

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen ZZ Zeitung

18

75. Jahrgang
18. September 2020
Seiten 861–912

Aus dem Inhalt:

**Hans Michael Heinig, Thorsten Kingreen,
Oliver Lepsius, Christoph Möllers,
Uwe Volkmann, Hinnerk Wißmann**

Why Constitution Matters – Verfassungs-
rechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise

Tatjana Hörnle

Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG
zu Fragen der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von
Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Einzelfall
und als Leitlinie für die Rechtspolitik

Thomas Hoeren und Stefan Pinelli

Daten im Rechtsverkehr – Überlegungen für ein
allgemeines Datenvertragsrecht

Michael Dudek

Rückgang der Fallzahlen – Änderung der Konfliktkultur

EuGH mit Anmerkung von

Sören Segger-Piening

Internationaler Erfüllungsgerichtsstand ohne
vertragliche Beziehung zwischen den Parteien

BVerfG mit Anmerkung von

Markus Ogorek

Zur strafrechtlichen Qualifikation des sogenannten
„Containerns“ als Diebstahl



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

18 75. Jahrgang
18. September 2020

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. **Hans Michael Heinig**,
Professor Dr. **Thorsten Kingreen**,
Professor Dr. **Oliver Lepsius**, LL.M. (Chicago),
Professor Dr. **Christoph Möllers**, LL.M. (Chicago),
Professor Dr. **Uwe Volkmann**,
Professor Dr. **Hinnerk Wißmann**
Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft
in Zeiten der Corona-Krise **861**

Professorin Dr. **Tatjana Hörnle**
Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG zu Fragen
der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von Selbstbestimmung
und Fremdbestimmung im Einzelfall und als Leitlinie für
die Rechtspolitik **872**

Professor Dr. **Thomas Hoeren** und **Stefan Pinelli**
Daten im Rechtsverkehr – Überlegungen für ein
allgemeines Datenvertragsrecht **879**

Michael Dudek
Rückgang der Fallzahlen – Änderung der
Konfliktkultur **884**

Umschau

Tagungsbericht

100 Jahre ILO – Globalisierung und menschenwürdige
Arbeit
Konferenz am 26. und 27. September 2019 in Halle (Saale)
Felix Bischof, **Eva Frenz** und **Hendrik Wolters** **893**

Literatur

Benno Zabel: Die Ordnung des Strafrechts
Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Michael Pawlik**,
LL.M. (Cantab.) **896**

Jens Prütting: Rechtsgebietsübergreifende Normenkollision
Professor Dr. **Andreas Spickhoff** **897**

Franziska Knur: Individuelle Rechtspositionen gegenüber
internationalen Organisationen und Institutionen
Professor Dr. **Peter Hilpold** **898**

Entscheidungen

EuGH, 26. 3. 2020, C-215/18
mit Anmerkung von
Dr. **Sören Segger-Piening**, LL.M. Eur.
Internationaler Erfüllungsgerichtsstand ohne vertragliche
Beziehung zwischen den Parteien **899**

BVerfG, 5. 8. 2020, 2 BvR 1985/19, 1986/19
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Markus Ogorek**, LL.M. (Berkeley)
Zur strafrechtlichen Qualifikation des sogenannten
„Containers“ als Diebstahl **906**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **561***
Gesetzgebung **562***
Entscheidungen in Leitsätzen **563***
Neuerscheinungen **573***
Zeitschriftenübersicht **585***
Festschrift **589***
Impressum **589***

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

18^{75.} Jahrgang
18. September 2020
Seiten 861–912

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Hans Michael Heinig, Professor Dr. Thorsten Kingreen, Professor Dr. Oliver Lepsius, LL.M. (Chicago), Professor Dr. Christoph Möllers, LL.M. (Chicago), Professor Dr. Uwe Volkmann, Professor Dr. Hinnerk Wißmann*

Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise

Die Maßnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus bilden eine Zäsur der staatsrechtlichen Moderne: Quasi über Nacht und fast global wurde die Bekämpfung von COVID-19 zu einem solitären Höchstwert der praktischen Politik. Ihr wurden Freiheitsrechte aller Art untergeordnet, die üblichen Prozesse der Abwägung waren ausgesetzt – unter Bedingungen vielfacher Ungewissheit, mit ungewisser Dauer und ungewissen Folgen. Der nachfolgende Beitrag fragt nach der Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft in einer solchen Situation – im Sinn einer ersten, höchst vorläufigen Zwischenbilanz.

I. Einleitung

Die Krise ist die Stunde der Exekutive – diese zutreffende, geradezu sprichwörtliche Beobachtung kann in einer entwickelten Verfassungsordnung nicht schon die Antwort auf einschlägige Rechtsfragen sein. Ganz im Gegenteil löst sie eine ganze Reihe von Überlegungen gerade mit sofortiger Dringlichkeit aus: Wer bestimmt, wann eine Krise vorliegt – und wann sie endet? Wer genau ist „die Exekutive“ in einem supranational integrierten Bundesstaat? Welche Instrumente sind zugänglich? Welche Rechtsgüter werden im Krisenmodus geschützt und welche haben zurückzutreten?

Als im März 2020 innerhalb weniger Tage praktisch das gesamte gesellschaftliche Leben in Deutschland und der EU, aber auch etwa in den USA und den meisten Industriestaaten radikal eingeschränkt wurde, galten diese Fragen in weiten Teilen der Öffentlichkeit, der Politik und auch in der Staatsrechtslehre allerdings als fehl am Platze. Zu eindrücklich waren die Bilder, die aus China, aus Bergamo und bald schon aus New York eintrafen: Überfüllte Intensivstationen, nächtlicher Abtransport von Särgen in Militärlastwagen, Massengräber. Die Lage wie die notwendige Reaktion wurden weithin als so eindeutig wie noch nie wahrgenommen: Unter dem Eindruck solcher Nachrichten und bestimmter Modell-

* Die Verfasser lehren Öffentliches Recht an den Universitäten Berlin (Humboldt), Frankfurt, Göttingen, Münster und Regensburg. Im Einzelnen haben entworfen H.M.H. Abschnitt VI., T.K. Abschnitt V., O.L. Abschnitt IV., C.M. Abschnitte VII., VIII., U. V. Abschnitt II., H.W. Abschnitte I., III.

annahmen von der exponentiellen Ausbreitung des Virus galt es, eine Überlastung des Gesundheitswesens zu vermeiden. Gereifte Demokratien ebenso wie Diktaturen konzentrierten sämtliche Kräfte auf dieses Ziel und legten dafür ihre jeweils höchst komplexen Gesellschaftssysteme mehr oder weniger lahm. Dabei ist festzuhalten, dass dies in den ersten Wochen und Monaten mit größter Zustimmung der Medien wie der Bevölkerung geschah – und dem entsprach ein fast totales Schweigen der kritischen Wissenschaften, von Philosophie über Soziologie und Politikwissenschaft bis zur Theologie.

Im Kontrast dazu begann insbesondere die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft schon in den ersten Tagen, in „schnellen“ Formaten, in Blogs oder Artikeln des Feuilletons, Kontrollfragen zu stellen, nach einer Schrecksekunde mit durchaus erkennbarer Wirkung auf Rechtsprechung und Politik. Dieses Engagement im juristischen Ernstfall stellt sich nicht auf die Seite absurder Gefahrenleugner oder Wissenschaftsfeinde. Im Gegenteil folgt es der Einsicht, dass das Verfassungsrecht stärker als andere Fächer strukturell krisenreaktionsfähig sein muss: Ihm ist die Erfahrung vorgegeben, dass die Existenz des freiheitlichen Verfassungsstaats eben nicht per se und überzeitlich gesichert ist, sondern gerade durch das Argument der Krise in Frage gestellt werden kann. Deshalb gilt es vom ersten Moment an, Rechtfertigungslasten zu benennen, Abwägungen einzufordern, Grenzen auch für das Krisenmanagement zu ziehen – damit Politik, Öffentlichkeit und Rechtsprechung wissen, was auf dem Spiel steht.¹ Im Folgenden werden in diesem Sinn exemplarisch Fragen nach Maßstäben und Standards und damit nach der Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft in Krisenzeiten aufgegriffen.

II. Zum Ordnungsanspruch der Verfassung

Der Frage, welches die verfassungsrechtlichen Standards sind, an denen nach unserer Auffassung auch in der Krise

¹ Anders allerdings u. a. Hase JZ 2020, 697 ff., der insbesondere auch die Autoren dieses Beitrags für ihre Stellungnahmen gerügt hat.

festzuhalten ist, ist die andere Frage vorgelagert, warum es in dieser Situation auf Verfassung überhaupt ankommen soll. Die Antwort versteht sich offenbar nicht mehr von selbst oder ist jedenfalls nicht so klar, wie man vor Ausbruch der Krise gemeint hat. In der politischen Theorie ist sie seit jeher herausgefordert durch das von *Carl Schmitt* und seinen heutigen Gefolgsleuten gepflegte Narrativ, nach dem die Ausnahme Lage traditionell und namentlich für die Exekutive die Stunde der Freiheit von rechtlichen Bindungen ist.² In der politischen Realität unserer Tage wird die Geltung der Verfassung infrage gestellt durch Äußerungen wie jene des österreichischen Bundeskanzlers *Sebastian Kurz*, man möge ihm bei der von ihm eingeschlagenen Strategie zur Eindämmung der Pandemie nicht mit „juristischen Spitzfindigkeiten“ kommen, übersetzt also: mit verfassungsrechtlichen Argumenten.³ Für die Verfassungsrechtswissenschaft schlägt sich dies in einer auch unter Juristen verbreiteten Rollenzuweisung nieder, nach der sie sich während der Krise mit Einwüfen zum Tagesgeschehen zurückhalten und sich mit ihren wohlabgewogenen und tiefschürfenden Analysen am besten erst dann zu Wort melden solle, *nachdem* diese überwunden ist;⁴ andernfalls blieben ihre Interventionen, wie gerade in der derzeitigen Situation zu sehen, ohnehin folgenlos.⁵ Gerade die letzte Mahnung wird dabei flankiert von einem Schnelldurchgang durch die Rechtsprechungsgeschichte der Bundesrepublik, der die Ursache dieser Folgenlosigkeit in dem durch das Lüth-Urteil grundgelegten Werte- und Abwägungsmodell sieht: Dieses stoße in seiner Allgemeinheit und Abstraktheit zunehmend an Grenzen und könne gerade in unübersichtlichen Situationen wie dieser keine Orientierung mehr liefern.⁶

Aber nicht nur das geht an den Grundfragen, die hier gerade zur Verhandlung anstehen, völlig vorbei. Überhaupt scheint hinter all diesen Stellungnahmen eine Vorstellung von Verfassung zu stehen, nach der diese kein Fall für die Politik, sondern – und dies auch möglichst nur retrospektiv – einer für die Gerichte sei, und dass sie die Politik in diesem Sinne nicht rechtlich oder normativ, sondern allenfalls politisch oder faktisch binde.⁷ Damit wäre der Ordnungsanspruch einer Verfassung, wie er spätestens seit *Marbury vs. Madison* zu den Kernelementen liberaler Verfassungsstaatlichkeit überhaupt zählt, in einer Weise verkannt, über die man ebenfalls vor Ausbruch der Krise noch den Kopf geschüttelt hätte. Verfassungen zielen danach von ihrer nach wie vor leitenden Idee her auf Verrechtlichung politischer Herrschaft, und zwar in einem umfassenden Sinne: Alle politische Herrschaft gründet in der Verfassung und muss auf die Verfassung zurückgeführt werden; umgekehrt darf es keine politische

Herrschaft außerhalb der Verfassung geben.⁸ Entgegen einer älteren Tradition des Verfassungsdenkens lässt sich für das Grundgesetz zeigen, dass dies uneingeschränkt auch in Ausnahmesituationen gelten soll, zumal wenn diese, wie es jenseits des Verteidigungsfalles nach Art. 115a ff. GG gilt, durch eine förmliche Erklärung gar nicht als solche markiert werden müssen.⁹ Der prinzipielle Ordnungsanspruch der Verfassung wird in diesem Sinne durch die Krise nicht suspendiert, sondern muss sich gerade in ihr bewähren; im Grunde zeigt sich erst hier, inwieweit auf ihn überhaupt zu bauen ist. Ist auf ihn nicht zu bauen, erweist sich die Krise leicht als ein umgekehrter „constitutional moment“, der die Verfassungsbindung der politischen Leitungsgewalt grundlegend infrage stellt und sich als Einfallstor für ihre auch künftige Durchbrechung erweist.

