

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

Justiz in Zeiten von Corona

*Vortrag
aus Anlass der Inaugurationsfeier
der Juristischen Fakultät der Universität Poznan
am 20. November 2020*

Spectabilität, verehrter Dekan,
sehr geehrte Frau Professor Thiele,
lieber Herr Professor Piatek,
liebe Studenten der Schule des deutschen Rechts,
meine Damen und Herren!

Es ist für mich ein erhebender Augenblick und eine besondere Ehre und Freude, hier in Posen an einem deutsch-polnischen universitären Gemeinschaftsprojekt teilnehmen - und dann auch gleich die Inauguralrede halten zu dürfen. Die Initiative hierzu hat Herr Professor Piatek ergriffen, als wir uns im September des letzten Jahres hier in Posen im Wojwodschaftsgericht kennenlernten. Den Rahmen hierzu bot damals ein anderes deutsch-polnisches Gemeinschaftsprojekt, nämlich die Partnerschaft zwischen dem polnischen

Hauptverwaltungsgericht und mehreren Wojwodschaftsgerichten mit dem deutschen Bundesverwaltungsgericht und einigen der deutschen Oberverwaltungsgerichte, die uns alle zwei Jahre zu mehrtägigen Seminaren zusammenführt und auch in der Zwischenzeit vielfältige Begegnungen und fachlichen Austausch ermöglicht. Dieser Blick über die Grenzen ist nicht nur interessant und lehrreich; er führt uns auch enger zusammen - und ist damit das eigentliche Lebenselixier eines zusammenwachsenden Europa. In diesem Sinne danke ich sehr für die freundliche Einladung, heute zu Ihnen zu sprechen.

I. Fragestellung

Justiz in Zeiten von Corona: Als Herr Piatek und ich uns Anfang September auf dieses Thema verständigt haben, haben wir glaube ich beide die stille Hoffnung gehegt, der vergleichsweise glimpfliche Verlauf der Pandemie im Sommer werde im Wesentlichen andauern, allenfalls sei mit einer kleinen „zweiten Welle“ zu rechnen, jedenfalls aber werde es keinen zweiten Lockdown wie im Frühjahr geben müssen. Wir sehen uns getäuscht; die Infektionszahlen steigen europaweit drastisch an, und die Gesundheitssysteme geraten an ihre Belastungsgrenze und hier und da auch darüber hinaus. In Deutschland - und wohl nicht nur in

Deutschland - werden deshalb die allgemeinen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung wieder intensiviert.

Diese Maßnahmen setzen im Wesentlichen an drei Punkten an:

- Die erste Gruppe von Maßnahmen ist klassisches Infektionsschutzrecht: Isolation der Infizierten und auch der Verdachtsfälle, etwa weil diese Personen Kontakt mit einem Infizierten hatten oder aus einem sogenannten Risikogebiet kommen. Isolation natürlich nur, sofern und solange es nötig ist. Die Maßnahmen sind vor allem: Quarantäne, Testen, Nachverfolgen von Infektionsketten, etwa durch die Corona-App auf dem Smartphone.
- Hinzu kommen aber vorbeugende Maßnahmen, die wir bislang nicht kannten. Damit soll die Wahrscheinlichkeit von Infektionen im persönlichen Kontakt von Mensch zu Mensch möglichst verringert werden. Dem dienen die sogenannten „AHA-Regeln“: Abstandhalten, Händewaschen, Atemschutzmasken tragen. Ereignisse, wo typischerweise wenig auf Abstände geachtet wird, werden eingeschränkt oder untersagt: Ansammlungen von Menschen, Veranstaltungen, Parties oder Familienfeiern.
- Die dritte Gruppe von Maßnahmen ist allgemeinerer Art. Sie sucht das

Infektionsgeschehen räumlich zu beschränken und gewissermaßen in Inseln zu halten. Die Maßnahmen richten sich deshalb gegen die Mobilität der Menschen: möglichst zuhause bleiben, jedenfalls keine überflüssigen Fahrten oder gar Reisen.

Diese Maßnahmen werden vom Staat, von den staatlichen Organen, angeordnet. Sie finden ihre gesetzliche Grundlage im Infektionsschutzgesetz, das allerdings sehr weit gefasste, praktisch generalklauselartige Ermächtigungen für die Regierungen der Länder enthält. Es ist deshalb die Stunde der Exekutive: Die Regierungen der Länder erlassen im Monatsrhythmus überprüfte Corona-Schutz-Verordnungen mit generellen Regeln für ihr jeweiliges Land. Für bestimmte Fragen reichen sie die gesetzliche Ermächtigung an die Kommunen weiter, die wiederum für den jeweiligen Landkreis oder die jeweilige Stadt differenzierende Regelungen im Wege kommunaler Polizeiverordnungen oder - häufiger - von Allgemeinverfügungen erlassen. Der Rahmen dieser allgemeinen Bestimmungen zwingt dann unter anderem die verschiedenen Arbeitgeber, ihre internen Betriebsabläufe anzupassen; einige müssen ihre Tätigkeit einschränken oder umstellen, manche müssen den Betrieb ganz einstellen. Vergleichbares gilt für Theater, für Kirchen, für Sportstätten; niemand ist ausgenommen.

