

Kapitel 5: Interpretation

Nach den in Kapitel drei die Entscheidungsmuster der verschiedenen Gerichte herausgearbeitet und in Kapitel vier die Reaktionen dargestellt wurden, wird in Kapitel fünf die gerichtliche Tätigkeit im engeren und weiteren Sinne beleuchtet und interpretiert. Die engere Betrachtung beantwortet die aufgeworfene Frage nach einem Dispens des Rechtsstaats.⁶⁹⁷ Die Weitere rückt bei der Interpretation die im vorherigen Kapitel aufgezeigten Reaktionen in den Fokus.⁶⁹⁸

A. Der Rechtsstaat während der Corona-Krise

Nach den dargestellten Entscheidungsmustern des BayVGH drängt sich die Frage auf, wieso sich das Gericht dieser Entscheidungsmuster bediente und welche Aussage diese Entscheidungspraxis über einen Rechtsstaat zulässt. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich bei der aufgeworfenen Frage nach einem dispensierten Rechtsstaat auf die Rolle der Gerichte.⁶⁹⁹ Die Interpretation fußt dabei auf den gefundenen Entscheidungsmustern und bettet diese in den politischen Kontext ein.⁷⁰⁰ Um die Frage nach einem dispensierten Rechtsstaat zu beantworten, wird daher zunächst der politische Kontext herausgearbeitet, in deren Umfeld die gerichtlichen Entscheidungen ergingen. Im zweiten Schritt wird untersucht, inwiefern es einen

697 Kap5, A.

698 Kap. 5, B.

699 Alle Gewalten knapp untersuchend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (716 ff.); siehe auch die 65. Bitburger Gespräche vom 13. und 14. Januar 2022 zum Thema „Die Handlungsfähigkeit des demokratischen Verfassungsstaates in Krisenzeiten“; zusammengefasst bei *Kemper/Drautzburg*, JZ 2022, 414.

700 Selbstverständlich können auch andere Faktoren als die im Folgenden vertretenen für den Ausgang der Verfahren maßgeblich gewesen sein. Eine Kausalität lässt sich bei so einem komplexen Vorgang wie dem der Rechtsfindung nicht feststellen oder gar beweisen. Siehe zur Rechtsfindung z.B. *Häuser*, JUSTIZ Nr. 107, September 2011, 151 (154), demnach die Entscheidungsfindung eine „black box“ darstelle. Zudem weist er unter Hinweis auf *Berkemann* in Jakob/Rehbinder (Hrsg), Beiträge zur Rechtspsychologie, 1987, S.135, darauf hin, dass die Entscheidungsfindung bisher nur sehr wenig erforscht sei. Neuere Forschung hierzu *Hofer/Bearth*, Justice – Justiz – Giustizia, 2023/3.

Krisenmodus der Gerichte, allem voran des BayVGh, gab. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob die Gerichte ihrer Kontrollfunktion nachkamen und ob der Rechtsstaat funktionierte. Abschließend wird darauf eingegangen, ob und welche Alternativen es während einer neuartigen und akuten Krise gegeben hätte.

I. Der politische Kontext

Die hiesige Untersuchung beschränkte sich bisher auf die Zeit des Katastrophenfalls vom 16.03.2020 bis 16.06.2020, der „Pandemiephase I“. Für eine Interpretation bedarf es jedoch eines weiteren Blickwinkels, um so die Entwicklung besser nachzuzeichnen, weswegen auch „Pandemiephase II“ mit einbezogen wird. Vor allem Phase I hatte starken Einfluss auf die Gerichtstätigkeit, es zeichnet sich jedoch ab, dass sich dies in Phase II änderte.

1. Pandemiephase I: „Umsicht und Vorsicht“

Die Zeit des Katastrophenfalls bildet Pandemiephase I und war gekennzeichnet von einem Kurs der „Umsicht und Vorsicht“. So betitelte das Bayerische Kabinett selbst seine politische Strategie.⁷⁰¹ Bayern war dabei auch stets etwas vorsichtiger als die meisten anderen Bundesländer, beispielsweise in Sachen Kontaktbeschränkung. Diese erfolgte in Bayern und wenigen anderen Bundesländern über eine Ausgangsbeschränkung.⁷⁰² Zu diesem abweichenden Kurs äußerte sich der Bayerische Ministerpräsident *Söder* wie folgt:⁷⁰³

„Wir haben uns entschieden, alles, des wo der Bund weniger macht, oder die anderen Länder weniger machen, dem folgen wir natürlich nicht, weil Bayern hat die schärfste Regelung im Moment [...]. Des Entscheidende ist, dass wir ein bisschen auch Trendsetter sind die letzten Tage.“

701 Pressemitteilungen der Bayerischen Staatskanzlei vom 05.05.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-5-mai-2020/>, und vom 26.05.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-26-mai-2020/> (jeweils Stand 21.09.2022).

702 Die unterschiedliche Lage in den Bundesländern ist zusammengefasst bei *Schmitt*, NJW, 2020, 1626.

703 Interview mit Ministerpräsident *Söder* vom 16.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=-D3VVxMbCzk> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 15:36.

Insgesamt sah sich Ministerpräsident *Söder* selbst als Pionier:⁷⁰⁴

„Aber Föderalismus bedeutet manchmal auch, dass einer bisschen mehr vorangeht.“

Auch wenn es innerhalb dieser Phase I bereits erste Lockerungen gab und die Phasen in der Literatur,⁷⁰⁵ je nach Fokus, auch unterschiedlich gesetzt werden, wird vorliegend auf den ganzen Katastrophenfall als Phase I abgestellt. Zum einen bildet der Katastrophenfall bereits durch seinen Ausruf eine eigenständige Phase. Zum anderen steht er auch bildlich für die akute Krise. In dieser Zeit herrschte auch die größte Unsicherheit, da der Umgang mit dem Virus neu und unerforscht war. Nach Ende des Katastrophenfalls, nachdem es zuvor bereits zu ersten Lockerungen gekommen war und nachdem der Sommer die Inzidenzzahlen gedrückt hatte, trat zudem der erste Gewöhnungseffekt ein.⁷⁰⁶

2. Pandemiephase II: „Lockern mit Vorsicht“

Die zweite Pandemiephase beginnt nach Ende des Katastrophenfalls und dauert bis etwa Ende September, d.h. in den Herbst hinein, als mit steigenden Infektionszahlen die ersten Lockerungen wieder zurückgenommen wurden⁷⁰⁷ und einzelne Städte und Gemeinden⁷⁰⁸ auch bereits wieder Ausgangsbeschränkungen verhängten.

Den politischen Kurs in dieser Phase kann man als „Lockern mit Umsicht“ bezeichnen. Es kam zu größeren Lockerungen, wie beispielsweise dem Wegfall von Kontaktbeschränkungen bei privaten Zusammenkünften zu Hause sowie dem Wegfall von starren Personenobergrenzen bei Gottesdiensten. Auch wurde die Höchstteilnehmer:innenzahl im Bereich Kunst

704 Ebd., ca. Minute 16:30 (Stand 21.09.2023).

705 Bspw. *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, V. 2. Rn. 109 ff.; *Kingreen*, NJW 2021, 2766, 2768; jeweils vor allem in Bezug auf die Entwicklung des IfSG und somit auch nicht nur auf Bayern beschränkt.

706 <https://www.n-tv.de/ticker/WHO-konstatiert-wachsende-Corona-Muedigkeit-article22081049.html> (Stand 21.09.2023).

707 Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung vom 22.09.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-22-september-2020/?seite=5062> sowie vom 01.10.2020, abrufbar unter <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-1-oktober-2020/?seite=5062> (Stand jeweils 21.09.2023).

708 Bspw. die Allgemeinverfügung im Berchtesgadener Landkreis vom 19.10.2020, Amtsblatt Nr. 43a.

und Kultur aufgehoben sowie eine schrittweise und komplette Öffnung im Bereich der Schule bis September festgelegt.⁷⁰⁹ In ihrer Pressemitteilung vom 16.06.2020 führte die Staatsregierung aus, Ziel sei eine „Rückkehr zur Normalität einerseits und Umsicht und Vorsicht andererseits durch abgestimmte Einzelschritte miteinander in Einklang zu bringen.“⁷¹⁰ Dabei würde Bayern aber auch „später aussteigen als andere“.⁷¹¹ In dieser Phase dominierten daher die Lockerungen.

3. Krisenkommunikation

Möchte man die Gerichtstätigkeit umfassend vor dem Hintergrund des politischen Geschehens interpretieren, ist auch die Krisenkommunikation der Bayerischen Staatsregierung mit in den Blick zu nehmen.⁷¹²

Vor allem der Bayerische Ministerpräsident *Söder* fand in seinen Presseauftritten von Beginn an sehr deutliche und auch einprägsame Worte. „Wir müssen die Vernünftigen vor den Unvernünftigen schützen“⁷¹³ wurde zum geflügelten Satz während der Pandemie. Ebenso wie „wir müssen vorsichtig und umsichtig sein“.⁷¹⁴

Dabei postulierte er als oberstes Gebot, den Menschen zu schützen, auch vor sich selbst⁷¹⁵, machte teilweise besonders drastisch auf die Gefahren von Corona aufmerksam und formulierte teils auch unrealistische Ziele: „Jede Infektion, jeder Tote ist zu viel“.⁷¹⁶ Bei sinkenden Zahlen mahnte er weiter zur Vorsicht, beispielsweise mit der deutlich überspitzten Aussage: „Und

709 Kap. 2, A. II. 13.

710 <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-16-juni-2020/> (Stand 21.09.2023).

711 Ministerpräsident *Söder* im Rahmen des virtuellen CSU Parteitages vom 22.05.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=SPM6EV1GtpY> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 07:18.

712 Allgemein zur Krisenrhetorik *Schuppert*, JöR 69/2021, 439 (443 ff.).

713 Ähnlich bspw. Pressekonferenz vom 24.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2Yuw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 18:05.

714 Pressekonferenz vom 07.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=bM0laS7vojE> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 02:12.

715 Pressekonferenz vom 20.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=uMBPOdYDlbU> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 04:27.

716 Ebd., ca. Minute 04:24.

keiner soll sich täuschen, Corona ist und bleibt absolut tödlich.“⁷¹⁷ Plakativ formulierte er auch in Richtung Lockerungsbefürworter:innen: „Geduld rettet Leben, Ungeduld gefährdet Leben“^{718, 719}

Im Hinblick auf das gesellschaftliche Zusammenleben äußerte er sich ebenfalls:

„Wissen Sie, in solchen Situationen, das ist ein Charaktertest für eine Gesellschaft. [...] Wir werden einige großartige Beispiele erleben, von Menschen, die wirklich sich perfekt verhalten [...] und es wird auch ein paar andere Fälle geben.“⁷²⁰

Nun bestreitet vermutlich niemand, selbst wenn er sich für Lockerungen einsetzt, dass „Leben vor shopping-Touren“⁷²¹ gehe. Aber umso mehr zeigen die Beispiele: Prägend für die Wortwahl der Staatsregierung waren dichotome Schwarz-Weiß-Formulierungen, wodurch der:die Empfänger:in selbst zur Positionierung gezwungen wurde.⁷²² Kaum zu leugnen sein dürfte ferner sein, wie sehr so deutliche und oftmals auch überspitzte Formulierungen Eindruck hinterlassen.⁷²³ Dieser Befund ist wichtig für die im Folgenden noch zu besprechende „Staatsräson“ und das Entscheidungsverhalten insbesondere des BayVGH.

Man kann somit festhalten: Der politische Kurs Bayerns zeichnete sich durch besondere Vorsicht und Strenge aus, was sich auch in der Kommunikation der Staatsregierung, insbesondere des Ministerpräsidenten *Söder* widerspiegelte. Dieser Kurs war ausschlaggebend für den Krisenmodus, der im Folgenden vorgestellt wird.

717 Pressekonferenz vom 16.06.2020, abrufbar unter <https://www.br.de/mediathek/video/rundschau-extra-1255-16062020-corona-massnahmen-soeder-verkuendet-weitere-lockerungen-av:5ee7777b948ec00014486b12> (Stand 12.08.2023), ca. Minute 02:34.

718 Pressekonferenz vom 07.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=3ksYhA0Tjvs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 13:06.

719 Zur übertriebenen Kommunikation *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (866).

720 Interview vom 16.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=-D3V VxMbCzk> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 13:27.

721 Ministerpräsident *Söder* in der Pressekonferenz vom 07.04.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=3ksYhA0Tjvs> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 05:51.

722 Vgl. *Schuppert*, JöR, 69/2021, 439 (443) mwN.

723 In diesem Zusammenhang vom „framing“ sprechend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (731).

II. Der Krisenmodus

Vergleicht man die Gerichtsentscheidungen der Pandemiephase I mit denen von Pandemiephase II, lässt sich der Krisenmodus des BayVGH illustrieren. Die Verwaltungsgerichte, bei denen bereits keine besonderen coronabedingten Entscheidungsmuster festgestellt wurden,⁷²⁴ bleiben bei der Frage nach einem Krisenmodus außer Betracht. BVerfG und BayVerfGH, die nur eine untergeordnete Rolle einnahmen, werden gesondert und knapper interpretiert.⁷²⁵

1. BayVGH

a) Die Gerichtsentscheidungen während Pandemiephase I

Die Gerichtsentscheidungen der ersten Phase waren geprägt von den bereits dargestellten Entscheidungsmustern.⁷²⁶ Zusammenfassend kann man feststellen: Der BayVGH flüchtete sich – obwohl er die Erfolgsaussichten der Hauptsache selbst betonte – in die Folgenabwägung, indem er die aufgeworfenen Fragen als zu komplex für das Eilverfahren einstufte; in aller Regel ohne nähere Begründung. Auch flüchtete er sich in Zeitablauf oder hielt eine Maßnahme aufrecht, obwohl er in den Entscheidungsgründen deutliche Zweifel äußerte und somit die Rechtswidrigkeit der Maßnahme andeutete. Freiheitsrechte wurden oftmals nicht geprüft, sondern ebenfalls in das Hauptverfahren verlagert. Insgesamt fiel die Grundrechteprüfung, sofern denn eine stattfand, sehr reduziert und oberflächlich aus. In einem einzigen Verfahren bejahte der BayVGH zwar ausdrücklich die Rechtswidrigkeit, verzichtete im Folgenden aber auf eine Suspendierung der Maßnahme. Insgesamt lassen sich daher in Pandemiephase I deutlich zurückhaltende Tendenzen⁷²⁷ und eine Art „Beißhemmung“ des BayVGH ausmachen.

724 Kap. 3, D. V.

725 Kap. 5, A. II. 4. b).

726 Ausführlich Kap. 3, D. I. 1.

727 Dies dürfte inzwischen als einhellige Meinung gelten, statt vieler: *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (497 ff.); *Frankenberg*, NVwZ 2021, 1427 (1428); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (14); *Kämmerer/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/deuts>

b) Die Gerichtsentscheidungen während Pandemiephase II

Sieht man sich hingegen ausgewählte Gerichtsentscheidungen von Phase II an, so wird schnell deutlich, dass der BayVGh seine anfängliche Scheu abgelegt hatte und die Maßnahmen insgesamt intensiver prüfte. Innerhalb kürzester Zeit kam es zu mehreren Suspendierungen:

Bereits drei Tage nach Ende des Katastrophenfalls, am 19.06.2020, setzte der BayVGh⁷²⁸ die begrenzten Öffnungszeiten in der Gastronomie zwischen 06 und 22 Uhr, § 13 IV 1, 13 V 1 der 5. BayIfSMV,⁷²⁹ vorläufig außer Vollzug. Am 28.07.2020 suspendierte der BayVGh⁷³⁰ das Beherbergungsverbot, § 14 II 1 der 6. BayIfSMV,⁷³¹ wonach Betriebe keine Gäste aufnehmen durften, die aus einem anderen Bundesland anreisen, wenn dort die 7-Tages-Inzidenz höher als 50 pro 100.000 Einwohner war. Gegen Ende des Sommers kam es dann noch zu weiteren Außervollzugsetzungen: Am 01.09.2020 hob der BayVGh⁷³² das auf öffentlichen Plätzen herrschende Grillverbot auf, § 2 II der 6. BayIfSMV,⁷³³ und bestätigte als Beschwerdeinstanz⁷³⁴ die vom Amtsgericht München⁷³⁵ wiederhergestellte aufschiebende Wirkung gegen das örtlich unbegrenzte Alkoholverbot auf öffentlichen Plätzen in der Zeit zwischen 23.00 und 06.00 Uhr der Stadt München, Ziffer 1b der Allgemeinverfügung⁷³⁶ vom 27.08.2020. Daneben gab es noch weitere erfolgreiche Verfahren; die vorgenannten vier Entscheidungen werden jedoch exemplarisch dargestellt, da sie auch größeres mediales Interesse auf sich zogen und der BayVGh diese auf seiner Gerichtshomepage veröffentlichte; teilweise auch mit Pressemitteilung.⁷³⁷

ch/stellungnahme-vulnerabilitaet-und-resilienz-in-der-krise.pdf: S. 13, S. 87 unter Verweis auf *Marschall*, <https://www.bpb.de/331371> (Stand 21.09.2023); Kap. 3, E.

728 Beschl. v. 19.06.2020 – 20 NE 20.1127, BeckRS 2020, 12883.

729 In der Fassung vom 29.05.2020; BayMBL. 2020 Nr. 304.

730 Beschl. v. 28.07.2020 – 20 NE 20.1609, BeckRS 2020 17622.

731 In der Fassung vom 14.07.2020; BayMBL. 2020 Nr. 403.

732 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 NE 20.1754, BeckRS 2020, 21222.

733 In der Fassung vom 14.08.2020; BayMBL. 2020 Nr. 463.

734 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233.

735 VG München Beschl. v. 28.08.2020 – M 26b E 20.3956, BeckRS 2020, 21234.

736 <https://stadt.muenchen.de/dam/jcr:c65bcd50-ce07-46a4-b150-488a054a696b/Sondernummer%206.pdf> (Stand 21.09.2023).

737 Abrufbar unter https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona_gastronomie_offnungszeitenbeschränkung.pdf (Gastronomie); https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pressemitteilung_corona-beherbergungsbegrenzung.pdf (Beherbergungsverbot); <https://vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/press>

Innerhalb kurzer Zeit unterlag der Verordnungsgeber mehrmals. Sieht man sich die Begründungen der genannten Entscheidungen an, wird schnell deutlich, dass dies aufgrund einer strengeren Prüfung geschah:

aa) Gastronomieentscheidung – BayVGH Beschluss vom 19.06.2020 – 20 NE 20.1127

So argumentierte der BayVGH⁷³⁸ im Rahmen der Gastronomieentscheidung, der die begrenzte Öffnungszeit der Gastronomie zugrundelag, die Maßnahme sei nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, weil sie nicht verhältnismäßig sei und somit nicht mehr notwendig iSd § 28 I 1 HS 1 IfSG. Um seine Argumentation zu stützen, zog der Senat die Gesetzeshistorie heran. Ebenfalls argumentierte der BayVGH mit den Infektionszahlen, die seit den Lockerungen nicht gestiegen seien, so dass nicht ersichtlich sei, wieso weiterhin eine „Erprobung“⁷³⁹ mit reduzierter Öffnungsmöglichkeit möglich sein müsse. Der Senat prüfte demnach die Verhältnismäßigkeit – ganz anders als in den Entscheidungen in der ersten Pandemiephase. Auch wurde dem Verordnungsgeber nicht aus Vorsicht ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden. Vielmehr wurde die Maßnahme konkret auf ihre Notwendigkeit und somit ihre Verhältnismäßigkeit geprüft.

bb) Beherbergungsverbot – BayVGH Beschluss vom 28.07.2020 – 20 NE 20.1609

Die Entscheidung des BayVGH⁷⁴⁰ vom 28.07.2020, bei der es um das Verbot ging, Gäste aufzunehmen, die aus einem Gebiet anreisen, dessen 7-Tages-Inzidenz bei 50 pro 100.000 Einwohner lag, erwies sich ebenfalls als deutlich begründungsstärker. Der Senat stellte dem Verordnungsgeber sogar drei Fragen und bat um Stellungnahme. Beispielsweise hakte der Senat nach:⁷⁴¹

emitteilung_corona-alkoholverbot_munchen.pdf (Alkoholverbot); (Stand jeweils 21.09.2023).

738 BayVGH Beschl. v. 19.06.2020 – 20 NE 20.1127, BeckRS 2020, 12883.

739 So die Argumentation des Verordnungsgebers, ebd., Rn. 23, 42.

740 BayVGH Beschl. v. 28.07.2020 – 20 NE 20.1609, BeckRS 2020, 17622.

741 Ebd., Rn. 28.

„Mit welchen Erwägungen rechtfertigt der Verordnungsgeber, dass das Beherbergungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 1 6. BayIfSMV nur für Gäste gilt, die aus einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt eines anderen Landes der Bundesrepublik Deutschland anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben, nicht jedoch für Gäste, die aus Bayern anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben.“

Allein an dieser Fragestellung bemerkt man bereits, dass der BayVGH eine intensivere Begründung forderte und den Gesundheitsschutz nicht mehr pauschal als Argument ausreichen ließ.

In der Sache begründete der Senat seine stattgebende Entscheidung mit einem Verstoß gegen das Publizitäts- und Bestimmtheitsgebot des Art. 20 III GG sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ging nicht von offenen Erfolgsaussichten aus, sondern prüfte die Maßnahme umfassend. Dabei stellte er sogar ein wesentliches Konzept des Verordnungsgebers in Frage – was ebenfalls neu war für den Senat; zuvor diente das „Gesamtkonzept“⁷⁴² als Begründung für eine ausbleibende Prüfung. So argumentierte Senat aber nun mehr, die reine Anknüpfung an eine Inzidenz von 50 pro 100.000 Einwohner begegne Zweifeln in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit, da es gerade vermehrt zu lokalen Ausbruchsgeschehen komme, die die Inzidenz dann hochschnellen ließen. Dann aber seien räumlich beschränkte Einschränkungmaßnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nötig und nicht solche, die das gesamte Kreisgebiet betreffen, da dann nicht von einer tatsächlichen Gefährdungslage im gesamten Kreisgebiet ausgegangen werden könne.⁷⁴³

Wie man sieht, war der BayVGH deutlich strenger in seiner Prüfung und forderte ein differenzierteres Vorgehen des Freistaats. Auch die Gefahrprognose⁷⁴⁴ und Maßnahmen, obwohl sie Teil eines Gesamtkonzepts waren, wurden einer kritischen Prüfung zugeführt.

cc) Grillverbot – BayVGH Beschluss vom 01.09.2020 – 20 NE 20.1754

In der Entscheidung⁷⁴⁵ vom 01.09.2020, nahm der BayVGH einen Verstoß des damaligen Grillverbots auf öffentlichen Plätzen gegen die allgemeine

742 Kap. 3, D. I. 1. g).

743 Ebd., Rn. 45.

744 Zur Gefahrenprognose während der ersten drei Monate Kap. 3, D. IV. 2.

745 BayVGH Beschl. v. 01.09.2020 – 20 NE 20.1754, BeckRS 2020, 21222.

Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, und den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 I GG, an. Der Freistaat Bayern hatte zuvor noch damit argumentiert, das Grillverbot sei Teil eines Gesamtkonzepts. Mit dieser Begründung kam er allerdings nicht durch, was einen wesentlichen Unterschied zu Phase I der Pandemie darstellt.

