

Entsprechend fällt das Berliner Gesetz nicht in die konkurrierende Materie des bürgerlichen Rechts, sondern ist der Materie des Wohnungswesens zuzuordnen. Hierfür besteht eine ausschließliche Länderkompetenz. Diese Kompetenz hat das Land Berlin jedenfalls formell verfassungsgemäß ausgeübt.

Abschließend sei noch eine Besorgnis ausgeräumt, die bei rechtlichen Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit des Berliner Gesetzes im Hintergrund stehen mag: Es würde womöglich die Tür geöffnet für beliebige Usurpationen des bürgerlichen Rechts durch die Landesgesetzgeber. Es würde etwa möglich, durch Landesgesetz eine Untergrenze für Arbeitslöhne oder eine Obergrenze für Grundschuldzinsen zu erlassen.

Diese Besorgnis ist unbegründet. Es müsste sich stets positiv eine Materie ausschließlicher Landeskompetenz gem. Art. 70

Abs. 1 GG angeben lassen. Dies wäre im Fall von Lohnuntergrenze und Grundschuldzinsobergrenze nicht möglich. Die Länder könnten die Materien auch nicht kreativ unter angeblich neue Kompetenzbereiche fassen, die dann mangels Aufzählung in Art. 74 GG in ihre ausschließliche Kompetenz fallen müssten. Denn ein neuer Bereich ausschließlicher Landeskompetenz kann grundsätzlich nicht einfach neu konzipiert werden. Er entsteht allenfalls in Spiegelung einer realen neuen Entwicklung, die sich zudem nicht unter eine Materie konkurrierender Gesetzgebung bringen lässt.⁶³

63 Maunz/Dürig/Uhle, 90. Erg.Lfg. Februar 2020, Art. 70 Rdnr. 141.

Forum »Pandemie und Recht«

Deutscher Juristentag im Zeichen der Corona-Pandemie als Webinar am 18.09.2020 in Hamburg

von Rechtsanwalt FAVerwR Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück*

Deutsche Juristentage (DJT) haben Tradition. Seit Gründung der inzwischen größten Vereinigung der Juristen auf dem europäischen Kontinent im Jahre 1860 in Berlin treffen sich die Juristen, um aktuelle rechtspolitische Themen zu besprechen und Politik, Gesetzgebung, Rechtsprechung, Wissenschaft und Verwaltung vielfach in die Form von Empfehlungen gekleidete Ratschläge für die jeweilige Tagesarbeit zu übermitteln. Das internationale Juristentreffen versteht sich als unabhängiges Sprachrohr des ganzen Juristenstandes.

1. Folgen der Corona-Pandemie

Die Juristentage sind seit ihrer Gründung alle zwei Jahre regelmäßig zusammengetreten. Nur außergewöhnliche Umstände haben dies in der Vergangenheit verhindert – allein während des Ersten Weltkriegs und der nationalsozialistischen Herrschaft war diese Tradition bisher unterbrochen. Angesichts der Covid-19-Pandemie musste die Präsenzveranstaltung in den Hamburger Messehallen wegen einer zu großen Infektionsgefahr abgesagt und der 73. DJT in das Jahr 2022 verschoben werden.

Auf dem ursprünglich geplanten Kongress standen überaus spannende Themen zur Debatte – Themen, die für unsere Gesellschaft und unseren Rechtsstaat aktuell und auch wesentlich sind. Ganz auf der Höhe der Zeit und zukunftsorientiert sind die Verhandlungsthemen zur Digitalisierung: Dies gilt für die Frage nach der Verantwortung und Haftung bei den

Entscheidungen digitaler autonomer Systeme genauso wie für das Thema einer stärkeren Regulierung der Online-Plattformen und Digitalunternehmen. Im Arbeits- und Sozialrecht standen die Herausforderungen und der Regelungsbedarf bei Altersvorsorge und Demographie auf dem Programm. Einen besonderen Stellenwert hat auch in der Pandemiesituation das Thema, wieviel Unmittelbarkeit unser Strafverfahren braucht. Und im öffentlichen Recht sollte es um die Stadt der Zukunft und die Erfordernisse von Neuregelungen für Verkehr, Umweltschutz und Wohnen gehen.

2. Grußworte des Bundespräsidenten

Frank-Walter Steinmeier, der an diesen breitgefächerten Themenkatalog erinnerte, spannte am 18.09.2020 in seiner Video-Botschaft zum Forum »Pandemie und Recht« (F20HH) vor etwa 100 Teilnehmern und einer Handvoll interessierter

* Zu den Deutschen Juristentagen der Vorjahre Stüer, DVBl 1986, 1140 (56. DJT Berlin); DVBl 1990, 1333 (58. DJT München); DVBl 1992, 1415 (59. DJT Hannover); DVBl 1994, 1283 (60. DJT Münster); DVBl 1996, 1243 (61. DJT Karlsruhe); DVBl 1998, 1211 (62. DJT Bremen); DVBl 2000, 1672 (63. DJT Leipzig); DVBl 2002, 1598 (64. DJT Berlin); DVBl 2005, 90 (65. DJT Bonn); DVBl 2014, 1433 (70. DJT Hannover); DVBl 2016, 1511 (71. DJT Essen); DVBl 2018, 1473 (72. DJT Leipzig), vgl. auch <http://www.djt.de>. Juristentage fanden außerhalb der heutigen Grenzen Deutschlands auch in Danzig (1910), Innsbruck (1904), Posen (1898), Salzburg (1876, 1928), Stettin (1888), Straßburg (1889) und Wien (1862, 1912) statt.

Medienvertreter in einem virtuellen Webinar (neudeutsch aus Web & Seminar) einen weiten Bogen zur aktuellen Corona-Pandemie: »Wir leben nicht in einem rechtsfreien und auch nicht in einem grundrechtsfreien Raum«, kommentierte der Bundespräsident aus dem Berliner Bellevue mit Einblendungen auch von Luftaufnahmen seines Amtssitzes die aktuelle Lage. Die Grundrechte der Meinungsfreiheit und der Demonstrationsfreiheit müssten auch in einer Pandemie gelten, könnten allerdings aus überwiegenden Gründen nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt und der gesundheitlichen Lage angepasst werden.