Auch die Justiz ist betroffen, und zwar gleich doppelt. Zum einen muss auch sie ihre Betriebsabläufe anpassen - und dabei darauf achten, dass sie trotzdem ihre rechtsstaatlichen Grundsätze und Standards wahrt. Dem will ich mich zuerst zuwenden (II.). Zum anderen aber werden die Gerichte in Deutschland angerufen, die doch sehr einschneidenden Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit den Freiheitsgrundrechten der Betroffenen hin zu überprüfen. Mit solchen Rechtsschutzbegehren sind nicht sämtliche Gerichtsbarkeiten befasst, sondern vornehmlich die Verwaltungsgerichte sowie das Bundesverfassungsgericht. Das soll dann in einem weiteren Abschnitt thematisiert werden (III.). Ausgeklammert bleibt, dass die besonderen Corona-Regeln natürlich geltendes Recht sind und als solches von sämtlichen Gerichten angewendet werden müssen: von Zivilgerichten, wenn etwa Reisen storniert werden; von Arbeitsgerichten, wenn ein Corona-Verdachtsfall nicht zur Arbeit erscheint; von Sozialgerichten, wenn es um Fragen der Kranken- oder der Pflegeversicherung geht; von Strafgerichten, wenn jemand ohne Maske und Abstand einen anderen umarmt, obwohl er genau weiß, dass er ihn damit wahrscheinlich ansteckt; und anderes mehr. Ausgeklammert bleiben auch Rufe nach Entschädigungszahlungen, die in jüngerer Zeit

immer lauter werden. Auf all dies einzugehen, würde den Rahmen vollends sprengen.

II. Prozedurale Herausforderungen

Die Gerichte sind zur Rechtsschutzgewähr verpflichtet. Als im März und April 2020 ein allgemeiner Lockdown das Land lahmgelegt hat, als sämtliche Geschäfte und Betriebe, auch alle öffentlichen Einrichtungen bis hin zu Kindergärten und Schulen geschlossen waren, da stellte sich die Frage, ob auch die Gerichte zusperren sollten. Dahinter standen gegenläufige Interessen: Die einen wollten ein laufendes Verfahren gerne verzögern und verlangten, den Prozess bis zum Abklingen der Pandemie auszusetzen. Besonders Angeklagte zeigten sich an einer Unterbrechung ihres Strafverfahrens interessiert. Die anderen befürchteten gerade das und pochten darauf, dass die Gerichte sich ihrer Sache trotz Corona annähmen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage rasch entschieden: Die Gerichte bleiben offen, der Rechtsschutzauftrag duldet keine Pause. Jedenfalls Sachen, die keinen Aufschub dulden, müssen ungeachtet der Pandemie betrieben werden.

Damit war aber erst das Problem gestellt: Wie organisiert man Rechtsprechung in Zeiten von Corona? Vor allem: Wie organisiert man

Rechtsprechung so, dass trotz aller Corona-Maßnahmen die Grundsätze einer rechtsstaatlichen Rechtspflege gewahrt bleiben? Wie gewährt man den Rechtsschutzsuchenden unbehinderten Zugang zu Gericht und ungehindertes rechtliches Gehör? Wie wahrt man die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz und die persönliche und sachliche Unabhängigkeit jedes einzelnen Richters? Und wie sichert man die Funktionsbedingungen für eine niveauvolle Rechtsprechung? Betrachten wir vor diesem Hintergrund einzelne Problemfelder der Pandemiebekämpfung im Bereich der Justiz. Vier solche Problemfelder möchte ich zur Sprache bringen:

1. Der Sitzungsbetrieb

Beginnen wir im Kleinen: mit vordergründig rein organisatorischen Fragen rund um die öffentlichen Sitzungen des Gerichts.

Das hauptsächliche Problem beim Sitzungsbetrieb ist die Wahrung des nötigen Abstands zwischen allen Anwesenden: den Richtern, dem Protokollführer, den Prozessparteien und ihren Anwälten, den Zeugen und Sachverständigen, den Vertretern der Presse und den sonstigen Zuhörern. Den Abstand auf der Richterbank können wir - selbst zu fünft - durch eine entsprechend entzerrte Sitzordnung wahren;

alternativ gibt es Trennscheiben aus Plexiglas. Auch die Prozessparteien und ihre Anwälte können jeweils an Einzeltischen Platz nehmen; Verfahren mit nur zwei oder drei Beteiligten werfen kein Problem auf.