In dieser Entscheidung formulierte der BayVGh Grenzen für das behördliche Ermessen. Erneut betonte der BayVGh, wie bereits in der Entscheidung zum Beherbergungsverbot, die Notwendigkeit ausdifferenzierter Regelungen anlässlich der örtlichen Gegebenheiten. Da dies nicht berücksichtigt worden sei, werde gegen das Übermaßverbot verstoßen und zugleich auch gegen Art. 3 I GG. Praktikabilitätsabwägungen und Typisierungen ließ der BayVGh nicht mehr gelten, vielmehr betonte der Senat noch den zusätzlichen Eingriff in Freiheitsrechte, der eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auch im Rahmen von Art. 3 I GG erforderlich mache. Hier zeigt sich auch ein deutlicher Unterschied zu Pandemiephase I, in der Art. 3 I GG nur daraufhin geprüft wurde, ob ein schlüssiges Gesamtkonzept vorlag.⁷⁴⁶

Auch bemerkenswert ist, dass der BayVGh einen Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, hier als tragende Begründung heranzieht, handelt es sich dabei doch „nur“ um ein Auffanggrundrecht, welches in Phase I kaum genügt hätte, um den Gesundheitsschutz zu „toppen“.⁷⁴⁷ Wiederum wird deutlich, wie sich die Argumentationsmuster der beiden Pandemiephasen unterscheiden.

dd) Alkoholverbot – BayVGh Beschluss vom 01.09.2020 – 20 CS 20.1962

In der Entscheidung vom 01.09.2020 über das Alkoholverbot auf öffentlichen Plätzen der Stadt München, welches in Form einer Allgemeinverfügung⁷⁴⁸ erlassen wurde, entschied der BayVGh⁷⁴⁹ als Beschwerdeinstanz. Erneut stellte der BayVGh einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren wie im engeren Sinne fest. Zwar könne Alkoholkonsum zu einer Enthemmung sowie zu Ansammlungen führen, gerade in

⁷⁴⁶ Zum Gesamtkonzept Kap. 3, D. I. 1. g).

⁷⁴⁷ Zum generellen Vorrang des Lebens während Pandemiephase I Kap. 3, D. IV 1. e) aa).

⁷⁴⁸ Die für das Gerichtsverfahren entscheidende Regelung ist dem Beschluss des BayVGh v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233, zu entnehmen.

⁷⁴⁹ BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233.

Zeiten geschlossener Bars, Kneipen und Discotheken. Allerdings sei nicht erforderlich gewesen, das Alkoholverbot für die gesamte Stadt anzuordnen. Dabei ließ der BayVGh auch das Argument des Freistaat Bayerns nicht gelten, dass die Allgemeinverfügung ohnehin nur sieben Tage in Kraft sei.

Hier sieht man ebenfalls einen wesentlichen Unterschied zu Pandemiephase I, in der regelmäßig die Befristung als Verhältnismäßigkeitsbegründung herangezogen wurde.⁷⁵⁰ Zudem schob der BayVGh dem Argument einen Riegel vor, eine ausführliche und zeitintensive Bewertung, ob einzelne Örtlichkeiten nicht als Ausweichfläche in Betracht kämen, sei nicht möglich gewesen. Diese Argumentation würde laut BayVGh das „verfassungsrechtliche Gebot, dass jeder Eingriff in Grundrechte zu rechtfertigen ist, in sein Gegenteil [verkehren]“.⁷⁵¹ War zuvor in Pandemiephase I genau diese Umkehrung von Rechtfertigungsstandards auch beim BayVGh zu beobachten,⁷⁵² lehnte er in Pandemiephase II diese Argumentation dezidiert ab und führte somit die Standardmaßstäbe bei Grundrechtseingriffen wieder ein. Bemerkenswert dabei ist, dass die Maßnahme sogar bereits an der Erforderlichkeit scheiterte und sich das Gericht dabei auf Tatsachenerwägungen stützte⁷⁵³ – eine Begründung, die in Phase I unvorstellbar gewesen wäre.⁷⁵⁴ Die Erwägungen zur Angemessenheit führte der Senat demnach nur noch zusätzlich, aber dennoch umfassend, durch: Die Allgemeinverfügung sei nicht angemessen, da eine Vielzahl von Grundrechtsträgern betroffen sei und somit nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Zweck stehe.⁷⁵⁵

ee) Würdigung

Scheute sich der BayVGh zuvor noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, und verlagerte er diese regelmäßig auf die Hauptverfahren, so ist dieses Muster in Phase II nicht mehr derart ausgeprägt zu beobachten.⁷⁵⁶ Binnen kürzester Zeit wurden mehrere Maßnahmen wegen ihrer Unverhältnismäßigkeit suspendiert – und dies obwohl der Freistaat Bayern

750 Kap. 3, D. IV. 1. e) bb).

751 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233, Rn. 29.

752 Kap. 3, D. IV. 1. a).

753 Diesen Aspekt betont *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (500).

754 Kap. 3, D. IV. 1. d).

755 BayVGh Beschl. v. 01.09.2020 – 20 CS 20.1962, BeckRS 2020, 21233, Rn. 33.

756 Ähnlich *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (746).

nach den gehäuften stattgebenden Beschlüssen erwartungsgemäß in der Kritik⁷⁵⁷ stand.

Die festgestellten Muster des BayVGH in Pandemiephase I waren daher in Pandemiephase II deutlich weniger anzutreffen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, es handle sich beispielsweise bei den suspendierenden Entscheidungen um bloße Randbereiche. Das mag zwar womöglich auf das Grillverbot zutreffen, sicherlich aber nicht auf die Öffnungszeiten der Gastronomie, das Beherbergungs- und das Alkoholverbot.⁷⁵⁸ Der BayVGH traute sich demnach, auch in Kernbereiche der Regelungen korrigierend einzugreifen, und reagierte auf Nachbesserungsbedarf nicht nur mit Hinweisen oder (vorübergehendem) Dulden.

c) Sonderfall Wesentlichkeitsgrundsatz

Auch die Entscheidungen um den Wesentlichkeitsgrundsatz unterstreichen einen Krisenmodus. Dieser Punkt wird eigenständig behandelt, da sich das Problem um den Wesentlichkeitsgrundsatz über einen längeren Zeitraum erstreckte und aufgrund der hohen Bedeutung der Gewaltenteilung (nicht nur) vom BayVGH besonders gescheut wurde.^{759,760}

757 Bspw. die entsprechende Nachfrage der Journalistin an Staatskanzleichef *Hermann* im Rahmen der Pressekonferenz vom 23.06.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=wF2VheRqFCk> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 30:35.

758 Das Alkoholverbot und die begrenzten Öffnungszeiten lebten in weiteren Pandemiephasen entsprechend auch wieder auf.

759 Vgl. *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3154).

760 Inzwischen gibt es erste Entscheidungen in der Hauptsache zu den Betriebsschließungen und der damit verbundenen Frage des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Das BVerwG spricht dem Ordnungsgeber in seinen Entscheidungen vom 16.05.2023 – 3 CN 4.22, BeckRS 2023, 26992 und 3 CN 5.22, BeckRS 2023, 10364, einen Übergangszeitraum von ca. einem halben Jahr bei einer akuten Krisensituation zu, wonach auch intensive Grundrechtseingriffe auf die Generalklausel gestützt werden können. In diesem Sinne entschied zuvor auch bereits VGH BaWü, Beschl. v. 02.06.2022 – 1 S 1067/20, BeckRS 2022, 15501; 1 S 926/20, BeckRS 2022, 15410; 1079/20, BeckRS 2022, 15543.

aa) Eskalationsstufen

Wie ausgeführt, gab es im Rahmen des Wesentlichkeitsgrundsatz verschiedene Eskalationsstufen: Zu Beginn⁷⁶¹ ließ es der BayVGh ausreichen, dass der Gesetzgeber aktuell tätig sei. Nachdem es aber nicht zu einer entsprechenden Änderung des IfSG kam, äußerte der Senat im Rahmen der nächsten Eskalationsstufe⁷⁶² bereits Zweifel, sollten die Maßnahmen mittelfristig und langfristig wirken. In der Entscheidung vom 29.05.2020 stufte der Senat⁷⁶³ die Rechtsfragen sodann aber als zu komplex für das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz ein und beschäftigte sich nicht weiter damit. Erst ab dem 29.10.2020 fand der BayVGh⁷⁶⁴ dann wieder deutliche Worte und äußerte erhebliche Zweifel.

bb) Würdigung

Aus rein rechtlicher Sicht ist es nicht nachvollziehbar, weswegen der BayVGh über ein halbes Jahr die Frage nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz unbeantwortet ließ. Und dies, obwohl sich das Problem schon Ende März gestellt und der Senat Ende April bereits die Notwendigkeit eines Maßnahmengesetzes erkannt und in den Entscheidungsgründen formuliert hatte. Bis zum 29.10.2020 hätte diese Fragestellung aus rechtlicher Hinsicht beantwortet werden können – schließlich gibt es zur Frage um den Wesentlichkeitsgrundsatz⁷⁶⁵ eine gefestigte verfassungsrechtliche Rechtsprechung.⁷⁶⁶ Die Rechtsfrage ist daher in dem Sinne nicht neu, auch wenn die Subsumtion bei einem neuartigen Virus vielleicht nicht von heute auf morgen geschehen kann. Anders ist dies aber bei einem Zeitraum von insgesamt über einem halben Jahr; hier verfängt auch das Argument, ein

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

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

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

764 BayVGh Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, BeckRS 2020, 28521; Kap. 3, A. V. 3. d).

765 Hierzu BVerfGE 49, 89 mw.N.; BVerfGE 77, 170, BVerfGE 80, 124, BVerfGE 88, 103, BVerfGE 116, 24; BVerfGE 123, 39; BVerfGE 131, 88; BVerfGE 139, 19; BVerfGE 145, 20; Aufzählung findet sich bei *Graßhof* in *Graßhof*, Nachschlagewerk d. Rechtspr. des BVerfG, Nr. 250.

766 *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3160).

Eilverfahren sei eilig zu entscheiden und die Frage daher nicht zu prüfen, nicht mehr. Eine stets von neuem isolierte Betrachtung von Eilverfahren zu Eilverfahren, obwohl in den meisten Fällen zur Betriebsuntersagung der Wesentlichkeitsgrundsatz immer wieder thematisiert wurde, spaltet ein einheitliches Pandemiegeschehen künstlich auf – und dies auch noch hinsichtlich einer zentralen Problemstellung.

Rechtlich betrachtet war die Argumentation des BayVGH daher nach so einer langen Zeit nicht mehr plausibel. Die Gründe für dieses Argumentationsmuster müssen demnach woanders liegen als in einer vermeintlichen Komplexität. Insbesondere folgender Grund könnte ausschlaggebend gewesen sein:

Die Judikative wurde mit der Aufgabe konfrontiert, die Regelungen rund um die Betriebsuntersagungen zu überprüfen. Wäre sie dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz verletzt sei, so wären die Betriebsschließungen zu suspendieren gewesen. Damit hätte ein Auftrag der Judikative – und zwar des BayVGH, eines bayerischen Fachgerichts – an den Bundesgesetzgeber vorgelegen, das IfSG entsprechend nachzubessern. Hätte sich anschließend im Hauptverfahren dann jedoch herausgestellt, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz nicht verletzt gewesen war, so hätte dies innerhalb des gewaltenteiligen Systems einen erheblichen Übergriff in die Sphäre der Legislative bedeutet.

Vor allem der Aspekt der Gewaltenteilung würde auch erklären, weswegen der BayVGH seine „erheblichen Zweifel“ erst zu einem Zeitpunkt äußerte, als er auf der sicheren Seite war, da ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren bereits angestoßen worden war.⁷⁶⁷ In so einem Stadium lässt sich leichter auf die Notwendigkeit eines Gesetzes verweisen. Einen direkten Auftrag an die Legislative enthielt die Entscheidung daher nicht mehr, sodass es sich auch nicht mehr um das sensible Thema Gewaltenteilung ging.⁷⁶⁸ Dies erklärt auch, wieso der BayVGH bei Verordnungen oft auf deutlichere Hinweise setzte, da er auch davon ausgehen konnte, der Verordnungsgeber werde entsprechend reagieren. Beim Wesentlichkeitsgrundsatz hingegen ging es um den Bundesgesetzgeber. Einzelne Hinweise

767 Ein weiterer Aspekt wäre sicherlich auch hier die Angst, dass mit einer Suspendierung aller Betriebsuntersagungen die Infektionszahlen steigen würden und dies Menschenleben gefährden würde.

768 Klafki, JöR, 69/2021, 583 (597 f.) weist daher auch darauf hin, dass sich die Gerichte zwar im Bereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als resilient erwiesen, allerdings nicht im Bereich der Wesentlichkeitstheorie, die weitestgehend von den Gerichten übergangen worden sei.

einzelner Gerichte haben hier wenig Wirkung gezeigt,⁷⁶⁹ was sich bereits daran zeigt, dass Kritik frühzeitig von den Gerichten kommuniziert, die Änderung aber erst nach über einem halben Jahr initiiert wurde. Es waren daher nicht – zumindest nicht allein – die Gerichte, die das Maßnahmenengesetz anstießen, sondern es war die Summe mehrerer Faktoren.⁷⁷⁰ In der Fachliteratur, aber auch in größeren Medien wie z.B. FAZ oder SZ wurde die Rolle des Gesetzgebers vermehrt diskutiert und auch kritisiert. Hinzu kamen einzelne Gerichtsentscheidungen, die die Problematik aufgriffen.

Indem die Frage nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz ausgeklammert⁷⁷¹ wurde, bis der Gesetzgeber selbst tätig wurde, beließ der Senat dem Verordnungsgeber die Möglichkeit, auf Basis der Generalklausel flächendeckend Betriebsuntersagungen anzuordnen.⁷⁷²

d) Vergleich

Im Folgenden werden die bereits im Rahmen der einzelnen Entscheidungen festgestellten Unterschiede von Pandemiephase I und zwei kurz zusammengefasst, die Entscheidungspraxis von BayVGH und den Verwaltungsgerichten gegenübergestellt, sowie auf weitere Unterschiede zwischen dem 7. und dem 20. Senat eingegangen. Diese Vergleiche veranschaulichen den Krisenmodus des BayVGH zu Beginn der Pandemie.

aa) Vergleich Pandemiephase I mit Pandemiephase II

Vergleicht man Pandemiephase I mit Pandemiephase II, zeichnet sich deutlich ab, dass sich anfängliche Entscheidungsmuster seltener fanden, was deutlich für die Annahme eines Krisenmodus spricht. So wurde dem Ver-

769 AA Brüning/Thomsen, NVwZ 2021, 1183 (1184), die davon sprechen, dass das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz, das einen entsprechenden Maßnahmenkatalog enthielt, von den Gerichten getrieben gewesen sei; ebenso Dreier, DÖV 2021, 229 (234).

770 Siehe die Hinweise im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 26.10.2020 auf S. 4 mit Hinweis auf weitere Literatur und Rechtsprechung.

771 Klafki, JöR, 69/2021, 583 (602) mwN, die im Zusammenhang mit dem Prüfungsausfall der Gerichte hinsichtlich des Wesentlichkeitsgrundsatzes auf die „Gefahr der Normalisierung krisenbedingter Maßstabsverschiebungen im Zuge einer rein exekutiv-judikativen Krisenbewältigung“ hinweist.

772 Und handelte somit im Sinne der Staatsräson; hierzu Kap. 5, A. III. und IV. 1. b).

ordnungsgeber gegenüber zu Beginn ein großzügigerer Maßstab angelegt, der sich dann mit Zeitablauf allerdings wieder verschärfte.⁷⁷³ Pauschale Begründungen wurden nicht mehr als ausreichend erachtet; ebenso wenig flüchtete sich der BayVGH bei Grundrechtsfragen in die Hauptsache. Ausschlaggebend wurden vielmehr tatsächlich – und nicht nur im Obersatz des Prüfungsmaßstabes⁷⁷⁴ so formuliert – die Erfolgsaussichten der Hauptsache.⁷⁷⁵ Sofern der Senat eine Maßnahme für rechtswidrig erachtete, suspendierte er diese und begnügte sich nicht mit Hinweisen, Dulden oder reinen Feststellungen der Verfassungswidrigkeit.

Bereits am Wegfall mancher Entscheidungsmuster wird der Krisenmodus deutlich, da sich die zugrunde liegende Gefahr durch das Coronavirus nicht veränderte, vielmehr stufte das RKI die Gefahr durchgehend als „hoch“ ein.⁷⁷⁶ Ein rechtlicher Grund für die Veränderung in der Entscheidungsbegründung lässt sich ebenfalls nicht finden; vielmehr stellten sich weiterhin im Wesentlichen dieselben Fragen. Grund kann demnach nur sein, dass der BayVGH zu Beginn der Pandemie in einen Krisenmodus schaltete, dessen Ergebnis verschiedenen Entscheidungsmuster waren, die er dann im weiteren Verlauf aber wieder aufgab, als die „Schockstarre“⁷⁷⁷ der Anfangszeit vorüber war.

bb) Vergleich mit Verwaltungsgerichten

Während die Verwaltungsgerichte die Maßnahmen sofort streng und gründlich prüften, schwenkte der BayVGH erst nach Ende des Katastrophenfalls auf die Linie ein.⁷⁷⁸ Zuvor setzte sich stets der Gesundheitsschutz

773 *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 482 (501f.); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (14), die dies allerdings als Anmaßung von Wissen, das bei den Gerichten nicht vorhanden sei, sieht. Entwicklung der (nicht nur bayernweiten) Gerichtstätigkeit kursorisch dargestellt bei *Kingreen* in *Kingreen/Huster*, Hdb. InfSchR, Kapitel I Rn. 28, 32, 35, 38, 49.

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

775 *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (594f.), die zudem zu Recht betont, dass die Änderung des Prüfungsmaßstabes überraschend sei, da dieser prozessrechtlich determiniert sei. Insofern deute diese Änderung auf eine „tiefe Verunsicherung“ der Gerichte zu Beginn der Pandemie hin.

776 *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (594) unter Verweis auf die Lage- und Situationsberichte des RKI unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html (Stand 21.09.2023).

777 Siehe Fn. 640.

778 Statt vieler: *Trute* jM 2020, 291 (295).

durch, auch wenn es bereits aufgrund gesunkener Infektionszahlen zu den ersten Lockerungen kam. Im Anschluss aber hatte der Senat keine „Beißhemmung“ mehr und suspendierte auch mehrere Maßnahmen. Die Verwaltungsgerichte hingegen stiegen bereits früher in eine strengere Prüfung ein; krisenbedingte Entscheidungsmuster waren dort, wie bereits dargestellt,⁷⁷⁹ nicht anzutreffen.

cc) Vergleich 20. Senat mit 7. Senat

Letztendlich bekräftigt auch noch der Vergleich mit dem 7. Senat die gefundenen Entscheidungsmuster des 20. Senats und dessen Krisenmodus.

Als Vergleich dient eine Entscheidung des 7. Senats, der sich mit der Frage auseinandersetzen musste, ob das Streichen der Faschingsferien 2021 vorläufig außer Vollzug zu setzen war.⁷⁸⁰ Das StMUK hatte anlässlich der Corona-Pandemie die Ferienordnung⁷⁸¹ geändert⁷⁸² und dabei die Frühjahrsferien (ugs. „Faschingsferien“) für das Schuljahr 2020/2021 gestrichen.⁷⁸³ Hiergegen wandten sich die Antragsteller.

Der 7. Senat nahm dabei denselben Prüfungsmaßstab wie der 20. Senat an und stellte auf die voraussichtlichen Erfolgsaussichten der Hauptsache ab. Ganz anders als der 20. Senat jedoch, führte der 7. Senat explizit keine reine summarische, sondern eine umfassende Prüfung durch (Hervorhebung durch die Verfasserin):⁷⁸⁴

„Nach diesen Maßstäben geht der Senat davon aus, dass der Normenkontrollantrag sich in der Hauptsache voraussichtlich als unbegründet erweisen wird. Vor dem Hintergrund, dass die Änderungsbekanntmachung mit Ablauf des 19.2.2021 faktisch an Wirkung verlieren wird, ergibt

779 Kap. 3, D. V.

780 BayVGH Beschl. v. 12.02.2021 – 7 NE 21.434, BeckRS 2021, 2843.

781 Ferienordnung und schulfreie Samstage für die Schuljahre 2017/18 bis 2023/2024, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 09.09.2014, Az. IV.7-BS4407-6.81 307, KWMBL. 2014, S. 206.

782 Nr 1 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 15.01.2021, Az. IV.7-BS 4407-6.2 903, BayMBL. 2021 Nr. 53.

783 Hintergrund war, dass die Weihnachtsferien 2020/2021 verlängert wurden und im Schuljahr 2020/2021 pandemiebedingt auch bereits mehrere Präsenzwochen ausgefallen waren. Der Freistaat wollte diesen Entfall mit dem Streichen der Faschingsferien kompensieren.

784 BayVGH Beschl. v. 12.02.2021 – 7 NE 21.434, BeckRS 2021, 2843, Rn. 28.

die – **nicht nur summarische** – Prüfung, dass gegen die angegriffene Änderungsbekanntmachung keine durchgreifenden Bedenken bestehen.“

Der 7. Senat folgte aus demselben Prüfungsmaßstab demnach, dass eine umfassende Prüfung im Eilverfahren durchaus geboten sei. Er führte daher eine umfassende und gerade nicht nur eine summarische Prüfung durch. Zwar waren in dem Verfahren auch „nur“ Rechtsfragen zu klären; der 20. Senat hingegen führte aber auch in den Verfahren, in denen er in eine rechtliche Prüfung einstieg, stets nur eine summarische Prüfung von Rechtsfragen durch, da er nur eine solche als in Eilverfahren notwendig oder geboten erachtete; in einer Großzahl an Verfahren wurde sogar die bloß summarische Prüfung aufgrund der Komplexität der Fragestellung aus dem Eilverfahren ausgeklammert und auf das Hauptverfahren verlegt.⁷⁸⁵

Der Unterschied der beiden Senate ist freilich, dass der 20. primär über Maßnahmen zu entscheiden hatte, die der Eindämmung und Verlangsamung des Infektionsgeschehen dienten. Beim 7. Senat ging es demnach nicht um gesundheitspolitische Fragen, auch wenn Corona der Auslöser für die überprüfte Maßnahme war.

