

COVID-19

§

COVID-19 UND RECHTSSTAATLICHKEIT

Der Versuch einer Einordnung der staatlichen Maßnahmen in der Bundesrepublik
Deutschland zur Bekämpfung der Pandemie aus rechtsstaatlicher Sicht

Als Bundesunternehmen unterstützt die GIZ die deutsche Bundesregierung bei der Erreichung ihrer Ziele in der Internationalen Zusammenarbeit für nachhaltige Entwicklung.

Herausgeber:
Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Sitz der Gesellschaft
Bonn und Eschborn

An der Alster 62
20099 Hamburg

T +49 40 18 04 72 4-50
F +49 40 18 04 72 440-50

E info@giz.de
I www.giz.de

Autoren:
Friedrich-Joachim Mehmel, Präsident des Hamburgischen Verfassungs- und
Oberverwaltungsgerichts i.R., Vorsitzender Rechtsstandort Hamburg e.V.

Design/Layout:
Diamond media GmbH, Neunkirchen-Seelscheid

Fotonachweise/Quellen:
Shutterstock.de

URL-Verweise:
In dieser Publikation befinden sich Verweise zu externen Internetseiten. Für die Inhalte der aufgeführten externen Seiten ist stets der jeweilige Anbieter verantwortlich. Die GIZ hat beim erstmaligen Verweis den fremden Inhalt daraufhin überprüft, ob durch ihn eine mögliche zivilrechtliche oder strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgelöst wird. Eine permanente inhaltliche Kontrolle der Verweise auf externe Seiten ist jedoch ohne konkrete Anhaltspunkte einer Rechtsverletzung nicht zumutbar. Wenn die GIZ feststellt oder von anderen darauf hingewiesen wird, dass ein externes Angebot, auf das sie verwiesen hat, eine zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit auslöst, wird sie den Verweis auf dieses Angebot unverzüglich aufheben. Die GIZ distanziert sich ausdrücklich von derartigen Inhalten.

Im Auftrag des
Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ),
401 – Sektorale und thematische Grundsätze, Governance, Demokratie und
Rechtstaatlichkeit
Bonn

Die GIZ ist für den Inhalt der vorliegenden Publikation verantwortlich.

Gedruckt auf 100 % Recyclingpapier, nach FSC-Standards zertifiziert.

©Hamburg, September 20, 2020

INHALT

Einleitung	4
Das Recht	4
Die Pandemie – Charakteristika und Rolle der Wissenschaft	5
Reaktion der Politik in Bund und Ländern	5
Zielkonflikte	6
Die Rechtslage	6
Effektiver Rechtsschutz gewährleistet?	7
Resümee	8

EINLEITUNG

Auf einmal war (und ist noch) alles anders. Zunächst begann es scheinbar schleichend, man nahm Berichte aus Wuhan zur Kenntnis, wähnte sich selbst sicher vielleicht. Und plötzlich traf der Virus nahezu alle Regionen der Welt. Anders als bei früheren Pandemien begünstigen Globalisierung, offene Grenzen, Tourismus und Flugverkehr die Ausbreitung in dramatischer Weise. Nichtwissen über den Virus traf auf Handlungsnotwendigkeit. Abzuwarten, bis man über den Virus, seine Ursachen, seine Verbreitung, seine Infektiosität, seine Behandlungsmöglichkeiten und seine Folgen genau Bescheid weiß, ist – jedenfalls aus Sicht der meisten Staaten – keine Option. Und die Unterschiede der jeweiligen Kontexte und Rahmenbedingungen in den jeweiligen Staaten wie z.B. in Bezug auf das Gesundheitssystem, die ökonomische und gesellschaftliche, die politische und die sog. sozio-kulturelle Situation lassen kaum Rückschlüsse auf Wirksamkeit einzelner Maßnahmen im eigenen Land zu. Dies Gemengelage brachte und bringt ganz neue Fragen und Unsicherheiten nicht nur für Politik, Regierungen und Verwaltungen mit sich sondern auch für das Recht und das Rechtssystem.

