

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 69

herausgegeben von

Oliver Lepsius, Angelika Nußberger,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter

– eBook-Sonderausgabe –
Die Corona-Pandemie und das Recht



Mohr Siebeck

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. Dr. h.c. ANGELIKA NUSSBERGER, Universität zu Köln, Institut für Osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung, Klosterstraße 79d, D-50931 Köln

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität zu Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Albertus-Magnus-Platz, D-50923 Köln

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

eBook-Sonderausgabe

eISBN 978-3-16-160983-1

DOI 10.1628/978-3-16-160983-1

ISSN 0075-2517 / eISSN 2569-4103

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Der Umgang des Rechts mit vergangenem staatlichen Unrecht

(Die Seiten 1–310 sind in dieser eBook-Sonderausgabe nicht enthalten.)

Abhandlungen und Aufsätze

(Die Seiten 311–438 sind in dieser eBook-Sonderausgabe nicht enthalten.)

Debatte: Die Corona-Pandemie und das Recht

GUNNAR FOLKE SCHUPPERT: Die Corona-Krise als Augenöffner. Ein rechts- und damit zugleich kultursoziologischer Essay	439
HANNAH RUSCHEMEIER: Neues Virus, alte Rechtsfragen? Beobachtungen zur Pandemiedebatte	449
FELIX SCHMITT: Solutionismus, Technokratie und Entdemokratisierung. Corona und die langen Stunden der Exekutive	465
MARYAM KAMIL ABDULSALAM: Die Stunde der Exekutive: Ein Wendepunkt im Umgang mit Tatsachen?	487
KLAUS FERDINAND GÄRDITZ: Freie Wissenschaft als Gelingensbedingung der politischen Willensbildung in der Pandemie	505
LAURA MÜNKLER: „Nothing else matters“. Wem Gehör schenken in der „Corona-Krise“?	535
ANDREA EDENHARTER: Grundrechtseinschränkungen in Zeiten der Corona-Pandemie	555

ANIKA KLAFKI: Kontingenz des Rechts in der Krise. Rechtsempirische Analyse gerichtlicher Argumentationsmuster in der Corona-Pandemie	583
KARL-HEINZ LADEUR: Die Pandemie Covid-19 als Wende zu einem neuen Paradigma des Verwaltungshandelns? Auf dem Weg zum datenbasierten Verwaltungsakt!	603
HINNERK WISSMANN: Ordnungsvertretende Gesetzgebung. Zum Zusammenwirken von Bundes- und Landesrecht in der Pandemiebekämpfung	619
CHRISTIAN WINTERHOFF/SÖHNKE EISELE: Coronabedingte Betriebsschließungen: ohne Entschädigungsanspruch zulässig? Zur Verhältnismäßigkeit entschädigungsloser Betriebsschließungen und zur Rechtsfigur des ausgleichspflichtigen Grundrechtseingriffs	637
ULRICH JAN SCHRÖDER: Das Verhältnis von Gemeinwohl und Sonderopfer in der staatshaftungsrechtlichen Bewältigung der Corona-Pandemie	657
JULIAN LUBINI: Nebenstrafrecht in der Krise. Strafrechtliche Aspekte von Covid-19	677
ANNE PETERS: Die Pandemie und das Völkerrecht	685
OLIVER LEPSIUS: Partizipationsprobleme und Abwägungsdefizite im Umgang mit der Corona-Pandemie	705

Portraits und Erinnerungen

(Die Seiten 763–848 sind in dieser eBook-Sonderausgabe nicht enthalten.)

Entwicklungen des Verfassungsrechts

(Die Seiten 849–983 sind in dieser eBook-Sonderausgabe nicht enthalten.)

Debatte:
Die Corona-Pandemie und das Recht

Die Corona-Krise als Augenöffner

Ein rechts- und damit zugleich kultursoziologischer Essay

von

Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert (Berlin/Erfurt)

Inhalt

I. <i>Der grausame Komet – eine gewissermaßen himmlische Einleitung</i>	439
II. <i>Zur Reziprozität von Herrschaft: die in der Krise gemachte Vulnerabilitätserfahrung und das Sicherheitsversprechen des Rechts</i>	440
III. <i>Krisen als Wahrnehmungsphänomene: Krisen, Kommunikation und Krisenrhetorik</i>	442
IV. <i>The powerlessness of powerful governments</i>	445
V. <i>Zur Orientierungsleistung des Verfassungsrechts und seiner Interpreten in Zeiten krisenbedingter Unsicherheit</i>	446

