

den Status eines allgemeinen Identifikationssymbols letztlich bereits **erreicht** haben, bevor sie von den offiziellen Staatsorganen aufgegriffen und officialisiert werden kann. So erging es dem Bayernlied, so erging es der Marseillaise für Frankreich und dem Dabrowski-Marsch für Polen: Immer heftete sich zuerst die nationale Identifikation an ein Lied und seinen Text, bevor es in einem zweiten Schritt dann zur Nationalhymne erklärt werden konnte. Eine Nationalhymne muss einen und darf nicht spalten. Jede Änderung aber wird, weil sie den gewohnten Akzent immer in die eine oder andere Richtung verschiebt, stets Diskussionen auslösen, ob diese Akzentverschiebung nun richtig oder falsch ist.

Und noch ein Zweites kommt hinzu: Nationalhymnen darf man nicht täglich ändern. Sie sind altherwürdig, bewusst traditionell und müssen es sein. Denn auch die Nation, die sie versinnbildlichen, ist kein Produkt des Heute, das morgen schon vergangen ist, sondern übergreift Jahrhunderte. Sie hat eine Geschichte und hoffentlich eine lange Zukunft. Eine Hymne muss deshalb ein Lied sein, das vor 100 Jahren gesungen wurde und in 100 Jahren noch gesungen wird. Nicht umsonst haben viele Hymnen Texte, die man nur aus der Geschichte erklären kann und die dennoch weiter gültig sind: Die amerikanische Hymne besingt eigentlich einen Sieg der Amerikaner über die Briten im Jahre 1812, die Marseillaise den Sturm auf die Bastille 1792, die polnische Hymne besingt den nationalen Befreiungskampf von 1795, der Text der niederländischen wurde im 16. Jh. zu Ehren Wilhelms von Oranien geschrieben. Die Texte von Nationalhymnen müssen nicht prinzipiell alt und unveränderbar sein. Auch sie unterliegen natürlich geschichtlichem Wandel. Aber sie müssen Tradition haben, um über die Zeiten und Geschlechter hinweg als gleichbleibendes Symbol dem Kontinuum der jeweils immer gleichen Nation zu dienen. Sie müssen sich daher wesensgemäß dem Zugriff des schnell wechselnden politischen Modegeschmacks entziehen. Sie müssen – wenn sie von

allen angenommen, gekannt und gesungen werden sollen – textlich so tradiert sein, dass sie **über und jenseits** jeder tagespolitischen Diskussion stehen.

Nationale Symbole können einem Wandel unterliegen. Es muss daher immer die Möglichkeit geben, dass Neues wachsen und sich bewähren kann, solange dadurch die offizielle Hymne nicht verunglimpft (§ 90a StGB) oder verdrängt wird. Der Eindruck von Beliebigkeit darf aber nicht entstehen. Eine Hymne kann – will sie wirklich vom Volk getragen sein – daher letztlich nicht verordnet (und damit auch nicht von Verfassungsorganen frei verändert) werden. Das zeigt der letztlich doch eher erfolglose Versuch von 1980, die zuvor gesungene Lutz-Fassung völlig abzulösen. Sondern eine Hymne muss immer zuerst aus dem Volk heraus wachsen und so bereits gewachsen sein, bevor sie officialisiert werden kann. Das schließt grundlegende Änderungen per Beschluss eigentlich aus und sichert entsprechenden Wünschen a priori die Erfolglosigkeit.

#### IV. Fazit

Die Bayernhymne ist populär und identitätsstiftend. Sie ist in ihren **beiden** Textfassungen im Volk verankert. Offiziell ist aktuell aber nur die Fassung *Öchsners*. Ob es sinnvoll sein könnte, beide Textfassungen parallel staatlich zu officialisieren, ist Entscheidung der zuständigen Verfassungsorgane. Nicht sinnvoll sind dagegen von oben verordnete, grundlegende Änderungen oder Modernisierungen, die nicht schon traditionell aus dem Volk heraus gewachsen sind. Die Bayernhymne ist in Text und Musik sicher eine der schönsten Hymnen deutscher Sprache. Dass sie in den Schulen gelehrt und bei offiziellen Anlässen regelmäßig gesungen wird: Das bleibt ihr zu wünschen – unserer bayerischen Heimat zuliebe und unserer gemeinsamen bayerischen Identität.

