

HRN HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

www.hamburger-rechtsnotizen.de

Aus dem Inhalt

Jenny Joy Schumann

Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?

Michael W. Müller

Aus Krisen lernen – Zu Lernfähigkeit und Resilienz von Recht, Politik und Gesellschaft im Umgang mit unerwarteten Herausforderungen

Martin Scheffel-Kain

Pandemiebekämpfung vs. Massenarbeitslosigkeit

Maximilian Wormit

Entschädigungsansprüche für coronabedingte Betriebsuntersagungen

Julian Kaltenbach

Verbot öffentlicher Gottesdienste durch die Hamburger Corona-Verordnung auf dem Prüfstand

2020

10. Jahrgang

HRN HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

10. Jahrgang
Heft 2020
November 2020

Herausgeber: Hamburger Rechtsnotizen e.V. · **Redaktion:** Sina Aaron Moslehi (Chefredakteur), Julius Adler, Pia Reinhold · **Sitz von Herausgeber und Redaktion:** Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft, Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg · **E-Mail:** redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de · **Internetseite:** www.hamburger-rechtsnotizen.de · **ISSN (Print)** 2191-6543 – **ISSN (Online)** 2699-2299

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

die COVID-19-Pandemie ist – entgegen aller Hoffnungen, sie schnell überwunden zu haben – nach der sogenannten „ersten Welle“ im Frühjahr dieses Jahres nun wieder Dreh- und Angelpunkt privater und öffentlicher Diskurse. Vor allem vor dem Hintergrund der von ihr ausgehenden Gefahren befinden sich nahezu alle Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens in außergewöhnlichen Zuständen, die sich tagtäglich bemerkbar machen. Die Ängste und persönlichen Schicksalsschläge Einzelner sowie die gesellschaftlich notwendigen Einschränkungen führen zu einer nahezu unüberblickbaren Gemengelage, welche zahlreiche Rechtsfragen aufwirft, mit denen sich zurzeit nicht nur Juristen/innen konfrontiert sehen. Wie so oft zeichnen sich gesellschaftliche Themen und Bewegungen – auch – in der Welt des Rechtes ab.

Diese Überlegungen hat die HRN zum Anlass genommen, das diesjährige Heft unter dem Themendach der COVID-19-Pandemie zu gestalten. Die Redaktion ist erfreut darüber, dass zahlreiche Autoren/innen Beiträge zur Veröffentlichung eingereicht haben, die sich mit den verschiedenen rechtlichen, die Pandemie betreffenden, Fragestellungen auseinandersetzen. Aus den Einreichungen hat die Redaktion zehn Beiträge ausgewählt, die komplexe Themen aus interessanten Blickwinkeln beleuchten und in der Zusammenschau ein Heft 2020 ergeben, welches das Facettenreichtum der rechtlichen Fragestellungen rund um die COVID-19-Pandemie aufzuzeigen versucht.

Doch nicht nur inhaltlich ist die HRN auf der Höhe der Zeit: Das Heftkonzept aus dem Gründungsjahr 2011 bedurfte einer Generalüberholung, die mit diesem Heft im zehnten Jahrgang der HRN zu großen Teilen beginnt. Ins Auge sticht vor allem das neue Layout, welches das erste Mal mit dieser Ausgabe veröffentlicht wird. Doch auch an anderer Stelle wurde konzeptionell geschraubt: Die HRN versteht sich seit einigen Jahren immer weniger als Ausbildungs- oder Nachrichtenblatt, sondern als juristische Fachzeitschrift, die über Hamburg hinaus rezipiert und geschätzt wird. Fußend auf diesem Selbstverständnis, wurde in den Heften der letzten Jahre der

Schwerpunkt zunehmend auf qualitativ hochwertige Aufsätze und weniger auf Klausuren, Hausarbeiten und Veranstaltungsberichte gelegt. Ferner wurde die HRN erstmals seit dem Heft 2017 nicht ausschließlich als gedrucktes Heft, sondern auch online veröffentlicht.

Mit dem jetzt erscheinenden Heft werden diese redaktionellen Entscheidungen besiegelt: Im Heft finden fortan ausschließlich Aufsätze Platz; der Anspruch der HRN auf inhaltliche Relevanz und wissenschaftliche Einordnung juristischer Fragestellungen wird damit noch weiter verdichtet. Das moderne Layout nähert sich dem klassischer Fachzeitschriften an, ohne ihre eigenen Besonderheiten aufzugeben, denn es weist weiterhin Elemente der Vorgängerversion auf: Schriftarten und -größen sowie dem – wenn auch nun deutlich dunkleren – Blauton wird die Treue gehalten. Zudem ergänzt nun die Abkürzung HRN den Logoschriftzug.

Die Redaktion schlägt mit all diesen Entscheidungen eine Brücke zwischen der ursprünglichen, im Jahr 2011 gegründeten, und der neuen, sich innerhalb der letzten Jahre stets professionalisierten, HRN. Das Heft des Jubiläumsjahres 2021 wird zu diesem Anlass mit zahlreichen Besonderheiten ausgestattet sein und sich diese elementaren Vorarbeiten zu Nutze machen.

In diesem Heft werden jene konzeptionellen Neuheiten anhand der Aktualität und Originalität der Beiträge abgebildet und laden zu einer intensiven Auseinandersetzung ein: *Jenny Joy Schumann* nimmt sich eines Klassikers an, der im strafrechtlichen Kontext innerhalb der letzten Monate immer wieder Thema war. Sie prüft verschiedene Maßstäbe der Triage und bewertet ihre Machbarkeiten, während sie die klassische Moralphilosophie und aktuelle Diskussionen aus der Strafrechtswissenschaft ins Auge fasst. *Antonia Cohrs* kommentiert in ihrem Beitrag das Triage-Dilemma und fragt danach, wo das Bedürfnis nach Straf- und Handlungsfreiheit von Ärzten/innen herrührt und wie die individuelle Verantwortung in Grenzfällen zu beurteilen ist.

Michael W. Müller erarbeitet in seinem Aufsatz am Beispiel von globaler Finanzkrise und Corona-Pandemie drei Ebenen, aus denen Recht, Politik und Gesellschaft aus Krisen lernen können. *Torben Wassermann* plädiert vor dem Hintergrund der Pandemie mit sechs Argumenten für die föderale Krisenbewältigung, während *Edwin Martin* diesen Gedanken praxisbezogen fortführt und die Neuerungen des Infektionsschutzgesetzes im Lichte verfassungsrechtlicher Fragen untersucht.

Sarah Geiger beleuchtet ein Thema, das Studierende – nicht nur der Rechtswissenschaft – betrifft: Sie setzt sich mit der im Prüfungsrecht zu berücksichtigenden Wirkung der Grundrechte der Prüflinge auseinander und geht auf die daraus folgende Begrenzung der Wahl alternativer Prüfungsabläufe ein.

Auch Fragen nach Erwerbstätigkeit und Besteuerung sind in Zeiten der Pandemie allgegenwärtig. Der Beitrag von *Maximilian Wormit* widmet sich der Frage nach der Entschädigungspflicht des Staates für Betriebsuntersagungen von Ladengeschäften, während *Martin Scheffel-Kain* die Auswirkungen pandemiebedingter Arbeitslosigkeit erörtert. Der rechtlichen Belastbarkeit der steuerlichen Maßnahmen vonseiten des Bun-

desministeriums der Finanzen nimmt sich *Lars Hummel* an.

Der Aufsatz von *Julian Kaltenbach* befasst sich mit der Rechtmäßigkeit des Verbotes öffentlicher Gottesdienste im Frühjahr 2020 durch die Corona-Maßnahmen der Stadt Hamburg. Er beleuchtet die elementare Funktion der Religionsfreiheit und stellt die Bedeutung des öffentlichen Gottesdienstes in den verschiedenen Glaubensgemeinschaften heraus.

Mit diesen Beiträgen hat die HRN in diesem Heft einen Teil des Wissens- und Entwicklungsstandes der ersten Pandemie-monate zusammengetragen; der Redaktionsschluss war am 25.08.2020, wobei vereinzelt auch später minimale Aktualisierungen vorgenommen wurden. Bereits jetzt zeigt sich, dass uns die COVID-19-Pandemie und damit auch die mit ihr verbundenen rechtlichen Fragestellungen längere Zeit beschäftigen werden. Welche Herausforderungen kommen noch auf uns zu? Wie werden die Bürger/innen und die drei Gewalten mit ihnen umgehen?

Die Redaktion

HRN HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Zitervorschlag:

Autor/in, HRN 2020, Seitenzahl

Mustername, HRN 2020, 5

Inhaltsverzeichnis

<i>Michael W. Müller</i>	
Aus Krisen lernen	1
Zu Lernfähigkeit und Resilienz von Recht, Politik und Gesellschaft im Umgang mit unerwarteten Herausforderungen	
<i>Julian Kaltenbach</i>	
Verbot öffentlicher Gottesdienste durch die Hamburger Corona-Verordnung auf dem Prüfstand	5
<i>Jenny Joy Schumann</i>	
Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?	10
Strafrechtliche Güterabwägung ärztlicher Lebensrettungsmaßnahmen im Kontext nicht ausreichender Versorgungskapazität in der Corona-Pandemie	
<i>Antonia Cohrs</i>	
Kommentar zur Triage-Problematik in der COVID-19-Pandemie	17
<i>Maximilian Wormit</i>	
Entschädigungsansprüche für coronabedingte Betriebsuntersagungen	20
Springt der Staat ein?	
<i>Martin Scheffel-Kain</i>	
Pandemiebekämpfung vs. Massenarbeitslosigkeit	25
<i>Lars Hummel</i>	
„Steuerliche Maßnahmen zur Berücksichtigung der Auswirkungen des Coronavirus“	30
Zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 19.03.2020 – IV A 3 – S 0336/19/10007:002	
<i>Torben Wassermann</i>	
In der Krise zeigt der Föderalismus seine wahre Stärke	32
Sechs Argumente, die für die föderale Krisenbewältigung streiten	
<i>Edwin Martin</i>	
Der flexible Bundesstaat	36
<i>Sarah Geiger</i>	
Grundrechtliche Implikationen für das Abhalten von Hochschulprüfungen in Zeiten der Corona-Pandemie	41
Impressum	44

Michael W. Müller*

Aus Krisen lernen

Zu Lernfähigkeit und Resilienz von Recht, Politik und Gesellschaft im Umgang mit unerwarteten Herausforderungen

Jede Krise wirft früher oder später die Frage nach langfristigen Verbesserungsmöglichkeiten auf. Am Beispiel von globaler Finanzkrise und Corona-Pandemie erarbeitet der Beitrag drei Ebenen, auf denen Recht, Politik und Gesellschaft aus Krisen lernen können. Jenseits der Adressierung konkreter Krisenursachen und systemischer Krisenmechanismen muss es vor allem darum gehen, den Umgang mit dem Phänomen Krise als solchem zu reflektieren und die Resilienz des Rechtssystems durch responsive Reaktionsformen zu sichern.

I. Einleitung

„Sie haben sich offenbar gedacht, der Teufel komme immer durch die gleiche Tür, so daß es genüge, diese Tür durch ein Sicherheitsschloß zu verwahren, um allen Gefahren entronnen zu sein.“¹ Ernst Forstoffs bildlich ausgedrückte Zweifel an der Hoffnung, aus strukturellen Schwächen der Weimarer Verfassung Lehren für das Grundgesetz der Bundesrepublik ziehen zu können,² lassen sich verallgemeinern. Sie stehen für die Skepsis, sich auf die Krisen, denen moderne Gesellschaften immer wieder begegnen, angemessen vorbereiten zu können, indem man überwundene Herausforderungen hinreichend reflektiert und durch sie offenegelegte Schwächen behebt.

Tatsächlich waren die Herausforderungen der vergangenen Jahre jedenfalls vordergründig von sehr unterschiedlicher Gestalt: drohende Zusammenbrüche von Finanzmärkten und Staatsfinanzen, nationale Alleingänge und Populismus, Erosion von Rechtsstaatlichkeit.³ Dennoch gibt es auch in der modernen Krisengesellschaft Lernprozesse, die dringend erforderlich sind und die wir gerade in der aktuellen Situation nicht aus den Augen verlieren dürfen. Aus Krisen zu lernen heißt nämlich nicht nur, konkrete Ursachen und – allgemeine – Krisendynamiken zu verstehen, sondern auch und vor

allem unseren Umgang mit dem wiederkehrenden Phänomen der Krise zu reflektieren. Der Beitrag soll diese drei Formen eines „Lernens aus Krisen“ anhand eines strukturellen Vergleichs der internationalen Finanzkrise (2008–2010) und der gegenwärtigen Corona-Krise veranschaulichen.

II. Krisen als wiederkehrendes Problem

Schon im Kontext der internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise schrieb Armin Nassehi im Jahr 2012 im Kursbuch „Krisen lieben“, die moderne Gesellschaft müsse Gelassenheit gegenüber ihren Krisen entwickeln. Diese seien ein Teil eines fortschreitenden Emanzipationsprozesses, in dem durch das Zutagefördern von Schwächen Verbesserungen angeregt und so limitierende Traditionen abgeschüttelt würden.⁴ Wenn man bei der Teufelsmetaphorik bleiben will: Ein Teil von jener Kraft, die stets das Böse will und stets das Gute schafft.⁵ Abstrakt beschrieben werden Krisen ausgelöst durch kleine, lokale Erschütterungen eines gesellschaftlichen Teilsystems, die durch verschiedene Ansteckungs- und Verbreitungsmechanismen zunächst innerhalb dieses Systems gravierende Folgeeffekte zeitigen und dann, vermittelt durch Mechanismen struktureller Kopplung, auf andere Systeme übergreifen und so globale, im Vorfeld allenfalls in Ansätzen vorhersehbar, Dimension erlangen.⁶

Diese Strukturen lassen sich – ohne damit die erheblichen Unterschiede der Phänomenologie, insbesondere der Unmittelbarkeit der Bedrohungslagen nivellieren zu wollen – an der globalen Finanzkrise ebenso veranschaulichen wie an der gegenwärtigen „Corona-Krise“. Den anfänglichen „Flügel Schlag des Schmetterlings“⁷ bildete damals das Platzen einer lokalen Immobilienblase,⁸ diesmal (wenn gegenwärtige Vermutungen

* Der Autor ist Dr. iur., M.A. und LL.M. (Cambridge) sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht (Professor Dr. Stefan Koriath) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Forsthoff, Die Angst vor der Demokratie, Pressedienst für undoktrinäre Politik 50/51 (1948), 1 (1).

2 Näher Meinel, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2011, S. 347 ff. Zum Grundgesetz als einer „Antiverfassung besonderer Art zur Weimarer Reichsverfassung“: Fromme, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. 1999, S. 24. Zur frühen Kritik hieran insbesondere auch Weber, Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz (1949), in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, S. 9 ff.; zusammenfassend Kersten, Parlamentarische oder stabile Regierung?, in: Gusy (Hg.), Weimars lange Schatten, S. 281 (298 ff.).

3 Zusammenstellungen und Analysen aus sozial- und rechtswissenschaftlicher Sicht etwa bei Steinbeis/Kemmerer/Möllers (Hg.), Krise und Konstitutionalisierung in Europa, 2015; Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unselde (Hg.), Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2015; Nassehi/Felixberger (Hg.), Kursbuch 170 – Krisen lieben, 2012.

4 Nassehi, Der Ausnahmezustand als Normalfall, in: Nassehi/Felixberger (Hg.), Kursbuch 170 – Krisen lieben, 2012, S. 34 (46).

5 Goethe, Faust I (1808), V. 1336 f.; zur in der Figur des Mephistopheles angelegten Dialektik Champlin, Hegel's Faust, Goethe Yearbook 18 (2011), S. 115 ff.

6 Zu einer bereichsübergreifenden Definition etwa Stichweh, Towards a General Theory of Function System Crises, in: Kjaer (Hg.), The Financial Crisis in Constitutional Perspective, 2011, S. 43 ff.; zu den nachfolgend dargestellten strukturellen Ähnlichkeiten von Gesundheits- und Finanzkrisen auch Haldane, Rethinking the financial network, in: Jansen (Hg.), Fragile Stabilität – stabile Fragilität, 2013, S. 243.

7 Grundlegend Lorenz, Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil Set Off a Tornado in Texas?, 1972; im Zusammenhang mit der Entstehung und Ausbreitung aktueller Krisen etwa Taleb, The Black Swan, 2010, S. 196 f.; Choi/Douady, Financial Crisis and Contagion: A Dynamic Approach, in: Fouque/Langsam (Hg.), Handbook on Systemic Risk, 2013, S. 453 (454); Stoutenborough/Kirkpatrick/Field/Vedlitz, What Butterfly Effect?, Climate 3 (2015), 668 ff.; in der juristischen Literatur etwa Kaufhold, Schmetterlinge und das Verwaltungsrecht, Osaka University Law Review 65 (2018), 47 (48).

8 Zur Entstehung und Ausbreitung der globalen Finanzkrise s. die Berichte:

zutreffen) das Übergreifen eines Erregers von Wildtieren auf Menschen im Umfeld eines Tiermarkts.⁹ Ansteckungseffekte stellten im Finanzsystem die Bündelungs- und Streuungseffekte global gehandelter Finanzprodukte und die Intermediationswirkung international agierender Kreditinstitute dar;¹⁰ im Bereich der menschlichen Gesundheit Tröpfcheninfektionen, die den Erreger in der global vernetzten Gesellschaft mit zunehmender Geschwindigkeit in alle Teile der Welt verbreiten.¹¹ Übergriffe auf andere gesellschaftliche Funktionsbereiche eröffneten in der Finanzkrise die Finanzierungsfunktion der Finanzmärkte und Kreditinstitute für die Realwirtschaft und die Abhängigkeit von Wirtschafts- und Sozialsystemen von staatlicher Gewährleistung.¹² Gegenwärtig deuten sie sich durch die wirtschaftlichen Folgen von krankheits- und isolationsbedingten Personalausfällen und Eindämmungsmaßnahmen sowie, abermals, die erheblichen Belastungen der öffentlichen Haushalte an.¹³

Bei dieser Strukturäquivalenz enden die Gemeinsamkeiten aber noch nicht. In beiden Fällen zeigt sich auch, dass Krisen eine besondere Herausforderung politischen Handelns darstellen. Sie verlangen rasche Entscheidungen unter großer Unsicherheit, sowohl hinsichtlich der bestehenden Bedrohungslage, als auch der Folgewirkungen von Gegenmaßnahmen.¹⁴ Dabei zwingen sie zu Abwägungen zwischen Rechtsgütern, wobei verschiedene Individual- und Kollektivgüter in Widerstreit treten können. Während der globalen Finanzkrise zeigten sich etwa Konflikte zwischen individuellen Anlage- und kollektiven Stabilitätsinteressen, wenn es um die Frage ging, in welchem Ausmaß und auf wessen Kosten Finanzinstitute ver-

staatlich oder Staatsfinanzen restrukturiert werden konnten.¹⁵ Bei der Pandemiebekämpfung trifft die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems auf wirtschaftliche und persönliche Freiheitsrechte.¹⁶

III. Lehren aus der Krise

Mit dieser Beschreibung der Dynamik von Krisenentwicklungen und den Herausforderungen staatlicher Abwägungsentscheidungen unter Unsicherheit sind auch die drei Ebenen skizziert, auf denen ein „Lernen aus der Krise“ stattfinden kann: Dieses kann ansetzen bei der konkreten Ursache, bei den Mechanismen der Verbreitung, schließlich aber auch bei den politischen und rechtlichen Reaktionen auf Krisen. Diese drei Formen des „Lernens aus Krisen“ seien an der globalen Finanzkrise veranschaulicht, wo der größere zeitliche Abstand inzwischen erste wissenschaftliche Reflexionen des Lernprozesses zugelassen hat.¹⁷ Am schnellsten waren Reaktionen hier auf der ersten Ebene zu beobachten. Beispielhaft sind Verbesserungen bei der Regulierung von Finanzprodukten, etwa die Einführung zentraler Clearingstellen für Derivate¹⁸ und die Erweiterung hoheitlicher Befugnisse zur Produktaufsicht und -intervention,¹⁹ bei der Eigenkapitalausstattung²⁰ und bei der Trennung verschiedener Geschäftsbereiche von Kreditinstituten.²¹ Hier wurden Schwächen des bisherigen Systems, die auch im Vorfeld durchaus diskutiert worden waren, durch die Entwicklung der Finanzkrise unmittelbar erlebbar; politischer Regulierungseifer, der mit Krisen häufig verbunden ist, konnte hier ohne weiteres ansetzen.²²

Tiefgreifender sind Maßnahmen, die auf einer zweiten Ebene ansetzen: bei der allgemeinen Verbreitungsdynamik von Krisen. Hier ging es darum, Systemrisiken bereits im Entste-

The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Report (De-Larosiè-Bericht), 2009, S. 7 ff.; *The Financial Crisis Inquiry Commission (USA)*, Report, 2011, S. 127; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2008/09, S. 174 ff.

⁹ Zur Diskussion dieser These Huang u.a., Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China, *The Lancet* 395 (2020), 497 ff.; Xie/Chen, Insight into 2019 novel coronavirus, *IJID* 94 (2020), 119 (121).

¹⁰ Hierzu grundlegend unter dem Begriff des „systemischen Risikos“ Schwarcz, *Systemic Risk*, *Geo.L.J.* 97 (2008), 193 (204); Hellwig, *Systemic Risk*, *De Economist* 157 (2009), 129 (167); Anabtawi/Schwarcz, *Regulating Systemic Risk*, *Notre Dame L.Rev.* 86 (2011), 1349 (1351); näher Kaufhold, *Systemaufsicht*, 2016, S. 46 ff.; Müller, *Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum*, 2019, S. 60 ff., jeweils m.w.N.

¹¹ Vgl. zur Ausbreitung des neuen Corona-Virus etwa Cohen/Kupferschmidt, *Strategies shift as coronavirus pandemic looms*, *Science* 367 (2020), 962.

¹² Zu den realwirtschaftlichen Auswirkungen der globalen Finanzkrise *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Report (De-Larosiè-Bericht), 2009, Rn. 81; *The Financial Crisis Inquiry Commission (USA)*, Report, 2011, S. 389 ff.; Schwarcz, *Geo.L.J.* 97 (2008), 193 (202); Gros/Alcidi, *Why Europe Will Suffer More*, *Intereconomics* 2010, 4 ff.; speziell zum Zusammenhang von Finanzkrise und Staatsschuldenkrise: *International Monetary Fund*, *Fiscal Monitor*: October 2013, S. 16; Neubäumer, *Eurokrise*, *Wirtschaftsdienst* 91 (2011), 827 ff.

¹³ Zu den volkswirtschaftlichen Folgen Bofinger/Dullien/Felbermayr/Fuest/Hüther/Südekum/Weder di Mauro, *Wirtschaftliche Implikationen der Corona-Krise und wirtschaftspolitische Maßnahmen*, *Wirtschaftsdienst* 100 (2020), 259 ff.

¹⁴ Zur Unsicherheit im Umgang mit (systemischen) Risiken vgl. Scherzberg, *Grundlagen staatlicher Risikosteuerung*, in: Albers (Hg.), *Risikoregulierung im Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht*, 2011, S. 35 (53); Anabtawi/Schwarcz, *Regulating Ex Post*, *Tex.L. Rev.* 92 (2013), 75 (100); Hodgson, *Observations on the Legal Theory of Finance*, *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 331 (335).

¹⁵ Adolff/Eschwey, *Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung*, *ZHR* 177 (2013), 902 ff.; Davidoff Solomon/Zaring, *After the Deal*, *B.U.L.Rev.* 95 (2015), 371 (374); Hockett, *Recursive Collective Action Problems*, *The Journal of Financial Perspectives* 3 (2015), 1 (14); Müller, *Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum*, 2019, S. 65 f.

¹⁶ Zu weltweit ergriffenen Freiheitsbeschränkungen und ihren Auswirkungen auf das Infektionsgeschehen etwa Kupferschmidt, *The lockdown worked*, *Science* 368 (2020), 218; zu den dabei zu treffenden Abwägungsentscheidungen Leopoldina, *Dritte Ad-hoc Stellungnahme: Coronavirus-Pandemie – Die Krise nachhaltig überwinden*, 13.04.2020, S. 10 ff.

¹⁷ Bestandsaufnahmen etwa bei Dowd/Hutchinson, *Learning the Right Lessons from the Financial Crisis*, *CatoJ* 36 (2016), 393 ff.; Elson, *The Global Financial Crisis in Retrospect*, 2017; Goodhart/Tsomocos (Hg.), *Financial Regulation and Stability*, 2019; Bernanke/Geithner/H. Paulson Jr., *Firefighting*, 2019.

¹⁸ Vgl. Gergen, *Systemrelevanz und staatliche Verflechtung*, *JM* 2015, 139 ff.; Brauneck, *Systemische Gefährdung*, *WM* 2019, 294 ff.

¹⁹ Vgl. Grigoleit, *Anlegerschutz*, *ZHR* 177 (2013), 264 ff.; Buck-Heeb, *Aufsichtsrechtliches Produktverbot und zivilrechtliche Rechtsfolgen*, *BKR* 2017, 89 ff.

²⁰ Vgl. Wahrenburg, *Die Reformen der Kapitalregulierung von Kreditinstituten seit der Finanzkrise*, *ZBB* 2019, 81 ff.

²¹ Vgl. Auerbach/Hamm, *Das deutsche Trennbankengesetz*, *WPg* 2017, 830 ff.; Renner/Kowolik, *Die Abwicklung von Bankengruppen und der Einfluss von Trennbankregeln im transatlantischen Rechtsvergleich*, *ZVglRWiss* 2018, 83 ff.

²² Vgl. etwa – jeweils mit krit. Unterton – Martini, *Zur Kasse bitte...!*, *NJW* 2010, 2019 (2023); Goette, *MüKo, AktG*, 4. Aufl. 2018, § 161 Rn. 20; neutral Ferran, *Crisis-driven regulatory reform: where in the world is the EU going?*, in: Ferran/Moloney/Hill/Coffee (Hg.), *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis*, 2012, S. 1.

lungsprozess erkennen und gegensteuern zu können,²³ oder aber durch etablierte Abwicklungs- und Restrukturierungsregime die Folgeeffekte des drohenden Zahlungsausfalls einzelner Kreditinstitute oder auch öffentlicher Körperschaften zu verringern.²⁴ Auch hier sind mit der Einführung einer Makroaufsicht über das Finanzsystem²⁵ und von Bankabwicklungsregimen auf europäischer und nationaler Ebene²⁶ einige Anstrengungen unternommen worden, deren Effektivität sich aber erst noch in der Praxis beweisen muss. Verbesserungen in diesen grundsätzlicheren Bereichen sind schwieriger, weil sie auf einer globaleren Ebene ansetzen; gleichzeitig sind sie aber mit der Hoffnung verknüpft, eine bessere Responsivität im Umgang mit künftigen Krisen zu schaffen und dadurch die Resilienz des gesamten Finanz- und Wirtschaftssystems zu erhöhen.²⁷

Die Suche nach Resilienzstrukturen führt schließlich zur dritten Ebene: dem politischen und rechtlichen Umgang mit Krisen im Allgemeinen. Hier lassen sich Schlüsse aus dem Umgang mit der Finanzkrise erst mit einigem zeitlichen Abstand und unter Berücksichtigung auch der – in den vergangenen Jahren in einer Vielzahl von Staaten weitgehend abgeschlossenen – gerichtlichen Aufarbeitung der ergriffenen Maßnahmen ziehen.²⁸ Hier treten insbesondere drei Fragen in den Blick, auf die bei der Analyse der aktuellen Situation zurückzukommen sein wird. Die erste Frage betrifft die schon angesprochene Frage des Widerstreits verschiedener Rechtspositionen. Eine zentrale staatliche Aufgabe ist es, einen angemessenen, möglichst schonenden Ausgleich zwischen kollidierenden Individual- und Kollektivgütern zu finden.²⁹ Das Ergebnis der erforderlichen Abwägungsentscheidung kann dabei sein, dass einzelne Interessen hinter anderen vollständig zurückstehen müssen. Während der Finanzkrise waren dies in einigen Fällen die Rechtspositionen von Aktionären/-innen und Anlegern/-innen heillos überschuldeter Finanzinstitute gegenüber kollektiven Stabilisierungszielen.³⁰ Diese Feststellung muss jedoch Ergebnis eines Abwägungsvorgangs sein, der die verschiedenen Parameter darstellt und zueinander in Bezug setzt, soweit

dies in der Eile der Krisenbewältigung irgendwie möglich ist. Als rechtswidrig erweisen sich hoheitliche Maßnahmen daher, wenn sie die spezifische Situation Betroffener gar nicht würdigen oder etwa – wie bei der Abwicklung der österreichischen *Hypo Alpe Adria* im Nachgang der Finanzkrise³¹ – auf willkürlichen Differenzierungen beruhen.

Eng mit dem Gebot der Abwägung verbunden ist – als zweiter Punkt – die weitergehende Forderung nach rechtsstaatlichen Verfahrensweisen auch in Zeiten globaler Krisen. Einen „Ausnahmestandard“, in dem die Geltung des Rechts suspendiert wäre, erkennen die Verfassungsordnungen moderner Rechtsstaaten im Umgang mit Finanzkrisen nicht an.³² Bei der Aufarbeitung der globalen Finanzkrise haben die Gerichte zwar den Umständen der Situation – insbesondere der Unsicherheit über den weiteren Krisenverlauf und die realwirtschaftlichen Folgeeffekte – durch die Anerkennung weitreichender staatlicher Handlungsspielräume Rechnung getragen.³³ Als rechtswidrig erwiesen sich jedoch Maßnahmen, die außerhalb der bestehenden Rechtsordnung, etwa ohne Rechtsgrundlage, getroffen wurden.³⁴ Der Umgang mit situativer Ungewissheit führt schließlich zur dritten Frage: Der Rechtsvergleich zeigt, dass eine Vielzahl moderner Verfassungsordnungen die Beschränkung des Individualschutzes in Finanzkrisen auf die nachträgliche Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen billigt. Anerkannt wird damit, dass Krisen eine unmittelbare hoheitliche Reaktion erforderlich machen können.³⁵ Die Frage der Lastenverteilung – also, ob Betroffenen ein Entschädigungsanspruch zusteht – kann dann im Nachhinein entschieden werden. Damit ist nicht gesagt, dass die Geltendmachung solcher Forderungen per se illegitim wäre. Die Rechtsordnung sieht den angemessenen Ausgleich aller betroffenen Interessen vor; die Details dieses Ausgleichs dürfen aber der späteren Aufarbeitung überlassen werden.³⁶

IV. Lernen während der Krise?

Was bedeutet all dies nun für die aktuelle Situation? Auch in der Corona-Krise gibt es die dargestellten drei Ebenen: Mit Blick auf die konkrete Krisenentwicklung wird man die schon seit längerem ausgesprochenen Warnungen vor dem Verzehr

²³ Zum Problem der Entstehung und Ausbreitung systemischer Risiken oben Fn. 10.

²⁴ Vgl. *Financial Stability Board*, Recommendations: Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 2011; *Adolff/Eschwey*, ZHR 177 (2013), 902 (906 ff.); *Müller*, Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum, 2019, S. 34 ff.

²⁵ Vgl. *Kaufhold*, Makroaufsicht über das Finanzsystem, WM 2013, 1877 ff.; *Kaufhold*, Systemaufsicht, 2016, S. 82.

²⁶ Vgl. *Binder*, Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung?, ZBB 2017, 57 ff.; *Tröger*, Zu kompliziert, um zu funktionieren, ZBB 2018, 20 ff.; *Adolff/Häller*, Bail-in im Lichte des EU-Bankenpakets, ZBB 2019, 369 ff.

²⁷ Vgl. auch *Mayntz*, Resilient Financial Systems, in: Maurer (Hg.), New Perspectives on Resilience in Socio-Economic Spheres, S. 63; *Bauerschmidt*, Finanzstabilität als Ziel der Bankenunion, ZHR 183 (2019), 476 ff.

²⁸ Vgl. etwa *Zaring*, Litigating the Financial Crisis, Va.L.Rev. 100 (2014), 1405 ff.; *Egidy*, Finanzkrise und Verfassung, 2019; *Müller*, Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum, 2019, S. 1 ff., 19 ff.

²⁹ *Adolff/Eschwey*, ZHR 177 (2013), 902 (902 ff.); *Müller*, Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum, 2019, S. 49 ff.

³⁰ Vgl. etwa zum Zurücktreten von Bestandsinteressen gegenüber dem staatlichen Übernahmeinteresse zur Finanzmarktstabilisierung im Fall *Hypo Real Estate: OLG München NZG 2011, 1227 (1228)*; zur Zulässigkeit eines Gläubiger-Bail-in in *Zypern: EuGH vom 20.09.2016, verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P – Ledra Advertising*, Rn. 72.

³¹ Vgl. VfGH (Österreich) vom 03.07.2015, G 239/2014-27, G 98/2015-27, Rn. 270 ff., 293 ff.

³² Zum Konzept *Schmitt*, Politische Theologie (1922), 9. Aufl. 2009, S. 13. Zur Ablehnung im deutschen Verfassungsrecht *Kersten*, Ausnahmestandard?, JuS 2016, 193 (193 ff., 197 ff.); verfassungsvergleichend *Müller*, Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum, 2019, S. 294 ff.

³³ Besonders deutlich etwa *EGMR vom 10.07.2012, Nr. 34940/10 – Dennis Grainger and others v. UK*, Rn. 18.

³⁴ Vgl. etwa United States Court of Federal Claims, *Starr Int'l Co v. US*, 121 Fed Cl 428 (2015), 435; näher *Morris*, When a Bailout is a Taking, U.Pa.J.Int'l Bus.L. 16 (2014), 897 (916); zu Hintergründen und Fortgang des Verfahrens *Müller*, Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum, 2019, S. 25 ff.

³⁵ *Müller*, Finanzmarktstabilisierung und Anlegereigentum, 2019, S. 313 f. Vgl. jetzt auch etwa die Beschränkung des Rechtsschutzes gegen Abwicklungsmaßnahmen nach Art. 85 IV RL 2014/59/EU, § 150 SAG; *Babis*, The Impact of Bank Crisis Prevention, Recovery and Resolution on Shareholder Rights, LFM 6 (2012), 387 (393). Zu noch weitergehenden Vorschriften in den USA *Merril/Merril*, Dodd-Frank Orderly Liquidation Authority, U.Pa.L.Rev. 163 (2014), 165 (206 ff.).

³⁶ Vgl. *Davidoff Solomon/Zaring*, B.U.L.Rev. 95 (2015), 371 (410): „re-adherence to the law“.

von Wildtieren und die allgemeinen Hygieneregeln ernster nehmen.³⁷ Auch wird man in vielen Staaten überlegen, ob man sich auf künftige Atemwegserkrankungen und andere Epidemien durch die Erhöhung der vorrätig gehaltenen Intensivbehandlungskapazitäten vorbereiten kann.³⁸ Schon dies erfordert, angesichts der erheblichen finanziellen Aufwendungen, Abwägungsentscheidungen.³⁹ Allgemeiner wird man die Verbreitungswege von Pandemien genauer studieren und insbesondere Eindämmungsstrategien, etwa die Nachverfolgung und Isolierung von Kontaktpersonen, evaluieren.⁴⁰ Dies setzt – ähnlich der Verbesserung der Resilienz des Finanzsystems – erhebliche Anstrengungen gerade auch der Wissenschaft voraus. Dass die Deutsche Forschungsgemeinschaft zusätzliche Fördergelder für die interdisziplinäre Pandemieforschung in Aussicht gestellt hat, ist ein erfreulicher erster Schritt.⁴¹ Ähnlich wie die Finanzkrise wird die Corona-Pandemie hier einen wichtigen Forschungsgegenstand bilden, von dem man sich freilich gewünscht hätte, es hätte ihn nie gegeben.

Schließlich muss erneut der hoheitliche Umgang mit Krisen in den Blick treten. Auf dieser dritten, abstrakten, Ebene sind die Parallelen zur Finanzkrise am augenscheinlichsten. Wieder hörte man, als die Pandemie Europa und die USA erreichte, die eilige Behauptung, bestimmte Eindämmungsmaßnahmen seien gänzlich „alternativlos“.⁴² Spätestens, wenn nun regelmäßig Verlängerungen, Lockerungen oder Verschärfungen der aktuellen Beschränkungen des wirtschaftlichen und öffentlichen Lebens diskutiert werden, wird man hier – als Lehre aus der Finanzkrise oder auch dem ersten vorsichtigen Widerspruch in der aktuellen Situation – genauer hinsehen und konkrete Maßnahmen im Hinblick auf ihre Folgewirkungen, aber auch ihren tatsächlichen Nutzen, genauer evaluieren müssen.⁴³ Unsicherheiten dürfen dabei natürlich in Rechnung gestellt werden, sie müssen aber auch offen analysiert werden. Erste rechtsstaatliche Lehren aus der aktuellen Krise gab es bereits. Die in Bayern verfügbaren Ausgangsbeschränkungen wurden durch das BayVG München beanstandet, weil die im Erlasszeitpunkt geltenden Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) keine Rechtsgrundlage für Freiheitsbeschränkungen

durch Allgemeinverfügung boten.⁴⁴ Die Landesregierung konnte durch Erlass einer vom IfSG gedeckten Rechtsverordnung nachbessern, die Legislative im IfSG für die Zukunft nachjustieren. Das Bundesverfassungsgericht hob Verbote auf, die auch bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen keine Einzelfallprüfung ermöglichten,⁴⁵ mehrfach wurden gleichheitswidrige Differenzierungen bei Beschränkungen beanstandet.⁴⁶ Diese Entscheidungen sind ein erster Hinweis darauf, rechtsstaatliche Vorgaben wie den Vorbehalt des Gesetzes, den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall auch bei der Krisenbewältigung nicht aus den Augen zu verlieren. Weitere Lehren aus der aktuellen Entwicklung wird man schließlich, drittens, hinsichtlich der Lastenverteilung bei Pandemien gewinnen können. Die Konzeption des IfSG und weitere höchst- und obergerichtliche Entscheidungen im Eilrechtsschutz deuten an, dass hier ähnliches gilt wie bei der Finanzkrise: eine grundsätzliche Prerogative staatlichen Handelns, die eine spätere Lastenverteilung im Wege der etwaigen Zuerkennung von Entschädigungsansprüchen nicht ausschließt.⁴⁷ Hier wird es den Gerichten obliegen, angemessene Beurteilungsmaßstäbe zu entwickeln, wie dies bei der Finanzkrise großteils geschehen ist.