Zugleich forderte er die Demonstrierenden auf, sich nicht von den Feinden der Demokratie vereinnahmen zu lassen. »Wenn Menschen meinen, die Seuchenbekämpfung ginge zu weit, sie sei übertrieben, oder manche Menschen gar Verschwörungsmethoden anhängen und glauben, das Virus gäbe es eigentlich gar nicht oder sei von dunklen Mächten in die Welt gesetzt, so können sie sich auf die Meinungsfreiheit berufen. Denn sie schützt auch die Äußerung von Falschem und von Unsinn. Und selbstverständlich können sie auch demonstrieren.« Es müssten allerdings die allgemein geltenden Regeln eingehalten werden. Zugleich forderte *Steinmeier* die Demonstrierenden auf, sich klar von den Neonazis, Antisemiten und Fremdenfeinden abzusetzen und fügte hinzu: »Ich habe kein Verständnis dafür, wenn sich Demonstrierende von Demokratiefeinden und politischen Hetzern instrumentalisieren lassen. Wer die Versammlungs- und Meinungsfreiheit in Anspruch nimmt, sollte sich nicht mit Verfassungsfeinden gemein machen, die diese Grundrechte abschaffen wollen. Unser Rechtsstaat funktioniert. Die behördlich verhängten Beschränkungen konnten von Anfang an unabhängig gerichtlich und verfassungsgerichtlich kontrolliert werden – am Maßstab unseres GG und rechtsstaatlicher Prinzipien.«

Die Veranstaltung konnte im Internet Livestream (www.djt.de) von Interessierten miterlebt werden und steht dort auch noch einige Zeit danach zur Verfügung. Die Teilnehmer waren übrigens durch die Bank mit einem das Gesicht verhüllenden »Schnutenpulli« angetreten – in Anlehnung an das besonders bei Ehescheidungen und Kranzgeldklagen aus § 1300 BGB des vorigen Jahrhunderts von den verschmähten ehemaligen Angebeteten verwendete westfälisch-plattdeutsche »du bis 'n ollen Schnutebell« (Rotznase). Das Ganze war allerdings wohl nicht wirklich korrekt mit »Schnattre Bulle« übersetzt, wie es der die Sitzung leitende Landgerichtsdirektor, ein eingefleischter Jungeselle aus Münster, einst in den 30-Jahren der Protokollführerin in den Stenoblock diktieren hatte.

3. Eröffnung durch den DJT-Präsidenten – Grußworte

Der Vorsitzende der Ständigen Deputation des DJT *Prof. Dr. Mathias Habersack* eröffnete die Beratungen mit durchaus kritischen Worten. »Die Marktmacht von Amazon, Facebook, Google und Apple ist eine Bedrohung der Freiheit. Die Pandemie und ihre Folgen haben uns nun überdeutlich vor Augen geführt, dass auch die vermeintliche Gewissheit wirtschaftlicher Stabilität überaus fragil ist. Dass wirtschaftliche Ängste und Sorgen besondere Gefahren für den Rechtsstaat bergen, lässt sich historisch belegen.«

»Vor diesem Hintergrund erweist sich die Pandemie bei Licht betrachtet auch als Bewährungsprobe für den Rechtsstaat«, erläuterte der Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München. »Der Rechtsstaat muss jeden erreichen, er muss aber gerade in Zeiten der Pandemie auch für jeden erreichbar sein. Die großen Internetkonzerne sind durch die Pandemie nicht geschwächt, überwiegend sogar deutlich gestärkt worden. Ihre Marktmacht erweist sich in verschiedener Hinsicht als Bedrohung des Wettbewerbs und auch der Freiheit. Die Pandemie hat eine entsprechende Regulierungsnotwendigkeit noch einmal dringlicher werden lassen. Zugleich hat die Pandemie den Strukturwandel von Wirtschaft und Gesellschaft noch einmal beschleunigt. Es dürfte nun zuvörderst darum gehen, diesen Wandel durch strukturelle Reformen durchaus sozialverträglich zu begleiten. Nicht zuletzt das Zivil- und Wirtschaftsrecht steht vor der Herausforderung, verlorenes Vertrauen zurückzugewinnen und damit zugleich einer Destabilisierung unseres gesellschaftlichen Modells entgegenzusteuern.«

Zu den besonderen Herausforderungen der Justiz im Umgang mit der Pandemie fügte der DJT-Präsident hinzu: »Klar scheint mir jedenfalls, dass Freiheitsrechte nicht schrankenlos gewährt werden können. Das GG ist – gleichsam als der letzte gemeinsame Nenner – vielmehr auf den Ausgleich widerstreitender Interessen und Belange angelegt. Umso wichtiger ist es, den Betroffenen zu zeigen, dass ihre Rechte und Interessen gesehen werden und in die Abwägung einfließen. Aufgabe der Justiz ist es, den Betroffenen Gehör zu verschaffen, nicht dagegen, ihnen immer Recht zu geben. Denn nur wer sich gehört fühlt, erkennt, dass er respektiert wird – in Zeiten der Pandemie ist dies wichtiger denn je.«

Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* hob in ihrem Grußwort hervor, dass die Verhinderung der Spaltung der Gesellschaft zu den größten Aufgaben der Pandemiebekämpfung gehört: »Ob unser Gemeinwesen die Herausforderung der Corona-Pandemie besteht, das wird auch davon abhängen, dass es am Ende nicht die schwachen Schultern sind, welche die größten Lasten tragen. Die Kontroversen um die Corona-Maßnahmen sind kein Krisensymptom. Sie sind Ausweis der Stärke unserer Demokratie und unseres Rechtsstaats. Demokratie und Rechtsstaat fußen auf dem offenen Meinungsaustausch, dem kritischen Diskurs.«

Anna Gallina betonte die Chancen der Digitalisierung und forderte einen offenen Umgang mit Fehlern: »Der Rechtsstaat hat der Pandemie standgehalten. Wir müssen nun die Chancen der Digitalisierung nutzen. Die Pandemie ist ein Brennglas für Ungerechtigkeiten. Ich wünsche mir einen selbstbewussten Umgang mit Fehlern.« Zugleich berichtete die Hamburger Justizsenatorin über die elektronische Akte und weitere Fortschritte sowie vielversprechende Experimente der Digitalisierung in der Hamburger Justiz. Begleitet wurde die Eröffnungsveranstaltung von einem mitreißenden hochprofessionellen musikalischen Rahmen der Bucerius Big Band.