Die zunächst getroffenen, sehr einschneidenden Maßnahmen wurden und werden begleitet durch ein vielstimmiges

Konzert unterschiedlichster Kommentare und Positionierungen: Es sei doch nur wie eine Grippe; es sei eine Erfindung dunkler Mächte; die Einnahme des Malaria-Präparats Hydroxychloroquin werde schützen Und es findet sich wieder in dem unterschiedlichen Handeln von Regierungen, denke man nur an die Auftritte von Trump in den USA oder Bolsonaro in Brasilien, Lukaschenko in Belarus, an die verschiedenen Strategien einzelner Länder. Es ist auch die Stunde von Verschwörungstheorien, wie die jüngsten Demonstrationen in Deutschland gezeigt haben; es verschwimmen die Grenzen zwischen den verschiedensten politischen Gruppen, wenn auf einmal Rechtsradikale, Antisemiten, Evangelikale, Anthroposophen, Esoteriker, Impfgegner u.a. Seite an Seite marschieren. Und aus dem Munde deutscher Rechtswissenschaftler konnte man in den letzten Monaten auch Stimmen zur deutschen Strategie hören wie: faschistoid-hysterischer Hygienestaat, der Rechtsstaat sei schwer beschmutzt. Der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Papier, meinte sogar Tendenzen hin zum totalen Überwachungsstaat feststellen zu können.

Letztlich geht es um das Verhältnis von Recht, Wissenschaft und Politik im demokratischen Rechtsstaat (Rule of Law).

DAS RECHT

Im Ausgangspunkt ist ein Blick auf die Funktion des Rechtes zu werfen: Es handelt sich um von der Gesellschaft, je nach staatlicher Verfasstheit vom Parlament, Regierung oder Autokraten aufgestellte Regelungen, Normen zur Organisation eines Staates, des Zusammenlebens in einem Gemeinwesen. Das Recht hat eine Steuerungs-, Ordnungs-, ggfs. Gerechtigkeitsfunktion, aber eben auch Machtfunktion. Gerade letzterer kommt in Bezug auf die Bedrohung des Rechtsstaates eine bedeutende Rolle zu. Bei der Verfassung handelt es sich um Regelungen, denen der Normgeber ein besonderes Gewicht zu messen wollte.

Wenn vom Rechtsstaat, von Rule of Law, die Rede ist, sollte immer auch die Demokratie in den Blick genommen werden - der demokratische Rechtsstaat: Das Recht bedarf der demokratischen Legitimation; andererseits, was häufig aus dem Blick gerät, ist das Recht, insbesondere die Verfassung dazu berufen, den demokratischen Prozess zu schützen. Es geht u.a. um Meinungs- und Versammlungsfreiheit, Minderheitenschutz, Verbot der Diskriminierung, also im Kern auch und gerade die Gewährleistung der Menschenrechte, die ihre Ausprägung in den Grundrechten erfahren

haben. Fehlt es an der demokratischen Legitimation und dem Schutz des demokratischen Prozesses, werden wir sehr schnell von dem durch das Recht beherrschten Staat zu sprechen haben: Rule by Law. Bei Autokratien, Diktaturen ist dies offensichtlich. Vergleichbares ist dieser Tage auch im Zuge populistischer Bewegungen z.B. in Ungarn und Polen, aber auch zumindest in Ansätzen in den USA zu beobachten: Das Gesetz und die Unabhängigkeit der Justiz werden geschliffen, damit sie nicht mehr als Bollwerk fungieren können. Das Recht und die Justiz werden reduziert zu einem Instrument zur Durchsetzung von Macht.

Die unabhängige Justiz als Dritte Gewalt ist neben Legislative und Executive für den Rechtsstaat von herausragender Bedeutung. Dies gilt insbesondere für die – in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen in Zusammenhang mit der Bekämpfung der Pandemie zuständigen – Verwaltungsgerichtsbarkeit, die die Aufgabe hat, einerseits die Freiheitsrechte des Einzelnen, die Rechte des Einzelnen vor Eingriffen des Staates zu schützen und andererseits die Funktionsfähigkeit des Staates nach den Vorgaben von Verfassung und Gesetz zu gewährleisten.