V. Fazit

Insgesamt zeigt sich: Jede Krise wirft neue Herausforderungen auf und verlangt neue Entscheidungen. Sie ermöglicht aber – auch im Vergleich mit bewältigten Herausforderungen in anderen gesellschaftlichen Bereichen – Lernprozesse, die die Resilienz moderner Gesellschaften insgesamt erhöhen können. Die nächste Krise, der nächste Teufel, kommt bestimmt. Vermutlich nicht durch dieselbe Tür, vielleicht ist es nicht einmal derselbe Teufel. Wir müssen also nicht nur den Teufel kennen lernen. Wir müssen auch, vielleicht vor allem anderen, lernen, wie wir mit Teufeln umgehen.

³⁷ Zu Hygieneregeln etwa *Vonberg/Graf*, Prävention von Bakterien- und Virusinfektionen, in: Suerbaum/Burchard/Kaufmann/Schulz (Hg.), *Medizinische Mikrobiologie und Infektiologie*, 8. Aufl. 2016, S. 157 (158); zur Gefahr des Übergreifens von Erregern von Wildtieren auf Menschen etwa *Quammen, Spillover*, 2012.

³⁸ Überblick zu den Kapazitäten im internationalen Vergleich *Kochskämper*, Wie steht es um Deutschlands Krankenhausinfrastruktur?, IW-Report 14/2020; zu Versorgungsengpässen in Deutschland *Karagiannidis/Kluge/Riessen/Krakau/Bein/Janssens*, Auswirkungen des Pflegepersonalmangels auf die intensivmedizinische Versorgungskapazität in Deutschland, *Medizinische Klinik* 114 (2019), 327 ff.

³⁹ Vgl. bereits *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 154 f., 389.

⁴⁰ Vgl. bereits *Bedford/Farrar/Ihekweazu/Kang/Koopmans/Nkengasong*, A New Twenty-First Century Science for Effective Epidemic Response, *Nature* 575 (2019), 130 ff.

⁴¹ Vgl. *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Pressemitteilung Nr. 8 vom 19.03.2020.

⁴² Krit. auch *Kersten*, Covid-19, ZRP 2020, 65 ff.; die aktuelle Diskussion vorwegnehmend bereits *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 388. Zum Argument der Alternativlosigkeit in vorherigen Krisen *Séville*, From ‚one best way‘ to ‚one ruinous way‘?, EPSR 9 (2017), 449 ff.

⁴³ Vgl. auch *Leopoldina*, Coronavirus-Pandemie, S. 10: „Abwägungs- und Entscheidungsprozesse transparent gestalten“.

⁴⁴ VG München vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1255.

⁴⁵ Vgl. BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 9; BVerfG vom 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, Rn. 23.

⁴⁶ OVG Schleswig vom 24.04.2020 – 3 MR 9/20; BayVG vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793; BayVG, Beschluss vom 19.06.2020 – 20 NE 20.1127.

⁴⁷ Aus der Rechtsprechung besonders deutlich OVG Nordrhein-Westfalen vom 29.04.2020 – 13 B 512/20.NE, Rn. 80; zum Maßstab der Folgenabwägung etwa auch BVerfG vom 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, Rn. 13; BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 9 ff.; BVerfG vom 28.04.2020 – 1 BvR 899/20; BayVerfGH vom 24.04.2020 – Vf. 29-VII-20, Rn. 23 ff.; zu Entschädigungsfragen *Antweiler*, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen, NVwZ 2020, 584 ff. Auf der Linie einer grundsätzlichen Prerogative exekutiven Handelns liegt auch die Entscheidung des BayVG vom 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rn. 28 ff., trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit einer Verordnung von ihrer Außervollzugsetzung abzusehen.

Julian Kaltenbach*

Verbot öffentlicher Gottesdienste durch die Hamburger Corona-Verordnung auf dem Prüfstand

Der Beitrag befasst sich mit der Rechtmäßigkeit des Verbots öffentlicher Gottesdienste im April 2020 durch die Corona-Maßnahmen der Stadt Hamburg. Hierbei wird die elementare Funktion der Religionsfreiheit und die Bedeutung des öffentlichen Gottesdiensts in den verschiedenen Glaubensgemeinschaften herausgestellt. Darauf aufbauend wird untersucht, ob ein absolutes Verbot öffentlicher Gottesdienste die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II GG verletzt. Außerdem werden schwerpunktmäßig die Einschränkungen der Versammlungs- mit denen der Religionsfreiheit verglichen und auf die Frage eingegangen, ob auch für das Verbot öffentlicher Gottesdienste Ausnahmeregelungen notwendig gewesen wären. Mit Blick auf die verbreitete Annahme, dass die Corona-Pandemie in mehreren Infektionswellen verlaufen wird, gibt der Autor Aussichten darauf, unter welchen Auflagen öffentliche Gottesdienste im Einzelfall dann dennoch möglich sein könnten.

I. Einleitung

Aufgrund der Corona-Pandemie wurden weltweit Versammlungen, darunter auch öffentliche Gottesdienste, erheblich eingeschränkt oder verboten. Da gleichzeitig die Religionsfreiheit eines der „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechte“ i.S.d. Art. 1 II GG und damit elementaren Grundrechte darstellt,¹ stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit dieser massiv einschneidenden Maßnahmen. Für Hamburg galt dieses absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste² gemäß § 2 I 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (im Folgenden HmbCorona-VO)³ für etwa einen Monat vom 02.04.2020 bis zum 05.05.2020. Im Wortlaut: „Die Untersagung [öffentlicher und nicht-öffentlicher Veranstaltungen] gilt auch für Zusammenkünfte in Kirchen, Moscheen, Synagogen sowie die Zusammenkünfte anderer Glaubensgemeinschaften.“⁴

Gemäß § 3 VII HmbCorona-VO waren lediglich „Kontakte und Ansammlungen von Personen [...] für die Teilnahme an Bestattungen und Trauerfeiern im engen familiären Kreis zu-

lässig“.⁵ An einer abstrakten Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste aus wichtigem Anlass fehlte es hingegen. Zum 06.05.2020 wurde dieses absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste weitgehend gelockert. Gerade unter der verbreiteten Annahme, dass es mehrere Infektionswellen geben wird,⁵ ist es dennoch wichtig mit Blick auf zukünftige Verordnungen mit erneuten strengen Kontaktbeschränkungen festgestellt zu haben, welche der Maßnahmen rechtmäßig waren und welche nicht. Dieser Beitrag befasst sich folglich mit der Rechtmäßigkeit des einmonatigen absoluten Verbots öffentlicher Gottesdienste im April 2020.

II. Rechtmäßigkeit des Verbots öffentlicher Gottesdienste

1. Eingriff in die Religionsfreiheit

Die in Art. 4 GG statuierte Religionsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit konfessioneller Zugehörigkeit, sondern in Absatz 2⁶ als Kultusfreiheit auch die Ausübung dazugehöriger religiöser Verpflichtungen und Bräuche.⁷ Um diese Verpflichtungen und Bräuche näher definieren zu können, ist es – neben nur weichen Plausibilitäts Gesichtspunkten⁸ – notwendig, im erheblichen Umfang auf das Selbstverständnis der Kirchen zurückzugreifen.⁹ Hiernach richtet sich, ob ein stilles persönliches Gebet gegenüber dem gemeinsamen öffentlichen Gottesdienst in der Kirche als gleichwertiger Ersatz gelten kann.

Nach dem christlichen Verständnis von Ökumene braucht es „zum Christsein und zum Kirchesein [...] die anderen Christen und Kirchen“.¹⁰ In einem gemeinsam von der katholischen und

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.
1 Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 11 f., Stand: Okt. 2019.

2 Der Text der HmbCorona-VO spricht hierzu von „religiösen Zusammenkünften“. Da in den Medien i.d.R. vom „Verbot öffentlicher Gottesdienste“ gesprochen wird, verwendet dieser Beitrag zum besseren Verständnis diesen Ausdruck. Wichtig ist, nicht schlicht von einem „Gottesdienstverbot“ zu sprechen, denn verboten war immer nur das öffentliche bzw. gemeinsame feiern. Online oder leere Gottesdienste waren zu jeder Zeit möglich; vgl. Deckers, Katholische Bischöfe kritisieren Gottesdienstverbot, <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/katholische-bischoefe-kritisieren-gottesdienstverbot-16728159.html>, faz.net vom 16.04.2020 (22.06.2020).

3 Aktuelle HmbCorona-VO, <https://www.hamburg.de/verordnung/> (30.05.2020).

4 Ältere Fassungen der HmbCorona-VO bzw. die Änderungsverordnungen sind abrufbar unter: <https://www.luewu.de/gvbl/> (30.05.2020).

5 Schneider, Sorge vor neuen Infektionen: Darum rechnen Experten mit einer zweiten Welle, zdf.de vom 05.05.2020, <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/coronavirus-zweite-welle-wendtner-100.html> (30.05.2020).

6 Vom BVerfG und der h.L. werden entgegen dem Wortlaut die Religionsausübungs- bzw. Kultusfreiheit zusammen mit der Glaubensfreiheit unter ein einheitliches Grundrecht des Art. 4 GG gefasst. So auch: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 1, 12; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 4; mit guten historischen und Wortlautargumenten dagegen siehe: Muckel, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 96 Rn. 62 f. Unabhängig davon, wo die Kultusfreiheit verordnet wird, wird ihr Bestand nicht in Frage gestellt.

7 Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 57; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 60.

8 Hufen, StaatsR II, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 8; Muckel, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV 2011, § 96 Rn. 78.

9 Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 102, Stand: Okt. 2019; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 18 f., geschützt sind auch abweichend von der herrschenden religiösen Lehre vertretene Auffassungen, soweit sie auf maßgebliche Schriften oder einzelne Autoritäten gestützt werden. Da Grundlage dieses Beitrags keine Klage ist, der ein/e Kläger/in mit spezieller religiöser Auffassung zugrunde liegt, kann die religiöse Argumentation in diesem Beitrag nur stellvertretend wirken. Vgl. Muckel, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV 2011, § 96 Rn. 66.

10 Evangelische Kirche in Deutschland, Ökumene im 21. Jahrhundert, <https://www.ekd.de/1-Einleitung-969.htm> (30.05.2020).

evangelischen Kirche herausgegebenen Leitfaden zur Ökumene heißt es: „Gemeinschaft im Gebet und in der Feier des Gottesdienstes ist das Herz der Pfarreien/Kirchengemeinden und aller ökumenischen Bemühungen und Aktivitäten; sie ist die ‚Seele der Ökumene‘.“¹¹ Die für Katholik/innen verbindlichen Regelungen zum Gottesdienstbesuch ergeben sich aus dem Codex Iuris Canonici, dem Gesetzbuch des Kirchenrechts der römisch-katholischen Kirche. Katholik/innen sind demnach gemäß Can. 1247 Codex Iuris Canonici „zur Teilnahme an der Me[ss]feier verpflichtet“.¹² Die Abhaltung von und die Teilnahme an öffentlichen Gottesdiensten ist somit unter der Kulturfreiheit des Art. 4 II GG eine religiöse Pflicht und zentraler Bestandteil des katholischen Glaubens.¹³ Auch wenn der gemeinsame Sonntagsgottesdienst im evangelischen Christentum keine Pflicht, sondern vielmehr ein Angebot an die Gläubigen ist,¹⁴ ist er als religiöser Brauch ebenso i.R.d. Art. 4 II GG geschützt.¹⁵ Für das gemeinsame Gebet im Islam heißt es in der Hadith-Sammlung Sahih al-Buchari, welche hinsichtlich ihrer Autorität direkt hinter dem Koran steht:¹⁶ „Das Gebet in der Gemeinschaft ist siebenundzwanzig [...] [M]al besser, als wenn man alleine betet.“¹⁷ Der Koran selbst gibt vor: „[W]enn zum Freitagsgebet gerufen wird, dann eilt zum Gedenken Allahs“.¹⁸ Somit kann jedenfalls auch das gemeinsame Freitagsgebet als religiöse Pflicht und zentraler Bestandteil des islamischen Glaubens angesehen werden. Im orthodoxen Judentum dürfen bestimmte Gebete nur gesprochen werden, wenn ein Quorum von mindestens zehn erwachsenen jüdischen Männern – der sogenannte Minjan – erreicht ist.¹⁹ Das Verbot öffentlicher Gottesdienste bezeichnet das Bundesverfassungsgericht unabhängig von der Konfession als „irreversiblen“ und „überaus schwerwiegenden Eingriff“.²⁰ Die Irreversibilität mag für Nicht-Gläubige nicht direkt einleuchten. Einer/m Gläubigen aber gibt das Gebet – gerade in der Gemeinschaft und, wie gezeigt, auch unabhängig von der Konfession – Halt, Zuspruch und Hoffnung. Wenn sie/er diese in Zeiten der Not, wie z.B. bei Kontaktbeschränkungen, nicht erhält, leidet sie/er. Das Leiden in der konkreten Situation kann nachträglich nicht gelindert werden, weil ein nachgeholt gemeinsamer Gottesdienst nach Lockerung der Maßnahmen – etwa einen Monat

später – das Empfinden in der konkreten Situation nicht mehr beeinflussen kann. Dies gilt v.a. auch für Gottesdienste zu bestimmten Feiertagen, wie z.B. Ostern oder das gemeinsame Fastenbrechen zum Ende des Ramadans im Islam.

2. Kernbereich i.S.d. Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG

Wurde das gemeinsame Gebet konfessionsübergreifend als zentraler Bestandteil des Glaubens festgestellt, ließe sich zunächst daran denken, dass durch ein Verbot öffentlicher Gottesdienste der Kernbereich der Religionsfreiheit angetastet wäre. Es ist dem einfachen Gesetzgeber aber gemäß Art. 19 II GG verboten, ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten. Auch wenn der Wesensgehalt und die Menschenwürde wohl als nicht völlig deckungsgleich anzusehen sind,²¹ so liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG²² jedenfalls in den gemäß Art. 1 II GG „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten“ und damit in der Religionsfreiheit ein Menschenwürdekern.²³ Ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten, ist unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Art. 19 II GG „[i]n keinem Falle“ gestattet und somit nicht zu rechtfertigen.²⁴ Die Wesensgehaltsgarantie enthält somit einen absoluten Kern, der auch nicht im Rahmen einer Abwägung überwunden werden kann.²⁵ Ist der Kernbereich der Religionsfreiheit angetastet, ist somit i.d.R. auch die in der Religionsfreiheit liegende Menschenwürde betroffen; eine Rechtfertigung wäre demnach von vornherein ausgeschlossen.²⁶ Der Kernbereich ist angetastet, wenn „bei personalisierter Betrachtung für den Einzelnen nichts mehr von seiner Grundrechtsverbürgung übrig bleibt“.²⁷ In anderen Worten: Wenn die Religionsfreiheit der/dem Gläubigen restlos entzogen wird.²⁸

Hier könnte man zunächst sprachgebräuchlich argumentieren, dass alles, was sich als zentraler Bestandteil eines Grundrechts darstellt, auch Teil des Kernbereichs sein müsste. Letztlich darf aber nicht aus dem Blick fallen, dass auch weiterhin online oder leere Gottesdienste möglich, sowie die Kirchen für individuelle Gebete von Einzelpersonen und die Seelsorge geöffnet waren. Die Einschränkungen betreffen somit nicht direkt die

11 *Bistum Speyer*, Evangelische Kirche der Pfalz: Leitfaden für das ökumenische Miteinander im Bistum Speyer und in der evangelischen Kirche der Pfalz, S. 27, https://www.evkirchepfalz.de/fileadmin/public/internet/03_dokumente/Oekumene/OEK_Leitfaden_Internet.pdf (30.05.2020).

12 Codex Iuris Canonici in der aktuellen Fassung von 1983, https://www.codex-iuris-canonici.de/cic83_dt_buch4.htm (30.05.2020).

13 *Hufen*, StaatsR II, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 10.

14 *Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands*, Leitlinien Kirchlichen Lebens, S. 26 f.

15 BVerfGE 32, 98 (106 f.); *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 101, Stand: Okt. 2019.

16 *Goldziher*, Muhammedanische Studien, Bd. II, 1890, S. 254 f.

17 *Sahih al-Buchari*, Kapitel 10 Hadithnr. 645, s. auch Hadithnr. 647, <http://islamische-datenbank.de/sahih-al-buchari?action=viewhadith&chapterno=10&min=10&show=10> (30.05.2020).

18 Sure 62:9, <http://islam.de/1353.php> (30.05.2020).

19 Zentralrat der Juden, Gebet und Gottesdienst – Die jüdische Form des Betens, <https://www.zentralratderjuden.de/judentum/riten-und-gebraeuche/gebet-und-gottesdienst-die-juedische-form-des-betens/> (30.05.2020); auf dieses Quorum verzichten deutsche progressive Gemeinden häufig. Dennoch wird auch hier der gemeinsame Gemeindegottesdienst als religiöser Brauch geschützt; vgl. Romain, *Progressives Judentum. Leben und Lehre*, 1999, S. 128 ff.

20 BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

21 *Leisner-Egensperger*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Teilbd. II, 2009, § 70 Rn. 62 ff.

22 Bereits angelegt in BVerfGE 12, 45 (53 f.); deutlicher in BVerfGE 32, 98 (108): „Als Teil des grundrechtlichen Wertesystems ist die Glaubensfreiheit [...] insbesondere auf die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen bezogen“; ebenso BVerfGE 33, 23 (28 f.): „Als spezifischer Ausdruck der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde schützt Art. 4 Abs. 1 GG“.

23 *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 11 f., Stand: Okt. 2019.

24 *Leisner-Egensperger*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Teilbd. II, 2009, § 70 Rn. 7.

25 Zur umstr. Frage, ob Art. 19 II GG objektiv oder subjektiv sowie absolut oder relativ zu verstehen ist siehe *Schaks*, Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG, JuS 2015, 407 (408 f.). *Schaks* spricht sich mit Verweis auf das „verfassungsmäßige [...] Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers“ wie auch dieser Beitrag für ein subjektives und absolutes Verständnis aus.

26 Zu Recht wird vertreten, dass nicht in jedem Antasten des Kernbereichs jeden Grundrechts auch die Menschenwürde verletzt sei. Anführen lässt sich hierfür z.B. die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG oder die Freiheit der Lehre aus Art. 5 III GG. Anders als bei diesen Beispielen muss es für die Religionsfreiheit als elementares Grund- und Menschenrecht aber einen inneren Kernbereich geben.

27 *Schaks*, Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG, JuS 2015, 407 (408).

28 Vgl. BVerfGE 2, 266 (285).

Glaubensfreiheit des Art. 4 I GG „als Ausflu[ss] der allgemeinen, auch von Art. 1 stillschweigend vorausgesetzten Gedankenfreiheit“,²⁹ sondern vielmehr die Handlung nach dieser religiösen Überzeugung. Diese Unterscheidung macht Art. 4 GG auch durch die Trennung der Absätze 1 und 2 deutlich: Art. 4 I GG spricht von der „Freiheit des Glaubens“, Art. 4 II GG von der „Religionsausübung“. Trotz dieses „überaus schweren Eingriffs“³⁰ in die Kulturfreiheit als religiöse Handlungsfreiheit bleibt der/dem Gläubigen noch immer die Steuerung ihres/seines Denkens und Fühlens.³¹ Gerade das nicht eingeschränkte Denken und Fühlen müsste aber als die innerste Schicht, mithin als Kernbereich der Religionsfreiheit, gewertet werden.³²

Eine im Ergebnis vergleichbare Unterscheidung zwischen zentralem inneren Glauben und einschränkbarem externen Handeln findet sich ebenso im Katholizismus und im Islam. Auch wenn der Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes selbstverständlich nicht allein im Lichte der religiösen Normensysteme ausgelegt werden kann, ist auch an dieser Stelle das Selbstverständnis der Glaubensgemeinschaften für die Auslegung der religiösen Pflicht von großer Bedeutung.³³ Hiernach ergibt sich, welchen Stellenwert der öffentliche Gottesdienst einnimmt. Wer als Gläubige/r dem staatlichen Verbot öffentlicher Gottesdienste folgt, handelt nämlich nicht automatisch im Sinne ihres/seines Glaubens pflichtwidrig. Für Katholik/innen ist gemäß Can. 1248 § 2 Codex Iuris Canonici entschuldigend, für wen die Teilnahme am gemeinsamen Gottesdienst aus schwerwiegendem Grund unmöglich ist. Ihr/Ihm wird dann „sehr empfohlen, [...] sich eine entsprechende Zeit lang dem persönlichen Gebet [...] zu widmen“. Ein staatliches Verbot in Form der HmbCorona-VO oder der Pandemiezustand an sich können demnach entschuldigend wirken. Für Muslim/innen hat ebenso der Zentralrat der Muslime bereits Mitte März 2020 „nach Absprache mit den Islam-Gelehrten“ empfohlen,³⁴ nicht am Freitagsgebet in der Moschee teilzunehmen. Erleichterungen der Pflicht zum gemeinsamen Freitagsgebet gibt es u.a. für Kranke, Reisende, bei Unmöglichkeit oder bei Lebensgefahr. Wer das Gebet nicht in der vorgeschriebenen Weise verrichten kann, soll in einer individuell möglichen Weise beten. Der Pandemiezustand kann folglich auch hier als Entschuldigungsgrund wirken.³⁵ Anhand dieser beiden Beispiele lässt sich erkennen, dass selbst nach den religiösen Rechtssystemen, nach denen sich die Gläubigen ja richten wollen bzw. müssen, es unter strengen Voraussetzungen entschuldigbar ist, den gemeinsamen Gottesdienst auszusetzen. Im Pandemiefall wird die sonst geltende öffentliche Gottesdienstpflcht ersetzt durch die Pflicht zum persönlichen Gebet. Zentral ist die innere Verbindung zu Gott, die auch durch das persönliche Ge-

bet geschaffen wird. Diese wird aber gerade nicht durch die HmbCorona-VO angetastet.

Zusammenfassend gilt, dass das Handeln nach einer religiösen Überzeugung natürlich auch von der Kulturfreiheit des Art. 4 II GG umfasst ist,³⁶ die Teilnahme am öffentlichen Gottesdienst aber nicht mehr in den Kernbereich der Religionsfreiheit fällt. Die Religionsfreiheit ist der/dem Gläubigen nicht restlos entzogen, da gerade nicht Denken und Fühlen eingeschränkt werden. Weil der Kernbereich somit nicht angetastet ist, kommt eine Rechtfertigung grundsätzlich in Betracht.

3. Rechtfertigung

Auch wenn Art. 4 II GG keinen Gesetzesvorbehalt formuliert, gewährleistet er keinen absoluten Grundrechtsschutz gegen jeden Eingriff.³⁷ Seine Grenzen findet Art. 4 II GG in verfassungsimmanenten Schranken wie dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II GG.³⁸ Die Religionsfreiheit kann demnach durch Grundrechte anderer oder Rechtsgüter von Verfassungsrang eingeschränkt werden. Bereits im Parlamentarischen Rat wurde bei der Entwicklung des Grundgesetzes das Seuchenschutzgesetz (als Vorläufer des IfSG) explizit als Schranke der Religionsfreiheit genannt.³⁹ Die Ermächtigungsgrundlage für die HmbCorona-VO liegt somit in § 32 IfSG. Hiernach können staatliche Stellen durch Rechtsverordnung dem § 28 IfSG „entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten [...] erlassen“. Ob §§ 28, 32 IfSG überhaupt als verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage in Frage kommt, bleibt hier außer Betracht.⁴⁰

Im Fokus des vorliegenden Beitrages steht die Frage nach der Verfassungskonformität der HmbCorona-VO. An dieser Stelle lohnt insbesondere ein Vergleich zwischen den Regelungen der HmbCorona-VO zu Versammlungen i.S.d. VersG und zu öffentlichen Gottesdiensten. In der etwa einmonatigen Phase vom 04.04.2020 bis zum 02.05.2020, auf die sich dieser Aufsatz bezieht, gab es keine Ausnahmeregelung für das Verbot öffentlicher Gottesdienste; es galt absolut. Es ist zu diskutieren, ob solch eine Ausnahmeregelung dennoch verfassungsrechtlich geboten war,⁴¹ wie solch eine Regelung beispielsweise ausgestaltet sein und wie in der Praxis nach solch einer Regelung

²⁹ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 76, Stand: Okt. 2019.

³⁰ BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

³¹ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 12, Stand: Okt. 2019.

³² Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 28.

³³ Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 102, Stand: Okt. 2019; Kokott, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 18 f.

³⁴ Zentralrat der Muslime, Bekanntgabe des ZDM: Freitagsgebet wegen Coronavirus aussetzen, 13.03.2020, <http://www.zentralrat.de/32058.php> (30.05.2020).

³⁵ Bilgü, Darf man wegen Corona dem Freitagsgebet fernbleiben, IslamiQ vom 12.03.2020, <https://www.islamiq.de/2020/03/12/darf-man-wegen-corona-dem-freitagsgebet-fernbleiben/> (30.05.2020).

³⁶ Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 37.

³⁷ BVerfGE 32, 98 (107); BVerfGE 33, 23 (31).

³⁸ Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 14 ff., 84; zu der entgegen BVerfGE 33, 23 (31) vertretenen Ansicht, die Vorschriften der WRV als Schrankenregelungen heranzuziehen oder der systematisch höchst fragwürdigen Ansicht, die Schrankentrias aus Art. 2 I GG i.R.e. Schrankenleihe (analog) anzuwenden vgl. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 15 f., 84 ff.

³⁹ Heinig, Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes, Verfassungsblog vom 17.03.2020, <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/> (30.05.2020).

⁴⁰ Zur Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 20 III GG siehe Klafki, Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19, Verfassungsblog vom 25.03.2020, <https://verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/> (02.06.2020); zur Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitslehre siehe Martin, Der flexible Bundesstaat, HRN 2020, 36 (38).

⁴¹ So inzw. für Niedersachsen auch: BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20.

entschieden werden könnte.

a) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Ausnahmeregelung

Um Härtefälle zu vermeiden, wäre es möglich gewesen, de lege ferenda das absolute Verbot für öffentliche Gottesdienste aus wichtigem Anlass im kleinsten Kreise auf Antrag zu öffnen. Dies gilt insbesondere für erneut schwere Kontaktbeschränkungen bei weiteren Infektionswellen.⁴² Gerade bei einem „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁴³ besteht die Möglichkeit, dass Bürger/innen durch das absolute Verbot unzumutbar oder übermäßig hart getroffen werden. Eine Ausnahmeregelung wäre als abstrakte Härtefallklausel direkte Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Der Zweck der Grundrechte in der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes ist es gerade, gelebt und realisiert zu werden.⁴⁴ Auch bei außergewöhnlichen Bedrohungslagen bedarf es angesichts dieser Werteordnung einer Abwägung. In Form der Grundrechtsdogmatik wurde eine differenzierte Schrankensystematik entwickelt, in der die Religionsfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt eine herausragende Stellung einnimmt. Diese Systematik zeigt: Einen bedingungslosen Vorrang für Sicherheit gibt es nicht! Eine Abwägung kann es aber nur geben, wenn mindestens eine Ausnahmeregelung existiert, über die im Einzelfall ein Ausgleich der Interessen herbeigeführt werden kann. Solch eine Ausnahmeregelung ist verfassungsrechtlich geboten, wenn auch nur ein Fall denkbar ist, in dem sie Anwendung finden kann.⁴⁵

Die Notwendigkeit solch einer abstrakten Ausnahmeregelung ergibt sich auch im Vergleich zur Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG): Anders als für religiöse Zusammenkünfte gab es gemäß § 3 II HmbCorona-VO unter strengsten Voraussetzungen die Ausnahme, dass „[f]ür Versammlungen unter freiem Himmel [...] die Versammlungsbehörde in besonders gelagerten Einzelfällen auf Antrag Ausnahmen vom Verbot [...] zulassen [kann], soweit dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist“. An solch einer offenen und abstrakten und dennoch strengen Ausnahmeregelung fehlte es bezüglich der Religionsfreiheit. Das verwundert, gehen von einem versammlungsrechtlichen Aufzug doch größere epidemiologische Gefahren aus als von herkömmlichen religiösen Zusammenkünften: Versammlungen unter freiem Himmel i.S.d. VersG können mangels Abgrenzung potenziell unkontrollierten Zulauf erfahren. Im Gegensatz dazu finden religiöse Zusammenkünfte wie Gottesdienste i.d.R. abgegrenzt mit stärkerer Kontrollmöglichkeit statt. Durch die geringere Aufgebrachtheit gibt es bei religiösen Zusammenkünften nach Beginn praktisch keinen weiteren Zulauf mehr. Das infektionsschutzrechtliche Gefahrenpotenzial wäre also geringer. Gleichzeitig nimmt die Religionsfreiheit auch im Vergleich

zur Versammlungsfreiheit in der grundgesetzlichen Konzeption eine herausragende Stellung ein: Die Religionsfreiheit wird nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG vorbehaltlos gewährleistet;⁴⁶ sie kann also nur durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden.⁴⁷ Anders liegt es bei Versammlungen unter freiem Himmel, für die gemäß Art 8 II GG bereits eine Einschränkung durch einfaches Gesetz wie das VersG ausreicht, mithin kein kollidierendes Verfassungsrecht notwendig ist.⁴⁸ Zudem illustriert Art. 18 GG die herausragende Bedeutung der Religionsfreiheit – auch im Vergleich zur Versammlungsfreiheit: Anders als die Versammlungsfreiheit ist es nicht möglich, die Religionsfreiheit zu verwirken.

Ohne die Relevanz der Versammlungsfreiheit für eine liberale Demokratie in Frage stellen zu wollen, soll dieser Vergleich schlicht die herausragende Bedeutung der Religionsfreiheit deutlich machen. Wie für Versammlungen bereits in § 3 II HmbCorona-VO vom Normgeber angedacht wurde, besteht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit im streng begrenzten Einzelfall auch öffentliche Gottesdienste zu erlauben.⁴⁹ Die Möglichkeit einer Genehmigung darf jedenfalls nicht, wie bis einschließlich zur vierten Fassung der HmbCorona-VO, von vornherein kategorisch ausgeschlossen sein. Die HmbCorona-VO war somit von der ersten bis einschließlich der vierten Fassung bezüglich einer fehlenden Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste rechtswidrig. Im Falle von erneuten Infektionswellen müsste demnach die dann einschlägige HmbCorona-VO selbst bei strengsten Kontaktbeschränkungen immer auch eine (restriktive) Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste enthalten. Der Gesetzgeber ist somit verfassungsrechtlich verpflichtet, zu jeder Zeit seinen Bürgern/innen durch eine Ausnahmeregelung jedenfalls die Chance auf einen genehmigten öffentlichen Gottesdienst zu geben.

Abgesehen vom Fehlen einer notwendigen Ausnahmeregelung wird man die HmbCorona-VO in Bezug auf die Religionsfreiheit wohl als rechtmäßig ansehen können. Die Einschränkungen richten sich nicht gezielt und allein gegen Religionen oder sogar einzelne Religionen, sondern betreffen aufgrund der Ansteckungsgefahr das gesamte gesellschaftliche Leben. Die Verbote haben die Religionsgemeinschaften auch nicht per se stärker als andere Gemeinschaften wie Kulturvereine oder Konzertveranstalter/innen getroffen. Gerade mit Blick auf die ältere Zielgruppe von Gottesdiensten und ihre Zugehörigkeit zur Risikogruppe ist hier eine weitgehende (nicht vollständige!) Einschränkung geboten. Gerade das Beispiel eines sog. Superspreaders mit im Ergebnis über 100 Infizierten in einer Frankfurter Baptistengemeinde hat das Übertragungspotenzial von Gesang in Gruppen deutlich gemacht.⁵⁰ Unter diesem

⁴² In diesem Sinne sind gem. § 11 HmbCorona-VO vom 02.11.2020 – 30.11.2020 erfreulicherweise religiöse Veranstaltungen von den strengeren Vorgaben des „lockdown light“ ausgenommen. Die Frage der Notwendigkeit solch einer Ausnahmeregelung stellt sich jedoch weiterhin bei strengsten Kontaktbeschränkungen im Falle erneuter Infektionswellen.

⁴³ BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205 f.) – Lüth.

⁴⁵ Vgl. BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 14.

⁴⁶ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 14 f., 87.

⁴⁷ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 16.

⁴⁸ Das BVerfG erkennt den einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG durchaus an, während es gleichzeitig entgegen dem Wortlaut eine Einschränkung nur „zum Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ zulässt, BVerfGE 69, 315 (348 f.) – Brokdorf.

⁴⁹ BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20.

⁵⁰ Berres/Le Ker, Wie Superspreeder die Corona-Pandemie antreiben,

Gesichtspunkt sollte eine Genehmigung im Ausnahmefall nur mit strikten und umfassenden Auflagen verbunden sein.

b) Beispiel einer Ausnahmeregelung

Brandenburg erlaubte zum 17.04.2020 religiöse Versammlungen aus wichtigem Anlass sogar bereits mit bis zu 20 Teilnehmenden.⁵¹ In Anlehnung an diese Regelung hätte § 3 VII HmbCorona-VO, der zunächst nur „Bestattungen und Trauerfeiern im engen familiären Kreis“ für zulässig erklärte, um eine abstrakte Ausnahmeregelung erweitert werden können. De lege ferenda hätte z.B. § 3 VIIa 1 und 2 HmbCorona-VO mit folgender Ausgestaltung neu geschaffen werden können:

„Abweichend von §§ 1 und 2 kann die Behörde für Inneres und Sport auf Antrag in besonders gelagerten Einzelfällen für Kontakte und Ansammlungen von Personen an privaten und öffentlichen Orten zur Teilnahme an religiösen Zusammenkünften aus wichtigem Anlass, insbesondere Trauungen und Taufen in kleinstem Kreise, Ausnahmen vom Verbot zulassen und von Auflagen abhängig machen, sofern dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist. Die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz ist fachlich an der Entscheidung nach Satz 1 zu beteiligen.“

Auch eine abstrakte Härtefallklausel könnte wie hier durch den Zusatz von Regelbeispielen (z.B. „insbesondere Trauungen und Taufen“) ergänzt werden, um einen zu starken Gebrauch zu regulieren und die Verwaltung bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen. Durch die zweimalige Nennung von „Einzelfall“ und den Zusatz „in besonders gelagerten“ wird der sehr enge Anwendungsbereich deutlich. Maßstab darf dennoch nicht sein, Infektionsrisiken absolut auszuschließen, sondern die einzelfallbezogene infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit. Sonst würde die Ausnahmeregelung in der Praxis leerlaufen und wiederum keine Abwägung ermöglichen.

c) Mögliche Auflagen

Um die geforderte Ausnahmeregelung mit Leben zu füllen, stellt dieser Abschnitt mögliche Auflagen für öffentliche Gottesdienste im stark eingeschränkten Rahmen vor und ordnet sie mit Blick auf das theologisch und infektionsschutzrechtlich Vertretbare ein. Grundlage der hier vorgestellten möglichen Auflagen und Einschränkungen sind die unverbindlichen Handlungsempfehlungen der Nordkirche.⁵² Auch wenn zum 06.05.2020 das Verbot öffentlicher Gottesdienste weitgehend gelockert wurde, bezieht sich dieser Abschnitt – wie auch der restliche Beitrag – auf die einmonatige Phase davor und die bisher umfassendsten Kontaktbeschränkungen. Unter der An-

nahme, dass es mehrere Infektionswellen geben wird, soll er Antworten darauf geben, was unter erneut strikten Kontaktbeschränkungen dennoch verfassungsrechtlich möglich sein könnte.

Auch bezüglich der Ausnahmeregelung gilt die den allgemeinen Kontaktbeschränkungen zugrunde liegende Logik, dass jede Ansammlung von Menschen auch unter höchsten Hygiene- und Sicherheitsstandards immer auch das Infektionsrisiko erhöht. Dies ist aber mit dem „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁵³ in die Religionsfreiheit i.S.d. praktischen Konkordanz⁵⁴ in Einklang zu bringen, wozu die hier aufgezeigten Auflagen helfen mögen.

Zunächst sollte Basis der Erlaubnis die Infektionszahlen in der Region sein. Daneben sollte durch Sitzplatzmarkierungen, Einlasskontrolle und eine Beschränkung auf z.B. 15 Personen dem Abstandsgebot⁵⁵ entsprochen werden. Gottesdienste mit 15 Teilnehmenden waren in Sachsen z.B. bereits ab dem 20.04.2020 wieder möglich.⁵⁶ Die Handlungsempfehlungen der Nordkirche verzichten mit Blick auf die unterschiedlichen Größen der Kirchengebäude auf feste Höchstzahlen. Unabhängig davon sollten diese durch die Auflagen klar festgelegt sein. Eine Begrenzung auf 15 Personen würde Rücksicht nehmen auf das Quorum von mindestens 10 Männern, der Braut und ihrer engen Familie für eine orthodoxe jüdische Hochzeit. Auch könnte die/der Pastor/in oder Rabbi die Besucher/innen einzeln einladen, um die Anzahl besser zu kontrollieren. Um die Zahl der Besucher/innen zu reduzieren, ist es ebenso möglich, mehrere Gottesdienste nacheinander zu feiern. Hier ist es wichtig, dass es nicht zu Ansammlungen von Wartenden vor oder nach dem Gottesdienst kommt. Außerdem sollten alle Anwesenden, wie in Hamburg ab dem 27.04.2020 auch im ÖPNV, eine Mund-Nasenbedeckung tragen müssen.⁵⁷ Als zulässiger betretbarer Raum könnten Emporen ausgeschlossen und ausführliches Lüften vorgeschrieben werden. Da Kirchengebäude i.d.R. über hohe Decken verfügen, wäre die Keimkonzentration ohnehin bereits reduziert. In den wärmeren Jahreszeiten ist es ebenso möglich, Gottesdienste im Freien zu feiern, womit die Frage der Belüftung entfiel. Ebenso muss die nachträgliche Kontaktpersonenermittlung sichergestellt sein. Die Besucher/innen könnten ihre Kontaktdaten bereits aufgeschrieben mitbringen und nur in ein ansonsten geschlossenes Behältnis werfen, das erst im Falle der Rückverfolgung geöffnet würde. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive müssten diese Daten, wenn kein Verdachtsfall aufgetreten ist, nach angemessener Zeit (etwa vier Wochen) vernichtet werden.