I. Der grausame Komet – eine gewissermaßen
himmlische Einleitung

Mit dieser Überschrift nehme ich darauf Bezug, dass im Dezember 1618 vor allem in Süddeutschland ein großer Komet mit rötlichem Schweif zu sehen war. Für die stauenden Zeitgenossen war dies – so berichtet uns Andreas Bähr¹ – kein nur naturwissenschaftlich erklärbares Phänomen, sondern ein himmlisches Zeichen, das der Deutung bedurfte. Mit diesem Kometen hatte Gott – so die allgemeine Lesart – „den Krieg angekündigt, der als Strafe kam für die Sünden der Menschen, im Vorgriff auf die Apokalypse“.² Was allein zu helfen schien, waren Buße und Umkehr: „allein die Tränen der Reue [...] löschten den Brand des Schweifsternes und vertrieben so seinen giftigen Dunst“.³ Diese – wie man es trendbewusst formulieren könnte – Resilienzstrategie⁴ der religiösen Deutung, um einer bevorstehenden oder akuten Katastrophe einen Sinn zu geben und sie dadurch besser verarbeiten zu können, ist unter den

¹ Bähr, Der grausame Komet. Himmelszeichen und Weltgeschehen im Dreißigjährigen Krieg, 2017.

² Ebd., 16.

³ Ebd., 67.

⁴ Zu den verschiedenen Resilienzstrategien siehe mit Literaturnachweisen Schuppert, Wie resilient

heutigen Bedingungen einer zutiefst säkularen Gesellschaft wahrscheinlich keine echte Option. Was die Menschen aber beschäftigt – so der renommierte Soziologe Hartmut Rosa – ist die Erfahrung eines weitgehenden Kontrollverlustes, die Erfahrung nämlich, dass die Corona-Pandemie sich als schlicht nicht beherrschbar erweist – und dies in einer entzauberten Welt, in der alles als durch den Menschen kontrollierbar und beherrschbar erscheint, einschließlich des sogenannten Klimawandels. Wie ich finde, lohnt es sich, kurz in ein Gespräch hineinzuhören, das „Der Spiegel“ mit Hartmut Rosa geführt hat.⁵

„Das Virus hat alle Qualitäten eines Monsters. Man hört es nicht, man sieht es nicht, aber es kann an jeder Ecke lauern. Ist der Türgriff versaut? Bringt der hustende Fremde den Tod? Das Atmen selbst, das unsere Grundbeziehung darstellt zur Welt, weil es uns mit Sauerstoff versorgt, ist zur tödlichen Gefahr geworden.“ Das Virus – so Rosa weiter – sei vor allem deshalb ein Monster, weil es das Gefühl dieses soeben angesprochenen Kontrollverlustes mit sich bringt. „Wissenschaftlich haben wir es noch nicht erforscht und medizinisch nicht unter Kontrolle, wir kriegen es auch politisch nicht reguliert...“ Der Versuch aber „to get back control“ legt unser ganzes, auf Beschleunigung und Wachstum fokussiertes System lahm: „statt dynamischer Stabilisierung der statische Kollaps. Das Fahrrad fällt um. Das System hat sich gegen sich selbst gewandt“.

Dies war unser einleitender Augenöffner.

II. Zur Reziprozität von Herrschaft: die in der Krise gemachte Vulnerabilitätserfahrung und das Sicherheitsversprechen des Rechts

Gegenseitigkeit ist – wie jeder Rechtsethnologe weiß – ein ubiquitärer Koordinationsmodus sozialen Verhaltens, wie insbesondere an der Institution des Tausches studiert werden kann: Die „jedem Tausch zu Grunde liegende und universell (auch ohne Sprache) verständliche Norm der Reziprozität ist für die Aufrechterhaltung sozialer Systeme relevant. Der Erhalt von Vorteilen zwingt zur Erbringung einer Gegenleistung, welche eine soziale Beziehung bestätigt [...]. Der nicht nur begünstigende, sondern zugleich auch verpflichtende Charakter einer Gabe beruht darauf, dass der Gebende dem Nehmenden [...] das Vertrauen gewährt, dieser werde die Gabe erwidern. Diese Reziprozität im sozialen Tausch gilt als zentrales Element, ja, als ‚wichtigste Grundregel‘ für den Beginn, die Stabilität und die Regulierung sozialer Interaktion.“⁶

Die wohl bekannteste Formulierung dieses „code of reciprocity“⁷ findet sich in einem Brief Friedrichs des Großen an Maria Theresia und hat folgenden Wortlaut:

ist unsere Politische Kultur?, Vortrag vom 9. Dezember 2020 am Center for Advanced Studies der Ludwig-Maximilian-Universität München, Manuskriptfassung.