#### BERICHT

## Staatshaftung und Corona – Ersatzansprüche bei staatlichen Beschränkungen

### Ein Bericht von der Online-Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im DAV (Landesgruppe Bayern)

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Jörg Naumann, Würzburg

*Die pandemiebedingt wieder als Online-Veranstaltung ausgerichtete Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein (Landesgruppe Bayern) stellte eine inhaltliche Ergänzung zur Frühjahrstagung der ARGE Verwaltungsrecht dar, die sich bereits dem Thema Corona gewidmet hatte (vgl. hierzu Tagungsbericht in BayVBl. 2/2022, 43 ff.). Zur Abrundung der Corona-Pandemie aus rechtlicher Sicht referierte Dr. Frank Tholl, Vorsitzender Richter am Landgericht München I, über die finanziellen Folgen staatlicher Eingriffe.*

Die am 16. November 2021 stattgefundene Herbsttagung stellte in mehrfacher Hinsicht eine Art „Fortsetzung“ der bereits in der Frühjahrstagung behandelten Thematik dar. Zum einen fand die Tagung erneut nicht als Präsenzveranstaltung, sondern im schon wiederholt erfolgreich erprobten Onlineformat statt. Zum anderen war es Ziel der Herbsttagung, nun die finanziellen Rechtsfolgen der Corona-Pandemie bei staatlichen Eingriffen zu beleuchten. In bewährter souveräner Manier eröffnete der 1. Vor-

sitzende der Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Klaus-Richard Luckow (Regensburg) die Veranstaltung und begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer vor den zumeist heimischen Bildschirmen. Sodann gab Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Thomas Troidl (Regensburg) die obligatorischen technischen Hinweise, bevor der Referent begrüßt wurde. Dr. Frank Tholl ist als Vorsitzender Richter am Landgericht München I intensiv mit dem

Thema Staatshaftung befasst. Hierzu gehörten in jüngerer Vergangenheit auch die rechtlichen Folgen der Corona-Pandemie in finanzieller Hinsicht. Zudem hat der Referent zu dieser Thematik bereits einschlägig veröffentlicht: Im Jahr 2021 ist sein Buch mit dem Titel „Staatshaftung und Corona“ im C.H. Beck Verlag erschienen.

*Tholl* gab zunächst einen Überblick über die Thematik. Staatshaftung sei nicht einheitlich kodifiziert, sondern bestehe aus einer Vielzahl von Einzelregelungen wie Verschuldens- und Nichtverschuldenshaftung, Haftung für rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten, Schadensersatz und Entschädigung et cetera. Zunächst befasste sich der Referent mit der Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz – IfSG. Er erläuterte die Struktur des Gesetzes und legte die Voraussetzungen für eine Entschädigung nach § 56 Abs. 1, 1a IfSG dar. *Tholl* machte Angaben zur Anspruchshöhe, der Berechnung, der Zahlung durch den jeweiligen Arbeitgeber beziehungsweise die zuständige Behörde, die Antragsfrist und erläuterte, dass das Land nach § 66 Abs. 1 IfSG der jeweilige Zahlungsverpflichtete sei. Anschließend folgten Ausführungen zur Entschädigung nach § 65 IfSG. Sodann beleuchtete der Referent etwaige Ansprüche aus allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht. Die Regelungen hierzu seien von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich. Voraussetzung sei jeweils das Handeln einer bestimmten Ordnungsbehörde. Auch hierbei erfolge die Entschädigung in Geld, aber auch dies sei von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausgestaltet. Ferner sei auch ein etwaiges Mitverschulden zu berücksichtigen.

Sodann nannte *Tholl* die in Betracht kommenden Ansprüche aus Amtshaftung, hier insbesondere § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Auch hier wurden Voraussetzungen und Rechtsfolgen detailliert erläutert. Der sich aus diesem Anspruch ergebende Schadensersatz werde grundsätzlich durch einen Vermögensvergleich festgestellt. Eine Schätzung nach § 287 ZPO sei möglich. Der Referent betonte in diesem Zusammenhang allerdings, dass der im Rahmen der Coronamaßnahmen durch Betriebsschließungen verursachte Schaden regelmäßig nur sehr aufwendig festzustellen sein werde. Hier gelte auch das Verbot der Besserstellung, das heißt Corona-Hilfsmaßnahmen seien grundsätzlich anzurechnen. Auch ein Mitverschulden sei hier zu berücksichtigen. *Tholl* führte aus, dass insoweit ein Haftungsausschluss bestehe, als dass keine Haftung für fehlerhafte Parlamentsgesetze oder Rechtsverordnungen bestehe. Der Referent nannte das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, wies auf die Darlegungslast des Anspruchstellers und auch auf den Vorrang des Primärrechtsschutzes nach § 839 Abs. 3 BGB hin.