Diese Gefahr wird ihrerseits verstärkt durch einige Besonderheiten der bundesrepublikanischen Verfassungskultur, die man ihrerseits vage auf das Lüth-Urteil zurückführen mag; sie haben aber wenig zu tun mit dem Schemen eines hierarchisch-ubiquitären Werte- und Abwägungsmodells, mit dem sie in der Kritik verbunden werden.¹⁰ Zum einen ist das Grundgesetz im Unterschied zu solchen Verfassungen wie der US-amerikanischen, die überwiegend nach ihrem Text oder den Vorstellungen der Gründergeneration ausgelegt werden, keine starre, sondern eine in hohem Maße dynamische, sich an den Wandel der gesellschaftlichen Realitäten, aber auch den Wandel der gesellschaftlichen Wertvorstellungen anpassende Verfassung; man hat sie deshalb – im Einzelnen vielleicht übersteigert, aber im Kern doch zutreffend – weniger als feste Norm denn als „Prozess“ beschrieben.¹¹ Verfassungen dieser Art sind naturgemäß und jenseits aller Ewigkeitsgarantien, die sie enthalten mögen, anfälliger für Verschiebungen oder Aufweichungen auch ihrer zentralen Grundprinzipien; umso wichtiger könnte es sein, auf dem zu beharren, was, salopp formuliert, auch in der Krise nicht einfach flachfallen darf. Das gilt wiederum gerade auch deshalb, weil im Unterschied zu solchen Verfassungsordnungen, in denen durch die förmliche Ausrufung des Notstands deutlich gemacht wird, dass nun – auf Zeit – etwas anderes gilt als vorher, die derzeitige Ausnahmesituation bei uns im Verfassungsrecht selbst unsichtbar ist und ihre Bewältigung gleichsam in den normalen Geschäftsbetrieb eingeordnet bleibt. Was sich hier an Standards des Umgangs mit der Verfassung verändert, kontaminiert sie dann möglicherweise auf Dauer. Und wer solche Befürchtungen ausspricht, will vor allem verhindern, dass sie sich realisieren.

Wer das umgekehrt für folgenlos hält, übersieht neben der Resonanz, die solche Warnungen im Kreis politischer

² *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 9. Aufl. 2009, S. 11 ff.; daran anknüpfend nunmehr *Eric Posner/Adrian Vermeule*, The Executive Unbound, Oxford 2010; die Entzauberung dieses Narrativs nunmehr bei *Anna-Bettina Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 35 ff.

³ Hier zitiert nach *Somek*, <https://www.verfassungsblog.de> vom 16. 4. 2020. In ähnliche Richtung hierzulande die Äußerung des Chefs des Bundeskanzleramts *Helge Braun* Anfang Mai diesen Jahres, er halte es für ein Problem, wenn sich Gerichte auf den Gleichheitsgrundsatz beriefen, um einzelne Maßnahmen aufzuheben oder zu kontrollieren, s. *ders.*, Welt am Sonntag vom 3. 5. 2020.

⁴ So in der Tat *Windhöfel* JZ 2020, 457; ähnlich zuvor bereits *Krüper*, <https://www.verfassungsblog.de> vom 2. 4. 2020: „Es wird ohnehin zu viel geschrieben.“

⁵ So *Hase* JZ 2020, 697 f.

⁶ *Hase* JZ 2020, 698 f.

⁷ So zutreffend die Kritik von *Somek*, <https://www.verfassungsblog.de> vom 16. 4. 2020, an der Äußerung des österreichischen Bundeskanzlers.

⁸ S. statt vieler *Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 60 f.

⁹ *Anna-Bettina Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 85 ff., 126 ff., 207 ff. Die nunmehr in das Infektionsschutzgesetz eingefügte Möglichkeit der Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ durch den Bundestag (§ 5 IfSG) verhält sich zu diesem grundsätzlichen Problem nicht; diese führt, als eine Art „kleiner Ausnahmezustand“, nur zu Veränderungen auf der Ebene des einfachen Rechts, bleibt aber gerade dadurch für die verfassungsrechtliche Beurteilung irrelevant.

¹⁰ *Hase* JZ 2020, 698 f.

¹¹ *Peter Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998; die Grundlagen bei *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, jetzt in: *Rudolf Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 4. Aufl. 2010, S. 191 f. Für das amerikanische Verfassungsrecht entspreche dem das – dort heute allerdings minoritäre – Konzept der „living constitution“, siehe etwa *Howard Lee McBain*, The Living Constitution, 1948; die Gegenposition bei *William H. Rehnquist*, The Notion of a Living Constitution, Texas Law Review 54 (1976), 693 ff.

Entscheider und in der Ministerialbürokratie durchaus finden, nicht zuletzt die gesellschaftliche Relevanz, die die Verfassung hierzulande hat. Gerade diese Relevanz macht sie zu einer noch einmal riskanteren Ordnung, als sie es ohnehin schon ist. Tatsächlich ist die politische Kultur der Bundesrepublik traditionell eine stark konstitutionalistische Kultur, und zwar in der Weise, dass in ihr das Verfassungsargument immer dabei ist und gerade zentrale gesellschaftliche Debatten immer auch an die Verfassung rückgebunden werden.¹² Das hat seine Schattenseiten, weil es diese Debatten tendenziell entpolitisiert und überhaupt eine Haltung begünstigt, die vom Politischen lieber nicht behelligt werden will. Aber es gehört zu der gesellschaftlichen Umwelt, in der auch die Verfassungsrechtswissenschaft hierzulande operiert. Aus der Außenbeobachtung durch die Politikwissenschaft ist die Verfassung deshalb zutreffend als ein Medium charakterisiert worden, in dem sich die Gesellschaft selbst beschreibt und ihre zentralen politischen Leitideen und Geltungsansprüche verhandelt.¹³ Diskurse über Verfassung sind dann immer auch Diskurse der gesellschaftlichen Selbstverständigung, und zwar gerade auch im Sinne einer Auseinandersetzung um und Verschiebung von Deutungshoheiten, die ihrerseits langfristig auf den Inhalt der Verfassung zurückwirken können. Gerade als solche werden sie, wie die Kontroverse um den Hinweis des Bundestagspräsidenten auf die prinzipielle Vorordnung der Menschenwürde vor das Recht auf Leben im Grundgesetz zeigt, hierzulande auch geführt.¹⁴ Warum sollte sich ausgerechnet die Verfassungsrechtswissenschaft daran nicht beteiligen?

III. Zu Rang und Zuordnung von Verfassungsrechtsgütern

Wenn der Verfassungsordnung und insbesondere dem Grundgesetz auch im Krisenmodus vielfältige und ganz prinzipielle Relevanz zukommen soll, ist zunächst zu betrachten, wie dessen Rechtsgüter in der Pandemielage wahrgenommen und einander gegenübergestellt wurden. Geradezu als „Nachhilfe im Verfassungsrecht“¹⁵ galt insofern im Frühjahr 2020 nach verbreiteter Auffassung: „Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist ein Grundrecht. In einer Pandemie treten andere Grundrechte dahinter zurück. Und wenn man eine Pandemie nicht überlebt, ist es mit den Freiheitsrechten auch vorbei.“¹⁶ Nun sollte nicht übersehen werden, dass eine solche Formel zumindest auf indirekte Weise einen tradierten Konsens aufruft und fortschreiben will: Das Verfassungsrecht bildet jederzeit den entscheidenden Rechtfertigungsmaßstab für das staatliche Handeln; die Politik tritt auch jetzt nicht aus dem Ordnungsrahmen he-

raus, den das Grundgesetz bildet, sondern bezieht sich auf dessen Vorgaben.¹⁷ Und dementsprechend wurde und wird vielfach betont, dass insbesondere die vollständige Wiederherstellung des Grundrechtsschutzes ganz selbstverständlich sei.¹⁸ Gleichwohl bleibt zu fragen, ob denn die materielle Vermutung vom absoluten oder zumindest zeitweisen Vorrang bestimmter Rechtsgüter – also konkret des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit – zutrifft oder nach den bisher geltenden verfassungsstaatlichen Standards wenigstens ernsthaft behauptet werden kann. Und etwas grundsätzlicher muss auch bedacht werden, ob die Annahme überzeugt, Freiheitsrechte ließen sich praktisch folgenlos suspendieren und dann später wieder zuteilen.

Zuerst gilt es, zwei Perspektiven zu unterscheiden, welches Schutzziel die Bekämpfung der Pandemie eigentlich verfolgt: Vor allem die Bilder aus Bergamo und New York wurden zu Beginn der Krise als Beleg dafür herangezogen, dass in entwickelten Industriestaaten (und also auch „bei uns“) eine *Überlastung des medizinischen Systems* eintreten könne, ja aufgrund exponentieller Ausbreitung des Virus fast zwangsläufig sei.¹⁹ Daher wurden die Krankenhäuser des Landes präventiv auf Notbetrieb umgestellt, riesige neue Intensivmedizin-Hallen in Flugzeughangars aufgebaut, auf einem rauen internationalen Markt um jede Form von Hygiene-Ausstattung gerungen. Angesichts der in Deutschland im internationalen Vergleich vergleichsweise stabil niedrigen Zahlen, was insbesondere Komplikationen und ursächlich bedingte Todesfälle anbetraf, schob sich allerdings zunehmend eine andere Komponente argumentativ in den Vordergrund: Weil es im freiheitlichen Verfassungsstaat immer auch um die Rechtsstellung des Einzelnen geht, wurde bald ganz offensiv die Formel „Jede Infektion, jeder Tote ist zuviel!“ als eigentliches Ziel ausgegeben.²⁰ Dafür dient nun als verfassungsrechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt, es handle sich bei *Leben und Gesundheit* nicht nur um ein Abwehr-Grundrecht, sondern der Staat habe auch eine entsprechende *Schutzpflicht*: Er dürfe also nicht nur selbst Leben und Gesundheit nicht verletzen, sondern stehe auch dafür ein, dass den Bürgerinnen und Bürgern eine solche Gefahr nicht von anderer Seite drohe. Dieser Übergang von der Gesamtbetrachtung zur Individualperspektive markiert einen entscheidenden Einschnitt: Denn dann ist die Pandemiebekämpfung bis zum völligen Verschwinden des Virus per definitionem niemals abgeschlossen und also konsequenterweise zeitlich wie sachlich unbeschränkt rechtlich zulässig, wenn nicht sogar geboten.