Dieser Gegensatz unterstreicht nochmals den Befund pandemiebedingter Muster im Umgang mit den formell unveränderten rechtlichen Maßstäben. Einen coronaspezifischen Prüfungsmaßstab gab es nicht. Vielmehr wurde dieser von beiden Senaten im Obersatz sogar gleich formuliert. Der 20. Senat zeigte sich allerdings in dessen Anwendung flexibel, indem er beispielsweise einfach behauptete, eine umfassendere Prüfung sei (auch von Rechtsfragen) nicht möglich, um so in die Folgenabwägung einzusteigen. Dass eine umfassende Prüfung von Rechtsfragen aber auch während Eilverfahren möglich ist, zeigt die Entscheidung des 7. Senats. Dieser agierte demnach wie üblich, woran man sieht, dass nur der 20. Senat im Krisenmodus handelte.

dd) Exkurs: Weitere Pandemiephasen

Auch im weiteren Verlauf der Pandemie, der gekennzeichnet war von mehreren Wellen,⁷⁸⁶ verfiel der BayVGH nicht mehr voll in den anfänglichen

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

786 Die verschiedenen Etappen der Krisenbewältigung zusammengefasst bei Kingreen in Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, Kapitel I Rn. 25; dort auch unter Inbezugnahme der virologischen Entwicklung.

Krisenmodus. Zwar ist durchaus bemerkbar, dass bei einem strengeren Kurs der Politik aufgrund steigender Inzidenzzahlen auch die Prüfung des Gerichts wieder ausweichender und mehr mit geäußerten Zweifeln oder Hinweisen gearbeitet wurde und somit der BayVGH in manchen Entscheidungen ein ähnliches Muster an den Tag legte wie in Pandemiephase I. Dennoch kann bei der Gerichtstätigkeit kein umfassender Krisenmodus festgestellt werden, wie die folgende kursorische Zusammenfassung zeigt:

Zweifel formulierte der BayVGH beispielsweise in seiner Entscheidung vom 10.11.2020, wonach die Maskenpflicht für Grundschüler:innen ohne normierte Tragepausen nur aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung noch verhältnismäßig sei.⁷⁸⁷ Oder in der Entscheidung vom 19.01.2021, in welcher es u.a. um die Zulässigkeit der kompletten Schließung von Bibliotheken ging.⁷⁸⁸ Seine Zweifel bezogen sich dabei auf die Schließung, ohne ein click-and-collect Angebot wie im Einzelhandel zuzulassen. Erwähnenswert ist auch die Entscheidung des BayVGH vom 21.02.2022, in welcher der Senat aufgrund von Art. 12 I GG begründete Zweifel hegte an der 2G-Regelung an Meisterschulen, wonach nur geimpfte oder genesene Schüler:innen am Unterricht teilnehmen durften.⁷⁸⁹

All den genannten Entscheidungen war gemein, dass die geäußerten Zweifel im Anschluss an den Beschluss vom Verordnungsgeber ausgeräumt wurden, indem die Regelungen im Sinne des BayVGH angepasst wurden.⁷⁹⁰ Das bereits in Pandemiephase I festgestellte Entscheidungsmuster, über Hinweise mit dem Verordnungsgeber zu kommunizieren,⁷⁹¹ tauchte demnach in kritischeren Pandemiephasen wieder auf.

Dennoch sieht man auch deutliche Unterschiede zur ersten Pandemiephase. Denn selbst zu Höhepunkten von Infektionswellen, die auch die erste Welle überstiegen und denen z.B. die auch ansteckendere Virusvarianten

787 BayVGH Beschl. v. 10.11.2020 – 20 NE 20.2349, BeckRS 2020, 30792.

788 BayVGH Beschl. v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, BeckRS 2021, 273.

789 BayVGH Beschl. v. 21.01.2022 – 20 NE 22.69, BeckRS 2022, 706.

790 Nach der Schul-Maskenentscheidung folgte die Umsetzung in § 18 II 1 Nr. 3 der 9. BayIfSMV, nach der „click-and-collect“-Entscheidung die Umsetzung in § 22 der 12. BayIfSMV und nach dem Meisterbeschluss die Umsetzung in § 5a der 15. BayIfSMV (die Staatsregierung selbst sprach im letzten Fall davon, durch die Änderung werde „der neuesten Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu Meisterkursen Rechnung getragen“ umzusetzen, <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-ka-binettssitzung-vom-25-januar-2022/?seite=5062>, (Stand 21.09.2023).

791 Ausführlich zur Kommunikation Kap. 5, B. II. 2. a).

zugrunde lagen,⁷⁹² kam es zu mehreren Suspendierungen: Mit Beschluss⁷⁹³ vom 12.11.2020 suspendierte der BayVGh die Schließung von Fitnessstudios wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz, mit Beschluss⁷⁹⁴ vom 24.11.2020 die wöchentliche Testpflicht für Grenzgänger:innen, mit Beschluss⁷⁹⁵ vom 19.01.2021 das landesweit geltende Alkoholverbot im öffentlichen Raum, mit Beschluss⁷⁹⁶ vom 26.01.2021 die sog. 15km-Regel⁷⁹⁷ und mit Beschluss⁷⁹⁸ vom 02.03.2021 die wöchentliche Testpflicht für gepflegtes Pflegepersonal.

Zu einer reinen Feststellung wie im Rahmen des 800m²-Beschlusses⁷⁹⁹ kam es bei Art. 3 I GG Entscheidungen selbst zu diesen Zeiten nicht mehr. Daran wird einmal mehr deutlich, wie sehr der BayVGh zu Beginn der Pandemie eine Suspendierung scheute und hierfür sogar eine jahrelang höchst umstrittene und komplexe Rechtsfrage – ist eine Feststellung anstelle einer Suspendierung im Rahmen eines Eilverfahrens bei einem Fachgericht möglich? –⁸⁰⁰ beiläufig beantwortete.

2. BVerfG

Auch beim BVerfG gibt es Hinweise für einen Krisenmodus. Sieht man sich z.B. die Eurokrise aus dem Jahr 2010 und dort insbesondere die Eilentscheidung des BVerfG zum Europäischen Stabilitätsmechanismus, so lassen sich deutliche Unterschiede festmachen im Vergleich zur Pandemiephase I.⁸⁰¹

792 Vgl. Kingreen in Hdb. InfSchR, Kapitel 1 Rn. 35.

793 BayVGh Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, BeckRS 2020, 30337.

794 BayVGh Beschl. v. 24.11.2020 – 20 NE 20.2605, BeckRS 2020, 32041.

795 BayVGh Beschl. v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, BeckRS 2021, 273.

796 BayVGh Beschl. v. 26.01.2021 – 20 NE 21.162, BeckRS 2021, 971.

797 Diese untersagte bei einer Inzidenz von über 200 touristische Ausflüge über einen Umkreis von 15 km um die Wohnortgemeinde hinaus, § 25 I der II. BayIfSMV (in der Fassung vom 15.12.2020). Zur 15km-Regel in Bayern Ogorek, NJW 2021, 824.

798 BayVGh Beschl. v. 02.03.2021 – 20 NE 21.353, BeckRS 2021, 3413.

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

800 Kap. 3, D. I. 1. h).

801 Allgemein zur BVerfG-Rechtsprechung während existentieller Krisenzeiten, Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 262 ff.

a) Bundesverfassungsgericht Pandemiephase I

Zusammengefasst konnte man beim BVerfG eine insgesamt zurückhaltende Tendenz beobachten und eine sehr zurückgenommene Prüfungsintensität.⁸⁰² Inhaltlich prüfte das Gericht mit einer Ausnahme⁸⁰³ die Rechtslage nicht einmal summarisch, sondern stieg gleich, nachdem es die Erfolgsaussichten ohne nähere Begründung als offen einstufte, in die Folgenabwägung ein. Andererseits setzte es mit seiner Entscheidung zum Gottesdienst-⁸⁰⁴ und Versammlungsverbot⁸⁰⁵ wichtige Akzente, die die Maßnahmen des weiteren Pandemieverlaufs und auch die Gerichtstätigkeit wesentlich beeinflussten und ihnen einen Rahmen vorgaben.⁸⁰⁶

b) Eurokrise 2010

Ein Vergleich mit der Eurokrise aus dem Jahr 2010 verdeutlicht, wie unterschiedlich intensiv die Prüfung des Gerichts ausfällt. Das BVerfG⁸⁰⁷ hatte im Rahmen des Eilverfahrens über den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags zu entscheiden, des sog. Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), der dazu beitragen sollte, den Euro zu stabilisieren und der eine Verpflichtung der Bundesrepublik in Milliardenhöhe bedeutete.⁸⁰⁸ Die Eilentscheidung des BVerfG umfasste 215 Randnummern und enthielt nicht, wie man vermuten könnte, eine reine Folgenabwägung, sondern das BVerfG unterzog den Verfahrensgegenstand einer „summarischen Prüfung“.⁸⁰⁹ Diese Bezeichnung soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese sehr umfangreich war und sich über insgesamt 112 Randnummern erstreckte.

802 Kap. 3, D. III. 1.

803 Ausnahme siehe Kap. 3, D. III. 1. b). Dabei argumentierte das BVerfG, dass andernfalls Rechtsschutz zu spät käme und so Art. 19 IV GG leerzulaufen droht. Soweit ersichtlich ist diese Rechtsprechung bisher nur auf versammlungsrechtliche Gestaltungen angewandt worden, wenn auch nicht ausdrücklich darauf begrenzt.

804 Kap. 3, A. III. 3 und Kap. 3, D. III. 2. b).

805 Kap. 3, A. IV. 4 und Kap. 3, D. III. 2. c).

806 Kap. 4, B. (Gottesdienstverbot) und Kap. 4, C (Versammlungsverbot).

807 Da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelte, war, anders als bei den Corona-Verordnungen, nur das BVerfG berufen, darüber zu entscheiden. Der Vergleich hinkt daher zugegebenermaßen etwas.

808 Zusammenfassung bei *Ruffert*, JuS 2012, 1050.

809 BVerfG Urt. v. 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12 u.a., BVerfGE 132, 195.

Als Begründung für den Prüfungsmaßstab führte das BVerfG aus, dass eine summarische Prüfung dem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag geboten sein kann, um keine verfassungswidrigen völkerrechtlichen Bindungen einzugehen und um zu verhindern, dass irreversible Rechtsverletzungen, insbesondere solche von Art. 79 III GG, entstehen.⁸¹⁰

Das BVerfG macht daher in solchen Fällen eine Ausnahme von der reinen Folgenabwägung und prüft auch komplexe völkerrechtliche Verträge bereits im Eilverfahren umfassend. Verhältnismäßigkeitsprüfungen während der Corona-Pandemie unterließ es dagegen und beschränkte sich auf abstrakte Erwägungen, obwohl in diesen Fällen ebenfalls Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät käme und die Rechtsverletzungen irreversibel⁸¹¹ sind.

c) Vergleich

Wie lässt sich dieser Unterschied also erklären?⁸¹² Vermutlich liegt das an den befürchteten⁸¹³ Folgen, die das Ergebnis der Entscheidung bereits determiniert hatten. Der Tod von Menschen ist irreversibel.⁸¹⁴ Anders ist dies hingegen bei einer Bindung, die unter Verstoß gegen die Verfassungsidentität, Art. 79 III GG zustande kam. Sollte das BVerfG einen ultra-vires Akt feststellen, so bestünde die Möglichkeit, dass das BVerfG gem. Art. 267 AEUV den EuGH anruft und dieser die Nichtigkeit feststellt.⁸¹⁵ Zudem wären die verantwortlichen Organe dazu verpflichtet, alle ihnen „zu

810 BVerfG Urt. v. 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12 u.a., BVerfGE 132, 195, Rn. 88.

811 Dies gilt besonders für diejenigen Grundrechte, die nicht monetär entschädigt werden können.

812 In dem Spannungsfeld Freiheit und Sicherheit dem Gesetzgeber unterschiedliche Beurteilungsspielräume zusprechend, konstatiert *Papier*, GewArch 2022, 350 (352 f.).

813 Die sind einerseits nicht von der Hand zu weisen. Andererseits war gerade zu Beginn von den Bürgern sogar ein „überobligatorisches“ Verhalten zu beobachten. Es ist daher fraglich, ob, selbst bei Suspendierung mancher Maßnahmen, diese nicht noch auf freiwilliger Basis und aus Selbstschutz eingehalten worden wären. Dies gilt zumindest für den hier interessierenden Untersuchungszeitraum; später mag sich dies wieder geändert haben.

814 In diese Argumentationsrichtung gehend *Steiner*, DVP 7/21, 257.

815 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.04.2021 – 2 BvR 547/21, BeckRS 2021, 7968, Rn. 110, dort in Bezug auf die Verschuldung im Rahmen des Corona-Aufbaufonds.

Gebote stehenden Maßnahmen [zu] ergreifen, um die Verfassungsordnung wiederherzustellen.“⁸¹⁶

Insgesamt handelte sich bei dem ESM gerade nicht um eine „äußerste Gefahrenlage“⁸¹⁷, wie das BVerfG die Corona-Pandemie bezeichnete, deren Folgen irreversibel sind.⁸¹⁸ Man kann daher festhalten, dass in solchen äußersten Gefahrenlagen das BVerfG die Prüfungsintensität zurückschraubt, auch wenn der Prüfungsmaßstab des BVerfG durchaus Ausnahmen von der Folgenabwägung kennt, die in den hier interessierenden Verfahren auch in Betracht kamen.

d) Würdigung

Auch das BVerfG scheute sich demnach, in die Prüfung einzusteigen – anders als während der Eurokrise. Daran sieht man die Flexibilität, mit der das BVerfG arbeitet: Wenn es vertieft einsteigen möchte, dann wendet es seinen Prüfungsmaßstab strikt an. Wenn es in die Folgenabwägung einsteigen möchte, unterlässt es eine summarische rechtliche Prüfung, auch wenn es ebenfalls um schwerwiegende und irreversible Grundrechtsverletzungen geht, für die eine Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme. Der Prüfungsmaßstab wird demnach einmal ernst genommen und ein anderes Mal nicht – wie man auch bereits auch an den versammlungsrechtlichen Fragestellungen erkennen konnte; dort führte das BVerfG auch während Corona eine summarische Prüfung durch.

Das verdeutlicht, dass auch das BVerfG in einem coronabedingten Krisenmodus handelte und es sich bei der Großzahl der Verfahren einer klaren Positionierung zu den aufgeworfenen Rechtsfragen enthielt.

3. BayVerfGH

Ein Krisenmodus ist beim BayVerfGH nicht feststell- und überprüfbar, da er nur in fünf Fällen entschied. Verlässliche und auch einem Vergleich zugängliche Parameter lassen sich aus so wenigen Entscheidungen nicht

816 BVerfG, Beschl. v. 15.04.2021 – 2 BvR 547/21, BeckRS 2021, 7968, Rn. 111.

817 BVerfG Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., BeckRS 2021, 36514, Rn. 305.

818 Auch wenn Art. 79 III GG und somit die Verfassungsidentität in Frage stand. Es war aber gerade keine Krisensituation, die das Leben der Menschen bedrohte.

ableiten. Ein krisenbedingtes Muster lässt sich daher zumindest nicht offensichtlich ausfindig machen, auch wenn man beim BayVerfGH auch einen Rückzug, der sogar noch deutlicher ausfiel als beim BVerfG, und auch andere Mechanismen beobachten konnte, wie beispielsweise die Oberflächlichkeit der Prüfung.⁸¹⁹

4. BayVerfGH und BVerfG im weiteren Pandemieverlauf

Während demnach der BayVGH nach den ersten Monaten durchaus zu einer kritischeren Überprüfung der Maßnahmen überging,⁸²⁰ blieben der BayVerfGH und das BVerfG ihrer bisherigen Linie treu und hielten sich weiterhin sehr bedeckt. Der BayVerfGH nahm die wohl unwichtigste Rolle in Bayern während der Pandemiebekämpfung ein; dasselbe gilt auch im Großen und Ganzen für das BVerfG, von dem sich nicht wenige ein „Machtwort“ – wenigstens in den Hauptsacheentscheidungen – gewünscht hätten, um den rechtlich zulässigen Rahmen von Pandemiebekämpfungsmaßnahmen abzustecken.⁸²¹ Große Enttäuschung herrschte insbesondere nach den Hauptsacheentscheidungen⁸²² des BVerfG zur „Bundesnotbremse“^{823 824}.

819 Kap. 3, D. IV. 1.

820 *Katzemeier*, MedR 2020, 461 (461); *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (596).

821 Zu Recht weist *Burgi*, GewArch 2021, 217, darauf hin, dass das BVerfG vom Gebot der Rechtswegerschöpfung gem. § 90 II 2 BVerfGG absehen könnte. Zur Kritik, dass das BVerfG keine klaren Vorgaben machte, siehe nur *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (753).

822 BVerfG Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., BeckRS 2021, 36514 (Bundesnotbremse I) und Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 u.a., BeckRS 2021, 36492 (Bundesnotbremse II); Besprechung u.a. bei *Amhaouach*, 58/2022, 74; *Möllers/Ooyen*, RuP, 58/2022, 58.

823 So wurde das 4. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021, BGBl. I S. 802, genannt.

824 *Amhaouach*, RuP, 58/2022, 74; *Degenhart*, NJW 2022, 123 (126), der eine Reduzierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf ein „Gesamtkonzept“ beklagt; *Lepsius*, LTO v. 03.12.2021, der sogar vom „pandemische[n] Umbau des Rechtsstaats“ spricht; *Möllers/Ooyen*, RuP, 58/2022, 58, die von einer reinen „Kontrollinszenierung“ sprechen; kritisch auch *Rixen*, VerfBlog v. 25.05.2022; *Sehl*, LTO v. 30.11.2021; *Schunder*, NVwZ Beilage 2022, 1, der nur mehr eine reine Willkürkontrolle ausmacht; *Schoch*, NVwZ 2022, 1 (5); *Schwarz*, NVwZ Beilage 2022, 3; AA *Peters/Janz*, GZS 2020, 223 (226), die das Bundesverfassungsgerecht als „Garant des grundgesetzlichen Rechtsstaates“ während der Corona-Pandemie bezeichnen; *Suliak*, LTO v. 23.05.2022.

Die lässt sich auch gut illustrieren am Beispiel des Versammlungsverbots, das bereits ausführlich dargestellt wurde.⁸²⁵ Hier war das BVerfG auch nach zwei Jahren nicht willens, sich zu der seit Beginn der Krise aufgetauchten Rechtsfrage zu äußern, ob Versammlungen generell verboten und nur einem Erlaubnisvorbehalt unterworfen werden dürfen. Dieses Problem wurde erstmals im April 2020⁸²⁶ angesprochen, dennoch vermochte das BVerfG auch im Januar 2022⁸²⁷ sie noch nicht zu beantworten. Hierin zeigt sich ein Unterschied zum BayVGh: Dieser entschied nur in der ersten Pandemiephase derart ausweichend, das BVerfG änderte seinen Kurs während der gesamten Pandemie nicht.

III. Die Staatsräson

Die ausgewählten Entscheidungen und der Vergleich der Pandemiephasen zeigen, dass die Gerichte teilweise in einem Krisenmodus handelten und daher manche Entscheidungen außerhalb der Anfangsphase der Corona-Pandemie anders ausgefallen wären. Die Rechtsanwendung war demnach krisenbedingt und zu Beginn abhängig von der politischen Linie, insbesondere der Staatsräson.

1. Begriffsklärung Staatsräson

Der Begriff der „Staatsräson“⁸²⁸ wird im politischen Diskurs immer wieder verwendet, und dies nicht einheitlich. Ursprünglich wird der Begriff *Machiavelli* (1469-1527) zugeschrieben und betraf primär den Bereich der Außenpolitik.⁸²⁹ Über die Jahre hinweg erfuhr die Staatsräson verschiedene Interpretationen und wird auch heute noch im politischen Diskurs⁸³⁰

825 Kap. 3, D. III. 1. c).

826 BVerfG Beschl. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, Kap. 3, D. III. 1. c) aa).

827 BVerfG Beschl. v. 31.01.2022 – 1 BvR 208/22, BeckRS 2022, 808, Kap. 3, D. III. 1. c) bb).

828 Auch: Staatsraison.

829 *Stolleis*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, S. 23 ff.

830 Zum Beispiel in Bezug auf Israel *Michaels*, RuP, 59/2023, 32.

unterschiedlich verwendet.⁸³¹ Für den weiteren Verlauf der Arbeit wird folgendes Verständnis zugrunde gelegt:

Staatsräson meint eine „situationsbedingte Klugheit des Politischen, die sich bei Bedarf über sittliche und rechtliche Gebote hinwegsetzt“.⁸³² Die Staatsräson ist darauf gerichtet, dass der Staat sich selbst behauptet und sich auch unter wechselhaften Bedingungen durchzusetzen vermag sowie Herausforderungen der inneren wie äußeren Lage besteht.⁸³³

Die Staatsräson erlangt vor allem im Zusammenhang mit dem Verfassungsrecht Bedeutung.⁸³⁴ Ein Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Staatsräson kann dort entstehen, wo aktuelle Entwicklungen ein staatliches Handeln erfordern, das die Verfassung nicht erlaubt, da die rechtlichen Bindungen und vor allem die Eingriffsbefugnisse zu eng sind.⁸³⁵ In solchen Situationen wäre es im Sinne der Staatsräson legitim, die Regeln notfalls auch zu missachten.

Für die Gerichtsbarkeit wurde bisher vor allem das Verhältnis des BVerfG und der Staatsräson beleuchtet.⁸³⁶ Für das BVerfG als Hüter der Verfassung kann es dabei zu Situationen kommen, in denen sein Rechtspruch für den Rechtsstaat gefährlich sein kann, auch wenn dies normalerweise bei der unbedingten Anwendung des Verfassungsrechts nicht der Fall ist. Da aber die Verfassungsgeber nicht jede Entwicklung bedacht haben können, kann es eben doch dazu kommen.⁸³⁷ Die Staatsräson ist daher in den Augen ihrer Verfechter:innen „integrales Element allen Verfassungsrechts“. In solchen Situationen hätte das BVerfG nach dieser Ansicht dann sogar die Pflicht, die rechtlichen Überlegungen hintanzustellen und diese gefährlichen Folgen nicht herbeizuführen.⁸³⁸

831 Umfassend zur Historie *Schnur*, Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs, 1975, mit Verweis auf die grundlegende Literatur hierzu.

832 *Isensee* in HStR IV, § 71, Rn. 44, Fn. 63.

833 *Isensee* in HStR XII, § 268 Rn. 19.

834 *Friedrich*, Die Staatsräson im Verfassungsstaat, 1961.

835 Dieses Verhältnis beleuchtet *Isensee* in HStR XII, § 268 Rn. 99 ff.

836 *Klein*, BVerfG und Staatsräson, 1968.

837 *Kemper/Drautzburg*, JZ 2022, 414 (414), unter Hinweis auf den Vortrag von *Barczak* im Rahmen der 65. Bitburger Gespräche, der darauf hinweist, dass das Verfassungsrecht von der Normalsituation ausgehe und nicht von der Krise.