SPiegel Online vom 26.05.2020, <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/coronavirus-wie-superspreader-die-pandemie-antreiben-a-1ffb2237-36dd-40ec-ae95-40ad3de20a0d> (30.05.2020).

⁵¹ *Katholisch.de*, Mit 15 Teilnehmern: Sachsen erlaubt ab Montag wieder Gottesdienste!, 17.04.2020, <https://www.katholisch.de/artikel/25192-04-17-newsticker-corona-und-die-kirche> (30.05.2020).

⁵² *Evangelisch-Lutherische Kirche in Norddeutschland*, Kirchliches Leben im weiteren Verlauf der Corona-Pandemie, Handlungsempfehlungen der Nordkirche, Stand: 4. Mai 2020, https://www.nordkirche.de/fileadmin/user_upload/Corona_Dokumente_und_Fotos/Rechtsvorschriften_und_Amtliches/Handlungsempfehlungen_Nordkirche_Corona_01.pdf (30.05.2020).

⁵³ BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

⁵⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

⁵⁵ In besonders kritischen Phasen ließe sich das Abstandsgebot auch verdoppeln oder vervierfachen, um Gespräche und damit Kontakte zu reduzieren. Siehe dazu BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 15.

⁵⁶ *Katholisch.de*, <https://www.katholisch.de/artikel/25192-04-17-newsticker-corona-und-die-kirche> (30.05.2020).

⁵⁷ Die Handlungsempfehlungen der Nordkirche empfehlen dies nur „nach Möglichkeit“, vgl. *Evangelisch-Lutherische Kirche in Norddeutschland*, https://www.nordkirche.de/fileadmin/user_upload/Corona_Dokumente_und_Fotos/Rechtsvorschriften_und_Amtliches/Handlungsempfehlungen_Nordkirche_Corona_01.pdf, S. 5 (23.06.2020).

Auch die Art und Weise, wie Gottesdienst gefeiert werden würde, müsste insbesondere mit Blick auf die ältere Zielgruppe als explizite Risikogruppe eingeschränkt werden. Die Andacht als kurzer Gottesdienst zeigt, dass es liturgisch vertretbar ist, Gottesdienste zunächst auf 30 Minuten zu begrenzen. Ebenso ließe sich auf das Abendmahl verzichten, um Kontakte und körperliche Nähe auf ein Minimum zu reduzieren. Je nach theologischem Verständnis könnte die/der Pastor/in symbolisch das Abendmahl allein vor der Gemeinde durchführen. Da durch Singen der Ausstoß an Speichel und Aerosolen stark erhöht ist, wäre der Gesang zunächst auszusetzen und Musik nur über die Orgel zu spielen. Ebenso ließe sich auf einen Segen mit Handauflegen verzichten. Sollte diese Form wie z.B. bei Taufen theologisch nicht vertretbar sein, ließe sich die Hand auf der Schulter auflegen oder könnte eine Person aus dem gleichen Haushalt das Handauflegen übernehmen.

Die hier aufgeführten möglichen Einschränkungen zeigen: Mit klug ausgestalteten Auflagen können öffentliche Gottesdienste absolviert werden – auch in Zeiten von Corona. Maßstab darf nicht sein, Infektionsrisiken absolut auszuschließen, sondern ob eine „relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann“.⁵⁸ Unter diesem Gesichtspunkt bestätigt inzwischen auch das BVerfG die Notwendigkeit einer Abwägung: „Maßgeblich für die Einschätzung ist *auch* das Gewicht des mit dem Verbot verbundenen Eingriffs in die Glaubensfreiheit“.⁵⁹ Das ebenso wie in Hamburg absolut geltende Verbot öffentlicher Gottesdienste der Corona-VO des Landes Niedersachsen wurde so durch das BVerfG mit Beschluss vom 29.04.2020 dahingehend geöffnet, dass auf Antrag im Einzelfall

auch Ausnahmen vom Verbot zugelassen werden mussten.⁶⁰

III. Fazit

Das absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste stellt laut BVerfG einen „irreversiblen“⁶¹ und „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁶² in die Religionsfreiheit dar. Da sich die Corona-Maßnahmen „nur“ auf die Kultusfreiheit als Religionsausübungsfreiheit und nicht auf das Denken und Fühlen beziehen, ist jedoch der Kernbereich der Religionsfreiheit nicht angetastet. Der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II GG wird somit entsprochen. Gleichzeitig war die HmbCorona-VO in der ersten bis zur vierten Fassung (02.04.2020 – 05.05.2020) rechtswidrig, weil sie keine Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste jedenfalls im stark eingeschränkten Rahmen enthielt. Gerade mit Blick auf abstrakte Härtefallklauseln als direkte Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die objektive Werteordnung des Grundgesetzes ergibt sich hier die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Abwägung im Einzelfall. Gesundheitsschutz kann und darf der Religionsfreiheit nicht bedingungslos vorgehen! Die Ausführungen zu möglichen Auflagen zeigen: Es kann in besonders gelagerten Einzelfällen gelingen, sowohl dem öffentlichen Gottesdienst als zentralem Bestandteil des Glaubens als auch dem infektionsschutzrechtlich Notwendigen Rechnung zu tragen. Wenn dies, wie gezeigt, tatsächlich möglich ist, ist es auch verfassungsrechtlich nötig, die Möglichkeit in Form einer abstrakten Ausnahmeregelung rechtlich einzuräumen.

58 BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 16.

59 Ebd., Hervorhebung durch den Verfasser.

60 Ebd.

61 BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

62 Ebd.

Jenny Joy Schumann*

Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?

Strafrechtliche Güterabwägung ärztlicher Lebensrettungsmaßnahmen im Kontext nicht ausreichender Versorgungskapazität in der Corona-Pandemie

Die aktuelle COVID-19-Pandemie konfrontiert die Rechtswissenschaft mit einem alten Problem in neuer Gestalt: Wer stirbt, wenn es zu wenige Behandlungskapazitäten für zu viele Patienten/innen gibt? Dieser Beitrag prüft verschiedene Maßstäbe der Triage in formalisierter Form und ordnet diese im Kontext abstrakter Verfahrensprinzipien in verschiedene Machbarkeitskriterien ein. Hierbei werden ebenso Thesen der klassischen Moralphilosophie wie auch aktuelle Debatten der Strafrechtsdogmatik verknüpft und kritisch untersucht.

I. Einführung

Das altbekannte Problem der medizinischen Triage stellt sich in abgewandelter Form in der aktuellen COVID-19-Pandemie. COVID-19 ist eine sehr infektiöse Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG. Bei 81 % der Erkrankten ist der Verlauf mild, bei 14 % schwer und bei 5 % kritisch.¹ Der kritische Verlauf kann jede/n Patient/in treffen. Bei schweren Verläufen muss mit einer intensivmedizinischen Behandlung einschließlich Intubation

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Dieser Beitrag beruht auf einer dort in einem Seminar von Professorin Dr. Elisa Hoven eingereichten Seminararbeit.

¹ OVG Lüneburg BeckRS 2020, 6187, Rn. 5.

gerechnet werden. Auch das deutsche Gesundheitssystem kann schnell an seine Grenzen stoßen, wenn sich die Anzahl an Intensivpatient/innen mit langer Liege- und Behandlungsdauer aufaddiert.² Folglich muss für den Notfall festgelegt werden, welche/r Patient/in behandelt werden kann, wenn die Versorgungskapazitäten nicht mehr für die auf Behandlung wartenden Patient/innen ausreichen.

In einer derartigen Ausnahmesituation hat sich das Konzept der medizinischen Triage als Krisenbewältigungsmittel etabliert, um das gravierende Knappheitsproblem der Ressourcen bestmöglich für die Patient/innen zu bewältigen. Als Triage bezeichnet man hierbei medizinische Selektionsverfahren, welche eine Priorisierungsreihenfolge aller betreffenden maximaltherapeutisch behandlungsbedürftigen Patient/innen vergibt, wenn nicht für alle Bedürftigen eine Maximaltherapie zur Verfügung steht.³ Traditionelles Optimierungsziel der Triage ist eine solche Verteilung von Patient/innen und Ressourcen, die die größtmögliche Anzahl an Personen rettet und dabei möglichst viele Personen die Überlastungssituation mit möglichst wenig Schaden überstehen lässt.⁴

Grundlegend können bei der Analyse der situativen Triage-Verfahrenssystematik drei verschiedene Anwendungsszenarien identifiziert werden: Die Ex-Ante-Triage, die Ex-Post-Triage sowie die Präventive Triage.⁵ Diese Unterscheidung ist insofern sowohl von juristischer als auch praktischer Relevanz als es verschiedene moralische und rechtliche Problemfelder jeweils ungleich adressiert und diese daher auch unterschiedlich behandelt werden müssen. Als Ex-Ante-Triage wird jene Situation bezeichnet, in der mehr Patient/innen auf eine Behandlung warten, als Behandlungskapazitäten bestehen, sodass das medizinische Fachpersonal auswählen muss, welche/r Patient/in behandelt werden kann. Die Ex-Post-Triage unterscheidet sich von der Ex-Ante-Triage insofern, als dass hier eine laufende Behandlung abgebrochen wird, um Kapazität für eine/n eintreffende/n Patient/in zu schaffen, dem/der aufgrund von Triage-Kriterien Priorität eingeräumt werden soll. Die Präventive Triage beschreibt Szenarien, in welchen zwar noch Behandlungskapazität vorhanden ist, aber ein/e Patient/in abgewiesen wird, da der Platz für eine/n eventuell zukünftig eintreffende/n Patient/in mit besseren Chancen anhand von Triage-Kriterien freigehalten werden soll. Die Präventive Triage ist grundsätzlich unzulässig. Wird einem/r Bedürftigen die Behandlung verweigert, obwohl keine Konkurrenz mit einem/r anderen konkreten Bedürftigen besteht, begeht der/die entscheidende Arzt/Ärztin zumindest Körperverletzung durch Unterlassen.⁶

² Hörnle, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog vom 04.04.2020, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); OVG Lüneburg BeckRS 2020, 6187, Rn. 5.

³ Deutsche Gesellschaft für KatastrophenMedizin e.V., Covid-19-Pandemie – Medizinische und ethische Aspekte bei der Verteilung knapper Ressourcen und der Triage-Situation, http://www.dgkm.org/sites/default/files/Covid-19_DGKM.pdf (01.06.2020), S. 7; Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise – AD-HOC-EMPFEHLUNG, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 7.

⁴ Rönnau/Wegner, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (403).

⁵ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 ff.

⁶ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403, (406 f.)

Alle drei Triage-Szenarien erfordern neben medizinischer Expertise insbesondere auch eine moralphilosophische sowie strafrechtstheoretische Grundlage, auf welcher eine allgemein- sowie rechtsverträgliche Bewältigungsmethode ethisch-funktional aufsetzen kann. Hierfür wird im Folgenden eine analytische Betrachtung der verbliebenen zwei Szenarien sowie insbesondere auch eine logische Anforderungsarchitektur an einen möglichen Triage-Algorithmus unter Berücksichtigung ebendieser moralphilosophischen und strafrechtstheoretischer Prämissen untersucht. Hierbei stellt sich vor allem die Frage nach einem Grundkompass, an welchem sich die Bewertung der Einzelmaßnahmen messen lässt und welcher aufbauend auf minimalen Axiomen logisch kohärent und abgeschlossen ist.

II. Die medizinische Triage als strafrechtlicher Sonderfall des Ex-Ante-Trolley-Problems

Im sog. Trolley-Problem wird klassischerweise ein/e über alle unmittelbaren Handlungskonsequenzen bewusste/r Entscheider/in vor einen Weichenhebel gestellt, der einen unaufhaltsamen Zug entweder auf ein Gleis mit einer oder auf ein Gleis mit einer Vielzahl an Personen lenken kann. Die Zugweichen sind dabei vor jeder möglichen Handlung standardmäßig so gestellt, dass der Zug über das Gleis mit den vielen Personen gelenkt würde. Angepasst auf die Ex-Ante-Triage-Situation stellt sich ein vergleichbares Analog Szenario dar, in welchem der Zug – hier Sinnbild des unbehandelt unaufhaltsamen Sterbeprozesses durch eine COVID-19-Infektion – auf eine Weichenkonstruktion dergestalt trifft, dass von exemplarisch zwei Personen entweder nur Person A, nur Person B oder keiner von beiden überleben kann. Die Weiche ist dabei ursprünglich so gestellt, dass die entsprechende Schiene unweigerlich zum Tod beider Personen führen würde. Eine Entziehung der Entscheidungspflicht führte mithin also zum schlechtmöglichsten Fall durch gänzliche Ausblendung der Handlungs- gegenüber der Unterlassungspflicht, da ein etwaiges Unterlassen einer Entscheidung auch a priori nicht insofern kategorisch allgemeines Gesetz werden könnte, als es final die zugunsten der Unterlassung abgewogenen Leben selbst vernichtet. Insofern würde jede Handlung sowohl zugunsten Person A als auch zugunsten Person B auch a priori gegenüber einem sicheren Tod beider zu bevorzugen sein; die Handlungspflicht überwiegt hier mithin die Unterlassungspflicht.⁷

III. Die medizinische Triage als strafrechtlicher Sonderfall des Ex-Post-Trolley-Problems

In Abwandlung des obigen Trolley-Problems zu einer Ex-Post-Situation ergibt sich ein schematisch zwar einfacheres, ethisch aber noch komplexeres Dilemma. Der/Die Weichensteller/in kann in diesem Fall zwischen zwei Personen entscheiden, wobei eine Entscheidung für die eine Person das Todesurteil für die andere Person darstellt. Im Kontext der mit dieser Trolley-Problemvariation verwandten Ex-Post-Triage ist die Person A, über die der Zug in der Ursprungsweichenstellung nicht rollen

⁷ Anders: Hoven, Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 1975, 449 (452).

würde, gleichzusetzen mit dem/der Patienten/in, der/die bereits in Intubation befindlich ist: Beide überleben, sofern der/die Arzt/Ärztin bzw. Weichensteller/in sich nicht zu Gunsten von Person B entscheidet.⁸ Im Unterschied zum Ex-Ante-Problem ist hier jedoch auch bei Unterlassen stets eine Person gerettet, was die jeweiligen Gewichtungen von Handlungs- und Unterlassungspflichten in ihrer Abwägung gegeneinander verschiebt. Aus diesem Grund trennt auch der Deutsche Ethikrat zwischen Ex-Ante- und Ex-Post-Triage. Die medizinischen Fachgesellschaften tun dies indes nicht.⁹ Diese Differenzierung ist strafrechtlich jedoch relevant.¹⁰ So dürfte ein/e deontologische/r Weichensteller/in abweichend vom Ex-Ante-Fall keine Weichenstellung vornehmen, da diese aktive Handlungspflicht zur Rettung einer Person in unauflöselichem Konflikt zum Unterlassen der Tötung einer a priori gleichwertigen Person steht. Insbesondere dürfe es kein allgemeines Gesetz werden, Menschen willentlich durch aktives Handeln zu töten – egal wie vermeintlich nobel auch der aposteriorische Zweck sei. Der/Die utilitaristische Weichensteller/in macht seine/ihre Entscheidung für oder gegen die Weichenstellung dagegen allein an dem angenommenen zukünftigen Nutzen des überlebenden Menschen fest. Dieses Abwägen von Menschenleben auf Grundlage ihrer Eigenschaften steht jedoch unter einem erheblich anderen Vorzeichen als die Ex-Ante-Triage sowie möglicherweise in Konflikt mit der egalitären Basisgleichheit der Menschen aus Art. 1 GG, weswegen dem Ethikrat bei seiner scharfen Unterscheidung der Situationen zuzustimmen ist. Wie aber ist rechtlich ein solcher Abbruch von Behandlungsmaßnahmen zu beurteilen?

1. Rechtliche Behandlung des Abbruchs von Behandlungsmaßnahmen

In einer Leitentscheidung hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Jahr 2010¹¹ entschieden, dass ein Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer bereits begonnenen medizinischen Behandlung nur insofern gerechtfertigt ist, wenn es dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patient/innenwillen gem. § 1901a BGB entspricht. Es wäre ein Fehlschluss zu denken, dass es erlaubt wäre, einen Menschen zum Nutzen eines anderen dann zu töten, wenn auch die Rettung des/der zu Tötenden aufgrund einer rechtfertigenden Pflichtenkollision unterlassen werden dürfte.¹² Ist bei einer Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflicht kein rechtfertigender Behandlungsabbruch möglich, bleibt nur der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB.¹³ Voraussetzung ist hierbei, dass das zu schützende Rechtsgut – hier das Leben des/der neu eintreffenden Patient/in – das beeinträchtigte Rechtsgut – das Leben des/der bereits in Behandlung stehenden Patient/in – wesentlich überwiegt

und die Tat ein angemessenes Mittel ist.¹⁴ Die qualitative wie auch quantitative Unabwägbarkeit des Lebens, gesichert durch die Menschenwürdegarantie, steht einer Rechtfertigung entgegen.¹⁵ Auch ein entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB scheidet aus, da – genauso wie für den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand – weder ein erdrückender quantitativer Überhang der zu rettenden Personen noch ein Näheverhältnis besteht.¹⁶ Zudem handelt es sich bei der Ex-Post-Triage nicht um individuelle Schuld in existentiellen Ausnahmesituationen, sondern um einen auf Wiederholung angelegten Selektionsmechanismus.¹⁷ Folglich ist die Garantenpflicht, die gegenüber dem/der bereits in Behandlung befindlichen Patient/in besteht, vorrangig zu beachten. Beachtet der/die behandelnde Arzt/Ärztin diese nicht und kommt der/die Patient/in zu Schaden, liegt hierin eine strafbare (versuchte) Tötung oder Körperverletzung.

2. Erhöhte Problematik der Ex-Post-Triage

Es wird teilweise kritisiert, dass die unterschiedliche Bewertung der Ex-Ante-Triage und der Ex-Post-Triage lediglich von der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen abhängt.¹⁸ Ein/e Patient/in kann in einem Fall somit zeitlich rein zufällig eine Behandlung erhalten und ebendiese in einem anderen Fall verweigert bekommen, nur weil sich bereits ein/e andere/r Patient/in in einer Behandlung befindet, aber dennoch geringere Priorität im Sinne der Ex-Ante-Triage hat. Diese Unwert-Unterscheidung ist in der Rechtsdogmatik jedoch von gravierender Rechtsüberzeugung: Es ist etwas anderes, wenn man jemandem das Beatmungsgerät entreißt und seine/ihre bereits verdichtete Hoffnung auf Behandlung zerstört, um die Rettungschance umzuverteilen, als gestattete man einem/r von zwei Patient/innen, die Behandlung benötigen, ein Beatmungsgerät – so auch die Modalitätenäquivalenz gem. § 13 I StGB. Das Prinzip der zufälligen Priorität gibt den betroffenen Patient/innen und dem medizinischen Fachpersonal (rechts-)sicherheits- und stabilitätsstiftende Funktion im Kontext einer Pandemie.¹⁹

⁸ *Deutscher Ethikrat*, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4.

⁹ *Von der Meden*, Kontrolle in der Ausnahmesituation, LTO.de vom 27.03.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41129/ (28.05.2020).

¹⁰ *Engländer/Zimmermann*, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1401); *Von der Meden*, https://www.lto.de/persistent/a_id/41129/ (28.05.2020).

¹¹ BGH NJW 2010, 2963 ff.

¹² *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405).

¹³ *Hilgendorf*, Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten, LTO.de vom 27.03.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

¹⁴ *Müller*, Pflichtenkollision und Triage in der Coronakrise, beck-blog.de vom 02.04.2020, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 34 Rn. 1.

¹⁵ BVerfGE 115, 118 (127); *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1399); *Müller*, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020); *Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 130; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405).

¹⁶ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400).

¹⁷ *Hörnle*, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405); *Walter*, Lasst das Los entscheiden!, ZEIT ONLINE vom 02.04.2020, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

¹⁸ *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405 f.); *Tsambikakis*, Rechtsexperten legen Handlungsempfehlung für Triage vor, Pressemitteilung vom 09.04.2020, <https://www.tsambikakis.com/aktuelles/handlungsempfehlung-triage> (01.06.2020): Sieht einen Entzug der begonnenen Behandlung als rechtmäßig an, wenn eine „evidente“ bessere klinische Erfolgsaussicht des/der neu eintreffenden Patienten/in vorliegt.

¹⁹ *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (406); *Walter*, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); im Zweifel für eine Fortsetzung der bereits begonnenen Behandlung ist: *Von der Meden*, https://www.lto.de/persistent/a_id/41129/ (28.05.2020).

IV. Rechtliche Maßstäbe und Anforderungen an einen möglichen Triage-Algorithmus

Für die ärztliche Ethik ist ein verbindlicher rechtlicher Rahmen in Form der fundamentalen Verfassungsvorgaben zu beachten. In seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz argumentiert das Bundesverfassungsgericht, dass die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 I GG explizit eine Objektifizierung von Menschenleben im Sinne Zähl- oder in Zweck-Mittel-Relation verfügbarer Einheiten ausschließt und weiterhin auch eine Abwägung ebendieser Menschenleben auf Grundlage ihrer spezifischen voraussichtlichen Lebensdauern vom konstitutiven Würdebegriff des Grundgesetzes ausgeschlossen ist.²⁰ Diese Anschauung impliziert insbesondere auch eine egalitäre Basisgleichheit und damit auch ein effektives Diskriminierungsverbot. Zudem ist der Grundsatz der Lebenswertindifferenz zu beachten, nach welcher menschliches Leben nicht be- oder abgewertet werden darf.²¹ Die abstrakt-universelle Anwendbarkeit des BVerfG-Urteils auf abweichende ethische Abwägungssituationen in anderen Rechtsdisziplinen und -situationen ist umstritten.²² Im Folgenden wird neben der rechtfertigenden Pflichtenkollision eine Axiomatik möglicher Leitsätze formalisiert. Anhand dieser können objektive Bewertungskriterien aufgestellt und ihrerseits hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit bewertet werden.

1. Rechtfertigende Pflichtenkollision

In der Literatur wird bisweilen die Frage diskutiert, ob der Gedanke der rechtfertigenden Pflichtenkollision auch auf die medizinische Triage angewandt werden kann.²³ Ein/e im Krankenhaus handelnde/r Arzt/Ärztin hat eine Garantienstellung und ist verpflichtet, Corona-Patient/innen intensivmedizinisch zu behandeln. Reichen die Kapazitäten nicht aus, um allen Patient/innen eine Behandlung zu ermöglichen, befindet er/sie sich in einer Handlungspflichtenkollision.²⁴ Aus strafrechtlicher Sicht dient die medizinische Triage dazu, ebendiese Pflichtenkollision zu vermeiden.²⁵ Dies tut sie, indem sie zwischen den diversen Handlungspflichten des/der Arztes/Ärztin eine Rangordnung etabliert und somit verhindert, dass die verschiedenen Handlungspflichten des/der Arztes/Ärztin gegeneinander konkurrieren. Solch ein Verfahren, das Pflichten in höherrangig und nachrangig einsortiert, kann dem/der Arzt/Ärztin die Entscheidungsfindung erleichtern. Weicht er/sie jedoch von diesem Verfahren ab, drohen ihm/ihr möglicherweise strafrechtliche Konsequenzen. Wer von zwei gleich-

artigen und gleichwertigen Handlungspflichten, die *faktisch* beide nicht erfüllt werden können, eine erfüllt, handelt nach der rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt.²⁶ Gründe werden hierbei nicht geprüft, denn niemand darf vom Recht gezwungen sein, Unmögliches zu leisten.²⁷ Das Prinzip der rechtfertigenden Pflichtenkollision hat sich bei Unterlassungsdelikten etabliert und kann nur diese rechtfertigen.²⁸ Besonderes Augenmerk liegt hierbei auf „gleichartig“ und „gleichwertig“: Ist eine der beiden Pflichten rechtlich höher-rangig, dann ist diese auch bevorzugt zu erfüllen.

Kollidieren Handlungs- und Unterlassungspflicht – wie bei der Ex-Post-Triage – kommt § 34 StGB infrage, welcher zur Abwendung einer größeren Gefahr die Hinnahme der geringeren legitimiert. Diese Regelung hilft jedoch bei gleicher Dringlichkeit nicht weiter.²⁹ Jedoch kann es bei falscher Beurteilung der Lage durch die Handelnden/Unterlassenden passieren, dass trotz der objektiven Rechtswidrigkeit die Tat (Unterlassung) nicht vorsätzlich war. So können Verpflichtete entschuldigt gehandelt haben und ebenso strafflos bleiben.

Das wirft auch die Frage auf, ob sich die Beurteilung ändert, wenn allgemeine Regeln ex ante bestimmte Kriterien zur Auswahl als unzulässig einordnen. Beispielsweise haben der Ethikrat und sieben medizinische Fachgesellschaften Empfehlungen formuliert, die sich gegen eine Berücksichtigung von Lebensalter und sozialen Kriterien aussprechen.³⁰ Darf der/die behandelnde Arzt/Ärztin sich auch auf eine rechtfertigende Pflichtenkollision berufen, wenn eines dieser „Tabu-Kriterien“ ausschlaggebend für seine/ihre Entscheidung war? Die rechtfertigende Pflichtenkollision prüft die Gründe, die zur Entscheidung führten, nicht nach.³¹ Wie jedoch die Rechtspre-

²⁰ BVerfG NJW 2006, 751 (759).

²¹ Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie – Klinisch-ethische Empfehlungen, abrufbar unter https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (03.06.2020), S. 4 f.; Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 3.

²² Hoven, JZ 1975, 449 (450 f.); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020).

²³ Gewohnheitsrechtlich anerkannt: RGSt 20, 190 ff.; Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

²⁴ Für eine Anwendung: Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

²⁵ Zimmermann, Wer stirbt zuerst?, LTO.de vom 23.03.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

²⁶ Müller, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020).

²⁷ Deutsche Gesellschaft für Katastrophenmedizin e.V., http://www.dgkm.org/sites/default/files/Covid-19_DGKM.pdf (01.06.2020), S. 2; Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400); Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4; Erb, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 41; Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020); Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPc=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Müller, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 32 Rn. 71 f.

²⁸ Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

²⁹ Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020); Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

³⁰ Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (03.06.2020), S. 4 f.; Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 3, 8; dagegen sieht es als zulässiges „Zusatzkriterium“: Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); für eine Anwendung des Alterskriteriums: Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPc=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020).

³¹ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400); Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPc=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

chung entscheiden würde, ist noch nicht klar abzusehen.³² Sicher ist, dass Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften nicht als Entschuldigungsgründe gelten.³³

2. Axiomatik der Leitsätze

Um ein konsistentes universelles Verfahren zu sichern, müssen die Leitsätze eines möglichen Triage-Algorithmus in einer kohärenten inneren Ordnung zueinander stehen und sowohl moralphilosophische wie auch rechtsdogmatische Probleme adressieren, damit gleichsam eine ethische Vertretbarkeit wie auch Rechtssicherheit des Verfahrens gewährleistet werden kann. Im Folgenden wird ein System untersucht, welches auf fünf Determinanten – namentlich: Verfahrensbegründetheit, Konsistenz, Gleichheitsgrundsatz, Prioritätsprinzip und Dringlichkeitsprinzip – beruht und diese kritisch reflektiert.

a) Verfahrensbegründetheit und Konsistenz

Eine in der Literatur häufig vertretene Anschauung erachtet die vollkommene Randomisierung von Priorisierungsmechanismen in Triagefragen als gerechtigkeitstheoretisch plausibel, teilweise gar als besonders geeignetes superiores Entscheidungsmittel.³⁴ Argumentativ wird dabei häufig darauf verwiesen, dass die Rechtsordnung Randomisierungen auch in anderen Situationen unentscheidbarer Rechtssituationen zulasse, wie beispielsweise bei Bürgermeister/innenwahlen.³⁵ Diese Betrachtungsweise unterschlägt jedoch sowohl die aposteriorischen Konsequenz- wie auch die apriorischen Pflichtunterschiede zwischen den Situationen, in welchen ein Losentscheid derzeit möglich ist, und der Besonderheit der Triage. Konkret spielt hierbei insbesondere die praktische Reversibilität der jeweiligen Prozesse eine gewichtige Rolle: Eine Bürgermeister/innenwahl kann bei einer moralischen Neubewertung der Lage wiederholt werden; sie ist regelmäßig reversibel. Entscheidungen über Leben und Tod wie sie bei der Triage getroffen werden, sind dagegen jedoch regelmäßig irreversibler Natur. Während also eine Bürgermeister/innenwahl ohne evidente Implikationen für die Menschenwürde oder körperliche Unversehrtheit der betroffenen Akteure/innen vorgenommen werden können, verbleibt eine Resurrektion der infolge gewürfelter Triage unbehandelt verstorbenen Patient/innen regelmäßig ohne Erfolg. Eine Randomisierung der Triage wi-

derspricht überdies auch moralphilosophischen Grundsätzen: Weder kann durch Würfelglück utilitaristisch eine aktive Mehrung möglichst hohen Nutzens möglichst Vieler sichergestellt noch eine deontologische Pflichtentscheidungs begründung im Sinne einer kategorischen Verallgemeinerbarkeitsprüfung schlüssig dargelegt werden. Auch in der Anschauung des Rawlsschen Schleier des Nichtwissens³⁶ kann nicht schlüssig begründet werden, inwiefern eine Vorstellung des Losentscheidens in einer wissensverschleierte Gesellschaft auf universelle Akzeptanz für einen gerechtigkeitstheoretischen Selektionsansatz treffen sollte. Schließlich kann mit kleiner, aber nicht auszuschließender Wahrscheinlichkeit, auch immer eine Entscheidung dergestalt getroffen werden, dass stets Patient/innen mit geringer Überlebenswahrscheinlichkeit ausgewählt, aber nach Prozesseingriff kurz darauf an den Operationsfolgen versterben, was von einem/r objektiven Entscheider/in auch in Unkenntnis seiner/ihrer eigenen Situation nicht rational gutgeheißen werden kann. Das Vorgehen bei einer Triage muss daher aus rechtsethischen wie auch -dogmatischen Gründen stets wohlbegründet und konsistent auch bei einer theoretisch gedachten Neubewertung der Lage unter Berücksichtigung aller notwendigen Faktoren funktionieren. Insbesondere müssen gleiche situative Ausgangsvoraussetzungen daher injektiv-erwise auch zu gleichen Entscheidungsergebnissen führen.

b) Gleichheitsgrundsatz

Wie jedwede andere Rechtspraxis und -dogmatik muss sich auch eine mögliche Triage-Richtlinie an ihrer rechtsethischen Angemessenheit sowie verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeit messen lassen. Dies inkorporiert in besonderer Weise auch die Diskriminierungsverbote des Art. 3 GG und des Art. 18 AEUV, die formell zwar zuvörderst als bürgerliche Abwehrrechte gegen den Staat und seine Organe rechtlich unmittelbare Wirkung entfalten, mittelbar jedoch zuweilen in Verbindung mit § 2 I AGG auch analoge Anwendung im Gesundheitswesen finden.³⁷

Verlangt wird daher unter anderem auf dieser Grundlage sowohl im Medizinrecht im Allgemeinen wie auch der Triage-Problematik im Besonderen ein apriorischer Ausschluss von Alter, Geschlecht, sozialer Kriterien und Herkunft als Selektionsfaktoren der Triage.³⁸ Insbesondere in Bezug auf eine mögliche Einbeziehung des Alters als Triage-Selektionsfaktor herrscht ob seiner empirischen Relevanz für Sterblichkeitsabschätzungen jedoch Unstimmigkeit in der rechtsdogmati-

³² Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1402); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405); Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPIC=3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020).

³³ Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

³⁴ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1402); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404 f.); Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020); dagegen: Deutsche Gesellschaft für KatastrophenMedizin e.V., http://www.dgkm.org/sites/default/files/Covid-19_DGKM.pdf (01.06.2020), S. 8.

³⁵ Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

³⁶ Das Rawlssche Konzept des „Veil of ignorance“ bezeichnet einen erdachten Zustand menschlicher Akteure/innen in einer fiktiven Entscheidungssituation, in welcher sie zwar über die zukünftige Gesellschaftsordnung oder Gesetze, welche auf diese wirken, entscheiden können, jedoch nicht wissen, an welcher Stelle dieser Ordnung sie sich später befinden werden.

³⁷ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404).

³⁸ Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (03.06.2020), S. 4 f.; Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 3, 8; Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020); Höfling, in: Sachs, GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 35; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

schen Literatur.³⁹

Es lässt sich regelmäßig ein inverser Zusammenhang von bereits gelebter Lebenszeit und der maximal verbleibenden Restlebensdauer wie auch biologisch altersbedingter Sterblichkeitswahrscheinlichkeit beobachten, welche durchaus von Relevanz für eine solche Triagemethode sein können.⁴⁰ So würde ein/e rational und objektiv urteilende/r Beobachter/in in der Wahl zwischen einer langen und einer kurzen Lebensdauer eines Individuums mit hoher Wahrscheinlichkeit stets ersterem den Vorzug geben, da jedes weitere Lebensjahr auch immer neue Möglichkeiten individueller Selbstentfaltung des/der Einzelnen offeriert, welche zum Wohle des Individuums selbst wie auch im Kontext des sozialen Gefüges der Zivilisation zum Nutzen der Gemeinschaft investiert sein kann.⁴¹ Hernach besäße jedes Lebensjahr einen apriorischen Nutzenwert; seine Maximierung könnte also legitimes Optimierungsziel einer utilitaristisch motivierten Triage sein und damit die bereits gelebte Lebensdauer – das Alter – zu einem triagerelevanten Faktor erheben.⁴²

Könnte eine solche Anschauung, wie sie beispielsweise bereits in Italien de facto Verwendung findet, de lege lata auch in Deutschland verhältnismäßige Praxis werden? Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage in analoger Weise bereits in seinem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz unter Berufung auf den dem Art. 1 GG inhärenten egalitären Basisgleichheitsgrundsatz verneint: Die Würde jedes Menschen ist ohne Ansehung seiner verbleibenden Restlebensdauer gleichwertig;⁴³ jedwede Differenzierung der Wertigkeit des Lebens anhand seiner etwaigen Dauer verbietet sich hiermit. Eine apriorische Beurteilung von Lebensdauern auf Basis aposteriorischer Alterszahlen verschließt sich zudem dem erkenntnistheoretischen Informationsproblem des/der Entscheider/in: Der/Die Arzt/Ärztin als Weichensteller/in im Trolley-Problem ist nicht perfekt über den Gesamtzustand der postoperativen Lebensentwicklung des/der zu triagierenden Patienten/in informiert. Die Lebensdauer eines Menschen ist schließlich kein uniform mathematisierbares Gut, da jedes menschliche Leben durch eine unüberschaubare Vielzahl von Faktoren in seiner Länge bestimmt und seine Dauer dem menschlichen Auge folglich nicht stets unmittelbar evident ist. Dieses unwägbare menschliche Fehlervermögen ist einer kognitiven und damit auch erkenntnistheoretischen Beschränktheit als unauslöschliche Kategorie des Menschseins zuzurechnen. Jedweder rechtliche Versuch, dieses Faktum zu umgehen, muss als eine Anmaßung

von Wissen an der Imperfektion des Wissens der Handelnden scheitern und stellt folglich die unmittelbare Frage nach der Angemessenheit des Alters als Triage-Faktor.

c) Prioritätsprinzip

Könnte im Kontext der Ex-Post-Triage ein Entzug von Intubationsmaßnahmen eines/r bereits behandelten Patienten/in zu Gunsten eines/r neu eingelieferten Patienten/in überhaupt statthaft sein? Einerseits ließe sich das eigentumsrechtliche sog. Müller-Prinzip⁴⁴ dergestalt analog auf die Triage anwenden, wonach ein/e früher eingelieferte/r Patient/in strikt vor jener/jenem zu bevorzugen ist, der ihm/ihr in der Ankunft nachfolgt.⁴⁵ Andererseits ließe sich argumentieren, dass Zeit ein dem Zufall gleichzusetzendes Maß der Priorisierung ist.⁴⁶ Hierbei ist zu untersuchen, ob die Einbeziehung der Ankunftszeit die Kriterien des Konsistenzprinzips in einer Weise verletzt, die es als Maßstab in Triagesituationen ausscheiden lässt. Dafür muss aufgrund der verschiedenen Voraussetzungen zwischen der Ex-Ante- und der Ex-Post-Triage unterschieden werden. Da die reine Ankunftszeit in der Ex-Ante-Triage keine konkrete Aussagekraft über die medizinische Kondition oder Überlebenschance der Patient/innen vor und nach dem Eingriff entfaltet und hinsichtlich Verfahrensergebnissen bei theoretischer Verfahrenswiederholung ebenso inkonsistent wie das Losverfahren wäre, ist sie in ihrer Konsequenz sehr wohl dem Zufall gleichsetzbar und nach dem Konsistenzprinzip folglich auszuschließen.