Ob eine solche Betrachtung nicht doch verfassungsrechtliche Grenzen hat, hängt zunächst davon ab, welche Verfassungsrechtsgüter ihr entgegenstehen: Sie reichen von den zeitweilig buchstäblich aufgehobenen *Freiheitsbetätigungen* im Bereich klassischer Grundrechte (Versammlungsfreiheit, Religionsfreiheit, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Freizügigkeit) über die „normativen“ Gewährleistungen von Be-

¹² Statt vieler: Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Lepsius/Jestaedt/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 85 f.

¹³ Eines der zentralen Ergebnisse des Dresdner Sonderforschungsbereichs „Institutionalität und Geschichtlichkeit“, s. etwa Hans Vorländer, Integration durch Verfassung?, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, S. 23 ff.; ähnlich etwa die Arbeiten von André Brodacz, Die symbolische Dimension der Verfassung, 2003.

¹⁴ Siehe Interview mit Wolfgang Schäuble im Tagesspiegel vom 26. 4. 2020, <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schauble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html>.

¹⁵ Rüdiger Soldt, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/soeder-und-kretschmann-gegen-fruehe-lockerungen-bei-corona-16738743.html>.

¹⁶ Ministerpräsident Winfried Kretschmann am 23. 4. 2020 in Ulm, vgl. Rüdiger Soldt, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/soeder-und-kretschmann-gegen-fruehe-lockerungen-bei-corona-16738743.html>.

¹⁷ Die Formel von Carl Schmitt („Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, s. o. Fn. 2) hatte insofern in Deutschland in der Verfassungsmittel bisher als Negativfolie eine fundamentale Langzeitwirkung. Zur kritischen Lesart Hasso Hofmann Der Staat 44, 2005, 171 ff., insb. 178 ff.

¹⁸ Auch dazu stellvertretend Winfried Kretschmann (Regierungserklärung vom 9. 4. 2020): „Das alles ist nur temporär. Und wenn die Krise vorüber ist, steht die Demokratie auf dem Prüfstand. Denn dann müssen wir so radikal, wie wir jetzt Rechte eingeschränkt haben, sie auch wieder öffnen.“

¹⁹ Dieses Schutzziel betont auch Hase JZ 2020, 698.

²⁰ Bereits am 20. 3. 2020 Ministerpräsident Markus Söder, <https://www.idowa.de/inhalt/bayern-soeder-laedt-zu-pressekonferenz-weitere-beschraenkungen.30b2d0e7-45cf-465b-9dc2-c3d8c777ac07.html>.

ruf und Eigentum, die durch die massenweise *Untersagung oder Erschwerung gewerblicher Tätigkeiten* beeinträchtigt wurden, bis hin zu den reihenweisen *Verschlechterungen im Schutzbereich von Gesundheit und Leben* durch das Verbot medizinischer Behandlungen im großen Stil, etwa durch den Wegfall von geplanten OPs, Rehabilitationsmaßnahmen und die eingeschränkte Versorgung von Alten und Behinderten. Hinzu kamen erhebliche *Einschränkungen in gesetzlichen Rechten* im Bereich von Bildung und Erziehung, die der Staat nicht zuletzt zur Verbesserung der *Geschlechtergerechtigkeit* in den letzten Jahren planmäßig an sich gezogen hatte. Die radikale Vollbremsung aller gesellschaftlichen Tätigkeit wurde dabei mit einer *ökonomischen Belastung* verbunden, die schon nach wenigen Wochen kriegsartige Wendungen vom notwendigen „Wiederaufbau Europas“ und entsprechende Verschuldungsprogramme nach sich zog.

Es muss nun festgehalten werden, dass eine abwägende Zuordnung der genannten, widerstreitenden Rechtsgüter in der ersten Phase der Corona-Krise tatsächlich geradezu planmäßig ausfiel. Das Sterben mit Corona-Infektion wurde zu einem Tabu erklärt, dessen Bekämpfung jeden Preis nicht nur erlaube, sondern geradezu fordere. Dabei lässt sich ohne jeden Aufwand zeigen, dass eine entsprechende Auffassung grundrechtsdogmatisch von allen hierzu bisher vertretenen Ansichten abweicht, ja: mit ihnen wenig zu tun hat. Selbstverständlich ist das *Recht auf Leben kein „Supergrundrecht“*, sondern sogar durch direkte staatliche Eingriffe einschränkbar.²¹ Erst recht ist der Staat nicht verpflichtet, wegen des Schutzanspruchs des individuellen Lebens eine bestimmte Politik zu verfolgen – er darf sogar bewusst in Kauf nehmen, dass Menschen aufgrund staatlicher Entscheidung von fremder Hand sterben.²² Gesundheit und Leben reihen sich anders gewendet in die Reihe von Gewährleistungen ein, die das Grundgesetz so gut als möglich zu schützen bemüht ist, in einem ständigen, diskutablen und revidierbaren Prozess der Zuordnung, Abgrenzung, Hervorhebung und Zurücksetzung.

Sein besonderes Gewicht erhält der Schutz des Lebens als Verfassungsaussage dadurch, dass das Leben nicht verächtlich gemacht oder unter Nützlichkeitsvorbehalt gestellt werden darf.²³ Gerade deswegen sollte man festhalten, dass der *behauptete Vorrang der Gesundheit vor der Freiheit* vor der stolzen Tradition der Grundrechte verstörend wirkt: Immer wieder haben Menschen in aller Welt ihre eigene und fremde Freiheit unter Einsatz ihres Lebens erkämpft oder verteidigt, um nicht zu Untertanen zu werden. Und irritierend ist schließlich auch der Kategorienfehler, *Gesundheit* könnte tatsächlich *durch den Staat zugeteilt und gewährleistet* werden. Dem stehen sowohl die Grenzen menschlichen Tuns überhaupt wie auch die vielfältigen Voraussetzungen einer leistungsfähigen medizinischen Versorgung entgegen.

Lassen sich erste Gründe anführen, warum im Fall der Corona-Krise die üblichen Maßstäbe und Standards bei der

Ermittlung und Zuordnung von Verfassungsrechtsgütern nicht eingehalten wurden? Zunächst dürfte zutreffen, dass Politik wie Teile der Verfassungsrechtslehre ganz von der Macht verstörender Bilder bestimmt waren.²⁴ Etwas spezifischer sind zwei Aspekte, die mit der Struktur der deutschen *Grundrechtsdogmatik* zusammenhängen. Weil die Schutzpflicht für das menschliche Leben dem Staat weite Handlungsspielräume lässt,²⁵ entstand in der Krise anscheinend der Fehlschluss, der große Handlungsspielraum sei mit großen materiellen Freiräumen zur Beeinträchtigung anderer Rechte gleichzusetzen. Das ist aber nun eindeutig nicht der Fall: Bei der Figur des Handlungsspielraums geht es darum, ein bestimmtes Untermaß zu ermitteln – zur besonderen Rechtfertigung von Eingriffen taugt das Argument nicht. Hinzugekommen mag sein, dass der ursprüngliche Ansatz („zu wenig Intensivbetten“) letztlich doch vermischt wird mit dem viel weniger zwingenden, weil unerfüllbaren Ansatz des Individualschutzes („niemand darf Intensivpatient werden“) und für das letztgenannte Ziel das Rechtfertigungspotential der ersten Begründung in Anspruch genommen wird.

Eine weitere, grundsätzlichere Frage zielt darauf, wie es sich mit der robusten Unterstellung verhält, die Freiheit werde nach der Krise „wiederhergestellt“ und suche sich dann schon ihre Wege. Gegen solche schlichten Annahmen ist auf die sehr *anspruchsvolle Verbindung von Innerlichkeit und Äußerlichkeit im Freiheitsverständnis des Grundgesetzes* hinzuweisen. Die äußere Seite, etwa der Versammlungsfreiheit, selbst von Eigentum und Beruf, wird in Deutschland gerne dadurch erhöht und veredelt, dass sich in diesen Handlungsfreiheiten eigentlich *Haltungen* ausdrückten und deren Schutz das eigentliche Ziel sei. Im Prinzip kommunizierender Röhren konnte so umgekehrt das Recht auf „Entfaltung der Persönlichkeit“ als allgemeine Handlungsfreiheit aufgefasst werden, die bei uns – anders als in den meisten Verfassungsstaaten – eben tatsächlich jedes äußerliche Bürgerhandeln als Ausübung eines Grundrechts versteht.²⁶ Das macht zwar nachvollziehbar, dass das politische wie das rechtliche System unbewusst annehmen, dass der essentielle Kern unserer freiheitlichen Ordnung nicht verletzt ist, solange etwa die Meinungsfreiheit gilt – weil die äußere Form der Versammlungsfreiheit in dieser Logik ein vergleichsweise niederes Recht ist, das jedenfalls in einer Situation der Ungewissheit zunächst zurückzustehen habe. Diese *aufsteigende Wertung der Grundrechtsbetätigungen von außen nach innen* verfehlt aber letztlich die Pointe der Freiheit in ganz fundamentaler Weise. Denn Äußeres und Inneres sind typischerweise gerade miteinander verbunden und bilden ein fragiles Ganzes: Der Glaube lebt vom gemeinsamen Gottesdienst, die Meinungsfreiheit von der Erfahrung der Gemeinsamkeit, das „Recht auf Bildung“ von der Begegnung in Klassenräumen und Hörsälen usw.: Nur in der äußeren Form kann sich innere Freiheit zeigen und entfalten. Alles

²¹ Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Detaillierte Übersicht über Einschränkungen bei Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 86 ff., insb. zu final lebensbeendenden Maßnahmen Rn. 96, 98.

²² Zum furchtbaren Dilemma der Schleyer-Entführung BVerfG, 16. 10. 1977 – 1 BvQ 5/77 = BVerfGE 46, 160 = JZ 1977, 750. Überblick über die Schutzpflichtkonzeption bei Ralf Müller-Terpitz, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 71 ff. Genauer müsste man sagen, dass es bei einer Pandemie im Regelfall nicht um Schutz gegenüber einem hinreichend zurechenbaren rechtsgutverletzenden Verhalten Dritter geht, sondern um die (nochmals enger zu beantwortende) Frage eines Leistungsanspruchs gegen den Staat; zu diesem Unterschied etwa Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II, Rn. 96.

²³ Vgl. Udo Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 2004, Art. 2 II, Rn. 9.

²⁴ Zum „Bergamo-Argument“ muss allerdings gesagt werden, dass wir jeden Tag Bilder von entsetzlichem Sterben auf dieser Welt sehen könnten, mindestens so stark von uns verschuldet wie das Pandemiegeschehen. Die introvertierte Sicht auf die deutsche Volksgesundheit gibt der menschenrechtlichen Rede vom Recht auf Leben und Gesundheit einen weiteren bitteren Beigeschmack – von der politischen Kurzsichtigkeit ganz zu schweigen.

²⁵ Statt aller Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte, 36. Aufl. 2020, Rn. 488 ff.

²⁶ BVerfG, 6. 6. 1989 – 1 BvR 921/85 = BVerfGE 80, 137, 152 ff. mit der klassischen Gegenauffassung im Sondervotum Dieter Grimm, S. 164 ff. Zur Grundlegung BVerfG, 16. 01. 1957 – 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32, 36 f. = JZ 1957, 167.

andere führt zur bösen Formel des Biedermeiers „(Nur) Die Gedanken sind frei“ und damit zu *grundrechtlichen Substanzschäden*. Es braucht jedenfalls viel Optimismus, um anzunehmen, dass die komplexe Verbindung von Freiheit und Verantwortung nicht nur aus-, sondern ohne weiteres auch wieder angeschaltet werden kann.