⁵ Endres, et al, Spiegel Online, 10.4.2020, <https://www.spiegel.de/kultur/corona-krise-wie-die-angst-deutschland-veraendert-a-00000000-0002-0001-0000-000170435631> (16.9.2020).

⁶ von Frankenberg, Rechtswissenschaft (RW) 2 (2015), 35 f.

⁷ Begriff bei Zotz, in: Lüdtke (Hrsg.), Herrschaft als soziale Praxis. Historische und sozial-anthropologische Studien, 1991, 152–194.

„Von meinen Unterthanen fordere ich weiter nichts als bürgerlichen Gehorsam und Treue. Solange sie hierunter ihre Pflicht beobachten, erachte Ich mich wiederum verbunden, Ihnen gleiche Gunst, Schutz und Gerechtigkeit angedeihen zu lassen, von was für speculativen Meinungen in Religions-Sachen sie auch ansonsten eingenommen sein möchten.“⁸

Ein solches reziprokes Tauschverhältnis, das sich auf die kurze Formel „freiwillige Normbefolgung gegen Sicherheit“ bringen lässt, präge auch – wie Benno Zabel in seinem lesenswerten Aufsatz „Recht, Angst, Vulnerabilität“ darlegt⁹ – das Verhältnis von durch die Corona-Pandemie verunsicherten Bürgern und dem Sicherheitsversprechen des Staates und seiner Rechtsordnung:

„Recht begründet in der Selbstbeschreibung moderner Demokratien gerade die Garantie für Angstfreiheit, für Autonomie und Sicherheit. Gleichzeitig offenbaren Ängste die Vulnerabilität und das Kontingenzbewusstsein liberaler Gesellschaften. In der gängigen Vorstellung soll das Recht die individuellen Freiheitswartungen absichern; kann dieses Versprechen aber nur durch permanente Interventionen verwirklichen. Gerade am Beispiel der Angstbewältigung lässt sich zeigen, wie aus der Freiheitsgarantie des Rechts ein Netz ‚sozialer Sorgetechniken‘ entsteht, das beständig in Gefahr gerät, repressiv zu werden.“¹⁰

Seine zentrale und äußerst plausible These ist, dass wir alle Zeugen eines Prozesses sind, „wie sich im Wechselspiel von individueller Ansteckungsangst, Bevölkerungsschutz und der Aufrechterhaltung von Sicherheit und öffentlicher Ordnung ein ausdifferenziertes Sorgeregime etabliert, das Angst kanalisieren und Gefahren eindämmen soll“.¹¹ Dieses Sorgeregime sei das Gesicht eines „neu konstellierte[n] Gesellschaftsvertrages“, dem – wie Juli Zeh es in ihrem bereits 2009 erschienenen Roman „Corpus Delicti“ ebenso anschaulich wie bedrückend geschildert hat¹² – ein repressives und paternalistisches Potential innewohnt. Die Funktionslogik dieses gesundheitspolitischen Normativitätsregimes¹³ schildert uns Zabel wie folgt:

„Vermeiden lassen sich Rechts- und Freiheitsverletzungen effektiv nur, soweit die Sorgepraktiken durch die Gesetze ständig optimiert und die Sicherheitsmaßnahmen den Ängsten, Verunsicherungen und folglich den Normalitätserwartungen der Gesellschaften angepasst werden. Im Gegenzug wird der Einzelne selbst *in die Pflicht genommen*. Die Daseinsorge des Staates, etwa im Rahmen der Grundsicherung, ist an strikte Verhaltensanforderungen gebunden, weshalb der Betroffene bei Verstößen mit empfindlichen Disziplinarmaßnahmen zu rechnen hat. Vor allem die Gefahrenvorsorge sensibilisiert dafür, wie tief die Sorgepraktiken in das kulturelle Gedächtnis liberaler Gesellschaften eingreifen können. Denn sie verlangen die Bereitschaft *aller*, die Verfügungsgewalt über die Privatsphäre und vieles andere mehr zu beschränken.“¹⁴

Ein solches Abgleiten des Sorgeregimes in ein autoritäres Repressionregime könne aber – so verstehen wir die Zabelsche Argumentation – vermieden werden, wenn die

⁸ Hier zitiert nach *Blanning*, Friedrich der Große. König von Preußen, 2018, 459.

⁹ Zabel, Rechtswissenschaft 2020, 233–261.

¹⁰ *Ebd.*, 233.

¹¹ *Ebd.*, 252.

¹² Zeh, *Corpus Delicti*. Ein Prozess, 2009.