Anders gestaltet sich die Situation im Kontext der Ex-Post-Triage. In diesem ist der/die früher eingetroffene Patient/in nicht erst für eine Behandlung auszuwählen, sondern befindet sich bereits in dieser. In diesem Szenario führte eine theoretische Wiederholung des Triageverfahrens unter Maßgabe der Ankunftszeit nicht zu einer wesentlichen Veränderung der Behandlungsfolge der Patient/innen, da der/die am frühesten eingetroffene Patient/in per Situationsvoraussetzung immer in Behandlung befindlich wäre und folglich stets auch als solche/r zuerst priorisiert würde. Ein etwaiges Triageverfahren unter Berücksichtigung der Ankunftszeit würde im Ex-Post-Fall daher in den Ergebnissen konsistent sein.

Ist ein Abweichen von der Ankunftszeit und damit von der Ursprungsverteilung durch eine etwaige Umverteilung überhaupt notwendig? Hierfür spräche die bessere Berücksichtigung einer möglichen schlechteren medizinischen Kondition des/der neu eingetroffenen unbehandelten Patienten/in gegenüber der/dem Behandelten. Diese Betrachtung ist jedoch auf Spekulation über die Wirklichkeit der Konsequenzen des ärztlichen Handelns bei Beendigung der Intubation des/der zuvor behandelten Patienten/in zugunsten des/der späteren Patienten/in gebaut. Mitunter könnte die medizinische Kon-

³⁹ Gegen eine Anwendung des Alterskriteriums: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404); *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020); differenziert bejahend: *Hörnle*, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020), die das Alter als zulässiges Zusatzkriterium ansieht; dafür: *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPC=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020).

⁴⁰ *Hoven*, JZ 1975, 449 (451).

⁴¹ *Hoven*, JZ 1975, 449 (451): Sieht Lebenszeit als quantitative Menge, bei welcher eine höhere Menge mehr wert ist.

⁴² *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPC=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020).

⁴³ *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

⁴⁴ *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

Diese Anschauung ist in einem anderen Rechtskontext bereits in Abschnitt II, 59, § 4 des Sachsenspiegels aus dem 13. Jahrhundert mit dem Satz „Di ok irst to der molen kumt, die sal erst malen“ widergespiegelt und könnte eine gewisse Rechtstradition im deutschsprachigen Raum illustrieren.

⁴⁵ *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

⁴⁶ Dargestellt in: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405 f.)

dition des/der später eingelieferten Patienten/in unerkannt so gravierend sein, dass er/sie selbst unter Anwendung der Intubation nicht überleben würde. Da für seine/ihre Behandlung zuvor aber bereits die Intubation des/der früher eingetroffenen Patienten/in und damit mitunter dessen/deren Leben beendet werden müsste, stünde die mögliche höhere Überlebenschance des/der späteren Patienten/in zu der in Kauf genommenen drastischen Erhöhung des Sterberisikos des/der zuvor stabilen früheren Patienten/in in keinem gesichert positiven Verhältnis. Weiterhin würde eine Beendigung der Intubation früherer Patient/innen durch Höherpriorisierung späterer Patient/innen die allgemeine Rechtssicherheit in besonderer Art und Weise verletzen, da erstere sich im steten Vertrauen um die Kontinuität ihrer etwaigen Behandlung erst für diese zur Verfügung gestellt haben. Würde dieses Vertrauen nachhaltig verletzt, gefährdete dies in letzter Konsequenz auch das Vertrauen in die Sicherheit der medizinischen und rechtlichen Ordnung. Folglich darf keinem/r rettungsfähigen Patienten/in das Beatmungsgerät wieder genommen werden, um es einem/r aussichtsreicheren Patienten/in zu geben.

d) Dringlichkeitsprinzip

Analog zu § 12 III S. 1 TPG ist in der Triage auch eine Priorisierung nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit denkbar.⁴⁷ Dies ist auch verfassungsrechtlich unstrittig zulässig und strafrechtlich unbedenklich, sofern eine Abwägung der Dringlichkeit in Bezug auf den Grad der drohenden Gefahr nach § 34 StGB erfolgt.⁴⁸ Ein Konflikt des Dringlichkeitsprinzips mit dem Prioritätsprinzip könnte jedoch in einem Szenario dergestalt auftreten, das der/die zweiteintreffende Patient/in B dringlicher auf eine Intubation angewiesen ist als der/die bereits intubierte Patient/in A oder die Erfolgsaussichten des/der B höher als jene des/der A bewertet werden könnten. Das Prioritätsprinzip würde in einem solchen Fall zugunsten des/der A priorisieren, das Dringlichkeitsprinzip zugunsten des/der B. Dieser Konflikt ist mithin nur durch eine Abwägung der einzelnen Argumente der Determinanten heilbar. Telos des Prioritätsprinzips ist eine Aufrechterhaltung und Sicherung der Rechtssicherheit sowie des allgemeinen Vertrauens aller in die Rechtsordnung. Das Ziel des Dringlichkeitsprinzips ist die Findung einer Ressourcenallokation, in der die erwartete Gesamtüberlebenswahrscheinlichkeit aller betrachteten Patient/innen maximal ist. Mithin ist eine Harmonisierung dieser beiden Ziele durch einen vermittelnden Abwägungsansatz möglich, in welchem das höherrangige, da weitreichendere Prioritätsprinzip über jenes der Dringlichkeit gestellt wird. Im Kontext dieser Unterordnung sind beide Prinzipien auch praktisch anwendbar.

e) Kritik zur Normsetzungskompetenz

Davon unabhängig, wie genau die Kriterien aussehen sollen,

drängt sich die Frage auf, wer diese Maßstäbe festsetzen darf und muss. Der Ethikrat betont, dass der Staat keine positiven Differenzierungskriterien entwickeln dürfe. Gleichzeitig hätten zivilgesellschaftliche Akteure/innen – wie die medizinischen Fachgesellschaften – mehr Spielraum ebendiese festzulegen.⁴⁹ Es ist jedoch höchst zweifelhaft, ob medizinische Fachgesellschaften und Ärzte/innen berufener als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber sind, ethische Regelungen aufzustellen. Für ethische Fragen haben Mediziner/innen nicht mehr Kompetenz als jede/r andere Bürger/in auch. Daher ist es vorzugswürdig, dem Gesetzgeber diese Kompetenz zuzusprechen.⁵⁰ Der Ethikrat ist weiterhin der Ansicht, dass die Verfassung es dem Staat gebietet, zu schweigen, da er nicht ein Leben gegen ein anderes abwägen darf.⁵¹ Nicht beachtet wird hierbei, dass der Staat dann konsequenterweise auch nicht diese Abwägungskompetenz an Beliehene oder Fachgesellschaften weiterreichen darf. Denn dies wäre eine indirekte Zustimmung des Staates zu allem, was das Gremium beschließt.⁵²

V. Fazit

Aus obenstehenden Prinzipien kann unter Zuhilfenahme weiterer normativer Axiome eine vollständige und abstrakte Überprüfung von Triage-Kriterien unter Berücksichtigung sowohl praktischer wie auch rechtsphilosophischer Hürden durchgeführt werden. In einer hypothetischen Welt, in der praktische Begrenzungen wie Wissensimperfektionen oder -asymmetrien zugunsten einer perfekten Information der Entscheidenden überwunden wären, würden die Urteile dieser Prinzipien mitunter anders ausfallen und könnten auch alle Wahrscheinlichkeiten absolut einbeziehen. In unserer wissensbegrenzten Welt bleibt der Gesundheitszustand der Patient/innen aus Sicht des/der Arztes/Ärztin das aus rechtsphilosophischer Perspektive einzig zulässige Kriterium. Der/Die Gesetzgeber/in steht in der moralischen Pflicht, eine Entscheidung über einen entsprechenden Triage-Algorithmus zu treffen, der obige Kriterien erfüllt, da die gewichtige Entscheidungskompetenz über Leben und Tod sonst weiterhin sowohl in einer rechtlich unsicheren Grauzone wie auch unzumutbarerweise in den Händen der praktizierenden Ärzte/innen läge. Es bleibt nichtsdestominder zu hoffen, dass die Realität eine weitflächige Beachtung obiger Triage-Dilemmata nicht über bloße Notfallvorkehrungen hinaus praktisch erforderlich macht.

⁴⁷ Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

⁴⁸ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1401); Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

⁴⁹ Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4; Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPIC=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); dagegen: Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

⁵⁰ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 ff.

⁵¹ Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4.

⁵² Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

Antonia Cohrs*

Kommentar zur Triage-Problematik in der Covid-19-Pandemie

In der Debatte um die Möglichkeit einer Strafbarkeit der Ärzte/innen in der Corona-Pandemie, die vor die Entscheidung gestellt werden, welche/r Patienten/in an ein Behandlungsgerät angeschlossen und welchem/r diese Behandlung versagt wird, gibt es viele Lösungsansätze, die diskutiert werden. In diesem Kommentar soll es nicht um die Bewertung der Lösungsansätze gehen; es soll vielmehr hinterfragt werden, woher das Bedürfnis nach der Möglichkeit der Straf- und somit Handlungsfreiheit der Ärzte/innen kommt und wie die individuelle Verantwortung in Grenzfällen zu beurteilen ist.

Nachdem uns im März die erschreckenden Nachrichten aus Italien erreichten, dass dort Ärzte/innen aufgrund der durch die Corona-Pandemie hervorgerufenen Ressourcenknappheit auf Intensivstationen entscheiden mussten, welcher Patient/in behandelt wird und welche/r nicht, wurde diese Frage auch in Deutschland intensiv diskutiert. Der Deutsche Ethikrat formulierte in seiner ad-hoc-Empfehlung¹ im März direkt einen – rechtlich unverbindlichen – Leitfaden für Handlungsmöglichkeiten für die Ärzte/innen in solch einer Situation. Weitere Fachgesellschaften wie die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin² veröffentlichten ebenfalls Stellungnahmen mit Behandlungsempfehlungen. Die Stellungnahmen sollen den Ärzten/innen bei ihrer Entscheidung eine Orientierung bieten, indem insbesondere mögliche Entscheidungskriterien benannt werden. Besonders in Zeitungsartikeln wurde diskutiert, wonach eine Auswahl getroffen werden darf und inwiefern das Alter ein Ausschlusskriterium darstellen kann.³ Auch in der Strafrechtswissenschaft befasst man sich mit der Thematik und analysiert insbesondere die strafrechtlichen Grenzen der Handlungsmöglichkeiten der Ärzte/innen in der Corona-Pandemie.

Die Auswahl, wenn aufgrund von einer medizinischen Ressourcenknappheit nicht alle Patienten/innen die notwendige Behandlung erhalten können und der/die Arzt/Ärztin entscheidet, wer leben darf und wer sterben wird, wird als Triage (aus dem französischen *trier*: *aussuchen, sortieren, auslesen*⁴) bezeichnet. Auch wenn der Umgang damit rechtlich äußerst schwierig ist, sind sich wohl alle bei einem einig: Diese Entscheidung ist eine ethische Dilemma-Situation, von der wir hoffen, dass sie in Deutschland niemals eintreten werde.

Trotzdem werden in der Literatur Lösungsansätze diskutiert. Es gibt mehrere Behandlungssituationen, in denen im Fall einer medizinischen Ressourcenknappheit die Ärzte/innen triagieren müssen. Die sog. präventive Triage erfasst die Situation, in der Behandlungskapazitäten freigehalten werden, ohne dass eine konkrete Konkurrenz zwischen Patienten/innen besteht. Bei dieser Art der Triage macht sich der/die Arzt/Ärztin wohl immer aufgrund des Unterlassens einer Behandlung strafbar.⁵

Eine weitere Triage-Entscheidung muss dann getroffen werden, wenn zwei Patienten/innen zeitgleich im Krankenhaus eintreffen und der/die Arzt/Ärztin nach der Untersuchung beider Patienten/innen entscheiden muss, wer an das Beatmungsgerät geschlossen werden kann. Diese sog. ex-ante-Triage birgt, strafrechtlich betrachtet, wenige Probleme. Der/Die Arzt/Ärztin könnte wegen des Unterlassens der Behandlung des/der einen Patienten/in strafbar sein, da die grundsätzliche Möglichkeit einer Behandlung besteht. Jedoch greift zugunsten der/die Arzt/Ärztin hier die Rechtsfigur der Pflichtenkollision, denn faktisch kann der/die Arzt/Ärztin nur einem/einer Patienten/in das Leben retten. Die Rechtsfigur fußt auf dem Rechtsgedanken *impossibulum nulla est obligatio* – niemand ist zu Unmöglichem verpflichtet. Daraus ergibt sich nach herrschender Meinung ein Rechtfertigungsgrund, wenn zwischen zwei gleichwertigen Pflichten bezüglich zweier Leben zu entscheiden ist. Für die Aufgabe eines Lebens handelt der/die Arzt/Ärztin dann nicht rechtswidrig. Soweit, so gut – oder in diesem Kontext wohl besser: So weit, so tragisch.

Strafrechtlich besonders problematisch ist die Triage-Entscheidung, wenn wir die nächste Situation betrachten: Ein/Eine Patient/in wird eingeliefert und benötigt ein Beatmungsgerät. Der/Die Arzt/Ärztin erkennt bereits, dass die Überlebenschance des/der Patienten/in gering ist. Da er/sie jedoch verpflichtet ist, den/die Patienten/in zu behandeln, schließt der/die Arzt/Ärztin den/die Patienten/Patientin an das letzte Beatmungsgerät an. Ein Tag, eine Stunde oder gar eine Minute später wird ein/e weiter/e Covid-19-Patient/in ins Krankenhaus eingeliefert, der/die ebenfalls die Behandlung über das Beatmungsgerät benötigt. Seine/Ihre Überlebenschancen werden nach den ersten Untersuchungen weitaus höher eingeschätzt als des/der Patienten/in, der/die am letzten Beatmungsgerät angeschlossen wurde. Darf der/die Arzt/Ärztin nun den/die erste/n Patienten/in vom Beatmungsgerät abnehmen und den/die neue/n Patienten/in anschließen, um dessen/deren höherer Überlebenschance gerecht zu werden? Diese Entscheidung des/der Arztes/Ärztin wird als sog. ex-post-Triage eingeordnet und die Begründung bzw. Nichtbegründung einer strafrechtlichen Verantwortung wird kontrovers diskutiert. Bei Zugrun-

* Die Autorin ist Doktorandin am Lehrstuhl von Professorin Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Leibniz-Universität Hannover.

¹ *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (22.06.2020).

² *Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*, Covid-19 Behandlungsempfehlung 2.0 vom 16.04.2020, <https://www.divi.de/joomlatoools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200416-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf> (17.08.2020).

³ Beispielsweise *Hoven*, Auch auf das Alter kommt es an, FAZ Einspruch vom 31.03.2020, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (17.08.2020).

⁴ *Rönna/Wegner*, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (403).

⁵ Siehe dazu nähere Beschreibung im Beitrag von *Schumann*, Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?, HRN 2020, 10 (11 f.).

delegierung der bestehenden strafrechtlichen Dogmatik würde der/die Arzt/Ärztin bei der Abnahme eines/r Patienten/in vom Beatmungsgerät aktiv ein Menschenleben beenden. Die Pflichtenkollision als Rechtfertigungsgrund könnte demnach nicht zugunsten des/der Arztes/Ärztin angewendet werden. Der zeitliche Zufall der Einlieferung entscheidet also darüber, ob dem/der Arzt/Ärztin strafrechtliche Konsequenzen drohen, indem die strengere Voraussetzung an einen Rechtfertigungsgrund zugrunde gelegt werden oder die Möglichkeit der – weniger strengen – Pflichtenkollision besteht.

Einige Stimmen in der Literatur verweisen auf die klare Abgrenzung von einem Tun (die Abnahme von dem Beatmungsgerät) und einem Unterlassen (die Nichtbehandlung eines/einer Patienten/in). Die strafrechtliche Wertung, dass die Pflicht etwas zu Unterlassen schwerer wiegt als die Pflicht eine Handlung vorzunehmen, zeigt sich in den unterschiedlich strengen Voraussetzungen einer Strafbarkeit bzw. einer Rechtfertigungsmöglichkeit und dass gem. § 13 StGB ein Unterlassen milder bestraft werden kann als ein Tun. Dass die Differenzierung von einem zeitlichen Zufall abhängig gemacht wird, erscheint – nach *Rönnau*⁶ – als eine respektable Größe, die über Leben und Tod entscheidet, in einer Situation, die in keinem Fall gerecht oder fair ausgehen kann. Auch *Schumann*⁷ spricht sich in ihrem Beitrag für die juristisch notwendige Trennung von Handlung und Unterlassen aus und betont, dass solch eine zeitlich zufällige Priorisierung Rechtssicherheit und Stabilität für alle Betroffenen ermöglicht. *Hoven*⁸ hingegen plädiert dafür, die Rechtsfigur des Behandlungsabbruchs, die von der Rechtsprechung im Fall *Putz*⁹ entwickelt wurde, auf den Fall der ex-post-Triage anzuwenden. Damit würden die Handlungen in dieser Behandlungssituation als eine nicht klar zu kategorisierende Zwischenform zwischen aktivem Tun und Unterlassen angesehen werden. Wenn die Behandlung abgebrochen wird, liegt hiernach ein Unterlassen vor und somit bleibt die Rechtfertigung wegen einer Pflichtenkollision auch bei der ex-post-Triage möglich. *Gaede, Kubiciel, Saliger* und *Tsambikakis*¹⁰ sprechen sich in einem gemeinsamen Beitrag ebenfalls dafür aus, dass keine Differenzierung nach Tun und Unterlassen vorgenommen werden sollte, da sich in der Behandlungssituation immer zwei Behandlungspflichten gegenüberstehen. Dennoch erkennen sie einen Unterschied der Entscheidungssituationen an, indem sie dem/der Arzt/Ärztin bei einer evident besseren Überlebenschance des/der neuen Patienten/in die Möglichkeit einräumen wollen, seine/ihre Entscheidung zu revidieren, um die knappen medizinischen Ressourcen sinnvoll einsetzen zu können. *Jäger*¹¹ hingegen differenziert die Arten und Weisen unserer Handlungen nicht nur in die Möglichkeit einer Handlungs- oder Unterlassenpflicht, sondern erweitert sie um die Rettungspflicht. Er plädiert dann dafür, dass

auf diese ebenfalls die Pflichtenkollision anzuwenden wäre und der/die Arzt/Ärztin somit auch im Fall der ex-post-Triage gerechtfertigt handeln kann. Aber auch die Anwendung der Pflichtenkollision und die Beurteilung, nach welchen Kriterien die Gleichwertigkeit der Pflichten erfolgen kann/darf, wird in dem Kontext der Triage grundsätzlich hinterfragt. Unter anderem stellt *Schumann* in ihrem Beitrag die Frage, welche Folge es hat, wenn der/die Arzt/Ärztin in seiner/ihrer Auswahlentscheidung gegen die „Tabu-Kriterien“ der Fachgesellschaften verstößt.¹² Auch *Hoven* zweifelt an den diskutierten Kriterien, die zu einer Gleichwertigkeit bzw. Ungleichwertigkeit führen sollen, da diese bei Vorliegen eines Grenzfalles ebenfalls versagen würden.¹³

In diesem Kommentar sollen jedoch nicht die einzelnen Lösungsansätze bewertet werden. Vielmehr soll es darum gehen, aufzuzeigen, weshalb das Bedürfnis nach einer strafrechtlichen Lösung besteht. Denn auch wenn keine Einigkeit über den Weg besteht – die Autoren/innen haben fast alle gemein, dass sie nach einer dogmatischen Lösung zugunsten des/der Arztes/Ärztin suchen.

Die Aufforderung an den Gesetzgeber – mit der *Schumann* ihren Beitrag abschließt –, dieser habe die moralische Pflicht, gesetzliche Entscheidung über einen Triage-Algorithmus zu treffen,¹⁴ löst das Problem jedoch nicht. Denn dabei werden die weitreichenden Folgen verkannt: Sobald ein Gesetz geschaffen würde, gäbe es immer eine „richtige“ und eine „falsche“ Entscheidung. Ist das so einfach festzulegen? Wie *Schumann* selbst schreibt, handelt es sich hierbei um eine komplexe ethische Situation, in der der/die Arzt/Ärztin – unabhängig davon, ob ein Gesetz geschaffen würde oder nicht – immer der-/diejenige sein wird, der/die die Entscheidung treffen wird. Ihm/Ihr in diesem Kontext die zusätzliche Bürde einer möglichen Fehlentscheidung und somit einer Strafbarkeit aufzuerlegen, kann nicht die Lösung des Problems sein. Vielmehr sollte dem/der Arzt/Ärztin der Freiraum zur Entscheidung – nach seinem/ihrer medizinischen Wissen und Kenntnisstand weiterhin möglich sein. Wie *Jäger* zutreffend beschreibt, sollte die ärztliche Entscheidung dort ihre Grenze finden, wo sie der Einhaltung der medizinischen Standards eindeutig widerspricht.¹⁵

Auch wenn die Schaffung eines Gesetzes nicht die Lösung zu bieten vermag, fordert die Ärzteschaft – zu Recht – Rechtssicherheit in einer derart tragischen Dilemma-Situation. Gerade solche Extremfälle zeigen aber, dass das Strafrecht dogmatisch an seine Grenzen stößt und jedenfalls keine expliziten Lösungen bietet, die in der Gesellschaft auf sofortige Akzeptanz stoßen. Vielmehr sollte sich der dogmatische Denkansatz verändern: In dieser Situation führt die Distanzierung strafrechtlichen Denkens vom Konsequentialismus zu keinen befriedigenden Ergebnissen. Die Konsequenz der Handlung spielt eben auch eine Rolle, nicht zuletzt, um gesellschaft-

6 *Rönnau/Wegner*, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (406).

7 *Schumann*, HRN 2020, 10 (12).

8 *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (17.08.2020).

9 BGH NJW 2010, 2963 ff.

10 *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra 2020, 129 (136).

11 *Jäger/Gründel*, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Pandemie, ZIS 2020, 151 (156 f.).

12 *Schumann*, HRN 2020, 10 (13 f.).

13 *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (17.08.2020).

14 *Schumann*, HRN 2020, 10 (16).

15 *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (161).

liche Akzeptanz zu erreichen. Denn die Entscheidung allein ist nicht das Problem, sondern eben auch die Konsequenz der Entscheidung. Dass der/die Arzt/Ärztin eine Entscheidung zu Lasten eines/r der beiden Patienten/innen treffen muss, kann nicht verhindert werden. Es erscheint jedoch ungerecht, eine/n Arzt/Ärztin für sein/ihr Handeln zu bestrafen, der/die die möglichen Konsequenzen seiner/ihrer Handlung mit in seine/ihre Auswahlentscheidung einbezieht und sich aufgrund seines/ihrer Gewissens und medizinischer Kenntnisse für das entscheidet, was nach dem klassischen Strafrecht verboten ist. Gäbe es dann keine dogmatische Lösung, um dem/der Arzt/Ärztin eine Entscheidungsmöglichkeit einzuräumen, würde der/die Arzt/Ärztin strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, obwohl er/sie den Umstand der Ressourcenknappheit nicht zu verschulden hat. Ärzten/innen werden in ihren Handlungsmöglichkeiten beschränkt und handeln damit möglicherweise entgegen ihrer medizinischen Überzeugung – nur, weil sie ein Teil einer Struktur sind, auf die sie selbst keinen Einfluss haben. Ihnen wird die Last der Ressourcenknappheit – ungerechterweise – aufgebürdet.

Die Situation ist teilweise vergleichbar mit der Diskussion, inwiefern die Insassen/innen oder die Programmierer/innen eines autonomen Fahrzeuges strafrechtlich für die Entscheidung in einer Dilemma-Situation, in der ebenfalls zwischen Menschenleben eine Entscheidung getroffen werden muss, in die Verantwortung genommen werden können. Denn auch hier erscheint es nicht angemessen, die Insassen/innen verantwortlich zu machen, da diese keinen Einfluss auf die Entscheidung des autonomen System haben. Die Programmierer/innen wiederum entscheiden nicht über die konkrete Nutzung des Fahrzeugs, über die weiteren Lernprozesse, etc. Vor allem bei der Begründung einer strafrechtlichen Verantwortung geht es nicht nur darum, die Interessen Einzelner zu berücksichtigen. Bei der Anwendung des Strafrechts muss immer die gesamtgesellschaftliche Sozialmoral in Betracht gezogen werden.¹⁶ Unter Zugrundelegung dieses Gedankens könnte man sich die folgende Frage stellen: Wäre es ebenso schwierig, den/die Arzt/Ärztin strafrechtlich in Verantwortung zu nehmen, wenn er/sie selbst die Ressourcenknappheit zu verschulden hätte?

Die Debatten solcher ethischen Extremfälle lassen die Grenzen individueller Verantwortlichkeit erkennen. Gerade im Strafrecht scheint es schwierig, eine moralisch und ethisch gerechte Lösung der Verantwortungszuschreibung in Situationen, in denen es eigentlich um strukturelle Probleme geht, zu finden. Auch wenn dieser Punkt die strafrechtlichen Debatten erschwert, sollten wir nicht aufhören, um die individuelle Verantwortung zu ringen. Das kann heißen, sie dort zu beschränken, wo sie inadäquat erscheint, oder auch, nach den richtigen Adressaten innerhalb der Struktur zu suchen. Das heißt aber auch, neben den zweifellos spannenden strafrechtsdogmatischen Fragen rund um die Triage das grundlegende Problem nicht aus den Augen zu verlieren: Wir leben in einer Gesellschaft, die unserem Handeln immer mehr strukturell bedingte Grenzen setzt. Diese Strukturen lassen sich nicht ohne weiteres auflösen oder gar einem Einzelnen zuschreiben. Dennoch sind wir als Gesellschaft und auch in unserer Selbstwahrnehmung auf die Möglichkeit individueller Verantwortung angewiesen. Auch für dieses Dilemma müssen wir immer wieder neue Antworten finden, sowohl in unserer Eigenschaft als (Straf)Rechtswissenschaftler/innen als auch als Mitglieder/innen dieser Gesellschaft, die diese Strukturen immer wieder hinterfragen und kritisieren müssen.

¹⁶ Beck, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Hilgendorf (Hg.), *Autonome Systeme und Mobilität*, S. 117 (124).

Maximilian Wormit*

Entschädigungsansprüche für coronabedingte Betriebsuntersagungen

Springt der Staat ein?

Deutschland stemmt sich zurzeit gegen die zweite Infektionswelle. Die zur Bewältigung der pandemischen Ausbreitung des Corona-Virus hierzulande im Frühjahr 2020 flächendeckend herbeigeführte „Shutdown“-Phase erlebt dieser Tage eine Wiederkehr, wenngleich auch in abgeschwächter Form („Lockdown light“). Im Zuge der Folgenbewältigung dieses Zustandes ist es auch und gerade Aufgabe des Rechts, die Geschehnisse aufzuarbeiten und Antworten auf die sich stellenden Fragen zu liefern. Zu den drängendsten Fragen aus Sicht unzähliger Geschäftsleute, Ladenbesitzer/innen und Gastronomen/innen, die vom „Shutdown“ durch Untersagungen ihrer Betriebstätigkeit betroffen waren und (wieder) sind, zählt die Frage nach etwaigen Entschädigungspflichten des Staates. Vor diesem Hintergrund unternimmt es dieser Beitrag, die insoweit in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der Diskussion zu beleuchten.

I. Einleitung

In Reaktion auf die pandemische Ausbreitung des Corona-Virus (Sars-CoV-2) haben Bund, Länder und Kommunen im Frühjahr 2020 weitreichende Maßnahmen ergriffen, mit denen das öffentliche Leben in Deutschland in großen Teilen zum Erliegen kam (sog. „Shutdown“ oder „Lockdown“).¹ Neben der Beschränkung von Zusammenkünften und Ansammlungen im öffentlichen Raum zählte zum Repertoire der staatlichen Schutzmaßnahmen auch die Untersagung der Betriebstätigkeit von Gewerbebetrieben mit Publikumsverkehr einschließlich Einzelhandelsbetrieben, Fitness-Studios, Hotels, Cafés oder Restaurants.² Damit korrespondierte bei zahlreichen Gewerbetreibenden ein nahezu vollständiger Wegfall der Umsätze bei fortlaufenden Fixkosten (Miete, Lohnfortzahlung etc.). Mittlerweile häufen sich die Anzeichen, dass der deutschen Volkswirtschaft eine „Insolvenzwellen“ bevorsteht, die maßgeblich auf Untersagungen der Betriebstätigkeit im Zeitraum des „Shutdowns“ zurückzuführen ist.³ Unbeschadet diverser von der öffentlichen Hand aufgelegten Soforthilfeprogrammen – hingewiesen sei nur auf das sog. „50-Milliarden-Paket“ – stellt sich im juristischen Nachspiel der „Shutdown“-Phase für die betroffenen Geschäftsleute, Ladenbesitzer/innen und Gastro-

nomen/innen vordringlich die Frage, ob und inwieweit der Staat für die Folgen seiner Handlungen einzustehen hat. Denn wer zum (Infektions-)Schutz der Allgemeinheit mit seiner individuellen wirtschaftlichen Existenz bezahlt, darf zu Recht fragen, ob er von der Allgemeinheit – verkörpert durch den Staat – eine Entschädigung für das von ihm abverlangte Opfer beanspruchen kann.⁴

II. Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz

Ganz überwiegend wurden in der Phase des „Shutdowns“ die Betriebsuntersagungen von Gewerbebetrieben auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) angeordnet. Die Landesregierungen und Kommunen bedienten sich hierbei im Wesentlichen zweier Handlungsinstrumente: Gestützt auf § 28 I IfSG erließen viele Kommunen – gerade in der Anfangsphase der Pandemie – Verwaltungsakte in Gestalt von Allgemeinverfügungen (vgl. § 35 S. 2 VwVfG);⁵ zum anderen erließen viele Landesregierungen unter Inanspruchnahme der Ermächtigungsnorm des § 32 I IfSG Rechtsverordnungen (sog. Corona-Verordnungen).⁶ Ausgehend vom Grundsatz, dass Entschädigungen vorrangig aus dem speziellen Gesetz vor dem Rückgriff auf andere Rechtsgrundlagen herzuleiten und zu prüfen sind („lex specialis derogat legi generali“)⁷ drängt sich die Frage auf, ob das IfSG selbst etwaige Entschädigungsansprüche bereithält; und tatsächlich widmet sich das Gesetzeswerk den Entschädigungspflichten des Staates in einem gesonderten Abschnitt (§§ 54 – 68 IfSG).

Doch gelangt man bei näherer Betrachtung des Abschnitts schnell zu dem Befund, dass Wirtschaftsteilnehmern/innen dort nur in sehr spezifischen Fallkonstellationen Entschädigungsansprüche zugebilligt werden. Der insoweit einschlägige § 65 I IfSG begründet eine Einstandspflicht des Staates – genauer: desjenigen Bundeslandes, in dem der Schaden entstanden ist, vgl. § 66 I 2 IfSG – nur für solche Fälle, in denen auf der Grundlage von Maßnahmen nach §§ 16 und 17 IfSG „Gegenstände vernichtet, beschädigt oder in sonstiger Weise in ihrem Wert gemindert“ wurden oder „ein anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil“ verursacht wurde. Im Kontext des „Corona-Shutdowns“ dürfte es für die betroffenen Gewerbetreibenden unterdessen weniger um die Frage einer staatlichen Einstandspflicht für nach § 17 IfSG mit meldepflichtigen Krankheitserregern behafteten und deshalb vernichteten, beschädigten oder in ihrem Wert geminderten Ge-

* Der Autor ist Dr. iur. und Vertreter der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Technik- und Umweltrecht, an der Technischen Universität Bergakademie Freiberg.

1 Näher dazu Giesberts/Gayger/Weyand, COVID-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2020, 417 (418 ff.).

2 Vgl. insoweit den Überblick über die Maßnahmen bei Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumseingriff und Entschädigung, NVwZ 2020, 584 (584).

3 Siehe etwa Leipziger Volkszeitung vom 07.05.2020, Noch kein Anstieg bei Insolvenzen – Experten sicher: „Pleitewelle kommt verzögert“, <https://www.lvz.de/Nachrichten/Wirtschaft/Noch-kein-Anstieg-bei-Insolvenzen-Experten-sicher-Pleitewelle-kommt-verzoegert> (05.07.2020).

4 So explizit Kment, Düstere Aussichten: Keine Entschädigung für die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise, NVwZ 2020, 687 (687).

5 Hierzu instruktiv Schoch, Die Allgemeinverfügung, JURA 2012, 26 ff.

6 Vgl. Antweiler, NVwZ 2020, 584 (584).

7 Vgl. Rommelfanger, Entschädigung für Vermögensschäden aufgrund Betriebsbeschränkungen/-schließungen infolge Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, COVnR 2020, 178 (179).

genständen, als vielmehr um die Zentralfrage einer staatlichen Einstandspflicht für schließungsbedingt erlittene Ertragseinbußen gehen. Vor diesem Hintergrund erscheint es prima facie zumindest nicht ausgeschlossen, dass nach § 65 I IfSG solche Schadensposten unter dem Gesichtspunkt der Entschädigung des „nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteils“ staatlicherseits auszugleichen sind.

Dieser Annahme steht allerdings entgegen, dass § 65 I IfSG ausweislich seines klaren Wortlauts eine Entschädigungspflicht ausschließlich für solche Vermögensnachteile vorsieht, die infolge von auf die §§ 16 und 17 IfSG gestützten Maßnahmen verursacht wurden. Bei diesen Maßnahmen nach §§ 16 und 17 IfSG handelt es sich um Anordnungen, die zur Verhütung übertragbarer Krankheiten, nicht dagegen zu deren Bekämpfung staatlicherseits ausgesprochen wurden. Insoweit unterscheidet das IfSG systematisch zwischen Maßnahmen zur Verhütung und solchen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten. Die im Zuge der Corona-Pandemie getroffenen Maßnahmen fielen unterdessen in einen Zeitraum, in dem bereits zahlreiche Erkrankungen und erste Todesfälle in Deutschland aufgetreten waren.⁸ Auch die Anordnungen von Betriebsuntersagungen zielten daher nicht im Sinne von „Vorfeldmaßnahmen“ auf die Verhütung einer drohenden Pandemie, sondern waren vielmehr auf die Bekämpfung des bereits eingetretenen Pandemie-Falls angelegt.⁹ Folglich rekurrieren die einschlägigen Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen nicht auf die §§ 16 und 17 IfSG, sondern benennen die §§ 24 ff. IfSG als Ermächtigungsnormen.¹⁰ Für eine unmittelbare Anwendbarkeit der Entschädigungsregelung des § 65 I IfSG auf die hier interessierenden Entschädigungsansprüche dürfte daher bereits aus diesem Grunde kein Raum bestehen.¹¹

Dieser Befund verfestigt sich, wenn man davon ausgeht, dass die in § 65 I IfSG angesprochene Schadensvariante der „nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteile“ lediglich als Auffangtatbestand für die zuvor genannten Schadensvarianten (Beschädigung, Vernichtung oder Wertminderung von Gegenständen) fungiert; in Konsequenz dessen sollen die „nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteile“ nur solche Einbußen erfassen, die gegenstandsfixiert sind und über die in § 65 I IfSG erstgenannten Schadenstatbestände hinausgehen.¹²

Zur Überwindung der sich im Hinblick auf die infektionsschutzrechtliche Entschädigungsklausel ergebenden „Anwendbarkeitshürden“ werden im juristischen Schrifttum indes verschiedene Ansatzpunkte diskutiert. Diese reichen von einer extensiven Auslegung des Tatbestandes des § 65 I IfSG¹³ über eine analoge Anwendung des § 65 I IfSG¹⁴ bis hin zu einer ana-

logischen Anwendung der (primär auf quarantänebedingte Tätigkeitsverbote zugeschnittenen) Vorschrift des § 56 I IfSG auch auf Betriebsuntersagungen.¹⁵

III. Entschädigungen nach anderen Rechtsgrundlagen

Wie soeben aufgezeigt, billigt das IfSG Wirtschaftsteilnehmern/innen nur in sehr speziellen Fallkonstellationen Entschädigungsansprüche zu. Ohne die Anwendung eines juristischen „Kunstgriffs“ – sei es in Gestalt einer Analogie oder in Form einer weitherzigen Auslegung des § 56 I IfSG – werden die infolge von behördlichen Betriebsuntersagungen erlittenen Ertragseinbußen jedenfalls nicht vom (derzeit geltenden) Entschädigungsregime des IfSG erfasst. In Anbetracht dessen werden in der aktuellen Diskussion Überlegungen zur Indienstnahme anderer, außerhalb des IfSG verorteter Entschädigungsregelungen angestellt. Hierbei handelt es sich namentlich um die im Folgenden erörterten Entschädigungsregelungen des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts sowie um überkommene staatshaftungsrechtliche Institute.

1. Keine Sperrwirkung des Infektionsschutzgesetzes

Der Rückgriff auf nicht genuin infektionsschutzrechtliche Entschädigungsregelungen ist zunächst an die Voraussetzung geknüpft, dass das IfSG die Entschädigungspflichten des Staates im Kontext von zur Infektionsverhütung und -bekämpfung getroffenen Maßnahmen nicht abschließend – d.h. insbesondere nicht mit Sperrwirkung für andere Entschädigungsregelungen – normiert.¹⁶ Gegen die Annahme einer solchen Sperrwirkung spricht allerdings schon die Gesetzeshistorie des IfSG; bereits dessen Vorgängergesetz (BSeuchG)¹⁷ – enthielt ebenso wie das IfSG einen eigenen Abschnitt zur „Entschädigung in besonderen Fällen“. In der Gesetzesbegründung zu diesem Abschnitt heißt es unzweideutig: „Die Entschädigungsvorschriften des Siebenten Abschnitts stellen keine ausschließliche Regelung dar. Wie sich schon aus der Überschrift dieses Abschnitts ergibt, sind in ihm nur die wichtigsten der nach dem Gesetz in Betracht kommenden Entschädigungsfälle geregelt, ohne daß damit die Entschädigungspflicht in anderen Fällen, soweit eine solche auf Grund anderweitiger Rechtsvorschriften oder auf Grund Gewohnheitsrechts besteht, ausgeschlossen sein soll.“¹⁸ Da die Entschädigungsregelungen des IfSG – wie vorerwähnt – konzeptionell den einschlägigen Bestimmungen des BSeuchG nachempfunden sind, beanspruchen diese Ausführungen des (historischen) Gesetzgebers auch weiterhin Geltung. Dementsprechend entfalten die Entschädigungsregelungen des IfSG (einschließlich seines § 56 I) keine Sperrwirkung für nicht genuin infektionsschutzrechtliche Entschädigungsregelungen.¹⁹

⁸ Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 29.

