

Anlagenkonvolut

zum Wortprotokoll der 6. Sitzung der
Enquete-Kommission "Aufarbeitung der Corona-
Pandemie und Lehren für zukünftige
pandemische Ereignisse" am 3. November 2025



Kommissionsdrucksache 21(27)5
vom 6. November 2025

Prof. Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

**„Der Rechtsstaat unter Pandemiebedingungen:
IfSG, Grundrechte und Eigenverantwortung“**

Das Staatsrecht in der Corona-Pandemie

Normalzustand und Ausnahmezustand

Karl Albrecht Schachtschneider

Zusammenfassung

I. „Staatsrecht in der Corona-Pandemie“ erörtert die staatsrechtlichen Bedenken gegen die Corona-Schutzmaßnahmen. Die Schrift kommt zu dem Ergebnis, daß einschließlich der Änderungen des Infektionsschutzgesetzes alle Maßnahmen in Deutschland zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 mit dem Grundgesetz unvereinbar sind, sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen. Erforderlich für diese rechtliche Kritik waren und sind dogmatische Bemühungen im Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, vor allem Polizeirecht, und Verordnungsrecht. Die Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen, zumal grundrechtlichen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bleibt nicht erspart. Die Schrift umfaßt etwa 350 Seiten. Hinzu kommen Texte der einschlägigen Vorschriften. Das Inhaltsverzeichnis gibt einen Überblick und ermöglicht, Teile oder Kapitel der Schrift herauszugreifen. Die Schrift zu lesen verlangt Mühe und kostet Zeit.

In Teil A befaßt sich die Schrift zu I mit den einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundlagen des Grundgesetzes, zu II mit deren fragwürdigen Veränderungen durch das Bundesverfassungsgericht, zu III mit dem Zweck des Staates, dem gemeinsamen Leben Schutz und Sicherheit zu geben, und zu IV mit dem Notstandscharakter der Corona-Schutzmaßnahmen ohne eine verfassungsgesetzliche Notstandsordnung, in der die Maßnahmengesetze gerechtfertigt sein könnten. In Teil B berichte ich zu I von der Corona-Lage in Deutschland, zu II von der einschlägigen Judikatur. Teil C erörtert die Ermächtigungen der Bundes- und der Länderregierungen, deren föderalistischen und delegations- und gewaltenteilungsrechtlichen sowie die rechtstaatlich fragwürdigen „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ und vor allem die durchgehende Unbestimmtheit der Ermächtigungen, zu II die tatbestandlichen Voraussetzungen der Corona-Schutzmaßnahmen, u. a. die souveränitätswidrigen Befugnisse der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Zu III: Die herkömmlichen polizeirechtlichen Gefahrenbegriffe geben keine Rechtsgrundlage für die Corona-Abwehrmaßnahmen her. Das Infektionsschutzgesetz hat einen eigenständigen Gefahrbegriff für die epidemische Infektionsgefahr als einem Notstand geschaffen. Diese Infektionsgefahr regelt keinen Normalzustand, sondern einen Ausnahmezustand, die Epidemie. Zu IV gehe ich auf die Verpflichtung des Staats zu Schutzmaßnahmen gegen eine Epidemie oder Pandemie ein. Schutzpflichten des Staates bestehen gegen Störer und im polizeilichen Notstand gegen Nichtstörer, die zur Abwehr einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Anspruch genommen werden können, weil nur sie diese Abwehr zu leisten vermögen. Die Möglichkeit, in einer Pandemie infiziert zu sein, ist aber keine Störung im polizeirechtlichen Sinne. Die Verpflichtung, Schutzmaßnahmen zu treffen, ist eine Beeinträchtigung insbesondere der des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit, für die das Polizeirecht keine Rechtsgrundlage ist. Gegen diese Maßnahmen steht der Verfassungsrechtsschutz zur Verfügung, der zu V dargelegt ist. Den

Maßnahmen stehen im Normalzustand trotz ihrer Notwendigkeit die Grundrechte, sogar in deren Wesensgehalt entgegen. Das Bundesverfassungsgericht praktiziert das entgegen seiner bisherigen Grundrechtsdogmatik, insbesondere der zur unantastbaren Menschenwürde, anders. Es relativiert den Menschenwürdeschutz sowie den Grundrechtsschutz, weil die Epidemie ungleich mehr Menschen gefährdet als die Schutzmaßnahmen. In einer notständigen Ausnahmelage werden die Grundrechte ausgesetzt. Aber das setzt, wie zu VI dargelegt wird, eine Verfassungsgrundlage für den inneren Notstand voraus. Eine solche hat Deutschland nicht. Zur Abwehr der Coronainfektionen sind die elementaren Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes beiseitegeschoben worden. Das zentrale Organ Deutschlands wurde die Ministerpräsidentenkonferenz, die das Grundgesetz nicht vorsieht. Der Verfassungsstaat wurde zum Regierungsstaat, dessen Maßnahmen diktatorischen Charakter haben, wie im antiken Rom die Diktatur eines Konsuls, dem das Imperium überantwortet wurde, eine Bedrohung der *res publica* abzuwehren. Zu VIII sind die verschiedenen Schutzmaßnahmen erörtert, zu 1 das Abstandsgebot, zu 2 die Pflicht zum Mund-Nasenschutz, zu 3 die Nachweispflicht negativer Testung, zu 4 die Quarantänepflicht, zu 5 die Pflicht zur Anwesenheitsdokumentation, zu 6 die elektronische Warn-Apps, zu 7 das Verbot privater Zusammenkünfte, zu 8 die Kontaktbeschränkungen, zu 9 die Ausgangsbeschränkungen und zu 10 Arbeitsstättenregelungen. Außer dem Mund-Nasenschutz und dem Abstandsgebot, deren Beeinträchtigung gering ist, sind alle Maßnahmen im Normalzustand verfassungswidrig. Ein besonderes Ärgernis war die Impfpflicht, die ich zu VIII kritisiere. Sie ist insbesondere wegen der nicht bestrittenen Impfdurchbrüche, auch lebensbedrohliche Infektionen trotz Impfung, im Normalzustand und in Ausnahmezustand eine Verletzung der Menschenwürde. Ihre Rechtfertigung durch das Bundesverfassungsgericht verletzt zudem das Willkürverbot, ein Wesensprinzip des Rechtstaates. Zu IX ist die rechtliche Fragwürdigkeit der unterschiedlichen Maßnahmen der 2G- und der 3G-Regelung erörtert.

Die wichtigsten der beim Abschluß dieser Arbeit geltenden Rechtsvorschriften des Bundes und Berlins als Beispiel für die Länder, die die Schutzmaßnahmen regeln, sind im Anhang der Schrift aufgeführt.

II 1. Die Würde des Menschen ist es, unter dem eigenen Gesetz zu leben, das als Gesetz allgemein ist (in der Schrift A I 1). Diese Würde ist die Freiheit aller Bürger der Republik. Alle Staatsgewalt geht in ihr vom Volke aus. Die Republik muß demokratisch und sie muß rechtsstaatlich sein. Zu beiden Prinzipien gehören die Gesetzlichkeit und deren Schutz durch die Gerichte. Die horizontale Gewaltenteilung steht durch die Unabhängigkeit der Staatsorgane voneinander der Vereinheitlichung der politischen Macht entgegen. Die vertikale Gewaltenteilung des Bundesstaates bezweckt mit der Eigenstaatlichkeit der Länder eine territoriale und personale Vielfalt der Politik. Beide freiheitlichen Einrichtungen werden in dem entwickelten Parteienstaat Deutschlands unterlaufen. Essenzieller Zweck des Staates und aller Staatsgewalt ist die Sicherheit des Landes im Inneren und nach außen. Grundrechte begrenzen die Ausübung der Staatsgewalt, die wegen ihrer Macht droht, die Freiheit zu ersticken.

2. Die Materialisierung formaler Begriffe wie vor allem dem der Würde des Menschen (dazu zu A II 2 a) und die Verständnislosigkeit gegenüber dem das Grundgesetz leitenden ebenso formalen Begriff des Sittengesetzes als der ethischen Grenze der Freiheit, lassen nichts anderes übrig als die Abkehr vom Grundgesetz. Die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts von der Herrschaftlichkeit

des Staates hat einer freiheitlichen Republiklehre, wie sie dem Grundgesetz entsprechen würde, von vornherein keine Chance gegeben. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit folgt regelmäßig der Politik der anderen Staatsorgane. Das Gericht räumt der Legislative und der Exekutive weite Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume ein. Das Verhältnismäßigkeitsdogma als das offene Prinzip des rechten Maßes kennt keine stringente Begrifflichkeit, die an den Text der Verfassung gebundene Erkenntnisse ermöglicht. Das Dogma gibt dem Bundesverfassungsgericht politische Gestaltungsmacht, die sich von Texten des Grundgesetzes nicht irritieren läßt.

3. Das Bundesverfassungsgericht hat am 19. November 2021 den Bundesnotbremse-Beschluß gefaßt. Dieser hat Verfassungsbeschwerden gegen die Ausgangs- und die Kontaktsperrn des § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 zurückgewiesen. In dem Beschluß vom 10. Februar 2022 hat das Gericht Anträge auf einstweilige Anordnungen gegen die Impfpflicht in besonderen Einrichtungen und Unternehmungen zurückgewiesen. § 20 a IfSG hatte in diesen wegen verstärkter Infektionsgefährdung nicht geimpften Arbeitskräften die Tätigkeit zu verbieten angeordnet. Das Verbot konnte mangels Fachkräften und wegen Überlastung der Gesundheitsämter nicht vollzogen werden. Der Gesetzgeber hielt irrig Schäden an Leben und Gesundheit, die ohne Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 drohen, für schwerwiegender als solche, die Impfungen gegen das Virus bewirken können. Die Judikate sind zu A II wiedergegeben.

4. Das Gericht hat denn auch die Verfassungsbeschwerden gegen die Impfpflicht für Beschäftigte in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmungen durch Beschluß vom 27. April 2022 zurückgewiesen. Der Erste Senat des Gerichts befaßt sich in der Sache nur mit der Verhältnismäßigkeit dieser Impfpflicht, obwohl er einräumt, daß die Impfung die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen und „in sehr seltenen Fällen“ zum Tod führen könne (BVerfG, Beschluß vom 10. Februar 2022, Rn. 16; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnn. 208, 230 ff.). Aber die Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der schutzbedürftigen Menschen in den Einrichtungen und Unternehmungen durch Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die sich vielfach verwirkliche, wiege, meint das Gericht, ungleich schwerer als die Gefahr der Impfung, die nur „sehr selten“ zu Krankheit oder gar Tod führe (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnn. 208, 230 ff.). Dem Schutz der vulnerablen Gruppen in den Einrichtungen und Unternehmungen gebühre der Vorrang.

5. Dem grundrechtlichen Schutz gegen staatliche Maßnahmen stellt das Bundesverfassungsgericht die Schutpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit entgegen. Es entnimmt diese Schutpflicht in ständiger Rechtsprechung denselben Grundrechten, insbesondere dem des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das das Recht schützt, Eingriffe des Staates in die genannten Schutzgüter abzuwehren. Die Abwägung zwischen dem Abwehrrecht und der Schutpflicht schränkt, judiziert das Gericht, das Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die grundrechtsgeschützten Rechte ein. Abwägung soll das Abwehrrecht und die Schutpflicht mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips zum verfassungsgerechten Ausgleich bringen. Derartige Dogmatik beseitigt die im Rechtsstaat geforderte Bestimmtheit der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Maßnahmen wie als Schutzrechte gegen Gefahren für Leben und Gesundheit. Sie führt zur Verfassungsgebung von Richtern. Diese Judikatur ist eine Selbstermächtigung des Bundesverfassungsgerichts zur Politik, die verfassungsrangig die Politik der Regierung und des Gesetzgebers bindet. Sie ist mit dem demokratischen Prinzip und dem Rechtsstaatsprinzip des

Grundgesetzes schwerlich vereinbar ist. Die Schutzhaltendogmatik ist das Paradigma der Auflösung des Grundgesetzes, vor allem Umwandlung der Grundrechte, in ein relativistisches, alle Verfassungsrechtssätze überwölbendes Verhältnismäßigkeitsprinzip.

6. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Lande zu gewährleisten ist der eigentliche Zweck des Staates. Die Polizeigefahr ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Eine konkrete Gefahr ist die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die eine Verbreitung des Virus wahrscheinlich macht. Eine abstrakte Gefahr besteht, wenn nach der Erfahrung in bestimmten Situationen, etwa in Krankenhäusern, Infektionen durch Besucher zu erwarten sind. Die Polizeigefahren sind abzuwehren, wenn sie auf Grund von Tatsachen erkennbar sind.

7. Um die Pandemie durch das Coronavirus SARS-CoV-2 bewältigen zu können, die eine Infektion mit dem Virus durch jeden Menschen sowie Erkrankung und Tod durch das Virus im ganzen Land birgt, hat das Bundesverfassungsgericht das Recht des Staates, Schutzmaßnahmen gegen die Infektion zu treffen, von dem Begriff der Polizeigefahr gelöst und dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) entgegen dessen Wortlaut einen Begriff der epidemischen Infektionsgefahr zugrunde gelegt. Die epidemische Infektionsgefahr ist die Möglichkeit einer Infektion auch ohne deren Wahrscheinlichkeit. Die Dogmatik der Infektionsgefahr entspricht dem Zweck des Gesetzes und der Art und Weise der Schutzmaßnahmen gegen die Infektionen mit dem Coronavirus.

8. Für die Abwehr einer epidemischen Infektionsgefahr hält das Grundgesetz keine Rechtfertigung außer der fragwürdig den Grundrechten abgewonnen Schutzhalt bereit. Die epidemische Infektionsgefahr ist die Möglichkeit der Infektion durch alle und von allen Menschen im Lande. Die Möglichkeit ist nicht die Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und somit keine Polizeigefahr. Die Pflicht des Staates, Polizeigefahren abzuwehren, folgt aus dem elementaren Staatszweck Sicherheit. Die Polizeigefahr erfaßt rechtsstaatlich den Tatbestand, der den Staat verpflichtet, den wahrscheinlichen Schaden abzuwehren. Diese Pflicht ist dem Staatsbegriff immanent. Sie folgt nicht eigens aus Grundrechten. Diese haben vielmehr den Zweck, den Sicherheitsmaßnahmen des Staates im Interesse der Privatheit der Menschen Grenzen zu ziehen. Privatheit ist die Eigenständigkeit der Lebensgestaltung, die alleinbestimmte Besonderheit, freilich in den Grenzen der Gesetze.

9. Das Infektionsschutzgesetz (IfSG) hat die Landesregierungen durch § 32 in Verbindung mit §§ 28, 28 a und 29 bis 31 ermächtigt, durch Rechtsverordnungen Verbote und Gebote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen. Diese Ermächtigung hat die Landesregierungen nicht befugt, eine 2G-Regel oder 2G-Plus-Regel vorzuschreiben. Diese Befugnis wurde durch § 28 c S. 4 IfSG „für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen“, nämlich vor allem für die „in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen und Ausnahmen“ zu schaffen, gegeben. Das sind die „Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können“.

10. Die Ermächtigung der Landesregierungen durch Verordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG verstößt gegen Art. 80 Abs. 1 GG. Sie hängt nicht nur von dieser Ermächtigung der Bundesregierung ab, sondern auch davon, daß die Bundesregierung von

ihrer Ermächtigung nach Satz 1 Gebrauch gemacht hat. Dafür gibt Art. 80 GG keine Rechtsgrundlage. Eine Ermächtigung der Bundesregierung kann diese nicht auf die Landesregierungen „weiter übertragen“, wie das Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG erlaubt, sondern wegen der Staatshoheit der Länder nur auf Bundesbehörden. Die Ermächtigung nach § 28 c S. 3 IfSG ist zudem keine Weiterübertragung. Die Landesregierungen konnten wegen Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG nicht von der Bundesregierung ermächtigt werden.