¹³ „Herrschaft durch Normativitätsregime“ ist ein gemeinsames Forschungsprojekt von Thomas Duve (Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt) und mir.

¹⁴ Zabel (Fn. 9), 251 f.

Inpflichtnahme der Bürger mit Augenmaß erfolgt und das Verhältnis zwischen dem intervenierenden Staat und seinen durch Vulnerabilitäts Erfahrungen verunsicherten Bürgern durch ein wechselseitiges Vertrauensverhältnis geprägt ist; Zusammenfassend heißt es dazu bei ihm wie folgt:

„[...] ergibt sich, dass die Sorge-Infrastruktur des Rechts, angefangen bei der existentiellen Daseinsvorsorge bis hin zur Gefahren- und Angstvorsorge ihre Berechtigung hat, soweit sie das Freiheits- und Rechtsschutzinteresse der Individuen *nicht autoritär* verwaltet. Entgegen einer orthodoxen Rechtskritik ist also darauf zu beharren, dass moderne Gesellschaften ohne Formen effektiver Konflikt- und Krisenintervention schwer denkbar sind. Die Lösung liegt nicht in der Feier des Anarchischen. Beharren sollen wir deshalb auch darauf, dass das Recht grundsätzlich geeignete (wenn auch nicht optimale) Techniken zur Verfügung stellen kann. Andererseits kann das Recht nur dann als reflexiv und vertrauenswürdig gelten, wenn es sich den eigenen autoritären Erfahrungen, den bestehenden Macht- und Hegemonieansprüchen, aber auch den Exzessen einer *Fürsorglichkeitsfreiheit* stellt. Wie überhaupt gilt, dass das Recht auch in Zeiten, in denen Gesellschaften unter Stress stehen und Politik in den Krisenmodus wechselt, für demokratische Kritik offenbleiben, Konflikte anerkennen und demokratische Verfahren zu ihrer Bewältigung bereithalten muss.“¹⁵

Zu diesem zweiten Augenöffner ist – außer Zustimmung – nichts hinzuzufügen.

III. Krisen als Wahrnehmungsphänomene: Krisen, Kommunikation und Krisenrhetorik

Krisen kann man zwar wissenschaftlich objektiv zu bestimmen suchen, zum Beispiel, ob man es mit einer Wirtschaftskrise zu tun hat oder nicht, sie sind aber mindestens ebenso sehr Wahrnehmungsphänomene,¹⁶ sodass selbst auf die Reaktionen der Börse nur bedingt Verlass ist. Sie sind darüber hinaus Gefühlsgeschichten, denn Krisen sind auch Erzählmuster, so dass man aus kulturwissenschaftlicher Perspektive von erzählten Krisengeschichten sprechen kann.¹⁷

Was diese Gefühlsgeschichten angeht, so sind sie sehr stark kulturell geprägt, wie etwa Forschungen zur vergleichenden Gefühlsgeschichte von Grippe und Krebs in der Bundesrepublik gezeigt haben.¹⁸ Da jeder von uns schon mal eine Grippe gehabt hat, wird sie als ein natürliches Phänomen wahrgenommen, das zum Leben irgendwie dazugehört; außerdem kann man sich gegen Grippe impfen lassen. Mit der Geißel des Krebses hat man sich irgendwie arrangieren und dabei erfahren müssen, dass es nur sehr bedingt vom eigenen Lebensstil abhängt, ob es „einen erwischt“ oder nicht. Inzwischen ist man gut damit beschäftigt, mit den Dauerinformationen darüber Schritt zu halten, welche Stoffe möglicherweise krebserregend sind und welche nicht; ich habe es längst aufgegeben, mich darüber zu informieren und staune statt-

¹⁵ *Ebd.*, 259.

¹⁶ Siehe dazu die Beiträge in: Mergel (Hrsg.), *Krisen verstehen. Historische und kulturwissenschaftliche Annäherungen*, 2012.

¹⁷ Anschaulich dazu die Beiträge in: Meyer/Patzel-Mattern/Schenk (Hrsg.), *Krisengeschichte(n). „Krise“ als Leitbegriff und Erzählmuster in kulturwissenschaftliche Perspektive*, 2013.

¹⁸ *Hitzer*, in: Thießen (Hrsg.), *Infiziertes Europa. Seuchen im langen zwanzigsten Jahrhundert*, 2014, 139–156.

dessen darüber, was ich in meinen 77 Jahren alles überstanden habe. Damit sind wir bei zwei wichtigen Stichworten angelangt, nämlich dem der Krisenkommunikation¹⁹ und – was mir besonders wichtig ist – dem der Krisenrhetorik.

