

INHALT 12 · 2023

DVBI aktuell
Vorschau/Impressum

III
VII

Aufsätze

Mehr als Rechtsdogmatik: Laudatio anlässlich des
Horst-Sendler-Preises 2023

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn

697

Ausnahme als Rechtsform der Krise

Prof. Dr. Oliver Lepsius, Münster

701

Gesetzliche Statik im Verwaltungsrecht am
Beispiel von VwVfG und Aarhus-Konvention:
Ursachen, Folgen, Implikationen

Wiss. Mit. Simon Pielhoff und Wiss. Mit. Jonas
Plebuch, Münster

710

Das Vorkaufsrecht des BauGB – aktuelle
Rechtsprechung und Fragestellungen der Praxis

Rechtsanwalt und Notar Dr. Jörg Niggemeyer,
Paderborn

717

Buchbesprechungen

Cancik/Kley/Schulze-Fielitz/Waldhoff/Wiederin
(Hrsg.): Streitsache Staat

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Jörg Berkemann, Hamburg/Berlin

724

Ilbertz/Widmaier (Hrsg.): Bundespersonal-
vertretungsgesetz

Ministerialrat a.D. Dr. Volker Lautenbach, Speyer

725

Sachs (Hrsg.): Grundgesetz: GG Kommentar

Dr. Christian Richter, Hamburg

726

Brandt/Domgörgen (Hrsg.): Handbuch
Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess

Rechtsanwalt Dr. Matthias Wiemers, Berlin

726

Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Beschl. v. 14.02.2023 – 2 BvR 653/20
ungerechtfertigte Verwerfung eines Wieder-
einsetzungsantrages

727

Bundesverwaltungsgericht

BVerwG, Urt. v. 22.11.2022 – 3 CN 2.21
Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-
Pandemie

730

Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe

Hess. VGH, Beschl. v. 12.01.2023 – 9 B 954/22
Immissionsschutzrechtliche Betreiberhaftung des
Insolvenzverwalters

737

VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.01.2023 – 1 S 3770/21
Bestattungskosten und Bestattungsfrist bei
Aufbewahrung in Kühlzelle

739

Sächs. OVG, Urt. v. 07.02.2023 – 4 A 170/20
Zur Reichweite der formellen und materiellen
Rechtskraft eines Normenkontrollurteils –
Heranziehung von Flurstücken statt Grundstücken
im kommunalen Abgabenrecht

745

Nds. OVG, Beschl. v. 26.04.2023 – 10 LA 48/23
Ablehnung der Rückübernahme von Dublin-
Rückkehrern

748

VG Arnsbach, Urt. v. 02.11.2022 – AN 14 K 21.01431
Fotografieren von Falschparkern

751

Oberlandesgerichte

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 27.03.2023 – 2 Ws 6/23
Integrität der öffentlichen Verwaltung als Maßstab
der instanziellen Zuständigkeit

759

tationen funktionieren. Das demonstriert zu haben, ist vielleicht der größte – und dann über das Thema weit hinausweisende – Ertrag der wunderbaren Arbeit meiner Kollegin Ilal.

IV. Good luck!

Auszeichnungen sind immer auch Aufforderungen und Botschaften an die Fachgemeinschaft: Harte Kärnerarbeit im steinigem Weinberg des Verwaltungsrechts lohnt sich, birgt oftmals Überraschungen und bringt die Wissenschaft dorthin, wo in der Praxis die meisten Freiheitskonflikte ausgeglichen werden. Der entscheidende Wert des gestaltbaren,

elastischen und problemorientierten Verwaltungsrechts für die Strukturierung einer freiheitlichen Ordnung wird leider viel zu häufig übersehen, gerade auch in einer Staatsrechtslehre, deren Fokussierung auf Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung zunehmend zu Wahrnehmungsdefiziten führt. Beide hier ausgezeichneten Arbeiten demonstrieren, was unsere Verwaltungsrechtswissenschaft zu bieten hat, wenn sie das möchte.

Mir verbleibt es, der Preisträgerin und den beiden Preisträgern alles erdenklich Gute zu wünschen! Bleiben Sie der Wissenschaft erhalten!

Ausnahme als Rechtsform der Krise

von Prof. Dr. Oliver Lepsius, Münster*

Der Begriff der Ausnahme und des Ausnahmezustands wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend abgelehnt. Wie soll man aber sonst die Erscheinungsformen des Pandemierechts der letzten drei Jahre erklären? Funktioniert der Rechtsstaat normal, weil Gerichte entschieden und die üblichen Maßstäbe unverändert angewendet wurden? Oder besteht Anlass zu einer selbstkritischen Retrospektive? Der Aufsatz liefert einen Beitrag zu einer juristischen Fehlerkultur.

I. Der Ausnahmezustand im rechtswissenschaftlichen Diskurs

Die an mich herangetragene Themenwahl drückt das Bedürfnis aus, erneut die Frage nach dem Ausnahmezustand zu stellen. Haben wir ihn? Brauchen wir ihn? Wie erkennen wir ihn überhaupt? Was folgt aus ihm?

1. Krisen und die Nachfrage nach Ausnahmen

Schon vor der Pandemie ließ sich in der Rechtswissenschaft ein gesteigertes Interesse an diesem Begriff feststellen. Nach 2000 folgte eine Krise auf die nächste. Die Öffentlichkeit gewöhnte sich an eine permanente Krisenstimmung, nahm die Beschreibung von Problemen als Krise nicht nur hin, sondern begann die Abfolge von Krisen als Bestätigung einer vertrauten Zeitdiagnose und lebensweltlichen Daseinsbeschreibung zu erwarten. Krisen wurden zu einer Metapher der gesellschaftlichen Selbstbeschreibung, zum »Beschreibungsmodus für Beschleunigungsgesellschaften«.¹ Es wundert daher nicht, dass in der Rechtswissenschaft ein Interesse an Ausnahmelagen und Ausnahmenormen erwachte – als ob Recht auf Selbstbeschreibungsnarrative von Beschleunigungsgesellschaften durch eine Veränderung reagieren müsste, für die das Wort »Ausnahme« bemüht wurde. Ein Indikator für den intensiven Diskurs ist das weitgehend zeitgleiche Erscheinen von wenigstens vier Habilitationsschriften, die sich mit Krisen schon vor der Pandemie befassen.² Diese dicken Bücher erschienen kurz vor der Pandemie. Sie sind sich letztlich darin einig, krisenhafte Zustände vom Ausnahmedenken zu trennen. Die jüngere Forschungsliteratur vermittelt jedenfalls nicht den Eindruck, dass in der Abkehr von den üblichen Zuständigkeiten und Verfahren ein Vorteil liegen könnte. Die

genannten Bücher und die ihnen gemeinsame Grundaussage zeigen, dass der »Ausnahme-Diskurs« 2020 zu einem Ende gekommen war.

2. Historische Erfahrungen mit normierten Ausnahmezuständen

Die grundlegende Zurückhaltung des Forschungsdiskurses gegenüber einem Denken in oder mit Ausnahmen hat überdies Gründe, die in der Verfassungsgeschichte und philosophischen Grundprägungen liegen. Die Erfahrungen mit dem Notverordnungsrecht des Art. 48 WRV sind durch und durch negativ, nicht nur im Kontext der Machtergreifung, sondern auch aus der Erfahrung heraus, dass der Versuch, den Rückgriff auf solche Ermächtigungen zu begrenzen, indem man sie materiellrechtlich definiert, zum Scheitern verurteilt ist.³ Eine materielle Regelung der Ermächtigung zu Notverordnungen ändert nichts am Zugriffsrecht der Exekutive, dem institutionell nicht begegnet werden kann. Auch ein effektiver Verfassungsrechtsschutz – den es in Weimar nicht gab – käme zu spät und stieße überdies auf dünne Kontrollmaßstäbe im einstweiligen Rechtsschutz. Letztlich ermächtigte Art. 48 WRV zur Kompetenz nach eigenem Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum.

Der Parlamentarische Rat hatte weder ein Notverordnungsrecht noch andere Derogations- und Suspensivregelungen vorgesehen. Die Thematik wurde vom verfassungsändernden Gesetzgeber in den 1960er Jahren erneut und wieder abschlägig behandelt. Die Zurückhaltung gegenüber dem Ausnahmedenken geht hintergründig sicher auch auf eine Aversion gegen die Dicta von Carl Schmitt zurück, souverän sei, wer über den Ausnahmezustand entscheide, bzw., alle Regeln setz-

* Geringfügig erweiterter und um Nachweise ergänzter Text der Georg-Jellinek-Rede »Ausnahmezustand als Rechtsform der Krise«, die der Verfasser i.R.d. Festakts zur Verleihung des Horst-Sendler-Preises am 23.03.2023 im Bundesverwaltungsgericht in Leipzig gehalten hat.

1 So Mergel, in: ders. (Hrsg.), Krisen Verstehen, 2012, S. 9–22 (14).

2 Barczak, Der nervöse Staat, 2020; A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020; Schwerdtfeger, Krisengesetzgebung, 2018; Finke, Krisen, 2020.

3 Vgl. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 108; Kaiser (Fn. 2), S. 210–221.

ten eine Normallage voraus⁴ – was Abweichungen, ergo Ausnahmeregelungen, unvermeidlich zu machen schien. Aber auch die deutsche Philosophietradition des Idealismus kennt keine Philosophie der Ausnahme. Sie präferiert das Systemdenken, die Generellität des Allgemeinen Gesetzes. Das übersetzt sich dann auch in Grunderwartungen der Rechtsdogmatik, die man Systematizität, Widerspruchsfreiheit oder Folgerichtigkeit nennt. Alles spricht gegen die Ausnahme: die Geschichte, die Philosophie, die Dogmatik.