IV. Zur politischen Leistungsfähigkeit grundrechtlicher Perspektiven

Entscheidend ist nun die Einsicht, dass die grundrechtliche Lage eben nicht nur „nachgängig“ von Gerichten (und danach von der Rechtswissenschaft) zu berücksichtigen ist. Ganz im Gegenteil beziehen sich die *Grundrechte und ihr spezifisches Rationalitätspotential* zu allererst auf die Erste und Zweite Gewalt – auch und gerade unter krisenhaftem Handlungsdruck; davon geht nicht zuletzt Art. 1 Abs. 3 GG aus. Der Rechtsstaat funktioniert eben nicht schon dann, wenn Gerichte entscheiden.²⁷ Was wäre das für ein Rechtsstaat, bei dem die tatsächliche Gewährleistung von Freiheit erst von der vorherigen Inanspruchnahme von Rechtsschutz abhängig wäre?²⁸ Rechtsschutz hängt de facto von den Möglichkeiten des Klägers ab: seinen finanziellen Mitteln, seinem zeitlichen Durchhaltevermögen, seinen Kenntnissen über Recht und Gerichte. Aber auch in der Sache wären die grundrechtlichen Gewährleistungsbereiche verkürzt, würde man sie dem Individualrechtsschutz überantworten. Eine freiheitliche Rechtsordnung setzt vielmehr voraus, dass die Grundrechte schon in der Entscheidungs- und Gestaltungsperspektive der Ersten und Zweiten Gewalt angewendet werden und nicht erst auf dem Umweg über Art. 19 Abs. 4 GG wirken.²⁹ Gewaltenspezifisch setzen die Grundrechte freilich unterschiedlich an: Bei der Legislative wirken sie generell-abstrakt, bei der Exekutive individuell-konkret. Der Gesetzgeber wird durch Grundrechte nicht nur thematisch durch Minderheits- und Freiheitsschutz begrenzt, sondern auch umgekehrt zur Ausgestaltung der Freiheit ermächtigt. Die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte dienen ja nicht nur der Konkretisierung der Ermächtigungsgrundlagen, sondern auch der Ausgestaltung des einfachen Rechts im Geiste einer freiheitlichen Rechtsordnung.³⁰ Gesetze sind hier die Verbündeten der Freiheit; und typische Freiheitskonflikte sollen bereits auf einer generell-abstrakten Ebene erkannt, bewältigt und ausgeglichen werden. Die Verwaltung hingegen muss den Grundrechten auf eine individuell-konkrete

Weise gerecht werden. Da der generell-abstrakte Grundrechtskonflikt typischerweise schon durch das Gesetz bewältigt wurde, kann und muss sich die Exekutive nun auf die Einzelfallentscheidung konzentrieren, also auf den situativen, kontextbezogenen Ausgleich zwischen oder mit grundrechtlich geschützten Belangen.³¹

Der entscheidende *Maßstab der Verhältnismäßigkeit* ist in diesem Sinn von vornherein nicht nur ein justizbezogenes Kontrollverfahren für Eingriffe, sondern eine verfassungsrechtliche Maßgabe für Entscheidungen, ein Verhaltensgebot.³² Seine Prüfung nimmt dabei jedoch unterschiedliche Gestalt an, je nachdem ob es um eine generell-abstrakte oder eine individuell-konkrete Rechtserzeugung geht.³³ Im ersteren Fall geht es um Normkonflikte auf der Basis von legislative facts (erkenntnisleitenden Tatsachen, die statistisch aggregiert oder hypothetisch generalisiert werden, aber nicht bewiesen werden können). Im zweiten Fall geht es um Verhaltenskonflikte auf der Basis von im Einzelnen bestimmbar tatsächlichen Freiheitsverkürzungen. Wer den Modus der Abwägung als Teil der Umsetzung der Grundrechte über den Verhältnismäßigkeitsmaßstab kritisiert, sollte die beiden Ebenen auseinanderhalten. Mal geht es um normative Fragen, mal um Tatsachenfragen. In der Kontrolldimension der Urteilsverfassungsbeschwerde ist eine Verhältnismäßigkeitskontrolle tatsächengestützter als bei der (abstrakten) Normenkontrolle, und auch die Rechtsgüterabwägung kann im Angesicht des feststehenden Eingriffs punktuell entschieden werden, während in der abstrakten Normenkontrollperspektive immer ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum verbleibt, der sowohl durch die Regelungsstruktur des Normtyps (Gesetz als generell-abstrakte Rechtserzeugung) wie auch durch die Gewaltendimension (Parlament, Verfahren) ausgelöst wird. Insbesondere ist auch die *Zweckmäßigkeit* immer eine juristische Kategorie gewesen, mit allem was dazu gehört (Ethik, Erfahrung, Effizienz, Kreativität, Mehrheit, Durchsetzbarkeit). Rechtswissenschaft ist auch insoweit nicht auf den schmalen justiziellen Lebensbereich beschränkt, in dem Sachverhalte aufgeklärt sind, über Tatsachenfragen Beweis erhoben werden kann und alles andere in hermeneutischer Eigenverantwortung bleibt. Nur tatsachenbasierte Aussagen für die wissenschaftlich begründbaren zu halten, wäre Ausdruck eines verkürzten Wissenschaftsverständnisses. Manche Disziplinen trauen sich ohne weiteres sogar ziemlich konkrete Aussagen über die Zukunft zu. In der Pandemie haben insofern die Virologen den Ökonomen das Feld streitig gemacht.

Die deutsche Rechtswissenschaft hat in dem Maße einen gesellschaftlichen Einflussverlust erlitten, indem sie sich auf den Code rechtmäßig/rechtswidrig zurückzog und dabei Fragen der Zweckmäßigkeit, der Ethik, der Erfahrung mit den Institutionen und ihren Regelungsarrangements oder auch der Ideologiekritik zugunsten vermeintlich dogmatik-akzessorischer Praxisnähe aus dem Blick verlor. Dass sich die deutsche Staatsrechtslehre so stark mit Grundrechtslehren beschäftigt hat, erklärt sich auch aus dem Umstand, dass man auf diesem Wege jene vernachlässigten Aspekte unter den Bedingungen einer kontrollbasierten, dogmatischen Rechtswissenschaft teilweise, nämlich im grundrechtlichen Zuschnitt, beibehalten konnte.

²⁷ Dass Gerichte entschieden, ist jedoch von einigen Stimmen als wohl hinreichender Beleg gewertet worden, dass „die schützenden Formen und Denkschemata“ funktionieren, so etwa *Rixen* Recht und Politik 2/2020, bei II. 3.

²⁸ Die Wahrnehmung der Demonstrationsfreiheit hing im Frühjahr 2020 praktisch vom Eilrechtsschutz ab, weil Versammlungen an unerfüllbare Hygieneauflagen gebunden und damit de facto grundsätzlich verboten wurden. Entsprechende Sachverhalte werden etwa mitgeteilt von *BVerfG*, 15. 4. 2020 – 1 BvR 828/20; *VG Münster*, 25. 4. 2020 – 5 L 361/20; *VGH B-W*, 23. 5. 2020 – 1 S 1586/20.

²⁹ In der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung haben wir uns vielleicht zu sehr auf die Kontrollperspektive des Richters verengt und darüber die anderen Gewaltendimensionen, die Entscheidungs-, Gestaltungs-, manche sagen auch: die Steuerungsperspektive vernachlässigt. Das war ja auch die Triebfeder für die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ mit ihrer Kritik an der „juristischen Methode“ einer kontrollierenden Dogmatik; vgl. etwa *Ivo Appel* und *Martin Eifert*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 67 (2008), 226 ff., 286 ff.

³⁰ In den Worten von *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 30 „Die Gesetzesabhängigkeit der Grundrechte ist ihrerseits grundrechtsgesteuert.“ Siehe auch *Peter Lerche*, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 1992, § 121.

³¹ Darauf legten *Konrad Hesse* und *Peter Lerche* mit ihren Formeln von der praktischen Konkordanz bzw. dem schonenden Ausgleich gerade wert.

³² Zu letzterem *Matthias Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 293 – 302.

³³ Vertiefend *Oliver Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: *Jestaedt/Lepsius* (Fn. 32), S. 1, 19 ff.

Von dieser Einsicht aus sollte betont werden, dass Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler *Handlungskriterien* anbieten, um „gute“, abgewogene, verantwortbare Entscheidungen zu treffen; grundrechtliche Standards und verhältnismäßiges Handeln einzufordern ist dabei erst einmal ein Mittel, juristische Kategorien einzubringen. Politisch Handelnde sind für wissenschaftlich begründete Entscheidungshilfen und Denkkategorien denn auch in der Regel dankbar, weil sie gerade Entscheidungen mit großer Tragweite eine zusätzliche Legitimität durch Rationalität und Expertise verschaffen, die die genuin politischen Kriterien (ein Zweckmäßigkeitsurteil, das sich auf eine Mehrheit stützen kann und deshalb inhaltlich gerade nicht gerechtfertigt werden braucht) nicht leisten können. Diese relative Rolle der Wissenschaft ist im Übrigen in der Regel auch von den wissenschaftlich seriösen Virologen betont worden. Es ist nun eine gewisse Tragik in der Pandemie-Situation, dass die rechtswissenschaftliche Perspektive von der Politik kaum genutzt wurde. Die Ursachen sind vielfältig. Medial verbreitete Angst trieb Politik zu Übertreibungen, von denen sie nur schwer wieder loskam („Es geht um Leben und Tod“). Die Expertise „der“ Wissenschaft konzentrierte sich bei Virologen und Epidemiologen; schon Mediziner, die auf das Schutzgut Gesundheit einen facettenreicheren Blick haben, hatten es phasenweise schwer. Es will aber nicht einleuchten, warum unter Bedingungen der medizinischen Ungewissheit, unklarer sozialer, ökonomischer und seelischer Folgen Rechtswissenschaftler meinen sollten, sie leisteten dem Gemeinwesen einen Dienst oder drückten ihren Respekt vor den Entscheidungsträgern aus, indem sie sich Zurückhaltung auferlegen. Das Gegenteil ist der Fall – und dafür ist die Corona-Pandemie ein handfestes Beispiel: Schon die Schutzgüterfrage stellen, heißt das Handlungsziel klären zu helfen. Es ging eben nicht um Leben und Tod, sondern um Gesundheitsschutz, also ein relationales Schutzgut, das sich nicht im Entweder-Oder, sondern im Mehr-oder-Weniger, im Je-Desto beweist, das Zielkonflikte bewältigen und Prioritäten bestimmen muss. Dazu müssen aber die konfligierenden Schutzgüter in den Blick genommen werden, sonst wird Gesundheitsschutz absolut, was er der Natur nach schon nicht sein kann.³⁴ Wer sich auf Virologie konzentriert oder für Risikoanalysen zunächst nur auf das Robert-Koch-Institut vertraut, verliert andere Schutzgüter aus dem Blick. Das RKI kann schlechterdings keine Gesundheitsrisiken ökonomisch, sozial, kulturell oder psychisch abschätzen.

