2020 Nr. 336.

Bekanntmachung des StMI vom 16.06.2020, Corona-Pandemie: Feststellung des Endes der Katastrophe in Bayern, Az. D4-2257-3-35, BayMBl. 2020 Nr. 337.

Anlage B: Verzeichnis Gerichtsentscheidungen

Im Folgenden werden die im Empirie-Teil aufgeführten und die in der Arbeit besprochenen Entscheidungen in einer Tabelle aufgelistet. Relevante Entscheidungen, die in der Arbeit vertieft besprochen werden, werden fett markiert. Sofern keine Fundstelle angegeben wird, wurde die entsprechende Entscheidung nicht veröffentlicht, weswegen nur das Aktenzeichen angegeben wird. Die mit * markierten Entscheidungen lassen nicht erkennen, ob die Ablehnung nun als unzulässig oder als unbegründet erfolgte. Sie wurden im Empirie-Teil als unbegründet gezählt.

A. Verwaltungsgerichte

I. Ansbach

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
27.03.2020	BeckRS 2020, 6129	Unbegründet	Allgemeinverfügung Ausgangsbeschränkung	
11.04.2020	BeckRS 2020, 12204	Unbegründet	Versammlung	
24.04.2020	AN 18 E 20.00771	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	AN 18 E 20.00772	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	AN 18 E 20.00773	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	AN 18 E 20.00745	Unbegründet	800m ²	
25.04.2020	BeckRS 2020, 7124	Begründet	Allgemeinverfügung Zurückstellen OP	
26.04.2020	BeckRS 2020, 6627	Unbegründet	800m ²	BayVGH 04.05.2020 – 20 CE 20.960
29.04.2020	BeckRS 2020, 7675	Unzulässig	800m ²	
30.04.2020	BeckRS 2020, 10412	Begründet	800m ²	

Anlage B: Verzeichnis Gerichtsentscheidungen

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
04.05.2020	BeckRS 2020, 10413	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
07.05.2020	BeckRS 2020, 10415	Unzulässig	800m ²	
08.05.2020	BeckRS 2020, 10414	Unbegründet	Veranstaltungsverbot	
15.05.2020	BeckRS 2020, 10416	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
15.05.2020	BeckRS 2020, 10417	Unbegründet	Kontaktdatenerfassung	
18.05.2020	BeckRS 2020, 10881	Unbegründet	Veranstaltungsverbot	
20.05.2020	BeckRS 2020, 10883	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
29.05.2020	BeckRS 2020, 18617	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
05.06.2020	BeckRS 2020, 15421	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
08.06.2020	AN 18 E 20.01064	Unzulässig	Betriebsuntersagung	BayVGH 25.06.2020 – 20 CE 20.1448

II. Augsburg

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
27.03.2020	AU 9 S 20.576	Unzulässig	Allgemeinverfügung vom 20.03.2020	
24.04.2020	BeckRS 2020, 10632	Unbegründet	800m ²	
27.04.2020	BeckRS 2020, 10637	Unzulässig	800m ²	
28.04.2020	AU 9 E 20.720	Unzulässig	Maskenpflicht	
30.04.2020	AU 9 E 20.750	Unbegründet	Versammlung	BayVGH 07.05.2020 – 10 CE 20.1021
05.05.2020	AU 9 E 20.760	Begründet	800m ²	
05.05.2020	BeckRS 2020, 10946	Unzulässig	800m ²	
06.05.2020	BeckRS 2020, 10939	Begründet	800m ²	

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
18.05.2020	BeckRS 2020, 13052	Begründet	Betriebsuntersagung	
20.05.2020	BeckRS 2020, 11926	Unbegründet	Allgemeinverfügung Reihentestung	
20.05.2020	BeckRS 2020, 12211	Unbegründet	Beschulung in Präsenz	
27.05.2020	BeckRS 2020, 10634	Begründet	Betriebsuntersagung	
05.06.2020	AU 9 E 20.907	Unzulässig	Maskenpflicht	
15.06.2020	AU 9 E 20.939	Unbegründet	Maskenpflicht	
16.06.2020	BeckRS 2020, 18408	Unzulässig	Betriebsuntersagung	

III. Bayreuth

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
27.04.2020	BeckRS 2020, 10922	Begründet	800m ²	
27.04.2020	BeckRS 2020, 10923	Begründet	800m ²	
08.05.2020	BeckRS 2020, 10927	Unbegründet	800m ²	BayVGH 17.06.2020 – 20 CE 20.1238
20.05.2020	B 7 E 20.452	Unzulässig	Versammlung	
22.05.2020	BeckRS 2020, 10929	Begründet	Versammlung	BayVGH 22.05.2020 – 10 CS 20.1237
26.05.2020	BeckRS 2020, 10926	Unbegründet	Betriebsuntersagung	

IV. München

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand	Verfahrensgang
20.03.2020	BeckRS 2020, 4617	Unbegründet	Betriebsuntersagung	BayVGH 30.03.2020 – 20 CS 20.611
20.03.2020	BeckRS 2020, 6266	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
24.03.2020	BeckRS 2020, 6126	Begründet	Ausgangsbeschränkung u.a.	BayVGH 02.04.2020 – 20 CS 20.630
24.03.2020	BeckRS 2020, 4632	Begründet	Ausgangsbeschränkung u.a.	BayVGH 02.04.2020 – 20 CS 20.619
26.03.2020	BeckRS 2020, 22619	Unbegründet	Maskenpflicht	
31.03.2020	BeckRS 2020, 6752	Unbegründet	Betriebsuntersagung	BayVGH 14.04.2020 – 20 CE 20.725
09.04.2020	BeckRS 2020, 7188	Unbegründet	Versammlung	BayVGH 09.04.2020 – 20 CE 20.755
16.04.2020	BeckRS 2020, 7963	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung	
17.04.2020	BeckRS 2020, 50656	Begründet	Versammlung	BayVGH 17.04.2020 – 20 CE 20.811
24.04.2020	BeckRS 2020, 7967	Unzulässig	Betriebsuntersagung u.a.	
27.04.2020	BeckRS 2020, 22622	Unbegründet	Allgemeinverfügung Unterrichtsverbot	
28.04.2020	BeckRS 2020, 7965	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung	BayVGH 18.05.2020 – 20 CS 20.1056 und BVerfG 09.06.2020 – 1 BeckRS 2020, 1230/20
28.04.2020	BeckRS 2020, 9824	Unbegründet	Allgemeinverfügung Unterrichtsverbot	
30.04.2020	BeckRS 2020, 7868	Begründet	Ausgangsbeschränkung	
30.04.2020	BeckRS 2020, 50802	Begründet	Versammlung	BayVGH 30.04.2020 – 10 CS 20.999
05.05.2020	M 26 E 20.1734	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung	
06.05.2020	BeckRS 2020, 22620	Unzulässig	Maskenpflicht	
07.05.2020	BeckRS 2020, 8633	Unzulässig	Maskenpflicht	

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
11.05.2020	BeckRS 2020, 8634	Begründet	Betriebsuntersagung	
11.05.2020	BeckRS 2020, 8635	Begründet	Betriebsuntersagung	
15.05.2020	BeckRS 2020, 8617	Unbegründet	Versammlung	
22.05.2020	BeckRS 2020, 50798	Unbegründet	Versammlung	BayVGH 22.05.2020 – 10 CE 20.1236
27.05.2020	BeckRS 2020, 22621	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
27.05.2020	BeckRS 2020, 11259	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
28.05.2020	BeckRS 2020, 14006	Begründet	Betriebsuntersagung	
28.05.2020	BeckRS 2020, 11262	Begründet	Betriebsuntersagung	
29.05.2020	BeckRS 2020, 10655	Unbegründet	Versammlung	BayVGH 29.05.2020 – 10 CE 20.1291
03.06.2020	BeckRS 2020, 12094	Begründet	Betriebsuntersagung	
03.06.2020	BeckRS 2020, 12098	Begründet	Betriebsuntersagung	

V. Regensburg

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
24.04.2020	RO 14 E 20.685	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	RN 14 E 20.678	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	RO 14 E 20.679	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	BeckRS 2020, 7820	Unbegründet	800m ²	
24.04.2020	BeckRS 2020, 7824	Begründet	Versammlung	
27.04.2020	BeckRS 2020, 7225	Begründet	800m ²	BayVGH 30.04.2020 – 20 CE 20.951 und BayVGH 04.05.2020 – 20 CE 20.951

Anlage B: Verzeichnis Gerichtsentscheidungen

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
28.04.2020	BeckRS 2020, 7826	Begründet	800m ²	
29.04.2020	BeckRS 2020, 7821	Unbegründet	Aufnahmestopp Patienten	
30.04.2020	BeckRS 2020, 7828	Begründet	Versammlung	BayVGH 30.04.2020 – 10 CS 20.1000
04.05.2020	RO 14 E 20.707	Unzulässig	800m ²	BayVGH 15.06.2020 – 20 CE 20.1248
05.05.2020	BeckRS 2020, 7827	Begründet	800m ²	
06.05.2020	BeckRS 2020, 8472	Begründet	800m ²	
26.05.2020	BeckRS 2020, 10631	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
12.06.2020	BeckRS 2020, 12192	Begründet	Betriebsuntersagung („Wellnessentscheidung“)	BayVGH 18.06.2020 – 20 CE 20.1388

