

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.“<sup>1</sup> Ernst Forstoffs bildlich ausgedrückte Zweifel an der Hoffnung, aus strukturellen Schwächen der Weimarer Verfassung Lehren für das Grundgesetz der Bundesrepublik ziehen zu können,<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Wenn man bei der Teufelsmetaphorik bleiben will: Ein Teil von jener Kraft, die stets das Böse will und stets das Gute schafft.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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“<sup>7</sup> bildete damals das Platzen einer lokalen Immobilienblase,<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Ansteckungseffekte stellten im Finanzsystem die Bündelungs- und Streuungseffekte global gehandelter Finanzprodukte und die Intermediationswirkung international agierender Kreditinstitute dar;<sup>10</sup> im Bereich der menschlichen Gesundheit Tröpfcheninfektionen, die den Erreger in der global vernetzten Gesellschaft mit zunehmender Geschwindigkeit in alle Teile der Welt verbreiten.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Gegenwärtig deuten sie sich durch die wirtschaftlichen Folgen von krankheits- und isolationsbedingten Personalausfällen und Eindämmungsmaßnahmen sowie, abermals, die erheblichen Belastungen der öffentlichen Haushalte an.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> Bei der Pandemiebekämpfung trifft die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems auf wirtschaftliche und persönliche Freiheitsrechte.<sup>16</sup>

### 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.<sup>17</sup> 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 Derivate<sup>18</sup> und die Erweiterung hoheitlicher Befugnisse zur Produktaufsicht und -intervention,<sup>19</sup> bei der Eigenkapitalausstattung<sup>20</sup> und bei der Trennung verschiedener Geschäftsbereiche von Kreditinstituten.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

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

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

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

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

<sup>22</sup> 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.

hungsprozess erkennen und gegensteuern zu können,<sup>23</sup> oder aber durch etablierte Abwicklungs- und Restrukturierungsregime die Folgeeffekte des drohenden Zahlungsausfalls einzelner Kreditinstitute oder auch öffentlicher Körperschaften zu verringern.<sup>24</sup> Auch hier sind mit der Einführung einer Makroaufsicht über das Finanzsystem<sup>25</sup> und von Bankabwicklungsregimen auf europäischer und nationaler Ebene<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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 Finanzkrise<sup>31</sup> – 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> Als rechtswidrig erwiesen sich jedoch Maßnahmen, die außerhalb der bestehenden Rechtsordnung, etwa ohne Rechtsgrundlage, getroffen wurden.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

#### 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

<sup>23</sup> Zum Problem der Entstehung und Ausbreitung systemischer Risiken oben Fn. 10.

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

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

<sup>30</sup> 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.

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

<sup>32</sup> 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.

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

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> *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.).

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Schon dies erfordert, angesichts der erheblichen finanziellen Aufwendungen, Abwägungsentscheidungen.<sup>39</sup> Allgemeiner wird man die Verbreitungswege von Pandemien genauer studieren und insbesondere Eindämmungsstrategien, etwa die Nachverfolgung und Isolierung von Kontaktpersonen, evaluieren.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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“.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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,<sup>45</sup> mehrfach wurden gleichheitswidrige Differenzierungen bei Beschränkungen beanstandet.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Vgl. bereits *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 154 f., 389.

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

<sup>41</sup> Vgl. *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Pressemitteilung Nr. 8 vom 19.03.2020.

<sup>42</sup> 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.

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

<sup>44</sup> VG München vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1255.

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

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.