Die Justiz ist eine Säule für gesellschaftliche Stabilität, für Rechtsfrieden und Garant für das Vertrauen in den Staat. In der Bundesrepublik Deutschland als föderalem Staat findet sich Rule of Law wieder sowohl auf der horizontalen Ebene mit Bundestag (Legislative), Bundesregierung (Exekutive) und Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgane und der unabhängigen Justiz (Judikative) als auch vertikal, angefangen bei den Gemeinden, den Kreisen bis hin zu den insgesamt 16 Bundesländern, die über Art 28 Grundgesetz den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats verpflichtet sind. Dementsprechend haben die einzelnen Bundesländer je eine eigene Verfassung, Landesparlament, Landesregierung und Landesverfassungsgerichtsbarkeit.

Das Verhältnis von Bund und Ländern etwa in Hinblick auf Gesetzgebungskompetenz ist insbesondere im Grundgesetz geregelt. Und die Bundesrepublik selbst ist Teil der europäischen Union.

Typischerweise zeichnet sich das Recht durch Kontinuität, Verlässlichkeit und Klarheit aus, es geht in der Regel um die normative Typisierung immer wiederkehrender Konstellationen. Angesichts der Volatilität des Wissens über die Pandemie und die Wirksamkeit einzelner Entscheidungen stehen Recht und Rechtsstaat dementsprechend vor großen Herausforderungen.

DIE PANDEMIE – CHARAKTERISTIKA UND ROLLE DER WISSENSCHAFT

Neben schneller, globaler Verbreitung zeichnete sich die Lage zunächst dadurch aus, dass kaum wissenschaftliche Erkenntnisse über COVID-19 vorlagen. Es gab von Anfang an immer wieder neue wissenschaftliche Erkenntnisse, die alsbald schon wieder überholt oder gar widerlegt worden waren. Dies betrifft u.a. die Ursachen, die Art und Geschwindigkeit der Verbreitung, Infektionsraten und -dauer, Empfänglichkeit und Betroffenheit der verschiedenen Altersgruppen, die Sterblichkeit bis hin zu möglichen gesundheitlichen (Spät-)Folgen. Hieß es beispielsweise zunächst, dass keine höhere Sterblichkeit bei alten Leuten eintreten würde, junge nicht gefährdet seien, Kinder den Virus nicht verbreiten würden, wurde später festgestellt, dass besondere Risikogruppen wie Adipoidas (Übergewicht), Diabetes, Nierenerkrankungen oder Bluthochdruck bestehen würden, dass auch junge Leute sowohl verbreiten würden als auch, wenn auch nicht so schwer, erkranken könnten. Und es wurde festgestellt, dass es in einigen Fällen zu z.T. schweren Folgeschäden gekommen ist. Statistiken wurden immer wieder hinsichtlich ihrer Aussagekraft bezweifelt. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Wissenschaft von großen

Ungewissheiten geprägt war und ist. Dies beeinflusste und beeinflusst nicht nur die öffentlichen Debatten in den Medien, in der Bevölkerung, sondern auch in der Wissenschaft selbst. Mediziner und Forscher widersprechen sich häufig, oft wurde das Gegenteil vertreten, was zuvor andere Wissenschaftler als Erkenntnis in den Raum gestellt hatten. Letztlich handelt es sich jeweils um mehr oder weniger vorläufige wissenschaftliche Erkenntnisse, die häufig zu modifizieren waren oder sich als überholt herausstellten. Der Wissenschaftsbetrieb hat in dieser Situation u.a. mit Vorabveröffentlichungen gearbeitet, um den wissenschaftlichen Diskurs zu befördern bzw. die eigenen Erkenntnisse einer Kontrolle zu unterziehen. Aus früheren Pandemien konnte zunächst nur die Gewissheit hergeleitet werden, dass die Unterbrechung der Handlungsketten und Einschränkung von Kontaktmöglichkeiten wirksame Instrumente sein können.

Politik und das Recht wurden und werden durch diese Ungewissheiten, die Volatilität des Wissens vor große Herausforderungen gestellt.