11. Die Ermächtigung in § 28 c IfSG zu „Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes“ ist entgegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht im Gesetz nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt. Der Begriff der „Immunisierung“ ist unklar und die Begriffe „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ sind unbestimmt. Das Wort „Erleichterungen“ ist kein tragfähiger Rechtsbegriff.
12. Die Ermächtigung Berlins zum Erlass von Schutzmaßnahmen durch § 7 (vorher § 11) der Rechtsverordnung der Bundesregierung ist nichtig. Berlin war weder zum Erlass der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 5. Oktober 2021 noch zum Erlass der Vierten Verordnung vom 23. Dezember 2021 ermächtigt. Diese Verordnungen hatten bzw. haben wie ihre Änderungen keine wirksame Rechtsgrundlage. Die Bundesregierung hat die Landesregierungen durch § 11 bzw. § 7 ihrer Rechtsverordnungen wegen Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG nicht wirksam zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt. Das kann nur der Gesetzgeber. Die Bundesregierung hätte ihre Ermächtigung nur übertragen können.
13. Die Bundesregierung hat in ihrer COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der Fassung vom 10. Dezember 2021 in § 7 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und Abs. 2, § 9 Abs. 1 und Abs. 2 und § 10 Abs. 1 und 2, in der Fassung vom 14. Januar 2022 in § 3 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 und 2, § 5 und § 6 durch ihre Regelungen unmittelbar in die Schutzmaßnahmenverordnungen der Länder eingegriffen. Dadurch sind die Verordnungen der Länder nicht durchgehend Ausübung ihrer Staatsgewalt. Das mißachtet die föderalistische Gewaltenteilung. Die Landesverordnungen, die die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 regeln, sind auch dadurch verfassungswidrig und nichtig.
14. Die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ ist wegen ihrer Tragweite dem Bundestag überantwortet. Die Feststellung wird als politischer Gestaltungsakt mißverstanden, darf aber nur ein empirischer Erkenntnisakt, durchaus mit einem Einschätzungsspielraum, sein, keine Fiktion aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen. Wenn nicht alle relevanten Theorien zu den Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und Erkrankungen an dem Virus von den verantwortlichen Staatsdienstern herangezogen worden sind, sind die Schutzentscheidungen des Staates rechtswidrig.
15. Das leitende Entscheidungsgremium, das politisch über die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus entschieden hat, war die Konferenz des Bundeskanzlers mit den Ministerpräsidenten der Länder. Dieses Gremium ist kein vom Grundgesetz eingerichtetes Organ. Die politische Verbindlichkeit, die die Absprachen in dem Gremium bewirken, ist weder mit der föderalistischen noch mit der demokratischen noch mit der rechtsstaatlichen Organisationsverfassung des Grundgesetzes vereinbar. Das Gremium übt ohne Rechtsgrundlage Staatsgewalt aus. Die zuständigen Ämter der Länder müssen sich Klarheit über die Theorie der epidemischen Lage von

nationaler Tragweite verschaffen, die sie heranziehen. Das ist nicht geschehen. Folglich waren und sind die Maßnahmen der Länder, auch die Berlins, rechtswidrig. Sie sind nicht auf alle für sie maßgebliche Theorien gestützt. Anderes gilt für die Bundesregierung und den Bundesgesetzgeber, die eigene Verantwortlichkeiten für die Erkenntnis der Wirklichkeit hatten und haben.

16. Die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ ist für die Zeit nach dem 25. November 2021 unterblieben, obwohl die Corona-Lage sich verschlechtert hatte. Die Feststellung ist entweder willkürliche Fiktion oder die vorherigen Feststellungen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite waren irrig.

17. Die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hatten sich erheblich ausgebreitet, nicht in bedrohlicher Weise die Erkrankungen an dem Virus. Die Ausbreitung des Virus durch vielfache Infektionen hat keine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in ganz Deutschland“ bewirkt, weder wenn der polizeirechtliche Gefahrbegriff zugrunde gelegt wird, noch wenn der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr herangezogen wird.

18. Das Ende der Feststellungswirkung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite hätte es nicht mehr erlaubt, die Verbote und Gebote des § 28 a IfSG zu vollziehen. Die Länder konnten allerdings nach Absatz 7 des novellierten § 28 a IfSG weitgehende Verbote und Gebote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 verordnen. Diese sind weitestgehend rechtswidrig, wenn sie eine Polizeigefahr voraussetzen. Wenn eine epidemische Infektionsgefahr abzuwehren versucht wird, werden die Grundrechte der Störer, der infizierten Personen also, und in Grenzen der Nichtstörer zu Recht eingeschränkt. Aber die Grundrechte der gesamten Bevölkerung werden, soweit sie nicht Störer oder Nichtstörer im definierten Sinne sind, verletzt. Nichtstörer nach polizeirechtlichen Begriffen sind unvermeidliche Opfer von Abwehrmaßnahmen gegen Polizeigefahren.

19. Die Ausrufung einer Pandemie durch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) kann kein Tatbestandsmerkmal einer Vorschrift in Deutschland sein, mit der erhebliche Grundrechte einschränkungen verbunden sind. Die WHO ist kein Organ Deutschlands und in Deutschland ohne demokratische Legitimation. Ihr sind keine Hoheitsrechte Deutschlands übertragen. Deutschland muß die Verwirklichung der relevanten Tatbestände seiner Regelungen selbst feststellen. Die Regelungen der Gesundheitsversammlung nach Art. 21 und Art. 22 der WHO-Verfassung entfalten nach allgemeinem Völkerrecht keine Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten der WHO.

20. Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 setzen eine Gefahrenlage voraus. Diese wird in der „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ gesehen, die vorliegt, „wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht“. Diese Lage wird vom Deutschen Bundestag festgestellt. Die Schutzmaßnahmen, die der Staat für alle Menschen im Lande vorschreibt, sind erhebliche Eingriffe in die Grundrechte jedes Einzelnen und ein schwerer Eingriff in das durch die Grundrechte des Rechtsstaates geprägte Leben in Deutschland. Durch die Schutzmaßnahmen werden die Versorgung der Bevölkerung, der Bestand der Unternehmen und die Finanzierung des Staates mittels Steuereinnahmen beeinträchtigt. Die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hat für einen Teil der Bevölkerung zu Erkrankungen und Krankenhausaufenthalten geführt. Einigen Menschen hat die Infektion den Tod gebracht und bringt sie noch. Die wirkliche Todesursache wird nur selten geklärt. Andere Krankheiten fordern

mehr Tote. Den Mißbrauch von Zigaretten, Alkohol, Rauschgiften, aber auch Zucker könnte der Staat auch unterbinden. Der Mensch ist jedoch für seine Gesundheit in einem freiheitlichen Gemeinwesen selbst verantwortlich. Das ist auch für die Abwehr der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 eine Option, die Schweden gewählt hat. Der Staat hat für ein leistungsfähiges Gesundheitssystem zu sorgen. Darin hat er versagt. Eine wesentliche Triebkraft für die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist die Angst vor der Infektion mit dem Virus, die vor allem der Staat mittels der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geschürt hat. Die Grundrechte-einschränkungen durch die Schutzmaßnahmen können durch die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates nicht gerechtfertigt werden. Die verfassungsgerichtliche Dogmatik der aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten ist, wie schon gesagt, brüchig. Richtig ist die Pflicht des Staates, den Menschen im Lande möglichste Sicherheit zu geben. Dabei muß er die Grundrechte beachten und darf die Würde des Menschen nicht antasten.

21. Die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist keine „dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder“ Deutschlands. Aus der Infektion kann eine Krankheit werden. Sie ist aber selbst keine Krankheit. Ob eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ in ganz Deutschland besteht, hängt entweder von einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinne oder von einer Infektionsgefahr im Sinne des Bundesverfassungsgerichts ab. Die Gefahr muß zudem ernsthaft sein. Der Begriff der „öffentliche Gesundheit“ ist wegen seiner sprachlichen Einfachheit eingebürgert und erfaßt in der Praxis die Möglichkeiten der Versorgung der Kranken in Krankenhäusern.

22. Der Maßnahmenkatalog des § 28 a IfSG kann, wenn und weil die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nicht erneuert worden ist, solange nicht genutzt werden, wie diese Lage nicht festgestellt ist. Die Möglichkeiten der Länder, ermächtigt durch § 32 IfSG, das Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwehren, sind durch den novellierten Absatz 7 des § 28 a IfSG erheblich beengt worden.

23. Die Verbote und Gebote zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 gelten nach den Berliner Schutzmaßnahmenverordnungen in Berlin allgemein. Berlin unterscheidet nicht nach den Inzidenzen in den Stadtteilen wie etwa Bayern nach den Landkreisen, obwohl das möglich und geboten wäre. Es wird auch nicht berücksichtigt, ob von Menschen und Einrichtungen Abwehrmaßnahmen rechtfertigende Gefahren für die Gesundheit von Menschen ausgehen. Ob jemand mit dem Virus infiziert ist und sich infizieren kann, setzt fachkundige Untersuchung voraus. Weder der Schnelltest noch der PCR-Test sind dafür hinreichend valide. Die durchaus starke Gefahrenbefürchtung ist keine Gefahr. Die Gefahr als Wahrscheinlichkeit eines Schadens muß auf Grund von Tatsachen erkennbar sein. Der Gefahr muß durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr nach Möglichkeit abgeholfen werden. Eine Gefahr durch alle und für alle Menschen im Lande war und ist nicht erkennbar. Nur weil für jeden die Möglichkeit besteht, mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert zu werden, hat die Infektion noch keine Wahrscheinlichkeit, erst recht nicht die Erkrankung oder der Tod durch das Virus. Noch weniger ist erkennbar, wer infiziert zu werden droht. Die Warnungen der Immunologen und Epidemiologen, alle Menschen im Land werden infiziert werden, machen noch keine Polizeigefahr aus. Das sind immunologische und epidemiologische Einschätzungen, die nicht einmal einen Gefahrenverdacht begründen und keine allgemeine Gefahrenvorsorge rechtfertigen. Allenfalls der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr vermag

Schutzmaßnahmen gegen die Infektionen mit dem Virus wegen der fachwissenschaftlichen Warnungen zu tragen.

24. Gefahrenabwehrmaßnahmen wie Mund-Nasen-Schutz und Nachweis negativer Tests über eine Infektion mit dem Coronavirus, die allen Menschen im Lande auferlegt werden, sind wegen der Vermutung, daß alle Menschen infiziert sein können, nicht berechtigt. Sie sind unnötig und übermäßig. Es genügt, wenn die Menschen Vorsicht vor einer Infizierung walten lassen. Jedenfalls greifen Maßnahmen weitaus weniger in das Leben der Allgemeinheit und die alle versorgende Wirtschaft des Landes ein, die verhindern, daß mit immer neuen Mutanten des Coronavirus SARS-CoV-2 infizierte Menschen die Grenze zu Deutschland zu Fuß oder mit einem Fahrzeug übertreten, überfahren oder überfliegen. Wer nach Deutschland kommt, ist, wenn das geboten erscheint, gründlich auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu untersuchen und, wenn eine Infektion mit dem Virus in hinreichender Stärke festgestellt wird, der für die Sicherheit erforderlichen Quarantäne zuzuführen. Dagegen gibt es allenfalls in Ausnahmefällen rechtlichen Bedenken.

25. Der Gefahrenverdacht und die Gefahrenvorsorge berechtigen, nach einem positiven Schnelltest (PoC-Antigen-Test) weitere Untersuchungen vorzuschreiben, um festzustellen, ob eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht, wie den PCR-Test. Aber die Verpflichtung zum Schnelltest ist bereits eine Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Jeden Menschen ohne jeden konkreten Anhaltspunkt zu verdächtigen, er sei eine Gefahr für andere, also ein Störer der öffentlichen Sicherheit, verletzt die Würde des Menschen. Selbst die Verpflichtung zum Schnelltest setzt tatsächliche Anhaltspunkte für den Gefahrenverdacht und die Gefahrenvorsorge voraus. Die allgemeine Möglichkeit der Infektion ist noch kein Gefahrenverdacht. Außerdem muß die staatliche Behörde befugt sein, einem Gefahrenverdacht nachzugehen. Eine solche Zuständigkeit räumt das Allgemeine Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG) Berlins den Ordnungsbehörden nicht ein. Die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr jedoch erlaubt es, ohne jede konkrete oder abstrakte Gefahr, wegen der Möglichkeit der Infektion und folgend der Erkrankung und des Todes Schutzmaßnahmen gegen die gesamte Bevölkerung zu treffen.

26. Für Veranstaltungen, die entweder eine konkrete Polizeigefahr sind, etwa weil Menschen mit Krankheitssymbolen an ihnen teilnehmen, oder wegen der Gefahrenerfahrung derartiger Veranstaltungen eine abstrakte Polizeigefahr ausmachen, durch die jeder, der an diesen Veranstaltungen teilnimmt, zum Störer wird, können rechtens Schutzmaßnahmen vorgeschrieben werden, wenn diese angemessen sind. Aber jeden Menschen um der Effizienz der Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 willen zu Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Virus zu verpflichten, heißt, jeden Menschen in Verdacht zu nehmen, er sei eine Gefahr für andere Menschen. Das ist die Folge der Dogmatik der Infektionsgefahr.

27. Die Infektionsgefahr muß nach dem Stand der Wissenschaft beurteilt werden. Bund und Länder haben ihre Maßnahmen, soweit bekannt, auf ernst zu nehmende Theorien von der Infektionsgefahr des Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen gestützt. Allerdings waren das nicht die einzigen beachtlichen Theorien von der Gefährlichkeit des Virus.

28. Die Risikovorsorge kommt nur in Betracht, wenn durch den Betrieb einer Anlage außergewöhnliche Schäden drohen, etwa Atomkraftwerke. Der Schaden durch einen Gau wäre so verheerend, daß er ausgeschlossen werden können muß. Darum darf ein Atomkraftwerk nicht einmal die Möglichkeit eines Unfalls zulassen. Wie wenig das möglich ist, hat der Gau in Fukushima gezeigt. Deutschland hat daraufhin die Nutzung Atomkraft auslaufen lassen, fragwürdig, weil die Elektrizitätsversorgung des Landes nicht mehr gesichert ist. (Auch die Kohlekraftwerke werden wegen des Ausstoßes von C₂O geschlossen und die Gaslieferungen aus Rußland wurden wegen der Interventionen gegen Rußland eingestellt. Das Flüssiggas, das Deutschland jetzt kauft und für die Erzeugung elektrischen Stroms nutzt, ist weitaus teurer. Das schadet der Wirtschaft Deutschlands essentiell). Gesundheit ist Vorsorge gegen Erkrankungen, aber sie ist Sache jedes Einzelnen. Für Menschen, die hinreichende Vorsicht walten lassen, bestand und besteht kein allzu großes Risiko der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2.