Was zunächst die Krisenkommunikation angeht, so scheint es mir auf der Hand zu liegen, dass ihr für das Gelingen der Krisenverarbeitung eine schlechthin zentrale Rolle zukommt; denn an der Intensität des Kommunikationsprozesses zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft zeigt sich nicht nur „der Grad an Emanzipation, den die Politik ihren Bürgern zuzugestehen bereit ist“,²⁰ sie stärkt im Ergebnis auch die Resilienz der Gesellschaft gegenüber einer durch den Corona-Virus verursachten Pandemie:

„Erst auf diese Weise kann aber die Widerständigkeit, die Stabilität und die integrativen Fähigkeiten eines Gemeinwesens mobilisiert werden. Mehr noch: Die generelle Präventions- und Sicherheitsannahme markiert nicht (mehr) das dominante Motiv, sie weitet sich vielmehr zur Einsicht in die Unvermeidlichkeit von Vulnerabilität, zu einem Bewusstsein von Freiheitsrechten und Freiheitsverwirklichung unter Risikobedingungen.“²¹

Was die Krisenrhetorik angeht, so fand ich es in Ansehung der anhaltenden²² Corona-Krise äußerst passend, was unter diesem Stichwort im „Historischen Wörterbuch der Rhetorik“ nachzulesen ist:

„Allen Spielarten des Argumentierens mit der Krise ist gemein, dass sie dramatisierenden Charakter haben: Es geht immer um das große Ganze, um Alles oder Nichts, um den absoluten Ausnahmezustand. [...] Aus dieser Konstellation ergibt sich dann auch der appellative Charakter des Redens in der Krise, der zur eindeutigen Positionierung zwingt. Die Entscheidung, die fällig aber noch nicht gefallen ist und die die Krisensituation kennzeichnet, verlangt der Redner seinen Zuhörern ab, sobald er die Krise als solche benennt: Es gibt nur Richtig oder Falsch, wir oder die, Gut oder Böse. So vielfältig die Verwendungsmöglichkeiten des Krisentopos auch sein mögen, *ein Denken jenseits von Dualismen befördern sie nicht*“.²³

Wohl wahr, will man hier reflexhaft hinzufügen. Es mehren sich nach meiner Wahrnehmung auch die Anzeichen, dass wir Gefahr laufen, uns in dem so beschriebenen Dualismus-Denken zu verfangen. Dass eine solche Entwicklung einen demokratiefährdenden Charakter annehmen kann, zeigt ein Blick in die USA, eine Gesellschaft, die in der *Polarisierungsfalle* feststeckt, als Ergebnis eines Polarisierungsprozesses, der schon lange vor Donald Trump begonnen hat, aber unter seiner Präsidentschaft in von ihm befeuert Schärfe seinen Höhepunkt erreicht hat.²⁴

¹⁹ Siehe dazu den Leitfaden Krisenkommunikation des Bundesministeriums des Innern, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/bevoelkerungsschutz/leitfaden-krisenkommunikation.html>.

²⁰ Zabel (Fn. 9), 257.

²¹ *Ebd.*, 257.

²² Geschrieben wurde dieser kleine Beitrag im November 2020.

²³ Goeze/Strobel, in: Ueding (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Band 10 (Nachträge A-Z), 2012, 511–529.

²⁴ Eindrucksvoll dazu die hervorragende Analyse bei Lütjen, *Amerika im kalten Bürgerkrieg. Wie ein Land seine Mittel verliert*, 2020.

Angesichts der beiden lehrreichen Blicke in das „Historische Wörterbuch der Rhetorik“ und auf den Verfall der Kommunikationskultur²⁵ in den Vereinigten Staaten erscheint die Frage naheliegend, wie es um die verfassungsrechtswissenschaftliche Kommunikationskultur in Sachen Corona bestellt war und ist. Jens Kersten und Stephan Rixen haben hierzu eine eindeutige Meinung, in die wir kurz hineinhören sollten:

„SARS-CoV-2 und COVID-19 konnten kaum buchstabiert werden, da stand der Alarmismus schon ganz weit vorne auf der Agenda. Je länger die Krise andauerte, umso mehr breitete sich die These aus, die Freiheitsbeschränkungen seien eine etatistische Verirrung sondergleichen. Neben dem Vorwurf, mehr oder weniger jeder Grundrechtseingriff sei unverhältnismäßig, gesellten sich Einschätzungen, die die Legitimität der Maßnahmen viel grundsätzlicher in Frage stellten. Die Corona-Krise führe – so hieß es und heißt es – in einen totalitären Ausnahmezustand, der ein quasi-apokalyptischer Vorschein des Abschieds von der verfassungsstaatlichen Demokratie sei. [...] Der Grundirrtum dieser alarmistischen Kritik, für die nur das Denken in dramatisierenden Überspitzungen als Denken gilt, ist ihr reduziertes Bild des Verfassungsstaats. Ihn – so ließe sich die Kritik auf den Punkt bringen – als entfesselten biopolitischen Leviathan zu imaginieren, verdeutlicht, wie konsequent hier das Proprium des Verfassungsstaats verfehlt wird.“²⁶