VI. Würzburg

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
06.04.2020	BeckRS 2020, 5659	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung	
24.04.2020	BeckRS 2020, 6632	Begründet	800m ²	
24.04.2020	BeckRS 2020, 6633	Begründet	800m ²	
30.04.2020	BeckRS 2020, 7901	Unbegründet	Allgemeinverfügung Zurückstellen OP	

B. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

I. Eil-Normenkontrollverfahren

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand	Verfahrensgang
30.03.2020	BeckRS 2020, 4618	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung u.a.	BayVGH 06.04.2020 – 20 NE 20.703 und BVerfG 09.04.2020 – 1 BvR 802/20
08.04.2020	20 NE 20.665	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung	
09.04.2020	BeckRS 2020, 5451	Unbegründet	Gottesdienstverbot	
09.04.2020	BeckRS 2020, 5414	Unbegründet	Gottesdienstverbot	
09.04.2020	BeckRS 2020, 5449	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung	
09.04.2020	BeckRS 2020, 6515	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung	
10.04.2020	BeckRS 2020, 5446	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung	
14.04.2020	BeckRS 2020, 6749	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
14.04.2020	20 NE 20.751	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung und Betriebsuntersagung u.a.	
14.04.2020	BeckRS 2020, 6760	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung und Betriebsuntersagung u.a.	
16.04.2020	BeckRS 2020, 6314	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
22.04.2020	20 NE 20.837	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
27.04.2020	BeckRS 2020, 6630	Begründet	800m ²	
28.04.2020	BeckRS 2020, 7227	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung	BVerfG 01.05.2020 – 1 BvR 996/20 und BayVGH 06.05.2020 – 20 NE 20.1032
28.04.2020	20 NE 20.822	Unzulässig	Betriebsuntersagung	
28.04.2020	20 NE 20.824	Unzulässig	Betriebsuntersagung	

Anlage B: Verzeichnis Gerichtsentscheidungen

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand	Verfahrensgang
30.04.2020	BeckRS 2020, 7224	Unbegründet	Erlass Hängebeschluss	
05.05.2020	BeckRS 2020, 7969	Unbegründet	Maskenpflicht	
07.05.2020	BeckRS 2020, 7701	Unbegründet	Maskenpflicht	
07.05.2020	20 NE 20.936	Unbegründet	Maskenpflicht	
07.05.2020	BeckRS 2020, 8313	Unbegründet	Maskenpflicht	
11.05.2020	BeckRS 2020, 8311	Unbegründet	Maskenpflicht	
12.05.2020	BeckRS 2020, 8471	Unbegründet	Maskenpflicht	
15.05.2020	BeckRS 2020, 9826	Unbegründet	Maskenpflicht	
20.05.2020	20 NE 20.1046	Unbegründet	Enreisequarantäne	
20.05.2020	20 NE 20.1047	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung	
26.05.2020	BeckRS 2020, 10401	Unbegründet	Besuchsverbot Krankenhaus u.a.	BayVGH 15.06.2020 – 20 NE 20.1360
26.05.2020	BeckRS 2020, 10399	Unbegründet	Besuchsverbot Krankenhaus u.a.	
26.05.2020	BeckRS 2020, 10400	Unbegründet	Besuchsverbot Krankenhaus u.a.	
29.05.2020	BeckRS 2020, 10402	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
29.05.2020	BeckRS 2020, 10403	Unbegründet	Betriebsuntersagung („Hundeschule“)	
29.05.2020	BeckRS 2020, 10397	Unbegründet	Maskenpflicht	
29.05.2020	BeckRS 2020, 10404	Unbegründet	Betriebsuntersagung („Hundeschule“)	
29.05.2020	BeckRS 2020, 10750	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
02.06.2020	20 NE 20.987	Unzulässig	Maskenpflicht	
04.06.2020	20 NE 20.1163	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
04.06.2020	BeckRS 2020, 14610	Unbegründet	Maskenpflicht	

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
04.06.2020	BeckRS 2020, 14609	Unbegründet	Maskenpflicht	
08.06.2020	BeckRS 2020, 12008	Unbegründet	Veranstaltungsverbot	
08.06.2020	BeckRS 2020, 12006	Unbegründet	Mindestabstand	
10.06.2020	BeckRS 2020, 12010	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
10.06.2020	BeckRS 2020, 14608	Unbegründet	Maskenpflicht	
12.06.2020	20 NE 20.1342	Unbegründet	Kontaktbeschränkung	

II. Beschwerdeverfahren

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
30.03.2020	BeckRS 2020, 4616	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
09.04.2020	BeckRS 2020, 6313	Begründet	Versammlung	
14.04.2020	BeckRS 2020, 6751	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
17.04.2020	20 CE 20.811	Unbegründet	Versammlung	
30.04.2020	BeckRS 2020, 9460	Begründet	Versammlung	
30.04.2020	BeckRS 2020, 9489	Unbegründet	Versammlung	
04.05.2020	BeckRS 2020, 7698	Unbegründet	Betriebsuntersagung	
04.05.2020	BeckRS 2020, 7226	Begründet	800m ²	
18.05.2020	BeckRS 2020, 9823	Unbegründet	Unterrichtsverbot	09.06.2020 – 1 BvR 1230/20
22.05.2020	BeckRS 2020, 14529	Unbegründet	Versammlung	
22.05.2020	BeckRS 2020, 14520	Unbegründet	Versammlung	
29.05.2020	BeckRS 2020, 25571	Unbegründet	Versammlung	

III. Anhörungsrügen

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand	Verfahrensgang
06.04.2020	20 NE 20.703	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung u.a.	BVerfG 09.04.2020 – 1 BvR 802/20
06.05.2020	20 NE 20.1032	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung	
15.06.2020	BeckRS 2020, 12886	Unbegründet	Besuchsverbot Krankenhaus u.a.	

C. Bayerischer Verfassungsgerichtshof

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand
26.03.2020	BeckRS 2020, 4602	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung
24.04.2020	BeckRS 2020, 6617	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung
08.05.2020	BeckRS 2020, 8029	Unbegründet	3. BayIfSMV
15.05.2020	BeckRS 2020, 8650	Unbegründet	4. BayIfSMV
08.06.2020	BeckRS 2020, 11735	Begründet	5. BayIfSMV

D. Bundesverfassungsgericht

I. In Bayern angesiedelt

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand
07.04.2020	BeckRS 2020, 5317	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung
09.04.2020	BeckRS 2020, 5618	Unzulässig	Versammlung
09.04.2020	BeckRS 2020, 5596	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung
09.04.2020	BeckRS 2020, 5620	Unbegründet	Versammlung
10.04.2020	BeckRS 2020, 418	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung
10.04.2020	BeckRS 2020, 5621	Unzulässig	Feststellung Gefährdung BRD
10.04.2020	BeckRS 2020, 5586	Unzulässig	Feststellung Gefährdung BRD
15.04.2020	1 BvQ 25/20	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung der Länder
18.04.2020	BeckRS 2020, 6174	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung
24.04.2020	BeckRS 2020, 6581	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung und Betriebsuntersagung
29.04.2020	BeckRS 2020, 7210	Unbegründet	800m ²

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>
01.05.2020	BeckRS 2020, 7220	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung
05.05.2020	1 BvQ 40/20	Unzulässig	2. BayfSM
12.05.2020	BeckRS 2020, 8419	Unzulässig	Bund-Länder-Beschluss vom 15.04.2020 (gegen Lockerung)
13.05.2020	BeckRS 2020, 8418	Unzulässig	Kontaktbeschränkungen u.a.
27.05.2020	1 BvQ 57/20	Unzulässig	Maskenpflicht
27.05.2020	BeckRS 2020, 13076	Unzulässig	Corona-Verordnungen der Länder
03.06.2020	BeckRS 2020, 11760	Unzulässig	Ausgangsbeschränkung
05.06.2020	1 BvQ 65/20	Unbegründet*	Betriebsuntersagung
09.06.2020	BeckRS 2020, 11921	Unzulässig	Unterrichtsverbot
11.06.2020	BeckRS 2020, 12066	Unzulässig	Versammlung

II. Besprochene bedeutende Verfahren außerhalb Bayerns angesiedelt

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>
10.04.2020	BeckRS 2020, 5589	Unbegründet	Gottesdienstverbot
15.04.2020	BeckRS 2020, 5766	Begründet	Versammlung

E. Hauptverfahren

I. BayVGH

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>	<i>Verfahrensgang</i>
04.10.2021	BeckRS 2021, 29086	Begründet	Ausgangsbeschränkung	BVerwG v. 22.11.2022 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403.
07.03.2022	BeckRS 2022, 5016	Unbegründet	Versammlungsverbot	Revision eingelegt

II. BayVerfGH

<i>Datum</i>	<i>Az./Fundstelle</i>	<i>Tenor</i>	<i>Verfahrensgegenstand</i>
09.02.2021	BeckRS 2021, 1765	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung

III. BVerfG

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand
19.11.2021	BeckRS 2021, 36514	Unbegründet	„Bundesnotbremse I“; insbes. Ausgangsbeschränkung
19.11.2021	BeckRS 2021, 3649	Unbegründet	„Bundesnotbremse II“; Schulschließungen
27.04.2022	BeckRS 2022, 10780	Unbegründet	Einrichtungsbezogene Impfpflicht