29. Die Gefahrenvorsorge setzt einen durch Tatsachen belegten Gefahrenverdacht im polizeirechtlichen Sinne voraus, der sich aus Tatsachen ergibt. Der Staat ist befugt und verpflichtet, Maßnahmen zur Gefahrenvorsorge zu treffen, wenn eine erkennbare Lage nach der Erfahrung eine konkrete Gefahr erwarten läßt. Die Wahrscheinlichkeit eines Schadens muß durch die Gefahrenvorsorge ausgeschlossen oder gemindert werden können. Maßnahmen der Gefahrenvorsorge gegen die gesamte Bevölkerung sind schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Sie sind rechtstaatlich bedenklich, wenn nicht, auf Tatsachen und damit auch Erfahrungen gestützt, nachgewiesen ist, daß jeder oder auch nur ein großer Teil der Menschen in Lande zu erkranken oder auch nur infiziert zu werden erwartet werden kann. Die Dogmatik der Infektionsgefahr rechtfertigt die praktizierten Schutzmaßnahmen allenfalls, soweit diese nicht schwerwiegend sind. Wer ohne Gefahrenverdacht durch Maßnahmen der Gefahrenvorsorge an der Teilnahme am öffentlichen Leben eingeschränkt wird, wird im Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit und zudem im Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit in dem der Menschenwürde genügenden Wesensgehalt dieser Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) verletzt. Soweit die Gefahrenvorsorge mit der epidemischen Infektionsgefahr begründet wird, wie vom Bundesverfassungsgericht, ist die Grundrechtsbeeinträchtigung schwerlich zu rechtfertigen.

30. Die Verpflichtung, einen Mund-Nasenschutz anzulegen, ist, weil die Maßnahme nicht schwerwiegend in die Grundrechte eingreift, wegen einer abstrakten Polizeigefahr grundrechtlich tragfähig, wenn eine Infektionsgefahr (nicht eine Infektionsbefürchtung) genügen soll, erst recht.

31. Wegen einer konkreten Gefahr kann nur jemand zu Schutzmaßnahmen verpflichtet werden, der Symptome einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 zeigt oder dessen Infektion bekannt ist, etwa auf Grund eines positiven Tests. Wenn jemand, der infiziert ist, keine Symptome zeigt, ist er objektiv eine Gefahr für andere. Auf seine Kenntnis von seiner Infektion kommt es im Sicherheitsrecht nicht an. Schutzmaßnahmen können von ihm aber nur gefordert werden, wenn seine Infektion auf Grund von Tatsachen erkannt wird. Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vermag eine allgemeine konkrete Gefahr einzelner Menschen gegenüber anderen Menschen nicht zu begründen. Die Freiheit ist auch durch die Grenze der Rechte anderer definiert. Die freiheitliche Pflicht, diese Grenze zu achten, kann im Sicherheitsrecht nur darin bestehen, daß der, der handelt, keine Gefahr ist und keine Gefahr schafft oder verstärkt. Für eine

Pflichtverletzung gibt es jedoch ohne erkennbare Tatsachen einer Infektion keine rechtliche Begründung. Die Dogmatik der Infektionsgefahr lässt Schutzmaßnahmen zu, ohne eine konkrete oder abstrakte Polizeigefahr vorauszusetzen.

32. Nichtstörer, die dem Begriff nach keine Polizeigefahr zu verantworten haben, können nur zu Schutzmaßnahmen verpflichtet werden, wenn eine erhebliche Gefahr nicht anders abgewehrt werden kann. Die epidemische Infektionsgefahr verpflichtet alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen. Diese Dogmatik braucht den Begriff des Nichtstörers nicht mehr. Die Abkehr von der Dogmatik des Polizeirechts in der Sonderlage einer Infektionspandemie hat das Bundesverfassungsgericht augenscheinlich aus praktischen Erwägungen nicht an den Grundrechten scheitern lassen, allerdings auch nur deren Verhältnismäßigkeit geprüft. Die weite Ermächtigung des Staates zu Grundrechtseingriffen bleibt rechtsstaatlich bedenklich. Mehr als 98 % der Bevölkerung waren und sind nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert und können andere Menschen nicht infizieren.

33. Eine abstrakte Polizeigefahr setzt voraus, daß bestimmte Einrichtungen, wie Krankenhäuser oder auch der öffentliche Nahverkehr, eine konkrete Gefahr in sich tragen, die sich der Erfahrung nach verwirklichen.

Wenn keine konkrete Gefahr besteht, ist eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Rechtsstaat Voraussetzung einer Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen. Die Dogmatik der Infektionsgefahr geht über diese rechtstaatlichen Gesichtspunkte hinweg und erlaubt, jeden Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten, obwohl er keine Polizeigefahr bildet.

34. Eine epidemische Infektionsgefahr ist keine tragfähige Gefahrenkategorie des herkömmlichen Sicherheits- und Ordnungsrechts. Die rechtsstaatlich bedenkliche, sehr politische Abwägung der Abwehr von Eingriffen in die grundrechtsgeschützten Rechte und des grundrechtsgebotenen Schutzes dieser Rechte hat keine textliche Grundlage im Grundgesetz. Die offenen Erwägungen der Verhältnismäßigkeit des „Ausgleichs“ von Schutzpflicht und Eingriffsabwehr ist wiederum politisch, nicht rechtlich. Die Schutzpflichtdogmatik hat im Grundgesetz abgesehen von den Schutzpflichten für Ehe, Familie und Kinder in Art. 6 GG nur in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, der alle staatliche Gewalt die Würde des Menschen zu schützen verpflichtet, keine textliche Grundlage. Die allgemeine Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erkrankung an dem Virus ist eine allgemeine Bedrohung, die man umgangssprachlich als Gefahr bezeichnen kann. Der weitaus größte Teil der Bevölkerung ist nicht mit dem Virus infiziert. Nicht alle Menschen im Lande sind eine Polizeigefahr für andere, nur weil die vermeintliche epidemische Lage von nationaler Tragweite, die jetzt mangels der Feststellung durch den Bundestag, rechtlich betrachtet, nicht einmal besteht, von den Medien als Verhängnis dargestellt wird.

35. Jeden Menschen um der Effizienz der Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 willen zu Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Virus zu verpflichten, schließt ohne Infektionsverdacht aus der Möglichkeit der Infektion die Verpflichtung zu Schutzpflichtmaßnahmen jedermanns. Das ist mit dem Grundgesetz nur vereinbar, wenn der Grundrechtsschutz wegen der allgemeinen Schutzpflicht erheblich relativiert wird. Dem steht die Unantastbarkeit der Menschenwürde entgegen, wenn deren materiales Verständnis des Bundesverfassungsgerichts herangezogen wird.

36. Die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz ist zur Abwehr konkreter und abstrakter Gefahren von Veranstaltungen vor den Grundrechten vertretbar. Eine epidemische Infektionsgefahr rechtfertigt diese milde Schutzmaßnahme gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 erst recht. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, soweit sie durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, wird durch diese Pflicht nicht eingeschränkt. In das Recht auf körperliche Unversehrtheit wird nicht unverhältnismäßig eingegriffen und schon gar nicht der Wesensgehalt dieses Rechts angetastet.

37. Private Zusammenkünfte dürfen grundsätzlich nicht unterbunden oder beschränkt werden. Wenn ein Teilnehmer der Zusammenkunft am Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt oder infiziert ist, bestünde eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit im Sinne des Polizeirechts, wenn die Zusammenkunft nicht privat wäre. Sie ist aber nicht öffentlich und damit grundsätzlich die Abwehr der Gefahr keine Aufgabe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Um seine Gesundheit muß sich jeder selbst kümmern. Wenn Tatsachen erkennen lassen, daß durch eine private Zusammenkunft die Infektionsgefahr für die Allgemeinheit verstärkt wird, wie das immunologisch die regelmäßige Einschätzung sein wird, ist es dennoch fragwürdig, ob die Untersagung oder Begrenzung privater Veranstaltungen angesichts der Eingriffe in die freie Entfaltung der Persönlichkeit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt. Das rechte Maß dieser Schutzmaßnahme zur Abwehr auch der epidemischen Infektionsgefahr dürfte überschritten sein. Das Bundesverfassungsgericht hat das in dem Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 anders entschieden.

38. Gegen die Gefahr für Leben und Gesundheit durch die Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 soll der Staat Schutzmaßnahmen treffen, meint das Bundesverfassungsgericht im Bundesnotbremse-Beschluß. Der Staat habe eine Schutzhpflicht für das Leben und die Gesundheit, die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folge. Richtig ist, daß der Staat den Zweck, die Aufgabe und Pflicht hat, die Sicherheit zu gewährleisten. Seine Maßnahmen dürfen dabei die Grundrechte nicht verletzen und dürfen die Würde des Menschen nicht antasten.

39. Deutschland befürchtet eine Überlastung des Gesundheitssystems wegen dessen unzureichender personeller Ausstattung. Deren Grund sind die Sparmaßnahmen der Krankenhäuser. Privatisierung sollte deren Leistungen durch Wettbewerb stärken, im System weitgehend gesetzlicher Regelungen der Entgelte ein Mißgriff.

40. Die Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 soll die Infektionen mit dem Virus verhindern, die Erkrankung an dem Virus zumindest mindern und den Tod daran nach Möglichkeit ausschließen. Ziel ist auch die Herdenimmunität gegen das Virus. Die Schutzimpfungen sollen mittels einer allgemeinen Impfpflicht durchgesetzt werden. Die vielfältigen Nötigungen zur Impfung hatten nicht den gewünschten Erfolg.

41. Um des Schutzes der Allgemeinheit willen darf nicht das Leben auch nur eines einzelnen Menschen aufs Spiel gesetzt werden. Der Lebensschutz ist nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts Schutz der Würde des Menschen. Das ist wegen des durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Rechts auf Leben, in das nach Satz 3 dieser Vorschrift durch Gesetz eingegriffen werden darf, nicht zweifelsfrei. Diese Eingriffsbefugnis widerspricht einem unantastbaren Würdeschutz. Aber der Wesensgehalt des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG darf nach Art. 19

Abs. 2 GG auf keinen Fall angetastet werden, auch nicht zum Schutz der Allgemeinheit vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Hinzu kommt, daß die Impfung Infektionen mit dem Virus nicht abzuwenden vermag. Die Verpflichtung der gesamten Bevölkerung zur Impfung gegen das Virus ist auch mit der epidemischen Infektionsgefahr nicht zu rechtfertigen. Die meisten Menschen gefährden niemanden.

42. Die Verpflichtungen, Schutzmaßnahmen zu treffen, können in Grundrechte auch von Veranstaltern bestimmter Einrichtungen und Unternehmungen, die in § 20 a IfSG aufgelistet sind, eingreifen, etwa in die Unternehmensfreiheit, die durch das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, besser durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird. Die Mitarbeiter dieser Unternehmungen dürfen aus den zu 34 genannte Gründen nicht zur Impfung verpflichtet werden. Davor schützt sie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das zwar eingeschränkt werden darf, aber nicht zu Lasten der Würde des Menschen und auch nicht entgegen dem Wesensgehalt der Grundrechte. Deren Unantastbarkeit schließt den Schutz dieser Rechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein.

43. Die Schutzimpfung verhindert nach der Erfahrung und den wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht die Infektiosität der geimpften Personen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und nicht die Verbreitung des Virus. Ein Faktencheck vom 2. Dezember 2021 hat ergeben, daß unter den hospitalisierten Corona-Kranken bis zum Alter von 60 Jahren 34 % geimpfte, über diesem Alter 44 % geimpfte Patienten sind. Das Paul-Ehrlich-Institut schließt Todesfälle durch die Schutzimpfung nicht aus. Der Chefpathologe eines Heidelberger Krankenhauses hat 30 % bis 40 % von 40 von ihm obduzierten an dem oder mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 Verstorbenen als Impfopfer eingestuft. Die Wirksamkeit der Impfung als Schutz gegen Infektionen mit Coronavirus besteht somit nicht. Die bundesverfassungsgerichtliche Dogmatik der Infektionsgefahr vermag sie nicht zu rechtfertigen.

44. Die Schutzmaßnahmen müssen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Sie müssen geeignet sein, ihren Zweck, die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 zu verhindern, zu erreichen, dafür notwendig sein und das rechte Maß wahren. Sie dürfen Menschen, die nicht verantwortlich für die Infektionen mit dem Virus und den Erkrankungen daran sind, jedenfalls nicht in Anspruch nehmen, wenn dadurch deren Leben oder Gesundheit in Gefahr kommen.

45. Die gesetzliche und praktische Behandlung der gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpften und der nicht gegen das Virus geimpften Personen ist unterschiedlich. Die ungleichen, aber grundrechtswidrigen Verpflichtungen der gegen das Coronavirus geimpften Personen begründen kein Recht auf Gleichbehandlung der nicht geimpften Personen. Es gibt kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht. Die nicht geimpften Personen haben das Recht, zu handeln und behandelt zu werden, wie es die Grundrechte schützen, nicht anders als die geimpften Personen. Die Begünstigung der geimpften Personen gemäß der 2G-Regel gegenüber den nicht geimpften Personen, die nicht einmal die Möglichkeit haben, mit einem negativen Testnachweis in gleicher Weise am öffentlichen Leben teilzunehmen wie die geimpften Personen, ist grob gleichheitswidrig, abgesehen davon, daß die Verpflichtungen zu den Schutzmaßnahmen überhaupt vor den Grundrechten gerechtfertigt werden können müssen.

46. Von der großen Mehrheit der Bevölkerung in Deutschland geht keine Polizeigefahr aus. Sie werden wegen der pandemischen Infektionsgefahr den allgemeinen Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 unterworfen. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 VvB, die die Gleichbehandlung des Gleichen vorschreiben, sind auch, wenn die Dogmatik der Infektionsgefahr zugrundegelegt wird, krass verletzt. Sowohl die nicht geimpften Personen wie die geimpften Personen nehmen ihre Grundrechte wahr und sind darum hinsichtlich der Infektionsschutzmaßnahmen gleich zu behandeln.

47. Den Verantwortlichen von Unternehmen jedweder Art die Anordnung der 2G-Regel oder der 2G -Plus-Regel zu überlassen, ist mit der Staatlichkeit Deutschlands und mit den Grundrechten eines Rechtsstaates nicht zu vereinbaren.

48. Ein Rechtsprinzip Solidarität, das eine Impfpflicht zu begründen vermag, gibt es nicht. Solidarität ist ein sozialistisches Wort für die Nächstenliebe der Christen. In der Sprache des Grundgesetzes ist das die Sittlichkeit, die Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Wort Sittengesetz als Prinzip der Freiheit und damit als Grenze der freien Entfaltung der Persönlichkeit wie aller durch die Grundrechte geschützten Rechte benannt. Das ist die Sprache Immanuel Kants. Die Triebfeder der Sittlichkeit ist die Moral, die dem Selbstzwang unterliegt, nicht dem Rechtszwang. Sie darf weder der Staatsgewalt noch der Gewalt der Moralisten ausgesetzt werden, deren Zwangsmittel öffentliche Herabsetzung und Ausgrenzung sind. Freiheit ist praktische Vernunft.

49. Zur Abwehr der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hätte Deutschland nicht auf rechtlose Maximen setzen sollen, sondern auf die Freiheit und damit auf die sittliche Verantwortung der Menschen für sich und die anderen. Impfung kann angeboten werden und angenommen werden, in Freiheit, ohne Zwang, ohne Nötigung.

50. Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sind mangels allgemeiner Polizeigefahr durch die Bevölkerung Notstandsmaßnahmen, die nicht auf die epidemische Infektionsgefahr des Infektionsschutzgesetzes gestützt werden können. Die Notstandsmaßnahmen sind, wie typisch für Notstände, diktatorisch im Sinne der Diktatur von Konsuln im Rom der Antike, wenn die Römische Republik in Gefahr war. Deutschland hat keine Notstandsverfassung, die es erlaubt, die Grundrechte auszusetzen, wenn auch nicht die Unantastbarkeit der Würde des Menschen und des Wesensgehalts der Grundrechte. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber in seinen Beschuß vom 19. November 2021 in der Infektionsgefahr eine ausreichende grundrechtliche Voraussetzung für allgemeine Ausgehverbote und Kontaktbeschränkungen gesehen, gewissermaßen einen Pandemievorbehalt der Grundrechte.