Häufig aber gibt es deutlich mehr Beteiligte. Vor allem gibt es nicht selten erhebliches Zuhörerinteresse. Die kleineren Sitzungssäle erlauben dann nicht, die Abstandsregeln einzuhalten. Deshalb nutzen wir im Bundesverwaltungsgericht nur noch die beiden größten Sitzungssäle. Außerdem gilt das Ein-Saal-Prinzip: An einem und demselben Tag darf grundsätzlich nur ein Senat eine Sitzung abhalten, so dass immer nur ein Saal belegt wird. Damit soll zugleich vermieden werden, dass Teilnehmer und Zuhörer mehrerer Sitzungen sich in den Fluren und in der großen Halle aufhalten. Allerdings mussten die Senate hierzu bereit sein, Sitzungen auch an Montagen und Freitagen abzuhalten und insgesamt sich einer zentral gesteuerten Saalvergabe zu unterwerfen. Das ist zum Glück gelungen. Andernfalls hätte sich die Frage gestellt, ob der Gerichtspräsident dies auch gegen den Willen des jeweiligen Spruchkörpers anordnen darf. Das wird von den Gerichtspräsidenten vermutlich zumeist bejaht und von den Richtern des betroffenen Spruchrichterkollegiums vermutlich zumeist bestritten. Kriterium zur Entscheidung der Frage ist, ob und inwiefern hierdurch die richterliche

Unabhängigkeit berührt ist, in die der
Gerichtspräsident auch durch organisatorische
Maßnahmen nicht eingreifen darf.

Wie auch immer: Die Gerichtsverwaltung ist
verpflichtet, den Kammern und Senaten die für ihre
Rechtsprechungstätigkeit erforderlichen Räume zur
Verfügung zu stellen. Dies natürlich nur im Rahmen
des Möglichen; der Rahmen des Möglichen muss
aber gelegentlich etwas strapaziert werden. Im
September hat der 9. Senat des
Bundesverwaltungsgerichts drei Wochen lang über
die Klagen gegen den geplanten Fehmarnbelt-Tunnel
verhandelt, der unter der Ostsee verlaufen und die
deutsche Ostseeinsel Fehmarn mit der dänischen
Insel Lolland verbinden soll. Es handelte sich um
einen Mammutprozess mit fast 180 Beteiligten, von
Anwälten über Behördenvertreter bis zu
Sachverständigen. Dafür war selbst unser größter
Sitzungssaal zu klein, weshalb das Gericht die
Kongresshalle der Stadt Leipzig angemietet hat,
einschließlich mehrerer Nebenräume für Anwälte,
für Pressevertreter, für Garderobe und Catering. Der
Anmietung musste eine Ausschreibung vorausgehen;
zudem mussten wir die erheblichen Kosten beim
Ministerium beantragen.

2. Teilnahme von Richtern

Die Corona-Krise hat die deutsche Justiz vor ein spezifisches Problem gestellt, das andere Länder nicht oder jedenfalls nicht in dieser Zuspitzung kennen. Es betrifft unseren Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters. Das Grundgesetz gebietet, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Hintergrund dieses Gebots sind die verheerenden Erfahrungen, die wir während der Willkürherrschaft der Nationalsozialisten machen mussten: Damals wurden Richter einem bestimmten Prozess oft gezielt zugeteilt oder umgekehrt gezielt entzogen, um ein erwünschtes Urteil zu erreichen oder ein unerwünschtes zu verhindern. Auch in der DDR hat mancher ähnliche leidvollen Erfahrungen machen müssen. Mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters ist deshalb gemeint, dass für jeden Prozess der zuständige Richter im Vorhinein abstrakt - eben gesetzlich - festgelegt sein muss. Ist ein Richterkollegium aus mehreren Richtern zuständig, so gilt dieser Grundsatz für jeden einzelnen von ihnen. Deshalb legt das Präsidium eines jeden Gerichts vor Beginn eines neuen Geschäftsjahres, also meistens im November oder Dezember, für das kommende Geschäftsjahr fest, welche Kammer oder welcher Senat für bestimmte Sachen zuständig ist und welche Richter diesem Spruchkörper angehören. Den Spruchkörpern obliegt es dann, ebenso abstrakt und im Voraus zu bestimmen, welche drei oder fünf der ihnen jeweils angehörenden Richter in welchen

Sachen zur Mitwirkung berufen sind; und sie regeln auch die Vertretung für den Fall einer Verhinderung durch Urlaub oder Krankheit.

Nun hat die Corona-Krise die Frage aufgeworfen, ob es einen Fall der Verhinderung darstellt, wenn ein Richter aus Corona-Gründen nicht ins Gericht kommen kann, ohne jedoch krank oder im Urlaub zu sein, etwa weil ihm die Anreise wegen Reisebeschränkungen unmöglich ist oder weil er Angehöriger einer sogenannten Risikogruppe ist und deshalb zu Hause bleiben soll oder weil er sich wegen eines ungeklärten privaten Kontakts vorsorglich selbst in häusliche Quarantäne begibt.

Man könnte auf die Idee kommen, diesem Richter eine virtuelle Teilnahme zu gestatten (und technisch zu ermöglichen). Das ist in Deutschland aber bislang nicht zulässig. Zu mündlichen Verhandlungen des Gerichts, also zu Senatssitzungen dürfen nach geltendem Prozessrecht zwar einzelne Prozessparteien oder Zeugen und Sachverständige zugeschaltet werden, wenn der Vorsitzende dies gestattet. Das gilt aber nicht für die Richter - und zwar auch nicht für ehrenamtliche Richter, die in zahlreichen Gerichten, auch in etlichen Verwaltungsgerichten mitwirken. Die streitentscheidenden Richter müssen in der Sitzung anwesend sein. Nichts Anderes gilt im Übrigen für

die Beratungen des Spruchkörpers außerhalb der Sitzung - und damit auch für solche Entscheidungen, die ohne mündliche Verhandlung im Beschlusswege getroffen werden. Nur die Urteilsverkündung erfordert nicht die Anwesenheit des gesamten Spruchkörpers; hier genügt die Anwesenheit des Vorsitzenden oder eines anderen Mitglieds des Senats oder der Kammer.

Es gab Forderungen, diese Präsenzpflicht für Richter zu lockern, wenigstens für die ehrenamtlichen Richter, die ja einem anderen Beruf nachgehen und ihr Richteramt nur ad hoc und in Einzelfällen ausüben, und auch nur für die besondere Ausnahmelage der Corona-Zeit. Das hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen, und wie ich meine mit Recht. Die Beratung und die Sitzung unter Anwesenden lässt sich durch eine Videozuschaltung nicht vollgültig ersetzen. Auch sollte davor gewarnt werden, die ehrenamtlichen Richter durch eine nur für sie geltende Ausnahmeregelung als weniger bedeutsam abzustempeln. Natürlich gibt es Prozesse, die eine intensive Diskussion im Spruchkörper nicht erfordern. Es ist aber unklug, die allgemeinen Regeln an solchen einfach gelagerten Sachen auszurichten; damit werden die Anforderungen der schwierigeren Sachen verfehlt.

3. Teilnahme von Prozessbeteiligten, Zeugen und Sachverständigen

Auch für die Prozessbeteiligten kann die Pflicht, sich zum Ort des Gerichts zu begeben, in Corona-Zeiten erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen. Das gilt umso mehr, je größer der räumliche Einzugsbereich eines Gerichts ist, am meisten also bei den obersten Bundesgerichten, die für das gesamte Bundesgebiet zuständig sind und deren „Kunden“ deshalb aus ganz Deutschland kommen. Zwar wird die Anreise zu einem Gerichtstermin keine verzichtbare Reise sein, die man auch unterlassen könnte und sollte. Sie stößt aber auf praktische Hindernisse, wenn die Teilnahme an einem Gerichtstermin eine Übernachtung am Gerichtsort erfordert, den Hotels aber untersagt ist, Reisende zu beherbergen.

Natürlich könnten die Parteien auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten oder der Verhandlung doch jedenfalls selbst fernbleiben. Aber das kann gegen ihren Willen nicht verlangt werden. Jeder hat das im deutschen Grundgesetz ebenso wie in der Europäischen Menschenrechtskonvention verbrieft Recht auf rechtliches Gehör. Das schließt zwar nicht in allen Fällen das Recht auf eine mündliche Verhandlung ein, wohl aber das Recht auf Teilnahme, wenn denn eine solche stattfindet. Im Übrigen widerspricht ein Fehlen von

Prozessbeteiligten unserem Verständnis von einem diskursiven Prozess, in dem die Argumente gerade mit den Streitparteien auch mündlich ausgetauscht werden sollten.

Anders als Richter können Prozessbeteiligte sowie Zeugen und Sachverständige an einer Gerichtsverhandlung aber auch per Video teilnehmen. Diese Möglichkeit sehen die Prozessgesetze schon seit 2013 vor. Die Prozessparteien, ihre Bevollmächtigten sowie geladene Zeugen und Sachverständige können das jeweils für sich beantragen. Ob das Gericht dem Antrag entspricht, liegt in seinem Ermessen, wobei es allerdings seine allgemeine Pflicht zur Verfahrensförderung bedenken muss, so dass es solchen Anträgen wohl regelmäßig entsprechen wird. Das Gericht kann die Zuschaltung von Parteien und Anwälten auch von Amts wegen gestatten. Damit wird diesen Beteiligten nicht verboten, gleichwohl anzureisen, es wird ihnen aber freigestellt.