REAKTION DER POLITIK IN BUND UND LÄNDERN

Grundsätzlich fällt die Festlegung und Durchführung von Gefahrenabwehrmaßnahmen aufgrund der durch das Grundgesetz vorgegebenen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in den Zuständigkeitsbereich der Länder, im Flächenländern dabei zum Teil etwa im Bereich Schule und Kinderbetreuung entsprechend der jeweiligen Verfasstheit in den kommunalen Bereich wie Kreisen und Gemeinden. Eine Schlüsselrolle spielt das (Bundes)

Infektionsschutzgesetz (IfSG). Soweit der Bund zuständig ist, wurden Maßnahmen wie zum Beispiel die Auflegung eines Konjunkturprogrammes oder die Einführung von Kurzarbeit auf dieser Ebene erlassen. Es fand und findet eine kontinuierliche Koordinierung und Abstimmung von jeweils befristeten Maßnahmen zwischen Bund und Ländern insbesondere mit dem Ziel eines einheitlichen Vorgehens statt.

Während zu Beginn der Pandemie sehr weitreichende Eingriffsregelungen und Vorschriften in Kraft gesetzt wurden, ist es in der Folgezeit durch rückläufige Infektionszahlen insbesondere unter dem Vorbehalt der Stabilität des erreichten Zustandes und keiner Verschärfung des Infektionsgeschehens zu Lockerungen gekommen. Zunächst wurden Maßnahmen ergriffen wie Lockdown, Schließung von Schulen und Kindergärten, von Gaststätten, Bars, Hotels, Einzelhandelsgewerbe und Einkaufszentren und Einrichtungen wie zum Beispiel Fitnessstudios, von Kirchen, Verbot von Versammlungen, Festlegung von Abstandsregelungen und Beschränkung von Kontaktmöglichkeiten auf den engeren Familienkreis, Besuchsverbote in Altenheimen, Reisewarnungen, Anordnung von 14-tägigen Quarantänemaßnahmen, des Tragens von Masken, um nur

die signifikanteren Einschränkungen zu benennen. In der Folgezeit ist es zu einer Reihe von Lockerungen gekommen, die in den einzelnen Bundesländern zu unterschiedlichen Zeitpunkten in unterschiedlichem Umfang in Kraft traten: Notprogramme für Kinderkrippen und Kindergärten, Besuch von Gaststätten und Hotels unter Einhaltung von Hygienekonzepten mit Abstandsgebot und beschränkten Besucherzahlen, vorsichtige Öffnungen von Kirchen, Öffnung des Einzelhandels unter Hygienevorschriften wie auch beschränkte Öffnung von größeren Läden mit Beschränkung der zugänglichen Verkaufsflächen oder Einkaufszentren, die Wiedereröffnung von Schulen in unterschiedlichen Umfang, Zulassung von Sportveranstaltungen mit reduzierten Zuschauerzahlen.

ZIELKONFLIKTE

Die Politik stand und steht damit vor einer multikomplexen, kaum beherrschbaren Gemengelage mit ungewissen wissenschaftlichen Erkenntnissen und einer Vielzahl von unterschiedliche gesellschaftliche Bereiche berührende Zielkonflikten: Einerseits gilt es den Einzelnen und die Gesellschaft insbesondere vor gesundheitlichen Schäden zu schützen; andererseits kommt es durch die Einzelmaßnahmen jeweils zu massiven Eingriffen in die Wirtschaft und die wirtschaftliche Situation von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ins Bildungswesen, zu z.T. massiven sozialen und psychologisch Auswirkungen auf Kinder, Eltern, die Stellung der Frau, auf das Gesundheitssystem, die Situation beispielsweise der Älteren. Und auch bei Öffnungsmaßnahmen wie zum Beispiel von Schulen galt und gilt es die unterschiedlichsten Interessenslagen auszuwärtigen: Kann zum Beispiel davon ausgegangen werden, dass die meisten Eltern und Kinder wie auch große Teile der Öffentlichkeit die Öffnung von Schulen und Kindergärten begrüßen, kann sich dies vor dem Hintergrund der unsicheren wissenschaftlichen Erkenntnislage etwa über Infektiosität und mögliche Folgeschäden für Lehrkräfte aber auch für manche Familien ganz anders darstellen.