Das Sprichwort Not kennt kein Gebot begründet kein über dem Grundgesetz rangierendes Naturrechtsprinzip.

51. Eine abstrakte Normenkontrolle gegen die Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins kommt weder vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg noch vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin und auch nicht vor dem Bundesverfassungsgericht für eine Fraktion, die weniger als ein Viertel der Mitglieder des Bundestages umfaßt, in Betracht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG). Eine Organklage einer Fraktion des Abgeordnetenhauses Berlin vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin gegen die Verordnung ist nicht zulässig. Eine Organklage gegen die Allgemeinverfügung der

Präsidentin des Deutschen Bundestages zur Maskenpflicht und zur Geltung der 3G-Regel vor dem Bundesverfassungsgericht ist zulässig. Verfassungsbeschwerden gegen die Verordnung Berlins sind sowohl zum Verfassungsgerichtshof Berlins als auch zum Bundesverfassungsgericht zulässig. Gegen staatliche Vollzugsmaßnahmen kommt Verwaltungsrechtsschutz in Betracht, gegen Zugangsverweigerungen Zivilrechtsschutz.

Berlin, Oktober 2025



Kommissionsdrucksache 21(27)6
vom 6. November 2025

Karsten Schneider
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

**„Der Rechtsstaat unter Pandemiebedingungen:
IfSG, Grundrechte und Eigenverantwortung“**

JOHANNES GUTENBERG-UNIVERSITÄT MAINZ - 55099 Mainz

Frau Vorsitzende der Enquete-Kommission
„Aufarbeitung der Corona-Pandemie
und Lehren für zukünftige pandemische Ereignisse“
Franziska Hopermann MdB
Deutscher Bundestag

Per E-Mail:
enquete.corona@bundestag.de

FACHBEREICH 03
Öffentliches Recht, internationales Recht,
Rechtstheorie

Universitätsprofessor
Dr. Karsten Schneider

Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Jakob-Welder-Weg 9
55128 Mainz

Tel. +49 6131 39-29377
Fax +49 6131 39-28172

lschneider@uni-mainz.de

Mainz, 02.11.2025

**Öffentliche Anhörung der Enquete-Kommission
„Aufarbeitung der Corona-Pandemie und Lehren für zukünftige pandemische Ereignisse“
des Deutschen Bundestages am 3. November 2025**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Mitglieder der Enquete-Kommission,

gerne nehme ich zur Vorbereitung der oben genannten öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission
des Deutschen Bundestages wie folgt schriftlich Stellung.

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung zum Thema:

**„Der Rechtsstaat unter Pandemiebedingungen: IfSG,
Grundrechte und Eigenverantwortung.“**

A. Ausgangslage**I. Aufarbeitung der Corona-Pandemie und Lehren für zukünftige pandemische Ereignisse**

Die Aufgabe,¹ aus Situationen Erkenntnisse zu gewinnen, die durch Bedingungen fundamentaler Ungewissheit geprägt sind, stellt ein ebenso bemerkenswertes wie theoretisch anspruchsvolles Anliegen dar. Der damit verbundene Erkenntnisgewinn des Rechtsstaats zielt nicht (nur) darauf, vergangene Krisen im Nachhinein besser zu verstehen oder retrospektiv zu bewältigen (Aufarbeitung). Er richtet sich vielmehr (auch) auf die Frage, wie künftig neuartige Situationen gemeistert werden können, die sich ihrerseits erneut durch fundamentale Ungewissheit auszeichnen (Lehren).

Indem der Rechtsstaat sich dieser Aufgabe stellt, betritt er eines der schwierigsten Felder rationaler Orientierung. Er muss Wege finden, unter Bedingungen unvollständigen oder widersprüchlichen Wissens verantwortlich zu handeln und zugleich Verfahren zu entwickeln, die Lernfähigkeit, Anpassung und Selbstkorrektur institutionell verankern.

Unter solchen Bedingungen steht die Rechtsstaatlichkeit insgesamt vor einer besonderen Bewährungsprobe. Jede der drei Staatsgewalten ist in spezifischer Weise betroffen: Die Legislative muss Entscheidungen treffen, deren Folgen nicht vollständig absehbar sind; die Exekutive muss unter Zeitdruck handeln, während die Wissenslage prekär bleibt; und die Judikative ist gefordert, rechtliche Maßstäbe auf Situationen anzuwenden, für die es noch keine gefestigten Orientierungspunkte gibt. In allen drei Bereichen zeigt sich, dass Rationalität unter Ungewissheit nicht als Besitz von Wissen, sondern als reflektierter Umgang mit Nichtwissen verstanden werden muss.

In diesem Sinn kann Rechtsstaatlichkeit unter den Bedingungen fundamentaler Ungewissheit als Ausdruck – hier sogenannter – *adaptiver Rationalität* begriffen werden. Sie bewährt sich nicht durch fehlerfreie Entscheidungen, sondern durch institutionelle Lernfähigkeit – durch Verfahren, die Irrtümer sichtbar machen, Erfahrungen verarbeiten und Anpassung ermöglichen. Adaptive Rationalität ist Ausdruck der normativen Idee des Rechtsstaats als einer dynamischen Fähigkeit – der Fähigkeit, unter Unsicherheit handlungsfähig, rechenschaftspflichtig und lernbereit zu bleiben.

II. Normative Verantwortlichkeit des Rechtsstaats unter Bedingungen empirischer Ungewissheit

Die normative Idee des Rechtsstaats beruht auf der Erwartung, dass staatliches Handeln rational begründet, rechtlich überprüfbar und öffentlich nachvollziehbar ist. Verantwortlichkeit bildet dabei die zentrale Brücke zwischen Macht und Recht: Sie verpflichtet staatliches Handeln auf Verfahren, die Rechenschaft ermöglichen, Irrtum korrigierbar machen und Vertrauen in die Verlässlichkeit des Rechts sichern.

¹ Vgl. die Aufgabe der Enquete-Kommission: „Um künftig besser auf Gesundheitskrisen vorbereitet zu sein, arbeitet die Enquete-Kommission interdisziplinär an der Frage, wie Risikobewertung, Früherkennung und Krisenbewältigung in künftigen Pandemien effektiver gestaltet werden können. Dabei sollen die Erkenntnisse aus den Bereichen Gesundheitswesen, Wirtschaft, Bildung, Soziales, Politik, internationale Zusammenarbeit und öffentliche Kommunikation zusammengeführt werden, um gezielt strukturelle Verbesserungen anzustoßen.“

Unter Bedingungen empirischer Ungewissheit gerät diese Verbindung jedoch in eine besondere Spannung.

Empirische Ungewissheit bedeutet, dass Entscheidungen auf der Grundlage von Informationen getroffen werden müssen, deren Validität oder Prognosekraft nicht gesichert ist.² Sie betrifft nicht nur das Fehlen von Wissen, sondern auch die Instabilität von Wissen selbst – etwa dann, wenn wissenschaftliche Evidenz in Bewegung ist, Modelle konkurrieren oder Datenlagen sich fortlaufend verändern. In solchen Konstellationen stößt die (vereinfachte) Vorstellung rationaler Verantwortlichkeit an ihre Grenzen, weil sie auf der (vereinfachten) Annahme stabiler Erkenntnislagen beruht.

Für den Rechtsstaat stellt sich damit die Frage, wie sich normative Verantwortlichkeit unter epistemisch prekären Bedingungen wahren lässt. Eine rein retrospektive Kontrolle – im Sinne nachträglicher Bewertung von Richtigkeit – greift hier zu kurz, weil sie den Prozesscharakter von Erkenntnis und Irrtum verkennt. Erforderlich ist vielmehr eine prozedurale Form der Verantwortlichkeit, die sich nicht auf die Wahrheit einer Prognose im Zeitpunkt der Entscheidung, sondern auf die Qualität ihres Zustandekommens richtet: auf die Offenheit gegenüber neuen Erkenntnissen, die Nachvollziehbarkeit der Abwägungen und die institutionelle Bereitschaft zur Korrektur.

Damit wandelt sich das Verständnis rechtsstaatlicher Rationalität selbst. Verantwortlichkeit unter empirischer Ungewissheit ist keine Abweichung vom Ideal rationaler Rechtsstaatlichkeit, sondern seine Erweiterung. Sie verlangt nicht weniger Rationalität, sondern eine adaptive Rationalität, die Ungewissheit nicht verdrängt, sondern methodisch verarbeitet – durch Verfahren, die Lernen ermöglichen, Dissens produktiv machen und Entscheidungsspielräume transparent halten.

III. Das Problem der empirischen Ungewissheit

Empirische Ungewissheit ist kein bloßes Defizit an Wissen, sondern eine strukturelle Eigenschaft komplexer Entscheidungssituationen. Sie liegt dort vor, wo weder Erfahrungswerte noch wissenschaftliche Modelle verlässliche Orientierung bieten, weil sich die zugrunde liegenden Bedingungen selbst verändern. In solchen Situationen verliert das Verhältnis von Wissen und Entscheidung seine lineare Ordnung: Wissen folgt nicht mehr eindeutig der Erfahrung, und Entscheidungen können nicht länger auf stabilen Prognosen beruhen.

Im Unterschied zur alltäglichen Unsicherheit, die auf begrenzter Information oder individueller Wahrnehmung beruht, ist empirische Ungewissheit epistemisch in dem Sinne, dass sie die Grundlagen von Wissen selbst betrifft. Sie entsteht, wenn sich Erkenntnisinstrumente, Daten und Hypothesen zugleich im Wandel befinden. Während Alltagsvernunft unterstellt, dass mehr Wissen zu mehr Sicherheit führt, kann

² Diese Thematik ist nicht begrenzt auf Pandemien, aber die Corona-Pandemie hat die mit dem Umgang mit empirischen Ungewissheiten verbundenen Probleme besonders eindrücklich und einer besonders breiten Öffentlichkeit vor Augen geführt; vgl. auch bereits *Udo Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat - Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994; *Karsten Schneider*, Normativität und Risikoentscheidung – Untersuchungen zur Theorie der Rechtsgüterrelationen, 2008; ders., Über die Möglichkeit einer wertungsfreien Unterscheidung zwischen Gefahr, Risiko und Restrisiko, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 95 (2009), S. 216-240.

empirische Ungewissheit auch durch Zuwachs an Information wachsen – etwa, wenn neue Daten bislang verdeckte Komplexitäten sichtbar machen oder bisherige Annahmen infrage stellen.

In der Pandemie hat sich gezeigt, dass empirische Ungewissheit mehr ist als ein vorübergehendes Problem mangelnder Evidenz. Sie ist eine dauerhafte Begleiterscheinung von Entscheidungen, die in offenen, dynamischen Systemen getroffen werden müssen. Wissenschaftliche Erkenntnis kann hier nicht in Form endgültiger Wahrheiten bereitgestellt werden, sondern bleibt selbst Teil eines fortlaufenden Suchprozesses.³ Für den Rechtsstaat bedeutet das, dass er Entscheidungen treffen muss, während sich der Wissensstand noch konstituiert – also im Prozess der Erkenntnis selbst.

Ein tieferliegendes Problem ergibt sich aus der wechselseitigen Kommunikationsbeziehung zwischen Rechtsstaat und Gesellschaft. Die Alltagsvernunft, die gewöhnliche Unsicherheit aus individueller Erfahrung deutet, nimmt komplexe Entscheidungen unter Bedingungen empirischer Ungewissheit aus einer anderen Perspektive wahr: Sie misst staatliches Handeln an Erwartungen von Stabilität, Klarheit und Verlässlichkeit, die in epistemisch prekären Lagen nicht vollständig erfüllbar sind. Diese Wahrnehmungsdifferenz bildet eine zusätzliche kommunikative Herausforderung. Wird sie staatlicherseits nicht aktiv adressiert, drohen Legitimität, Glaubwürdigkeit und Normbefolgungsbereitschaft zu erodieren.

Das Problem der empirischen Ungewissheit verweist damit auf eine tiefere Spannung zwischen Rationalität und Zeit. Entscheidungen müssen gefällt werden, bevor sich Gewissheit einstellen kann. Diese zeitliche Asymmetrie begründet die Notwendigkeit adaptiver Verfahren, die Korrekturen nicht als Zeichen des Scheiterns, sondern als Ausdruck institutioneller Lernfähigkeit begreifen. Empirische Ungewissheit ist damit kein bloßes Hindernis rationalen Entscheidens, sondern der Prüfstein dafür, ob Rationalität selbst lernfähig organisiert ist.

IV. Normative Herausforderungen und Vulnerabilitäten der drei Staatsgewalten

Die unter Bedingungen empirischer Ungewissheit entstehende Spannung zwischen Rationalität und Handlungsnotwendigkeit betrifft die drei Staatsgewalten in jeweils unterschiedlicher, aber miteinander verflochtener Weise. Jede von ihnen ist auf spezifische normative Leitbilder verpflichtet – und wird zugleich durch die Ungewissheit gerade in diesen Leitbildern verletzlich. Die Verletzlichkeit ergibt sich dabei nicht nur aus der inneren Logik staatlichen Entscheidens, sondern wird durch die gesellschaftliche Wahrnehmung zusätzlich verstärkt. Denn die Alltagsvernunft unterstellt die grundsätzliche Erreichbarkeit der Ideale von Stabilität, Klarheit und Verlässlichkeit, die unter epistemisch prekären Bedingungen regelmäßig nicht erfüllbar sind.

Für die Legislative liegt die Herausforderung darin, Entscheidungen zu treffen, deren Folgen nicht sicher prognostizierbar sind, und dennoch den Anspruch auf Deliberation, Rechtssicherheit und Normbeständigkeit zu wahren. Wenn Wissen brüchig ist, geraten diese Leitbilder unter Druck. Hinzu kommt, dass die Kommunikationsbeziehung zwischen Parlament und Öffentlichkeit Anreize schafft, empirische Absicherungen als Rechtfertigungslogik auch dort zu verwenden, wo sie tatsächlich fehlen. Der Gesetzgeber läuft so Gefahr, die eigene Verantwortlichkeit in ein vermeintlich objektives Wissen auszulagern – und damit die prozedurale Dimension demokratischer Entscheidungsverantwortung zu schwächen.

³ Vgl. Karl Popper, Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, S. 269 und passim; ders., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde (Band 1), 8. Aufl. 1992, S. 239 und passim.

Für die Exekutive stellt sich die Lage spiegelbildlich dar. Sie steht im Zentrum des unmittelbaren Handelns unter Ungewissheit, trägt die Verantwortung für konkrete Maßnahmen und wird zugleich an den Leitbildern von Effektivität, Handlungsfähigkeit und Rechtskonformität gemessen. Auch hier wirkt die gesellschaftliche Erwartung nach Stabilität verstärkend: Kommunikationsdruck und politische Legitimitätswartungen können dazu führen, dass empirische Gewissheit behauptet wird, um Handlungen zu rechtfertigen. Damit verschiebt sich die Rechtfertigungslogik von normativer auf faktische Plausibilität – ein Vorgang, der kurzfristig Vertrauen sichern, langfristig aber die Glaubwürdigkeit staatlichen Handelns untergraben kann.

Für die Judikative schließlich besteht die besondere Herausforderung darin, die Handlungsspielräume der beiden anderen Gewalten zutreffend zu erkennen und zu bewerten.⁴ Unter Bedingungen empirischer Ungewissheit ist die gerichtliche Kontrolle darauf angewiesen, epistemische Vorläufigkeit als solche zu berücksichtigen, ohne dabei den Maßstab rechtlicher Bindung aufzugeben. Auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit ergibt sich hier eine doppelte Vulnerabilität: Zum einen droht die Verletzung jener Leitbilder – wie Rechtssicherheit und Maßstabstreue –, die die Alltagsvernunft von gerichtlicher Kontrolle erwartet. Zum anderen besteht die Gefahr, dass Gerichte selbst in den Rechtfertigungsmodus empirischer Absicherung geraten, also Begründungsmuster verwenden, die objektive Wissensfundierung suggerieren, wo sie unter Bedingungen empirischer Ungewissheit nicht existiert.