Anschließend widmete sich der Referent dem enteignungsgleichen Eingriff. Voraussetzung hierfür sei ein unmittelbarer rechtswidriger Eingriff in eine durch Art. 14 GG geschützte

Rechtsposition, die zu einem Schaden geführt habe. Die hiervon umfassten geschützten Rechtspositionen seien insbesondere das Eigentum, allerdings keine Chancen, das heißt besondere Verdienstmöglichkeiten. Rechtsfolge des enteignungsgleichen Eingriffs sei Entschädigung, nicht Schadensersatz. Auch hier sei eine Schätzung nach § 287 ZPO möglich. Anspruchsgegner sei der durch die Maßnahme Begünstigte. Auch hier sei ein Mitverschulden zu berücksichtigen, es gelte § 254 BGB entsprechend.

*Tholl* nannte als weitere Anspruchsgrundlage den enteignenden Eingriff, ein richterrechtlich entwickeltes Haftungsinstitut. Die Voraussetzungen entsprächen denen beim enteignungsgleichen Eingriff mit Ausnahme der Rechtswidrigkeit. Im Wesentlichen seien hiervon Realakte oder aber Verwaltungsakte betroffen. Primärrechtsschutz scheide regelmäßig aus, die Entschädigung erfolge wie beim enteignungsgleichen Eingriff. Nach Auffassung von *Tholl* werde bei Corona-Schutzmaßnahmen ein Anspruch aus enteignendem Eingriff regelmäßig ausscheiden, ein solcher sei nur in ganz bestimmten Einzelakten denkbar, weil keine atypischen Folgen gegeben seien. In der Regel bestehe auch kein Sonderopfer bei Verordnungen und Allgemeinverfügungen. Über das ebenfalls richterrechtlich entwickelte Haftungsinstitut der Aufopferung und den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, für den nationalen Gerichte zuständig seien, ging *Tholl* sodann noch auf die Gefährdungshaftung und die – allerdings nur in Brandenburg und Thüringen bestehenden – Staatshaftungsgesetze ein.

Zum Ende seines Referates widmete sich *Tholl* der gerichtlichen Durchsetzung. Während für Ansprüche aus den §§ 56 und 65 IfSG die Verwaltungsgerichte zuständig seien, seien die übrigen Ansprüche den Zivilgerichten zugewiesen. Die sachliche Zuständigkeit liege bei der Amtshaftung nach § 839 BGB ausnahmslos bei den Landgerichten, bei den übrigen Ansprüchen regle sich die sachliche Zuständigkeit nach dem jeweiligen Streitwert, es sei denn, gleichzeitig werde ein Amtshaftungsanspruch als einheitlicher Streitgegenstand geltend gemacht.

Das Thema Staatshaftung und Corona wurde von *Tholl* ausführlich und facettenreich beleuchtet, sämtliche in der Praxis relevanten Aspekte wurden genannt und erläutert. Dies erklärt auch, weshalb die von der Arbeitsgemeinschaft ursprünglich veranschlagte Zeitdauer von zwei Stunden nicht ganz ausreichte. Im Anschluss an das Fachreferat bestand wie gewohnt die Möglichkeit, Fragen an den Referenten über die Chat-Funktion zu stellen und damit auch eine virtuelle Diskussion anzustoßen. *Luckow* verabschiedete die Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die vorrangig aus Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten bestanden, aber auch Behördenvertretern und Verwaltungsrichtern bestanden, die von *Tholl* mit seinem kurzweiligen Vortrag auf den aktuellen Rechtsstand gebracht worden waren.

## RECHTSPRECHUNG

### Bayerischer Verfassungsgerichtshof

Art. 47 BayEUG; Art. 98, 107, 118, 136, 137 BV; Art. 55 VfGGH (Mindestmaß an Substanziierung des Widerspruchs zu einer Grundrechtsnorm der BV; Religionsfreiheit; Gleichheitssatz; Religionsunterricht; Ethikunterricht; islamischer Unterricht; allgemeiner Werteunterricht; „Etikettenschwindel“)

#### Amtliche Leitsätze:

**1. Mangels ausreichend substantzierter Grundrechtsrügen unzulässige Popularklage gegen die Regelungen zur Einführung des Islamischen Unterrichts ab dem Schuljahr 2021/2022 (Art. 47 Abs. 1 und 3 BayEUG).**

**2. Annahmen über einen mutmaßlichen Verwaltungsvollzug, die weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung eine Stütze finden, sind nicht geeignet, einen Grundrechtsverstoß durch die angegriffene Norm selbst darzulegen.**

BayVerfGH, Entscheidung vom 28.06.2022, Vf. 42-VII-21

#### Zum Sachverhalt:

Gegenstand der Popularklage ist Art. 47 Abs. 1 und 3 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2000 (GVBl. S. 414, 632, BayRS 2230-1-1-K), das zuletzt durch Gesetz vom 23. Juli 2021 (GVBl. S. 432, im Folgenden: Änderungsgesetz)