Diese Multikomplexität findet auch verfassungsrechtlich ihre Entsprechung: Einerseits geht es um die Verpflichtung des Staates zum Schutz der Öffentlichkeit und jedes Einzel-

nen vor insbesondere gesundheitlichen Schäden (Art. 1, 2 Grundgesetz (GG)), auf der andern Seite finden sich Rechte wie die Freiheit der Person (Art. 2 GG), das Recht auf Gleichbehandlung (Art. 3 GG), die Religionsfreiheit (Art. 4 GG), Ehe und Familie (Art. 6), das Schulwesen (Art. 7 GG), die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG, die in 11 GG verbrieft Freizügigkeit, die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) oder der Schutz des Eigentums (Art. 14 GG). Die einzelnen Maßnahmen sind in der Regel mit massiven Grundrechtseingriffe verbunden. Und es besteht die Notwendigkeit, den Anforderungen des demokratischen Rechtsstaates gerecht zu werden (insbesondere Art. 19, 20 GG).

Hier einen angemessenen Ausgleich der verschiedenen beteiligten Verfassungsrechte vorzunehmen, ist im demokratischen Rechtsstaat in erster Linie Sache der Politik, der Legislative als Gesetzgeber bzw. nach entsprechenden normativen Vorgaben der Exekutive. Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe der Judikative, diesen Ausgleich selbst anstelle der Verwaltung im Rahmen gerichtlicher Verfahren vorzunehmen. Ihre Aufgabe ist zu kontrollieren, ob die rechtlichen Vorgaben eingehalten und die angeordneten Maßnahmen mit den verfassungsrechtlich verbrieften Rechten des Einzelnen vereinbar sind, insbesondere ob sie, hier einen Begriff aus dem deutschen Verwaltungsrecht zu gebrauchen, verhältnismäßig sind.

DIE RECHTSLAGE

Maßgebliche Grundlage ist das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Infektionsschutzgesetz (IfSG). Dessen Zweck ist, übertragbare Krankheiten bei Menschen vorzubeugen, Entwicklungen frühzeitig zu erkennen und ihre weitere Verbreitung zu verhindern (§ 1 Abs. 1 IfSG). Der volatilen Erkenntnislage trägt das Gesetz auf verschiedenen Ebenen Rechnung. Gemäß § 5 Abs. 1 IfSG stellt der Deutsche Bundestag, das Bundesparlament, eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Im Einzelnen wird unbeschadet der Befugnisse der Länder der Bundesminister für Gesundheit zum Erlass im Einzelnen festgelegten Anordnungen ermächtigt. Voraussetzung für die Notlage ist eine Einschätzung über deren Beginn und Ende. Die entsprechenden Verordnungen implizieren je nach Maßnahmen eine zum Teil sehr kurze zeitliche Befristung (vgl. § 5 Abs. 4 IfSG). Einer besonderen Aufgabe ist dem Robert Koch-Institut als wissenschaftliche Beratungseinrichtung des Bundes für

übertragbare Krankheiten gemäß § 4 IfSG zugewiesen. Als Generalklausel für den Erlass der entsprechenden, oben genannten „Schutzmaßnahmen“ dient § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die damit verbundenen möglichen Einschränkungen von Grundrechten: Freizügigkeit, Unverletzlichkeit der Wohnung, Versammlungsfreiheit Freiheit der Person. Als Störer bzw. Adressaten, gegen die sich Maßnahmen richten können, werden ausdrücklich genannt Kranke, Krankheitsverdächtige, ansteckungsverdächtige Personen und Ausscheider. Daneben können, insoweit von der Rechtsprechung nicht infrage gestellt, auch auf den ersten Blick Unbeteiligte als Dritte in Anspruch genommen werden. In der Praxis wird sich - eher selten - Einzelfallanordnungen (sog. Verwaltungsakte), Allgemeinverfügungen (Verwaltungsakte, die sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet) oder Verordnungen bedient.