3. Wiederbelebung durch die Pandemie

Und dann kam die Pandemie. Mit ihr wurde die Rede von der Ausnahme wieder hoffähig. Das hatte seine lebensweltliche Berechtigung. In der Pandemie blieb zunächst wenig, wie es vorher war. Ich muss die lange Latte der Maßnahmen nicht in Erinnerung rufen.⁵ Lebensweltlich war die Ausnahme da, und sie kam in Gestalt von Recht. Rechtsverordnungen der Länder erfassten das gesamte soziale Leben und sie taten dies in erster Linie in Gestalt von Verboten. Die primäre Maßnahme des Gesundheitsschutzes war das Verbot mit erheblicher ordnungsrechtlicher Sanktion.⁶ Normales Sozialverhalten war plötzlich bußgeldbewehrt verboten. Phasenweise war das Tennisspielen oder Golfen als Effekt der Betriebsschließungen der Sportanlagen Unrecht, und dies ganz unabhängig von der jeweiligen Kontaktnähe. Weder die konkrete Kontaktnähe (Beispiel Golf) noch die abstrakte Kontaktnähe (Beispiel Tennis) konnte das Verbot erklären. Wenn für sich genommen normales Sozialverhalten, das infektiologisch unerheblich ist, strafbewehrt wird, beginnt die Unterscheidung von Recht und Unrecht zu verschwimmen. Aber auch jenseits solcher in Rechtsform gegossener Absurditäten: Eine Rechtsordnung, die alle Bürger als Nichtstörer in Anspruch nimmt, verliert einen plausiblen Bezugspunkt von Rechtmäßigkeit. Wie soll der Bürger diese Mutation von Recht begreifen? Hier entstand ein grundsätzliches Problem für die Glaubwürdigkeit von Recht. Über die normale Rechtsordnung, über die tradierten, eingeübten und sozial konsentierten Verhaltensmaßstäbe von Recht und Unrecht legte sich ein Verordnungsregime, das Verhalten nach einem anderen, nämlich infektiologischem Kriterium erfasste.

II. Alles ganz normal?

Der Befolgungsanspruch dieses Rechts richtete sich nach der Leitdifferenz »ansteckend-nicht ansteckend«. Während die Rechtfertigung nach der Leitdifferenz »rechtmäßig-rechtswidrig« eine Bestimmung des Rechtswidrigen benötigt, also den Diskurs über das Rechtswidrige nicht nur zulässt, sondern sogar erfordert und somit die Bestimmung des Rechtswidrigen zum Produkt einer kollektiven, verfahrensrechtlich organisierten Willensbildung und Normsetzung macht, die überdies zahlreiche Graduierungen erlaubt, lässt die Leitdifferenz »ansteckend-nicht ansteckend« keine solchen Graduierungen zu. Kann es über »ansteckend« einen Diskurs geben? Kann darüber eine Mehrheit entscheiden, ein Wahlkampf geführt werden? Ein Pandemierecht, das meint, Ansteckungen vermeiden zu müssen und das dieses Kriterium zum Ausgangspunkt der Regelsetzung macht, nutzt die Formen des Rechts, aber es ist nicht das Recht, das wir kennen, das die Verfassung etabliert und das wir Rechtsstaat nennen und zwar aus dem schlichten Grund, weil es seine Rechtfertigung, die Beachtung der Leitdifferenz »ansteckend-nicht ansteckend«,

aus einem rechtlich nicht weiter behandelbaren Kriterium ableitet. Die Rechtfertigung des Pandemierechts folgt einer naturwissenschaftlichen Zwangsläufigkeit. Einer dergestalt begründeten Regelsetzung steht der Einzelne machtlos gegenüber. Recht droht dann zum Abbild der Natur in Gestalt eines Virus zu werden, zu einer neuen Form des Natur-Rechts, obwohl doch alles Recht Menschenwerk ist. Wir stehen jedenfalls vor der Aufgabe, den grundsätzlichen Wandel von Recht während der Pandemie erklären zu müssen.

1. Der Gesetzgeber als Verordnungsgeber

Wie erklären wir, dass flächendeckende Grundrechtseingriffe auf dem Verordnungswege ohne öffentliche Debatte oder parlamentarische Beratung und Beschlussfassung eingeführt werden konnten, dass der Gesetzgeber die Bestimmung der Freiheitssphäre dem Verordnungsgeber überließ?⁷ Wie erklären wir, dass zum Zentrum der Normsetzung ein Gremium wurde, das in der Staatorganisation gar nicht vorgesehen ist und das es nur inoffiziell gibt, nämlich die Ministerpräsidentenkonferenz ergänzt durch die Bundeskanzlerin? In diesem verfassungsrechtlich inexistenten Gremium – der offizielle Titel des inoffiziellen Gremiums lautete »Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder« – saßen überdies ganz überwiegend Amtsträger, die für den Erlass der Coronaschutzverordnungen, die sie dort jedoch vereinbarten, unzuständig waren. Denn die Zuständigkeit lag nach § 32 IfSG bei den Landesregierungen, nicht bei den Ministerpräsidenten. Nicht wenige Länder hatten, weil das IfSG dies erlaubte, die Zuständigkeit für den Verordnungserlass an die Gesundheitsminister subdelegiert. Die Zuständigkeit für die Bundesrechtsverordnungen lag beim Bundesgesundheitsminister, nicht bei der Bundesregierung als Kollegialorgan und schon gar nicht bei der Kanzlerin.

Auch wenn die Verordnungen, deren Inhalte nach einer solchen Schalte auf einer Pressekonferenz im Beisein des RKI-Präsidenten verkündet und begründet wurden, hinterher durch die zuständigen Landesverordnungsgeber formaliter nachvollzogen wurden, bleibt doch der Umstand, dass über den Umfang der gesellschaftlichen Freiheit im informellen Raum von formell Unzuständigen entschieden wurde. Diese Praxis begann im März 2020 und sie führte sogleich zu einer der folgenreichsten Entscheidungen, nämlich den flächendeckenden Schulschließungen. Ich wage die These, dass bestimmte Einzelmaßnahmen letztlich nur erklärlich sind, weil es gerade dieses Entscheidungsformat gegeben hat. Diesem

4 C. Schmitt, *Politische Theologie*, 2. Aufl. 1934, S. 19 f. Zur Einordnung H. Hofmann, *Der Staat* 44 (2005), S. 171–186.

5 Vgl. den knappen Überblick der verschiedenen Phasen bei Kingreen, in: Huster/ders. (Hrsg.), *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 23–51. Frühe Bewertung durch F. Schmitt, *JöR* 69, S. 465 (483 ff.).

6 Lubini, *JöR* 69 (2021), S. 677–683.

7 Die nahezu völlige Verschleifung der rechtsstaatlichen Handlungsformen in der Pandemie mit dem Ergebnis, dass Normerzeugungsverfahren irrelevant wurden, wurde in der Literatur kontinuierlich kritisiert, vgl. etwa Möllers, in: *Verfassungsblog* v. 26.03.2020; Volkmann, *NJW* 2020, 3153–3160; Dreier, *DÖV* 2021, 229–243; F. Schmitt, *JöR* 69, S. 465 (473 ff.); Wißmann, *JöR* 69 (2021), 619 (625 ff., 630 f.); Barczak, *JZ* 2022, 981 (984–989); Kingreen (Fn. 5), Rn. 124–129; Volkmann, in: *Bitburger Gespräche Jahrbuch* 2022, S. 51–67. In der Rspr. kam das Problem seltener zur Sprache, vgl. etwa BayVGh, *Beschl. v. 29.10.2020* – 20 NE 20.2360, Rn. 35–37; BayVGh, *Beschl. v. 05.11.2020* – 20 NE 20.2468 Rn. 11.

zentralen Entscheidungsgremium, der »MPK-BK«, fehlen die institutionellen Voraussetzungen für die Entscheidung von grundrechtlichen Verteilungskonflikten. Dabei ist die fehlende Öffentlichkeit nur das geringere Problem, denn die Verordnungsgebung zählt auch ansonsten, wenn nicht das delegierende Gesetz ergänzende Verfahrens- und Beteiligungsanforderungen formuliert, zum Regierungsarkanium.

Inhalt, Zweck und Ausmaß der Delegationsverordnung müssen deswegen im Parlamentsgesetz geregelt sein, weil dort die öffentliche Debatte vorgeschaltet wird und der – idealiter gedacht – Ideenwettbewerb von Argument und Gegenrede den Eingang in die Gesetzgebung findet, so dass die nachfolgende Verordnungsgebung die Gesetzgebung arbeitsteilig entlasten kann. Doch das Wesentlichkeitsargument griff nie wirklich durch. Als es der Bayerische VGH Anfang November 2020 artikuliert, reagierte der Deutsche Bundestag überrascht und überstürzt mit der Regelung des § 28a IfSG, der freilich der Generalklausel des § 28 IfSG nur Regelbeispiele beigab, was das verfassungsrechtliche Problem zwar milderte aber nicht behob. Erst als im Herbst 2021 die Idee einer gesetzlichen Impfpflicht aufkam, setzte sich das Wesentlichkeitsargument durch, was auch mit den veränderten politischen Mehrheiten erklärt werden mag. Dies machte sich dann auch gleich ergebnisrelevant bemerkbar. Bekanntlich ist es zur allgemeinen Impfpflicht nicht gekommen, weil im Laufe der parlamentarischen Beratung die Gründe dafür schwanden.

Die Ungeeignetheit der MPK-BK zur Regelsetzung ergibt sich überdies aus der fehlenden Repräsentativität der von der Regelsetzung betroffenen Belange. Die Ministerpräsidenten und die Bundeskanzlerin vertraten Bund und Länder. Das Gremium dient vom Zuschnitt her der verbandsübergreifenden Koordination im Bundesstaat. Materiellrechtlich wurden aber Abwägungsentscheidungen bei Grundrechtseingriffen getroffen. Welche Lebensbereiche sollen die für erforderlich gehaltenen Kontaktbeschränkungen erbringen? Darf der Bereich Freizeit geschlossen werden, damit der Bereich Handwerk und Industrie weiterproduzieren darf?⁸ Die Kassiererin im Supermarkt war infektiologisch hinnehmbar, der Museumsbesuch nicht.