838 Zum Vorstehenden *Klein*, Fn. 836, S. 32 f. mwN.

2. Die Staatsräson während der akuten Corona-Krise

Die Idee der Staatsräson wird in Zeiten existentieller Krisen relevant, da sich dann die Problematik ergeben kann, dass ein Szenario, das es so bisher noch nicht gab, rechtlich nicht umfassend geregelt ist und daher Befugnisse womöglich zu eng ausgestaltet sind. So auch während der Coronazeit. Die Krise machte kurzfristiges Handeln nötig, und vor allem das IfSG in seiner alten Fassung sah wenig Eingriffsbefugnisse – mit Ausnahme der Generalklausel – vor. Diese Handlungsbeschränkung machte nun einen Rückgriff auf diese Generalklausel notwendig, notfalls unter Missachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Ob eine solche Missachtung tatsächlich vorlag, mag dahinstehen. Es genügt, dass sie in Kauf genommen wurde, und daran kann angesichts der damaligen Debatte um den Wesentlichkeitsgrundsatz und die kritischen Stimmen hierzu kein Zweifel bestehen. Bereits der BayVGh formulierte in seiner Entscheidung⁸³⁹ vom 29.05.2020, dass das IfSG auf eine Pandemie dieser Größenordnung nicht zugeschnitten sei.⁸⁴⁰ Auch war das Handeln der Staatsregierung darauf gerichtet, die enormen Herausforderungen der Corona-Pandemie zu meistern und so Leben zu schützen, notfalls mit beliebigen Mitteln – denn auch wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen (vordergründig)⁸⁴¹ durchgeführt wurde, so war letztlich doch allein das Ziel maßgeblich und nicht die Auswahl der Mittel. Das Handeln der Staatsregierung bzgl. der Coronabekämpfung diente somit der Staatsräson.

Im Vergleich zu den anderen Bundesländern zeichnete sich die Strategie Bayerns vor allem durch ihre besondere Strenge aus.⁸⁴² Diese Strategie Bayerns wurde von der Staatsregierung, insbesondere von Ministerpräsident *Söder*, regelmäßig wortgewaltig beschrieben.⁸⁴³ Durch die sehr intensive und stark an „richtig“ und „falsch“ ausgerichtete Wortwahl, derer sich Mi-

839 Kap. 3, A. IV. 3. c).

840 BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 15.

841 Kap. 3, D. IV. 1. e).

842 Diese Sonderrolle zu betonen, wurde der Ministerpräsident *Söder*, wie bereits dargestellt, Kap. 5, A. I. 3., auch nicht leid. Der strenge Kurs Bayerns war bundesweit bekannt und so galt Bayern innerhalb kürzester Zeit als „Macherland“ und die Beliebtheitswerte des Politikers schossen, auch bundesweit, in die Höhe, https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/umfragen/id_87720468/csu-umfragehoch-bayerischer-ministerpraesident-markus-soeder-populaer-wie-nie.html (Stand 21.09.2023).

843 Kap. 5, A. I. 3.

nisterpräsident *Söder* sehr öffentlichkeitswirksam⁸⁴⁴ bediente, bildete sich innerhalb kürzester Zeit ein allgemeiner Konsens dahingehend, welches Verhalten vernünftig war und somit den Kurs der Staatsregierung darstellte und welches unvernünftig war.

Binnen kürzester Zeit war der Bevölkerung – und somit auch der Justiz – klar, welche Richtung die Staatsregierung einschlug und wie gravierend Abweichungen davon sein könnten: Sie könnten den Tod von Menschen verursachen. Die Notwendigkeit, zugunsten der Staatsräson zu handeln, wurde durch die Kombination der besonders eingreifenden Regeln und der Kommunikation der Staatsregierung schnell deutlich. Das an der Staatsräson ausgerichtete Maßnahmenkonzept der Bayerischen Staatsregierung bildete die Grundlagen politischer und, wie im Folgenden gezeigt wird, gerichtlicher Tätigkeit, namentlich der des BayVGh.

IV. Dispensierter Rechtsstaat?

Es stellt sich nun die Frage, ob die Entscheidungspraxen der verschiedenen Gerichte den Schluss zulassen, der Rechtsstaat sei dispensiert gewesen.⁸⁴⁵ Dabei kann man zunächst festhalten, dass es für einen funktionierenden Rechtsstaat nicht ausreichend ist, dass Gerichte überhaupt entscheiden oder Maßnahmen suspendiert werden, wie manche Stimmen in der Literatur meinen.⁸⁴⁶ Eine solche rein formale Betrachtungsweise eines Rechts-

844 Wöchentlich fanden Pressekonferenzen nach der Ministerratssitzung statt, ebenso gab Ministerpräsident *Söder* viele Interviews.

845 Ob es durch die Maßnahmen in Bezug auf die Grundrechte zu einer Suspendierung kam, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Bejahend beispielsweise *Degenhart*, Staatsrecht I, § 4 Rn. 474a. Ebenfalls eine faktische Suspendierung von Grundrechten andeutend *Volkmann*, VerfBlog v. 03.04.2021, der zu Recht auch darauf hinweist, dass man Suspendierung nicht zu wörtlich nehmen dürfe, da natürlich das Grundgesetz weiterhin in Kraft war, faktisch aber die Grundrechte nicht galten. Andere Autor:innen hingegen betonten, dass es gerade zu keiner Suspendierung gekommen sei, und orientieren sich dabei an formalen Voraussetzungen, exemplarisch *Dreier*, DÖV 2021, 229 (229 f.); *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (7 f.); *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, V. Rn. 116 f.

846 *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (865); *Sehl*, LTO v. 10.11.2020, unter Verweis auf Zitate von *Lepsius*, *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (726). Auf die reine Gerichtstätigkeit abstellend hingegen *Krings*, VerfBlog v. 02.04.2021; *Küspert*, BayVBl. 2020, 793; *Schenk*, BayVBl. 2020, 793, der davon spricht, dass Art. 19 IV GG nicht suspendiert gewesen sei, da „zahlreiche Gerichte unter erschwerten Bedingungen in großer Ge-

staates wird dessen Wesen nicht gerecht.⁸⁴⁷ Es kommt auf die inhaltliche Lebendigkeit des Rechtsstaats an und nicht nur das Tätigwerden seiner Institutionen, quasi der äußeren Hülle.

1. Die Entscheidungspraxis des BayVGH

Es wurden bereits ausführlich die verschiedenen Entscheidungsmuster⁸⁴⁸ des BayVGH vorgestellt, die speziell in Pandemiephase I anzutreffen waren und somit auf einen Krisenmodus⁸⁴⁹ schließen lassen. An ihnen lässt sich erkennen: Der Senat bediente sich einer kritikwürdigen Dogmatik und stellte folgen- und politikorientierte Erwägungen in den Vordergrund, damit der Freistaat Bayern sein Pandemiekonzept unbehellig von der Justiz ausüben konnte.

a) Missachtung rechtlicher Standards zugunsten des Pandemiemanagements des Freistaats

Sieht man sich die Dogmatik der corona-bedingten Spruchpraxis an, lässt sich ein Ausfall gängiger Prüfungsstandards erkennen. Auch Teile der Literatur kritisieren die Rechtsprechung daher mitunter scharf.⁸⁵⁰ So wurde der Prüfungsmaßstab im Eilverfahren flexibel⁸⁵¹ angewandt und selbst eine summarische Prüfung von Rechtsfragen unterlassen – obwohl stellenweise sogar eine Vollprüfung angezeigt gewesen wäre.⁸⁵² Dadurch wich der Senat wesentlichen rechtlichen Fragestellungen aus, wie beispielsweise der nach einer ausreichenden Gesetzesgrundlage.⁸⁵³ Verhältnismäßigkeitsprüfungen,

schwindigkeit Rechtsschutz [gewährleisteten]“. Ebenfalls auf die „fleißige“ Gerichtstätigkeit abstellend *Kaiser*, RuP, 57/2021, 7 (7 f.).

847 Diese formale Betrachtungsweise kritisierend *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (709).

848 Kap. 3, D. I. 1.

849 Kap. 5, A. II.

850 Zur Literaturkritik siehe insbesondere die Fußnoten im Abschnitt Kap. 3, D. IV.

851 Zur Abhängigkeit der Rechtsauslegung und -anwendung vom jeweiligen Kontext allgemein und in Bezug auf die Corona-Krise *Finke*, VerfBlog v. 30.03.2020; *Klafki*, Fn. 27, S. 161 ff.; *dies.*, JuS 2020, 511 (511).

852 Allgemein zum Prüfungsmaßstab in Eil-Normenkontrollverfahren Kap. 2, C. II. 1. a). Zum umgesetzten Prüfungsmaßstab Kap. 3, D. I. 1. a).

853 Insbesondere Betriebsuntersagungen betreffend, Kap. 3, D. I. 1. c) aa); Kap. 5, A. II. 1. c).

wenn sie denn stattfanden, ließen wesentliche Prinzipien außer Betracht und kehrten den Grundsatz um, dass es die Einschränkungen sind, die rechtfertigungsbedürftig sind, und nicht die Ausübung von Grundrechten.⁸⁵⁴ So wurde der legitime Zweck nicht zugeordnet und änderte sich mehrfach.⁸⁵⁵ Erforderlichkeitsprüfungen fanden teilweise nicht statt,⁸⁵⁶ und grundrechtliche Abwägungen wurden nur pro forma durchgeführt, wobei die zeitliche Befristung – auch mit fortschreitender Dauer der Maßnahme – zu einer Art Freibrief wurde.

Daneben konnte man auch beobachten, dass sich die Entscheidungen begünstigend für den Freistaat und dessen Kurs auswirkten, da sich der BayVGH an der Staatsräson orientierte, also am politisch Klugen.⁸⁵⁷ Zu Beginn der Krise äußerte sich dies beispielsweise durch einen überaus großzügig bemessenen Ermessensspielraum oder den Einsatz von Ausweichmechanismen, wie die Flucht in die Folgenabwägung⁸⁵⁸ oder die Flucht in Zeitablauf,⁸⁵⁹ wodurch eine echte Prüfung der Maßnahmen nicht stattfand. Dies galt selbst für im Vergleich zu anderen Bundesländern besonders strenge Regelungen, wie beispielsweise die Ausgangsbeschränkung. Auch nahm das Gericht dafür Widersprüche in seiner Rechtsprechung hin, wie bei den Betriebsuntersagungen, bei denen es bereits früh ein Maßnahmegebot anmahnte, dies anschließend dann aber wieder mit dem Hinweis auf die Komplexität der Fragestellung unter den Teppich fallen ließ.⁸⁶⁰

Als es bereits zu Lockerungen kam, galt dasselbe. Sofern solche vom Verordnungsgeber erlassen worden waren, prüfte der Senat, ob dies aufgrund eines stimmigen Gesamtkonzepts⁸⁶¹ geschah. Das Gericht nahm anstelle einer Verhältnismäßigkeitsprüfung somit eine reine Stimmigkeits- oder Kohärenzprüfung vor.⁸⁶² Ausschlaggebend war für den BayVGH letztlich nur,

854 Kap. 3, D. IV. 1. a).

855 Kap. 3, D. IV. 1. b).

856 Kap. 3, D. IV. 1. c).

857 Mit anderer Nuancierung spricht *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (706) nicht von Staatsräson, sondern vom „herrschenden Narrativ“, dem sich die Rechtsprechung angeschlossen habe.

858 Kap. 3, D. A. 1. a).

859 Kap. 3, D. A. I 1. e).

860 Zu den verschiedenen Eskalationsstufen Kap. 5, A. II. 1. c) aa).

861 Kap. 3, D. I. 1. g).

862 Der BayVGH entschied demnach nur mittelbar zu den Infektionszahlen (aA *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (705), auch wenn natürlich eine gewisse Korrelation gegeben ist. Denn die Politik reagierte in der Regel auf die geänderten Infektionszahlen mit entsprechenden Lockerungen. Dieser Zusammenhang ist hinsichtlich des BayVGH

ob sich die Lockerungsmaßnahme stimmig einfügte, was anhand simpler Sachlichkeitserwägungen geprüft wurde.

Wie sich zeigt, orientierte sich der Senat bei seiner Spruchpraxis an der Politik: War ein (besonders) strenger Kurs angesagt, so wurden ausweichende Mechanismen eingesetzt, um eine tiefergehende Auseinandersetzung zu vermeiden. War der Kurs hingegen auf Lockerungen ausgerichtet, wurde die Maßnahme im Rahmen eines *prima facie* logischen Konzepts mehr oder weniger fraglos hingenommen. Die Staatsregierung musste somit in Pandemiephase I nicht ernsthaft mit einer Suspendierung rechnen, sondern konnte sich darauf verlassen, dass der BayVGh sein Pandemiekonzept durchwinkt.⁸⁶³ Dadurch konnte er sich auch in der Öffentlichkeit darauf berufen,⁸⁶⁴ dass die jeweilige Maßnahme rechtmäßig sei und vom Gericht gehalten wurde.⁸⁶⁵ – ein positiver Nebeneffekt für den Freistaat in seiner Selbstdarstellung.

b) Würdigung

Ob man angesichts all dessen bereits von (systematischen) Fehlentscheidungen sprechen kann, ist fraglich, zumal sich die Grenzen hierfür nicht eindeutig bestimmen lassen. Außerdem handelte es sich um Eilentscheidungen, bei denen bestimmte Standards zwar freilich weiterhin gelten, die sich aber angesichts ihrer Eilbedürftigkeit dennoch von Hauptsacheentscheidungen unterscheiden. Von offensichtlichen Fehlentscheidungen kann daher nicht die Rede sein – im Grenzbereich des Vertretbaren sind sie aber angesichts der geschilderten Auffälligkeiten jedenfalls angesiedelt. Eine genaue Zuordnung ist für die Frage nach einem Dispens aber auch gar nicht von Nöten. Gerichte, die sich mitunter weit von der gängigen Dogmatik entfernen, die zugunsten der Staatsregierung und wesentliche Fragestellungen gar nicht entscheiden, schwächen mit diesem Vorgehen allemal das Vertrauen in den Rechtsstaat und die Verlässlichkeit der Justiz – schließlich

aber nur mittelbar, da sein Blick nicht auf den Infektionszahlen lag, sondern auf dem Kurs der Politik, der sich wiederum regelmäßig an den Infektionszahlen ausrichtete.

863 Mit Ausnahme der 800m²-Entscheidung, wobei hier der BayVGh den Weg wählte, die Maßnahme trotz erkannter Rechtswidrigkeit nicht zu suspendieren, Kap. 3, A. VI, 2.

864 Was er auch sehr häufig tat, Kap. 5, A. IV. 5. b).

865 *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (60).

besagt die Gesetzesbindung, dass das Recht auch in der Krise nicht anders angewandt und niemand bevorzugt wird.⁸⁶⁶ Bei den Corona-Eilverfahren stand aber nicht die rechtliche Prüfung im Vordergrund, sondern das Ergebnis. Zentral war es, die Maßnahmen nicht zu suspendieren und dem Verordnungsgeber so bei seinem Pandemiemanagement nicht zu stören.⁸⁶⁷ Es waren die befürchteten Folgen von suspendierenden Maßnahmen, die den BayVGh im Rahmen seiner Spruchpraxis kreativ werden ließen.⁸⁶⁸ Die Rechtsfindung gestaltete sich somit als vom Ergebnis her gedacht und die Rechtsrason⁸⁶⁹ trat gegenüber der Staatsrason in den Hintergrund.⁸⁷⁰ Es musste demnach schlicht rechtmäßig sein, was nicht rechtswidrig sein durfte.⁸⁷¹

2. Die (Nicht-)Entscheidungspraxis des BVerfG

Auch die Entscheidungspraxis des BVerfG hat Auffälligkeiten ergeben, welche die Annahme eines dispensierten Rechtsstaats stützen – ausschlagge-

866 Vgl. auch *Kemper/Drautzburg*, JZ 2022, 414 (415) unter Hinweis auf den Vortrag von *Paulus* im Rahmen der 65. Bitburger Gespräche, der betonte, dass es die Rolle der Gerichtsbarkeit in Krisen sei, „das Krisenrecht an den Maßstäben des Normalzustandes zu messen“.

867 Ähnlich *Degenhart*, https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galleries/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf, 3 (12) (Stand 21.09.2023), der die eindimensional ausgerichtete Entscheidungsfindung orientiert an der Zielvorgabe der Bekämpfung der Infektionszahlen betont; *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (632), stellt darauf ab, dass das Ergebnis durch die summarische Rechtsprüfung präjudiziert sei.

868 Auch die „Signalwirkung“ eines stattgebenden Beschlusses könnte ausschlaggebend gewesen sei, wie beispielsweise die Entscheidung des VG Köln, Beschl. v. 09.04.2020 – 7 L 701/20, BeckRS 2020, 9068, Rn. 17, zeigt, das unter Berufung auf diese eine Versammlungsgenehmigung versagt. Siehe auch *Fleischfresser* in *Kluckert* IfSG, § 13 Rn. 25a, der davon ausgeht, dass Verwaltungsgerichte Präzedenzfälle vermeiden wollten; *Kraft*, JöR, 70/2022, 547, (558). Auch die Wirkung einer suspendierenden Entscheidung diskutierend, aber dennoch die Ausgangsbeschränkung suspendierend, VerfGH Saarl, Beschl. v. 28.04.2020 – 7/20, BeckRS 2020, 7053. Der VerfGH Saarl. stellt letztlich darauf ab, dass einer etwaigen negativen Signalwirkung durch entsprechende Informationspolitik begegnet werden könne.

869 Vgl. *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 149 mwN.

870 Zu diesem Phänomen umfassend *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972.

871 *Leitmeier*, DÖV 2020, 645 (652); ähnlich, aber plakativer *Volkman*, FAZ v. 06.05.2020: „Wenn die Justiz der Herde folgt“.

bend hierfür sind besonders sein Rückzug und Schweigen zu wesentlichen Fragestellungen.⁸⁷² Zwar gab es richtungsweisende Entscheidungen, die das Pandemiemanagement und die Gerichtstätigkeit wesentlich in Richtung der Freiheitsbetätigung beeinflussten.⁸⁷³ Letztendlich aber hat sich das höchste deutsche Gericht seiner ihm generell und auch (womöglich sogar besonders) in Krisenzeiten zukommenden Verantwortung als Hüter der Verfassung entzogen. Dies erscheint bewusst geschehen zu sein und erfolgte mittels einer Beschränkung des Gerichts auf die Anwendung der Doppelhypothese⁸⁷⁴. Diese ebnet den Weg für eine vom Rechtlichen losgelöste⁸⁷⁵ Folgenabwägung und ist somit auch für pragmatische und eigene Erwägungen⁸⁷⁶ offen. Es reicht die Feststellung von offenen Erfolgsaussichten, wobei die Hürde hierfür nicht hoch und auch nicht nachprüfbar ist. Außerdem verneinte das BVerfG die Voraussetzungen des § 90 II 2 BVerfGG, wonach das Gericht auch ohne Erschöpfung des Rechtswegs über eine Verfassungsbeschwerde entscheiden könnte, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde.⁸⁷⁷

Selbstverständlich hätte das Gericht aber auch eine summarische Prüfung durchführen und den Rahmen zulässiger Pandemiemaßnahmen vorgeben können, wie dies beispielsweise auch beim Versammlungs- oder Gottesdienstverbot geschah.⁸⁷⁸ Möglichkeiten, die Eckpfeiler von zulässigen Regelungen vorzugeben, wie es sich wohl die Bevölkerung und auch die Instanzgerichte gewünscht hätten, hätte es genügend gegeben.⁸⁷⁹

872 Lepsius, JöR, 69/2021, 705 (752) äußert die Vermutung, dass sich das BVerfG die Corona-Verfahren „vom Halse“ hält; Schoch, NVwZ 2022, 1 (4) spricht im Zusammenhang mit der Eilentscheidung des BVerfG zur Bundesnotbremse (Fn. 151) von einer „Rechtsschutzverweigerung durch das BVerfG“.

873 Insbesondere die Entscheidungen zum Gottesdienstverbot, Kap. 3, A. III. 3 und die zum Versammlungsverbot, Kap. 3, A. IV. 4.

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

875 Natürlich können rechtliche Erwägungen abstrakt miteinfließen in die Entscheidung; die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde werden aber grundsätzlich ausgeblendet.

876 Lücke, JöR, 70/2022 609 (615) mwN.

877 BVerfG Ents. v. 03.06.2020 – 1 BvR 990/20, BeckRS 2020, 11760.

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

879 Was angesichts dessen, dass es zu Beginn kein ausreichendes einfaches Recht gab, sicherlich nicht leicht gewesen wäre. Absolute Grenzen oder Regelungsaufträge an den Gesetzgeber hätte es dennoch aussprechen können. Zum Problem, Recht zu

Die Verantwortung wurde aber bewusst nicht geschultert und somit waren es die Fachgerichte, die Beurteilungsmaßstäbe entwickelten und sich mit teilweise schwierigen grundrechtlichen Fragestellungen konfrontiert sahen, vor deren Lösung sie sich dann aber scheuten. Zentrale verfassungsrechtliche Fragestellungen wurden daher nicht gelöst, woran das BVerfG beteiligt ist.⁸⁸⁰

3. Die (Nicht-)Entscheidungspraxis des BayVerfGH

Wie bereits festgestellt,⁸⁸¹ nahm auch der BayVerfGH trotz seiner stattgebenden Entscheidung, die eine eher unbedeutende Maßnahme betraf,⁸⁸² nur eine Randstellung während der Corona-Pandemie ein – und dies im Vergleich zum BVerfG sogar noch in ausgeprägterer Form.

Auffällig ist dabei, dass der BayVerfGH in nur fünf Verfahren zu einer Entscheidung gelangte und die anderen Verfahren sich erledigten oder zurückgenommen wurden. Dies geschah wohl nicht zuletzt auch wegen der Mitteilung des Gerichts, in dem eine Rücknahme nahegelegt wurde, verknüpft mit dem zweifelhaften Hinweis, andernfalls eine Gebühr in Höhe von bis zu 1.500 Euro auferlegen zu können.⁸⁸³ Durch diese Praxis hat sich der BayVerfGH bewusst der Chance entzogen, rechtliche Maßstäbe (mit) zu setzen, und somit ebenfalls das Vertrauen in den Rechtsstaat geschwächt, insbesondere da es faktisch nicht mehr möglich war, eine erneute Auseinandersetzung in der Sache herbeizuführen.

sprechen, wenn es kein Recht mit konkreten Handlungsmaßstäben gibt, *Papier*, GewArch 2022, 350 (354).

880 Kritisch zur Zurückhaltung des BVerfG *Papier*, GewArch 2022, 350 (355). Siehe auch *Sehl*, LTO v. 28.09.2021, unter Hinweis auf die Diskussionsrunde „Corona und Rechtsstaat“, abrufbar unter <https://berliner-anwaltsverein.de/de/veranstaltungen/zuhoeeren-mitreden/articles/zuhoeeren-mitreden>.