4. Virtuelle Sitzungen?

Damit drängt sich natürlich die Frage auf, weshalb den Richtern nicht gestattet werden kann, was für die anderen Prozessbeteiligten möglich wäre. Werden nur einzelne Parteien, Zeugen oder Sachverständige per Video zugeschaltet, so findet

gleichwohl eine Gerichtsverhandlung im Gerichtssaal statt, grundsätzlich also eine Präsenzveranstaltung. Dürften auch die Richter fernbleiben, so müsste niemand mehr persönlich anwesend sein; die Gerichtsverhandlung wäre keine Präsenzveranstaltung mehr, sondern fände rein virtuell statt, als Videokonferenz. Auch reine Beratungen des Spruchrichterkollegiums könnte man als Videokonferenz organisieren. Das Gesetz lässt das nicht zu, und gelegentliche Umgehungsversuche werden zumeist kritisch gesehen. Warum? Was stünde entgegen? Dreierlei gälte es zu bedenken:

Für Gerichtsverhandlungen gilt - zum ersten - der Grundsatz der Öffentlichkeit. Jedermann muss die prinzipielle Möglichkeit haben, an jeder Gerichtsverhandlung als Zuschauer und Zuhörer teilzunehmen. Das wäre bei einer rein virtuellen Gerichtsverhandlung aber ausgeschlossen. Zwar gibt es Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit, aber nur wegen der Besonderheit der jeweils verhandelten Sache, etwa in Scheidungs- oder Sorgerechtsstreitigkeiten vor den Familiengerichten oder in Disziplinarsachen vor den Verwaltungsgerichten, oder zum Schutz besonders schutzbedürftiger Personen, etwa von Minderjährigen oder von Vergewaltigungsopfern im Strafprozess. Allein das Anliegen der Richter, nicht ins Gerichtsgebäude kommen zu müssen, rechtfertigt

eine solche Ausnahme nicht, zumal da ihr Dienstsitz ohnehin bei diesem Gericht ist. Auch Corona sollte an diesem Grundsatz nicht rütteln lassen.

Praktische Erwägungen kommen hinzu, nunmehr weniger für öffentliche Verhandlungen, wohl aber für die Beratungen des Richterkollegiums. Diese Beratungen sind geheim; sie unterliegen einer gesteigerten Pflicht zur Verschwiegenheit. Das steht der Nutzung der gängigen Software-Systeme entgegen, die für Videokonferenzen auf dem Markt sind, sei es „Teams“ oder „Web-ex“ oder „Skype“ oder wie sie heißen; alle diese Systeme entsprechen nicht den hier geltenden Sicherheitsanforderungen. Die obersten Bundesgerichte verfügen zwar über eigene interne Systeme, welche die nötige Sicherheit bieten; doch hinken andere Gerichte hier hinterher.

Schließlich ist zu bedenken, dass bei einer Videokonferenz andere Kommunikationsbedingungen herrschen als in der persönlichen Begegnung. Gestik und Mimik fallen praktisch fort; das direkte Streitgespräch ist erschwert, wenn nicht unmöglich; zudem bleiben externe Einflüsse, Hintergrundgespräche und partielle Abwesenheiten unkontrollierbar. Alles das verändert den Charakter einer Sitzung oder Beratung, und zwar zum Negativen. Rechtsprechung in Deutschland lebt vom

Diskurs, vom streitigen Austausch von Argumenten; dem kann eine Videokonferenz nicht gerecht werden.

III. Inhaltliche Herausforderungen

Wenden wir uns nun den inhaltlichen Herausforderungen zu, vor welche die Corona-Krise insbesondere die Verwaltungsgerichte, aber auch das Bundesverfassungsgericht stellt. Zahlreiche Bürger sind nämlich nicht bereit, die mit den Maßnahmen, welche zum Zwecke des Infektionsschutzes verhängt werden, verbundenen Einschränkungen ihrer persönlichen Freiheit klaglos hinzunehmen. Sie wollen ihr Geschäft nicht schließen; sie wollen dort oder in Schulen oder anderen öffentlichen Einrichtungen keine Maske tragen; sie wollen Gottesdienste unter Anwesenden feiern und dort auch frei singen dürfen; sie wollen dichtgedrängt demonstrieren; und vieles andere mehr. Die Palette der denkbaren Streitigkeiten kann hier naturgemäß ebensowenig entfaltet werden wie die ganze Bandbreite der rechtlichen Probleme oder gar deren richtige oder doch vertretbare Lösung. In alledem zeichnen sich aber Strukturen ab, Grundmuster, welche häufig wiederkehren, und auf diese will ich aufmerksam machen.