EFFEKTIVER RECHTSSCHUTZ GEWÄHRLEISTET?

Im Kern handelt es sich bei den angeordneten Maßnahmen im Wesentlichen um Ordnungsrecht. Nach der traditionellen Dogmatik spielen Kausalitäten, Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe eine wesentliche Rolle: Grundsätzlich setzt Handeln zur Gefahrenabwehr das Vorliegen einer Gefahr voraus, d. h., dass bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden eintreten wird. Hält hingegen in die Behörde das Vorliegen einer Gefahr nur für möglich, spricht man vom Gefahrenverdacht, der vorläufige Gefahrenforschungmaßnahmen ermöglicht. In der Regel geht es um Maßnahmen der Verwaltung gegen Einzelne in überschaubaren Sachverhalten. Die im Zuge der Pandemie angeordneten Maßnahmen hingegen sind mehr als Gefahrenforschungmaßnahmen. Den Maßnahmen, die eine Vielzahl von auch unbeteiligten Bürgerinnen und Bürger betreffen, liegt ein Sachverhalt zu Grunde, der eine valide abschließende Beurteilung auf Grund der Ungewissheit des Wissens gerade nicht ermöglicht, eine Gefahrenforschung gerade nicht möglich ist. Und auf der anderen Seite stellen die einzelnen Maßnahmen i.d.R. massive Grundrechtseingriffe dar. Wie ist nun die Rechtsprechung mit der Ungewissheit wissenschaftlicher Erkenntnis umgegangen, hat sich das (Ordnungs-)Recht als lernfähig erwiesen?

Die bundesdeutschen Gerichte haben sich in einer sehr großen Vielzahl von Entscheidungen mit den diversen

Maßnahmen wie Eindämmungsverordnungen, Allgemeinverfügungen oder Einzelanordnungen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, sogenannten Eilverfahren, befasst. Der vom Infektionsschutzgesetz gewählte Ansatz ist sowohl vom Bundesverfassungsgericht als auch den Verwaltungsgerichten einschließlich der Verordnungsermächtigungen verfassungsrechtlich nicht infrage gestellt worden. Dabei sieht sich die Rechtsprechung mit dem soeben dargelegten Problem konfrontiert, dass die Eingriffsintensität umgekehrt proportional zum Wissen um die Wirksamkeit des Eingriffs zur Gefahrenbekämpfung ist. Hier wird auf eine auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts häufig bemühte Figur zurückgegriffen, die sich dahingehend zusammenfassen lässt: Je höher der drohende Schaden ausfällt bzw. ausfallen kann, desto mehr können die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts reduziert werden. Ausgehend davon, dass im Falle einer ungehinderten Ausbreitung der Pandemie katastrophale Folgen möglich sind, sie nach insbesondere dem Erkenntnisstand zu Beginn der Pandemie nicht ausgeschlossen werden konnten und auch derzeit nicht können, wurden und werden in den allermeisten Gerichtsverfahren weitgehende Einschränkungen für rechtlich möglich erachtet. Man könnte sagen, dass es um rechtsstaatlich gebotene Risikoversorge und Risikominimierung geht. In der Rechtsprechung wird dafür zur Begründung der Angemessenheit der Maßnahmen auf die staatlichen Schutzpflichten für Leben und Gesundheit zurückgegriffen. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

kommt in der Rechtsprechung dabei eine große Bedeutung zu. Daneben spielt in entsprechenden Fallkonstellationen auch Art. 3 GG, der Gleichheitssatz, eine gewichtige Rolle, wobei dort auch Überlegungen der Verhältnismäßigkeit einfließen. Grundsätzlich ist die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Entscheidungen von einer Entscheidungsprärogative der Verwaltung, also einem weiteren Entscheidungsspielraum ausgegangen. Dabei erkennt die Rechtsprechung die Ungewissheit, also Volatilität der Erkenntnislage an und stellt dabei im Rahmen der Abwägung auch auf die in Allgemeinverfügungen in der Regel enthaltenen zeitlich kurzen Befristungen der jeweiligen Maßnahmen und der damit verbundenen Möglichkeit ihrer Evaluation vor etwaiger Verlängerung ab.