Es ist nicht meine Absicht, mich in John Wayne-Manier mit markigen Worten in die Debatte einzumischen, nur soviel, das hinreichend klar machen dürfte, was ich denke: auch der Debattenstil über das Thema Verhältnismäßigkeit sollte verhältnismäßig, also der Sache angemessen sein. Vor diesem letzten Prüfungskriterium würde sowohl der Vorwurf des „schwer beschmutzten Rechtsstaats“²⁷ wie auch die Warnung vor einem Abgleiten des Rechtsstaates in einen „faschistoid-hysterischen Hygienestaat“²⁸ nicht bestehen können.

Aber inzwischen haben diejenigen, die besonders schneidig formuliert hatten, eindeutig rhetorisch abgerüstet; In einem Gespräch mit Mitarbeitern der Konrad-Adenauer-Stiftung hat sich zum Beispiel Hans Michael Heinig wie folgt geäußert:

„Im März, als der *Lockdown* vollzogen wurde, habe ich mir in der Tat ernsthafte Sorgen gemacht. Es gab damals einen ‚Constitutional Moment‘, in dem sich die Frage stellte, ob der Epidemie-Ausbruch Panik bewirkt und Herdeninstinkte die Oberhand gewinnen, die unsere verfassungsrechtlichen Ordnungsstrukturen bedrohen. Der zweifellos polemische Begriff des faschistoid-hysterischen Hygienestaates, den ich verwendet habe, war aber keine Beschreibung der Maßnahmen, die damals zur Eindämmung des Virus ergriffen wurden. Gemeint war, dass wir uns in einem labilen Moment befinden, in dem die Grundregeln für die Ausübung von Staatsgewalt und das Verhältnis der Bürger zum Staat im Fall eines unkontrollierten Pandemieverlaufs kippen könnten. Im Rückblick sehen wir, diese Gefahr ist nicht eingetreten. *Unsere Ordnung ist stabil geblieben.*“²⁹

²⁵ Zur Kommunikationskultur als Bestandteil der Politischen Kultur eines Gemeinwesens siehe Schuppert, Politische Kultur, 2008, 233–342.

²⁶ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, 9f.

²⁷ Lepsius, Verfassungsblog, 6.4.2020.

²⁸ Heinig, Verfassungsblog, 17.3.2020.

²⁹ Heinig, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Stresstest für die Verfassungsordnung. Die Corona-Krise und ihre Folgen für das Zusammenspiel von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, 2020, 3.

Diese Einlassung Heinigs sollte nicht als Meisterstück in der Disziplin des Zurückruderns diskreditiert, sondern als das genommen werden, was sie ist, nämlich eine revidierte Lagebeurteilung. Dass die zu beurteilende Lage sich jederzeit ändern kann, gehört ja geradezu zum Wesen jeder Krise – wie schon an der von Reinhart Koselleck geprägten Bezeichnung des Krisenbegriffes als „Verlaufsbegriff“ deutlich wird.³⁰ Deswegen ist es nicht zu kritisieren, sondern eher zu honorieren, wenn eine am Beginn einer Krise geäußerte Lagebeurteilung im Verlauf der Krise korrigiert wird.

Aber nun zu meinem vierten Augenöffner.

IV. The powerlessness of powerful governments

Diese schöne Überschrift verdanke ich dem norwegischen, in England lehrenden Politikwissenschaftler Stein Ringen, der mit dieser Formel ausdrücken wollte und will, dass erfolgreiches Regieren immer einen Legimitätsglauben und eine Akzeptanzbereitschaft der Regierten voraussetzt. Und dies gilt auch und gerade für den starken, das heißt über Regulierungs- und Finanzmacht verfügenden Staat, weil an ihm das paradoxe Phänomen studiert werden kann, dass der der Corona-Pandemie entgegentretende Staat zugleich äußerst stark und äußerst schwach ist; Ursula Weidenfeld hat dieses Paradox in ihrem Zwischenruf zu „Staat und Bürgersinn“ wie folgt liebevoll ausgemalt:

„Auf den ersten Blick scheint der Staat zurzeit in Bestform zu sein. An den Finanzmärkten bekommt er unbeschränkten Kredit: Scheinbar allmächtig rettet er Unternehmen und Branchen, bewahrt er malade Mittelständler vor der Insolvenz. Er zahlt Unternehmerlöhne an Kosmetikerinnen, Weihnachtsfeier-Unterhaltungskünstler und Restaurantbesitzer, die er vorher zur Untätigkeit verurteilt hat. Auf der anderen Seite ist er wehrlos wie ein Neugeborenes: wenn er seine Bürger anflehen muss, sich an Kontaktbeschränkungen, Feierver- und Lüftungsgebote zu halten.“³¹

In gleichsinniger Weise hat sich der Soziologe Armin Nassehi geäußert, der in einem Interview mit dem Magazin *Der Spiegel* vom 27. März 2020 folgendes gesagt hat:

„Wie in einem Brennglas lässt sich gerade beobachten, wie manche Grundlagen der Gesellschaft funktionieren. Macht erkennt man normalerweise daran, dass diejenigen, über die man Macht hat, tun, was sie tun sollen. Machen die Leute das im Augenblick? Wann müssen sich Machtmittel extremer durchsetzen, wenn Politik nicht genug Macht über die Einsichtsfähigkeit der Bürgerinnen und Bürger hat? Wenn man sich im Augenblick die Pressekonferenzen der Politiker anschaut, sieht man, wie sie darum ringen.“³²

Wohl wahr, kann man auch hier nur hinzufügen. In der Fernsehansprache des Bundespräsidenten vom 11. April 2020 sind alle wichtigen Elemente der von den Regierenden benutzten „Mitmach-Inpflichtnahme-Rhetorik“ – Vertrauen, Verantwortung, wir alle, Geduld und Disziplin – *in nuce* vorhanden, wenn er formuliert: „Es ist gut, wenn der Staat jetzt kraftvoll handelt – in einer Krise, für die es kein Drehbuch

³⁰ Koselleck, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 1, 1972, 619.

³¹ Weidenfeld, *Der Tagesspiegel*, 8.11.2020, 6.

³² Nassehi, *Der Spiegel*, 28.3.2020.

gab. Ich bitte Sie auch alle weiterhin um Vertrauen, denn die Regierenden wissen um ihre riesige Verantwortung. Doch wie es jetzt weitergeht, darüber entscheiden nicht allein Politiker und Experten. Sondern wir alle haben das in der Hand, durch unsere Geduld und unsere Disziplin – gerade jetzt, wenn es uns am schwersten fällt.“³³

V. Zur Orientierungsleistung des Verfassungsrechts und seiner Interpreten in Zeiten krisenbedingter Unsicherheit

Krisen produzieren – dies wissen wir seit Ulrich Becks „Risikogesellschaft“³⁴ – Orientierungsbedarf. Aber wer soll diesen Orientierungsbedarf stillen?

Sind es die Kirchen? Nach meiner Wahrnehmung drängen sie sich dabei nicht gerade in den Vordergrund.³⁵ Man hat – wenn ich an die Katholische Kirche denke – vielmehr eher den Eindruck, dass sie primär mit sich selbst beschäftigt ist – mit dem sogenannten synodalen Weg, mit der gleichgeschlechtlichen Ehe, mit der Aufarbeitung sexuellen Missbrauchs – oder was auch immer. Wer sich allerdings als Orientierungsstiftend profiliert, ist die Profession der Soziologen. So jedenfalls nimmt es „Der Spiegel“ wahr, der die Soziologen in einem Artikel vom 1.10.2020 als „die neuen Welterklärer“ bezeichnet und dabei an Personen wie Hartmut Rosa, Heinz Bude, Andreas Reckwitz und Armin Nassehi denkt.³⁶ Angesichts des Untertitels des Artikels: „In den Sechzigerjahren befeuerten Soziologen die Revolution, in den Neunzigerjahren arbeiteten sie als Taxifahrer. Mittlerweile, im Zeitalter der ewigen Krisen, sind sie eine höchst gefragte Zunft“ gönnt man der soziologischen Profession diesen Karrieresprung ohne jeden Neid.