IV. BVerwG

Datum	Az./Fundstelle	Tenor	Verfahrensgegenstand	Verfahrensgang
07.07.2022	1 WB 2.22 u.a.; BeckRS 2022, 16274	Unbegründet	Covid Impfpflicht für Soldaten	
22.11.2022	3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403	Begründet	Bayerische Ausgangsbeschränkung	
16.05.2023	3 CN 4.22, BeckRS 2023, 26992 und 5.22, BeckRS 2023, 10364.	Unbegründet	Schließung Gastronomiebetriebe (saarländische Verordnung)	

F. Wichtige Gerichtsentscheidungen und die Reaktionen hierauf

Gericht	Datum	Fundstelle/Az.	Tenor	Verfahrensgegenstand	Hinweise des Gerichts	Reaktionen
VG M	24.03.2020	BeckRS 2020, 6126	Begründet	Ausgangsbeschränkung u.a.	<ul style="list-style-type: none"> – Verstoß gegen Zitiergebot – Allgemeinverfügung falsche Handlungsform 	<ul style="list-style-type: none"> – Änderung IfSG – Erlass Verordnung anstelle Allgemeinverfügung – Pressemitteilung Gericht: „Formeller Fehler“ – PK Söder: „Rechtsgrundlage verbessert“
BayVGH	30.03.2020	BeckRS 2020, 4618	Unbegründet	Ausgangsbeschränkung	<ul style="list-style-type: none"> – Abstandsgebot entfaltet keine Regelungswirkung – Mangels infektiönschutzrechtlicher Relevanz keine Kompetenz – Apell, Kontakte zu vermeiden, neben physischen Kontakten auch auf soziale Kontakte zu erweitern – keine wirksame OWI-Bewehrung 	<ul style="list-style-type: none"> – Änderung Bußgeldkatalog: Verstoß gegen Abstandsgebot rausgenommen – Änderung Apell: „und soziale Kontakte“ gestrichen – Neue VO enthält Verweis auf OWI Bewehrung – PK Söder: „Sensible Ahndung“ – Im Übrigen siehe BVerfG 09.04.2020 – 1 BvR 802/20

F. Wichtige Gerichtsentscheidungen und die Reaktionen hierauf

BVerf G	09.04.2020	BeckRS 2020, 5596	Unbe-gründet	Ausgangsbeschränkung	– Maßnahme trifft Alleinstehende im besonderen Maße	– Änderung Ausgangsbeschränkung: Ausgang mit einer haushaltsfremden Person erlaubt – PK Söder: „Vertretbare Lockerung“
BayV GH	09.04.2020	BeckRS 2020, 6515	Unbe-gründet	Ausgangsbeschränkung	– Notbekanntmachungsvoraussetzungen voraussichtlich nicht gegeben	– Änderung LStVG: Verpflichtende von bewehrten VÖen im GVBl. gestrichen – Notbekanntmachungsregeln erleichtert
BVerf G	10.04.2020	BeckRS 2020, 5589	Unbe-gründet	Gottesdienstverbot	Hinweis auf Evaluationspflicht: ggf. Gottesdienst unter Auflagen	– Gottesdienstverbot wird auf Bu-Lä-Konferenz erstmals diskutiert – Söder: „Wichtiges Recht der Religionsausübung“ – Ministerrat Bayern 16.04.2020: Lockerungsschritte Gottesdienstverbot werden beschlossen
BVerf G	15.04.2020	BeckRS 2020, 5766	Unbe-gründet	Versammlungsverbot	Bedeutung von Art. 8 I GG betont	– Vermehrt Beschwerdeverfahren im Bereich Versammlungsverbot – Anträge bei Gericht mit deutlich höheren Teilnehmer:innenzahlen, woraus geschlossen werden kann, dass sich die zugrundeliegende Verwaltungspraxis geändert hatte und Versammlungen öfter genehmigt wurden
BayV GH	27.04.2020	BeckRS 2020, 6630	Begründet	800m ²	– Verstoß gegen Art. 3 I GG durch aktuelle Ausgestaltung 800m ² -Regelung – Im Übrigen: Verkleinerung Geschäfte auf 800m ² zulässig	– Änderung Verordnung unter Berücksichtigung Vorgaben BayVGH – Weniger Feststellungsanträge vor den Verwaltungsgerichten aufgrund zweiten Hinweises
BayV GH	28.04.2020	BeckRS 2020, 7227	Unbe-gründet	Ausgangsbeschränkung	– Triftiger Grund: Alles, was der Bedürfnisbefriedigung dient	– Änderung Ausgangsbeschränkung in Kontaktbeschränkung – Interview Söder: „Erleichterung“
BayV GH	05.05.2020	BeckRS 2020, 7969	Unbe-gründet	Maskenpflicht	– Bedenken hinsichtlich Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da Maskenpflicht ohne Ausnahmen ausgestaltet ist	– Aufnahme Befreiungsmöglichkeiten von Maskenpflicht bei medizinischer Kontraindikation in VO
VG AU	27.05.2020	BeckRS 2020, 10634	Begründet	Betriebsuntersagung	– Verstoß gegen Art. 3 I GG aufgrund unterschiedlicher Öffnungszeiten Innen- und Außengastronomie	– Angleichung der Öffnungszeiten vorgezogen
VG R	12.06.2020	BeckRS 2020, 12192	Begründet	Betriebsuntersagung („Wellnessentscheidung“)	– Vollständige Schließung Wellnesseinrichtung nicht mehr erforderlich	– Öffnung Wellness- und Saunangebote (obwohl BayVGH Antrag im Beschwerdeverfahren als unzulässig abwies!)

Literaturverzeichnis

- Abdulsalam, Maryam Kamil*, Die Stunde der Exekutive: Ein Wendepunkt im Umgang mit Tatsachen?, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 487.
- Aligbe, Patrick*, Neues Infektionsschutzrecht im Zweiten Gesetz zur epidemischen Lage von nationaler Tragweite, *ARP* 2020, 182.
- Amhaouach, Lamia*, Doch keine Richtungsweisung für künftige Corona-Maßnahmen, *Recht und Politik*, Jahrgang 58, Heft 1, 2022, 74.
- Antweiler, Clemens*, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentums-eingriff und Entschädigung, *NVwZ* 2020, 584.
- Arzt, Clemens*, Versammlungsfreiheit unter Druck. Verwaltungsgerichtlicher Schutz des Art. 8 GG in der Corona-Pandemie, *VerfBlog* v. 12.01.2022, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/> (Stand 21.09.2023).
- Bamberger, Christian/Pieper, Nils*, Corona und die unbekannte Gefahr, *NVwZ* 2022, 38.
- Barczak, Tristan*, Die „Stunde der Exekutive“. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel, *Recht und Politik*, Jahrgang 56, Heft 4, 2020, 458.
- Bayer, Thomas*, Die bayerischen Maßnahmen zur Bewältigung der Corona-Pandemie im Lichte der Rechtsprechung – eine erste Übersicht, *KommP* 2020, 290.
- Bender, Philipp*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Gottesdienstverbote durch Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus, *NVwZ-Extra* 9b/2020.
- Bethge, Johannes*, Ausgangssperre, *VerfBlog* v. 24.03.2020, <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/> (Stand 21.09.2023).
- Berkemann, Jörg*, Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht, in *Jakob, Raimund/Rehbinder, Manfred* (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtspsychologie*, Berlin, 1987, S. 135 (zitiert: *Berkemann* in *Jakob/Rehbinder* (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtspsychologie*).
- Blankenagel, Alexander*, Did constitution matter?, *JZ* 2021, 702.
- Böhme-Nefßler, Volker*, Das Parlament in der Pandemie, *DÖV* 2021, 243.
- Ders.*, Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung? Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Verhältnismäßigkeit in Zeiten von Corona, *NVwZ* 2021, 670.
- Bülow, Karoline/Schiebel, Britta*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in der Corona-Krise, *DRiZ* 2020, 176.
- Burghardt, Boris/Thönnies, Christian*, Die Gesellschaft für Freiheitsrechte, in *Graser, Alexander/Helmrich, Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, Baden-Baden, 2019, S. 65 (zitiert *Burghardt/Thönnies* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*).
- Burgi, Martin*, Mehr Rechtsschutz wagen in und nach dieser Pandemie, *GewArch* 2021, 217.