Die Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Regierung und erst recht innerhalb eines Ressorts, das für den Verordnungserlass zuständig ist, folgt anderen Kriterien als im Parlament. Sie ist nicht öffentlich. Sie dient nicht der Abwägung. An ihr nimmt kein repräsentativ zusammengesetzter Personenkreis teil. Die Entscheidung unterliegt politischen Hierarchien. Ob Grundrechtsschutz zu einem Regelungsbezug wird, wird als Frage der Inzidenz behandelt nicht aber als verfassungsrechtlicher Auftrag. Kurzum: An die Stelle der Abwägung gleichrangiger Schutzgüter tritt eher eine politische Hierarchisierung der Schutzgüter. Der Aufgabenzuschnitt der Regierung, ihre Zuständigkeitsverteilung und Verfahrensordnung sind aber gar nicht darauf eingerichtet, die unterschiedlichen Grundrechte abwägend zu schützen.

2. Verteilung von Grundrechten durch Kabinette und kryptische Exekutivausschüsse

Über die Verteilung von Grundrechtslasten entschied also ein Gremium, das von seiner Zusammensetzung und Organisation für Abwägungsentscheidungen ungeeignet war. Re-

gierungen bilden die Ressortkompetenzen ab, repräsentieren also eine sachbereichsspezifische Expertise. Für zahlreiche infektiologisch relevante Lebensbereiche gibt es in den Regierungen schon keine Expertise mangels Ressortkompetenz. So hat der Bund mangels Zuständigkeit kein Schulministerium. In der Bundesregierung wird über Schulschließungen ohne eigenen Ressortunterbau gesprochen. Wenn auch noch der private lebensweltliche Zugang zur Schule fehlt, weil die Entscheidungsträger in der Bundesregierung zufällig alle kinderlos sind, entsteht ein erheblicher Graben zwischen dem Ziel Kontaktbeschränkungen durch das Schließen von Bildungseinrichtungen zu erbringen und dem dafür nötigen fachlichen wie ersatzweise persönlichen Zugang zu diesem Lebensbereich. In der Folge wurden Belastungen und Zielkonflikte nicht erkannt.⁹ Dass unter solchen organisatorischen Bedingungen keine guten Entscheidungen getroffen werden, leuchtet ein, und inzwischen haben politische Akteure eingeräumt, dass die Schulschließungen ein Fehler waren.¹⁰

3. Die juristisch unsichtbare soziale Dimension der Grundrechtseingriffe

Die grundrechtlichen Schutzbereiche haben die soziale Dimension der Grundrechtseingriffe nicht erfassen können.¹¹ Der Eingriffseffekt fiel teilweise in ein grundrechtliches Vakuum. Grundrechte sind als Minderheitenrechte konstruiert und nicht als Rechtfertigungshürde für flächendeckende Eingriffe in normales Sozialverhalten. In dieser Hinsicht bleibt nur die allgemeine Handlungsfreiheit, die aber keinen substantiellen Freiheitsschutz vermittelt, sondern der Sache nach ein grundrechtlicher Anspruch auf rationale hoheitliche Begründung ist. Freizeitverhalten, das nur unter Art. 2 Abs. 1

8 Dies erst kürzlich wieder bejahend: K.-J. Laumann, Gesundheitsminister des Landes Nordrhein-Westfalen, im Interview mit der FAZ v. 24.03.2023, S. 4 (»Fehler ist immer so ein großes Wort«): »Wir haben uns bei Corona entschieden, die Wirtschaft nicht abzustellen und dafür die Kontakte in anderen Bereichen zu reduzieren, in der Kultur, der Gastronomie, beim Reisen und auch in der Bildung. ... Ja, wir hätten auch die Kontakte reduzieren können, indem wir die Fabriken geschlossen hätten und dafür Schulen und Kindergärten offen geblieben wären. Ich glaube aber, es ist keine realistische Perspektive in unserer Gesellschaft, wichtige Wertschöpfungsketten zu unterbrechen und zentrale ökonomische Sektoren in einer Pandemie längere Zeit zu schließen.« Mit anderen Worten: Der Eingriff orientierte sich nicht an der Kontaktnähe und der tatsächlichen infektiologischen Relevanz, sondern an einer abstrakten Bevorzugung bestimmter Verhaltensformen gegenüber anderen. Art. 12 GG übertrumpft Kultur oder Reisen aber auch (Aus-)Bildung auf allen Stufen, weil deren Relevanz für geringer eingeschätzt wird und diese grundrechtliche Verteilungsentscheidung dem politischen Beurteilungsspielraum überantwortet wird. Die Abwägung wird durch Infektionsschutz nur motiviert, hat in der Zweck-Mittel-Auswahl aber nichts mit Infektionsschutz zu tun. Industrielle Wertschöpfung wird gegenüber Dienstleistungen bevorzugt. Erlaubt eine Pandemie, grundrechtliche Schutzbereiche generell-abstrakt zu hierarchisieren? Das ist jedenfalls eine Verfassungsinterpretation mit dem Effekt der Verfassungsmodifikation und keine Frage eines politischen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraums.

9 Siehe dazu auch Kingreen, *Jenseits der Pandemie*, Verfassungsblog v. 07.03.2023.

10 So Bundesgesundheitsminister Lauterbach, Interview ARD-Morgenmagazin, 30.01.2023. Allseits kommt man inzwischen zu einer anderen Einschätzung als der Erste Senat des BVerfG, der festhalten zu müssen meinte, dass der Staat auf angemessene Weise auf die Belastungen von Eltern und Familie durch die Schulschließungen reagiert habe, BVerfGE 159, 355 (Rn. 221) – Bundesnotbremse II.

11 So auch Kingreen (Fn. 5), Rn. 66, 80. S.a. Edenharter, JöR 69 (2021), S. 555 (566 ff.); Lepsius, JöR 69 (2021), S. 705 (723–726).

GG fällt, wird im Effekt nicht wirklich als Freiheitsausübung geschützt.

Demgegenüber sind Betriebsschließungen in der Gastronomie ein Eingriff in die Gewerbefreiheit, der ökonomisch allerdings kompensationsfähig ist. Der mit der Betriebsschließung verbundene soziale Funktionsverlust (die Gaststätte als Ort der Begegnung und Kommunikation) ist hingegen grundrechtlich gar nicht abbildbar. Oder um ein anderes Szenario zu bieten: Wer Universitäten schließt, Sport- und Freizeiteinrichtungen schließt und über Betriebsschließungen die Minijobs abschafft, legt das soziale Leben von Studierenden lahm. Wenn diese dann auch noch von den Kontaktbeschränkungen besonders getroffen werden, weil sie in Einpersonenhaushalten leben, dann kumulieren in dieser Bevölkerungsgruppe Eingriffe mit geradezu existenzieller Dimension. Doch kann diese Belastungssituation grundrechtlich nicht abgebildet werden mit dem Effekt, dass es dann auch keine gerichtliche Überprüfung des von Studierenden zu duldenen Freiheitsverlusts gegeben hat. Die Belastung geht in der Schutzlosigkeit der allgemeinen Handlungsfreiheit unter, sie ist rechtlich im Grunde gar nicht abbildbar.¹² Die gerichtliche Überprüfung kann unter diesen Bedingungen die tatsächliche Freiheitsdimension nicht erfassen. Die Lebenserfahrung trifft auf juristische, jedenfalls gerichtliche, Irrelevanz.

4. Erklärungsverlegenheiten

Es sollte deutlich geworden sein, dass Entscheidungen im Pandemierecht – – – den Satz müsste nun ein Adjektiv beschließen, doch die Bewertung des Geschehens fällt mir nicht gerade leicht. Die Kategorie der Verfassungswidrigkeit, mit der die Staatsrechtslehre gerne arbeitet, passt hier nicht. Man kann der Verfassung ja nicht vorwerfen, dass sie die Grundrechte als Minderheitenschutz konzipiert und nicht an flächendeckende infektiologisch begründete Eingriffe gedacht hat.¹³ Und ist es nicht sinnvoll, dass der Bundesstaat Gremien zur Bund-Länder-Koordination auch außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens ausbildet? Soll man es dem Bundestag verdenken, dass über die Frage der Wesentlichkeit und dem aus ihr abgeleiteten Bestimmtheitsniveau politisch entschieden wird? Klare verfassungsrechtliche Regelverletzungen liegen hier nicht vor.¹⁴ Und so haben die Gerichte entschieden. Doch ist das schon die Antwort, die Juristen geben müssen? Funktioniert der Rechtsstaat schon, wenn und weil Gerichte entscheiden? Wir – und mit dem »Wir« meine ich uns, den Juristenstand, wie auch »uns« als Teil der Bürgerschaft und des zivilgesellschaftlichen Diskurses, sind eine Erklärung schuldig für etwas, was, alles in allem, jedenfalls nicht normal war. Weder die Zuständigkeit, noch das Verfahren, noch der Grundrechtsschutz wurde so praktiziert, wie wir das rechtsstaatlich gewohnt sind. Machen wir uns diesbezüglich nichts vor. Normal war nicht, was wir erlebt haben. Ich bin geneigt, Konrad Adenauer zu zitieren, der seiner Verwunderung über die Verfassungsrechtsprechung 1952 mit den Worten Ausdruck gab: »Dat ham wer uns so nich vorjestell.«

III. Die Notwendigkeit eine Ausnahme zu erklären

Wir sind jedenfalls eine Erklärung schuldig, als Juristen wie auch als Teil der Gesellschaft. Wie können wir die rechtsstaatliche Anomalie der Pandemiejahre erklären? Wenn ich recht sehe, stehen fünf Erklärungsansätze im Raum.