⁹ So auch Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (583). Dazu kritisch Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (179).

¹⁰ Vgl. Antweiler, NVwZ 2020, 584 (584).

¹¹ So auch Schmitz/Neubert: Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 666 (670).

¹² Vgl. m.w.N. Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417 (420).

¹³ So Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (179 f.).

¹⁴ So Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 17 Rn. 30 ff.

¹⁵ So Dörrenbächer, Folgewirkungen der extensiven Auslegung des IfSG für Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden – Zur Notwendigkeit eines entschädigungsrechtlichen Erst-Recht-Schlusses, JuWissBlog Nr. 55/2020 vom 09.04.2020, <https://www.juwiss.de/55-2020/> (20.06.2020).

¹⁶ Vgl. Schoch, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 1007; Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 59.

¹⁷ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen vom 18.07.1961, BGBl. 1961 I, 1012.

¹⁸ BT-Drucks. 3/1888, 27.

¹⁹ So auch Engels, Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht,

2. Entschädigungen nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht

Regelt nach dem Vorstehenden das IfSG etwaige Entschädigungsansprüche nicht abschließend, kommt diesbezüglich zunächst ein Rückgriff auf den Normbestand des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder in Betracht. Insoweit vermitteln die jeweiligen Landesgesetze zugunsten des/der sog. Nichtstörers/in einen Entschädigungsanspruch, soweit diesem/r infolge seiner/ihrer (rechtmäßigen²⁰) Inanspruchnahme auf der Basis des Polizei- und Ordnungsrechts ein Schaden entstanden ist.²¹ Der Geltungsgrund ebendieser Entschädigungsklauseln wurzelt im Gedanken, dass der/die Nichtstörer/in – als ein für die Gefahrensituation nicht verantwortliche/r Unbeteiligte/r – ein Sonderopfer für die Allgemeinheit erbracht hat, für das er/sie zu entschädigen ist.²² Demnach kann beispielsweise nach Maßgabe des § 52 I 1 SächsPolG ein/e Nichtstörer/in, gegenüber dem/der die sächsische Polizei eine Gefahrenabwehrmaßnahme getroffen hat, eine angemessene Entschädigung für den ihm/ihr durch die Maßnahme entstandenen Schaden verlangen.

Stellt man in Rechnung, dass auch die angeordneten Betriebsuntersagungen dem Grunde nach in die Kategorie „Gefahrenabwehrmaßnahmen“ fallen – immerhin ging es um die Bekämpfung der vom neuartigen Corona-Virus ausgehenden Gefahren – und die Gewerbetreibenden nicht Träger/innen des Virus waren, sich mithin als Nichtstörer/innen charakterisieren lassen, spricht zunächst einiges dafür, dass die entsprechenden Entschädigungstatbestände der Länder als Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung von erlittenen Ertragsseinbußen ins Feld geführt werden können.

Jedoch herrscht bereits Uneinigkeit darüber, ob solche, dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht entstammenden Entschädigungsregelungen überhaupt „aktivierbar“ sind, wenn Maßnahmen des besonderen Gefahrenabwehrrechts in Rede stehen;²³ die Einschätzung, sämtliche Maßnahmen der Ordnungsbehörden seien vom Geltungsbereich des polizeilichen Entschädigungsrechts erfasst – so wird insbesondere eingewandt – fände im Gesetz keine normative Stütze.²⁴ In der Konsequenz dieser Rechtsauffassung liegt es, dass für die Anwendbarkeit der Entschädigungsregelungen der jeweiligen Länder im Kontext von Maßnahmen der Infektionsbekämpfung einschließlich der Betriebsuntersagungen von vornherein kein

Raum bestünde, da die Betriebsuntersagungen üblicherweise nicht auf der Grundlage der jeweiligen Landespolizeigesetze, sondern auf Grundlage der §§ 24 ff. IfSG ergingen.²⁵

Bejaht man demgegenüber die Anwendbarkeit der Entschädigungsklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts auch bei Maßnahmen, die ihre Ermächtigungsgrundlagen in den Bestimmungen des IfSG finden, so muss weiterhin danach differenziert werden, ob die in Rede stehende Betriebsuntersagung auf der Grundlage einer nach § 32 I IfSG von der jeweiligen Landesregierung erlassenen Rechtsverordnung oder im Wege eines auf § 28 I IfSG gestützten Verwaltungsaktes (typischerweise in Gestalt einer Allgemeinverfügung) ergangen ist. Im erstgenannten Fall greifen Entschädigungsansprüche nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts bereits deshalb nicht durch, weil die einschlägigen Entschädigungstatbestände in aller Regel ein Handeln der Polizei- und Ordnungsbehörden (und nicht das der jeweiligen Landesregierung) voraussetzen.²⁶ Soweit hingegen Betriebsuntersagungen in Form von Verwaltungsakten ausgesprochen wurden, erscheint der Rückgriff auf die jeweiligen Entschädigungsregelungen für Gewerbetreibende denkbar, da nach Maßgabe der jeweiligen Zuständigkeitsbestimmungen der Länder jedenfalls teilweise die Ordnungsbehörden zum Vollzug des IfSG berufen sind.²⁷

3. Entschädigungen aus enteignendem Eingriff oder enteignungsähnlichem Eingriff

Gelangt man zum Ergebnis, dass im Zusammenhang mit pandemiebedingten Betriebsuntersagungen weder die Entschädigungsregelung des § 65 I IfSG (ggf. in Analogie) anwendbar ist, noch die Entschädigungsklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder greifen, schließt sich hieran die Frage an, ob eine Einstandspflicht des Staates unter dem Gesichtspunkt eines enteignenden Eingriffs oder enteignungsähnlichen Eingriffs in Betracht kommt. Beide Rechtsinstitute sind das Ergebnis eines richterrechtlichen Schöpfungsprozesses und finden ihre Rechtsgrundlagen im allgemeinen Aufopferungsgedanken, wie er in den §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 seinen positivrechtlichen Niederschlag gefunden hat.²⁸

a) Enteignender Eingriff

Der Entschädigungsanspruch aus enteignendem Eingriff bezieht sich nach herkömmlichem Rechtsverständnis auf ein an sich rechtmäßiges Staatshandeln, das zwar nicht gezielt, aber als unbeabsichtigte Nebenfolge unmittelbar auf eine durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition einwirkt und im konkreten Fall zu – meist atypischen und unvorhergesehenen –

DÖV 2014, 464 (465); Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417 (420); Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (181 f.); Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 63.

²⁰ Vgl. Schoch, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 1006.

²¹ Siehe insoweit: § 59 I Nr. 1 ASOGBlN; § 38 Ia BbgOBG i.V.m. § 70 BbgPolG; § 56 I 1 BremPolG; § 64 I 1 HSOG; § 80 I 1 NdsSOG; § 39 Ia OBG NRW u. § 67 NRWPolG; § 68 I 1 PolG Rh-Pfalz; § 68 I 1 PolG Saarl; § 69 I 1 LSA SOG; § 68 I 2 PAG TH, § 52 OBG TH; § 52 I 1 SächsPolG; § 55 I 1 BwPolG; § 10 I 3 HambSOG; § 221 I ShLVwG; Art. 70 I BayPAG; § 72 I MVSOG.

²² Siehe nur Sydow, Entschädigungsansprüche im Polizei- und Ordnungsrecht, JURA 2007, 7 (8 f.)

²³ Ablehnend jüngst LG Heilbronn COVuR 2020, 142 (Rn. 21).

²⁴ Siehe insoweit m.w.N. Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 65.

²⁵ Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 65.

²⁶ Vgl. Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 67.

²⁷ Vgl. m.w.N. Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 68.

²⁸ Grundlegend BGH NJW 1984, 1876 (1877): „Aufopferungsgedanken in seiner richterrechtlich geprägten Ausformung“; siehe allg. dazu auch Kemmler, Ersatzansprüche wegen Beeinträchtigungen des Eigentums, JA 2005, 156 (158).

Nebenfolgen und Nachteilen führt, die der/die Betroffene aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss, obwohl sie die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreiten.²⁹

Vor dem Hintergrund, dass mit den angeordneten Betriebsuntersagungen insbesondere in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – und damit in eine durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition³⁰ – der betroffenen Gewerbetreibenden staatlicherseits (unmittelbar) eingegriffen wurde sowie bei unterstellter Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Betriebsuntersagungen, konzentriert sich der aktuelle juristische Diskurs um das Bestehen von staatlichen Ausgleichspflichten aus enteignendem Eingriff auf die folgende (Streit-)Frage: Erbrachten die betroffenen Gewerbetreibenden mit der Untersagung ihrer publikumsverkehrsbezogenen Betriebstätigkeit ein die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreitendes Sonderopfer? Denn der/die Einzelne kann von der Allgemeinheit – repräsentiert durch den Staat – nur Ersatz für solche Nachteile verlangen, die unzumutbar sind, für ihn/sie also eine besondere Belastung (also ein Sonderopfer) darstellen; für den/die Einzelne/n müssen die Folgen des Staatshandelns nach Dauer, Art und Intensität und Auswirkung so erheblich sein, dass sie ihm/ihr ohne Entschädigung nicht zuzumuten sind.³¹ Für die Beantwortung dieser Frage ist letztlich maßgeblich, wo die Grenze dessen liegt, was eine Gemeinschaft, die ihre verfassungsmäßige Ordnung in einem sozialen Rechtsstaat gefunden hat, dem/der Einzelnen entschädigungslos zumuten kann und will.³²

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ließe sich gegen die Qualifizierung einer pandemiebedingten Betriebsuntersagung als ein von dem/der einzelnen Gewerbetreibenden erbrachtes „Sonderopfer“ einerseits einwenden, dass von den Untersagungen eine sehr große Anzahl von Unternehmen jeder Größenordnung und aus den unterschiedlichsten Branchen betroffen war.³³ Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die betroffenen Betriebe über Wochen keine Umsätze generieren konnten und nach Verbrauch ihres Eigenkapitals stattdessen Angestellte in die Kurzarbeit oder gänzlich entlassen bzw. Insolvenz anmelden mussten;³⁴ ob sich die betroffenen Gewerbebetriebe damit allerdings in einer „Sonderopfersituation“ befanden, ist zweifelhaft. Überzeugend erscheint deshalb eine vermittelnde Ansicht, wonach zumindest diejenige Gruppe von Gewerbetreibenden, deren Geschäftstätigkeit wegen ihrer unbedingten Angewiesenheit auf den Publikumsverkehr aufgrund der Betriebsuntersagungen vollständig zum Erliegen kam (die Betriebsuntersagung also quasi einem Tätigkeitsverbot gleichkam), ein Sonderopfer erbracht haben soll.³⁵

b) Enteignungsgleicher Eingriff

Der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt – ebenso wie der Entschädigungsanspruch aus enteignendem Eingriff – voraus, dass durch staatliches Handeln in eine durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition unmittelbar eingegriffen und dem/der Betroffenen dadurch ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt wird.³⁶ Im Gegensatz zum enteignenden Eingriff wird bei einem enteignungsgleichen Eingriff allerdings die Beeinträchtigung einer durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition nicht in rechtmäßiger, sondern in rechtswidriger Weise herbeigeführt. Aus diesem Umstand folgt zugleich, dass dem/der Einzelnen durch den Eingriff ein „Sonderopfer“ auferlegt wird; mit anderen Worten indiziert also die Rechtswidrigkeit der staatlichen Maßnahme das vom Einzelnen erbrachte „Sonderopfer“.³⁷

Unterstellt man vor diesem Hintergrund im Einzelfall die Rechtswidrigkeit von einzelnen Betriebsuntersagungen – weil diese etwa hinter den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zurückgeblieben sind³⁸ – liegt es aus Sicht der betroffenen Gewerbetreibenden nahe, Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff gegenüber dem Staat geltend zu machen. Anders als beim enteignenden Eingriff greift bei Entschädigungsansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff allerdings regelmäßig der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes. Danach kann ein solcher Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn es dem/der Betroffenen nicht zuzumuten war, Primärrechtsschutz mithilfe verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe zu erreichen und insofern kein Verstoß gegen die Obliegenheit anzunehmen ist, sich selbst vor Schäden zu bewahren.³⁹

4. Schadensersatz aus Amtshaftung

Schließlich sind solche Ansprüche in den Blick zu nehmen, die den betroffenen Gewerbetreibenden möglicherweise aus den Grundsätzen der Amtshaftung gem. § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG erwachsen. Voraussetzung des Anspruchs ist die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht durch eine/n Beamte/n im haftungsrechtlichen Sinne.⁴⁰ Keine durchgreifenden Zweifel ergeben sich zunächst im Hinblick auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Handeln eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne“, sind die auf das IfSG gestützten Betriebsuntersagungen doch von Amtswaltern/innen der jeweiligen Behörden in Ausübung ihres öffentlichen Amtes angeordnet worden.⁴¹ Was die weitere Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung einer Amtspflicht anbelangt, so ist vom Vorliegen einer solchen im hiesigen Kontext jedenfalls in Fallgestaltungen auszugehen, in denen sich eine in Form einer Allgemeinverfü-

²⁹ BGH NJW 2013, 1736 (1736, Rn. 7).

³⁰ Vgl. BGH NJW 1981, 2000 (2002).

³¹ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 23.

³² BGH NJW 2013, 1736 (1736, Rn. 8).

³³ So etwa *Kluth*, Legal Tribune Online (LTO) vom 16.04.2020, Können Betriebe jetzt Entschädigung verlangen?, https://www.lto.de/persistent/a_id/41322/ (20.06.2020).

³⁴ So *Rommelfanger*, COVuR 2020, 178 (181).

³⁵ *Winter/Thürk*, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 76.

³⁶ BGH NJW 2019, 227 (229, Rn. 23).

³⁷ Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 7 ff.

³⁸ Vgl. hierzu *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (580 f.).

³⁹ BGH NJW 1984, 1169 (1172).

⁴⁰ Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 3 ff.

⁴¹ So auch *Winter/Thürk*, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 92.

gung⁴² erlassene Betriebsuntersagung beispielsweise aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit als rechtswidrig erweist. Denn Anknüpfungspunkt einer Amtspflichtverletzung ist insbesondere die aus Art. 20 III GG folgende Pflicht zum rechtmäßigem Handeln einschließlich der Pflicht, keine rechtswidrigen Verwaltungsakte zu erlassen.⁴³

Zur Bejahung der Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht müsste diese fernerhin gerade oder zumindest auch dem Schutz der Interessen des geschädigten Dritten bezwecken; dabei ist entscheidend, ob in qualifizierter und zugleich individualisierbaren Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.⁴⁴ Unter diesem Blickwinkel spricht einiges dafür, dass die Pflicht zum Erlass rechtmäßiger Betriebsuntersagungen auch den Schutz der Interessen der betroffenen Gewerbetreibenden zugutekommen soll, da es sich insbesondere um einen einigermaßen gut abgegrenzten und individualisierbaren Kreis von Adressaten/innen (Gewerbebetriebe mit Publikumsverkehr) handelt.⁴⁵

Bejaht man die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht, setzt ein Anspruch nach § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG tatbestandlich schließlich voraus, dass den handelnden Beamten/innen der Schuldvorwurf im Sinne einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Herbeiführung einer Amtspflichtverletzung trifft. Gegen die Annahme eines – im hiesigen Zusammenhang allein in Betracht kommenden – Fahrlässigkeitsvorwurfs spricht allerdings schon folgendes: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann dem/der handelnden Beamten/in kein Verschuldensvorwurf in Bezug auf eine Amtspflichtverletzung gemacht werden, wenn diese/r in einer objektiv zweifelhaften Rechtsfrage nach sorgfältiger Prüfung zu einer vertretbaren Rechtsauffassung gelangt, selbst wenn diese später von den Gerichten missbilligt wird.⁴⁶ Insoweit ist im hiesigen Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Beamten/innen während der „Shutdown“-Phase unter hohem Zeitdruck und auf unsicherer Tatsachenbasis handelten;⁴⁷ administrative oder judikative „Blaupausen“ zur Handhabung vergleichbarer Gefahren existierten schlichtweg nicht. Hinzu kommt, dass zumindest im Rahmen einstweiliger Rechtsschutzverfahren die während der „Shutdown“-Phase angeordneten Betriebsuntersagungen einer gerichtlichen Nachprüfung standhielten.⁴⁸ In diesem Lichte erscheint die Annahme, die angeordneten Betriebsuntersagungen hätten auf einer nicht vertretbaren Rechtsauffassung der handelnden Beamten/innen beruht, als eher fernliegend.

⁴² Soweit die Betriebsschließungsmaßnahme hingegen in Form einer Rechtsverordnung i.S.d. § 32 I IfSG erlassen wurde, dürften Amtshaftungsansprüche im Hinblick auf den Grundsatz „keine Haftung für legislatives Unrecht“ von vornherein ausscheiden, vgl. insoweit Siegel, NVwZ 2020, 577 (583).

⁴³ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 10.

⁴⁴ BGH NVwZ 2010, 467 (468, Rn. 14.)

⁴⁵ So im Ergebnis auch Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 100.

⁴⁶ Siehe nur BGH NJW 1996, 2422 (2423).

⁴⁷ Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 104.

⁴⁸ Siehe etwa jüngst OVG Lüneburg BeckRS 2020, 10749; vgl. auch BVerfG COVuR 2020, 202 (202 f., Rn. 12 f.)

IV. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Frage zur staatlichen Einstandspflicht im Kontext pandemiebedingter Betriebsuntersagungen alles andere als klar beantworten lässt. In der Gesamtschau bietet zwar eine ganze Reihe kodifizierter sowie richterrechtlich ausgeformter Anspruchsgrundlagen mögliche Ansatzpunkte für die Begründung einer staatlichen Entschädigungspflicht. Um zur gewünschten Rechtsfolge „Entschädigung“ zu gelangen, verlangen die in Betracht kommenden Regelungen und Haftungsinstitute allerdings einen enormen juristischen Begründungsaufwand; häufig ist bereits ihre Anwendbarkeit auf die hier interessierende Sachverhaltskonstellation zweifelhaft.

Eingedenk des Befundes, dass sich in der Rechtsprechung die Tendenz abzeichnet, die während der „Shutdown-Phase“ angeordneten Betriebsuntersagungen als rechtmäßig einzustufen, dürfte in der weiteren Diskussion um eine staatliche Einstandspflicht jedenfalls insbesondere die Frage eine große Rolle spielen, ob die betroffenen Gewerbetreibenden mit der staatlich angeordneten Einstellung ihrer publikumsverkehrsbezogenen Betriebstätigkeit ein individuelles „Sonderopfer“ erbracht haben, da bejahendenfalls zumindest der Weg für eine Entschädigung aus enteignendem Eingriff geebnet wäre.

Ungeachtet dessen erscheint die Unternehmung legislativer Schritte zur Herstellung von Rechtsklarheit de lege ferenda wünschenswert. Ein gangbarer Weg läge etwa – den Gedanken des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Hans-Jürgen Papier, aufgreifend – in der Verankerung von Ausgleichsregelungen im Infektionsschutzgesetz, um Gewerbetreibende für die mit einer pandemiebedingten Betriebsuntersagung verbundenen „ausgleichspflichtigen Sozialbindungen“ zu entschädigen.⁴⁹

⁴⁹ Papier, in: Janisch/Richter, „Selbst in Kriegszeiten werden die Grundrechte nicht angetastet“, SZ.de vom 01.04.2020, <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-grundrechte-freiheit-verfassungsgericht-hans-juergen-papier-1.4864792?reduced=true> (05.07.2020); so auch die Einschätzung von Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (180).

Martin Scheffel-Kain*

Pandemiebekämpfung vs. Massenarbeitslosigkeit

Denkanstöße für eine situationsgerechte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in die Berufsfreiheit

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage nach den Auswirkungen von Arbeitslosigkeit, die durch die COVID-19-Pandemie bedingten Einschränkungen der Berufsfreiheit entstehen können. Nach einer juristischen Einordnung der Einschränkbarkeit des Art. 12 GG, konzentriert sich der Aufsatz auf die ökonomischen und – im Schwerpunkt – auf die psychosozialen Folgen von Arbeitslosigkeit. Letzteres geschieht maßgeblich anhand der Marienthal-Studie aus dem Jahre 1933. Anschließend werden die Erkenntnisse in den heutigen Kontext, Deutschland im Jahre 2020, eingeordnet. Im Fazit wird schließlich nochmals die wesentliche Bedeutung der Berücksichtigung der dargestellten – insbesondere der psychosozialen – Folgen von Arbeitslosigkeit in der Verhältnismäßigkeitsprüfung hervorgehoben.

I. Deutschland im Frühjahr 2020: Ein Land im Homeoffice oder in Kurzarbeit

Von Hygienevorschriften am Arbeitsplatz bis hin zum vollständigen „Lockdown“ – die COVID-19-Pandemie zwingt die staatlichen Akteure/innen zu nie dagewesenen Grundrechtseingriffen. Welche davon gerechtfertigt sind oder Grundrechte verletzen, werden in naher Zukunft Gerichte entscheiden. Aktuell schwebt das drohende Damoklesschwert der Arbeitslosigkeit nicht nur über den jüngst rund 10,66 Millionen¹ potentiell von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer/innen in Deutschland, sondern auch über einigen, die sich gerade noch im Homeoffice befinden, deren Arbeitgeber/innen aber unter den wirtschaftlichen Einbußen leiden.

Anlass genug, sich näher mit einer der negativsten Folgen der Einschränkung der Berufsfreiheit auseinanderzusetzen: Wenn aus einem Eingriff mittelbar ein Zustand der Arbeitslosigkeit wird. Was macht Arbeitslosigkeit mit der Gesellschaft und dem Individuum? Eine Antwort auf diese Fragen versucht dieser Beitrag zu geben. Ziel ist nicht die Kritik an den getroffenen Maßnahmen zur Eindämmung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Einzelne Maßnahmen und deren Verhältnismäßigkeit sind daher ausdrücklich nicht Gegenstand dieses Beitrags. Die Maßnahmen in der Summe sind vielmehr Gedankenanstoß, um die Berufsfreiheit bzw. die Folgen ihrer Einschränkung näher zu betrachten. Ziel ist es, grundsätzliche Anhaltspunkte zur Bemessung der Intensität von berufsregelnden Eingriffen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu benennen.

* Der Autor ist Bachelor of Arts (B.A.) Arbeitsmarktmanagement, ehemaliger Fachexperte der Regionaldirektion Hessen der Bundesagentur für Arbeit und Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

¹ Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt im Juni 2020, <https://www.arbeitsagentur.de/presse/2020-34-der-arbeitsmarkt-im-juni-2020> (23.07.2020).

II. Einschränkbarkeit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG

Was schützt die Berufsfreiheit? Art. 12 I 1 GG besagt im Wortlaut: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.“ Damit schützt das Grundgesetz in sachlicher Hinsicht das Recht, den Beruf frei zu wählen und auszuüben. Unter „Beruf“ ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.² Der Berufsbegriff ist dabei aufgrund der „[...] fortschreitenden technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Entwicklung prinzipiell [als] offener Begriff zu verstehen“.³ Eine besondere Ausprägung des Schutzes der Berufsfreiheit stellt die Unternehmensfreiheit dar.⁴ Als subjektives Abwehrrecht der Bürger/innen schützt die Berufsfreiheit diese vor hoheitlichen Eingriffen.⁵ Dieser Schutz wird allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet; so lässt sich aus Art. 12 I 2 GG ableiten, dass die Berufsfreiheit als „einheitliches Grundrecht“⁶ durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden kann und hierdurch einschränkbar ist. Grundlage für Einschränkungen können demnach auch Rechtsverordnungen sein.⁷

1. Eingriff in die Berufsfreiheit

Eine Rechtfertigungslast trifft den Staat überhaupt nur, wenn er in die Berufsfreiheit eingreift. Entsprechend dem modernen Eingriffsbegriff ist ein solcher jede der öffentlichen Gewalt zurechenbare Maßnahme, die ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechtes fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.⁸

Dieses extensive Verständnis wird durch das Erfordernis einer berufsregelnden Tendenz modifiziert: Zur Bejahung eines Eingriffes muss ein unmittelbarer Berufsbezug oder zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz vorliegen. Hat die staatliche Maßnahme die berufliche Betätigung unmittelbar zum Gegenstand, liegt ein unmittelbarer Berufsbezug vor.⁹ Fehlt es hieran, wirkt sich die Maßnahme aber mittelbar auf die Berufstätigkeit aus, ist eine objektiv berufsregelnde Tendenz festzustellen.

² BVerfGE 7, 377 (397 ff.)

³ Mann, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 43.

⁴ Vgl. Manssen, in: Huber/Voßkuhle, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Abs. 1 Rn. 69.

⁵ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); BVerfGE 16, 214 (219); BVerfGE 50, 290 (362); Ruffert, in: BeckOK GG, Art. 12 GG Rn. 17, Stand: 15.05.2020.

⁶ Vgl. Kims, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, JuS 2001, 664 (664).

⁷ Vgl. Schneider, § 113 Berufsfreiheit, in: Merten/Papier, Das Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, S. 147, Rn. 86.

⁸ Vgl. Kingreen/Poscher, Grundrechte, 34. Aufl. 2018, Rn. 294.

⁹ Vgl. Epping, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rn. 399.

2. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit

Im Zentrum der Rechtfertigung der Maßnahme steht die Frage der Verhältnismäßigkeit. Im Kontext der Berufsfreiheit ist an dieser Stelle an die vom Bundesverfassungsgericht hierfür entwickelte sog. Drei-Stufen-Theorie¹⁰ zu denken. Die Eingriffe in die Berufsfreiheit aufgrund der COVID-19-Pandemie werden sich in der Regel auf der ersten Stufe, der Berufsausübung, abspielen. Je nach Regelungsgegenstand und Bundesland, wird die gegenwärtige Eingriffsintensivität innerhalb dieser Stufe sehr hoch sein. Exemplarisch hierfür sind die zeitweise Untersagung des Betriebs von Gaststätten,¹¹ die Öffnungsverbote für Verkaufsstellen im Einzelhandel¹² sowie der Ausschluss des Publikumsverkehrs für Kultureinrichtungen und Fitnessstudios.¹³ Indem einige der Maßnahmen für die Unternehmer/innen existenzbedrohend sind und Betroffene sich diesen nicht entziehen konnten, weist die eine oder andere – zumindest vorübergehend – durchaus eine Tendenz zur objektiven Berufswahlregelung auf. Zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsausübung genügen vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls.¹⁴ Dies ist im Kontext einer Pandemie zum Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 II 1 GG) oder auch der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Gesundheitsversorgung als legitimen Zweck durchaus plausibel anzunehmen. Allerdings sollten die Konsequenzen, welche die Einschränkungen der Berufsfreiheit mittelbar mit sich bringen können, nicht unterschätzt werden.

III. Einschränkung im Kontext (drohender) Arbeitslosigkeit

Die Einschränkung der Berufsfreiheit bedeutet zunächst einmal das, was sie ist: Die Einschränkung eines vom Grundgesetz garantierten Grundrechts. Im Fall der Berufsfreiheit wird ein Recht eingeschränkt, das, wie die vom BVerfG entwickelte Berufsdefinition schon sagt, zur Schaffung einer Lebenserhaltungsgrundlage dient.¹⁵

Je nach Einschränkung sind die Konsequenzen mehr oder weniger stark im Einzelfall zu spüren: Sie können von einer einfachen Beschneidung der Handlungsmöglichkeiten bis hin zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. Gerade mit letzterem sehen sich einige der von den Einschränkungen im Kontext der COVID-19-Pandemie Betroffenen gegenwärtig konfrontiert.

Dies ist nicht nur soziologisch relevant, sondern gleichsam juristisch bedeutsam: So verlangt die Haltung des Grundgesetzes als objektive Wertordnung die effektive Realisierung der Grundrechte.¹⁶ Beruht also die Arbeitslosigkeit auf einem staatlichen Eingriff, so nachvollziehbar und unterstützenswert dieser auch sein mag, sind die Konsequenzen für das Indivi-

duum keinesfalls aus den Augen zu verlieren. Vielmehr sind sie auf jeden Fall bei der Frage nach der Erforderlichkeit einer Maßnahme, spätestens aber in der Angemessenheit unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität des belasteten Rechtsguts zu beachten und entsprechend zu würdigen. So können im Rahmen der Angemessenheit neben dem unmittelbaren Nutzen für den Staat und dem unmittelbaren Schaden für den Bürger durchaus auch mittelbare Auswirkungen maßgeblich sein.¹⁷

Im Folgenden sollen daher jene Folgen näher betrachtet werden, die der Verlust des Arbeitsplatzes für die Gesellschaft, vor allem aber auch für das Individuum im Einzelfall bedeuten kann.

1. Folgen von (Massen-)Arbeitslosigkeit für die Gesellschaft und das Individuum

Auf den Verlust des Arbeitsplatzes oder der durch Insolvenz erzwungenen Aufgabe einer Selbstständigkeit folgt die Arbeitslosigkeit. Je nach Arbeitsmarktsituation kann Arbeitslosigkeit als Einzelschicksal oder Massenphänomen unterschiedlich intensiv empfunden werden. Dennoch ist sie – gerade in einer von Arbeit geprägten Gesellschaft – ein einschneidender Zustand, was sich vor allem durch die damit einhergehenden ökonomischen wie auch psychosozialen Folgen erklären lässt.

a) Ökonomische Folgen

Die gegenwärtige Situation zeigt, was für ökonomische Folgen bereits die Vermeidung von Arbeitslosigkeit mit sich bringt. Die Vermeidung von Entlassungen führt in den Unternehmen in der Regel zu einem Rückgang der Stundenproduktivität,¹⁸ sowie einer schwindenden Einstellungsbereitschaft, die sich bereits jetzt in der drastisch sinkenden Zahl der offenen Stellen und einem Anstieg der Kurzarbeit zeigt. So wurden im Juni 2020 im Vergleich zum Vorjahr 227.000 Stellen weniger und im März und April 2020 rund 10,66 Millionen Arbeitnehmer/innen von Betrieben als potenziell von Kurzarbeit betroffen gemeldet. Außerdem ist die Arbeitslosenzahl im Vergleich zum Vorjahr um 637.000 auf nun 2,85 Mio. Personen (6,2 Prozent) gestiegen.¹⁹ Anja Bauer und Enzo Weber vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung stellten jüngst fest, dass je „Schließtag“ im „Lockdown“ aufgrund von COVID-19 mit 28.000 Arbeitslosen mehr zu rechnen sei.²⁰ Auf staatlicher Seite bedeutet dies einen Anstieg der Staatsausgaben und einen Rückgang der Staatseinnahmen. Konkret geht das Bundesministerium der Finanzen davon aus, dass dem Staat bis 2024 rund 315,9 Milliarden € weniger zur Verfügung stehen werden

¹⁰ BVerfGE 7, 377 ff.

¹¹ Vgl. CoronaVO Baden-Württemberg vom 17. März 2020, § 5.

¹² Vgl. SARS-CoV-2-EindmaßnV Berlin vom 17. März 2020, § 3a.

¹³ Vgl. Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Coronavirus in Hamburg 15. März 2020, Ziffer 5.

¹⁴ Vgl. Ruffert, in BeckOK GG, Art. 12 GG Rn. 94, Stand: 15.05.2020.

¹⁵ Vgl. Mann/Worthmann, Berufsfreiheit (Art. 12 GG), JuS 2013, 385 (387).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 III Rn. 20.

¹⁷ Vgl. Merten, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier, Das Handbuch der Grundrechte, Band III, 2010, S. 557, Rn. 72.

¹⁸ Vgl. Koch/Krug/Stops, Zur Bedeutung von öffentlicher Arbeitsvermittlung und Beratung in der Arbeitsmarktkrise, Sozialer Fortschritt 11/ 2009, 241 (247).

¹⁹ Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt im Juni 2020, <https://www.arbeitsagentur.de/presse/2020-34-der-arbeitsmarkt-im-juni-2020> (23.07.2020).

²⁰ Vgl. Bauer/Weber, Wie sich die Maßnahmen zur Corona-Eindämmung auf den Arbeitsmarkt ausgewirkt haben, <https://makronom.de/wie-sich-die-massnahmen-zur-corona-eindaemmung-auf-den-arbeitsmarkt-ausgewirkt-haben-35773> (13.05.2020).

als bislang geplant.²¹ Die sozio-ökonomischen Folgen mögen für die Verhältnismäßigkeit des Einzelfalls zunächst von geringer Relevanz erscheinen, dabei zeigt jedoch erst ihre Gesamtheit die Dimension der geschaffenen „Anzahl von Einzelfällen“ auf.

Neben jenen gesamtgesellschaftlichen Kosten bedeutet Arbeitslosigkeit auch finanzielle Einbußen für den Einzelnen. Das Arbeitslosengeld beträgt 60 (bzw. mit Kindern 67) Prozent des letzten Netto-Entgelts und wird in der Regel für ein Jahr gewährt, vgl. §§ 147 ff. SGB III. Zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums besteht nach dem Auslaufen des Arbeitslosengeldes, bei weiterer Hilfebedürftigkeit i.S.d. § 9 SGB II, ein Anspruch auf Grundsicherung. Diese setzt sich aus dem Regelbedarf (aktuell 432 €) und einem gedeckelten Bedarf für Unterkunft und Heizung zusammen.²²

Über die finanzielle Unterstützung hinausgehend, nimmt die Arbeitsförderung durch Beratung und Vermittlung – besonders in Krisenzeiten – eine entscheidende Rolle zur Bewältigung der Situation ein.²³ So soll sie laut § 1 I 1 SGB II „[...] dem Entstehen von Arbeitslosigkeit entgegenwirken, die Dauer der Arbeitslosigkeit verkürzen und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt unterstützen. Dabei ist insbesondere durch die Verbesserung der individuellen Beschäftigungsfähigkeit Langzeitarbeitslosigkeit zu vermeiden.“ Gelingt mit ihrer Hilfe die Integration in den Arbeitsmarkt, bedeutet dies nicht, dass die zurückliegende Arbeitslosigkeit keine nachhaltigen Folgen hinterlässt: Ein Arbeitsplatzverlust zieht in den meisten Fällen auch einen Verdienstverlust in der nächsten Beschäftigung mit sich. Die Lohnneinbußen hängen bei späterer Wiederbeschäftigung deutlich mit der Größe des entlassenden Betriebs zusammen – aus größeren Betrieben entlassene Arbeitnehmer/innen müssen deutlich größere Lohnneinbußen hinnehmen als jene aus kleineren Betrieben.²⁴

b) Psychosoziale Folgen

Neben diesen ökonomischen Konsequenzen soll sich dieser Beitrag primär den psychosozialen Folgen widmen. Anhaltspunkte hierfür liefert die von *Marie Jahoda, Paul F. Lazarsfeld* und *Hans Zeisel* durchgeführte Marienthal-Studie aus dem Jahre 1933. Untersucht wurden die Wirkungen langanhaltender Arbeitslosigkeit. Forschungsobjekt der Feldstudie war das niederösterreichische Marienthal (in der Nähe von Wien), dessen Hauptarbeitgeber – eine Textilfabrik – aufgrund der Weltwirtschaftskrise 1930 geschlossen wurde, was zur Mas-

senarbeitslosigkeit führte. Die Erkenntnisse der 87 Jahre alten Studie sind für die Arbeitsmarkt- und Sozialforschung nach wie vor von großer Bedeutung.²⁵

aa) Haltungstypen

Aus dem Pool der befragten Marienthaler/innen leiteten die Forscher/innen vier Handlungstypen von arbeitslosen Familien ab:²⁶ Die größte Gruppe bildeten mit 48 Prozent die „Resignierten“, die zwar ihre Kinder und den Haushalt nicht vernachlässigten, aber eine gleichmütige und erwartungslose Grundhaltung zum Leben pflegten. Auf sie folgten die energie- und hoffnungslosen „Apathischen“ (25 Prozent), die ihren geordneten Hausstand aufgaben und deren Leben von Betteln, Streit, Stehlen und einer großen Planlosigkeit geprägt wurde. Die drittgrößte Gruppe bildeten die im Leben weiterhin aktiven „Ungebrochenen“. Diese legten eine große Sorgfalt in der Haushaltsführung an den Tag, unternahmen regelmäßige Anläufe zur Arbeitsbeschaffung und blickten hoffnungsvoll in die Zukunft (16 Prozent). Mit 11 Prozent stellten die „Verzweifelten“ die kleinste Gruppe zum Zeitpunkt der Erhebung dar. Trotz einer niedergeschlagenen Mischung aus Verzweiflung, Hoffnungslosigkeit und Depressionen, schafften sie es, ihren Haushalt aufrecht zu erhalten und sich um ihre Kinder zu kümmern. Dennoch unternahmen sie keine Versuche zur Verbesserung ihrer Lebenssituation.²⁷

bb) Rückzug aus dem Gesellschaftlichen

Zuvor vorhandene Lebenslust und Engagement wandelten sich in ein Desinteresse an der Außenwelt und einem Anstieg von gegenseitigen Anschwärmungen wegen unangemeldeter Gelegenheitsarbeit. Marienthal wandelte sich, wie von den Forscher/innen beschrieben, zu einer müden Gesellschaft. Der lokale Park verwilderte und der Kindergarten musste mangels finanzieller Mittel der Eltern geschlossen werden. Vor der Arbeitslosigkeit trat die Bevölkerung von Marienthal in Vereine primär aufgrund ihrer (politischen) Gesinnung bei, diese Ausrichtung änderte sich mit der Arbeitslosigkeit rapide. So verzeichneten lediglich Vereine, die materielle Vorteile mit sich brachten, weiterhin einen Mitgliederanstieg, wohingegen sich alle anderen mit einem Mitgliederschwund konfrontiert sahen.²⁸

cc) Zeitempfinden

Die durch die Arbeitslosigkeit gewonnene (Frei-)Zeit entwickelte sich zu einem „tragischen Geschenk“.²⁹ Entgegen dem

²¹ Vgl. dpa-Meldung vom 14.05.2020, zitiert in: tagesschau.de vom 14.05.2020, Es fehlen 81 Milliarden Euro, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/coronavirus-steuern-101.html> (14.05.2020).

²² Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Arbeitslosengeld II/Sozialgeld, <https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsmarkt/Grundsicherung/Leistungen-zur-Sicherung-des-Lebensunterhalts/2-teaser-artikelseite-arbeitslosengeld-2-sozialgeld.html> (15.05.2020).

²³ Vgl. Koch/Krug/Stops, Zur Bedeutung von öffentlicher Arbeitsvermittlung und Beratung in der Arbeitsmarktkrise, Sozialer Fortschritt 11/ 2009, 241 (247).

²⁴ Vgl. Fackler/Müller/Stegmaier, Folgen v. Arbeitsplatzverlusten, Wirtschaft im Wandel 2018, S. 59 ff.

²⁵ Vgl. Weber, Ein Klassiker mit aktuellem Bezug „Die Arbeitslosen von Marienthal“, Aus der Wissenschaft für die Politik, <https://blogs.uni-due.de/wissenschaft-politik/2014/04/23/ein-klassiker-mit-aktuellem-bezug-die-arbeitslosen-von-marienthal/> (20.06.2020).

²⁶ In diesem Zusammenhang auch interessant: Die meisten der Marienthaler/innen durchliefen im Laufe der Zeit die Stadien der „Ungebrochenen“, über die „Resignierten“ und „Verzweifelten“ hin zu den „Apathischen“, vgl. Jahoda/Lazarsfeld/Zeisel, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl. 2018, S. 73 ff.

²⁷ Vgl. Jahoda/Lazarsfeld/Zeisel, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl. 2018, S. 64 ff.

²⁸ Vgl. Jahoda/Lazarsfeld/Zeisel, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl. 2018, S. 55 ff.

²⁹ Vgl. Jahoda/Lazarsfeld/Zeisel, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl.

durchaus naheliegenden Schluss, die Zeit zur Selbstverwirklichung und Weiterbildung zu nutzen, beherrschte Nichtstunden Alltag der Dorfbewohner/innen. So hielten die Forscher/innen fest: „Der Arbeitslose ist einfach nicht mehr imstande, über alles, was er im Laufe des Tages getan hat, Rechenschaft zu geben.“³⁰ Sonn- und Feiertage verloren ihre Bedeutung. Einzige Orientierungspunkte blieben die täglich noch vorhandenen sinnerfüllten Handlungen, wie die Kinder und (falls vorhanden) Tiere zu versorgen. Die Arbeiterzeitung wurde weniger gelesen und die Ausleihzahlen der Bibliothek gingen drastisch zurück. Tägliche Erledigungen wurden mit der Zeit immer mehr zur Last und die Laufgeschwindigkeit immer langsamer. Dabei stellte das Forscher/innenteam allerdings einen geschlechterspezifischen Umgang mit der gewonnenen Zeit fest: Während das „Auf-die-Straße-Gehen“ für die Männer vor allem ein Mittel zum Zeittotschlagen bedeutete, nutzten die Frauen – weiterhin mit Haushalt und Kindern beschäftigt – sie, um Besorgungen zu erledigen. Den allgemeinen Lebensrhythmus gab die 14-tägige Auszahlung der Arbeitslosenhilfe vor.³¹

dd) Widerstandskraft

Arbeitslosigkeit zeigte sich auch im Gesundheitszustand der Kinder: Bei Kindern von Eltern in Arbeitslosigkeit war die Gesundheit deutlich schlechter als bei jenen mit Eltern in Arbeit.³²

Je mehr Leute arbeitslos wurden, desto mehr verlor die Dorfgemeinschaft insgesamt ihre Berufs- und Arbeitstradition – Arbeitslosigkeit entwickelte sich zu einem eigenen Stand. Auch die Ehen blieben davon nicht unberührt: Während sich die Beziehungen von Eheleuten, die sich zuvor eher vernachlässigten, tendenziell verbesserten, lässt sich insgesamt dennoch feststellen, dass die Ehen unter der neuen Situation litten.

Die Erkenntnisse der Marienthal-Studie stammen aus einer Zeit, in der sich die Gesellschaft wesentlich von der heutigen unterschied. Sie lassen sich daher nicht uneingeschränkt auf das Jahr 2020 übertragen. So stößt beispielsweise die Erkenntnis der einheitlichen Entwertung der Alltagszeit („tragisches Geschenk“) auf Kritik. Demnach könne Arbeitslosigkeit bei manchen Personen durchaus von der Zukunfts- hin zur Gegenwartsorientierung führen, wobei letztere von dem Gefühl der Zukunftslosigkeit flankiert wird; gleichwohl bleibe bei anderen Personen die Zeitperspektive trotz Arbeitsplatzverlustes unverändert.³³ Bei genauerer Betrachtung steht diese Erkenntnis allerdings nicht im Widerspruch zur Marienthal-Studie, die 16 Prozent der Arbeitslosen weiterhin als „Ungebrochene“ mit festem Zeitempfinden identifiziert.³⁴ Allerdings wird

deutlich, wie wichtig es ist, trotz scheinbar „gleichem Schicksal“ weiter zu differenzieren. So zeigen jüngere Erkenntnisse, dass „Zeitempfinden“ bei Menschen in einer ähnlichen Lebenssituation dennoch wesentlich u.a. von deren sozialen Einbindung, individuellen Zielen und Rollen abhängt.³⁵ In diesem Kontext ebenfalls interessant, aber auch nicht überraschend ist der Umstand, dass Arbeitslose neueren Erkenntnissen zufolge länger schlafen, mehr Zeit vor dem Fernseher verbringen und ihren Konsum spürbar einschränken.³⁶ Zudem stellt das Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung fest: Je länger die Arbeitslosigkeit dauert, desto mehr gehen berufsspezifische Fertigkeiten und Kenntnisse verloren,³⁷ was in einer – im Vergleich zur Zeit der Marienthal-Studie – hochspezialisierten und arbeitsteiligen Gesellschaft zusätzlich an Bedeutung gewinnt. Dennoch ist die Marienthal-Studie „ein Klassiker der soziologischen Literatur mit aktuellem Bezug“.³⁸ Mit ihrer Fragestellung zu den sozialen Auswirkungen kollektiver Arbeitslosigkeit³⁹ und den daraus gewonnen Erkenntnissen ist sie für die heutige Arbeitslosenforschung „legendär“.⁴⁰ Neben dem Grundstein, den die Studie für die Methoden der empirischen Sozialforschung gelegt hat,⁴¹ bestätigen auch heutige Erkenntnisse ferner, dass sich durch Arbeitslosigkeit die Lebenszufriedenheit deutlich senkt und auf die (psychische) Gesundheit aller Altersgruppen auswirkt.⁴²

2. Eine Gesellschaft im Paradigmenwechsel

Wie sieht die heutige Gesellschaft aus, auf die diese Erkenntnisse der Marienthal-Studie angewendet werden sollen, um so die Folgen von Arbeitslosigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie besser einschätzen zu können? Eine mögliche Antwort liefert der Soziologe *Andreas Reckwitz*. Mit einer Reihe von Essays zeichnet er ein nüchternes, aber bei genauerer Betrachtung sehr schlüssiges Bild der „Vor-Corona-Gesellschaft“: Er sieht die deutsche Gesellschaft seit dem Jahr 2010 in einer grundsätzlichen politischen Krise.⁴³ Diese betreffe allerdings nicht nur die Bundesrepublik Deutschland allein, sondern die

und zeitpolitische Perspektiven, http://www.zeitpolitik.de/pdfs/vortrag_rogge.pdf (21.06.2020).

³⁵ Rogge/Kuhnert/Kastner, Zeitstruktur, Zeitverwendung und psychisches Wohlbefinden in der Langzeitarbeitslosigkeit, *Psychozial* 109/2007, 85 (85 ff.).

³⁶ Vgl. Rogge, http://www.zeitpolitik.de/pdfs/vortrag_rogge.pdf (21.06.2020).

³⁷ Vgl. *Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung*, Langzeitarbeitslose aus Sicht der Betriebe: Fit genug für den Arbeitsmarkt?, *IAB-Forum* 1/2016, 18 (19).

³⁸ Weber, <https://blogs.uni-due.de/wissenschaft-politik/2014/04/23/ein-klassiker-mit-aktuellem-bezug-die-arbeitslosen-von-marienthal/> (20.06.2020).

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Vgl. *Siedenbiedel*, Arbeitslosigkeit zerstört das Leben, *faz.net* vom 13.01.2015, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftswissen/die-weltverbesserer/jahoda-und-lazarsfeld-arbeitslosigkeit-zerstoert-das-leben-13363444.html> (13.05.2020).

⁴¹ Weber, <https://blogs.uni-due.de/wissenschaft-politik/2014/04/23/ein-klassiker-mit-aktuellem-bezug-die-arbeitslosen-von-marienthal/> (20.06.2020).

⁴² Vgl. *Hetschko/Küfner/Stephan*, Arbeitslosigkeit und Wohlbefinden, <https://www.iab-forum.de/arbeitslosigkeit-und-wohlbefinden-interdisziplinare-tagung-des-iab-eroeffnet-neue-einblicke> (14.05.2020).

⁴³ *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen – Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, 4. Aufl. 2020, S. 239 ff.

2018, S. 83.

³⁰ Vgl. *Jahoda/Lazarsfeld/Zeisel*, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl. 2018, S. 85.

³¹ Vgl. *Jahoda/Lazarsfeld/Zeisel*, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl. 2018, S. 83 ff.

³² Vgl. *Jahoda, Lazarsfeld, Zeisel*, Die Arbeitslosen von Marienthal, 26. Aufl. 2018, S. 97.

³³ Vgl. *Heinemann*, Arbeitslosigkeit und Zeitbewusstsein, *Soziale Welt* 33/1982, 87 (87 ff.).

³⁴ Vgl. *Rogge*, Zeit und Arbeitslosigkeit. Differenzielle Arbeitslosenforschung

„westlichen Gesellschaften“ insgesamt.⁴⁴ Hinter dieser Krise stecke ein Paradigmenwechsel vom apertistischen („öffnenden“) Liberalismus zu einem einbettenden Liberalismus. Als Paradigma versteht sich eine übergeordnete Problemlösungsidee, die über einige Jahrzehnte den politischen Diskurs und das Regierungshandeln prägt. Mit dem Erfolg – sobald die Probleme der jeweiligen Zeit gelöst sind – macht sich dieses überflüssig und schafft neue Probleme. Als Beispiel nennt *Reckwitz* die Problemlösung der „sozialen Frage“ nach dem Zweiten Weltkrieg, die zu einem überregulierten Wohlfahrtsstaat geführt habe. Dieses Paradigma sei durch jenes des deregulierenden („neoliberalen“) Staates, den Errungenschaften der Gleichberechtigung der Geschlechter und Integration von Minderheiten, abgelöst worden. Dieses habe wiederum beispielsweise die Vernachlässigung der Infrastruktur mit sich gebracht, die u.a. die gegenwärtige Krise auslöste. Die „gegenwärtige Krise“ äußere sich in einer Zunahme sozialer, nicht ausschließlich materieller, Ungleichheit, die sich vor allem in fehlender sozialer Anerkennung bestimmter – meist niedrigqualifizierter – Gruppen zeige.⁴⁵ Die Entwertung sei auf die Transformation von der industriellen zur postindustriellen Ökonomie hin zu einer Wissensökonomie zurückzuführen. Diese teile die Gesellschaft abstrakt in die „kosmopolitisch Hochqualifizierten“ und die „niedrigqualifizierte Service Class“. Während erstere dank des ausgebauten Bildungssystems als „Gewinner“ der Transformation herausgingen, würde letzteren suggeriert, für ihren entwerteten Status mangels entsprechender Bildung eigenverantwortlich zu sein. Diese Spaltung und die aus dem Paradigmenwechsel resultierende Krise artikuliere sich aktuell durch Antiestablishment-Bewegungen und einen Populismus, der eine antiliberaler Demokratie als „alternatives“ Modell zur gegenwärtig liberalen Demokratie anbiete. Die Alternative bestünde in einem Verzicht auf die Moderation zwischen den Interessen einer pluralistischen Gesellschaft und der Durchsetzung einer vermeintlich unmittelbaren und ungebrochenen Politik des einen Volkswillens durch nationale Regulierung und nationaler Abschottung.

Wohin dieser Paradigmenwechsel führt und inwiefern sich die – mit der aktuellen COVID-19-Pandemie ausgelöste – Arbeitslosigkeit samt ihrer Folgen auf die gesellschaftlichen Strukturen auswirken werden, ist offen. Wird eine Massenarbeitslosigkeit – sofern sie nicht vermieden werden kann – als „gesellschaftliches Schicksal“ oder doch als „Einzelschicksal“ wahrgenommen? Gegenwärtig erscheinen zwei Varianten möglich: Als gemeinsam empfundenes Schicksal kann „Corona“ gesamtgesellschaftlich integrierend wirken. Aktionen wie nachbarschaftliches Einkaufen für Risikogruppen oder auch Spendenaktionen durch finanzstarke Konzerne lassen sich durchaus als Indizien für diese Richtung vortragen. Andererseits können die mit dem Paradigmenwechsel einhergehenden Symptome der desillusionierten Gesellschaft und des Populismus – je nach Haltungstyp und Dauer der Arbeitslosigkeit – weiter gestärkt werden. Für diese Variante sprechen die Er-

kenntnisse der Marienthal-Studie, insbesondere im Kontext der Haltungstypen sowie des Rückzugs aus dem Gesellschaftlichen als Folge der Arbeitslosigkeit. Die Auswirkungen lassen sich nicht seriös vorhersagen, sondern lediglich erahnen. Letztlich unterliegen sie damit der Einschätzungsprärogative.

IV. Fazit: Einfluss auf die Verhältnismäßigkeit

Je nach Arbeitsmarktsituation kann Arbeitslosigkeit als Einzelschicksal oder Massenphänomen unterschiedlich intensive Einschnitte in den Lebenszustand bringen. Indem er mögliche Folgen der Arbeitslosigkeit als Konsequenz von Einschränkungen der Berufsfreiheit aufführt, soll dieser Aufsatz einen Beitrag für eine ausgewogene Abwägung grundrechtlicher Interessen der Berufsfreiheit liefern. Anhand der Arbeitslosigkeit wird jedenfalls beispielhaft deutlich, wie bedeutsam eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter ausführlicher Berücksichtigung der Eingriffsintensität in das belastete Rechtsgut ist. So kann Arbeitslosigkeit neben erkennbaren und weitreichenden ökonomischen Folgen vor allem noch tiefergehende und meist erst auf den zweiten Blick sichtbare psychosoziale Folgen mit sich ziehen. Lassen sich die ökonomischen Folgen noch anhand einfacher staatlich-finanzieller Unterstützung kompensieren, bedarf es bei Letzterem weitaus mehr. Abgesehen von der Frage, wie genau dieses „Mehr“ auszusehen hat, lässt sich jedenfalls feststellen, dass die Behebung der psychosozialen Folgen aufgrund ihrer Komplexität das Potenzial haben, den Einzelnen als auch die Gesellschaft längerfristig zu beeinträchtigen. Gerade deshalb sollten diese Folgen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vernachlässigt werden, sondern eine wesentliche Rolle spielen.

⁴⁴ *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen – Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, 4. Aufl. 2020, S. 9.

⁴⁵ *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen – Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, 4. Aufl. 2020, S. 293 ff.

Lars Hummel*

„Steuerliche Maßnahmen zur Berücksichtigung der Auswirkungen des Coronavirus“

Zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 19.03.2020 – IV A 3 – S 0336/19/10007:002

Gegenstand der folgenden Überlegungen sind einige seitens des Bundesministeriums der Finanzen auf steuerlichem Terrain ergriffenen Maßnahmen, mit denen es auf die Auswirkungen der Coronavirus-Pandemie zu reagieren sucht. Im Mittelpunkt soll dabei die Frage ihrer rechtlichen Belastbarkeit stehen. Zuvor gilt es allerdings, eine Einordnung im weiteren Kontext vorzunehmen.

Prolog

„Jetzt muss ich Ihnen ganz ehrlich sagen: Es ist schön, wenn man so eine [Rechts-]Grundlage hat. Aber im Moment geht mir der Gesundheitsschutz der Bevölkerung über alles. Es gibt auch Notsituationen, wo ein Staat, selbst wenn so ein Artikel nicht vorhanden wäre, handeln müsste.“¹

Gravierende grundrechtsbeschränkende Wirkungen aktueller staatlicher Maßnahmen

Die staatlichen Maßnahmen im Zuge der Bewältigung der Coronavirus-Pandemie sind hinsichtlich ihrer grundrechtsbeschränkenden Wirkungen von einer Intensität, wie sie vor Kurzem kaum jemand für möglich oder zumindest realistisch gehalten hätte, ja wie sie seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes noch nie in Erscheinung traten. In deren Folge dürften zahlreiche Bürgerinnen und Bürger sowie zahlreiche Unternehmen um ihre wirtschaftliche Grundlage gebracht und befolgend der Insolvenz überantwortet werden. „Es droht eine ‚Bereinigung‘ fundamentalen Ausmaßes, die nicht nur ‚Märkte‘ betrifft, sondern die Koordinaten der freiheitlichen Grundordnung unserer Gesellschaft.“² Dies wird der Staat – nicht zuletzt um seiner eigenen Legitimität willen – nicht sehenden Auges schlichtweg hinnehmen können, wird vielmehr unverzüglich abwehrende bzw. ausgleichende Schritte einzuleiten haben, zumal er kraft Art. 20 I, Art. 28 I 1 GG der Sozialstaatlichkeit verpflichtet ist und die letzte, unmittelbare Ursache jener Folgen selbst gesetzt hat. Richtet man den Blick zudem auf die Kapazitäten des Gesundheitswesens,³ hat der Staat sogar

auch eine der ersten Ursachen selbst gesetzt, indem er (nicht nur) insoweit vom Budget her, nicht hingegen – wie es der Perspektive des Art. 104a I GG entspricht – von der Aufgabe her dachte.

Hier gilt es nun, eines der Mittel, in denen besagte Schritte ihren Ausdruck finden, kritisch zu beleuchten, was schon in Betracht des bekannten Umstandes angezeigt erscheint, dass es nicht a priori durch den Zweck geheiligt wird.

Ausgewählte Aussagen des BMF-Schreibens

Das in den Blick zu nehmende Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 19.03.2020⁴ bezieht sich auf Stundungs- und Vollstreckungsmaßnahmen sowie die Anpassung von Vorauszahlungen für Steuern, die von den Landesfinanzbehörden im Auftrag des Bundes verwaltet werden (vgl. Art. 108 II 1, III 1 GG i.V.m. Art. 106 I, III GG). Darin findet sich unter anderem festgehalten, dass bei bestimmten Steuerpflichtigen, denen durch das Coronavirus beträchtliche wirtschaftliche Schäden entstanden sind oder noch entstehen werden, bis zum Ende des Jahres auf die Erhebung von Stundungszinsen in der Regel verzichtet werden könne (dortige Tz. 1). Weiter wird verfügt, dass in Fällen entsprechend betroffener Vollstreckungsschuldner von Vollstreckungsmaßnahmen bei allen rückständigen oder bis zum Ende des Jahres fällig werdenden Steuern abgesehen werden solle und die im Zeitraum ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Schreibens bis zum Ende des Jahres verwirkten Säumniszuschläge zu erlassen seien; dabei könne der Erlass durch Allgemeinverfügung geregelt werden (dortige Tz. 3).

Ob diese Maßnahmen tatsächlich zielführend sind, soll an dieser Stelle nicht Gegenstand des Interesses sein. Das Augenmerk ist vielmehr auf deren rechtsgrundsätzliche Belastbarkeit zu richten.

Gesetzlicher Maßstab und Anlegung desselben

Für die Dauer einer – gemäß § 222 AO – gewährten Stundung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis werden nach Anordnung des § 234 I 1 AO Zinsen erhoben. Dabei erlaubt § 234 II AO, auf die Zinsen ganz oder teilweise zu verzichten, wenn ihre Erhebung nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre. Während das Gesetz hiernach prinzipiell die Erhebung von Stundungszinsen vorsieht und ausnahmsweise in entsprechend gelagerten Einzelfällen auf sie zu verzichten erlaubt, sucht das BMF-Schreiben dem umgekehrten Verhältnis den

* Der Autor ist Inhaber einer Juniorprofessur für Öffentliches Recht, Steuer- und Finanzrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Dieser Beitrag erschien zuerst am 14.04.2020 in dem Blog „Global Taxes“, <https://www.tax-legal-excellence.com/steuerliche-massnahmen-zur-beruecksichtigung-der-auswirkungen-des-coronavirus/>.

1 Seehofer, zitiert nach Bubrowski, „Schuldig macht sich nur, wer nicht handelt“, faz.net vom 15.03.2020, <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheits/coronavirus/seehofer-schuldig-macht-sich-nur-wer-nicht-handelt-16680764.html> (03.07.2020).

2 Hanfeld, Freiheitsrechte und Pandemie-Profitere, faz.net vom 25.03.2020, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/folgen-der-corona-krise-freiheitsrechte-und-pandemie-profitere-16694591.html> (03.07.2020).

3 Bemerkenswert in dieser Hinsicht BT-Drucks. 17/12051, passim.

4 BStBl. I 2020, 262.

Weg zu ebnen, indem es dazu anhält, auf Stundungszinsen „in der Regel“ zu verzichten.

Abgesehen davon, dass § 257 I Nr. 4 AO die Vollstreckung einzustellen oder zu beschränken verlangt, sobald die Leistung gestundet worden ist, erlaubt § 258 AO, die Vollstreckung einstweilen einzustellen oder zu beschränken oder eine Vollstreckungsmaßnahme aufzuheben, soweit sie im Einzelfall unbillig ist. Säumniszuschläge gestattet § 227 AO (i.V.m. § 37 I, § 3 IV Nr. 5, § 1 III AO) ganz oder zum Teil zu erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre. Daraus resultiert wiederum die Situation, dass das Gesetz die Einstellung respektive Beschränkung der Vollstreckung sowie den Erlass von Säumniszuschlägen als rechtfertigungsbedürftige Ausnahmekonstellation („im Einzelfall [...] unbillig“ bzw. „nach Lage des einzelnen Falls unbillig“) ansieht, während das BMF-Schreiben in gegenteiliger Richtung das Absehen von Vollstreckungsmaßnahmen sowie den Erlass von Säumniszuschlägen als Regelfall ausweist („soll [...] abgesehen werden“ bzw. „sind [...] zu erlassen“). Weiter genährt wird die Verselbständigung des BMF-Schreibens durch das Handlungsmittel, auf das es eigens verweist, nämlich die Allgemeinverfügung (vgl. § 118 Satz 2 AO), die sich von der Einzelfallperspektive gerade emanzipiert.

Sucht man das – man muss fast sagen: offensichtliche – Ergebnis der Gegenüberstellung des gesetzlichen Maßstabs und des BMF-Schreibens in einem Satz pointiert zu kennzeichnen, so ist festzuhalten, dass die Gesetzeslage und die Verwaltungsposition voneinander abweichen, mehr noch: dass Letztere die Erstere gewissermaßen von den Füßen auf den Kopf stellt. Die Billigkeit, der das Gesetz in den genannten Bestimmungen, also § 227, § 234 II sowie § 258 AO, zum Durchbruch verhelfen will, bezeichnet die individualisierende Gerechtigkeit, die Gerechtigkeit im Einzelfall.⁵ Sie bedeutet hingegen nicht Gerechtigkeit des Normenrechts und damit die Ersetzung eines (wenn vielleicht auch nur in der aktuellen Situation) als ungerecht empfundenen allgemeinen Gesetzes durch abstrakte, mithin über den Einzelfall (oder den gruppentypischen Sonderfall) hinausgreifende, Regelungen der Finanzverwaltung.

Rechtsgrundsätzliche Bewertung

Für Zwecke der rechtsgrundsätzlichen Bewertung darf der Autor frühere Ausführungen in einigen wesentlichen Zügen noch einmal in das Bewusstsein rufen:⁶

Die das Steuerrecht in besonderem Maße prägenden Verfassungsprinzipien der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung (vgl. Art. 20 III GG), die hier übrigens ihre äußerste Strenge erreicht,⁷ und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (vgl. Art. 3 I GG), denen § 85 AO noch einmal einfachgesetzlich Bekräftigung verleiht, bedingen akribische Grenzziehungen im Spannungsfeld zwischen der allgemeinen, schematisierenden ge-

setzlichen Regelung, dem *ius strictum*, auf der einen und den Ermächtigungen zur Vornahme von Billigkeitsmaßnahmen, dem *ius aequum*, auf der anderen Seite. Zur Wahrung des Zuständigkeitsbereichs des Gesetzgebers sind Billigkeitsmaßnahmen nur als den Wertungen der schematisierenden gesetzlichen Regelung untergeordnete Entscheidungen zulässig. So rechtfertigen vom Gesetzgeber in Anbetracht einer gesetzlichen Regelung bewusst in Kauf genommene Härten keine Billigkeitsmaßnahmen.⁸ Auch dienen Billigkeitsmaßnahmen weder dazu, eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Befreiungsvorschrift zu ersetzen,⁹ noch bieten sie eine Handhabe zur gesetzesunabhängigen Verfolgung wirtschafts-, sozial- oder kulturpolitischer Sachziele.¹⁰ Billigkeits- und politische Opportunitätsabwägungen sind auf verschiedenen Ebenen angesiedelt.¹¹ Nach einer Stellungnahme des BVerfG¹² ist nur dann „Befreiung von einer schematisierenden Belastung zu erteilen, wenn die Folgen extrem über das normale Maß hinaus-schießen, das der Schematisierung zugrunde liegt [...], oder anders ausgedrückt: wenn die Erhebung der Steuer im Einzelfall [sic!] Folgen mit sich bringt, die unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Planvorstellung durch den gebotenen Anlaß nicht mehr gerechtfertigt sind“. Grenzen sieht das Gericht dort erreicht, wo „Billigkeitsmaßnahmen [...] die einem gesetzlichen Steuertatbestand innewohnende Wertung des Gesetzgebers generell [sic!] durchbrechen oder korrigieren, [nicht] nur einem ungewollten Überhang des gesetzlichen Steuertatbestandes abhelfen [...]. Daraus folgt, daß mit verfassungsrechtlich gebotenen Billigkeitsmaßnahmen nicht die Geltung des ganzen Gesetzes unterlaufen werden kann. Wenn solche Maßnahmen ein derartiges Ausmaß erreichen müßten, daß sie die allgemeine Geltung des Gesetzes aufheben, wäre das Gesetz als solches verfassungswidrig.“

Aus der Perspektive dieser Differenzierung ist danach zu fragen, ob sich der sachgerecht agierende Gesetzgeber persönlich der Billigkeitsfrage annehmen müsste. Hiernach wird der Anwendungsraum der Billigkeitsmaßnahmen verlassen, wenn der Gesetzgeber selbst die für eine Vielzahl von Personen gleichermaßen auftretende Härte durch eine abstrahierende Regelung hätte beseitigen oder mildern können.¹³ Das trifft insbesondere dann zu, wenn die Finanzverwaltung sich vermittels abstrakt-generell gefasster Verwaltungsvorschriften ohne vorbehaltene Einzelfallbewertung auf die Ergreifung von Billigkeitsmaßnahmen in bestimmten Konstellationen festlegt. Denn gerade darin wird die Austauschbarkeit des Mittels offenbar, weshalb die Billigkeitsfrage auch und gerade durch eine allgemeine gesetzliche Regelung, die bekanntlich nicht der Finanzverwaltung obliegt, beantwortet werden könnte. Wollte man dies anders sehen, gewännen die Verwaltungsvorschriften eine verordnungsgleiche Wirkung, ohne dass die dann einschlägigen Merkmale des Art. 80 I GG erfüllt wären. Letzterer verdeutlicht, dass ein anderer Zugang zu der einzigen

⁵ Vgl. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 327.

⁶ Hummel, Allgemeines Gesetz und Einzelfallgerechtigkeit im kanonischen und im staatlichen Recht, 2015, S. 53 ff.

⁷ Vgl. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 125.

⁸ Vgl. BVerfG (K) NVwZ 1995, 989 (990).

⁹ Vgl. BFHE 76, 409 (414).

¹⁰ Vgl. BFH HFR 1963, 306 (308).

¹¹ Vgl. BFHE 94, 246 (249).

¹² BVerfGE 48, 102 (116).

¹³ Vgl. BFH HFR 1963, 306, Leitsatz 4.

Legitimationsquelle der parlamentarischen Demokratie nicht existiert.¹⁴

Abweichungen von Gesetz und Recht durch Regelungen, welche die Finanzverwaltung erzeugt, werden auch nicht etwa dadurch unbeachtlich, dass sie sich zugunsten der Steuerpflichtigen auswirken. Das Steuerrecht lebt nachgerade aus dem Diktum des Gesetzgebers;¹⁵ auch die Austeilung von Vergünstigungen bedarf einer gesetzlichen Grundlage.¹⁶ Als sie die Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen auf die – Billigkeitsmaßnahmen gestattenden – §§ 163, 227 AO stützen zu können glaubte, wurde die Finanzverwaltung vor nicht allzu langer Zeit mit Nachdruck, augenscheinlich aber ohne Nachhall durch den Großen Senat des BFH an die Zusammenhänge erinnert.¹⁷ Ihre Aufgabe besteht darin, die Vorgaben des Steuergesetzgebers in strikter Legalität umzusetzen und so Belastungsgleichheit zu gewährleisten, zumal der Pflicht des Schuldners zur gesetzmäßigen Steuerzahlung die Pflicht des Gläubigers zur gesetzmäßigen Steuererhebung entspricht.¹⁸

Konklusion

Das Vorstehende bedeutet nun nicht, dass Vergünstigungen nicht gewährt, dass abwehrende bzw. ausgleichende Schritte im

obigen Sinne zur Begleitung der einschneidenden staatlichen Maßnahmen im Zuge der Bewältigung der Coronavirus-Pandemie nicht eingeleitet werden könnten. Im Gegenteil – nur bedarf es des richtigen Mittels, nämlich des Parlamentsgesetzes, wie es in dem zuvor aufgeworfenen Beispiel der Sanierungsgewinne in Gestalt des § 3a EStG schließlich denn auch zum Einsatz gebracht wurde. Dieses Mittel des Parlamentsgesetzes erscheint auch unter den gegenwärtigen Bedingungen ohne nennenswerte Hindernisse erreichbar.

Epilog

Vorrang sowie Vorbehalt des Gesetzes und damit auch die Rechtsbindung der Verwaltung stellen keinen Luxus dar, den man sich allein bei gutem Wetter gönnt, sind vielmehr konstituierende, wohlbegründete Elemente der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. Sie sind nicht Störfaktoren, sondern Sicherungsmechanismen, die auch und gerade dann nicht überholt sind, wenn der Staat vor schwierigsten Aufgaben steht oder medienaffine Akteure ihren Freiheitsnegierungsfantasien freien Lauf lassen. Legitimation gründet sich in der demokratischen Verfassungsstaatlichkeit, die ihren Sinn daraus bezieht, dass die der staatlichen Herrschaftsordnung Unterworfenen zugleich (im Repräsentationswege) deren Schöpfer sind,¹⁹ auch in herausfordernden Situationen auf dem Parlamentsgesetz.

¹⁴ Vgl. *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 129.

¹⁵ *Bühler/Strickrodt*, Steuerrecht, Band I, 3. Aufl. 1960, S. 658.

¹⁶ Vgl. *Hummel*, Zur innerstaatlichen Bindungswirkung von auf Doppelbesteuerungsabkommen beruhenden Konsultationsvereinbarungen – Betrachtungen anlässlich der Ergänzung von § 2 AO durch das Jahressteuergesetz 2010, IStR 2011, 397 (399) m.w.N.

¹⁷ BFHE 255, 482 ff.

¹⁸ BVerfGE 84, 239 (271).

¹⁹ Vgl. *Dreier*, in: Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung: Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, 2004, S. 51 (55).

Torben Wassermann*

In der Krise zeigt der Föderalismus seine wahre Stärke

Sechs Argumente, die für die föderale Krisenbewältigung streiten

Dieser Beitrag fasst sich mit dem Föderalismus in Deutschland. Er untersucht unter Berücksichtigung der aktuellen Situation die Vorteile des Föderalismus als Organisationsprinzip des Staates. Er legt ein besonderes Augenmerk auf die Stellung der Kreise und der Landräte/innen als bedeutende Ebene der Krisenbewältigung.

Der Föderalismus steht in der aktuellen Situation wieder einmal in der Diskussion. Selbst im wohl wichtigsten Podcast der Republik „Das Coronavirus-Update“¹ mit *Christian Drost*

wurden Vor- und Nachteile des Föderalismus thematisiert. In der aktuellen Situation wirkt der Föderalismus oft negativ konnotiert. Dieser Beitrag möchte die Bewältigung der COVID-19-Pandemie aus föderaler bzw. bundesstaatlicher Perspektive betrachten. Dabei streiten mindestens sechs Aspekte für die föderale Krisenbewältigung.

1. Kritik an der Krisenbewältigung – gleich Kritik am Föderalismus?

Schlechte Ausstattung, Schlechte Reaktion, Kompetenzwarr – so lauten Einwände gegen die staatliche Pandemiebewältigung.² Doch trifft diese Kritik den Föderalismus oder

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

¹ *NDR Info*, Podcast „Das Coronavirus-Update mit Christian Drost“ vom 05.05.2020, Minute 01:30-02:40, <https://www.ndr.de/nachrichten/info/38-Geoeffnete-Schulen-bleiben-ein-Risiko,audio677468.html> (05.07.2020).

² Eine Darstellung der Kritikpunkte bei *Lehmann*, Die Stunde des

handelt es sich um ein Scheitern der Verwaltung?

Föderalismus ist das staatsrechtliche Konzept hinter dem Bundesstaatsprinzip des Grundgesetzes, Art. 20 I GG.³ Föderalismus bedeutet dabei Kompetenzteilung, nicht Parallelzuständigkeit mehrerer Behörden.⁴ Zugleich gehört zum Föderalismus auch das Zusammenwirken von Bund und Ländern.⁵ Ziel der staatsrechtlichen Überlegung ist ein funktionierendes Staatswesen, weshalb die Kooperation dem Föderalismus immanent ist.⁶ Deutliche Ausprägung erfährt dieses Prinzips in der Amts- und Rechtshilfe gem. Art. 35 I GG,⁷ sowie in den hierauf bezogenen einfachgesetzlichen Vorgaben (vgl. §§ 4 – 8 VwVfG).

Auch in der Pandemiesituation funktioniert die Kooperation. Das Robert Koch-Institut stellt beispielsweise den Gesundheitsämtern entsprechende Software zur schnellen Fallfassung zur Verfügung.⁸ Durch das Bundesverwaltungsamt wurden sogenannte „Containment Scouts“ eingestellt, die von den lokalen Gesundheitsämtern als personelle Unterstützung abgerufen werden können.⁹ Der Föderalismus ist mithin nicht die Ursache aktueller Probleme, vielmehr kann er Werkzeug für deren Bewältigung sein.

2. Der Landrat: demokratisch legitimiert und fachlich kompetent

Während etwa in Hamburg die Bewältigung der Corona-Pandemie durch den Senat per Rechtsverordnung erfolgt,¹⁰ kommt der Ebene der Landkreise in den Flächenstaaten eine herausragende Bedeutung zu. Die Landkreise und kreisfreien Städte sind Träger der Gesundheitsämter, die als zuständige Behörden im Sinne des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) die Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung durchführen (vgl. § 54 IfSG i.V.m. §§ 3 II, 10 GDG SH). Die Landkreise sind als Gemeindeverbände im Sinne des Art. 28 II 2 GG mit Selbstverwaltungskompetenz ausgestattet. Sie sind zugleich die untere Verwaltungsbehörde der Länder (vgl. § 1 AULBERG SH). Die Aufgaben nach dem IfSG nehmen die Kreise als übertragene Aufgabe zur Erledigung nach Weisung wahr (vgl. § 3 II S. 2 i.V.m. § 10 GDG SH). Der Landrat/Die Landrätin, als Leiter/in der Kreisverwaltung, ist ein/e Wahlbeamter/in. Er/Sie wird

durch den Kreistag (vgl. § 43 I KrO SH) oder in den meisten Bundesländern direkt durch die kreisangehörige Bevölkerung (bspw. § 80 NKomVG) gewählt. Der Landrat/Die Landrätin nimmt die Aufgaben der Selbstverwaltung in eigener Zuständigkeit wahr (vgl. § 51 I 1 KrO SH) und ist für die Erledigung der Aufgaben nach Weisung verantwortlich (vgl. § 51 V 1 u. 2 KrO SH). Sofern es sich bei den Aufgaben der Landesverwaltung um Ermessensentscheidungen handelt, kann der Landrat/die Landrätin sich vom Kreistag beraten lassen (vgl. § 51 V 3 KrO SH). Der Erlass von freiheitsbeschränkenden Allgemeinverfügungen aufgrund der §§ 28, 32 IfSG durch die Landräte/innen unterliegt mithin einer hohen persönlichen Legitimation im Sinne des Demokratieprinzips des Art. 20 II GG, wie dieses auch für die Länder verbindlich ist (vgl. Art. 28 I 1 GG). Auch in dieser Ausnahmesituation verfügt der Landrat/die Landrätin über eine starke sachliche Legitimation. Neben der Zuweisung des Infektionsschutzes sind die Kreisverwaltungen auch zuständige Katastrophenschutzbehörde (vgl. § 3 LKatSchG SH). Die Corona-Pandemie lässt sich auch als Katastrophe im Sinne des LKatSchG fassen. Auch wenn sich der Zusammenhang zwischen einem Hochwasser und einer Pandemie nicht unbedingt erschließen mag, erfordern beide Situationen – als Materie des besonderen Gefahrenabwehrrechts – schnelles und zielstrebiges Handeln, um die Gefahr abzuwenden. Ein Blick nach Bayern bestätigt diese These, wo seit dem 16.03.2020 wegen der Covid-19 Pandemie der Katastrophenfall gilt.¹¹ Der Landrat/Die Landrätin wirkt im Katastrophenfall als Katastrophenabwehrleiter/in an der Gefahrenabwehr mit.¹² Somit besteht eine besonders enge Verbindung zwischen der praktischen Krisenbewältigung und der politischen Verantwortung der Maßnahmen.