- Brackelmann, Bastian*, Strategisch geführte Gerichtsverfahren des Gewerkschaftlichen Centrums für Revision und Europäisches Recht, in *Graser, Alexander/Helmrich, Christian* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, Baden-Baden, 2019, S. 81 (zitiert: *Brackelmann* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*).
- Brocker, Lars*, Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie. Sind verordnungsvertretende Gesetze nach Art. 80 IV GG geeignet, den Parlamentsvorbehalt in der Krise zu gewährleisten?, *NVwZ* 2020, 1485.
- Brüning, Christoph/Thomsen, Frederik*, Not kennt ein Gebot: Gewaltenteilung in Zeiten einer Pandemie, *NVwZ* 2021, 1183.
- Däubler, Wolfgang*, Strategische Prozessführung – Erfolge, Misserfolge und mögliche Determinanten, in *Graser, Alexander/Helmrich, Christian* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, Baden-Baden, 2019, S. 103 (zitiert: *Däubler* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*).
- Degenhart, Christoph*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, mit Bezügen zum Europarecht, 37. Aufl., Heidelberg, 2021 (zitiert: *Degenhart*, Staatsrecht I).
- Ders.*, Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG, *NJW* 2022, 123.
- Ders.*, Krisen – Herausforderung für Staat und Recht, Beobachtungen zur Zeit No. 22, abrufbar unter https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galleries/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf (Stand 21.09.2023).
- Depoorter, Ben*, The Upside of Losing, *Columbia Law Review* 113, 2013, 817.
- Detterbeck, Steffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 20. Aufl., München, 2022 (zitiert: *Detterbeck*, Allg. VerwR).
- Dreier, Horst*, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, *DÖV* 2021, 239.
- Eckart, Christian/Winkelmüller, Michael*, BeckOK Infektionsschutzrecht, 12. Edition, Stand 01.07.2022, München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK IfSG).
- Edenharter, Andrea*, Freiheitsrechte ade? Die Rechtswidrigkeit der Ausgangssperre in der oberpfälzischen Stadt Mitterteich, *VerfBlog* v. 19.03.2020, <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> (Stand 21.09.2023).
- Dies.*, Grundrechtseinschränkungen in Zeiten der Corona-Pandemie, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 555.
- Eibenstein, Henrik*, Kein zweiter Shutdown von Art. 8 I GG, *NVwZ* 2020, 1811.
- Eibenstein, Henrik/Greve, Holger*, „Corona-Spaziergänge“ und die Versammlungsfreiheit, *NVwZ* 2022, 377.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, BeckOK Grundgesetz, 51. Edition, Stand 15.05.2022, München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK GG).
- Erdmann, Max*, Kohärenz in der Krise?, *NVwZ* 2020, 1798.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, durchgesehen und ergänzte Aufl., Frankfurt a.M., 1972 (zitiert: *Esser*, Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972).

- Fährmann, Jan/Aden, Hartmut/Arzt, Clemens*, Versammlungsfreiheit – auch in Krisenzeiten!, *VerfBlog* v. 15.04.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-auch-in-krisenzeiten/> (Stand 21.09.2023).
- Feichtner, Isabell*, Politische Verfassungsrechtswissenschaft und ihre Verantwortung, *VerfBlog* v. 04.04.2021, <https://verfassungsblog.de/politische-verfassungsrechtswissenschaft-und-ihre-verantwortung/> (Stand 21.09.2023).
- Ferreau, Frederik*, Shutdown-Lockerung durch die Judikative? Die künftige Prüfung der Erforderlichkeit von Infektionsschutzmaßnahmen, *JuWissBlog* Nr. 56/2020 v. 14.04.2020, <https://www.juwiss.de/56-2020/> (Stand 21.09.2023).
- Finke, Jasper*, Krisen als Normalität, *VerfBlog* v. 30.03.2020, <https://verfassungsblog.de/krisen-als-normalitaet/> (Stand 21.09.2023).
- Frankenberg, Kiyomi*, Prävention als Verhältnismäßigkeitsproblem, *NVwZ* 2021, 1427.
- Frankenberg, Günter*, Covid-19 und der juristische Umgang mit Ungewissheit, *VerfBlog* v. 25.04.2020, <https://verfassungsblog.de/covid-19-und-der-juristische-umgang-mit-ungewissheit/> (Stand 21.09.2023).
- Friedrich, Carl Joachim*, Die Staatsräson im Verfassungsstaat, München, 1961 (zitiert: *Friedrich*, Die Staatsräson im Verfassungsstaat, 1961).
- Friedrich, Lutz*, Gemeinwohl vor Gericht: Chancen und Risiken öffentlich-rechtlicher „Public Interest Litigation“, *DÖV* 2021, 726.
- Ders.*, Politischer Druck durch Rechtsschutz – Auf dem Weg zur öffentlich-rechtlichen „Public Interest Litigation“?, in *Huggins, Benedikt* (Hrsg.), *Zugang zu Recht: 61. Junge Tagung Öffentliches Recht: Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten*, Baden-Baden, 2021, 219 (zitiert: *Friedrich* in *Huggins* (Hrsg.), *Zugang zu Recht*).
- Froese, Judith*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Krise, *DÖV* 2022., 389.
- Gerhardt, Jens*, Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in *Gerhardt* IfSG).
- Gierhake, Kathrin*, Ist das Recht suspendiert worden?, *ZRph*, 6-7/2022-2023, 132.
- Glaab, Sarah/Schwedler, Anna*, Besuchseinschränkungen in Pflegeheimen, *NJW* 2020, 1702.
- Goldhammer, Michael/Neuhöfer, Stefan*, Grundrechte in der Pandemie – Freiheit und Gleichheit, *JuS* 2021, 641.
- Graser, Alexander*, Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, *ZUR* 2019, 271.
- Ders.*, Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann, *RW – Heft 3* 2019, 317.
- Ders.*, Strategic Litigation – Ein Verstehensversuch, in *Graser, Alexander/Helmrich, Christian*, *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, Baden-Baden, 2019, S. 37 (zitiert: *Graser* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*).
- Graser, Alexander/Helmrich, Christian*, Das Gericht als Protestbühne? Die US-amerikanische Praxis der „strategic public interest litigation“ etabliert sich auch in Deutschland, *Blick in die Wissenschaft* 48, 43.

- Graßhof, Malte/Ludgera, Selting*, Signale der Landesverfassungsgerichtsbarkeit, ZRP 2021, 29.
- Graßhof, Karin*, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 217. Aktualisierung, Heidelberg, 2022 (zitiert: *Graßhof*, Nachschlagewerk Rechtspr. BVerfG).
- Guckelberger, Annette*, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ-Extra 9a/2020.
- Gutmann, Andreas/Kohlmeier, Nils*, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog v. 08.04.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform/> (Stand 21.09.2023).
- Gusy, Christoph*, Katastrophenrecht, GSZ 2020, 101.
- Hahn, Lisa*, Strategische Prozessführung, cause lawyering und andere Formen intentionalen gesellschaftsgestaltender Rechtspraxen, ZfRS 39, 2019, 34.
- Hamed, Jessica/Stibi, Benjamin*, Corona und die Illusion des effektiven Rechtsschutzes, Einspruch FAZ v. 30.03.2021, <https://www.faz.net/einspruch/corona-und-die-illusion-n-des-effektiven-rechtsschutzes-17270884.html> (Stand 21.09.2023).
- Harker, Aidan/Deyda, Jonas/Söker Katharina/Brandt, Laurens*, Versammlungsfreiheit in der Krise. Die gerichtliche Verhandlung der Versammlungsfreiheit in Zeiten des Coronavirus, VerfBlog v. 14.04.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-in-der-krise/> (Stand 21.09.2023).
- Hase, Friedhelm*, Corona-Krise und Verfassungsdiskurs, JZ 2020, 797.
- Häuser, Horst*, Die Illusion der Subsumtion, Der Richter als Teil des Rechtsfindungsprozesses, JUSTIZ Nr. 107, September 2011, 151, https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/fg_psychologie_und_recht/FG-PsychR-2011_bj_illusion_der_subsumtion.pdf/ (Stand 21.09.2023).
- Heinemann, Patrick*, Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz: Die Chimäre der summarischen Rechtsprüfung, NVwZ 2019, 517.
- Heinig, Hans Michael/Kingreen, Thorsten/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Volkmann, Uwe/Wißmann, Hinnerk*, Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, JZ 2020, 861.
- Heinig, Hans Michael*, Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Grenzen, VerfBlog 17.03.2020, <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/> (Stand 21.09.2023).
- Helmrich, Christian*, Pyrrhusniederlage?, in: *Helmrich, Christian* (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand Dokumentation und interdisziplinäre Analysen, Baden-Baden, 2017, S. 237 (zitiert: *Helmrich* in *Helmrich* (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand).
- Ders.*, Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist, in *Graser, Alexander/Helmrich, Christian* (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, Baden-Baden, 2019, S. 31 (zitiert: *Helmrich* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis).
- Hensel, Roman*, Die Kontrollperspektive der Eilentscheidungen nach § 47 Abs. 6 VwGO zu den Pandemieerordnungen, DÖV 2020, 1120.