881 Kap. 3, D. II.

882 Der BayVerfGH setzte die Ordnungswidrigkeitbewehrung hinsichtlich der Regelung zum Abstandhalten bei der Sportausübung außer Vollzug, Kap. 3, B. II. 2.

883 Kap. 3, D. II. 2.

4. Die Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte agierten wie bereits dargestellt⁸⁸⁴ nicht im Krisen-, sondern im Normalmodus. Sie zeigten mehr Mut zur Entscheidung. Auch verwarfen sie öfters inzident die zugrundeliegende Norm. Insbesondere scheuten die Verwaltungsgerichte keine umfassende Prüfung und verlagerten diese gerade nicht auf das Hauptverfahren. Politische Verflechtungen oder Intentionen sind den Entscheidungen somit auch nicht zu entnehmen. Ausgehend von diesem Normalmodus, kann man sagen, dass die Verwaltungsgerichte ihrer Kontrollaufgabe im Gefüge des Rechtsstaates auch während der Krise nachkamen und sich diese daher als resilient erwiesen.

5. Exkurs: Zusammenarbeit Judikative und Exekutive

Die Anfangszeit war auch geprägt von einer Zusammenarbeit zwischen Exekutive und Judikative. Vor allem anhand der Rechtsetzungsschwierigkeiten zu Beginn lässt sich veranschaulichen, wie der 20. Senat die Bayerische Staatsregierung geradezu an die Hand nahm.

a) Rechtsetzungsschwierigkeiten

Ruft man sich die Rechtsetzungsschwierigkeiten zu Beginn in Erinnerung, lässt sich folgende Entwicklung festmachen:

Zunächst entschied das VG München in zwei Fällen, die Ausgangsbeschränkungen in Form der Allgemeinverfügung⁸⁸⁵ seien rechtswidrig.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Kap. 3, D. V.

⁸⁸⁵ Weswegen sich der Verordnungsgeber zunächst für eine Allgemeinverfügung entschied anstelle einer Verordnung gem. § 32 IfSG, ist nicht ganz klar. Ausschlaggebend könnte die einfachere Verkündungsmöglichkeit gewesen sein, hierzu *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861 (871). Auch könnte die Wahl einer Allgemeinverfügung bewusst geschehen sein, um die inter-partes-Wirkung (siehe Kap. 2, C. I. 1.; kritisch zu der Wirkung siehe Herold, DVBl. 2021, 1604; Schenke, NVwZ 2022, 273; Stepanek, NJW 2021, 778) von etwaigen Gerichtsentscheidungen zu nutzen, wodurch die Allgemeinverfügung für die Nicht-Klagenden in Bestandskraft erwächst. Allerdings überzeugt dies auf einen zweiten Blick nicht, da die Allgemeinverfügung zu Beginn ohnehin nur für zwei Wochen befristet war, so dass es auf die Bestandskraft nach Verstreichen der 1-monatigen Klagefrist, § 74 I 1 VwGO, ohnehin nicht ankommt. Auch die Reaktion auf Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zeigt,

Anschließend wurde die Ausgangsbeschränkung in eine Verordnung überführt, wobei eine Rückwirkung und eine Bußgeldbewehrung angeordnet wurden.⁸⁸⁷ Nachdem diese Rückwirkung wegen des Rückwirkungsverbots bewehrter Normen von den Antragstellern angegriffen wurde, stellte der BayVGh fest, die Verordnung sei überhaupt nicht wirksam bewehrt worden.⁸⁸⁸ Zudem klärte er die Rechtsnatur des Abstandsgebots und machte deutlich, dass dieses nur ein Apell sei, wodurch es auch nicht⁸⁸⁹ wirksam bewehrt werden könne. Es folgte die Phase, in der der Ordnungsgeber versuchte, die Voraussetzungen für eine wirksame Bewehrung umzusetzen, allerdings dann vor der Hürde des Art. 51 II LStVG a.F. stand, wonach eine zwingende Veröffentlichung im GVBl. vorgesehen war. Der Ordnungsgeber bediente sich daher des Mittels der Notbekanntmachung, deren Voraussetzungen der BayVGh jedoch wiederum anzweifelte.⁸⁹⁰ Zwar wurden noch insgesamt vier weitere Notbekanntmachungen⁸⁹¹ erlassen, doch wurde parallel auch eine Gesetzesänderung initiiert,⁸⁹² die die Voraussetzungen für Notbekanntmachungen erleichterte und auch das zwingende Erfordernis einer Veröffentlichung bewehrter Verordnungen im GVBl. abschaffte.

dass der Ordnungsgeber diesen Grundsatz gerade nicht nutzte, Kap. 4, K. Zudem hatte der Ordnungsgeber bereits früh die Möglichkeit von Allgemeinverfügungen in die VeröffBek (Änderung der VeröffBek mit Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 10.03.2020, BayMBL. 2020 Nr. 114) mit aufgenommen, § 5 VeröffBek. Der Ordnungsgeber schien daher zu Beginn davon auszugehen, dass er nun mehr vermehrt auf Allgemeinverfügungen erlassen werde – was auch für viele andere Bereiche zutreffend war. Außerdem war dem Ordnungsgeber zu Beginn – wie allen – noch nicht bewusst, welche umfassende Regelungen die Pandemie erforderlich machen würde und für wie lange (die anfänglichen Maßnahmen waren optimistisch teilweise nur für zwei Wochen befristet). Die Allgemeinverfügung wurde so zum Mittel der Wahl.

886 VG München Beschl. v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, BeckRS 2020, 6126; Kap. 3, A. I. 3. b) aa).

887 Kap. 4, A. I. 2.

888 BayVGh Beschl. v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632, BeckRS 2020, 4618; Kap. 3, A. I. 2. b) aa).

889 Genauer gesagt: nur unter weiteren Bedingungen und nur im konkretisierten Einzelfall.

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

891 BayMBL. 2020 Nr. 192 (EQV), BayMBL. 2020 Nr. 205 (2. BayIfSMV), BayMBL. 2020 Nr. 210 (Änderung 2. BayIfSMV: MNB als Pflicht ausgestaltet), BayMBL. 2020 Nr. 225 (Änderung 2. BayIfSMV: Anpassungen 800m²-Regelung).

892 Kap. 4, D. 1.

Letztendlich gab der BayVGH mit diesem Entscheidungsmuster dem Freistaat Bayern eine Anleitung, wie Verordnungen wirksam bekannt gemacht und bewehrt werden, mit auf den Weg, auch wenn diese Erwägungen nicht entscheidungstragend waren. Diese Hinweise konnte der Freistaat auch nutzen und entsprechende Änderungen in die Wege leiten.

b) Darstellung in der Öffentlichkeit

Dank der gerichtlichen Entscheidungsmuster zugunsten des staatlichen Handelns konnte die Staatsregierung ihre Maßnahmen öffentlich gut rechtfertigen, woran einmal mehr die Zusammenarbeit zwischen Judikative und Exekutive deutlich wird. Die Staatsregierung verwies dabei zur Stütze ihres Kurses häufig und auch ausschweifend auf ihre bisherige Gewinnquote vor Gericht. Beispielsweise äußerte sich der Bayerische Ministerpräsident *Söder* am virtuellen Parteitag der CSU vom 22.05.2020 wie folgt:⁸⁹³

„Jede dieser Einschränkungen wurde übrigens beklagt. Jede, jedenfalls bis im Moment, hat vor den Verfassungsgerichten Bestand gehabt. D.h. noch kein einziger Verfassungs-verstoß wurde weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof bestätigt.“

Auch im Rahmen eines Interviews während „ARD Extra zur Corona-Lage“ vom 25.05.2020 griff der Ministerpräsident auf die Gewinnquote bei den Gerichten zurück und behauptete da-bei – entgegen des gängigen Modells der in rechtlicher Hinsicht sehr oberflächlichen Doppelhypothese⁸⁹⁴ – eine sehr intensive Prüfung seitens der Verfassungsgerichte:⁸⁹⁵

„Vor jedem Verfassungsgericht übrigens haben all die Maßnahmen bislang Bestand gehabt. Und Verfassungsrichter prüfen sehr genau und sehr intensiv die Eingriffe.“

893 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=SPM6EV1GtpY> (Stand 30.05.2022), ca. Minute 11:43.

894 Hierzu Kap. 2, C. III. 1 und Kap. 3, D. I. 5. a).

895 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=ntwKRxFDFpo> (Stand 30.05.2022), ca. Minute 10:52.

Und letztlich stützte er sich auch im Rahmen der Pressekonferenz vom 16.06.2020 darauf:⁸⁹⁶

„Die gesamte Strategie war richtig. Wir sind übrigens auch immer bestätigt worden. Auch das haben wir jetzt einmal ausgewertet. Wir haben insgesamt 98 % Prozent aller Gerichtsverfahren und Entscheidungen, die waren, es waren insgesamt über 300 die gemacht worden sind, haben wir gewonnen. 344 Verfahren waren, sieben Fälle, vor allem die unteren Instanzen waren es, haben mal anders entschieden. Aber insgesamt nur zwei Prozent haben anders entschieden. Alle obersten Gerichte haben immer wieder den Kurs quasi bestätigt. Das heißt es war nicht nur medizinisch richtig, es war auch juristisch glaub ich vertretbar und verhältnismäßig.“

Und auch Staatskanzleichef *Herrmann* verteidigte die Maßnahmen der Regierung unter Hinweis auf die Gerichtsentscheidungen ausführlich im Rahmen einer Pressekonferenz vom 23.06.2020:⁸⁹⁷

„Wir haben 350 Klageverfahren bei unterschiedlichen Gerichten, beim Bundesverfassungsgericht, beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof, beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof und erstinstanzlichen Gerichten, 350 Verfahren sind eine ganze Menge. Aber wenn man sieht, es gibt 13 Millionen Einwohner, ist es nicht so viel. Wir haben hohe Akzeptanz der Maßnahmen in der Bevölkerung, ist legitim, Maßnahmen des Staates durch Gerichte überprüfen zu lassen. 350 Verfahren aktuell, 230 sind erledigt, sprich in denen Entscheidungen getroffen wurde, es wurde zurückgenommen, für erledigt erklärt oder andere Arten, wie in den Verfahren verfahren werden kann. Es waren elf Eilanträge beim BVerfG, hier wurden alle vom Freistaat gewonnen, Entscheidungen bisher ergangen, davon war eine, wo der Freistaat in Teilen verloren hat, es geht um die Bußgeldanordnungen beim Abstand beim Sport. Eher eine Randfrage, nicht eine zentrale Frage, alle Normkontrollverfahren, 160 sind erle-

896 Abrufbar unter <https://www.br.de/mediathek/video/rundschau-extra-1255-1606-2020-corona-massnahmen-soeder-verkuendet-weitere-lockerungen-av:5ee7777b948ec00014486b12> (Stand 12.08.2022), ca. Minute 05:28. Anmerkung: Zu diesem Zeitpunkt hatte bereits der BayVGh die 800m²-Regelung für verfassungswidrig erklärt und auch der BayVerfGH eine Maßnahme als offensichtlich verfassungswidrig suspendiert, hierzu Kap. 3, B. II. 2. Ein Begründungsversuch für die abweichende Statistik in der hiesigen Arbeit wurde bereits gegeben, Kap. 3. D. V. 2. b) bb).

897 Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=wF2VheRqFCk> (Stand 12.08.2022), ca. Minute 31:31.

dig, zwei hat der Freistaat nicht gewonnen. Wegen der 800m²-Grenze, wegen der Differenzierung unter und über 800, das andere war die Uhrzeit bei Gaststätten, was Sie meinten, 22 und 23 Uhr. Die Themen hatten wir ohnehin vor zu ändern, weil wichtiger Punkt, unsere Maßnahmen haben wir immer auf zwei Wochen befristet und am Infektionsgeschehen die Verhältnismäßigkeit geprüft, das ist aus meiner Sicht der Grund, warum der Freistaat bisher fast alle Verfahren gewonnen hat. Vor dem Verwaltungsgericht gibt es 127 Verfahren, 93 sind erledigt. Sechs davon, das sind immer die Verfahren, die nicht die Verordnung als solche aushebeln, sondern im individuellen Fall entscheiden, wo der Kläger, der klagt, Recht bekommt oder nicht, aber es keine Breitenwirkung hat, hier hat der Freistaat sechs Verfahren nicht gewonnen. Es ging um die elektiven Eingriffe in die Allgemeinverfügung, Personal und EMS-Training und einmal Kita, das sind die Verfahren, die wir hatten. Man kann nicht von reihenweise oder sonstigen Übertreibungen ausgehen, von denen Herr Hagen ausgeht, ich habe versucht, es ins Verhältnis zu setzen [...].“

Die Bayerische Staatsregierung nutzte die Gewinnquote der Verfahren – wie man sieht, teilweise auch aufwendig differenziert dargestellt – öffentlich als Bestärkung des eigenen Kurses.

c) Personelle Besetzung der Verwaltungsgerichte und des StMGP

Ein fader Beigeschmack kommt auf, wenn man die personelle Besetzung der Verwaltungsgerichte und des StMGP ansieht. Denn hier offenbart sich eine enge Verflechtung:

Laut StMI wurden im Zeitraum vom 23.03.2021 bis 30.06.2021 insgesamt 22 Proberichter:innen und 4 Richter:innen (im Folgenden einheitlich „Verwaltungsrichter:innen“) der sechs bayerischen Verwaltungsgerichte an das StMGP abgeordnet, also an den Verordnungsgeber. Die längste Abordnung dauerte dabei 228 Tage, die kürzeste 19. Im Schnitt verweilten die Verwaltungsrichter:innen gut 70 Tage am StMGP. Die Abordnung diente dabei als temporäre Verstärkung zur Bewältigung der Corona-Pandemie.⁸⁹⁸ Das StMI erklärt auf Nachfrage, dass es zu keinen Abordnungen aus anderen

898 Auskunft des StMI vom 25.01.2022.

Ressorts an das StMGP kam. Versetzungen (sic)⁸⁹⁹ an das StMGP seien aber auch bereits vor der Corona-Pandemie im Rahmen einer zweijährigen Rotation üblich gewesen.

Es ist verständlich, dass es im StMGP zu einem kurzfristigen und auch Personalbedarf angesichts der Corona-Pandemie kam. Allerdings mutet es befremdlich an, dass es zu Abordnungen ausgerechnet von Verwaltungsrichter:innen (Ressort StMI) kam. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht auch Jurist:innen anderer Ressorts hätten abgeordnet werden können und wieso es speziell Verwaltungsrichter:innen waren. Denn die Verwaltungsrichter:innen wurden wohl auch eingesetzt in den Klageverfahren, d.h. sie waren beispielsweise zuständig für die Antragserwiderung des StMGP im Rahmen von Corona-Gerichtsverfahren.⁹⁰⁰ Nach der Abordnung könnte es daher möglich gewesen sein, dass die Verwaltungsrichter:innen selbst über einen (freilich anderen) Coronaantrag zu entscheiden hatten, wenn sie zuvor noch für die Maßnahmen im Rahmen von Erwiderungsschriften vor dem BayVGH argumentiert hatten. Eine neutrale Befassung mit den Beteiligten ist in einem solchen Fall deutlich erschwert, wenn man kurz zuvor in der beklagten Behörde selbst tätig war und dort Antragserwiderungen zugunsten des Verordnungsgebers formulierte.

Nun mag es zwar, wie es das StMI formuliert, üblich sein, dass es zu solchen Rotationen kommt. Eine gezielte Abordnung von Verwaltungsrichter:innen während einer Krise, noch dazu um Antragserwiderungen zu formulieren, ist jedoch bedenklich. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Personalbedarf offensichtlich auch den Bereich der Gerichtsverfahren am StMGP betraf – spiegelbildlich waren daher auch die Verwaltungsgerichte gefordert, deren Richter:innen jedoch abgeordnet wurden. Weswegen keine Jurist:innen aus anderen Ressorts abgeordnet wurden, lässt sich nicht überzeugend begründen.⁹⁰¹

899 Ob tatsächlich Versetzungen gemeint waren, die, anders als eine Abordnung gem. Art. 47 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG), dauerhaft sind, Art. 48 BayBG, ist nicht klar.

900 Auskunft einer abgeordneten Proberichterin vom 14.09.2020.

901 Auch ein Verweis darauf, dass das StMI das personalstärkste Ministerium ist, würde nicht erklären, wieso es speziell Verwaltungsrichter:innen sein mussten. Denkbar wären auch Jurist:innen gewesen, die damals im StMI die Ministerialaufbahn absolvierten.

V. Idealvorstellung vs. Realität

Wenn sich Gerichte während einer akuten und insbesondere neuartigen Krise, auf die das einfache Recht nicht vorbereitet ist, primär am politischen Kurs und an der Staatsräson orientieren, wirft die Anschlussfrage auf, ob dies angesichts der Bedrohung für die Gesundheit womöglich sogar geboten war oder ob die Rechtsstaatlichkeit unbedingten Vorrang genießt.

1. Das Dilemma

Zu Beginn der Corona-Pandemie hatte das IfSG noch einen Zuschnitt, der auf eine Pandemie dieses Ausmaßes nicht passte.⁹⁰² Das Wissen über das Virus war gering.⁹⁰³ Die meisten Maßnahmen, und vor allem auch sehr grundrechtsintensive, wurden auf Basis der Generalklausel erlassen, wodurch deren Rechtswidrigkeit zumindest nicht fern lag, da Generalklauseln regelmäßig nur leichtere Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigen.⁹⁰⁴ Eine mehr als nur summarische Prüfung hätte diesen Befund zu Tage bringen können, mit der Konsequenz, dass ein Großteil der Maßnahmen zu suspendieren gewesen wäre, wiederum mit den entsprechenden möglichen Folgen für das Infektionsgeschehen. Aber nicht nur in Bezug auf den Wesentlichkeitsgrundsatz gab es berechtigte Zweifel in Bezug auf einzelne Maßnahmen, sondern auch bezogen auf ihre verhältnismäßige Ausgestaltung.

Für den BayVGh – besser: seine Richter:innen –, bestand somit eine missliche Lage: Wenn sie zugunsten der Rechtsstaatlichkeit in rechtlicher Hinsicht in umfassenderer Weise prüfen und dabei zu dem Ergebnis gelangen, eine Maßnahme sei zu suspendieren, sehen sie sich mit den Folgen dieser Suspendierung konfrontiert, d.h. im schlimmsten Fall mit dem Tod von Menschen. Prüfen sie zum Schutz von Menschenleben nur ober-

902 Vgl. auch BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 15.

903 Erwähnenswert in diesem Zusammenhang auch *Abdulsalam*, JöR, 69/2021, 487 (495), die darauf hinweist, dass es sich bei den Coronagerichtsentscheidungen stets um Risikoentscheidungen handelte; *Lüke*, JöR, 70/2022, Heft 1, 609 (618 f.). *Trute*, GSZ 2020, 93; *ders.*, jM 2020, 291. *Vofßkuhle* in Kortmann/Schulze (Hrsg.), *Jenseits von Corona*, 205, lenkt den Blick auf die Probleme, die mit Prognoseentscheidungen einhergehen.

904 Zu diesem Grundsatz bereits Fn. 851.

flächlich und bedienen sich alternativer Entscheidungsmuster wie die hier beschriebenen, setzen sie sich dem Vorwurf aus, effektiven Rechtsschutz, Art. 19 IV GG, zu vereiteln und teilweise schwerstwiegende Grundrechtseingriffe zu dulden.⁹⁰⁵

Entsprechend frustriert äußerten sich Rechtsanwält:innen über die Situation an Gerichten: Ihre Argumente fänden kein Gehör, Rechtsschutz sei nur eine „Illusion“⁹⁰⁶ und ihre Anträge würden „niedergeschmettert“^{907, 908}. Umgekehrt äußerten sich Politiker:innen und Ärzt:innen, wenn eine Maßnahme suspendiert wurde: Der Ratsvorsitzende des Weltärztebundes *Montgomery* empörte sich über „kleine Richterlein“,⁹⁰⁹ die Corona-Maßnahmen aufhoben, ebenso der CDU-Politiker *Kretschmann*, der sich echauffierte, er müsse sich mit den Gerichten herumschlagen^{910, 911}.

Die Zitate deuten es bereits an – Der BayVGH steckte in einer Zwickmühle.

905 An der Stelle sei auch angemerkt, dass das BVerfG, Beschl. v. 21.04.2021 -1 BvR 683/21, BeckRS 2021, 10296, die summarische Prüfung während der Corona-Pandemie für mit Art. 19 IV GG vereinbar hielt, ohne sich damit auseinanderzusetzen, dass Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät käme, die meisten Grundrechtsverletzungen bis zur Hauptsacheentscheidung irreversibel verletzt wären und auch nicht immer monetär entschädigt werden können. Allgemein auf die diffuse Prüfung des BVerfG im Rahmen von Eilverfahren hinweisend *Lüke*, JÖR, 70/2022, 609 (615) mwN.

906 *Hamed/Stibi*, Einspruch FAZ v. 30.03.2021.

907 *Volkmann*, VerfBlog v. 03.04.2021, unter Verweis auf geführte Gespräche mit Anwält:innen.

908 Umfassend und aus Praktiker:innensicht siehe das Symposium des Berliner Anwaltsvereins, nachzuhören unter <https://berliner-anwaltsverein.de/de/veranstaltungen/zuhoren-mitreden/articles/zuhoren-mitreden> (Stand 21.09.2023).

909 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/richterlein-frank-ulrich-montgomery-von-aerztekammer-geruegt-17709127.html> (Stand 21.09.2023).

910 https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id_89612338/corona-regeln-richter-sauer-ueber-aussage-von-winfried-kretschmann.html (Stand 21.09.2023).

911 Vgl. auch *Papier*, GewArch 2022, 350 (350), der Zitate von Politiker:innen listet, die der Exekutive am liebsten einen Freifahrtsschein ausstellen wollen würden. Im Übrigen wurde nicht nur in Bezug auf die Gerichtsbarkeit die Frage nach richterlicher Zurückhaltung diskutiert. In der Rechtswissenschaft entspann sich sogar eine umfassende Diskussion darüber, ob sich diese in der akuten Krise überhaupt kritisch äußern solle; noch dazu „aus der Komfortzone des heimischen Arbeitszimmers“ (*Krüper*, VerfBlog v. 02.04.2020) heraus. Zur Rolle der Rechtswissenschaft, speziell der Verfassungsrechtswissenschaft, in der (Corona-)Krise, *Feichtner*, VerfBlog v. 04.04.2021; *Heinig/Kingreen et al.*, JZ 2020, 861; *Lepsius*, VerfBlog v. 30.03.2021; *Thym*, VerfBlog v. 05.04.2021. Dafür plädierend, sich erst nach der Krise zu äußern und während der Krise von der Praxis zu lernen, *Windhöfel*, JZ 455 (457); aA u.a.