Abgesehen von Einzelfällen sind die bisher getroffenen Maßnahmen in aller Regel von den Verwaltungsgerichten gehalten worden. Wurden Anordnungen durch Gerichte aufgehoben, betraf dies z.B. Fälle, in denen Formvorschriften nicht beachtet worden sind oder sich etwa bei Fragen des Verbots von Versammlungen oder von Gottesdiensten in Hinblick auf das hohe Gewicht einzelner Verfassungsgüter wie Versammlungs- und Religionsfreiheit und der damit verbundenen hohen Eingriffsintensität auch mildere Lösungen aufdrängten als ein ausschließliches Verbot, etwa durch Erlass entsprechender Auflagen über Abstand, Teilnehmerzahl und Maskenpflicht.

Die klassischen Prüfungspunkte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind, ob die angeordnete Maßnahme einen

legitimen, also von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckten Zweck verfolgt, sie geeignet und erforderlich (mildestes Mittel) sowie verhältnismäßig im engeren Sinne ist, also nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel steht. Im Hinblick auf die fehlenden hinreichenden validen wissenschaftlichen Grundlagen und Evidenz in Bezug auf möglicherweise gleich geeignete Maßnahmen erscheint dieser Ansatz in Hinblick auf die Prüfungspunkte Geeignetheit und insbesondere Erforderlichkeit nicht unproblematisch, wenn er, was ja gerade typischerweise Streitgegenstand gerichtlicher Verfahren ist, im Ausgangspunkt auf die einzelnen Maßnahmen angewandt wird. Es geht hier bei den Allgemeinverfügungen um die Bewältigung multikomplexer Lagen, in dem im Rahmen eines Gesamtkonzeptes durch das Ineinandergreifen verschiedener Einzelmaßnahmen die Verwaltung/Politik versucht, der Pandemie Herr zu werden. Dies Konzept wiederum muss als solches geeignet sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Beschränkt sich die gerichtliche Prüfung allerdings auf die einzelnen Maßnahmen, ohne das Gesamtkonzept in den Blick zu nehmen, besteht die Gefahr, dass sich das Gericht im Falle der Aufhebung dieser konkreten Maßnahme etwa wegen Ungleichbehandlung mit vergleichbaren Fallkonstellationen unter Außerachtlassung des Gesamtkonzeptes an die Stelle der Verwaltung setzt. Hier die richtige Balance zu finden zwischen einerseits dem Einräumen eines weiten Entscheidungsspielraums für die Verwaltung im Kontext eines Gesamtkonzeptes und andererseits wirksamen Rechtsschutz in Hinblick auf die Grundrechtseingriffe zu gewährleisten, stellt eine Herausforderung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit dar.

RESÜMEE

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf die Fragestellung, ob die Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie in Deutschland den verfassungsrechtlichen Anforderungen eines demokratischen Rechtsstaates gerecht werden und ein ausreichender Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte gewährleistet ist, feststellen, dass dies m.E. im Wesentlichen der Fall ist:

- Sonderlagen wie eine Pandemie erfordern besondere Reaktionen.
- Der von Bund und Ländern gewählte ganzheitliche Ansatz des Zusammenspiels von einer Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen mit einer vorsichtigen Linie hat sich insbesondere im Vergleich mit den meisten anderen Staaten sowohl in Hinblick auf die Höhe der Infektionszahlen wie auch die sonstigen gesellschaftlichen Auswirkungen bei hohen Zustimmungsraten in der Bevölkerung im Wesentlichen bewährt.
- Die Justiz als Dritte Gewalt hat in einer großen Vielzahl von Verfahren mit der Überprüfung zahlreicher Maßnahmen ihre Funktionsfähigkeit unter Beweis gestellt. Insbesondere ist es gelungen, einen überzeugenden Weg im Umgang mit dem volatilen Wissen zu finden.
- Eine entscheidende Rolle für den Erfolg der Maßnahmenpakete wie auch der Rechtsstaatlichkeit der Maßnahmen kommt der jeweiligen kurzen zeitlichen Befristung sowie der damit verbundenen Möglichkeit der Evaluation der Verordnungen bzw. Allgemeinverfügungen zu.
- Der Föderalismus hat sich im Wesentlichen bewährt. Zwar kam es immer wieder vereinzelt zu Profilierungsversuchen einzelne Bundesländer und ihrer Ministerpräsidenten, sei es, dass man mit besonderer Strenge, sei es, dass man mit weiteren Lockerungen in der