Hier ist es geradezu rechtswissenschaftliche Pflicht, über die Grundrechte pluralistische Entscheidungsperspektiven anzumahnen und auf die Wirkungszusammenhänge mit konfligierenden Freiheitsrechten hinzuweisen, über die weitere Belange einbezogen werden müssen. Das ist umso dringlicher, als der organisatorische Zuschnitt der Corona-Krisenstäbe keine demokratisch oder im Verfahren begründete Gewähr dafür bietet, dass die Vielfalt der betroffenen Belange bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Es entschieden Ministerien oder Kabinette – das sind aber Organe, die schon aufgrund ihrer jeweiligen Fach-Zuständigkeiten keine Pluralismusprobleme bewältigen können und sollen und die dazu aufgrund ihres Verfahrens auch gar nicht in der Lage wären.³⁵ Deswegen erwarten wir von der Rechtsverordnung nicht, Grundrechtskonflikte zu lösen. Die Delegations-schranken des Art. 80 GG setzen eine entsprechende Lei-

tung des Gesetzes voraus. In der Pandemie ist allerdings eine Parallelrechtsordnung entstanden, in der das öffentliche Leben flächendeckend durch Rechtsverordnungen geregelt wurde.³⁶ Die Entscheidungsabläufe in den Regierungen führten überdies zu einer Einengung auf „Corona-Kabinette“ oder „task forces“, in denen dann gerade diejenigen Ressorts nicht beteiligt waren, in deren Aufgabenzuschnitt wir heute die negativen Folgen des Shutdowns bilanzieren (Wirtschaft, Soziales, Bildung, Kultur, Geschlechterrollen). In der Vorstellung, Unwissen durch spezielle Stäbe Rechnung zu tragen, wird die Bandbreite der Kriterien, mit denen man der Unsicherheit Herr werden könnte, entscheidend reduziert. Dies kritisch zu thematisieren übernimmt der Weckruf der Grundrechte.

Ähnliches gilt für *Wirkungszusammenhänge*. Naturwissenschaftler misstrauen juristischen Zurechnungslehren, die sie wegen der damit verbundenen Wertungsfragen für zu wenig exakt halten. Gerade bei Ungewissheit, wie wir sie in der Anfangszeit der Pandemie erlebten, als zunächst niemand Genaueres über das Virus, seine Verbreitungswege und -geschwindigkeiten, die Krankheitsverläufe und Therapiemöglichkeiten wusste, sind normative Zurechnungslehren aber elementar wichtige Hilfsmittel, um zu verantwortungsvollen Entscheidungen zu gelangen, weil auf der Basis streng naturwissenschaftlicher Kausalverläufe ersichtlich gar keine Entscheidung getroffen werden kann. Der allgemeine Pandemie-Diskurs aber begnügte sich über weite Strecken entweder mit Modellrechnungen auf der Basis höchster unsicherer, immer wieder veränderter Annahmen (Verbreitung über Aerosole oder über Gegenstände, im Raum/in der frischen Luft, über Kinder etc.), oder man begnügte sich mit einer Äquivalenzkausalität, die den sonst üblichen Kriterien Hohn sprach. Das Sitzen auf der Parkbank wurde zur Gefahrenquelle, nicht nur für den Nachbarn, sondern letztlich für das ganze Gesundheitssystem; und die Schließung von Blumen- oder Buchläden wurde verfügt, ohne dass Abstand oder Kapazität angeführt werden konnten. Wer den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwendet, erhält also Kriterien, die die unübersichtlichen Wirkungszusammenhänge klären helfen. Wenn zentrale Entscheidungsparameter unklar sind, hilft eine Orientierung an der Verhältnismäßigkeit, um mit Unsicherheit fertig zu werden.

Schließlich sei auf die *Zeitkomponente* verwiesen, die grundrechtlich abgebildet werden kann. Die Entscheidungsstruktur der Verhältnismäßigkeit überführt die Schutzgüter bekanntlich in eine je-desto-Perspektive: Je intensiver der Eingriff, desto schwerer die Rechtfertigung. Je mehr Tatsachen vorliegen, desto strenger die Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung und desto punktueller und damit ergebnisrelevanter die Rechtsgüterabwägung. Juristen können also mit einer *Wissensdynamik in der Zeit* umgehen, weil ihre Entscheidungsparameter in der Lage sind, viele Belange gleichzeitig zu berücksichtigen, Wirkungszusammenhänge gewichtend zu betrachten und Kontingenzen, also auch Erkenntnisdefiziten, innerhalb des Entscheidungsprozesses Rechnung zu tragen.

Grundrechtliche Denkkategorien beweisen sich daher gerade auch in der Entscheidungsperspektive, nicht bloß in der Kontrollperspektive, und sie funktionieren gerade auch unter Ungewissheitsbedingungen, weil die Relationalität der Kriterien Erkenntnisdefizite auffangen kann, indem sie manche Parameter strenger oder duldsamer gewichtet. Eine Hal-

³⁴ Siehe bereits oben III.

³⁵ Vgl. Gärditz/Abdulsalam GSZ 2020, 108.

³⁶ Siehe näher unten V., VI. Zu den Parallelstrukturen siehe auch Lepsius Recht und Politik 3/2020.

tung hingegen, die Handeln (und Kontrolle) erst auf der Basis gesicherter Erkenntnis erlaubt, wird schlechte Risikoentscheidungen treffen, weil sie schon nicht das Wissen gewinnt, das sie als handlungsleitende Erfahrung braucht.³⁷ Für die Sicherung politischer Handlungsspielräume ist die Pluralisierung von Expertenstandards im Übrigen unverzichtbar. Neben Virologen können und müssen Sozialmediziner, ebenso aber eben auch Juristen treten. Wie positiv nahm die Politik etwa die hier stellvertretend zu nennende Gütersloh-Entscheidung des OVG Münster auf, das eine Verordnung nur Stunden vor ihrem Zeitablauf als unverhältnismäßig aufgehoben hatte.³⁸ Über die grundrechtliche Verhältnismäßigkeit gerieten nämlich Entscheidungsparameter in den Blick, die die politischen Handlungsmöglichkeiten erweiterten: Man muss punktuellere und zeitlich präzisere Maßnahmen wählen (infektionsabhängig bestimmte Gebiete, nicht politische Zuständigkeitsräume; Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten). Wie soll Politik sonst von dem einmal absolut gesetzten Gesundheits- und Lebensschutz, den dadurch erzeugten Ängsten in der Bevölkerung oder den maximalistischen Erwartungen, die über die Medien transportiert werden, wieder herunterkommen? Wie entsteht ein Diskurs über hinzunehmende Risiken? Insofern leistet der Grundrechtsbezug für das politische System Entscheidendes, weil er die Entscheidungskriterien verbreitert und qualitativ ausrichtet. Gerichte allein freilich können das mit ihren Mitteln nicht leisten, denn sie greifen erst ein, nachdem Entscheidungen getroffen worden sind. Die Stimme der Grundrechte zu erheben ist hier eine Bringschuld, die die Rechtswissenschaft dem Gemeinwesen schuldig ist.

V. Zur Lage der parlamentarischen Gesetzgebung

Die Notwendigkeit, den Ordnungsanspruch der Verfassung auch in einer Phase der Unsicherheit zu betonen, zeigt sich daneben und vielleicht sogar vor allem im Verfassungsorganisationsrecht. Denn es enthält die fundamentalen Regeln über die Verfahren und Formen politischer Entscheidungen. Werden hier im Windschatten einer vermeintlichen Ausnahmesituation Änderungen vorgenommen, so weist das über die aktuelle Krise hinaus.

Im März 2020 hat die „Stunde der Exekutive“ zunächst im Infektionsschutzrecht geschlagen, aus der Stunde sind unterdessen Monate geworden. § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG ermächtigt das Bundesministerium für Gesundheit u. a., „Ausnahmen“ von den parlamentsgesetzlichen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (Nr. 3), des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes, des Sozialgesetzbuchs V, des Transfusionsgesetzes sowie nicht näher benannter medizinerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Regelungen (Nr. 4) vorzusehen. Auch darf es durch Rechtsverordnung „Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung in ambulanten Praxen, Apotheken, Krankenhäusern, Laboren, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen und in sonstigen Gesundheitseinrichtungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben“ (Nr. 7) sowie „abweichende Regelungen“ von nicht näher definierten Vorschriften der „Berufsgesetze der

Gesundheitsfachberufe“ (Nr. 10) regeln. Gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 IfSG tritt eine auf Grund von § 5 Abs. 2 IfSG erlassene Rechtsverordnung mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag (§ 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG) außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. 3. 2021, Verlängerung allerdings nicht mehr ausgeschlossen.

Wenn Rechtsverordnungen „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von pauschal benannten Parlamentsgesetzen zulassen, so erscheint es nicht gänzlich fernliegend, die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für das Verhältnis zwischen Parlamentsgesetz und Rechtsverordnung aufzurufen. Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können Gesetze zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, wenn sie gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. Art. 80 Abs. 1 GG steht im historischen Kontext der „leidvollen Erfahrungen deutscher Verfassungsentwicklung“³⁹ und fungiert als „bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- [...] und Demokratieprinzips“⁴⁰. Er sollte, so *Fritz Ossenhühl*, „der ‚Ermächtigungsgesetzgebung‘ einen Riegel vorschieben und eine geräuschlose Verlagerung der Rechtsetzungsmacht auf die Exekutive sowie die damit verbundene Veränderung des Verfassungssystems verhindern“.⁴¹ Das Parlament darf sich aus diesem Grunde, so das *BVerfG*, nicht „durch eine Blankoermächtigung an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten“.⁴²

Dieser verfassungsrechtliche Maßstab war bislang unbestritten, und es ist daher auch nicht zu verweigen, ihn an Gesetze wie § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG anzulegen, die den Verordnungsgeber ermächtigen, von ihnen abzuweichen. Das *BVerfG*⁴³ und die überwiegende Meinung im Schrifttum⁴⁴ halten solche gesetzesvertretenden Verordnungen zwar grundsätzlich für zulässig. Aber das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG setzt ihnen Grenzen. Der parlamentarische Gesetzgeber muss „durch die Ermächtigung selbst entscheiden, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen“. Das *BVerfG* hat diese Vorgabe in mehreren Dimensionen entfaltet: einem *Selbstentscheidungsvorbehalt* des Parlaments, das die „Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben [muss], welchem Ziel sie dienen soll“; einer *Programmfestsetzungspflicht*, die den Gesetzgeber anhält, der ermächtigten Stelle ein „Programm“ an die Hand zu geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll, und schließlich dem hier besonders virulenten *Vorhersehbarkeitsgebot*, wonach bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein muss, „in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Ver-

³⁷ Klassisch dazu *John Dewey*, Die Suche nach Gewißheit, 1998 (1929), S. 41, 50 ff., 72.

³⁸ OVG Münster, 29. 6. 2020 – 13 B 940/20.NE.

³⁹ *Fritz Ossenhühl*, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 2.

⁴⁰ *BVerfG*, 19. 9. 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 = *BVerfGE* 150, 1, 100.

⁴¹ *Fritz Ossenhühl*, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 2.

⁴² *BVerfG*, 19. 9. 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 = *BVerfGE* 150, 1, 100.

⁴³ *BVerfG*, 6. 5. 1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 = *BVerfGE* 8, 155, 170 f. und *BVerfG*, 4. 5. 1977 – 2 BvR 509/96 und 2 BvR 511/96 = NJW 1998, 670.