Die anschließenden beiden Podiumsdiskussionen im Kongresszentrum in Hamburg zum Forum »Pandemie und Recht«, zu denen einzelne Diskussionsteilnehmer aus ganz Deutschland per Videokonferenz zugeschaltet wurden und

das Interessierte im Netz im Livestream mitverfolgen konnten (www.djt.de), rückten die Corona-Pandemie in den Mittelpunkt der Betrachtung. »Grundrechte im Zeichen der Pandemie« und »Verteilung der Lasten der Pandemie« standen dabei auf dem (halbvirtuellen, sozusagen hybriden) jeweils zweistündigen Diskussionsprogramm.

4. Grundrechte in Zeiten der Pandemie

Bereits die Ankündigung der Veranstaltung im Programmheft hatte die Schwerpunkte der Beratungen aufgezeigt: Der Staat muss Leben schützen – auch und gerade während einer Pandemie. Diese Pflicht hat massive Grundrechtsbeschränkungen notwendig gemacht. Versammlungsrecht, Religionsfreiheit, allgemeine Handlungsfreiheit, schulisches Erziehungsrecht, aber auch Berufs- und Eigentumsfreiheit sind eingeschränkt worden. Diese Eingriffe werden teils noch lange wirken, insbesondere die Eingriffe in die wirtschaftlichen Grundrechte, wenn Unternehmen insolvent werden, Selbständige ihre berufliche Existenz und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unverschuldet ihren Arbeitsplatz verlieren. Die Eingriffe müssen daher immer wieder auf ihre Rechtfertigung geprüft werden. Denn der Kampf gegen die Pandemie darf die Betroffenen nicht rechtlos zurücklassen. Der Rechtsstaat muss sich auch in Zeiten der Pandemie bewähren – wohl auch gerade in einer Zeit, in der sich die Pandemie zu einer Dauerwelle entwickeln könnte und ein verlässlicher Impfstoff vielleicht in Jahren noch nicht zur Verfügung steht, wie einige Virologen und Epidemiologen befürchten. Vielleicht kommt der eigentliche Marathon erst noch in den Wintermonaten, in denen die Infektionszahlen voraussichtlich in die Höhe gehen. Zugleich gilt es, den richtigen Ausgleich zu finden zwischen dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung und den Rechten der Betroffenen.

Macht es einen Unterschied, wenn mehr jüngere Menschen betroffen sind und daher die Viruslast und die schwereren Krankheitsverläufe über eine gewisse Zeit statistisch zurückgehen? Spalten die internetbasierten Plattformen mit ihren Ampeln die Gesellschaft? Was sagt das GG? Freiheitsrechte und Schutzpflichten sind im Widerstreit. Wer ist Gewinner und wer Verlierer der Pandemie? Nahe liegt vielleicht der Rückgriff auf die Abwägung von Rechtsgütern und die Herstellung praktischer Konkordanz. Dennoch bleibt Unbehagen, ob diese für Einzelfälle entwickelten Formen auch Entscheidungen begrenzen oder steuern können, die Risiken für die Gesamtbevölkerung bekämpfen. Welchen Beitrag leistet der Gleichheitssatz? Darf für die Freiheit der gering Gefährdeten, der Jugend und Gesunden die Freiheit der Vulnerablen, der Alten und Kranken strenger beschränkt werden?

Antworten musste der Staat in einer Situation tatsächlicher Ungewissheit über das Virus und seine Verbreitungswege geben – auch in Unkenntnis, wann ein Impfstoff oder ein wirksames Gegenmittel zur Verfügung steht. Welche Einschätzungsprärogativen haben die staatlichen Institutionen, wenn sie in einer solchen Situation handeln? Immer droht die Gefahr, dass Bürgerinnen und Bürgern Eingriffe zugemutet werden, die sich im Rückblick als nutzlos erweisen. Schließlich ist die Gewaltenteilung herausgefordert. Die Zuständigkeiten in der Pandemie sind zwischen Bund, Ländern und Kommunen verteilt. Politische Koordinierungen sind möglich und

gängige Praxis, aber rechtlich nicht bindend. Vielleicht muss nach dem Vorbild in Frankreich in der Nachbereitung der Pandemie auch in Deutschland etwas mehr Zentralisierung erwogen werden, wurde am Rande des Forums überlegt.

Für Prof. Dr. Christoph Külpmann (Leipzig/Bremen), der diesen Teil der Beratungen leitete und im weiteren Verlauf der Veranstaltung zugleich Fragen aus dem virtuellen Onlinechat aufgriff, war klar: Die Grundrechtsdogmatik muss weiterhin Geltung haben. Sie wird in dreifacher Weise herausgefordert. Ein Rekurs auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (Angemessenheit), wenn über das Virus nur wenig Informationen vorliegen, ist wie das Wandern auf dünnem Eis. Die grundrechtliche Abwägungsdogmatik ist für die Beeinträchtigung in spezifischen Rechtsschutzpositionen entwickelt worden. Wo beginnt aber die Meinungsfreiheit und wo der Schutz anderer. Kann auch auf massenhafte Phänomene mit der traditionellen Abwägungsdogmatik reagiert werden? Der Staat hat grundrechtliche Freiheitsrechte ganz erheblich eingeschränkt. Das kann angesichts der dem Staat obliegenden Schutzpflichten gerechtfertigt sein und auch dazu berechtigigen, Grundrechte einzuschränken, um andere Freiheiten zu sichern. Aber bestehen nicht grundrechtliche Leitplanken, die das Handeln des Staates begrenzen?