1. Krise

Der erste operiert mit der Beschreibung als Krise. Es war Pandemie und Pandemie ist Krise. Dieser Ansatz ist publizistisch recht verbreitet, als Wahrnehmungskategorie juristisch aber nur wenig tauglich.¹⁵ Diejenigen, die dem Gedanken näher nachgehen, verwerfen ihn recht schnell. Katarina Barley etwa betont, Parlamente seien auch in der Krise gezwungen, ihre Aufgaben wahrzunehmen und dazu auch handlungsfähig. Insofern plädiert sie für ein Zurück zur parlamentarischen Normalität und vorausschauende Maßnahmen, um die Handlungsfähigkeit der Parlamente in Krisen zu festigen.¹⁶ Aus medialer Sicht sieht Thomas Darnstädt in der Krise die Kommunikation selbst in der Krise. In der Krise gehe es um einen Prozess der kommunikativen Selbstverständigung, nicht darum, das Diskursergebnis vorwegnehmend festzusetzen, es gehe darum, Orientierung zu ermöglichen, nicht Orientierung zu geben.¹⁷ Auf den Bitburger Gesprächen 2022 hat ein Verfassungsrichter, der an den Notbremse-Entscheidungen beteiligt war, erläutert: »In der Krise gewinnen eben typischerweise die Krisenmaßnahmen.«¹⁸ Da sein Vortrag allerdings nicht im Tagungsband veröffentlicht ist, kann die juristische Tragfähigkeit dieser Aussage hier nicht weiter geprüft werden.

2. Wissenschaftsbasiert entscheiden

Der zweite Erklärungsansatz verspricht wissenschaftsbasierte Entscheidungen. Hier wird Politik dem Anspruch nach entpolitisiert. Der erhoffte Gewinn an Rationalität ist allerdings legitimatorisch bitter erkaufte, denn das Argument mündet in die Prämisse, dass Expertise pluralistischen Abwägungsentscheidungen überlegen sei. Denkt man das Argument weiter, müsste eine Expertenheerrschaft überlegen sein, jedenfalls bei komplexen Sachverhalten mit geringem Erfahrungsstand. Aber: Expertise ist ja gerade eine Expertise der abgegrenzten, speziellen Zuständigkeiten. Experten können nicht abwägen, denn dann müsste sie notgedrungen auf Bereiche ausgreifen, die sie lebensweltlich, nicht aber als Experten beurteilen können. Expertise und Abwägung stehen in einem Zielkonflikt. Man kann es auch so formulieren: Wenn wir das pandemische Krisenmanagement als wissenschaftsbasiert rechtfertigen,¹⁹ dann hat »die« Wissenschaft ein Problem. Denn sie trifft auf die Erfahrung, wenn Wissenschaftler beraten, werden am Ende in Deutschland die Schulen für 38 Wochen geschlossen.

12 Das Problem politisch verallgemeinernd Papier, Freiheit in Gefahr, 2021.

13 Nur schutzbereichsspezifisch in Art. 11 Abs. 2 und 13 Abs. 7 GG.

14 Im Grundsatz ebenso Dreier, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2022, S. 23 (41), der punktuelle Verfassungsverstöße ausmacht, vor allem die Verordnungsermächtigung in § 5 IfSG.

15 »Krise« ist weder ein Rechtsbegriff noch juristisch sinnvoll verwendbar, siehe Lepsius, in: Die Verwaltung 55 (2022), S. 309 (309–314); ablehnend auch Klafki, JöR 69 (2021), S. 583 (584–587).

16 Barley, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2022, S. 43 (47 f.).

17 Darnstädt, ebd., S. 69 (77).

18 Zitiert von Volkmann, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2022, S. 51 (65, Fn. 44).

19 Wie es die politische Rechtfertigung permanent tat, vgl. Bundeskanzlerin Merkel im Deutschen Bundestag am 09.12.2020, Plenarprotokoll 19/198, S. 24927D, die Wissenschaft flehe geradezu, zu verschärfen. Die Aussage geht zurück auf die Ad-hoc-Stellungnahme Nr. 7 Coronavirus-Pandemie der Leopoldina v. 08.12.2020, die einen harten Lockdown empfohlen hatte.

Der wissenschaftsbasierte Erklärungsansatz kann insbesondere Juristen nicht zufriedenstellen, denn er bewirkt einen Kontrollschwund. Nach welchem Maßstab sollten Juristen solche Expertise beurteilen? Wir kennen das Problem als Vertretbarkeitskontrolle, die in den Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum mündet. Viele Gerichtsentscheidungen in der Pandemie haben so argumentiert. Soll die juristische Erklärung des Pandemierechts sein, dass Recht hier wenig zu sagen habe? Das bestätigt nur meine obige Einschätzung, dass an die rechtsstaatliche Leitdifferenz von »rechtmäßig-rechtswidrig« eine andere (»ansteckend-nicht ansteckend«) getreten ist, welche die juristische übertrumpft. Ist das eine sinnvolle Erklärung?

3. Solidarität

Der dritte Erklärungsansatz operiert mit Solidarität. Wir verzichten kollektiv auf Freiheitsrechte zugunsten der Kapazitäten unseres Gesundheitssystems oder zugunsten vulnerabler Gruppen oder weil wir alle gleichermaßen geschützt werden sollen. Auch eine solche Erklärung ist heikel: Die Pandemie war nicht der große Gleichmacher. Solidarität ist letztlich eine Frage der sozialen Ungleichheit, aber auch des Lebensalters. Ein Jahr ist für eine Fünfjährige oder eine Fünfzehnjährige von anderer Relevanz als für eine Fünfzigjährige. Vor allem gab es keine solidaritätsstiftenden Akte, die man in der Gesetzgebung finden könnte, nicht aber in einer Video-Schalte. Schließlich: Wie weit reichte Solidarität als Erklärungsanspruch? Gestattet sie eine Impfpflicht, also den hoheitlichen Zugriff auf die Integrität des eigenen Körpers?²⁰ Wo liegt die Grenze zur Aussage, du bist nichts, die Volksgesundheit ist alles? Deswegen wollen wir auf diesen Erklärungsansatz besser auch nicht setzen.

4. Ausnahme im Recht und außerhalb des Rechts

So bleibt als vierter Erklärungsansatz das Argument der Ausnahme. Hier zeigt sich eine eigentümliche Differenz zwischen der publizistischen, politischen Bewertung, die auf den Ausnahmecharakter zu verweisen pflegt, und der Bewertung in der Staatsrechtswissenschaft, die darauf beharrt, dass Ausnahmen von der Verfassungsordnung weder vorgesehen noch tatsächlich praktiziert worden seien. Pars pro toto sei Horst Dreier zitiert, der dem *Procedere* des Corona-Rechts durchaus kritisch begegnet.²¹ »Noch niemals in der Geschichte der Bundesrepublik sind für so viele Menschen so viele Grundrechte für einen so langen Zeitraum derart massiv eingeschränkt worden. Dennoch sollte man vorsichtig mit der verbreiteten Redeweise vom Ausnahmezustand sein, in dem wir angeblich leben. Denn einen verfassungsrechtlichen Ausnahmezustand kennen wir im Unterschied zu anderen Staaten nicht. In Deutschland sind bislang alle einschlägigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie auf den verfassungsrechtlich vorgesehenen Bahnen und in den üblichen Verfahren erlassen worden. Auch sind Grundrechte in der aktuellen Krise nicht, wie man oft hören und lesen kann, »suspendiert« worden.« Dreier fährt fort, das Grundgesetz beanspruche »auch in der Corona-Pandemie ungeschmälert Geltungskraft und bildet Grund wie Grenze für die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt. ... Des Weiteren geht es auch nicht an, eine Art von faktischer Ausnahmelage zu konstatieren und daraus, ohne sich auf eine Verfassungsänderung stützen zu können, ein normatives Sonderregime zu deduzieren, in dem

etwas als grundgesetzkonform beurteilt wird, was im Normalfall als verfassungswidrig einzustufen wäre.«²² Mit den letzten Aussagen wendet sich Dreier gegen Klaus Rennert, der eine an den Tatsachen orientierte Kontextualisierung der Normkonkretisierung erwogen hatte.²³ Ähnlich lautet das *Petium* von Jens Kersten und Stephan Rixen. Das ganze Gerede von der Ununterscheidbarkeit von Normal- und Ausnahmezustand führe in die normative Desorientierung.²⁴

Diese Stimmen sind ersichtlich von der Sorge getragen, einer drohenden Relativierung der Verfassungsbindung entgegenzutreten. Und in diesem Anliegen verdienen sie natürlich volle Zustimmung.²⁵ Doch frage ich mich, ob das Mittel das Ziel wirklich fördern kann oder nicht das Gegenteil bewirkt.²⁶ Die Konsequenz ist doch, dass Juristen akzeptieren, dass Grundrechte gelten aber nicht wirken, sich also letztlich mit einem idealistischen Freiheitsversprechen begnügen, dem keine reale Freiheit entsprechen muss. Man steht am Ende vor der Frage, ob die Verfassung in der Pandemie letztlich alles mitmacht und alles zulässt? Wird Freiheit im Sinne eines aufgeklärten Absolutismus einem Kollektivvorbehalt (Gesundheitssolidarität, Klimaschutz) unterzogen? Steht Freiheit grundsätzlich zur Disposition einer wissenschaftsbasierten Begründung nach dem Maßstab der Vertretbarkeit? Ist das der Preis der kollektiven Handlungsfähigkeit? Oder wäre es sinnvoller, punktuelle Ausnahmen zu akzeptieren anstatt graduellen Nivellierungen das Wort zu reden? Wenn das Corona-Recht keine erklärungsbedürftige Ausnahme ist, soll es dann eine prinzipiell verfassungsmäßige Verfassungskonkretisierung sein?

5. Relative Verfassungswidrigkeit

Zum Dilemma wird, dass die eingeübte staatsrechtliche Klassifizierung nur die Verfassungswidrigkeit oder die Verfassungsmäßigkeit, jedoch keine Zwischenstufen kennt.²⁷ Die Ausnahme hätte das Potenzial begrifflich eine Zwischenstufe zu markieren, die etwas eigentlich Verfassungswidriges noch nicht als solches bezeichnen soll. Zwischenstufen, wie wir sie aus der Tenorierung der Verfassungsgerichtsbarkeit kennen, ein Gesetz sei »bloß verfassungswidrig« aber noch nicht nichtig, oder es sei in verfassungskonformer Auslegung aufrechtzuhalten, ließen sich doch auch gegenüber dem Corona-Recht

20 BVerfG, Beschl. v. 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21 – einrichtungsbezogene Impfpflicht – hält Persönlichkeitsrechte für irrelevant. Zur Kritik Rixen, in: verfassungsblog v. 25.05.2022.