Diese unterschiedlichen, aber ineinander greifenden Herausforderungen zeigen, dass empirische Ungewissheit nicht nur funktionale Abläufe stört, sondern die normative Integrität des Rechtsstaats auf die Probe stellt. Verletzlich werden nicht primär Institutionen, sondern die Leitbilder, die ihre Legitimität tragen. Der Erhalt dieser Leitbilder erfordert daher eine bewusste institutionelle Kommunikation, die Ungewissheit nicht kaschiert, sondern transparent macht – als Bestandteil verantwortlicher und lernfähiger Rechtsstaatlichkeit.

V. Resilienz der Gesellschaft – Normative Erwartungen und kommunikative Belastungen

Die Belastungsprobe des Rechtsstaats unter Bedingungen empirischer Ungewissheit ist nicht allein eine institutionelle, sondern auch eine gesellschaftliche. Denn Rationalität und Legitimität entfalten sich im demokratischen Verfassungsstaat nur im Zusammenspiel zwischen staatlichen Verfahren und öffentlicher Wahrnehmung. Gesellschaftliche Resilienz bemisst sich insofern nicht nur an der Fähigkeit, Krisen zu ertragen, sondern auch an der Bereitschaft, mit Ungewissheit politisch und normativ umzugehen.

Die in der Alltagsvernunft verankerte Erwartung von Stabilität, Klarheit und Verlässlichkeit steht dabei in einem Spannungsverhältnis zu den realen Bedingungen politisch-rechtlicher Entscheidungsfindung. Wo der Rechtsstaat unter Unsicherheit handelt, entsteht leicht der Eindruck mangelnder Kontrolle oder widersprüchlicher Kommunikation. Dieses Auseinanderfallen von Erwartung und Realität erzeugt kom-

⁴ Vgl. mit Blick auf die Pandemie BVerfGE 159, 223 (289 Rn. 145, 307 Rn. 189, 340 Rn. 290).

munikative Belastungen, die sich in Misstrauen, Überforderung oder Polarisierung äußern können. Gera-
de weil der Rechtsstaat auf Zustimmung und Vertrauen beruht, wird seine Legitimität in solchen Situ-
ationen besonders verletzlich.⁵

Resilienz der Gesellschaft bedeutet daher mehr als soziale oder wirtschaftliche Belastbarkeit. Sie hat
eine kommunikativ-normative Dimension: die Fähigkeit, Ambiguität zu tolerieren, Vorläufigkeit zu ak-
zeptieren und die Grenzen staatlicher Steuerungsfähigkeit anzuerkennen, ohne das Vertrauen in die
normativen Grundlagen des Rechtsstaats aufzugeben. Eine solche Haltung erfordert politische und
rechtliche Kommunikationsformen, die Ungewissheit nicht als Schwäche darstellen, sondern als inhä-
rentes Moment verantwortlichen Entscheidens sichtbar machen.

Die staatliche Risikokommunikation spielt hierbei eine Schlüsselrolle. Sie muss vermitteln, dass unter
Bedingungen empirischer Ungewissheit Rationalität nicht durch Sicherheit, sondern durch Offenheit und
Revisionsbereitschaft bestimmt ist. Transparente Kommunikation über Nichtwissen und über die
Gründe für Entscheidungen kann so zur Quelle normativer Stabilität werden. Gesellschaftliche Resilienz
entsteht, wenn Ungewissheit geteilt und verstanden wird – nicht, wenn sie verdeckt oder in vermeintliche
Gewissheit übersetzt wird.

In diesem Sinne bilden Rechtsstaatlichkeit und gesellschaftliche Resilienz zwei komplementäre Seiten
adaptiver Rationalität. Der Rechtsstaat bleibt nur dann legitim, wenn er lernfähig bleibt; die Gesellschaft
nur dann resilient, wenn sie diese Lernfähigkeit als Ausdruck von Stärke begreift.

B. Prozedurale Verantwortlichkeit des Rechtsstaats unter Bedingungen empirischer Ungewissheit

I. Prozedurale Verantwortlichkeit als institutionelles Gegenstück zur adaptiven Rationalität

Prozedurale Verantwortlichkeit beschreibt eine Form rechtsstaatlicher Bindung, die nicht auf der pro-
gnostischen Richtigkeit einzelner Entscheidungen beruht, sondern auf der Qualität und Integrität der Ver-
fahren, in denen diese Entscheidungen getroffen werden. Sie wird dort zentral, wo empirische Unge-
wissheit die Voraussetzungen „hinreichend abgesicherter“ Entscheidungsfindung selbst in Frage stellt.
Unter solchen Bedingungen verschiebt sich der Maßstab verantwortlichen Handelns: Nicht das „hinrei-
chend abgesicherte“ Ergebnis, sondern der Weg dorthin – die Art, wie mit Wissen, Irrtum und Dissens
umgegangen wird – wird zum entscheidenden Kriterium rechtlicher Legitimität.

Prozedurale Verantwortlichkeit unter Ungewissheit verlangt, dass Verfahren so ausgestaltet sind, dass
sie Offenheit gegenüber neuen Erkenntnissen,⁶ institutionelle Lernfähigkeit⁷ und kommunikative Trans-

⁵ Vgl. allgemein hierzu „Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik – Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG“, BT-Drucksache 20/3850, S. 73 ff. (76).

⁶ Vgl. BVerfGE 159, 223 (307 Rn. 190).

⁷ Vgl. zu diesem Gedanken BVerfGE 159, 223 (301 Rn. 178).

parenz gewährleisten. Sie ersetzt die Erwartung epistemischer Sicherheit durch die Erwartung normativer Reflexivität. Ihre Rationalität liegt nicht in der Eliminierung von Ungewissheit, sondern in ihrer methodischen Bearbeitung: Entscheidungen sollen nachvollziehbar, revisionsfähig und lernorientiert sein, ohne den Anspruch rechtlicher Bindung preiszugeben.

In dieser Perspektive erscheint der Rechtsstaat als ein lernendes System, dessen Legitimität nicht allein aus den Resultaten seines Handelns, sondern aus der Qualität seiner Selbstkorrektur erwächst. Prozedurale Verantwortlichkeit bildet damit das institutionelle Gegenstück zur adaptiven Rationalität: Sie operationalisiert die Fähigkeit des Rechtsstaats, unter Ungewissheit handlungsfähig zu bleiben, ohne die Grundlagen seiner normativen Orientierung zu verlieren.

II. Grundrechte und Eigenverantwortung: Verhältnismäßigkeit unter Bedingungen empirischer Ungewissheit

Staatliche Maßnahmen während der Pandemie auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen, erwies sich für alle staatlichen Ebenen – Legislative, Exekutive und Judikative – als außergewöhnliche Herausforderung. Dasselbe gilt für die von einer Maßnahme betroffenen Grundrechtsträger sowie für die Öffentlichkeit. Denn während die idealtypische Abwägung auf einer möglichst präzisen Gegenüberstellung der von einer staatlichen Maßnahme betroffenen Grundrechte einerseits und der durch sie verfolgten legitimen Ziele andererseits beruht, unterminiert empirische Ungewissheit die Stabilität der Zurechnungszusammenhänge, auf denen dieses Ideal gründet.

Aus Sicht der betroffenen Grundrechtsträger ist die Beeinträchtigung der grundrechtlichen Freiheitsphäre regelmäßig antizipierbar und kurzfristig erfahrbar. Die andere Waagschale der Abwägung – die prognostische Beurteilung der Gefahrenlage und der Schutzwirkung staatlicher Maßnahmen – ist hingegen deutlich schwerer präzisierbar und quantifizierbar. Zwar zielen die staatlichen Maßnahmen auf wichtige Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit sowie auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems. Doch diese Abwägungsgesichtspunkte lassen sich unter Bedingungen empirischer Ungewissheit nicht „einfach“ gegeneinander ausbalancieren, wenn sich eine doppelte Unsicherheit ergibt: dass weder sicher prognostizierbar ist, in welchem Umfang den genannten Rechtsgütern Schaden droht, noch in welchem Umfang sie durch die staatlichen Maßnahmen tatsächlich geschützt werden.

Kurz gesagt: Das Grundrechtsopfer auf der einen Seite der Abwägung ist sicher antizipierbar und individuell erfahrbar; der „Wert“ der Maßnahme, also die Erreichbarkeit ihrer Ziele und die tatsächliche Abwendung der Gefahr, bleibt unsicher. Das klassische Ideal der Verhältnismäßigkeitsabwägung steht damit vor dem Problem, dass sicher vorhersehbaren Grundrechtseingriffen keine ebenso sicher vorhersehbaren „Erfolge“ der Maßnahme gegenübergestellt werden können. Dieses (Ideal-)Modell setzt stabile Erkenntnislagen voraus.

Unter den Bedingungen empirischer Ungewissheit jedoch – also dort, wo Wissen vorläufig, Evidenz strittig und Prognosen unsicher sind – verliert dieses Idealbild der Abwägung seine Eindeutigkeit. Die Frage, ob eine Abwägungsentscheidung „richtig“ war, lässt sich in Echtzeit kaum beantworten; was bleibt, ist die Frage, wie sie getroffen wurde. Damit rückt die Prozedur selbst ins Zentrum rechtlicher Verantwortlichkeit.

In dieser Verschiebung liegt der normative Kern einer rechtsstaatlichen Lernfähigkeit: Verhältnismäßigkeit unter Ungewissheit verlangt Verfahren, die Reflexivität, Transparenz und Revisionsfähigkeit gewährleisten – und damit prozedurale Verantwortlichkeit als rechtsstaatliches Prinzip konkretisieren.

III. Eigenverantwortung als komplementäre Dimension prozeduraler Rationalität

Die Verschiebung des Verantwortlichkeitsverständnisses von der prognostischen Richtigkeit zur prozeduralen Qualität staatlicher Entscheidungen bleibt unvollständig, wenn sie nicht um die gesellschaftliche und individuelle Dimension der Eigenverantwortung ergänzt wird. Unter Bedingungen empirischer Ungewissheit erweist sich Rechtsstaatlichkeit nicht allein als institutionelle, sondern auch als kommunikative und partizipative Aufgabe: Die Qualität des Entscheidungsverfahrens hängt wesentlich davon ab, ob die betroffenen Individuen und gesellschaftlichen Gruppen bereit und in der Lage sind, Verantwortung für den gemeinsamen Umgang mit Ungewissheit zu übernehmen.

In idealisierten Modellen der Verhältnismäßigkeit (unter der Annahme empirischer Gewissheiten) erscheint Eigenverantwortung häufig als Schranke staatlicher Intervention. Unter den Bedingungen empirischer Ungewissheit jedoch gewinnt sie eine andere Bedeutung: Sie wird zur komplementären Voraussetzung prozeduraler Rationalität. Wo der Staat Entscheidungen nur unter Vorläufigkeit treffen kann, muss er auf die Mitwirkung und Urteilskraft derjenigen vertrauen, die von diesen Entscheidungen betroffen sind. Eigenverantwortung ist daher kein Gegenpol zum Rechtsstaat, sondern eine Bedingung seiner Legitimität – sie stabilisiert die Rationalität staatlichen Handelns durch gesellschaftliche Kooperationsbereitschaft.

Die prozedurale Verantwortlichkeit des Rechtsstaats und die Eigenverantwortung der Bürgerinnen und Bürger bilden somit zwei korrespondierende Formen adaptiver Rationalität. Beide beruhen auf der Anerkennung epistemischer Grenzen und der Bereitschaft, aus Erfahrung zu lernen. Nur in ihrem Zusammenspiel kann der Rechtsstaat unter Bedingungen fundamentaler Ungewissheit zugleich handlungsfähig und freiheitswährend bleiben.⁸

IV. Rechtsstaatliche Kommunikation adaptiver Rationalität

Die Legitimität staatlichen Handelns unter Bedingungen empirischer Ungewissheit hängt entscheidend davon ab, wie adaptive Rationalität kommuniziert wird. Wo Wissen vorläufig, Evidenz umstritten und Prognosen unsicher sind, besteht die zentrale rechtsstaatliche Herausforderung darin, Entscheidungen so zu begründen, dass ihre Rationalität nachvollziehbar bleibt, ohne eine trügerische Gewissheit zu suggerieren. Kommunikation wird damit selbst zu einem Element rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit.

Eine rechtsstaatlich angemessene Kommunikation adaptiver Rationalität verlangt, dass staatliche Stellen – insbesondere der Gesetzgeber – proaktiv festlegen, nach welchen Kriterien sie in einer Krise Rechenschaft ablegen. Dazu gehören insbesondere:

⁸ Vgl. Karl Popper, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* (Band 1), 8. Aufl. 1992, S. 239: „Wir müssen ins Unbekannte, ins Ungewisse und ins Unsichere weiterschreiten; wir müssen die Vernunft benutzen, die uns gegeben ist, um, so gut wir es eben können, für beides zu planen: für Sicherheit und für Freiheit“.

- die Offenlegung der Annahmen und Unsicherheiten, auf denen eine Entscheidung beruht,
- die Etablierung expliziter Evaluationsmechanismen, etwa in Form von Sunset-Klauseln, Begründungspflichten oder Daten-Review-Klauseln,
- sowie regelmäßige parlamentarische Re-Assessments, die eine lernfähige Nachsteuerung institutionalisieren.

Damit wird Verantwortlichkeit nicht an ein prognostisches Ergebnis, sondern an den Prozess rationaler, lernfähiger Entscheidungsfindung gebunden.

Entscheidend ist, dass die Kommunikation staatlicher Entscheidungen zugleich deutlich macht, in welchem Umfang kurzfristige empirische Unsicherheiten bestehen – und dass auch diese Unsicherheit selbst wissenschaftlich abgesichert ist. Die wissenschaftlich fundierte Erkenntnis kann gerade darin bestehen, dass abwägungsrelevante Annahmen nicht verlässlich bestimmt werden können. Unter diesen Bedingungen muss der Rechtsstaat verantwortliche Einschätzungen treffen, die dem entsprechen, was im englischen Sprachgebrauch als *educated guess* bezeichnet wird: eine verantwortliche, methodisch reflektierte Einschätzung unter Unsicherheit.

Die Kommunikation adaptiver Rationalität bedeutet daher mehr als die bloße Begründung staatlicher Maßnahmen. Sie zielt auf Transparenz über die institutionelle Wissensarchitektur: über die Annahmen, Datenquellen und Verfahren, die der Entscheidung zugrunde liegen; über die zeitliche Dynamik von Evaluation und Nachsteuerung; und über den geplanten Umgang mit fehlenden oder unsicheren Erkenntnissen. Eine solche Kommunikation schafft die Grundlage dafür, dass eine resiliente Öffentlichkeit – also die Gesellschaft der Grundrechtsträger – staatliche Entscheidungen nachvollziehen, kritisch begleiten und produktiv diskutieren kann.

Würde der Rechtsstaat auf diese Form offener Kommunikation verzichten, gingen nicht nur die positiven Effekte öffentlicher Nachvollziehbarkeit und Kontrolle verloren. Die öffentliche Diskussion würde sich dann an andere, weniger geeignete Bezugspunkte halten – etwa an die (vermeintliche) prognostische Richtigkeit einzelner Entscheidungen oder an den (vermeintlichen) Grad empirischer Absicherung. Die Folge wäre eine Erosion von Legitimität und Akzeptanz: Staatliche Entscheidungen würden als intransparent oder widersprüchlich wahrgenommen, wissenschaftliche Unsicherheit und wissenschaftlich Empfohlenes würden nicht mehr unterschieden, und das Vertrauen in die Rationalität rechtsstaatlichen Handelns würde nachhaltig geschwächt.

