

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.

derung¹⁴⁸ 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 vorgetragenen 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 BVerwG 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 Verordnungsgebers 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 Verordnungsblatt 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 Anhörungs- und Verfassungsbeschwerden, wobei die Verfassungsbeschwerde, die noch gesondert besprochen¹⁶⁶ wird, dennoch auswirkungsvoll¹⁶⁷ 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. 11 II GG nicht zitierte, 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 Ingewahrsamsnahme. Im Rahmen der Beschwerde entschied das LG München I¹⁸² sodann, der Beschluss des AG Münchens verletze die Rechte des Beschwerdeführers. Die Ingewahrsamsnahme 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 Lücke, 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 Entschr. 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 infektionsrechtlicher Sicht vertretbar ist.“

Die Antragsteller trugen ausweislich des Sachverhalts u.a. vor, dass das Zitiergebot nicht beachtet worden und keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage 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 Antragsteller 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 unterstünden, 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 verantwortlich 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; *Völzmann*, 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 begehrten 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 Zulässigkeithürde. 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 Entschr. 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 Gastronomie 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 vorgeht und nicht der:die Betriebsinhaber:in.²²⁹

Die entsprechende Regelung, § 2 BayIfSMV, lautet:

§ 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, Getränkemärkte, 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 Spabetreibers, 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 – 11 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 Verstorbenen 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-Neßler*, 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, 11 (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 Verordnungsgeber 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 verstoße 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 Bewährung, *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 Verordnungsgebers, 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 (2126-1-8-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 BayVGh 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 Lücke, 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. *Vofkuhle* 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 Verordnungsgebers 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 – II S 132/20, BeckRS 2021, 2, Rn. 18 ff., ging von offenen Erfolgsaussichten aus, allerdings ging die anschließende Folgenabwägung zu Lasten des Verordnungsgebers aus. Insofern unzutreffend *Lüke*, JöR 70/2022, 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 Außervollziehung 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 *Lücke*, 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 Gesetze- 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 Ordnungsgeber 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 Verordnungsgeber 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 Verordnungsgeber 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 Besch. 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 Verordnungsgebers. 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 Betriebsunterstellungen 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 eingestuftem 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 Hinweisentscheidungen, 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 begehrte. 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 Verordnungsgebers – 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 Maßnahmegesetz 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) (I).

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 Ausgabebeschränkung 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 ermögliche 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 überprüfbaren Gestaltungsspielraums des Verordnungsgebers 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 zugänglichem Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers 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 diente 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 Verordnungs- 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 Verordnungsgeber 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 Gesamtkonzepts 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 Verwaltungsgerichtsgerichte 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 Verordnungsgeber 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 Nichtigkeitserklärung, *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 Nichtigkeitserklärung 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 rekurrend 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 entstünde 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 Rechtstandards 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 Versagungsermessen 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 zusprechende 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.

1. Folgenabwägung

Wie auch das BVerfG führte der BayVerfGH im Rahmen eines Eilverfahrens eine Gegenüberstellung der Folgen durch, die eintreten, wenn sich das Hauptverfahren als erfolgreich erwiese, mit jenen, die eintreten, wenn sich das Hauptverfahren als unbegründet erwiese (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 Ents. v. 08.06.2020 – Vf. 34-VII-20; BeckRS 2020, 11735; Kap. 2, C. III. 1.

421 BayVerfGH Ents. 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 VerfGHG 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. 11/12997 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 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 Entschr. 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 einen Kostenvorschuss für die Durchführung 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; *Graßhof* 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 *Graßhof* 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 erwiese 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 Entschr. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317, Rn. 6, mwN.

447 BVerfG Beschr. 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 Beschr. v. 04.06.1973 – 2 BvQ 1/73, BVerfGE 35, 193, 196 f.; hierzu Kap. 3, A. IV. 2.

448 VG Gießen Beschr. v. 09.04.2020 – 4 L 1479/20, BeckRS 2020, 5767; VGH Kassel Beschr. 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 Beschr. 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 Verfassungsrecht Lage übereinstimmen muss und somit auch gerade keine summarische Prüfung der Rechtslage erfordere.

455 *Volkman*, VerBlog 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 Versammlungsverböten 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 Beschl. 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 Versammlungsverböten 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 Hinweisscheidungen 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 Ordnungsgeber. 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 Ordnungsgeber 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 *Lücke*, JöR, 70/2022, 609 (622 ff.).

483 BayVerfGH Ents. 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); *Volkmann*, *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-Egensberger*, 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 entgegenlief, 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 BayVG⁵⁰³ 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 mildereren 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 BayVG^H 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 BayVG^H Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, Rn. 60.

502 *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (705, Fn. 36); exemplarisch BayVG^H 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 BayVG^H 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 anmahmend 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 (Hervorheben 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 infektionsrechtlich 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 Hinweisentcheidung 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 Tennisspielen) 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 Lücke, 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 beträgt 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 eingestuften 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 Rechtssuchenden 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/zuh hoeren-mitreden/articles/zuh hoeren-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 zeigten 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).