⁴⁴ *Hartmut Bauer*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG II, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 20; *Thomas Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 11; *Barbara Remmert*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 2013, Art. 80 Rn. 91, 99; *Astrid Wallrabenstein*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), GG II, Art. 80 Rn. 10. – Kritisch allerdings *Arnd Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 420 ff.

halten darauf einstellen können“.⁴⁵ Das *BVerfG* ist sogar so weit gegangen, dass in einer Rechtsverordnung „niemals *originärer* politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen“ dürfe.⁴⁶

Das Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG begründet also nicht nur ein politisches Gestaltungsrecht, sondern im Verhältnis zur Exekutive auch eine Gestaltungspflicht des parlamentarischen Gesetzgebers. Für die Ermächtigung zu gesetzesvertretenden Verordnungen gilt dies in ganz besonderem Maße, denn diese sollen an die Stelle von Regelungen treten, die Ausdruck seines legislativen Willens sind. Das meint das *BVerfG*, wenn es die Grenzen der Zulässigkeit gesetzesvertretender Verordnungen überschritten sieht, „wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, dass sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt“.⁴⁷ Die Rechtsprechung hat gesetzliche Ermächtigungen zu gesetzesvertretenden Verordnungen dementsprechend bislang nur für verfassungsgemäß erklärt, soweit sie Abweichungen von konkret bezeichneten gesetzlichen Vorschriften zuließen.⁴⁸ Die Beschränkung auf konkret bezeichnete Einzelbestimmungen in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ist notwendig, um den politischen Gestaltungsprimat des parlamentarischen Gesetzgebers zu wahren. Sie dient aber auch der rechtsstaatlichen Klarheit: Schon jetzt gibt es auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG eine ausschweifende „Nebengesetzgebung“⁴⁹, die dazu führt, dass man nicht mehr sicher sein kann, ob das im „Hauptgesetz“ Geregelter tatsächlich gilt.

Der Kritik an dieser Achsenverschiebung wird die Existenz von doch selbstverständlich anerkannten Experimentierklauseln entgegengehalten.⁵⁰ Aber weder die Existenz von Gesetzesrecht noch sozialtechnokratische Meta-Floskeln (wie „komplexe, zerklüftete und uneinheitliche Sozialbereiche“⁵¹) ersetzen den verfassungsrechtlichen Maßstab. Sie verstellen allenfalls den Blick darauf, dass es hier um etwas kategorial anderes geht als bei Experimentierklauseln. Die Ermächtigungsgrundlagen in § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG erlauben ohne jede Differenzierung Ausnahmen und Abweichungen von allen Normen der dort bezeichneten Gesundheitsgesetze. Da dazu auch das Infektionsschutzgesetz selbst gehört, könnte selbst § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG suspendiert werden. Bezogen auf die gesetzlichen Normen, die durch die Verordnung modifiziert werden können, handelt es sich also um eine Blankovollmacht, die weitaus mehr als 1000 Vorschriften umfasst. Hinzu kommt, dass die Ermächtigungsgrundlagen entweder gar keine Voraussetzungen für die

„Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von den Gesetzen beinhalten (Nr. 4 lit. a, 7, 8 und 10) oder so weit gefasst sind (Nr. 3: „um die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten“), dass sich nicht erkennen lässt, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen sie aktiviert werden sollen. Gesetze, die ein Ministerium weitgehend schrankenlos nicht nur konkretisieren, sondern auch aufheben kann, lassen sich aber mit dem Maßstab der Bestimmtheit i. S. von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr erfassen.⁵²

Diese Verlagerung (grundrechts-)wesentlicher Entscheidungsbefugnisse auf eine gesetzlich nicht angeleitete Exekutive ist in der Öffentlichkeit weitaus weniger wahrgenommen worden als die Grundrechtseingriffe durch Ausgangs- und Kontaktsperren. Dabei verschieben die Rechtsverordnungsermächtigungen die Achsen der horizontalen Gewaltbalance, die durch das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip ausgeformt werden, erheblich. Sie schwächen vor allem die Opposition im Bundestag, die dadurch von der Krisengesetzgebung ausgeschlossen wird. Wer das verkennt, ja wer unterschlägt, dass die zunächst in den Medien geäußerte Kritik an § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG nicht nur in ersten Stellungnahmen im Schrifttum,⁵³ sondern auch von den Wissenschaftlichen Diensten des Bundestages⁵⁴ aufgegriffen wurde, der liefert ungewollt den Beleg dafür, wie notwendig es ist, dass die Verfassungsrechtswissenschaft gerade in einer Krise die verfassungsorganisationsrechtlichen Maßstäbe und, wie bei Art. 80 Abs. 1 GG, ihre historischen Kontexte und staatsfundamentalen Funktionen zum Gegenstand eines öffentlichen Diskurses macht. Dabei geht es auch um die Gefahr der Verstetigung exekutiver Stunden. Dass diese Gefahr virulent ist, belegt ein jüngster Gesetzentwurf der Regierungskoalition. Vorgeschlagen wird ein neuer § 52 Abs. 4 BWahlG, der das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat ermächtigen soll, im Falle einer Naturkatastrophe oder eines ähnlichen Ereignisses höherer Gewalt durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates von den Bestimmungen über die Aufstellung von Wahlbewerbern abweichende Regelungen zu treffen, um die Benennung von Wahlbewerbern ohne Versammlungen zu ermöglichen.⁵⁵ Man scheint sich allmählich an die Gesetzgebung durch ministerielle Notverordnungen zu gewöhnen. Während man bislang noch sagen konnte, es gehe doch nur um Detailfragen des Infektionsschutzrechts (und auch das stimmt nicht, es geht auch um sensible Fragen wie eine Deregulierung des Arzneimittelzulassungsrechts), geht es beim Wahlrecht dann um das demokratische Eingemachte. Wenn die Vorbereitung der Wahl zur Disposition der Exekutive gestellt wird, so genügt das nicht der vom *BVerfG* eingeforderten „strikte[n] rechtliche[n] Regelung der Vorbereitung und Durchführung der Wahl“, die der „Bedeutung der Wahl zum Deutschen Bundestag als Ausgangspunkt aller demokratischen Legitimation wie auch der Gewährleistung des aktiven und passiven Wahlrechts“⁵⁶ entspricht.

⁴⁵ *BVerfG*, 19. 9. 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 = *BVerfGE* 150, 1, 101; ferner etwa Michael Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 40; Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 13.

⁴⁶ *BVerfG*, 8. 6. 1988 – 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86 = *BVerfGE* 78, 249, 273; Hervorhebungen im Original.

⁴⁷ *BVerfG*, 6. 5. 1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 = *BVerfGE* 8, 155, 171.

⁴⁸ *BVerfG*, 6. 5. 1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 = *BVerfGE* 8, 155, 171.

⁴⁹ Vgl. die Zusammenstellung der auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ser-vice/gesetze-und-verordnungen.html>.

⁵⁰ Hase JZ 2020, 700. Die dort von Hase zitierte Arbeit von Volker Maaß, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, hält solche Experimentierklauseln übrigens entgegen dem von Hase erzeugten Ersteindruck nicht durchgängig für verfassungsgemäß, vgl. nur die dortigen Ausführungen auf den S. 131, 137 ff. zu § 11 Abs. 4 GO LSA.

⁵¹ Hase JZ 2020, 703.

⁵² Möllers, <https://verfassungsblog.de> vom 26. 3. 2020.

⁵³ Gärditz/Abdulsalam GSZ 2020, 114 f.; Mayen NVwZ 2020, 831 ff.; Michl JuS 2020, 509; stark dahin tendierend auch Rixen NJW 2020, 1103 f.: „dürften die Grenzen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG [...] überschritten sein“, sowie zumindest skeptisch auch Meßling NZS 2020, 323 f. – Gegenstimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur liegen bislang nicht vor.

⁵⁴ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD3–3000–080/20, S. 7.

⁵⁵ BT-Drucks. 19/20596.

⁵⁶ *BVerfG*, 20. 10. 1993 – 2 BvC 2/91 = *BVerfGE* 89, 243, 250 f.

VI. Zur exekutiven Rechtsetzung durch Landesregierungen: Verfassungsvorgaben für Handlungsformen als konkretisierter Grundrechtsschutz und Demokratieermöglichung

Doch nicht nur die Ermächtigung zum Normerlass in § 5 Abs. 2 Satz 1 IfSG lässt nach verfassungsrechtswissenschaftlicher Orientierung fragen, sondern auch der Umgang in der Praxis mit §§ 28 ff., § 32 IfSG. Hier findet sich in § 28 IfSG eine infektionsschutzrechtliche Generalklausel, die mit reichsspezifischen Modifikationen der üblichen Logik des Gefahrenabwehrrechts folgt.⁵⁷ Der Staat muss gerade in einem so facettenreichen und potentiell hochdynamischen Feld wie Infektionserkrankungen für alle Fälle gerüstet sein, um effektiv Gefahrenabwehr und -vorsorge treffen zu können. Folgerichtig sieht das IfSG zunächst eine weitgehend unkonturierte Eingriffsermächtigung für die zuständigen Infektionsschutzbehörden vor (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG) – und damit nach der Logik des Grundgesetzes (Art. 83 GG) für Stellen der Landesverwaltung. Sie dient zugleich als Anknüpfungspunkt für eine Ermächtigung der Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen (§ 32 IfSG).

Auf dieser Grundlage wurde der weitreichende Shutdown des öffentlichen Lebens in Deutschland Mitte März rechtlich orchestriert. Ursprünglich gedacht waren die in §§ 28 ff. IfSG vorgehaltenen Instrumente für kleinräumigere und kleingliedrigere Interventionen. Doch beim Hochschnellen der COVID-19-Infektionszahlen im Frühjahr standen keine anderen juristischen Grundlagen, kein Tableau feinsinnig-detailliert ausformulierter parlamentsgesetzlicher Regelungen für die erforderlichen staatlichen Interventionen zur Verfügung. In schneller Folge wurden auf §§ 28 ff. IfSG gestützt umfassende, alle Bereiche des öffentlichen Lebens erfassende, im Detail immer wieder neu formulierte Verhaltensanforderungen und -verbote in allen Bundesländern erlassen. Einige Länder wählten hierbei zunächst die Handlungsform der Allgemeinverfügung. Doch schnell setzten sich Zweifel durch, ob landesweit geltende abstrakt-generell formulierte Verhaltenspflichten wie eine Ausgangsbeschränkung als Verwaltungsakt erlassen werden können.⁵⁸ So wurde die Handlungsform der Rechtsverordnung zum Instrument der Stunde. § 32 IfSG ermächtigt hierzu die Landesregierungen, die ihrerseits Subdelegationen, etwa an das für Gesundheit zuständige Ressort vorsehen können. Daran hat sich bis heute nichts geändert.

Aus verfassungsrechtswissenschaftlicher Sicht wirft diese fortdauernde Praxis Rückfragen auf, die teils dezidiert ihre Verfassungswidrigkeit fokussieren, teils aber auch jenseits des binären Schemas verfassungswidrig/verfassungsmäßig verortet sind. Denn primäre Aufgabe der Verfassungswissenschaft ist schließlich nicht das Lösen von konkreten Fällen (auch wenn die wissenschaftliche Juristenausbildung darauf vorbereitet), sondern darüber hinausgehende Beschreibungs- und Erklärungsleistungen zu erbringen, etwa potentielle Veränderungen in Verfassungsdogmatik und Verfassungskultur zu beobachten oder deren etwaige Folgewirkungen für das politische System und die politische Integration zu thematisieren.