Külpmann erinnerte an die Worte von Dr. Wolfgang Schäuble: Für den Bundestagspräsidenten ist nach einem wuchtigen Presseinterview auch der Lebensschutz nicht absolut vorrangig, sondern allenfalls die Menschenwürde (Interview im Tagesspiegel v. 26.04.2020). Die Entscheidung dürfe daher nicht allein den Virologen und Epidemiologen überlassen bleiben, sondern müsse auch die gewaltigen ökonomischen, sozialen, psychologischen und sonstigen Auswirkungen abwägen. Zwei Jahre einfach alles stillzulegen, auch das hätte fürchterliche Folgen, so Schäuble in dem Interview weiter. Die kritische Phase komme wohl erst dann, wenn man den Druck ein wenig lockert. Eine solche Einschätzung sei allerdings politisch außerordentlich schwer zu vermitteln, kommentierte das Mitglied des 4. Revisionsenats des BVerwG die Lage und fügte hinzu: »In der Krise schlägt die Stunde der Exekutive, wird vielfach vermutet. Verfassungsrechtlich ist das allerdings falsch. Auch in der Krise müssen die wesentlichen Entscheidungen vom Parlament getroffen werden.«

Demokratie lebt von unterschiedlichen Meinungen und auch das Recht auf Demonstration ist verfassungsrechtlich abgesichert. Das gilt auch in der Sondersituation einer Pandemie; denn die Verfassung oder die Grundrechte werden nicht außer Kraft gesetzt. Die Mehrheit hält im Grundsatz den Weg, den die Verantwortlichen gegangen sind, für richtig. So hat der Landrat des Kreises Heinsberg bei den Kommunalwahlen in NRW Mitte September 2020 im weiten Umkreis die höchsten Stimmenergebnisse erhalten. Die Zustimmung zu dem Handeln der Regierungen und der Regierenden ist sogar gewachsen. So sind die demokratischen Prozesse offenbar ganz gut über die Runden gekommen, vermutete Külpmann.

»Heute sehen wir uns mit voller Wucht vom Virus betroffen«, stimmte Dr. Helene Bubrowski (Berlin) die Teilnehmer schon einmal auf die von ihr moderierte Podiumsdiskussion ein, zu

der sich neben den in Hamburg anwesenden auch per Video zugeschaltete Teilnehmer zusammengefunden hatten.

»Die Parlamentarische Demokratie hat sich auch in Krisenzeiten alles in allem gut bewährt«, stellte der Bundestagspräsident der repräsentativen Demokratie ein durchaus vorzeigbares Zeugnis aus. Denn in anderen Ländern wie etwa Italien, Spanien oder England aber auch in den USA oder Brasilien sind die Infektionszahlen verglichen mit der jeweiligen Bevölkerungszahl deutlich höher. Zugleich erteilte der im Videochat zugeschaltete *Schäuble* einem Notparlament eine klare Absage. Auch eine Notstandsverfassung lehnte er für Pandemiefälle ab. Sie sei nach dem GG aus guten Gründen auf den Verteidigungsfall beschränkt und könne auch nicht analog auf die Corona-Pandemie angewandt werden. Das Parlament dürfe sich nicht selbst entmachten, wie es durch die »Hindenburgklausel« und das Notverordnungsrecht in Zeiten der Weimarer Reichsverfassung geschehen sei.

Zwar könne das Parlament nicht alle Entscheidungen im Detail selbst treffen. Die grundlegenden politischen Leitentscheidungen einschließlich der Feststellung der epidemischen Lage müssten aber bei ihm verbleiben. Das könne auch nicht durch die Bundesregierung allein entschieden werden, wie der Bundestag klar gemacht habe. Als sachgerecht habe sich erwiesen, durch eine Änderung der Geschäftsordnung des Bundestages die Beschlussfähigkeit des Parlaments abzusenken, erläuterte *Schäuble*. Die Fraktionen hätten dabei sichergestellt, dass das Kräfteverhältnis im Parlament gewahrt bleibe. Die Präsenz-Debatte der Abgeordneten im Parlament könne durch Videokonferenzen nicht ersetzt werden. »Die bestehenden gesetzlichen Regelungen enthalten ausreichende Möglichkeiten, wichtige Entscheidungen – soweit erforderlich – in Rekordzeit zu treffen, wie die parlamentarischen Gremien von Bundestag und Bundesrat in letzter Zeit mehrfach unter Beweis gestellt haben.«

Der Staat sei allerdings nicht ausschließlich auf die Wahrung bestimmter Schutzpflichten ausgerichtet, sondern zu einer Gesamtgüterabwägung verpflichtet, in die sämtliche Belange eingehen müssten. Denn es gehe nicht nur um die Entscheidung für einen betroffenen Menschen, sondern auch um die ggf. dadurch hervorgerufenen Benachteiligungen anderer Menschen. Schulen zu schließen, Altenheime abzuschotten, entgegen dem Schengen-Abkommen nationale Grenzen zu schließen oder die Bewegungsfreiheit und Freizügigkeit der Menschen in Deutschland und in Europa einzuschränken – das sei höchst problematisch.

Auch bei den Kommentaren der Teilnehmer im Netz, über die *Külpmann* im Verlauf der Debatte berichtete, wurde auf das als widersprüchlich empfundene Verhalten des Staates am Beispiel des unterschiedlich gehandhabten Mund-Nasen-Schutzes hingewiesen. Der Prozess des Abwägens sei vielschichtig – zumal in einem Zustand von Nichtwissen oder erheblichen Wissenslücken. Gleichwohl habe gehandelt werden müssen, erläuterte *Schäuble*. Eines sei dabei auch klar: »Es gibt nicht die eine richtige Lösung. Auch in den Ländern oder auf regionaler Ebene könne die Beurteilung durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Differenziertes Hinschauen ist vielleicht das Gebot der Stunde.«

»Bei einer rückblickenden Betrachtung gibt es wohl unendlich viel, was verziehen werden muss«, meinte der Parlamentspräsident im Anschluss an eine Äußerung von Gesundheitsminister *Jens Spahn* und fügte weitere gravierende Nachteile hinzu: »Schicksale von Menschen, die allein und ohne Begleitung ihrer Angehörigen gestorben sind, erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen bis hin zu Existenzvernichtungen oder die Schließung von Schulen mit gravierenden Folgen für Schüler, Eltern und Familien.« Auch bei den Kommentaren der Teilnehmer standen Fragen nach der besonderen Betroffenheit von Kindern und Familien im besonderen Interesse, berichtete *Külpmann*.