Kommunikativ verstandene Verantwortlichkeit ist daher kein bloßes Additiv zur prozeduralen Rationalität, sondern ihre Bedingung der Möglichkeit. Nur wenn der Rechtsstaat Ungewissheit offenlegt, statt sie zu verdecken, kann er zeigen, dass Verantwortlichkeit auch dort Bestand hat, wo Gewissheit fehlt.

V. Adaptive Rationalität als Modus rechtsstaatlicher Legitimation unter Ungewissheit

Die vorangegangenen Überlegungen zeigen, dass empirische Ungewissheit den Rechtsstaat nicht verändert, wohl aber seine Funktionsbedingungen verschiebt. Es bleibt derselbe Rechtsstaat – gebunden

an Grundrechte, Verfahren und Rechenschaftspflichten –,⁹ der jedoch unter Bedingungen epistemischer Vorläufigkeit seine Entscheidungen anders legitimieren muss. Wo Wissen unsicher, Evidenz umstritten und Prognosen instabil sind, kann sich Legitimität (vorläufig) nicht primär aus der prognostischen Richtigkeit staatlicher Entscheidungen ergeben, sondern muss sich auf die Verfahren ihrer Rationalisierung stützen.

Adaptive Rationalität bezeichnet dabei keine „neue“ Form des Rechtsstaats, auch keinen rechtsstaatlichen Ausnahmezustand, sondern einen *modus operandi*, in dem der Rechtsstaat seine bestehenden normativen Prinzipien – Rationalität, Verantwortlichkeit, Rechtssicherheit – unter den Bedingungen empirischer Ungewissheit fortführt. Sie ersetzt Gewissheit nicht durch Beliebigkeit, sondern durch methodische Offenheit: durch Verfahren, die Entscheidungen nachvollziehbar, korrigierbar und lernorientiert machen. Verantwortlichkeit wird so zur strukturellen Antwort auf epistemische Instabilität.

Damit wandelt sich der Bezugspunkt rechtsstaatlicher Legitimität: Sie entsteht (vorläufig) nicht mehr allein aus der Plausibilisierung epistemischer Sicherheit, sondern aus der transparenten Bearbeitung von Nichtwissen. Die Offenlegung von Unsicherheiten, die institutionalisierte Evaluation von Maßnahmen und die kommunikative Nachvollziehbarkeit von Lernprozessen sichern den normativen Anspruch des Rechtsstaats gerade dort, wo empirische Gewissheit fehlt.

In dieser Perspektive erweist sich der Rechtsstaat als resiliente Ordnung, die ihre Legitimität nicht aus der Verfügbarkeit gesicherten Wissens, sondern aus der Qualität ihres Umgangs mit Ungewissheit gewinnt. Adaptive Rationalität ist damit keine Abkehr vom idealen Rechtsstaat, sondern seine vorläufige Bewährungsform – die Weise, in der er seine Grundprinzipien unter veränderten epistemischen Bedingungen aufrechterhält.

C. Vulnerabilität des Rechtsstaats im Modus adaptiver Rationalität – Angriffsvektoren und Gegenmaßnahmen

Die ungewohnte¹⁰ Entscheidungssituation unter Bedingungen empirischer Ungewissheit unterscheidet sich grundlegend von den vertrauten Konstellationen der Alltagsvernunft. Während letztere auf Erfahrungswissen, Stabilität und kausaler Nachvollziehbarkeit beruht, sind Entscheidungen unter empirischer Ungewissheit durch Vorläufigkeit, Instabilität und epistemische Offenheit geprägt. Im Verhältnis zwischen Staat und Grundrechtsträgern entstehen daraus zwangsläufig Wahrnehmungs- und Verständnisunterschiede, die kommunikativ überbrückt werden müssen. Diese Vermittlungsaufgabe ist komplex,

⁹ Vgl. unmissverständlich BVerfGE 159, 223 (Leitsatz 1): „Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie müssen den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten in jeder Hinsicht genügen.“.

¹⁰ Die Corona-Pandemie ist nicht der erste Fall, der Fragen des rechtlichen Umgangs mit Bedingungen empirischer Ungewissheit betrifft (vgl. etwa aus dem Jahr 1978 zur Frage der friedlichen Nutzung der Kernenergie BVerfGE 49, 89 [Leitsatz 4]: „In einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit erlangt es rechtlicher Maßstäbe.“), aber die Intensität und gesellschaftliche Breite der Problematik fordern den öffentlichen Diskurs beispiellos heraus.

weil sie den Rechtsstaat zwingt, zugleich rational und lernfähig, entschlussstark und selbstkritisch zu erscheinen.

Erschwert wird die Lage dadurch, dass naheliegende Missverständnisse nicht nur zufällig entstehen, sondern gezielt ausgenutzt werden können. Wo die Unterschiedlichkeit der Entscheidungslogiken – empirische Ungewissheit auf Seiten staatlicher Verfahren einerseits, Alltagsvernunft auf Seiten gesellschaftlicher Wahrnehmung andererseits – verwischt oder negiert wird, entstehen Angriffsvektoren, die auf die Vulnerabilität des Rechtsstaats selbst zielen. Sie operieren mit der Verstärkung von Misstrauen, der Delegitimierung von Rationalität und der Unterstellung fehlender Transparenz. Gerade weil sie an intuitive, alltagsnahe Erwartungen appellieren, sind sie kommunikativ wirkmächtig und institutionell gefährlich.

Im Einzelnen lassen sich fünf zentrale Angriffsvektoren unterscheiden:

1. Bestreiten des epistemischen Ausgangspunkts

Bereits der natur- oder sozialwissenschaftliche Hintergrund, auf dem Entscheidungen beruhen, kann bestritten werden. Wird die empirische Grundlage als solche delegitimiert, wird die gesamte Entscheidungssituation als nichtig dargestellt – die Rationalität staatlichen Handelns verliert ihre Basis.¹¹

2. Ausnutzung alltagslogischer Wissensannahmen

Die Alltagsvernunft geht davon aus, dass mehr Wissen mehr Sicherheit bedeutet. Unter Bedingungen empirischer Ungewissheit ist das Gegenteil möglich: Zuwachs an Information kann neue Unsicherheiten erzeugen. Diese kontraintuitive Dynamik kann als Widersprüchlichkeit oder Inkompétence des Staates gedeutet werden, wodurch das Vertrauen in seine Entscheidungsfähigkeit untergraben wird.

3. Instrumentalisierung des Ex-post-Ex-ante-Dilemmas

Im Rückblick erscheinen Entscheidungen oft falsch, weil nachträglich mehr Wissen verfügbar ist. Dieses strukturelle Dilemma lässt sich leicht moralisieren: Wer ex ante entscheiden musste, wird ex post zum „Schuldigen“ gemacht. Der Versuch, dies zu erklären, führt paradoxe Weise dazu, die Schuldfrage zu wiederholen und zu vertiefen.

¹¹ Vgl. zu dieser Problematik (vermeintlich drohende Zerstörung des Planeten durch ein physikalisches Experiment) BVerfGK 17, 57: „Zur schlüssigen Darlegung möglicher Schadensereignisse, die eine Reaktion staatlicher Stellen erzwingen könnten, genügt es insbesondere nicht, Warnungen auf ein generelles Misstrauen gegenüber physikalischen Gesetzen, also gegenüber theoretischen Aussagen der modernen Naturwissenschaft zu stützen [...]. Praktisch vernünftige Zweifel setzen – wenigstens – die Auseinandersetzung mit Gegenbeispielen, also Widerlegungsversuchen der jeweiligen Aussagen voraus. Namentlich im Bereich der theoretisch weit fortgeschrittenen Naturwissenschaften erfordern vernünftige Zweifel zudem ein hinreichendes fachliches Argumentationsniveau. Die schlüssige Darlegung einer Warnung kann jedenfalls nicht auf solche Hilfsüberwägungen abstellen, die ihrerseits mit dem bewährten, anerkannten Hintergrundwissen des jeweiligen Faches in Widerspruch stehen.“.

4. Delegitimierung über asymmetrische Zurechnungssicherheit

Grundrechtseingriffe sind sicher antizipierbar und individuell erfahrbar; der Nutzen staatlicher Maßnahmen dagegen ungewiss und kollektiv vermittelt. Diese Asymmetrie eröffnet Angriffsflächen: Der kurzfristig spürbare Eingriff wird gegen den unsicheren Nutzen ausgespielt. Solche Argumentationen können an Egoismus, Empörung oder den *present bias* appellieren – also die Tendenz, unmittelbare Nachteile stärker zu gewichten als zukünftige Vorteile.

5. Angriff auf die epistemische Legitimation staatlicher Schätzungen

Der erwartete Nutzen staatlicher Maßnahmen muss unter Ungewissheit geschätzt werden (*educated guess*). Diese Form verantwortlicher Schätzung kann leicht delegitimiert werden, indem man auf alternative Einschätzungen verweist oder die fehlende wissenschaftliche „Beweisbarkeit“ betont. Damit wird an das intuitive, aber irreführende Verständnis appelliert, dass legitimes Handeln stets auf sicherem Wissen beruhen müsse.

Diese Angriffsvektoren verdeutlichen, dass die Vulnerabilität des Rechtsstaats im Modus adaptiver Rationalität nicht in seinen Strukturen, sondern in seinen Kommunikationsbedingungen liegt. Wo die Verständigung über epistemische Voraussetzungen brüchig wird, können Misstrauen und Polarisierung als politische Waffen eingesetzt werden.

Als Gegenmaßnahmen bieten sich drei komplementäre Strategien an:

1. Adressatengerechte Risikokommunikation

Unsicherheit muss offen, aber verständlich kommuniziert werden. Vertrauen entsteht nicht durch Verschweigen von Nichtwissen, sondern durch transparente Darstellung von Annahmen, Bandbreiten und Überprüfungspunkten.

2. Zeitlich strukturierte Rechenschaft

Jede wesentliche Maßnahme sollte mit einem festgelegten Re-Assessment-Zeitpunkt verbunden werden. Systematische Rückmeldungen der Öffentlichkeit – etwa durch Evaluationen, Anhörungen, Bürgerpanels oder öffentliche Datenportale – machen Lernprozesse nachvollziehbar.

3. Stärkung gesellschaftlicher Resilienz

Ziel ist es, die Vertrautheit der Öffentlichkeit mit den oft kontraintuitiven Merkmalen von Entscheidungen unter Ungewissheit zu erhöhen. Ein Verständnis dafür, dass wissenschaftlich abgesicherte Erkenntnis selbst das Fehlen von Gewissheit ausweisen kann, mindert die Anfälligkeit für Manipulation.

Die politische Ambivalenz dieser Maßnahmen liegt auf der Hand: Kommunikation von Unwissenheit kann als Zeichen der Schwäche gedeutet werden. Doch der kurzfristige Nutzen vermeintlicher Gewissheitsrhetorik steht in keinem Verhältnis zum langfristigen Glaubwürdigkeitsverlust, den sie erzeugt. Tragfähiger ist ein Verständnis von Legitimität, das auf Offenheit und Lernfähigkeit beruht.

So gesehen bilden Rechtsstaatlichkeit und gesellschaftliche Resilienz weiterhin zwei Seiten derselben adaptiven Rationalität: Der Rechtsstaat bleibt nur dann legitim, wenn er lernfähig bleibt – und die Gesellschaft nur dann resilient, wenn sie diese Lernfähigkeit als Ausdruck von Stärke begreift.

D. Bundesverfassungsgericht

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten Bundesnotbremse I¹² markiert den Versuch, den rechtsstaatlichen Umgang mit empirischer Ungewissheit verfassungsdogmatisch zu fassen. Das Gericht erkennt ausdrücklich an, dass der Gesetzgeber in einer Situation handelte, die komplex, dynamisch und durch tatsächliche sowie wissenschaftliche Ungewissheiten gekennzeichnet war.¹³ Es betont, dass wissenschaftliche Erkenntnisse „fortlaufend gewonnen, aufbereitet und auch korrigiert werden“¹⁴ und gesteht dem Gesetzgeber deshalb einen weiten Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu.¹⁵

Diese Anerkennung entspricht dem Gedanken, dass unter Bedingungen hoher Unsicherheit keine ex ante-Perfektion, sondern lern- und feedbackbasierte Entscheidungsarchitekturen zählen. Das Gericht würdigt insbesondere, dass der Gesetzgeber durch § 4 Abs. 1 IfSG das Robert Koch-Institut institutionell beauftragt hat, laufend Daten zu erheben, auszuwerten und neue Erkenntnisse zu veröffentlichen.¹⁶ Dadurch sei „institutionell dafür Sorge getragen“, dass Wissen kontinuierlich aktualisiert werde.¹⁷ Dieses institutionelle Design erfüllt faktisch die Funktion einer Feedback-Schleife – einer organisatorisch verankerten Lernstruktur, die fortlaufende Anpassung ermöglicht.

Der Senat prüft, ob der Gesetzgeber seine Prognoseentscheidung „vertretbar auf hinreichend tragfähige Erkenntnisse“ gestützt hat.¹⁸ Eine ausdrückliche Pflicht zu fortlaufender Evaluation oder Revision formuliert das Gericht nicht; lediglich der Hinweis, dass mit fortschreitender Erkenntnis strengere Anforderungen gelten können, deutet in diese Richtung.¹⁹ Damit bleibt das Gericht auf dem Niveau einer Vertretbarkeitskontrolle stehen: Es bewertet, ob die gesetzgeberische Entscheidung vertretbar war, nicht, ob sie selbst-lernend angelegt war.

Das Gericht akzeptiert somit die Vertretbarkeit als hinreichende Rechtfertigung – stärker wäre eine Ergänzung gewesen, die die institutionelle Überprüfbarkeit und Korrigierbarkeit dieser Vertretbarkeit verlangt. In normativer Perspektive ersetzt das Gericht iterative, lernende Verantwortlichkeit durch klassische parlamentarische Legitimation und eine konventionelle Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Dogmatisch-technisch zeigt sich diese Akzentuierung besonders deutlich in der Argumentation zur Eignung von Kontaktbeschränkungen. Der Senat erklärt:

„Die gesetzgeberische Prognose über die Wirkungen unterliegt daher einer verfassungsgerichtlichen Vertretbarkeitskontrolle. Dies schließt die Prüfung ein, ob die gesetzgeberische Prognose

¹² BVerfGE 159, 223.

¹³ Vgl. BVerfGE 159, 223 (315 Rn. 206): „die Situation der Pandemie ist durch gefährliche, aber schwer vorhersehbare Dynamik geprägt, die Sachlage also komplex“.

¹⁴ BVerfGE 159, 223 (301 Rn. 178).

¹⁵ BVerfGE 159, 223 (289 Rn. 145, 307 Rn. 189, 340 Rn. 290).

¹⁶ BVerfGE 159, 223 (301 Rn. 178).