Zudem ist bei den Landräten/innen eine hohe Erfahrung im Umgang mit außergewöhnlichen Situationen anzunehmen, da ihre Amtszeit zwischen sechs und acht Jahren beträgt.¹³ Dies ist im Vergleich zu politischen Ämtern auf Bundes- oder Landesebene besonders lang. Vielfach werden Landräte/innen auch für eine zweite oder dritte Amtsperiode wiedergewählt.¹⁴

Ferner wird im Rahmen des Katastrophenschutzes die Bewältigung besonderer Situationen mit verschiedenen Szenarien regelmäßig geübt.¹⁵ Diese langjährige Erfahrung und das Zusammenfallen der Kompetenz im Infektions- und Katastrophenschutz begründen eine besondere Eignung der Kreis-

Föderalismus, taz.de vom 11.03.2020, <https://taz.de/Kampf-gegen-Corona-in-Deutschland/!5667363/> (23.05.2020).

³ Oberreuter, Staatslexikon, 1. Aufl. 2018, Begriff „Föderalismus“; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IV Rn. 18, Stand: Okt. 2018.

⁴ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IV Rn. 20, Stand: Okt. 2018; BVerfGE 139, 194 (227).

⁵ Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 37, 41.

⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IV Rn. 65, Stand: Okt. 2018; Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 68; Isensee in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts – Band VI, 3. Aufl. 2008, § 126, Rn. 135.

⁷ Dederer, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 35 Rn. 3, 26, Stand: Okt. 2019; Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 35 I Rn. 3.

⁸ Robert Koch-Institut, Software – SurvNet@RKI, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/IfSG/Software/software_node.html (23.05.2020).

⁹ Siehe dazu Bundesverwaltungsamt, Erfolgreiche Personalgewinnung für das RKI, https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Corona/_documents/personalgewinnung_inhalt.html (23.05.2020).

¹⁰ Vgl. Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg, Hamburgische SARS-CoV2-Eindämmungsverordnung (Lesefassung) vom 30.06.2020, <https://www.hamburg.de/verordnung/> (05.07.2020).

¹¹ Bayerisches Staatsministerium des Inneren, Feststellung des Katastrophenfalles in Bayern, <https://www.verkuendung-bayern.de/baymb/2020-115/> (23.05.2020).

¹² Für Schleswig-Holstein siehe: § 3 II LKatSchG SH i.V.m. Punkt 5 der Führungsorganisation für die Kreise zur Bewältigung von Katastrophen in Schleswig-Holstein.

¹³ Die Amtszeit beträgt in Schleswig-Holstein gem. § 43 KrO SH zwischen sechs und acht Jahren.

¹⁴ Siehe beispielsweise: Schmid, Als Landrat in die dritte Amtszeit, shz.de vom 08.12.2009, <https://www.shz.de/regionales/schleswig-holstein/als-landrat-in-die-dritte-amtszeit-id812371.html> (23.05.2020); Kreis Pinneberg, Landrat Oliver Stolz bestätigt, <https://www.kreis-pinneberg.de/-p-20000626.html> (23.05.2020).

¹⁵ Vergleiche beispielsweise: Kreis Segeberg, Katastrophenschutzübung, <https://www.segeberg.de/Quicknavigation/Sitemap/Katastrophenschutz%C3%BCbung.php?object=tx,2211.1&ModID=7&FID=2211.11886.1&NavID=1822.3> (23.05.2020).

verwaltungen zur Pandemie-Bewältigung. Die starke Rolle der Landkreise entspricht damit auch einem Ideal der Gewaltenteilung, staatliche Entscheidungsgewalt bei der Institution anzusiedeln, die die besten Voraussetzungen hierfür bietet.¹⁶

3. Mosaik der Verhältnismäßigkeit

Die unterschiedlichen Maßnahmen und Einschränkungen in der Corona-Pandemie sind das Ergebnis besonderer Verhältnismäßigkeit und nicht eine willkürliche Beschränkung der Freiheit, wie teilweise behauptet wird.¹⁷ Den äußeren Ordnungsrahmen für alle Maßnahmen bildet das Grundgesetz. Dieses gilt gem. Satz 2 der Präambel auf dem gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Es bindet gem. Art. 1 III GG Bundes- und Landesgesetzgeber, sowie die Verwaltung auf Bundes-, Landes-, Kreis und Gemeindeebene sowie die gesamte Gerichtsbarkeit in gleicher Weise. Bestandteil dessen ist der Grundsatz verhältnismäßigen staatlichen Handelns als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 III GG.¹⁸ Verhältnismäßiges staatliches Handeln setzt eine umfassende Kenntnis der konkreten tatsächlichen Verhältnisse voraus.¹⁹ Nur so gelingt eine exakte Abwägung. Die Landräte/innen sind durch Bewältigung der allgemeinen Verwaltungsangelegenheiten der Selbstverwaltung und die Erledigung von Aufgaben als untere Verwaltungsbehörde des Landes mit fast allen Themenbereichen befasst. Dies und das begrenzte Gebiet eines Kreises führen dazu, dass die Landräte/innen mit ihren Kreisverwaltungen über eine hohe Informationstiefe in Bezug auf die relevanten Themen verfügen. Sie wissen auch um die individuellen Schwächen und Probleme in ihrer Region, die es möglicherweise nicht in einen Bericht an die Landes- oder Bundesregierung schaffen würden und so auch von diesen Ebenen nicht bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden können. Durch die enge Einbindung in die Region ist auch die Informationsgeschwindigkeit erheblich höher. Ein Informationsverlust durch Meldeverzögerung oder Meldungsselektion wird nahezu vollständig ausgeschlossen.

Auf Basis der aktuellen und breiten Informationen kann eine fundierte Abwägung erfolgen und so die mildesten Einschränkungen herbeiführen. Die Infektionssituation zeigt sich in den unterschiedlichen Kreisen vollkommen differenziert.²⁰ Schon zu Beginn der Pandemie, als viele Informationen zu dem Virus noch unbekannt waren und überall gleichartige Maßnahmen zur Bewältigung getroffen wurden, waren die abzuwägenden

Faktoren unterschiedlich.²¹ Während Bayern schnell mehrere tausend Infizierte aufwies und in dessen Folge eine Ausgangssperre erließ – die in Abwägung mit dem sehr großen Infektionsgeschehen und unter Betrachtung der Kapazitäten im Gesundheitssystem, als möglicherweise verfassungskonform erschien –, war die Situation in Mecklenburg-Vorpommern eine gänzlich andere.²² Das Bundesland weist bis heute nur eine höhere dreistellige Zahl an Infizierten auf. Betrachtet man daneben die räumliche Entzerrung der Bevölkerung und die andererseits großen Intensivkapazitäten ist eine vollkommen andere Gefährdungssituation gegeben.²³ Die geringere Gefahr der Infektion und der Überforderung des Gesundheitswesens mag eine vergleichbare Ausgangssperre dort nicht rechtfertigen. Dies gilt seit dem Ausbremsen der Infektivität umso mehr. In Mecklenburg-Vorpommern, mit einer niedrigen zweistelligen Infektionszahl pro Woche seit dem 27.04.2020,²⁴ sind die Einschränkungen der Berufsfreiheit, beispielsweise zu Lasten der Gastronomie, schon seit Anfang Mai nicht mehr in vollem Umfang zu rechtfertigen gewesen. Sie wurden daher bereits am 09.05.2020 teilweise aufgehoben.²⁵

Ferner gibt es auch landesspezifische Besonderheiten, z.B. in der Krankenhausplanung. In Schleswig-Holstein werden als Berechnungsgrundlage die Erstwohnsitze herangezogen und vermögen so zum Schutz vor Überlastung der Krankenhäuser ein Betretungsverbot für Zweitwohnungsbesitzer zu begründen. In anderen Bundesländern, wie Brandenburg, welches der Krankenhausplanung eine Prognose der tatsächlich anwesenden Menschen zu Grunde legt, lässt sich ein solches Verbot jedoch nicht rechtfertigen.²⁶ Ein bundeseinheitliches Vorgehen wäre nicht imstande, hier verhältnismäßige Maßnahmen zu erreichen. An welchem Pol soll sich ein solches Vorgehen orientieren? Man könnte sich an den niedrigen Zahlen in Mecklenburg-Vorpommern orientieren oder am Infektionsgeschehen in Bayern. Beides würde der tatsächlichen Situation in den meisten Bundesländern, mit den unterschiedlichen Entwicklungen zwischen diesen beiden Extremen, nicht gerecht werden.

Je kleiner ein Abwägungsgebiet ist, umso früher können auch strikte Eindämmungsmaßnahmen ergriffen werden. Räum-

¹⁶ Siehe BVerfG 98, 218 (251 f.) für die horizontale Gewaltenteilung. Das BVerfG sieht eine Ausprägung der Gewaltenteilung darin, dass eine Entscheidung von der Gewalt getroffen wird, die aufgrund ihrer Ausgestaltung die besten Voraussetzungen hierfür bietet. Daraus lässt sich ein verfassungsrechtliches Ideal erkennen, welches auch in der vertikalen Gewaltenteilung zu berücksichtigen sein kann.

¹⁷ Biermann, Der Rechtsstaat leidet unter Corona, ZEIT Online vom 30.03.2020, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-03/ausgangssperren-coronavirus-verweilverbote-kontaktverbot-pandemie-ueberwachung> (23.05.2020).

¹⁸ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII Rn. 107, Stand: Okt. 2018.
¹⁹ So auch: Lindner, in: Schmidt, COVID-19, § 16 Rn. 73-74, Stand: Mai 2020.

²⁰ Vergleiche die Darstellung des Robert Koch-Institutes, COVID-19-Dashboard, https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/page_1/ (23.05.2020).

²¹ Siehe auch: Munaretto, Die Wiederentdeckung des Möglichkeitshorizonts, <https://verfassungsblog.de/die-wiederentdeckung-des-moeglichkeitshorizonts/> (23.05.2020).

²² Statistisches Bundesamt, Intensivbetten je 100.000 Einwohner nach Bundesland, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1110708/umfrage/intensivbetten-nach-bundeslaendern/> (23.05.2020).

²³ Statistisches Bundesamt, Bevölkerungsdichte nach Bundesland, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1242/umfrage/bevoelkerungsdichte-in-deutschland-nach-bundeslaendern/> (23.05.2020); Statistisches Bundesamt, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1110708/umfrage/intensivbetten-nach-bundeslaendern/>, (23.05.2020).

²⁴ Ostsee Zeitung, Corona in MV: Aktuelle Zahlen zu Infektionen, Todesfällen, Genesungen, <https://www.ostsee-zeitung.de/Nachrichten/MV-aktuell/Corona-in-MV-Aktuelle-Zahlen-zu-Infektionen-Todesfaellen-Genesungen-am-21.5.2020> (05.07.2020).

²⁵ Luner, Frage, Antwort: Lockerungen in Tourismus und Gastro, NDR.de vom 05.05.2020, <https://www.ndr.de/nachrichten/mecklenburg-vorpommern/Fragen-und-Antworten-Lockerungen-in-Tourismus-und-Gastro,servicecorona128.html> (23.05.2020).

²⁶ Bohnsack, Kann man einen Landkreis abriegeln?, <https://www.juwiss.de/53-2020/> (23.05.2020).

lich begrenzte Maßnahmen, welche eine geringere Zahl von Bürgern/innen betreffen (z.B. für einen Landkreis), sind im Vergleich mit bundesweiten Maßnahmen schon bei einer niedrigeren Zahl von Infizierten verhältnismäßig. Eine effektive Eindämmung eines Ausbruches kann auf diese Weise schnell herbeigeführt werden. Dieses lokale, frühe Vorgehen auf Kreisebene ermöglicht es zugleich, die Grundrechte in dem weit überwiegenden Teil der Bundesrepublik nicht einzuschränken, soweit der Ausbruch lokal gestoppt werden kann. Es ist zugleich evident, dass es politischen Mut der Landräte/Landrätinnen fordert, so zu agieren. Aus juristischer Perspektive ermöglicht der Rückgriff auf die Kreisebene die Gewähr eines möglichst hohen grundrechtlichen Schutzniveaus bei möglichst geringer Eingriffsintensität.

4. Die Pandemie benötigt Ergebnisgleichheit, keine Verfahrensgleichheit

Oft geäußelter Kritikpunkt am Föderalismus ist das „ungleiche Vorgehen“ in den Bundesländern, welches meist im Rahmen der Bildungspolitik negativ bewertet wird.²⁷ Dies kann man als Forderung nach Chancengleichheit durch gleiches Verfahren im Sinne des Art. 3 GG verstehen. Diese Föderalismuskritik verfährt im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie nicht: Bei dem Schutz vor dieser infektiösen Krankheit geht es in den Kategorien des Art. 3 GG um Ergebnisgleichheit. Die Bevölkerung ist möglichst effektiv gegen eine Erkrankung zu schützen. Dieser Schutz muss grundrechtskonform erreicht werden, die Wege zur Zielerreichung müssen hingegen nicht gleich sein.²⁸ Es sei jedoch angemerkt, dass Art. 3 GG immer nur innerhalb eines Rechtsträgers gilt, daher bei unterschiedlichen Regelungen der Länder gar nicht anwendbar ist.²⁹ Zudem eröffnet der Föderalismus durch die Befassung von 297 Landkreisen und 16 Landesregierungen mit der Pandemiebekämpfung ein unfassbares Potenzial, um sinnvolle Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung zu entwickeln, da viele Stellen parallel an derselben Fragestellung arbeiten.³⁰ Die bekannten Maßnahmen können so weiterentwickelt werden.

5. Der Föderalismus als Garant der Schutzpflichten

In der Pandemie wird teils eine Vereinheitlichung der Krisenbekämpfung gefordert. Einer zentralisierten Pandemiebekämpfung wird eine höhere Effizienz zugewiesen.³¹ Diese Kritik an dem Föderalismus beruht auf der Annahme, dass

eine zentralstaatliche Instanz zur Krisenbewältigung in besonderem Maße geeignet sei.³²

Hier geht es insbesondere um die Gewährleistung der Schutzpflichten für Leib und Leben aus Art. 2 II GG.³³ Diese Schutzpflicht umfasst ein funktionsfähiges Gesundheitswesen,³⁴ für welches es unter anderem einer hinreichenden Ausstattung mit Schutzkleidung bedarf. Rechtlich kann auch bei einer zentralstaatlichen Instanz der Pandemiebekämpfung die Vornahme besonders geeigneter Maßnahmen nicht gewährleistet werden. Im Bereich der Schutzpflichten besteht keine Verpflichtung für die Exekutive besonders effektive Maßnahmen zu treffen, da das Untermaßverbot nur völlig ungeeignete Maßnahmen ausschließt.³⁵

Welche Probleme bei zentraler Pandemiebewältigung entstehen können, zeigte sich in den vergangenen Monaten deutlich. Die eigentlich klar zuständigen privaten und staatlichen Akteure im Gesundheitswesen konnten auf dem Markt keine Schutzkleidung mehr erwerben. Die Bundesregierung hat auf den Mangel an Schutzbekleidung reagiert und beschaffte unterstützend (unter Nutzung ihrer wirtschaftspolitischen Stärke), in Fortführung des Kooperationsgedankens des Föderalismus, in großem Rahmen Schutzbekleidung, die allerdings zu Beginn der Pandemie kaum im Gesundheitswesen ankam.³⁶ Zugleich ging eine große Lieferung an Schutzkleidung verloren. Die Länder und Kreise beschafften sich im Rahmen ihrer Verwaltungszuständigkeit auf allen Wegen auch selbst Schutzkleidung. Dieses Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen und die räumliche Untergliederung der Länder ermöglichen es, dass im Falle untauglicher Maßnahmen – wie dem Ausfall einer Lieferung von 2 Millionen Masken³⁷ – die Auswirkungen begrenzt sind bzw. aufgefangen werden. Der Föderalismus ist mithin geeignet, die Streubreite und damit die Intensität einer Schutzpflichtverletzung aus Art. 2 II GG zu minimieren.

6. Föderalismus stärkt den Rechtsschutz

Die derzeitige Form der Pandemiebekämpfung durch Rechtsverordnungen der 16 verschiedenen Bundesländer sowie durch die danebenstehenden Allgemeinverfügungen bieten einen Schutz gegen überschießende Schutzmaßnahmen.³⁸

²⁷ Grossarth, Vergleichbarkeit? Von Wegen!, faz.net vom 13.08.2014, <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/campus/vergleichbarkeit-von-abiturnoten-13086933.html> (23.05.2020).

²⁸ Zu diesem Gedanken auch, Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (23.05.2020).

²⁹ Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 68.

³⁰ So auch: Al-Khanak, Jurist gibt Einschätzung zur Legitimierung, giessener-allgemeine.de vom 07.04.2020, <https://www.giessener-allgemeine.de/giessen/ausgangsbeschaenkung-jurist-gibt-einschaetzung-legitimierung-13642941.html> (23.05.2020).

³¹ In diese Richtung: Mallek, De Maizière für Föderalismus-Überprüfung, saechsische.de vom 24.04.2020, <https://www.saechsische.de/thomas-de-maiziere-fuer-ueberpruefung-des-foederalismus-corona-5197757.html> (23.05.2020).

³² Zu diesem Gedanken in: Schnadwinkel, Gefährdet Corona den Föderalismus?, westfalen-blatt.de vom 25.03.2020, <https://www.westfalen-blatt.de/OWL/Bielefeld/Bielefeld/4176163-Im-Gespraech-mit-der-Bielefelder-Rechtsprofessorin-Gertrude-Luebbe-Wolff-Gefahrdet-Corona-den-Foederalismus> (23.05.2020).

³³ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 76.

³⁴ Mit weiteren Nachweisen: Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 96; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG Art. 2 II Nr. 1 Rn. 94, Stand: Okt. 2019.

³⁵ BVerfGE 77, 170 (214 f.); BVerfG NVwZ 2010, 702 (704).

³⁶ Höhne, Wo bleiben die Masken, SPIEGEL Online vom 26.03.2020, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-in-deutschland-schutzausruestung-fehlt-vom-bund-kommt-bisher-wenig-bei-den-laendern-an-a-04ae60dc-3adb-4d37-b004-65806e509b29> (23.05.2020).

³⁷ Gebauer, Sechs Millionen Masken verschwunden, SPIEGEL Online vom 24.03.2020, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/coronavirus-in-deutschland-sechs-millionen-schutzmasken-spurlos-verschwunden-a-b3ba8e1e-2a79-438a-9d85-dd52f53e428e>. (23.05.2020).

³⁸ Landesregierung Schleswig-Holstein, Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 26.06.2020, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/Coronavirus/Erlasse/Landesverordnung_Corona.html

Für eine bundesweite Regelung müssen 16 unterschiedliche Landesregierungen von der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen zur Pandemiebewältigung überzeugt sein. Bei den Allgemeinverfügungen verabschieden die Landesregierungen Maßnahmen zur Corona-Bekämpfung und weisen die Landkreise binnenrechtlich durch Erlass zur Umsetzung an.³⁹ Die Landkreise setzen diese dann außenverbindlich als Allgemeinverfügungen um.⁴⁰ Hierbei muss der Landrat/die Landrätin auch die Rechtmäßigkeit prüfen und bei Zweifeln hierüber remonstrieren.⁴¹ Der Landrat/Die Landrätin darf beamtenrechtlich den Erlass der Allgemeinverfügung nicht verweigern.⁴² Seine/Ihre Funktion als Wahlbeamte/r ermöglicht es ihm/ihr jedoch stärker, auf eine Rechtswidrigkeit aufmerksam zu machen und eine politische Auseinandersetzung hierüber herbeizuführen. Es können rechtswidrige Maßnahmen gestoppt werden, bevor diese überhaupt den/die Bürger/in belasten.⁴³ Zugleich können die Bundesländer im Rahmen der Fachaufsicht Maßnahmen

(05.07.2020).

³⁹ Landesregierung Schleswig-Holstein, Erlass des Landes Schleswig-Holstein zum Verbot und zur Beschränkung von Kontakten in besonderen öffentlichen Bereichen vom 05.06.2020, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/Coronavirus/Erlasse/erlass_allgemeinverfuegungen.html (05.07.2020).

⁴⁰ Kreis Pinneberg, Allgemeinverfügung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 auf dem Gebiet des Kreises Pinneberg vom 06.06.2020, https://www.kreis-pinneberg.de/Coronavirus/Coronavirus+Ver%C3%B6ffentlichungen/Coronavirus+Bekanntmachungen/Allgemeinverf%C3%BCgung+COVID_19+Coronabek%C3%A4mpfung+9-p-20003476.html (05.07.2020).

⁴¹ Zu den Pflichten des Beamten bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit, vergleiche: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 63 Rn. 4.

⁴² Zur Ausführungspflicht, vergleiche: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 63 Rn. 4.

⁴³ So ähnlich, Palermo, Is there a space for federalism in time of emergency?, <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/> (23.05.2020).

der Kreise verlangen oder untersagen, die unverhältnismäßig sind oder gegen einen Bund-Länder Beschluss verstoßen.⁴⁴ Es besteht somit eine gegenseitige Kontrolle der Maßnahmen, die auch eine gewisse Einheitlichkeit erzeugt.

Auch die Erforderlichkeit einer Maßnahme kann durch die föderale Struktur einfacher überprüft werden. Durch die Umsetzung verschiedener Verbote in unterschiedlichen Bundesländern oder Kreisen gibt es Daten zu der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einzelner Entscheidungen, wie beispielsweise der Schließung von Baumärkten. In gerichtlichen Verfahren kann auf diese unterschiedlichen Erfahrungen Bezug genommen werden. Ein Antrag im Eilverfahren kann folglich zur Glaubhaftmachung auf Tatsachen zurückgreifen und muss sich nicht nur auf theoretische Annahmen stützen.

Fazit

Die im Grundgesetz angelegte föderale Struktur bietet, rechtlich betrachtet, gute Voraussetzungen für die Bewältigung der Pandemie. Die enge Beziehung der lokalen Akteure zur Thematik ermöglicht angepasstes Handeln, welches Voraussetzung dafür ist, die geeignetsten Maßnahmen für eine eingriffsarme und lebensschützende Pandemiebewältigung hervorzubringen. Ob diese ergriffen werden, ist eine Frage der Praxis.

Wie aufgezeigt, bietet der Föderalismus zudem eine Absicherung gegen ungeeignete oder rechtswidrige Handlungen, zu denen der Weg gerade in Krisenzeiten kurz ist. Man mag es anders ausdrücken: Die gegenwärtige Form des Föderalismus ist für die Krisenbewältigung gut geeignet.

⁴⁴ Für den Bereich des Infektionsschutzes vgl. § 17 LVwVfG SH i.V.m. §§ 3 II 2, III 4, 10 GDG SH.

Edwin Martin*

Der flexible Bundesstaat

Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erließ der Bund einen ganzen Strauß an Gesetzen. Im Zuge dessen erfolgte auch eine Neufassung des § 5 IfSG, wodurch dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) neue Kompetenzen verliehen wurden. Das Ministerium kann nun im Falle einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite zahlreiche Lebensbereiche per Verordnung und Anordnung regeln. Es erhält flexible Ermächtigungsnormen und kann seine Kompetenzen parallel zu denen der Länder ausüben. Dadurch verspricht sich der Gesetzgeber eine effektivere Pandemiebekämpfung. Inwieweit die neuen Regelungen jedoch mit verfassungsrechtlichen Grundprinzi-

pien vereinbar sind, soll in diesem Beitrag erläutert werden. Dafür wird zunächst die Frage diskutiert, ob die Notwendigkeit eines flexiblen und schnellen staatlichen Handelns als Auslegungsgrundsatz im Verfassungsrecht dienen kann (I). Anschließend werden die in § 5 IfSG neu eingefügten Befugnisse vorgestellt (II), bevor die damit statuierte Kompetenzverschiebung (III) und Kompetenzteilung (IV) verfassungsrechtlich untersucht werden.

I. Das Primat der Flexibilität – ein Auslegungsgrundsatz im Verfassungsrecht?

Es ist wohl das eindrucksvollste Beispiel: Während der Hamburger Sturmflut im Jahr 1962 kommandiert *Helmut Schmidt*

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und dort studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Professor Dr. Armin Hatje.

die Bundeswehr, ohne jedoch die rechtliche Kompetenz dafür zu besitzen. Notwendig war dies allemal, nach herkömmlicher Auslegung aber eben auch verfassungswidrig. Im Falle der Covid-19-Pandemie lässt sich eine solche Dringlichkeit staatlichen Handelns ebenso feststellen. Und es bleibt die gleiche Frage: Sind mögliche Verstöße gegen die Vorgaben der Verfassung mit der Verfassung selbst zu rechtfertigen? Gibt es ein Primat der Flexibilität – gerade in der Krise?

Aus dem Wortlaut des Grundgesetzes lässt sich ein solches Primat nicht deduzieren. Es muss daher mit dem Verfassungszweck selbst argumentiert werden. Die Grundidee einer Verfassung ist die Organisation eines Staatsgebildes.¹ Zugleich stellt sie das Handbuch für dessen Fortbestand dar.² Diese staaterhaltende Funktion erkennt auch das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung, wenn es feststellt, dass das Grundgesetz die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraussetzt, sondern sie auch garantiert.³

Besonders im Krisenfall wird dabei deutlich, dass staatliches Handeln gerade auf der Akzeptanz der Bevölkerung beruht. Die Covid-19-Pandemie ist dadurch gekennzeichnet, dass sie grenzübergreifend grassiert und gleichzeitig kaum erforscht ist. Mangels Prognosesicherheit drängt sich eine flexible Kompetenzordnung geradezu auf. Wird nun zu starr auf bestimmte Prinzipien verwiesen und führt dies – etwa im Falle der Covid-19-Pandemie – zu besonders hohen Todeszahlen, könnte das Vertrauen der Bevölkerung in den Staat erheblich sinken. Zweck der Verfassung kann eine solche Entwicklung daher nicht sein.

Ist aber daraus zu folgern, dass bestimmte verfassungsrechtliche Verbürgungen – von Grundrechten bis zu Kompetenzvorgaben – zur Disposition gestellt werden müssen? Schließlich sind diese gerade auch für Krisensituationen gedacht. Wie notwendig eine Anerkennung und Beachtung jener Vorgaben ist, zeigen etwa die autoritären Entwicklungen in Ungarn. Dort hatte das Parlament Premierminister *Orbán* zur Pandemiebekämpfung zwischenzeitlich das Recht eingeräumt, unbegrenzt per Verordnung zu regieren.⁴ Ein zu sorgloser Umgang mit den Grundprinzipien der Verfassung kann Letztere also ebenso obsolet machen.

Andererseits zeigt das *Schmidt'sche* Beispiel, dass die herkömmliche Auslegung der Verfassung zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Hier steht das Grundgesetz vor existenziellen Fragen. Es muss daher ein Mittelweg gefunden werden, der das Primat der Flexibilität zumindest in Krisenzeiten anerkennt, ohne dass gleichzeitig die Bedeutung bestimmter Verfassungsprinzipien negiert wird; beides gilt es gewissermaßen auszutarieren. Daraus folgt: Die Vorgaben der Verfassung,

insbesondere auch Kompetenzvorgaben, bleiben bestehen. Sie werden aber im Lichte der Flexibilität ausgelegt und dadurch nicht komplett eingegebenet. Das Primat der Flexibilität in Krisenzeiten dient somit als Auslegungsgrundsatz im Verfassungsrecht.

II. Ein Umriss des neuen § 5 IfSG

Vom Bundestag ist mit dem neuen § 5 IfSG eine Flexibilisierung staatlichen Handelns beabsichtigt;⁵ mit der Norm werden dem Bundesgesundheitsministerium zahlreiche neue Kompetenzen verliehen. Damit das BMG auf diese zugreifen kann, muss aber zunächst der Bundestag selbst tätig werden. Gemäß § 5 I IfSG stellt dieser eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ fest. Ist dies erfolgt, erhält der Bund die in § 5 II IfSG aufgezählten Kompetenzen, die dann parallel zu den Befugnissen der Länder ausgeübt werden können. Je nach Regelungsbereich, kann das BMG dann entweder Anordnungen treffen oder Rechtsverordnungen erlassen. Dabei sind die Anordnungen gemäß § 5 IV 4 IfSG sofort vollziehbar. Zudem ist bei Rechtsverordnungen eine Zustimmung des Bundesrates entbehrlich, vgl. § 5 II IfSG. Die Rechtsverordnungen und Anordnungen treten ferner nach § 5 IV IfSG mit Aufhebung der epidemischen Lage oder spätestens mit Ablauf des 31.03.2021 außer Kraft.

1. Einschränkungen im Reiseverkehr (§ 5 II Nr. 1 und Nr. 2 IfSG)

Die Nr. 1 des § 5 II IfSG betrifft die Rechte von Personen, die in das deutsche Staatsgebiet einreisen wollen. So wird das BMG unter anderem dazu ermächtigt, diese zu einer ärztlichen Untersuchung zu verpflichten. Über die Nr. 2 können vom BMG Mitwirkungspflichten für Unternehmen im Reisegewerbe statuiert werden. Diesen kann etwa die Beförderung von Passagieren aus bestimmten Staaten nach Deutschland untersagt werden. Sinn und Zweck der Anordnungen darf – mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut der Nummern 1 und 2 – ausschließlich „die Verhinderung einer Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit“ sein.

2. Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln (§ 5 II Nr. 4 IfSG)

Weiterhin erhält das BMG die Befugnis, per Rechtsverordnung Maßnahmen zu treffen, um die Versorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen. So kann das BMG etwa ein Verkaufsverbot bestimmter Medikamente aussprechen oder Ausnahmen hinsichtlich der Ein- und Ausfuhr festlegen. Die entsprechende Rechtsverordnung kann dann nach § 5 II Nr. 6 IfSG in bundeseigener Verwaltung i.S.d. Art. 86 S. 1 GG ausgeführt werden.⁶

3. Weitere Befugnisse des BMG (§ 5 II Nr. 3, Nr. 5 und Nrn. 7 – 10 IfSG)

Ferner darf das BMG oder eine nachgeordnete Behörde zur

¹ Vgl. *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl. 2017, Rn. 1 ff.

² Vgl. dazu etwa *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 75 f.

³ Vgl. BVerfGE 123, 267 (343).

⁴ Vgl. *Schmidt*, Ungarn ohne Rechtsstaat, <https://www.tagesschau.de/kommentar/eu-ungarn-orban-corona-101.html> (03.06.2020); tagesschau.de vom 16.06.2020, Parlament hebt Orbans Sondervollmachten auf, <https://www.tagesschau.de/ausland/ungarn-notstand-107.html> (03.08.2020).

⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, S. 15.

⁶ Vgl. dazu *Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097 (1102).

Seuchenbekämpfung die Benutzung eines Patentes anordnen (§ 5 II Nr. 5 IfSG).⁷ Ebenfalls können Finanzhilfen für Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände u.a. zur technischen Modernisierung der Gesundheitsämter zur Verfügung gestellt werden (§ 5 II Nr. 9). Durch Rechtsverordnung besteht zudem die Möglichkeit, Abweichungen von den Normen des IfSG (§ 5 II Nr. 3 IfSG) sowie Änderungen bei der Ärztausbildung (§ 5 II Nr. 7 lit. b) IfSG), im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 II Nr. 7 lit. a) IfSG), im Bereich der Pflege (§ 5 II Nr. 8 IfSG) sowie bei den Berufsgesetzen der Gesundheitsfachberufe (§ 5 II Nr. 10) vorzunehmen.⁸

III. Die Kompetenzverschiebung von der Legislative zur Exekutive

Die neuen Befugnisse begegnen allerdings Bedenken. So wurde im Zuge der Debatte im Deutschen Bundestag Kritik deutlich: Wichtige Entscheidungen seien in unvertretbarer Weise vom Parlament auf den Gesundheitsminister verschoben worden, hieß es in der Parlamentsdebatte etwa aus der FDP-Fraktion.⁹ Die Bundestagsabgeordnete *Bayram* (B'90/Die Grünen) sprach sogar von Blankett-Ermächtigungen.¹⁰ Beim Lesen der neuen Vorschrift wird eines auf jeden Fall klar: Der Gesetzgeber bewegt sich verfassungsrechtlich auf Glatteis.

1. Die Verordnungsermächtigungen des § 5 II IfSG

Besonders problematisch erscheinen dabei die Verordnungsermächtigungen des § 5 II IfSG. Nach Art. 80 I 2 GG müssen diese nach Inhalt, Zweck und Ausmaß im Gesetz bestimmt sein.

a) Die Kriterien der Bestimmtheit nach Art. 80 I 2 GG – Ein Überblick

Aus dem Wortlaut des Art. 80 I 2 GG ergibt sich lediglich, dass jene Kriterien erfüllt sein müssen. Wie bestimmt die Ermächtigung dann auszusehen hat, kann Art. 80 I 2 GG nicht entnommen werden.

Ein wichtiges Indiz dafür kann die Mehrdeutigkeit der Ermächtigung sein. Davon ausgehend erklärte das BVerfG eine Ermächtigungsnorm – insbesondere hinsichtlich ihres Ausmaßes – als zu unbestimmt.¹¹ So müssten die Grenzen der Regelung entweder von der Ermächtigungsnorm selbst skizziert werden oder sich zumindest einwandfrei aus dieser ergeben.¹² Inhalt, Zweck und Ausmaß müssen vorhersehbar sein.¹³ Und genau das fehle der Ermächtigung, wenn sie verschiedenartig gedeutet und ausgelegt werden könne.¹⁴

Eine weitere Herangehensweise könnte – ausgehend von der Wesentlichkeitslehre des BVerfG – die Anwendung der Je-

Desto-Formel sein: Je stärker eine potentielle Rechtsverordnung in Grundrechte der Bürger/innen eingreifen darf, desto höher sind auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der erteilten Ermächtigung.¹⁵

Ebenso geht das BVerfG aber davon aus, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit nach den tatsächlichen Konkretisierungsmöglichkeiten zu ermitteln sind und bei vielgestaltigen und sich dynamisch entwickelnden Verhältnissen geringer sein können.¹⁶ Damit statuiert es für bestimmte Fallgestaltungen das Primat der Flexibilität als weiteren Auslegungsgrundsatz.

b) § 5 II Nr. 3 IfSG – Eine Blanko-Ermächtigung?

Betrachtet man nun etwa § 5 II Nr. 3 IfSG, so bietet der Wortlaut tatsächlich einen weiten Auslegungsspielraum. So können „Ausnahmen von den Vorschriften dieses Gesetzes [...] in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten [...]“ vorgenommen werden. Mit Blick auf den Inhalt des § 1 I IfSG – der genau die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten als Zweck des IfSG identifiziert – kann sicherlich gut vertreten werden, dass mit jenen „Vorschriften“ nahezu das gesamte IfSG gemeint ist. Andererseits könnte argumentiert werden, dass der Gesetzgeber durchaus eine Eingrenzung vorgenommen hat, indem er bestimmte Regelungsbereiche explizit nennt. Ansonsten hätte der Verweis „in Bezug auf [...]“ auch unterbleiben können.

Diese Gegenüberstellung zeigt: Was das BMG nun tatsächlich per Rechtsverordnung regeln darf oder nicht, bleibt weitestgehend unklar. Auch der ausdrücklich normierte Zweck, dem die Rechtsverordnung unterliegen soll, hilft hier nicht weiter.

An dieser Stelle könnte eingewendet werden, dass im Rahmen der Corona-Pandemie geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind; ganz getreu dem Primat eines flexiblen Staates in der Krise. Schließlich handelt es sich hierbei um einen vielgestaltigen Sachverhalt mit sich schnell ändernden Verhältnissen.¹⁷ In diesem Zuge geht auch das BVerfG davon aus, dass die Gewaltenteilung dazu diene, gerade dasjenige Organ mit der Rechtsetzung zu betrauen, welches institutionell besonders dazu befähigt ist.¹⁸ In einer solch dynamischen Situation wie der Covid19 Pandemie, erscheint das BMG als Rechtssetzungsorgan wesentlich geeigneter zu sein als etwa der Bundestag mit seinem langwierigen Gesetzgebungsverfahren.¹⁹

Allerdings verlangt das BVerfG zugleich eine zumindest hin-

⁷ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

⁸ Vgl. dazu die Auflistung bei *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

⁹ Vgl. u.a. *Herbst*, Plenarprotokoll 19/154 vom 25.03.2020, 19194.

¹⁰ Vgl. *Bayram*, Plenarprotokoll 19/154 vom 25.03.2020, 19186.

¹¹ Vgl. BVerfG vom 13.06.1956 – 1 BvL 17/56, Rn. 23.

¹² Vgl. BVerfG vom 13.06.1956 – 1 BvL 17/56, Rn. 22.