Der Gesetzgeber könne natürlich nicht alle diese Entscheidungen mit detaillierten Vorgaben für jeden Einzelfall selbst treffen. »Durch Verordnungen gibt das Parlament einen Teil der Gestaltungsverantwortung an die Verwaltung weiter. Zudem haben die Länder nach der Kompetenzverteilung des GG grundsätzlich die Verwaltungszuständigkeiten, die mit entsprechenden Gestaltungsbefugnissen verbunden sind. Allerdings darf der Wesensgehalt der Grundrechte nicht angetastet werden (Art. 19 Art. 2 GG).«

An *Prof. Dr. Christian Winterhoff* (Hamburg/Göttingen) richtete sich vor allem die Frage, was die Einschränkung individueller wirtschaftlicher Betätigungs- und Freiheitsrechte für die Praxis bedeute. Sind wir eigentlich bisher gut durch die Krise gekommen oder steht in den Wintermonaten eine Explosion der Infektionszahlen und in der Wirtschaft eine nie gekannte Pleitewelle bevor? Darf der Staat Anordnungen mit so umfassenden und einschneidenden Auswirkungen treffen und wer beurteilt eigentlich, ob die durchaus hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen für solche erheblichen Eingriffe gegeben waren. Sind die Gerichte dazu überhaupt in der Lage?

»In Krisenzeiten darf der Staat einschneidende Anordnungen treffen, die im Einzelfall auch Existenzgefährdungen hervorrufen können«, beschied *Winterhoff* die Betroffenen. »Allerdings muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Auch darf der Gleichheitssatz bei der Verteilung der Lasten nicht verletzt werden.« Wenn viele Wirtschaftszweige wieder an den Start gehen, andere jedoch nicht, so bedürfe dies einer entsprechenden Rechtfertigung, die auch gerichtlich kontrolliert werden könne. Es müsse schon überzeugend begründet werden, dass etwa Autohäuser, Bordelle oder Swingerclubs, wie wir aus der Bildzeitung erfahren haben, offenbar mit entsprechendem Körperkontakt wieder geöffnet werden dürfen, das Tanzen in Diskotheken oder das Singen in Kirchen jedoch nicht. Die Abgrenzung der Vergleichsgruppen bereite in der Praxis nicht selten Schwierigkeiten – vor allem, wenn die genauen Zusammenhänge zwischen Ursache und Wirkung teilweise noch unbekannt seien.

Der Staat hat angesichts dieser Lage einen weiten Gestaltungsspielraum, erläuterte der Wirtschaftsanwalt und verwies auf die vom BVerfG mehrfach betonte Einschätzungsprärogative. Diese kann nicht nur durch den Gesetzgeber eröffnet werden, sondern kann sich für die Verwaltung auch aus der Sache ergeben, wie das BVerfG in der Rotmilan-Entscheidung (BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 [Harzer Windmüller] und – 1 BvR 595/14 [e.n.o. energie] DVBl 2019, 42 m. Anm. *Stüer*) betont hat. Der parlamenta-

rische Gesetzgeber müsse zwar die Leitentscheidungen treffen, könne aber die Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben auf dieser Grundlage der Verwaltung überlassen. Dabei müsse sie allerdings in aller Regel die zugrunde liegenden Sachverhalte durch die Ermittlung von Tatsachen entsprechend aufbereiten. Fehle ein durch Tatsachen verdichteter, aufbereiteter Sachverhalt, könne die Verwaltung vor Gericht allerdings durchaus in Schwierigkeiten geraten.

Eine weitgehende Einschätzungsprärogative für die Verwaltung bestehe nicht nur im gerichtlichen Eilverfahren, sondern werde sich auch in den noch ausstehenden Hauptverfahren zu den Corona-Anordnungen bestätigen. Auch hier stoße eine gerichtliche Vollkontrolle an Grenzen. Es könne daher nicht darum gehen, im Nachhinein Sachverständige mit dem heutigen Erkenntnisstand zu hören, sondern es müsse eine Beurteilung der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Eingriffe mit dem damaligen Wissensstand erfolgen. Auch die Zuschauerfragen gingen in diese Richtung.

Allerdings teilte *Winterhoff* die pauschale Kritik am aus der Verfassung abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht, solange ein besseres Modell nicht in Sichtweite gerate. Insbesondere der Föderalismus sei erklärungsbedürftig: »Wenn die Rechtslage in den Bundesländern jeweils anders ist, dann ist die damit verbundene Bandbreite den Betroffenen vielfach schwer zu vermitteln. Nicht selten sind die vor Ort handelnden Behörden wohl auch überfordert, wie sie gelegentlich in einem beeindruckenden Hilferuf selbst erklärt haben.« Auch die Zuschauer befassten sich mit diesem Fragenkreis, wie *Külpmann* einbrachte. »Ob in Insolvenz geratene Unternehmen oder entlassene Arbeitnehmer allerdings bereit seien, sich auch im Nachhinein als objektiv fehlerhaft darstellende Entscheidungen zu verzeihen, da kann man sich wohl nicht ganz so sicher sein«, fügte *Winterhoff* etwas nachdenklich hinzu.

Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, die im Jahre 2017 eine im Frühjahr dieses Jahres veröffentlichte Habilitation zum »Ausnahmeverfassungsrecht« vorgelegt hatte, befasste sich mit dem Geltungsanspruch der Verfassung in Krisenzeiten. Schafft unser Recht ausreichende Grundlagen oder sind Bedenken in kritischen Beiträgen von Staatsrechtslehrern berechtigt? War manches zu schnell und zu pauschal? Können die weiten Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers und der Verwaltung auch für andere Zwecke genutzt werden? Die Berliner Verfassungsrechtlerin nahm hier nach ihren eigenen Worten eine eher vermittelnde Position ein:

»Staatsrechtler haben die Aufgabe, die Politik kritisch zu begleiten. Sich an diesen Grundsatz nicht gehalten zu haben, das ist ihnen während der Weimar Republik von der nachwachsenden Generation der Staatsrechtslehrer vorgeworfen worden. Auch haben einige Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Pandemie ausgenutzt, um autoritäre Elemente in ihren Ländern zu stärken.«

Die Staatsrechtslehre sei wohl gut beraten, wenn sie einen eher moderaten Mittelweg verfolge. »Der Begriff des Ausnahmezustandes wurde seit seiner Prägung im 19. Jahrhundert durchaus unterschiedlich verwendet. Zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung trat vor allem die polizeiliche Generalklau-

sel in den Vordergrund, die ein mit eigenen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen versehenes staatliches Handeln rechtfertigte. Im NS-Regime wurde darunter in der Ausprägung von *Carl Schmitt* mehr und mehr ein rechtsfreier ausschließlich politisch gestalteter Raum verstanden, der nach dem Führerprinzip auch staatliche Willkür ermöglicht hat. Unter Geltung des GG wurde auch die Notstandsgesetzgebung als rechtsstaatlich eingegegter Raum verstanden, in dem die verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht ausgesetzt sind«, erläuterte *Kaiser* sinngemäß.

»Für die traditionellen verfassungsrechtlichen Prüfschema der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit stellen sich allerdings neue Probleme vor allem bei der Beurteilung von Lagen in tatsächlicher, fachlicher und wissenschaftlicher Ungewissheit und in einer Zeit, in der sich neue Erkenntnisse durch vielfältige Lernprozesse ergeben. In einer solchen Zeit muss ständig neues Wissen aufgenommen und nachgesteuert werden. Auch der Gesetz- und Verordnungsgeber und die ausführende Verwaltung müssen permanent lernen und die jeweils aktuellen Erkenntnisse in die Entscheidungsprozesse eingespeist werden. Die traditionellen Prüfungsmaßstäbe müssten daher wohl tendenziell nachgeschärft werden«, vermutete *Kaiser* und fügte hinzu: »Kernbereiche der Grundrechte müssten jedenfalls gewahrt bleiben und dürften nicht einer ausufernden Entscheidungsprärogative von Gesetzgebung und Verwaltung geopfert werden.« Allerdings müsse auch anerkannt werden, dass Politik, Gesetzgeber und Verwaltung unter großem Zeitdruck entscheiden müssen, sodass eine gerichtliche Kontrolle unter Einbeziehung der späteren Erkenntnisse nicht sachgerecht sei.

5. Verteilung der Lasten der Pandemie

Auch zu dem zweiten Beratungsgegenstand wurden die Schwerpunkte der Diskussion bereits in der Programmvor-schau wie folgt benannt: Nachdem das Infektionsgeschehen und die unmittelbaren Gesundheitsgefahren in Deutschland für einige Zeit vorläufig unter Kontrolle zu sein scheinen, treten die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen der Pandemie immer stärker in den Vordergrund. Innerhalb kürzester Zeit hat der Staat gigantische Rettungsschirme aufgespannt. Doch nach welchen Kriterien wird geholfen? Wo bedarf es staatlicher Intervention? Und wie sollen die gewaltigen Hilfsmaßnahmen finanziert werden?

Diese Fragen ziehen sich wie ein roter Faden durch die gesamte Wirtschafts- und Rechtsordnung. Sie stellen sich national, auf europäischer und internationaler Ebene. Ausgangspunkt sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie. Lassen sich die Verlierer bereits bestimmen? Gibt es möglicherweise auch Gewinner? Wie unterscheidet sich die Coronakrise von bisherigen Wirtschaftskrisen? Ausgehend von den ökonomischen Wirkungen stellen sich juristische Fragen der Leistungsverteilung sowie Fragen nach Ziel und Maß der Hilfsmaßnahmen. Die Pandemie lässt sich nicht ungeschehen machen, wohl aber müssen Notlagen verhindert werden. Unklar ist, wie diese zu definieren sind und ob Bedingungen an die Hilfe geknüpft werden sollten. Es geht um die Definition von Bedürftigkeit, aber auch um Solidarität und deren Grenzen. Und obwohl die Pandemie die gesamte Gesellschaft herausfordert, kommen ihre Folgen höchst unterschiedlich an.

Muss der Staat eingreifen, um eine gleichmäßige Lastenverteilung zu erreichen, und etwa auch Beamte oder Rentner einbeziehen? Besonders drängend stellen sich diese Fragen auf dem Gebiet des Sozialrechts und des Steuerrechts. Kurzarbeit, Arbeitslosigkeit und erhöhte Gesundheitskosten belasten die Sozialversicherungssysteme und bergen die Gefahr von Beitrags erhöhungen. Müssen diese Lasten am Ende auf die Beitragszahler oder gar die Gemeinschaft der Steuerzahler umgelegt werden? Auf heutige Steuerzahler oder – über die Staatsverschuldung – auf zukünftige Steuerzahler? Bedarf es eines Lastenausgleichs wie nach dem Zweiten Weltkrieg?

Dabei geht es nicht nur um die Verteilung staatlicher Hilfen und deren Finanzierung, sondern auch um die Lastenverteilung in Vertragsbeziehungen. Entzieht die Pandemie den zivilrechtlichen Verträgen die Geschäftsgrundlage? Soll der Staat eingreifen oder soll er die Lastenverteilung dem Privatrecht überlassen? Die Politik handelte unter extremem Zeitdruck, übergeordnete Fragen wurden zunächst bisher kaum gestellt. Umso wichtiger ist es, für die in Zukunft noch zu erwartenden Maßnahmen Leitlinien der Lastenverteilung zu erarbeiten.

Und es zeigt sich: Die Pandemie ist ungerecht. Unter der Moderation von *Prof. Dr. Johanna Hey* (Köln) wurde auf dem Podium die Frage diskutiert: Wer ist Gewinner und wer Verlierer der Pandemie? Welche rechtlichen Instrumente stehen zur Verfügung? Wo muss der Staat eingreifen? Erlauben bereits die Vertragsbeziehungen eine gerechte Lastenverteilung? Wo muss der Staat eingreifen? Welche rechtlichen Instrumente stehen zur Verfügung? Wie wirken staatliche Gegenmaßnahmen? Geht es dabei nur um eine Existenzsicherung oder kann eine weitgehende Entschädigung erfolgen? Wie ist es mit der Gegenfinanzierung der Hilfsprogramme bestellt?