21 Dreier, DÖV 2021, 229–243; ders., in: Lohse (Hrsg.), Infektionen und Gesellschaft, 2021, 90–113.

22 Dreier, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2022, S. 23 (23 f.).

23 Rennert, DVBl 2021, 1269 (1272) fragt, ob nicht die Ausnahmelage auf die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zurückwirke? Die Auslegung maßstäblichen Rechts gebiete geradezu, Vorschriften des GG für besondere Lagen besonders auszulegen. Dreier hält daran fest, dass der Maßstab in der rein faktischen Ausnahmelage kein anderer ist als in der Normallage.

24 So Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 43. Vgl. etwa auch Jestaedt/A.-B. Kaiser, in: verfassungsblog v. 31.03.2021.

25 Vgl. gleichsinnig Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861–872.

26 Volkman (Fn. 18), S. 52 Fn. 3, bezeichnet die fehlende Derogation oder Suspension von Grundrechten als Streit um des Kaisers Bart und fragt, wie man es sonst bezeichnen solle, dass phasenweise alle Versammlungen und Gottesdienste verboten und die Ausreisefreiheit ausgehebelt waren und keine Klage dagegen Erfolg hatte?

27 Zur Überwindung der Dichotomie in der Pandemie auch Kingreen, NJW 2021, 2766 (2767); ders. (Fn. 5), Rn. 148.

fruchtbar machen. Warum nicht auch hier aussprechen, dass eine Maßnahme bloß verfassungswidrig ist, aber nicht wichtig, so dass sie für eine kurze Restlaufzeit bis zur Korrektur hinzunehmen sei, weil der Schaden durch Nichtigkeit größer wäre als durch befristete Restgeltung? Trauen wir uns also den Ausspruch des Makels zu und wo siedeln wir ihn an?

IV. Zulässige Ausnahmediskurse

1. Ausnahme als Folge der Anwendung von Recht

Die vielen Stimmen, die gegen eine Erklärung als Ausnahme argumentieren, haben ein Verständnis, das Ausnahmen außerhalb des Rechts ansiedelt. Die Inanspruchnahme einer Ausnahme ist dann gleichbedeutend mit der Aufgabe der Verfassungsbindung. Das ist aber kein zwingendes Verständnis des Begriffs der Ausnahme. Ausnahme lässt sich auch als politische oder soziologische Bewertung von Recht verstehen, betrifft also die Wirkungsdimension, nicht die Geltungsdimension, erklärt nicht kompetentiell, sondern funktional. Für eine Erklärung der Rechtsstaats-Performance in der Pandemie kann das ein plausibler Ansatz sein, der jedenfalls geeignet wäre, verloren gegangenes Vertrauen in den Rechtsstaat pro futuro wiederzugewinnen. Beharrt man demgegenüber auf einem normalen Funktionieren der Verfassungsordnung, vertieft das nur die tatsächlich empfundenen rechtsstaatlichen Wunden und schürt das nur Ängste, wann und wie demnächst wieder so gehandelt werden wird. Welches Vertrauen, welche Rechtssicherheit, welcher Verfassungspatriotismus ließe sich auf eine Pandemie-Erfahrung gründen, die als Verfassungsnormalität deklariert würde? Sie mögen den Vergleich für unangebracht halten, aber er erklärt vielleicht auch das geschundene Rechtsstaatsvertrauen gerade hier in Sachsen: Die Erfahrung in der DDR war, dass dem schönsten Freiheitsversprechen der Verfassung keine effektive Wirkung entsprach. In der DDR hatten die Grundrechte doch kein Geltungsproblem. Dass manche hier Parallelen zur Gegenwart in der Pandemie ziehen, ist in der Sache natürlich unangemessen, psychologisch aber doch verständlich. Ich halte daher den Ansatz, das Pandemierecht als normalen Verfassungsvollzug zu deklarieren, für keine gute Strategie. Das kann als Bumerang zurückkehren.

Es ist juristisch auch nicht zwingend, in Ausnahmen eine Derogation oder Suspension von Regeln zu sehen. Regeln, das mag zunächst überraschend klingen, kennen keine regelhafte, schematische Anwendung. Jede Anwendung einer generell-abstrakten Norm produziert eine konkret-individuelle Norm. Vergleicht man die Anwendungsakte untereinander, wird man Unterschiede der Rechtsfolgen feststellen, und diese erklären sich bereits normativ aus der jeweils anderen Tatsachenrelevanz, auf die die generell-abstrakte Norm antizipierend reagiert, wenn sie Ermessen einräumt, unbestimmte Rechtsbegriffe benutzt, als Finalnorm oder gar als Generalklausel formuliert ist. Was ist auf der Ebene der konkret-individuellen Norm jetzt Ausnahme oder Regelerkenntnis? Die entscheidende Frage bleibt, wie die generell-abstrakte Regel im Lichte der Tatsachen interpretiert wird und wie sie im Lichte der Tatsachen interpretiert werden will (Ermessen). So gesehen sind alle konkret-individuellen Normen (wenn man einmal von der vertypen Massenverwaltung absieht) graduelle Formen von Ausnahmen. Es geht letztlich

um eine Eigenschaft von Fallrecht im Unterschied zu einem generell-abstrakten Systemverständnis, also die Differenz von Ausnahmefall und Ausnahmezustand.²⁸ Konkret gefragt: Ist »Wunsiedel« eine Ausnahme von der Regel des allgemeinen Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG? Macht das deutsche Verständnis der Meinungsäußerungsfreiheit am Maßstab des internationalen Grundrechtsschutzes eine Ausnahme, wenn es Tatsachenaussagen nicht erfasst? Statuiert die Grundmandatsklausel im Bundeswahlrecht eine historisch etablierte, seit 1953 praktizierte Grundregel oder handelt es sich um eine systemwidrige Ausnahme? An welchem Maßstab ist diese Frage zu messen, an dem der Wahlgleichheit des Art. 38 GG oder am Demokratie- und Bundesstaatsprinzip des Art. 20 GG oder an Maßstäben aus den Entscheidungen des BVerfG, das vor 25 Jahren die Grundmandatsklausel in einem anderen Rechts- und Faktenkontext zur Systemfrage erklärt hat?²⁹ Kann eine Regel 70 Jahre nach ihrer Einführung zur Ausnahme werden?

Letztlich haben wir keinen juristischen Maßstab für Ausnahmen außer der Tatsachendimension, die Recht nun einmal immanent ist. Als das BVerfG über die Legalplanung der Südumfahrung Stendal entschied³⁰ oder über die gesetzliche Zuerkennung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften in Bremen,³¹ war allen Beteiligten klar, dass die Begründung nur im Lichte der konkreten Umstände überzeugte, eben als Sachverhaltsspezifika. Bei der Legalplanung Stendal etwa waren dies die Verkehrsprojekte deutsche Einheit.³² Es waren jeweils sachverhaltsbezogene Ausnahmen. In Bundesnotbremse I greift der Erste Senat des BVerfG dann aber ganz selbstverständlich auf diese beiden Entscheidungen zurück, um unproblematisch die Rechtsform des selbstexekutierenden Gesetzes zu bejahen, obwohl der betroffene Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG explizit entgegensteht.³³ Was ist nun Regel, was Ausnahme? Ist die Ausgangssperre der Bundesnotbremse eine weitere Ausnahme und als solche mit der Eisenbahnplanung und dem Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften vergleichbar? Oder begründen drei Ausnahmen jetzt die neue Regel, dass das selbstexekutierende Gesetz – das bekanntlich die normkonkretisierende Verwaltung wie die Fachgerichtsbarkeit aushebelt – zur Handlungsform im Instrumentenkoffer des Rechtsstaats zählt? Wenn Ausnahmen zur Regelmäßigkeit deklariert werden, handelt es sich um eine Beweislastumkehr, und zwar gegen die Freiheit. Das Ganze zeigt, wie künstlich die Trennung von Ausnahme und Regelmäßigkeit ist.

Ausnahme ist in der juristischen Binnenkommunikation also ein unzweckmäßiger Begriff, weil er nicht wirklich erklärt, worum es geht, nämlich um eine tatsachenbezogene und sachverhaltsspezifische Normerzeugung. In der juristischen Außenkommunikation, als soziale Erklärung, träte ich dem

28 Mit dieser Differenz argumentiert auch Isensee, in: Mückl (Hrsg.), Religionsfreiheit in Seuchenzeiten, 2021, S. 85 (91–94).

29 BVerfGE 95, 408 (1997).

30 BVerfGE 95, 1 – Stendal.

31 BVerfGE 139, 321 – Zeugen Jehovas Bremen.

32 Siehe BVerfGE 95, 1 (23): Die Wiedervereinigung habe eine außergewöhnliche Situation geschaffen. Die Schnellstrecke diene dem Zusammenwachsen der alten und der neuen Länder.

33 BVerfGE 159, 223 (Rn. 141 f.).

Begriff aber unbefangener gegenüber. Wir müssen als Juristen auch allgemeinverständlich sagen, was ist. Hier sind Rechtswissenschaftler natürlich freier als Richter. Wenn Rennert in dem oben erwähnten Aufsatz feststellt,³⁴ es sei im Ansatz verfehlt, ungebrochen auf die Leitsätze zurückzugreifen, die das BVerfG zu den Maßstäben in Situationen der Normallage entwickelt hat, finde ich, dass er die richtigen Fragen stellt. Die Leser kennen mich ja als einen Anhänger der Kontextualisierung von Recht, der übertriebenen Systemerwartungen distanziert gegenübersteht.³⁵

2. Ausnahme als Tatsachenvarianz

Die Tatsachenvarianz, auch das Fehlen von Tatsachen, erklärt viele Entscheidungen, auch Gerichtsentscheidungen. Fehlen Tatsachen, sind im Gefahrenabwehrrecht Gefahrforschungseingriffe zulässig mit einem graduellen Maßstab: je größer die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsverletzung oder des Schadens, desto »endgültiger« können die Maßnahmen sein. Die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit und des Schadens hat in der Gefahrenabwehrprognose immer eine Zeitkomponente, die sich bei den Tatsachen auswirkt.