¹³ Vgl. BVerfG vom 11.01.1966 – 2 BvR 424/63, Rn. 28.

¹⁴ Vgl. BVerfG vom 13.06.1956 – 1 BvL 17/56, Rn. 21.

¹⁵ Vgl. *Mann*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 80 GG Rn. 29.

¹⁶ Vgl. *Mann*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 80 GG Rn. 29; BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 640/80, Rn. 28.

¹⁷ Dies lässt etwa *Mesling*, Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020, NZS 2020, 321 (334), als Rechtfertigung genügen.

¹⁸ Vgl. BVerfG vom 12.11.1958 – 2 BvL 1/57; BVerfG vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97.

¹⁹ Ebenfalls: *Degenhart*, StaatsR, 33. Aufl. 2017, Rn. 351; BVerfG vom 12.11.1958 – 2 BvL 1/57; ablehnend: *Möllers*, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (31.05.2020).

reichende Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm.²⁰ Es soll verhindert werden, dass die Exekutive „nach Belieben von ihr Gebrauch“ machen kann.²¹ Im vorliegenden Fall ist das Ausmaß der Ermächtigung jedoch nicht durch Auslegung ermittelbar und dadurch auch nicht vorhersehbar. Vielmehr ist der Wortlaut mehrdeutig und lässt es so zu, nach Belieben von der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Zugleich ist die Eingriffsintensität einer möglichen Rechtsverordnung als besonders hoch einzuschätzen, vor allem mit Blick auf eine potentielle Anpassung der §§ 28 ff. IfSG.

Ferner liegt ein Sonderfall vor: So wird das BMG nicht nur dazu ermächtigt, die gesetzlichen Vorgaben zu konkretisieren, sondern sogar von den gesetzlichen Vorgaben abzuweichen. Zweck des Art. 80 I GG ist es aber „das Parlament darin zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern“.²² Es dürfe „niemals originärer politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen“, führt etwa das BVerfG dazu aus.²³

Dadurch, dass der Ordnungsgeber von Normen des IfSG abweichen darf und ihm dabei kaum bestimmbare Grenzen gesetzt sind, erhält dieser aber gerade eine solche „politische Entscheidungsfreiheit“.²⁴ Eine Angabe von modifizierbaren Abschnitten und Normen in der Ermächtigung wäre mithin nicht nur hilfreich, sondern verfassungsrechtlich geboten gewesen.²⁵ In seiner jetzigen Fassung ist dem § 5 II Nr. 3 IfSG nicht zu entnehmen „was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“²⁶ Zugleich ist die Möglichkeit, von Normen des IfSG abzuweichen, von Art. 80 I GG nicht vorgesehen. Auf Basis einer so verstandenen Auslegung wären die Bestimmungen des § 5 IfSG daher verfassungswidrig.²⁷

2. Die verfassungskonforme Auslegung als Rettungsanker?

Nach alledem bleibt die Frage nach der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 II IfSG. *Rixen* hat eine solche vorgeschlagen und dabei eine besonders restriktive Auslegung der Ermächtigungsnormen gefordert.²⁸ In diesem Sinne dürften beispielsweise Befugnisnormen wie die §§ 28, 32 IfSG nicht unter den Wortlaut des § 5 II Nr. 3 IfSG fallen und somit auch nicht vom BMG modifiziert werden.²⁹

Entspricht eine solche Auslegung aber dem Zweck des § 5 II Nr. 3 IfSG? So lehnt etwa das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung ab, soweit diese „im Widerspruch zu dem klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers steht“.³⁰ *Rixen* führt dazu aus, dass etwa eine Modifikation der Befugnisnor-

men eben nicht von dem in § 5 II Nr. 3 IfSG geäußerten Zweck umfasst wird; dies habe mit der Aufrechterhaltung der Abläufe im Gesundheitswesen „nichts zu tun“.³¹ Dagegen ließen sich insbesondere Aussagen von Regierungsvertretern fruchtbar machen. So führte die Bundeskanzlerin aus, dass das Vorgehen in der Pandemiebekämpfung davon bestimmt sein müsse, das Gesundheitssystem nicht zu überlasten.³²

Allerdings spricht das BVerfG von einem „klar erkennbar geäußerten Willen“. Ein solcher ist hier aber gerade nicht feststellbar, sondern lässt sich vielmehr nur erahnen. Selbst wenn man also diese eher restriktive Handhabung der verfassungskonformen Auslegung als Maßstab nimmt, bleibt die Norm einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich.³³ Deshalb erscheint es mit Blick auf den Grundsatz der Effektivität und Flexibilität in der Krise auch dringend geboten, eine solche vorzunehmen. Im Rahmen der Bestimmtheitsprüfung der Norm schlug das Primat der Flexibilität nicht durch; eben, weil man auf diesem Wege die Voraussetzungen des Art. 80 GG negiert hätte. Liegt eine solche Evidenz aber nicht vor, ist das Primat der Flexibilität in Krisenzeiten auslegungsleitend heranzuziehen. In diesem Falle führt dies dazu, dass der § 5 II IfSG Geltungskraft behält – wenn auch in einer Form, die der Gesetzgeber (wohl) nicht beabsichtigt hat.

IV. Die Kompetenzteilung von Bund und Ländern

Neben einer Kompetenzverschiebung sieht der § 5 II IfSG auch eine Kompetenzteilung vor: Die Bundeskompetenzen bestehen „unbeschadet der Befugnisse der Länder“. Im Idealfall kann der Bund also schnell handeln und ein Land bedarfsgerecht nachjustieren;³⁴ ebenfalls ganz nach dem Primat des flexiblen und effektiven staatlichen Handelns. Ist dies aber verfassungskonform? Hierfür wird zunächst die Rechtsprechung des BVerfG zu Doppelzuständigkeiten vorgestellt, bevor der neue § 5 II IfSG in ihrem Lichte begutachtet wird.

1. Die Rechtsprechung des BVerfG zur Doppelzuständigkeit

Das BVerfG hat Doppelzuständigkeiten von Bund und Ländern in der Verwaltung grundsätzlich für verfassungswidrig erklärt.³⁵ Dies ergehe aus dem Rechtsstaatsprinzip, das „eine hinreichend klare und in sich widerspruchsfreie Bestimmung der Verwaltungszuständigkeit“ fordere.³⁶ Dieser Schluss kann auch aus demokratischen Grundprinzipien deduziert werden: Schließlich müssen die Verantwortlichen bestimmter Entscheidungen identifizierbar sein, damit die Bevölkerung diese gegebenenfalls auch „abwählen“ kann.³⁷ Ferner liefe eine Par-

²⁰ Vgl. BVerfG vom 12.11.1958 – 2 BvL 1/57, Rn. 23.

²¹ Vgl. BVerfGE 78, 249 (273).

²² Vgl. BVerfGE 78, 249 (272).

²³ Vgl. BVerfGE 78, 249 (273).

²⁴ Vgl. BVerfGE 78, 249 (273).

²⁵ Ähnlich: *Meßling*, NZS 2020, 321 (334).

²⁶ Vgl. BVerfGE 78, 249 (272).

²⁷ Im Ergebnis auch: *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

²⁸ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

²⁹ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

³⁰ Vgl. BVerfG NJW 2018, 1935 (1950).

³¹ Vgl. *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1102).

³² Vgl. Bundeskanzlerin *Merkel*, zitiert nach tagesschau.de vom 11.03.2020, „Wir müssen Zeit gewinnen“, <https://www.tagesschau.de/inland/coronavirus-deutschland-177.html> (24.05.2020).

³³ Restriktiv deshalb, da sicherlich gut vertreten werden könnte, dass das Interesse des Gesetzgebers vor allem auch darin besteht, dass dessen Normen Geltungskraft behalten.

³⁴ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, S. 15.

³⁵ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135).

³⁶ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135).

³⁷ Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 585 (589).

allelverwaltung nach Ansicht des BVerfG „dem Sinn der Trennung von Gesetzgebungs- und Verwaltungshoheit zwischen Bund und Ländern zuwider“.³⁸

Unter eine unzulässige Doppelzuständigkeit fasst das BVerfG dabei vor allem die Formen der sogenannten Mischverwaltung. Diese wird als eine Art von „Zusammenwirken“ zwischen Bund und Ländern in Form einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung definiert.³⁹ Ein solches Zusammenwirken hat das BVerfG etwa im Rahmen der sogenannten Hartz-IV-Arbeitsgemeinschaften erkannt.⁴⁰ Dort führten gleichsam die entsprechende Landesbehörde und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Aufsicht über jene Arbeitsgruppen. In diesem Falle sei eine „eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung“ daher nicht möglich gewesen, so das BVerfG.⁴¹

Allerdings sind nicht alle Formen der Doppelzuständigkeit verfassungswidrig. So sieht die Verfassung selbst in Art. 87 I 2 GG eine administrative Doppelzuständigkeit vor.⁴² Bezugnehmend auf jene Regelung erkennt auch das BVerfG, „dass die Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern nicht starr voneinander geschieden sind“.⁴³ Daraus lässt sich ableiten, dass die Aufgaben – also die Kompetenzen selbst – und die Aufgabenwahrnehmung von Bund und Ländern eben nicht starr voneinander getrennt, sondern für die Bevölkerung lediglich unterscheidbar sein müssen.⁴⁴

2. § 5 II IfSG – Gemeinsame Aufgaben und Aufgabenwahrnehmung?

Wie die Aufgabenwahrnehmung im Rahmen des § 5 II IfSG zu erfolgen hat, lässt sich anhand des Wortlauts der Norm nicht ermitteln. Dass die Länder nach dem Sinn der Vorschrift bei der Formulierung von Anordnungen des BMG mitwirken und mitbestimmen können oder gar sollen, wird sich aber ebenso wenig vertreten lassen. Schließlich wird im Gesetzesentwurf von „ergänzenden Zuständigkeiten“ gesprochen, die gerade eine Trennung von Länder- und Bundestätigkeiten implizieren.⁴⁵ Eine Mischverwaltung – also eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung – ist durch den § 5 II IfSG daher nicht vorgesehen. Da nun entweder Bundes- oder Landesorgane Rechtsakte formulieren, sind die Verantwortlichkeiten für die Bürger/innen verortbar und unterscheidbar.

Hinsichtlich der Aufgaben selbst statuiert der Wortlaut („unbeschadet der Befugnisse der Länder“) eine Kompetenzteilung.

³⁸ Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 585 (589).

³⁹ Vgl. *Küchenhoff*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, Diss., Europa-Univ. Viadrina 2009, S. 41.

⁴⁰ Vgl. BVerfG NVwZ 2008, 183 ff.

⁴¹ Vgl. BVerfG NVwZ 2008, 183 (189).

⁴² Vgl. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2009, § 136 Rn. 10.

⁴³ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135).

⁴⁴ Vgl. BVerfG JuS 2009, 1134 (1135); *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. StaatsR Bd. VI, 3. Aufl. 2009 § 136 Rn. 10 schließt aus der „Notwendigkeit klarer und eindeutiger Kompetenzzuweisung“ nicht auf ein „generelles Verbot von Doppelzuständigkeiten“.

⁴⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, S. 15.

Eine grundsätzlich unzulässige Doppelzuständigkeit wäre also gegeben. Denn es liegt eine Parallelkompetenz von Bund und Ländern auf einem Aufgabengebiet – der Pandemiebekämpfung – vor. Inwieweit Parallelkompetenzen in Hinblick auf demokratietheoretische Ansätze tatsächlich „schädlich“ sind (schließlich kann die Bevölkerung die Verantwortlichen doch bei einer getrennten Aufgabenwahrnehmung verorten) sei dahingestellt. Schließlich bietet sich mit Blick auf die Gesetzesbegründung („ergänzende Zuständigkeiten“) und den Grundsatz der Flexibilität in der Krise eine verfassungskonforme Auslegung an: So sind die Kompetenzen im Zuge dessen zeitlich und situativ zu handhaben.

Dies könnte dann wie folgt aussehen: Zunächst erlässt das BMG eine Rechtsverordnung oder Anordnung, von der die Länderbehörden dann mit eigenen Rechtsverordnungen oder Anordnungen abweichen können. Für den Fall, dass der Bund nicht oder nicht schnell genug handelt, sollte den Ländern zugleich die Möglichkeit gegeben sein, zuvor auch selbst tätig zu werden; dies entspricht gerade einem flexiblen und schnellen staatlichen Handeln während einer Pandemie.

Durch eine solche Auslegung behalten Bund und Länder zwar Kompetenzen auf demselben Aufgabengebiet – können diese aber nicht parallel ausüben. Die Kompetenzen – also quasi die Möglichkeiten der Aufgabenwahrnehmung – sind situativ und zeitlich abgrenzbar. Und genau das ist im Hinblick auf das Demokratieprinzip notwendig, da der Bevölkerung so zumindest klar wird, wann der Bund und wann die Länder tätig werden können.

Mit der verfassungsrechtlichen Idealkonzeption der Art. 30 GG sowie Art. 83 ff. GG ist eine solche Auslegung freilich nur schwer vereinbar, jedoch eben nicht ausgeschlossen (siehe etwa erneut die verfassungsrechtlich determinierte Doppelzuständigkeit des Art. 87 I 2 GG). In solchen Zweifelsfällen ist in der Krise daher auf den Grundsatz der Flexibilität staatlichen Handelns zu verweisen. Dabei sind angesichts der dynamischen Situation – ähnlich wie bei den Voraussetzungen des Art. 80 I 2 GG – geringere Anforderungen an die Kompetenztrennung zu formulieren. Denn es wird wohl kaum zu bemessen sein, ob nun tatsächlich der Bund oder die Länder eine effektivere Pandemiebekämpfung gewährleisten können. Die Statuierung einer quasi-parallelen Kompetenz und damit eine offenere Handhabung der föderalen Kompetenzordnung ist daher in Krisenzeiten geboten. Mit Blick auf den Grundsatz der Flexibilität ist die oben vorgenommene Auslegung daher noch mit der Verfassung vereinbar.

V. Fazit und Ausblick

Mit dem neuen § 5 IfSG reizt der Gesetzgeber viele Verfassungsprinzipien aufs Äußerste aus. So wird etwa eine Kompetenzverschiebung zur Exekutive vorgesehen, wobei die Ermächtigung derart unbestimmt ist, dass die Ausgestaltung jener Kompetenzverschiebung der Exekutive quasi selbst überlassen wird. Eine solch evidente Negation der Voraussetzungen des Art. 80 I GG kann daher auch nicht mit dem Primat der Flexibilität verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

Allerdings kann die Ermächtigungsnorm im Rahmen einer verfassungskonformen – und äußerst restriktiven – Auslegung hinreichend bestimmt werden.

Ferner sieht der Gesetzgeber auch eine Kompetenzteilung vor, die er ebenso wenig inhaltlich präzisiert. Freilich lässt sich aber auch hier eine verfassungsrechtlich zulässige Konstruktion bilden.

Das Primat der Flexibilität in der Krise dient bei der rechtlichen Bewertung der Vorschrift als Auslegungsgrundsatz. Dieser ist jedoch nur dann ausschlaggebend, wenn im Rahmen

der Auslegung die (weiteren) verfassungsrechtlichen Voraussetzungen beachtet werden.

Mit Spannung bleibt abzuwarten wie das BVerfG über die Kompetenzzuwächse des BMG urteilt. Da es aber bereits in der Vergangenheit flexiblere Ermächtigungsnormen in dynamischen Situationen akzeptiert hat,⁴⁶ wird es wohl auch in diesem Fall nicht von seiner Linie abweichen oder zumindest eine verfassungskonforme Auslegung vornehmen (müssen).

⁴⁶ Vgl. Mann, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 80 GG Rn. 29; BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 640/80.

Sarah Geiger*

Grundrechtliche Implikationen für das Abhalten von Hochschulprüfungen in Zeiten der Coronakrise

Die sogenannte Coronakrise durchdringt seit Frühjahr 2020 nahezu alle Lebens- und Rechtssphären. Auch das universitäre Leben ist betroffen: Es ist ein Novum in der deutschen Universitätsgeschichte, dass Veranstaltungen fakultätsübergreifend im Digitalformat abgehalten werden mussten. Nicht nur die Umstellung der auf Präsenzlehre und -forschung ausgerichteten Abläufe in virtuelle Vorlesungsräume hat die Universitäten vor einige Herausforderungen gestellt. Auch für die grundsätzlich im Präsenzformat abgehaltenen Hochschulprüfungen müssen aufgrund geltender Abstands- und Hygienevorschriften neue, digitale Lösungen gefunden werden. Von den zuständigen Einrichtungen der Hochschulen erfordert dies nicht nur Kreativität, sondern auch Rechtsproblembewusstsein. Denn die im Prüfungsrecht zu berücksichtigende Wirkung der Grundrechte der Prüflinge begrenzt die Wahl alternativer Prüfungsabläufe unter mehreren Gesichtspunkten.

I. Einführung

Vier Punkte für alle wegen Corona? Sofern Sie als Studierende gerade einen Erasmusaufenthalt an der Universität Paris I Panthéon Sorbonne absolvieren, dürfte dies vor kurzem wahlweise entsetzliche Realität oder taggewordener Wunschtraum geworden sein.

Tatsächlich hatte der wissenschaftliche Rat der Pariser Universität im April dieses Jahres beschlossen, aufgrund der durch die Corona-Pandemie hervorgerufenen außergewöhnlichen Umstände, unter denen das Studienjahr 2020 stattfinden muss, ebenso außergewöhnliche Maßnahmen zu ergreifen. Die Prüfungsleistungen der Studierenden aller Fakultäten sollten „neutralisiert“ werden, wonach für nichtbestandene oder noch abzulegende Prüfungen 10 von 20 Punkten als Ergebnis einzutragen waren. Dies hätte bedeutet, dass alle Prüfungen als „be-

standen“ gegolten hätten, ohne dass diese tatsächlich abgelegt worden wären. Entsetzen oder Wunschtraum hielten jedoch nicht lange an. Anfang Juni hat das Pariser Verwaltungsgericht den Beschluss zu Recht für ungültig erklärt, da dieser insbesondere den französischen Gleichheitsgrundsatz missachtete.¹

Auch in Deutschland wäre eine solche Regelung nicht mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar. Insbesondere der in Art. 3 I GG verbürgte allgemeine Gleichheitssatz und die in Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit sind bei der Prüfungsgestaltung durch die Hochschulen zu beachten. Gleichheitssatz und Berufswahlfreiheit stellen Grenzen bei der Festlegung der Art der studentischen Leistungsnachweise auch in Zeiten von Corona dar.

Die Universitäten sind bei der Festlegung der Art studentischer Leistungserbringung nämlich grundrechtsgebunden (II), sodass die Grundrechte des Grundgesetzes gerade auch die – schwierige – Wahl der Art von Prüfungen, die während der Corona-Pandemie stattfinden können, beschränken (III). Eine nähere Betrachtung der aktuell in Betracht gezogenen Prüfungsarten erlaubt jedoch das Fazit, dass die Hochschulen die rechtlichen und tatsächlichen Herausforderungen, welche die Corona-Pandemie an das Prüfungsrecht stellt, kreativ meistern (IV).

II. Grundrechtsbindung bei der Regelung von Hochschulprüfungen während der Corona-Pandemie

Die Regelung von Prüfungsanforderungen und Prüfungsver-

* Die Autorin ist Maître en Droit und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Professor Dr. Armin Hatje an der Universität Hamburg.

¹ Tribunal administratif de Paris (TA Paris) vom 05.06.2020 – Nr. 2007394/1-3.

fahren erfolgt durch den Erlass von Prüfungsordnungen.² Der Erlass von Prüfungsordnungen obliegt den staatlichen Hochschulen als Ausdruck ihrer Selbstverwaltungshoheit, denn sie sind Träger mittelbarer Staatsverwaltung.³ Dabei können die Hochschulen das für den Prüfungsordnungserlass nötige Satzungsrecht in ihrer Grundordnung auch den Untergliederungen – wie etwa den Fakultätsräten – übertragen.⁴ Dies ist sinnvoll, da die Fakultätsräte die studiengangspezifischen Anforderungen im Rahmen der Prüfverfahren berücksichtigen können.

Jedoch müssen die Hochschulen bzw. ihre Fakultätsräte bei der Regelung von Hochschulprüfungen nicht nur die praktischen Anforderungen, die sich für das Abhalten studienfachspezifischer Prüfungen ergeben, berücksichtigen. Auch sind diese selbstverständlich studienfachübergreifend gehalten, die Grundrechte der Prüflinge zu beachten. Denn Universitäten als Körperschaften des öffentlichen Rechts üben im Verhältnis zu den Studierenden hoheitliche Gewalt aus und sind über Art. 1 III GG grundrechtsverpflichtet.⁵ Diese Grundrechtsbindung währt fort, wenn Hochschulen – wie sogleich am Beispiel rechtswissenschaftlicher Prüfungsformate zu erörtern ist – eine Satzungsänderung oder den Neuerlass einer Satzung beschließen, um das Abhalten von Prüfungen auch während der Corona-Pandemie zu ermöglichen.

Tatsächlich stellt sich das Abhalten von Prüfungen in den von rechtswissenschaftlichen Fakultäten überwiegend gewählten Formaten derzeit als kaum umsetzbar dar. Im Rahmen rechtswissenschaftlicher Hochschulprüfungen sehen die Prüfungsordnungen regelmäßig vor, dass Abschlussklausuren grundsätzlich als Aufsichtsarbeiten unter deutlicher Eingrenzung der zugelassenen Hilfsmittel zu absolvieren sind. Um nachzuvollziehen, weshalb derartigen Präsenzarbeiten während der Corona-Pandemie nicht der Vorzug zu geben ist, hilft zu nächst ein kurzer Blick in das Infektionsschutzgesetz (IfSG).

Gemäß § 32 S. 1 und S. 2 IfSG sind die Landesregierungen oder andere von diesen ermächtigte Stellen befugt, Verordnungen zu erlassen, die Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus festsetzen. Die auf dieser Grundlage nun erlassenen Landesverordnungen reglementieren auch das Verfahren von Hochschulprüfungen. So gelten für Präsenzarbeiten die für eine Eindämmung des Virus derzeit anerkannten Hygiene- und Schutzmaßnahmen, wozu insbesondere ein von anwesenden Personen einzuhalten der Mindestabstand von 1,5 Metern gehört.⁶ Derartige Abstandsregelungen stellen Hoch-

schulen vor erhebliche logistische Herausforderungen, da Raumkapazitäten kaum für alle Prüflinge unter Einhaltung der Schutzabstände zur Verfügung stehen. Um den Studierenden dennoch das Ablegen von Prüfungen im Jahr 2020 zu ermöglichen – diese haben darauf ein Recht⁷ – müssen die Hochschulen alternative Konzepte zum Abhalten der Prüfungen entwickeln.

Außergewöhnliche Umstände bei der Festlegung neuer Prüfungsformate entbinden die Hochschulen jedoch nicht von ihrer Grundrechtsverpflichtung. Vielmehr stellen die Grundrechte Positiv- und Negativbeschränkungen bei der Ausgestaltung von Hochschulprüfungen während der Corona-Pandemie dar.

III. Grundrechte als Positiv- und Negativbeschränkungen bei der Ausgestaltung von Hochschulprüfungen während der Corona-Pandemie

Bei der Festlegung neuer Prüfungsformate, die den aufgrund der Corona-Pandemie gestellten Anforderungen entsprechen, sind die Hochschulen und ihre Fakultätsräte durch die Grundrechte in zweierlei Hinsicht beschränkt: Weder dürfen sie zu gutmütig sein, also von Prüfungen gänzlich absehen oder, wie in Paris, alle Studierenden ohne Erbringung von Leistungsnachweisen bestehen lassen („Positivbeschränkung“) (1). Noch dürfen die Hochschulen zu streng sein und allen Studierenden, ohne Rücksichtnahme auf besondere Einzelfallsituationen, die Teilnahme unter abgeänderten Umständen auferlegen („Negativbeschränkung“) (2). Trotz dieser grundrechtlichen Herausforderungen stehen den Hochschulen eine Reihe von alternativen Prüfungskonzepten zur Verfügung (3).

1. Die grundrechtliche Positivbeschränkung bei der Ausgestaltung von Hochschulprüfungen

Zunächst einmal gilt es am Beispiel des Hamburgischen Hochschulgesetzes zu erörtern, weshalb, über das erwähnte Recht der Studierenden auf Prüfungen hinaus, ein Stattfinden von Prüfungen grundrechtlich geboten ist. Um feststellen zu können, ob Studierende das Studienziel erreichen können, bedarf es Hochschulprüfungen, wie sich aus § 59 I HmbHG ergibt. Dabei sind die Leistungen der einzelnen Studierenden anhand differenzierter Noten zu bewerten, § 62 I, II HmbHG. Diese einfachgesetzlichen Vorschriften des Landesrechts konkretisieren den im Prüfungsrecht bedeutsamen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG sowie das Recht der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG.

Der Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG ermöglicht es zunächst einmal, zu unterscheiden.⁸ Zu unterscheiden ist, im Lichte der

² Vgl. beispielsweise für das Land Hamburg § 60 des Hamburgischen Hochschulgesetzes vom 18. Juli 2001 (HmbGVBl. S. 177) in der Fassung vom 12. Dezember 2019 und für das Land Bayern Art. 61 III 1 des Bayerischen Hochschulgesetzes vom 23. Mai 2006 (BayHSchG) (GVBl. S. 245) in der Fassung vom 26. März 2019.

³ Vgl. *Kempfen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 54 Rn. 43.

⁴ § 91 II Nr. 1 HmbHG sieht sogar ausdrücklich vor, dass es dem Fakultätsrat der jeweiligen Fakultät einer Hochschule obliegt, Hochschulprüfungsordnungen zu erlassen, zu ändern oder aufzuheben.

⁵ Vgl. dazu etwa § 2 I 1 des Berliner Hochschulgesetzes (BerlHG) in der Fassung vom 26. Juli 2011, der statuiert: „Die Hochschulen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen.“

⁶ Vgl. beispielsweise § 46 II der Verordnung zur Eindämmung der Aus-

breitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) vom 26.05.2020 in der Fassung vom 18.06.2020.

⁷ Die Studierenden haben gegenüber den Hochschulen ein „Recht auf Prüfung“, welches die Leistungsdimension der in Art. 12 I GG verbürgten Berufsfreiheit konkretisiert, vgl. *Fischer/Dieterich*, Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie, NVwZ 2020, 657 (660).

⁸ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. Aufl. 2020, Art. 3 Abs. 1 Rn. 5, Stand: Feb. 2020.

Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG, zwischen wesentlich Gleichem, das gleich zu behandeln ist und Ungleichem, dem entsprechend seiner Verschiedenartigkeit eine ungleiche Behandlung gebührt.⁹ Für die Prüfungsbewertung bedeutet dies, dass unterschiedliche Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestände anknüpfen: Erfüllt eine Prüfungsleistung die Anforderungen, die an Prüflinge zum Zwecke der Leistungsüberprüfung gestellt wurden, knüpft daran eine andere Rechtsfolge (Bestehen der Prüfung) an als an die Prüfungsleistung, die den Anforderungen nicht genügt (Nichtbestehen der Prüfung).

Eine differenzierte Prüfungsbewertung spiegelt auch das natürliche Konkurrenzverhältnis der Prüflinge wider, welches aus der Bedeutung der Prüfungsleistungen für die in Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit erwächst.¹⁰ Veritable Konkurrenz entsteht nur dann, wenn Prüfungsergebnisse Ausdruck einer individuellen, leistungsbezogenen Prüfungsbewertung sind. Andersherum gedacht müssen Prüfungsbewertungen, eben weil und insoweit sie in die Freiheit der Berufswahl eingreifen, anhand zur Leistungsüberprüfung geeigneter Maßstäbe festgesetzt werden.¹¹

Vor dem Hintergrund dieses Differenzierungserfordernisses im Rahmen der Bewertung von Prüfungsleistungen wird deutlich, weshalb eine Hochschule, selbst unter den außergewöhnlichen Umständen des Abhaltens eines Hochschulseesters während der Corona-Pandemie, nicht ohne weiteres allen Studierenden das Bestehen der Prüfungen ohne Abnahme von Prüfungsleistungen ermöglichen kann.

2. Die grundrechtliche Negativbeschränkung bei der Ausgestaltung von Hochschulprüfungen

Auf der anderen Seite sind die Hochschulen aber auch gehalten – und dies ebenso deutlich aufgrund der Bedeutung der Prüfungsleistungen für die Berufswahlfreiheit der Prüflinge – die Chancengleichheit aller Studierenden bei der Ausgestaltung von Hochschulprüfungen zu gewährleisten. Der aus Art. 3 I GG folgende Grundsatz der Chancengleichheit „beherrscht“ das Prüfungsrecht.¹² Grundsätzlich müssen danach für vergleichbare Prüflinge vergleichbare Prüfungsbedingungen herrschen.¹³ Unter normalen Umständen kann dies bedeuten, dass unter Berücksichtigung des Art. 3 III 2 GG beispielsweise ein an Legasthenie leidender Prüfling aus dem Grundsatz der Chancengleichheit einen Anspruch auf Änderung der Prüfungsbedingungen in Form eines Schreibnachteilsausgleichs herleiten kann.¹⁴

Angesichts der Anforderungen, die in Form von Abstands- und Hygienevorschriften an das Abhalten von Prüfungen wäh-

rend der Corona-Pandemie gestellt sind, ergeben sich für die Gleichheit der Prüfungsbedingungen neue Schwierigkeiten. Regelmäßig erscheint es aus logistischen Gründen sinnvoll, schriftliche Prüfungen mit einer Vielzahl an Teilnehmenden anstelle von Präsenzklausuren digital abzuwickeln. Auch hier erfordert der Grundsatz der Chancengleichheit jedoch, dass verhältnismäßige Regelungen bestehen, die besonderen Situationen einzelner Prüflinge gerecht werden. Freilich ist zunächst einmal zu gewährleisten, dass für Prüflinge, die aufgrund einer Behinderung einen Präsenzprüfungsablauf benötigen, ein solcher stattfindet. Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass Prüflinge im nicht analogen Prüfungsformat mehr als Stift, Papier und einschlägige Gesetzestexte benötigen: ein Internetzugang ist erforderlich. Ist es einem Prüfling nicht möglich, die als „Heimklausur“ konzipierte Prüfung an einem ruhigen Ort mit Internetzugang, welchen er für den Erhalt des Sachverhalts und das anschließende Hochladen der Bearbeitung benötigt, abzulegen, muss für diesen eine Härtefallregelung bestehen. Eine Anpassung der Prüfungsbedingungen dahingehend, dass Prüflinge ohne Heiminternetzugang Klausuren im Präsenzformat schreiben können, ist in solchen Fällen nötig.

Vor dem Hintergrund dieser grundrechtlichen Implikationen ist es nun interessant, zu betrachten, welche alternativen Prüfungsformen die deutschen Hochschulen aufgrund der Corona-Pandemie gewählt haben.

3. Beispiele abgeänderter Prüfungsformate in Zeiten der Corona-Pandemie

Die staatlichen Hochschulen Deutschlands müssen aktuell unter diversen Prüfungsformaten diejenigen auswählen, die nicht nur den pandemiebedingten, sondern auch den grundrechtlichen Anforderungen gerecht werden.

Dass eine differenzierte Kontrolle des tatsächlichen Wissensstands einzelner Studierender nötig ist und stattzufinden hat, steht dabei außer Frage. Um insbesondere dem Grundsatz der Chancengleichheit der Prüflinge gerecht zu werden, indem vergleichbare Prüfungsbedingungen unter Berücksichtigung von in der Person der Prüflinge liegenden Verschiedenheiten herrschen, scheinen zwei Prüfungsformate besonders häufig gewählt zu werden: die sogenannten Open-Book- oder Take-Home-Prüfungen.

a) Open-Book-Klausuren

Bei ersteren, „Online-Hausarbeiten“, handelt es sich um Prüfungen, die Studierende digital während eines begrenzten Zeitraums ablegen und dabei Zugriff auf Hilfsmittel, die in Präsenzklausuren üblicherweise verboten sind, wie Gesetzeskommentare und Lehrbücher, haben.

Ein derartiges Prüfungsformat hat beispielsweise die Ludwig-Maximilians-Universität (LMU) München in § 3 II ihrer Satzung zur Flexibilisierung von Prüfungen im Sommersemester 2020 und im Wintersemester 2020/21 vorgesehen.¹⁵

⁹ Ebd., Rn. 130.

¹⁰ In einem anderen Zusammenhang, nämlich zur erhöhten Bedeutung der Gleichbehandlung der Prüflinge aufgrund des natürlichen Konkurrenzverhältnisses unter Prüflingen: *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 (658).

¹¹ BVerfGE 84, 34 (45 ff.)

¹² BVerfGE 70, 143, Rn. 5; BVerfGE 84, 34 (50).

¹³ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 43. Edition 2020, Art. 3 Rn. 174, Stand: Mai 2020.

¹⁴ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, 90. Aufl. 2020, Art. 3 Abs. 3 Rn. 130, Stand: Feb. 2020.

¹⁵ Satzung der Ludwig-Maximilians-Universität München zur Flexibilisierung von Prüfungen im Sommersemester 2020 und im Wintersemester

Vor dem Grundsatz der Chancengleichheit hat dieses Prüfungsformat grundsätzlich Bestand: Im Rahmen von Onlineklausuren ist es regelmäßig, aus logistischen wie datenschutzrechtlichen Gründen, schwer, zu überprüfen, ob manch Prüfling sich durch das Hinzuziehen verbotener Hilfsmittel einen Vorteil zu verschaffen ersucht. Indem deren Gebrauch von vorneherein für alle Prüflinge erlaubt wird, ist sichergestellt, dass vergleichbare Prüfungsbedingungen für alle Teilnehmenden herrschen, denn alle Prüflinge kochen gewissermaßen mit dem gleichen Wasser. Eine differenzierte Wissensüberprüfung findet dennoch statt: Wie sich aus § 3 II 2 der Satzung der LMU zur Flexibilisierung von Prüfungen im Sommersemester 2020 und im Wintersemester 2020/21 ergibt, zielt das hausarbeitsähnliche Prüfungsformat darauf ab, problemorientierte Transferleistungen der Studierenden zu bewerten.

b) Take-Home-Klausuren

Eine andere Möglichkeit des digitalen Prüfungsformats stellen sogenannte Take-Home-Prüfungen dar, welche wiederum im Sommersemester 2020 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg stattfinden. In dem neu eingefügten § 7a (Leistungsnachweise im Sommersemester 2020) der Studien- und Prüfungsordnung der Fakultät für Rechtswissenschaft¹⁶ ist vorgesehen, dass Prüfungsleistungen in elektronischer Weise anstelle von Präsenzklausuren erbracht werden können. Im Gegensatz zu Open-Book-Klausuren sind jedoch nur diejenigen Hilfsmittel erlaubt, die auch in Präsenzklausu-

ren zugelassen sind. Um vergleichbare Prüfungsbedingungen sicherzustellen, müssen alle Prüflinge eine Eigenständigkeitserklärung abgeben, in welcher versichert wird, dass nur zulässige Hilfsmittel genutzt wurden.

Auch im Rahmen derartiger digitaler Prüfungsformate ist die Chancengleichheit der Prüflinge weiter dadurch zu gewährleisten, dass Ausnahmeregelungen für Studierende ohne digitalen Heimzugang möglich sind. So sind etwa an der rechtswissenschaftlichen Fakultät Hamburg Raumkapazitäten vorgesehen, die im Falle von Härtefallanträgen ein Ablegen der Prüfungen im Präsenzformat ermöglichen.

IV. Fazit

Dass die Corona-Pandemie nahezu alle Rechtsgebiete durchdringt und dabei erhebliche Herausforderungen an Staat, Verwaltung und jede/n Einzelne/n stellt, zeigt sich auch im Prüfungsrecht. Das in der (juristischen) Ausbildung wohl bisher als uneingeschränkt akzeptierte und praktizierte Prüfungsformat der Präsenzklausur wird in diesem, und möglicherweise auch in künftigen Semestern, zum Ausnahmefall. Soweit es die Universitäten aber schaffen, den Anforderungen an ein grundrechtskonformes Prüfungsrecht gerecht zu werden, sind die digitalen Prüfungsformate eine veritable Alternative, die eine zunehmende Digitalisierung gesellschaftlicher Abläufe widerspiegelt. Trotz der unerwarteten Radikalität, mit der sich dieser Wandel nun im Prüfungsrecht vollzieht, scheinen die Universitäten den erörterten Anforderungen gut gerecht zu werden.

2020/21 (2020) vom 21.04.2020.

¹⁶ Änderung der Studien- und Prüfungsordnung der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg für den Studiengang Rechtswissenschaft vom 27. Mai 2020 (Nr. 56 vom 16. Juni 2020).

Impressum

HRN HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

10. Jahrgang – Heft 2020 – November 2020
ISSN (Print) 2191-6543 – ISSN (Online) 2699-2299
www.hamburger-rechtsnotizen.de

Redaktion und Lektorat

Sina Aaron Moslehi (Chefredakteur)
Julius Adler
Pia Reinhold

E-Mail: redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Layout, Satz und Internet

Sina Aaron Moslehi

Vertrieb und Abonnements

Professor Dr. Dr. Milan Kuhli
E-Mail: vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de

Erscheinungsweise

Die HRN erscheint einmal jährlich.

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e.V.

Einzelvertretungsberechtigt sind:

Professor Dr. Dr. Milan Kuhli (Erster Vorsitzender)
Oliver van der Schoot (Zweiter Vorsitzender)

E-Mail: verein@hamburger-rechtsnotizen.de

Hamburger Rechtsnotizen e.V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR1030 eingetragen.

Sitz und Postanschrift von Herausgeber und Redaktion

Universität Hamburg
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33
20148 Hamburg

Manuskripteinreichung

Die Redaktion freut sich über die Einreichung von Beiträgen in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die/der Autor/in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

HRN HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN