

Kapitel 1: Einleitung

A. Themenaufriß

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

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

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

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

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

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

und im Umkehrschluss gar Nichtsuspendierung = dispensierter Rechtsstaat herunterbrechen?⁵

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

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

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

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

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

7 Kap. 3, D. III.

8 Kap. 3, D. II.

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

10 Kap. 3, D. II. 2.

11 Der laut Geschäftsverteilungsplan für seuchenrechtliche Fragestellungen zuständig ist.

12 Kap. 5, A. II.

13 Kap. 3, D. I. 1.

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

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

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

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

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

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

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

19 Kap. 5, A. III.

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

21 Kap. 4, B.

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

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

B. Forschungsgegenstand und -gang

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

22 Kap. 5, B.

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

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

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

26 Kap. 5, A. V.

I. Forschungsgegenstand

1. Zeitraum

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

2. Gegenstand

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

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

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

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

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

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

ihre vorigen und nachfolgenden Regelungen sicherlich eine hervorgehobene Stellung ein.

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

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

II. Forschungsgang

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

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

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

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

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

35 Kap. 2.

36 Kap. 3.

37 Kap. 4.

38 Kap. 4.

39 Kap. 5, A. II.

40 Kap. 5, A. IV.

41 Kap. 5, B.