Die Prognose muss sich im Entscheidungszeitpunkt auf Tatsachen stützen, sie kann nie ins Blaue hinein erfolgen. Im Verlauf des Geschehens nehmen die Kenntnisse über Tatsachen schon kraft Zeitverlaufs unweigerlich zu, was korrigierend zu berücksichtigen und bei neuen Entscheidungen zu einer verbesserten Tatsachengrundlage führt. Die Tatsachenabhängigkeit aller Regelsetzung, sei es als dem Beweis zugängliche Tatsachen bei der individuell-konkreten, sei es als abstrakte »legislative facts«, bei der generell-abstrakten Normerzeugung, fordert Empirie ein.³⁶ Man darf jedenfalls nicht zulassen, dass modelltheoretische Begründungen an die Stelle von Tatsachen treten. Modelle beruhen auf Erfahrungswerten, die aber auch nur zur Prognose führen. Modelle ersetzen nicht die Tatsachengrundlage von Prognosen, sondern begründen Prognosen mit Prognosen.

Es geraten dann die Parameter der Modellbildung in den Blick. Pandemische Modelle können den Covid-19-Verlauf daher zunächst nur auf der Basis der Erfahrung mit anderen Viren hochrechnen, stellen also eine wackelige Prognose dar, weil sie die Erfahrung, die niemand hat, auch nicht ersetzen können. Modelle ersetzen daher keine Empirie, die niemand hat und sie wirken sich geradezu hinderlich aus, wenn sie auf verkürzter Empirie beruhen (so in der Finanzkrise) oder die gewonnene Erfahrung nicht nachmodellieren. Das eine führt zu anfänglich falschen Entscheidungen, das andere zu über- oder untergriffigen Entscheidungen. Wer einseitig auf Modelle abstellt, handelt daher immer fehleranfälliger als wer empirisch begründet.³⁷ Modellen zu vertrauen setzt daher entweder voraus, dass diese erfahrungsgesättigt sind (Wetterbericht) oder dass sie mangels konkreter Erfahrung zunächst eine abstrakte Orientierung bieten können. Letztlich aber weist die Tatsachenvarianz als zentrale Begründungskomponente von Entscheidungen immer auf Empirie zurück.

Eine Pandemiepolitik, die Grundrechtseingriffe etwa von Inzidenzwerten abhängig macht, basiert auf einem Modell, das auf die Tatsache der Ansteckungszahlen zurückgreift. Nur sind diese Zahlen gestaltbar (Menge und Kontinuität der Testungen, Feiertage), in der Erhebung kontingent (fal-

sche oder überhöhte Testergebnisse, keine random samples) und bedürfen der Interpretation (Infektion von Jüngeren hat für die Gefahrenlage eine andere Bedeutung als die Infektion von Älteren). Die Inzidenzwerte sagen über die Gefahrenlage nur wenig aus. Sie bedürfen der Interpretation, sind aber keine Tatsachen.³⁸ Trotzdem hat die deutsche Pandemiepolitik entscheidend auf diesen Parameter abgestellt.³⁹ Verkürzt gesagt: Sie hat Tatsachen durch Modelle ersetzt, was in der ersten Welle noch vertretbar erscheint. Die gesetzlichen Schwellenwerte wurden freilich im November 2020 mit dem § 28a IfSG eingeführt und im April 2021 mit dem § 28b IfSG (Bundesnotbremse) zum Leitkriterium erhoben. Solche Entscheidungsgrundlagen haben nichts mit Ausnahmen zu tun, sondern sind klassische Tatsachenprobleme in der prognostischen Dimension.

Prozessual spielt sich diese Problematik im einstweiligen Rechtsschutz ab, der zu reduzierten Kontrollmaßstäben führt, diese als juristische Maßstäbe aber nicht zugunsten von Modellierern aufgeben darf. Wenn es keine Erfahrung mit Schulschließungen gibt, dann dürfen diese nicht ohne Evidenz angeordnet werden.⁴⁰ Prävention darf nicht dazu führen, dass die Erhebung von Tatsachen verzögert oder verhindert wird, weil die Gegenwart nur noch aus der Perspektive einer Modellierungsprognose betrachtet wird: Ein dynamisches Geschehen bewirkte sonst, dass Ist-Aussagen wertlos sind, weil die Vorstellung vom Jetzt immer schon von einer Prognose des Morgen abgelöst wird, so dass sich kein Zeitpunkt mehr einstellt, in dem belastbare Tatsachen erhoben werden können. Eine Rhetorik des exponentiellen Wachstums relativiert die Tatsachenbasis des Jetzt. Wenn man von einer Ausnahme sprechen will, dann in dem Sinne, dass Tatsachen von Prognosen abgelöst worden sind. Die Ausnahme gründet dann aber nicht in den Tatsachen, sondern im Umgang mit

³⁴ Rennert (Fn. 23).

³⁵ Vgl. Lepsius, JZ 2019, 793–802; ders., in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119–154.

³⁶ Vgl. Goldhammer, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021, S. 142 f., 362, 374; Poscher, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3 Rn. 99–105, 108.

³⁷ Zu fehlerhaften Gefährdungsbeurteilungen durch fehlerhafte Modellberechnungen siehe Lucenti, NVwZ-Online Aufsatz 2/2023, S. 3–8. Entsprechende Aspekte wurden frühzeitig von Fachleuten artikuliert, aber nicht ernst genommen, vgl. etwa den Rückblick auf die Entscheidungsfindung durch Lütge (Mitglied des Ethikrates des Freistaates Bayern), Interview mit der NZZ v. 05.10.2022.

³⁸ Vgl. K. H. Roth, Blinde Passagiere. Die Coronakrise und die Folgen, 2022, S. 495: Die Inzidenz könne nur mit Hilfe repräsentativer Stichproben erkannt oder anhand von Dunkelziffern geschätzt werden. Bei den gesetzlich verwendeten Inzidenzzahlen handele es sich um eine 7-Tage-Testprävalenz, die auf die Gesamtbevölkerung umgerechnet werde. Zu Berechnungsproblemen bei der Statistik auch ebd., S. 188 ff.

³⁹ Zur Erhebungsproblematik des Inzidenzwertes, die zur rechtlichen Untauglichkeit führen kann, vgl. Dreier (Fn. 22), S. 32 f. mit Verweis auf kritische Stellungnahmen in den Anhörungen im Gesundheitsausschuss, die aber nicht durchdrangen.

⁴⁰ Das Instrument der Schulschließungen stammt aus der ersten Stunde der Pandemie. Politisch wurde es vom Bayerischen Ministerpräsidenten Söder aufgeworfen, dem sich die anderen Ministerpräsidenten erst anschlossen, nachdem Christian Drost die Sinnhaftigkeit der Maßnahme am Beispiel von Grippewellen (Spanische Grippe) wissenschaftlich nicht ausgeschlossen und politisch damit nahegelegt hatte. Die Willensbildung zeichnen nach Robin Alexander, Machtverfall, 2021, S. 220–228, sowie Christoph Hickmann/Martin Knobbe/Veit Meddick (Hrsg.), Lockdown, 2020, S. 143–145.

ihnen. Nicht die Fakten begründen die Ausnahme, sondern der Denkstil. Diese Beispiele mögen genügen um zu zeigen, dass die Art des Umgangs mit der Tatsachendimension einig erklärt werden kann, warum das Recht in der Pandemie nicht »normal« war.

V. Ausnahme von juristischen Denkgesetzen?

Von der Tatsachenfrage zu trennen ist ein anderes Problem, das weitergehende Fragen aufwirft und das im Rahmen dieser Ausführungen nicht mehr gelöst, gleichwohl noch angesprochen werden soll. Ausnahmen gewinnen nämlich Bedeutung nicht nur als Rechtserzeugungskongretisierung oder als Tatsachenrelevanz, sondern sie sind auch die Folge einer Veränderung juristischer Denkgesetze.

1. Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe sind nicht interpretierbar

Das Problem möchte ich am Beispiel der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes veranschaulichen. Die Prüfungsstufen der Verhältnismäßigkeit sind materiellrechtlich nicht vorgegeben. Sie wirken sich materiellrechtlich aus, sind aber kein Teil des materiellen Rechts.⁴¹ Die hier erbrachten Relationierungen von Zweck und Mittel basieren auf epistemologischen Erwägungen, die der Anwendung zugrunde liegen. Bei der Geeignetheit wird die Zweck-Mittel-Relation faktisch überprüft, bei der Erforderlichkeit sowohl faktisch als auch normativ, bei der Angemessenheit nur noch normativ am Maßstab der Verfassung. Auf der Geeignetheitsstufe liegt die Kompetenz nicht bei Juristen, weil über Fakten alle, zuvörderst aber die Sachverständigen berichten können. Auf der Erforderlichkeitsstufe sind auch Wertungsfragen zu berücksichtigen, hier kommt der Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zum Einsatz. Die Angemessenheitsstufe betrifft eine reine Rechtsfrage. Das Prüfungsarrangement ist keine Frage materieller Verfassungsinterpretation, sondern folgt juristischen Denkgesetzen. Was macht nun der Erste Senat des BVerfG, wenn er in Bundesnotbremse I behauptet, die Angemessenheitsprüfung unterliege dem Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers?⁴² Das ist ersichtlich keine Aussage, die an der Verfassungsbindung teilhaben kann. Das BVerfG kann den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwenden, es kann ihn aber nicht mit der Kompetenz zur Verfassungsinterpretation als Maßstab ausformulieren, der dann an der materiellrechtlichen Bindungswirkung teilhat. Wenn das Gericht zu einer bestimmten Anwendung der Angemessenheit gelangt, muss es diese aus der Sache, aus dem Fall heraus begründen, also mit Tatsachen oder dem Institutionenarrangement. Es muss dann selbst sachverhaltsbezogen begründen und darf weder delegieren noch über den Sachverhalt hinaus abstrahieren. In Bundesnotbremse I sind die diesbezüglichen Ausführungen aber generell-abstrakt als sachverhaltsunabhängiger Maßstab gefasst. Sie wurden vom Senat im Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht sogleich unbedenklich übernommen,⁴³ so wie wir das beim Maßstab für selbstexekutierende Gesetze schon gesehen hatten. Mitglieder des Senats beharren retrospektiv darauf, dass es sich um eine »Anwendung der üblichen Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe« handele, die »sich nicht geändert haben«.⁴⁴

Über juristische Denkgesetze entscheidet kein Gericht. Sie werden von uns allen, vom Juristenstand »verwaltet«. Auf

sie passen folglich nicht die Bindungsgrundsätze, weder aus dem materiellen Recht kraft Art. 20 Abs. 3 GG oder dem Vorrang der Verfassung, noch kraft der Zuständigkeitsordnung etwa nach § 31 BVerfGG. Bezogen auf Ausnahmen ist nun also zu differenzieren: Wir können Ausnahmen mit der Tatsachenvarianz erklären. Wir können Ausnahmen mit der Konkretisierung der Rechtserzeugung (Normprogramm, Akteure) erklären. Was aber nicht geht, ist, eine Modifikation von juristischen Denkgesetzen zu postulieren. Solche Fälle haben schlechterdings zu unterbleiben.

Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann nicht das Prüfprogramm auf den Prüfungsstufen so arrangiert werden, dass die Durchführung der Prüfung dann einen Leerlauf produziert. Man kann nicht einerseits mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Problematik des Gesetzesvorbehalts lösen wollen, also grundsätzlich davon ausgehen, dass alle Eingriffe durch materielles Gesetz gerechtfertigt werden können, dass also die Freiheit nach Maßgabe des Gesetzes ausgestaltet wird, und sich dann mit der Einschätzung des Gesetzgebers begnügen. In diesem Fall verkümmert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Er kann die Leistung, Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes verhindern zu wollen, nicht mehr erbringen. Man führt ein Denkgesetz, hier: ein Prüfprogramm, das es erlaubt, Grundrechtsgebrauch aus der Perspektive des Gesetzesvorbehalts zu denken, ad absurdum. Das kann höchstens punktuell der Fall sein, also als Variante der Tatsachenrelevanz oder der Normkongretisierung im Einzelfall, es kann aber nie aber als verallgemeinerungsfähige Aussage, also als Maßstab der Kontrolldichte, richtig sein.

Man darf grundsätzlich auch keine »Gesamtschutzkonzepte« akzeptieren, weil dadurch die vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz intendierte Zweck-Mittel-Kontrolle hinfällig wird: Wer zugleich die alternativen Schutzgüter A, B und C akzeptiert, kann bei der Zweck-Mittel-Kontrolle hin und herpendeln. Auch das legt das Prüfprogramm lahm, wie man bei der Kontrolle der Ausgangssperre der Bundesnotbremse gesehen hat, wo eine Maßnahme, die für den Infektionsschutz ungeeignet war (das Ausgehen unter Beachtung der Kontaktbeschränkung gefährdet nicht den Infektionsschutz) und trotzdem vom BVerfG akzeptiert wurde, weil das Ziel jetzt im erleichterten Vollzug von Kontaktbeschränkungen gesehen wurde. Das Ziel der Vollzugerleichterung rechtfertigt aber nicht das schwerwiegende Mittel. Dies fiel dem Senat nicht auf, weil alle Ziele einheitlich als Gesamtschutzkonzept behandelt wurden.⁴⁵

41 Vgl. Poscher (Fn. 36), § 3 Rn. 44–51.

42 BVerfGE 159, 223 (Rn. 217); 159, 355 (Rn. 135). Der Maßstab wird von der Literatur nahezu einhellig abgelehnt, vgl. etwa Schwarz, NVwZ-Beilage 1/2022, 3 (4); Boehme-Neßler, NVwZ-Beilage 1/2022, 34 (35); Lucenti, NVwZ-Online Aufsatz 2/2023, 10 f.; zuvor schon Murswiek, NVwZ Extra 5/2021, 1 (2, 6 f.); Lepsius, Der Staat 60 (2021), S. 609 (629 ff.); F. Schmitt, NJW 2020, 1626–1631.

43 BVerfG, Beschl. v. 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, Rn. 204.

44 So Henning Radtke im Gespräch, Die Justizreporter*innen v. 30.03.2023, www.ardaudiothek.de/episode/die-justizreporter*innen/verfassungsrichter-henning-radtke-im-gespraech/swr/12546483/ (bei Minute 8:00 und 20:40). Ähnlich argumentierte auch der in Fn. 18 erwähnte Vortrag eines anderen Verfassungsrichters.

45 Vgl. BVerfGE 155, 223 (Rn. 274 ff.) – Bundesnotbremse I [2021]. Zu den Widersprüchen der Argumentation bereits im einstweiligen Rechtsschutz Lepsius, Der Staat 60 (2021), S. 609 (629–641).

So kann Verhältnismäßigkeit schon gar nicht funktionieren. In einem solchen Arrangement der Prüfungsstufen und Kontrollintensität kann sie ihre Funktion als Schranken-Schranke nicht erbringen. Das Bestehen einer effektiven Schranken-Schranke ist aber die verfassungsrechtliche Grundvoraussetzung, um sich auf die Dogmatik von Eingriff und Rechtfertigung überhaupt einzulassen. Wer so argumentiert, dass eine Verhältnismäßigkeitskontrolle nicht mehr funktionieren kann, müsste ein alternatives Kontrollregime entwickeln, etwa eine freiheitssaldierende Wesentlichkeitskontrolle, die an den normativ noch unverbrauchten Art. 19 Abs. 2 GG anknüpfen könnte. Ein solches Vorgehen könnte man dann wieder als Ausnahme erklären. Um es deutlich zu sagen: Wer aber Gesamtschutzkonzept und Verhältnismäßigkeit kombiniert, hat juristisch etwas nicht verstanden. Das kann von den gedanklichen Grundvoraussetzungen schon nicht funktionieren. Insofern sollte man sich vor Augen führen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine Allzweckwaffe ist, die auf jedweden Grundrechtseingriff passt. Die Forschung hat vor Jahren schon die Bereiche benannt, in denen Konstellationen den Prämissen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zuwiderlaufen, so dass hier Sonderdogmatiken zur Einlösung des Freiheitsschutzes entwickelt werden müssen.⁴⁶

2. Modifikationen bei Kausalität und Wahrscheinlichkeit

Man kann auch nicht die Wahrscheinlichkeit als Teil des präventiven Gefahrenatbestands durch die Möglichkeit ersetzen. Hier würde eine ganz andere epistemologische Konstante verwendet. Kausalität als Zurechnungsmodus ist nicht durch Korrelation ersetzt- oder austauschbar. Solche Argumentationsformen findet man in zahlreichen Corona-Gerichtsentscheidungen. Erneut: Wer so argumentiert verletzt juristische Denkgesetze, versucht jedenfalls sie zu modifizieren.⁴⁷ Wenn es auf die Wahrscheinlichkeit nicht ankommt, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, dann bewirkt das eine Beweislastumkehr zu Lasten der Freiheit. Das verletzt ein weiteres Denkgesetz. Dieser Beweis kann schon tatsächlich nicht erbracht werden, und eine solche Beweislast verstößt überdies gegen die grundrechtliche Verteilungsregel von Freiheit und Eingriff.

3. Darf die Pandemie juristische Denkgesetze interpretieren?

Wir benötigen also eine Debatte, wie wir das Corona-Recht erklären können. Was kann als Ausnahme erklärt werden, sei es über die Tatsachenvarianz, sei es über die Normkonkretisierung? Was aber kann und darf nicht als Ausnahme erklärt werden, weil es eine kognitive Dimension hat in Gestalt einer Verletzung juristischer Denkgesetze? Hier stehen wir vor wichtigen Fragen: Verändert die Prognosedimension juristische Denkgesetze? Darf man bei »Unwissenheit« Wahrscheinlichkeiten durch Möglichkeiten, Kausalitäten durch Korrelationen, Empirie durch Modelle ersetzen? Muss sich die Rechtsanwendung mit exekutivisch erzeugten und durch die Gewalten weitergereichten Entscheidungsgrundlagen zufriedengeben oder wäre es nicht die Aufgabe von Recht, die rechtlich erforderlichen Tatsachen einzufordern, also Recht zum Mittel der raschen Beweiserhebung zu machen? Führt Amtsermittlung nach der Einschätzungsprärogative der Exekutive zu einer Verletzung von Grundsätzen der Beweiserhebung und -verwertung?

Wovor jedenfalls gewarnt werden muss ist eine Haltung, in der im Hinblick auf Corona der Mantel rechtsstaatlicher

Normalität ausgebreitet wird nach dem Motto, »es wurden die üblichen Maßstäbe angewendet« oder es spielte sich »alles in den geregelten Bahnen des Verfassungsstaates« ab. Hier droht erhebliches Delegitimierungspotenzial. Wenn der leerlaufende Verhältnismäßigkeitsmaßstab der Bundesnotbremse-Beschlüsse normal war, dann tickt eine rechtsstaatliche Zeitbombe. Solche de facto Ausnahmen sollten als solche benannt werden, zum einen, um ihre präjudizielle Weiterverbreitung zu unterbinden, zum anderen um die Regel zu bekräftigen, die sich gerade gegenüber der als Ausnahme markierten Entscheidung behauptet. Eine kurzfristige Strategie, die Richtigkeit in der Normalität sucht, richtet langfristig einen unkalkulierbaren Schaden an, weil jede Normalität generell relativiert wird. Rechtsstaatlich ist das gerade nicht. Es ist für das langfristige Vertrauen in den Rechtsstaat erfolversprechender, sich mit dem Recht in der Pandemie selbstkritisch auseinanderzusetzen und dabei auch Fehler einzuräumen. Das stand einzelnen Politikern genauso gut an wie etwa auch dem Ethikrat, der dafür plädiert, Freiheitsbeeinträchtigungen als begründungs- und erklärungsbedürftige Ausnahme zu verstehen, eine selbstkritische Fehlerkultur zu etablieren und Vertrauen wiederherzustellen.⁴⁸ Eine Fehlerkultur drückt auch der Auftrag des 20. Deutschen Bundestages aus, die Maßnahmen des 19. Deutschen Bundestages einer Evaluierungskommission zu unterziehen.⁴⁹