- Herold, Maximilian*, Kollektiver Rechtsschutz gegen Allgemeinverfügungen – Zur Teilbarkeit von Allgemeinverfügungen sowie der Reichweite von Gestaltungsurteil und Suspensiveffekt, DVBl. 2021, 1604.
- Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Klein, Hans/Scholz, Rupert*, Grundgesetz Kommentar, Teil B, 97. Lieferung, München, Januar 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in Dürrig/Herzog/Scholz GG.).
- Heumann, Michael/Holzgang, Milena*, Die Stunde der Verfassungsgerichte. Das Saarland zeigt: Ausgangsbeschränkungen und Kontaktsperren können und sollten überprüft werden, VerfBlog v. 30.04.2020, <https://verfassungsblog.de/die-stunde-der-verfassungsgerichte/> (Stand 21.09.2023).
- Heuser, Martin*, Rechtsprechungsnotstand in Bayern – verfassungskonforme Auslegung oder Rechtsschutzverweigerung?, VerfBlog v. 04.05.2020, <https://verfassungsblog.de/rechtsprechungsnotstand-in-bayern/> (Stand 21.09.2023).
- Hofer, Franziska/Bearth, Angela*, Psychologie der richterlichen Entscheidungsfindung. Über Heuristiken und andere Einflussfaktoren auf (richterliche) Entscheidungsprozesse, Justice – Justiz – Giustizia, 2023/4.
- Hofmann, Claudia Maria*, Verhältnismäßigkeit mit der Holzhammermethode. Ausgangsbeschränkungen in Bayern, VerfBlog v. 13.04.2020, <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaessigkeit-mit-der-holzhammermethode/> (Stand 21.09.2023).
- Hong, Mathias*, Coronaresistenz der Versammlungsfreiheit? VerfBlog v. 17.04.2020, <https://verfassungsblog.de/coronaresistenz-der-versammlungsfreiheit/> (Stand 21.09.2023).
- Hufen, Friedhelm*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Isolation von Bewohnern in Alten- und Pflegeheimen, GuP 2020, 93.
- Ders.*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., München, 2021 (zitiert: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht).
- Huster, Stefan*, Grenzen der Solidarität, VerfBlog v. 22.03.2020, <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-solidaritaet/> (Stand 21.09.2023).
- Huster, Stefan/Kingreen, Thorsten*, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Aufl., München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR).
- Ipsen, Jörn*, Notstandsverfassung Corona-Virus. Rückblick und Ausblick, Recht und Politik, Beiheft 7, 2021, 25.
- Issensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, Band III, 3. Aufl. 2005, Band IV, 3. Aufl. 2006, Band V, 3. Aufl. 2007, Band XII, 3. Aufl. 2014, Heidelberg (zitiert: *Bearbeiter* in HStR Band).
- Janz, Norbert/Peters, Wilfried*, Grenzenloser Shutdown bei Art. 8 GG? Das Corona-Virus und die Beschränkungen des Versammlungsrechts, GSZ 2020, 223.
- Dies.*, Everything goes – Der „Corona-Spaziergang“ im Versammlungsrecht, GSZ 2022, 132.
- Jarras, Hans/Kment, Martin*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in Jarras/Pieroth GG).
- Jestaedt, Matthias/Kaiser, Anna-Bettina*, Kritik ja, Verfassungskrise nein, Das staatliche Pandemiemanagement im Lichte des Verfassungsrechts, VerfBlog v. 31.03.2021, <https://verfassungsblog.de/kritik-ja-verfassungskrise-nein/> (Stand 21.09.2023).

- Kägi, Werner, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates: Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Zürich, 1945 (zitiert: Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945).
- Kaiser, Anna-Bettina, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen, 2020 (zitiert Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020).
- Dies., Demokratie perdu? Fünf verfassungsrechtliche Anmerkungen zur gegenwärtigen Corona-Krise, Recht und Politik, Jahrgang 57, Heft 1, 2021, 7.
- Kaleck, Wolfgang, Mit Recht gegen die Macht, in Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, Baden-Baden, 2019, S. 21 (zitiert: Kaleck in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis).
- Kalscheuer, Fiete/Jacobsen, Kiel, Der Chaosgedanke – Rechtsanwendung in Krisen- und Umbruchzeiten, DÖV, 2021, S. 633.
- Kämmerer, Jörn Axel/Jischkowski, Leif, Grundrechtsschutz in der Pandemie – Der „Corona-Lockdown“ im Visier der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, GesR 2020, 341.
- Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 7. Aufl., München, 2021 (zitiert: Bearbeiter in Münch/Kunig GG).
- Katzenmeier, Christian, Grundrechte in Zeiten von Corona, MedR 2020, 461.
- Kaufmann, Annelie/Sehl, Markus, Versammlungen und Infektionsschutz: „Corona-Spaziergänge“ kann man verbieten – oder nicht?, LTO v. 10.01.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-spaziergaenge-versammlungsrecht-grundgesetz-allge-meinverfuegung-vg-duesseldorf-vg-neustadt-querdenker/> (Stand 21.09.2023).
- Keller, Arite/Theurer, Karina, Menschenrechte mit rechtlichen Mitteln durchsetzen: Die Arbeit des ECCHR, in Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, Baden-Baden, 2019, 53 (zitiert: Keller/Theurer in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis).
- Kemper, Thomas/Drautzburg, Noah, Die Handlungsfähigkeit des demokratischen Verfassungsstaates in Krisenzeiten. 65. Bitburger Gespräche am 13. und 14. Januar 2022 in Mainz, JZ 2022, 414.
- Kersten, Jens/Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl., München, 2021 (zitiert: Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021).
- Kessler, Adriana/Borkamp, Ullika, JUMEN e.V. – mit juristischen Mitteln für die praktische Umsetzung der Grund- und Menschenrechte in Deutschland, in Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, Baden-Baden, 2019, 73 (zitiert: Kessler/Borkamp in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis).
- Kessler, Adriana, Strategische Prozessführung – politischer Protest vor Gericht am Beispiel des Familiennachzugs, ZfMR 12, 2018, 103.
- Kersten, Jens, Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!, ZRP 2020, 65.
- Kießling, Andrea, Ausgangssperren wegen Corona nun auch in Deutschland (?), JuWissBlog Nr. 29/2020 v. 19.3.2020, <https://www.juwiss.de/29-2020/> (Stand 21.09.2023).
- Dies., Nächtliche Ausgangsbeschränkung in Hotspots wegen Corona-Pandemie, NJW 2021, 178.

- Dies.*, Von der punktuellen Gefahrenabwehr zur planerischen Risikoversorge im Infektionsschutzrecht, JZ 2022, 53.
- Dies.*, Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in Kießling IfSG).
- Kingreen, Thorsten*, Whatever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona, VerfBlog v. 20.03.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW 2021, 2766.
- Ders.*, Geht's raus und spielt's Fußball!, VerfBlog v. 07.04.2021, <https://verfassungsblog.de/gehts-raus-und-spielts-fussball/> (Stand 21.09.2023).
- Kirchhof, Ferdinand*, Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, 1492.
- Klafki, Anika*, Corona-Pandemie: Ausgangssperre bald auch in Deutschland?, JuWiss-Blog Nr. 27/2020 v. 18.3.2020, <https://www.juwiss.de/27-2020/> (Stand 21.09.2023).
- Dies.*, Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, 511.
- Dies.*, Mehr Parlament wagen? – Die Entdeckung des Art. 80 IV GG in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1718.
- Dies.*, Kontingenz des Rechts in der Krise, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Jahrgang 69, 2021, Heft 1, 583.
- Dies.*, Risiko und Recht: Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien, Tübingen, 2017 (zitiert: *Klafki*, Risiko und Recht, 2017).
- Klein, Hans*, Bundesverfassungsgericht und Staatsräson. Über Grenzen normativer Gebundenheit des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt a.M., 1968 (zitiert: *Klein*, BVerfG und Staatsräson, 1968).
- Kluckert, Sebastian*, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2021 (zitiert *Bearbeiter* in Kluckert, IfSG).
- Knopp, Lothar*, Erosion des Rechtsstaats? Schlaglichter einer elementaren Krise, insbesondere auch in Zeiten von „Corona“, Berlin, 2020 (zitiert: *Knopp*, Erosion des Rechtsstaats?, 2020).
- Kopp, Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, München (zitiert: *Bearbeiter* in Kopp/Schenke VwGO).
- Kraft, Lara Lucia*, Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie. Entwicklung und gerichtliche Kontrolle von März 2020 bis August 2021, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Jahrgang 70, Heft 1, 2022, 547.
- Krings, Günter*, Kritik ist kein Selbstzweck, VerfBlog v. 02.04.2021, <https://verfassungsblog.de/kritik-ist-kein-selbstzweck/> (Stand 21.09.2023).
- Kruschke, André*, Die Bedeutung der Versammlungsfreiheit für den freiheitlichen Rechtsstaat, NVwZ-Extra, 9/2022, 1.
- Kruse, Johannes/Langner, Christian*, Covid-19 vor Gericht: Eine quantitative Auswertung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur, NJW 2021, 3707.

- Kruse, Johannes*, Neurowissenschaft der Grundrechte – Potenziale einer Neurojurisprudenz im Völker- und Verfassungsrecht, NJW 2022, 2091.
- Krüper, Julian*, Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, VerfBlog v. 02.04.2020, <https://verfassungsblog.de/nix-wissen-macht-nix-unsere-fiebrige-lust-am-pandemic-turn/> (Stand 21.09.2023).
- Kuhle, Konstantin*, Verfassungsrechtliche Expertise und politischer Raum können sich aneinander gewöhnen, VerfBlog v. 06.04.2021, <https://verfassungsblog.de/verfassungsgrechtliche-expertise-und-politischer-raum-können-sich-aneinander-gewöhnen/> (Stand 21.09.2023).
- Küspert, Peter*, Verfassungsverständnis und -deutung – Aktuell(er)es aus der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshof, BayVBl. 2022, 1.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Die COVID-19-Pandemie – experimentelles Handeln unter Ungewissheitsbedingungen. Rechtliche und rechtspolitische Herausforderungen, Recht und Politik, Jahrgang 57, Heft 2, 2022, 144.
- Lange, Pia*, Auf der Suche nach dem idealen Beschwerdeführer, ZRP 2017, 18.
- Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2019, München (zitiert: *Bearbeiter* in Lechner/Zuck BVerfGG).
- Leisner-Egensperger*, Die Freiheit und ihr Schutz, NJW 2021, 2415.
- Dies.*, Der legitime Zweck als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeit. Zum Zweck freiheitsbeschränkender Schutzmaßnahmen in der Corona-Pandemie, JZ 2021, 913.
- Leitmeier, Lorenz*, Corona und „Ultra-vires“: Recht an der Grenze, DÖV 2020, 645.
- Lenk, Andreas*, Neue Aktualität in Zeiten der Pandemie: Die einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren (§ 47 VI VwGO), JA 2021, 388.
- Lepsius, Oliver*, Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, Recht und Politik, Beiheft 7, 2021, 40.
- Ders.*, Partizipationsprobleme und Abwägungsdefizite im Umgang mit der Corona-Pandemie, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 705.
- Ders.*, Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, LTO v. 03.12.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr78121-1bvr97121-corona-bundes-notbremse-massnahmen-kontakt-ausgang-schule-kinder-grundrechte-kommentar-verfassungsg-rechtstaat/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Das verfassungsrechtliche Argument hat es schwer, LTO v. 05.02.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-verfassungsrecht-kritik-hirte-kingreen-tweet-rechtswissenschaft-bundestag-experten/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Dogmatiker als Experten. Warum Rechtswissenschaft und Politik wechselseitig so wenig miteinander anfangen können, VerfBlog v. 30.03.2021, <https://verfassungsblog.de/dogmatiker-als-experten/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, VerfBlog v. 06.04.2021, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (Stand 21.09.2023).