Was aber ist mit dem Orientierungsangebot der Verfassung, die ja nicht nur eine Rechtsurkunde ist, sondern ein Dokument der „politisch-kulturellen Selbstverständigung einer Gesellschaft“³⁷, „Mittel der kulturellen Selbstdarstellung des Volkes, Spiegel seines kulturellen Erbes und Fundament seiner Hoffnungen“.³⁸

Das ist sicher richtig und klingt auch gut; aber ich glaube nicht, dass uns diese sympathische kulturwissenschaftliche Rhetorik³⁹ in der gegenwärtig zu bewältigenden Corona-Krise wirklich weiterhilft. Wie Bundespräsident Steinmeier zutreffend angemerkt hat, gab es für die unter Entscheidungszwang stehenden Regierenden⁴⁰ kein Drehbuch, das als Kompass dienen konnte. Wenn sich dies aber so verhält, ist es

³³ Abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-von-bundespraesident-dr-frank-walter-steinmeier-1743002>.

³⁴ Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, insbesondere 67 ff.

³⁵ Vgl. aber den Bericht der SZ Nr. 259 vom 9.11.2020, 9 über die EKD-Synode unter der Überschrift „Verwundete Gesellschaft. EKD-Synode beschwört die Kraft der Kirche in der Corona-Krise“.

³⁶ Becker, Der Spiegel, 1.10.2020, <https://www.spiegel.de/kultur/soziologen-hype-frueher-taxifahrer-heute-welterklaerer-a-00000000-0002-0001-0000-000173324658> (25.12.2020).

³⁷ Vorländer, in: Gebhardt (Hrsg.), Verfassung und politische Kultur, 1999, 75.

³⁸ Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Zweite Auflage 1998, 83.

³⁹ Vgl. hierzu auch meine Überlegungen in dem Beitrag in: AÖR 145 (2020), 189–216.

⁴⁰ Koselleck (Fn. 30) spricht anschaulich von Krisen als „entscheidungsschwangeren Phänomenen“, 621.

jetzt an der Zeit, sich zu überlegen, ob es nicht doch einen Kompass geben könnte, der Regierenden wie Regierten eine Orientierungshilfe bietet.

Auf der Suche nach diesem Kompass möchte ich anknüpfen an die Formulierung Benno Zabels, dass es darum geht, ein „Bewusstsein von Freiheitsrechten und Freiheitsverwirklichung unter Risikobedingungen“⁴¹ zu entwickeln. Von da ist es kein weiter Weg, die Verfassung als Aufgabe zu begreifen, als eine Aufgabe, die Chancen eröffnet, aber auch Lernprozesse einfordert. Was zunächst die Lernprozesse angeht, so zeigt uns das Beispiel der USA, dass es einen prinzipiellen Unterschied macht, ob man über die sachliche Richtigkeit und Zulässigkeit bestimmter Maßnahmen streitet – davon lebt die Demokratie – oder über die Funktionsfähigkeit und Legitimität des politischen Prozesses als solchen.⁴² Demokratie als Lebensform ist nur funktionsfähig, wenn der Legitimität erzeugende politische Prozess offen gehalten wird und solch basale Grundrechte wie die Meinungsfreiheit, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit soweit nur irgend möglich gewährleistet bleibt. Das Gebot, bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel Maske zu tragen und auch die Schließung von Vergnügungsstätten, die sich als infektionsverbreitend erwiesen haben, können nicht mit derselben Elle gemessen werden wie das Verbot von Demonstrationen und anderen Formen der Meinungsäußerung. Es geht also um grundrechtsspezifische Abwägungsentscheidungen, die sich nicht nur als eine empiriegestützte, sondern auch als demokratietheoretisch angeleitete Verfassungspraxis erweisen. Von den Regierten wird man andererseits erwarten dürfen, eine offensichtlich um die richtige Strategie zur Bekämpfung der Corona-Krise ringende Regierung nicht unter den Generalverdacht zu stellen, Machtexzesse ausleben oder ein totalitäres Sorgesystem praktizieren zu wollen. Dafür, dass ein solcher Verdacht begründet sein könnte, gibt es keinerlei verlässliche Anzeichen.

Schließlich möchte ich diesem Essay mit einigen Sätzen von Jens Kersten und Stefan Rixen abschließen, die mir meinem Verständnis von der Verfassung als Aufgabe zu entsprechen scheinen:

„Der Verfassungsstaat bietet [...], nicht nur soziale und pekuniäre Hilfe an. Er wirkt auch durch den Modus der Problembewältigung, dadurch wie er sich der Krise annimmt, durch einen Politikstil, einen Stil der politischen Führung, die seinem Selbstverständnis adäquat ist. In der Art und Weise des Problemzugriffs – wie Leadership gelebt wird – liegt implizit ein Angebot zur Orientierung in der Krise“.⁴³

⁴¹ Zabel (Fn. 9), 257.

⁴² So zutreffend Lütjen (Fn. 24), 153 ff.

⁴³ Kersten/Rixen (Fn. 26), 148.