2. Die Lösung des BayVGH

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich der BayVGH mehrmals kritisch hinsichtlich der Ausgestaltung mancher Maßnahmen äußerte und er bereits früh eine strenge Evaluierungspflicht statuierte – die von ihm aber nicht entsprechend kontrolliert wurde, sondern reines Lippenbekenntnis blieb.⁹¹² Der BayVGH entschied sich somit dafür, sich an den möglichen Folgen eines stattgebenden Beschlusses zu orientieren, was zu Lasten der Rechtsstaatlichkeit ging. Damit der Dispens nicht zu gravierend ausfällt, versuchte der BayVGH stellenweise, einen Mittelweg zu gehen und wies den Verordnungsgeber teils sehr deutlich auf die Rechtswidrigkeit hin, wodurch es zu einer entsprechenden Anpassung der jeweiligen Norm kam.⁹¹³

3. Alternative?

Freilich könnte man fordern, dass die Gerichte stets allein auf Basis des geltenden Rechts zu entscheiden und sich unbeeindruckt vom politischen und gesellschaftlichen Geschehen zu zeigen haben. Ein solches Verständnis würde den Fokus auf unbedingte Rechtsstaatlichkeit setzen und die Gerichte auf eine strikte Kontrollfunktion beschränken, aber eben auch etwaige Folgen ihres Richterspruchs und auch die menschliche Seite von

Jestaedt/Kaiser, VerfBlog v. 31.03.2021, die Kritik im Kern zwar für zulässig erachten, aber eine sachliche Wortwahl anmahnen. *Kingreen*, VerfBlog v. 07.04.2021; *Kuhle*, VerfBlog v. 06.04.2021; *Münkler*, JöR, 69/2021, 535 (535 f.), die jedoch vor einer „erheblichen Perspektivverengung“ warnt; *Schuppert*, JöR 69/2021, 439 (444), der zur „verhältnismäßigen“ Wortwahl aufruft. Umfassend und auch kritisch zum Thema „Antikritik“ während der Pandemie *Kingreen* in *Huster/Kingreen*, Hdb. InfSchR, Kap. 1 Rn. 146 ff mwN; *ders.* VerfBlog v. 07.04.2021, Zu den Wirkungsbedingungen verfassungsrechtlichen Argumentierens *Hase*, JZ 2020, 697.

912 Bemerkenswert daher VerfGH Saarl, Beschl. v. 28.04.2020 – 7/20, BeckRS 2020, 7053, der noch innerhalb der ersten drei Monate die Ausgangsbeschränkungen teilweise für verfassungswidrig erklärte und dies mit einer höheren Rechtfertigungslast mit Verstreichen der Zeit begründete. In diesem Zusammenhang auch erwähnenswert die Sondervoten *Seegmüllers* und *Schönrocks*, BerlVerfGH Beschl. v. 14.04.2020 – VerfGH 50 A/20, BeckRS 2020, 5851, die bereits sehr früh die Ausgangsbeschränkungen in Berlin mangels Eignung und Erforderlichkeit für verfassungswidrig hielten. Die Richter:innen argumentierten, dass Eingriffe in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung unzulässig sind und daher im gewissen Rahmen Infektionen von Verfassung wegen hinzunehmen seien.

913 Zu den Reaktionen Kap. 4.

Richter:innen ausblenden und in ihnen reine „Subsumtionsautomaten“⁹¹⁴ sehen. Überdies fände dieses Verständnis jedenfalls immer dort seine Grenze, wo es, wie so oft, unterschiedliche, aber jeweils vertretbare Antworten auf eine Rechtsfrage gibt.⁹¹⁵

Wenn man aufgrund ihres überragenden Stellenwerts für Rechtsstaatlichkeit um jeden Preis plädiert, muss man sich angesichts der Bedrohungssituation, die einen auch selbst betreffen konnte,⁹¹⁶ aber ehrlich die Frage stellen, ob man in der entsprechenden Situation nicht auch ähnlich agiert hätte wie der 20. Senat, der letztinstanzlich über Corona-Verordnungen entschied. Hätte man – ohne genauere Kenntnisse über das Virus⁹¹⁷ und zu Beginn einer globalen Krise – ein eigenes Pandemiebekämpfungskonzept entwickelt und das aktuelle als unverhältnismäßig oder unschlüssig suspendiert?⁹¹⁸ Hätte man, wenn man einen Formfehler entdeckt, tatsächlich die

914 Häuser, JUSTIZ Nr. 107, 151 (153).

915 Mit dem Blick auf Alternativen geht auch die Frage einher, ob Gerichte Verantwortung (mit)tragen für die Folgen ihres Richterspruchs. Explizit erwogen und gemeinhin auch bejaht wird eine solche Folgenverantwortung für das BVerfG, welches als Verfassungsorgan die Folgen seines Rechtsausspruches im Rahmen der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen habe, Ausführlich *Isensee* in HStR XII, § 268 Rn. 103 ff. Auch die Rechtsprechung des BVerfG, einen Verfassungsverstoß nur festzustellen, anstatt das Gesetz für nichtig zu erklären, ist Ausdruck von Folgenverantwortung, sollen damit schließlich unerträgliche Rechtsfolgen vermieden werden, die durch eine Nichtigerklärung entstünden, siehe *Löwer* in HStR III, § 70 Rn. 120 f. Ob diese Überlegungen auch auf die verwaltungsgerichtlichen Instanzgerichte übertragbar sind, vor allem in Verfahren gem. § 47 VI VwGO, in denen es auch um verfassungsrechtliche Fragestellungen geht und im Rahmen derer Normen mit erga-omnes-Wirkung verworfen werden, darüber lässt sich streiten. Auf die Verantwortung der Gerichte für die staatliche Krisenbewältigung verweisend, *Klafki*, JöR, 69/2021, 583 (595); *Seiler*, JZ 2021, 924 (929). Vgl. auch *Kämmerer/Jischkowski*, GesR 2020, 342, die darauf hinweisen, dass stets auch die rechtspolitischen Folgen zu bedenken seien, im Falle der Stattgabe eines Antrags gegen Corona-Maßnahmen sei daher auch zu berücksichtigen, dass der damit „entweichende Freiheitsgeist schwer wieder in die Flasche (durch verbesserte Regelungen) bekommen“ zu sei. Umfassend zur Thematik der Folgenverantwortung und Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten *Sendler*, Fn. 362, 113.

916 Den Aspekt der Selbstbetroffenheit hervorhebend *Kingreen* in Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, Kapitel 1, Rn. 147, der zu Recht darauf hinweist, dass individuelle Lebensumstände den rechtlichen Zugriff auf die Pandemie prägen; *ders.*, VerfBlog v. 07.04.2021.

917 Kritisch zu diesem Argument *Kruschke*, NVwZ-Extra, 9/2022, 1 (4 f.), der den Gerichten unkritisches Vorgehen vorhält.

918 Ähnlich auch *Papier*, Umgang mit der Corona-Pandemie, APuZ 2020; drastisch auch *Steiner*, DVP 7/21, 257, der davon spricht, dass die Gerichte wohl verstanden

Regelung ausgesetzt oder nicht ebenfalls die Heilung abgewartet? Man stelle sich nur mal kurz das Szenario vor, dass wesentliche Pandemiemaßnahmen unter einer bis dahin noch völlig unbekannten Bedrohungslage suspendiert worden wären, noch dazu wegen eines Formfehlers.⁹¹⁹ Hätte das Vertrauen in die Gerichte und den Rechtsstaat dann womöglich nicht ebenso Schaden genommen wie bei der vom BayVGh gewählten Alternative?

Es zeigt sich demnach, dass das eine das andere zu gefährden schien: Unbedingte Rechtsstaatlichkeit wäre potentiell zu Lasten von Menschenleben gegangen; unbedingter Schutz von Menschenleben erforderte das Umschiffen problematischer rechtlicher Fragestellungen, was wiederum zu Lasten der Rechtsstaatlichkeit ging.

4. Würdigung

Die Frage danach, wie man dieses Dilemma auflöst, d.h. ob man nun „richtigerweise“ Menschenleben riskieren oder aber rechtsstaatliche Standards verletzen soll, lässt sich nicht zufriedenstellend beantworten. Der BayVGh hat sich dafür entschieden, rechtsstaatliche Anforderungen vorübergehend zu vernachlässigen und hat dafür potentiell Leben gerettet. Es wäre auch andersherum denkbar gewesen, mit Betonung auf der Rechtsstaatlichkeit, deren unbedingtem Schutz die Dritte Gewalt verpflichtet ist – dann aber womöglich um den Preis von Menschenleben.

Ob man sich angesichts der Bedrohung in Krisensituationen Ausnahmen von der Rechtsstaatlichkeit erlauben kann und mit welchen (langfristigen) Kosten, ist schwer zu beurteilen. Hier ließe sich darüber nur spekulieren. Eine eindeutige Antwort gibt es nicht. Die möglichen Konsequenzen eines stattgebenden Beschlusses, mit denen sich die Richter:innen konfrontiert sahen, machen die Flucht in spezielle Entscheidungsmuster zu Beginn

hätten, dass die Grundrechte unversehrt zurückkehren würden, die Toten hingegen nicht.

919 In eine ähnliche Richtung gehend *Volkman*, VerfBlog v. 20.03.2020, der darauf hinweist, dass es gerade zu Beginn einer Krise kein Verwaltungs- oder Verfassungsgericht riskieren würde, eine Maßnahme zu beanstanden. Siehe auch *Seiler*, JZ 2021, 924 (929), der angesichts der weitreichenden Konsequenzen bspw. in Form einer Verunsicherung der Bevölkerung von einer gewissen Überforderung der Richter spricht. *Lepsius*, JöR, 69/2021, 705 (746) spricht schlicht davon, dass die Gerichte von diesen Faktoren beeindruckt gewesen zu sein schienen.

der Krise somit zwar nicht automatisch geboten, jedenfalls aber nachvollziehbar.⁹²⁰ Zu Recht daher die Mahnung, dass man gut daran täte, seine „Erwartungen, was Recht generell leisten kann, anzupassen“, ⁹²¹ um so Enttäuschungen in der akuten Krise vorzubeugen.⁹²²

VI. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat für verschiedene Akteure der Justizlandschaft Verschiedenes ergeben:

1. Die Entscheidungspraxis des BayVGH ist gekennzeichnet von einem Krisenmodus, der verschiedene Entscheidungsmuster hervorbrachte. Dabei agierte er stellenweise an der Grenze des Vertretbaren. Die Entscheidungspraxis entfernte sich von der gängigen Dogmatik und orientierte sich an der Staatsräson, um dem Verordnungsgeber weitestgehend freie Hand zu lassen. Rechtssuchende hingegen erwarten, dass gerichtliche Entscheidungen unabhängig von politischen Bestimmungen getroffen werden – also nicht zugunsten der Regierung. Ferner erwarten sie, dass das Recht stets gleich angewendet wird und sich nicht zugunsten eines Krisenrechts verschiebt. Dieser Erwartung ist der BayVGH nicht gerecht geworden – zwar aus verständlichen Motiven, aber mit schwer absehbaren Folgen für das Vertrauen in den Rechtsstaat. Denn auch wenn der Krisenmodus nur wenige Monate praktiziert wurde, nicht alle Entscheidungen davon betroffen waren und die betroffenen auch nicht gleichermaßen intensiv, so gilt doch jedenfalls, dass Vertrauen schneller verloren geht als wieder aufgebaut.
2. Das BVerfG hat sich bewusst herausgehalten aus der Prüfungspraxis und kam somit seiner Aufgabe, sich hütend vor die Verfassung zu stellen, nicht nach, wodurch es das Vertrauen in den Rechtsstaat schwächte. Es wäre seine Aufgabe gewesen, den Rahmen zulässiger Pandemiebekämpfung auf Basis des damals geltenden Gesetzes vorzugeben.

920 Klafki, JöR, 69/2021, 583 (586 f.), weist auf die psychologische Dimension von Krisen hin.

921 Finke, VerfBlog v. 30.03.2020.

922 Ähnlich auch Seiler, JZ 2021, 924 (930), der davon spricht, dass Juristen mit der Corona-Krise eine „Funktionsgrenze der rechtlichen Rationalität“ erreicht hätten und daher auch nur begrenzt leistungsfähig gewesen seien. Dennoch hat sich seiner Ansicht nach aber die demokratische Grundordnung behauptet.

3. Der BayVerfGH agierte besonders zurückhaltend. Anders als das BVerfG hat dieser allerdings zusätzlich die Anzahl der zu entscheidenden Verfahren reduziert, indem er den Antragstellern eine Rücknahme nahelegte, verknüpft mit dem Hinweis auf die Verhängung einer zweifelhaften Gebühr im Eilverfahren.
4. Der Rechtsstaat konnte sich in dieser akuten Krise nicht entsprechend seiner Idealvorstellung behaupten. Man sieht deutlich: Die Selbstbetroffenheit, das Ausmaß der Pandemie, die drohenden Folgen – bis hin zum Tod von Menschen –, die Unwissenheit und Abhängigkeit von wissenschaftlicher Erkenntnis überforderten die Gerichte.
5. Die Verwaltungsgerichte agierten im Normalmodus und zeigten sich krisenresilient.

B. Strategic Litigation

Während die Interpretation in Teil A unter Berücksichtigung der politischen Einbettung erfolgte, werden die Verfahren in Teil B im Hinblick auf ihre Auswirkungen interpretiert. Betrachtet man die Verfahren rein vom (inner-)prozessualen Ergebnis her, sind sie wenig spektakulär. So wurden die Anträge vor dem BayVGH nahezu ausnahmslos abgewiesen. Dennoch lohnt sich ein tiefergehender Blick auf die Motivation der Antragsteller und die Auswirkungen der Verfahren. Aus einem solch weiteren Blickwinkel heraus ergibt sich ein gänzlich anderes Bild, als das der reihenweise erfolg- und somit sinnlosen Verfahren.⁹²³ Nicht alle, aber doch einige Verfahren führten, trotz Abweisung, dazu, dass der Ordnungsgeber vom Gericht auf rechtliche Defizite hingewiesen wurde und dieser entsprechend reagieren konnte.⁹²⁴

Damit sind bereits zwei wichtige Befunde angesprochen: Zum einen dienten die Verfahren der Kommunikation. Zum anderen waren sie trotz der gerichtlichen Abweisung erfolgreich. Manche der Verfahren lassen sich somit dem Bereich „strategic litigation“ zuordnen, d.h. können als sog. „strategische Verfahren“ eingeordnet werden. Im Folgenden soll zunächst

923 Zu der öffentlichkeitswirksamen Darstellung der Gewinnquote des Freistaats Bayern Kap. 5, A. IV. 5. a).

924 Zu den Reaktionen Kap. 4.

der Begriff näher beleuchtet und die Verfahren dann anhand einiger gängiger Merkmale interpretiert werden.⁹²⁵

I. Allgemeines

Der offen gehaltene Begriff der strategic litigation⁹²⁶ bezeichnet eine spezielle Art der Prozessführung und kommt ursprünglich aus dem amerikanischen Bereich.⁹²⁷ Dennoch ist die Praxis der strategic litigation mittlerweile auch in Deutschland en vogue.⁹²⁸ Der Begriff lässt sich nicht leicht fassen und ist kaum zu definieren.⁹²⁹ Schlicht strategisches Prozessieren im Sinne eines prozessrechtlich taktischen Vorgehens, das den Mandatsinteressen zu Erfolg verhelfen soll, ist damit nicht gemeint.⁹³⁰ Die Annäherung erfolgt meistens über verschiedene Merkmale, die mehr oder weniger ausgeprägt sein können und die diese Praxis auszeichnen.

925 Nicht zu leisten beabsichtigt der Abschnitt eine umfassende und generelle Auseinandersetzung mit dem Phänomen „strategic litigation“. Einen guten Überblick über die Thematik und der damit verbundenen Frage- und Problemstellungen findet sich bei Graser, RW – Heft 3 2019, 317 und dem Sammelband Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis.

926 Synonym auch impact litigation, public interest litigation, movement litigation und cause lawyering, Helmrich in Graser/Helmrich (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand. Kritisch zum Begriff „strategic litigation“ Müller, ZfRS 39, 2019, 33 (35 ff.).

927 Helmrich in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 115 (115); Kaleck in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 21 (22).

928 Wenn auch noch in den „Kinderschuhen“ steckend, Graser RW – Heft 3 2019, 317 (326). Boulanger/Krebs, ZfRS 39, 2019, 1 (1 f.) werfen dabei die Frage in den Raum, ob nur die Verwendung des Begriffs populär wurde, oder ob auch tatsächlich mehr strategisch prozessiert werde.

929 Umfassend zum Begriff Strategic Litigation siehe die Beiträge in dem Sammelband Graser/Helmrich (Hrsg.) Strategic Litigation – Begriff und Praxis, S. 9-52: Fuchs, S. 43 ff.; Graser, S. 37 ff.; Helmrich, S. 31 ff.; Kaleck, S. 21 ff.; Weiss, S. 27 ff. Siehe auch Hahn, ZfRS 39, 2019, 5 (23). Aus rechtssoziologischer Sicht Müller, ZfRS 39, 2019, 33. Definitionsversuche finden sich bspw. auch auf den homepages von auf strategic litigation spezialisierten Organisationen wie z.B. ECCHR, <https://www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/>, TRIAL International, <https://trialinternational.org/who-we-are/>, Center für Strategic Litigations, <http://strategiclitigations.org/category/aboutus/whatisstrategiclitigation/>, ecre, <https://ecre.org/our-work/strategic-litigation/>, errc, <http://www.errc.org/news/what-is-strategic-litigation> (jeweils Stand 21.09.2023).

930 Helmrich, Fn. 927, 31 (32 f.).

Sinnvoll erscheint eine Annäherung auch über Verfahren aus der Praxis.⁹³¹ Ein aktuelles Beispiel⁹³² für strategische Gerichtsverfahren in Deutschland sind vor allem die Klimaschutzklagen, die in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen sind.⁹³³ Ziel dieser Klagen ist es, mittels der dritten Gewalt einen Beitrag zur „Weltrettung“⁹³⁴ angesichts der globalen Bedrohung durch den Klimawandel zu leisten.

Mit dem Ziel ist bereits ein wichtiges Merkmal – wenn nicht sogar das Merkmal – strategischen Prozessierens angesprochen.⁹³⁵ Mittels eines Verfahrens wird versucht, ein über den Individualschutz hinausgehendes Ziel zu erreichen – im Folgenden das „eigentliche Ziel“ genannt.⁹³⁶ Strategische Verfahren verfolgen somit regelmäßig ein größeres Ziel, nämlich das Anstoßen sozialer Veränderung, oftmals im Bereich der „Dickschiffe“ wie beispielsweise Gleichberechtigung und Antidiskriminierung,⁹³⁷ soziale Machtgefälle oder besonders populär neuerdings auch Umweltrecht.⁹³⁸ Bei den Klimaschutzklagen geht es z.B. darum, das Problem des Klimawandels in das (politische) Bewusstsein zu rücken und über das Recht

931 Hierzu die Beiträge in Teil II des Sammelbandes Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, S. 53 ff.

932 Weitere Beispiele finden sich bei Graser, RW – Heft 3 2019, 317, 318; Strobel, DÖV 2021, 1067 (1068).

933 Hierzu Niehaus in Huggins (Hrsg.), *Zugang zu Recht*, S. 241; Wegener, NJW 2022, 425 (426 f.) mwN.

934 Wegener, NJW 2022, 425 (427).

935 Graser in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 37 (39 f.); aA hingegen Hahn, ZfRS, 39, 2019, 5 (5, 7 f.), die mehr auf die Form abstellt und strategische Prozessführung als „Modus der Mobilisierung von Recht durch Klagekollektive“ sieht.

936 Dies als einen einheitlichen Kern der ansonsten unterschiedlich ausfallenden Begriffsannäherung ausmachend Graser, Fn. 927, 9 (14). Darauf hinweisend, dass auch nicht strategische Verfahren stets einen objektiven Gehalt aufweisen, in dem sie der Rechtsordnung zur praktischen Geltung verhelfen und somit zur Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns beitragen, Friedrich, DÖV 2021, 726 (726); ders., in Huggins (Hrsg.), *Zugang zu Recht*, S. 219. Siehe auch Müller, ZfRS 39, 2019, 33 (33, 36 f., 41 f.), die dies ebenfalls als keine Besonderheit erachtet und das Merkmal strategischer Verfahren vielmehr in der Beteiligung ideell motivierter, nicht-staatlicher Akteure sieht.

937 Hierzu wurde ein eigenständiger Verein gegründet, das „Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung“, das ebenfalls strategisch vorgeht, <https://www.bug-ev.org/organisation> (Stand 21.09.2023).

938 Beispiele für erfolgreich geführte strategische Verfahren in diesen Bereichen aufgezählt bei Helmrich, Fn. 927, 31 (33).

zu dessen Lösung beizutragen.⁹³⁹ Strategic-Litigation-Verfahren sind daher auch häufig, wenngleich nicht ausschließlich, im Bereich der Grund- und Menschenrechte⁹⁴⁰ anzutreffen.

Zusammengefasst lässt sich strategic litigation äußerst grob wie folgt umreißen: „Kennzeichnend für solche Verfahren ist, dass die mit ihnen verfolgten Ziele über das – meist individuelle – Rechtsschutzziel hinausreichen. Man prozessiert also zum Beispiel auch, um eine Grundsatzentscheidung zu bekommen, um öffentliche Aufmerksamkeit auf ein Thema zu lenken und so den Betroffenen eine Stimme zu geben oder eine unbefriedigende Rechtslage zu exponieren, vielleicht auch, um politischen Druck zu erzeugen und letztlich eigentlich immer, um mit dem Gerichtsverfahren auch soziale Veränderungen zu erreichen.“⁹⁴¹

II. Der Gerichtssaal als Bühne und die Darsteller

Strategischen Verfahren geht es somit vor allem darum, auf Probleme hinzuweisen und Bewegung in eine Situation zu bringen.⁹⁴² Bildlich gesprochen wird bei diesen Verfahren daher eine Geschichte auf der Bühne⁹⁴³ des Gerichtssaals erzählt, weswegen strategische Verfahren auch als „inszenierte Narrative normativen Protests“⁹⁴⁴ beschrieben werden.

939 Graser, Fn. 929, 37 (38); Hahn, ZfRS, 39, 2019, 5 (5, 7 f.); Kessler, ZfMR 12, 2018, 103 (110), spricht vom „Hebel“. Historische Fälle ansprechend, denen eine „Mobilisierung von Recht“ zugrunde lag, Hahn, ZfRS, 39, 2019, 5 (11 f.).

940 Umfassend hierzu Duffy, Strategic human rights litigation: understanding and maximising impact; Sheldrick, Blocking public participation: the use of strategic litigation to silence political expression. Zur Durchsetzung von Menschenrechten durch deutsche Organisationen Keller/Theurer in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 53; Kessler/Borkamp in Graser/Helmrich (Hrsg.), Strategic Litigation – Begriff und Praxis, 73. Dafür plädierend, strategische Verfahren vermehrt auch im Datenschutzrecht zu nutzen, Ruschemeier, MMR 2021, 942 (945 f.).