Die bereits eingetretenen Wirkungen der Pandemie sind ganz erheblich, fasste *Prof. Regina T. Riphahn* (Nürnberg) zu Beginn der Beratungen über dieses Thema das von ihr vorgelegte Datenmaterial zusammen. Die Bruttoverdienste etwa in den Bereichen Gastronomie, Beherbergungsgewerbe, KFZ-Herstellung und deren Zuliefererbetriebe aber auch der Reisebranche und der Werften seien erheblich. Hier sei auch die Kurzarbeit und die Arbeitslosigkeit beträchtlich gestiegen. Bevölkerungsgruppen mit geringem Einkommen und geringerer Schul- und Berufsausbildung seien zumeist stärker betroffen, erläuterte die Vizepräsidentin der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina. Zugleich sei die Zufriedenheit der Bevölkerung mit ihren Lebensumständen durch die Krise teilweise erheblich gesunken.

Gegenwärtig seien die Insolvenzanmeldungen gegenüber dem Vorjahresniveau noch um fast 40 % gefallen. Das sei allerdings wohl nur eine Momentaufnahme mit in Zukunft deutlich steigender Tendenz. Zugleich gebe es Anzeichen dafür, dass die Pandemie den Strukturwandel der Wirtschaft beschleunige. Die erheblichen Mehrausgaben der Bundesregierung und das gravierende Ansteigen der Neuverschuldung in den Haushalten von Bund, Ländern und Kommunen werfe immer dringender die Frage auf, wie die immensen Belastungen aufgefangen werden sollten und wie eine gerechte Lastenverteilung wohl auch unter Mitwirkung künftiger Generationen aussehen könne. »Heute wird ausgegeben, was

erst in Zukunft noch erwirtschaftet werden muss«, mahnte *Riphahn* zur Vorsicht.

»Die erheblichen Staatsausgaben müssen finanziert werden«, brachte auch *Prof. Dr. Rainer Schlegel* (Kassel/Gießen) eine wichtige Fragestellung auf den Punkt. Es sei absehbar, dass die Rücklagen der Arbeitslosenversicherung bald aufgebraucht seien. Auch das Versprechen, systemrelevante Unternehmen vor der Insolvenz zu retten, stoße an Grenzen. Das gelte vor allem für Unternehmen, die sich bereits vor der Krise in einer Schieflage befunden hätten, erläuterte der Präsident des BSG. Gerade die Finanzierung der weitreichenden Versprechen werde zu ganz erheblichen gesellschaftlichen und politischen Spannungen führen. Sollen etwa die Sozialversicherungsbeiträge erhöht werden oder sollen die Lasten zu einem Großteil am Ende durch den Steuerzahler getragen werden? Gewiss müssten auch liebgewonnene Besitzstände nicht nur im Sozialbereich geopfert werden. Wenn der Staat Unterstützungsmaßnahmen austeile, komme das bei den Leistungsempfängern in aller Regel gut an. Würden bestimmte Bevölkerungsgruppen oder der Steuerzahler zur Kasse gebeten, dann sei nicht selten die Empörung entsprechend groß.

»Wir befinden uns in der schwersten globalen wirtschaftlichen Krise der Nachkriegszeit«, eröffnete *Prof. Dr. Isabel Schnabel* (Frankfurt am Main) ihre Einführung in die europäische Perspektive. Als Mitglied des Direktoriums schilderte sie die der Europäischen Zentralbank zur Verfügung stehenden Instrumente. Die Auswirkungen der Krise seien in Europa durchaus unterschiedlich. Vielfach seien starke Einbrüche des Bruttoinlandsproduktes zu verzeichnen – dies gelte etwa für Länder, die vom Tourismus abhängig sind – und es werde voraussichtlich Jahre dauern, bis die Folgen der wirtschaftlichen Krise überwunden sind.

»Auch innerhalb der Mitgliedstaaten ergibt sich kein einheitliches Bild. Vielmehr prägen strukturelle Unterschiede die Szene. Besonders die unteren Einkommensgruppen, jüngere Arbeitnehmer, Frauen sowie Kinder mit Betreuungsbedarf sind von Lockdown-Maßnahmen in aller Regel stärker betroffen.« Das Ausmaß der Schäden durch Homeschooling etwa könne wohl erst mittel- und langfristig beurteilt werden. Zwar sei die Arbeitslosenquote wegen der vermehrt in Anspruch genommenen Kurzarbeit noch nicht so stark angestiegen. Mit einem stärkeren Anstieg der Arbeitslosenquote müsse aber mittel- bis langfristig gerechnet werden.

Wie sollen angesichts dieser bedrohlichen Lage eine Eurokrise und eine globale Finanzkrise vermieden werden? Wie sollen die wirtschaftlichen Lasten getragen und verteilt werden? Die Europäische Zentralbank habe mit einer Niedrigzinspolitik und ausgesprochen günstigen Konditionen für die Wirtschaft einen wichtigen Beitrag dazu geleistet, zugleich besonders gefährdeten Länder unter die Arme zu greifen und Liquiditätseingänge zu vermeiden. Die Geldpolitik verfüge allerdings nur über eingeschränkte Möglichkeiten. Weitere Maßnahmen der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten müssten flankierend hinzukommen. Das Wirtschaftswachstum könne allerdings nicht grenzenlos gesteigert werden. Es sei wohl unvermeidbar, den Abbau der Schulden und die Steigerung des Bruttonettoprodukts mit einzubeziehen. Der Blick müsse also weniger in den Rückspiegel als in die Zukunft gerichtet werden.