- Ders., Nach BVerfG zur Bundesnotbremse: Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, LTO v. 03.12.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-lbvr78121-lbvr97121-corona-bundes-notbremse-massnahmen-kontakt-ausgang-schule-kindergundrechte-kommentar-verfassung-rechtstaat/> (Stand 21.09.2023).
- Lindner, Christoph, Strategic Litigation zwischen Wissenschaft, Lehre und anwaltlicher Praxis in Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, Baden-Baden, 2019, 91 (zitiert: Lindner in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis).
- Lindner, Franz Josef, Justiz auf Linie, Zeit-online v. 28.01.2021, <https://www.zeit.de/2021/05/corona-politik-verwaltungsgericht-grundrecht-lockdown-pandemiebekampfung/komplettansicht?print>. (Stand 21.09.2023).
- Lindner, Franz Josef/Möstl, Markus/Wolff, Heinrich Amadeus, Verfassung des Freistaats Bayerns, Kommentar, 2. Aufl. 2017, München (zitiert: Bearbeiter in Lindner/Möstl/Wolff).
- Lobel, Jules, Success Without Victory, Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America, New York, 2003 (zitiert: Lobel, Success without victory, 2003).
- Ders., Courts as Forums for Protest, 52 UCLA Law Review, 477, 2004.
- Lüke, Inga Maria, Einstweiliger Rechtsschutz gegen Corona-Schutzverordnungen. Eine Analyse der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung von März 2020 bis August 2021, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Jahrgang 70, Heft 1, 2022, 609.
- Maaß, Frank, Coronavirus – aktuelle rechtliche Entwicklungen, NVwZ 2020, 589.
- Madjidian, Nassim, Wenn Gerichte sich weigern – Eilrechtsschutz bei Versammlungsverboten in den ersten Pandemiewochen, JuWissBlog Nr. 60/2020 v. 22.04.2020, <https://www.juwiss.de/60-2020/> (Stand 21.09.2023).
- Marschall, Stefan, Parlamente in der Krise? Der deutsche Parlamentarismus und die Corona-Pandemie, <https://www.bpb.de/331371> (Stand 21.09.2023).
- Martini, Mario/Thiessen, Bianca/Ganter, Jonas, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, 929.
- Meier, Horst, Über die Versammlungsfreiheit in der Corona-Krise – eine Zwischenbilanz, Recht und Politik, Beiheft 7, 2021, 282.
- Michl, Walther, Die Kohärenz als Begleitmusik zum infektionsschutzrechtlichen Tanz, VerfBlog v. 28.04.2020, <https://verfassungsblog.de/die-kohaerenz-als-begleitmusik-zum-infektionsschutzrechtlichen-tanz/> (Stand 21.09.2023).
- Möllers, Christoph, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, VerfBlog v. 26.03.2020, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (Stand 21.09.2023).
- Möllers, Martin, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus SARS CoV-2 Pandemie, Recht und Politik, Beiheft 7, 2021, 86.
- Möllers, Martin/Ooyen, Robert, Bundesnotbremse – das Bundesverfassungsgericht bleibt „etatistisch“: Neue Grundrechte, weniger Freiheit und eine „Kontrollinszenierung“?, Recht und Politik, Jahrgang 58, Heft 1, 2022, 58.
- Munaretto, Lino, Der funktionsfähige Staat, VerfBlog v. 08.04.2021, <https://verfassungsblog.de/der-funktionsfaehige-staat/> (Stand 21.09.2023).

- Müller, Ulrike A. C., Begriffe, Ansprüche und deren Wirklichkeiten. Ein Systematisierungsvorschlag für sogenannte strategische Prozessführung, cause lawyering und andere Formen intentional gesellschaftsgestaltender Rechtspraxen, ZfRS 39, 2019, 33.
- Münkler, Laura, „Nothing else matters“. Wem Gehör schenken in der „Corona-Krise“?, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 535.
- Murswiek, Dietrich, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ 2021, 281.
- Ders., Wie wiegt man Corona? Über Defizite und Fehlgewichtungen in der Lockdown-Judikatur, VerfBlog v. 16.03.2021, <https://verfassungsblog.de/wie-wiegt-man-corona/> (Stand 21.09.2023).
- Ders., Schutz – Freiheit – COVID, DÖV 2021, 505.
- Naumann, Jörn, Corona cogens – Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozess in der Pandemie, BayVBl. 2022, 43.
- Neumann, Felix/Hyckel, Jonas, Rechtsprechungsreport zu den Coronavirus-Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg, LKV 2020, 208.
- Niehaus, Manuela, Gerichte gegen Gesetzgeber? – Der Klimawandel in den Gerichtssälen, in Huggins, Benedikt (Hrsg.), Zugang zu Recht: 61. Junge Tagung Öffentliches Recht: Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten, Baden-Baden, 2021, 241 (zitiert: Niehaus in Huggins (Hrsg.), Zugang zu Recht).
- Ogorek, Markus, Bewegungsbeschränkungen für Bewohner von Corona-Hotspots, NJW 2021, 8234.
- Papier, Hans-Jürgen, Grundrechtsschutz in Zeiten der Epidemie, GewArch 2022, 350.
- Ders., Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, DRiZ 2020, 180.
- Ders., Umgang mit der Corona-Pandemie. Verfassungsrechtliche Perspektiven. APuZ 2020, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/314341/umgang-mit-der-corona-pandemie/>. (Stand 21.09.2023).
- Podolski, Tanja, Der Fall des Weimarer Familienrichters. Warum das Landgericht Erfurt Rechtsbeugung sieht, LTO v. 23.08.2023, <https://www.lto.de/recht/hintergrund/e/h/lg-erfurt-2kls542js1149821-urteil-familienrichter-weimar-rechtsbeugung-hintergruende/> (Stand 21.09.2023).
- Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus, BeckOK VwGO, 62. Edition, Stand 01.07.2022, München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK VwGO).
- Pschorr, Simon, Zur Entstehung einer Gesetzeslücke, JuWissBlog Nr. 67/2020 v. 28.04.2020, <https://www.juwiss.de/67-2020/> (Stand 21.09.2023).
- Rath, Christian, Das Bundesverfassungsgericht in der Coronakrise: Die Impulsgeber, LTO v. 22.02.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-corona-rolle-einfluss-pandemie-rechtsprechung-grundrechte/> (Stand 21.09.2023).
- Riedner, Laura/Müller, Michael W., Grundrechte in Zeiten einer Pandemie – Ein Zwischenstand (März-August 2020), VR 2021, S. 87.
- Rixen, Stephan, Abschied von der Verhältnismäßigkeit?, VerfBlog v. 25.05.2022, <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaeltnismaeasigkeit/> (Stand 21.09.2023).

- Rostalski, Frauke*, Masernimpfpflicht: Zur Notwendigkeit einer Debatte über die Grenzen des (bislang) erlaubten Risikos, *VerfBlog* v. 29.08.2022, <https://verfassungsblog.de/masernimpfpflicht/> (Stand 21.09.2023).
- Ruffert, Matthias*, Europarecht und Verfassungsrecht: Verfassungskonformität von ESM-Vertrag und Fiskalpakt, einstweiliger Rechtsschutz, *JuS* 2012, 1050.
- Ruschmeier, Hannah*, Neues Virus, alte Rechtsfragen?, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 449.
- Dies.*, Kollektiver Rechtsschutz und strategische Prozessführung gegen Digitalkonzerne. Viele Davids gegen Goliath?, *MMR* 2021, 942.
- Sachs, Michael*, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, München (zitiert: *Bearbeiter* in Sachs GG).
- Schenk, Rainer*, Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in der Corona-Pandemie – ein erster Einblick, *BayVBl* 2020, 793.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Der Umfang der gerichtlichen Aufhebung einer angefochtenen rechtswidrigen Allgemeinverfügung, *NVwZ* 2022, 273.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl. 2021, München (zitiert: *Schlaich/Korioth*, BVerfG, 2021).
- Schmidt, Hubert*, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, München (zitiert: *Bearbeiter* in Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise).
- Schmidt, Johann/Lange, Arno*, Die Sachentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, in *Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag*, Stuttgart, 1981, 595 (zitiert: *Schmidt/Lange* FS Mühl, 1981).
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Bethge, Herbert et al.*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, Band 1, Stand 61. Ergänzungslieferung, München, Juli 2021 (zitiert *Bearbeiter* in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG).
- Schmitt, Felix*, Wen soll das schützen? Die landesweiten Ausgangsverbote sind verfassungswidrig, *VerfBlog* v. 18.12.2020, <https://verfassungsblog.de/wen-soll-das-schutzen/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, *NJW* 2020, 1626.
- Ders.*, Solutionismus, Technokratie und Entdemokratisierung, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 465.
- Ders.*, Im Ausgang deutlich, Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof läutet die notwendige rechtswissenschaftliche Aufarbeitung der landesweiten Ausgangsverbote ein, *VerfBlog* v. 13.10.2021, <https://verfassungsblog.de/im-ausgang-deutlich/> (Stand 21.09.2023).
- Schnur, Roman*, Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs, Berlin, 1975 (zitiert: *Schnur*, Staatsräson, 1975).
- Schoch, Friedrich*, Der Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab im Normenkontroll-Eilverfahren, *NVwZ* 2022, 1.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter*, Verwaltungsrecht, Bände zur VwGO, 41. Ergänzungslieferung Juli 2021, München, 2021 (zitiert: *Bearbeiter* in Schoch/Schneider VwGO).
- Schübel-Pfister, Isabel*, Aktuelles Verwaltungsprozessrecht, *JuS* 2020, 1033.