Die zurückliegende Praxis im Umgang mit §§ 32, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG bietet so gesehen reichlich Stoff für die Staatsrechtslehre: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ermächtigung zu exekutiver Rechtsetzung schützen die demokratisch-legitimatorische Prerogative des unmittelbar vom Volk gewählten Parlaments und sind zugleich Ausfluss des grundrechtlich fundierten Wesentlichkeitsvorbehalts. Sowohl in legitimatorischer als auch in grundrechtlicher Hinsicht muss man problematisieren, ob und inwieweit die infektionsschutzgesetzliche Ermächtigung des § 32 IfSG im Lichte der bisherigen Verwaltungspraxis den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genügt. Ist möglicherweise in der rechtlichen Bewertung zwischen einer frühen Pandemiephase, in der hochgradige Ungewissheit über Infektionsablauf und Infektionsdynamik bestand, und einer anschließenden Phase vorläufiger Konsolidierung zu unterscheiden?⁵⁹ Greift auch im pandemiebekämpfenden Infektionsschutzrecht der allgemeine Grundsatz des Gefahrenabwehrrechts, dass neue Standardmaßnahmen nach einer Phase des Experimentierens und Sich-Bewährens einer spezial- und damit parlamentsgesetzlichen Grundlage bedürfen?⁶⁰ Es geht insoweit um Kernfragen demokratischer Legitimation und effektiver Grundrechtsbindung staatlichen Handelns. Wer fordert, ihre Thematisierung für Zeiten nach der COVID-19-Pandemie aufzuschieben, bezugt ein bizarr-verqueres Verständnis sowohl des Verfassungsrechts als auch seiner wissenschaftlichen Behandlung.

Die bisherige Praxis pandemiebekämpfender Rechtsverordnungsregime der Länder bietet aber Untersuchungsmaterial, das über Vorgaben zur Ermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 GG weit hinausreicht: Sie bietet zunächst einen Testfall für Untersuchungen zu Stärken und Schwächen des bundesdeutschen Föderalismus. Die Föderalisierung der Pandemiebekämpfung über den Verwaltungsvollzug hinaus auch in den Bereich der Rechtsetzung hinein hat eine flexible, an regionale Lagen angepasste legislative Reaktion ermöglicht.⁶¹ Diese hat aber in der bisher praktizierten Form auch ihren Preis in Form einer weitreichenden Entparlamentarisierung der Gesetzgebungsarbeit – und das ausgerechnet beim intensivsten flächendeckenden Grundrechtseingriff unter dem Grundgesetz in einer historischen Schicksalsfrage unseres Gemeinwesens.⁶²

Diese Entparlamentarisierung folgte einem zumindest für die Anfangszeit nachvollziehbaren Pragma und fügte sich in das Ziel des IfSG der effektiven infektionsspezifischen Gefahrenabwehr. Je mehr sich aber das Infektionsgeschehen (in aller Vorläufigkeit) konsolidierte und je breiter die Wissensbasis über Infektionsverläufe wurde, desto mehr treten „Folgekosten“ in den Blick, die sich auch aus verfassungswissenschaftlicher Perspektive beschreiben lassen:⁶³ Staatliche Pandemiebekämpfung ist schließlich mehr als technokratischer Vollzug epidemiologischer Handlungs-

⁵⁷ Im Überblick etwa *Rixen* NJW 2020, 1097 ff.

⁵⁸ *VG München* COVuR 2020, 163; zum Problem z. B. auch *Gärditz/Abdulsalam* GSZ 2020, 111.

⁵⁹ Überlegungen in dieser Richtung im Gespräch zwischen *Hans Michael Heinig* und *Christian Waldhoff* in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), *Stresstest für die Verfassungsordnung*, 2020, S. 5, 7 und öfter.

⁶⁰ Zum Verhältnis Generalklausel/Standardmaßnahme eingehend und m. w. N. *Friedrich Schoch*, in: *ders.* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2018, S. 12, 79 f. Aus der Rspr. siehe dazu nur *BVerwG* NVwZ 2002, 598, 601 f.

⁶¹ *Gärditz/Abdulsalam* GSZ 2020, 110, auch zu Gefahren einer politisch-kompetitiven Föderalisierung.

⁶² Zur Möglichkeit einer Re-Parlamentarisierung mittels Art. 80 Abs. 4 GG *Birkner* ZRP 2020, 157 ff.

⁶³ Bemerkenswert blind für diese Fragen *Hase* JZ 2020, 697 ff., dessen Ausführungen insoweit weniger Diagnose als Ausdruck einer „Krise des Verfassungsdenkens“ (703) sind.

anweisungen. Sie erfordert komplexe Folgenabschätzungen auf Grundlage normativer Wertungen, die ihrerseits legitimer Weise gesellschaftlich umstritten sind. Exekutiver Normerlass unterscheidet sich dabei erheblich von der parlamentarischen Gesetzgebung mit den ihr eigenen Verfahren und performativen Ritualen: Parlamente erlauben eine andere Politisierung, bieten eine andere Bühne der Konfliktaustragung und damit auch – Stichwort: „Legitimation durch Verfahren“⁶⁴ – der Akzeptanzgenerierung. Mit den potentiell retardierenden Verfahrensschritten parlamentarischer Gesetzgebung sind Instrumente der Qualitätssicherung verbunden, die in der exekutiven Rechtsetzung, zumal wenn sie in einem einzelnen Ressort unter höchstem zeitlichen Druck erfolgt, auszufallen drohen.⁶⁵ Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung ermöglicht parlamentarische Gesetzgebung systemisch die rechtsstaatliche Ausdifferenzierung zwischen normsetzenden und normausführenden staatlichen Organen.⁶⁶ Zugleich erhöht ein Parlament auf eigene Weise die Chance der Berücksichtigung heterogener Interessen und ihres sachgerechten Ausgleichs. Im Kontrast dazu steht die bisherige Praxis der pandemiebekämpfenden Rechtsverordnungen in der Gefahr, bei der Identifikation und Gewichtung legitimer Interessen strukturelle Unwuchten zu etablieren, insbesondere wenn eine Subdelegation an ein einzelnes Fachressort erfolgte und nicht die Landesregierung als Kollegialorgan handelte. Die spezifische Ressortlogik droht sich dann unabgeglichen und einsinnig durchzusetzen. Die Anforderungen an eine Ermächtigung zur exekutiven Rechtsetzung nach Art. 80 GG dient so gesehen auch dazu, systemisch abzusichern, dass die Komplexität der Wirkungs- und Folgeketten staatlicher Interventionen in hochmodernen Gesellschaften hinreichend bedacht wird. Solche „Leistungen“ des Verfassungsrechts in Erinnerung zu rufen, ist vornehmste Aufgabe seiner wissenschaftlichen Behandlung – auch, ja gerade in der Dynamik einer Gesundheitskrise, die alle Lebensbereiche der Gesellschaft direkt oder mittelbar erfasst.

VII. Zur Bedeutung demokratischer Formen und Verfahren

Auch die Verfassungsrechtswissenschaft wird der eigenen Formen mitunter müde, sie sucht nach der Realität hinter oder unter diesen und wendet sich der Lösung vermeintlich echter Sachprobleme zu. Die Corona-Krise lädt zu einer solchen Strategie ein, die freilich viel älter und in unterschiedlichen methodischen Varianten geläufig ist: Von der rechtsrealistischen Unterscheidung zwischen *law in books* and *law in action*⁶⁷ über die Anrufung der Wirklichkeit in den Weimarer Debatten und danach⁶⁸, der Suche nach der „Ordnung“ hinter der Verfassung⁶⁹ bis zur vermeintlich bloß „dienenden“ Funktion des Verfahrens im öffentlichen Recht⁷⁰. Und warum sollte man nicht auf Formen verzichten, um Leben zu retten?

Freilich führt die Unterscheidung zwischen Form und Inhalt oder gar die zwischen juristischer Form und politi-

scher Wirklichkeit schnell in die Irre. Rechtliche Formen sind nicht einfach inhaltsneutral und politische Macht muss sich im Verfassungsstaat immer aus Formen herleiten. Der Minister ist Minister, weil er in einem verfassungsrechtlichen Verfahren dazu gemacht wurde. Schon deswegen ist die Vorstellung, eine Krise wie die vorliegende bedürfe eines schnellen und entschlossenen politischen Zugriffs ohne falsche Förmelerei, nicht allein rechtsstaatlich indiskutabel, sondern auch faktisch-praktisch überprüfungsbedürftig. Vor den Augen der Weltöffentlichkeit baute sich die Bedrohung durch das Virus seit den letzten Tagen des Februars 2020 auf, ohne dass man zu irgendeinem Zeitpunkt den Eindruck gehabt hätte, eine Maßnahme hätte aufgrund gebotener Eile nicht durch ein parlamentarisches Verfahren laufen können. Ganz im Gegenteil waren die Entscheidungen in der Bundesrepublik Produkt eines informellen, aber deswegen nicht besonders zügigen Abstimmungsverfahrens zwischen den Regierungschefs von Bund und Ländern. Dass die parlamentarische Debatte durch exekutiv-föderale Aushandlungsprozesse so vollständig ersetzt werden konnte, sagt einiges über die Struktur des politischen Systems der Bundesrepublik,⁷¹ viel weniger über die Notwendigkeit schneller Lösungen in extremen Krisen.

Die Einhaltung von verfassungsrechtlichen Verfahrensformen und Verfahrensvorgaben wie Gesetzesvorbehalten und Delegationsgrenzen erscheint dabei gerade in einem Moment besonders wichtig, in dem der politische Prozess wegen allgemeiner Verunsicherung viel Vertrauen der Öffentlichkeit in Anspruch nehmen muss. Die entscheidende Frage lautet dann nicht, ob der Staat in der Krise mehr tun muss bzw. darf als sonst. Ein solches „Mehr“ ist im Rechtsstaat nicht vorgesehen, dieser verbietet in *Luhmanns* Worten den Schluss vom Zweck auf das Mittel.⁷² Die Frage lautet vielmehr, ob der Staat, der für sich in Anspruch nimmt, legal, aber innerhalb dieser Legalität ausgreifend zu regeln, und der damit auch Vertrauen in seine guten Absichten in Anspruch nimmt, nicht deswegen besonders streng mit den Formvorgaben der Legalordnung umgehen muss. Diese Strenge dient der Bewahrung der normativen Integrität des politischen Systems. Sie dient aber auch der Erreichung der Ziele selbst, weil die Exekutive auf öffentliches Vertrauen angewiesen ist, um sie durchsetzen zu können.

Dass solche Überlegungen nicht akademische Übungen sind, belegen ganz unterschiedliche Phänomene. So ist zu fragen, ob der Protest gegen die staatliche Pandemiebekämpfung im Moment auch deswegen so vehement und irrational verläuft, weil formalisierte parlamentarische Artikulationsmöglichkeiten in den letzten Monaten zu kurz gekommen sind. Selbst wo sie möglich waren, zählten sie wenig, war der Ort der Entscheidung doch in die Exekutive gewandert. Eine solche Spekulation hat jedenfalls eine zentrale verfassungsrechtliche Funktion parlamentarischer Verfahren auf ihrer Seite: Diese dienen nicht zuletzt dem Zweck, der Minderheit, die sich nicht einverstanden weiß, eine institutionelle Plattform zu geben und sie dadurch in das System zu integrieren. Das setzt voraus, dass parlamentarisch entschieden wird. Nochmals zur Erinnerung: Über die materiell-rechtlichen Grundlagen der Eingriffe der letzten Monate wurde im Bundestag kein einziges Mal debattiert. Der Bundestag legte ganz im Gegenteil Wert auf die Feststellung, dass die vorgenom-

⁶⁴ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

⁶⁵ Anschauliche Beispiele für gravierende handwerkliche Mängel bei *Birkner* ZRP 2020, 157 f.

⁶⁶ Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008.

⁶⁷ Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44, 1910, S. 12–36.

⁶⁸ Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994.

⁶⁹ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1922; *Hase* JZ 2020, 697, 698 ff.

⁷⁰ Christian Quabeck, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010.

⁷¹ Unübertroffen *Gerhard Lehbruch*, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl. 2000; siehe auch *Florian Meinel*, *Vertrauensfrage*, 2019.