Dabei muss stets bedacht werden, dass praktisch alle bisherigen Gerichtsentscheidungen in Verfahren des

einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind; Urteile in Hauptsacheverfahren sind jedenfalls mir bislang nicht bekannt. Das hat zwei Konsequenzen. Zum einen fällt das Bundesverwaltungsgericht bislang völlig aus: Der gerichtliche Rechtszug im Eilverfahren besteht nur aus zwei Instanzen; die Anrufung der dritten Instanz - und damit des obersten Verwaltungsgerichts in Deutschland - ist nur in Hauptsacheverfahren möglich. Zwar bietet das Bundesverfassungsgericht einen gewissen Ersatz, doch ist seine Prüfung auf spezifisches Verfassungsrecht beschränkt. Zum anderen ergehen gerichtliche Eilentscheidungen regelmäßig nur aufgrund einer summarischen Prüfung und sind insofern noch nicht abschließend, sondern vorläufig. Das hat auch Vorteile: Es erlaubt den Gerichten, bestimmte Rechtsfragen noch offen zu lassen. Das entspricht dem dynamischen und entwicklungs-offenen Verlauf der Pandemie und verschiebt die Klärung heikler Rechtsfragen auf spätere Zeiten, womöglich auf Zeiten, in denen Corona der Vergangenheit angehört. Man klärt dann erledigte Fragen für künftige andere Pandemien, gewissermaßen als Speicher auf Vorrat.

Zwei Fragenkreise möchte ich ansprechen:

1. Formelle Fragen

Der Rechtsstaat vollzieht sich in geordneten Formen und Verfahren. Jede behördliche Verordnung oder Einzelmaßnahme, die vor einem Verwaltungsgericht angefochten wird, muss sich deshalb darauf prüfen lassen, ob sie von der zuständigen Stelle erlassen wurde, und zwar in einem fehlerfreien Verfahren und in der richtigen Form. Nun habe ich bereits darauf hingewiesen, dass die meisten Maßnahmen von den Landesregierungen in der Form einer Rechtsverordnung oder von einer Kommunalverwaltungsbehörde in der Form einer Allgemeinverfügung erlassen wurden. Diese Verordnungen und Allgemeinverfügungen wurden in aller Regel in großer Eile entworfen; zudem gab es naturgemäß keine Vorbilder, auf die man hätte zurückgreifen können. Es handelt sich deshalb häufig - vorsichtig ausgedrückt - nicht um Spitzenprodukte moderner Gesetzgebungskunst. Nur beispielhaft seien die hauptsächlichen Kritikpunkte kurz aufgelistet:

- Die Verordnungen und Allgemeinverfügungen sind in sich oft unklar und unbestimmt, widersprüchlich und lückenhaft. Einige Mängel kann die Rechtsprechung im Wege der Auslegung glätten, andere zu beheben übersteigt aber ihre Kompetenz.

- Für diese Rechtsakte fehlt nicht selten jede Begründung, oder die gegebene Begründung ist kursorisch und eigentlich nichtssagend. Nun mag man streiten, ob für Rechtsverordnungen überhaupt eine Begründung gegeben werden muss; für Allgemeinverfügungen ist sie aber unerlässlich.
- Schließlich wird bezweifelt, ob diese Verwaltungsmaßnahmen eine hinlängliche gesetzliche Grundlage besitzen. Zwar beruhen sie auf einer Ermächtigung im Infektionsschutzgesetz, einem Parlamentsgesetz des Bundes. Die Ermächtigung müsste aber nach Inhalt, Zweck und Ausmaß ihrerseits hinlänglich bestimmt sein, und es fragt sich, ob das der Fall ist. Der Deutsche Bundestag hat deswegen Ende November die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen deutlich präzisiert.

Ob diese und andere formelle Mängel in dem einen oder anderen Fall tatsächlich vorliegen, sei einmal dahingestellt. Interessanter ist die Frage, wie die Verwaltungsgerichte dann damit umgehen. Hier kommt ihnen die bereits erwähnte Flexibilität des gerichtlichen Eilverfahrens zugute, die erlaubt, eine bestimmte Rechtsfrage vorerst offen zu lassen und in ein anschließendes Hauptsacheverfahren zu verschieben. Wenn nicht alles täuscht, so hat sich insofern eine Art je-desto-Maxime herausgebildet: Je

leichter sich ein formeller Fehler beheben ließe, desto eher wird eine Verwaltungsmaßnahme, die daran leidet, schon im Eilverfahren für rechtswidrig erklärt; je schwieriger, langwieriger oder auch ungewisser eine Fehlerkorrektur wäre, desto eher begnügt man sich damit, auf den kritischen Punkt hinzuweisen, verschiebt eine abschließende Stellungnahme aber auf ein künftiges Hauptsacheverfahren. So werden Begründungen für die Verwaltungsmaßnahme selbst oft sogleich eingefordert; Zweifel an einer zulänglichen gesetzlichen Grundlage werden hingegen zurückgestellt. Dahinter steht die Einsicht in die Zwangslage, in der sich die Landesregierungen und Verwaltungsbehörden befinden, die in der akuten Pandemie gar nicht die Zeit haben, eine aufwendige Fehlerkorrektur zu betreiben.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

In materiellrechtlicher Hinsicht stand und steht regelmäßig der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Das geschieht aus zwei unterschiedlichen, geradezu gegenläufigen Perspektiven.

Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbindet man in aller Regel die Perspektive der Eingriffsabwehr: Die verhängten Corona-Maßnahmen

gehen mit Freiheitsbeschränkungen einher, gegen die sich die Betroffenen vor Gericht mit dem Begehren zur Wehr setzen, das Gericht möge die Maßnahme aufheben, weil sie unverhältnismäßig sei. Nach deutschem Verfassungsrecht ist eine Freiheitsbeschränkung nur rechtmäßig, wenn sie einem legitimen Zweck des gemeinen Wohls dient und hierzu geeignet und erforderlich ist und den Betroffenen auch nicht übermäßig belastet.

Wiederum kann und will ich hier nicht die ganze Palette denkbarer Grundrechtskonstellationen durchkonjugieren, sondern nur auf zwei strukturelle Besonderheiten hinweisen, deren eine sich am Merkmal der Erforderlichkeit festmacht, während die andere das Übermaßverbot in den Blick nimmt.

Vor Gericht geht es zumeist um die Frage, inwiefern die getroffenen Maßnahmen erforderlich sind, um ihr Ziel zu erreichen, nämlich das Infektionsrisiko zu vermindern oder das Infektionsgeschehen einzudämmen. Das hängt natürlich vom Verlauf und vom Ausmaß der Pandemie ab. Hier gibt es zum Teil erhebliche Unterschiede in Raum und Zeit: In räumlicher Hinsicht gibt es eine variantenreiche Skala zwischen ausgesprochenen Hot Spots und weitgehend unberührten Gegenden, und in zeitlicher Hinsicht folgte dem ruhigen Sommer ein unruhiger Herbst, vom anstehenden Winter zu schweigen. Nun gibt es in Deutschland institutionelle Vorkehrungen,

die erlauben, diese Unterschiede in Rechnung zu stellen: Die föderale Gliederung der Bundesrepublik in 16 Länder und deren weitere Untergliederung in Kommunalkörperschaften erlaubt, regionale Besonderheiten zu berücksichtigen; und in zeitlicher Hinsicht hat sich eingebürgert, die Corona-Verordnungen spätestens im Monatstakt zu überprüfen und gegebenenfalls nachzusteuern. Damit ist das Problem, welches der Grundsatz der Erforderlichkeit stellt, erheblich entschärft, aber noch nicht gegenstandslos. Auch diese Regionalisierung und Periodisierung ist manchen nämlich noch zu grob, und sie fragen sich und andere, ob nicht noch stärker und treffgenauer differenziert werden muss. So hat ein Verwaltungsgericht eine Allgemeinverfügung einer Kommune aufgehoben, weil diese für öffentliche Versammlungen die Teilnehmerzahl unterschiedslos für das ganze Stadtgebiet beschränkt hatte; man hätte, so das Gericht, zwischen der Innenstadt und Randgebieten unterscheiden müssen. Eine gewisse Pauschalierung liegt im Wesen einer allgemeinen Regelung und fördert, nebenbei bemerkt, auch deren Akzeptanz und Befolgung; offen ist aber, wie weit das geht. Vergleichbare Fragen knüpfen sich an tätigkeits- oder berufsorientierte Differenzierungen, wenn etwa Gaststättenbetreiber und Hoteliers oder Unternehmer der Unterhaltungs- und Veranstaltungsbranchen sich beschweren, dass ihre

Betriebe beim Lockdown geschlossen werden, obwohl sie mit anspruchsvollen Hygienekonzepten doch bislang gut gefahren seien. Anderes ließe sich ergänzen.

Erweist sich eine Freiheitsbeschränkung als erforderlich, so bleibt die Frage, ob sie nicht gleichwohl das Übermaßverbot verletzt, den Betroffenen also unzumutbar beschwert. Hierzu müssen Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen, die mit der Maßnahme verfolgten Gemeinwohlzwecke also zu der mit ihr einhergehenden Freiheitsbeschränkung ins Verhältnis gesetzt werden. Dabei stellt sich regelmäßig das Problem einer gewissen Asymmetrie, weil nämlich die Seite der Gemeinwohlzwecke abstrakt, die andere Seite der Freiheitsbeschränkung aber oft sehr konkret ist. Die Coronaschutzmaßnahmen dienen einer vergleichsweise weit vorverlagerten Gefahrenabwehr: Sie sollen Dritte vor Gesundheitsgefahren bewahren und obendrein das öffentliche Gesundheitssystem vor Überlastung schützen. Wie groß die Gesundheitsgefahren sind, die mit einer Corona-Infektion einhergehen, wird zwar zunehmend erforscht, ist aber noch nicht vollständig geklärt. Und dass das öffentliche Gesundheitswesen an seine Belastungsgrenzen und darüber hinaus geraten könnte und vielleicht gar