- Schunder, Achim*, Die Bundesnotbremse und das BVerfG, NVwZ-Beilage 2022, 1.
- Schuppert, Gunnar Folke*, Die Corona-Krise als Augenöffner. Ein rechts- und damit zugleich kultursoziologischer Essay, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Jahrgang 69, Heft 1, 2021, 439.
- Schwarz, Kyrill-Alexander*, In dubio pro imperio? Zum Beschluss des BVerfG vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 ua – Bundesnotbremse I, NVwZ-Beilage 2022, 3.
- Sehl, Markus*, Staatsrechtler Lepsius zu Corona-Maßnahmen und Justiz: „Der Rechtsstaat funktioniert nicht, nur weil Gerichte entscheiden“, LTO v. 10.11.2020, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/corona-pandemie-gerichte-justiz-eil-verfahren-parlament-verfassung-manahmen-lockdown/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Diskussionsrunde „Corona und Rechtsstaat“: Angst essen Gerichte auf, LTO v. 28.09.2021, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-gerichte-rechtsstaat-corona-krise-pandemie-bverfg-angst-unsicherheit/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Nach BVerfG-Entscheidungen: Kaum Grenzen für „neue Bundesnotbremse“, LTO v. 30.11.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr78121-1bvr97121-corona-bundes-notbremse-massnahmen-kontakt-ausgang-schule-kinder-covid-grundrechte/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, OVG Koblenz zu „Corona-Spaziergängen“. Verbote könnten rechtswidrig sein, LTO v. 10.01.2022, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ovg-rheinland-pfalz-7b1000522-corona-spaziergang-verbot-infektionsschutz-versammlung-vg-neustadt/>) (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, BVerfG lehnt Eilantrag ab: Vorab-Verbot von Corona-„Spaziergängen“ verfassungswidrig?, LTO v. 31.01.2022, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-1bvr20822-corona-politik-spaziergaenge-kommunen-versammlungsrecht-allgemeinverfuegung-verbot/> (Stand 21.09.2023).
- Seiler, Christian*, Pandemiebedingte Maßnahmen zur Kontaktvermeidung als verfassungsrechtliche Herausforderung, JZ 2021, 924.
- Sendler, Horst*, Zur richterlichen Folgenberücksichtigung und -verantwortung, in: Ein Richter, ein Bürger, ein Christ: Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden, 1987, 113 (zitiert: *Sendler*, FS Simon, 1987).
- Siegel, Stephan*, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577.
- Sinder, Rike*, Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen. Zeit, Zahl und Zurechnung als Schlüsselkategorien praktischer Konkordanz, NVwZ 2021, 103.
- Spamann, Holger*, Beispiellose Freiheitseingriffe brauchen beispiellose Transparenz, VerfBlog v. 04.04.2020, <https://verfassungsblog.de/beispiellose-freiheitseingriffe-brauen-beispiellose-transparenz/> (Stand 21.09.2023).
- Spieth, Wolf Friedrich/Hellermann, Niclas*, Not kennt nicht nur ein Gebot – Verfassungsrechtliche Gewährleistungen im Zeichen von Corona-Pandemie und Klimawandel, NVwZ 2020, 1405.
- Stache, Alessa*, Vorläufiger Rechtsschutz in der (Corona-)Krise, JuWissBlog Nr. 69/2020 v. 01.05.2020, <https://www.juwiss.de/69-2020/> (Stand 21.09.2023).
- Steiner, Udo*, Regieren in der Pandemie, DVP 2021, 257.
- Stepanek, Bettina*, Reichweite verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gegen Allgemeinverfügungen. Einer darf trinken, die anderen nicht?, NVwZ 2021, 778.

- Stolleis, Michael*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt a.M., 1990 (zitiert: *Stolleis*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990).
- Strobel, Vera*, Strategischer Zugang zum Recht, DÖV 2021, 1067.
- Dies.*, Strategische Prozessführung – Potentiale und Risiken transnationaler zivilgesellschaftlicher Zuflucht zum Recht, in in *Huggins, Benedikt* (Hrsg.), Zugang zu Recht: 61. Junge Tagung Öffentliches Recht: Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten, Baden-Baden, 2021, 155 (zitiert: *Strobel* in *Huggins* (Hrsg.), Zugang zu Recht).
- Struck, Gerhard*, Fallstudien zur politischen Methode der Rechtsprechung, in: Liber Amicorum Josef Esser. Zum 85 Geburtstag am 12. März 1995, Heidelberg 1995 (zitiert: *Struck*, Liber Amicorum Josef Esser, 1995).
- Suliak, Hasso*, Staatsrechtler zur Einschränkung der Religionsfreiheit: „Wer Schulen öffnet, muss auch Gottesdienste erlauben“, LTO v. 16.04.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/religionsfreiheit-corona-gottesdienst-messe-kirchen-moscheen-verhaeltnismaessigkeit/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Interview zum Tag des Grundgesetzes: „Mehr Politik wagen“, LTO v. 23.05.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/grundgesetz-verfassung-jahrestag-bverf-g-corona-ukraine-gg-aenderung-buschmann/> (Stand 21.09.2023).
- Thiele, Alexander*, Die Gerichte vor dem Lockdown light: Wie urteilen über die neuen Corona-Maßnahmen?, LTO v. 29.10.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lockdown-light-corona-massnahmen-gastronomie-gerichte-urteile-medizinische-einschtzung-begruenden-gesetz-statt-verordnung/> (Stand 21.09.2023).
- Thym, Daniel*, Achtung vor der „Vereinfachungsfall“, VerfBlog v. 05.04.2021, <https://verfassungsblog.de/achtung-vor-der-vereinfachungsfall/> (Stand 21.09.2023).
- Trute, Hans-Heinrich*, Rechtsprechung zum Infektionsrecht in der SARS-COV-2-Welt, jM 2020, 291.
- Ders.*, Ungewissheit in der Pandemie als Herausforderung, GSZ 2020, 93.
- Uwer, Dirk/Koschmieder, Norman*, Katastrophenfall Corona-Pandemie. Zur Hilfe verpflichtet, LTO v. 26.03.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/coronavirus-katastrophenfall-katastrophenschutzgesetz-infektionsschutzgesetz-einbeziehen-privatpersonen-berufstraeger-verpflichtung-hilfe/> (Stand 21.09.2023).
- Volkman, Uwe*, Der Ausnahmezustand, VerfBlog v. 20.03.2020, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Wenn die Justiz der Herde folgt, FAZ v. 06.05.2020, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wenn-die-justiz-der-herde-folgt-wie-der-zeitgeist-die-rechtsprechung-beeinflusst-16755465.html> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Das Maßnahmegesetz, VerfBlog v. 20.11.2020, <https://verfassungsblog.de/das-maßnahmegesetz/> (Stand 21.09.2023).
- Ders.*, Heraus aus dem Ordnungsregime. Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, NJW 2020, 3153.