⁷² *Luhmann* *VerwArch* 56 (1965), 301, 308.

mene Änderung der Ermächtigungsgrundlage im IfSG nur „aus Gründen der Normenklarheit“ erfolgt sei.⁷³

Konkreter zeigt sich der Zusammenhang zwischen funktional notwendigem Vertrauen der Öffentlichkeit und der Einhaltung formalisierter Beschränkungen beim Umgang mit personenbezogenen Daten. Wer die datenschutzwidrige Verwendung von zur Pandemiebekämpfung erhobenen Daten, etwa in der Gastronomie, für die allgemeine Strafverfolgung für zulässig erklärt, darf sich über falsche Angaben nicht wundern.⁷⁴ Hier fallen Mangel an legaler Form und Mangel an politischer Klugheit zusammen. Das Datenschutzrecht dient eben auch der Zuverlässigkeit des staatlichen Datenbestandes. Für Leser rechtssoziologischer Literatur ist dies keine große Überraschung.⁷⁵

Rechtlich greifbar wird dieser Zusammenhang schließlich bei der Handlungsform der durch die Länder gewählten Beschränkungen. Griffen manche Landesregierungen zunächst aus Gründen der einfacheren Verkündbarkeit zur Allgemeinverfügung, kreierte also Verwaltungsakte mit einem millionenfachen Adressatenkreis, so setzte sich letztlich die Rechtsverordnung als Standardform durch. Diese Rechtsverordnungen haben freilich mit Allgemeinverfügungen gemeinsam, dass sie unmittelbar in die Rechte der Adressaten eingreifen und keines administrativen Zwischenschritts mehr bedürfen. Materiell sind es doch aggregierte Verwaltungsakte. Zum Problem wird dies, weil für verschiedene Handlungsformen unterschiedliche, auf die Eingriffswirkung zugeschnittene Verfahrens- und Begründungsformen vorgesehen sind. Verwaltungsakte bedürfen einer Begründung nur dann nicht, wenn sie eine spezifische Breitenwirkung entfalten (§ 39 Abs. 2 Nr. 3 und 5 VwVfG), Rechtsverordnungen dagegen kennen kein Begründungserfordernis.⁷⁶ Sie beziehen ihre Rechtfertigung zuvörderst aus der gesetzlichen Ermächtigung, im deutschen Recht selten aus gesonderten Verfahren.⁷⁷ Gesetze sind in der Regel nicht begründungsbedürftig, sie entstehen aber in einem diskursiven Verfahren, in dem unterschiedliche Positionen im Parlament zum Ausdruck kommen, so dass es möglich ist, das mit einem Gesetz verbundene politische Anliegen zu verstehen.

Die zur Pandemiebekämpfung beschlossenen Einschränkungen stellen sich damit als praktisch begründungslose Massenverwaltungsakte mit immenser Eingriffswirkung dar, deren einzige Kontextmaterialien die Pressekonferenzen sind, in denen sie der Öffentlichkeit kursorisch vorgestellt wurden, während die entscheidenden Diskussionen zwischen Bundes- und Landesregierungen nur in Form anekdotischer Presseberichterstattung an die Öffentlichkeit gelangten. Dass dies nicht nur ein ästhetisches Problem ist, zeigte sich bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Verordnungen, die nicht zuletzt deswegen beträchtlich an Intensität zunahm, weil es für die Verwaltungsgerichte nicht ganz einfach war, Eingriffe ohne formalisierte Rechtfertigung konstruktiv auszulegen. In welcher Weise dienten Typisierungen wie die nach Verlaufsflächen der öffentlichen Gesundheit? Garantiert die Fläche Abstand und Distanz oder nicht ganz im Gegenteil Massenkundschaft und erhöhte Infektions-

gefahr?⁷⁸ Gerade an dem Punkt der Entwicklung, an dem die Allgemeinheit der Einschränkungen durch ein kompliziertes Ausnahmeregime ersetzt wird, führte der Begründungsman- gel zu Gleichheitsproblemen und im Ergebnis zur Aufhebung oder einschränkenden Auslegung vieler Verordnungen. Auch hier wäre Verfahrensstrenge das effektivere Mittel gewesen, freilich hätte sich dieser Weg wohl nur unter Beteiligung des parlamentarischen Gesetzgebers eröffnet. So mag die Krise ganz grundsätzlich Anlass geben, die vulgärtheoretische Entgegensetzung von formalisierter Regel und effektiver Regulierung beiseite zu schieben.

VIII. Schluss

Der Ort wissenschaftlichen Sachverstands in der Öffentlichkeit wurde in der Krise viel diskutiert, weil eine Deutung der ungekannten Situation ohne medizinischen Sachverstand nicht möglich war. Manche nicht neuen Einsichten wurden noch einmal anschaulich: Die Wissenschaft kann informieren, aber keine Verantwortung für von ihr empfohlene politische Entscheidungen übernehmen. Diese Information sollte an die Öffentlichkeit adressiert werden, nicht an geschlossene Gremien, und sie sollte immer die Vorläufigkeit und Unsicherheit des präsentierten Wissens mitkommunizieren. Zugleich wurde deutlich, dass die Wissenschaft durchaus eine politische Pflicht haben kann, mit der Öffentlichkeit zu kommunizieren, ihren Stand des Wissens zu verbreiten, zu erklären und zu popularisieren.

Diese Einsichten haben für das Verfassungsrecht ihren doppelten Wert. Zunächst einmal ist die Organisation sachverständiger Beratung des Staates ein altes Thema des Verfassungsrechts.⁷⁹ Es bleibt zu sehen, was aus den Ereignissen zu lernen ist, auch in einer (verfassungs-)vergleichenden Perspektive. Der Blick auf die Geheimberatung der britischen Regierung zeigt, wie missbrauchsanfällig der Hinweis auf wissenschaftlichen Rat sein kann. Der Blick nach Schweden zeigt, wie eine stärker von der politischen Verantwortung abgelöste Behördenstruktur solche Probleme löst. Auf einer anderen Ebene stellte sich dann die Frage nach der Rolle der Wissenschaft vom öffentlichen Recht selbst in der Diskussion. Die ungewöhnliche Präsenz von Verfassungsrechtlerinnen und Verfassungsrechtlern in der Tagespresse wurde bemerkt und wie gesehen auch gelegentlich beklagt, sei es als überflüssig, sei es als profilneurotisch.⁸⁰ Diese Klage mischte sich in eine in der Disziplin verbreiteten Skepsis hinsichtlich der Beteiligung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern an populären und hybriden Formaten, etwa an Wissenschaftsblogs.

Recht zu verstehen ist diese Kritik schon deswegen nicht, weil der Weg in die Öffentlichkeit auf große Nachfrage reagierte und breit rezipiert wurde. Die Autoren dieses Beitrags können sich nicht erinnern, so viele Anfragen von interessierten Personen, Zeitungen, aber auch öffentlichen Stellen bekommen zu haben wie in der ersten Hochphase der Pandemie. Die in Blogs veröffentlichten Äußerungen fanden sich sowohl in wissenschaftlichen Beiträgen als auch in amtlichen Stellungnahmen und Gerichtsentscheidungen aufgegriffen

⁷³ BT-Drucks. 19/18111, S. 24.

⁷⁴ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-gaestelisten-polizei-herrmann-14971971>.

⁷⁵ Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 4. Aufl. 1995; Arthur L. Stinchcombe, When Formality Works, 2001.

⁷⁶ Zu den Gründen Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 189 ff.

⁷⁷ Johannes Saurer, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2010.

⁷⁸ Vgl. zum Beispiel VGH Mannheim, 5. 6. 2020 – 1 S 1623/20, http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&n r=31431.

⁷⁹ Andreas Voßkuhle, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 43.

⁸⁰ Hase JZ 2020, 697 ff.

und zitiert. Wie immer man das Angebot beurteilt, Nachfrage bestand. Sie im Namen staatsbürgerlicher Loyalität oder wissenschaftlicher Integrität nicht zu bedienen, wäre seinerseits in Zeiten großer allgemeiner Verunsicherung die falsche Entscheidung gewesen.

Gerade Blogbeiträge erscheinen heute als gefestigtes Übergangsformat, das zwischen Beiträgen in Zeitungen und wissenschaftlichen Fachzeitschriften⁸¹ relativ kurzfristig, aber mit weniger Platzbegrenzungen und optional mit wissenschaftlichen Belegen arbeitet. Angesichts der Taktung der Ereignisse hatte dieses Format sein eigenes Recht. Dass ausgerechnet die Verfassungsrechtler und Verfassungsrechtlerinnen sich über die wissenschaftliche Integrität ihres Fachs Gedanken machen, erscheint dabei nicht ohne Ironie, nicht nur wegen der prekären Wissenschaftlichkeit des eigenen Fachs, sondern auch weil das Verfassungsrecht einen Gegenstand behandelt, der sich nur begrenzt einer Logik wissenschaftlicher Spezialisierung fügt. Autorinnen und Adressaten des Verfassungsrechts sind alle Bürgerinnen und Bürger. Die Ausdifferenzierung einer Spezialmaterie Verfassungsrecht erscheint unter modernen Bedingungen schwer vermeidlich, aber sie ist in einer Demokratie auch ein Problem, dem auch durch wissenschaftliche Vermittlungsarbeit entgegengearbeitet werden muss. Dies gilt insbesondere für die Grundrechts-

dogmatik. Grundrechte sind eben nicht nur das Produkt nachgelagerter gerichtlicher Kontrolle. Ihre Vorgaben sind das Ergebnis einer öffentlichen Diskussion, die die Kontrollmaßstäbe stark prägt. Dies gilt umso mehr in dem weitgehend dezentralen Kontrollgeschehen der letzten Monate.

Aber nicht nur wissenschaftliche Integrität, sondern auch politische Loyalität scheint zum Unbehagen beigetragen zu haben. In der Stunde großer Not könnte es eine Art bürger-schaftlicher Pflicht geben, die es spezifisch den Verfassungsrechtlern auferlegt, ihre kleinteiligen Bedenken zu den Akten zu legen, um das Projekt der gemeinsamen Pandemiebekämpfung auch aus Respekt vor der Verantwortung der Entscheidungsträger nicht zu gefährden. Man sollte diese Überlegung nicht vorschnell ironisieren, man mag sich auch Zusammenhänge denken, in denen sie durchgreift. Ihr Recht sollte sie aber zunächst in der Form bekommen, in der wissenschaftliche Kritik geäußert wird: Mit Sinn für den Ernst der Lage, für die Dilemmatik der Entscheidungssituation und ohne falsche Unterstellungen autoritärer Machtanmaßung. Auf der anderen Seite wäre es aber auch eine seltsame Geringschätzung der Institutionen des Grundgesetzes und der durch sie konstituierten Staatsgewalt, wenn man sie durch Zurückhaltung schonen wollte. Auch ein demokratischer Staat herrscht und jede Herrschaft verdient Kritik. Ein Szenario, in der die Zunft sich in die innere Emigration zurückzöge, um die Ordnung zu schützen, möchte man sich nicht vorstellen. Kritik kann eine Form der Loyalität sein.⁸²

⁸¹ Mit Blick auf die wissenschaftliche Integrität ist zudem zu bemerken, dass diese nicht von der Form des Verbreitungsmediums abhängt. Auch in der ehrwürdigen JZ kann man schlampig zitieren: beispielhaft *Hase* JZ 2020, 697, 700, wo Autor *Kingreen* eines dramatisierenden Vergleichs mit dem Ende der Weimarer Republik geziehen wird, obwohl er sich unmittelbar in Anschluss an die dort zitierte Stelle von solchen Vergleichen ausdrücklich distanziert.

⁸² *Klaus Mertes*, Widerspruch aus Loyalität, 2009.