Triage-Entscheidungen nötig würden, betraf für viele eine ferne und ungewisse, aber keine nahe, unmittelbar drohende Zukunft. Für die Verwaltungsgerichte ist klar, dass auch abstrakte Gefahren ernst zu nehmen sind; es gilt der polizeirechtliche Grundsatz, dass Vorsicht besser ist als Nachsicht. Dies gilt erst recht, wenn mit Leben und Gesundheit der Menschen besonders gewichtige Rechtsgüter mit in die Waagschale zu legen sind. In der öffentlichen Diskussion aber beflügelt die erwähnte Ungewissheit die öffentliche Kritik an den freiheitsbeschränkenden Maßnahmen.

Die drohende Gesundheitsgefahr kann aber auch sehr konkret werden. So gelten ältere Menschen oder solche mit Vorerkrankungen als besonders gefährdet und besonders schutzbedürftig. Sie sind vielleicht nicht an einem Weniger an Schutzmaßnahmen interessiert, sondern umgekehrt an einem Mehr. Nun haben sich die Älteren bislang nicht nachhaltig beklagt. Das Problem taucht aktuell aber in anderem Zusammenhang auf: Die deutsche Infektionsschutzpolitik hält seit Anfang November - ähnlich wie im März/April - einen weitgehenden Lockdown für erforderlich, um die derzeit exponentielle Steigerungsrate des Infektionsgeschehens zu unterbrechen. Hiervon werden aber Kindergärten und Schulen generell ausgenommen. Dem liegt eine bewusste politische

Entscheidung zugrunde, und es fragt sich, ob diese politische Entscheidung von der Rechtsordnung hinzunehmen ist oder nicht. Gestellt wird die Frage vor allem von Seiten zahlreicher Lehrer, die sich selbst einem stärkeren Infektionsrisiko ausgesetzt, also weniger geschützt sehen als andere Berufsgruppen. Auch sie könnten die Verwaltungsgerichte anrufen, nunmehr aber mit dem Ziel, die Verwaltung zum Erlass von Schutzmaßnahmen zu verpflichten. Aus dem Grundrecht auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit folgt ein grundsätzlicher Schutzanspruch, und es fragt sich, ob der Staat insofern ein genügendes Schutzsystem errichtet hat. Auch hier gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, jetzt aber nicht als Übermaßverbot, sondern als Untermaßverbot: Der Staat darf auch nicht zu wenig an Schutz bieten; das Risiko, dem Lehrer und Schüler ausgesetzt bleiben, darf nicht unzumutbar sein.

Man sieht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet einerseits ein Zuviel, andererseits aber auch ein Zuwenig an Schutz. Das liegt schlicht daran, dass hier verschiedene Grundrechte miteinander in Konflikt geraten. Auf der einen Seite der Schutz von Leben und Gesundheit, auf der anderen Seite die wirtschaftliche und politische Freiheit. Der dadurch nach oben wie nach unten

gezogene Rahmen für die staatliche Infektionsschutzpolitik ist weit gespannt; aber er besteht, und Verletzungen können von den Gerichten sanktioniert werden.

Diese Überlegungen führen zu einer abschließenden Erkenntnis: Infektionsschutz ist ein Geben und Nehmen, ein Ausbalancieren widerstreitender Interessen und Belange; was dem einen gegeben wird, wird oft einem anderen genommen. Wird eine Schutzmaßnahme vom Gericht aufgehoben, weil sie den jeweiligen Kläger zu stark belastet, dann hat darunter im Gegenzuge ein Dritter zu leiden - oder zahlreiche Dritte, weil die Maßnahme ja nicht nur dem Schutz Einzelner, sondern ganzer Bevölkerungsgruppen dienen soll. Dies in einer vernünftigen Waage zu halten, stellt die eigentliche und schwerste Aufgabe dar, vor welche die Corona-Pandemie die Gerichte in Deutschland stellt.

IV. Schluss

Ich habe versucht, in einer Art tour d'horizon einen Überblick über die Fragen zu geben, vor welche die Corona-Pandemie die Gerichte und namentlich die Verwaltungsgerichte in Deutschland stellt. Obwohl mein Vortrag geraume Zeit in Anspruch genommen hat, musste der Überblick doch recht kursorisch

bleiben. Ich danke Ihnen sehr für die
Aufmerksamkeit und freue mich auf die Diskussion.