46 Solche Fallgruppen sind etwa: Steuerrecht und Strafrecht (weil es keine milderen Mittel gibt); Generalklauseln (weil es keine gesetzliche Mittelauswahl gibt); gesetzliche Zielbündel oder Zielkonflikte, zumal wenn ihnen eine Mittelvielfalt gegenübersteht (wie beim infektiologischen Gesamtschutzkonzept); asymmetrische Abwägungen wie Individualrecht gegen die kollektiv aggregierten Grundrechte (Schutzpflichten), was etwa typischerweise bei modernen Sicherheitsgesetzen und vorverlagerter Gefahrenabwehr der Fall ist (präjudizierte Abwägungsfälle). Vgl. Lepsius, in: Jestaedt/ders. (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 1 (27–38) sowie weitere Beiträge in diesem Band; zu strukturellen (Anwendungs-)Problemen in der Pandemie siehe Murswiek, NVwZ Extra 5/2021, 1 (6–9); Klafki, JöR 69 (2021), S. 583 (595 f.); Leisner-Egensperger, JZ 2021, 913–921; Seiler, JZ 2021, 921 (929 f.); Huster/Wiese, in: Thielbörger/Lüder (Hrsg.), Die COVID-19-Pandemie als Herausforderung an das Völkerrecht, das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht, 2023, S. 57 (60–62).

47 Ein Beispiel pars pro toto, VG Frankfurt, Beschl. v. 09.11.2020 – 5 L 2944/20F zu einer Allgemeinverfügung der Stadt Frankfurt am Main, die gebot, auch in Anliegerstraßen und weitläufigen Parkanlagen, eine Maske zu tragen. Die Stadt rechtfertigte das Gebot mit der gestiegenen Inzidenz und der Annahme, dass es im öffentlichen Raum grds. zu unvorsichtigen Begegnungen mit Unterschreiten des Abstandsgebots kommen könne. Das VG akzeptierte diese Begründung auch für abgelegene Bereiche, vgl. Rn. 45: »Auch wenn das Infektionsrisiko im vom Antragsteller angeführten Gebiet aufgrund der dortigen Begegnungsintensität im öffentlichen Raum typisiert gering erscheinen mag, ist es doch nicht in einer Weise ausgeschlossen, die die angegriffene Allgemeinverfügung nicht zumindest vorübergehend zu rechtfertigen erscheinen ließe.« Hier ersetzt eine Möglichkeit die Wahrscheinlichkeit. Freiheitsausübung müsste ihre Ungefährlichkeit beweisen. Wie soll das gehen?

48 Vgl. Deutscher Ethikrat, Vulnerabilität und Resilienz in der Krise – Ethische Kriterien für Entscheidungen in einer Pandemie, Stellungnahme v. 04.04.2022, S. 239–242. Eine Selbstkritik des Deutschen Ethikrats enthält seine Ad-hoc-Empfehlung: Pandemie und psychische Gesundheit Aufmerksamkeit, Beistand und Unterstützung für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene in und nach gesellschaftlichen Krisen, v. 28.11.2022.

49 Vgl. Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik, Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG v. 30.06.2022, zu den rechtlichen Aspekten S. 103–122, u.a. zur Verfassungswidrigkeit der Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 2 IfSG und Verletzung des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.

4. Eine juristische Fehlerkultur

Für die Fehlerkultur ist vordringlich die Rechtswissenschaft zuständig, weil der Rechtsprechung dafür letztlich nur der Instanzenzug zur Verfügung steht. Wenn dieser ausgeschöpft ist, steigt die Notwendigkeit einer wissenschaftsbasierten Fehlerkultur. Im Hinblick auf das Pandemierecht ermöglicht der Zeitabstand, dass in den noch anstehenden Hauptsacheentscheidungen die Oberverwaltungsgerichte und das Bundesverwaltungsgericht noch im Instanzenzug reagieren können. Auf den Verhältnismäßigkeitsmaßstab des Ersten Senats des BVerfG sind die Verwaltungsgerichte dabei nicht verpflichtet. Sie müssen dafür gar nicht mit der Bindungswirkung von juristischen Denkgesetzen argumentieren. Denn der Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum, mit dem das BVerfG den Kontrollmaßstab absenkt, gilt explizit nur für das Gesetz zur Bundesnotbremse und nur für den Gesetzgeber, nicht aber für den Ordnungsgeber. Nur wenn man den Spielraum auf ein Parlament bezieht, ist er überhaupt plausibel, denn nur dort bestehen die institutionellen Voraussetzungen für die Wahrnehmung eines solchen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraums (repräsentative Zusammensetzung des Organs, öffentliches Verfahren, Abwägungsfähigkeit und Kompromissbildung).⁵⁰ Auf Regierungs- und erst recht auf ministerieller Ebene fehlt es an diesen Grundvoraussetzungen, weshalb es

ein verfassungsrechtlicher Fehler wäre, Regierungen, jedenfalls den Corona-Verordnungsgebern, die noch nicht einmal ein Verfahren einhalten mussten, einen solchen Spielraum bei der materiellen Gesetzgebung zuzugestehen.⁵¹ Jedenfalls wäre es ein merkwürdiges und unverständliches Dokument juristischer Beliebigkeit, wenn Maßnahmen, die sowohl politisch als auch gesellschaftlich als Ausnahmen etikettiert wurden und die der Gesetzgeber selbst als Gesetze »zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite« als Maßnahmegesetze ausflaggte, retrospektiv den rechtsstaatlichen Purpur umgehängt bekämen.

50 BVerfGE 83, 130 (142, 150) – Josefine Mutzenbacher; 147, 253 (307–310) – Medizinstudienplätze; 157, 30 (240, 260) – Klimaschutzgesetz. Zur Verfahrensrationalität BVerfGE 120, 378 (408) – Kfz-Kennzeichenerfassung; Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18 – Parteienfinanzierung, Rn. 90–103.
51 Richtig geht folglich der Dritte Senat des BVerwG vor, wenn er an die Ausgangsbeschränkung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmereverordnung v. 31.03.2020 nicht den Maßstab der Bundesnotbremse anlegt, obwohl der Freistaat Bayern dies in der Revisionsbegründung angemahnt hatte, vgl. BVerwG, Urt. v. 22.11.2022 – 3 CN 2.21. Von der Frage des anwendbaren Maßstabs hängt letztlich auch das Ergebnis ab. Der BayVGH hatte als Vorinstanz zeitlich vor BVerfGE 159, 223 entschieden und brauchte den leerlaufenden Karlsruher Maßstab noch nicht berücksichtigen, BayVGH, Beschl. v. 04.10.2021 – 20 N 20.767.

Gesetzliche Statik im Verwaltungsrecht am Beispiel von VwVfG und Aarhus-Konvention: Ursachen, Folgen, Implikationen

von Wiss. Mit. Simon Pielhoff und Wiss. Mit. Jonas Plebuch, Münster*

In den USA sind die gesetzlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts versteinert, weil der Kongress seit drei Jahrzehnten strukturell blockiert ist. Diesen Befund nehmen wir zum Anlass, um anhand des VwVfG und der Aarhus-Konvention zu fragen, ob es auch im deutschen Verwaltungsrecht Phänomene strukturell bedingter gesetzlicher Statik gibt. Eine Antwort auf diese Frage verspricht auch Erkenntnisse für die Methodenwahl der gerichtlichen wie behördlichen Praxis. Denn bei strukturell verfestigten Gesetzen verkehren sich restriktive, politische Neutralität beanspruchende Methoden, die inhaltliche Aktualisierungen der Legislative überantworten, in ihr Gegenteil: Sie schreiben einen Status quo fest, der parlamentarisch kaum zu ändern ist.

I. Einleitung: Rechtsvergleichung als Problemfindungsmethode

Es gehört zu den selten gewürdigten Vorzügen der Rechtsvergleichung, durch das Studium einer fremden Rechtsordnung auf ein rechtliches Strukturproblem aufmerksam zu werden, das sich auf den ersten Blick nur in der fremden, nicht aber in der eigenen Rechtsordnung stellt – um dann näher hinzusehen und konkret zu fragen, ob die eigene Rechtsordnung dieses Problem vielleicht doch kennt oder warum es sie tatsächlich nicht betrifft. Die klassische, funktional ausgerichtete Rechtsvergleichung geht hingegen umgekehrt vor: An Ihrem Beginn steht die Formulierung eines konkreten Sachprob-

lems, zu dessen Bewältigung dann in einem zweiten Schritt Vergleich betrieben wird.¹ Rechtsvergleichung sollte jedoch nicht auf eine Problembewältigungsstrategie reduziert werden; sie kann ebenso den Charakter einer Problemfindungsmethode annehmen. Denn auch wer erklärt, weshalb ein rechtliches Strukturproblem in der fremden, nicht aber – oder nur scheinbar nicht – in der eigenen Rechtsordnung auftritt, kann zu einem besseren Verständnis der eigenen Rechtsordnung beitragen.²

Auf ein solches rechtliches Strukturproblem sind wir gestoßen, als wir uns mit der jüngeren Entwicklung des US-ame-

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktoranden am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie (Prof. Dr. Oliver Lepsius) der Universität Münster und Träger des diesjährigen Horst-Sendler-Preises. Für hilfreiche Anmerkungen danken sie Kilian Herzberg, Patrick Hilbert, Oliver Lepsius, Nora Markard, Fabian Michl und Ismael Mohammed.

1 Klassische Darstellung bei Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, S. 33; zur funktionalen Methode in der Verwaltungsrechtsvergleichung Sydow, Deutsches und ausländisches Verwaltungsrecht, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts I, 2021, § 17 Rn. 12 ff.

2 Zum besseren Verständnis der eigenen Rechtsordnung als einem zentralen Zweck der Rechtsvergleichung etwa Marsch, Rechtsvergleichung, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 7.