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön (München) sah in den zivilrechtlichen Regeln keine ausreichende und vor allem auch keine verlässliche Handhabe, eine gerechte Lastenverteilung unter den betroffenen Vertragspartnern herzustellen. Das Privatrecht enthalte keine strukturell befriedigenden Regeln für einen Ausgleich in Pandemiefällen. Wenn etwa Konzerte ausfallen oder Gäste nicht in die Restaurants oder Hotels kommen, dann bleibe der Schaden in der Regel dort, wo er entstanden ist. Eine angemessene Lastenverteilung sei mit den Mitteln des Zivilrechts zumeist nicht herzustellen, sondern erscheine, wenn sie sich an einem gewünschten Ergebnis ausrichte, eher willkürlich. Das Verwendungsrisiko liege in der Regel bei dem, der den Vertragsgegenstand nutzt. Man könne sich zivilrechtlich auch nicht darauf berufen, dass andere wirtschaftlich gesund sind. Auch Versicherungen stünden bisher für solche Fälle in aller Regel eher selten zur Verfügung.

»Aber auch die erheblichen finanziellen Hilfen des Staates sind alles andere als unproblematisch«, fügte der Direktor des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und öffentliche Finanzen hinzu. Es sei der Bevölkerung kaum zu vermitteln, dass der kleine Handwerker, Soloselbständige oder der Hartz-IV-Empfänger mit dem Arbeitslosentgelt II auf den finanziellen Einbußen hängen bleibe, während ein großer DAX-30-Konzern wie der Sportartikelhersteller Adidas zunächst nach seinen Ankündigungen für angemietete Geschäftsräume keine Miete habe zahlen wollen oder seine Mitarbeiter auf Kosten der Arbeitslosenversicherung in die Kurzarbeit schicke. Auch die Aussetzung der Insolvenzanmeldungspflicht sei nicht unproblematisch. Geschäftspartner solcher Unternehmens- und Risikogruppen könnten die Warnfunktionen verlieren, die ihnen durch die Insolvenzanmeldungspflicht ansonsten zur Verfügung stünden.

Zugleich sei auch klar: »Irgendwann müssten die Schulden zurückgezahlt werden. Wird die Rückzahlung über 30 Jahre gestreckt, dann werden künftige Generationen belastet. Es wird dann heute bereits ausgegeben, was erst in Zukunft erwirtschaftet werden muss.« Natürlich könne der Staat die Hartz-IV-Sätze erhöhen und hierdurch etwa auch Soloselbständigen unter die Arme greifen. Das alles müsse allerdings

finanziert werden. Es liege auf der Hand, dass zur Gegenfinanzierung alte Anliegen etwa durch eine »Vermögensabgabe« oder »Reichensteuer« wieder aufgegriffen würden. Das alles sei aber mit großen Unsicherheiten behaftet. Denn noch wisse niemand, wie lange die Pandemie noch andauert, welche immense Schäden sie noch anrichtet und wie sich die nationale Wirtschaft und die Weltwirtschaft entwickelt.

Ganz so pessimistisch beurteilte RA *Prof. Dr. Siegfried H. Elsing* (Düsseldorf) die Belastbarkeit des Privatrechts zu einem sachgerechten Interessenausgleich allerdings nicht. Die Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage könnten jedenfalls in Fällen der Existenzgefährdung betroffener Vertragspartner einen gewissen Ausgleich schaffen. Zugleich bestätige sich allerdings der Grundsatz, dass die Lasten in der Regel bei dem verbleiben, bei dem sie eintreten. Die staatlichen Förderungsmöglichkeiten seien natürlich nicht unbegrenzt. Es müsse daher auf einen gerechten Lastenausgleich hingewirkt werden, bei dem die unteren Einkommensschichten und bildungsferneren Bevölkerungsgruppen nicht auf der Strecke bleiben dürften. Mit Blick auf die Zukunft könne möglicherweise ein Versicherungsmodell dazu beitragen, dass die finanziellen Lasten etwas gerechter verteilt und Existenzkrisen vermieden würden. Aber das alles steht wohl noch in den Sternen.

6. Von Hamburg nach Bonn

Die DJT-Beratungen des Pandemie-Forums 2020 in Hamburg wurden wiederum ohne die Einbindung eines gewerblichen Veranstalters von ehrenamtlich tätigen Juristen organisiert. Hinter den Kulissen des Forums stellten unter Führung von DJT-Generalsekretär RA *Dr. Andreas Nadler* (Bonn) und den Presseleitern RA *Martin W. Huff*, dem langjährigen Geschäftsführer der Kölner Rechtsanwaltskammer, und *Ltd. Ministerialrat Peter Marchlewski* (Düsseldorf) für die Presseberichterstattung zahlreiche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in bewährter Art das Gelingen des Pandemie-Forums sicher. Inzwischen freuen sich die Juristen bereits auf ihre Wanderschaft zum nach Bonn verschobenen 73. DJT, zu der damals amtierende Oberbürgermeister *Ashok-Alexander Sridharan* für die Zeit vom 21.09. bis 23.09.2022 in die Bundesstadt einlud.

Eva-Maria Isabell Ehemann, Umweltgerechtigkeit. Ein Leitkonzept sozio-ökologisch gerechter Entscheidungsfindung. Recht der Nachhaltigen Entwicklung, Band 23. 2020. XXVIII, 556 S. Ln. Euro 129,00. Mohr Siebeck, Tübingen. ISBN 978-3-16-157741-3.

Weshalb wurde der neue Münchener Flughafen im nebligen Norden der bayerischen Landeshauptstadt errichtet und nicht im sonnigen, teureren und wohlhabenderen Süden? Sollte diese planerische Standortwahl etwa die Schönen und Rei-

chen im stadtnahen Voralpenland von den massiven Lärmbelastungen jener Infrastruktur verschonen, die mutmaßlich vorwiegend gerade von Ihnen selbst genutzt wird? Diese hier durch den Rezensenten vor allem mit dem Ziel der Verdeutlichung provokativ formulierten Ausgangsfragen führen zum Kern der hier zu würdigenden Münchener Dissertation, die *Eva-Maria Isabell Ehemann* in den Jahren 2015–2018 neben ihrer Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl ihres Doktorvaters *Jens Kersten* verfasst hat. Die Studie untersucht die Interdependenzen zwischen sozialen, ökologi-