941 Graser, ZUR 2019, 271 (277), der dabei ebenfalls betont, wie schwer die Praxis zu definieren ist.

942 Müller, ZfRS 39, 2019, 33 (35 f.) bezeichnet dies als das „weite Verständnis“ von strategic litigation im Gegensatz zum „engen“, das auf die Schaffung verfassungsrechtlicher Präzedenzfälle gerichtet sei.

943 Graser, RW – Heft 3, 2019, 317 (351) spricht von „Arena“.

944 Graser, Fn. 929, 37 (37).

Zwar trat bei den Corona-Eilverfahren das Narrativ, d.h. die erzählte Geschichte,⁹⁴⁵ in den Hintergrund. Aber letztlich diente der Gerichtssaal auch hier als Bühne. Als Bühne, um verfassungsrechtliche Bedenken zu exponieren, mit dem Ordnungsgeber zu kommunizieren, diesen zur Erwiderung zu zwingen und die Gerichte zu einer Entscheidung. Der Gerichtssaal wurde dafür genutzt, Bewegung und Veränderung in Corona-Maßnahmen hineinzubringen. Durch das teilweise sehr hartnäckige Vorgehen der Antragsteller wurde Druck für Veränderungen aufgebaut, welcher auch tatsächlich zustande kam und zu entsprechenden Änderungen⁹⁴⁶ führte.

Der rote Faden strategischer Verfahren ist daher bei den Corona-Eilverfahren zu erkennen, auch wenn nicht alle oder mehrere Merkmale strategischen Prozessierens erfüllt sind und es sich nicht um „klassische“ strategische Verfahren handelt, die sich regelmäßig durch eine lange Vorgeschichte und viel Vorarbeit, oftmals von NGOs, auszeichnen.⁹⁴⁷

Das besondere und auch strategische an den Corona-Eilverfahren war, dass mit ihnen ein eigenständiger Wirkmechanismus in Gang gesetzt wurde, der sich deutlich von regulären Verfahren abgrenzt: Die Verfahren endeten nicht mit Rechtskraft des in aller Regel abweisenden Beschlusses, sondern zeigten darüber hinaus Wirkung. Im Folgenden sollen zunächst die Akteur:innen vorgestellt werden, die aus den ihnen im Rahmen von „normalen“, also nicht-strategischen Verfahren, klassischerweise zugeschriebenen Rollen herausfielen. Anschließend werden die „abgewiesenen“ Verfahren und ihre Auswirkungen näher betrachtet.

1. Die Antragsteller

Dem Antragsteller kommt bei regulären Verfahren keine weitere Bedeutung zu als die, dass er seine Rechtsposition durchzusetzen versucht. Es handelt sich um einen Rechtsschutzsuchenden, der Individualrechtsschutz begehrt.

945 Solche sind vor allem bei „David gegen Goliath“-Verfahren von Bedeutung, z.B. der peruanische Bauer gegen RWE, *Graser/Helmrich*, Blick in die Wissenschaft 38, 43 (43).

946 Zu den rechtlichen Auswirkungen der Verfahren Kap. 4, A., B.

947 *Hahn*, ZfRS, 39, 2019, 6 (16, 19 f., 22); *Müller*, ZfRS 39, 2019, 33 (41 f.); *Strobel*, in *Huggins* (Hrsg.), Zugang zu Recht, 157 (159 f.); aA *Helmrich*, Fn. 927, 31 (32 f.). Zur Einsicht in die strategische Tätigkeit von NGO's siehe die Beiträge im Sammelband von *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis: Burghardt/Thönnies*, S. 65 ff; *Keller/Theurer*, S. 53 ff.; *Kessler/Borkamp*, S. 73 ff.

Bei strategischen Verfahren hingegen versucht der Antragsteller in aller Regel darüber hinaus, ein übergeordnetes Ziel zu erreichen.⁹⁴⁸ Mit diesem eigentlich angestrebten Ziel einher gehen die Protestfunktion,⁹⁴⁹ die Anstoßfunktion und die Druckfunktion, die von Antragstellern im Rahmen strategischer Verfahren ausgeübt wird und die im Folgenden näher betrachtet werden. Dabei weisen die Merkmale freilich auch Überschneidungen auf und lassen sich, ebenso wenig wie die Praxis strategischen Prozessierens überhaupt, nicht trennscharf fassen.

a) Protestfunktion

Die Antragsteller nahmen eine wichtige Position ein: Sie waren Gradmesser für die Akzeptanz der Maßnahmen, ihnen kam die Funktion des Protestierens zu. Das wird besonders daran deutlich, dass über manche Verfahrensgegenstände mehrmals in der Sache entschieden wurde. So entschied der BayVGh mehrfach über die in der BayIfSMV angeordnete Maskenpflicht. Dabei kann man aufgrund der anwaltlichen⁹⁵⁰ und gerichtlichen Sorgfaltspflicht davon auszugehen, dass wegen des Kostenrisikos darauf hingewiesen wurde, dass eine Abweichung von der bereits gefundenen Linie der Rechtsprechung nicht wahrscheinlich war. Dennoch endeten viele Verfahren (nochmals) mit einer Entscheidung in der Sache.⁹⁵¹ Noch häufiger geklagt wurde gegen die Betriebsuntersagungen. Auch hier entschied der BayVGh bereits früh, dass diese Maßnahme voraussichtlich rechtmäßig sei oder lehnte den Antrag aufgrund einer Folgenabwägung ab. Dennoch häuften sich die Anträge in diesem Bereich.

Was trieb die Antragsteller somit an, trotz der geringen Erfolgsaussichten immer wieder zu klagen? Darüber kann zugegeben nur gemutmaßt werden. Mehrere Gründe liegen jedoch nahe. Ein wahrscheinlicher Grund wird

948 Wodurch auch auf die Auswahl des Klägers besonders geachtet wird, *Kessler*, ZfMR 12, 2018, 103 (106); *Strobel*, DÖV 2021, 1067 (1067) mwN; *Lange*, ZRP 2017, 18, spricht daher auch von „der Suche nach dem idealen Beschwerdeführer“.

949 Grundlegend *Lobel*, Success without Victory; Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America; *ders.*, Courts as Forums for Protest, 52 UCLA Law Review, 2004, 477 (487 ff.); siehe auch *Graser*, Fn. 929, 31 (37 ff.); *Kessler*, ZfMR 12, 2018, 103.

950 Vor dem BayVGh herrscht gem. § 67 IV 1 VwGO Anwaltszwang.

951 Mit Ausnahme der Verfahren vor dem BayVerfGH, der in bereits entschiedenen Fällen auf die Möglichkeit hinwies, eine Gebühr bis zu 1.500 Euro zu erheben, Kap. 3, D. II. 2.

dabei gewesen sein, ihrem Protest gegen gewisse Corona-Maßnahmen Ausdruck zu verleihen. Geklagt wurde somit „aus Prinzip“.

Ein weiterer Grund wird auch gewesen sein, Druck auszuüben und Veränderungen anzustoßen – sei es in der Form, die Regeln zu lockern, Entschädigungszahlungen voranzutreiben oder den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu bewegen. Denn wie noch gezeigt wird, waren es vor allem diejenigen Verfahren, in den viel geklagt wurde, in denen es auch zu viel Bewegung kam.⁹⁵²

b) Anstoßfunktion

Durch dieses hartnäckige Vorgehen konnten die Antragsteller mehrere Veränderungen anstoßen. Dies war neben dem Individualschutz erklärtes Ziel vieler Antragsteller. Ihnen ging es oftmals darum aufzuzeigen, wie – aus ihrer Sicht – sinnvolle, transparente⁹⁵³ und verhältnismäßige Pandemiebekämpfungsmaßnahmen aussehen könnten. Nicht umsonst erhofften sich viele vom BVerfG ein „Machtwort“, das die Reichweite und die Grenzen von behördlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen absteckte. Ihre Anträge richteten sich daher gegen die Art und Weise der Pandemiebekämpfungsmaßnahmen und waren darauf gerichtet, Veränderungen anzustoßen – wenn auch nicht, wie sonst im Bereich strategischer Verfahren typisch, im sozialen Bereich.

Freilich ließe sich argumentieren, dass mit jedem Gerichtsverfahren Änderungen hervorgebracht werden sollen.⁹⁵⁴ In klassischen Verfahren allerdings geht es um den Individualrechtsschutz und darum, dass z.B. eine Maßnahme gänzlich zu eigenen Gunsten verworfen wird. Genau hierin lag aber der Unterschied bei den Corona-Eilmaßnahmen. Ziel war es oftmals nicht, die angegriffene Pandemiemaßnahme gänzlich zu Fall zu bringen, sondern eine andere Art der Ausgestaltung zu erreichen. Den Antragstellern ging es ausweislich ihrer Argumentation häufig auch darum, den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu bewegen, so dass die Maßnahmen nicht länger auf eine Generalklausel gestützt würden. Denn schließlich lag mit dem IfSG zu

952 Kap. 5, B. III, 3.

953 Sarkastisch *Spamann*, VerfBlog v. 04.04.2020, der davon spricht, dass das Virus seine Strategie nicht ändern werde, nur weil wir unsere preisgeben.

954 So bspw. *Müller*, ZfRS 39, 2019, 33 (33, 36 f., 41 f.); *Friedrich*, DÖV 2021, 726 (726); *ders.* in Huggins (Hrsg.), Zugang zu Recht, S. 219.

Beginn nur ein Gesetz vor, dass auf eine Pandemie dieses Ausmaßes nicht zugeschnitten war.⁹⁵⁵

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF) beispielsweise, die gegen die sog. „Bundesnotbremse“ klagte, platzierte auf ihrer homepage ein Bild mit einer Maske, auf der zu lesen ist: „Kurve abflachen, Grundgesetz hoch halten“.⁹⁵⁶ Weiter ist zu lesen, dass sie sich für eine „rechtsstaatliche, transparente und kohärente Politik im Kontext von Covid-19“ einsetzen.⁹⁵⁷

Pandemiebekämpfungsmaßnahmen wurden somit nicht immer generell angegriffen.⁹⁵⁸ Nicht wenige versuchten zu erreichen, dass z.B. Ausgangsbeschränkungen in Kontaktbeschränkungen umgewandelt werden, da sie dies für milder hielten. Oder sie versuchten, Ausgangsbeschränkungen durchzusetzen, mit der Möglichkeit, eine haushaltsfremde Person zu treffen, oder Versammlungen und Gottesdienste unter Auflagen durchzuführen. Nicht unbedingt beabsichtigt war es, die Maßnahmen gänzlich zu kippen. Vielmehr versuchten die Antragsteller eine in ihren Augen verhältnismäßige Ausgestaltung zu erreichen. Ziel war daher auch, dass der rechtliche Rahmen für Pandemiebekämpfungsmaßnahmen abgesteckt und dass die Maßnahmen auf einer ausreichenden Gesetzesgrundlage gestellt würden. Die Verfahren waren also auch darauf gerichtet, konstruktive und transparente Pandemiebekämpfungsmaßnahmen zu erreichen. Daneben wurden auch Individualinteressen verfolgt, nämlich die Abwehr von Rechtsverletzungen, aber eben nicht nur, wie es bei regulären Gerichtsverfahren der Fall ist.

955 BayVGH Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.1165, BeckRS 2020, 10750, Rn. 15; *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (50 f.); *ders.*, JöR, 69/2021, 705 (736).

956 Die homepage der GFF ist abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/> (Stand 21.09.2023). Die Seite mit dem war ursprünglich unter <https://freiheitsrechte.org/covid-vs-grundrechte> abrufbar, ist inzwischen aber nicht mehr auffindbar. Passend zu dem Motto Kurve abflachen, Grundgesetz hoch halten, gab es auch Jutebeutel zu kaufen mit dem Aufdruck „Flatten The Curve – Not the Constitution“, einzusehen auf dem Facebook-Account der GFF.

957 <https://freiheitsrechte.org/ueber-die-gff/presse/pressemitteilungen-der-gesellschaft-fur-freiheitsrechte/pm-covid-19-krise-menschenrechte> (Stand 21.09.2023).

958 So nur die Corona-Leugner:innen, die freilich auch klagten; oftmals vor dem BVerfG und oft auch mit kreativen Anträgen, Kap. 3, C. Viele Antragsteller hingegen anerkannten die Notwendigkeit von Maßnahmen, waren aber mit der Umsetzung nicht einverstanden und klagten deshalb.

c) Druckfunktion

Eng verwandt mit der Anstoßfunktion strategischer Verfahren ist auch die damit oftmals, wenn auch nicht immer, einhergehende Druckfunktion.⁹⁵⁹ Strategische Verfahren sollen einen Veränderungsdruck und Sensibilität für gewisse rechtliche Fragestellungen bewirken, die besonders auch durch die mediale Begleitung⁹⁶⁰ angeschoben werden.⁹⁶¹

aa) Entwicklung innerhalb der ersten drei Monate

Neben dem vorliegenden Anstoß zur Veränderung wurde auch Druck auf die Gerichte ausgeübt, da die Erwartungen an die Begründung der Entscheidungen mit voranschreitender Pandemie und somit auch weitergehenden Erkenntnissen stiegen.⁹⁶² Das Ergebnis waren hartnäckig geführte Verfahren um denselben Verfahrensgegenstand. Obwohl – wie den Antragstellern sicherlich auch bewusst war – nicht ernsthaft mit einer stattgebenden Entscheidung zu rechnen war, wurde prozessiert und somit Druck auf die Gerichte aufgebaut. Diese mussten im Laufe der Zeit mehr Farbe bekennen und konnten sich nicht mehr so leicht hinter zu Anfang entwickelten Entscheidungsmustern verstecken.

Die Folge dieses Drucks war eine Aufweichung dieser Muster. Standen zu Beginn ausweichende Mechanismen im Vordergrund, kam es im Laufe der Zeit auch zu jenen Entscheidungsmustern, bei denen Tenor und Entscheidungsgründe auseinanderfielen⁹⁶³. Kern dieses Musters war, dass die angegriffene Bestimmung zwar unangetastet blieb, das Gericht aber im Wege der Auslegung den Antragstellern das zusprach, was sie beehrten. In Erinnerung gerufen sei beispielsweise die Entscheidung um die Ausgangsbeschränkungen vom 28.04.2020, wonach diese Bestimmung in Folge ihrer

959 Fuchs in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 43 (48); Lange, ZRP 2017, 18 (18) mwN.

960 Kap. 5, B. II. 4.

961 Brackelmann in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 65 (67); Lindner in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 91 (99 f.).

962 Das steigende Anforderungsprofil an die Rechtfertigung betonend, *Papier*, GewArch 2022, 350 (352).

963 Kap. 3, D. I. 1. d).

Auslegung durch das Gericht *de facto* leer lief.⁹⁶⁴ Statt dieser Auslegung hätte sich das Gericht auch schlicht in eine Folgenabwägung flüchten oder dem Verordnungsgeber einen weiten Entscheidungsspielraum zusprechen können, wie es dies in den Entscheidungen zuvor regelmäßig getan hatte.⁹⁶⁵

bb) Weiterer Pandemieverlauf

Die Antragsteller und vermehrt auch die Gesellschaft gaben sich damit aber nicht mehr zufrieden, womit sich auch hartnäckig geführte Verfahren erklären lassen. Im Laufe der Zeit wurden verstärkt verständliche und transparente Pandemiebekämpfungsmaßnahmen gefordert. Diesem Druck gaben die Gerichte im weiteren Verlauf nach, indem sie sich aufweichen-der Muster bedienten und die Rechtsposition der Antragsteller z.B. durch Auslegung sicherten. Diese gesteigerten Erwartungshaltungen lassen sich illustrieren, wenn man Entscheidungen außerhalb des hier untersuchten Zeitraums einbezieht:

Schließlich konnten die Gerichte sich nicht dauerhaft mit den festgestellten Mustern begnügen, da vor allem die Verfahren, die sich wiederholt gegen dieselbe Maßnahme richteten, im Laufe der Zeit auch dezidiertere Begründungen erforderten. Nicht umsonst verlangte beispielsweise das BVerfG auch eine Auseinandersetzung im tatsächlichen Bereich,⁹⁶⁶ da sich die Erwartungen der Gesellschaft und auch der Opposition änderten: War man zu Beginn als Gesellschaft großzügiger bei den Maßnahmen, wurden später ausführlichere Begründungen und ausgefeiltere Maßnahmen gefordert. So lässt sich auch erklären, dass im Laufe der Pandemie auch eine Begründungspflicht für den Verordnungsgeber eingeführt wurde, § 28a V 1 IfSG.

Diese Begründungspflicht ist sicherlich zuletzt auch Ergebnis solch wiederholt geführter Gerichtsverfahren (u.a.). In Bayern setzte sich beispielsweise Rechtsanwältin *Hamed* dafür ein, dass der Verordnungsgeber Begründungen für seine Ermessensausübung liefert. Entsprechend stellte

964 BayVGH Beschl. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; Kap. 3, A. I. 2. b) cc) (1) und Kap. 3, D. I. 1. d) aa). *Lepsius*, RuP, 7/2021, 40 (54, Fn. 27), weist darauf hin, dass es im Anschluss an die Rechtsprechung auch kaum noch zu Anzeigen wegen Verstoßes gegen die Ausgangsbeschränkung gekommen sein dürfte.

965 Zur Fluchttendenz Kap. 3, D. I. 1. a).

966 Kap. 3, D. I. 3. b).

sie in ihren Verfahren Anträge auf Einsicht in die Akten des Verordnungsgebers. Nachdem das StMGP als Verordnungsgeber erwiderte, es seien keine Akten vorhanden, beantragte sie, die Mitglieder des Kabinetts als Zeugen zu vernehmen.⁹⁶⁷ All diese Schritte machte *Hamed* der Öffentlichkeit zugänglich.⁹⁶⁸ Die Bedeutung der medialen Begleitung wird an diesem Beispiel bereits deutlich.

Mit den gesteigerten Begründungserwartungen an den Verordnungsgeber stiegen spiegelbildlich auch die Erwartungen an die Begründung von Gerichtsentscheidungen, v.a. in Zeiten niedrigerer Inzidenzen. Aber auch zu späteren Höhepunkten von Infektionswellen erwartete man vom Verordnungsgeber, dass die Maßnahmen wissenschaftlich nachvollziehbar sind, da die Forschung schließlich mit zunehmender Zeit vieles beitragen konnte im Hinblick auf wirksame Pandemiemaßnahmen. Das Motto „viel hilft viel“ wurde nicht mehr ohne Weiteres akzeptiert.

Als Beispiel seien hier nochmals die Verfahren um die Betriebsschließungen und die damit verbundene Diskussion um den Wesentlichkeitsgrundsatz in Erinnerung gerufen. Die Antragsteller wurden nicht müde, gegen die Betriebsuntersagungen zu klagen und immer wieder auf den Wesentlichkeitsgrundsatz hinzuweisen. Versuchte das Gericht zu Beginn noch, diese Bedenken unter Hinweis auf die behauptete Komplexität dieser Fragestellungen beiseite zu schieben, wurde diese Argumentation mit jedem weiteren Gerichtsverfahren weniger stichhaltig.⁹⁶⁹ Als der Druck gesellschaftlich, medial und in der Fachwelt seinen Höhepunkt erreichte, fand der BayVGh entsprechend auch deutliche Worte in Richtung Gesetzgeber.⁹⁷⁰

967 Siehe II. auf der homepage https://www.ckb-anwaelte.de/corona-update-17-aug-ust-2020/#_ftn24; <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschraenkungen-klage-1.5027566> (jeweils Stand 21.09.2023). Dies dürfte sich allerdings angesichts des Urteils des BVerwG vom 22.11.22 – 3 CN 2.21, BeckRS 2022, 32403, Rn. 12, erledigen, da das Gericht dort ausführt, dass es nicht auf die Motive der Verordnungsgeber und deren möglichen Abwägungsvorgang ankomme, sondern allein darauf, ob die Verordnung aus ex-ante Sicht verhältnismäßig war.

968 Zu den von *Hamed* geführten Corona-Gerichtsverfahren siehe <https://www.ckb-anwaelte.de/aktuelle-corona-verfahren/> (Stand 21.09.2023).

969 Zu den verschiedenen Eskalationsstufen Kap. 3, A. V. 3.

970 Freilich erst zu einem Zeitpunkt, zu welchem bereits ein Gesetzgebungsverfahren initiiert worden war. Das mag verdeutlichen, wie sehr das Gericht diese Frage scheute. Es darf aber auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der BayVGh sehr scharfe Worte fand in Richtung Gesetzgeber. Denn schließlich hätte der BayVGh, wie zu Beginn der Krise üblich, einfach das Gesetzgebungsverfahren noch abwarten

2. Die Gerichte

Auch den Gerichten kam im Rahmen der Corona-Eilverfahren eine sich von der Normalsituation unterscheidende Rolle zu. Wesentliche Aufgabe der Gerichte ist die der Kontrolle.⁹⁷¹ Diese übte die Gerichtsbarkeit formal auch während der Corona-Krise aus; inhaltlich aber angesichts der dargestellten Entscheidungsmuster⁹⁷² in deutlich abgeschwächter Form.

Im Rahmen von strategischen Verfahren gelangen Gerichte zudem oftmals in eine Position, in der sie Grundsatzentscheidungen treffen können, die von nicht nur unerheblicher Bedeutung sind. Zentral an diesen Grundsatzentscheidungen ist, dass sie nicht selten auch das Recht fortbilden und bestehende Strukturen durchbrechen. Zwar halten sie sich dabei auch an die ihnen vorgegebenen Gesetze, dennoch können diese Entscheidungen dank der vorgebrachten innovativen (rechtlichen) Ansätze eine gewisse Sprengkraft erlangen und sind somit für die Judikative eine Herausforderung, aber zugleich auch Privilegierung.⁹⁷³

a) Kommunikation

Sprengkraft hätten suspendierende Entscheidungen während der Corona-Eilverfahren sicherlich gehabt, allerdings war hier richterliche Zurückhaltung zu beobachten. Dennoch nahm der BayVGh als letztinstanzlich über Normenkontrollanträge entscheidendes Gericht eine besondere Rolle ein. Geht es in der Regel bei solchen Verfahren um die Überprüfung individuellen Grundrechtsschutzes, wurde bei den Corona-Verfahren über das Gericht versucht, generellen Grundrechtsschutz herzustellen und Freiheitsbetätigungen zu ermöglichen.⁹⁷⁴ Der Ermessensausfall, den viele beim Ver-

können und bis dahin von offenen Erfolgsaussichten ausgehen – eine Option, bei der der Gesetzgeber geschont worden wäre. Aufgrund des gestiegenen Drucks war dies jedoch keine Option mehr für den Senat. Besonders erwähnenswert im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitstheorie daher der VerfGH des Saarlandes, VerfGH SL v. 31.08.2020 – Lv 15/20, BeckRS 2020, 21205, Rn. 84 ff., der die Regeln zur Kontaktnachverfolgung für verfassungswidrig erklärte mangels hinreichend bestimmter gesetzlicher Grundlage (unter einer Fortgeltungsfrist von drei Monaten).