Öffentlichkeit punkten wollte. Zusammenfassend lässt sich aber feststellen, dass der Wettbewerb der jeweiligen Konzepte in den einzelnen Bundesländern sowohl eine indirekte Kontrollfunktion etwa in der öffentlichen Debatte durch den Vergleich erzeugen und als auch im Sinne von Best-Practice Anregungen für erfolgreiche Konzepte geben konnte. Aufgrund der unterschiedlichen Betroffenheit der einzelnen Bundesländer bzw. in Flächenländern der einzelnen Landesteile und der jeweiligen Entscheidungskompetenz wurden punktgenaue, maßgeschneiderte konkrete Maßnahmen ermöglicht.

- In den öffentlichen Debatten lässt sich ein sogenanntes Präventionsparadox feststellen, d. h., je erfolgreicher die ergriffenen Maßnahmen waren, desto größer wurden die Zweifel an ihrer Notwendigkeit. Daneben kann man auch von einem Grundrechtsparadox sprechen: Wenn Politik und Regierung Corona-Totalitarismus, der Hang zum Kontrollstaat und die Einschränkung der Meinungsfreiheit vorgeworfen wird, können die Kritiker doch gerade wegen der durch Art. 5 gewährleisteten Meinungsfreiheit genau diese Kritik äußern und werden in der Wahrnehmung ihrer Grundrechte in Hinblick auf die gem. Art. 8 GG garantierte Versammlungsfreiheit insoweit auch von den unabhängigen Gerichten geschützt, wenn wie in Berlin Demonstrationsverbote von den Gerichten unter Auflagen wie Maskenpflicht und Abstandsflächen aufgehoben wurden.

- Je größer die Lockerungen und Öffnungen ausfallen und sich die Infektionslage möglicherweise entspannt, desto häufiger beschwerten sich diejenigen, die von Schließungen bzw. Einschränkungen nach wie vor betroffen sind. Hier wird auf die Politik und die Justiz noch Herausforderungen zukommen.
- Wichtig ist eine transparente und offene Kommunikation von Seiten der Bundes- und Landesregierungen und den Verwaltungen. Dies ist m.E. im Großen und Ganzen gelungen.
- **Die Leistungsfähigkeit des demokratischen Rechtsstaates ist meines Erachtens im internationalen Vergleich mit Ländern wie Brasilien, Russland, den USA bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Mitte September 2020) unter Beweis gestellt worden. Ein Blick auf den aktuellen Rechtsstaatsindex 2020 des WorldJusticeProjects belegt dies: Die Länder, die im Ranking oben stehen, nämlich die skandinavischen Staaten, die Niederlande und Deutschland, sind auch diejenigen, die im Umgang mit der Pandemie mehr oder weniger bisher am erfolgreichsten gewesen sind. Eine abschließende Wertung lassen allerdings die nach wie vor volative Wissenslage, die z.T. wieder steigenden Infektionszahlen in den verschiedensten Staaten und die zusätzlichen Gefährdungslagen i.Z.m. Herbst und Winter sowie der unsichere Zeitpunkt für den Einsatz eines wirksamen Impfstoffes nicht zu.**

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Sitz der Gesellschaft
Bonn und Eschborn

Friedrich-Ebert-Allee 32 + 36
53113 Bonn, Deutschland
T +49 228 44 60-0
F +49 228 44 60-17 66

Dag-Hammarskjöld-Weg 1 - 5
65760 Eschborn, Deutschland
T +49 61 96 79-0
F +49 61 96 79-11 15

E info@giz.de
I www.giz.de

Im Auftrag des



Bundesministerium für
wirtschaftliche Zusammenarbeit
und Entwicklung