¹⁷ BVerfGE 159, 223 (301 Rn. 178).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 159, 223 (298 Rn. 170, 299 Rn. 172, 301 Rn. 177, 313 Rn. 201, 342 Rn. 275, 343 Rn. 278).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 159, 223 (327 Rn. 236).

hinreichend verlässlich ist [...]. Für eine strengere darüberhinausgehende Prüfung der Eignung besteht kein Anlass.“²⁰

Gerade hier verdeckt der Begriff der „Prognose“ die eigentliche Entscheidungssituation. Unter den Bedingungen empirischer Ungewissheit war eine wissenschaftlich präzise Prognose gar nicht möglich; der Gesetzgeber konnte nur verantwortlich schätzen – einen *educated guess* abgeben, gestützt auf das verfügbare, aber lückenhafte Wissen. Wenn das Gericht diese Schätzung als „hinreichend verlässlich“ bezeichnet, verschiebt sich der semantische Akzent: Der Maßstab suggeriert epistemische Stabilität, wo in Wahrheit nur methodisch reflektierte Vorläufigkeit bestand.

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar an, dass sich der gesetzgeberische Beurteilungsspielraum mit der Zeit verengen kann, wenn „der Gesetzgeber nicht hinreichend für einen Erkenntnisfortschritt Sorge trägt“.²¹ Dieser Gedanke impliziert bereits den Kern adaptiver Rationalität – nämlich, dass Lernprozesse mit der Dauer einer Maßnahme zunehmen müssen. Doch das Gericht zieht daraus keine Folgerung für die systematische Verankerung von Feedback-Mechanismen im Gesetzgebungsverfahren.

Auch die Bezugnahme auf die „demokratisch in besonderer Weise legitimierte Verantwortung“ des Gesetzgebers, „Konflikte zwischen hoch- und höchstrangigen Interessen trotz ungewisser Lage zu entscheiden“,²² bleibt ambivalent. Demokratische Legitimation ersetzt nicht die Verantwortbarkeit einer Entscheidung, sondern setzt sie voraus. Eine stärkere Kopplung von Legitimations- und Lernprozessen – durch Transparenz, Begründung und Evaluation – hätte den rechtsstaatlichen Gedanken der prozeduralen Verantwortlichkeit konsequenter fortgeführt.

Insgesamt deutet die Entscheidung zur Bundesnotbremse I wesentliche Aspekte adaptiver Rationalität an, ohne diesen Gedanken ausdrücklich zu systematisieren. Der Senat würdigt institutionalisierte Lernstrukturen, bleibt aber innerhalb eines klassischen, ergebnisorientierten Kontrollrahmens. Die richterliche Zurückhaltung wahrt die Gewaltenteilung, verstellt aber den Blick auf eine weitergehende normative Anforderung: dass Legitimität unter empirischer Ungewissheit nicht allein durch Vertretbarkeit, sondern durch die institutionelle Fähigkeit zum Lernen und Nachsteuern gesichert wird.

gez. Karsten Schneider

²⁰ BVerfGE 159, 223 (306 Rn. 187).

²¹ BVerfGE 159, 223 (307 Rn. 190).

²² BVerfGE 159, 223 (299 Rn. 171).



Kommissionsdrucksache 21(27)7
vom 6. November 2025

Prof. Dr. Oliver Lepsius

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

**„Der Rechtsstaat unter Pandemiebedingungen:
IfSG, Grundrechte und Eigenverantwortung“**

Stellungnahme für die Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages

Anhörung am 3. November 2025 zu Grundrechten und grundrechtlichen Belastungen

1. Grundrechtliche Schutzbereiche

a) Allgemeine Handlungsfreiheit

Grundrechte sind als Abwehrrechte Minderheitenrechte, die spezifischen Freiheitsgebrauch schützen. Daraus folgt, dass die Grundrechte de facto keinen Schutz boten gegenüber Pandemieregeln, die das allgemeine Sozialverhalten betrafen (z.B. Kontaktbeschränkungen, Freizeitverhalten, Ausgangsverbote, Maskenpflicht). Hier war jeweils nur die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen, die in der Sache aber bei Vorliegen einer rationalen Begründung einschränkbar ist und letztlich keinen substantiellen Freiheitsgebrauch schützt, sondern primär einen Anspruch auf hoheitliche Begründung des Eingriffs gewährt. Im Ergebnis scheiterte kaum eine Regelung des allgemeinen Sozialverhaltens an einem grundrechtlichen Freiheitseingriff. Die Grundrechte boten hier keinen freiheitssichernden Schutz (sie galten, wirkten aber nicht).

Problem: Regelung von „Alltagsverhalten“ ohne erkennbare grundrechtliche Grenze.

b): Berufsfreiheit

Gewerbliche Eingriffe (Betriebsschließungen) waren demgegenüber als Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu rechtfertigen. Sie wurden in der Regel mit kompensierenden Ausgleichszahlungen versehen, was den Eingriff reduzierte (nur temporäre Gewinneinbuße, keine inhaltliche Begrenzung der Tätigkeit). Im Bereich des Gewerbes kam es zu einer quantitativ erheblichen gerichtlichen Überprüfung von Eingriffen in Branchen, die über eine Interessenorganisation verfügten. Branchen ohne Interessenvertretung hatten es deutlich schwerer, Gehör zu finden. Die staatlichen Ausgleichsmaßnahmen setzten am Gewinnausfall des Gewerbes an und ignorierten die individuelle Persönlichkeitsrelevanz beruflicher Tätigkeiten. Der Beruf dient nicht nur dem Gewinn, sondern auch der Entfaltung von Talent: Er ist Teil der Persönlichkeitsentfaltung (Kreativberufe). Die Intensität der Berufsregelung bei Kreativberufen wurde wegen der Gewinnausfallperspektive nicht hinreichend berücksichtigt.

Problem: Einseitige Abwägung von gewerblichen Eingriffen; Privilegierung der „systemrelevanten Tätigkeiten“ geht einher mit einer sozialen und rechtlichen Deklassierung von Kreativberufen und der „Freizeitbranche“. Die Pandemiefolgen werden überwiegend als ein ökonomisches Problem des Gewinnausfalls behandelt.

Weiteres Problem: Bei den gewerblichen Eingriffen steht entsprechend Art. 12 Abs. 1 GG der Gewerbetreibende im Fokus, nicht aber der Kunde. Die Bereiche „Kreativberufe“ und „Freizeit“ sind, anders als das produzierende Gewerbe, nicht nur für die Berufstätigen

persönlichkeitsrechtlich relevant, sondern auch für die Kunden. Wenn soziale Räume der Entfaltung und des Diskurses, Sport- und Freizeiteinrichtungen geschlossen werden, betrifft dies nicht nur die Gewerbetreibenden, sondern reflexartig auch die Nutzer. Deren Freiheitsverkürzung findet aber keine grundrechtliche Berücksichtigung bei Art. 12 GG. Spezifische Einbußen bei der Entfaltung der Persönlichkeit werden grundrechtlich nicht adressiert und fallen in den substantiell unerheblichen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG.

Folgeproblem: Betriebsschließungen knüpfen nicht primär an der Berufsausübung an (die pandemisch unerheblich ist), sondern beim Nutzerverhalten, das als infektiologisch erheblich angesehen wird und unterbunden werden soll. Der Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit stellt für diese Zielrichtung den falschen Schutzbereich dar, der aber gleichwohl der prüfungsrelevante ist, weil dort die Maßnahme ansetzt.

c) Gesundheit und körperliche Unversehrtheit

Dieses Grundrecht wurde einseitig auf der Ebene der Rechtfertigung verarbeitet. Sein Schutz rechtfertigte die Eingriffe in andere Schutzbereiche. Dabei wurde übersehen, dass im Namen des Gesundheitsschutzes auch in das Grundrecht auf Gesundheit eingegriffen wurde: Einrichtungen, die der Stärkung und Aufrechterhaltung der Gesundheit dienen (Sportanlagen, Fitnessstudios) wurden überwiegend wie Gewerbe oder „verzichtbare Freizeiteinrichtungen“ behandelt, so dass der Gesundheitsschutz an anderer Stelle Gesundheitseingriffe auslöste. Problem: Die spiegelbildliche Relevanz der Schutzbereiche (Schutz versus Eingriff) wurde unterschätzt.

Relevant wurde das Grundrecht aber als Abwehrrecht gegenüber der allgemeinen Impfpflicht, die nach langer Debatte vom Deutschen Bundestag nicht umgesetzt wurde. In der Rückschau boten die Grundrechte als Abwehrrechte vor allem gegenüber der allgemeinen Impfpflicht einen effektiven Schutz (durchgesetzt von der Ersten, nicht von der Dritte Gewalt).

d) Gleichheitsverstöße

Die Rüge des Art. 3 Abs. 1 GG war vor Gericht vergleichsweise erfolgreich. Das bewirkt auf Seiten der Maßnahmen eine Abkehr von Differenzierungen, weil diese nur schwer gerechtfertigt werden konnten (z.B. 800qm-Regelung). Dadurch unterbleiben mildere Maßnahmen und generell Ausnahmeregelungen. Der Gleichheitssatz führt tendenziell zu übergriffigen Regelungen, weil es rechtlich geboten erscheint (und medial leichter zu begründen ist), flächendeckend zu regeln anstatt sinnvoll zu differenzieren.

e) Kinder und Schule

Hier fehlen spezifische Schutzbereiche. Grundrechte knüpfen in der Regel nicht am Status, sondern am individuellen Verhalten an, weshalb Kinder nicht kraft ihres Status als Kind (Säugling, Heranwachsender, Minderjähriger?), sondern wie alle anderen auch verhaltensbezogen geschützt werden. Das wurde in der Pandemie zum Problem, weil bestimmte Statusgruppen (Kinder, Schüler) auf soziale Entfaltungsräume stärker angewiesen sind als andere. Der Erwachsene kann sein Sozialverhalten auch alternativ organisieren; der Schüler ohne Schule kaum. Das BVerfG hat Ende 2011 ein neues Grundrecht auf schulische Bildung kreiert, das aber nicht die Statusrelevanz des Freiheitseingriffs in den Blick nimmt und überdies im Ergebnis zu nichts führte (die Schulschließungen wurden als angemessen bezeichnet). Problem: Die Grundrechtssystematik ist für pandemische Freiheitsverluste unzureichend,

weil sie die gruppenbezogenen, statusrelevanten Einbußen nicht erfassen kann. Dasselbe gilt für die Aggregation von Eingriffen, die in einer gruppenbezogenen Betrachtung zu schwersten Belastungssituationen führten, die als solche nicht erkannt wurden. Beispiel Studierende: Wenn Universitäten, Freizeit- und Sporteinrichtungen geschlossen werden, der Minijob wegen Betriebsschließungen weg ist und die Kontaktverbote wegen der Lebensform des Einpersonenhaushalts extrem wirken, bleibt für diese Gruppe im Grunde kein Bereich der Lebensentfaltung übrig. Studierende haben daher ihre Lebensführung als Studierende praktisch aufgegeben und sind zu den Eltern zurückgezogen, um die Kontaktbeschränkungen und Finanzeinbußen zu mildern: die Pandemie hat ihren Lebensstatus zerstört und sie wieder zu Kindern im Haushalt der Eltern gemacht.

Problem: Die Kumulation von Einzelmaßnahmen bei bestimmten Personengruppen führt zu einem grundrechtlich nicht sichtbaren Statusverlust. Dieser wird durch die Zeitabhängigkeit in der Persönlichkeitsentwicklung junger Menschen zusätzlich verschärft. Kinder und Jugendliche können bestimmte Dinge nur zu gerade diesem Alter erleben und lernen. Fünfzigjährige können Dinge auch ein Jahr verschieben, Fünf- oder Fünfzehnjährige nicht.

f) In der Summe

Die grundrechtlichen Schutzbereiche passen nicht auf die Pandemiesituation. Es bedarf einer anderen Herangehensweise, durch die die sozialen Effekte des Pandemiemanagements grundrechtlich sichtbar werden. Nur wenn die sozial aggregierten oder gruppenspezifischen Eingriffe rechtlich sichtbar sind, können sie in die Abwägung bei der Entscheidungsfindung eingestellt werden. Die Entscheidungsträger konnten eingreifende und übergriffige Maßnahmen treffen, weil die Grundrechte keine ausreichende Warn- und Begrenzungsfunktion ausgeübt haben. Nötig ist das rechtliche Abbilden der tatsächlichen, sozial aggregierten Belastungssituation: Nur dann können die Grundrechte eine begrenzende Funktion wahrnehmen. Daran hat das politische System ein überragendes Interesse, weil sich politisch die Begrenzung und auch die Rücknahme von Maßnahmen schwerlich mit dem Belang des Gesundheitsschutzes rechtfertigen lässt. Die Politik braucht die Grundrechte nicht, um die eigenen Handlungsmöglichkeiten zu begrenzen, sondern um sie zu erweitern, wenn es um die Rechtfertigung von Differenzierungen, die Feinsteuierung von Maßnahmen und auch die Rücknahme von Maßnahmen geht. Hier hat eine verantwortungsvolle Pandemiepolitik ein Eigeninteresse an grundrechtlichen Schranken, weil sie politische Rechtfertigungen ermöglichen. Müssen sich Politiker demgegenüber in einem Meinungsklima rechtfertigen, das die pandemische Bedrohungslage als Frage von Leben und Tod existenziell dramatisiert, stünde jeder Politiker, der nicht maximale Eingriffe fordert, im Verdacht, Leben zu riskieren. Es ist daher für die Pandemiepolitik wichtig, grundrechtliche Freiheitsbelange nicht als Begrenzung, sondern als Absicherung der eigenen Entscheidungsfreiheit und als Durchbrechung von Pfadabhängigkeiten zu begreifen, die Eingriffe maximieren und zu einer Beweislast gegen den Freiheitsgebrauch führen.

Auf Seiten der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bedarf es der Entwicklung von pandemischen Eingriffslagen, die solche Gesamtbelastungen aggregieren. Ansätze dafür bietet die Rechtsprechung des BVerfG bei der Sicherheitsgesetzgebung (Aggregation des Freiheitseingriffs durch heimliche Maßnahmen mit großer Streubreite und Abschreckungseffekt). Man kann auch daran denken, Art. 19 Abs. 2 GG fruchtbar zu machen (eine Verfassungsbestimmung, die bis heute nicht aktiviert wurde und bis dato im Lichte der

Schutzbereichsperspektiven keinen Effekt ausgelöst hat). Auf die Rechtsprechung darf hierbei nur begrenzt vertraut werden, weil der Zugang zum Rechtsschutz immer eine Individualrechtsverletzung voraussetzt (Art. 19 Abs. 4 GG, §§ 42 Abs. 2, 47 Abs. 2 VwGO), was die Gerichte in einen Prüfungsaufbau bringt, der die Eingriffe in einzelne Schutzbereiche nach sich zieht und die aggregierte soziale Dimension prozessual nicht sichtbar werden lässt.

2. Rechtfertigung

Die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen ist bei pandemischen Eingriffen eine Frage der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (Ermächtigungsgrundlage) sowie der Verhältnismäßigkeit.

a) Bestimmtheit

Die hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlagen war wahrscheinlich die am intensivsten diskutierte verfassungsrechtliche Frage in der Pandemie. Mit ihr haben sich vor allem die Oberverwaltungsgerichte befasst, die die Pandemierechtsverordnungen zu überprüfen hatten. Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung führte im November 2020 zur Präzisierung der Generalklausel des § 28 IfSG durch die Corona-bezogenen Fallgruppen im § 28a IfSG. Diese erweiterten die Maßnahmemöglichkeiten und ermöglichen insbesondere kraft Gesetzes auch, dass die Inzidenzwerte zum zentralen Rechtfertigungsparameter für Eingriffe wurden (was insofern problematisch war, als Inzidenzwerte keine Tatsachen sind, sondern als eine statistische Größe von mehreren gestaltbaren Parametern abhängen). Eine noch größere Bestimmtheit wurde mit § 28b IfSG („Bundesnotbremse“) im April 2021 erreicht. Hier wurde der Eingriff nicht als noch konkretisierbare generell-abstrakte Norm, sondern als individuell-konkret wirkendes Gesetz festgesetzt. Damit bedurfte es keines Verwaltungshandelns für die Konkretisierung der Rechtspflicht mehr; auch der Verwaltungsrechtsschutz wurde durch den genuin gesetzlichen Eingriff umgangen, was damals politisch ein Motiv für die Wahl dieser Eingriffsform war.