971 Kirchhof, NJW 2020, 1492, der daneben noch zwei weitere Funktionen benennt: die Rechtsgestaltung und die Garantie der Rechtsordnung.

972 Kap. 3, D.

973 Zur Herausforderung für die Judikative Graser, RW – Heft 3 2019, 317 (348 ff.).

974 Kap. 5, A. VI; Lepsius, JöR, 69/2021, 705 (743).

ordnungsgeber kritisierten, oder auch die Untätigkeit des Gesetzgebers im Hinblick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz sollten über das Gericht „repariert“ werden.⁹⁷⁵

Der BayVGh wählte dabei allerdings nicht den Weg, die Maßnahmen trotz geäußerter Zweifel zu suspendieren, sondern arbeitete mit Hinweisen. Das Gericht wurde somit zu einem Medium, über das Antragsteller und Antragsgegner miteinander kommunizieren konnten. Der Gerichtssaal diente nicht nur als Protestbühne, sondern vor allem auch als Plattform zur Kommunikation mit dem Verordnungsgeber⁹⁷⁶ – einem weiteren Merkmal strategischer Gerichtsverfahren. Das soll anhand folgenden Beispiels illustriert werden:

Wie bereits erwähnt,⁹⁷⁷ hatte das StMGP Startschwierigkeiten hinsichtlich der Rechtsetzungstätigkeit. Schließlich mussten Regelungen geschaffen werden, die der Vielfältigkeit des Alltags gerecht wurden, da letztlich fast alle Lebensbereiche reguliert wurden, und dies binnen kürzester Zeit. Dass dabei Fehler passieren, liegt mehr als nahe.⁹⁷⁸ Auf diese Fehler konnte nur im Rahmen der Gerichtsverfahren aufmerksam gemacht werden. Denn eine langfristige, politische wie gesellschaftliche Auseinandersetzung mit den Maßnahmen konnte im Vorfeld nicht stattfinden. Das war nur nachträglich möglich und effektiv auch nur im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Der Verordnungsgeber war dann gezwungen, sich zum Vortrag des Antragstellers zu äußern; ein Mechanismus, der zu Beginn der Pandemie, als es noch keine Begründungspflicht⁹⁷⁹ für die Verordnungen gab, besonders wichtig war. Fehler in der Normsetzung konnten so exponiert und von den Gerichten dann in Form von Hinweisen an den Verordnungsgeber weitergegeben werden.

975 Problematisierend, dass Gerichte diesen Ausfall der anderen Gewalten nicht zu kompensieren vermögen *Lüke*, JöR, 70/2022, 609 (639).

976 Diesen Aspekt untersucht insbesondere *Graser* RW – Heft 3 2019, 317 (330 f.).

977 Kap. 5, A. IV. 5. a).

978 Ein umfassendes monitoring, insbesondere auch in juristischer Hinsicht, kündigte Ministerpräsident *Söder* erst in der Pressekonferenz vom 24.03.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iVxuntV2YUw> (Stand 21.09.2023), ca. Minute 19:27, an, d.h. erst nach Erlass der umfassenden Beschränkungen und nach dem stattgebenden Beschluss des VG München v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252.

979 Diese wurde erst mit dem 3. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 (BGBl. 2020 S. 2397) in das IfSG mitaufgenommen, § 28a V 1 IfSG.

b) Vermittlungsfunktion

Mit dieser Kommunikationsfunktion der Gerichte geht auch deren Vermittlungsfunktion einher. Das Gericht nahm während der Corona-Krise insgesamt weniger die Rolle des kritischen und unabhängigen Richters ein, sondern die des Hinweisgebers und des Vermittlers zwischen Antragsteller und Antragsgegner. Zwar war die Judikative weiterhin formell gesehen unabhängig, da sie keiner direkten Einflussnahme⁹⁸⁰ durch die Exekutive unterlag. Sie war aber, wie dargelegt, nicht frei von politischen Erwägungen, insbesondere der Staatsräson, so dass sie in dieser Hinsicht nicht unabhängig handelte.

Die Besonderheit des Akteurs Gericht war demnach, dass dieser aus seiner typischen Rolle herausfiel, dabei aber dennoch versuchte, seinem Auftrag nachzukommen und dafür kompensierende Entscheidungsmuster heranzog. Dabei kommen insbesondere den Mustern, die der Zusammenarbeit dienten, eine entscheidende Bedeutung zu. Diese schufen eine Handlungsoption zwischen völligem Laufenlassen und strengem Einschreiten.

3. Die Staatsregierung als Antragsgegner

In gängigen Gerichtsverfahren kommt dem Klagegegner keine besondere Bedeutung zu. Er wird nicht ausgesucht, sondern ist simpel derjenige, gegen den der Kläger einen Anspruch zu haben meint oder der, der eine bestimmte Maßnahmen erlassen hat – so auch bei den Corona-Eilverfahren. Allerdings ist der Antragsgegner normalerweise gekennzeichnet von Passivität und Gestaltungslosigkeit. Hierin unterscheiden sich die Corona-Eilverfahren, in denen der Antragsgegner durch Aktivität und Gestaltungsmöglichkeit im Anschluss an die Verfahren hervorsticht. Bei einem gängigen Verfahren ist dies nicht der Fall – sobald das Verfahren abgeschlossen ist, ist auch insgesamt der Sachverhalt abgeschlossen und somit auch die Beziehung der Beteiligten. Rechtsfrieden wurde hergestellt und der obsiegende Part des Verfahrens konnte auf die Umsetzung der sich aus dem Urteil ergebenden Verpflichtung durch den Unterliegenden warten. Anders hingegen war dies bei den Corona-Eilverfahren. Hier wurde in nicht wenigen Fällen der Obsiegende, d.h. der Ordnungsgeber, tätig und reagierte auf Hinweise des Gerichts. Der Sachverhalt war keineswegs mit Rechtskraft

980 Meyer in Münch/Kunig GG, Art. 98 Rn. 52.

des Beschlusses abgeschlossen, sondern lief danach noch weiter und dies zudem im Sinne der Antragsteller.

Man kann daher feststellen: Wird normalerweise nach einem Urteil der unterlegene Part aktiv, war dies bei nicht wenigen Corona-Eilverfahren der obsiegende. Indem die Staatsregierung im Anschluss an das Gerichtsverfahren aktiv wurde, ist der wichtige Bereich der „abgewiesenen“ Verfahren angesprochen, der sogleich gesondert besprochen wird.⁹⁸¹

4. Die Anwaltschaft und die Öffentlichkeit

Eng verknüpft mit dem Verfolgen außerprozessualer Ziele ist auch die Öffentlichkeitsarbeit bei strategischen Verfahren. Zwar ist solche Öffentlichkeitsarbeit nicht zwingend erforderlich, fördert aber – u.U. sogar in entscheidender Weise –⁹⁸² den Zweck, Veränderung anzustoßen. Durch die mediale Begleitung der Verfahren werden die Missstände, auf die die Initiatoren der Verfahren hinweisen möchten, ins öffentliche Bewusstsein gerückt. Öffentlichkeitsarbeit fördert somit Bewusstsein für die exponierten Fragestellungen, wodurch wiederum Raum für Protest und somit auch Veränderungen geschaffen wird.⁹⁸³ Selbst wenn es dann, wie so häufig bei strategischen Verfahren, zur Abweisung der Klage kommt, kann das „eigentliche Ziel“ auf diesem Weg erreicht werden. Die Medienarbeit kann dabei den entscheidenden Ausschlag geben. Es überrascht daher auch nicht, dass speziell auf strategic litigation spezialisierte Organisationen oft auch über spezielle PR-Abteilungen verfügen, um damit den Diskurs auch auf gesellschaftlicher Ebene – und nicht nur im Gerichtssaal auf juristischer – anzuregen.⁹⁸⁴

Die Corona-Eilverfahren waren zu Beginn wenig medial begleitet, dies nahm aber im Laufe der Zeit zu, schließlich betrafen die Maßnahmen sämtliche sich in Bayern aufhaltende Menschen. Im weiteren Verlauf ga-

981 Kap. 5, B. III.

982 Däubler in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, 103 (106 f.); Friedrich, DÖV 2021, 726 (729) spricht in diesem Zusammenhang vom „Beachtungserfolg“.

983 Die Bedeutung von Öffentlichkeitsarbeit betonen z.B. Burghardt/Thönnies Fn. 947, 65 (67); Däubler, Fn. 982, 103 (106); Kessler, ZfMR 12, 2018, 103 (109).

984 Bspw. die Gesellschaft für Freiheitsrechte, die sich selbst als *die* Organisation für strategische Gerichtsverfahren in Deutschland bezeichnet, <https://freiheitsrechte.org/strategische-klagen/> (Stand 21.09.2023).

ben manche Anwälte Interviews zu ihren Eilverfahren⁹⁸⁵ oder machten die ausgetauschten Schriftsätze einem breiten Publikum zugänglich⁹⁸⁶ und informierten die Öffentlichkeit regelmäßig über den Status ihrer geführten Verfahren.⁹⁸⁷

In Erinnerung gerufen sei an der Stelle auch nochmals Rechtsanwältin *Hamed*, deren Verfahren oftmals auch mediale Beachtung⁹⁸⁸ erfuhren, beispielsweise, nachdem sie beantragte, Kabinettsmitglieder als Zeugen zu vernehmen.⁹⁸⁹ Durch diese öffentliche Inszenierung wurde z.B. das Problem bekannt, dass das StMGP und die Staatskanzlei über keinerlei Akten in Bezug auf die Corona-Maßnahmen verfügten, sodass auch die Ermessensausübung nicht nachvollzogen werden konnte. Zwar lässt sich eine Kausalität nicht beweisen, aber es liegt nahe, dass solche Öffentlichkeitsarbeit – neben anderen Faktoren – auch dazu beitrug, dass die Begründungspflicht für den Verordnungsgeber, § 28a V 1 IfSG, Einzug in das IfSG hielt.⁹⁹⁰

III. Die „abgewiesenen“ Verfahren

Neben diesen besonderen Funktionen der genannten Akteure, zeichnen sich viele der Corona-Eilverfahren speziell durch ihre außerprozessualen Auswirkungen⁹⁹¹ aus, durch welche die Antragsteller ihrem „eigentlichen Ziel“ oftmals doch näherkamen und die gewünschten Änderungen anstießen.

985 Bspw. Anwältin *Hamed*, [https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-regeln-in-deutschland-massnahmen-sind-verfassungswidrig-rechtsanwaeltin-uebt-trotz-l](https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-regeln-in-deutschland-massnahmen-sind-verfassungswidrig-rechtsanwaeltin-uebt-trotz-lockerungen-deutliche-kritik_id_12012673.html) ockerungen-deutliche-kritik_id_12012673.html, Student *Stibi*, <https://www.merkur.de/bayern/corona-virus-bayern-regeln-beschwerde-student-bundesverfassungsgericht-grundrecht-benjamin-stibi-dachau-zr-90423918.html> oder Anwalt *Vielmeier*, <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus218069066/Anwalt-ruegt-Corona-Politik-Ich-lasse-mich-nicht-von-Markus-Soeder-daheim-einsperren.html>, der sich zum „Kampf für Freiheit“ herausgefordert fühlte (jeweils Stand 21.09.2023).

986 Bspw. Anwältin *Hamed*, <https://www.ckb-anwaelte.de/aktuelle-corona-verfahren/> (Stand 21.09.2023).

987 Kap. 5, B. II. 1. c) bb).

988 Bspw. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschraenkungen-klage-1.5027566> (Stand 21.09.2023).

989 Kap. 5, B. II. 1. c) bb).

990 Der Gesetzgeber begründete die Einführung damit, dass die Maßnahmen transparent gemacht werden sollen und der Grundrechtsschutz durch prozedurale Anforderungen im Verfahren gesichert werden, vgl. BT-Drs. 19/24334, 81.

991 Kap. 4.

Generell werden Gerichtsverfahren angestrengt, um zu obsiegen. So der Grundsatz, der auch bei strategischen Verfahren greift.⁹⁹² Die weit überwiegende Anzahl strategischer Verfahren enden jedoch, wie auch die Corona-Eilverfahren, mit einer Abweisung. Nicht zwangsläufig ist aber eine Abweisung im Tenor auch eine Niederlage im Tatsächlichen.⁹⁹³ Denn auch mit einem ablehnenden Beschluss kann man seinem eigentlichen Ziel näherkommen, weswegen „abgewiesen“ auch in Anführungszeichen gesetzt wurde. Durch die Verfahren konnte man z.B. seine Rechte artikulieren.⁹⁹⁴ Speziell im Fall der Corona-Eilverfahren ermöglichte die Gerichtsbühne die Kommunikation mit dem Ordnungsgeber, der anschließend entsprechend reagierte. Viele der Verfahren lassen sich daher beschreiben mit dem von *Lobel* im Bereich der strategischen Verfahren geprägten Begriff „success without victory“.⁹⁹⁵

Sieht man sich die bereits angesprochenen eigentlichen Ziele an zeigen auch die abgewiesenen Verfahren umfangreiche Wirkung. Die Antragsteller unterlagen zwar dem Tenor nach, waren aber, gemessen an den Auswirkungen des Verfahrens oder den Entscheidungsgründen, erfolgreich.

Um dies zu veranschaulichen, wurde im Anhang⁹⁹⁶ eine Tabelle aufgeführt, die wichtige Auswirkungen von hier untersuchten Entscheidungen darstellt. Freilich hatte nicht jedes Verfahren dabei solche außerprozessualen Auswirkungen etwa auf die Rechtsetzungstätigkeit. Aber es lassen sich doch einige Entscheidungen identifizieren, die in dieser Hinsicht besonders relevant waren. Diese abgewiesenen, aber dennoch auswirkungsreichen Verfahren wurden bereits vorgestellt.⁹⁹⁷ An ihnen erkennt man, dass die Verfahren nicht mit der gerichtlichen Entscheidung endeten, sondern darüber hinaus Wirkung entfalteten. In nicht wenigen Fällen erhielten die Antragsteller im Anschluss an das Verfahren durch Normänderung oder

992 *Keller/Theurer*, Fn. 940, 53 (54), stellen mehr auf die Offenlegung von strukturellem Unrecht und struktureller Ungleichheit ab. Auf die Ausnahmen von diesem Grundsatz weist *Helmrich*, Fn. 926, (S. 264, Fn. 86) mwN, hin.

993 *Depoorter*, *The Upside of Losing*, *Columbia Law Review* 113, 2013, 817; sowie grundlegend hierzu *Lobel*, Fn. 949.

994 Dies als positiven Aspekt verlorener Verfahren betonen *Graser/Helmrich*, *Blick in die Wissenschaft* 38, 43 (47).

995 *Lobel*, Fn. 949; *ders.*, *Courts as Forums for Protest*, 52 *UCLA Law Review*, 2004, 477 (487 ff.); *Däubler*, Fn. 982, 103 (111), spricht in diesem Zusammenhang allgemein von „verkapptem Sieg“.

996 Anlage B, VI.

997 Kap. 4.

durch die Auslegung des BayVGh das, was sie begehrt hatten, und konnten somit Veränderung anstoßen – auch wenn sie dem Tenor nach unterlagen.

Neben den bereits genannten Beispielen soll noch das Verfahren über das Betreiben einer Hundeschule⁹⁹⁸ vorgestellt werden: Der BayVGh lehnte den Antrag ab und entschied, dass die Antragsteller bereits kein dringendes Bedürfnis für eine einstweilige Anordnung geltend machen konnten, da sie ohnehin nicht unter die Betriebsuntersagung fallen. Zu einer Änderung der Verordnung im Sinne der Antragsteller kam es anschließend nicht; dies war allerdings auch nicht nötig, da der BayVGh die Vorschrift ohnehin im Sinne der Antragsteller auslegte und diese dadurch erhielten, was sie begehrten: die gerichtliche Feststellung, ihre Hundeschule betreiben zu dürfen.

Die abgewiesenen Verfahren wurden bereits eingängig mit der Formel „success without victory“ beschrieben. Daran wird die Bedeutung von Anträgen und Klagen, auch wenn sie aussichtslos erscheinen, ersichtlich: Sogar erfolglose Verfahren können Erfolge produzieren. In Bereichen, in denen viel und auch teilweise hartnäckig geklagt wurde, kam es zu vielfachen Änderungen. In den Bereichen, in denen kaum geklagt wurde, kam es hingegen mangels Drucks zu keiner Änderung, was abschließend noch folgendes Beispiel verdeutlichen werden soll:

Eine besondere grundrechtsintensive Maßnahme war das absolute Besuchsverbot⁹⁹⁹ in Altenheimen und ähnlichen Einrichtungen zu Beginn der Pandemie, beispielsweise § 3 BayIfSMV. Bis zum 09.05.2020¹⁰⁰⁰ durften die dort wohnhaften Senior:innen keinerlei Besuch empfangen, waren also – abgesehen von den ärztlichen Visiten – völlig isoliert von ihren Mitmenschen.¹⁰⁰¹

998 BayVGh Beschl. v. 29.05.2020 – 20 NE 20.953, BeckRS 2020, 10403; Kap. 3, D. I. 1. d) bb).

999 Hierzu *Glaab/Schwedler*, NJW 2020, 1702; *Hufen*, GuP 2020, 93.

1000 Ab dann galt die 4. BayIfSMV (BayMBL 2020 Nr. 240), die in § 4 II den täglichen Besuch einer Person erlaubte.

1001 Eine Maßnahme, die durchaus die Frage aufkommen lässt, ob damit nicht ein existentielles menschliches Bedürfnis langanhaltend verletzt wird und die Maßnahme daher offensichtlich unverhältnismäßig ist. Nicht umsonst wurde in § 28a II 2 IfSG eingeführt, dass Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 Nummer 15 (= Besuchsverbot in den genannten Einrichtungen) nicht zu einer vollständigen Isolation von einzelnen Personen oder Gruppen führen dürfen und dass ein Mindestmaß an sozialen Kontakten gewährleistet bleiben muss – zwar eine vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur deklaratorische, aber dennoch wichtige Einfügung in das IfSG.

Die Maßnahme wurde, trotz ihrer Isolationswirkung,¹⁰⁰² nur selten angegriffen. Das mag zum daran liegen, dass die Maßnahme von vielen unterstützt wurde, da es um den Schutz vulnerabler Gruppen ging. Plausibler erscheint es jedoch, dass es an tauglichen Antragstellern fehlte: Bewohner:innen der genannten Einrichtungen müssten enorme Ressourcen mobilisieren, um gegen die Maßnahme vorzugehen. Sie müssten sich, sehr wahrscheinlich über ihre Angehörigen, um einen Rechtsbeistand bemühen und überhaupt auch noch geschäftsfähig sein, um das Verfahren im eigenen Namen zu führen. Andernfalls müssten die Angehörigen sich um eine Vertretung bemühen. Hinzu kommen Kosten, die angesichts der hohen Preise solcher Einrichtungen und den oftmals geringen Rentenbezügen eine hohe Belastung sein können; Stichwort Altersarmut. Die Hürden sind dementsprechend deutlich höher als beim Durchschnitt der Gesellschaft.

Obwohl die Maßnahme sehr einschneidend und mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch sehr kritisch zu bewerten war,¹⁰⁰³ wurde dagegen nicht geklagt.¹⁰⁰⁴ Über die (Un)verhältnismäßigkeit eines absoluten Besuchsverbots und somit einer Isolation wurde in Bayern daher gar nicht entschieden. Es verwundert daher auch nicht, dass erst sehr spät¹⁰⁰⁵ Bewegung in diesen Themenkomplex kam. Zum Vergleich: Die Ausgangsbeschränkungen erlaubten zu Beginn alleinstehenden Personen auch nicht das Treffen mit einer weiteren haushaltsfremden Person. Da dieser Punkt speziell vor dem BVerfG vorgetragen wurde, wurde das Argument auch aufgegriffen – obwohl kurz zuvor bereits eine Entscheidung zu den bayerischen Ausgangsbeschränkungen ergangen war –¹⁰⁰⁶ und als Hinweis in den Entscheidungsgründen verpackt. Daraufhin kam es auch zügig zu einer entsprechenden Änderung der Ausgangsbeschränkung.¹⁰⁰⁷

1002 Degenhart, https://www.mmwarburg.de/export/sites/warburg-bankhaus/.galerie/s/downloads/geschaeftsberichte/Beobachtungen_No22.pdf, 3 (10); Lepsius, JöR, 69/2021, 705 (723), der auch die Menschenwürde, Art. 1 I GG, mit ins Spiel bringt. Die psychische Komponente betonend, *Papier*, GewArch 2022, 350 (352).

1003 Den Aspekt der Menschenwürde betont *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (702) mwN.

1004 Zu Verfahren kam es erst, als das absolute Besuchsverbot bereits gelockert und täglich ein Besucher erlaubt war.

1005 Die Lockerung, § 4 II der 4. BayIfSMV, trat erst zum 09.05.2020 in Kraft – zu einem Zeitpunkt, als man bereits wieder in geöffneten Einkaufsgeschäften „shoppen“ gehen konnte.

1006 Kap. 3, A. I. 4.

1007 Kap. 4, B. III. 1.

IV. Zusammenfassung

Sieht man sich die Akteure, ihre speziellen Funktionen und die Auswirkungen der Verfahren an, kann man an ihnen die Bedeutung strategischer Verfahren während der Krisenzeit erkennen.

Zusammengefasst diente der Gerichtssaal als Kommunikationsplattform und als Bühne, Änderung anzustoßen. Die Verfahren leisteten selbst dann, wenn sich dies nicht im Tenor widerspiegelte, einen wesentlichen Beitrag zur verhältnismäßigen Ausgestaltung einzelner Pandemiebekämpfungsmaßnahmen. Daneben wurden durch die hartnäckig und wiederholt geführten Verfahren auch Druck auf den Ordnungsgeber aufgebaut und somit Veränderungen angestoßen.

Aber nicht nur wurde Druck auf den Ordnungsgeber aufgebaut, sondern auch auf die Gerichte. Indem dieselben Verfahrensgegenstände vermehrt der gerichtlichen Überprüfung zugeführt wurden, gerieten die Gerichte mehr und mehr unter Begründungsdruck; pauschale Argumentationen hatten differenzierteren Mustern zu weichen. Zwar lautete der Tenor oft nach wie vor auf Ablehnung, die Begründungen wurden allerdings ausgewogener und gaben dem Antragsteller nicht selten zwischen den Zeilen Recht, so dass dieser am Ende das erhielt, was er begehrte.

Durch die strategischen Verfahren entstand daher ein eigenständiges System, im Rahmen dessen manche der anfänglichen Entscheidungsmuster entschärft wurden und ein Modus von „Krisenrechtsstaatlichkeit“ entwickelt, um das beschriebene Dilemma, in dem sich die Judikative befand – Konfrontation mit schwerwiegenden Folgen vs. effektive gerichtliche Kontrolle –¹⁰⁰⁸ bestmöglich aufzulösen.

1008 Kap. 5, A. V. I.