- Ders., Herbeireden einer Verfassungskrise oder „Es läuft doch alles prima“?, Eine Erwiderung auf Matthias Jestaedt, Anna-Bettina Kaiser, Günter Krings und einige andere, Verfblog v. 03.04.2021, <https://verfassungsblog.de/herbeireden-einer-verfassungskris-e-oder-es-laufft-doch-alles-prima/> (Stand 21.09.2023).
- Ders., Wir Verdrängungskünstler, FAZ vom 21.05.2021, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wie-lassen-sich-die-corona-massnahmen-begruenden-17162587.html?premium>. (Stand 21.09.2023).
- Vofßkuhle, Uwe, Die Zumutungen der Prognose, in Kortmann, Bernd/Schulze, Günther G. (Hrsg.), *Jenseits von Corona. Unsere Welt nach der Pandemie: Perspektiven aus der Wissenschaft*, Bielefeld, 2020, 205 (zitiert: Vofßkuhle in Kortmann/Schulze (Hrsg.), *Jenseits von Corona*).
- Völzmann, Berit, Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, 893.
- Wagner, Stephan, Der Beschluss des BVerfG vom 5.5.2021 – 1 BvR 782/21 u.a. – und die Frage: Ist Karlsruhe auf dem Weg zum politisierten Gericht?, COVuR 2021, 647–654 (1. Teil), COVuR 2021, 710 –717 (2.Teil).
- Wallhäuser, Matthias, VG Ansbach: Einstweiliger Rechtsschutz für eine Privatklinik gegen die COVID-19-Allgemeinverfügung der Bayerischen Staatsregierung für Gesundheit und Pflege, FD-MedizinR 2020, 429747.
- Walter, Christian/Grünwald, Benedikt, BeckOK BVerfGG, 13. Edition, Stand 01.06.2022, München, 2022 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK BVerfGG).
- Wegener, Bernhard, Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private, NJW 2022, 425.
- Weiss, Adam, The Essence of Strategic Litigation, in Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, Baden-Baden, 2019, 21 (zitiert: Weiss in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*).
- Windhöfel, Thomas, Juristischer Journalismus in der Corona-Krise, JZ 2020, 455.
- Wolf, Sebastian, Religionsfreiheit in Zeiten der Pandemie: Ein Plädoyer für offene Kirchen, NJOZ 2020, 577.
- Zeh, Wolfgang, Pandemie und Parlament, Recht und Politik, Beiheft 7, 2021, 11.
- Zimmermann, Anton, Die Folgen der Rechtswidrigkeit von Rechtsnormen, JA 2018, 249.
- Zuck, Rüdiger/Zuck, Holger, Die Rechtsprechung des BVerfG zu Corona-Fällen, NJW 2020, 2302.

Internetquellen

- <https://archive.vn/RsRK6> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/presse/ministerratsberichte/> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/corona-pandemie-bayern-ruft-den-katastrophenfall-aus-veranstaltungsverbote-und-betriebsuntersagungen/?seite=2453> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-17-maerz-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-24-maerz-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-31-maerz-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-7-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-21-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-28-april-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-5-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-12-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-19-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-26-mai-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-juni-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-22-september-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-1-oktober-2020/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-25-januar-2022/?seite=5062> (Stand 21.09.2023).

- <https://www.bayern.de/service/informationen-zum-coronavirus/faq-zur-ausgangsbeschaerung> (nicht mehr aufrufbar).
- <https://www.bayern.landtag.de/aktuelles/aus-dem-plenum/landtag-bringt-nachtragshaushalt-20192020-auf-den-weg/> (Stand 21.09.2023).
- <https://berliner-anwaltsverein.de/de/veranstaltungen/zuhoeeren-mitreden/articles/zuhoeeren-mitreden> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bild.de/regional/muenchen/muenchen-aktuell/corona-machtwort-von-soeder-buch-auf-parkbank-lesen-ist-erlaubt-69928814.bild.html> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bild.de/regional/nuernberg/nuernberg-news/corona-beschaerungen-duerfen-wir-noch-auf-parkbaenken-sitzen-69834360.bild.html#fromWall> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.br.de/nachrichten/bayern/bayern-verkaufsverbot-fuer-grosse-geschaefte-verfassungswidrig,RxM2iC4> (nicht mehr aufrufbar).
- <https://www.br.de/nachrichten/bayern/verwaltungsgerichtshof-kippt-grillverbot-in-bayern,S9LLXIo> (Stand 01.08.2022).
- <https://www.br.de/mediathek/video/rundschau-extra-1255-16062020-corona-massnahmen-soeder-verkuendet-weitere-lockerungen-av:5ee7777b948ec00014486b12> (Stand 12.08.2022).
- <https://www.br.de/radio/live/bayern1/programm/> (Stand 04.08.2022).
- <https://www.bug-ev.org/organisation> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/covid-19-bevoelkerungsschutz-2.html> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/buerokratieabbau/ministerpraesidentenkonferenz-1824538> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/beschluss-zu-corona-1730292> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-diese-regeln-und-einschraenkung-gelten-1734724> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-vom-22-03-2020-1733248> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/telefonschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-1-april-2020-1738534> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bund-laender-beschluss-1744224> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1749804/d3e2fa884ba9ac2b743192d27dcl2aea/2020-04-30-beschluss-bund-laender-data.pdf?download=1> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/mpk-ost-1755372> (Stand 21.09.2023).

- <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/mpk-ost-1755682> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.ckb-anwaelte.de/aktuelle-corona-verfahren/> (Stand 21.09.2023).
- https://www.ckb-anwaelte.de/corona-update-17-august-2020/#_ftn24 (Stand 21.09.2023).
- <https://dip.bundestag.de/vorgang/drittes-gesetz-zum-schutz-der-bev%C3%B6lkerung-bei-einer-epidemischen-lage/269319?term=269319&rows=25&pos=1> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/> (Stand 21.09.2023).
- <http://www.errc.org/news/what-is-strategic-litigation> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-vulnerabilitaet-und-resilienz-in-der-krise.pdf> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.facebook.com/BayStMI/photos/a.2243885479049737/2602854486486166/?type=3> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.facebook.com/BayStMI/photos/a.2243885479049737/2622943404477274/?type=3> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/richterlein-frank-ulrich-montgomery-von-erztekammer-geruegt-17709127.html> (Stand 21.09.2023).
- https://www.focus.de/finanzen/recht/800-quadratmeter-regel-verkaufsverbot-fuer-grosse-geschaefte-in-bayern-verfassungswidrig_id_11927683.html (Stand 21.09.2023).
- https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-regeln-in-deutschland-massnahmen-sind-verfassungswidrig-rechtsanwaeltin-uebt-trotz-lockerungen-deutliche-kritik_id_12012673.html (Stand 21.09.2023).
- https://www.focus.de/politik/trotz-ablehnung-von-klage-gerichtsurteil-legt-nahe-es-gibt-in-bayern-im-prinzip-keine-ausgangsbeschaerung_id_11946225.html (Stand 21.09.2023).
- <https://freiheitsrechte.org/> (Stand 21.09.2023).
- <https://freiheitsrechte.org/covid-vs-grundrechte> (nicht mehr abrufbar).
- <https://freiheitsrechte.org/strategische-klagen/> (Stand 21.09.2023).
- <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fuer-freiheitsrechte/pm-covid-19-krise-menschenrechte> (Stand 21.09.2023).
- https://www.gdp.de/gdp/gdpbay.nsf/id/30_04_20A?open&ccm=000 (Stand 21.09.2023).
- <https://www.merkur.de/bayern/corona-virus-bayern-regeln-beschwerde-student-bundesverfassungsgericht-grundrecht-benjamin-stibi-dachau-zr-90423918.html> (Stand 21.09.2023).
- <https://stadt.muenchen.de/dam/jcr:c65bcd50-ce07-46a4-b150-488a054a696b/Sondernummer%206.pdf> (Stand 21.09.2020)
- <https://www.n-tv.de/ticker/WHO-konstatiert-wachsende-Corona-Muedigkeit-article22081049.html> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.pnp.de/nachrichten/bayern/Pressekonferenz-zu-den-Corona-Lockerungen-jetzt-im-Livestream-3707073.html> (Stand 01.08.2022).

- https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html (Stand 21.09.2023).
- <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-in-muenchen-parkbank-kritik-a-n-tweet-der-polizei-a-b17df8AA-bc8e-4a19-b2f9-64d1928d3680> (Stand 25.05.2022).
- <https://stadt.muenchen.de/infos/amtsblatt.html> (Stand 21.09.2023).
- https://www.stmfh.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2019/haushaltsplan/Nachtrag.pdf (Stand 21.09.2023).
- <http://strategiclitigations.org/category/aboutus/whatisstrategiclitigation/> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschraenkungen-klage-1.5027566> (Stand 21.09.2023).
- https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id_89612338/corona-regeln-richter-sauer-ueber-aussage-von-winfried-kretschmann.html (Stand 21.09.2023).
- https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/umfragen/id_87720468/csu-umfrage-hoch-bayerischer-ministerpraesident-markus-soeder-populaer-wie-nie.html (Stand 21.09.2023).
- <https://trialinternational.org/who-we-are/> (Stand 21.09.2023).
- https://www.vgh.bayern.de/media/muenchen/presse/pm_2020-03-24.pdf (Stand 21.09.2023).
- https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona-alkoholverbot-muenchen.pdf (Stand 21.09.2023).
- https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona-beherbergungsbegrenzung.pdf (Stand 21.09.2023).
- https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona_gastronomie_offnungszeitenbeschränkung.pdf (Stand 21.09.2023).
- <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus218069066/Anwalt-ruegt-Corona-Politik-Ich-lasse-mich-nicht-von-Markus-Soeder-daheim-einsperren.html> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2YUw> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=gUyd3GMei5o> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=qwyAxUIJOg0> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=OjYm-B896hs> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=uMBPOdYDlBU> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=SPM6EV1GtpY> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=ntwKRxfDFpo> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=wF2VheRqFCk> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=tiPEh5GsENw> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=-D3VVxMbCzk> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=bM0laS7vojE> (Stand 21.09.2023).
- <https://www.youtube.com/watch?v=3ksYhA0Tjvs> (Stand 21.09.2023).

<https://www.zdf.de/nachrichten/heute-in-deutschland/erster-corona-fall-in-deutschland-100.html> (Stand 21.09.2023).

Versammlungen trotz Corona? Nichts geht mehr, LTO v. 14.04.2020, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/versammlungen-corona-demonstrationen-verbot-gesundheit-grundrechte/> (Stand 21.09.2023).