Effekt: Präzisere Eingriffsnormen erhöhen die rechtlich zulässige Eingriffsintensität. Dafür wird der Deutsche Bundestag in die Verantwortung eingebunden: das Maßnahmedesign ist nicht mehr nur eine Frage der Verordnungsermächtigung der (idR: Landes-)Regierungen.

b) Verhältnismäßigkeit: Ziel

Die Rechtfertigung des Eingriffs bedarf eines Ziels. Das Ziel, dem Grundrechteingriffe dienen, blieb während des ganzen Pandemiezeitraums unklar. Hier liegt ein zentrales Problem der Pandemiepolitik. Es ging um den Schutz (1) des Lebens, (2) der Gesundheit und (3) des Gesundheitssystems. Diese drei Schutzgüter sind nicht deckungsgleich.

(1) Der Eingriff in das Leben ist der Tod: also ein eindeutiger, empirisch wahrnehmbarer individueller Eingriff. Weil dieser Eingriff endgültig ist, ist das Leben konkret das höchste Schutzgut – nicht aber abstrakt, weil der Tod abstrakt unvermeidlich ist, nicht verhindert, sondern nur herausgezögert werden kann. Zur Rechtfertigung dient Lebensschutz daher nur in einer konkreten Todessituation, nicht aber als allgemeiner Belang.

(2) Der Eingriff in Gesundheit ist individuell schwer zu bestimmen, weil die Gesundheit nicht nur vom zurechenbaren Verhalten Dritter, sondern zugleich vom eigenen Verhalten sowie von den objektiven Umweltbedingungen und den subjektiven körperlichen Anlagen abhängt.

Als Rechtfertigungsbelang in der Pandemie taugt Gesundheitsschutz primär für Förder- und Schutzmaßnahmen, nicht aber für Freiheitsverkürzungen, weil die Zurechnung der Freiheitsverkürzung an die Förderung der allgemeinen Gesundheit nur schwer möglich ist (unendliche Kausalketten, nicht generalisierbares Bündel an verhaltensbezogenen, umweltbezogenen und medizinisch-genetisch unveränderlichen Faktoren).

(3) Der Schutz des Gesundheitssystems ist das pandemisch relevanteste Ziel: die Überforderung der Kapazität des Gesundheitssystems muss verhindert werden, damit das Ziel des Gesundheitsschutzes umgesetzt und drohende Todesfälle vermieden werden können. Von diesem Ziel hängen daher die anderen Ziele ab, allerdings nur als Korrelation, nicht als Kausalbeziehung: Jede unterbliebene Infektion schützt abstrakt das Gesundheitssystem, nicht notwendig aber konkret: Die Infektion von Kindern dürfte für das Gesundheitssystem irrelevant sein, weil diese nicht in KKH behandelt werden müssen. Relevant ist auch die Viruslast, weil von ihr die Infektiösität abhängt. Relevant sind daneben Alter und Vorerkrankungen. Mit anderen Worten, abstrakt eignet sich die Vermeidung von Infektionen zum Schutz des Gesundheitssystems. Konkret ist es jedoch erforderlich, bestimmte Infektionen zu vermeiden, nämlich bezogen auf Alter, Vulnerabilität und Viruslast. Das Schließen von Kitas und Schulen dient dann kaum dem Schutz des Gesundheitssystems.

Mit unterschiedlichen Maßnahmen wurden unterschiedliche Ziele verfolgt: Manche Maßnahmen dienten dem Lebensschutz (Zugangsbeschränkungen in Krankenhäusern und Altersheimen angesichts des Sterblichkeitsmedians von über 80). Andere Maßnahmen dienten dem allgemeinen Gesundheitsschutz (Masken, Kontaktbeschränkungen) oder dem Schutz des Gesundheitssystems (Schutz der vulnerablen Gruppen). Manche Maßnahmen aber dienten einem anderen Schutzbereich, nämlich der allgemeinen Repressionsfähigkeit des Staates als einem Sekundärzweck (nächtliches Ausgangsverbot von Personen, die keinen Kontaktbeschränkungen unterlagen). Hier wurde die Schonung von Vollzugsressourcen zu einem weiteren Schutzbereich, das aber Freiheitseingriffe nicht rechtfertigen kann.

Problem: Zwischen den Schutzbereichen wurde nicht differenziert, so dass keine wirkungsge- naue Ausrichtung der Maßnahmen vorgenommen werden konnte und es sowohl zur Übersteuerung kam (Schließungen von Schulen und Freizeiteinrichtungen), als auch zur Untersteuerung (Anstieg der Todesfälle im Winter 2020/2021, die in Alters- und Pflegeheimen eintraten, während sich die Lockdowns auf die Lebenswelt der anderen bezog). Seit Dezember 2020 wurde zur Rechtfertigung explizit auf ein „Gesamtschutzkonzept“ verweisen, das dem kumulierten Schutz von Leben, Gesundheit und Gesundheitssystem dienen sollte. Das erschwert ein effektives Pandemiedesign, weil jedwede Maßnahme als gleichgeeignet erschien, indem sie irgendeinen korrelierenden Effekt auslöste ohne einen konkreten Wirkungszusammenhang belegen zu müssen.

c) Verhältnismäßigkeit: Abwägung

Die Konfusion der rechtfertigenden Ziele machte eine Abwägung nahezu unmöglich. Mit der Idee des Gesamtschutzkonzepts drang die Exekutive auch bei der Judikative durch. Keine Gerichtsentscheidung hat die Fusion der Rechtsgüter in Frage gestellt oder auseinanderzilegt. Weil das Ziel einer Maßnahme, so paradox das klingen mag, diffus blieb (dient es dem Lebensschutz oder dem Schutz des Gesundheitssystems?) konnten die Mittel nicht mehr auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden. Letztlich ließ sich jedes Mittel rechtfertigen, weil das Gesamtschutzkonzept auch dem Lebensschutz diente. Es wurde aber übersehen, eine

zurechenbare Kausalität zwischen dem Eingriff und dem Abwenden konkrete Todeskonstellationen zu begründen – nur unter dieser Bedingung – nicht aber abstrakt! – ist Leben das höchstrangige Rechtsgut. Maßnahmen und Ziele ließen sich in der Abwägung beliebig in Beziehung setzen. Unter dieser Ausgangsbedingung kann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht gelingen, weil es schon an ihrer juristischen Ausgangsbedingung fehlt.

Die Oberverwaltungsgerichte sind zu diesem Punkt letztlich nicht vorgedrungen, weil sie grundsätzlich in der Prüfungsdichte des einstweiligen Rechtsschutzes prüfen mussten. Dort kann aus Zeitgründen und Gründen der Beweiserhebung nur summarisch geprüft werden am Maßstab einer hypothetischen Nachteilsperspektive. Es überwiegen dann situativ-faktische Erwägungen gegenüber den normativ-grundrechtlichen. Das Bundesverfassungsgericht (Beschlüsse zur „Bundesnotbremse“) hingegen hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leerlaufen lassen, indem es das „Gesamtschutzkonzept“ bei den Zielen akzeptierte und überdies dem parlamentarischen Gesetzgeber einen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum auf der Ebene der Angemessenheit zubilligte. Dies hatte es zuvor nicht gegeben. Einschätzungsspielräume beziehen sich auf Tatsachenfragen in der prognostischen Dimension, nicht aber auf normative Wertungsfragen, die das Gericht schon selbst entscheiden muss. Andernfalls wäre der Vorrang der Verfassung und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers de facto aufgegeben. Dem BVerfG unterliefen insoweit zwei Denkfehler. Die Oberverwaltungsgerichte haben in der Folge dieser Entscheidung dann den Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum auf den Verordnungsgeber übertragen, was dort einen Denkfehler darstellt, weil diese Figur nur dem Parlament zugute kommt, wo alle entscheidungserheblichen Belange repräsentiert sind und im Gesetzgebungsverfahren auch abgewogen werden können, während sich der Verordnungserlass im Arkanum der Regierung abspielt (keine Repräsentation, keine Öffentlichkeit).

d) Verhältnismäßigkeit: Angemessenheit

Die Verhältnismäßigkeit verlangt, dass das beeinträchtigte Rechtsgut nur soweit zurücktreten muss, wie es für den Schutz des geförderten Rechtsguts angemessen ist (praktische Konkordanz). Kein Rechtsgut darf durch den Schutz eines anderen Rechtsguts völlig aufgezehrt werden. Diese Perspektive zwingt dazu, sich in der Eingriffsdimension immer auch die Frage zu stellen, was hinzunehmen ist, um das zurücktretende Rechtsgut zu schützen. In der bereits defizitären Abwägungssituation kommt es hier in der Pandemie zu einem ganz weitgehenden Abwägungsausfall. Der Schutz von Gesundheit muss mit einer Perspektive abgeglichen werden, welches Verhalten hinzunehmen ist, auch wenn darunter der Gesundheitsschutz leidet. Das Maß des Hinzunehmenden ist als Angemessenheit zu bestimmen. Wird auf diese Prüfung verzichtet, käme das beeinträchtigte Rechtsgut in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu kurz, weil die vorangehenden Prüfungsstufen auf den Eingriff fixiert sind und das Rechtsgut im Blick haben, dem der Eingriff dient. Eine „Abwägung“, die die Angemessenheit ausblendet, ist keine Abwägung nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit, sondern fragt nur nach der Begründbarkeit des Eingriffs. Das ist grundrechtlich defizitär. Auch deswegen kann es nicht richtig sein, wenn das BVerfG auf dieser Stufe dem Parlament einen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zuweist. Wer dies tut, erlaubt einen Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes – und das ist der Stand der Dogmatik vor 1918.

Konsequenz: Vielleicht ist es so, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht auf pandemische Belastungssituationen zugeschnitten ist. Dann müsste aber eine andere

Kontrollperspektive entwickelt werden und man sollte nicht so tun, als ob an der Verhältnismäßigkeit gemessen alles in Ordnung sei (was wegen des einseitigen Prüfungsarrangements schon nicht stimmt. Es wäre überdies zu erörtern, inwiefern die Kriterien einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nur die nachträgliche rechtliche Kontrolle, sondern gerade auch die politische Entscheidungsfindung anleiten könnten. Verhältnismäßigkeit kann als Verhaltensmaß auch zu einem politischen Handlungsgrundsatz gemacht werden und politische Begründungen ethisch abstützen.

Im Ergebnis genügte die juristische Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht der Grundrechtsdogmatik und den juristischen Denkgesetzen. Es mag sich darüber eine Pandemiepolitik freuen, die Beifreiheit haben will. Eine leerlaufende Verhältnismäßigkeitsprüfung ist aber nicht im politischen Interesse des Pandemiemanagements, weil mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung Kriterien bereitgestellt werden, die nicht erst in der ex post-Kontrolle durch die Gerichte, sondern bereits in der Entscheidungssituation zum Tragen kommen können, indem sie zielgerichtetere, effektivere Maßnahmen und entsprechende Differenzierungen begründen und damit übergriffige Maßnahmen, die ins Leere laufen und letztlich der Repression und der Fügsamkeit dienen, vermeiden hilft. Die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit lassen sich nicht nur rechtlich, sondern auch politisch einsetzen.

e) Empirie und Tatsachen

Ein Effekt, wie sich dies politisch auswirken würde, wäre die Notwendigkeit, primär auf empirisch belegbare Tatsachen und Prognosen abzustellen, die einen kausal zurechenbaren Hintergrund aufweisen. Denn die Kriterien der Verhältnismäßigkeit sind zunächst tatsachenbasiert. Je empiriegesättigter sie sind, desto aussagekräftiger werden sie. Bei prognostischen Sachverhalten ist ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum unvermeidbar, der aber nicht zur Delegation ins Blaue führt. Angebracht ist dann ein Verfahren, in dem die nötige Einschätzung einen Pluralismus des Sachverstands voraussetzt, die Einschätzungsprärogative also in einem Verfahren abgesichert ist. Ob es dazu hinreichend gekommen ist wird die Enquête-Kommission beurteilen. In juristischer Hinsicht kann es jedenfalls nicht genügen, wenn eine Expertise (RKI) von allen Staatsgewalten als gleichermaßen relevant durchgereicht wird. Ein Gericht, dass dieselben Prognosen zugrunde legt wie die anderen Gewalten, wird kaum zu einer anderen Bewertung kommen können. Wen die Tatsachen- und Prognosefragen („Unwissen“, „Dynamik“) bei der Entscheidungsfindung und bei der Kontrolle eine ausschlaggebende Rolle spielen, dann müssen diese Entscheidungsgrundlagen prozeduralisiert werden.

In der Entscheidungsfindung ist es allerdings nicht zur Prozeduralisierung, sondern zur Monopolisierung gekommen. Bis in den Herbst 2020 lag das Pandemiemanagement primär bei den Ländern, die trotz aller gegenseitigen Abstimmung auch zu divergierenden Maßnahmen griffen (so schloss etwa Bayern seine Grenzen, während NRW sie offen hielt). Auch stützte sich die Entscheidungsfindung auf unterschiedliche Beratergremien, die in NRW disziplinär breit aufgestellt waren, während sie im Bundeskanzleramt einseitig medizinisch und sodann physikalisch ausgerichtet waren und nach den undurchsichtigen Chatham House Rules erfolgten. Im Herbst 2020 zog das Bundeskanzleramt das Pandemiemanagement an sich und erarbeitete die Entscheidungsgrundlagen eigenständig. Dabei kam es zu einer entschiedenen Abkehr von der empirischen Begleitforschung zu einer modelltheoretischen

Ausrichtung, die bei Physikern ressortierte. Die Gefährdungsprognose, mit der Lockdowns begründet wurden, wurde aus Inzidenzzahlen in Kontaktreduzierungen umgerechnet, ohne dass diese empirische Hintergründe besaßen (das RKI hatte empirisch nachgewiesen, dass Theatern und Museen keine erheblichen Infektionsorte sind, was bei der modelltheoretischen Kontaktreduzierung keine Rolle spielte). Im Januar 2021 kam es in der Schalte der MPK mit dem Bundeskanzleramt zu einem Streit, über die Einseitigkeit der aufgebotenen Expertise. Hier zeigt sich der Grundkonflikt der nötigen Prozeduralisierung einer Prognose, die sich auf Empirie stützen muss, die Kausalnachweise und nicht nur Korrelationsannahmen benötigt. Es dürfte als ein Charakteristikum der deutschen Pandemiepolitik gelten, durchgängig über besonders wenig empirische Begleitforschung verfügt zu haben und für empirische Zahlen auf Angebote anderer Länder (UK, Israel) zurückgegriffen zu haben.

Es wäre Aufgabe der Gerichte gewesen, eine modelltheoretisch begründete Prognose, die auf ein Gesamtschutzkonzept bezogen wird, als unzureichende Rechtfertigung zurückzuweisen. Davon hätte die Pandemiepolitik profitiert, weil die Rationalität der Entscheidungsfindung bei unklaren Sachverhalten gestiegen und die Zielgenauigkeit der Maßnahmen erhöht worden wäre.

Schlussfolgerungen grundrechtliche Probleme:

Unzureichende Schutzbereiche (aggregierte Belastungen)

Defizitäre Abwägung (Gesamtschutzkonzept)

Korrelation statt Kausalität bei der Maßnahmerichtung

Modelltheorie statt Empirie bei der Maßnahmegründung